



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية  
عليه السلام

www. **Ghaemiyeh** .com  
www. **Ghaemiyeh** .org  
www. **Ghaemiyeh** .net  
www. **Ghaemiyeh** .ir

كتاب التفسير

المجلد الأول

تفسير القرآن الكريم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# كتاب البيع

كاتب:

آيت الله على حسينى ميلانى

نشرت فى الطباعة:

مركز الحقايق الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريرات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١٨	كتاب البيع
١٨	اشاره
١٩	المجلد ١
١٩	اشاره
٢٣	مقدمه الكتاب
٤٥	البيع: معامله إنشائيه بين اثنين بنحو المعاوضه فى الملكيه
٤٥	اشاره
٤٧	إشكال المحقق الخراسانى:
٤٧	الردّ على الإشكال:
٤٧	تحقيق المحقق الإصفهاني فى معنى هيئه المفاعله:
٥٢	فى هيئه التفاعل
٥٥	إشكال آخر على المحقق الخراسانى:
٥٦	رأى المحقق النائيني فى متعلّق المبادلّه:
٥٧	الإشكال عليه
٦٠	الكلام فى المعوّض
٦٠	اشاره
٦٠	إشكالٌ وجواب
٦٩	من أخبار استعمال البيع فى نقل غير الأعيان:
٧٣	الكلام فى العوض
٧٣	اشاره
٧٣	المنفعه:
٧٥	عمل الحر
٧٥	وجوه الإشكال

٧٧	الجواب:
٨١	الكلام فى الحقوق
٨١	اشاره
٨٢	دفع الاشكال عن كلام الشيخ
٨٣	الإشكالات الوارده:
٨٤	حقيقه الحق والفرق بينه وبين الحكم والملك
٨٤	اشاره
٨٤	الحكم
٨٥	الحق
٨٨	هل يقبل الإسقاط والنقل؟
٨٩	ما هو مقتضى الأصل؟
٩١	أقسام الحق
٩٢	الأقوال الاخرى فى حقيقه الحق
٩٨	الملك
١٠٤	الكلام فى تعريف البيع (١)
١٠٤	اشاره
١٠٩	تعريف الشيخ
١٠٩	الإشكال عليه
١١١	ردّ الإشكال بعدم الشمول لبيع الدين على من هو عليه
١١٤	الإشكال بصدقه على الشراء
١١٥	الإشكال بانتقاضه بمستأجر العين بعين
١١٨	إنتقاض طرده بالصّح
١٢٠	هل يشمل الهبه المعوّضه؟
١٢٢	كيفيته إخراج القرض
١٢٧	استعمال البيع فى معانٍ اخر
١٢٧	اشاره

- ١٢٨ ..... الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الأول
- ١٣٧ ..... الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الثاني
- ١٣٨ ..... الكلام على اشكال الشيخ على المعنى الثالث
- ١٤١ ..... هل البيع اسمٌ للصحيح؟
- ١٤١ ..... اشاره
- ١٤٢ ..... الإشكال على الشهيدين
- ١٥٥ ..... المعاطاه
- ١٥٥ ..... اشاره
- ١٥٥ ..... تعريف المعاطاه
- ١٥٧ ..... أقسام المعاطاه
- ١٦٣ ..... حكم البيع المعاطاتي
- ١٦٣ ..... اشاره
- ١٦٤ ..... رأى المحقق الثاني فى تحرير محلّ النزاع
- ١٦٧ ..... رأى صاحب الجواهر
- ١٦٩ ..... رأى الشيخ الأنصارى
- ١٧٠ ..... رأى المحقق الخراسانى
- ١٧١ ..... التحقيق فى المقام
- ١٧٥ ..... هل المعاطاه على القول بالإباحه بيع؟
- ١٧٧ ..... الأقوال فى المعاطاه
- ١٧٧ ..... اشاره
- ١٧٨ ..... المختار: حصول الملك
- ١٧٨ ..... الاستدلال بالسيره
- ١٧٨ ..... اشاره
- ١٨٣ ..... الاستدلال بقوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»
- ١٨٩ ..... الاستدلال بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً...»
- ١٩٢ ..... الاستدلال بحديث السلطنه

- ١٩٢ ..... اشاره
- ٢٠٣ ..... الاستدلال بقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
- ٢٠٥ ..... أدلّه القول باعتبار الضيغه
- ٢٠٨ ..... كلام كاشف الغطاء والبحث حوله
- ٢٠٨ ..... اشاره
- ٢٠٨ ..... القاعدة الأولى
- ٢٠٨ ..... اشاره
- ٢١٠ ..... النقض الأول
- ٢١٢ ..... النقض الثاني:
- ٢١٣ ..... النقض الثالث
- ٢١٦ ..... النقض الرابع
- ٢١٨ ..... النقض الخامس
- ٢٢٠ ..... القاعدة الثانية
- ٢٢٤ ..... القاعدة الثالثة
- ٢٣٠ ..... القاعدة الثالثة
- ٢٣٢ ..... القاعدة الرابعة
- ٢٤١ ..... لزوم المعاطاه
- ٢٤١ ..... اشاره
- ٢٤٢ ..... الاستدلال للزوم بالأصل
- ٢٥٦ ..... الاستدلال بحديث السلطنة
- ٢٦١ ..... الإستدلال بروايه: لا يحلّ مال امرئ -
- ٢٦٤ ..... الاستدلال بالآيه «لا تَأْكُلُوا...»
- ٢٦٨ ..... الاستدلال بأدلّه خيار المجلس
- ٢٦٨ ..... الاستدلال بالآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
- ٢٧٦ ..... الاستدلال بالحديث: المؤمنون على شروطهم
- ٢٧٩ ..... في دعوى الإجماع على عدم اللزوم؟



- ٢٨٠ ..... فى دعوى الشيره على عدم اللزوم؟
- ٢٨٣ ..... الكلام فى الروايه: إتما يحلل الكلام...
- ٢٩٣ ..... تنبيهات المعاطاه -
- ٢٩٣ ..... اشاره -
- ٢٩٥ ..... (التنبيه ) الأول -
- ٢٩٥ ..... اشاره -
- ٢٩٧ ..... هل يعتبر فى المعاطاه شرائط البيع؟ -
- ٣٠١ ..... هل يجرى حكم الزبا فى المعاطاه؟ -
- ٣٠٤ ..... هل تجرى أحكام الخيار فى المعاطاه؟ -
- ٣٠٧ ..... التنبيه الثانى .
- ٣٠٧ ..... اشاره -
- ٣٠٨ ..... بماذا يتحقق المعاطاه؟ -
- ٣١٣ ..... التنبيه الثالث (فى تميز البائع من المشتري و تميز العوضين)
- ٣٢١ ..... التنبيه الرابع (يتصور المعاطاه بحسب قصد المتعاطين على اربعة وجوه و الكلام عليها بالتفضيل)
- ٣٤٨ ..... التنبيه الخامس: فى حكم جريان المعاطاه فى غير البيع من العقود وعدمه -
- ٣٤٨ ..... اشاره -
- ٣٤٨ ..... فى النكاح؟ -
- ٣٥٠ ..... فى الزهن؟ -
- ٣٥٢ ..... فى الهبه؟ -
- ٣٥٢ ..... فى الإجاره؟ -
- ٣٥٥ ..... فى الوقف؟ -
- ٣٥٦ ..... التنبيه السادس: فى ملزمات المعاطاه على كل من القول بالملك والقول بالإباحه -
- ٣٥٦ ..... اشاره -
- ٣٥٩ ..... تلف العوضين -
- ٣٦٦ ..... تلف احدى العينين -
- ٣٧٧ ..... نقل العينين أو احدهما؟ -

- ٣٨٥ ..... لو باع الفضول العين؟
- ٣٩٠ ..... لو امتزجت العينان أو احدهما
- ٣٩٣ ..... لو وقع التصرف المغتير في العين؟
- ٣٩٤ ..... هل يورث جواز الرجوع؟
- ٣٩٧ ..... لو جُنَّ أحد المتعاطيين؟
- ٣٩٨ ..... التنبية السابع
- ٣٩٨ ..... اشاره
- ٣٩٨ ..... هل تجرى الخيارات في المعاطاه؟
- ٣٩٨ ..... اشاره
- ٤٠٠ ..... في خيار المجلس بناءً على الملك
- ٤٠٠ ..... في خيار الحيوان بناءً على الملك
- ٤٠١ ..... في خيار العيب والغبن بناءً على الملك
- ٤٠١ ..... في خيار المجلس بناءً على الإباحه
- ٤٠٢ ..... في خيار الحيوان بناءً على الإباحه
- ٤٠٣ ..... في خيار الغبن والعيب على الإباحه
- ٤٠٤ ..... التنبية الثامن
- ٤٠٤ ..... اشاره
- ٤٠٤ ..... هل حكم العقد الفاقد لبعض الشروط حكم المعاطاه؟
- ٤٠٩ ..... هل يكفي وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا؟
- ٤١٣ ..... المجلد ٢
- ٤١٣ ..... اشاره
- ٤٢١ ..... مقدمه في خصوص ألفاظ عقد البيع
- ٤٢١ ..... اشاره
- ٤٢٣ ..... في كفايه الإشاره من الأخرس
- ٤٢٤ ..... بحث مع المحقق الإيرواني
- ٤٣٧ ..... هل تكفي الكتابه عن الإشاره؟

- ٤٣٩ ..... هل يقع العقد باللفظ الكنائى؟
- ٤٤٣ ..... النَّظَرُ فى أدلّه القول بالمنع
- ٤٤٧ ..... الأقوال فى ألفاظ العقد من حيث الكنايه والمجاز والاشتراك
- ٤٤٩ ..... المختار فى المسأله
- ٤٥٠ ..... نقد الأقوال الاخرى
- ٤٥٦ ..... تفصيل الميرزا النائينى
- ٤٥٨ ..... الجواب عنه
- ٤٦٦ ..... فى ألفاظ الإيجاب والقبول
- ٤٦٦ ..... منها: لفظ «بعت»
- ٤٧٠ ..... منها: لفظ «شريت»
- ٤٧٢ ..... منها: لفظ «ملكت»
- ٤٧٦ ..... الكلام فى لفظ «اشتريت»
- ٤٧٨ ..... القبول بلفظ «قبلت» ونحوه
- ٤٧٩ ..... الكلام فى القبول بلفظ «أمضيت» ونحوه
- ٤٨١ ..... فرغ
- ٤٨٤ ..... مسأله اعتبار العريته
- ٤٨٤ ..... اشاره
- ٤٨٤ ..... النظر فى أدلّه اعتبار العريه
- ٤٨٨ ..... هل يعتبر عدم اللحن من حيث الماده والهيئه؟
- ٤٨٩ ..... هل يعتبر عريته جميع أجزاء الإيجاب والقبول؟
- ٤٩٠ ..... هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ؟
- ٤٩٢ ..... مسأله اعتبار الماضويه
- ٤٩٢ ..... اشاره
- ٤٩٦ ..... دليل القول بعدم الاعتبار
- ٤٩٩ ..... مسأله لزوم تقديم الإيجاب على القبول
- ٤٩٩ ..... اشاره

٤٩٩	دليل القول بلزوم التقديم
٥٠١	دليل القول بعدم اللزوم
٥٠٢	التفصيل بين ألفاظ القبول
٥٠٧	بحث مع المحقق النائيني
٥١٠	المختار في المقام
٥١٠	الكلام في تقدّم القبول بلفظ الأمر
٥١٣	الكلام في تقدم القبول بلفظ اشترتيت ونحوه
٥١٨	حكم تقدّم القبول في العقود الاخرى
٥٢٤	مسأله الموالاه بين الإيجاب والقبول
٥٢٤	اشاره
٥٢٨	رأى المحقق النائيني
٥٢٨	اشاره
٥٣١	التظر فيه
٥٣٢	رأى المحقق الإيروانى والنظر فيه
٥٣٥	رأى المحقق الإصفهانى
٥٣٧	مسأله التنجيز فى العقد
٥٣٧	اشاره
٥٣٩	أدله اعتبار التنجيز
٥٣٩	اشاره
٥٣٩	وأما الكلام فى وجه الإشتراط
٥٣٩	اشاره
٥٣٩	الأول: قولهم: لا يعقل التعليق فى الإنشاء.
٥٤١	الثانى: الإجماع على التنجيز.
٥٤٢	الثالث: إنّ العقد المتضمن للتعليق غير مضمول لآيه الوفاء.
٥٤٤	الرابع: إنّ الإنشاءات مبتنيه على الجدّ والجزم.
٥٤٥	الخامس: إنّ التعليق عباره عن التقييد.

- السادس: ما ذكره الميرزا الاستاذ قدس سرّه من أن التعليق ..... ٥٤٦
- مسأله التطابق بين الإيجاب والقبول ..... ٥٥١
- مسأله وقوع كلّ من الإيجاب والقبول في حال يجوز لكلّ منهما الإنشاء ..... ٥٦١
- اشاره ..... ٥٦١
- تحقيق المقام ..... ٥٦٧
- فرع حكم ما لو اختلف المتعاقدان في شروط الصيغه ..... ٥٧١
- اشاره ..... ٥٧١
- والمسأله محزره في الاصول. .... ٥٧٢
- تحقيق المقام ..... ٥٧٨
- أحكام المقبوض بالعقد الفاسد ..... ٥٨٥
- اشاره ..... ٥٨٥
- الحكم الأول: عدم المملوكيه. .... ٥٨٥
- الحكم الثاني: عدم جواز التصرف فيه. .... ٥٨٦
- الحكم الثالث كونه مضموناً. .... ٥٨٦
- أدله ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد ..... ٥٨٧
- اشاره ..... ٥٨٧
- الدليل الأول: الحديث النبوي المشهور ..... ٥٨٧
- اشاره ..... ٥٨٧
- الكلام في سند: على اليد ما أخذت. .... ٥٨٧
- الكلام في دلاله على اليد. .... ٥٨٨
- الدليل الثاني: الأخبار الواردة في الأمه المسروقه. .... ٥٩٢
- الدليل الثالث من أدله الضمان: ..... ٥٩٩
- قاعده ..... ٥٩٩
- اشاره ..... ٥٩٩
- المراد بالعقد في هذه القاعده ..... ٦٠٢
- المراد بالضمان ..... ٦٠٣

- ٦٠٨ ..... بيان عموم القاعده
- ٦١٢ ..... معنى «الباء» فى القاعده
- ٦١٤ ..... الكلام فى مدرک القاعده
- ٦١٤ ..... اشاره
- ٦١٥ ..... ١ - الإجماع
- ٦١٥ ..... ٢ - قاعده الإقدام
- ٦١٩ ..... ٣ - قاعده اليد
- ٦٢٠ ..... ٤ - قاعده السلطنة
- ٦٢٣ ..... ٥ - قاعده الاحترام
- ٦٢٥ ..... ٦ - لا يحلّ مال امرئ... ..
- ٦٢٧ ..... ٧ - لا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ
- ٦٢٩ ..... ٨ - قاعده لا ضرر
- ٦٣٢ ..... الكلام فى الأعمال التى لا يرجع نفعها إلى الضمان
- ٦٣٤ ..... هل يفترق فى الضمان بين علم الدافع وجهله؟
- ٦٣٦ ..... الكلام فى عكس القاعده
- ٦٣٧ ..... الخلاف فى ضمان العين المستأجره
- ٦٤٣ ..... من موارد الإشکال فى أطراد القاعده
- ٦٤٣ ..... اشاره
- ٦٤٤ ..... ١ - الصيد الذى استعاره المحرم
- ٦٤٦ ..... جهات البحث فى المسأله
- ٦٥١ ..... ٢ - المنافع غير المستوفاه فى البيع الفاسد
- ٦٥٤ ..... تحقيق المقام
- ٦٥٥ ..... ٣ - حمل المبيع فاسداً
- ٦٥٧ ..... ٤ - الشركه الفاسده
- ٦٥٨ ..... وتحقيق المقام أن يقال:
- ٦٥٨ ..... فى مبنى القضيه السالبيه فى القاعده

- الرابع (١) من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد: ..... ٦٦٤
- وجوب ردّه فوراً إلى المالك ..... ٦٦٤
- هل يصدق «التصرف» على «الإسك» ..... ٦٦٦
- هل يحرم الإسك بعد القبض ..... ٦٦٦
- هل يلزم فساد البيع لعدم الإذن بالتصرف؟ ..... ٦٦٨
- هل يجب ردّ المقبوض إلى مالكة ..... ٦٧١
- على من تكون مؤونه الردّ؟ ..... ٦٧٥
- التحقيق في المقام ..... ٦٧٨
- تنبيه ..... ٦٧٩
- الخامس (١) من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد ..... ٦٨١
- حكم المنافع المستوفاه ..... ٦٨١
- في معنى الحديث: الخراج بالضمان ..... ٦٨٢
- تفسير المشهور هو الصحيح ..... ٦٨٥
- الكلام على قول ابن حمزه ..... ٦٨٨
- دليل المشهور ..... ٦٨٩
- حكم المنافع الفائته بغير استيفاء ..... ٦٩٤
- أدله الضمان ..... ٦٩٥
- أدله عدم الضمان ..... ٧٠٤
- المختار في المقام ..... ٧٠٥
- السادس (١) فيما لو كان التالف مثلياً ..... ٧٠٨
- أشاره ..... ٧٠٨
- لا تعرض في نصوص الضمان المثل ..... ٧٠٩
- تعريف المثلى ..... ٧١١
- التحقيق في المقام ..... ٧١٢
- رأى المحقق النائيني ..... ٧١٦
- في مقتضى الأصل إذا شك في المثليه والقيميّه ..... ٧١٨

- ٧٢٠ ..... القول بتخيير الضامن
- ٧٢٦ ..... القول بتخيير المالك
- ٧٢٨ ..... القول بضمان المثل
- ٧٣١ ..... القول بضمان القيمه
- ٧٣٢ ..... القول بالقرعه
- ٧٣٤ ..... القول المختار
- ٧٣٤ ..... عوداً إلى كلمات الشيخ
- ٧٣٦ ..... الاستدلال لضمان المثلى بالمثل والقيمي بالقيمه بأيه الاعتداء
- ٧٣٧ ..... المناقشات في دلالتها
- ٧٤٢ ..... حاصل الكلام في المقام
- ٧٤٦ ..... الاستدلال بالنصوص
- ٧٥٣ ..... السابع (١) حكم ما لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمنه
- ٧٥٣ ..... اشاره
- ٧٥٣ ..... ١ - كثره الثمن بسبب زياده القيمه السوقية
- ٧٥٤ ..... ٢ - كثره الثمن بسبب عدم وجدانه إلا عند من يعطيه بالأزيد
- ٧٥٤ ..... اشاره
- ٧٥٥ ..... النظر في كلام الشيخ في الصورتين
- ٧٦٠ ..... تحقيق المقام
- ٧٦٢ ..... حكم ما لو سقط المثل عن المائيه في زمن الدفع
- ٧٦٣ ..... حكم مطالبه المالك بالمثل في بلد التلف وغيره
- ٧٦٥ ..... الثامن (١) أحكام تعدّر المثل في المثلى
- ٧٦٥ ..... اشاره
- ٧٦٥ ..... حكم دفع القيمه مع المطالبه
- ٧٦٩ ..... حكم دفع القيمه مع عدم المطالبه
- ٧٧١ ..... قيمه أتي يوم يدفع؟
- ٧٧٦ ..... في المراد من التعدّر وإعواز المثل



٧٧٩ ----- هل الاعتبار بقيمه بلد المطالبه أو التلف أو الأعلى منهما؟

٧٨١ ----- حكم ما لو سقط المثل عن المائيه

٧٨٤ ----- فرع

٧٨٨ ----- تعريف مركز

سرشناسه : حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

عنوان قراردادی : کتاب البیع .شرح

عنوان و نام پدیدآور : کتاب البیع: من اباحت الفقيه المحقق العظيم والاصولى الفذالمرجع الدينى الكبير و آيه الله العظمى السيد محمدهادى الحسينى الميلانى / تقرير و شرح على الحسينى الميلانى.

مشخصات نشر : قم : مركزالحقائق الاسلاميه □ ۱۴ق. =- ۱۳ -

مشخصات ظاهرى : ج.

شابک : ج. ۲. ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۲۹-۳ : ؛ ۱۰۵۰۰۰ ریال: ج. ۳. ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۷۲-۹ : ؛ ۱۱۵۰۰۰ ریال: ج. ۴. ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۷۶-۷ :

وضعیت فهرست نویسی : فیبا

یادداشت : عربی.

یادداشت : فهرستنویسی بر اساس جلد دوم: ۱۳۸۸.

یادداشت : ج. ۲. (چاپ اول: ۱۳۸۸).

یادداشت : ج. ۳- ۴ (چاپ اول: ۱۳۹۲).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : میلانی، محمدهادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳ . کتاب البیع -- نقد و تفسیر

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

شناسه افزوده : میلانی، محمدهادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳ . کتاب البیع . شرح

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/مک ۹/۲۰۲۱۸ ۱۳۰۰ی

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره كتابشناسى ملى : ١٩٣٤٢٥٨

ص : ١

**المجلد ١**

**اشاره**

ص : ١







بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين.

أما بعد

فإن شرف علم الفقه لا يخفى وفضله لا ينكر، وقد كانت أحكام المعاملات من اولى إهتمامات فقهاء الطائفة منذ القديم.

فلما أُلّف علّامه الآفاق واستاذ الكلّ على الإطلاق، آيه الله العظمى الحاج الشيخ مرتضى الأنصارى - تغمّده الله بغفرانه وأسكنه فسيح جنانه - كتابه المعروف بـ«المكاسب»، أصبح هو المحور للدراسات العليا في فقه المعاملات، من قبل كبار الفقهاء في الحوزات العلميّة، وما أكثر الكتب المصنّفة في شرحه والتعليق المطوّله والموجزه عليه.

وكان جدنا الفقيه العظيم، والمحقق المدقق الفذ، والمرجع الدينى الكبير، آيه الله العظمى السيد محمد هادى الميلانى طاب ثراه، قد حضر هذا البحث فى النجف الأشرف على أستاذى الفقهاء والمجتهدين، آيه الله العظمى الشيخ ميرزا محمد حسين النائينى الغروى، المتوفى سنة ١٣٥٥، وآيه الله العظمى الشيخ محمد حسين الإصفهانى الغروى، المتوفى سنة ١٣٦١.

ثم إنّه درّس هذا البحث - بدوره - فى النجف الأشرف، وحضر أبحاثه هناك

جماعه كبيره من فضلاء الحوزه العلميه، الذين أصبح كثير منهم فيما بعد، من كبار المراجع ومشاهير الأعلام والأساتذه المرموقين.

ولو أنه بقى فى النجف الأشرف واستمرّ فى أبحاثه الفقهيّه والأصوليه وغيرها، لتقدّم على جميع أقرانه، وكان الاستاذ الأعظم والمرجع الأعلى، كما سمعت من غير واحدٍ من أساتذتي، كآيه الله العظمى الميرزا محمد كاظم التبريزي وآيه الله الشيخ مجتبي اللنكراني رحمه الله عليهما.

ولكنّه انتقل إلى كربلاء المقدّسه فى سنه ١٣٥٦، وكان مجلس درسه فى تلك الحوزه أيضاً عامراً بفضلائها فى ذلك الوقت، حيث درّس الفقه والاصول والتفسير وغيرها.

ثم انتقل إلى مشهد الرضا عليه السلام، فى سنه ١٣٧٣، فكان أحد المراجع العظام، وزعيم الحوزه العلميه بها، والملاذ الأكبر للأئمّه فى الحوادث السياسيه والإجتماعيه الزاهنه.

\* \* \*

أمّا مرجعيته، فقد قال بأعلميته غير واحدٍ من الأعلام المرجوع إليهم والمسموع قولهم فى مختلف الأوساط، كالعلّامه الطباطبائي صاحب (الميزان فى تفسير القرآن) رحمه الله عليه، وآيه الله العظمى الشيخ محمّد تقى البهجه حفظه الله، وغيرهما، وهكذا جماعه كبيره من الفضلاء فى الحوزه العلميه وخارجها...

مميّا أذى إلى إقبال الناس عليه، يطلبون منه الرساله العمليه، حتى أذن بتجديد طبع رسالته، فانتشرت فى البلاد ورجع إليه أهالى منطقته خراسان، ثمّ امتدّت مرجعيته إلى سائر المحافظات والمدن، وحتّى قلّمده الكثيرون من الشيعة فى البلاد المجاوره، كأفغانستان وباكستان والعراق وسائر البلدان، وجاءت الحقوق الشرعيّه من المقلّدين، وشرع فى المشاريع التى جرت بأمره.

ص: ٦



وهكذا، فقد أصبح الزعيم الأكبر في الشؤون الدينيّة بالمفهوم العام، إذ لم تقتصر جهوده على تأسيس المدارس والمعاهد الدينيّة فقط، بل أسسّ أو شيّد كثيراً من الحمامات والمغتسلات والمستوصفات، إلى جنب المساجد والحسيّيات، في مختلف المناطق، وحتى في قضايا الزلازل التي وقعت في البلاد أكثر من مرّة في عهدّه، فإنّه قد أوعز إلى بعض مقلّديه بالمبادره إلى إعادته بناء ما هدمته أو أصابته الزلازل من دور السّكن وغيرها.

إلّا أنه قد أولى الاهتمام البالغ بالحوزه العلميّه، بتأسيس المدارس فيها أو تجديد بناء بعضها، وقد جعل للدروس في مدارسه برامج خاصّه، يدرّس فيها الطّلاب مختلف العلوم الإسلاميّه، ويختبرون، ويشجّع المشتغلون بالرواتب والجوائز الماديّه والمعنويّه، ولقد كان طاب ثراه، محبّاً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجديّن منهم، متفقّداً لأحوالهم التفقّد الأبوي بحنانٍ ولطف.

ثم إنه عزم على دعوه العلماء الأعلام للإقامه في مشهد والتدريس في الحوزه العلميّه، حتى تزدهر وتنشط الدرّاسه أكثر فأكثر، وقد كان من أشهر من دعاهم واستجاب:

١ - شيخنا آيه الله العظمى الوحيد الخراساني.

٢ - آيه الله الشيخ على الفلسفي.

٣ - آيه الله الشيخ على المشكيني.

ولا يخفى ما كان لتواجد هؤلاء الأعلام في الحوزه العلميّه، من الأثر في الحركة العلميّه وتوجه العلماء والفضلاء وإقبالهم عليها.

لقد اهتمّ بأمر الحوزه العلميّه اهتماماً بالغاً، خدمه للمذهب والعلم والعلماء، وللعبه المقدّسه الرّضويه، إذ كان يرى أنّ الحوزه تعدّ من شؤون العتبه المطهّره، وأنه كلّما تقدّمت الحوزه وازدهرت، إزداد مشهد الإمام عليه السّلام شوكةً وعظمةً

وجلاله، وقد سمعت منه هذا المعنى أكثر من مره.

وليس الدرس فقط، فقد اهتم كثيراً بالجانب العقيدى والتربوى، فقد كان - بالإضافة إلى معاشره مع الطلاب بالآداب الشاميه والأخلاق الفاضله، ليكون قدوة لهم - يلقي عليهم فى المناسبات محاضرات توجيهيه، ولا زالت تعاليمه موجوده فى الأذهان إلى هذا الزمان.

\*\*\*

واشتهر السيد الجد طاب ثراه بالمرابطه والمحافظة على حدود الشريعة المقدسه، فى اصولها وفروعها وسننها، وخاصه فى مجال الاصول الاعتقاديه، وبالأخص فيما يتعلق بمقامات ومنازل أهل البيت والعترة النبويه المطهره، وتلك فتاواه ضد بعض الأفكار المضللله من بعض المعممين وغيرهم، موجوده فى لوثائق التاريخيه الخالده.

وكذلك فيما يتعلق بالقوانين الوضعيه المخالفه للشريعة المقدسه، التى حاولت الحكومه آنذاك تطبيقها فى البلاد، فقد صمد طاب ثراه فى مقابلها وتحمل أنواع الأذى والمضايقات للحيلولة دون وصول الحكومه إلى مآربها.

لقد سمعنا منه مراراً قوله: علينا أن نقف أمام ترويج الأباطيل والمنكرات فى هذا البلد المتعلق بأهل البيت والإمام المهدي المنتظر أرواحنا فداه.

وبالفعل، فقد وفق كثيراً، وسدد الله تعالى خطاه على طريق الحق والدفاع عن الدين.

إنه كان دائماً يستمد العون من الإمام عجل الله فرجه، ويأمر بالتوسل به فى كل الأوقات، وكانت رعايته عليه السلام له مشهوده فى كافة المجالات.

\*\*\*

ومن الألفاظ الربوبيه وعنايات الأئمه الأطهار فى حقّه، ما كان عليه طاب

ص: ٨

ثراه من الكمالات المعنويّه والحالات الرّوحيّه، فتلك قضيتّه مع شيخنا آيه الله الحاج الشيخ مرتضى الحائري اليزدي، فقد سمعتها من شيخنا مشافههً، وهي موجوده بخطّه في مذكّراته.

كما أنّ له معي أيضاً قضيتّه مشابهاً لها.

وتلك قضيتّه مع من حضر عنده في حال الجنابه، وقد تكرّر ذلك، فإنّه كان يذكّرهم، وقال لأحدهم في غرفته الخاصّه: إنّ الملائكه لتهبط إلى هذا المكان وتروح، لكونه محلاً لمذاكره القرآن وروايات المعصومين، من أجل استنباط الأحكام وهداياه الناس، فما كان ينبغي لك أن تحضر هنا بهذه الحال.

وتلك قضيتّه مع زائر من زوّار الإمام عليه السلام، قد قضى ليلته في القطار بالفسق والفجور، فلما وصل إلى مشهد، انتبه من غفلته وندم على ما فرط، فاغتمّ لذلك بشدّه، ولم يدخل الحرم حتى المساء، خجلاً من الإمام عليه السّلام، فلما حضر الصّلاه، في الصّحن الشريف خلف السيّد الجدّ، وجاء بعد الصّلاه للسّلام عليه، خاطبه السيّد بقوله: أنت محبوب عند الإمام عليه السّلام لأنك جئت لزيارته وهو يحبّ زوّاره، غير أنّ عملك كان سيئاً وأنت نادم عليه وتائب منه، فادخل الحرم ولا بأس عليك.

وهذه نبذه من كراماته الباهره، علمنا ببعضها في أيام حياته، وما كنّا نتحدّث بها لعدم رضاه بذلك.

وبهذا نكتفي في التعريف به طاب ثراه (1).

\*\*\*

ص: ٩

---

١ - ١) ومن أراد التفصيل فليرجع إلى كتاب «علم وجهاد» تأليف عمّن العلامه الحجه السيد محمّد علي الميلاني المطبوع في جزئين.

وأما كتاب البيع... .

فلقد درّس طاب ثراه فى الحوزه العلميه بمشهد المقدسه:

كتاب الإجاره

وكتاب الصلاه

وكتاب الزكاه

وكتاب الخمس

على كتاب «شرائع الإسلام» للمحقق الحلى.

ثم درّس كتاب البيع، على كتاب «المكاسب» ولكنه لم يتم كما سيأتى.

وقد كان كتاب البيع آخر أبحاثه، وكان قد وعد تلامذته بتدريسه إجاباً لطلبهم، ولذا قال فى أول البحث: كنت قد وعدت غير مرّه بالبحث فى المعاملات وفى خصوص البيع من المكاسب للشيخ الأعظم قدّس سرّه، فهذا أوان الوفاء بالوعد والشروع فى بحث البيع، وأحمد الله على التوفيق وأستخيره فى ذلك.

وكان الشروع فيه فى اليوم الثانى عشر من ربيع الأول سنه ١٣٩١.

وجعل عنوان البحث - كما ذكرنا - كتاب البيع للشيخ الأعظم، فهو أولاً يشرح عبارته الشيخ ويقرّر مراده، بأدب رفيع وتواضع جميل لمكانه الشيخ العلميه، وربّما ألجأته المحافظه على مقام الشيخ والإحترام له، إلى توجيه كلامه وحمل عبارته على خلاف ما هى ظاهره فيه، قائلاً: إن مقام الشيخ يقتضى أن يكون مراده كذا لا كذا وإن كان ظاهر عبارته.

ثم يتعرّض لكلمات الأكابر حول كلام الشيخ وغيره بالبحث والنقد، فإذا ما أراد أن يشكل على الشيخ أو أحد منهم قال: «هذا سهو من قلمه» أو «لا يمكن المساعده عليه»، وربما اقترن ذلك بقوله: «إنه كبير ونحن صغار بالنسبه إليه ولكن ماذا نفعل!» بل قد وجدناه إذا أراد الردّ على الكلام لا يصرّح باسم قائله، حفظاً لعلو

إن الأکابر الذین یتعرض السید الجدد لآرائهم من المتأخرين عن الشيخ الأعظم هم:

١ - الشيخ حبيب الله الرشدي، بتقرير تلميذه الإشكوري.

٢ - الشيخ محمد حسن المامقاني، صاحب «غايه الآمال» وهو جدّه لأمّه.

٣ - الشيخ محمد كاظم الخراساني، في تعليقه المكاسب، ويعبّر عنه ب«المرحوم الآخوند».

٤ - السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، في حاشيه المكاسب، ويعبّر عنه ب«المرحوم السيد».

٥ - الشيخ ميرزا محمد حسين النائيني، ويعبّر عنه ب«الميرزا الاستاذ».

٦ - الشيخ محمد حسين الإصفهاني، ويعبّر عنه ب«شيخنا الاستاذ».

وهذان الأخيران هما استاذاه في الفقه والاصول.

والجدير بالذكر، أنّ ظاهر كلامه أحياناً - لدى النقل عن أحد استاذيه رأياً - هو الحكايه عنه مباشرة، كقوله في بعض الموارد: «وكان الاستاذ يقول... وكنا نشكل عليه» ممّا يدلّ على استحضاره لمطالب مشايخه.

وكم كان يعتزّ بهم، خاصّةً بأستاده الشيخ الإصفهاني، فإنّه كان يعتنى بأقواله، ويراجع حاشيته على المكاسب، وكان يحتفظ بنسختين منها، وقد قال لي يوماً:

«إنّ لي - والحمد لله - مطالب في المكاسب لم يتعرض لها الشيخ الاستاذ»، فكأنّه كان يحمّد الله على أنّ وفقه للاستدراك على إفادات شيخه في مباحث البيع.

\*\*\*

قلنا: إنه كان طاب ثراه محبباً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجتهدين منهم، متفقداً لأحوالهم... هذا بالنسبه إلى سائر الناس، فكيف بتلامذته؟

وأما بالنسبة إلى أهل العلم من أحفاده، فقد تضاغت رعايته وعنايته المعنويه والماديّه... .

لقد كنت في أيام الصّيف - في أغلب السنين - في خدمته، ولكنّها كانت أسفاراً قصيرةً، فلما اضطرت أوضاع حوزة النجف الأشرف، وخاصّةً بعد وفاه آية الله العظمى السيد محسن الحكيم رحمه الله عليه سنة ١٣٩٠، وتعطلت الدروس، سافرت إلى مشهد المقدّسه، وفي هذه المرّه طال المكث عنده، فكنت أحضر بحته، وأستفيد منه الكثير من الفوائد العلميّه، وأتعلّم منه الأخلاق الكريمه، إذا سألته أجنبي، وفي كثيرٍ من الأوقات كان يتدأني، فيفيض عليّ من علمه، أو يمتحنني بسؤال، أو يأمرني باستخراج مطلبٍ في مكتبته، أو باستنساخ مکتوبٍ من مكاتيبه، فكان قد عرف عني من مجموع تلك الأمور شيئاً أصبح السبب في شدّه عنايته بي ورعايته لي، حتى أنه قال لي غير مرّه: «أتمنّى أن تبقى عندي» وقال لغير واحدٍ من الأشخاص من الأسره وغيرها: «الأمّل في هذا الولد كبير».

ولقد انعكست عنايته بي في مكاتيبه إلى (١):

فلقد جاء في أحدها: «إني أذكرك في قلبي كثيراً ولك سهمٌ في غالب أدعيتي، خبرني عن أحوالك وأمورك باستمرار».

ص: ١٢

---

١- ١) اقتصرتها منها على محلّ الحاجه، ولا يخفى أنها كلّها معنونه بعنوان «قرّه عيني» وكان اسمي «علي الأصغر» لوجود أخٍ لي اسمه «علي الأكبر» حفظه الله، لكنهم خاطبوني فيما بعد ب«علي» وبهذا عرفت في سائر الأوساط.

وفى كتابٍ بتاريخ شهر رمضان سنة ١٣٨٤، يوصى بالبرِّ بالوالدين:

وفى كتابٍ أرسله بتاريخ ٢ ذى القعدة الحرام سنة ١٣٨٦، يوصى بالمداومه على صلاة اللّيل:

ص: ١٣

وكان يمدني بالكتب التي أحتاج إليها أو تنفعني في سبيل التحصيل:

ص: ١٤



وكتب إلى لَمَّا رجعت من حج بيت الله الحرام:

ص: ١٥

وهذا كتاب آخر أرسله إلّى فى ١٨ ربيع الأوّل سنه ١٣٩٠، وهو من أحسن المكاتيب التوجيهية الراقية:

ص:١٦

«إن العمده فى استكمال مراتب الفضيله أربعه أشياء:

الأول: المعارف الآلهيه.

والثانى: التقوى.

والثالث: الفقه والاصول.

والرابع: مكارم الأخلاق.

فإن اجتماع هذه الأركان الأربعه فى غايه الأهميه، وهو المستعان سبحانه وتعالى.

وإن الدعاء والتوسيل بمقام الولايه وطلب العنايه المباركه لولئى العصر أرواحنا فداه، هى الوسيله العظمى لنيل تلك الأركان الأربعه. إن شاء الله تعالى».

\*\*\*

وبالأخره... دعانى إلى مشهد والكون بخدمته.

فقد كنت فى النجف الأشرف، وأنا متهيئاً منذ مدّه لحضور بحث الخارج على أعلامها، لكن الأوضاع مضطربه والأفكار مشوشه، وكان أهلى يفكرون لى بالزواج، وربما خطبوا من بعض البيوت، وإذا بكتاب من السيد الجدد إلى السيد الوالد بتاريخ ٦ صفر سنه ١٣٩٣ يقول فيه: «إن كان فى زواج السيد على أو السيد على الأصغر تأخير، فمن المستحسن أن يأتى إلى المشهد المقدس ويدرس هنا ويكون عوناً لى. وقد وصلنى الكتاب الذى أرسله (١)، وسررت بذلك. دام بقاءه إن شاء الله تعالى».

ص: ١٧

---

١-١) أرسلت إليه دفترًا شرحت فيه قول المحقق الحلى فى شرائع الاسلام فى غسل الأموات «وأقل ما يلقى فى الماء من السدر ما يقع عليه الاسم» فى أكثر من خمسين صفحه، وكتاب (الإمام الثانى عشر) تأليف العلامة الحجه السيد محمد سعيد آل صاحب العبا، الذى قدمته للطبع بمقدمه وتعليق واستدراكات قيمه، فى النجف الأشرف.

فلما وصل هذا الكتاب، بادرت إلى السفر إلى إيران، ووصلت إلى محضره الشريف في شهر ربيع الثاني سنة ١٣٩٣.

فرحب بي أيما ترحيب....

وقرر طاب ثراه أن أكون له معيناً في شؤنه العلمي فقط.

فكان كلما أراد أن يطالع للدرس أو يجيب عن استفتاء، حضرت عنده، فكان تخريج كل ما يحتاج إليه من الروايات وأقوال الفقهاء على يدي، وإذا أراد مفهوم كلمه رجعت إلى كتب اللغه وأخرجت له كلمات اللغويين، وإذا أراد ترجمه راو من الرواه، أخرجتها له من الكتب الرجاليه وقرأت عليه آراء علماء الرجال فيه، وهكذا... فكان يسجل خلاصه مطالعته وتحضيراته للدرس في أوراق تحت يده، وتلك الأوراق كلها - أو جلها - محفوظه الآن، وكذا أجوبه الاستفتاءات المفصله

ص: ١٨

التي أمر باستنساخها والاحتفاظ بها.

وهكذا، فقد كنت بخدمته هذه المرّة، من أوائل السنه الدراسيه ١٣٩٣، إلى أن مرض رحمه الله، وتعطلّ الدرس في شهر ربيع الثاني وكان بحثه في مسائل بيع الفضولي.

وما طال مرضه إلا شهوراً قلائل، حتى توفي في آخر شهر رجب عام ١٣٩٥.

ثم إنّه - طاب ثراه - لمّا تعطلّ الدرس، وكأنه كان عالماً بدتو أجله، قال لي في بعض الأيام: «إني وإن كنت أحبّ أن تكون عندي، لكن مواصلة الدرس أهم، وأخشى أن يضيع وقتك هنا، فالأولى أن تذهب إلى قم».

فنزلت مدينه قم المقدسه، بعد أن تهيأت لي دار للسكن مستأجره لمدّه قليله بأمر من السيد الجدّ، وقد جعل لنا راتباً شهرياً:

\*\*\*

لقد حضرت في حوزة قم الكبرى على أعلام الطائفه وأساطين العلماء في الفقه والاصول، من كبار المراجع وغيرهم، وهم:

ص: ١٩

١ - آيه الله العظمى السيد محمد رضا الكليبايگاني قدس سره.

حضرت عليه في الحج والبيع والقضاء والشهادات والحدود.

وقررت بحثه في البيع، ودونته حاشية على المكاسب، وطبع باسم (بلغه الطالب في التعليق على بيع المكاسب) إلى آخر المعاطاه، في مجلد واحد.

ثم قررت بحثه في القضاء والشهادات، وطبع بأمر منه كذلك، في ثلاث مجلدات.

٢ - آيه الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني دام ظله.

حضرت عليه دورة كاملة في الاصول.

وفي الفقه: حضرت عليه في أبواب كثيرة من العبادات والمعاملات، كإحياء الموات والمكاسب المحرمة والطهارة والصلاة والبيع والخيارات، وبعض القواعد الفقهية.

ثم درست الاصول وطبع منه حتى الآن مباحث الألفاظ في أربع مجلدات.

٣ - آيه الله العظمى السيد محمد الروحاني قدس سره.

حضرت عليه في الاصول.

٤ - آيه الله العظمى الشيخ ميرزا محمد كاظم التبريزي، قدس سره.

حضرت عليه في الفقه.

٥ - آيه الله العظمى الشيخ مرتضى الحائري اليزدي، قدس سره.

حضرت عليه في الخيارات.

وبما ذكرت ظهر: أنني حضرت في البيع على السيد الجد والسيد الكليبايگاني والشيخ الوحيد، إلا أن حضوري على شيخنا كان إلى آخر الكتاب.

ولقد طرحت أنظار السيد الجد في بحث شيخنا دام بقاءه، ودخلت في كتابات فضلاء الدرس، واهتم بها الكثيرون منهم، فكنت من ذلك الوقت أشغل على

مطالب السيد الجدّ وأمعن النظر فيها، وأضيف إليها ما استفدته من أبحاث سيدنا الاستاذ الكلبيكاني وشيخنا الاستاذ الوحيد، وما لم يتعرّض له السيد الجدّ من مطالب الأكابر، وما في بعض الحواشي الاخرى كحاشيه المحقق الايرواني، وأنظار المحقق الخوئي من مصباح الفقاهه.

وخرّجت في الهوامش ما جاء في بحثه من الآيات والأخبار والأقوال، ووضعت له العناوين، ورتّبته ونقّحته بالإصغاء إلى أشرطه البحث من جديد.

فلما وصلت إلى آخر المعاطاه، وجدته قد اكتمل جزءاً، يصلح لأن ينتشر، فقدّمته للطبع، خدمه للعلم وأهله، وأداءً لبعض حقوق السيد الجدّ وإحياءً لذكوره، وتقديراً مني لما بذله من جهدٍ في تعليمي وتربيتي.

وأسأل الله العليّ القدير أن يوفقني لإتمام هذا العمل، وأن يتقبّله بأحسن القبول. والحمد لله رب العالمين.

قم المقدّسه

على الحسيني الميلاني

ص: ٢١









بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين ولعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

وبعد، فقد كنت قد وعدت غير مرّة بالبحث في المعاملات، وفي خصوص البيع، من المكاسب للشيخ الأعظم قدس سرّه، فهذا أوان الوفاء بالوعد والشروع في بحث البيع، وأحمد الله على التوفيق واستخيره في ذلك:

ص: ٢٥



قولنا: «معامله» لإخراج العباده، وهى فى الاصطلاح: الأمر الذى يتوقف ترتب الأثر عليه على قصد القربه، والمعامله لا يتوقف ترتب الأثر فيها على قصد القربه. وبعبارة أخرى: المعامله يترتب الأثر على وجودها الخارجى، وهو - أى الوجود الخارجى - علّه تامه للأثر، فإن قصد القربه أعطى الثواب، وإلا فالأثر الخاص لها مترتب لا محاله، والعباده أمر يقتضى الأثر المترتب عليه، لكنّه مشروط بقصد القربه حتى تحصل الفعلية للأثر.

وقولنا: «إنشائيه» فى قبال التوصلات التى يطلق عليها العباده بالمعنى الأعم، وليس فيها حيثية الإنشائيه، كغسل اليد ونحو ذلك.

وقولنا: «بين اثنين» إحتراز عن المعامله الإنشائيه التى ليست كذلك، كالوقف العام مثلاً.

وقولنا: «بنحو المعاوضه» يخرج ما إذا كان معامله إنشائيه بين اثنين لا كذلك، كالهديه.

وقولنا: «فى الملكيه» لإخراج المعاوضه بين التمليكين، كما هو الحال فى الهبه المعوضه، فإنها تمليك بعوض تمليك.

فالباع معاملة خاصه بهذه الخصوصيات.

و«البيع» حيثما يطلق هذا اللفظ في مقابل الإجاره والنكاح وغيرهما...

إسم لم يلحظ فيه جهه المصدريه التي فيها النسبه الناقصه، فالمعنى المصدرى الذى يقال فى ماضيه: باع، وفى مضارعه يبيع، فيه جهه النسبه الناقصه المقابله للنسبه التامه، أى: نسبه العرض إلى موضوعه، لكن لما نقول:

البيع، الإجاره، النكاح، الهبه... فهى أسماء غير ملحوظ فيها جهه الإضافه إلى الفاعل، ففى مثل قوله عليه السّلام: «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا، فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا، فَإِذَا افْتَرَقَا وَجِبَ الْبَيْعُ» (١) لا يقصد المعنى المصدرى، وكذا فى قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٢) وفى «رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ» (٣)، بل المراد تلك المعامله الخاصه المسماة باسم البيع فى قبال غيرها من المعاملات.

قال الشيخ قدس سره:

وهو فى الأصل - كما فى المصباح - مبادله مال بمال (٤).

هذه عباره المصباح المنير، وليس كذلك فى الكتب اللغويه الأخرى، كالمفردات والصّحاح والقاموس (٥).

ص: ٢٨

١- ١) وسائل الشيعه ١٨ / ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الرقم ٤.

٢- ٢) سوره البقره: ٢٧٥.

٣- ٣) سوره النور: ٣٧.

٤- ٤) المصباح المنير: ٦٩.

٥- ٥) المفردات فى غريب القرآن: ٦٧، صحاح اللغه ٣ / ١١٨٩، القاموس المحيط ٣ / ٨.

## إشكال المحقق الخراساني:

فقال المحقق الخراساني رحمه الله عليه في الحاشية: التعبير بالمبادله لا يخلو من مسامحه، وحقّه أن يقال: تبديل مالٍ بمالٍ، فإنه فعل الواحد لا الاثنين (١).

## الردّ على الإشكال:

وهذا منه عجيب إنصافاً، لأنّ تبديل المال بالمال يتحقق بفعل الواحد ولا يتوقف على طرفٍ، كأن يتلف الإنسان مالاً له، ثم يبده بمالٍ آخر من أمواله، فإنه يصدق التبديل ولا علاقته له بالبيع. وبعبارة أخرى: «التبديل» أعمّ من «المبادله». هذا أولاً.

وثانياً: إنّ المشتري وإن كان معطياً للبدل، لكن نفس البدل قائم بطرفين، إذ المشتري معطٍ والبائع آخذ له، وحينئذٍ، يصح التعبير بالمبادله.

## تحقيق المحقق الإصفهاني في معنى هيئه المفاعله:

وثالثاً: فإنّ التحقيق ما أفاده الشيخ الأستاذ قدس سرّه (١) من أنّ ظاهر الصّيرفيين هو أن هيئه المفاعله موضوعه لصدور المبدء من اثنين.

ص: ٢٩









وما ذكروه سهو، فإن صدور المبدء منهما - بحيث تدلّ عليه الهيئه - منحصر بالتفاعل، وأما المفاعله، فإنما تدلّ على صدور المبدء من الفاعل متعلّقاً بالغير، ولذا انحصرت صيغه المفاعله بالأفعال المتعديه.

وبعبارة أخرى: ماده «فَعَلَ» إنما تدلّ على نسبه العرض إلى موضوعه، ولا تدلّ على شيء سواه من الزمان وغيره، بل هي مداليل خارجيه، وذلك، لأن هذه الماده تدلّ على الحدث، وهيئتها تدلّ على نسبه الفعل إلى الفاعل، ولذا كان «فَعَلَ» في اللّازم والمتعدّي معاً، سواء وجد في الخارج ما يقع عليه الفعل أو لا، فهو صادق. نعم، في الأفعال المتعديّه حيث نفهم الوقوع على

الغير، يكون من باب أن ذاك الحدث ليس قائماً بنفس الفاعل، بل هو متعدي منه بصدوره عنه ووقوعه على غيره، ولذا نفهم المفعول به من الخارج بالدلالة الإلزامية، ولا دلالة للهيئه على ذلك أصلاً.

وهذا المعنى - أعنى الصِّدور من الفاعل والوقوع على الغير - هو مدلول هيئه «فاعِل»، فإنها نسبه خاصه بين العرض وموضوعه واقعاً على الغير، ولذا قلنا يكون دائماً من الفعل المتعدى ولا يكون من اللّازم، فالهيئه المذكوره موضوعه لهذه النسبه، سواء صدر المبدء ممّن وقع عليه الحدث كذلك أو لم يصدر، ولذا يقال: خاطب زوجته، ظاهر امرأته، قال تعالى: «يُرَاوَنَ النَّاسَ» (١) سافر زيد، نافق عمرو... إلى غير ذلك من الإستعمالات الصحيحه الفصيحه.

فهذا هو التحقيق، واشتباه الصرفيين ليس بعزيز.

### في هيئه التفاعل

وأما هيئه التفاعل، فقد ذكر شيخنا الأستاذ رحمه الله: بأنّ الهيئه الواحد لها مدلول واحد، أى نسبه واحده، لكن هيئه التفاعل - وهى واحده - لها مدلولان، أى صدور المبدء من كلّ من الطرفين، فقال: هيئه التفاعل نسبه خاصه بين الطرفين.

قلت: الهيئه الواحد لا تدلّ إلّاعلى معنى واحد، فما ذكره متين جداً، لكنّه لَمّا وجد التفاعل دالّاً على صدور المبدء من الطرفين، فيقال: تضارب زيد وعمر. أو: زيد وعمر تضاربا، بخلاف المفاعله، فلا يقال: ضارب زيد

ص: ٣٤

وعمرو، بل الصّحيح ضارب زيد عمراً... لذا قال: بأنّ هذه الهيئه تدلّ على نسيه خاصّه بين الطرفين. وهذا سهو من قلمه الشريف، لأن النسبه تكون دائماً بين الجوهر والعرض، ولا تعقل بين الجوهرين.

فالتحقيق: أن التفاعل هيئه واحده ونسبه واحده، هما معاً فاعل واحد، فهما بنحو المعنيه والوحده طرف للنسبه، فالمنسوب إليه واحد مركّب، والهيئه نسبه واحده بين المبدء وذلك الواحد.

فتلخص: تعين التعبير بالمبادله، والتعبير بالتبديل غير صحيح، والإعتراض على الشيخ في ذلك غير وارد(١).

وصيغه المفاعله فعل الاثنين، بمعنى أنها تدلّ على النسبه الصّادره من طرفٍ والواقعه على الغير، فهي دالّه على حيث الوقوع على الغير - بخلاف صيغه فَعَلْ، فإنها متمخّضه في إفاده نسبه الفعل إلى فاعله والعرض إلى

ص: ٣٦

موضوعه - فالمفاعله تفيده وقوع الماده على الغير، من غير دلالة على صدور الفعل من الغير أيضاً، بأن يكون المبدء صادراً من الطرفين، والذي يدل على هذه الحثية هو صيغه التفاعل.

### إشكال آخر على المحقق الخراساني:

ثم إن كون الشيء بدلاً عن شيء، لا بد أن يكون في جهه، كأن ينصب زيد بدلاً عن عمرو في إداره المدرسه، وأن يكون لفظ بدلاً عن آخر في الاستعمال، وأن يجعل إناء بدلاً عن غيره في الانتفاع... .

وهكذا... فالبدليه دائماً بحاجه إلى جهه يكون الشيء بدلاً عن غيره في تلك الجهه... فالبدليه في البيع حيث عرف ب«مبادله مال بمال» في أي جهه؟

إن البدليه لا محاله تكون في الملكيه، لكن هذا من أين يستفاد؟ إن قلنا:

بدل المال بمال تبديلاً، لم يكن فيه دلالة على الملكيه، فقد يبدل الإنسان مركوبه بمركوب آخر، وملبوسه بملبوس آخر... وهكذا... ليتنفع به ركوباً أو لبساً ونحو ذلك... وأما إن قلنا: بادل المال بمال مبادله، دلت الصيغه على وجود طرف، وأفادت أن المال الآخر مضاف إلى الغير، ومبادله المال بمال الغير وجعل مال الغير بدلاً عن ماله لا تكون إلأى الملكيه.

وهذا أيضاً وجه آخر في الإشكال على التعريف ب«تبديل مال بمال»، وهل المبادله الحاصله بالبيع تقع في الملكيه، وهي إضافه اعتباريه أو جده اعتباريه على ما سيأتي إن شاء الله، فهي - على أي حال - إضافه خاصه أو في المضاف وهو المال، أو في المضاف إليه وهو المالك؟ وجوه، والمختار هو الأول.

وكان الميرزا الأستاذ قدس سره يصير فقهاً وأصولاً (١) على أن التبدل فى المعاملات يكون فى طرف الإضافة، أما هى فمحفوظه، وكان يشبهه المطلب بما إذا كان بيد الإنسان حبل مشدود طرفه بشىء، ثم يحلّ الحبل عنه ويشده بشىء آخر. فالحبل هو الحبل، والشىء المشدود به تبدل. قال رحمه الله: البيع هكذا. بخلاف الإرث، حيث الحبل والمشدود به محفوظان، والتبدل يقع فى المضاف إليه حيث قام الوارث بموت مورثه مقامه، وبخلاف الهبه المعوضه، حيث التبادل واقع بين الإضافتين.



وقد أوردنا عليه بالتقضى والحلّ:

أمّا نقضاً: فما ذكره منتقض بالبيع نسيئه والبيع سلماً، ففي الثاني يبيع كلّى السلعه وفي النسيئه يكون الثمن كلياً، والكليّ ذو ماليه، لأنّ كلّ الموجودات الخارجيه التي تميل إليها النفوس ولها قيمه فهي أموال، ولا يعتبر في ماليه الشيء كونه مضافاً إلى أحد، بل هي قائمه بنفس الشيء، فالكليّ مال في حدّ ذاته، فمن باع كذا منّا من الحنطه سلماً أو اشتراه بكذا دراهم نسيئه، فقد جاء الكليّ إلى ذمته ملكاً للغير لا لصاحب الذمه، فإبدال طرف الإضافه إنما يتصوّر فيما إذا كانت الإضافه موجوده، وإنما تتحقق

الإضافه فى البىع نسيئته وسلمأ بالبىع، ويكون الكلى الموجود فى ذمه من عليه الدراهم أو الحنطه ملكأ للطرف الآخر.

وأما حلأ: فإنّ الإضافه تتشخص بطرفيها، وهى قائمه بها، وبمجرد انعدام أحدهما تنعدم الإضافه، وهكذا الأعراض، فإنها متقومه بموضوعاتها، ولهذا يستحيل انتقال العرض من موضوع إلى موضوع آخر، فكيف يعقل بقاء الإضافه بعد زوال المضاف؟ وتنظير المقام بالحبل تنظير للشىء بما يباينه، فإن الحبل جوهر موجود فى الخارج، لا ينعدم بانعدام طرفيه المشدود بهما، وأما الإضافه إلى العرض فإنها تتغير بمجرد تغير العرض.

فظهر أن القول المذكور مردود بالنقض والبرهان.

والحق: إن المبادله واقعه فى الملكيه، وأنّ البىع مبادله مال بمال فى الملكيه بتبدل المضاف بما هو مضاف (أ).



### إشاره

قوله:

والظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعم إبدال المنافع بغيرها، وعليه استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع.

أقول:

فى عباره المصباح: مبادله مال بمال. والمال عباره عمّا تميل إليه النفس أو ما يبذل بأزائه شىء، وهذا صادق على المنفعه، فما ذكره الشيخ قدس سرّه ناظر إلى لفظ البيع، وكأنّه اعتراض على المصباح، لأنّ الشيخ يرى اختصاص المعوض بالعين وأنّ العوض يجوز أن يكون منفعه، ولازم كلامه أن يكون التعريف: مبادله عين بمال.

وقد استدلل لهذا الاستظهار تارةً: بالتبادر، لتبادر العين من لفظ البيع متى أطلق، وأخرى: بصحّ السلب، فإنّه إذا ملك منفعه صحّ أن يقال: زيد لم يبع.

### إشكال وجواب

وربما قيل (١): إن البيع يباين الإجاره كما هو واضح، وهى تمليك المنفعه بعوض، فيكون البيع تمليكاً للعين فقط، وإلا كانت الإجاره فرداً للبيع لا مباينه له.

ولا يخفى: أن المراد من العين ليس العين الإصطلاحيه، أى الموجود الخارجى بما هو موجود فى الخارج وجوهر، ولذا يجوز بيع الكلّى فى

ص: ٤٢

الذمه، بل المراد ما لو وجد في الخارج لكان عيناً، سواء كان موجوداً بالفعل أو لا، في مقابل المنفعة والحق.

قلت: إن كان لهذا التبادر وصحة السلب واقعيه لدى العرف العام، كما ذكر السيد اليزدي قدس سره (1) فهو، وأما ما قيل من أن البيع يباين الإجاره... فغير تام، لما ذكرنا - في بحث الإجاره - من أن لفظ الإجاره يتعلّق بالعين، فيقال: آجرت الدار، ولا يكون المنفعه، والإجاره: جعل العين في يد الغير لأن ينتفع بها بعوض. بخلاف العاريه حيث تكون كذلك مجاناً، فإذا ادّعينا أن هذا حقيقه الإجاره وليس تمليك المنفعه بعوض، كان الفرق بين البيع والإجاره واضحاً، والمقابله بينهما تامه، لأن البيع - بناءً على التبادر وصحة السلب المذكورين - جعل العين في يد الغير وتحت سلطنته بقولٍ مطلق، والإجاره: جعلها كذلك لأن ينتفع بها بعوض. لكن الكلام في ثبوت التبادر وصحة السلب...

فإن ثبت ذلك، لم يكن مناص من التزام المجاز في الموارد التي استعمل فيها لفظ البيع وكان متعلّقه منفعه لا عيناً... كما في الأخبار الآتية، وإلّا كان البيع كما عن المصباح مبادله مالٍ بمالٍ، فهو عباره عن التمليك سواء تعلّق بالعين أو المنفعه لأن المال أعم منهما، والإجاره جعل العين بيد الغير لأن ينتفع بها بعوض.

فظهر الفرق بين الإجاره والبيع على كلا تقديرى ثبوت التبادر وصحة السلب وعدم ثبوتها، وأن الوجه الآخر مخدوش (1).

ص: ٤٣

















قوله:

نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار... والظاهر أنها مسامحة في التعبير، كما أنّ لفظه الإجاره تستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان كالثمره على الشجره.

أقول:

### من أخبار استعمال البيع في نقل غير الأعيان:

أمّا الأخبار، فهذه نصوص جملته منها:

فمّمّا ورد في بيع خدمه المدبّر:

١ - السّيكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه... عن علي عليه السّلام: «باع رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم خدمه المدبّر ولم يبع رقبته» (١).

٢ - أبو مريم عن أبي عبد الله عليه السّلام: «عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أيطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياتها؟ فقال عليه السلام: أيّ ذلك شاء فعل» (٢).

٣ - «عن رجلٍ أعتق جاريه له عن دبر في حياته. فقال عليه السّلام: إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته، فإذا مات أعتقت...» (٣).

ص: ٥١

١-١) وسائل الشيعة ٢٣ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب التدبير، الرقم: ٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ١٢٠، الرقم: ١.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٣ / ١٢٠، الرقم: ٣.

ومما ورد في بيع سكنى الدار:

ما رواه إسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام قال: «سألته عن رجلٍ في يده دار ليست له، ولم تزل في يده ويد آباءه من قبله، قد أعلمه من مضى من آباءه أنها ليست لهم ولا يدرون لمن هي، فيبيعها ويأخذ ثمنها؟ قال عليه السلام: ما أحبُّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي، ولا أظنه يجيء لها ربُّ أبداً. قال: ما أحبُّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكنها أو مكانها في يده فيقول: أبيعك سكنى وتكون في يدك كما هي في يدي؟ قال: نعم يبيعها على هذا» (١).

وأما بيع حقه في الأرض الخراجية:

ففيه الخبر: «كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال عليه السلام: ومن يبيع ذلك؟ هي أرض المسلمين! قلت: يبيعها الذي هي في يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال عليه السلام: لا بأس، إشتري حقه منها ويحوّل حقّ المسلمين عليه...» (٢).

ففي هذه الأخبار استعمل لفظ البيع - وكذا لفظ الشراء - في نقل المنفعة.

وجاء في روايه سكنى الدار أنه قال عليه السلام: «ما أحبُّ أن يبيع ما ليس له».

فكيف أجاز بيع سكنها مع أنه ليس له، لأنّ المفروض أن الدار ليست له، فليس له سكنها كذلك؟

الذى يختلج بالبال في حلّ هذا الإشكال هو: أنّ الدار كانت في أوّل

ص: ٥٢

١- (١) وسائل الشّيعه ١٧ / ٣٣٦، الباب ١ من أبواب عقد البيع، الرقم: ٥.

٢- (٢) وسائل الشّيعه ١٥ / ١٥٥، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الرقم: ١.

الأمر بنحو الرقبي لشخصٍ وذريته، فأبأوه الأولون كانوا يعلمون بالحال، حتى إذا وصلت إلى المتأخرين من ذريتهم جهلوا بالأمر، وأعلموا أولادهم بأنها ليست لهم... فمن هنا أجاز الإمام عليه السلام أن يبيع هذا الذي هي بيده سكنائها، مع كونه ممنوعاً من بيعها.

وقول الشيخ: والظاهر أنها مسامحة في التعبير. أي مجاز، لما تقرّر عنده من أنّ لفظ البيع لا يستعمل إلّا في نقل الأعيان.

ومعنى ذلك: أن يكون قد آجرها لغرض استخدامها، فعبر عن ذلك ببيع الخدمه مجازاً.

لكن فيه: أنه ليس بإجاره أيضاً، لأنه لم يقل: آجرتك الجارية، وإنما قال:

بعتك خدمتها، فلا مناص من الالتزام بكونه بيعاً حقيقه، أو أن الواقع معاوضه ثالثه.

وكذا الكلام في سكنى الدار ونحوه.

وقوله: كما أنّ لفظ الإجاره قد يستعمل في نقل الأعيان كالثمره على الشجره:

إن أراد - كما قيل - إجاره الشجره الفاقده للثمره للانتفاع من ثمرتها فيما بعد، مع استعمال لفظ الإجاره، توجه عليه: أنّ الالتزام بالمجاز حينئذٍ يكون بناءً على أنّ الإجاره تملك المنفعه، لأنّ المنفعه مضادّه للعين، لكن المبنى غير تام، لما تقدّم من أنّ الإجاره عباره عن التسليط على العين لأجل الانتفاع بها بأيّ نحو كان، فهو يستفيد ممّا تنتج هذه العين، سواء كان أمراً عرضياً أو جوهرياً خارجياً، كإجاره الشاه لبناها، والحمام للاغتسال بالماء الموجود فيه، والمرضعه لارتضاع الطفل من لبنها. فالإجاره هي التسليط على العين للانتفاع منها، والانتفاع من كلّ شيء بحسبه، فمن الدار سكنائها، ومن الدابه

ركوبها، ومن الآنيه الأكل فيها، ومن الشجره ثمرتها.

وعليه، يكون استعمال لفظ الإجاره على حقيقته.

وإن أراد أن العرف يستعملون لفظ الإجاره فى الانتفاع بالثمر الموجود على الشجر، بأن يقال: آجرتك ثمره الشجره. فالظاهر عدم وجود هكذا استعمال عند العرف أصلاً.

وإن أراد إجاره الشجره للانتفاع بثمرتها الموجوده فعلاً- عليها. فهنا لا- تتحقق الإجاره الحقيقيه، لأن الإجاره - كما قلنا - هى التسليط على العين للانتفاع بمنافعها المتجدده الناتجه عنها، وأما العين الموجوده بالفعل، فلا معنى لإجارتها. نعم، قد يقال فى العرف: استأجرت هذه الشجره... وهنا تكون المسامحه فى التعبير.

وعلى الجملة، فإنّه فى الصوره الأولى حيث لا- ثمره للشجره فعلاً، تكون العبارة حقيقيه والإجاره صحيحه على ما هو الحق فى تعريفها، والحمل على المجاز لازم القول الآخر.

وقد أشكل على أصحاب هذا القول تصحيح إجاره المرضعه للبنها، والشجره لثمرتها، والحمام للاغتسال بمائه، فاضطروا إلى التأويل، بأنّ المرضعه إنّما تستأجر للإرضاع وهو فعلها وذاك منفعتها، وتلف اللبن تلف بلا ضمان، والحمام يستؤجر لغرض الاغتسال فيه وحصول تلك الجبه المعنويه، لكنّه يتصرف فى المال ويستعمله بلا ضمان.

إلّا أنّ هذه التأويلات لا تتأتى فى مثل إجاره الشاه والبقره للبنها.

وفى الصوره الثانيه، الظاهر أنّ لا استعمال عند العرف من هذا القبيل.

وفى الصوره الثالثه، قد يوجد هذا الاستعمال عندهم، وهو مجاز، لكون المقصود حقيقه بيع تلك الثمره.



اشاره

قوله:

وأما العوض، فلا إشكال فى جواز كونه منفعه، كما فى موضع من القواعد وعن التذكرة وجامع المقاصد، ولا يبعد عدم الخلاف فيه. نعم، نسب إلى بعض الأعيان الخلاف فيه، ولعله لما اشتهر فى كلامهم من أن البيع لنقل الأعيان، والظاهر إرادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: إن إجاره النقل الأعيان.

أقول:

فى مفتاح الكرامه: اعتبر بعض المتأخرين عيته العوضين فى البيع، وهو وهم نشأ من قولهم: البيع لنقل الأعيان (1). انتهى.

المنفعه:

لابد من التأمل فى وقوع المنفعه عوضاً فى البيع، فإن من يملك الدار لا يملك شيئين أحدهما الدار والآخر المنفعه، ومن يملك دابته تسوى مائه درهم وإجارتها سنه خمسمائه درهم، لا يكون مالكا الآن لستمائه درهم.

إن من يملك عيناً من الأعيان لا يكون عنده مالان أحدهما العين والآخر منفعه العين، بل عنده الدابته مثلاً وله أن ينتفع بمنافعها، وكذا الدار وغير ذلك... فهى السلطنه على أن ينتفع بمنافع العين، لا أنه يملكها إلى جنب العين، ولو قلنا بأن البيع مبادله مال بمال، اعتبر المائيه فى العوض، لكن المنفعه ليست بمال.

ص: ٥٥

إنّه لا يجوز أن يقال: السكّنى منفعه الدار، والركوب منفعه الدابه ونحو ذلك من القول، لأنّ السكّنى والركوب عرضان قائمان بالسّاكن والزّاكب، وهو هنا البائع، ولا يعقل وقوعهما عوضاً وثنماً عن المبيع، أعنى الدار أو الدابه.

إنّ منفعه الدّار قابليتها لأنّ ينتفع بها، وكذا الدابه، وغيرهما، وقابليته كلّ شيء بحسبه، فحيثه القابليته هي المنفعه، وهي أمر قائم بذات العين ولا وجود لها في الخارج، لعدم كونها أمراً منحاذاً عن العين حتى يملكها.

فكان الأولى في سبب الخلاف المنسوب إلى بعض الأعيان، بدلاً عمّا ذكره بقوله: «ولعلّه لما اشتهر...» أن يقال: إنه ليس سكّنى الدار - مثلاً - منفعه الدار، بل منفعتها قابليتها للإنتفاع، وهي ليست بأمرٍ منحاذاً عن العين حتى تملك كما تملك العين.

لكن من الممكن جعل المنفعه عوضاً - بناءً على ما أشرنا إليه - لأنّ تملكك منفعه الدار يتحقق بجعلها في يد المشتري لأنّ ينتفع بها، وهذه حقيقه الإجاره، وفي البيع يجعلها بيده، وهذا الجعل هو الذى يقع عليه العقد ويؤخذ بأزائه الشىء، لأنّ جعل الدار كذلك له ماله، والبيع مبادله مال بمال، فالمنفعه تقع عوضاً في البيع (١).

ص: ٥٦

---

١ - ١) قال طاب ثراه: وتفصيله في بحثنا في كتاب الإجاره، كما أنّا طرحنا هذا المطلب في بحثنا في المكاسب في النجف الأشرف.

## عمل الحر

قوله:

وأما عمل الحرّ، فإنّ قلنا إنه قبل المعاوضه عليه من الأموال، فلا إشكال، وإلّا ففيه إشكال، من حيث اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضه، كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح.

أقول:

في كلامه قدّس سرّه قيدان «الحرّيّه» و«قبل المعاوضه»، وكأنه يقصد أنه بعد المعاوضه مال بلا كلام، مثلاً: إذا استأجر حرّاً ملك العمل المعين في ذمّته، فإذا اشترى شيئاً قال اشتريته بالعمل الذي في ذمّه الأجير، وكذا الكلام في العبد، حيث أنّ للمولى أن يشتري شيئاً ويجعل عوضه خدمه عبده.

فمحطّ كلام الشيخ حيث يتحقق القيدان، كأن يشتري الحرّ نفسه شيئاً بعملٍ معين مدّة معيّنه، فهنا «الحرّيّه» و«قبل المعاوضه»، فإن كان هذا العمل يعدّ من الأموال فلا بأس، وإلّا ففيه إشكال....

## وجوه الإشكال

والإشكال من وجوه:

ص: ٥٧

أولاً: لا بدّ أن يكون العوضان مالين، والماليه أمر ثبوتى، وثبوت شىء لشىء فرع ثبوت المثبت له، فلو ثبتت الماليه لعمل الحرّ، كان له ثبوت فى الخارج، لكن عمله قبل وجوده لا شىء، وبعد وجوده معدوم، فمتى يتّصف بالماليه؟

وثانياً: الماليه شىء يوجب الضمان والإستطاعه والغنى والحجر، فلو أفلس الحرّ حجر عليه جميع أمواله ولا حجر على عمله، ولو كان مالاً لحجر، ولو حبس جوراً عليه مدّه، لم يضمن الجائر عمله فى تلك المدّه، ولو كان مالاً ضمن، لأنّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن، ومن كان ذا مالٍ بقدر الاستطاعه وجب عليه الحج، ولا يصدق على الحرّ - بلحاظ عمله فى المستقبل - أنه مستطيع، ولو كان العمل مالاً لكان القادر على العمل من الفقراء غنياً، والحال أنه ليس كذلك، ومن هنا قلنا فى بحث الزكاه أن المحترف الذى لا يفى دخله بمؤنه سنته، يجوز له الأخذ من الزكاه تميمًا

لمعاشه، فلو كان العمل مالاً لم يجز له الأخذ، لفرض تمكّنه من إيجار نفسه مدّة فيكون غتياً.

وثالثاً: لو تنزّلنا عن ذلك كلّه، فإنه يعتبر في تحقّق البيع ومبادله مالٍ بمالٍ في الملكيه: أن يكون المالاين مملوكين لطرفي المعامله، فعلى فرض كون عمل الحرّ مالاً فهو متسلّط على عمله تكويناً، فلا يعقل أن يكون مسلّطاً عليه اعتباراً أيضاً. وبعبارة أخرى: الملكيه والسلطه الاعتباريه إنما تتحقّق حيث لا تكون موجوده تكويناً، وإلا لزم تحصيل الحاصل. هذا غايه ما يقال في هذا المقام.

ويمكن الجواب عن ذلك كلّه:

### الجواب:

لأنّ المائيه صفه ثبوتيه، لكنّ ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له في أفق الثبوت، فإن كان الثبوت خارجياً، لزم ثبوت المثبت له في الخارج، وإن كان ذهنيّاً لزم ثبوته في الذهن، وإن كان اعتبارياً، لزم ثبوته في عالم الاعتبار، والمائيه أمر اعتباري عقلائي يثبت للشيء بلحاظ أنه تميل إليه النفوس ويبدل بأزائه - لأجل أثره وفائدته - شيء. وعمل الحرّ كذلك، فالمائيه الاعتباريه ثابتة له، فهو وإن لم يكن له ثبوت في الخارج لكنه ثابت في عالم الاعتبار، وله المائيه الاعتباريه باللحاظ المذكور.

وأما عدم الضمان والاستطاعه والحجر والغنى... فلأن الموضوع في هذه الموارد هو المال المضاف إلى المالك بإضافه الملكيه، وعمل الحرّ مال، وليس له تلك الإضافه الاعتباريه.

وأما أن ظاهر عباره المصباح «مبادله مالٍ بمالٍ في الملكيه» كون الملكيه حاصله للمال قبل المعاوضه، فلا دليل عليه، بل العبارة مطلقة، ودعوى

انصرافها إلى المال المضاف بإضافه الملكيه بلا وجه.

فعمل الحرّ مال، فيبادل البائع عن متاعه بعمل الحرّ وإن كان غير مملوكٍ له قبل البيع بالملكيه الاعتباريه، نظير أن يجعل الكلى ثمناً في البيع نسيئته حيث البائع يبيع متاعه بشيء كلى في ذمه المشتري، سواء كان الثمن في بيع النسيئه نقداً من النقود كالدرهم والدينار، أو عيناً من الأعيان كالطعام، فالشياء الكلى المجعول ثمناً، ليس بموجودٍ عند المشتري وليس ملكاً له ولا لغيره قبل المعامله، إلما أنه بجعله عوضاً وثنماً يصير مملوكاً للبائع، فلا يلزم أن يكون المبيع والثن ملكاً لهما قبل البيع، ولذا يصح السليم والنسيئه.

وعلى الجملة، فإن المحتاج إليه تأثير البيع في ملكيه المالين للطرفين، وهذا التأثير أعم من أن يكون المالان قبل البيع ملكاً لهما أولاً.

فمبادله مال بمالٍ صادقاً في جعل عمل الحرّ عوضاً في البيع (١).

ص: ٦٠







اشاره

قوله:

وأما الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضه بالمال... فلا إشكال، وكذا لو لم تقبل النقل... وأما الحقوق القابله للانتقال....

أقول:

لقد جعل الحقوق على ثلاثه أقسام:

فمنها: ما لا يقبل المعاوضه عليه أصلاً، سواء كان قابلاً للنقل أو لا، وقابلاً للإسقاط أولاً.

ومنها: ما يقبل المعاوضه عليه والإسقاط، ولا يقبل النقل والانتقال إلى الغير، كحق الرهانه وحق الشفعه.

ومنها: ما يقبل المعاوضه والانتقال.

أما الأول، فلا إشكال فى عدم وقوعه عوضاً.

وأما الثانى، فقد ذكر قدس سره أنه لا يقع عوضاً كذلك، وعلل ذلك بقوله:

لأن البيع تمليك الغير.

فما لا يقبل النقل لا يقع عليه البيع، إذ لازم عدم الانتقال إلى الغير أن لا يملكه الغير، فلا ينطبق عليه عنوان البيع الذى هو تمليك الغير.

وقد نقض عليه صاحب الجواهر قدس سره (1) ببيع الدين على من هو عليه، فإنه صحيح بالإجماع.

ص: ٦٣

قال الشيخ: هذا النقض غير وارد، لأنه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط.

### دفع الإشكال عن كلام الشيخ

فأورد عليه المحقق الخراساني (1) قدس سره: بأنه كلام مختل النظام، فإنه في مقام أنها تجعل عوضاً أم لا، فلا يناسبه التعليل بقوله: لأن البيع تمليك الغير، ولا النقض بيع الدين أصلاً، فإنه إنما يناسب إذا كان بصدد بيان أنها لا تجعل معوضاً في البيع.

قلت:

وفيه: إن المراد من تمليك الغير هو التمليك عن الطرفين، فالبايع يبيع والمشتري يقبل فعل البائع، وهو بالدلالة الإلزامية مملك للثمن للبائع، وحينئذ كان من المناسب النقض ببيع الدين على من هو عليه، إذ لا يوجد هناك طرفان، فكما يصح التمليك للمبيع مع الوحده، ففي العوض يتحقق ذلك بالأولوية، فكما لا منافاه في المعوض بين عنوان الوحده وتحقق البيع، كذلك في العوض.

فهذا وجه التعرض للنقض. إلا أنه لما ذكر في الجواب قضيه السيلطنه، توجه الإشكال عليه: بأنه قد يكون في مورد الحق مسلط عليه وقد لا يكون.

إلا أنه يندفع بتمثيله قدس سره بحق الشفعه وحق الخيار، ولا بدّ فيهما من المسلط عليه دائماً.

فالإشكالان مندفعان.

وقد ذكر الشيخ في وجه عدم ورود النقض: أن المديون يملك هنا ما

ص: ٦٤

فى ذمته، والانتقال الملكى فيه حاصل، ونتيجته السقوط، وليس الأمر فى الحق كذلك، لأن لازم تملكه ممن عليه الحق، اجتماع من له الحق ومن عليه الحق فى شخص واحد، وهو غير معقول.

ويؤيدّه: أنه إذا نقل ما لا يقبل النقل من الحقوق، وقلنا بأنه يعاوض عليه فى قبال الإسقاط، فالإسقاط فعلٌ من الأفعال، وقد قلنا بأن عمل الحرّ لا يقبل المعاوضه عليه.

وأما الثالث - وهو ما يقبل الانتقال والإسقاط - فلا يقبل المعاوضه عليه أيضاً، للإشكال فى كونه مالاً، وقد اعتبرت المائيه فى العوضين.

### الإشكالات الواردة:

وأما الإشكال عليه فوجه:

أولاً: إنه يرد على قوله: الحقّ سلطنه فعليّه: أنّ الحق ليس هو السلطنه، كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

وثانياً: قوله بأنّ الملكيه لا تحتاج إلى من يملك عليه، متينٌ، إلّا أنها فى مثل بيع الدين على من هو عليه محتاجه إليه.

وثالثاً: فى بيع الدين، إنّ كان المبيع هو الكلى من غير تقييد له بكونه فى الذمه، فلا مائيه له، وإن كان مع التقييد بذلك، يلزم أن يكون المديون مديناً لنفسه بسبب شراء ما فى ذمته، وهذا ممّا لا معنى له، وعلى فرض الصّحّه، كيف يعقل أن يكون السقوط وعدم الملكيه أثراً للتمليك؟

وعلى الجملة، فإنّ التملك والسقوط لا يجتمعان، إلّا إذا كانا فى أمرين متماثلين موجودين فى الذمه، فيسقطان بالتهاتر.

ورابعاً: يرد على قوله: والسرّ أن هذا الحق سلطنه فعليّه لا يعقل قيام

طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك فإنه نسبه بين المالك والمملوك... أن ذلك إنما هو فيما أريد انتقاله إلى من عليه الحق، وأما إذا أريد نقله إلى غيره، فلا يلزم محذور اتحاد المسلط والمسلط عليه، فليس ما ذكره سرّاً لعدم الانتقال على كليته، بل السرّ في ذلك أن موضوع الحق المقوم له عنوان خاص، فلا يعقل أن ينتقل عنه، لا- إلى من هو عليه ولا- إلى غيره، فموضوع حق الخيار في الحيوان هو المشتري، وفي الغن هو المغبون، فلا- يعقل انتقال الحق إلى غير المشتري في الأول وغير المغبون في الثاني، وكذلك حق الشفعة، فإنه لا ينتقل إلى غير الشريك، وحق المضاجعة، فإنه لا ينتقل إلى غير الضره، سواء كان الزوج أو المرأه الأجنبيةه.

وكلما كان الموضوع لشيء من هذه الحقوق علمه تامه له فهو غير قابل للإسقاط، كحق الوصايه والتوليه، وكلما لم يكن كذلك فيقبل الإسقاط.

### حقيقه الحق والفرق بينه وبين الحكم والملك

#### اشاره

وتفصيل الكلام في الحق وحقيقته وأقسامه وأحكامها هو:

#### الحكم

إن «الحكم» تارة: تكليفي، وهو البعث والزجر والترخيص، وأخرى:

وضعي، وهو اعتبار شرعي على طبق اعتبار العقلاء وله آثار. والحكم الوضعي غير الأمر الانتزاعي، إذ الأمر الانتزاعي موجود بوجود منشأ انتزاعه في الخارج، ولذا تكون الأمور الانتزاعيه من المقولات العشر، وليست الأمور الاعتباريه معدوده منها، لعدم كونها منتزعه من الخارج، إلا أنها متقومه بما يصحح لها الاعتبار.

ثم الأمور التكوينية، قد تقع موقع الاعتبار - أى يتعلّق بها الاعتبار - بلحاظ آثار ومصالح، فالزواجية - مثلاً - فى اللّغه عبارته عن «العديّة» فى الخارج، فيعتبر هذا المعنى بين المرء وزوجته ويقال هما زوجان، والنكاح لغه هو «الاتصال»، فيعتبر هذا المعنى بين الرجل والمرأه.

و«الملكيه» فى الخارج عبارته - كما قيل - عن الهيئه الخاصه المعبر عنها بالجده، فتقع هذه الواجديّه موقع الاعتبار ويقال: هو مالك وذاك مملوك.

## الحق

و«الحق» له معنيان شائعان فى الاستعمال:

أحدهما: أنه اسم مصدر من حقّ يحقّ، بمعنى الأهلّيه وأنه ينبغى أن يكون كذا.

والثانى: أنه صفة مشبهه، بمعنى كونه ذا واقعته، فهذا «حق» فى قبال طرفه «الباطل».

ومن استعمالاته بالمعنى الثانى: قوله تعالى: «وَيَسْئَلُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قُلُّ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقُّ» (١)، وقوله: «الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ» (٢)، وقد يكون فعلاً، مثل «حَقَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ» (٣)، وفاعلاً، مثل «الْحِقَاقَةُ \* مَا الْحِقَاقَةُ \* وَ مَا \* أَدْرَاكَ مَا الْحِقَاقَةُ» (٤)، ومفعولاً، مثل: هذا القول حق.

ومن استعمالاته بالمعنى الأوّل - وهو الأهلّيه واللياقه وما ينبغى أن

ص: ٦٧

١-١) سورة يونس: ٥٣.

٢-٢) سورة البقره: ١٤٧.

٣-٣) سورة يونس: ٣٣.

٤-٤) سورة الحاقه: ١ - ٣.

يكون الشيء عليه - قوله تعالى: «حَقِيقٌ عَلَى (١) أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ» (٢)، «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ» (٣) ويقال للناقه: «حِقَّه» إذا حصل لها الأهلية والجداره لأن يستفاد منها.

فهل الحق فى الاصطلاح حيث قلنا أنه أمر اعتبارى، هو بمعنى اسم المصدر، أى الأهلية وكونه حقيقاً، أو هو صفة مشبهه بمعنى كونه ذا واقعته؟ وبعبارة أخرى: هل الحق الاعتبارى اعتبار الأهلية أو اعتبار كونه ذا واقعته؟

الظاهر هو الأول، إذ نقول: له حق الشفعه، وهو ذو حق، فعلى كونه صفة مشبهه، لا يصح أن يقال هو ذو حق، لأن الصفة المشبهه معناها كون الشيء ذا مبدئٍ، فلا يعقل إضافه «ذو» أو «له» إليه، فقولنا: هو ذو حق كذا، متخذ من معنى الأهلية واللباقه والجداره، فللقاضى حق القضاء، أى هو أهل لذلك، وللحاكم حق التولية، أى: فيه أهلية التصدى لأمر الموقوفه مثلاً، وحق القيموميه معناه: الأهلية لتصدى أمور من هو قيم عليه... فهذا المعنى الاعتبارى الذى نعبر عنه بالأهلية، متخذ من الأمر التكوينى المصدرى.

وعلى الجملة، فإن الأمر الاعتبارى منوط بمصحح الاعتبار، يقال: هذا الكلام سيف قاطع، ويعتبر للكلام السيفيه بلحاظ أثره، وفى حق الشفعه وحق التولية وحق الزهانه وغيرها، ليس المعتبر كون هذه الأمور لها واقعته وثبوت بالمعنى المقابل للبطلان، بل هو الأهلية، فمشتري الحيوان اعتبر له حق الفسخ، وكذا المغبون، وفى حق الشفعه: اعتبر للشريك الأهلية لأن يشفع، أى يضم إلى نفسه حصه صاحبه، وولى الدم له حق القصاص، أى هو

ص: ٦٨

---

١-١) فى هذه الكلمه قراءتان: «على» و«على» والأولى عندى أولى. منه قدس سره.

٢-٢) سوره الأعراف: ١٠٥.

٣-٣) سوره البقره: ٢٢٨.

أهل لأن يقتص، والمجتهد العادل له حق القضاوه، أى هو أهل لأن يقضى، ومن أخذ ماله غضباً له حق التقاص، أى هو أهل لأن يقتص.

فالمعنى المطرد فى جميع هذه الموارد ما ذكرناه، وهذا هو المختار خلافاً للأكابر، كما سيجىء.

ثم «الحق» دائماً يتعلّق بفعلٍ من الأفعال، إمّا فعلاً يصدر منه، كحقّ الفسخ، وإمّا فعلاً يُفعل لأجله، كحقّ النفقه، حيث اعتبر له الأهليه لأنّ ينفق عليه، فإنّ كان فعلاً صادراً منه يكون الحق «له»، وإنّ فعلاً يُفعل لأجله يكون الحق «عليه»، فيقال لصاحب حق التوليه مثلاً: حق له، ويقال لمن تجب عليه النفقه: حق عليه، وهذا الحقّ المعتبر للغير، قد يكون بإيجابٍ من الشخص على نفسه للغير، قال الله تعالى: «وَ كَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصِيرُ الْمُؤْمِنِينَ» (١). وليتأمل مدى رافه الله وعنايته بالمؤمنين!! فالله عزّ وجلّ «عليه الحق» أى: إن للمؤمنين الأهليه والجداره لأن ينصرهم، فهو «عليه الحق» و «لهم الحق» لكنّ بجعلٍ منه.

وفى زياره الإمامين العسكريين عليهما السلام: «بحقّ من أوجبت حقّه عليك».

فمتعلّق الحق هو الفعل على كلّ حال، إلغافى مقام الإضافه، فإنه إلى الفعل فيقال: حقّ الفسخ، حقّ النفقه، حقّ التوليه... وقد يضاف إلى سببه كحقّ الزهانه، بمعنى أن الوثيقه سبب لأنّ يكون له الأهليه لبيع العين المرهونه فى قبال دينه، وكحقّ الأبوه، حيث أنّ الأبوه سبب يؤهل الأب لأن يطاع مثلاً.

فالحقّ لا يتعلّق بالعين، بخلاف الملك، إذ يتعلّق بالعين ويتعلّق بالفعل،

ص: ٦٩

وهذا من موارد الفرق بين الحق والملك.

ثم إنّه قد تقدم أنه إن كان موضوع هذا الأمر الاعتباري - أعنى الأهلية والجداره - عنواناً خاصاً، لم يعقل نقله إلى الغير.

### هل يقبل الإسقاط والنقل؟

وأما قابليته للإسقاط، فتابعه للدليل.

وما قيل: من أن كلّ حق يقبل الإسقاط، فغير صحيح، لأنّ من الحقّ ما يكون علّه لموضوعه بمشابه العله التامه له، ولا يعقل انفكاك المعلول عن علته التامه، فحقّ القضاوه وحق الوصايه ونحوهما، لا يقبل الإسقاط.

وبعبارة أخرى: إذا أخذ عنوان خاصّ في موضوع الحق، فلا ينتقل، وأما الإسقاط، فالمتمتع فيه الدليل، وحيث لا يكون دليل، كان مقتضى القاعده العدم، لأنه متى شكّ في موردٍ بأنّه يقبل الإسقاط أو لا، استصحب البقاء.

نعم، يمكن أن يقال: إن كلّ حق كان جعله لغبطه ذى الحق، فهو قابل للإسقاط، وكلّ حق كان جعله لانتفاع الغير، فلا يقبله... .

فما عن الشّهد في القواعد ليس على كليته (١).

هذا، وكثيراً ما يشكّ في أنّ هذا حق أو حكم، وفي حقّ من الحقوق، أنه يقبل النقل أو الاسقاط أو الانتقال أو الاشتراط على سقوطه ضمن العقد، أو لا؟

مثلاً:

رجوع الزوج في الزوجه المطلقه، حق أو حكم؟

ص: ٧٠



طرح المدعى دعواه عند الحاكم، حق أو حكم؟

رجوع المختلعه عما بذلت، حق أو حكم؟

رجوع البازل في الحج، حق أو حكم؟

عزل الموكل الوكيل، حق أو حكم؟

إن كان حقاً، فيقبل الإسقاط والسقوط بالاشتراط، وإن كان حكماً، فلا يقبل شيئاً من ذلك... فما هو مقتضى القاعده؟

إن مقتضى القاعده: عدم السقوط والنقل والانتقال، إذ يستصحب بقاؤه، نعم لا يثبت أنه حكم، لأن نفي أحد الضدين بالاستصحاب لا يثبت الآخر إلا على القول بالأصل المثبت. وعلى الجملة، فلا تترتب آثار الحق وإن لم يترتب آثار الحكم.

وأما مع إحراز كونه حقاً والشك في قبوله لذلك ولو بالصِّلح، فالمحكى عن الشهيد الثانى: الأصل فى الحقوق جواز الصِّلح عليها، وعن المحقق الثانى: الأصل فى الحقوق المائيه أن يقبل الصِّلح عليها.

### ما هو مقتضى الأصل؟

فما المراد من هذا الأصل؟

لا يبعد أن يكون هو الإجماع، أو يقال بتجويزهم التمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه، بأن يقال - فيما لو اشترط سقوط الحق ضمن عقدٍ وشك فى نفوذ هذا الشرط وتأثيره - بالتمسك بعموم آيه الوفاء بالعقود (١)، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» (٢).

ص: ٧١

١- ١) سورة المائده: ١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢١ / ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الرقم ٤.

هذا غاية ما يمكن أن يقال.

أقول: تارةً: يذكر عنوان ويُجعل موضوعاً ويرتب عليه الحق، كأن يقال:

ولّى الدّم له حق القصاص، ومشتري الحيوان له حق الفسخ، والزوجه لها حق المضاجعه... وهكذا. ففي هذه الموارد، لو شكّ في قابلية الحق للنقل والسقوط والانتقال، رجع الشك إلى أنه هل هذا العنوان بمثابة علّه تامه أو أنه مقتض؟

قد ذكرنا أنّ كلّ حق - بأى معنى كان - جعل لعنوانٍ كان ذلك العنوان بمثابة علّه تامه له، فلا يعقل سقوطه وإسقاطه ونقله، لاستحاله انفكاك المعلول عن علته. فإنّ شك في حال العنوان، كان مقتضى القاعده بحسب التفاهم العرفي العقلاني - في كلّ عنوانٍ جعل موضوعاً لحكم تكليفي أو وضعي ودار أمره بين العليّه والاقتضاء - هو كونه بنحو العليّه ودوران الحكم مداره، وعليه، يحكم بعدم قبوله لشيء من ذلك، ولا مجال للتمسك بالعمومات، لكونها أجنبيّه من جهة أنّ الشبهه تخصصيّه.

واخرى: يترتب الحق على موضوع، ولم يتحقّق هذا الاستظهار العرفي المتفاهم العقلاني، واحتمل أنّ يكون عنواناً اقتضائياً، كان التمسك بالعمومات - لأجل إثبات القابليّه للسقوط والإسقاط والنقل - من قبيل التمسك بالعامّ في الشبهات المصادقيه.

وثالثه: يحرز كون العنوان اقتضائياً، وكون الحق مجعولاً للغبطه، وحينئذٍ يمكن التمسك بالعمومات، فلو شك في أنّ الشارع منع عن النقل والسقوط والإسقاط أولاً، رجع إلى الشك في مانعيه شيء أو شرطيته، والمشهور جواز التمسك بالعمومات حينئذ، وعليه، فيحكم بقابليته لذلك.

فظهر أنّ الحق على خمسة أقسام:

- ١ - فمن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل والانتقال القهري بالإرث، كحقّ التحجير. ولعلّ حق السكنى والرقبى من هذا القبيل.
  - ٢ - ومن الحق ما لا يقبل شيئاً من ذلك، كحق الوصاية وحق التولية.
  - ٣ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط والانتقال دون النقل، كحق الفسخ، وكذا حقّ الشفعة، لأنه إنّ نقل إلى الأجنبي، فهو ليس بموضوع لهذا الحق، إذ موضوعه هو الشريك، وإنّ نقله إلى الشريك الأوّل، فالمفروض خروجه بالبيع للغير عن كونه طرفاً للشركة، وإنّ نقله إلى المشتري كان معنى ذلك كونه مالكاً والحال أنّه مالك بالبيع.
  - ٤ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل دون الانتقال، كحق المضاجعة، فيمكن إسقاطه ونقله إلى الضرّه، لأنها زوجه مثلها.
  - ٥ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط فقط، والظاهر أنّ حق القذف كذلك، إذ للمقذوف حق في أن يشتكى عند الحاكم، وله إسقاطه، لكن لا ينقل ولا ينتقل.
- وتبقى أمور لا نعلم كونها حقاً أو حكماً، وقد تقدّم الكلام عليها...

وقد ظهر ممّا ذكرنا:

أن الإسقاط هو إخراج من جعل الحق لأجل غبطته نفسه عن الطرفيه للحق، فهذا ما يمكن أن يقال في معنى الإسقاط، وإن كان لا بدّ لعمل ذى الحق هذا من الإمضاء الشرعى.

وما معنى النقل؟

إن قلنا - كما ذكر الشيخ - إن البيع من النواقل، ولا بدّ من تملك الغير، انتقض بيع الدين على من هو عليه، وهو نقض متين جداً كما عن صاحب الجواهر، وما ذكره الشيخ في الجواب، فقد عرفت ما فيه:

أولاً: لا معنى لأن يصير الإنسان مديوناً لنفسه.

وثانياً: سلّمنا، لكنه يقول: أثره السقوط. وفيه: كيف يعقل أن يكون الشيء سبباً لعدم نفسه؟

فإن قلت: معنى أن أثره السقوط هو أنه لما كان ملكيته لما في ذمته بقاء لغواً، فلا محاله يكون السقوط.

قلت: فلم حدّث هذا الأمر الذي لا أثر له؟

### الأقوال الأخرى في حقيقه الحق

ويبقى الكلام في الأقوال الأخرى في حقيقه الحق:

فالميرزا الأستاذ قدس سرّه كان يقول: بأن الحق مرتبه من الملك (١).

والشيخ الأستاذ قدس سرّه كان يقول: بأن الحق هو الثبوت بالمعنى المصدرى والثابت بالمعنى الإسم مصدرى (٢).

والمحقق الخراساني رحمه الله أراح نفسه فقال: الحق اعتبار خاص له آثار مخصوصه منها السلطنه (٣).

والسيد اليزدي طاب ثراه - والظاهر أنه المشهور - على أنّ الحق هو السلطنه (٤).

ص: ٧٤

١-١) المكاسب والبيع ١ / ٩٢.

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٨.

٣-٣) حاشيه المكاسب: ٤.

٤-٤) حاشيه المكاسب ١ / ٢٨٠.

أقول:

قد عرفت أنّ المتبادر من الحق في جميع موارد استعماله أنّه متّخذ من القابليته والأهليته والجداره، فيحقّ له أن يفعل كذا بمعنى: أنه أهل لأن يفعل كذا. وهذا هو المعنى في غيره من الشواهد التي ذكرناها سابقاً.

وهو يستعمل أيضاً بحسب اللّغه فيما له الواقعيه والثبوت، لكن لا مطلقاً، بل بخصوصيّه أنّ هذا له واقعيه في مقابل الباطل إذ لا واقعيه له، ومن هذا الباب: قولنا: الله حق، الإسلام حق، القرآن حق... فلا ريب في أنّه يستعمل في الثابت، بالخصيصيه المذكوره.

إنّما الكلام في الحق بالمعنى الإسم المصدري، الذي له خصوصيّه الاعتبار الوضعي، فهو محلّ الكلام، لا الثبوت الذي ذكره الشيخ الأستاذ طاب ثراه، مضافاً إلى أنا نقول: ثبت الحق، فلو كان الحق بمعنى الثبوت، لزم إسناد الشيء إلى نفسه، ونقول: ثبوت الحق، والشيء لا يضاف إلى نفسه.

وأما ما ذهب إليه الميرزا الاستاذ قدّس سرّه، فلا يمكن المساعدة عليه، لوجوه:

الأول: إن الملكيه أمر اعتباري، وهو لا مراتب له، إذ المراتب مخصوصه بالمقولات، لا كلّها بل بعضها.

والثاني: إنّ الحق والملكيه متقابلان، فيقال: فلان ذو حق، وفلان ذو ملك.

والثالث: هناك موارد يوجد فيها الحق ولا تتصوّر الملكيه، فمثلاً: حق الاختصاص متحقّق لمن اتخذ الخمر للتخليل، وكذا في حق التحجير... فهنا حق ولا ملك.

ورابعاً: إنّ لا معنى لأن يعتبر الملكيه - ولو مرتبه منها - لما هو تحت

ص: ٧٥

السلطنة تكويناً، كما سيجيء في قول المشهور.

وأما أنه السِّلطنة - كما هو المشهور -، فإنَّ أريد السِّلطنة التكوينيَّة، فعندنا موارد فيها الحق ولا سلطنة، كما في المولى عليه، وموارد بالعكس، كما هو الحال بالنسبة إلى الولي. فبين السلطنة والحق عموم من وجه.

وأيضاً: الحق يضاف إلى ذي الحق فيقال: له حق الشفعة، ولا يعقل أن يكون للإنسان سلطنة اعتباريَّة على أعمال نفسه، وقد بينا أنَّ قولهم: الحرُّ مسلَّط على أعماله وأفعاله، غير صحيح.

وإنَّ أريد السلطنة الاعتباريَّة، انتقض بمراد الإضافة إلى فعل ذي الحق وعمله، فإنَّها سلطنة تكويينيَّة، وإذ يوجد السلطنة التكوينيَّة، فلا يعقل اعتبار السلطنة.

هذا تمام الكلام في الحقوق وما يتعلَّق بها(١).









قوله:

بخلاف الملك، فإنها نسبة بين المالك والمملوك.

أقول:

والظاهر أن حقيقة الملكيه عباره عن «الواجدية» فى عالم الإعتبار، والسَّيْلَطَنه ملازمه لها، ولا يشترط أن تكون السَّيْلَطَنه بالمباشره، فالصغير يملك لكن سلطنته على المملوك تتحقّق بواسطة وليه المتصرّف فيه، وفى قبالها: الملكيه الحَقّه الحقيقِيه، وهى لله الذى لا- إله إلّا هو الحىّ القيوم، ولأوليائه الذين بهم الوجود، ولذا ورد عنهم عليهم السَّلام «إنّ الأرض وما فيها كلّها لنا» (١) ونحوه غيره، وقد قام عليه البرهان أيضاً.

والدليل على أنّ حقيقة الملكيه هى «الواجدية»، هو الاستعمالات الكثيره المتبادر منها ذلك.

وذهب شيخنا الأستاذ قدس سرّه إلى أنّها «الحوايه» (٢).

ص: ٨٠

١-١) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤١٥، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الرقم: ٢.

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣١.

وهذا قريبٌ ممّا ذكرناه.

ولا- ريب أنه يقصد منها ما كان بنحو القيوميّه للمحويّ وكون زمامه بيده، وإن لم تكن الحوايه هي المعنى المتبادر من لفظ الملك، قال في المصباح: «حويت الشيء، إذا ضممته واستوليت عليه، فهو محوى» (١).

والظاهر أن الاستيلاء من لوازم الحوايه وليست مرادفً لها، لكون تعديتها ب«على» كما في عبارته.

وقيل: الملكيه هي السلطنه (٢).

وفيه: ما ذكره شيخنا من أن السلطنه تتعدى ب«على» والملكيه متعديه، فكيف يكون الترادف؟

وقيل: هي الجده (٣).

وفيه: إن مقوله الجده هي الهيئه الحاصله للشيء بسبب إحاطه شيء به، كالتقمص والتعمم والتختم ونحو ذلك، ولا- معنى لاعتبارها للمالك وهو من قام به المبدء، لأنه المحيط بالمملوك لا بالعكس. كما لا مجال لأن يقال: بأن الملكيه هي الإحاطه الإعتباريه الموجه لهيئه الجده، لأن الإحاطه تتعدى ب«الباء» وتعديه الملكيه بنفسها.

وقيل: الملكيه اعتبار من مقوله الإضافه، أي: إن الملكيه لمّا لم تكن من قبيل الإضافه المقوليه، لأن المقوله ما يقال على شيء موجود في الخارج، والإضافه تكون بين الأمرين المتضايفين اللذين لا ينفكُّ تعقل أحدهما عن الآخر، كالفوقيه والتحتيه، فلذا عتبر بأن الملكيه اعتبار من مقوله الإضافه.

ص: ٨١

١-١) المصباح المنير: ١٥٨.

٢-٢) حاشيه المكاسب للسيد اليزدي ١ / ٢٨٩.

٣-٣) منيه الطالب ١ / ٣.

وفيه: إنَّ هذه المقوله هى النسبه المتكرره التى توجب انتزاع عنوانين متضائفين متكافئين فى القوه والفعل، ولا بدّ لهذا الانتزاع من المنشأ، فإنْ كان هو السلطنه أو الجده، فقد عرفت ما فيهما من الإشكال(١).

ص: ٨٢



قوله:

إلّا أنّ في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً، من أخذ المال في عوضى المبايعه لغه وعرفاً، مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرّض لشروط العوضين لما يصحّ أن يكون أجره في الإجاره، في حصر الثمن في المال.

أقول:

الإشكال تارة: من حيث أن «الحق» لا يصدق عليه «المال» عرفاً، بل هما متقابلان. وأخرى: من حيث أن «المال» يختص بالأعيان الخارجيه (١).

ويندفع الإشكال بكلا الوجهين بأن: إطلاق المال على الشيء، إما هو لأجل ميل النفوس إليه وبذل الشيء بأزائه، أو - كما قال الراغب (٢) - لأنه يميل إلى الزوال، وهو - على كلّ حالٍ - صادقٌ على الحق. ومع التنزّل، فإنّ عبارته

ص: ٨٤

---

١-١) ذكرهما المحقق الإصفهاني ٥٧/١ والإشكال الثاني للمحقق الخراساني كما في تعليقه ص ٤.

٢-٢) المفردات في غريب القرآن: ٤٧٨.

المصباح محموله على الغالب، لأنَّ البيع صادق على مبادله المال بعوضٍ.

وأشكل شيخنا الميرزا: بأنه لو جاز المبادله بين الملك والحق، بجعل الأوّل مبيعاً والآخر ثمناً، لزم انقلاب الملك حقّاً والحق ملكاً. والتالى باطل.

بيان الملازمه: أن البيع عبارته عن تبديل طرفى الإضافه وخروج كلٍّ من العوضين عن طرفيته للإضافه إلى من هو له، وصيرورته طرفاً لإضافه الآخر، فإذا وقعت المعامله بين الملك والحق، صار ما كان طرفاً للملكيه طرفاً للحق، وما كان طرفاً للحق طرفاً للملكيه. وهذا خارج عن حقيقته البيع (١).

وفيه:

أولاً: إن أصل المبنى فى حقيقته البيع لا يمكن المساعده عليه. كما تقدّم سابقاً.

وثانياً: إنه يرى أن الحقّ مرتبه من الملك. وعليه: فإنّ غايه ما يلزم هو اختلاف المرتبه فى طرف الإضافه، ولا محذور فيه أصلاً.

ص: ٨٥

قوله:

ثم الظاهر: إن لفظ البيع ليس له حقيقه شرعيه ولا متشرعيه، بل هو باقٍ على معناه العرفي، كما سنوضحه إن شاء الله.

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه: ففي المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها:

إنتقال عينٍ من شخصٍ إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضي (٢).

وحيث أن في هذا التعريف مسامحةً واضحةً، عدل آخرون إلى تعريفه ب:

الإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال (٣).

وحيث أن البيع من مقوله المعنى دون اللفظ... عدل جامع المقاصد إلى تعريفه ب:

نقل العين بالصيغه المخصوصه (٤).

ويرد عليه... ولا- يندفع... لأنه: إن أريد بالصيغه خصوص «بعت»، لزم الدور، لأن المقصود معرفه ماده بعت، وإن أريد بها ما يشمل «ملك»، وجب الاقتصار على مجرد التمليك والنقل.

أقول:

أما المسامحة في التعريف الأول، فلأنّ الانتقال أثر البيع لا أنه البيع.

ص: ٨٦

١-١) قد عرّف السيد الجّد البيع في أوّل الكتاب. فهو يتكلّم على تعاريف الفقهاء.

٢-٢) المبسوط ٢ / ٧٦، السرائر ٢ / ٢٤٠، تذكرة الفقهاء ١٠ / ٥.

٣-٣) المختصر النافع: ١١٨، الدروس الشرعيه ٣ / ١٩١، التنقيح الرائع ٢ / ٢٣.

٤-٤) جامع المقاصد ٤ / ٥٥.



وأما الإشكال على التعريف الثاني، بأنّ البيع من مقوله المعنى دون اللفظ، فلا يتوجّه إن أريد البيع المتحقق من البائع والمشتري بالإشياء منهما، نعم، يتوجّه النقض بالمعاطاه، حيث اخذ في التعريف جهه الدلاله، وهي من شؤون اللفظ كما لا يخفى.

وأما قوله: إن أريد بالصّيغه خصوص «بعث» لزوم الدّور، فيمكن دفعه بأنّ المراد هو البيع بما له من المعنى المرتكز أو المتفاهم لدى الغير من أهل العرف (١).







## تعريف الشيخ

قوله:

فالأولى تعريفه بأنه: إنشاء تمليك عين بمال.

ولا يلزم عليه شيء مما تقدم.

أقول:

هذا التعريف يوافق ما عن العلامة الطباطبائي في مصابيح حيث قال:

إن الأخصر الأسدّ تعريفه بأنه: إنشاء تمليك العين بعوض على وجه التراضي.

والظاهر أنّ الشيخ بدّل كلمه العوض، بلحاظ أن إطلاقه يعمّ غير المال.

ثم إنّ السرّ في التعبير بالإشياء هو عموم التعريف وشموله للصحيح والفساد، لعدم كون لفظ البيع موضوعاً لخصوص الصحيح.

## الإشكال عليه

ولو أن الشيخ عرّف البيع بأنه تمليك عين بمال، بأن يكون المراد منه الأعمّ من التمليك الحقيقي والإنشائي، لسلم تعريفه ممّا أورد عليه المحقق الخراساني:

أولاً: بأنّ المعنى في مشتقات البيع - من: باع يبيع - هو التمليك، لا إنشاء التمليك.

ص: ٩١

وثانياً: بأنّ البيع ممّا يقع في حيز الإنشاء، فإذا عرّف بإنشاء التمليك، لزم وقوع الإنشاء في حيز نفسه، وهو غير معقول.

لكنّ الظاهر: أن مراد الشيخ من التمليك هو التمليك الإنشائي، وإضافه الإنشاء إليه من قبيل إضافه الصفه إلى الموصوف، فلا يتوجّه عليه الإشكال، وليس المراد من قولنا: التمليك الإنشائي هو تقييده به، حتى يورد عليه بأنّ المقيّد بالإنشاء لا يقع في حيز الإنشاء، بل المراد هو معنى التمليك القابل لأن ينشأ(١).

## ردّ الإشكال بعدم الشمول لبيع الدين على من هو عليه

قوله:

من تعقل تملك ما على نفسه...

أقول:

قد تقدّم الكلام عليه، وبالجملة: إن المبيع إن كان هو الكلّي من غير

ص: ٩٣

تقييد له بالكون في الذمه، فهذا لا ماليه له، وإن قيد بكونه في ذمه المديون لزم كونه مديوناً لنفسه. نعم، لو باع البايع ما هو مساوٍ لذلك الكلّي في عهده نفسه وتملكه المشتري، سقط بالتهاتر. لكنّه خارج عن مورد النقض (١).

ص: ٩٤





قوله:

إنّ التملك ضمنى، وإنّما حقيقه التملك بعوض.

أقول:

وفيه: أن التعريف بإطلاقه يعمّ الضمنى.

والأولى أن يجاب: بأنّ المشتري إنما يُنشئ القبول والرضا بما فعله البائع من تملك ماله فى قبال ما يأخذه من المشتري، فهو بذلك يخرج ماله عن ملكه ويدخل مال المشتري فى مكانه اعتباراً، والمشتري إنما يقبل ذلك ولا إنشاء له للتملك أصلاً، غير أنّه لازم القبول منه فى التحقّق خارجاً.

فإن قلت: هذا فى سائر أنواع البيع، وفى السلم مع تقدّم الإيجاب من البائع، وأمّا إن كان الإيجاب فيه من المشتري، كما إذا قال: أسلمت إليك هذه الدراهم فى كذا من الحنطة، أو قال: أسلفتك هذه فى كذا، لم يكن منه إنشاء القبول حتّى يتمّ ما ذكر أو يقال بأن التملك ضمنى.

قلت: ليس ما ذكرناه ولا القول بأنّ التملك ضمنى، تعبيراً عن قبول المشتري، بل إن جعله ما يملكه بدلاً وعوضاً عمّا يكون له من البائع رضاً منه وتمليك، وهذا حاصل منه، أى من المشتري، بلا فرق بين أن يكون موجباً أو قابلاً.

ثم إنّ النقض باستيجار العين بعين، إنما يندفع بما ذكرناه، لا بالتملك الضمنى الذى ذكره الشيخ فقال:

## الإشكال بانتقاضه بمستأجر العين بعين

وبه يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين، حيث أن الاستيجار يتضمّن تملك العين بمالٍ أَعْنَى المنفعة.

ولعلّ مراده من الضمّيّه هو ما ذكرناه، من كونه لازماً للمنشأ لا أنه هو المنشأ، فليتدبّر جيّداً (١).





قوله:

وفيه: إن حقيقة الصّٰلِح - ولو تعلّق بالعين - ليس هو التملّيك على وجه المقابلة و المعاوضه، بل معناه الإصلي هو التسالم... .

أقول: ملخّص الجواب:

أولاً: إنّ الصّٰلِح لا يتعدّى إلى المال بنفسه ولا يقال: صالحتك هذا، بل على هذا، أو عن هذا، بخلاف التملّيك، وذلك أماره الاختلاف بينهما مفهوماً.

وثانياً: إنه لا يجوز أن يورد النقض بخصوص مورد استعماله فيما يتعلّق بالعين في مقابل العوض، لأن استعماله فيه وفي سائر الموارد إنما هو بجامع واحد وهو التسالم، ويشهد بذلك: أنه لو طالب خصمه أن يصالح عن شيء بشيء، لم يكن ذلك إقراراً بملكيتته له، بخلاف ما لو طلب منه التملّيك فقال: ملكني هذا، فإنه نظير أن يقول: بعني هذا ويكون إقراراً منه.

فأنده:

المصالحة: المسالمة، والتصالح: التسالم، فإن استعمل بهيئه المفاعله تعدّى إلى الطرف بنفسه فيقال: صالحته وسالمته، وبهيئه التفاعل: تصالحت معه وتسالمت معه، أو يقال: تصالحتنا، قال الراغب: «السّلام والسّلم والسّلم:

الصّٰلِح. قال تعالى «وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السّلامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا...» (١) وفي المنجد في اللغة: «الصّٰلِح: السّيلم، وهو اسم من المصالحة، وصالحه مصالحةً:

ص: ١٠٠

واقفه، خلاف خاصمه، وتسالم القوم: تصالحوا وتوافقوا» (١).

ثم إن كان الصِّلح في مقام رفع اليد عن الشيء يقال: صالحته عن حقوقى - مثلاً - بكذا، وربما يقدر ما يرفع اليد عنه على مبنى أمرٍ معيّن فقال:

صالحته على كذا، أو يتوافقان على قرارٍ معيّن بينهما كما فى الشريكين، بأن يكون الربح والخسران على أحدهما، أو بأن يكون الشراء من أحدهما والبيع من الآخر، أو بما يسدّ مسدّ المضاربه، فيقال: صالحتك على كذا، وربما يتصالح على أن يكون شيء فى مقابل شيء، فيقال: صالحته على أن يكون كذا بكذا» (١).

ص: ١٠١

---

١-١) المنجد فى اللغة: ٤٣٢.

قوله:

وأما الهبة المعوّضه، والمراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض، فليست إنشاءً لتمليكٍ بعوض على جهة المقابله... .

أقول:

الهبة المعوّضه على قسمين، فتارةً: يهب بلا قيد والمتهب يهب شيئاً كذلك. فهذه هبة معوّضه تترتب عليها الآثار، وأخرى: أن يهب بشرط أن يعوّضه. فقول الشيخ: والمراد بها... لإخراج القسم الأول، فإنه لا يحتمل أن ينتقض التعريف به.

وقوله: ليست إنشاءً لتمليك بعوض... يعنى: ليس معاوضهً بين الشئيين، بل هو معاوضه بين الهبتين، ويشهد بذلك أنه إذا أقبضه تملك وإن لم يكن الطرف الآخر قد وهب، فلو كان مقابله بين المالين، لزم أن يكون مالكاً لما يملكه الطرف ويريد أن يهبه.

فالهبة المعوّضه ليست مقابلهً بين المالين، وإنما هو شرط للعوض، وفيه تمليكان وأحد التمليكين بعوض الآخر مع الاشتراط، وكذلك فى القسم الآخر ولكن بلا اشتراط.

ص: ١٠٢



وبالجملة، ففي الهبة المعوّضه - بكلا- قسميها - لا- توجد مقابله بين المالين. نعم، بينهما فرق من جهة أنه حيث يشترط، يكون للواهب حق الفسخ... .

هذا مقصود الشيخ.

وأقول: فالهبة المعوّضه تنقسم إلى القسمين المذكورين، وأما إذا كانت بشرط النتيجة كأن يقول: وهبتك هذا بشرط أن يكون متاعك ملكاً لي، فبمجرد إقباض الواهب وملكيته، يكون ملك المتّهب ملكاً للواهب، فما ذكره الشيخ من أنها هبة في مقابله هبة، منقوض بما ذكرناه.

لكنّ المهمّ: أن هذا إنما يملك بالشرط لا بالمعوضه، فالفرق بين الهبة والبيع واضح، والنقض غير وارد.  
قوله:

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: أن حقيقة تملك العين بالعوض، ليست إلّا البيع... .

فما قيل: من أنّ البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض، فيقدّم على الصّالح والهبة المعوّضه، محلّ تأمل بل منع، لما عرفت من أنّ تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير... لكنّ الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل... .

أقول:

عبارته غير مستقيمه، وصحيحها: إنه لو قصد الصّالح والهبة المعوّضه، لم يكن الاستعمال على حقيقته في الأمرين ولم يكن بيع، إذ لا- يعقل وقوعه بيعاً مع فرض قصد الصّالح أو الهبة المعوّضه وعدم قصد البيع. فمراده: إنه لو قال: ملكتك كذا بكذا، وقصد المعنى الحقيقي الذي هو عبارته عن المبادله والمعاوضه، وقع بيعاً. ولو قال كذلك قاصداً الصّالح أو الهبة، فإنه وإن لم يقع بيعاً، لا يقع صلحاً أو هبة، لعدم كون الكلام صريحاً فيهما، فالاستعمال

ص: ١٠٣

مجازى، إذ وقوعهما منوط بالقول بكفائيه الألفاظ غير الصّريحه فى المعاملات المخصوصه، ولو شك فى قصد البيع أو أحد الأمرين، كان مقتضى أصاله الحقيقه على أن مقصوده البيع.

فقول صاحب الجواهر: من أنّ البيع هو الأصل فى تملك الأعيان...

يقول الشيخ: ليس مراده أصاله الحقيقه الجاربه فى موارد الشك كما ذكرنا، أى: متى شك فى أنه قصد البيع أو الصّيح والهبه، فالأصل المذكور يقتضى الحمل على البيع لأنه الحقيقه.

أقول: نعم، ليس مراده ذلك، بل لعلّ نظره إلى أنّ تملك الأعيان أعمّ من التملك الصّريح أو الضمنى أو الالتزامى، فتملك الأعيان معنى كلى ينطبق على البيع والصّيح والهبه المعوّضه، لوجود التملك فيهما ولو بنحو الضمّيه والالتزاميه، لكنّ لما كان الشائع فى تملك الأعيان بالعوض هو البيع، كان تملكها بالعوض ظاهراً فى البيع، فالمراد من «الأصل» هو «الظاهر».

لكنّ الشيخ لا يوافق على هذا، لأنّ حقيقه الصّيح هو التسالم، وحقيقه الهبه المعوّضه التملك المستقلّان، حيث يشترط أحدهما بالآخر وليس مقابله بين المالكين، فالأصل محلّ تأمل بل منع، لأنّ تملك الأعيان ليس معنى كلىّ جامعاً بين المفاهيم، بل بينها تباين... وتملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

### كيفيه إخراج القرض

قوله:

بقى القرض داخلاً فى ظاهر الحدّ، ويمكن إخراجه بأنّ مفهومه ليس نفس

ص: ١٠٤

المعاوضه، بل هو تملك على وجه ضمان المثل أو قيمه لا معاوضه للعين بهما.

أقول:

لابد أولاً من بيان حقيقه القرض:

وهو في كلام الشيخ: تملك على وجه الضمان.

وقال المحقق الخراساني: المقصود من القرض هو التملك لا مجاناً بل بنحو الغرامه (١).

وقال شيخنا الأستاذ: هو تملك ما له بدل واقعاً، فيقصد بتملكه عدم المجانيه، لا جعله بأزاء شيء (٢).

وقال الفاضل الإشكوري - وهو يقرّر كلام أستاذه المحقق الرشتي - لا- معاوضه في القرض أصلاً، بل هو عباره عن تسليم تشخص العين مع بقاء ماليتها، بمعنى أن للعين وجه تشخص وماليه خاصه وجهه كليه وماليه كليه، فالمنتقل هي الماليه الشخصيه، وأمّا الكليه، فهي باقيه على ذمه المقترض برسم الأمانه، فلا- معاوضه في البين، نظير حكم الشارع بجواز التصرف في الملتقط ليحفظ في ذمته وإن ذهب تشخصها (٣).

قوله:

ولذا لا يجرى فيه ربا المعاوضه ولا الغرر المنفى فيها ولا ذكر العوض ولا العلم به. فتأمل.

أقول:

إنه لا يقدح الجهل بكون الشيء مثلياً أو قيميّاً، بل لو قال له: أقرضتك ما

ص: ١٠٥

١-١) حاشيه المكاسب: ٦.

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ٧٢.

٣-٣) بغيه الطالب ١ / ٣٩.

فى الصندوق، وهو جاهل بمقداره، صحّ على الأصحّ.

والتحقيق: إن التملك أمر قصدى، وهو ليس بمقصود فى القرض، ويشهد بذلك كلمات أهل اللغة:

وفى المصباح المنير: «والقرض ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه» (١).

وفى القاموس: «ما تعطيه لتقضاه» (٢).

وفى المفردات: «وسمى ما يدفع إلى الإنسان بشرط ردّ بدله قرضاً» (٣).

وفى مجمع البحرين: «هو إعطاء شيء لىستعيد عوضه فى وقت آخر» (٤).

مضافاً، إلى أنّ التملك لا يخلو من أن يكون بلا عوض أو مع العوض ولا ثالث، وحيث أنّ القرض ليس بهبه ولا معاوضه، إذ لا يلزم فيه ذكر العوض، فليس هو تملكاً من المقرض. وأيضاً، فما ذكر من الضمان، ليس من باب ضمان اليد، إذ ليس للمالك المطالبة بالشىء مع كونه موجوداً كما هو المشهور، كما لا يجب على المقرض دفعه، بل له أن يؤدى مثله أو قيمته حتى مع وجوده. وليس من باب ضمان الإلتلاف، لأنّ مورده إلتلاف مال الغير بدون إذنه، فلا يشمل القرض، ولو أريد الأخذ بضمان الإلتلاف، بمعنى أن يعطيه الشىء لأنه يضمّنه لو أتلّفه، لزم أن لا يكون مالكاً له وإنما قد أبيع له التصرف فيه، وإلا فلا معنى لضمان الإلتلاف فى ملك نفسه.

هذا بالنسبة إلى كلام الشيخ.

ص: ١٠٤

١-١) المصباح المنير: ٤٩٧.

٢-٢) القاموس المحيط ٢ / ٣٤٢.

٣-٣) المفردات فى غريب القرآن: ٤٠٠.

٤-٤) مجمع البحرين ٤ / ٢٢٦.

وأما ما ذكر من الغرامه، فالأمر أشكل، لأن الغرامه هي الخساره، ولا موضوع لها في القرض.

وأما ما ذكره شيخنا الأستاذ، من أنه تمليك ما له بدل واقعاً، ففيه: أنه لو قال ماله بدل بحسب الاتفاق بين الطرفين لكان أولى، على أنه يسأل: هل هذا البدل بنحو الغرامه أو العوض؟ وكلاهما غير تام.

فالقرض: إعطاء الانسان المال إلى الغير، بجعله في عهده مع قطع إضافته إلى نفسه، وهذا هو المناسب لمفهوم القرض لغه، فإنه في اللغه بمعنى القطع، ومنه الحديث: «قرضوا لحومهم بالمقاريض» (١)، ولازم ذلك تملك الغير الآخذ له، والعهده أعم من العين وبدلها (١).

ص: ١٠٧

---

١-١) ذكره صاحب مجمع البحرين في «قرض» ٤ / ٢٢٧، قال: أي قطعوها.



إشاره

قوله:

ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معانٍ آخر غير ما ذكر:

أحدها: التملك المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري... .

أقول: أما البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول، فالظاهر أنه ليس مقابلاً للأول... .

أقول:

هذه المعاني ذكرها الشيخ كاشف الغطاء قدس سره (١). قال الشيخ:

ولعله لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ، بل وصحّه السلب عن المجرد، ولهذا لا يقال: باع فلان ماله، إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، ويستفاد من قول القائل: بعته مالي، أنه اشتراه غيره، لا أنه أوجب البيع فقط.

وبعبارة أخرى: إذا كان البيع إنشاء تملك عين بمال، فإنه يتبادر منه التملك الحقيقي، فيكون هناك تملك لا محاله، وإلا كان تملكاً إنشائياً.

وبالجملة: فإن التملك الحقيقي - وهو المتبادر - لا ينفك عن تملك المشتري.

وهذا المعنى الحقيقي هو المقصود أيضاً من الانتقال في المعنى الثاني، أي: الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول، وهو الانتقال.

وقوله في المعنى الثالث: «حتى الإجاره وشبهها...» معناه: أن لفظ «بعته»

ص: ١٠٩

يكون في البيع جزءً من العقد، لأنه إيجاب، وكذا «صالحت» في الصلح و«أنكحت» في النكاح. أما في الإجاره، فإن قوله: «آجرتك» ليس جزءً من عقد الإجاره، لأن الإجاره ليست مصدر آجرتك وإنما هو الإيجار، بل الإجاره هي النتيجة الحاصله من الإيجاب والقبول، فهذا مراده من قوله:

«حتى الإجاره». وعلى الإجمال، يقول الشيخ بأن عناوين المعاملات - عدا الإجاره - هي من باب استعمال اللفظ الموضوع للجزء في الكل، أما في الإجاره، فالعنوان من باب استعمال اللفظ الموضوع للمسبب في السبب.

قلت: فإذا كان «البيع» نفس الإيجاب والقبول، فما معنى قولهم: كتاب البيع ويجب فيه الإيجاب والقبول؟

### الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الأول

ثم إن الشيخ أشكل على المعنى الأول بما حاصله: عدم صحه أخذ قيد التعقب بالقبول في معنى البيع المصطلح، وإنما هو فرد انصرف إليه لفظ البيع في مقام قيام القرينه على إرادته الإيجاب المؤثر - وهو ملكيه المشتري - الذي لا ينفك عن المؤثر وهو التمليك، لأن التمليك مقوم بالملكيه - ولولاها لم يصدق - والملكيه الخارجيه منوطه بقبول المشتري، وذلك يكون بقيام القرينه.

فهنا مرحلتان، مرحله تأثير فعل البائع، وهو حصول الملكيه، لأن الأثر لا ينفك عن المؤثر، ومرحله الخارج، ومن الجائز أن لا تحصل الملكيه في الخارج إلبعد القبول، فكان القبول شرطاً لحصول الملكيه الخارجيه لا أنه مقوم لمفهوم البيع، ولذا قال:

فالباع وما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار كما



تخيّله بعض. فتأمل.

أى: لأنه يعقل الانفكاك بين الوجوب والإيجاب خارجاً، مثلاً:

لو أوجب المولى شيئاً ولم تقم على المكلف حجة وأجرى البراءة عن التكليف، تحقّق الإيجاب ولم يتحقّق الوجوب، لأنّ الوجوب عبارته عن ثبوت التكليف في ذمّة العبد، ولا تحقّق له إلّا بقيام الحجة، فكان البعث من المولى حاصلًا من غير أن يكون انبعاث من العبد، لعدم قيام الحجة، وكذلك الحال - بناءً على القول بالواجب المعلق - حيث يكون الإيجاب من المولى متحقّقًا، والوجوب غير موجود بل هو متأخّر عن القيد المعلق عليه، فما نحن فيه من هذا القبيل، وليس من قبيل الكسر والانكسار، إذ لا يعقل الكسر خارجاً وعدم تحقّق الانكسار.

هذا شرح كلام الشيخ، ويمكن تأييده بأنّه: لو كان معنى البيع مأخوذًا فيه التعقّب بالقبول، فإنّ كلّ مقيد يتوقف تحقّقه على تحقق القيد، فلا تحقّق للبيع إلّا بعد القبول، لكنّ قبول البيع متوقف على تحقّق البيع، فيكون البيع متوقفًا على القبول، والقبول متوقفًا على البيع، وهذا دور.

إلّا أنه ينبغي المزيد من الدقّة:

إن المفاهيم تارة: جوهرية، كالماء والتراب ونحوهما من الموجودات الخارجيّة، وهذه المفاهيم تارة لها وجود ذهني وأخرى وجود خارجي، وربما يحصل لها الوجود التنزيلي كما يقول السكاكي. والمفاهيم الجوهرية لا تقع في حيّز الإنشاء.

وأخرى: هي مفاهيم عرضية، وهذه على قسمين:

فالقسم الأول: ما يفيد مفاد المصدر، أى: النسبة الناقصة، وقد يكون له وجود ذهني، وقد يكون وجود خارجي بمعونه القرينه، فالأكل والشرب

ونحوهما هي من المفاهيم العرضية الرابطة، إلا أنها موجودة في الخارج أولاً، فإن ذاك خارج عن حد المفهوم فيها.

والقسم الثاني: ما يفيد مفاد الماضي والمضارع والأمر، فالماضي يدل على أن العرض له نسبة تحقيقه لموضوعه، مثل: أكل وشرب، ويكون لهذه النسبة وجود في الخارج لا- محاله وإلا- لم تكن تحقيقه، لأن الحقيقة ترادف الوجود كما ذكر المحقق الطوسي رضوان الله عليه، وكذا غيره من المشتقات.

وثالثه: مفاهيم اعتبارية، كالزوجية والملكية، وليس لها وجود، غير أنها تقبل الوقوع في حيز الإنشاء، وهي دائماً بحاجة إلى مصحح الاعتبار، وهو قد يكون شرعياً وقد يكون عقلائياً، وإن جاز أن يقال بأن العقلاني شرعي أيضاً، غير أن الشارع قد يمضي اعتبار العقلاء وقد لا يمضي.

فالملكية أمر اعتباري، فإذا ملك داره لزيد، فقد اعتبر ملكيه الدار له، والعقلاء قد يمضون اعتباره وقد لا، والشارع قد يمضي اعتبارهم وقد لا يمضي.

إذا عرفت هذه المقدمه، ظهر لك أن تعقب البيع بالقبول بالنسبة إلى الملكية العقلانية والشرعية معتبر، إلا في الملكية القهرية، واعتبارها في البيع والشراء بدون تعقبه لا- مصحح له عقلاءً وشرعاً، ويبقى اعتبار المالك وحده، فهل يمكن الاعتبار منه والتملك المالكى حيث يعلم أن لا وجود خارجي للطرف المقابل، أو له وجود ولكن لا يسمع، أو يسمع ولا يريد القبول؟

وبعبارة أخرى: لا- ريب أن الإنشاء خفيف المؤنه، لأنه قصد لثبوت المعنى باللفظ، فيعتبر السماء - مثلاً - مالكا للدار ويقول: ملكت السماء، ولكنه في مقام الجد وإرادته تملك الغير جداً، هل يعقل التملك المالكى من

دون تحققٍ للقبول الخارجى؟

الإنصاف هو العدم، وإنّ التملك المالكى بنحو الجدد منوط بوجود قبولٍ فى الخارج، وبالتفات البائع إلى أن الطرف المقابل سيقبل، فالقول بتقوم مفهوم البيع بالقبول بعد الإيجاب قريبٌ جداً، والدور الذى ذكرناه يشبه الدور المعنى (١).

ص: ١١٣













قوله:

وأَمَّا البيع بمعنى الأثر وهو الإنتقال، فلم يوجد في اللّغة ولا في العرف، وإِنَّمَا وقع في تعريف جماعه تبعاً للمبسوط، وقد يوجّه:  
بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنى للمفعول، أعني المبيعه. وهو تكلف حسن.

ص: ١١٩

أقول:

قال شيخ الطائفة: البيع هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضي (١).

والظاهر أنه أراد الانتقال الملكي الذي هو المسبب، فقد استعمل اللفظ الموضوع للسبب في المسبب، وإنما فالمبيعه هي المملوكة لا الملكية، فتعريف بالبيع بالانتقال تعريف للشئ الذي هو السبب بمسببه، نظير تعريف الشئ بلازمه، فهو شبيه للرسم.

### الكلام على اشكال الشيخ على المعنى الثالث

قوله:

وأما البيع بمعنى العقد، فقد صرح الشهيد الثاني رحمه الله بأن إطلاقه عليه مجاز لعلاقه السببية. والظاهر: إن المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع... .

أقول:

حاصل إشكال الشيخ على هذا المعنى بناءً على مختاره في تعريف البيع هو:

أن الإيجاب والقبول سبب للملكية، أي: إن التمليك الذي يقصده المالك يحصل بواسطة الإيجاب والقبول، وليس البيع نفس الإيجاب والقبول. فقول القائل باعتبارهما هو بلحاظ أن المقصود من البيع هو ترتب الأثر في نظر الشارع، وهو المسبب من الإيجاب والقبول، وبهذا اللحاظ يقال: لزم البيع، وجب البيع، أقال البيع... وهكذا. وعلى الجملة، فالبيع هو إنشاء التمليك لا الإيجاب والقبول، وهذا هو البيع الاصطلاحى.

ص: ١٢٠

والحاصل: فإن المسبب عن العقد هو البيع الاصطلاحي حقيقةً أو مجازاً، أى المعنى الاسم مصدرى، وأما البيع بالمعنى اللغوى فهو النقل الإنشائي الحاصل من الموجب، ضروره أن المنشأ لا ينفك عن إنشائه بل متّحد معه (١).

ص: ١٢١



إشاره

قوله:

ثم إنَّ الشهيد الثاني نصَّ في كتاب اليمين من المسالك (١) على أنَّ عقد البيع وغيره من العقود حقيقه في الصَّحيح مجاز في الفاسد... وقال الشهيد الأوَّل في قواعد: الماهيَّات الجعليه - كالصَّيلاه والصوم وسائر العقود - لا تطلق على الفاسد إلَّا الحج (٢)... .

أقول

ذهب الشهيد إلى أن عقد البيع وسائر العقود موضوعه لخصوص الصحيح، للتبادر وصحَّه السَّلب عن الفاسد - كما في تعبير الشيخ، وأما في عبارته المسالك فهو: عدم صحه السَّلب، وهو يرادف التبادر - ولأنَّه إذا قال:

بعت داري لزيد، فقد أقرَّ على نفسه، حتى لو ادَّعى إرادته البيع الفاسد لم تسمع دعواه إجماعاً، ولو كان اللَّفظ موضوعاً للأعمَّ من الصحيح والفاسد، لسمعت دعواه وقُبل تفسيره بأحدهما، فمن عدم سماع ذلك منه يستكشف أنه موضوع لخصوص الصَّحيح. وكذلك الحال في سائر العقود، ولذا قال الشهيد:

الماهيات الجعليه... وظاهره - كما قال الشيخ - إرادته الإطلاق الحقيقي، إلَّا الحج، فإنه إذا قارب زوجته، قال جماعه: فسد حججه وعليه أن يحجَّ من قابل، وقال آخرون - ولعله الأصحَّ - بصحَّه حججه، لكنَّ عليه الحج من قابل عقوبه (٣).

ص: ١٢٣

١-١) مسالك الأفهام ٢ / ١٥٩ ط الحجريه.

٢-٢) القواعد والفوائد ١ / ١٥٨.

٣-٣) وهو صريح صحيحه زواره. وسائل الشيعه ١٣ / ١١٢، الباب ٣ من أبواب كفارات الاستمتاع: الرقم ٩.

قال الشيخ:

ويشكل ما ذكرناه: بأن وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو «أحلّ الله البيع» وإطلاقات أدلّه سائر العقود في مقام الشكّ في اعتبار شيء فيها، مع أنّ سيره علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات.

أقول:

وجه الإشكال في عدم جواز التمسك بإطلاق قوله تعالى «أحلّ الله البيع» ونحوه في مقام الشكّ في دخل شيء وجوداً أو عدماً واضح، لأنه إذا كان موضوعاً للصحيح المؤثّر، كان مجرد احتمال دخل الشيء كافياً للشكّ في صدق عنوان «البيع» على ما وقع، وحينئذٍ لا يحرز الموضوع، فكيف يتمسك بالآية ويرتب الأثر على البيع ويحكم بحليته؟

ثم ذكر وجهاً لما ذهب إليه الشهيدان، والوجه لتمسك العلماء بالإطلاقات كما سيأتي.

وأقول: إنّ «الصحيح» قد يطلق في مقابل المعيب، وقد يطلق في مقابل السقيم، وقد يطلق في مقابل الفاسد، وربما يقال الصحيح في مقابل الناقص، فيراد منه الكامل، والمراد منه في قبال الفاسد - ولعله في غيره أيضاً - هو ما يترتب عليه الأثر المترقب منه، فيكون الفاسد ما لا يترتب عليه الأثر المذكور، فالموصوف بالصّحّه والفساد يكون بالضروره ممّا يمكن انفكاك الأثر منه، فأما ما لا ينفك عنه الأثر، فلا يعقل أن يوصف بالصّحّه تارةً وبالفساد اخرى.

وعلى ما ذكرنا، فإنه إن كان تعريف البيع مبادله مالٍ بمال، فإنّ المبادله

يدور أمرها بين الوجود والعدم ولا تتصف بالصحة والفساد، وكذلك بناءً على أنه تمليك عين بمالٍ، لأنه إما حاصل وإما لا، ولا يمكن أن يقال: تمليك ولا ملكية، لأن النسبة بينهما نسبة الإيجاد والوجود، فالحقيقه واحده والإختلاف مفهومي، من جهة تعدد النسبه، فإذا نسب الأمر إلى الفاعل فهو تمليك، وإذا نسب إلى الشيء فهو ملكية، وكذلك الإيجاب والوجوب، ونحو ذلك.

والنسبه بين الصحة والفساد هي نسبة العدم والملكه، وما يكون أمره دائراً بين الوجود والعدم فالنسبه فيه نسبة السلب والإيجاب، و«مبادله مالٍ بمالٍ» و«تمليك عينٍ بمالٍ» من قبيل الثاني لا الأول، لأن المبادله أو التمليك إما موجود أو معدوم، فلا يصح أن يقال: هل حصلت الملكيه بعد التمليك أو لا؟ لأن عدم الملكيه عدم التمليك لعدم الإنفكاك بينهما.

فإذن، لا مجال للبحث عن أن البيع حقيقه في الصحيح أو الأعم، بناءً على التعريفين المزبورين.

نعم، يصحُّ البحث عن ذلك بناءً على مختار الشيخ في التعريف، لأن إنشاء تمليك عين بمالٍ، قد يؤثر في الملكيه وقد لا يؤثر.

ثم إن المشهور - والظاهر أن عليه الشيخ أيضاً، ولذا أشكل على التمسك بالإطلاقات، ثم وجهه بما سيأتي، وإلا لم يكن حاجه إلى ذلك كما سنوضح - أن الملكيه أمر ثابت في نفس الأمر، وكل من نظر العرف والشرع طريق إليه، فإذا قال الشارع ببطلان البيع الربوي، فقد خطأ العرف والعقلاء في الطريق إلى ذلك الأمر الواقعي.

ويقابله القول بأنها أمر اعتباري ولا واقعي لها أصلاً، وكل من بيده الاعتبار إذا اعتبر شيئاً، فإنه يتحقق في موطن الاعتبار، فإذا اعتبر العقلاء

الملكيه تقررت في موطن اعتبارهم، ثم الشارع قد يطابق اعتباره ذلك الاعتبار، فتتحقق الملكيّه الشرعيّه مطابقهً للملكيه العقلانيّه، وقد لا يوجد من الشارع الاعتبار المطابق لاعتبارهم، ولا تنتفي الملكيّه حينئذٍ، لأنّ المفروض وجود الملكيّه الاعتباريه.

وهذا القول هو الصّحيح.

إنما الإشكال بناءً على قول المشهور، لأنه إذا كان البيع موضوعاً للمؤثر في الملكيّه الواقعيّه ثم شكّ في اعتبار العربيّه مثلاً في عقد البيع، ولا ندرى هل العقد الفاقد لها يؤثّر أو لا، كان التمسك بالاطلاقات غير جائز كما تقدّم، بخلاف القول الثاني، فإنه بناءً عليه لا محذور في التمسك، لأنّ البيع موضوع لإنشاء التمليك المؤثر في الاعتبار العقلاني، والألفاظ موضوعه للمعاني العرفيه، وعليه، فمعنى الآيه المباركه: إنّ كلّ عقد كان مؤثراً في الملكيّه الاعتباريه العقلانيّه فهو حلال، فإذا قال: الغرر مفسد للبيع، فقد استثنى البيع الغرري من عموم ما أمضاه، لأنّ مقتضى الإطلاع مؤثريه كلّ بيع عقلائي، فيكون دليل المنع من البيع الغرري مخصّصاً ويخرج به هذا النوع من تحت العام.

فقول الشيخ: ويشكل ما ذكرناه... مبنيٌّ على قول المشهور.

ثم قال الشيخ ما حاصله: البيع بالمعنى المصدرى عبارته عن النقل الحاصل من البائع والواقع في حيز الإنشاء، ويقابله المعنى الإسم المصدرى وهو حصول النقل في الخارج، ومراد البائع من قوله بعث هو المعنى على النحو الثاني ولو في نظره، فإنّ طابق الواقع كان صحيحاً وإلّا فهو فاسد، وأمّا الشارع، فإن كان مؤثراً في اعتباره كان بيعاً وإلّا فلا، فبيع الهازل - مثلاً - ليس ببيع عند العرف، وكذلك لو باع وقصد حصول الملكيّه ولم يؤثّر عند



وعلى هذا، فلا- يتوجه على الشيخ ما أورده بعض الأكابر (١) من أن النقل الإسم مصدرى يدور أمره بين الوجود والعدم ولا يتصف بالصحة والفساد.

وبعبارة أخرى: إذا كان للملكية واقعيه، وكانت مؤثريه الملكية الحاصله من المصدر فى تحقّق الملكية الواقعيه، موجبه لانطباق عنوان الصحة عليها، وعدم مؤثريتها فى حصولها موجبه لاتصافها بالفساد، لم يتوجه الإشكال عليه.

ويبقى الكلام فى وجه التمسك بالإطلاقات فى كل مورد شكّ فى دخل شىء وجوداً أو عدماً فى المؤثريه، وينحلّ كلام الشيخ هنا إلى وجهين:

أحدهما: إن الشارع يخاطب العرف، وهو كأحدهم فى مكالماته ومحاوراته معهم، فمراده من البيع فى قوله «أحلّ الله البيع» هو ما يراه العرف بيعاً، كما هو الحال فى الألفاظ الأخرى من الماء والتراب وغيرهما، فمراده من البيع فى الآية - وهو يكلم العرف ويتكلم بلسانهم - نفس ما يراه العرف بيعاً، فمعنى الآية حيثئذ: إن النقل الملكى الحاصل من المصدر المؤثر عند العرف فى الملكية الواقعيه، حلالٌ بالحليه الوضعيه.

والثانى: إن «أحلّ» تعبد من الشارع بالتأثير وجعله مؤثراً، فالبيع الذى هو مبدء المشتقات، هو الذى تعلق به الحلّ، أى جعل حلالاً ومؤثراً فى الملكية الواقعيه.

وحاصل الوجهين: إن البيع لم يستعمل فى الآية فى المؤثر فى الملكية الشرعيه، بل هو مستحيل، للزوم إثبات الشىء بنفسه.

ولو فرض كون الحليّه بمعنى الترخيص لا- الحليّه الوضعيّه، فالأمر كذلك، إذ يكون المعنى: إنكم مرخصون في البيع الذي هو مؤثّر عندكم في الملكيّة، فلو لم يكن مؤثراً عندهم لم يعقل الترخيص فيه لهم، فالترخيص فيه ملازم لكونه مؤثراً، وليس الترخيص إلّا الإمضاء والقبول.

هذا بيان كلام الشيخ وهو المقصود يقيناً، خلافاً لبعض الأكابر حيث فسّره بنحو آخر غير مقبول عندنا.

وهذا كلّ بناءً على أنّ للملكيّة واقعيّه كما عليه المشهور، وحاصل الكلام بناءً عليه: إنه إن أثر ما صدر من البائع في الأمر الواقعي كان بيعاً وإلّا فلا- يكون بيعاً، ولذا يكون النهي من الشارع - كما في مورد الغرر والرّبا - بمعنى أن البيع الواقع من المالك غير مؤثّر، وإن كان مؤثراً عند العرف كذلك، كان الشارع مخطئاً للمالك والعرف في تلك الموارد؛ وحيث لا نهى منه فهو الإمضاء لما هو الموجود عند العرف.

وأما بناءً على أنّ لا- واقعيّه للملكيّة يكون نظر الشارع والعقلاء طريقاً إليها، بل هي أمر اعتباري ولا حقيقه لها وراء الاعتبار، كان البيع أمراً قائماً بنفوس العقلاء واعتباراً آخر قائماً بنفس الشارع، فإذا نهى الشارع عن الغرر مثلاً، فالملكيّة موجوده، إلّا أن الشارع لا يرتّب الأثر الشرعي عليها.

وهذا المبني هو الحق كما تقدّم، وعليه يصحّ التمسّك بالإطلاقات بكلّ وضوح، لأنّ لفظ البيع موضوع للمعنى اللّغوي أي الملكيّة العقلائيّه، فإذا أحلّه الله فقد أحلّ البيع الذي هو مؤثّر في الاعتبار العقلائي، فيكون للشارع اعتبار إلى جنب الاعتبار منهم، وإذا نهى عنه في موردٍ كان استثناءً عن العام أو المطلق الدالّ على حليّه جميع الأقسام، فإنّ اشترط للمؤثريّه شرطاً، أسقط

عن التأثير ما كان فاقداً لذلك الشرط، وهذا أيضاً تخصيصاً للعام (١).

ص: ١٢٩













المعطاء

ص: ١٣٥



قال الشيخ:

إعلم أنّ المعاطاه - على ما فسره جماعه - أنّ يعطى كل من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر.

أقول:

### تعريف المعاطاه

أى: إنّ المعطى يعطى الشئ عوضاً عما سيأخذه من الآخذ الذى يعطى عوضاً عما يأخذه، فالبايع يأخذ بعدد والمشتري يأخذ بالفعل.

وهذا الذى ذكره عبارته عن المعاوضه لا البيع بالتعاطى والمعاطاه البيعيه التى تسدّ مسدّ البيع بالصّيغه وتحلّ محلّه، فكأنّه بصدد بيان المعنى اللغوى للمعاطاه، إذ يتحقّق بإيجابين وقبولين، لأنّ كلّاً منهما يوجب بإعطائه ويقبل بأخذه، أمّا فى البيع المعاطاتى، فإنّ الإعطاء هو الإيجاب والأخذ هو القبول، فالمقوم له نفس الإعطاء للغير وأخذ الغير للشئ، سواء دفع العوض بالفعل أو لم يدفع، فلا مدخلية فى حقيقته لإعطاء المشتري، ولذا يتحقّق نسيئته، حيث يعطى أحدهما بعوضٍ يكون فى ذمّه الآخر إلى أجلٍ معيّن، وذاك يقبله بالأخذ، ويكون دفعه للعوض وفاءً لما تعهّده.

فإن قلت: وفى النسيئه أيضاً، يكون الإعطاء مقوماً وإن كان بعد حين.

قلت: إذا يلزم فى النسيئه أن لا يكون الآخذ للشئ مالكا له حين الأخذ، بل يملكه إذا حلّ الأجل ودفع العوض، فلو تعذّر عليه دفعه عند حلوله لزم

القول بعدم حصول الملكيه له فيما أخذه نسيئهُ، مع أنّ الأمر ليس كذلك، فإنه يملك الشيء من حين أخذه.

فالصحيح أن يقال بأن: المعاطاه أن يعطى أحدهما قاصداً التملك بعوضٍ ويأخذه الآخر.

فإن كان رحمه الله في مقام تعريف البيع بالتعاطى، توجه عليه الإشكال بعدم انطباق ما أفاده عليه، فلا بد من القول بأنه بصدد بيان المفهوم اللغوي، لا سيما بالنظر إلى قوله بعد ذلك: وهو يتصور على وجهين، أحدهما: أن يقصد الإباحه، لأن قصد الإباحه أجنبي عن البيع.

لكن يبقى عليه ما تقدم من أنّ هيئه المفاعله غير موضوعه لغه لصدور الفعل من الاثنين، وأنّ مدلولها صدور المبدء من الشخص متوجّهاً إلى الغير أعم من أن يصدر من الآخر كذلك أو لا. يصدر، كما في خاطب زيد عمراً، ووارى الميت وخادع بكرة... وهكذا(١).

ص: ١٣٨

قوله:

وهو يتصوّر على وجهين، أحدهما: أن يبيح كلّ منهما للآخر التصرّف فيما يعطيه من دون نظيرٍ إلى تملكه.

أقول:

فى هذا المعنى إعطاء ان وإباحتان فى التصرّف، وليس فى البين تملك، وهل هى إباحه مطلقه أو فى جهه خاصه؟ ظاهره الأول، فيعم الانتفاع والإتلاف والتصرّفات المتوقّفه على الملك، فيقع الإشكال بأنه: مع قصد الإباحه كيف يعقل جواز سائر التصرّفات المتوقّفه على الملك، كالبيع والوقف ونحوهما؟

اللهم إلمأ أن يقال: بأن هذه الإباحه فعليّه، ولما كانت مطلقهً وشامله لجميع أنحاء التصرّف، كان للإباحه هذه دلالة التزاميه على كونه وكيلاً من قبله فى تملك الشىء لنفسه، حينما يريد أن يتصرّف فيه التصرّف الموقوف على الملك (١).

ص: ١٣٩

قوله:

الثانى: أن يتعاطيا على وجه التمليك.

أقول:

ظاهره أن التعاطى على هذا الوجه هو الذى يحقق المعاطاه البيعيه، فيرد عليه: ما تقدم من أن المعاطاه البيعيه ليس «أن يتعاطيا»، بل إعطاء وأخذ وإلما يلزم أن يكون هناك تمليكان وقبولان. وبالجملة: المعاطاه إعطاء على وجه التمليك وأخذ على وجه التملك، وما ذكره غير منطبق عليها أصلاً.

قوله:

وربما يذكر وجهان آخران، أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحه المزبوره، بل يعطى شيئاً ليناول شيئاً فدفعه الآخر إليه. الثانى:

أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

أقول:

الوجهان ذكرهما صاحب الجواهر رحمه الله بعد الوجهين السابقين،

ص: ١٤٠

فالجوه عنده أربعه، قال فى الجواهر: «ثالثها: أن يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحه المزبوره، بل يعطى البقال - مثلاً - شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه...» .

رابعها: أن يقصد الملك المطلق...» (١).

فأشكل الشيخ على الأول:

قوله:

ويردّ الأول: بامتناع خلوّ الدافع عن قصد عنوانٍ من عناوين البيع أو الإباحه أو العاربه أو الوديعه أو القرض أو غير ذلك من العناوين الخاصّه.

أقول:

تقريب الإشكال هو: إنّ هذا الإعطاء فعل تكوينى خارجى، والفعل لا يعقل أن يكون بلا داع، لأنّ الداعى من مبادئ الإراده، فإمّا هو انتفاع الطرف المقابل بالعين وكونها عاربه عنده، وإمّا هو كونها عنده أمانه، وإمّا هو التملك مع الضمان فيكون قرضاً، أو لا يكون تملك بل ترخيص فى التصرف فيكون إباحه. فلا بدّ من أحد هذه العناوين، ولا يعقل تحقّق الفعل منسليخاً منها. أمّا سائر العناوين، فلا مجال لاحتمال شيء منها، وأمّا التملك والإباحه، فقد ذكر أنّ لا قصد بالنسبه إليهما.

وعلى الجملة، الإعطاء الخارجى فعل اختيارى، وهو مسبوق بالإراده، وهى لا تكون بلا داع يكون هو الغرض من الفعل والعلّه الغائيه، وهو لا يخلو من عنوانٍ من العناوين.

والظاهر: أنّ هذا مراد الشيخ، لا ما ذكره السيّد - رحمه الله - من أنّ

ص: ١٤١

الجنس بلا فصلٍ لا يتحقّق (١).

إلّا أنه مع الدقّه والتأمّل في كلام صاحب الجواهر يظهر عدم ورود الإشكال عليه، إنه يقول: «أنّ يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحه... ولعلّ القائل باشتراط الصيغه في البيع يشرّعه أيضاً على جهه الإباحه التي هي الأصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها

ص: ١٤٢



محتاج إلى قصدٍ آخر بخلافها، فإنه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق» (١).

وتوضيحه: إنَّ الإعطاء الخارجى عباره عن إيجاد السِّلْطَنه خارجاً، فهو برفعه اليد عن متاعه وإدخاله إياه تحت يد الطرف الآخر، يسَلْطَه سلطَنَه تَكْوِينِيَه خارجيه عليه، وهذا العمل الخارجى يصلح لأنَّ يتعنون بشيء من العناوين، من البيع والهبة والعاريه وغيرها، لكنَّه لَمَّا يفعل ذلك لا يقصد شيئاً منها بل يريد جعل الشيء تحت تصرّف الآخر، ومثل هذا الفعل لا يكون عند الشرع والعقل إلَّا الاباحه.

وعلى هذا، فلا مجال لإشكال الشيخ عليه، لا بتقريب السيد، لأنَّ الفعل الخارجى أمر تكوينى، وليس للأمر التكوينى جنس ولا فصل، ولا- بتقريبنا، لأنه لو كان المقصود حصول عنوانٍ معيّن من العناوين لتوجّه عليه ذلك، لكنَّ المقصود نفس الفعل الخارجى، أعنى رفع اليد عن الشيء وجعله تحت تصرّف المعطى وسلطنته، ليكون مقدّمه إعداديه لفعل الطرف الآخر مثل هذا الفعل فى حقّه (١).

ص: ١٤٣

وأشكل الشيخ على ثاني وجهي صاحب الجواهر:

قوله:

والثاني بما تقدّم في تعريف البيع من أن التمليك بالعرض على وجه المبادله هو مفهوم البيع لا غير.

أقول:

إشكاله على هذا الوجه - وإن لم يمنعه كما منع الأول - غير وارد كذلك، إذ ليس في كلام صاحب الجواهر كلمة «العرض». فإن كان مراده أن يقصد كلّ منهما الملكيه المطلقه من غير تقييد بخصوصيه الملكيه الجامعه بين البيع وغيره من المملّكات، لم يتوجّه عليه إلّا ما ذكره السيّد في الوجه السابق من عدم معقوليه قصد الجنس بلا فصل، وحيثنّذ، يجاب عنه بما أفاده السيّد من الفرق بين الإنشاءات والتكوينيّات، ففي الإيجاد الإنشائي يمكن قصد الجنس بلا فصل، نظير قولهم باستعمال صيغه الأمر في جامع الطلب من دون خصوصيه الوجوب والندب.

وعلى هذا، يتحقّق الفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني من وجهي الشيخ قدّس سرّه (١).

وهذا تمام الكلام في تعريف المعاطاه وأقسامه.

ص: ١٤٤

إشاره

قوله:

ثم إنَّ المعروف بين علمائنا في حكمها، أنها مفيدة لإباحه التصرّف، ويحصل الملك بتلف إحدى العينين. وعن المفيد وبعض العامه، القول بكونها لازمه كالبيع.

وعن العلامه رحمه الله في النهايه احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحه التصرّف ولا تبدُّ أولاً من ملاحظه أنّ النزاع في المعاطاه المقصود بها الإباحه أو في المقصود بها التملك؟ الظاهر من الخاصه والعامه هو المعنى الثاني.

أقول:

ذكر الشيخ قدس سرّه الأقوال في حكم المعاطاه، واستظهر أنّ النزاع هو في المعاطاه المقصود بها التملك، وهذا من الوضوح بمكان، إذ لا يعقل - مع فرضه في المقصود بها الإباحه - القول بإفادتها للملكيه اللّازمه، والقول بأنها بيع فاسد. فمحلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التملك، وحينئذٍ، يقع الإشكال في أنه مع قصدهما التملك، كيف ذهب المشهور إلى إفادتها للإباحه المالكيه؟

ص: ١٤٥

## رأى المحقق الثاني فى تحرير محل النزاع

وقد اختلفت الكلمات فى توجيه فتوى المشهور:

قوله:

نزّل المحقق الكركى الإباحه فى كلامهم على الملك الجائر المتزلزل، وأنه يلزم بذهاب إحدى العينين، وحقّق ذلك فى شرحه على القواعد وتعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه.

أقول:

هذا الذى ذكره جامع المقاصد (١) متين فى نفسه، فإن الملكيه المقصوده تقع لكنّها بنظر الشارع غير لازمه مادامت العينان باقيتين، كما يقصد المتبايعان الملكيه منجزه، والشارع لا يحكم بلزومها بل يقول: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» (٢).

ومحصّل كلامه رحمه الله: إن المعاطاه فى كلمات الفقهاء هى المقصود بها البيع، ولولا ذلك لم يجوزوا التصرف مع أنهم قائلون بجوازها، وعليه، فهم يريدون من «الإباحه» معنى آخر غير المعنى المطابقى لهذه الكلمه. هذا من جهه. ومن جهه أخرى: يقولون بأنها تفيد الملكيه بمجرد تلف إحدى العينين، مع أنّ التلف ليس من الأسباب المملكه، فمرادهم من الإباحه هى الملكيه من أول الأمر. ومن جهه ثالثة: إباحه المقوله هنا فى جواز التصرف الذى هو من آثار الملكيه، ولو نفى الملكيه انتفى لازمها، وهو الإباحه

ص: ١٤٤

١- ١) جامع المقاصد فى شرح القواعد ٤ / ٥٨ وانظر تعليقه الإرشاد: ٣٣٣.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨ / ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الرقم: ٣.

وجواز التصرف.

وبهذه الجهات الثلاثه يقول المحقق الثانى: إنَّ المراد من الإباحه ليس بالمعنى المصطلح بل هو الملكيه المتزلزله، وهذا التزلزل عنه فى الخيارات، إذ هناك يفسخ العقد وهو هنا جواز التردّد، وجوازه موقوف على بقاء العينين، فإذا ذهب إحداهما استحال التردّد، وسقط الجواز لعدم موضوعه وتستقرّ الملكيه.

وقد عثرنا على قائل بهذا قبله، وهو العلّامة فى التحرير حيث قال:

«الأقوى أن المعاطاه غير لازمه، لكلّ منهما فسخ المعاوضه مادامت العين باقيه» (1).

لكنّ نسبه هذا القول إلى المشهور بعيده، إذ لا- وجه للتعبير عن الملك المتزلزل بالإباحه مع وضوح التقابل بين مفهوميهما. وأيضاً: فإنّهم لم يعبروا بالإباحه فى موارد الملكيه المتزلزله، فلا يقولون بالإباحه فى مدّه الخيار فى بيع الحيوان، وما لم يفترقا فى خيار المجلس، مع ثبوت الملكيه المتزلزله هناك، وإذ لا خصوصيته للمقام تقتضى التعبير فيه بالإباحه، وعدم تعبيرهم بذلك فى موارد الملكيه المتزلزله، يظهر أنّ ليس مقصودهم من «الإباحه» الملكيه المتزلزله (1).

ص: ١٤٧



قوله:

لكنّ بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه، التجأ إلى جعل محلّ النزاع هي المعاطاه المقصود بها مجرد الإباحه، ورجّح بقاء الإباحه في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، ونزّل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحه على هذا الوجه، وطعن على من جعل محلّ النزاع في المعاطاه بقصد التمليك قائلاً: إنّ القول بالإباحه الخاليه عن الملك مع قصد الملك، ممّا لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم.

أقول:

مراده من «بعض المعاصرين» هو صاحب الجواهر قدّس سرّه، وهذا الذى ذكره عنه أبعد ممّا قال المحقق الكركي، إذ كيف تكون المعاطاه المقصود بها الإباحه هي محلّ النزاع بين الفقهاء، مع قول بعضهم بإفادتها الملك اللّازم، وقول آخر بأنّها بيع فاسد!

ص: ١٤٩

لكنّ المستفاد من كلام صاحب الجواهر - بل الظاهر - غير هذا الذي نسب إليه الشيخ، بل في الجواهر: إن القول بإفاده المعاطاه المقصود بها التمليك للإباحه لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم، فهو ينسب إلى المشهور القول بفساد هذه المعامله، لاشتراطهم الإيجاب والقبول اللفظيين، ثم يستدرك قائلاً: بأنّ كلماتهم - بل كلمات غيرهم أيضاً - لا تأبى عن إفاده الإباحه حينئذٍ، بأن تكون هذه المعاطاه مؤثّرة في إباحه كلّ منهما التصرف للآخر في ماله على جهه المعاوضه... وأين هذا من جعل محلّ النزاع بينهم المعاطاه المقصوده بها مجرد الإباحه كما نسب إليه الشيخ؟ (١)



قوله:

والإنصاف: إنَّ ما ارتكبه المحقق الثانى فى توجيه الإباحه بالملك المترلزل، بعيد فى الغايه عن مساق كلمات الأصحاب... إلّا أن جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحه دون التملك أبعد منه، بل لا يكاد يوجد فى كلامهم أحدٍ منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى... .

والذى يقوى فى النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنهم يحكمون بالإباحه المجرّده عن الملك فى المعاطاه مع فرض قصد المتعاطيين التملك، وأنّ الإباحه لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنما حصلت - كما اعترف به فى المسالك - من استلزام إعطاء كلٍّ منهما سلطه مسلطاً عليها الإذن فى التصرف فيه بوجه التصرفات.

فلا- يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم فى عبارته المتقدمه، وحاصله: إن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحه التصرف... .

أقول:

منشأ هذا الإشكال - بعد أن كان محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التملك - هو منافاه قول المشهور بالإباحه لقاعدتى: «العقود تابعه للقصود» و«عدم جواز وقوع ما لم يقصد وقصد ما لم يقع»، لأنّ العقد معاهده وتقرير أمرٍ بين الطرفين، فإذا لم يتبع العقد القصد لزم الخلف، فقاعده تبعيه العقود للقصود أمرٌ بيّن، لأنّ الإنسان إنّما يعاهد على ما هو المقصود له، وكذا المعنى فى القاعده الأخرى، إذ ليس المراد من «وقوع» هو الأمر الواقع منسوباً إلى المتعامل، بل المراد أن يقع منه ما يقصده، والإنسان لا يقع منه ما لم يقصده،

لكون الإيقاع تابعاً للقصد، فيمتنع أن يقع منه أمر غير مقصودٍ له، فإذا كان غير مقصود فهو غير واقع منه.

هذا هو منشأ الإشكال، وهو لا يرتفع لا بما ذكره المحقق الكركي، لأنه بعيد عن ظواهر كلماتهم، ولا بما ينسب إلى صاحب الجواهر، ولا بما ذهب إليه المحقق الخراساني.

### رأى المحقق الخراساني

فإنه ذكر - بلحاظ القاعدتين المذكورتين - أن محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها الملكيه، لكنّ الشارع لا يقول بأن الملكيه غير حاصله ليلزم تخلف ما وقع عمداً قصد، وإنما يقول بحصولها بشرط التصرف، نظير حكمه في بيع السلم، حيث يقصد المتعاملان حصول الملكيه في آن العقد، إلا أن الشارع لا يعتبر ملكيه الكلي المبيع إلا بعد قبض الثمن، وفي بيع الصرف يقصدان حصول الملكيه في الحال، إلا أن الشارع لا يعتبرها إلا بعد قبض الثمن والمثمن، وفي المقام: لا يُنفى اعتبار الشارع للملكيه حتى يلزم الخلف، بل يقال بكون اعتباره مشروطاً بالتصرف، وما لم يتصرف فالإباحه الضمنيه ثابتة.

هذا كلام المحقق الخراساني قدس سره (١)، والفرق بينه وبين كلام المحقق الكركي في حصول الملكيه في حين المعاطاه لكن مترزلاً، وفي حصولها بشرط تحقق شرطها وهو التصرف. وفيه:

أولاً: إنّ الفقهاء القائلين بالإباحة لا يريدون الإباحة الضمّية، لأنّ هذه الإباحة هي الرضا بالتصرّف في ضمن الملكيه الحاصله بالنسبه إلى مال المعطى له لا مال المعطى نفسه، والرّضا بالتصرّف في مال المعطى له لا أثر له في حصول الإباحه.

وثانياً: إنّ هذا الذى ذكره لم يقل به أحد.

وثالثاً: - وهو الأهم - إنه لا دليل عليه.

### التحقيق فى المقام

لكنّ الذى أوقعهم فى هذا الإشكال وكثر فيه القيل والقال، هو: جعل «الإباحه» فى كلام المشهور إباحه مالكيه، فإنّها التى تنافى القاعدتين... فإذا جعلناها شرعيه ارتفع الإشكال... وبيان ذلك:

إنّ الملكيه أمر اعتبارى، والإعتبار زمامه بيد من له الإعتبار، والأمر الاعتبارى ليس له وجود خارجى، وإنما قيامه بنفس المعتر الذى له أهليه ذلك. ثمّ الملكيه إمّا عقلاييه وهى اعتبار عقلايى، وإمّا شرعيه وهى اعتبار شرعى، وهما ربما يتطابقان وربما يتخالفان.

والبيع المفيد للملكيه الشرعيه اشترط فيه شروط منها الإيجاب والقبول اللّفظيان، ولذا جاء عنوان «المعاطاه» فى الكتب الفقهيّه بعد الفراغ عن أحكام العقد اللّفظى، بلحاظ أنها فاقده للصّيغه، فيقولون هل تفيد الإباحه أو الملكيه؟

والمشهور - لاشتراطهم الصّيغه اللّفظيه - يقولون بأنّ الملكيه الشرعيه لا تحصل بالمعاطاه، أى إنّ الاعتبار الشرعى الموجود فى البيع بالصّيغه، غير موجود فى المعاطاه، كما هو غير موجود فى الصّيغه الفاقده لبعض

فهم يقولون فى المعاطاه المتداوله بين الناس التى تقع بينهم بقصد التمليك بأن هذا الفعل لا يفيد الملكيه الشرعيه عند الشارع - لاشتراطه الإيجاب والقبول اللفظيين فى البيع - فليس له هنا اعتبار على طبق الاعتبار العقلائي، لكن له اعتبار الإباحه فى التصرف، فهنا إباحه شرعيه لا مالكيه حتى يقال: بأن ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، فيضطر إلى حمل كلامهم على ما لا وجه لحمله عليه.

والدليل على هذه الإباحه الشرعيه هو: أنه فى البيع الفاسد - كالبيع الغررى مثلاً - يقولون بعدم حصول الملكيه وبعدم جواز التصرف فى العوضين، والوجه فى الحكم بعدم جواز التصرف فيهما هو أن التسليم والتسلم الحاصلين بعد العقد إنما حصلوا من باب ترتيب الأثر عليه، فالبائع يسلم المبيع إلى المشتري لكونه - أى المشتري - مالكاً له، فإذا تبين فساد العقد عند الشارع، ظهر أن المبيع لم يكن ملكاً للغير، فلا موضوع لهذا التسليم وجواز تصرف المشتري فيه.

أما فى المعاطاه، فالمال ملك للمعطي، يعطيه للغير بطيب نفسه وبقصد التمليك، فإذا تبين فساد المعامله - لكونها فاقده للصيغه - وعلم أن الشارع لا يرتب على هذا الإعطاء أثر البيع، لم يكن مانع من الترخيص الشرعى فى التصرف فيه، لأن المفروض كونه مسلطاً للغير على ملك نفسه بطيب نفسه، وأن هذا المعنى باق بعد حكم الشارع بعدم الملكيه، فيحكم الشارع بالإباحه، لتحقق موضوع حكمه وهو الرضا من المالك بتصرف الغير فى ملكه.

فإن قلت: فلم لا تأتى هذه الإباحه الشرعيه فى البيع الفاسد.

قلت: قد ذكرنا أنه فى البيع الفاسد إنما يعطى المال للمشتري بعنوان

كونه ملكاً للمشتري، فإذا أبطل الشارع البيع لم يبق موضوع للإعطاء ثم تصرف المشتري، بخلاف الحال في المعاطاه، فإنه يعطى ملكه للطرف الآخر بقصد التمليك، فإذا لم يرتب الشارع آثار التمليك على هذا الإعطاء، لم يكن مانع من أن يبيح للآخر التصرف فيه، لأن المفروض رضا المالك بهذا التصرف. فما قصد لم يقع لعدم شرعيته، وما وقع وهو الإباحه الشرعيه لم يقصد، لكن قصد - بإعطائه ماله الغير - إدخاله في حيز تصرف الغير وجعله تحت يده، فيجوز له التصرف بحكم الشارع.

وعلى الجملة: نقول: مراد المشهور من «الإباحه» في المعاطاه المتداوله المقصود بها التمليك هي الإباحه الشرعيه، بمعنى أن شرط حصول الملكيه شرعاً في البيع كونه بالصيغه اللفظيه، فإذا فقدت لم يعتبر الشارع الملكيه، لكن يتعدنا بالإباحه، لأن من يدخل ماله تحت يد الغير بطيب نفسه بقصد الملكيه، قد رفع يده عن ملكه، وإذا حكم الشارع بعدم حصول الملك حكم بالإباحه، لأن المال يحل للغير بطيب نفس مالكة.

ولا يرد عليه النقض بعدم جواز التصرف في البيع الفاسد.

لأن الرضا المقوم للبيع لم يمض شرعاً، ولا رضا آخر غيره، فلا يجوز التصرف.

ولا يقال: فقد سلم ماله للطرف الآخر.

لأنه إنما سلمه إتياء بعنوان كونه مالكا للغير، وفي المعاطاه يسلمه حال كونه ملكاً لنفسه بطيب نفسه، وطيب النفس هو الملاك لجواز التصرف شرعاً.

فهذا هو التحقيق في بيان مذهب المشهور، ويمكن استفادته من كلام للشيخ في المبسوط - وإن حمله الأعظم على معنى آخر - وهذه عبارته بعد

بيان اشتراط الإيجاب والقبول:

«وكلّ ما جرى بين الناس إنما هي استباحات وتراض، دون أن يكون ذلك بيعاً منعقدًا، مثل أن يعطى درهماً للخباز فيعطيه خبزاً أو قطعةً للبقليّ فيناوله البقل، وما أشبه ذلك. ولو أنّ كلّاً منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع» (١) والله العالم.

وعلى الجملة، فإن محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التمليك، وأنّ المراد من الإباحه هي الإباحه الشرعيه.

وبما ذكرنا ظهر النظر في كلمات الأعلام.

قوله:

لكنّ الإنصاف: أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم، فإنّ هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكيه ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل صحّه التصرفات المذكوره...

أقول:

يعنى: إن التزام الفقهاء بالملكيه آنأقياً في التصرفات المتوقفه على الملك في المأخوذ بالمعاطاه، أهون من حمل كلماتهم على الملكيه المترزله، فله أن يبيع ما يأخذه بالمعاطاه مع أنه لا- يبيع إلأفى ملك، وأن يوقفه مع أنه لا- وقف إلأفى ملك، وأن يطأ الجاربه مع أن الوطىء لا- يكون إلأفى ملك، وهكذا. وبالجملة، فإنه مع الشك في سببته المعاطاه للتصرفات، فإن الأصل هو العدم، لكنّ الدليل من الإجماع والسيره يقتضى جوازها، فيلتزم بحصول الملكيه في آن التصرف الملكى.

ص: ١٥٦

لكن، إذا قام الدليل على جواز التصرف مطلقاً، فإنه سيكون رافعاً للشك ويقتضى القول بالملكيه من أول الأمر، على أن الالتزام بالملكيه فى آن التصرف وإن أمكن فى مثل وطفء الجارىه، لأن المحرم هو الوطى فى غير الملك ولا يشترط تقدم الملكيه على الوطىء، إلما أنه فى مثل البيع غير صحيح، لأن البيع تمليك الغير، فآن البيع آن ملكيه الغير - لأن التمليك والملكيه واحد فى الحقيقه - فإذا كان مالكا للشىء فى هذا الآن لزم اجتماع الضدين، وكذا فى الوقف، لأن حقيقته الإخراج من الملك، فإذا قلنا بالملكيه فى آن الوقف لزم اجتماع الضدين كذلك، فالصحيح هو القول بالملكيه من أول الأمر بمقتضى الدليل.

نعم، يمكن تصوير الملكيه آنامياً بأن يجعل آن الإيجاب غير آن القبول، فىكون الشىء فى آن الإيجاب ملكاً للبائع وفى آن القبول ملكاً للمشتري، وكذا فى الوقف... إلما أنه لا حاجه إلى هذا التكلف بل التعسف مع وجود الدليل.

### هل المعاطاه على القول بالإباحه بيع؟

قوله:

ثم إن المعروف بين المتأخرين: إن من قال بالإباحه المجرده فى المعاطاه قال بأنها ليست بيعاً حقيقه، كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمه ومعقد إجماع الغنيه.

وما أبعد ما بينه وبين توجيه المحقق الثانى من إرادته نفى اللزوم. وكلاهما خلاف الظاهر. ويدفع الثانى تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار... وأما الأول... .

ص: ١٥٧

أقول:

كان الأولى أن يدفع الأوّل: بأن الملكيه ليس لها واقعته، وإنما هي أمر اعتبارى، وكلّ أمر اعتبارى فقوامه بنفس المعترف ولا وجود له إلّا فى عالم الاعتبار، وإذا كان البيع موضوعاً فى الأمر الاعتبارى كانت المعاطاه المفيده لهذا الأمر الاعتبارى بيعاً كذلك، غير أن الشارع إذا اعتبر العقد اللفظى، كانت النتيجة أنه بيع فاسد لا أنه ليس ببيع.

وأما دفعه توجيه المحقق الثانى بما ذكره، فعجيب، لأنه يقول فى التنبيه السادس - كما سيأتى - بأنّ عنوان جواز الترادّ الثابت فى المعاطاه غير عنوان الفسخ الثابت فى سائر الموارد، بل هو نظير الرجوع فى الهبه. وعليه، فالبيع المعاطاتى هنا متحقّق، لكن الترادّ جائز.

وأيضاً، فإن صريح المحقق الثانى أنه يجوز التراد فى المعاطاه مادام ممكناً، فإذا تلفت إحدى العينين امتنع الترادّ ويكون لازماً. فمراده من اللزوم جواز التراد ومن عدم اللزوم عدم جوازه.

فما ذكره غير دافع لكلام المحقق الثانى، لأن الذى فيه هو التراد لا الفسخ، والشيخ نفسه قال بذلك فى التنبيه السادس، فالتراد جائز مع عدم الخيار.

ص: ١٥٨



إذا عرفت ما ذكرنا، فالأقوال في المعاطاه على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستّه:

اللّزوم مطلقاً... واللّزوم بشرط كون الدالّ على التراضي أو المعامله لفظاً...

والمملك غير اللّازم... وعدم المملك مع إباحه جميع التصرفات حتّى المتوقفه على المملك... وإباحه ما لا يتوقّف على المملك... والقول بعدم إباحه التصرف مطلقاً.

أقول:

قد اختار القول الأول من المتأخرين: الفيض الكاشاني والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائده، وقد ذكر شيخنا الجدد قدس سرّه قولهما بالتفصيل، وأجاد فيما أفاد (1).

وتأمله بالنسبه إلى القول الثاني في محلّه، لأنّ اشتراط ذلك عباره اخرى عن عدم سببته المعاطاه للملكيه.

والقول السادس هو أنّ المعاطاه لغو، وكأنّ القائل به يريد أنها وإن كانت بيعاً عند العرف وتفيد الملكيه في اعتبارهم، لكنّها في اعتبار الشارع لا- تفيد الملكيه ولا الإباحه، فلا يترتب عليها أى أثر بل هي بيع فاسد، وهذا على القول بأنّ الملكيه أمر اعتبارى واضح، لأنّ جواز التصرف الذى يكون التمليك مقوماً له قد زال بعدم إمضاء التمليك، ولا وجه غيره لجواز التصرف، وأما على مسلك الشيخ - من أنه ليس للشارع اعتبار فى مقابل اعتبار العقلاء، بل الملكيه حقيقه واحده ونظر الشارع والعرف طريق إليها، ففى كلّ موردٍ وقع الخلاف بينهما، فإنه يخطأ العرف والعقلاء - فلا مانع من

ص: ١٥٩

أن تكون المعاطاه - لا سيّما في حالكون الطرفين عالمين بعدم المؤثريه شرعاً - مفيداً للإباحه المالكيه(١).

### المختار: حصول الملك

قوله:

وذهب جماعه - تبعاً للمحقق الثاني - إلى حصول الملك، ولا يخلو عن قوه.

للسيره المستمره على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك في التصرف فيه... .

### الاستدلال بالسيره

#### اشاره

أقول:

والاستدلال بالسيره للقول بحصول الملك بالمعاطاه والتصرف في المأخوذ بها بالعتق والبيع والوطىء وغير ذلك من آثار الملك، يكون على نحوين:

سيره المتشرّعه بما هم متشرّعه، فإن المرتكز في أذهانهم وعملهم على طبقه، يكشف عن تلقّيهام ذلك من الشارع، نظير الإجماع الكاشف عن رأى المعصوم، فإن حصلنا في المسأله على مثل هذه السيره من أهل الشرع، الملتزمين به في أفعالهم وتروكهم، كانت كاشفًه، ولا مجال لاحتمال كونها

ص: ١٦٠

ناشئه عن المسامحه وقله المبالاه فى الدين (١).

إلا أن الكلام فى المقام فى الصغرى (٢).

وسيره العقلاء، ولا- ريب فى قيامها فى ما نحن فيه، فإنّ بناءهم قبل الشرع وإلى الآن، على المعامله مع المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك، ولو لم تكن هذه السيره مرضيّه عند الشارع لردع عنها، لأن عدم الردع يكشف عن الرضا بها ومطابقتها لغرضه، وإلا يلزم نقض الغرض، نظير ما تقرّر فى حجّيه الطواهر.

وعلى الجملة، فإنّ العقلاء يتصرّفون التصرفات المتوقفه على الملك فى المأخوذ بالمعاطاه المقصود بها التمليك، مضموناً بالثمن المسمّى - لا بالمثل والقيمه - وليس ذلك إلاّ من جهه كونها بيعاً صحيحاً مملّكاً، والشارع كان يرى هذه السيره ولم يردع عنها، فهى بيع مملّك. هذا.

ص: ١٤١

ولا يتوهم: أن ما دلّ على أن لا يبيع أو وقف أو وطى إلأى ملك، رادع عن هذه السيره.

لأنّ تلك الأدله متأخره فى الرتبه، لأنها دلت على المنع من تلك التصرفات إلأى الملك، والسيره أفادت بأن هذا ملك، فليسا فى مرتبه واحده حتّى تتحقّق الرادعيه.

نعم، لو قام الدليل على عدم جواز التصرفات الملكيه فى المأخوذ بالمعاطاه، كأن يدلّ على أن المأخوذ بها لا يباع، أو قام على اعتبار الإيجاب والقبول اللفظين فى حصول الملك، بأن يدلّ على أن لا يبيع إلأى بالإيجاب والقبول، لكان رادعاً عن السيره، لكنّ المفروض عدم وجود دليل كذلك.

وهل يصلح دليل الاستصحاب بعمومه للرادعيه عن السيره المذكوره، إذ مع الشك فى إفاده المعاطاه للملكيه عند الشارع، نستصحب عدمها ويكون رادعاً عنها وتسقط بذلك عن الكاشفيّه؟

وكذلك الكلام فى مبحث خبر الواحد، لأنّ من أدله حجّيته سيره العقلاء، وحجّيتها منوطه بعدم الردع، وقوله تعالى: «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً» رادع، فتسقط السيره عن الدليليه.

وهكذا فى مبحث الاستصحاب، حيث يستدلّ له بالسيره العقلانيّه، فإنّه يمكن القول برادعيه الأدله الناهيه عن اتّباع الظن عن الأخذ بحاله السابقه.

والتحقيق: عدم الرادعيه فى الموارد المذكوره وتامّيه الاستدلال بالسيره، لما أفاد المحقق الخراسانى فى الجواب (1) - وإن كان بين ما ذكره فى مسأله خبر الواحد ومسأله الاستصحاب، فرق - من أنّ جريان قوله عليه

ص: ١٦٢

السلام: «لا تنقض اليقين بالشك» يتوقف على أن لا تكون السيرة العمليه القائمه على مملكته المعاطاه ممضاه شرعاً، وكونها غير ممضاه من الشارع يتوقف على جريان «لا تنقض»، وهذا دور، فالرادعيه ممتنع.

فإن قلت: كون السيره ممضاه موقوف على عدم الرادع، وعدمه موقوف على عدم جريان الاستصحاب، وعدم جريانه موقوف على وجود السيره الممضاه، وهذا دور كذلك.

قلت: كون السيره ممضاه، غير موقوف على عدم جريان الاستصحاب، بل هو موقوف على عدم إحراز جريانه، لأن عدم إحراز الرادع كافٍ في الإمضاء، لكن جريان الاستصحاب لا يكفي فيه عدم إحراز الموضوع وهو الشك، وإحرازه منوط بكون السيره ممضاه، فيلزم الدور هناك ولا يلزم هنا.

وهذا جواب علمي دقيق.

ولكن الأدق والأمتن منه هو: إن قوله عليه السلام: «لا تنقض اليقين بالشك» من الظواهر، وحججه الظواهر ثابتة بالسيره العقلانيه، فلا مدرك لحججه دليل الاستصحاب إلا السيره، بخلاف المقام، حيث يوجد الدليل غير السيره أيضاً، وكذا في باب حججه خبر الواحد. وإذا كانت السيره القائمه على حججه الظواهر ممضاه، فالقائمه على المعاطاه ممضاه كذلك، إلا أن هذه حاكمه على تلك (١).

ص: ١٦٣

وتلخص: تماميه الاستدلال بالسيره العقلانيه (١).

ص: ١٦٤

قوله:

ويدلّ عليه أيضاً: عموم قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» ... بل قد يقال: بأنّ الآية دالّة عرفاً بالمطابقه على صحّه البيع لا مجرد الحكم التكليفي، لكنّه محلّ تأمل ... .

**الاستدلال بقوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»**

أقول:

بعد أن ثبت أن المعاطاه بيع، وأنّ إنكار كونها بيعاً مكابره، فإنها تكون

ص: ١٦٥

صغرى لكبرى قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، و«الحلّيه» هذه بمعنى الترخيص، وفي مقابلها الحرمة وهي المنع وعدم الرّخصه، وهي الحلّيه التكليفيه، والبيع عباره عن: إنشاء تمليك عين بمال، كما تقدّم، فيكون معنى الآيه: أحلّ الله التصرفات المترتبه على البيع، فيعمّ المتوقفه على الملك، وتدلّ بالإلتزام على أنّ البيع يوجب التمليك، لأن تحليل التصرفات مستلزم لأن يكون بيعاً والمعاطاه بيع، فهي تفيد التمليك من أوّل الأمر.

والحاصل: إنه لما كانت الحلّيه تكليفيه وهي لا تتعلّق بالبيع، فلا بدّ من تقدير «التصرف»، فدلت الآيه على أنّ التمليك المالكى ووجود الملكيه مرخص فيه شرعاً. هذا تقريب الاستدلال بناءً على ما استظهره الشّرخ منها، وإنّ قال بالتالى:

فالأولى حينئذٍ التمسك فى المطلب بأن المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً.

لكنّ لقائل أن يقول بعدم وفاء الاستدلال على ما ذكر بالمدعى، لأنّ غايه ما تدل عليه الآيه هو الترخيص فى البيع، فمن أين يثبت الإطلاق فى البيع ليعمّ المعاطاه، وهو متوقف على كون الآيه فى مقام بيان الحكم الفعلى، وإذا كانت فى مقام التشريع فهى مجمله، والقدر المتيقن ما كان بالصيغه؟

ويمكن الجواب: بأنّ الظهور الأوّلى للقضايا المتعلقة بالأحكام فى الكتاب والسّنّه، أنّ تكون لبيان الحكم الفعلى، إلّا إذا قامت القرينه على كونها للحكم للتشريعى، وعلى هذا الظهور تتحكّم أصاله الإطلاق.

هذا أوّلاً.

وثانياً: استدلال الإمام عليه الصّلاه والسّلام - فيما رواه الصّدوق والشّرخ - بالآيه المباركه، يفيد ظهورها فى الحكم الفعلى، فعن عمر بن يزيد

ص: ١٦٦



بياع السابري قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك، إن الناس زعموا أن الربح على المضطر حرام.

فقال: هل رأيت أحداً اشترى - غتياً أو فقيراً - إلّامن ضروره؟

يا عمر، قد أحلّ الله البيع وحرم الربا، فابح ولا ترب.

فقلت: وما الربا؟

قال: دراهم بدراهم، مثلين بمثل، وحنطه بحنطه مثلين بمثل» (١).

أقول: لكنّ الأولى في وجه الاستدلال أن يقال: إنّ الحلّيه إمّا تكليفية بمعنى الرخصه والجواز، وإمّا وضعيه بمعنى النفوذ وأن الشارع قد اعتبر أنّ البيع قد وقع في محلّه. والمراد من البيع: إمّا هو المبدء الذي يسند إلى الفاعل في باع يبيع، وإمّا التمليك الإنشائي، وبناءً على تعريف الشيخ: إنشاء تمليك عين بمال.

فالوجه أربعة.

فإن كانت الحلّيه تكليفية والمراد من البيع مبدء المشتقات، أي: البيع المسبب والملكيه الحاصله، كان المراد ترخيص المسبب وجوازه، وإن كان بما هو مسبب غير مقدور بنفسه بل هو مقدور بالواسطه، ومعنى هذا الترخيص هو الوقوع، وذلك يرادف الصّحّه، إذ الفساد معناه عدم الوقوع، فلو كان مما لا يقع لم يكن معنى لتجويزه والترخيص فيه.

وإن كانت الحلّيه تكليفية والمراد من البيع هو التمليك الإنشائي، فقد دلّ بالالتزام على مؤثريه إنشاء التمليك في الملكيّه، وإلّا لزم تجويز أمر لغو.

ص: ١٦٧

---

١-١) تهذيب الاحكام ٧ / ١٨، الباب ١ من أبواب التجارات، الرقم ٧٨ ونحوه في وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٣، الباب ٦ من أبواب الربا، الرقم: ٢.

وتلخص: إن الآيه الكريمه تدلّ - بناءً على الحليّه التكليفيه - على إفاده المعاطاه للملكيه، إمّا مطابقه كما فى الوجه الأول، وإمّا التزاماً كما فى الوجه الثانى.

وإن كانت الحليّه وضعيه، والمراد من البيع هو المسبب، فالآيه تدلّ بالمطابقه على اعتبار الشارع الملكيه فى المعاطاه بعد الفراغ عن كونها بيعاً.

وإن كانت الحليّه وضعيه، والمراد من البيع هو السبب - أى التملك الإنشائى فإنّ حليّه البيع وضعاً ليس إلّا اعتبار المؤثريه، وهى ليست إلّا الملكيه.

فالآيه دالّه على المدعى بالوجه الأربعة كلّها.

وأما دعوى الإجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطاه بيعاً - كابن زهره فى الغنيه - فقد أجاب الشيخ بما حاصله: إنهم لا- ينفون أصل بيعه المعاطاه، فهى عندهم بيع لكنه ليس ببيع صحيح شرعى، إمّا أن لفظ البيع حقيقه فى الأعمّ من الصّحيح والفساد، فمرادهم - لا- محاله - هو المعامله اللّازمه التى هى احدى العقود، قال الشيخ: ولذا صرح فى الغنيه بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحه البيع. ودعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس ببيعاً، قد عرفت الحال فيها(١).





## الاستدلال بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً...»

قوله:

ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» .

أقول:

الظاهر من «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» أنها استعاره تخيليه، فشبه المال بالطعام وذكر لازم المشبه به وهو الأكل، والمراد منه - ظاهراً - هو

ص: ١٧١

الأتخاذ للنفس، والباطل ما يقابل الحق، «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» إذ التجاره عن تراض حق، والاستثناء متصل ولا محذور من جعله منقطعاً.

والتجاره - كما قال الراغب - «... طلباً للريح».

فالآيه المباركه داله بالمطابقه على مملكيه المعاطاه، لكونها تجاره بلا ريب، إذ التاجر يجعل رأس ماله فى مجرى الاسترباح، فكل معاطاه تجاره، والأكل التجارى مرخص فيه، فالأكل المعاطاتى مرخص فيه.

وإن كان «الأكل» بمعنى التصرف، دلت الآيه على جواز مطلق التصرفات، وإذا كان منها التصرفات المتوقفه على الملك، فهى داله بالالتزام على مملكيه المعاطاه (١).

ص: ١٧٢



إشارة

قوله:

وأما قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ، فلا دلاله فيه على المدعى، لأنَّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة، فهو إنما يجدى فيما إذا شك في أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك وماضيه شرعاً في حقّه أم لا؟... أمّا إذا...

شك في أن هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد، أم لا بدّ من القول الدالّ عليه، فلا... .

أقول:

وحاصل إشكاله: أن الحديث مسوق بإطلاقه لتشريع أنواع السلطنة لا لدفع شرطيه شيء يشك في دخله في تأثير نوع من أنواعها، فمع الشك في

ص: ١٧٤



شرطيّه الإيجاب والقبول اللفظيين في ترتّب الأثر على البيع، لا يجوز التمسّك به لرفع الشرط حتى تثبت سببّه المعاطاه للتمليك.  
وأشكل المحقق الخراساني بوجه آخر، فقال: وهذا في الحقيقة ردّ للاستدلال بالحديث لإفاده المعاطاه الملك، و ردّ على الشيخ في تجويزه التمسّك به لو شكّ في مشروعّيّه نوع من أنواع السّلطنه (١).

وأشكل المحقق الرّشتي - على ما نقل عنه مقرّره الفاضل الإشكوري - بأنّ مقتضى الجمود على الظاهر هو التسلّط على التصرف في موضوع المال، وإخراج المال عن الملكيه والمائيه الثابته للمالك ليس تصرفاً في المال (٢).

وحاصله: إنه مع التصرف التمليكى وإيجاد الملكيه للغير على ماله يكون الشىء ملكاً للغير، ولا يعقل أن يكون باقياً على ملكه، فلا يشمل الحديث هذا التصرف، خلافاً للشيخ.

ولبعض الأكابر إشكال آخر وهو: إن الملكيه علّه للسّلطنه، فإذا كانت السّلطنه علّه لزوال الملكيه، لزم عليه الشىء لعدم نفسه بالأخره، وهو محال (٣).

والتحقيق: صحّه التمسّك بالحديث، وذلك: لأنّ التسلّط عباره عن التمكن عن قهر - كما في المفردات ومجمع البحرين - (٤)، فالسّلطنه هي القاهريّه، وكون الناس مسلّطين على أموالهم معناه: أن زمام أمور أموالهم

ص: ١٧٥

١-١ (١) حاشيه المكاسب: ١٢.

٢-٢ (٢) بغيه الطالب ١ / ٥٦.

٣-٣ (٣) حاشيه المكاسب للمحقق الإصفهاني ١ / ١١١.

٤-٤ (٤) المفردات في غريب القرآن: ٢٣٨، مجمع البحرين ٤ / ٢٥٥.

بأيديهم، ولا دخل لإرادته أحد في ذلك، حتى لو كان للمسلط عليه إرادته أيضاً، كانت إرادته مندكة. هذا أولاً.

وثانياً: إن عنوان القاهريه من الأمور الوضعيه، والحديث في مقام جعله، لأن الظاهر في الخطابات الشرعيه أن تكون تشريعيه لا إخباريه، فالحديث مسوق لجعل هذا الأمر الوضعي.

وثالثاً: إن من آثار قاهريته للمال أن يكون له نقله من وعاء إلى وعاء آخر مع حفظ مالتيه، ولازم انتقال الشيء من محل إلى آخر عدمه في المحل الأول، وحينئذ، فإن الأمر العدمي غير متأثر عن شيء وإنما هو لازم الأمر الوجودي، وهو الانتقال إلى الغير، فلم يكن العدم معلولاً للسلطه.

ورابعاً: إن الإطلاق تارةً أفرادى، وأخرى أحوالى، فإذا قال: أكرم الإنسان، شمل بإطلاقه الإنسان بجميع أفراده وأصنافه من العربى والعجمى وغير ذلك، وبجميع أحواله من السفر والحضر والقيام والقعود وغير ذلك، لأن المفروض كون الموضوع طبيعى الإنسان، فإذا لم يشمل فرداً أو شمله ولم يشمل حالاً من أحواله، لزم الخلف.

وإذا عرفت هذه الأمور، ظهر لك معنى الحديث ودلالته على المدعى، لأنه أفاد قاهريه الناس لأموالهم، فلهم أن يملكوها للغير، والمعاطاه تمليك كالباع اللفظى - غير أنه بالفعل - ومقتضى الإطلاق شمول الإمضاء الشرعى المدلول عليه بالحديث لكلا نحوى التمليك، ولا- يعقل أن يكون مطلقاً بالنسبه إلى بعض الأنواع ولا- يكون كذلك بالنسبه إلى أحوالها، كما لا- يعقل تخصيصه بنوع دون نوع أو حال دون آخر.

وعليه، فلا يعقل أن لا يكون الحديث نافياً لشرطيته شيء مشكوك في شرطيته، نعم، ينفيه بالالتزام لا بالمطابقه، لأن التسلط حكم وضعى مشروع

متوجّه إلى جميع أنحاء التملك، فيشمل التملك المعاطاتي، لكونه في حيز السلطنة المجهوله للمالك، ولازم ذلك نفي شرطيه كل شيء مشكوك في شرطيته، ولا يعقل عدم نفيه لذلك.

هذا بالنسبه إلى إشكال الشيخ.

وأما ما ذكره المحقق الخراساني، فعجيب جداً، لأنّ المحجوريّه تكون تارة للمالك، كما لو كان صغيراً أو مجنوناً، وأخرى: للملك كما لو كان وقفاً أو مرهوناً، ونفي الحجر يكون دائماً بنفي أسبابه وعمله، والحديث يثبت السلطنة، وأين هذا من الدلاله على نفي أسباب المحجوريّه؟

وأما ما ذكره المحقق الرشتي، ففيه: إنّ موضوعيه الإضافه التي ذكرها، إنما هي للتسلط لا للتصرف، وهذا هو معنى الحديث. وحينئذٍ، فعدم الموضوع في آن التصرف لا- ينفي وجوده في آن التسلط، فالموضوع حيث تكون السيلطنة محفوظ، والتصرف ينقل المال من مكانٍ إلى آخر من آثار السلطنة، وانعدام الإضافه في آن التصرف لا يضرّ بتحقيق السلطنة.

وأما الإشكال الأخير، فالجواب عنه هو: إنه لا ريب في أن الموضوع ذا نسبه اقتضاء بالنسبه إلى الحكم، لأنه دخيل في الملاك أو هو تمام الملاك له، فالسيلطنة المجهوله إنما جعلت لكون المال ملكاً. وأيضاً: السلطنة هي شرط تأثير الملكيه للغير، لكن ذلك لازم ارتفاع الملكيه لا أن هذا الارتفاع مسبب عن السلطنة، إذ لا يعقل أن يكون الأمر العدمي مسبباً عن الأمر الوجودي، إنما العدم من لوازم الأمر الوجودي، فلا مانع من أن تكون الإضافه الملكيه علّة للسيلطنة المجهوله، وهي شرط لتأثير التملك، لكن ملكيه الغير الحاصله بالسيلطنة لازمه لا مسببه، فلم يكن عدم الشيء معلولاً للشيء، ونظير هذا كثير، مثلاً: مديونيّه الإنسان تقتضى وجوب أداء الدين،

ووجوب الأداء يقتضى الأداء، وبفعلية الأداء تنتفى المديونية ولا محذور فى ذلك.

وبالجملة، فإنّ «أموالهم» موضوع للسّـلطنة، وشرطيته السّـلطنة لتأثير تمليك الغير بأنّ يكون لازمه انتفاء الإضافة الملكية لا مانع عنها(١).

ص: ١٧٨







قوله:

وكيف كان، ففي الآيتين مع السيره كفايه. اللهم إنا أن يقال: إنهما لا تدلان على الملك، وإنما تدلان على إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك...

وأما ثبوت السيره واستمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه... فالأولى حينئذ التمسك في المطلب: بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً... .

أقول:

حاصله: عدم تماميه دلالة الآيتين على الملكيه من أول الأمر، وعدم تماميه السيره.

وقد ذكرنا أن الآيتين تدلان على الأمر الوضعي، وهو مؤثره البيع

ص: ١٨٢



والتجاره.

فقد قلنا فى آيه الحلّ: أنّها تفيد مؤثريه البيع على كلّ تقدير، والمفروض أنّ المعاطاه بيع كما نصّ عليه الشيخ وغيره، فهى دالّه على أنّ المعاطاه توجب المملكه من أوّل الأمر.

وقلنا فى آيه التجاره: إنّ الأكل المنهى عنه كناية عن الأخذ للنفس، فلا يؤخذ المال للنفس إلّا بالتجاره، فالتجاره مفيدته للملكيه.

وأما السيره - والمراد منها السيره العقلائيه لا سيره المشرعه - فلا ريب فى انتهائها إلى زمن المعصوم ولا ردع عن هذه السيره.

فلاستدلال بالآيتين والسيره تام بلا إشكال.

كما أنّ الاستدلال بحديث السلطنه تام، والإشكالات مندفعه.

ولو تنزّلنا عن ذلك كلّه وقلنا: بأن المعاطاه تفيد الإباحه، فلا ريب فى أنّ الإباحه حكم مترتب على التصرفات، فكّل تصرف حتى المتوقف على الملك مباح، ففى حين المعاطاه تجوز جميع التصرفات وتباح للمالك، فإذا كانت الآيتان دالتين على الإباحه، وقد أضيفت إلى كلّ واحدٍ من التصرفات التى ستقع على المال، ومنها البيع والعتق وغير ذلك، فقد دلّنا على التملك.

وكذا الكلام فى حديث السلطنه والسيره العقلائيه.

فالمعاطاه مملكه.

قوله:

مع إمكان إثبات صحّه المعاطاه فى الهبه والإجاره ببعض إطلاقتهما (١)، وتتميمه فى البيع بالإجماع المركّب.

ص: ١٨٣



أقول:

هذا الاستدلال لا أثر له، لأنَّ الإجماع المركَّب فيه ما فيه (١).

### الاستدلال بقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

هذا، ولم يستدل الشيخ هنا بآية الوفاء بالعقود، مع استدلاله بها على لزوم المعاطاة.

والحق، صحَّه الاستدلال بها هنا كذلك، إذ ليس المراد من «العقد» فيها خصوص الإيجاب والقبول، لأنَّ العقد أعم، يقال: عقد القلب، وعقد زيد الإحرام... إنَّ العقد كما هو المتفاهم لغَةً وعرفاً ما يقال له في الفارسيَّة «پيوستگی» و«بستگی». وفي صحيحه عبد الله بن سنان في الآية: «أى العهود» (١)، وما يكون بين البائع والمشتري من هذا القبيل، إذ كلٌّ منهما يقرَّر

ص: ١٨٥

أن يكون ماله للآخر، وفي مقابله هو الإيقاع، فإنه الإيجاد.

ثم إن هذا العهد والالتزام المعبر عنه بالعقد، ينكشف باللفظ تارة وبالفعل أخرى، فكلّ منهما يكشف عن المراد. فالمعاطاه عقد يكشف عن الارتباط بين البائع والمشتري، والوفاء بالعقد أو العهد أو النذر أو اليمين أو الوعد، معناه: ترتيب المقتضى على مقتضيه، ويقابله الخلف. وعليه، فالوفاء بالعقد - أى الارتباط بين البائع والمشتري فى التمليك والتملك - هو ترتيب الأثر والمقتضى على المواضعه الواقعه بينهما على ما حصل.

فتدلّ الآيه المباركه على وجوب ترتيب الأثر على التمليك، سواء كان بالإيجاب والقبول أو المعاطاه، ووجوب الوفاء هذا - وإن كان تكليفيّاً مولويّاً لا وضعيّاً - إلّا أنه يدلّ بالدلاله الالتزاميه على إمضاء الشارع هذا المعنى الوضعى الحاصل بينهما وتحققه عنده، وإلّا لم يعقل الحكم بالوفاء به.

فالاستدلال بهذه الآيه أيضاً على إفاده المعاطاه للملكيه، تام بلا إشكال(١).

وذكر السيد رحمه الله (١) وجوه الاستدلال للقول بعدم إفاده المعاطاه للملكيه وأنه يعتبر الصيغه:

أحدها: الإجماع.

وفيه: إنه غير ثابت، وهو منقول، ومعلوم المدرك.

الثاني: بعض الأخبار المشتمله على ذكر الصيغه المدعى دلالتها على اشتراطها مثل:

قوله عليه الصلاه والسلام: «لا تشتري كتاب الله عزوجل، ولكن اشتر الحديد والورق أو الدفتين وقل: اشترت منك هذا بكذا وكذا» (٢).

وقوله عليه السلام: «لا تشتري كتاب الله، ولكن اشتر الحديد والجلود وقل: اشترى منك هذا بكذا وكذا» (٣).

وقوله عليه السلام في خير: «رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن... فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن. فقال المشتري:

قد قبلت ورضيت...» (٤).

أما الأخير، فلا مجال للاستدلال به.

ويبقى الأولان، فقد يتوهم منهما اعتبار اللفظ، وأنه لولا ذلك لقال الإمام عليه السلام: أعطه كذا وكذا وخذ كتاب الله... فمن قوله: «قل...» الظاهر

ص: ١٨٧

١-١) حاشية المكاسب ١ / ٣٣٧.

٢-٢) (٣ و) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٨، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الرقم ١ و ٢.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٦٥، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع، الرقم ١.

فى الوجوب الشرطى - لأن الأوامر فى هذه الموارد ظاهره بالظهور الثانوى فى الشرطيه - يستفاد اعتبار اللفظ وعدم كفايه الفعل.

لكن فىه: إن الإمام عليه السلام فى مقام بيان أن القرآن المجيد لا يباع، وأن الذى يقع مورد المعامله هو الورق والجلد، فهما مسوقان لأمر آخر غير شرطيه اللفظ فى البيع، فلا يستدل بهما لهذه الجهه.

الثالث: ما ورد فى النهى عن بيع المنابذه والملامسه ونحو ذلك (١)، باعتبار أن ملاك النهى فيها هو عدم اللفظ، وهو موجود فى البيع المعاطاتى.

مضافاً: إلى أن المنابذه من النبذ وهو الطرح، وهو نحو من التعاطى، فأدله النهى عن هذه البيوع آتية فى المعاطاه بالملاك أو بالمطابقه.

وقد أجاب السيد وغيره: بأن البيع لم يكن بالنبذ أو اللمس ونحو ذلك، بل النبذ ونحوه إنما كان لتعيين المبيع (٢).

لكن الشيخ الصيّدوق يقول: «المنابذه يقال: إنها أن يقول لصاحبه: انبذ إلى الثوب أو غيره من المتاع، أو أنبذه إليك، وقد وجب البيع بكذا....»

ويقال: إنما هو أن يقول الرجل: إذا نبذت الحصاه فقد وجب البيع، وهو معنى قوله: نهى عن بيع الحصاه.

والملامسه أن يقول: إذا لمست ثوبى أو لمست ثوبك، فقد وجب البيع بكذا. ويقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب ولا ينظر فيه فيقع البيع على ذلك.

وهذه بيوع كان الناس على عهد الجاهليه يتبايعونها، فنهى رسول الله

ص: ١٨٨

١-١) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٥٧، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع.

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣٣٨.

صلى الله عليه وآله عنها، لأنها غرر كلها» (١).

فمن هذه العبارة يفهم أنّ النهي إنما هو من أجل لزوم الغرر، لا لأجل اعتبار اللفظ.

والرابع: قوله عليه السلام إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام (٢).

و«إنما» تدلّ على الحصر، والمعاطاه ليست بكلام، فهي لا تفيد حتى الإباحة.

وقد تعرّض الشيخ لهذا الخبر وذكر في معناه أربعة وجوه. لكنّ سيأتي أن معناه: أنّ لا أثر للمقاوله السابقه على البيع وأنّ المؤثر هو تنجيز البيع.

وعلى هذا - الذى سنذكره - لا مجال للاستدلال به لاعتبار اللفظ فى البيع، بل جميع الآثار تترتب على تنجيزه، وهو كما يحصل باللفظ يحصل بالفعل.

ص: ١٨٩

---

١-١) معانى الأخبار: ٢٧٨، وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٨.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٠، الباب ٨ من أبواب العقود، الرقم: ٤.

إشاره

قوله:

هذا، مع ما ذكر من أن التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه، لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه، ولذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد - في مقام الاستبعاد - أن القول بالإباحه المجرده مع فرض قصد المتعاطين الملك والبيع، مستلزم لتأسيس قواعد جديده.

منها: أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصود.

القاعده الأولى

إشاره

أقول:

إن من المسلمات في الفقه أن العقد تابع للقصد، فإن لم تفد المعاطاه الملكيه يلزم انخرام هذه القاعده.

والتبعيه تارة ماهويه، وهي تبعيه المعلول للعلله، وأخرى: تبعيه الشيء لشيء في أثره، فهل التبعيه هنا ماهويه أو في الأثر؟

كلاهما جائز، فقد ذكرنا آنفاً في مفاد قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أن العقدية عباره عن الارتباط بين التملكين، حيث يقرر الطرفان ويتعاهدان على أن يملأ كل منهما ماله إلى الآخر على نحو المقابله، وهذا المعنى لا يحصل بلا قصد، لكونه من الأمور الإراديه.

إن قوام عقدية العقد هو القصد فلا يتحقق إلبه، فالمعنى الأول صحيح.

ويصح أن نقول: بأن العقود تتبع القصود في تأثيرها، فالأثر الذي



يقصده الإنسان يفيد العقد، فهو يؤثر فيما قصد ولا يؤثر فيما لا يقصد، إذ لو أراد التأثير فيما لم يقصد لم تكن التبعية، فالتبعية في التأثير مستلزمه للأمرين الإيجابي والسلبي معاً.

وعلى هذا، فالإباحة التي يقول القائلون بها غير مقصوده، والملكيه التي قصدها المتبايعان لم تقع. وهذا ينافي القاعده المسلمه عند الكلّ.

هذا بيان ما ذكره كاشف الغطاء رحمه الله.

قوله:

أما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها للقصود، ففيها: أولاً: إنّ المعاطاه ليست عند القائل بالإباحه المجردّه من العقود... .

أقول:

جوابه متين، وإن كان لا يخلو من إجمالٍ، ولذا أشكلوا عليه، وحاصل كلامه:

إن المعاطاه عند القائلين بإفادتها الإباحه، ليست عقداً شرعياً ليكون سبباً للتمليك، ولا دليل على صحتها حتى تتم التبعية فيها، وإنما يقولون بالإباحه بها بدليلٍ مستقل. وبعبارة أخرى: إنه ما لم يقيم الدليل الشرعي على الصّحة، فالعقد فاسد ولا يترتب عليه الأثر، والتبعية إنّما تكون حيث يقوم الدليل على الصّحة، ومع عدمه فلا مجال للقول بوقوع التخلف. وأيضاً، فإن المقصود من العقد في القاعده هو العقد الكاشف عن التسيب والتسبب وهو اللفظي، والفعل ليس له هذه الكاشفيه فليس بعقد.

وبما ذكرنا ظهر أنّ الشيخ لا يقول بإفاده المعاطاه للإباحه كالعقد اللفظي، فلا ضير في عدم تبعيتها للقصد، حتى يشكل عليه: بأن قاعده التبعية تعم اللفظ والقول.

ص: ١٩١

كما لا- مجال حينئذٍ لقول المحقق الخراساني رحمه الله من: أنه يمكن أن يكون مقصود القائلين بالإباحة أن إفاده الملكيه مشروطه بالتصرف أو التلف، فالأثر غير منفك عن العقد، غير أن الملكيه منوطه بحكم الشرع بشرط، كما هو الحال في بيع الصرف (١)... إذ لا تساعد كلماتهم على هذا التأويل.

قال: «نعم، إذا دلّ الدليل على ترتب أثر عليه حكم به وإن لم يكن مقصوداً» هذا كله في الجواب الأول.

قوله:

وثانياً: إن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير.

أقول:

مقصوده: إن هذا السنخ من التخلف - بمعنى أن لا يمضى الشارع ما قصده المتبايعان ويترتب حكم آخر على ما أوقعاه - كثير. أى: إنه تخلف صوراً لا على حقيقته، وإن كانت عبارته موهمه لكنه لا يريد ذلك قطعاً.

فذكر من موارد النقض خمسة:

### النقض الأول

قوله:

فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضه إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين قيمه، لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم كما يقتضيه صحيحه...

وتوهم: أن دليلهم على ذلك قاعده اليد، مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم....

ص: ١٩٢

أقول:

لقد أجمعوا على الضمان بالقيمة في العقد الفاسد، مع أن مقصود المتبايعين هو الضمان بالمسمى، ولا يتوهم أنّ دليل الضمان قاعده اليد، وبيان دفعه بحيث لا يتوجّه عليه الإشكال (١) هو: إن تلك القاعده إنّما تجرى حيث يتحقّق موضوعها وهو «ما أخذت» وهنا لا يوجد الأخذ وإنما الإقباض من البائع، فلا موضوع للقاعده حتى تكون هي الموجه للضمان.

إنه لم يكن التملك من هذا بالمجان بل كان على نحو تضمينه بالبدل، وكان التملك من ذاك على أن أقدم على الأخذ بنحو ضمان البدل، ولما كان العقد باطلاً فخصوصية البدل المسمى فاسده عند الشارع، لكنّ انتفائها لا ينتج انتفاء سبب الضمان من أصله.

وبعبارة أخرى: إنّ الواقع إمّا هو التسبب بالعقد على شيء، بمعنى أن الإنسان يتسبب بالعقد للضمان بالقيمة، وهذا منتف هنا، لأن المقصود منهما لم يكن التضمن بالقيمة، وإمّا المسبب الذي قصده وهو التضمن بالمسمى، والمفروض إنه غير متحقّق، لفساد العقد. فيبقى الوجه الثالث وهو: سببه شيء لشيء، فالشارع يقول: المعامله الفاسده لها سببه وهي موضوع للضمان بالقيمة، وسرّ ذلك: عدم كون التملك مجاناً، بل كان بنحو التضمن، وألغيت الخصوصية وبقي الأصل، وضمان كلّ شيء بمثله أو ببدله أو بقيمته.

فيكون هذا نظير مورد المعامله بالمعاطاه، فكما أن العقد الفاسد موضوع للضمان بلحاظ عدم المجانيه - لكن بالقيمة بعد إلغاء الشارع كونه

ص: ١٩٣

---

(١ - ١) انظر: حاشيه السيد اليزدي ١ / ٣٤٩، حاشيه المحقق الإصفهاني ١ / ١١٦، المكاسب والبيع ١ / ١٤٤، مصباح الفقاهه ٢ /

بالمسمى - كذلك المعاطاه موضوع للإباحه بعد إلغاء الشارع إفادتها للملكيه.

## النقض الثانى:

قوله:

وكذا الشرط الفاسد، لم يقصد المعامله إلامقرونه به، غير مفسد عند أكثر القدماء.

أقول:

إذا كان الشرط على خلاف الكتاب والسنة فهو فاسد ولا يلزم الوفاء به، لكن العقد صحيح، وعليه أكثر القدماء، مع أن المتعاملين قد أنطا المعامله بالشرط، فكان مقصودهما التمليك المقيد ولم يقع، ووقع التمليك المطلق الذى لم يكن مقصوداً لهما، فتخلف العقد عن القصد.

وقد ذكرنا أن هذا التخلف صورى ولا يضرب بالقاعده المسلمه، والسرّ فى ذلك هو: إنه لا يعقل أن يكون القيد قيداً للملكيه، إذ التقييد لابد وأن يكون بامر غير حاصل فعلاً، فإذا باع بشرط الكتابه مثلاً، لم يكن تقييد التمليك بها بمعنى القيد للملكيه، وإلا لزم عدم حصولها قبل حصول الكتابه، إذ لا يعقل تحقق المقيد قبل حصول القيد، والمفروض صحه المعامله، فالشرط إنما هو عباره عن الالتزام فى ضمن العقد، لا أن مضمون العقد مقيد به.

وكان الميرزا الأستاذ رضوان الله عليه يقول: بأن الإنسان لما يبيع الشىء يكون ثباته على المعامله وإلتزامه بما فعل، مملكاً للطرف، فهو يملك التزامه لصاحبه ويجعله مسلطاً على التزامه، لكن هذا الالتزام - عندما يُجعل فى العقد شرطاً - منوط بقيام طرفه بالشرط، وإلا كان إلتزامه باقياً

ص: ١٩٤

تحت تصرّفه.

فالتخلّف عن الشرط بصورةٍ كليّةٍ - أي سواء كان فاسداً أو صحيحاً لكن لم يف به الطرف - يوجب الخيار، فله أن يفسخ العقد ويحلّه (١).

### **النقض الثالث**

قوله:

وبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكلّ

ص: ١٩٥

أقول:

قال المشهور - بل الكلّ - بأنّ البيع يقع فيما له ويكون بالنسبة إلى ما لغيره موقوفاً على إجازة المالك، فإن لم يجرز كان للمشتري خيار تبعض الصفقة، فالبيع يقع فيما يملك فقط، مع أن المقصود هو بيع المجموع بما هو مجموع.

وبعبارة أخرى: قد قصد بيع الكلّ، والذي وقع بيع الجزء - والجزء يغاير الكلّ - فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد.

ولكن هذا لا ينقض القاعدة، لأنّ الحلّ هو: أنه قد أنشأ التمليك، وهو إنما يؤثر في المورد القابل، والقابلية هنا إنما هي لما هو مملوك له دون غيره.

وبعبارة أخرى: إنّ الأمور المتعدّدة لا يعقل قيام الملكيه الواحده بها، فإنّ شأن الملكيه هنا شأن العرض، ولا يعقل قيام العرض الواحد - لبساطته - بالمتعدّد، فعندما يبيع عشره أشياء - مثلاً - يوجد في الحقيقة عشره ملكيات، فلو كان بعض المبيع غير مملوك له، فقد ملك المملوك وغيره بملكيتين، لكنّ أحدهما النافذه شرعاً تتحقّق، والأخرى غير النافذه شرعاً لا تتحقّق.

فالمقصود - وهو إحدى الملكيتين المتعلّقه بما يملك - واقع، والمقصود الآخر بلحاظ أنه لم يكن ملكاً له، غير واقع (١).

ص: ١٩٦



قوله:

وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير.

أقول:

إنّ الذى وقع عليه العقد هو البيع لنفسه حتى يدخل العوض فى ملكه، لكنّهم يقولون بوقوع العقد للمالك وكون العوض له، فما قصده الغاصب لم يقع وما وقع لم يقصده.

وحلّ المطلب هو: إنّ الغاصب تاره: غير قاصد للمعامله ولا ينشئ البيع، وقوله: بعتك هذا، كلامٌ صورى، ومثله خارج عن محلّ الكلام وليس بموضوع للإجازة.

وأخرى: يقصد التمليك وينشؤه حقيقةً لنفسه، وهنا قولان:

أحدهما: فساد المعامله وأنه لا أثر للإجازة من المالك، إذ لا يعقل القول بحصول الملكيه للغاصب لأنه ليس بمالكٍ للشيء، ولا للمجيز، لأنه إنما يجيز العقد الواقع وقد وقع للغاصب، فلو أجازته المالك لم يقع البيع له بل الغاصب.

والثانى: وهو المشهور: إنه يكون للمالك بإجازته. فيقع الكلام فى تصويره:

قال الشَّيْخ - وقربه الميرزا الأستاذ (١) - بأنّ الغاصب لما يبيع الشيء يدعى كونه ملكاً له، فهو يبيعه بناءً على أنه المالك، فأما حيثيه كونه المالك فلغو، وأما حيثيه كون البيع عن المالك، فتتوقف على الإجازة، فإذا أجاز

ص: ١٩٨



المالك أثرت أثرها ويكون البيع له.

وقال السيد (1): إن البيع عبارته عن مبادله مالٍ بمال، وليس في البين تعرّض للمالك، كما ليس لحيثه المالكه دخل مطلقاً في حقيقه البيع، فإذا أجاز المالك فقد أنفذ المبادله الحاصله ويقع البيع له.

أقول: وكلامه - بحسب الظاهر - جيّد ولعله مقبول عند غيره أيضاً، إلّا أنّ الذي أخذته من شيخنا الأستاذ رحمه الله - وإن كان لل عمر وفاء بينته بالتفصيل في بحث الفضولي - هو: إنّ بدليته الشيء عن الشيء والمبادله بينهما يحتاج إلى محلّ، لأن البدليته ليست بمهملهبل هي في شيء، وهو هنا الملكيه، والملكيه ربط قائم بين المالك والمملوك، والغاصب عندما يبيع إنّما يبذل المال بمالٍ في الملكيه التي يراها لنفسه، فما ذكره الشيخ هو الصحيح.

وعلى المسلكين، فإن البيع يقع للمالك الحقيقي، فلم يخرج المورد عن القاعده، لأنّ الغاصب قد قصد البيع للمالك، وقد وقع بالإجازة للمالك، فما قصد قد وقع ولا تخلف.

والتحقيق: عدم صحّه التقريبين كليهما، وبيان ذلك باختصار هو:

الواسطه تارة: هي في الثبوت، وأخرى: في العروض، فإنّ كان للوصف العنوانى وساطه في ثبوت الحكم على الموضوع - والمقوم للموضوع هو الذات - فهو الواسطه في الثبوت، وإنّ كان له دخل في الحكم والمحمول المترتب على الموضوع، فهو الواسطه في العروض.

فإذا باع الغاصب لنفسه، كانت حيثه المالكه الإدعائيه واسطه في

ص: ١٩٩

الثبوت لا- في العروض، لأنه يبيع الشيء بعنوان أنه هو المالك، لا- أنه يبيعه عن المالك ليقال أن البيع قد وقع للمالك غير أنه يدعى كونه هو المصداق وادّعاؤه لغو.

فالحل الصحيح يبتنى على ما ذهب إليه شيخنا الأستاذ في تعريف البيع من أنه عبارة عن تمليك شيء بشيء، فإنه إذا أجاز المالك فقد أجاز هذا المعنى، فيقع للمالك. والتفصيل في محله.

وتلخص: أن ما ذكره الشيخ ليس نقضاً.

### النقض الخامس

قوله:

وترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الإنقطاع يجعله دائماً على قول... .

أقول:

هذا هو المشهور وبه نصّ (١)، وإن قال المحقق الخراساني في فوائده (١): إذا لم يذكر الأجل في العقد المنقطع لا ينقلب دائماً، ويحمل النصّ على معنى آخر، مع كونه على القاعده وعليه المشهور، كما ذكرنا. وحلّ المطلب خلافاً له هو:

ص: ٢٠٠

إنّ الزوجية حقيقه واحده ومعناها النكاح، والدوام ليس قيلاً لها بل هو عباره عن عدم ذكر الأجل، فإذا تحققت الزوجية دامت، ودوامها عباره عن وجودها وثباتها، والمدّه تحتاج إلى قصدٍ آخر ولا بدّ من إظهارها، فما لم تظهر المدّه - التي هي محدده للزوجيه - كانت الزوجيه المقصوده على حقيقتها. فالمقصود واقع ولا تخلف (١).

هذا تمام الكلام على القاعده الأولى.

ص: ٢٠١

أن الدوام لا يحتاج إلى قصدٍ.

## القاعده الثانيه

قوله:

ومنها: أن يكون إرادته التصرف من المملكات...

أقول:

القاعده الثانيه التي ذكر بعض الأساطين يلزم تأسيسها بناءً على القول بأن المعاطاه تفيده الإباحه دون الملك هو: أن يكون إرادته التصرفات من المملكات.

وذلك: لأن التصرفات التي تقع من المتعاطين جائزه مطلقاً، إلّا أنها تنقسم إلى قسمين، فمنها: لبس الشيء أو ركوبه أو الجلوس عليه ونحو ذلك، مما لا يتوقف على أن يكون المتصرف مالكاً. ومنها: ما يتوقف على ذلك، كأن يوقف الشيء، أو العبد يعتقه، أو الجار يهبطها، لأنه: لا يبيع إلّا في ملك، ولا وقف إلّا في ملك، ولا عتق إلّا في ملك أو بعد ملك - كما في الخبر - ولا وطى إلّا في ملك، فإذا لم تفد المعاطاه الملكيه، فلماذا جازت هذه التصرفات، ولم يخطر ببال المالك الإذن في شيء منها، وإنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلّا بإذنه؟

فالقول بجواز تلك التصرفات يستلزم أن يقال بأن إرادته التصرف سبب لمالكه المتصرف. وهذه قاعده جديده.

ثم إن الشيخ أجاب عن سؤال مقدر بقوله:

بخلاف من قال: أعتق عبدك عنى وتصدق بمالى عنك.

وذلك: لوجود الإذن منه في هذين الموردين، لأنه في الحقيقيه إذن في التمليك في الأول ثم العتق، وفي التملك ثم التصديق في الثاني.

ص: ٢٠٢

ثم إن ما ذكره في الموردين، مبنى على أن يكون المعتق عنه والمتصدق عنه مالكا، وأما بناءً على عدم اعتبار ذلك - كما في بعض النصوص في العتق والتصدق عن الميت - فلا مجال لما ذكر. ووجه التردد حيث قال:

بإرادته التصرف أو معه.

هو: إن من التصرفات ما لا يعتبر فيه سبق الملكية على التصرف، مثل وطيء الجارية المأخوذة بالمعاطاه، فيمكن أن يكون مالكا لها في آن الوطيء، بخلاف مثل البيع، فإنه لا يعقل المالكيه في آن البيع، لأن تحققها في هذا الآن يستلزم الجمع بين الضدين، فإذا تحقق ملكيه الغير لم يعقل تحقق الملكية لنفسه فيه، وكذا في العتق، فإنه يلزم تأثير الشيء في المتناقضين، لأن العتق سبب زوال الملك، فإذا قلنا بحصول الملكية في حينه، لزم الجمع بين تحقق الشيء وزواله وهو محال، ففي مثل هذين الموردين، لا بد من اختلاف الآنين.

فإن قلنا بأنه في الآن الأول ملك، وفي الثاني باع أو أعتق أو ملك في آن التصرف كما في الوطيء، لزم الالتزام بقاعده جديده هي مملكته الإراده.

إذن، لا بد من القول بإفاده المعاطاه من أول الأمر.

هذا بيان مراد الشيخ الكبير، وسأزيده بيانا فيما بعد.

وقد أجاب الشيخ عن ذلك بقوله:

وأما ما ذكره من لزوم كون إرادته التصرف مملكا، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل ودليل جواز التصرف المطلق وأدله توقف بعض التصرفات على الملك....

وحاصل كلامه: الالتزام بمملكته الإراده وعدم استلزام ذلك تأسيس قاعده جديده، فكلامه ناظر إلى الجهتين، فما في كلام بعضهم من أنه

ص: ٢٠٣

لم يُجب عن استلزام تأسيس قاعده جديده، ليس فى محله. وقد جاء فى كلامه ثلاثه أمور:

أحدها: إنه لا دليل على إفاده المعاطاه الملكيه، ومقتضى الإستصحاب بقاء المأخوذ بها فى ملك مالكه.

والثانى: إنه قد قام الدليل على جواز مطلق التصرفات فى المأخوذ حتى المتوقفه على المالك.

والثالث: إنه لا بيع إلفى ملك، وكذا العتق والوطى... .

وهذه الأمور تدلّ - بدلاله الإقتضاء - على كون إرادته التصرف أو التصرف موجباً للملك، لأننا إن قلنا: بأن التصرف أو إرادته غير مملّك، لزم بطلان: لا بيع إلفى ملك ونحوه، وإن قلنا: بأن التصرفات المتوقفه على الملك غير جائزه، لزم ردّ السيره وغيرها من الأدله القائمه على حليّه تلك التصرفات وغيرها، وإن قلنا: إن المعاطاه توجب الملكيه، فالمفروض عدم الدليل عليه. فيستكشف من هذه الأمور أنّ إرادته التصرف - أو نفس التصرف - موجب للملكيه. ولا بدّ حينئذٍ من الالتزام بكون: لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلاّ بإذنه، ونحوه من الأدله، مخصّصاً بالدلاله الاقتضائيه المذكوره.

قوله:

فيكون كتصرف ذى الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطى والبيع والعتق وشبهها.

فما نحن فيه نظير تلك الموارد، فإنّ ذا الخيار يدخل مال الغير فى ملكه عملاً، وكذا الهبه لغير ذى رحم مع بقاء العين، فلا يكون ما ذكره هنا فى المعاطاه شيئاً جديداً.

ص: ٢٠٤

أقول:

لكن الإنصاف عدم تمامية التنظير المزبور، إذ فرق بين حصول الملكية بالتصرف أو إرادته، وبين ارتفاع سبب ملكية الغير - وهو العقد - بالتصرف، وتصرف ذي الخيار والواهب من قبيل الثاني. فالحق أن ما نحن فيه لا نظير له (١).

ص: ٢٠٥

قوله:

ومنها: أن الأحماس والزكوات والاستطاعه والديون والنفقات وحق المقاسمه والشفعه والمواريث والزبا والوصايا، تتعلّق بما فى اليد، مع العلم ببقاء مقابله... .

أقول:

قد عرفت أنّ المقصود من هذه البحوث هو الاستدلال لإفاده المعاطاه الملك، بأنّه لولا ذلك يلزم تأسيس قواعد جديده، فمنها: لزوم هذه الأمور - التى تتعلّق بالأملاك - فى غير الأملاك.

فمن أخذ شيئاً من الأنعام الثلاثه أو النقدين أو غيرها ممّا تجب فيه الزكاه، بالمعاطاه، وحال الحول والنصاب حاصل، وجب عليه الزكاه، مع أنّ الذى حصل عنده كان بالمعاطاه، والمفروض أنها لا تفيد الملك.

وكذا الخمس، فيلزم تعلّقه بما ليس بملك له.

وكذا يلزم حصول الاستطاعه بالزاد والزاحله التى لغيره، لأن المفروض أن ما عنده مأخوذ بالمعاطاه وليس ملكاً له.

وكذا يلزم تعلّق الديون بغير الملك، كأنّ يقسّم الغرماء بينهم ما كان عند الغريم من أموال الناس، لأن المفروض أخذه ذلك منهم بالمعاطاه. وأيضاً:

المدين إذا مات، تعلّق دينه بما تركه، فيلزم تعلّق دينه بأموال الناس لا بأمواله.

وأيضاً: لو باع شيئاً بالمعاطاه وأخذ الثمن، كان أداء دينه من هذا الثمن أداءً من أموال الناس.

وكذا يلزم تعلّق حقّ النفقه بالنسبه إلى أموال الناس، لأن المال الذى بيد



الزوج مأخوذ بالمعاطاه، مع أنّ حق النفقه يتعلّق بملك الزوج.

وكذا في حقّ المقاسمه، فإذا حصل الشيء لهما واشتركا فيه وثبت لهما حقّ لهما فيه حق المقاسمه، كان معنى ذلك حصول هذا الحق في مال الغير.

وكذا في حقّ الشفعه، فمن باع نصف ملكه لزيد بالمعاطاه وباع النصف الآخر من عمرو، جاز لزيد أن يشفع في النصف الآخر، مع أنّ النصف الذي بيده ليس ملكاً له بل هو باق على ملك صاحبه، فكيف أخذ بالشفعه؟

وكذا لو باع بالمعاطاه المكيل والموزون بمثله بالتفاضل، فالزبا ثابتة، ولو لم تكن المعاطاه مملّكّه لم يكن لثبوت الزبا وجه، وإلّا لزم ثبوتها في مال الغير.

وكذا الذي أوصى بصرف كذا وكذا من ثلثه، فوصيته نافذه، ولو لم تفد المعاطاه الملك لزم نفوذ الوصيه في ملك الغير.

وكذا لا شبهه في أنّ من مات انتقلت أمواله إلى ورثته، فلو كان جميع ما حصل عنده مأخوذاً بالمعاطاه، فإنهم يكونون قد ورثوا أموال الناس بموت مؤرثهم.

وكذا الكلام في الغنى والفقر، فمن حصل عنده بالمعاطاه ما يكفي لمؤنه سنته، صدق عليه الغنى وترتب عليه أحكامه، فلو لم يكن ما أخذه بالمعاطاه ملكاً له، فقد أصبح غنياً بأموال الناس، ولو وهب هذا الشخص كلّ ما عنده عدّ فقيراً، مع أنّ الأشياء غير خارجه عن ملكه، لأن المفروض وقوع الهبه منه معاطاه.

هذا كلّه، مع العلم ببقاء المال المقابل عند الطرف الآخر، ولو شك في بقاءه استصحاب.

وتلخص: إن ما ليس موضوعاً لآثار الأملاك يكون محكوماً بالآثار

المتعلّقه بها، وهذه قاعده جديده.

هذا ما أفاده بعض الأساطين.

فأجاب الشيخ:

قوله:

وأما ما ذكره من تعلّق الأحماس والزكوات. إلى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض، ودفعه بمخالفته للسيره رجوع إليها، مع أنّ تعلّق الإستطاعه الموجبه للحج وتحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكاه، لا يتوقّفان على الملك.

أقول:

إذن، يلتزم بتحقّق هذه الأمور في غير الملك ويكون بحكم الملك.

واختلفت الأنظار في مراده من قوله: «ودفعه بمخالفته...» والضمير يرجع إلى «التعلّق» وفي بعض النسخ: «ودفعها بمخالفتها...» ومرجع الضمير «المقاله»:

فقال السيّد رحمه الله: «الظاهر أن مراده أنّ الحكم بعدم تعلّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاه، استبعاد محض، فلنا أنّ نلتزم بعدم التعلّق، ولا بأس به، ودعوى أنه مخالفٌ للسيره حيث أنها جاريه على التعلّق، مدفوعه بأنه على هذا تكون السيره دليلاً على التعلّق وإن كان مخالفاً للقاعده، لأنها دليل على تخصيصها، ولا بأس بالالتزام به» (1).

فاعترض عليه شيخنا الأستاذ: «بأنّ كاشف الغطاء رحمه الله لم يستبعد عدم التعلّق، بل استبعد تعلّقها مع عدم الملك حيث قال: فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك» ثم قال: أعلم أنّ مقتضى كلام هذا الفقيه النبيه الوجيه

ص: ٢٠٨

«إن تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاه أمر مفروغ منه ولذا استبعد تعلقها به مع عدم الملك...» (١).

وهو متينٌ جداً.

وعلى الجملة، فإنه لا مانع من تعلق المذكورات بغير الملك، وليس في المقابل إلّا الاستبعاد.

فإن قيل: هذا يناهى السيره القائمه على أنّ المعاطاه تفيد الملك، وأنهم يرون تعلق هذه الأمور بالملك.

قلنا: هذا رجوع إلى السيره، ولا لزوم لتأسيس القواعد الجديده، وقد جعل هذا اللزوم دليلاً مستقلاً - بعد الكتاب والسنة والسيره - على إفاده المعاطاه للملك.

وحلّ المطلب هو:

أمّا في الأحماس والزكوات، فإنها تتعلّق بشرط الحول والتّصاب، وكون الآخذ بالمعاطاه غير مالك لا يضرّ، لوجود المالك الأصلي المتوجّه إليه الخطاب بالخمس والزكاه، فلم يكن التعلق بغير الملك، غير أنّ الذى بيده ليس هو المالك المخاطب بالأداء. ولو قيل: بأنّ وجوب الأداء عليه حينئذٍ دون المالك هو الذى عليه السيره، فالجواب: إن هذا رجوع إلى السيره.

وبعبارة أخرى: إن كان المحذور سقوط الخمس والزكاه، فإنّه غير وارد، لأنهما يتعلّقان بالملك، وغايه الأمر هنا هو توجّه التكليف إلى المالك دون الآخذ بالمعاطاه.

وأما في الإستطاعه، فإنّ المناط فيها هو التمكن من الذهاب إلى الحجّ،

ص: ٢٠٩

ولا دليل على اعتبار الملكيه فى الزاد والراحله، ومن كان بيده الزاد والراحله فهو متمكن ويجب عليه الحج.

وأما فى الديون، فإنّ مثال تعلق الدين بالمأخوذ بالمعاطاه هو ما لو أخذ الشخص بالمعاطاه شيئاً فى مقابل شىء أعطاه، ثم مات والمالان باقيا، فإنّ المأخوذ بالمعاطاه يكون من جملة تركته والدين يكون متعلقاً بهذا المال.

والظاهر أنّ لا- مورد لتعلق الدين بالمأخوذ بالمعاطاه إلّما ذكرناه، وما فى كلام بعض الأكابر (1) من أنّه لا مانع من أداء الدين الذى فى ذمته ممّا كان بيده من مال غيره المأذون فى التصرف فيه، فليس جواباً عن إشكال الشيخ الكبير، لأنّ الكلام هو فى تعلق الدين بمال، فمنشأ الإشكال هو «التعلق»، لأنّ الدين إنّما يتعلق بذمّه المدين مادام حيّاً، فإذا مات تعلق بما تركه، فكيف يتعلق دين الدائن بما هو لغير المدين؟ نظير المفلس، حيث أنّ الغرماء يقتسمون ما فى يده من الأموال، فإذا كان فيها شىء مأخوذ بالمعاطاه، والمفروض أنّها لا تفيد إلّالإباحه، لم يكن لهم تقسيمه، إذ لا يتعلق حق الغرماء إلّابما هو ملك للمفلس، وإنّ أمكن القول بجواز أخذهم المال، لأنّه عوض عن ملك الغريم الموجود بيد المتعاطى معه.

وبالجملة، فالمثال الذى ذكرناه، هو الذى ينطبق عليه البحث تماماً.

ولنا أنّ نقول فى الجواب: إن الفتوى فى الهبه الجائزه التى للواهب أنّ يرجع فيما وهبه، هى اللزوم بموت الموهوب له، فلم لا يكون الموت سبباً فى ملكيه المال المباح كذلك؟ وبعباره أخرى: إنه لا ريب فى مملكه التصرف المالكى والإتلاف، والمناطق فى التصرف المالكى هو الخروج عن

ص: ٢١٠

الملك، وبالموت يتحقق الخروج عن الملك ويتعلق الدين بالتركة.

وأما النفقات، فلا دليل على أنها تتعلق بالملك، بل على الزوج المتمكن أن ينفق على من تجب النفقه عليه، من أي مال يجوز له أن ينفق منه، سواء كان مباحاً له أو ملكاً.

وأما المقاسمه: بأن يكون شخصان شريكين في مال على نحو الإشاعة، فلكل منهما الحق في المطالبة بتقسيم المال، فلو كان المال مأخوذاً بالمعاطاه - وهي تفيد الإباحه - لم يكن لأحدهما الحق في مطالبه الإفراز، لأن هذا الحق يختص بالمالك في ملكه.

والجواب هو: إن نفس التقسيم تصرف مخرج عن الملك، لأن حصه كل واحد هو النصف المشاع بما هو مشاع، ولا تعين للملكيه خارجاً، ومجرد إيجاد التعين بالإفراز مخرج عن الملك، ولا أقل من أنه يوجب تملك الطرف المقابل لما أخذه، فالتقسيم كالبيع وغيره من التصرفات المخرجه عن الملك، والمفروض إباحه جميع التصرفات.

نعم، يتوجه هنا ما أوردناه سابقاً من لزوم اجتماع الضدين، لكننا نتكلم هنا على ما مشى عليه القوم.

وأما حق الشفعه، فإذا أخذ شيئاً بالمعاطاه مشاعاً وأراد صاحبه أن يبيع سهمه، كان لهذا الحق في الأخذ بالشفعه، لكن المفروض أنه مباح له وليس بمالك حتى يجوز له الأخذ بها.

والجواب: إنه إن جاز القول بأن له الأخذ بالشفعه في ظرف تصرف المتعاطى فيما بيده، بأن يكون الحق ثابتاً له بشرط تصرف الطرف، كما ذكر المحقق الخراساني: من أن المعاطاه مملكه بشرط التصرف أو التلف، نظير بيع الصرف والتسليم، فهو، وإلا فلا مناص من التسليم بالإشكال.

وأما الرِّبا، فإن المفروض قصدهما البيع وأنَّ الشارع قد رتبَّ الإباحه، لكنَّ ترتيبه الإباحه إنما يكون في المعاطاه الشرعيه الصحيحه، فإذا كانت المعاطاه ربويّه فهي منهيّ عنها، لأنَّ أدلّه حرمة الربا جاريّه في كلّ معاطاه بين المتجانسين مع التفاضل، فتكون جاريه في المعاطاه، وحينئذٍ، لا معنى لترتّب الإباحه عليها.

وأما الوصايا، فالجواب عن الإشكال فيها ظاهر ممّا سبق، إذ نلتزم بأنّه بالموت يعتبر الملكيه.

وأما الغنى والفقير، فالغنى من كان واجداً لمؤنه السنه، سواء كان مالكاً أو مباحاً له، والفقير من ليس واجداً للمؤنه مطلقاً.

### القاعده الثالثه

قوله:

ومنها: كون التصرف من جانب مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف.

أقول:

فالغرابه من جهتين: أمّا الجبهه الأولى فهي: أن يكون تصرف أحدهما التصرف المخرج عن الملكيه - كالبيع - سبباً لتملك الآخر لما في يده، وهذا ليس بغريبٍ فقط بل هو مستحيل، لأنّه إذا باع ما أخذه بالمعاطاه، فقد أوجد بيعه السبب لملكيه نفسه ولملكيه غيره، فيلزم اجتماع الضدّين في آن واحدٍ، وإذا أعتق ما أخذه بالمعاطاه، فقد أوجد بتصرفه العتقى ما يكون سبباً لملكيه نفسه وللخروج عنها، فيلزم اجتماع النقيضين، ولو أوقفه فاللزام اجتماع الضدّين، إن كان الوقف تمليكاً، أو اجتماع النقيضين إن كان تحريراً.

ص: ٢١٢

وأما الجبهه الثانيه، فيانها: إنه لو تصرف أحدهما، فإن بقى الشىء فى الجانب الآخر على إباحته، لزم جواز رجوع المتصرف فى إباحته، لأن كل مباح فيجوز أن يسترجه المبيح، فيكون الشىء الذى كان ملكاً له بالتصرف قد دخل فى ملكه مجاناً، وإن كان تصرفه موجباً لتملك الآخر للشىء الذى بيده، لزم دخول الشىء فى الملك بلا سبب.

وقد أجاب الشيخ:

وأما كون التصرف مملكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.

أقول:

يريد رحمه الله: أن ذلك مقتضى الجمع بين أصاله عدم الملك أو استصحاب بقاء كل من المالكين فى ملك صاحبه وما دل على جواز مطلق التصرفات فى المأخوذ بالمعاطاه، وأدله أن لا بيع ولا عتق ولا وطى إلفى ملك، فإنه بالجمع بينها يستكشف أن الشارع قد اعتبر الملكيه آنأماً قبل حصول التصرف المخرج عن الملكيه.

وعلى الجملة، ليس التصرف بنفسه مملكاً، بل إن مقتضى الجمع بين الأدله المزبوره، هو الاستكشاف عن دليل.

وهذا هو الجواب عن الجبهه الثانيه.

وأما الجبهه الأولى، فلم يجب عنها.

ويمكن أن يقال: إنه ليس للدليل القائم على مملكيه التصرف دلالة على كون ذلك بالمجان، بل هو مملك بالعرض، فيدل بالالتزام على أن ما بيد الطرف الآخر ملك له كذلك، أو يقال - كما ذكر المحقق الخراسانى - بأن المعاطاه تفيد الملكيه بشرط التصرف من أحدهما فيما بيده، كما فى الصرف والسلم حيث يشترط الملكيه فيها بالقبض، إلا أنا لم نوافق على ما ذهب إليه.

ص: ٢١٣

قوله:

ومنها: جعل التلف السماوى من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر... .

أقول:

ما قال هنا: مع غرابه أن يكون التلف مملّكاً، لأن حصول الملكيه بالتلف مستحيل، إذ لا معنى لها فى آن التلف، وبعده لا موضوع لها.

ووجه الإشكال هو: إن التلف بيد أحدهما ليس بسببٍ لتملك الآخر لما بيده، وحينئذٍ يكون صاحب المال الموجود مالكاً لما بيده بلا سبب شرعى.

وقد أجاب الشيخ قدس سرّه:

قوله:

وأما كون التلف مملّكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيره - كما هو الظاهر - كان كلُّ من المالين مضموناً بعوضه... .

أقول:

أى: إن مقتضى قاعده على اليد أن يكون كلُّ ما حلَّ فى يد أحدهما مضموناً عليه، وعليه تسليمه إلى صاحبه، فإن تلف كان عليه المثل إن كان مثلياً، وإلّا فالقيمه، فما فى كلام بعضهم (١) من تفسير الحديث بمطلق الضمان، سهو من القلم.

لكنّ الإجماع قائم على وجوب المثل أو قيمه فى مورد المعاطاه، ومقتضى الإستصحاب عدم الملكيه، والجمع بين قاعده اليد والإجماع

ص: ٢١٤



والإستصحاب يكشف عن حصول الملكيه آنأماً قبل التلف.

قوله:

نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع، لأنّ هذا هو مقتضى الجمع... .

أقول:

فقد ورد النصّ على أن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه (1)، حيث أنّ ما بيد البائع ملك للمشتري، فإن تلف قبل أن يقبضه البائع إياه كان من مال البائع، وعليه إرجاع الثمن الذي أخذه من المشتري، مع أنّ مقتضى القاعده أنه إن كانت يده أمانيه فلا شيء عليه، وإن كانت عدوانيّه فالمثل أو قيمه، فمن النصّ يستكشف أن البيع ينحلّ قبل التلف آنأماً، ويرجع المال إلى ملك صاحبه، فالتلف في ملكه وعليه ردّ الثمن.

والحاصل: إن التلف في يد أحدهما يكشف عن حصول الملكيه له قبله آنأماً، وحصول الملكيه لهذا يستلزم حصولها للطرف الآخر بالنسبه إلى ما بيده، فالتلف من أحدهما يكون مملّكاً للآخر.

قوله:

ومع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالب - لأنّه تملّك بالغصب أو التلف في يد الغاصب - غريب، والقول بعدم الملك بعيد جداً، مع أنّ في التلف القهري، إنّ ملك التالف قبل التلف فهو عجيب، ومعه بعيد لعدم قابليته، وبعده ملك معدوم، ومع عدم الدخول في الملك، يكون ملك الآخر بغير عوض، ونفى الملك مخالف للسيره وبناء المتعاطيين.

ص: ٢١٥

أقول:

فهنا إشكالات:

أحدها: أنه لو غصب المال من يد المتعاطي، كان له المطالبة مع أن الفرض كونه مباحاً له وليس بملك.

والثاني: إن له أخذ المثل أو قيمه من الغاصب في حال تلف العين عنده، مع أن ذلك من حق المالك وهو ليس بملك.

أجاب الشيخ:

وأما ما ذكره من صورته غصب المأخوذ بالمعاطة، فالظاهر على القول بالإباحة أن لكلٍ منهما المطالبة مادام باقياً، وإذا تلف، فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف: تلفه من مال المغصوب منه، نعم، لو قام كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

أقول:

توضيحه: إن المفروض كون المعاطة مفيدة للإباحة، فالمال الذي بيد المتعاطي ملك الغير، فإذا تلف بالتلف السيموي كان مقتضى قاعده اليد دفع المثل أو قيمه، لكن الإجماع قام على عدم الضمان مطلقاً، فإما يخصص به عموم القاعده، بأن يكون المعنى: إلّا التالف بيد الآخذ بالمعاطة، وإما أن يكون المورد خارجاً بالتخصيص، بأن يكون الإجماع كاشفاً عن حصول الملكيه آنأماً قبل التلف، فالمال تالف في ملكه وهو خارج موضوعاً عن القاعده، فيكون أمر الإجماع دائراً بين التخصيص والتخصيص، وقد تقرّر تقدّم التخصيص، فهو نظير ما تقدّم من أن كلّ مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه.

ووجه الالتزام بالملكيه آنأماً - لا الملكيه على إطلاقها - هو الجمع بين

ص: ٢١٤

ما ذكر والاستصحاب، المقتضى بقاء المالكين فى ملكك صاحبيهما. وقد كان يلزم ضمّ أمر آخر، وهو: إنّه لما كان تلف المال واقعاً فى ملك من كان بيده، فإنّ هناك ملازمه بين مالكيه هذا ومالكيه الطرف لما بيده، فيكون مالكا للمال الموجود عنده.

أقول:

أما التنظير، ففيه: إن النصّ يدلّ بالمطابقه على حصول اعتبار كون التالف من مال البائع حقيقه، فكأن لزوم البيع كان منوطاً بعدم التلف، فإذا تلف كان منحللاً.

وأما أصل المطلب، ففيه: إنه لا مجال للتمسك هنا بقاعده اليد، لأن لفظ الخبر أنّ على اليد «ما أخذت» لا «ما أعطيت» كما نحن فيه، فلو أعطى شخص ماله غير الذهب والفضّه لآخر عارياً وحصل فيه تلف قهري، فلا ضمان، لأن مدلول الحديث ثبوته فيما لو أخذت اليد مال الغير بدون إذنه، ومانحن فيه ليس كذلك، لأن المفروض حصول المعاطاه. وبالجملة، لا مجرى هنا للقاعده أصلاً، ولا نعلم للتمسك بها وجهاً. هذا أوّلاً.

وثانياً: لو سلّمنا جريان القاعده، فما أفاده الأكابر - ومنهم بعض الأساتيد (1) - من أن مقتضى التمسك بعموم «على اليد» وهو من الأمارات، ثبوت لآزمه وهو التخصيص والخروج الموضوعى، فيه: إنّ الدليل اللفظى إنّما يثبت لآزمه فى ثلاثه موارد فقط، وهى:

١ - أن يكون بين اللآزم وملزومه عليه، لكون الحجّه على اللآزم حجّه على الملزوم وبالعكس.

ص: ٢١٧

(١-١) حاشيه المكاسب للإصفهاني ١/ ١٢٤.

٢ - أن يكونا ضدّين لا ثالث لهما، فالحججه القائمه على أحدهما حجّه على عدم الآخر.

٣ - أن يكونا معلولين لعلّه واحده، ومرجعه إلى الأول، والسرّ واضح، لأن الحججه على أحد المعلولين حجّه على العله، والحجّه على العله حجّه على المعلول الآخر.

وفي دوران الأمر بين التخصيص والتخصّص، كما لو قال: أكرم العلماء ثم قال: إضرب زيدا، ودار أمره بين العالم والجاهل، لم يجز التمسك بالعام، لتكون النتيجة وجوب ضرب زيد الجاهل، لعدم وجود الملاك الذي ذكرناه، وأنه لا يعقل الإثبات في غير الموارد الثلاثة.

وإذن، لا وجه لإثبات الملكيه آنما قبل التلف، على ما ذكره الشيخ وتبعه عليه غيره.

هذا كله في الإشكال الأول.

والإشكال الثاني هو: إن للمتعاطي أن يأخذ المثل أو القيمه من الغاصب في حال تلف العين عنده، مع أن ذلك من حقّ المالك وهو ليس بمالك.

أجاب الشيخ:

بأنّ للمالك أن يطالب لكونه مالكا، وللمتعاطي أن يطالب لكونه مباحاً له.

وهذا الجواب وجيه، فما نحن فيه نظير مطالبه الآخذ عارياً، حيث أن لكلّ من المالك والآخذ حقّ المطالبه، هذا فيما إذا كانت العين موجوده بيد الغاصب، ومع تلفها فإطلاق كلامهم بأنّ التلف يوجب الملكيه شامل لما نحن فيه، فيكون للمتعاطي المطالبه بالمثل أو القيمه لكونه المالك حينئذ.

والإشكال الثالث هو: إنه إذا كان التلف سبباً للملكيه، فمتى تكون هذه

إن كان حصول الملكيه متقدماً على التلف الحاصل بعدها، لزم تأخر العله عن المعلول.

وإن كان حصولها مقارناً للتلف، لزم عروض الملكيه على المحلّ في آن انعدامه.

وإن كان حصولها بعد التلف، لزم تعلق الملك بالمعدوم.

والجواب - على مسلك الشيخ - إن التلف كاشف عن الملكيه المتقدمه، ولا مانع من تأخر الكاشف عن المنكشف. والله العالم.

قوله:

فالقول الثاني لا يخلو عن قوّه.

أقول:

كأنه قد تردّد بين المشكل والأشكل، فمقتضى أصاله عدم الملكيه بسبب المعاطاه، والشهره القائمه، عدم إفادتها ذلك، ورفع اليد عن الشهره والأصل مشكل. لكن عموم آيه الحلّ والتجاره يقتضيان إفاده المعاطاه الملكيه، ورفع اليد عنه أشكل.

فقال: لا يخلو الثاني عن قوّه.

أقول: بل هو الأقوى، لأن الأصل لا يقاوم الأماره، ولأنّ الشهره الفتوائيه ليست بحجّه.



لزوم المعاطاه

ص: ٢٢١





## إشاره

قوله:

وعليه، فهل هي لازمه ابتداءً مطلقاً كما حكى عن ظاهر المفيد، أو بشرط كون الدالّ على التراضى لفظاً كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثانى وقوّاه جماعه من متأخري المحدّثين، أو هي غير لازمه مطلقاً، فيجوز لكلّ منهما الرجوع فى ماله كما عليه أكثر القائلين بالملك بل كلّهم عدا من عرفت؟ وجوه.

أوفقها بالقواعد هو الأوّل.

أقول:

فى المسأله ثلاثه أقوال، اللّزوم وعدمه والتفصيل.

ولم يذكر الدليل على التفصيل، ولعلّه مقتضى الجمع بين عموم قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» الدالّ على صحّحه البيع وإفادته الملكيه مع اللفظ وبدونه، والإجماع القائم على عدم حصول الملكيه إلّابالاجاب والقبول اللفظيين، بأن يكون القدر المتيقّن من الإجماع وقوع البيع بالفعل المجرّد عن اللفظ مطلقاً، وأمّا لو كان الدالّ على التراضى لفظاً، فذاك باق تحت عموم الآيه. وبعباره أخرى: المخصّصه ص القائم على عدم تأثير الفعل - وهو الإجماع - دليل لئبى، فيؤخذ منه بالقدر المتيقّن، وهو الفعل المجرّد من أى لفظٍ دالّ على التراضى، وأمّا غيره، فالمرجع فيه عموم الآيه.

وكيف كان، فالعمده القولان الأوّل والثالث، وقد اختار الشّيخ الأوّل، واستدلّ له بوجه.

قوله:

بناءً على أصله للزوم في الملك، للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي، ودعوى أن الثابت هو الملك المشترك... بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول، مدفوعه. مضافاً إلى إمكان دعوى كفايه تحقق القدر المشترك في الاستصحاب - فتأمل - بأن: انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه... .

أقول:

قد استدلل رحمه الله بأصله للزوم، لأنه مع رجوع المعطى يشك في زوال الملكيه الحاصله بالمعاطاه للمتعاطي، فيستصحب بقاؤها وعدم زوالها برجوع المالك الأول.

ثم أشكل على هذا الاستدلال: بأن الملكيه الثابته كانت - على الفرض - مردده بين الملكيه اللآزمه والجائزه، فإن كانت الملكيه اللآزمه المستقره، فحدوثها مشكوك فيه، وإن كانت الحادته بالمعاطاه فارتفاعها بالرجوع متيقن، فلا يوجد شيء متيقن به مشكوك في بقائه، فلا ينفع الإستصحاب.

قال: بل ربما يزداد... لأننا نشك بأن علقه الملكيه الثابته للمالك الأول قبل المعاطاه هل زالت بالكلية أولاً، فإن كانت زائله فالملكيه الحاصله للمتعاطي مستقره، وإلا كان له استرداد ما أعطاه، فإذا استصحب بقاء العلقه تعيدنا بأن رجوعه يؤثر في زوال ملكيه المتعاطي، وبه يرتفع الشك في ناحيه ملكيه الطرف الآخر بعد رجوع المالك، وإذا جرى الإستصحاب فيه، تقدم بالحكومه على استصحاب بقاء ملكيه المتعاطي، لأن الشك في بقاء ملكيته

بعد رجوع المالك، مسبب عن الشك في بقاء علقه المالك، وقد تقرّر تقدّم الأصل السببي على الأصل المسببي.

والشيخ لم يُجب عن هذه الزيادة، ولا يبعد أنه لوضوح بطلان استصحاب علقه المالك الأوّل، لأنّ العلقه المتصوّره عباره إمّا عن الملكيه نفسها أو العلقه التي هي من آثار الملكيه أي السيطره والسلطنه، أو أن للملكيه مراتب، فيحتمل بقاء بعضها بعد المعاطاه، ولا رابع، فهل المراد من العلقه نفس الملكيه أو آثارها أو بعض مراتبها؟

أمّا أن يكون للملكيه مراتب، فهذا غير معقول، لأنها أمر اعتباري ولا يعقل المرتبه للأمر الإعتباري، وأمّا أن يكون المراد بقاء علقه المالك الأوّل، فهذا معناه تحقّق الملكيتين في الشيء الواحد، لأنّ المفروض أن المعاطاه قد أفادت الملكيه للآخذ، فمع فرض بقاء علقه الأوّل يلزم اجتماع المثليين وهو محال. وأمّا آثار الملكيه بأن تبقى للمالك الأوّل مع انتفاء علقته بالمعاطاه، فمعناه ثبوت الأثر بلا موضوع.

وتلخص: أنه لا مجال لاستصحاب بقاء علقه المالك الأوّل (١).

ثم إنَّ الشيخ قد أجاب عن الإشكال بجوابين:

أحدهما: كفايه استصحاب القدر المشترك بين اللزوم والجواز، لأنَّ هذا الجامع بين الملكيتين متيقن الحدوث ومشكوك البقاء، فأركان الإستصحاب فيه تامه، وهو من قبيل القسم الثانى من أقسام الكلّى.

وقد اختلفت الأنظار فى وجه التأمل:

قال المحقق الخراسانى: لا مجال لدعوى الكفايه على مختاره من عدم حجيه الإستصحاب مع الشكّ فى المقتضى (١).

لكنَّ الشيخ يرى جريان الاستصحاب فى القسم الثانى، فإنَّ أراد المحقق المذكور من الشكّ فى المقتضى الشكّ فى كون ملاك اعتبار الملكيه سبباً لاستمرار ودوام الملكيه وعدم كونه كذلك، فهذا مما لا يقال، إذ ليس المراد من الشكّ فى المقتضى فى الإستصحاب هو الشكّ فى الملاكات، بل المراد هو الشكّ فى قابليته المستصحب فى حدّ ذاته للثبات والاستمرار فى عمود الزمان، لكنَّ الملكيه أمر يدوم كذلك ما لم يأتِ الراجع. وإنَّ أراد تصوير سنخين للملكيه وتقسيمها إلى قصيره العمر وهى الملكيه المحدوده بعدم رجوع المالك، وطويله العمر وهى الملكيه التى لا تكون محدوده بذلك، فتكون المحدوديه بعدم رجوع المالك من مقومات ذات الملكيه. لكنَّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، لأنَّ الملكيه متى تحققت دامت، غير أن الشكّ

ص: ٢٢٦

(١ - ١) حاشيه المكاسب: ١٣.

فى أنه برجوع المالك الأول ترتفع أو لا؟ فالشك هو فى الزوال والارتفاع لا فى استعداد المتيقن من حيث البقاء فى الزمان، كما فى الزوجية المرده بين الدائمه والانقطاعيه إلى أجل معين، فإنه بعد الأجل لا يستصحب بقاء الزوجيه، للشك فى استعدادها للبقاء فى عمود الزمان.

وما نحن فيه من قبيل ما إذا دار الأمر بين البول والمنى، فإنه إذا توّضاً ووقع الشك فى بقاء الحدث لأنه إن كان الخارج هو البول فقد ارتفع، وإن كان المنى لم يرتفع، فهنا يستصحب بقاء الحدث المشترك بين الأكبر والأصغر، لأنّ الحدث ممّا إذا وجد يبقى، فإذا شك فى زواله بالوضوء استصحب.

وقيل فى وجه التأمل: إن استصحب بقاء الملكيه للآخذ وهو القدر المشترك، مسبب عن الشك فى حدوث الملكيه اللّازمه، وحيث يجرى استصحاب عدم حدوث اللّازمه، كان هذا الإستصحاب حاكماً على استصحاب بقاء الملكيه (١).  
وفيه:

أولاً: ليس الشك مسبباً عن أن الملكيه اللّازمه حاصله أو لا، بل هو فى أن الملكيه الحاصله لازمه أو جائزه، وليس هناك أصل ينقح أن الملكيه الحاصله خارجاً من أى القسمين.

وثانياً: سلّمنا، لكن حكومه الأصل السّـبـبى على المسببى مشروطه بكون التسبب شرعياً، والسببى هنا حتميّه، ولا يجرى الاستصحاب فيها، لأنه أصل مثبت.

ص: ٢٢٧

وقال الميرزا الأستاذ: لعل وجهه هو: أن المقصود من الإستصحاب فى القسم الثانى من أقسام الكلى ترتيب أثر الكلى، إذ لا معنى لترتيب أثر كل من الفردين، لأن كلاً منهما مشكوك فيه، وهنا إذا كان مفاد الاستصحاب هو التعبد ببقاء القدر المشترك وهو كلى الملكيه، كان معناه ترتيب أثر أحد الفردين وهو الملكيه اللازمه، إذ ليس التعبد ببقاء الملكيه إللازمها، فترتب أثر الفرد باستصحاب القدر المشترك، وهو خارج عن استصحاب الكلى، لأنه تعبد بالفرد لا بالكلى (١).

وهذا الوجه - وإن كان لا يخلو عن دقه - إلا أن فيه:

أولاً: إن الغرض التعبد ببقاء القدر المشترك - أى أصل الملكيه - فى الزمان اللاحق، غير أنه بسبب الاقتران الاتفاقي لعدم تأثير رجوع المالك الأول، أفاد الملكيه اللازمه، لا أن هذا التعبد عين استصحاب الفرد.

وثانياً: سلمنا، لكن يكفى استصحاب القدر المتيقن لجواز تصرف الآخذ فيما انتقل إليه بالمعاطاه، إذ الملكيه حكم وضعى، والاستصحاب جارٍ عندنا فى الأحكام الوضعيه إللافى موردٍ واحد، وغير جارٍ فى الأحكام التكليفيه إللافى موردٍ واحد، والتفصيل فى الاصول.

وتلخص: صحه ما ذكره الشيخ فى الجواب الأول، وقد ظهر أن لا وجه للتأمل فيه (١).

ص: ٢٢٨

١- ١) انظر: المكاسب والبيع ١ / ١٦٧.

اللهم إلاما ذكره المحقق الخراساني، بتقريب: أنه قد تقرّر في الأصول أنّ الشكّ في الغايه في الشبهات الحكميه شكّ في المقتضى، وفي الشبهات المصداقيه شكّ في الرفع، فمتى شكّ في تحقق مصداق الغايه خارجاً يستصحب، ولو شكّ في أنّ المستصحب مغيباً شرعاً أولاً؟ فإنه لما كانت الشبهه حكميه، يرجع الشكّ إلى المقتضى، فلا يجرى الاستصحاب.

الجواب الثاني - وهو متينٌ جداً - ومحصله: إنّ الملكيه - بأيّ معنى كانت، وقد تقدّم أن الظاهر كونها «الواجديه» - أمر اعتباري، ولا اختلاف في

هويّتها وحقيقتها، وإنما الاختلاف باعتبار حكم الشارع عليه، كأن يحكم بعد تحقق الملكيه بأنّ للمشتري أن يحلّ العقد ويفسخه، وهذا في خيار الحيوان، أو يحكم بأنّ لكلّ من البائع والمشتري ذلك، كما في خيار المجلس، أو يحكم في الهبه - غير ذي رحم والتي غير معوّضه - بجواز الاسترداد. فسواء كان الحكم بحلّ العقد أو بجواز الاسترداد، فهو حكم شرعى، مع أنّ الملكيه متحقّقه في جميع الموارد.

وبعبارة أخرى: ليس الجواز واللّزوم من قبيل الفصل المقوم للماهية، ليلزم تعدّد النوع، بل انقسام الملك إليهما انقسام بالعرض، وهما حكمان يطريان على الملك وليسا بخصوصيتين منوعتين له، إذ الحكم الشرعى - سواء الوضعى والتكليفى - قائم بنظر الشارع ولا يكون مصنفاً أو منوعاً.

وعلى هذا، فالمستصحب هو شخص الملكيه الحاصله بالمعاطاه، فهل للشارع حكم بارتفاع هذا الفرد الشخصى من الملكيه إذا رجع المالك الأصلى عنها وأنه يجوز الاسترداد أو لا؟ فنقول: الأصل بقاؤها وعدم جواز الاسترداد.

هذا، ولا يخفى أن المراد من الجواز فى قولنا الملك الجائز، هو جواز الترادّ أو حلّ العقد، والملك اللّازم عبارة عن عدم جواز الترادّ فيه أو حلّ العقد، فما فى كلام المحقق الخراسانى (1) - من أنّه جواز الترادّ، ولا علاقة للبحث بجهه الخيار حتى يقال بأنّ هذا من خصوصيات السبب المملّك، فإنه لو كانت الملكيه هنا عبارة عن جواز حلّ العقد، أمكن القول بأنه من خصوصيات السبب المملّك، لكن سيأتى أن الجواز المعطائى عبارة عن

ص: ٢٣٠



جواز تراذ العنين، فيكون من خصوصيات الملكيه - غير مستقيم.

لأن الكلام ليس في متعلق التراد أو الرجوع حتى يقال: بأن الرجوع في العقد موضوعه هو العقد، فيكون الرجوع حلّه وهو من خصوصيات السبب، والموضوع في تراذ العنين هو العين، فهو من خصوصيات الملكيه، وإنما الكلام في الجواز الوضعي، أي رجوع المالك فيما أعطاه، حتى يكون الشارع معتبراً ملكيةً جديدةً للمالك الأول وسقوط ملكيه الآخذ، وهذا الأمر الاعتباري في مرتبه متأخره، ولا يعقل أن يكون من الخصوصيات المتنوعه أو المصنّفه للموضوع في المرتبه المتقدمه.

فالكلام في أنّ الملكيه صنفان أو أمر واحد؟ ولتّما كان جواز التراد - بأى معنى كان - في مرتبه متأخره عن الموضوع وهو الملكيه، فإنه يستحيل أن يكون ما هو في المرتبه المتأخره مقسّمًا أو مقومًا ماهويًا للموضوع في المرتبه المتقدمه، إذ الموضوع بجميع خصوصياته ولوازمه متقدّم رتبه، والحكم الشرعي المتأخر رتبه لا يمكن أن يكون من الخصوصيات المقومه للموضوع.

إنا لا نقول: بأن حكم المعاطاه حلّ العقد وفسخه، بل هو جواز التراد، لكن هذا الجواز الشرعي ليس من خصوصيات الملكيه، وإنه موجب للانقسام الحقيقي، بل هو حكم شرعي يرجع إلى كفيّيه السبب، فإن الشارع يحكم بجواز التراد إذا كان البيع بالفعل.

فقوله: موضوع التراد هو العين وموضوع الفسخ هو العقد، لا وجه له في هذا المقام.

ثم إنّ الشيخ استدللّ لعدم اختلاف حقيقه الملكيه، وأن منشأ الاختلاف وانقسامها إلى الجائزه واللّازمه هو الحكم الشرعي، بأمور:

قوله:

ويدلّ عليه - مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات أو من لوازم السبب المملّك، ومع أنّ المحسوس بالوجدان أن إنشاء الملك في الهبة اللّازمه وغيرها على نهج واحد - أنّ اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، فإنّما أن يكون... .

أقول:

ذكر رحمه الله ثلاثه وجوه:

أحدها: قوله: يكفي في الإستصحاب... .

فاعترض (1) عليه: بأنّ العبارة قاصره، لأنّ هذا الكلام ليس بدليل، وإنما هو عبارة أخرى عن عدم الحاجة إلى الاستدلال، بل يكفي في جريان الإستصحاب عدم العلم بأن الجواز واللزوم من خصوصيات السبب أو المسبب، وحينئذٍ يقال: كيف يعقل كفايه الشك في الاستصحاب مع احتمال أن يكون الشك في المقتضى - لاحتمال كونهما من خصوصيات المسبب - والشيخ لا يرى جريان الاستصحاب معه.

والذى أظنّ: أن غرضه قدّس سرّه: أنّ الشك في المقتضى هو من باب التخصيص اللبّي، ففي موارد التخصيص اللبّي لا بدّ من إحراز المخصّص كى لا- يتمسك بالعام، ومع الشك في تحقّق عنوان المخصّص اللبّي يجوز التمسك به. فمراده: إنه يكفي في الإستصحاب الشك في كون الجواز واللزوم من خصوصيات المسبب أو السبب المملّك، مع أنه على تقدير كونهما من خصوصيات المسبب، يكون الشك في المقتضى، لأن

ص: ٢٣٢

١-١) انظر: المكاسب والبيع ١ / ١٦٨.

المخصّص المخرج للشك في المقتضى لبّي لا لفظي، وحينئذٍ يتمسك بعموم: لا تنقض اليقين بالشك، ويجرى الإستصحاب مع الشك في كونهما من خصوصيات السبب أو المسبب.

لكنّ غير واحدٍ من الأكابر اعترض عليه: بأنه لا- معنى لأن يكون الشك المذكور كافياً لجريان الإستصحاب، مع أنه بناءً على كونهما من خصوصيات الملك غير جارٍ عنده، لأمره بالتأمل، فيدور الأمر بين أن يكون من مصاديق مورد جريان الإستصحاب أو من مصاديق مورد عدم جريانه، فكيف يعقل كفايه الشك للجريان؟

والظاهر: أن مراد الشيخ، كما ذكرنا في استصحاب القدر المشترك، من أنه إنما يتم لو كان الأثر مترتباً على القدر المشترك نفسه، فكذلك هنا، إذ الأمر في الملكيه يدور بين الجائزه حتى تكون مرتفعه واللّازمه حتى تكون باقيه، فإن استصحاب البقاء عباره أخرى عن التعيّد بالملك اللّازم، وهذا غير جائز، وحينئذٍ نقول: إن هذا المعنى - أي عدم جواز جريان الإستصحاب في هكذا مورد - دليل لبّي، وفي موارد الدليل اللبّي في مورد الشك يجرى الإستصحاب.

ففي نفس الوقت الذي نشك في أن الجواز واللّزوم من خصوصيات السبب أو الملك، نستصحب، لأنه في مورد كونه من خصوصيات الملك إنما لا يجرى الإستصحاب بمقتضى الدليل اللبّي، ولما كان مورد الدليل اللبّي غير محرز، فالإستصحاب جار.

الثاني: هو الوجدان، إذ أن الهبه اللّازمه والجائزه على نسقٍ واحد.

يريد: أنّ اللّزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، لوقع الاختلاف في مقام الإنشاء، فهما ليسا من خصوصياته بل من الأحكام الشرعيّه للسبب.

وفيه: إنه لو كانا من خصوصيات السبب، لزم ترتب الأثر على الإنشاء المجمل.

الثالث: إنهما لو كانا من خصوصيات الملك، فلا محاله يكونان زائدين على مفهوم الملكيه، وحينئذٍ يقال: هل هذه الزيادة هي بجعل من المالك أو من الشارع؟

إن كان من المالك، لزم القول بأنها - أى الملكيه - فى مورد قصده الرجوع، جائزه، وفى مورد قصده عدم الرجوع لازمه، وهى فى مورد لا قصد عنده لا لازمه ولا جائزه، فيدور أمر اللزوم وعدمه مدار قصد المالك.

وعليه، فلو قصد الرجوع فى الهبه لذى رحم كانت الملكيه جائزه، والحال أن الهبه لذى رحم لازمه بالضروره من الفقه، وهى للأجنبى جائزه كذلك، سواء قصد الرجوع أو لا.

فالخصوصيتان لا يناطان بقصد المالك.

وإن كان بجعل من الشارع، بأن يختلف اعتباره للملكيه، لزم عدم تبعيّه العقود للقصود، وهذا محال، لأنّ العقود كلّها إمضائيه، والإمضاء يكون دائماً على طبق الممضى، ولا تختلف دائرته عن دائرته.

وقوله:

وأمكن القول بالتخلف هنا فى مسأله المعاطاه...

سهو من قلمه الشريف، لأن المعاطاه إن لم تفد الملك جاز التخلف، بأن يقصد الملك والشارع لا يمضى، لكنّ البحث هنا فى اللزوم وعدمه على مبنى إفادتها للملكيه، وحينئذٍ فلا معنى للتخلف (١).

ص: ٢٣٤

وتحصّل: إن اللّزوم والجواز ليسا من خصوصيّات الملك، بل هما حكمان شرعيّان تكليفيّان مولويّان، وعليه، فالمستصحّب هو شخص الملك - لا الجامع بين الجواز واللّزوم - إن شك في بقاء ملكيه الآخذ بالمعاطاه برجوع المالك الأوّل فيما أعطاه، فيفيد بقاء الملكيه وعدم تأثير الرجوع.

قوله:

وبالجملة، فلا إشكال في أصاله اللّزوم في كلّ عقد شك في لزومه شرعاً (١).

ص: ٢٣٥

وكذا لو شكّ في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز كالصلح من دون عوض والهبة.

نعم، لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.

أقول:

إن أصله اللزوم أصل محكم في الشبهات الحكمية والموضوعية معاً، فلو شكّ في أنّ حكم الهبة المعوّضه هو اللزوم أو الجواز، جرت أصله اللزوم، ولو شكّ في أن الملك الحاصل بالمعاطاه جائز أو لازم، فهي جاريه كذلك، وهكذا في كلّ موردٍ يشكّ في الحكم من حيث اللزوم وعدمه.

ص: ٢٣٦

وكذا فى الشبهات الموضوعية، حيث يعلم بوقوع العقد ويشك فى أن الملكيه الحاصله لازمه أو جائزه، فإنه يستصحب عدم ملكيه الراجع عن الملكيه، وهو مرادف لأصالة اللزوم معنىً.

قال: لو تداعيا احتمل التحالف فى الجملة.

مقتضى القاعده الأولى أن يكون المدعى هو من يدعى الهبه، لأن مآل دعواه ثبوت حق الرجوع، وأن يكون مدعى البيع منكرًا، لأن مآل دعواه إلى إنكار حق الرجوع، وعلى المنكر الحلف، فإذا حلف تقدم قوله. لكن قد يحتمل التداعى، إذ ربما يكون لكل من الدعويين أثر خاص، ويدعى كل منهما ترتيب الأثر، وحينئذ يقع التداعى. فقوله «فى الجملة» أى: فى بعض الأحوال، وهو ما أشرنا إليه (١).

ص: ٢٣٧

فظهر أنه إن كان النزاع - فى أن الواقع بيع أو هبه - بلحاظ الجواز واللزوم، كان من قبيل المدعى والمنكر، ومقتضى أصالة اللزوم تقدم قول المنكر بيمينه، وإن كان بلحاظ أثر آخر، كان من قبيل التداعى ولا بد من التحالف.

وهذا تمام الكلام فى الاستدلال بالأصل للقول بلزوم المعاطاه.

### الاستدلال بحديث السلطنه

قوله:

ويدل على اللزوم - مضافاً إلى ما ذكر - عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم:

الناس مسلطون على أموالهم، فإن مقتضى السلطنه أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره، فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنه المطلقه.

فاندفع ما ربما يتوهم...

أقول:

الظاهر أن غرضه هو الاستدلال بحديث السلطنه فى خصوص المورد وهو الشبهه الحكيمه، وإلا فقاعده السلطنه غير جاريه فى الشبهه الموضوعيه حتى وإن دلّ الحديث على اللزوم، فلو شكّ فى أن العقد الواقع بيع فلا رجوع أو هبه فله ذلك؟ لم يتمسك بعمومه، لكونه من التمسك بالعام فى الشبهه المصادقيه للمخصص، لضروره خروج الهبه عن تحت

ص: ٢٣٨



العامة، والمفروض هو الجهل بالعقد الواقع وأنه مصداق للخارج أو للبيع الباقي تحته.

فمراده من «يدل على اللزوم» أى فى خصوص الشبهه الحكميه، - بخلاف الإستصحاب حيث كان يجرى فى كلتا الشبهتين - ووجه التمسك به هو:

إنّ الحديث يدلّ على السّيلطنه بقولٍ مطلق، بمعنى أنّ جميع شؤون السّيلطنه وأنحائها ثابتة لصاحب المال ومنها منع الغير عن المزاحمه معه فيها، ولازم ذلك عدم تأثير تلك المزاحمه فى ملكيته له، فلا أثر لرجوع المعطى، وهو المقصود من اللزوم.

هذا، ولا يصحّ التمسك به بتقريب: أنه يدلّ على السّيلطنه فى جميع الأحوال والأزمنه، ومن ذلك زمان وحال رجوع المالك فيما انتقل عنه. إذ يرد عليه: إنّ موضوع السّيلطنه كما هو ظاهر كلمه «أموالهم» هو المال المضاف إلى الناس بإضافه الملكيه، فلا بدّ من لحاظ حيثيه «مالهم»، وعندما يرجع المعطى فيما أعطاه، نشكّ فى خروج المال وعدم خروجه عن كونه ملكاً للآخذ، فالموضوع مشكوك فيه، والتمسك بالحديث من أجل إثبات عدم الخروج، تمسك بالحكم فى حال عدم إحراز موضوعه. فالقول بعموم الحديث للأزمنه والأحوال تام، إلّا أنه لا يصلح لإثبات الموضوع فى المقام.

وأما الإشكال: بأن معنى الحديث: أنّ الناس غير محجورين من التصرف فى أموالهم، ولا مساس له بهذا البحث، كما فى تعليقه المحقق الخراسانى (1).

ص: ٢٣٩

(١ - ١) حاشيه المكاسب: ١٤.

فقد تقدّم الجواب عنه، بأن الحديث مسوق لإثبات السّلطنة، ومعناها التمكن من الشيء عن قهر، فهو يفيد القاهريّه وهو أمر وجودى وليس فى مقام النفى، نعم، لازم القاهريّه عدم المحجوريّه.

والمهمّ ما أورده بعض الأكابر بما توضيحه: إنّ الموضوع فى الحديث هو «أموالهم»، ومادام هذا الموضوع ثابتاً بالحكم وهو «السّـ لطنه» موجود، وإذا كان للطرف المقابل حق التملك، فذاك إخراج موضوعى، ولا مزاحمه أبداً بين دليل الإخراج الموضوعى والحكم المترتب على الموضوع، ولذا، فقد تقرّر فى الأصول أنه لو قال: أكرم العلماء، وجب إكرام زيد وعمرو وبكر... فلو قال: لا تكرم زيدا، وقع التعارض وتقدّم على العام إذا كان أظهر منه وإلا فلا، أمّا لو قال: زيد ليس بعالم، فإنه يتقدّم عليه حتى وإن كان أضعف منه ظهوراً، لأنه يزاحمه فى الموضوع ورافع له. وأيضاً، فقد تقرّر تقدّم الأصل السببى على المسببى بالحكومه، والسّرّ فى ذلك أنه رافع للموضوع فى المسببى. وأيضاً، تقرّر أنّ الأماره وارده أو حاكمه على الأصل، وذلك لأن موضوع الأصل هو الشك والأماره رافعه له، ولذا لا يقع التراحم بين الأصل والأماره أبداً.

وعلى هذا، فمدلول الحديث أنه ما دامت الإضافه الملكيه موجوده، فالسلطنه ثابتة، أمّا لو قام الدليل على جواز الترادّ فى المعطاه، أفاد أنّ للمعطى أن يرفع عنوان «أموالهم»، أى الإضافه الحاصله للآخذ بالمعطاه، فيكون مقدّماً على السّلطنه بالحكومه أو الورود. والحاصل: عدم دلالة الحديث على إبقاء الإضافه، لأنّ الحكم لا يتكفّل الموضوع لا حدوداً ولا بقاءً، ومع عدم الموضوع وهو «أموالهم» - كما تقدّم - لا وجه للمزاحمه.

أقول: وهذا الإشكال دقيق، إلّا أنّ الإنصاف عدم وروده كذلك، لأنّ مفاد الحديث حكم وضعي، لأنه اعتبار للسّيلطنه على أموالهم، وقد عرفت أن المراد منها ثبوت جميع مراتبها، فإذا رجع المالك الأوّل، هل تتحقّق الملكيه له في ذلك الآن أو في الآن المتأخر عنه؟ إنه لا-ريب في أن الملكيه مسّبه عن الرجوع، فهو في مرتبه سابقه عليها، وعنوان «أموالهم» في تلك المرتبه محفوظ والقاهره موجوده، وحينئذٍ تتحقّق المزاحمه بين مدلول الحديث والرجوع، ويكون الحديث مانعاً عن تأثيره.

وتلخّص: تماميه الاستدلال بالحديث على الوجه الذي ذكره الشيخ (١).



قوله:

ومنه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: لا يحلّ مال امرئ إلّا عن طيب نفسه. حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحلّ بغير رضاه. وتوهم: تعلق الحلّ بمال الغير، وكونه مال الغير بعد الرجوع أوّل الكلام. مدفوع بما تقدم، مع أنّ تعلق الحلّ بالمال يفيد العموم...

أقول:

الموجود في الأخبار: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» وفي روايه: «لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلّا عن طيب نفس منه» وفي ثالثة:

«لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبه نفسه»(١).

ص: ٢٤٣

ووجه الاستدلال - كما ذكر الشيخ - إن حليته مال الشخص لغيره منوطه بطيب نفس صاحب المال، فليس للمالك الأوّل الرجوع في مال بدون طيب نفس الآخذ واسترجاعه منه: وليس الاستدلال بعموم الخبر بمعنى: أنه لا يحلّ في جميع الحالات والأزمنة، حتى يقال: بأن التمسك بالحديث مع الشك في بقاء الإضافة المالكيه بعد رجوع المالك الأوّل، من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه، بل إنّ مفاد الخبر: انحصار سبب الحليته بطيب النفس، وعليه، فليس للمالك الأوّل حليته في المال إلّا بطيب نفس الآخذ. وبعبارة أخرى: إذا حصلت المعاطاه وتحققت الإضافة الملكييه للآخذ وكان مصداقاً

ل«مال امرىء»، كان رجوع المعطى تملكاً للمال بدون رضا المالك. وقول الشيخ في دفع التوهم: «مع أن...» معناه: عدم نفوذ التصرف وعدم حليته التملك، فهو يعمّ الحكمين: الوضعى والتكليفى، فليس لأحدٍ إخراج المال عن ملكيته صاحبه.

أقول:

ليس المراد هو الحليته اللغويّة، لتكون أعمّ من التصرف والتملك، لأنّ قوله عليه السّلام: لا يحلّ... قد وقع فى حيز الإنشاء، وهو إمّا إنشاء للحكم التكليفى أو إنشاء للحكم الوضعى، فالمراد أحد الحكمين، فإنّ كان الحكم التكليفى، عاد الإشكال، إذ التصرف فى مال الغير لا يجوز، والرجوع يخرج الملك عن كونه للغير، وإنّ كان الحكم الوضعى، تمّ الاستدلال، إلّا أنه لا دليل على تعينه.

وبعبارة أخرى: إنّ الظاهر كون الاستدلال بما روى عن صاحب العصر عجل الله فرجه من أنه «لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرف...» فإنّ كان المراد الجواز التكليفى، فهو أجنبى عن البحث، وإنّ كان المراد الجواز الوضعى ليدلّ على لزوم ما يشكّ فى لزومه وجوازه، فلا إشكال فيه، لكن تردّد الخبر بين المعنيين مانع من الاستدلال.

وتلخص: إنه لا يعمّ الحكمين، خلافاً للشيخ.

وقد يمكن توجيه الاستدلال بأنه: لا مجال مع إسناد عدم الحليته والجواز إلى المال لتقدير لفظ التصرف ونحوه، وعدم حليته المال عبارة عن عدم تملكه، فهو ظاهر فى الحكم الوضعى بلا ترديد.

والإنصاف: أن الاستدلال بالخبر مشكل، لأنه مبنيّ على أن تكون الحليته وضعيه، مع أنّ التكليفية أيضاً مراده يقيناً، فيكون اللفظ الواحد مستعملاً فى

ص: ٢٤٥

معنيين متباينين، وهو محال. هذا أولاً.

وثانياً: إن الحكم - وهو «لا يحلّ» - لا يكون حافظاً لموضوعه، وهو الإضافة المالكيه المدلول عليها بقوله: «مال امرئ».

### الاستدلال بالآيه «لا تأكلوا...»

قوله:

ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ» (١). ولا ريب أن الرجوع ليس تجاره ولا عن تراضٍ، فلا يجوز أكل المال.

والتوهم المتقدم في السابق...

أقول:

إن الأكل كناية عن التصرف التملكي، فلا- يجوز في المعاملات إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ، فإذا وقعت المعاملة وأصبح الطرف المقابل مالكا، لم يجر للمعطي الرجوع أو الفسخ والتملك لما أعطاه، إلا أن تكون تجاره عن تراضٍ.

والتوهم السابق جارٍ هنا، بأن يقال: لم لا يكون رجوعه جائزاً وموجباً لخروج المال عن كونه للغير؟ فأجاب الشيخ:

لأن حصر مجوز أكل المال في تجاره إنما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل لا لغيره.

أي: نستدلّ بجمله المستثنى الدالّ على انحصار الأكل التملكي في

ص: ٢٤٦



التجاره عن تراض، فإذا لم تكن، كذلك كان التملك أكلاً بالباطل، فالرجوع لا عن تراض منهى عنه.

وقال السيد في التعليق على قول الشيخ: «والتوهم السابق جارٍ هنا» قال:

يعنى مع دفعه (١).

أقول: لقد كان التوهم السابق أنه لا دلالة على اللزوم، لأنه بالرجوع والفسخ يرتفع الموضوع وهو كون المال للغير، وكلّ حكم يدور مدار ثبوت موضوعه ولا يعقل أن يكون مثبتاً له، لا حدوداً ولا بقاءً، ولا منافاه بين خروج المال عن كونه للغير بنحو من الأنحاء، سواء كان بالرجوع أو الفسخ أو غير ذلك، فهي ناهيه عن أكل مال الغير بالمعنى الأعم من التصرف فيه وتملكه، إلّا بالتجاره عن تراض.

لكنّ شيخنا الأستاذ قال: وفي بعض النسخ المصححه: والتوهم المتقدم في السابق غير جارٍ هنا (٢).

أقول: وهذا ليس ببعيد، لأن مساق كلام الشيخ: إن هذا أكل بنحو التملك، والآيه تحصر الأكل كذلك بأن يكون تجاره عن تراض. والحاصل:

إن الرجوع والفسخ ليس من التملك عن تراض، فهو غير جائز ونافذ.

قوله:

ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها....

أقول:

ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها، فإنه - بقتضى الفهم العرفى - يكون الرجوع فى المال بغير رضا المالك تصرفاً وأكلاً بالباطل.

ص: ٢٤٧

١-١) حاشية المكاسب ١ / ٣٥٩.

٢-٢) حاشية المكاسب ١ / ١٤١.

قوله:

نعم، بعد أن أذن المالك الحقيقي وهو الشارع... .

أقول:

اللَّهُمَّ إِيَّاكَ كُلَّ مَوْرِدِ أَذْنِ الشَّارِعِ فِيهِ بِالتَّصَرُّفِ، كَمَا فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ، فَإِنَّهُ - لَوْلَا-يَتَّعَمُّ الْعَامَّةَ الْمَطْلُوقَةَ - قَدْ أَذِنَ لِكُلِّ مَنْ  
المتعاملين بفسخ المعامله ما دام في المجلس وإن لم يرض الطرف الآخر، وكذا في خيار الحيوان، حيث جعل للمشتري السِّلْطَنَه  
على فسخ المعامله إلى ثلاثة أيام وإن لم يرض البائع، وكذا في الشفعه، حيث يكون للشريك تملك الحصه المبيعه بدفع ثمنها  
للبيع وإن لم يرض المشتري.

قال:

ولذا كان أكل المارّه من الثمره الممرور بها أكلاً بالباطل، لولا إذن المالك الحقيقي.

وبالجملة، فإنه في الموارد التي جعل صاحب الولاية الخيار أو السِّلْطَنَه على الرجوع، تكون الآيه المباركه مخصيه، أمّا في  
غيرها، فهي دالّه على عدم الجواز.

فهذا وجه الإستدلال، والإنصاف أنه لا بأس به (١).

ص: ٢٤٨



## الاستدلال بأدله خيار المجلس

قوله:

مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع مثل: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: البيعان بالخيار ما لم يفترقا.

أقول:

إنّ التعاطى بيع بالحمل الشائع، فالمتعاطيان يبيعان، فلهما الخيار ما لم يفترقا، وإن كان هذا الخيار قهراً عليهما من الشارع، إلّا أنه محدود بما دام كونهما في المجلس، فإذا افترقا فلا خيار لهما ووجب البيع.

فالخبر يدلُّ على أن لا تأثير للرجوع بعد التفريق من المجلس، وهذا هو اللزوم.

نعم، هذا الاستدلال يتوقف على أن يكون «الخيار» في الخبر أعمّ من فسخ العقد والتراد، أمّا لو قيل بأن المراد منه خصوص الفسخ فقط، أشكل الاستدلال به لمنع الرجوع في المعاطاه، إلّا أنه يمكن دفعه بتنقيح المناط.

فلا بأس بالاستدلال بالخبر للزوم المعاطاه.

## الاستدلال بالآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

قوله:

وقد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بناءً على أنّ العقد هو

ص: ٢٥٠

مطلق العهد كما في صحيحه عبد الله بن سنان، أو العهد المشدّد كما عن بعض أهل اللغة. وكيف كان، فلا يختص باللفظ، فيشمل المعاطاه.

أقول:

في تفسير الصافي (١) عن القمي رحمه الله عن الصادق عليه السلام:

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أي: بالعهود.

ونقل الشيخ عن بعض أهل اللغة أنّ العقد هو العهد المشدّد (٢).

وفي المفردات: العقد: الجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل ذلك في الأجسام الصّلبه، كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني، نحو عقد البيع والعهد وغيرهما... (٣).

وعلى الجملة، فإنّ العقد هو العهد المرتبط والمشدود بعهدٍ آخر، ولا منافاه بين ذلك المذكور في الكتب اللّغويّه وما جاء في النصّ الصحيح.

ومّا يشهد بذلك إسناد «الوفاء» بالعهد في موارد كثيره من القرآن الكريم، قال تعالى: «أَوْفُوا بِعَهْدِكُمْ» (٤) و «وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ» (٥) و «بَلَى مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ وَاتَّقَى» (٦) و «الْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا» (٧) إلى غير ذلك.

فهل المعاطاه عقد؟ وما المراد من الوفاء؟ وهل هذا الأمر إرشادي أو

ص: ٢٥١

١-١) تفسير الصّافي ٢ / ٥ عن تفسير القمي ١ / ١٦٠.

٢-٢) لسان العرب ٩ / ٣٠٩.

٣-٣) المفردات في غريب القرآن: ٣٤١.

٤-٤) سورة البقره: ٤٠.

٥-٥) سورة النحل: ٩١.

٦-٦) سورة آل عمران: ٧٦.

٧-٧) سورة البقره: ١٧٧.

مولوى؟ وعلى الثانى وضعى أو تكليفى؟

قيل: العقد - وهو عبارته عن العهد المشدد أو الميثاق المبرم - يعتبر أن يكون باللفظ، والمعاطاه لا تسمى عقداً.

ولكن كلاً من اللفظ والفعل يصلح لأن يكون مظهراً للميثاق الذى تقرره النفس الناطقه الإنسانيه، والمفروض هو المعاطاه الحاصله بقصد التمليك، فكل من الطرفين يقرر أن يكون ماله للآخر، أو فقل: البائع يقرر بالمعاطاه أن يكون ملكه للمشتري بعوض، وذاك يقبل بأخذه الشئ ويدفع العوض وفاءً.

وعلى الجملة، فإن العقد بالمعنى المذكور فى الروايه واللفظ، صادق على المعاطاه.

وأما الوفاء، فهو عبارته عن ترتيب أثر المقتضى على طبق اقتضائه على وجه الكمال والتمام، فى مقابل النقص أو النقص.

وربما يتوهم: أن المقتضى - وهو التمليك والتملك - أثره هو التسليم والتسلم، فيكون «أوفوا» أمراً بتسليم ما ملكه.

لكنه يندفع: بأن الأمر بالوفاء فى الآيه مطلق، وإطلاقه يعم جميع الآثار، ومنها التسليم والتسلم، فمن ملك غيره شيئاً وجب عليه تسليمه ما ملكه، لكن عدم التصرف فى مال الغير وتوقفه على الإذن من الآثار كذلك، فالآيه غير ظاهره فى خصوص التسليم والتسلم.

وربما يتوهم أيضاً: أن إيجاب الوفاء بالعقد يدور مدار ثبوت العقد ووجوده، والرجوع والفسخ يحل العقد فلا يبقى موضوع للوفاء، فالآيه غير داله على لزوم العقد.

والظاهر: أن هذا التوهم قد نشأ من أخذ العقد فى الآيه بالمعنى الاسم مصدرى، لكنه بالمعنى المصدرى، لأن الإنسان يملك الشئ عند ما ينشئ

العقد لفظاً أو فعلاً، وقولنا: هذا العقد باق، اعتبار. والبقاء الاعتبارى غير العقد الذى وجد فى الخارج.

فمعنى الآيه المباركه: إن العقد الذى حققتموه فى الخارج يجب عليكم الوفاء به، وليس معناها أن الأمر الاعتبارى الذى جعل له البقاء اعتباراً يجب الوفاء به، حتى يقال بارتفاعه بالرجوع أو الفسخ. وبالجملة، فإن ارتفاع الموضوع بما ذكر إنما يتم لو كان المراد من العقد فى الآيه هو المعنى الاعتبارى الاسم مصدرى الذى يعتبر له البقاء، وقد عرفت أن المراد منها ليس إلّا المعنى المصدرى، وحينئذٍ، يكون الشئ للطرف ولا يجوز المعارضه معه بوجه، والرجوع نقض للعهد ومخالف للوفاء، فهو منهى عنه.

وأما أن الأمر فيها إرشادى أو مولوى؟ فقد كان للميرزا الاستاذ رحمه الله قاعده كليته فى أن الأوامر المتعلقة بالعبادات لها ظهور ثانوى فى الجزئيه والشرطيّه، فقوله: إرّكع، إرّشاد إلى أن الرّكوع جزء من الصّلاه، وقوله:

توضاً للصّلاه، إرّشادٌ إلى شرطتيّه لها، وكذا الكلام فى النواهى، فقوله: لا تصلّ فى الحرير، لا تصلّ فيما لا يؤكل لحمه، إرّشاد إلى المانعيّه.

وأما فى المعاملات، فالأمر والنهى بيان لا اعتبار وجود خصوصيّه أو عدم وجودها، فإذا قال: لا تغزّ فى البيع، كان المعنى: أن الغرر مفسد للبيع، وإذا قال: بع بالكيل، كان المعنى: إن الكيل شرط.

وعليه، فالآيه المباركه إرّشادٌ إلى صحّه العقود وأنها مؤثره شرعاً، وعليه، فلا دلالة لها على اللّزوم.

لكنّ الإنصاف عدم إمكان المساعدة على ما ذكره بنحو الإطلاق، وقد كنّا نخالفيه فى الدرس ونقول: بأنّ رفع اليد عن ظاهر الكلام فى الموليّ لا يكون إلّ بالقرينته، فلولا القرينه على الإرشاديه، فإن مقتضى القاعده إبقاؤه

وقد أوجب الشارع بالآية المباركة ترتيب الأثر على العقد ترتيباً كاملاً، وهو يدلّ بالالتزام على الصحّة، إذ لا يعقل أن يكون الشيء الفاسد يجب الوفاء به وترتيب الأثر عليه، وإذا دلّت الآية على الصحّة، أمكن القول بدلالتها على اللّزوم، لأنه مقتضى إطلاق الأمر بالوفاء، أى: فى جميع الآثار والأزمنة والحالات، فالعقد لازم سواء فسخ أو رجع أو لا.

فالأمر فى بدو الأمر حكم تكليفى، ويدلّ بالالتزام على الصحّة، وهو من جهة الإطلاق، يدلّ على وجوب ترتيب الآثار كلّها، وهذا معنى اللّزوم.

وكان الميرزا الاستاذ يقول: بأنّ قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بنفسه اعتباراً للحكم الوضعى، أى اللّزوم.

وهذا وإن كان جائزاً، بأن يكون من باب ذكر اللّزوم وإرادته الملزوم، لكن لا دليل عليه، بل الصّحيح ما ذكرناه.

وتلخص: أنّ الآية تدلّ على أنّ كلّ عقد شك فى جوازه ولزومه، فهو لازم، وشمولها للمعاطاه موقوف على صدق «العقد» عليها، وقد تقدّم بيان ذلك.

لكنّ شيخنا الميرزا كان يقول: بأنها تدلّ على اللّزوم فى العقود اللفظية فحسب، ولا تشمل المعاطاه لعدم كونها عقداً، وتوضيح كلامه قدس سره يتمّ ضمن امور:

١ - إن تمليك الشيء مع الالتزام بذلك بعدم نقضه هو العهد، ولولا هذا الالتزام القلبي لم يصدق عليه عنوان العقد، بل يكون مجرد مبادله مالٍ بمالٍ، فالعقدية منوطه بجهه الالتزام القلبي الباطنى المذكور.

٢ - والأمر الباطنه لا يترتب عليها أثر ما لم تبرز خارجاً، ولذا لا أثر للنّيات والعزائم المجرّده.



٣ - والدلالة الالتزامية من أحكام الألفاظ، وأما الأفعال فلا دلالة لها.

وعلى ما ذكر، فلو أنشأ مبادل مالٍ بمالٍ باللفظ، دلّ بالالتزام على الأمر الباطنى المزبور، ولذا يسمّى بالعقد، وأما لو أنشأ ذلك بالفعل الخارجى، فقد حَقَّق المبادل، لكنّ الدلالة الالتزامية غير موجودة، فلا تسمّى بالعقد وإن كانت تمليكاً.

لكنّ التحقيق: إن العقد عبارته عن الإرتباط بين الشئيين، وهو العهد، ولما كان التمليك من الأمور الإنشائية الناشئة من النفس الإنشائية الناطقة، كان عهداً من العهود، ولا حاجة معه إلى عهدٍ والتزامٍ زائد.

وقوله رحمه الله: بأنّ العقد له مدلولان: مطابقى، وهو عبارته عن مضمون العقد الذى ينشؤه العاقد كمبادل مالٍ بمالٍ الذى هو البيع، والتزامى، وهو عبارته عن التعهد والالتزام بالمضمون.

فيه: أنه إذا كانت العهديه بلحاظ أنّ مبدء الإنشاء الصادر هو ما فى الضمير، وأنّ التمليك الذى يحقّقه إنما هو مقتضى عزمه والتزامه، فحينئذٍ لا فرق بين أن يكون المظهر له قولاً أو فعلاً، وسيأتى فى مباحث الخيار - فى أنه إذا شرط فى ضمن العقد وتخلّف الشرط - : أنّ التحقيق ثبوت الخيار وعدم بطلان العقد، لأنّ التمليك الحاصل من البائع - مثلاً - يشتمل على التزام باطنى بما فعله، والدليل على ذلك هو ظاهر الحال لا اللفظ، خلافاً للاستاذ قدّس سرّه، وشرط الخيار يرتبط بظاهر الحال، لا أنّ الملكيه منوطه بالشرط حتى تنتفى بانتفائه ويبطل العقد، بل الالتزام منوط به، فيكون العقد على حاله مع ثبوت الخيار (١).





قوله:

وكذلك قوله صلى الله عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم، فإنَّ الشرط لغهً مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

أقول:

تقريب الاستدلال - سواء كان لفظ الحديث: «المؤمنون» (١) أو «المسلمون» (٢) - أن المؤمن إذا اشترط شرطاً يقف عنده ولا يتخلف عنه، وهذا هو المدلول المطابق، وهو حكم تكليفي ظاهراً، فيجب الوفاء بالشرط ولا يجوز رفع اليد عنه.

والقول بأنه (٣) كناية عن صحه الشرط أو لزومه: خلاف الظاهر.

إنما الكلام في الصغرى، إذ المعاطاه بيع، ولكن هل البيع شرط حتى يجب الوقوف عنده؟

قد اختلفت كلمات أهل اللغة في معنى الشرط، ف قيل: هو الإلزام والالتزام، وقيل: العهد، وقيل: التعليق، وقيل: الربط. وفي القاموس: قرار

ص: ٢٥٨

١-١) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الرقم: ٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الرقم: ١.

٣-٣) حاشية المكاسب للإصفهاني ١ / ١٤٨.

يرتبط بالبيع، ولا يبعد أن يكون الأول، ولذا يقال في التكويتات: الشرط في نموّ النبات شروق الشمس عليه، أو الشرط في تحوّل الماء بخاراً إصابه النار.

أى يلزم ذلك.

وبعبارة اخرى: اللّزوم تاره: تكويني، فيقال: شرط المشى كذا، وشرط الجلوس كذا، وشرط الطبخ كذا... واخرى: جعلى، فيقال: الوضوء، ستر العوره، الاستقبال، شرط للصلاه... فالصلاه مرتبطة بهذه الامور، وثالثه:

اللّزوم الحاصل بحسب الجعل، بأن يقيد المتعاقدان التزامهما بالبيع - مثلاً - بشيء كخياطه الثوب.

وعلى ما ذكر، فإن كان الالتزام الابتدائي مصداقاً للشرط، كان البيع شرطاً، إلّا أنّ ذلك غير ثابت لغه، بل القدر المتيقن من الشرط أن يكون العمل مرتبطاً بعملٍ آخر، فيتحقّق اللّزوم والالتزام بين العمليين.

فظهر: أن صدق عنوان «الشرط» على «البيع» غير واضح، ففي الاستدلال بالحديث على لزومه نظر(١).

ص: ٢٥٩



## في دعوى الإجماع على عدم اللزوم؟

قوله:

والحاصل أنّ الحكم باللزوم... إلّا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاه... .

أقول:

والحاصل: إنه كلما شك في لزومه وجوازه، فإنه يبني على لزومه بلا ريب.

إلّا أن في خصوص المعاطاه - مع كونها بيعاً مفيداً للتمليك - دعوى الإجماع على عدم اللزوم، وقد ذكر الشيخ بعض الكلمات.

والإجماع في المقام تارة: بسيطاً قد ادّعاه بعض الأساطين (١) وجامع المقاصد (٢)، وادّعيا أن لكلّ من الطرفين الرجوع. واخرى: مركّب، لأن

ص: ٢٤١

---

١-١ شرح القواعد ٢ / ١٥.

٢-٢ جامع المقاصد ٥ / ٣٠٩.

الأصحاب بين قائل: بأن المعاطاه تفيد الملك، وقائل: بأنها لا تفيده، فالقول بأنها تفيد الملك اللّازم إحداث لقول ثالث.

إلّا أنّ الإجماع المركّب، إنّما يتحقّق - كما تقرّر في محلّه - فيما إذا كان للقولين دلالة التزاميّة على نفى القول الثالث، وإلّا فلا أثر لكون الأئمّه على قولين، ولا مانع من إحداث القول الثالث، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وبعبارة اخرى: إنه مع عدم الدلالة الالتزاميّة على نفى الثالث، يكون الفقهاء ساكتين عنه، فيكون حكمه حكم الإجماع السكوتى الذى لا كاشفيّه له عن رأى المعصوم أو الدليل المعتبر، ولا يوجد فى المقام هذا الاستكشاف الذى هو ملاك الحجّيه، كما لا يخفى.

وأما دعوى الإجماع البسيط ففيها:

أولاً: لقد ذكر العلامة: أنّ الأشهر عندنا أنه لا بدّ من الصّيغه، وهذه العبارة - كعبارتيه فى المختلف والتحرير (1) - ظاهره فى عدم تحقّق الصغرى.

وثانياً: سلّمنا، لكنّه إجماع منقول، وهو ليس بحجّه.

وقال الشيخ: إن المظنون قوياً تحقّقه على عدم اللّزوم... .

ومجرّد الظنّ بالإجماع - ولو كان حجّةً - ليس بحجّه.

### فى دعوى السيره على عدم اللّزوم؟

قوله:

بل يمكن دعوى السيره على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيره التى... .

أقول:

الإنصاف عدم الفرق - فى السيره المتعارفه بين العقلاء - بين الامور

ص: ٢٦٢

---

١-١) تذكره الفقهاء ١٠ / ٧، مختلف الشيعه ٥ / ٥١، تحرير الأحكام ١ / ١٦٤.



الخطيره والمحقره.

وقوله: نعم، ربما يكتفون بالمصافقه... .

فيه: إن لفظ بارك الله لك ونحوه، ليس إنشاءً للتمليك، فإذا كانوا يكتفون بذلك، فهم بالمعاطاه ينشأون التمليك، والمصافقه وقولهم ذلك يكون بعد الإنشاء.

وقوله: بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع... .

فيه: إن الأمر ليس كذلك، بل يقال للراجع أنك قد بعت وقضى الأمر فلا ترجع، ولذا نرى أن الراجع يلتمس من الطرف الآخر الموافقه على التردا.

وتلخص: أن لا مشكله من ناحيه الإجماع والسيره.

وأن الأدله على لزوم المعاطاه محكمه.

وقد ذهب شيخنا الميرزا إلى أن مقتضى القاعده عدم لزوم المعاطاه، فقال بأن الجواز أو اللزوم:

تارة: حكم شرعى، فالشارع هو الحاكم بلزوم العقد أو جوازه بمقتضى الملاك، وفي مثله لا يعقل ارتفاع الحكم أو تحقق ما يخالف الحكم الشرعى من المتعاقدين، ومن ذلك عقد النكاح وعقد الضمان وجميع موارد الإيقاعات إلا ما شد من اللوازم، وكالهبه غير المعوضه ولغير ذى رحم، ونحو الهبه من موارد العقود الجائزه بحكم الشرع.

واخرى: حقى، بأن يكون له الحق فى الرجوع أو لا- يكون له ذلك، وهذا قد يكون بجعل من الشارع، وقد يكون بجعل من المتعاقدين.

والقاعده الكليه هى: أنه كلما لا يقبل الإقاله، فلا يقبل الخيار وحق الرجوع، وكلما يكون قابلاً لذلك بجعل من الشارع أو منها، فهو قابل للخيار والرجوع.

ص: ٢٤٣

ثم قال:

إن المتعاملين لما يملكان المال، فكلُّ منهما يملك الآخر التزامه بما أنشأه ويكون مسلطاً عليه، إلّا أن يرفع يده عن تسلطه، وهذا هو الإقالة، ولو اشترط الخيار، فإن كان لكل منهما، فلا تملك للالتزام، وإن كان لواحد، كان من له الخيار مالكاً للالتزام نفسه دون الآخر الذي لم يشترط له الخيار، فإنَّ التزامه ملك للطرف.

وعليه، ففي مورد الالتزامات الحقيقيه، إذا لم يكن دليل على اللزوم الحقي من ناحيه الشارع، فلا بد من الدليل عليه من ناحيه المتعاملين، فإن كان الإنشاء لفظياً، دلَّ بالالتزام على تسليطه الطرف الآخر على التزامه بالمنشأ، وأما إن كان التملك بالتعاطي، فلا توجد تلك الدلاله، وتبقى المعامله قابله للإقاله والتراد، ولا دليل على لزومها.

فمقتضى القاعده: عدم لزوم المعاطاه.

أقول:

إنا لو سلمنا جميع المقدمات، فإن الدليل الشرعي قائم على لزوم المعاطاه إذا افترقا، وهو قوله عليه وآله الصيلاه والسلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع.

وبعد التنزل، فالإستصحاب.

فالمعاطاه - بما هي هي - على تقدير التسليم بالمقدمات، وستكلم عليها في الخيارات - غير مقتضيه بنفسها اللزوم الحقي والحكمي، ولكن حيث لا دليل على جوازها، فإن مقتضى الأدله والإستصحاب أنها الملك اللزوم، ويكون القول بالجواز محتاجاً إلى الدليل. والله العالم.

ص: ٢٦٤

## الكلام فى الروايه: إنما يحلّل الكلام...

قوله:

بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به فى باب المعاطاه، تارة على عدم إفاده المعاطاه إباحه التصرف، واخرى على عدم إفادتها اللّزوم... وهو قوله صلى الله عليه وآله: إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام. وتوضيح المراد منه... .

أقول:

عن خالد بن الحجاج - كما فى التهذيب (١) - أو ابن نجيح كما فى الكافى (٢) قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يجيئنى ويقول: اشتر لى هذا الثوب وأربحك كذا وكذا.

فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟

قلت: بلى.

قال: لا بأس. إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام (٣).

وليس قوله: اشتر لى هذا الثوب... توكيلاً له فى الشراء، وإلّا لقال: لك أجره كذا وكذا، بدلاً عن: أربحك كذا وكذا.

وفى قوله: «اشتر لى» احتمالان، أحدهما: إزامه بالاشراء، كناية عن أنى قد اشتريت منك بالفعل ما ليس عندك بربح. والثانى: الطلب منه لأن يشتري لنفسه ثم يبيعه الشىء بربح، فلا تكون المعامله واقعه بالفعل وإنما هى

ص: ٢٦٥

١- (١) تهذيب الأحكام ٧ / ٥٠، الرقم: ٢١٦.

٢- (٢) الكافى ٥ / ٢٠١، الرقم: ٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الرقم: ٤.

مواعده ومقاوله. والثاني، لا إشكال فيه دون الأوّل.

قوله:

إن هذه الفقرة - مع قطع النظر عن صدر الرواية - تحتمل وجوهاً... .

أقول:

فذكر أربعة وجوه.

وقوله: مع قطع النظر... إشاره إلى أنه لا مجال لشيء من الاحتمالات بالنظر إلى صدر الرواية، لأن الذي فيه هو الكلام المعاملي لا مطلق الكلام واللفظ.

وأما الوجوه:

فالأوّل: أن تكون الحليّة والحرمة منوطين بالتلفّظ، فلا بدّ من النطق الدالّ، سواء بالدّلاله المطابقيه أو الالتزاميه، وأنه لا يكفى القصد والتّيه ولا العمل الخارجى، فيكون مدلول الخبر: عدم إفاده المعاطاه الملكيه.

لكنّ هذا المعنى ليس بمرادٍ كما ذكر الشيخ، إذ مفاد الخبر أنه ليس له أن يبيع الشيء قبل أن يشتريه، وأنّ الكلام الواقع فى المعامله محلّ تارةً ومحرمّ اخرى إذا وقع قبله، كما فى الصحيحه: «عن رجل قال لى: اشتر هذا الثوب وهذه الدابّه وبعنيها، اربحك فيها كذا وكذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» (١).

وأورد الشيخ على الوجه الأوّل:

أولاً: إن قوله: إنما يحلّ الكلام... بمثابة التعليل للجواب عن السؤال، فلو كان الوجه الأوّل هو المراد، لما كان له ارتباط بالسؤال والجواب.

ص: ٢٦٦

وثانياً: إن انحصار المحلل والمحرم باللفظ يستلزم تخصيص الأكثر، لأن الحيازه محلله، والمعاطاه محلله، وغلجان العصير العنبي محرم وذهاب ثلثيه محلل، الهدية والهبة والضيافة محلل، والسفر محلل، والحضر محرم، فالمحللات والمحرمات غير اللفظية كثيرة في الشريعة.

وكلامه متين جداً.

والثاني: أن يكون المعنى: إن الكلام بماله من المضمون، أي المضمون الذي يؤدي بالكلام، إن كان على الموازين الشرعية، كان محللاً، وإلا كان محرمًا، نظير الخبر في المزارعه عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر.

فقال: لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقرًا، ولكن يقول لصاحب الأرض:

أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا، نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمى بذراً ولا بقرًا، وإنما يحرم الكلام» (١).

أي: فإذا كان مضمون المزارعه هو المشاركة في الزرع بأن يكون لكل منهما نصيب، كان الكلام محللاً، وإن لم يكن كذلك فالكلام محرم.

وفيه - كما ذكر الشيخ - أن المورد ليس من المقصود الواحد الذي يُنشأ بمضمونين، بل الذي وقع السؤال والجواب عنه هو المعاملة مع من ليس بمالك للشئ، بل عليه أن يشتريه ويبيعه بربح. فهذا المعنى لا مناسبه له بالخبر أصلاً.

والثالث: أن يكون الكلام الواحد محللاً إن وقع في محله، كما في العقد على المرأة الخلية، ومحرمًا إن وقع في غير محله، كما في العقد على المرأة

ص: ٢٤٧

المعتدّه. أو يكون وجوده محللاً، كما لو أذن في التصرف، وعدمه محرّماً، كما لو لم يأذن بذلك.

وفى الوافى (١): المراد من الكلام إيجاب البيع، فلمّا لم يكن عنده الشىء، كان إيجابه محرّماً وعدم إيجابه محللاً.

وقد اختار الشيخ هذا المعنى على وجه الوجود والعدم.

وفيه: أن القضيّه الحقيقيه عباره عن أخذ الكلّي الطبيعي في الموضوع بإضافه الأمر الوجودى، وليس عندنا قضيّه حقيقيه اخذ في موضوعها الأعمّ من الوجود والعدم، على أنّ المحمول الثبوتى يترتب على موضوع له وجود، وإذ لا يعقل أن يكون المعدوم طرفاً للإسناد، لأن النسبه سنخ من الوجود يتقوم بطرفين ثبوتيين، فإسناد «يحلل» و«يحرم» - وهما أمران ثبوتيان - إلى «الكلام»، إنما هو إسناد إليه بماله من الوجود، فتارةً يؤثّر في الحلّي، وأخرى في الحرمة، ولا يعقل أن يكون المراد من الكلام هنا الأعمّ من الموجود والمعدوم.

وأما الوجه الأوّل من المعنى الثالث، ففيه أيضاً: إنه ليس الأمر فى الغالب كذلك، لأنّ الكلام لا يكون سبباً للحرمة أو الحلّي بل كلّ منهما بسببه، فإنّ لم يكن سبب الحلّي جامعاً لشرائط التأثير ومنها كون الكلام فى محلّه، أو وجد المانع عنه، فهو غير حاصل، وكان عدم حصوله هو السبب لعدم الحلّي، لا أن الحرمة مسنده إلى الكلام فى غير محلّه، نعم قد يكون كذلك نادراً، كما فى عقد الزواج، فإنه بالنسبه للخلّيّه محلّل، وللمعتدّه أو ذات البعل أو التى فى حال الإحرام محرّم.

ص: ٢٤٨

وتلخص: عدم تمامية الوجه الثالث.

وقد وافق شيخنا الميرزا على هذا المعنى، لكن بيان آخر (1) هو: إن الكلام إذا استجمع شرائط التحليل يحلل، وإذا لم يستجمعها أو اقترن بشيء من الموانع يحرم.

ويمكن تأييده بأنه: إذا لم يستجمع الشرائط أو لم تفقد الموانع، لم يكن المحرم هو الكلام، مثلاً: في بيع ما ليس عنده، ليس إيجاب البيع محرماً، بل الواقع عدم الحلّيه لعدم سببها، لا أن الحاصل بالكلام هو الحرمة، إلّا أنه لما كان ارتفاع التحريم موقوفاً على وجود سبب الحلّيه - وهو اللفظ المستجمع - فإنّه إذا عدم سببها اسندت الحرمة إليه، كما تقدّم.

وكيف كان، فالمعنى الثالث أيضاً لا يمكن المساعدة عليه.

والرابع: أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله والمواعده، ومن الكلام المحرم إيجاب البيع وإيقاعه.

لكن فيه: إنه عند المقاوله لا يوجد الكلام المعاملي حتى يقال بأنّ الكلام يحلل.

وتلخص:

إن الشيخ قدس سرّه قد ذكر للخبر أربعة وجوه.

فعلى الأوّل: هناك كلامان ومدلولان. وحاصله: أن اللفظ موضوعيّ في التحليل والتحريم.

وعلى الثانی: هما كلامان والموضوعيّ للمضمون، فالمضمون الكذائي محلل والكذائي محرم، وإن كان المقصود في كليهما واحداً.

ص: ٢٦٩

وعلى الثالث: هما كلام واحد بما له من المعنى، لكنّ الاختلاف هو من حيث الوجود والعدم تارةً، ومن حيث وقوعه فى محلّه وعدم وقوعه فى محلّه اخرى.

وعلى الرابع: هما كلام واحد، لكنّ السنخ مختلف بأنه إن كان مقاوله فمحلل و إن كان معامله فمحرّم.

وقد ظهر، أن لا شىء من الوجوه صحيح.

وذكر المحقق الخراسانى وجهاً خامساً (١)، واختاره شيخنا الاستاذ (٢) ونسبه إلى صاحب الجواهر (٣) وهو:

إنّ الكلام يحلّل ويحرّم بالإضافة إلى الشخصين وإلى المالين، فإذا أوجب البيع، فالمبيع حلال للمشتري وحرام للبائع، والتمن بعد البيع حلال للبائع وحرام للمشتري.

وهذا مبنى على أن تكون الحليّة والحرمة تكليفيين.

وهناك وجه سادس، وهو جعل الحليّة والحرمة وضعيين. وتوضيحه:

إنّ القول أعمّ من الكلام، لأنّ الكلام هو القول المتضمّن للبتّ والجزم، وهو تارةً: موجب للصّحة، واخرى: موجب للفساد، فالصّحة والفساد مستندان إلى الأمر المنشأ بالكلام.

وحينئذٍ، فمعنى الخبر أحد المعنيين الأخيرين، بأنّ يكون المقصود هو السؤال عن حكم القضيّة، فيقول الإمام عليه السّلام: إن كان قوله لا يوجب سلب الاختيار عنه - بأنّ يكون أن شاء أخذ وإن شاء ترك - فلا بأس، إنما يحلّل

ص: ٢٧٠

١-١) حاشية المكاسب: ١٥.

٢-٢) حاشية المكاسب: ١٤٩.

٣-٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢١٧.



الكلام بالنسبه إلى ما انتقل إليه ويحرّم بالنسبه إلى ما انتقل عنه، فالمدار في الحليّه والحرمه على إيجاب البيع وهو غير متحقّق الآن، ولذا قال عليه السّلام: لا بأس.

وهذا هو المعنى الأوّل منهما، ولا بأس به، إلّا أن فيه كلفه التقدير، بأنّ تجعل الحليّه، مضافهً إلى ما انتقل إليه والحرمه إلى ما انتقل عنه.

فالأوجه هو الثّاني من هذين الوجهين، يقول عليه السّلام: أليس إنّ شاء أخذ وإنّ شاء ترك، أى أن اختياره محفوظ، وحفظ الاختيار كاشف عن عدم تحقّق الكلام البتّى الجزمى، وهو الموجب للصّحّه إن كان واجداً للشرائط، والفساد إنّ لم يكن كذلك.

وعلى الجملة، فإن مقتضى القاعدة مطابقه الجواب للسؤال، وقد كان السؤال عن حكم المعامله، مع من ليس عنده الثوب فعلاً، بأنّ يشتره له ويربّحه فيه كذا وكذا.

فأجاب الإمام عليه السّلام: بأنه إنّ قصد من «إشترى» إيجاب البيع معه بالقطع على الثوب الذى ليس عنده، فهذا باطل، وإنّ قصد من ذلك الطلب منه، بأنّ يشترى الثوب فيبيعه منه لا من غيره فى مقابل ربح معيّن، فلا بأس، والمهمّ هو أنّ الأمر بالاشترى مختار، إن شاء أخذ وإنّ شاء ترك، لأنه يطلب من الرجل أن يشترى لنفسه ثم يبيعه منه، وهذا لا مانع منه، وإلّا، فقد أوقع المعامله على القطع والبتّ على شىء غير موجود عند البائع، وهذا غير صحيح.

فالقول المتضمّن للبتّ والجزم - وهو معنى «الكلام» لغه - فى هكذا موردٍ مبطل، وإلّا فلا بأس.

هذا معنى الخبر، والظاهر تعدّد الكلام لا وحدته، إلّا بناءً على ما ذكره

ابن هشام فى المغنى (١)، من أنه إذا أعيدت المعرفة، فالمراد شىء واحد، وإذا أعيدت النكرة، فالمعنى متعدّد، ومثال ذلك قوله تعالى: «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا \* إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا».

فإنه بالنظر إليه يتوجّه ما ذكرناه، وهو: إنّ القول على وجه الإبرام والجزم، قد يكون محللاً- وقد يكون محرّماً، فالكلام فى المزارعه إذا قيل:

لصاحب الأرض كذا وللزارع كذا، محلّل، وكذلك إن قال: بعث، كان محللاً، وإن قال: فسخت، كان محرّماً.

فهما سنخان من الكلام، أحدهما محلّل والآخر محرّم.

هذا، والخبر - على كلّ حال - أجنبيّ عن بحث المعاطاه مطلقاً بعد سقوط المعنى الأوّل من المعانى التى ذكرها الشيخ.

قوله:

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر... بأن يقال... .

أقول:

أوّلاً: إن هذا مبنيّ على المعنيين الثالث والرّابع من المعانى الأربعة، وأما بالنظر إلى غيرهما، كالذى ذهب إليه المحقق الخراسانى أو الذى اخترناه، فلا يتمّ.

وثانياً: إن هذا الحصر إضافى، فلا يستظهر منه الذى ذكره، نعم، لو كان حصراً مطلقاً لأمكن.

قوله:

إلّا أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع... فتأمل.

ص: ٢٧٢

أقول:

يمكن أن يكون إشارة إلى ما سيذكره في التنبية الثاني من التنبهات - من أنه يتحقق المعاطاه بإعطاء الثمن من المشتري وأخذه من البائع، فإن أخذ الثمن بيّع للمثمن - وحينئذٍ، لا تكون الروايه أجنبيّه عن المعاطاه، هذا أوّلاً.

وثانياً: من أين نستكشف كون الشيء بيد هذا الشخص ملك أو لا، فلعلّه كان بيده، لكن لا ملكاً له بل أمانه وضعها المالك عنده، فيشتريه منه لنفسه ثم يبيعه للرجل الذي طلب منه ذلك.

ص: ٢٧٣



تنبيهات المعاطاه

اشاره

ص: ٢٧٥



قوله:

وينبغي التنبيه على امور:

## (التنبيه ) الأول

### اشاره

الظاهر أن المعاطاه قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع... وأما على القول بإفادتها للإباحه، فالظاهر أنها بيع عرفي... وأما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من أن محلّ الكلام هو ما إذا قصدنا مجرد الإباحه، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفياً ولا شرعاً... .

أقول:

موضوع هذا التنبيه هو البحث عن أن الشرائط المعتمده شرعاً في البيع، من معلومتيه العوضين، ومعلومتيه الكيل والوزن إن كانا ممّا يكال أو يوزن، ومن القبض كما لو كان صرفاً أو سلماً... إلى غير ذلك، معتمده في المعاطاه أو لا؟

أما على القول الثالث - وهو ما ذهب إليه صاحب الجواهر - من أن محلّ الكلام في المعاطاه ما إذا قصدنا مجرد الإباحه، فلا يعتبر شيء من الشروط، لأنّ الواقع ليس يبيع لا شرعاً ولا عرفاً.

إلّا أنّ الكلام في دليل الإباحه الشرعيّه مع قصدهما الإباحه، فقال الشيخ:

بأنّ الدليل هو حديث السلطنه، الدالّ بعمومه على أنّ لكلّ من المتعاطين إباحه ماله للآخر.

فأشكل على الشيخ: بأنّه لا يرى المشرعيّه لحديث السلطنه، فلا يدلّ

ص: ٢٧٧

على السبب الشرعيه لشيء من الأسباب.

ولكنه سهو، لأنهما مع قصدها الإباحه، قد أباح كلُّ منهما ماله للآخر، فهي إباحه مالكيه وترخيص صرف، فليس في البين سبب حتى نبحت عن دليل سببته.

بل الإشكال الوارد على الشيخ - ولم يتعرض له أحد فيما أعلم - أنّ هذا الترخيص في التصرف إنما هو على وجه التضمن، وكلُّ منهما يضمن صاحبه بالمسمى، سواء كان أكثر من المثل أو القيمه أو أقل أو كانا متساويين، ولا يعقل أن يكون حديث السلطنه هو الدليل على هذا التضمن، لأن السلطنه على المال أمر وجعل البدل عن المال أمر آخر.

فلا مناص من تصحيح هذا التضمن بالتمسك بحديث: «المسلمون عند شروطهم» بأن يكون التضمن المذكور تقييداً للإباحه، والتقييد شأنه شأن الشروط، فيشمله الحديث المزبور، ويمكن أن يقال أيضاً بكون التضمن من العهود، فيشمله عموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أي بالعهود(١).

ص: ٢٧٨



وعلى الجملة، فإنه من الممكن تصحيح هذا التّضمين، لكنّ أدلّه شرائط البيع لا تجرى فى المعاطاه بناءً على هذا القول، لعدم كون الواقع بيعاً بل هو إباحه بعوض.

### هل يعتبر فى المعاطاه شرائط البيع؟

قوله:

وأما على المختار من أنّ الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتنى على القول بإفادتها للملك والقول بعدم إفادتها إلّا الإباحه؟ وجوه.

أقول:

ذكر هنا ثلاثة وجوه:

الأول: اعتبار جميع الشروط، سواء على القول بإفادتها للملك أو الإباحه، وسواء كان دليل اعتبار الشرط هو النصّ أو الإجماع.

والثانى: عدم اعتبارها مطلقاً كذلك.

والثالث: اعتبارها على القول بالملك مطلقاً وعدم اعتبارها على القول بالإباحه.

وهناك وجه رابع ذكره بقوله:

ويمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النصّ، فيحمل على البيع العرفى وإنّ لم يفد عند الشارع إلّا الإباحه، وبين ما ثبت بالإجماع على اعتبارها فى البيع بناءً على انصراف البيع فى كلمات المجمعين إلى العقد اللّازم.

قوله:

يشهد للأول كونها بيعاً عرفاً فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطها فى

ص: ٢٧٩

أقول:

الوجه الأوّل هو المختار عند الشيخ، قال مرّة: «لا يخلو عن قوه» ثمّ قال بعد ذلك: «الأقوى اعتبارها» سواء على القول بإفاده المعاطاه الملكيه شرعاً كما هو المختار، أو القول بإفادتها الإباحه الشرعيه كما عن المشهور، لأنّ الحاصل هو البيع العرفي، والموضوع لأدله اعتبار الشروط هو ما يصدق عليه عنوان البيع عند العرف... هذا كلامه قدّس سرّه.

لكنّا قد أوضحنا سابقاً أنّ انطباق تلك الأدلّه موقوف على ثبوت الموضوعيّة عند الشارع أيضاً، فلا بدّ من قبوله إفادتها الملكيه كذلك، وإلا فلا يمكن الشمول والانطباق، إذ لا معنى لأنّ يترتب الآثار الشرعيه على ما لا يراه - أو يراه غيره - موضوعاً لها. فما ذكره سهو من قلمه.

وذكر دليلاً آخر حيث قال:

ولما عرفت من أنّ الأصل في المعاطاه بعد القول بعدم الملك: الفساد وعدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم، وهو المعامله الجامعه للشروط عدا الصيغه، وبقي الباقي.

فهما وإنّ قصدا البيع لكنّ الشارع لم يمض ذلك، فهو بيع فاسد ولا يترتب عليه شيء من الآثار، لكنّ مقتضى الإجماع القائم على الإباحه الشرعيه في صورته استجماع الشرائط عدا الصيغه، هو القول بالإباحه.

وبتقرير آخر: إنهما لمّا قصدا التملك، فكلّ من الطرفين يسلمّ ماله إلى الآخر بعنوان أنه ملك له، وتكون تصرّفاته واقعه في ملكه، فكان كلّ منهما مملّكاً لا مرخصاً، إلّا أنه قد قام الدليل الخارجى على الإباحه، لكنه الإجماع

وهو دليلٌ لبيئ - فلو كان لفظياً لشمل فاقده الشروط أيضاً - والقدر المتيقن من الإباحه هو ما إذا كانت المعاطاه التي ليست بيعاً واجدهً لجميع شرائط البيع.

إلا أنه قد تقدم أنّ الدليل العمده في المعاطاه هو السيره العقلانيه المتصله بزمن المعصوم وغير المردوعه منه، فإن كانت قائمه على جواز التصرف فيما اخذ بها حتى في صورته فقدت الشرائط المعتمده في البيع، كانت حججه شرعيه صالحه لتخصيص الأدله اللفظيه المعتمده للشرائط، وللتقدم على دليل اعتبارها إن كان لبيئاً، لقصوره عن الشمول لمورد السيره، فتكون السيره حينئذ هي الدليل على جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاه الفاقده لبعض الشرائط.

وبالجملة، إن تم قيام السيره على جواز التصرف مع فقد بعض الشرائط، فهي الدليل على القول بالإباحه، خلافاً للشيخ القائل بعدم الدليل، وأما على القول بإفادتها الملكيه، والأدله المعتمده للشرائط لفظيه، فالسيره مخصصه.

فإن قلت: لِم لا تكون الأدله المعتمده للشرائط في البيع رادعه، لأن المعاطاه بيع.

قلت: رادعتها عن السيره منوطه بعدم كونها مخصصه بها، لكن عدم التخصيص منوط بكونها رادعه... وهذا دور.

فإن قلت: حججه السيره هنا متوقفه على كونها مخصصه للعمومات المعتمده للشرائط، وكونها كذلك موقوف على عدم شمول العمومات لمورد السيره، وهذا موقوف على كونها مخصصه، فكون السيره مخصصه دورى.

قلت: قد أجبنا عن ذلك في الاصول في مباحث خبر الواحد، وفي

الإستصحاب، وذكرنا ملخص ذلك في المباحث المتقدمه.

هذا غايه ما يمكن أن يقال في المقام.

لكنّ الإنصاف عدم تماميه ما ذكر، لأنّ السيره بما هي ليست بحجّه، وإنما حجيتها من أجل كاشفيتها عن تقرير المعصوم إن كانت عقلائيّه أو قوله إن كانت متشرعيّه، ولولا إحراز ذلك لم يكن لها حجّيه، وهو مع وجود العمومات المعتبره للشرائط في البيع - والمفروض كون المعاطاه بيعاً - مشكل.

ولا فرق بين القول بأنّ المعاطاه تفيد الملك اللّازم أو الجائز، والقول بأنّ حصول الملكيه شرعاً منوط بالتصرّف أو التلف، والقول بعدم الإناطه كما هو الحق.

وأما بناءً على ما ذهب إليه بعض الأكابر من أنها معاوضه مستقلّه تفيد الملك، وما ذهب إليه المشهور من أنها تفيد الإباحه لا الملك، فالمعاطاه ليست ببيع، فلا يعتبر فيها ما يعتبر فيه.

ثم إنّ الشرائط المعتبره في البيع على ثلاثه أقسام، لأنّ الدليل على اعتباره، إمّا هو النصّ المعتبر، أو النصّ غير المعتبر، أو الإجماع. فهل جميع الشرائط معتبره في المعاطاه أو فيه تفصيل؟

أمّا ما قام على اعتباره النصّ المعتبر، فلا إشكال في اعتباره في المعاطاه مع قصدهما البيع وكونها بيعاً شرعاً.

وأما ما ثبت بالإجماع، فربّما يقال بأنّ القدر المتيقّن منه هو ما إذا كان المعاطاه بيعاً لازماً، وأمّا على القول بكونها بيعاً جائزاً - كما عليه المشهور - ففي تقيّد حليته الوضعيه بما قام عليه الإجماع شكّ، والأصل عدمه.

وأما ما ثبت منها بروايه ضعيفه عمل بها المشهور، فإنّ كان عمل

المشهور بها كاشفاً عن صدورها عن المعصوم، كانت كالتصّص المعتبر سنداً، وإلّا بل يظنّ بصدورها بسبب عمل المشهور بها، فحكمها حكم الدليل اللّبي، فيؤخذ بالقدر المتيقّن وهو ما إذا قلنا بأنّه بيع لازم.

وهذا تمام الكلام في المقام.

### هل يجري حكم الرّبا في المعاطاه؟

قوله:

وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرّبا فيها أيضاً وإنّ خصّصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك، لأنّها معاوضه عرفيه وإنّ لم تفد الملك، بل معاوضه شرعيه كما اعترف بها الشهيد... .

أقول:

وهل يجري الرّبا في معاطاه المكيل والموزون؟

الأقوال في المعاطاه أربعه:

أحدها: إن المتعاطيين ينشآن البيع والتمليك، لكنّها لا تفيد شرعاً إلّا الإباحه.

والثاني: إنّها تفيد البيع والتمليك شرعاً، وهل هو لازم أو جائز؟ قولان.

والثالث: إن المعاطاه معاوضه مستقلّه وليست ببيع.

والرابع: إنّهما يتعاطيان بقصد الإباحه لا البيع والتمليك.

أمّا على القول: بأنّها بيع وتفيد الملكيه - مع قصد المتعاطيين ذلك - فلا إشكال في جريان الرّبا، لأن القدر المتيقّن من الرّبا كونها في البيع، والمفروض أن المعاطاه - على التقدير المذكور - بيع، ولا فرق بين أن تكون الملكيه جائزه أو لازمه، ولا فرق أيضاً بين أن تجعل الملكيه منوطه

ص: ٢٨٣

بالتصرّف أو التلف، فإنه إذا كانت بيعاً ترتّب الحكم.

وأما على القول: بأنها معاوضه مستقله، فجرىان الربا مبنئى على الخلاف فى أنّ الربا مختصّه بالبيع أو تجرى فى مطلق المعاوضات، فعن ابن إدريس والعلامة فى الإرشاد: الأوّل، والمشهور هو الثانى، لقوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» (١)، لأنّ الربا هى الزيادة على رأس المال وقد حرّم الله الربا، سواء كانت المعاطاه بيعاً أو معاوضه مستقله، ومن النصوص الداله على ذلك:

١ - خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث: «إنّ على بن أبى طالب كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، لأنّ تمر المدينة أجودهما، ولم يكن على يكره الحلال» (٢).

٢ - وعن أبى عبد الله عليه السّلام أنه سئل: «أيجوز قفيز من حنطه بقفيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلّامثلاً بمثل...» (٣).  
والحنطه والشعير فى باب الربا جنس واحد، كما لا يخفى.

٣ - وفى صحيح الحلبي: «الفَضُّه بالفَضِّه، مثلاً بمثل، ليس فيه زياده ولا نقصان، الزائد والمستريد فى النّار» (٤).

فالربا جاريه فى المعاطاه حتّى على القول بكونها معامله مستقله.

وأما على القول: بأنها تفيد الإباحه شرعاً وإنّ قصدا البيع والتمليك، فربّما يقال بعدم جريان الربا، لعدم الملكيه، لكنّ لحرمة الربا جهه التكليف والوضع معاً، فبناءً على هذا القول تثبت الحرمة التكليفيه، وهى بيع فاسد،

ص: ٢٨٤

١- ١) سورة البقره: ٢٧٥.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٥١، الباب ١٥ من أبواب الربا، الرقم: ١، وفيه «أدونهما» بدل «أجودهما».

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٨، الباب ٨ من أبواب الربا، الرقم: ٢.

٤- ٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٦٥، الباب ١ من أبواب الصّرف، الرقم: ١.

وحينئذٍ، لا موضوع للبحث عن الحرمة الوضعيه.

قوله:

ولو قلنا بأن المقصود للمتعاطين الإباحه لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الرّبا، لكونها معاوضه عرفاً. فتأمل.

أقول:

وهذا هو القول الأخير، وتقريب الجريان هو: إنه وإن قصد الإباحه إلا أنها بعوض، فبناءً على جريان الرّبا في المعاطاه حتى على القول بأنها معامله مستقله تكون جاريه هنا أيضاً، لما تقدّم من حرمة الرّبا في مطلق المعاوزات.

لكنه أمر بالتأمل.

ولعل وجهه: إن المراد من «يستبدل» في الروايه: إن كان الاستبدال المطلق الشامل للاستبدال من حيث الإباحه أو الملك، كانت الحرمة ثابتة، لكن ظاهر اللفظ هو بدليه الشيء عن الشيء في حدّ نفسه من جهه المكان لا من حيث عروض شيء عليه، والبدليه الإباحيه ليست بدليه عن الشيء في حدّ نفسه، لأن في الإباحه حيثه الترخيص من المالك وليس أحد المالكين بدلاً عن الآخر، فالإباحه بالعوض ليست إباحه مطلقه مجانيه، لكن لا دليل على جريان الرّبا في الإباحه بالعوض، لعدم الاطلاق في «الاستبدال».

وبالجملة، فإن الرّبا تجرى في مطلق المعاوزات الملكيه، لا الأعم من الملكيه والإباحيه.

وتلخص: إن المعاطاه بيع، والقدر المتيقن من أدله تحريم الرّبا هو البيع، فهي جاريه في المعاطاه.

ص: ٢٨٥

قوله:

وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور، لأنها إباحه عندهم، فلا معنى للخيار، وإن قلنا بإفاده الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار... إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم... ويحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصه بالبيع....

أقول:

عبارته مجمله، ولذا أشكل عليه بعض الأكابر (١): بأنها إن أفادت الملك فهي بيع قبل اللزوم، فلماذا قال بعد اللزوم؟

لكن الظاهر غفله المستشكل عما سب ذكره الشيخ في التنبيه السابع، حيث نقل عن الشهيد الثاني في المسالك قوله: «اللهم إلا أن يجعل المعاطاه جزء السبب والتلف تمامه»، فمن ملزمات المعاطاه التصرف، ومنها التلف، وعلى هذا، فإن المعاطاه جزء لسبب، وبعد تحقق الجزء الآخر - وهو التصرف أو التلف - يصدق البيع بالحمل الشائع، وأما قبل ذلك، فقد تحقق جزء السبب ولا يصدق عنوان البيع.

فالإشكال مندفع.

ويمكن أن يحمل كلام الشيخ على أن المراد هو: إن المعاطاه تفيد الملك الجائر ويجرى فيه الخيار، فإن لزم بأحد الملزمات ظهر أثر الخيار، لأن الخيار يناسب اللزوم.

هذا، وتفصيل الكلام بالنظر إلى الأقوال في المعاطاه أن يقال:

ص: ٢٨٦



أما على القول: بأن المتعاطين ينشآن الإباحه من أول الأمر، كما ذهب إليه صاحب الجواهر، فلا معنى للخيار مطلقاً.

وأما على القول: بأنها معاوضه مستقله، كما حكى عن الشيخ الكبير، ثبت فيها الخيارات الجاربه فى مطلق المعاوضات دون المختصه بالبيع.

وأما على القول: بأنهما ينشآن البيع، لكن الشارع لا يرتب إلا الإباحه، كما هو ظاهر المشهور، فلا تجرى الخيارات، لأنه بيع فاسد لا يفيد إلا الإباحه الشرعيه، والملكيه إنما تحصل بسبب حادث لا بالمعاطاه.

ولا يتوهم: أن موضوع أدله الخيارات هو البيع العرفى، وهو صادق عرفاً على فصل المتعاطين، فلا بد من جريان تلك الأدله.

وذلك: لأن الشارع لا يرتب حكماً من أحكامه على شىء لم يجعله موضوعاً لذلك الحكم، والمفروض هنا أن المعاطاه عند الشارع بيع فاسد، وإن كانت عند العرف بيعاً، ولا يعقل أن يرتب حكماً من أحكام البيع على ما هو موضوع عند غيره وليس بموضوع عنده!

وأما على القول: بأن المعاطاه بيع لكنّها جزء السبب، والجزء الآخر هو التصرف الناقل أو التلف، كما حكاه الشيخ عن المسالك، - بمعنى أن يقتضى صدق عنوان البيع لكنّه لا يتم إلا بأحد الأمرين، أو هو جزء للمقتضى وأحدهما الجزء الآخر، والتعبير الأول أجود، وقريب منه كلام المحقق الخراسانى، إذ جعل المقام نظيراً لبيع السلف كما تقدّم. وبالجمله، فإنه بالتصرف أو التلف يكون بيعاً شرعياً - فقال الشيخ: بثبوت الخيار وأن أثره يظهر بعد اللزوم.

والإنصاف: أنه لا يمكن المساعدة عليه، لأنه إذا ثبت ظهر أثره عند ثبوته، إذ لا معنى لانفكاك الأثر عن ذى الأثر، وأما إن لم يكن ثابتاً وإنما

المقتضى له موجود، فتحققه يكون بعد اللزوم.

وأما على القول: بأنهما ينشآن البيع والتمليك، والملكيه الشرعيه متحققه من أول الأمر، لكنّها بيع جائز حتى يجيء شيء من الملزمات فيلزم، كما عليه الشيخ، فالظاهر أن عمومات أدلّه الخيار في البيع مثل: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع» تعمّ البيع اللّازم والجائز، وكذا قوله عليه السّلام: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثه أيام» فإنه يعمّ المعاطاه المفيده للملكيه. لكنّ الإجماع قائم على عدم اللزوم، فجعل الخيار من الشارع يستلزم اللغوويه وهو محال.

فالخيارات البيعيه غير جاريه في المعاطاه، على القول المختار.

اللهم إلمأ أن يقال: بأن الخيار حقٌّ وموضوعه عباره عن حلّ العقد، والجواز - في قولنا: المعاطاه تفيد الملك الجائز - حكمٌ وموضوعه هو التراد، فالخيار غير الجواز موضوعاً وحكماً، ولا يخفى الفرق بين الحق والحكم، من حيث أن الأول يصلح عليه ويقبل السقوط والانتقال، بخلاف الحكم.

وربما يقال: لو فرضنا أنّ الخيار والجواز واحد، فلم لا يكونان سببين لمسببٍ واحدٍ هو جواز التراد، وقد أجاز الشيخ في الخيارات أن يكون للخيار الواحد سببان؟

قوله:

إنّ المتيقّن من مورد المعاطاه هو: حصول التعاطى فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحه من كلّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحه الآخر أو ملكيته، فلا يتحقّق المعاوضه ولا الإباحه رأساً... إلّا أنّ الظاهر من جماعه... جعله من المعاطاه... وربما يدعى انعقاد المعاطاه بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثلثن... ثم إنه لو قلنا... أمكن خلوّ المعاطاه من الإعطاء والإيصال رأساً... .

أقول:

الوجه التي ذكرها الشيخ أربعه:

الأول: - وهو القدر المتيقّن كما قال - : الإعطاء فعلاً من الطرفين، سواء قلنا بإفادته الملكيه أو الإباحه.

والثاني: أن يكون الإعطاء من طرف واحد، فهو من هذا الطرف إيجاب، وأخذ الآخر هو القبول، فتحقق البيع بإعطاء الواحد، وهو وإن لم يصدق عليه عنوان المعاطاه، لكنّه في حكمها، إذ لفظ «المعاطاه» غير وارد في آيه أو روايه حتى يدور الحكم مداره، وإنما صحّحنا المعاطاه بعمومات أدلّه البيع، حيث قلنا بأنّها تعم الإيجاب الفعلي كالقولي.

والثالث: أن لا يكون في البين لفظ ولا إعطاء فعلي، بل الحاصل مجرد إيصال الثمن، كدخول الحّمّام ووضع الفلوس في الكوز، ونحو ذلك.

والرابع: أن لا يكون شيء من الإعطاء والإيصال أصلاً، وإنما الحاصل مجرد المقاوله بقصد البيع... .

### بماذا يتحقق المعاطاه؟

والتحقيق:

إن للوجه الأول ثلاثة صور:

الأولى: الإعطاء من الطرفين والتمن غير متشخص في الخارج وإن كان نقداً من النقود.

والثانية: الإعطاء منهما، والتمن متشخص كذلك، فيعطى الشيء في مقابل الثمن، وهذه الصورة على قسمين، لأنه:

تارة: يكون آخذاً بقصد التملك ويعطى الثمن في مقابله.

وأخرى: يكون آخذاً لا بقصد التملك لكن يقصده عندما يدفع الثمن المتشخص المتعين.

أما الصورة الأولى حيث الإعطاء من كليهما، بأن يسأله مثلاً: بكم هذا؟ فيقول: بعشره، فيأخذه ثم يخرج العشره من كيسه، فيكون دفع البائع المال إيجاباً وأخذه من المشتري قبولاً، وأما إعطاء العشره فأداء لما في الذمه.

وأما الصورة الثانية، حيث الثمن متشخص في الخارج، فيعطى المال في مقابل العشره التي بيد المشتري، فإن أخذه بقصد التملك بالعوض، فقد تحقق القبول وتم البيع، وكان إعطاء العشره تسليماً للعوض الملتزم به وليس بقبول. وإن أخذه لا بقصد التملك بالعوض وإنما كان مجرد تناول خارجي للشيء، وأعطى العشره بقصد التملك، كان القبول متحققاً بإعطائها.

فالإعطاء هو القبول، وعلى هذا، فلو أعطاه العشره بقصد التملك

لا التملك بالعوض، وقع فاسداً، لأن المتحقق في الخارج تملكاً وإيجاباً لا تملك وقبول.

هذا بالنسبة إلى الوجه الأول.

والوجه الثاني يتصور بثلاثة صور كذلك:

الأولى: أن يعطى المتاع والتمن نسيئته إلى أجل معين... .

فإعطاء هذا إيجاب والأخذ من ذاك قبول، وذمته مشغولة بالتمن.

الثانية: أن يعطى المشتري التمن فيوجب ويكون المثلن في ذمه البائع إلى أجل، ويكون بأخذه قابلاً، وهذا بيع سلم.

والثالثة: أن يعطى المشتري التمن عوضاً بعنوان الاثراء، ويأخذه الآخر على أن يكون بيعاً للمثلن الذى فى ذمته.

وهذا ما صورّه الشيخ، ونحن لا يمكننا تصوّره، لأن ذلك قد أعطى بعنوان الاثراء والأخذ قد أخذ العوض، وكيف يكون أخذ العوض بيعاً للمعوض، مع أنه لم يحقّق إنشاءً لا فعلاً ولا قولاً بالنسبة إلى بيعه؟

نعم، القرائن الخارجيّة تفيد ذلك، لكنّ إنشاء التملك يحتاج إلى دالّ يدلّ عليه من فعلٍ أو قولٍ، وهو غير موجود.

وأضيف هنا صورته رابعه، وذلك: إنه ربما يكون المثلن فى يد المشتري، كما لو كان قد استأجر داراً ثم جاء إلى المالك يشتريها منه، فيعطيه التمن وهو فى الدار، يقول الشيخ: يكون إعطاؤه التمن اشتراءً وأخذ المالك التمن بيع، وهذا عندنا غير تام، لأن البيع يحتاج إلى إنشاء قولاً أو فعلاً وهو مفقود.

نعم، إن التملك من عالم النفس، فإن كان حقيقة البيع عبارةً عن العزيمة النفسانيّة فقط، والإنشاء قولاً أو فعلاً كاشف ومبرز لتلك العزيمة، تمّ ما ذكره

الشيخ من أنه بالأخذ من المالك يتحقق.

وأما بناءً على أنّ البيع هو أن يتحقق للعزيمة المزبوره خارجيه، والخارجيه لا تتحقق إلّا بالفعل أو القول، فلا يتم ما ذكره.

إذن، لا نوافق على كلام الشيخ، لا فى السلم ولا فى هذه الصوره.

وصوره خامسه وهى: أن يكون الثمن موجوداً من قبل عند مالك الدار، فلا- إعطاء للثمن من المشتري، غير أن المالك يعطى الدار، فهو موجب والمشتري قابل بالأخذ. وهذا لا إشكال فيه أصلاً.

الوجه الثالث، أن يكون وصول وإيصال بلا- قولٍ وفعل، وقد مثل الشيخ بما تعارف بين الناس من أخذ الماء مع غيبه السقاء والخضروات ونحوها ووضع الفلوس فى المكان المعدّ له، وكدخول الحمام ووضع الأجره فى الكوز مع غيبه الحمامى.

ولقد كان الأولى أن يقسم هذا الوجه إلى قسمين. وسيأتى.

ومن أمثله المقام: وضع الأجناس فى المكان الخاصّ بها وأسعارها مكتوبه عليها، فيأتى المشتري ويأخذ ما يريد منها ويضع الثمن فى محلّه المعين له.

قوله:

وربما يدعى انعقاد المعاطاه بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثلثن....

أقول:

ربما يدعى أن هذا بيع، لأن المناط فى البيع وصول العوضين إلى طرفى المعامله مع تراضيهما، فلا حاجه إلى قولٍ أو فعل.

لكنّ البيع إنشاء تمليك عينٍ بعوض، فلا بدّ من الإنشاء، ولا يحقّقه إلّا الفعل أو القول وهذا هو البيع لغه وعرفاً، وهو المتسالم عليه بين الأصحاب،

ص: ٢٩٢

فمجرد الوصول والإيصال ليس بيع.

نعم، يمكن أن يقال: إن وضع المتاع وسعره مكتوب عليه إذن عامٌ لمن يريد معامله، بأن يضع الثمن المعين في المكان المعد له ويأخذ المتاع ويملكه عوضاً عن الثمن الذي يضعه، فإن تم استكشاف هذا الإذن في تملك المشتري، فما ذكره الشيخ تام.

اللهم إلمأ أن يقال: بأنه لا- يعتبر في معامله المعاطاتيه كل ما يعتبر في اللفظيه، بل إن نفس وضع المتاع هناك بيع وإعطاء لكلى المشتري، ثم يتعين هذا الكلى بمجىء الشخص وأخذه ووضع قيمه في مكانه.

فإن صح بشيء من هذه التكاليف فهو، وإلا، فالوصول والإيصال لا يحقق البيع.

وأما لو كان وصول ولا إيصال، كما لو كانت الدار عند المشتري، وكان لهذا المستأجر مال عند صاحب الدار، فتراضياً بأن تكون الدار للمشتري والثمن هو المال الموجود من قبل لدى صاحبها.

فهذه الصورة لا تسمى بيعاً أصلاً.

الوجه الرابع:

قال الشيخ:

لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك. وأما على القول بالإباحه، فالإشكال المتقدم هنا أكد.

والإنصاف: إن المقاوله بمالها من المفهوم مباينه للمعامله، والقول بأنها نحو من معامله ممنوع. نعم، لو كان في ضمن المقاوله إنشاء تمليك وإن لم يكن بلفظ بعث وملك، كان بيعاً، بناءً على عدم لزوم لفظ خاص في البيع وأنه يكفي كلما يتمشى به البيع.

ص: ٢٩٣

وهذا تمام الكلام فى الوجه.

ولا- يخفى أنه مبنى على إفاده المعاطاه الملك، وأما بناءً على القول بإفادتها الإباحه، فإن كان المراد الإباحه المالكيه فلا بأس، لأنها مؤثره بأى نحو من الإنحاء افيدت، وإن كان المراد الإباحه الشرعيه، اشكل الأمر فى كثير من الصور.

ص: ٢٩٤



### التنبیه الثالث (فی تميز البائع من المشتري و تميز العوضين)

قوله:

تمیز البائع من المشتري فی المعاطاه الفعلیه مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً، كالدراهم والدينانير والفلوس المسكوكه واضح، فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف. وأمّا مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدا قيامه مقام المثل في العوضيه... فيكون المدفوع بتيه البدليه عن الدرهم والدينار هو الثمن وصاحبه هو المشتري.

أقول:

إنه لمّا كانت المعاطاه بالإعطائين - كما ذكر الشيخ - فلا بدّ من طريقٍ لتمييز أحدهما عن الآخر، بخلاف المعامله اللفظيه، فإنّه باللفظ يتمييزان، فعقد هذا التنبيه لهذا الغرض (١).

فتارة: يكون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً، فصاحب الثمن هو

ص: ٢٩٥

المشترى فالتمييز حاصل.

قال الراغب: المشتري دافع الثمن وآخذ المثلن، والبائع دافع المثلن وآخذ الثمن (١).

لكنّ هذا بالنظر إلى الغالب، إذ الثمن غالباً متمخّض في جهه المائيه، كالدراهم والدنانير، والمثلن غالباً هو المتاع الذي يطلبه الإنسان لرفع الحاجه، كالثوب يشتره لأن يلبسه والطعام لأن يأكله، بخلاف الدرهم فإنه بشخصه غير رافع لحاجه من الحاجات.

واخرى: يكون العوضان عينين، قال الشيخ: فالثلن ما قصدا قيامه مقام المثلن في العوضيه، كما لو أعطى الحنطه في مقابل اللحم قاصداً أن هذا

ص: ٢٩٦

---

١-١) المفردات في غريب القرآن: ٢٦٠.

المقدار من الحنطه يساوى درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنه اشترى اللحم بالحنطه.

هذا كلامه.

فإن قيل: أى تأثير لقصد أن هذا المقدار من الحنطه يساوى درهماً فى أن يكون هذا هو المثلن دون الآخر؟

قلت: لعلّه يريد أن الذى يقصد ذلك يلحظ الحنطه مالاً من الأموال ويجرّدها عن خصوصيتها، فيكون شأنها شأن الدرهم والدينار، فتكون هى الثمن لا محاله.

وبهذا البيان يتّضح مراده من قوله: وإذا انعكس انعكس الصّدق.

قوله:

ولو لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون تيه قيام أحدهما مقام الثمن فى العوضيه، أو لوحظ قيمه فى كليهما... ففى كونه بيعاً وشراءً بالنسبه كلّ منهما... أو كونه بيعاً بالنسبه إلى من يعطى أولاً... أو كونها معاطاه مصلحه... أو كونها معاوضه مستقله... وجوه. لا يخلو ثانيها عن قوّه... .

أقول:

قد ذكر أربعة وجوه:

أولها: كونه بيعاً وشراءً بالنسبه إلى كلّ منهما، وهذا موافق لكلام الراغب حيث قال: المشتري دافع الثمن وأخذ المثلن والبائع دافع المثلن وأخذ الثمن. هذا إذا كانت المبياعه والمشاراه بناضاً وسلعه، فأما إذا كانت بيع سلعه بسلهه صحّ أن يتصوّر كلّ واحدٍ منهما مشترياً وبائعاً... (١).

ص: ٢٩٧

إلّا أن كون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين غير واضح، لأنّ البائع هو الذى يملك بالعوض والمشتري هو الذى يقبل ما فعله البائع، وعليه، فعنوان البائع والمشتري متقابلان، والمتقابلان لا يجتمعان برهاناً، فكيف يعقل أن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين؟

يقول الشيخ:

والإشتراء ترك شىء والأخذ بغيره... .

وفيه: إنه يصدق على البائع والمشتري كليهما، بل الإشتراء قبول الشراء بمعنى البيع، فما ذكره لا يمكن المساعدة عليه.

والثانى: كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطى أولاً، يعنى: إنه يتحقّق التمييز بينهما بالأوليه والثانويه، لأنّ الذى يعطى أولاً يكون اعطاؤه دالاً على التمليك، والمشتري يقبل تمليك ذاك ثم يعطى ماله إياه وفاءً لما التزم به.

أقول: هذا الوجه متين جداً، سواء كان العوضان مما تعارف جعله ثمناً كالدراهم والدنانير، أو كان أحدهما من ذلك دون الآخر، أو كان كلاهما من غيرهما.

لكنّه ينتقض: بما لو وقع الإعطاء من كليهما فى آنٍ واحد.

الثالث: كونه معاطاه مصالحه، لأنّ المصالحه بمعنى التسالم على شىء، ولذا حملوا الروايه الوارده فى قول أحد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك، ولى ما عندى، على الصلح.

أقول:

فيه: إنه يتوقف على أنه يكون الصلح غير محتاج إلى الإيجاب والقبول، وأنه يكفى قولهما تصالحن، فإنّ قلنا بذلك، فلا مانع، وأما على القول:

بأنّ الصلح يحتاج إلى القبول كما عليه الأصحاب، فأيهما هنا الموجب

ص: ٢٩٨

وأيهما القابل؟

هذا أولاً.

وثانياً: إن الصِّلح له معنى خاص لا بدّ من انشائه، ولا يكفي التسالم الحاصل خارجاً فإنه نتيجة التصالح، والإعطاء لا دلالة له على التصالح والتسالم، ولا يصلح لأن يكون انشاءً.

الرابع: كونه معاوضه مستقله خارجة عن العناوين المتعارفه.

وهذا يتوقف على شمول العمومات لمثل هذه المعامله.

وبعد أن ذكرنا الوجوه الأربعة في المسألة، نقول:

هل المراد من الامتياز هو الامتياز الواقعي أو الامتياز في مقام الإحراز؟

ظاهر كلامه - فيما لو كان أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً أن يكون صاحب الثمن هو المشتري - أنه يريد استكشاف الامتياز بينهما في مقام الإحراز والعلم، لكنّ كلامه - فيما لو كان العوضان من غير الدراهم والدنانير، حيث قال بأن الثمن ما قصدا قيامه مقام المثلن في العوضيه - ينافي ذلك، لأنّ القصد وعدمه يتعلّق بالواقع، ولا ربط له بمقام الاستكشاف والإحراز.

وأيضاً، كيف يكون الإحراز والاستكشاف فيما لو كان العوضان من الدراهم والدنانير، أو كان الاعطاء من الطرفين معاً في آن واحد؟

وتنقيح المقام: أن تمليك المال بعوض يدخل في ملكه، هو البيع، والبائع من هو متلبس بهذا المبدء، والمشتري من يقبل فعل البائع ويكون مطاوعاً له، وهكذا يتحقّق التمييز الواقعي بينهما، لكن الداعي يختلف، فالبائع غالباً يريد تحصيل الربح، والمشتري غالباً يريد رفع الحاجه بما يأخذ، فالامتياز الواقعي موجود، والامتياز في الدواعي موجود غالباً، ومقابل الغالب ما ربما يكون للطرفين غرض رفع الحاجه، إلّا أنّ توافق الداعي

ص: ٢٩٩

لا يقتضى ارتفاع التمييز الواقعي بينهما.

لكن ما هو الطريق إلى استكشاف هذا التمييز الواقعي؟

الوجهان الأوّل والثاني، يمكن المساعدة عليهما، فإنّ ظاهر الحال أن يكون معطى الثمن هو المشتري، حيث يعطيه ليأخذ المتاع ويرفع به حاجته، وصاحب المتاع يريد بيعه وتحصيل الربح بذلك.

فإن قلت: ظهور الحال لا يوجب إلّا الظنّ، والظن في الموضوعات لا أثر له، بل لا بدّ فيها من أماره شرعيه من البيّنه أو اليد.

قلت: لا يبعد أن يكون الدالّ على حجّيه ظواهر الألفاظ - وهو التّبره العقلايه - دالّاً على حجّيه ظواهر الأحوال والأفعال، وكذا الذى يقصد قيام ما بيده مقام المثلث في العوضيه، إن كان ظاهر حاله هو الإعطاء لأخذ المتاع لرفع الحاجه.

وأما حيث يكون كلّ منهما عنده متاع، أو عنده الدرهم والدينار، ولا ندري أيهما المعطى ليأخذ ويرفع به الحاجه، وأيها المعطى بقصد الاسترباح، فلا يعقل أن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين، لأن معنى البيع هو التمليك بالعوض ودخول العوض في ملكه، فيقبل المشتري ذلك، فلو كان هذا البائع مشترياً أيضاً كان معناه اشتراء ما تملكه، وهذا غير معقول.

مضافاً إلى أنّ الاشتراء قبول الشراء كما تقدّم، وأن عنوان البائع والمشتري متقابلان لا يجتمعان.

أمّا أن يكون المعطى الأوّل هو البائع والآخذ هو المشتري، فقد قوّاه الشيخ، وأيده بعض مشايخنا رضوان الله تعالى عليهم (١).

لكن الإنصاف أن لا- دليل عليه، لأن المفروض هو الجهل بقصدهما التملك بالعوض، أو أن أيهما الذى قصد ذلك وأيها القابل... نعم، غاية ما فى الباب هو أن ظاهر الإعطاء الأول هو التملك الابتدائى، والإعطاء الثانى ليس فيه هذا الظهور، لكن ليس فيه ظهور أن يكون قبولاً- كذلك، ومجرد عدم الظهور فى التملك الابتدائى لا يكفى لأن يكون ظاهراً فى القبول والمطاعه، ولو فرضنا حصول الظن بذلك، فإن هذا الظن ليس بحجّه.

هذا، مضافاً إلى انتقاضه بما لو أعطيا معاً.

ص: ٣٠١

فإن علمنا بأن أحدهما المعين قصد التمليك بعوضٍ، فواضح أن يكون هذا هو البائع وطره هو المشتري، سواء كان هذا القاصد دافعاً أوّلاً أو ثانياً، دفع ديناراً مثلاً أو متاعاً.

وإن علمنا بأن أحدهما غير المعين قاصد لذلك، فهنا علم إجمالي بأن أحدهما بائع والآخر مشتر ولا أكثر.

وإن علمنا أن أحداً منهما لم يقصد ذلك، احتمال أن تكون معاوضه مستقلة (١).

لكن يتوقف صحتها على شمول عمومات المعاملات لمثل ذلك، فإن قلنا باختصاصها بالمعاملات المتداولة - كما ذهب إليه جمع - كان الواقع باطلاً، وإن قلنا بعدم الاختصاص بذلك، فلا مانع.

ص: ٣٠٢



## التنبيه الرابع (يتصور المعاطاه بحسب قصد المتعاطين على اربعة وجوه و الكلام عليها بالتفصيل)

قال الشيخ قدس سره:

إن أصل المعاطاه - وهو إعطاء كل منهما الآخر ماله - يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه... .

أقول:

ذكر الشيخ وجوهاً أربعه، إلّا أن الوجوه بحسب التصوّر أكثر من ذلك:

لأن المعطى، إمّا قاصد للتملك وإمّا قاصد للإباحه، وعلى كلّ منهما:

العوض، إمّا عوض عن المال الذي يملكه أو يبيحه الطرف، وإمّا عوض عن نفس التملك أو الإباحه، والأوّل - العوض عن المال - إمّا هو مال، بأن يملك مالاً عن مال، وإمّا هو فعل من الأفعال.

والعمده من هذه الوجوه: أن يملك مالاً بعوض، أعمّ من أن يكون العوض مالاً، أو يكون فعلاً كهبه مال، أو يكون إباحه له في تصريف له في مال من أمواله.

ونحن نتعرّض لما تعرّض له الشيخ.

ففي الوجه الأوّل، قال الشيخ:

أن يقصد كلّ منهما تملك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتمكناً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك بل دفع لما التزمه على نفسه بأزاء ما تملكه... .

أقول:

يعنى: أن تملكه بعوض إيجاب، وأخذ الطرف قبول وبه يتم البيع،

وإعطاء الثمن بعد ذلك وفاءً لما التزم به على نفسه، فمقوّم البيع المعاطاتي هو الإعطاء والأخذ، ولا دخل لإعطاء المشتري في حقيقه البيع، وعلى هذا، فلو لم يدفع المشتري الثمن لم يضرّ بمالكه البائع، ولو مات الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاه....

فلو كان الإعطاء الثاني قبولاً، لم تكن المعامله متحقّقه بامتناع المشتري من ذلك أو موته أو إفلاسه.

وهنا إشكال: إذ التعبير عن الإعطاء والأخذ بالمعاطاه مسامحه عند الشيخ نفسه، إذ تسميه هذه المعامله بالمعاطاه إنما هو اصطلاح في عرف الفقهاء - مع عدم صدق ذلك عليها لغه - يريدون به المعامله الفعليه في قبال القوليه، وكأنّ نظره الشّريف إلى ما قرّره النحاه والصرفيون في هيئه المفاعله من أنّه: يقتسمان فاعلاً ومفعولاً لفظاً ويشتركان معنئ، هذا هو المشهور بينهم، حتى أنّي أتذكر أنّ الشيخ نجم الأئمه (1) أيضاً موافق على هذا، وهم يقصدون من ذلك: أنّ هيئه فعلٍ إنما تدلّ على قيام المبدء بفاعله، وهيئه فاعل تدلّ على قيام المبدء باثنين، فنقول: ضارب زيد عمراً، فزيد فاعل وعمر مفعول، لكن هذه الفاعليه والمفعوليه صوريّه، أمّا في المعنى فهما شريكان، أي كلّ منهما فاعل ومفعول، في قبال التفاعل حيث نقول: تضارب زيد وعمر، تضارب زيد مع عمرو، تضاربا، إذ لا يقال: ضارب زيد وعمرو، ضارب زيد مع عمرو، ضاربا.

ص: ٣٠٤

---

١-١) هو الشيخ رضيّ الدين محمّد بن الحسن الاسترآبادي الإمامي، المتوفّي سنة ٦٨٦، الملقّب ب«نجم الأئمه» كما في كتاب (بغية الوعاه في طبقات اللّغويين والنحاه) للحافظ جلال الدين السيوطي، له شرح الكافيه في النحو، وشرح الشّافيه في الصّرف، انظر كلامه في شرح الشّافيه ١ / ٩٦ - ١٠٤، الطبعه المحقّقه الحديثه.

فما ذكره الشيخ قدس سره مبنى على هذا المشهور بين الصّرفيين.

لكن الإنصاف: أن الأمر ليس كذلك، ففي الكتاب والسنة واستعمالات الفصحاء موارد كثيرة قد استعملت فيها هيئه فاعل في المبدء القائم بواحدٍ فقط، مثل: طالع زيد الكتاب، خاطب زيد القوم، ساعد زيد «كَيْفَ يُوَارِي سَوْأَةَ أَخِيهِ» (١) «وَوَاعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً» (٢) فما ذهب إليه الصرفيون هنا اشتباه.

نعم، التفاعل يصدر من اثنين، أما المفاعله: فقيام المبدء بواحدٍ متوجّهاً إلى الغير، فالنسبه قوامها بالاثنين لا أن الفعل يصدر من كليهما.

وتلخص: إن المعاطاه هنا صادقه حقيقه لا اصطلاحاً أو مسامحه.

فالإشكال مندفع.

وأورد الميرزا الاستاذ قدس سره بما هذا شرحه: إن البائع والمشتري كلّ منهما مالك لما بيده، فلما يبيع البائع يبدل طرف الإضافه في ملكيته، فتملكه محفوظ، وإضافه الملكيه إلى نفسه محفوظه، لكن المتبدل بالبيع هو طرف الإضافه.

مثلاً: إضافه الملكيه كانت متعلقه بالدار، فالإضافه محفوظه وهو المالك، لكن طرف الإضافه، أى الدار، تبدل إلى شىء آخر، بخلاف الإرث، فإن المتبدل هناك هو المضاف، والملكيه والمملوك، محفوظان، وبخلاف الهبه، فإن المتبدل نفس الإضافه، فبالهبه تنقطع الإضافه منه وتتصل بغيره.

ثم إنّه إن كان البيع لفظياً، كان معناه تملك المتاع بعوض الثمن، فقد بدّل المتاع بالثمن ووضع الثمن في مكان المتاع، فمعنى بعث هذا بذاك: ملكتك هذا بأن يكون ذاك قائماً مقام هذا في ملكيتي، فالبائع يورد ملك المشتري في

ص: ٣٠٥

١-١) سورة المائده: ٣١.

٢-٢) سورة الأعراف: ١٤٢.

ملكته عوضاً عما أخرجه... والمشتري إذا قبل، فقد قبل هذا الذي فعله البائع.

وأما العمل الخارجى، فهو ليس إلا الإعطاء، ولا يدلّ إلّعلى التسليط الخارجى، ولا يدلّ على غير التمليك، أمّا دلّالته على أنّه تمليك فى مقابل عوضٍ يقوم مقام هذا المال المعطى، فلا، فكون العوض قائماً مقام الملك لا دليل عليه لفظى، والفعل لا لسان له.

ثمّ الآخذ، إن كان أخذه بقصد جعل العوض قائماً مقام المعوّض، فلا دليل عليه، وإن كان أخذه بقصد ضمان المثل أو قيمه، فهذا قرض، وإن كان أخذ لا بقصد الضمان فهو قبول للهبه، والمفروض أن البائع لا يقصد القرض والهبه.

إذن، الآخذ ليس قبولاً... فيكون الآخذ مقدّمه لإعطاء الثمن، وإعطاء الثمن هو القبول.

إذن، لا بدّ من التعاطى من الطرفين، ولا- يكفى الإعطاء والآخذ، ولذا، فلو مات - مثلاً - قبل إعطاء الثمن بطلت المعامله، خلافاً للشيخ القائل بتحققها.

لكنّ الإنصاف: أن الحق مع الشيخ، فالإعطاء إيجاب والآخذ قبول، والمعاطاه صادقه.

أمّا أن الفعل الخارجى ليس له لسان، فهذا متين، والمحقق خارجاً هو التسليط من البائع، حيث يدخل متاعه فى ملك المشتري.

تقولون: أخذه للمتاع ليس بقبول، بل القبول يحصل بأن يعطى المشتري الثمن ويدخله فى ملك البائع.

نقول: إذا كان إعطاء البائع إيجاباً منه، وأخذ المشتري ليس بقبول، فإن أعطى المشتري، فقد ملك البائع الثمن وهو يملكه بالآخذ، والمفروض أن

أخذ البائع الثمن ليس بقبول، فهنا قد تحقق إيجاب من البائع بلا قبول من المشتري، وإيجاب من المشتري بلا قبول من البائع، فهنا إيجابان، وما الدليل على أن يكون إعطاء المشتري قبولاً ولا يكون إيجاباً، مع أن الفعل لا لسان له كما ذكرت؟

فإن قيل: هنا قرينه على أن إعطاء المشتري قبول، وأن الذي يعطيه عوض عمّا أخذه.

قلنا: نفس القرينه موجوده على أن إعطاء البائع للمتاع كان بعنوان المعوضيه عمّا سيعطيه المشتري.

وبالجملة، إذا كان البائع يعطى المتاع بقصد المعوضيه عن مال المشتري، والمشتري يأخذ المتاع على ما قصده البائع، فأخذه قبول، وإن لم يعط البائع بقصد المعوضيه، أو كان الأخذ من المشتري لا على ما قصده البائع، فالبيع غير حاصل.

فالحق مع الشيخ قدس سره.

وفى الوجه الثانى، قال الشيخ قدس سره:

أن يقصد كلُّ منهما تملك الآخر ماله بأزاء تملك ماله إيّاه، فيكون تملكاً بأزاء تملك، فالمقاوله بين التملكين لا الملكين...

فقال المحقق الخراسانى قدس سره: كأن مراد الشيخ أن يملك المال فى مقابل فعل الطرف الآخر الذى هو عبارته عن التملك، كما ذكرنا فى عمل الحرّ.

لكنّ هذا الاحتمال غير آتٍ فى كلام الشيخ، إذ كلامه نصّ صريح فى أنه تملك، أحدهما بأزاء الآخر.

إنه فى هذا الوجه لا يكون أخذ الطرف الآخر قبولاً - بخلاف الوجه

الأول - لأنّ تملك هذا الجانب منوط بتمليك الجانب الآخر، فما لم يملك ذاك لم يتحقق التمليك من هذا.

قال الشيخ: هذا بعيد عن معنى البيع... .

لأنّ البيع هو ما يكون فيه المقابله بين الملكين، وليس بهيه معوضه، إذ فيها يحصل الملكيه للطرف الآخذ بمجرد الأخذ، وإنما يصدر منه التمليك عوضاً عن تملك الأول، فليس كهبه معاوضه بين التملكين.

يبقى أنه إما مصالحه وإما معاوضه مستقله.

هذا ملخص كلامه قدس سره.

وأقول:

تاره: يعطى الشيء بقصد التمليك فى مقابل تملك الآخر الثمن، وتكون المعاوضه بين المتاع والفعل، كما يملك المال بأزاء خياطه الآخر للثوب. وأخرى: يملك مالاً - بعوض تملك الغير، بمعنى أن يكون المال من الغير عوضاً عن تملك هذا، فلما يملك يجعل فعله - وهو التمليك - معوضاً للمال الذى يعطيه الطرف الآخر.

وهاتان الصورتان خارجتان عن كلام الشيخ، وستكلم عليهما فيما بعد.

وثالثه: يجعل تملك الغير معوضاً عن تملك نفسه، فالعوض والمعوض كلاهما هو التمليك.

وهذه هى الصوره التى يقصدها، والبحث فيها فى مراحل:

الأولى: هل يعقل جعل التمليك نفسه معوضاً؟

كأن الشيخ فارغ عن إمكان هذا.

والثانيه: إنه على تقدير المعقوليه، هل بأخذ الطرف المقابل يتحقق

القبول أو لا بد من التمليك الآخر؟

يقول السيد بالتحقق خلافاً للشيخ، والحق مع الشيخ، وما ذكره السيد سهو من قلمه.

والثالثه: إنه على تقدير الصحه، هل هو بيع أو هبه معوضه أو صلح أو معامله مستقله؟

وتفصيل ذلك:

أما في المرحله الأولى:

فهل المراد من «التمليك» هو المصدر، فالمعنى المصدرى هو المَجْعول معوضاً عن المعنى المصدرى، أو المعنى الاسم مصدرى أعنى الملكيتين؟

ظاهر الشيخ الأول.

وقال شيخنا الاستاذ: إنه غير معقول، قال: إن التمليك بالإعطاء حال تعلقه بمتعلقه ملحوظ آلى، وفي جعل نفسه معوضاً يحتاج إلى لحاظٍ استقلالى، ولا يعقل اجتماع اللّحاظين المتباينين فى ملحوظٍ واحد.

توضيح كلامه قدس سرّه:

المعامله تسبب إلى تحقّق المضمون، أى معوضيه شيء لشيء، فلا- محاله كون الشيء معوضاً مقصود بالأصالة والاستقلال، والسبب - وهو الإنشاء - دائماً يصدر بالاختيار وهو مراد، لكنّه فى مرحله التأثير يكون ملحوضاً آله للمسبب، فهو ملحوظ آله إلى تحقّق شيء آخر، فإذا كان نفس التمليك معوضاً، يلزم كونه مقصوداً بالاستقلال وكونه ملحوظاً آله لكونه سبباً واجتماع اللّحاظين فى آنٍ واحدٍ فى شيء واحدٍ محال.

وهذا نظير ما ذكر فى الاصول، من عدم معقوليه استعمال اللفظ فى

نفسه، فدائماً المستعمل فيه ملحوظ بالاستقلال، واللفظ ملحوظ آلياً، فاستعمال اللفظ في نفسه يستلزم اجتماع اللّحاظين.

فإن اريد من التمليك المعنى الاسم المصدري، يرد عليه - مضافاً إلى ما ذكره الشيخ الاستاذ - إنه يلزم أن يكون الإنسان مالِكاً لملكه نفسه، الملكيه نحو من السلطنه، ولا معنى لأن يكون متسلطاً على سلطته (١).

ص: ٣١٠



وأما في المرحلة الثانية:

فالحق مع الشيخ خلافاً للسيد، لأنه بمجرد الأخذ لا يتحقق القبول، لأنه قد أخذ المتاع، والمفروض أنه ليس المعوض، بل المعوض نفس التمليك.

فأخذ المال لا صله له بأخذ المعوض، والقبول إنما يكون قبولاً لو أخذ المعوض.

ثم هل التمليك الثاني قبول التمليك من الأول؟

إنّ الثاني بتملكه ينشئ، فما يصدر منه إيجاب، فلو كان قبولاً - مع ذلك - لزم اجتماع الإيجاب والقبول، وهما صفتان متقابلان لا يجتمعان في واحد.

فما ذكره الشيخ لا يوافق عليه.

وهنا يصل البحث إلى:

المرحلة الثالثة:

وقد ظهر أن هذا ليس ببيع، لأن التبدل أو المبادله بين فعلين لا المالكين.

على أنه لم يتمكن من تصوّر الإيجاب والقبول، بل الحاصل إيجابان لتمليكين أو ملكيتين.

وليس بهبه معوضه، لما ذكره الشيخ، وهو متين جداً، لأنّ الهبه المعوضه هي أن يملك المال وبمجرد ذلك تحصل الملكيه للمتهد، لكن بشرط ضمّني، وهو أن يهب ذاك شيئاً من طرفه، فلو لم يفعل كان له الخيار...

وليس ما نحن فيه كذلك، فإنه لا تحصل الملكيه للطرف بإنشاء هذا للتمليك.

نعم، يقرب من الهبه المعوضه، من جهة أنّ هنا تمليكين وملكيتين، والمعاوضه بينهما تنتهي إلى المعاوضه بين المالكين.

ص: ٣١١

وليس بصلح، لأن الصلح عقد إنشائي، فلا بدّ من وقوع التصالح والتسالم في حيز الإنشاء، ولا يكفي مجرد وقوعه مصداقاً للصلح، وإلّا فإنّ الصلح موجود في جميع المعاوزات.

يبقى أن يكون معاوضه مستقله.

فإن شملت العمومات، ولم تكن خاصه بالمعاملات المتعارفه، فهو، وإلّا فهي معامله باطله.

قال الشيخ:

إلّا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعي لا العوض، فلا يقدر تخلفه.

أى: التملك الأول هبه، والطرف يملك بالأخذ، ولا يقدر تخلفه عن الهبه وعدم حصول الداعي للأول إلى التملك.

وربما يتوهم: أن تملك هذا بهذا الداعي إنما كان بالنسبه إلى شخص مقيد بصفه أنه سيملك ماله، فلو لم يفعل لم يتحقق الموضوع، فتبطل المبادله.

لكن قد ذكرنا في الاصول مراراً: أن العناوين والأوصاف في القضايا الشخصيه ليس تخلفها موجباً للبطلان، نعم، في القضايا الحقيقيه، الأمر كذلك، لأن القضيه الحقيقيه: مجئ الحكم على الكلّي الطبيعي بإضافه صرف الوجود إليه، فما عن أهل المنطق من أنّ القضيه الحقيقيه عبارته عن القضيه التي تتوجه إلى الأفراد المحققه الوجود والمقدّره الوجود، غير صحيح. بل الواقع ما ذكرناه، والموضوع هو صرف الوجود للكلّي الطبيعي، وصرف الوجود يشمل الأفراد الموجوده فعلاً والأفراد التي ستوجد، فالأفراد الموجوده والمقدّره ليس الموضوع للحكم، بل هي لازم الموضوع.

ص: ٣١٢

ففى القضايا الكليه، العنوان يوجب رفع الحكم، لكن فى القضيه الخارجيه يأتى الحكم على الموضوع وهو نفس الذات، والعنوان يكون داعياً فقط، وارتفاعه غير مضرّ، ولذا يوجب الخيار لا البطلان.

وحاصل هذا الوجه: أن يملك بداعى أن يكون تملكه سبباً لتمليك الغير، فلو لم يملك الغير لم يضر.

وفى الوجه الثالث قال الشيخ:

أن يقصد الأول إباحه ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأول الإباحه بالعوض ومن الثانى - بقبوله لها - التملك، كما لو صرح... .

أقول:

جميع ما نتعرض له فى هذه البحوث تعمّ ما لو كان بالمعاطاه أو باللفظ.

وفى الوجه الرابع، قال الشيخ:

أن يقصد كلّ منهما الإباحه بأزاء إباحه الآخر، فيكون إباحه بأزاء إباحه، أو إباحه بداعى إباحه... .

وذكر الشيخ فى الوجهين الأخيرين إشكالين، الأول منهما مشترك بين الوجهين، والثانى مختصّ بالوجه الثالث. قال:

أولاً: الإشكال فى صحّه إباحه جميع التصرفات حتّى المتوقفه على ملكيه المتصرف... فالظاهر إنها لا تجوز.

أمّا الإشكال الأول: فإن إباحه التصرفات إباحه مطلقه تشمل المتوقفه على الملك كالبيع والعتق والوطى... لا يعقل، لأنّ البيع وغيره ممّا ذكر... لا بدّ من أن يكون فى الملك... وكأنّ يعطى هذا المال تفريراً لذمته من الزكاه، ويجعله هدياً فى الحج من قبل نفسه... .

إنّ هذه الإباحه غير جائزه، حتى لو صرح قائلاً: أبحث لك كلّ تصرف...

ص: ٣١٣

نعم، ينفذ فيما عدا التصرفات المتوقفة على الملك... وذلك، لأن الإذن والإباحة من المالك لا يكون مشرعاً ومجوزاً لما هو غير جائز شرعاً.

قال:

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

أقول:

وربما يمكن إقامه البرهان على ما ذكره الشيخ، من أن البيع معاوضه بين المالين، والمعوضيه والعوضيه متضائفان، والمتضائفان متكافئان، إذن، لا بد من أن يكونا في جهه واحده.

أو يقال: إن مبادله مالٍ بمالٍ لا بد وأن تكون في وعاء الإباحه، والإباحه لا تفيد الملكيه، فكيف تكون الملكيه بالنسبه إلى المثلث للمبيح المالك، وتكون الملكيه بالنسبه إلى الثمن للمباح له؟

وأيضاً: مقتضى: لا بيع إلا في ملك، هو أن من ليس بمالكٍ للشئ فلا بيع له.

إذن، مجرد إباحه التصرفات لا يشمل البيع وتملك الثمن، وكذلك في الثمن، فالأخبار كثيره يجمعها إنه: لا عتق إلا في ملك، والمباح له ليس بمالكٍ، وتصرفه بعتق الرق لا معنى له، وكذلك في الزكاه، فإنه يعتبر أن يعطى الإنسان ما يملكه زكاه عن نفسه.

أقول:

كل هذا يصح فيما لو كان معنى المبادله ما ذكر.

أما لو قلنا: بأن معنى: البيع مبادله مالٍ بمالٍ: هو أن البيع لا يتحقق إلا

ص: ٣١٤

بالمعاوضه، فلا- يتحقق مجاناً. أمّا اعتبار دخول الثمن في كيس من خرج المثل من كيسه فمن أين؟ إنه لا- دليل على دخول الثمن في ملك من خرج المثل من ملكه.

وأيضاً: عنوان التضائف بين المعوّض والعوض موجود، وهو يتحقق حتى لو لم تكن العوضيه والمعاوضيه في جهه الملكيه، ولا دليل على أن يكون ذلك في جهه الملكيه خاصه. وبعبارة اخرى: العنوان يصدق حتى لو لم يدخل العوض في كيس من خرج المعوّض من كيسه، كأن يعطى الإنسان شيئاً من النقود لشخص من غير أن يملكه إياه فيقول له: اشتر به خبزاً لنفسك وكله، فهذا صحيح لا مانع منه.

وفي المضاربه، يعطى المالك النقود للعامل ليشتري بها كذا، وتكون له حصه من الربح، فلا يقول له: هذه النقود ملك لى واشتر بها كذا وبعه والربح لى، ولك كذا عوضاً عن عملك، وإنما يقول له من أول الأمر: بع مالى والحصه من الربح تنعقد من الأول في ملكك.

فهذا كله صحيح عندنا، خلافاً للشيخ تبعاً للقواعد.

نعم، هو بناءً على مبنى شيخنا الميرزا - فى حقيقه البيع - غير معقول، ولكن قد تقدّم فى محلّه ما فى هذا المبنى.

وعلى كلّ حال، فالكلام فعلاً فى مقام الثبوت، والمقصود أنّه لا مانع من تحقّق البيع من غير دخول العوض فى كيس من خرج المعوّض من كيسه، وأمّا فى مقام الإثبات، فيكفى عمومات «أحلّ الله البيع» و«أوفوا بالعقود» و«المؤمنون عند شروطهم».

وقد تقدّم الإشكال الأول المشترك بين الوجهين الثالث والرابع.

قوله:

نعم، يصحُّ ذلك بأحد وجهين، كلاهما في المقام مفقود:

أحدهما: أن يقصد المبيح بقوله: أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك، أن يُنشأ توكيلاً في بيع ماله... كما صرّح في التذكرة...  
فيكون هذا بيعاً ضمّياً... .

أقول:

إنَّ إباحة التصرفات حتى المتوقّفه على الملك، موقوفه على تحقّق موضوع الملك، وتحقق الملكيه إمّا هو: بنحو الضمّيته أو التقييد أو الملازمه، فالموضوع لا بدّ من تحقّقه بأحد الأنحاء بعد أن لم يكن بالصّراحه.

أمّا النحو الأوّل، فهو حيث تكون دلالة الإقتضاء - أي: ما يتوقّف عليه صحّحه كلام المتكلّم - متحقّقه، مثلاً: يقول علماء النحو بأنّ الفعل المسند إن لم يكن قابلاً للتعلّق بالمسند إليه، فلا بدّ من أن يكون هناك مسند إليه مقدّر في الكلام، كما في قوله تعالى «وَسَأَلِ الْقَرْيَةَ» (١) فإنّ التقدير: أهل القرية، إذ يتوقّف صحّحه الكلام على تقدير هذا المضاف وإلّا لم يصح. وفي الأمثلة الشرعيه تقول: أعتق عبدك عنّي، فإنّ العتق يتوقّف على الملك، ولا- يمكن عتق العبد حالكونه مضافاً إلى كاف الخطاب، فلا بدّ من التقدير، وكذا في:

إذبح غنمي هدياً لنفسك، مع اشتراط كون الهدى في الملك، فإنّ معنى ذلك:

ملكه لي ثم أعتقه عنّي، وملكه لنفسك ثم اذبحه. إذن، فالملكيه الضمّيه متحقّقه بدلالة الإقتضاء في المثالين، بلحاظ الكبريات الكليّيه الدالّه على أنّ هذه التصرفات يجب أن تكون في الملك، فهي تكشف عن أن المراد من مثل العبارة المذكوره هو التملك ثم العتق، أو التملك ثم البيع، كما لو قال: بع

ص: ٣١٤

مالى لنفسك.

وفىما نحن فىه، لا- رىب فى أنه لما ىقول: أبحث لك كل تصرف، لا ىقصد التملك والتملك، وإنما ىرىد بهذه العبارة إباحه التصرفات حتى المتوقفه على الملك.

فالملكىه الضمته غير حاصله (١).

ص: ٣١٧





قوله:

الثانى: أن يدلّ دليلٌ على حصول الملكيه للمباح له بمجرد الإباحه، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادته البيع آنأماً...  
فيكون ذلك شبه دخول العمودين فى ملك الشخص... وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه... .

أقول:

أمّا النحو الثانى، مثل: الرجل لا يملك عموديه وإنما يعتقان عليه، ومن ناحيه اخرى: يدلّ الدليل على أنّ المبيع يدخل فى ملكه فى مقابل الثمن الذى يدفعه، ومقتضى الجمع بين الدليلين حصول الملكيه التقديرية، فالشارع اعتبر هناك ملكيةً آنأماً، ثم يحصل العتق فى الملك.

وهنا لا يوجد هكذا دلالة، لأنه لا يوجد دليل خاصّ يتعبّد الشارع به كما جاء فى: أنّ الإنسان لا يملك عموديه، فهو لما يقول: قد أبحث لك كلّ تصرّف، الظاهر فى العموم ليشمل المتوقّفه على الملك، لا يوجد دليل على أنّ تلك التصرفات تجوز بنفس هذه الإباحه.

فإن قلت: إنّ عموم قوله: «الناس مسلّطون على أموالهم» معناه: أنّ لهم أن يفعلوا فيها ما يشاؤون، ومن ذلك الإباحه للغير فى أن يتصرّف فى ماله

ص: ٣١٩

التصرّف الموقوف على الملك، فالعموم يشمل هذا، ومن ناحيه اخرى:

ظاهر «لا بيع إلفى ملك» هو أنّ التصرّف البيعى غير جائز، لتوقفه على الملك، والمفروض انتفاؤه، ومقتضى الجمع بين الدليلين تقدير الملكيه آنأما. فإذن، لا حاجة إلى دليل خاص، لأنّ مقتضى الجمع بين العمومين المذكورين هو مفاد الدليل الخاص.

قلت: النسبه بين الدليلين هو العموم من وجه، لأنّ حديث السّيلطنه يشمل التصرفات المتوقفه على الملك، و«لا بيع إلفى ملك» يشمل المباح والمملوك، لكنّ دليل السّيلطنه قد جاء ليجعلها على الأموال المضافه إضافه ملكيه، مضافاً إلى أنه إنما يجوز السّيلطنه المشروعه دون غيرها وإلّا لزم التناقض، فلا محاله، يكون دليل «لا بيع إلفى ملك» حاكماً فى مادّه الاجتماع، والحاكم مقدّم على المحكوم، إذن، فدليل السّيلطنه غير شاملٍ لا بالتخصيص بل بالمحكوميّه، فيكون باقياً على عمومّه فى قدره، أى فى التصرفات المشروعه.

والحاصل، إنه ببرهان لزوم التناقض، يكون مفاد قاعده السّيلطنه محدوداً من أوّل الأمر بالتسلّط المشرووع على الأموال، ودليل: «لا بيع إلفى ملك» يقول: لا تسلّط للمالك على ماله فى الإذن لغيره بالتصرّف فيه التصرّف الموقوف على الملك، فإنه غير مشرووع.

إذن، لا معنى للملكيه التقديرية.

وأما النحو الثالث، بأنّ تستكشف الملكيه إنّأ، كما لو باع ذو الخيار فى زمن الخيار المال المنتقل عنه، أو باع الواهب المال الموهوب إلى غير ذى رحم، فإنّه من صحّه البيع يستكشف إنّأ تحقّق الملكيه بالرجوع عن الهبه قبل البيع من الواهب، وذو الخيار له الملكيه بأخذه بالخيار، ففى آنٍ واحدٍ يملك

ويبيع ولا- إشكال فيه، لأنَّ العله والمعلول يكونان في آن واحد، لكنَّ هذا موقوف على أن يقصد الواهب الرجوع، لأنَّ الرجوع يحتاج إلى القصد، وكذا الفسخ من ذى الخيار، وإنما يكون بالرجوع والفسخ صحيحاً، لأنَّ إنشاء أحد الضدَّين رافع للضدَّ الآخر، فهو لما ينشئ الملكيه للأجنبي - وهى مضاده لملكته المتهب - يكون راجعاً فى هبته، وكذا فى فسخ ذى الخيار، ولا حاجه فى إنشاء الفسخ والرجوع إلى أزيد من ذلك.

هذا شرح كلام الشيخ قدس سره.

ونحن قد تكلمنا على أصل الإشكال، وهو عندنا منحلُّ على مختارنا فى حقيقه البيع، ومعنى: «لا بيع إلا فى ملك».

وهذا تمام الكلام على الإشكال الأول.

قوله:

وثانياً: الإشكال فى صحه الإباحه بالعوض، الراجعه إلى عقد مركب من إباحه وتمليك.

أقول:

الإشكال الثانى:

هو الإشكال فى صحه الإباحه بالعوض، الراجعه إلى عقد مركب من إباحه وتمليك. وهنا بحوث فى جهاتٍ أربع:

١ - هل هذا بيع أو إجاره أو عاريه أو صلح، أو هى معامله مستقله؟

٢ - الإباحه المعوضه صحيحه أو فاسده؟

٣ - وعلى تقدير الصحه، هل هى لازمه أو جائزه؟

٤ - وعلى تقدير اللزوم، هل هو لزوم تكليفى أو وضعى؟

ص: ٣٢١

الجهة الأولى:

هذه المعاملة ليست بيع، لأن البيع: تملك مالٍ بعوض، لا مبادله مالٍ بمالٍ بنحو الإطلاق وهي ليست بالإجارة، بناءً على المشهور في تعريفها، من أنها تملك المنفعة بعوض، لأن هذه إباحة وإذن في التصرف والانتفاع لا تملك للمنفعة.

وهي ليست بعاريه، إذ العاريه تملك الانتفاع، وهنا لا يوجد إلا الإذن والترخيص، فهو لا يوجد للطرف استحقاق الانتفاع ولا تملكه.

قوله:

... إلا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبه له لغه، لأنه في معنى التسالم على أمر بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ الصلح كما يستفاد من بعض الأخبار....

أقول:

والمختار عند الشيخ أن هذه المعاملة صلح، بالنظر إلى صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام:

«في رجلين، كان لكل واحدٍ منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحدٍ منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحدٍ منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي. فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما» (١).

قال بعض الأكابر: الصلح عقد من العقود، وكل عقد فهو يحتاج إلى الإنشاء، فلا بد من إنشاء مفهوم التصالح والتسالم. وقوله: لك ما عندك ولي ما عندي، ليس بإنشاء للصلح (٢).

ص: ٣٢٢

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٤٥، الباب ٥ من أبواب كتاب الصلح، الرقم: ١.

٢- (٢) المكاسب والبيع ١ / ٢١٨.

والظاهر أنه سهو، فإنّ هذه الجملة كناية، فهما يذكران اللّازم ويريدان الملزوم، فينشآن مفهوم التصالح والتسالم بنحو الكناية، ولا بأس بذلك، إذ لا يعتبر في العقود الصّراحة في اللفظ بل المعتبر صراحه المعنى.

أقول:

إنما الإشكال في أنه لماذا نجعل الإباحه المعوّضه صلحاً؟ فإنه يأذن بالتصرّف في مقابل عوض، ولا دلالة فيه، لا بالصّيراحه ولا بالكناية، على إنشاء مفهوم التصالح، فبين الصّحيحه وما نحن فيه فرق واضح.

فالحق: أنها معامله مستقلّه.

الجهه الثانيه:

إنه على تقدير كونها مصالحه، فمقتضى أدلّه الصّلح هو الصّحه، وأما بناءً على أنها معامله مستقلّه، فقد استدلّ الشيخ بعموم قاعده السلطنه و«المؤمنون عند شروطهم» وهو غير موافق على الاستدلال بآيه التجاره، لعدم صدق عنوان التجاره على هذا.

قوله:

ولو كانت معامله مستقلّه، كفى فيها عموم: النَّاسِ... والمؤمنون... .

أقول:

مقتضى دليل السلطنه أن المبيح له على السلطنه على ماله، فله أن يرخص الطرف في التصرف في ماله في مقابل العوض، فالعموم يشمل ما نحن فيه.

وربما يتوهم: أن الشيخ قد منع من الاستدلال بحديث السلطنه في صحّه المعاطاه وعدم شرطيه الإيجاب والقبول اللفظيين، فكيف يوافق هنا

ص: ٣٢٣

على الاستدلال به؟

والإنصاف: أنه غفله عن كلام الشيخ، فهو هناك قال: بأن دليل السِّلْطَنه يشمل كلَّ نوع من أنواع التصرّف يشك في كونه نافذاً أولاً وأمراً حيث نعلم بأنه نوع قد أنفذه الشّارع ثم شككنا في اعتبار اللفظ وعدم اعتباره، فإنه لا وجه للتمسك بالدليل لنفى الشرطيّه.

وفيما نحن فيه: المشكوك فيه هو نفوذ هذا التصرّف وعدم نفوذه، فلا مانع من التمسك به.

وربما يتوهّم: أن الشّروط عبارته عن الإلزام والإلتزام في ضمن شيء، وليس الإباحه في مقابل العوض كذلك، فلا وجه للتمسك ب«المؤمنون عند شروطهم».

وفيه: إنّ المراد من الإلزام والالتزام هو الإرتباط، وإباحه هذا مرتبطه بتمليك الطرف للعوض.

أقول:

بل لا يبعد صدق «التجاره» هنا أيضاً، وإنّ استشكل الشيخ، لأن التجاره هي الاسترباح، وهو هنا حاصل (١).

وتلخص: صحّه هذه المعامله المستقلّه على المختار.

ص: ٣٢٤

بناءً على الصّحّه، هل هي لازمه أو جائزه؟ وبناءً على الأول، هل اللزوم مطلقاً أو من طرف المباح له فقط؟

قوله:

وعلى تقدير الصّحّه ففي لزومها مطلقاً... أو من طرف المباح له... أو جوازها مطلقاً؟ وجوه، أقواها أولها ثم أوسطها.

أقول:

دليل القول باللزوم مطلقاً: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «المؤمنون عند شروطهم»، فكأنه قد اعتبر ثباتهم على شروطهم والتزاماتهم، و«الشرط» يصدق مع كون طرفٍ إباحةً والآخر تملكاً، قال: هو الأقوى.

ودليل اللزوم للمباح له دون المبيح هو: إن المال المباح باقٍ على ملك المبيح، فبمقتضى دليل السّيلطنه له أن يسترجعه، وأمّا المباح له الذي ملكه، فقد خرج المال عن ملكه وليس مضافاً إليه.

وقد اختار الشيخ هذا الوجه بعد ذاك، وكأنّ نظره إلى أنّ دليل السّيلطنه عام، وفي مقابله: «المؤمنون عند شروطهم»، فيقع التعارض بينهما بنحو العموم من وجه، ففي الإباحه المعوّضه مقتضى: المؤمنون... هو اللزوم من الطرفين، لكن عموم: «الناس مسلّطون...» يقتضى عدمه من طرف المبيح، فيتعارضان في مادّه الاجتماع هذه ويتساقطان.

أقول:

أولاً: حديث «الناس مسلّطون...» إنما يجرى في موضوع يراد إيجاده وهو قابلٌ لأنّ يرجع، أمّا لو أوجد شيئاً بسلطته وحكم على ذلك الشيء

باللزام، فلا معنى للرجوع فيه أخذاً بالقاعده، حتى يكون معارضاً للحكم المترتب على الموضوع الذى وجد بواسطتها، وإلا يلزم أن يكون الشيء سبباً لعدم نفسه، أو يلزم من وجوده عدمه.

لقد أثبتنا بقاعده السِّلْطَنه أن له أن يوجد الإباحه المعوّضه، وهى محكومها باللزوم بمقتضى «المؤمنون عند شروطهم». وحينئذٍ، لا يمكن أن يكون حديث السِّلْطَنه معارضاً له.

وثانياً: سلّمنا أنهما يتعارضان ويتساقطان، لكن المرجع حينئذٍ هو عموم أدلّه الوفاء بالعقود، كآيّه المباركه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) فإنّها بعمومها الاستغراقى شامله للإباحه المعوّضه، وهى تدلّ على الصّحه واللزوم من الطرفين معاً.

فالصّحيح هو: اللزوم من الطرفين، بمقتضى الآيه والحديث:

المؤمنون...

ثم إنّ الشيخ بعد أن استدلّ بما تقدّم لما ذهب إليه من الصّلىح، قال:

ونحوه ما ورد فى مصالحه الزوجين

يريد الخبر عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: «سألته عن قول الله عزّ وجلّ «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» فقال عليه السّلام: هى المرأه تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إننى اريد أن اطلقك، فتقول له:

لا تفعل، إنى أكره أن تشمت بى، ولكن انظر فى ليلتى، فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شىء فهو لك، ودعنى على حالتي، فهو قوله تعالى: «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا» وهذا هو الصّلىح» (٢).

ص: ٣٢٦

١- ١) سورة المائده: ١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢١ / ٣٤٩ - ٣٥٠، الباب ١١ من أبواب القسم والنشوز، الرقم: ١.



فقد اطلق «الصّٰلِح» على تنازل المرأه عن حقوقها فى مقابل رفع الرجل يده عمّا أرادہ.

أقول:

إن ما ذكرناه فى الصحیحه السابقه آتٍ هنا، فإن «اصنع ما شئت و دعنى على حالتى» هو إنشاء للتصالح.

وفى ما نحن فيه: إن الذى أنشأه هو الإباحه والترخيص، ولا يمكن أن يكون مصداقاً للتصالح، والصّٰلِح أمر إنشائى، فلا بدّ من الإنشاء الدالّ عليه بالمطابقه أو بالالتزام.

وبالجمله، فإنها معامله مستقلّله صحیحه ولازمه من الطرفين كما تقدم.

الجهه الرابعه:

هل اللّٰزوم تكلىفى، أى يجب عليه البقاء على الإباحه ويحرم الرجوع، أو وضعى، بمعنى عدم الأثر للرجوع؟

ولم يتعرّض الشّیخ وغيره لهذه الجهه.

ربما يقال: لا- معنى للزوم الوضعى فى الإباحه المعوّضه، لأنّ الإباحه ترخيص، فله الرجوع، فىكون الحكم تكلىفياً، فإنّ خالف ورجع لم يكن للمباح له التصرف، إذ «لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه» (١).

لكنّ الظاهر: إن هذه الإباحه عقديّه وليست مجرد الترخيص، وحينئذٍ، فللحكم الوضعى مجال، أى: لا يمكنه الرجوع والفسخ، ولا أثر لذلك، لفرض كونه معامله لازمه، كما تقرّر فى الجهه السابقه.

ص: ٣٢٧

١-١) تقدم فى الكتاب بألفاظه.

وتوضيحه: إنه إذا قال: أبحث لك التصرف بالعرض، فهل يكون العوض في مقابل الإباحة أو التصرف من نفسه أو غيره في مال المبيح؟ وعلى الثانى، هل المراد هو التصرف الخارجى أو إمكان التصرف؟ وعلى الأول، هل المراد إباحة التصرف فى الجبهه، بأن يكون له الرجوع متى ما أراد، أو إباحة التصرف مادامت العين باقية فى ملكه، فله أن يبيع الشئ - مثلاً - فينتفى الموضوع، أو إباحة التصرف مادامت العين باقية فى الخارج؟

وأيضاً: التصرفات تارة: متلفه للعين، كأن يباح أكله أو شربه بعوض - كما هو الحال فى المطاعم - أو صرف الماء بعوض كما هو الحال فى الحمامات، وأخرى: غير متلفه لها، كما يباح الجلوس على الفرش والسكنى فى الدار بالعوض.

وهذه الصور تختلف من حيث التكليف والوضع، وتختلف أيضاً من حيث الآثار الخارجيه. فمثلاً: لو لم يأكل الطعام فى المطعم بعد أن ابيح له الأكل بالعوض، لم يطالب بشئ، أما لو لم يسكن فى الغرفه بعد أن ابيح له السكن فيها بعوض، فإنه يطالب بالعوض المعين.

لا- يبعد أن يقال: بأنه إن كان العوض فى مقابل نفس الإباحه، فاللزام تكليفى، فللرجوع أثر وإن عصى، إذ ليس هناك شئء إلافعله وهو الإباحه.

وإن كان فى مقابل التصرف المرخص فيه، فاللزام وضعى.

فالأمر يختلف باختلاف الصور. فليتأمل.

ولو استأجر الغرفه بعوض معين لكل ليله، فالمشهور على بطلان هذه الإجاره، للجهل بالمدّه، إنما الكلام فى حكم الليله الاولى، فقال العلامة بالصحة فيها. وكيف كان، فإنه بالنسبه إلى ما عدا الليله الأولى إباحه بالعوض، فإن كان العوض فى مقابل التصرف الخارجى، لم يكن عليه شئء إن لم

يسكن في الغرفة، وإن كان في مقابل إمكان التصرف الخارجي، فالعوض واجب.

قوله:

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

أقول:

يعنى: إنه لا ينطبق عليه عنوان من عناوين المعاملات إلا الصلح.

وفيه: إن الصلح العقدي هو ما لو أنشأ مفهوم التسالم، وكونه مصداقاً للتسالم لا يجعله عقد صلح.

فهى معاملة مستقلة، وصحيحه، للعمومات.

أما اللزوم، فقد اختاره الشيخ، لكنّه جوّز الجواز من الطرفين أيضاً.

دليل اللزوم هو: عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم».

ودليل الجواز من الطرفين هو: أصالة السلطنة، وهو للطرفين لا لطرفٍ دون آخر، كما في الفرع السابق، إذ كلاهما مبيح.

لكن المختار هو: اللزوم من الطرفين.

ص: ٣٢٩

## اشاره

ذكر من العقود: الإجاره والهدية والهبة والوقف، ولم يتعرّض لغيرها، كما أنه عنون «العقود» دون «الإيقاعات» مع عدم الفرق بينها، لوحده المناط.

ونحن نبحت عمّا ذكره فقط، فنقول:

العنوان تاره: غير قابل للإنشاء بالفعل، وأخرى: يقبل، لكنّ الشارع قد اعتبر له لفظاً معيّناً، وثالثه: تكون المعاطاه منافيةً لمضمون ما يريدان إنشائه.

وكلّ فعلٍ يكون اللّمازم الخارجى للمقصود مع قصد المضمون، فإنّه لا- يتحقق المعاطاه به، إذ لا مجال للمعاطاه بالكنايه، لأنّ الفعل لازم أعمّ.

مثلاً: إخراج العبد من الدار ملازم لأنّ يكون معتقاً، لكنّه لازم أعمّ فلا يصلح لأنّ ينشئ به إيقاع العتق.

وفى الأوقاف العامه، لو خرج المالك عن الملك وراح ولم يرجع، لم يكن فعله وقفاً، لأنّ ذلك الخروج قد يكون ملازماً للوقف، لكنّه لازم أعمّ، فإذن، لا يترتب الأثر على لوازم الأفعال، إذ لا كنايه فى الأفعال، نعم، فى مثل وقف الفرش للمسجد، لا يبعد كفايه فرشه فيه.

## فى النكاح؟

والنكاح فى اللغه العقد، يقال: تناكحت الأشجار، أى تعاقدت، وهذا المعنى يقبل الاعتبار الوضعى، فهل يتحقّق ذلك بالاضطجاع مع الأجنبيّه بقصد إنشاء الزوجيه معها؟ ربما يقال بذلك، لكن لا يجوز النكاح فى الشرع

بلا لفظٍ، ولا أثر للمعاطاه فيه، بل لقد اعتبر الشارع فيه اللفظ الخاص.

وربما يتوهم: أنه لا- يعقل تحقيق معنى الزوجية بالاضطجاع الخارجى، لأن حليته الاضطجاع متوقفه على الزوجية، والمفروض تحقيقها بالاضطجاع، فحليته موقوفه على الزوجية وهى متوقفه على الاضطجاع، وهذا غير معقول، لأن الحكم له حيثيه السببيه لوجود المتعلق، فلا- يعقل تأخره عنه. وبعبارة اخرى: ارتفاع حرمه الاضطجاع مع الأ-جنبيه منوط بالزوجية، فلو انيطت الزوجية بالاضطجاع الخارجى، لزم أن يكون الموضوع رافعاً لحكمه، وتوضيحه:

إن الحكم فى مرحله التعلق معلولٌ للمتعلق، لأن الملا-ك قائم بالمتعلق، والحكم معلول للملا-ك، فهو معلول للمتعلق فى مقام نفس الأمر، لكن وجود المتعلق خارجاً مسبب عن الحكم والحكم سبب له، مثلاً: وجوب الصوم معلول للملا-ك، ولكن فى مقام الوجود الخارجى للصوم يكون الوجوب هو الموضوع للوجود، إذ لولا- الوجوب لما وجد، فالمتعلق فى الخارج معلول للحكم، فلا يعقل أن يتوقف الحكم على وجود متعلقه.

وتلخص: إن هذا يكون محذوراً عقلياً لتحقيق الزوجية بالفعل، وهو الاضطجاع.

هذا هو الوهم.

ويندفع: بما ذكرناه مراراً من أن الاختلاف بين السبب والمسبب يكون بتخلل الفاء فقط، وليس بينهما اختلاف فى الزمان، وفيما نحن فيه: الحلية متعلقه بالمضاجعه التى تتحقق بها الزوجية فى آن واحد، فقبل التحقق الخارجى للمضاجعه المقصود بها الزوجية، كانت المضاجعه محللة فى الاعتبار الشرعى، لا أن الحلية منوطه بالتحقق الخارجى للمضاجعه،

فلا يلزم الدور.

ثم إنه لا بد من تعميم البحث، ليشمل الإيقاعات أيضاً، فنقول:

إنَّ جريان المعاطاه فى العقود والإيقاعات يبتنى على عدم وجود الدليل الشرعى على اعتبار اللفظ فيها، وكذا عدم قيام البرهان العقلى على امتناع جريانها فيه، فإنه - مع عدم وجود الدليل على اعتبار اللفظ وعدم البرهان على الامتناع - مقتضى القاعده هو الجريان، لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه.

فإن كان الدليل على العموم هو السيره، فقد يشكل بعدم قيامها فى بعض الموارد.

وهذه قاعده كليه تنطبق على كل فعلٍ خارجيٍّ معنون بالعنوان المقصود، وإلا فلا وجه للبحث عنه.

لكن يقع البحث فى تشخيص المصاديق، من حيث وجود الدليل الشرعى أو البرهان العقلى على الإمتناع.

وقد ذكرنا وجود الدليل الشرعى على اعتبار اللفظ فى التّكاح، وأنه لا يتحقّق إنشاؤه بالمضاجعه، ولولاه لقلنا بجريان المعاطاه فيه، لعدم البرهان العقلى على امتناعه، وقد عرفت الجواب عن الوجه العقلى المذكور.

### فى الرهن؟

وفى الرهن، قد يقال: بأنّ المعاطاه فى الرهن أن يسلم الرّاهن العين المرهونه إلى المرتهن، والحال أنّ إقباض العين المرهونه وقبضها شرط فى الرهن، وكذا الكلام فى الوقف والقرض، فلو كانت المعاطاه الفعلية - القبض والإقباض - محققة لهذه الامور، يلزم اتّحاد الشرط والمشروط، وهو مستحيل، لأنّ الشرط يغير المقتضى وهو دخيل فى فعلية ترتب المقتضى

ص: ٣٣٢

على المقتضى، فكيف يعقل وحده المشروط مع شرطه؟

فهذا البرهان العقلي مانع من تحقق العقود المذكوره بالمعاطاه.

لكن يمكن الجواب عنه: بأن القبض والإقباض - من قبيل الوجود والإيجاد - فعل واحد خارجي له نسبتان، نسبه إلى الفاعل فيكون إقباضاً، ونسبه إلى نفس الفعل، فيقال قبض، فلم لا يكون بما أنه إقباض رهنًا وبما أنه قبض ارتهانًا، فيرتفع الإشكال بلحاظ تعدد النسبه.

نعم، لو يشكل في جريان المعاطاه في الرهن، بأنه وثيقه الدين، والعين المرهونه تبقى محبوسه، وليس للرهن أن يتصرف فيها، فلو جرت المعاطاه - وهي معامله جائزه على المشهور - في الرهن، كان له التصرف فيها، وهذا ينافي حقيقه الرهن، لكان إشكالاً وارداً.

ثم إنه يعتبر في القرض أن يكون هناك قرينه على أنه تمليك بنحو الضمان، وإلما، فإن الفعل الخارجي - وهو إعطاء المال - أعم من أن يكون قرضاً أو هبه أو غير ذلك.

قال الشيخ:

إعلم أنه قد ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد - على ما حكى عنه - أن في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه في الإجاره، وكذا في الهبه.

وذلك....

وحاصل كلام جامع المقاصد هو: إن المعاطاه جاريه في الإجاره والهبه، لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله، فقد استحق الأجره، ولو كانت الإجاره فاسده لم يجز العمل في العين التي استؤجر للعمل فيها كأن يغسلها مثلاً.

وكذا لو وهب بغير عقد، فإن ظاهر الفقهاء جواز الإتلاف، ولو كانت

ص: ٣٣٣

هبةً فاسده لم يجز، بل منع من مطلق التصرف.

فأشكل عليه الشيخ بقوله:

### في الهبة؟

وفيه: إن معنى جريان المعاطاه في الإجاره على مذهب المحقق الثاني:

الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر، وملك الأمر العمل المعين به، ولم نجد من صرح به في المعاطاه.

أى: لم لا يجوز له العمل، بل يجوز، وفساد المعامله لا يوجب منعه عن العمل، لا سيما فيما كان العمل في شيء آخر ليس ملكاً للموَجِر، كالكتابه وقراءه القرآن مثلاً، ويستحق أجره المثل، لأنه لم يقصد التبرع، وإنما قصد عوضاً لم يسلم له.

قوله:

وأما مسأله الهبه، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاه فيها، إلا إذا قلنا في المعاطاه بالإباحه...

وحاصل الكلام في الهبه هو: إن المحقق الثاني القائل بإفاده المعاطاه للملك، لا يمكنه الاستدلال لجواز الهبه المعاطاتيه، لأن إفادتها للملك متوقفه على اللَّفْظ، للإجماع على اعتبار اللَّفْظ في المعامله اللّازمه، فإذن، لا تجرى المعاطاه في الهبه إلّاعلى مبنى القائلين بإفادتها بالإباحه.

### في الإجاره؟

أقول:

أما في إجاره الأعيان كالدار والبستان، فالمعاطاه جاريه، لصدق عنوان

ص: ٣٣٤



الإجاره على المعاطاه الخارجيه، وكذلك فى الهبه - وهى فى الأعيان دائماً - للصدق بلا إشكال.

إنما الكلام فى إجاره الأعمال، والإنصاف أنه مشكلٌ، للإشكال فى تحقق مضمون الإجاره بالمعاطاه، لأنَّ إجاره العمل هى أن يملك المستأجر العمل فى ذمه الأجير، والإيجاب فى الإجاره يكون دائماً من طرف الأجير، فأما قبل العمل، فلا دليل على كونه ملكاً للمستأجر حتى يوجده الأجير، وأما بعد العمل، فلا شىء حتى يكون ملكاً للمستأجر. والقول بأنه لو أخذ الأجير الأجره قبل العمل - مع أنه لا يستحقها - كان الأخذ بمنزله الإيجاب منه لتمليك العمل فى ذمته للمستأجر المعطى للأجره، والإعطاء بمنزله القبول، وكذا لو جاء بالثوب مثلاً - إلى الخياط، فإنه بمنزله القبول، وأخذ الخياط الثوب إيجاباً منه لتمليك الخياطه لصاحب الثوب، تكلف.

وتلخص: جريان المعاطاه فى الهبه.

وأما فى الإجاره، فلا بد من التفصيل بين الأعيان، فتجرى، والأعمال فلا تجرى، فظهر ما فى إطلاق قول الشيخ:

الأظهر بناءً على جريانها فى البيع جريانها فى غيره من الإجاره والهبه....

وتعرض للرهن فقال:

وظاهر المحكى عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال فى باب الرهن... لكن استشكله فى محكى جامع المقاصد... ولعل وجه الإشكال:

عدم تأتى المعاطاه بالإجماع فى الرهن على النحو الذى أجروها فى البيع....

وحاصل كلامه: عدم جريانها فى الرهن على جميع الأقوال، لأنه إن كان المقصود بالمعاطاه هو الإباحه، كما عليه صاحب الجواهر، فهذا خلاف المقصود من الرهن، إذ المقصود منه تصرف المرتهن فيما يأخذه، وإن كانت

المعاطاه مفيدة للإباحه - وإن قصد بها التمليك - كما عليه المشهور، فكذلك، وإن كانت مفيدة للملكيه الجائزه، فهي مباينه للوثاقه الرهنيه. وأمّا القول بأن المعاطاه فى خصوص الرهن مفيده للزوم، فهذا خلاف الإجماع على أن العقود اللّازمه يعتبر فيها اللّفظ.

أقول:

وهو كلام متين جداً، لكن لنا أن نقول: المعاطاه تفيد الملكيه، ونسلمّ بأنها الملكيه الجائزه، لكنّ هذا الجواز إنما جاء من ناحيه الإجماع، وإلّا فمقتضى القاعده هو اللّزوم، وعلى هذا، فكلّ عقد أمكن فيه الجواز واللّزوم، كان الإجماع مانعاً فيه عن اللّزوم، وكلّ عقد لا يتحقّق فيه حقيقه العقد إلّا باللّزوم، فهو خارج عن القدر المتيقن من معقد الإجماع، والرهن بعد شمول العمومات له من هذا القبيل، فالمعاطاه جاريه فيه وهي معامله لازمه.

قوله:

ولأجل ما ذكرنا فى الرهن، يمنع من جريان المعاطاه فى الوقف، بأن يكتفى فيه بالإقباض، لأنّ القول فيه باللّزوم منافٍ لم اشتهر بينهم من توقّف اللّزوم على اللّفظ، والجواز غير معروف فى الوقف من الشارع. فتأمل... .

أى: إنّ الوقف حبس العين وتسييل المنفعه، فحقيقه الوقف ليس الإباحه بل هو الحبس، وإفاده المعاطاه جواز الوقف لا لزومه ينافى حقيقته، وإن قلنا بإفادتها اللّزوم، كان مخالفاً لما أطبق عليه الأصحاب من الاحتياج إلى اللّفظ.

ص: ٣٣٦

أقول:

إنَّ حقيقة الوقف من الوقوف، فهو إيقافٌ للملك وحبسٌ للعين عن الإنتقال، لأنَّ الملك في حدِّ ذاته قابلٌ للانتقال، والوقف سواء على الأولاد أو على العامَّة، وسواء كان تحريراً للملك كما يعتق العبد، أو تملكاً لجهه، فلا انتقال فيه ولا جريان، بل هو على كلِّ تقديرٍ إيقافٌ للعين، فإنَّ لم يُعتبر فيه قصد القربة، جاز الوقف المعاطاتي، وكان له الرجوع فيه، إلَّا أنَّ يقوم الإجماع على عدم الجواز، وإنَّ اعتبر فيه القصد - كما هو المشهور - فالدليل الشرعي قائم على الحبس وهو ما دلَّ على أنَّ «ما كان لله لا يرد». فالدليل على اللزوم هو الدليل الشرعي الخاص.

فظهر الفرق بين الوقف والرهن، إذ الرجوع والجواز ينافي حقيقة الرهن ولا ينافي حقيقة الوقف، لكنَّ المانع ما ذكرناه.

والحاصل: إنَّ المعاطاه جاريه في الرهن والوقف، وهي لازمه في كليهما. والجواب عن الإجماع على الجواز في المعاطاه قد تقدّم.

قال الشيخ:

إعلم أنّ الأصل على القول بالملك: اللزوم، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمه، وأما على القول بالإباحه، فالأصل عدم اللزوم، لقاعده تسلط الناس على أموالهم... .

أقول:

أما بناءً على إفاده المعاطاه الملك، فإنّ الوجوه الثمانية تفيد اللزوم، وهي:

قاعده السلطنه، فالأخذ مالك وله السلطنه، وليس للمعطي الرجوع والتصرف على خلاف سلطنه الآخذ.

وقوله: لا يحل... ووجه الاستدلال كسابقه.

وآيه التجاره، فإنها تدلّ على اللزوم بكلتا الجملتين.

وآيه الوفاء بالعقود، ومقتضاها أنّ يكون المعطي واقفاً على العقد الذي أوجده وأنّ يفى به، فلو رجع عن عقده فقد خالف الأمر بالوفاء.

والبيعان بالخيار... فإنه مع الافتراق لا رجوع له. وفي بعض الألفاظ:

وجب البيع.

والمؤمنون عند شروطهم، دلّ على أنّ المؤمنين واقفون عند شروطهم، ملتزمون بها، لا يخالفونها، والرجوع ينافي هذا المعنى.

والاستصحاب، فإنّ مقتضاه بقاء ملكيه الآخذ.

وأَمَّا بناءً على إفادتها الإباحه، فمقتضى القاعده هو الجواز، وأنَّ للمعطي الرجوع فيما أعطاه، لعموم: «الناس مسلطون على أموالهم» واستصحاب السَّيْلطنه الموجوده من قبل المعاطاه، فإنه لو شكَّ بأنَّ هذه الإباحه تزيل السَّيْلطنه أَوْلا؟ يستصحب بقاؤها، وهذا الاستصحاب حاكم على استصحاب الإباحه الحاصله للآخذ قبل رجوع المعطي.

إلى هنا كلام الشيخ.

فأقول:

إنَّ ما ذكره بناءً على القول بالملك تام، لكنَّ كلامه بناءً على القول بالإباحه مجمل جدًّا، بل الإنصاف عدم خلوه من الإشكال، لأنَّ الإباحه فى المعاطاه على أنحاء:

١ - الإباحه المالكه المقصوده للمتعاينين، وهو مختار صاحب الجواهر.

٢ - المعاطاه المقصود بها الملك، لم يعتبر الشارع فيها المالكه واعتبر الإباحه المالكه الضَّمنيه الحاصله ضمن التمليك المقصود.

٣ - المعاطاه بعنوان التمليك، وكان الرضا تمليكيًّا ولم يكن هناك رضا بالإباحه فى الضَّمن، والشارع لم يمض هذا الرضا، وإذ سقط التمليك لعدم اعتبار الشارع، سقط الرضا تبعاً له، إلَّا أنَّ الشارع قد اعتبر الإباحه، فهى إباحه شرعيه تعييده محضه، فكأنَّ الشارع يقول: من أعطى ماله إلى غيره بقصد التمليك، فهذا الإعطاء عندى سبب لترخيصه فى التصرف، وإنَّ كان تصرفه على خلاف رضا المالك، نظير المعامله الفاسده، حيث أنَّ الشارع لم يعتبر المالكه فى العقد الفاسد، ولا- يوجد هناك رضا من المالك بالتصرف، لكنَّ يوجد فى المعاطاه هكذا تعبد من الشارع.

ص: ٣٣٩

فإن كانت الإباحه من قبيل الأوّل، فللمعطى الرجوع، لقاعده السّيلطنه، لأنّ الشىء باق على ملكه ولم يقصد هو التمليك ولا جاء من قبل الشارع ملكيه تعديده، وحينئذٍ، لا معنى لأنّ يجمع الشيخ بين القاعده والاستصحاب، لأنّ مقتضى القاعده كون المال مالاً له، ولا شك في بقاء الملكيه، مضافاً إلى أنه مع وجود الدليل لا مجال للأصل، كما أنّ استصحاب الإباحه أيضاً لا معنى له، حتى يكون ذاك حاكماً عليه، لأنه قد أباح ثم رجع.

وإن كانت الإباحه ضميّة حاصله من المالك وقد اعتبرها الشارع، فإنّه - وإن زعم أن المال خارج عن ملكيته - لا يزال المال في ملكه بحكم الشارع، فالإضافه الملكيه موجوده وعلى أساسها تجرى قاعده السلطنه، وله الرجوع، فلا تصل النوبه إلى استصحاب السلطنه السّابقه، ولا تجرى أصاله الإباحه حتى يكون محكوماً.

وإن كانت الإباحه شرعيّة تعديده - بأن يقول: إنه وإن لم يتملك المتعاطيان المالين، ولا رضا منهما بالتصرّف أصلاً، فهما متعبدان بإباحه التصرّف فيما أخذه - فإنه يستصحب بقاؤهما بعد المعاطاه ورجوع المالك، لأنه يشكّ في أنه بالرجوع قد ارتفعت بالإباحه الشرعيّة أولاً؟ فالأصل بقاؤها، وهذا الأصل لا يمكن أن يكون محكوماً. نعم، قاعده السّيلطنه محفوظه، فله التصرّف في ماله، كأن يبيعه مثلاً فيرتفع الموضوع، لكن مادام هو موجوداً فالشارع تعيد بجواز التصرّف للأخذ، وكلما يقول: لست براضٍ بتصرّفاتك، لم يكن مؤثراً، لأنها إباحه شرعيّة لا مالكيه، والمالكيه هي التي ترتفع بالرجوع.

فإذن، ليس هناك منافاه بين قاعده السّيلطنه واستصحاب بقاء الإباحه، فضلاً عن أن يوجد التنافى بين استصحابهما فيقال بتقدّم ذاك على

هذا بالحكومة.

وعلى فرض جريان استصحاب السِّلطنة، فإنه يفيد لأن يتصرّف المالك في ملكه التصرّفات الناقله أو المتلفه، وأمّا مادام المال موجوداً، فالحكم بالإباحه الشرعيّه موجود، ومع الشكّ في بقائه يستصحب.

### تلف العوضين

قوله:

إذا عرفت هذا، فاعلم: أن تلف العوضين ملزم إجماعاً - على الظاهر المصرّح به في بعض العبائر. أمّا على القول بالإباحه فواضح، لأنّ تلفه من مال مالكة، ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه. وتوهم جريان قاعده الضمان باليد هنا مندفع بما سيحى.

أقول:

توضيح كلامه وتقريب مرامه هو: إن سبب الضمان إمّا الإتلاف أو اليد، أمّا قاعده الإتلاف - من أتلف مال الغير فهو له ضامن - فمصطاده من موارد عديده من الشريعة، لكنّ كلّ قاعده مصطاده كذلك، فلا بدّ وأن يكون لها وجه يشترك فيها جميع الموارد، والجامع بينهما هنا هو عدم وجود الإباحه الشرعيّه، فلو كان الإتلاف من ناحيه الإباحه، فلا ضمان، فالإتلاف الذى هو سبب الضمان يكون حيث لا إباحه، والمفروض هنا وجود إباحه التصرّف شرعاً، فلا تجرى القاعده.

وأما قاعده اليد - على اليد ما أخذت حتى تؤدى - فهي موجهه للضمان عند التلف، فيما لو كان الإنسان مخاطباً برّد العين حال وجودها، والمتعاطيان لم يكونا مكلفين بالأداء، فهما في حال التلف ليسا بمكلفين

ص: ٣٤١

بأداء المثل أو القيمة. ولذا قال الشيخ: لأنّ تلفه من مال مالكة ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه.

لكن يرد عليه:

أولاً: قوله على الإباحه.

فإنّ القول بالإباحه - وهو قول المشهور - مبنئ على أن المعاطاه بيع فاسد، وسيأتي أن كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فلماذا قال بعدم الضمان؟

وثانياً: قد تقدّم - في الكلام على ما ذهب إليه كاشف الغطاء رحمه الله، من أنّ القول بإفاده المعاطاه للإباحه يستلزم تأسيس قواعد جديده - قول الشيخ: بأنه إذا تلف المأخوذ بالمعاطاه نستكشف الملكيه قبله آناً، وعلى ما ذكره هناك، يكون التلف من كلّ منهما في ماله، فإذن، لا موضوع للضمان.

فما أفاده هنا ينافي كلامه هناك، ولا طريق للجمع بينهما.

نعم، لو قيل في البحث عن تلك القاعده، بأنّ الإقدام على الضمان لا يكون سبباً لضمان المثل أو القيمة بتلف العوضين، كان لما ذكره وجه، لكنّه لا يقول بذلك.

قوله:

وأما على القول بالملك، فلما عرفت من أصله اللزوم، والمتيقن من مخالفتها جواز تراّد العينين، وحيث ارتفع مورد الترادّ امتنع...

أقول:

إنّ القدر المتيقن من الخروج من الأصل، هو صورته وجود العينين، وأما مع تلفهما فالقاعده محكمه.

قال بهذا، والحال أن مسلكه أنه لو كان الحكم مترتباً على عام، ومتعلّق

ص: ٣٤٢



الحكم أمر زمانى ولكنْ كانت حيثيّه الاستمرار الزمانى فيه من ناحيه الإطلاق، وبعبارة اخرى: الحكم متوجّه إلى المتعلّق الذى له استمرار فى الزمان، وكان الزمان ظرفاً للمتعلّق - لا - مفرداً للحكم - فلو كان للمتعلّق حكم فى زمانٍ على خلاف حكم ذلك العام، فإنه مع الشك بعد ذلك الزمان لا يتمسك بالعام، فكيف يقول هنا بالتمسك بالعمومات؟

ولقد تعرّضنا لهذا المطلب فى بحوثنا الاصوليه، ولنا فيه مسلك خاص، توضيحه:

إنه لو قال: «أكرم العلماء» كان ظاهراً فى إكرامهم فى كلّ زمانٍ وبأنحاء الإكرام، لكنّ هذه الأنحاء غير مأخوذه فى اللفظ، بل هذا الاستمرار مستفاد من الإطلاق، بخلاف ما لو قال: «أكرم العلماء فى كلّ يوم»، فإنّ الحكم متوجّه إلى أفراد الإكرام المتعدّده بعد الأيّام، فإكرام كلّ يوم متعلّق للإيجاب، فإنّ قال بعد القول المذكور: «لا تكرم زيدا العالم فى يوم الجمعة»، فقد أخرج يوم الجمعة وبقى وجوب إكرامه فى سائر الأيّام، لأنّ المفروض هو تعدّد الإكرام، ولو شكك فى وجوب إكرامه فى غير الجمعة، تمسك بالعام بلا كلام.

أمّا لو كان قوله: «لا تكرم زيدا العالم فى يوم الجمعة» بعد قوله: «أكرم العلماء» وكان استمرار الإكرام من باب أنّ الزمان ظرف للإكرام، فإنه لا يتمسك بالعام لدى الشك فى إكرامه عدا يوم الجمعة، لأنّ قوله: «يوم الجمعة» ليس مخصّياً عاماً للعموم الأزمانى، إذ المفروض أنّ لا عموم أزمانى، فلا محاله، يكون «لا تكرم» مخصّياً صائلاً «العلماء». فزيد يخرج من تحت العلماء يوم الجمعة، ولا يتمسك بوجوب الإكرام بالنسبه إلى يوم السبت مثلاً، بل يستصحب حكم يوم الجمعة.

هذا مسلك الشيخ رحمه الله، كما فى التنبيه العاشر من تنبيهات

وفيما نحن فيه، مقتضى الآيه المباركه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هو الإستمرار الأزمانى لوجوب الوفاء، فإذا قام الدليل على جواز المعاطاه مع وجود العينين، كان مخصّياً صاماً للعموم ودالماً على عدم وجوب الوفاء فى زمان وجود العينين، فتسقط حينئذٍ أصاله اللزوم، ويستصحب حكم المخصّص، وإذا سقطت دلالة الآيه، سقط غيرها من الأدله بالأولويه، ولا مجال للإستصحاب، لأنّ الملكيه السابقيه كانت جائزه، واستصحاب بقاء هذه الملكيه لا يفيد اللزوم.

لكنّ الحقّ - كما ذكرنا فى الاصول - أنّ الزمان فى الأدله قيد للمتعلّق، إذ الإكرام إنّما يقع فى الزمان، فإذا ورد عام وتعلّق بحكم كآيه الوفاء، كان ظاهراً فى الإطلاق بحسب الأزمنه، والزمان ظرف للوفاء لا للحكم، وإنّما ترفع اليد بقدر المخصّص، وعليه، فالوفاء واجب إلّا فى ظرف وجود العينين.

فما ذهب إليه الشيخ هنا صحيح على هذا المسلك المحقّق، لا على مسلكه فقهاً وأصولاً، وإنّ اختاره بعض مشايخنا، فإذا تمّ ما ذكرنا فى الآيه، كان جارياً فى غيره من العمومات، لأنّ المخصّص هو الإجماع، وهو دليل لئى يؤخذ منه بالقدر المتيقّن، وهو حال وجود العوضين كما ذكر، والمرجع فى غيره هو العمومات.

هذا، وقال المحقق الخراسانى معلقاً (٣) على قول الشيخ: والمتيقّن من مخالفتها جواز تراذ العينين، ما ملخصه: أن المراد ليس انتقال العينين من

ص: ٣٤٤

١-١) فرائد الاصول: ٣٩٥ ط الحجرية.

٢-٢) المكاسب: ٢٤٣ ط الشهيدى.

٣-٣) حاشيه المكاسب: ٢٢.

مكانٍ إلى آخر خارجاً، بل هو الترادُّ في الملكيه، وهو عبارته اخرى عن حلِّ العقد، ولذا قال ابن إدريس: بأنَّ المعاطاه يجوز فيها الفسخ. فالترادُّ ملكاً يرادف جواز الفسخ، وحينئذٍ، يترتب عليه الرجوع إلى البدل.

وفيه:

أولاً: إن كان المراد هو الترادُّ في الملكيه، فهل الموضوع ترادُّ طبيعيّ العوضين أو خصوصهما؟ إن كان الأول، فالإشكال وارد، لكنَّ الموضوع لجواز الترادُّ هو العينان بوصف وجودهما الخارجى، وبمجرد التلف يرتفع موضوع الحكم وبارتفاعه يرتفع الحكم، وحينئذٍ تتحكم أدلّه اللزوم.

وثانياً: أنا لو تنزّلنا عن أنّ الموضوع مقيد بوصف الوجود، فلا أقل من الشكّ.

لكنّ لا- يتوهم دخوله في القسم الثانى من استصحاب الكلّى، بأن يكون الجواز مردداً بين فردين، أحدهما زائل وهو الترادُّ المتّصف بالوجود والآخر باق، وهو ترادُّ طبيعيّ العوضين، فيستصحب جواز الترادُّ الثابت قبل التلف، فيكون الحق ما ذكره المحقق الخراسانى.

إذ فيه: إنه لا- مانع من استصحاب الكلّى القسم الثانى فى الموضوعات، لكنّه فى الأحكام موقوفٌ على إحراز الموضوع، لأنّ وحده الموضوع فى الإستصحاب شرط، لكنّ الموضوع مشكوك فيه، فلا- يجرى الاستصحاب، ومن هنا يمكن القول بأنّ الاستصحاب من القسم المذكور منحصرٌ فى الموضوعات.

قوله:

ولم يثبت قبل التلف جواز المعامله على نحو جواز البيع الخيارى حتّى يستصحب بعد التلف، لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من

ص: ٣٤٥

أقول:

إنَّ معنى اللزوم بعد التلف هو أن لا يرجع إلى البدل من المثل أو قيمه، وبيان ذلك:

أمَّا على بالإباحه، فإنَّ الإباحه على أربعة وجوه:

أمَّا على ما ذهب إليه صاحب الجواهر، من أن المتعاطيين يقصدان الإباحه من أوّل الأمر، فلأنه إذا تلف العوضان، فهما تالفان في ملك المالك، فلا تكون يد الآخذ يد ضمانٍ حتى يضمن بعد التلف بالرجوع إلى البدل، بل اللزوم حاصل.

وأمَّا على ما ذهب إليه الشهيد الثاني - وتبعه المحقق الخراساني - من أن المعاطاه تفيد الملك بشرط تلف العوضين، فإن كان بنحو الشرط المتأخر، فإنه يستكشف منه حصول الملكيه من أوّل الأمر وأنَّ الإباحه كانت ظاهريّة، وإن كان بنحو الشرط المقارن، بأنَّ تحصل الملكيه مقارنةً للتلف، فالإباحه قبل التلف ثابتة بالدليل الخارجى، أو أن تسليط المعطى فيه إباحه مالكيه ضمنيّة، فإذا تلفت العين كان التلف واقعاً في ملكه، فلا موضوع للضمان.

وأمَّا القول: بأنَّ المتعاطيين وإنَّ قصدا التمليك لكنّ الشارع لم يمضه وأن البيع فاسد، إلّا أنّ التسليط اليدى الحاصل يفيد الإباحه المالكيه الضمنيّة، فالعين غير تالفه في ملك من كانت عنده، بل هي من مال المالك الأوّل، إلّا أنه لا ضمان، لعدم جريان قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، ووجه عدم الجريان هو: إنَّ تلك القاعده إنما تجرى حيث لا إباحه مالكيه.

وأمَّا على القول: بإفاده المعاطاه للإباحه بالتعبد الشرعى، بأنَّ يكون الشارع متعبداً بها بعد عدم إمضاء ما قصدها من التمليك، فلا ضمان كذلك،

لما أفاده الشيخ سابقاً من أنّ الإجماع على عدم الضمان يكشف عن أنّ الإباحة كانت إلى وقت ما قبل التلف، فإذا حصل تحققت الملكية، فيكون التلف في الملك، فلا موضوع للضمان، وعلى فرض عدم قبول ما ذكره، المبني على مقتضى الجمع بين الأدلة، أمكن القول بأنّ القاعده المتقدمه غير جاريه هنا كذلك، لأنها إنما تجرى حيث لا إباحه مطلقاً، والمفروض في المقام وجود الإباحه الشرعيه التعدييه.

وهذا كله بناءً على الإباحه.

وأما على الملك، بمعنى أنّ المعاطاه تفيده الملكية وقد أمضاها الشارع، فيكون كلّ واحدٍ مالكاً للعرض الذي يأخذه، مع جواز التراد، فقد ذكر الشيخ أنّ جوازه محدود بالإمكان، وهو حيث يكون العوضان موجودين، فعلى هذا، يصحّ التمسك بأصالة اللزوم، لأنّ القدر المتيقن خروجه هو حال وجود العوضين.

وقد أورد عليه بعض الأكابر بوجهين مهمين:

أحدهما: إنّ أصالة اللزوم مستنده إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم»، لكنّ زمان وجود العوضين ظرف للحكم لا قيد، وقد قرّر الشيخ أنّ في مثله لا يتمسك بالعام بل يستصحب حكم الخاص، فالمرجع حينئذٍ استصحاب جواز التراد.

والثاني: إن المراد من الجواز في المعاطاه عبارته عن جواز الرجوع في العوضين، نظير رجوع الواهب في الهبه، فليس جواز التراد على نحو جواز الفسخ. هذا ما ذكره الشيخ. فيرد عليه: إن ذلك عبارته اخرى عن حلّ العقد وفسخه، إذ لا معنى لبقاء العقد بعد استرداد كلّ منهما ما أعطاه وإرجاعه إلى ملكه، ولازم انحلال العقد هو الرجوع إلى المثل أو قيمه، فلماذا لا يقول

الشيخ بذلك؟

أقول:

إن المعاطاه هي الإعطاء والأخذ، والتراذ عبارة عن الاسترجاع لما أعطى وأخذ، وجوازه حكم ثابت بالإجماع، فموضوع جواز التراذ هو استرداد العوضين إلى الملك، ولازم ذلك انحلال العقد، لا أن جواز التراذ عين فسخ العقد وحله، ففرق بين فسخ العقد - كما في الخيار - ولازمه التراذ، وجواز التراذ الذي يكون فسخ العقد لازماً له، فهما متغايران متعاكسان. وإذا علمت هذا، فمن الواضح أن جواز التراذ للعوضين إنما يكون مع وجودهما، فإذا انتفيا فلا حكم بالجواز لعدم بقاء الحكم بعد ارتفاع الموضوع.

وعلى هذا، فلا مجال للبحث عن انحلال العقد، لأنه إنما كان على أثر جواز التراذ، وإذ امتنع فلا يبحث عنه، حتى يقال بأن لازم الإنحلال هو الرجوع إلى المثل أو قيمه.

وبما ذكرنا ظهر: أن الشيخ لا يريد التمسك بالعموم، حتى يقال بأنه من التمسك بالعام بعد انقضاء زمان المخصص.

فالإشكالان مندفعان.

### تلف احدي العينين

قوله:

ومنه يعلم حكم ما لو تلف احدي العينين أو بعضها على القول بالملك.

أقول:

لأنَّ القدر المتيقن من الجواز بناءً على الملك هو وجود العينين، لأنَّ التراذ كان في صورته وجودهما بتمامهما، وأما مع تلف أحدهما أو بعضه،

ص: ٣٤٨

فالمرجع عمومات اللزوم.

قوله:

وأَمَّا على القول بالإباحه، فقد استوجه بعض مشايخنا - وفقاً لبعض معاصريه تبعاً للمسالك - أصاله عدم اللزوم، لأصاله بقاء سلطنه مالك... .

أقول:

وجه القول بعدم اللزوم هو: إنَّ كلاً منهما كان يجوز له التصرّف بما فى يده، فلو تلف أحد العوضين فلا دليل على تملك الآخر، بل إنَّ الذى تلف ما كان بيده يحكم عليه بدفع البدل، عملاً بدليل السلطنه الثابته للطرف المقابل.

قوله:

وفيه: أنها معارضه بأصاله براهه ذمته عن مثل التالف أو قيمته... .

أقول:

قال السيد: لا معارضه بين الأصل والدليل، بل الدليل مقدّم.

لكنه غفله عن كلام الشيخ، فقد تمسك بأصاله السلطنه لا قاعدتها، لأنه بعد تلف احدى العينين واحتمال كون العوض الموجود بيد الآخر ملكاً له، فلا مجرى للقاعده، لعدم إحراز كونه مالكاً له، فصدق «أموالهم» عليه غير معلوم، لكنه مجرى للاستصحاب، فيستصحب بقاء المال على الملكيه السابقه وتترتب عليه السلطنه، وتكون ذمه من تلف بيده مشغوله بالبدل، فلا يرد الإشكال، وما ذكره هو الصحيح.

إلا أنه يقع التعارض بين الإستصحاب وأصاله عدم اشتغال ذمه من تلف عنده المال عن المثل والقيمه، فيتساقطان، ولا يبقى دليل للرجوع فى العين الموجوده.

ومما ذكرنا ظهر أن الصحيح هو التعبير بأصاله عدم اشتغال الذمه

ص: ٣٤٩

لا- براءتها، لأنَّ أصله البراءة أصل حكْمى ولا يجرى الأصل الحكْمى مع وجود الأصل الموضوعى، لا سيَّما الاستصحاب، إلَّا أن يكون مراده ما ذكرناه.

قوله:

والتمسك بعموم على اليد هنا فى غير محلّه، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده، إذا بنى مالك العين الموجوده على إمضاء المعاطاه ولم يرد الرجوع، إنما الكلام فى الضمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

أقول:

حاصله: إن الضمان إنما يكون فيما لو كانت اليد يد ضمان من أول الأمر، ولكنها ليست كذلك. وأيضاً، لو لم يرد صاحب المتاع الرجوع لأخذه فذمته غير مشغوله بالبدل، إنما يكون الإشتغال لو أراد الرجوع، وعلى هذا، فمعنى التمسك بالقاعده هو أن يده على الثمن كانت يد ضمانٍ تعليقى، والقاعده لا تفيد الضمان التعليقى أصلاً.

وتلخص: لزوم هذه المعامله.

وقوله:

لكن يمكن أن يقال: إن أصله بقاء التسلطنه حاكمه على أصله عدم الضمان بالمثل أو القيمه، مع أنّ ضمان التالف ببده معلوم، إلّا أنّ الكلام فى أنّ البدل هو البدل الحقيقى، أعنى المثل أو القيمه أو البدل الجعلى، أعنى العين الموجوده، فلا- أصل. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال... فتدبر.

أقول:

مراده تأييد ما ذهب إليه صاحب المسالك ومن تبعه، ودفع

ص: ٣٥٠



المعارضه التي ذكرها: بأن أصله السِّلْطَنه أصلٌ سببيٌّ وأصله البراءه أصلٌ مسببيٌّ، والأصلُ السببيُّ حاكمٌ على المسببيِّ، لأن مفاد أصله السِّلْطَنه هو جواز الرجوع في المال، وعليه، فلمَّا كُنَّا نعلم بأنَّ مالَ أحدٍ لا يذهب مجاناً، فلا محاله يكون بعد رجوعه في المال الموجود، ضامناً لمثل التالف أو قيمته للطرف المقابل، فثبوت اشتغال ذمّه من تلف عنده المال لا يبقى مجالاً لجريان أصله البراءه. هذا ما ذكره أوّلاً.

ثم قال: بأننا نعلم إجمالاً - بأنَّ صاحب المال ضامن، لأنَّ المال الذي أتلفه لم يكن مجاناً، بل كان إباحهً بعوض، فهو ضامن إماماً للعين الموجوده وعليه دفعها للطرف ولا - رجوع له فيها أو لمثل التالف أو قيمته. ومع هذا العلم الإجمالي لا يجري أصله البراءه عن الضمان، فتكون أصله السِّلْطَنه جاريهً بلا معارض.

أقول: لقد كان الأولى أن يقول: عندنا علم إجمالي بثبوت الضمان، فالأصلان - أصله عدم اشتغال ذمّته، بتسليم العين الموجوده، وأصله عدم اشتغالها بالمثل أو قيمه - يتعارضان ويتساقطان.

ثم قال: إنَّ صاحب العين التالفه له سلطنه على ماله الموجود بيد الطرف، ومقتضى عموم «الناس مسلطون» أن يكون له إرجاعه، والطرف المقابل المالك للثمن يرجع على من تلف عنده، بمقتضى عموم السلطنه، فيطالبه بالبدل بعد تلفه.

هذا تمام كلام الشيخ في المقام.

وفيما ذكره نظرٌ من جهات:

الأولى: الذي في المسالك أنه يقوى اللزوم بصراحه، وأمّا عدمه، فقد احتمله احتمالاً وهذا نصّ عبارته حيث قال: لو تلف احدهما خاصه، فقد

صرّح جماعه بالاكْتفاء به في تحقّق ملك الاخرى، نظراً إلى ما قدّمناه من جعل الباقي عوضاً عن التالف، لتراضيهما على ذلك، ويحتمل هنا العدم، التفاتاً إلى بقاء الملك وعموم: الناس مسلّطون على أموالهم. والأوّل أقوى، فإنّ من بيده المال فقد ظفر بمثل حقّه بإذن مستحقّه فيملكه، وإنّ كان مغايراً له في الجنس والوصف، لتراضيهما على ذلك (١).

والثانيه: لقد كان الأوّل أن يتمسّكوا بقاعده اليد فيقولوا: لا تجرى البراءه ولا معارض لقاعده السّيلطنه، لأنه من تعليق الحكم بموضوعه، لكنّ الأحكام - وضعيّه كانت أو تكليفيّه - معلقه على ثبوت الموضوع، ومعنى: لو رجع ضمن، أنه لو رجع انحلّ العقد، أي: إنه إن كان المال موجوداً أخذه وإن لم يكن موجوداً أخذ بدله، نظير رجوع ذى الخيار في زمنه على من تلف المال بيده بأخذ البدل، مع أن يده عند التلف لم تكن يد ضمان. وبعبارة اخرى: فإنّ معنى: على اليد ما أخذت... أنه إن كانت العين موجوده وجب عليه أدائها، وإلّا وجب عليه أداء البدل عنها.

فيرد على الشيخ:

أولاً: اليد يد ضمان، لأن الإباحه كانت معوّضه، فقوله: «ليست يد ضمان» غير تام.

وثانياً: قوله: إنه لو رجع ضمن بالبدل، معناه: إنه إن رجع يكون الطرف ضامناً، ومعنى الرجوع هو الفسخ، فيأخذ العين إن كانت وإلّا فبدلها، وكان الأوّل أن يقال: أصاله السلطنه معتضده بقاعده اليد.

وعلى ما ذكرنا في تصحيح كلام الجماعه، فلا حاجه إلى الوجوه التي

ص: ٣٥٢

(١-١) مسالك الأفهام ١ / ١٦٥ - ١٦٦ ط الحجريّه.

أقامها الشيخ رحمه الله لتأييد ما ذهبوا إليه.

الثالثه: والوجه هي:

١ - إنَّ أصله بقاء السِّلْطَنه حاكمه على أصله عدم الضمان بالمثل أو القيمه. وتقريبه: إن الشكَّ في اشتغال ذمته وعدمه، مسبَّب عن أن يكون له حق الرجوع أو لا يكون، وقاعده السِّلْطَنه تفيد أن له الرجوع، وإذا جرى الأصل في ناحيه السبب لم يبق شك في اشتغال الذمه.

وفيه: عدم جريان الحكومه هنا، لأنها مشروطه بأن تكون السبب شرعيه وهي هنا عقليه، بل الأصل هنا في الحقيقه مثبت، لأنَّ أصله السِّلْطَنه تثبت حق الرجوع، وإذ لا يكون مال الآخر مجاناً، فلازم السِّلْطَنه براءه الذمه.

بل لو أردنا إحراز قانون الشك السببي والمسببي مع النظر إلى اللوازم، جاز أن يكون المورد بالعكس، بأن يكون الشك في الرجوع وعدمه مسبباً عن الشك في اشتغال الذمه بالبدل وعدمه، ويكون الحاكم استصحاب عدم الضمان.

٢ - إنَّ ضمان التالف يبدله معلوم، إلّا أنَّ الكلام في أن البدل هو... .

فإنما يريد: أنا لَمَّا نعلم بالإجمال بالضمان، فلا أصل يعين ضمان البدل الجعلي وهو المسمي، أو البدل الحقيقي وهو المثل أو القيمه، حتّى يجرى أصله عدم ضمان الآخر، فلا تجرى البراءه عن المثل أو القيمه. أو يريد: أنا لَمَّا نعلم إجمالاً بالضمان، فإنَّ أصله عدم ضمان المسمي تتعارض مع أصله عدم ضمان البدل الحقيقي، وإذا تساقطا، فلا أصل يكون معارضاً لأصله السِّلْطَنه.

وفي كلا الوجهين إشكال، وإن كان ظاهر بيان السيد وروده على أحدهما فقط، لعدم جريان أصله السِّلْطَنه على كلِّ تقدير، لأنَّ معنى جعل

ص: ٣٥٣

الشارع البدل - وهو المسمى أى العين الموجوده - كونها بدلاً عن الملك التالف بيد الآخر، لأنه قبل التلف صار ملكاً لمن تلف عنده آنأماً، فتكون العين الموجوده ملكاً للطرف بحكم الشارع، وحينئذٍ، فقول الشيخ بالمعارضه - بين أصاله عدم جعل الشارع العين الموجوده بدلاً، وأصاله عدم اشتغال الذمه بالمثل والقيمه، وأنهما يتساقطان وتبقى أصاله السلطنه بلا معارض - فيه:

إننا قد ذكرنا سابقاً أن الأصل بقاء الملكيه، والسلطنه من آثارها وأحكامها - وقد احتملنا أن يكون هذا مراد الشيخ من أصاله السلطنه - ومقتضى ذلك هو عدم كون هذا الموجود بدلاً مجعولاً من الشارع، لكن هذا الاستصحاب معارضٌ بأصاله عدم اشتغال الذمه بالمثل والقيمه، فيتساقطان، ولا يبقى موضوع لأصاله السلطنه.

وإن اريد من البدل الجعلى ما جعله المتعاطيان بدلاً، دار الأمر بين أن يكون الموجود بدلاً عن التالف أو يكون من تلف ما عنده مشغول الذمه بالمثل أو القيمه، وحينئذٍ نقول: إن بدليه هذا الموجود حاصله من المتعاملين، والشارع قد أمضى ذلك، ومع الشك نستصحب بدليه العين الموجوده، ونستصحب أيضاً الحاله السابقه لجعل المثل والقيمه بدلاً، وهى عدم البدليه، فالأصل كون العين الموجوده بدلاً، والأصل عدم اشتغال الذمه بالقيمه والمثل، فالأصلان يجريان ولا منافاه بينهما.

ولو تعبدنا بكون العين الموجوده هى البدل، فلا معنى للسلطنه، لأنها لا تجرى فى الملك المضمون به.

وتلخص: إنه إن كان المراد جعل الشارع، فلا- موضوع لأصاله السلطنه، وإن كان المراد جعل المتعاطيين، فلا مجرى لأصاله السلطنه.

فهذا الوجه لعدم اللزوم ساقط كذلك.

٣ - إن عموم «الناس مسلطون على أموالهم» يدل على السِّلْطَنَة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التالف بأخذ بدله الحقيقي وهو المثل أو القيمة. فتدبر.

أى: ومعه، لا مجال لجريان أصاله البراءة عن البديل، لأن القاعده دليل اجتهادى حاكم عليها، ولا معارض للقاعده، فلا لزوم.

وفيه: إن الموضوع فى الحديث هو «أموالهم» وهذه الإضافة مالكيه، وكلّ متلبس بالإضافه فهو ظاهر فى الفعلية، ففقه الحديث هو كون الناس مسلطين على أموالهم التى هى أموالهم بالفعل، فيكون ظرف السِّلْطَنَة هو ظرف الملكيه، فلا يعقل أن يقال: بأنّ الإنسان مسلط الآن على ما كان مالاً له سابقاً وهو تالف الآن، لأنّ الإضافة تنعدم بانعدام طرفها، والتالف ليس الآن مصداقاً لـ «أموالهم»، وأما كونه مسلطاً الآن على بدل التالف، فهذا معناه أن يكون الحكم محققاً لموضوعه، وهذا باطل.

إذن، لا وجه للتمسك بعموم قاعده السِّلْطَنَة لوجوب البديل، ولعلّه الوجه فى الأمر بالتدبر.

والمختار: إن التلف مطلقاً مفيد للزوم، سواء على القول بالملك أو الإباحه، - إلأعلى قول صاحب الجواهر من قصدهما الإباحه من أول الأمر - لأن القدر المتيقن من دليل الجواز - وهو الإجماع - وجود العوضين.

قوله:

ولو كان أحد العوضين ديناً فى ذمّه أحد المتعاطيين ... .

أقول:

هذا الكلام مبنى على عدم لزوم صدور الفعل من الطرفين فى المعاطاه،

ص: ٣٥٥

وهذا هو الصحيح.

وأيضاً: فإنه إن كان من عليه الدين هو المشتري، فذاك يوجب، والمشتري بأخذه يقبل، وما في الذمّه هو الثمن، وإن كان العكس، بأن كان البائع هو الدّين، فالمبيع ما في الذمّه والذي يدفع خارجاً هو الثمن، فالمديون المشتري يعطى الثمن والبائع يأخذه والمبيع غير معطى، فأعطاء المديون الثمن قبول مقدّم وأخذ ذاك إيجاب، مؤخّر، فقول الشيخ: لو كان أحد العوضين ديناً، يراعى فيه أمران: أحدهما كفايه الفعل من طرفٍ واحد، والآخر كفايه القبول المقدّم والإيجاب المؤخّر.

قوله:

فعلى القول بالملك، يملكه من فى ذمّته فيسقط عنه، والظاهر أنه فى حكم التلف، لأن الساقط لا يعود.

أقول

كون الإنسان مالِكاً لِمَا فى ذمّته غير ممكن، إلّا أن يملكه فيسقط، نظير تملك الإنسان لأحد عموديه آنأماً وانعتاقه عليه، وهذا يبتنى على أن البيع عبارته عن التمليك، بأن يكون حقيقته البيع تمليك العوضين، فإنه يملك آنأً فيسقط، بمعنى أنه غير معقول حدوداً وهو اعتبار عقلائى، وأما بقاء، فلا يعقل بل يسقط.

فيرد عليه الإشكال: بأنه لا يعقل أن يكون ثبوت الشىء علّه لسقوط نفسه؟

ولكن يمكن أن يقال: بأن لا حاجة إلى الإيراد بذلك، لأن البيع على من هو عليه إبراء وإسقاط، إذ التيقوط بحكم التلف فى إيجابه اللزوم من أوّل الأمر، فلا ملزم للقول بالملكيه آنأماً ليرد عليه ما تقدّم.

ص: ٣٥٦

وقد علل رحمه الله كون هذا السيقوط في حكم التلف بأن: الساقط لا يعود، والسر في ذلك هو: إن عود الشيء ملازم لوحده، ووحدته مباينه لتخلل العدم، فإذا انعدم الشيء لم يكن العائد هو هو بل هو مثله.

قوله:

ويحتمل العود وهو ضعيف.

أقول:

قال السيد: بل لا وجه له.

لكن الإنصاف أنه يمكن توجيهه بوجهين: بأن يقال بأن الذمه عبارته عن عهده الإنسان، وأي مانع من أن يعود إلى العهده مرة أخرى ما خرج عنها؟ أو لأن وجود الحنطة - مثلاً - في الذمه اعتباري، وملكيته أيضاً اعتباري، فما كان وجوده وملكيته اعتبارياً لم لا يكون عائداً اعتباراً كذلك؟ والبرهان الذي ذكرناه يختص بالامور التكوينية.

إذن يحتمل العود.

لكنه ضعيف، لأن قوام العهده مملوكيه الحنطة، فإذا زالت المملوكيه ارتفعت العهده، فلا تكون العهده أمراً منفصلاً عن مملوكيه الحنطة، حتى يقال بخروج الحنطة عن العهده ثم عودها إليها، فالوجه الأول ضعيف.

والوجه الثاني ضعيف كذلك، لأنه إذا فرضنا قابليته الشيء للعود، فإن صرف القابلية لا يكفي دليلاً على إثباته، فإن كان المثلث للعود الاعتباري هو جواز المعاطاه، فهذا دور، وإن كان غير الجواز، فما هو؟ وعلى الجملة، فلا دليل مثبت له، ومجرد الإمكان لا يكفي دليلاً.

وبعبارة أخرى: إن العهده ليست بأمر ثابت كان فيه شيء فخرج عنه ثم عاد إليه، بل العهده واعتبار الذمه بمشغوليتها بالدين، فإذا سقط الدين

ص: ٣٥٧

فلا ثبوت للذمه والعهده، لا حقيقه ولا اعتباراً.

فإن قلت: نعتبر ثبوت الدين بالفعل، فإنه بالفسخ يعود ويعتبر.

قلت: إن مفهوم العود هو أن يكون الشيء موجوداً فينتقل من مكانٍ إلى آخر، فاعتبار العود ملازم لاعتبار البقاء، إذ لا يتحقق مفهوم العود إلّامع بقاء الشيء، وإلّا كان حدوثاً جديداً، فلا بدّ من أن يقال بأن الدين الساقط باق اعتباراً في ظرف السقوط ثم يعتبر عوده إلى الذمه، ولكنّ اعتباره باقياً في ظرف السقوط غير معقول.

فإن قلت: لم لا يكون كما لو فسخ أو استقال؟

قلت: بعد الفسخ والإقاله تتحقّق ملكيه جديده، لا أنه تعود الملكيه السابقه.

فإن قلت: لم لا يكون ما نحن فيه كذلك؟

قلت: لا مانع، لكن لا دليل.

فإن قلت: الدليل جواز المعاطاه.

قلت: إثبات إمكان العود بجواز المعاطاه يستلزم الدور، لأنّ الجواز متوقف على هذا الإمكان، فإن ثبت الإمكان من ناحيه الجواز فهذا دور.

فإن قلت: لم لا- يجرى الاستصحاب؟ إذ المعاطاه كانت جائزه ونشكّ بسبب سقوط الدين في ارتفاع الجواز ولزوم المعاطاه، فيستصحب الجواز، فيأخذ هذا العين الموجوده وذاك المماثل لما في الذمه.

قلت: أولاً- هذه المعاطاه مشكوك في جوازها من أول الأمر، فلا حاله متيقنه سابقه. وثانياً: الجواز الذي كان - على تقديره - جواز ردّ الشيء إلى الملك، وما في الذمه ليس له وجود خارجي ليعود بعد السقوط.



قوله:

والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحه. فافهم.

أقول:

يعنى: إن إباحه الدّين عباره اخرى عن سقوطه، وإذا صدق السّقوط كان بحكم التلف، والمقصود منها هو الإباحه الشرعيّه، فإنّ كان المراد إباحه الانتفاع فقط بالدين، فلا معنى للانتفاع بما فى الذمّه، وإنّ أراد إباحه جميع التصرّفات حتى المتوقفه على الملك من البيع وغيره، فإن المفروض أنها إباحه، فلا مناص من الحكم ببطلان هذه المعاطاه.

أللّهم إلّا أن يقال: إن هذه الإباحه عباره اخرى عن الإسقاط، كما قال المحقق الخراسانى.

لكنّ هذا يحتاج إلى دليل.

وحينئذٍ، نبقى والأدله الدالّه على إباحه المعاطاه، فإنها تدلّ على ذلك فى كلّ موردٍ ممكن، وما نحن فيه لا تمكن الإباحه فيه.

فعلى القول بالإباحه لا مناص من البطلان.

لكنّا فى سعه، لأننا نقول بإفادتها الملك.

### نقل العينين أو احدهما؟

قوله:

ولو نقل العينان أو احدهما بعقدٍ لازم، فهو كالتلف على القول بالملك، لامتناع التراد. وكذا على القول بالإباحه إذا قلنا بإباحه التصرّفات الناقله.

أقول

النقل إمّا يكون لأحدهما أو كليهما، وعلى كلّ إمّا بعقدٍ لازم أو جائز،

ص: ٣٥٩

وعلى الأوّل، فإن عادت العين بحدوث حق الفسخ - كما لو ظهر الغبن - أو بإقاله أو بإرث أو هبه أو ابتياع جديد أو بتقاص، وبالجملة، فالمراد العود الملكى، فما هو الحكم؟ وهل يجرى الاستصحاب؟

إن حصل النقل بناقل لازم، فعلى القول بالملك - وكذا على الإباحه بناءً على قيام دليل يجوز له التصرف الناقل - فهل الحكم هو اللزوم، أو الجواز، بأن يجوز الرجوع وأخذ البدل، أو التفصيل بين ما لو باع - مثلاً - أحدهما فالجواز وما لو باع كلاهما فاللزوم؟

التحقيق: أنه إن كان النقل الحاصل نقلاً ملكياً مطلقاً، فإنه يلتزم على كلا القولين بالملكيه آنأماً، فيكون مالكاً قبل النقل والعض الآخر ملك لمن هو بيده، وإلما يلزم اجتماع العوض والمعوض فى ملك الواحد، ووجه اللزوم هو: انتفاء موضوع جواز ترداد العينين المملوكين، بالخروج عن الملكيه بالنقل اللّازم.

فإن قلت: المراد من الجواز فى المعاطاه أن يثبت لكل منهما الحق فى استرجاع العين، فيكون النقل بمنزله جعل الخيار للأجنبى. وبعبارة اخرى:

إنه إذا نقل العين المتعلقة بها حق للغير فقد باع ملكاً غير طلق، فالجواز مانع عن تحقّق موضوع العقد اللّازم.

قلت: إن الجواز - والإباحه - فى المعاطاه حكم وليس بحق، فالمراد منه جواز الترداد بحكم الشارع، فليست العين متعلّقاّ لحق الغير حتى لا تكون طلقاً.

قوله:

ولو عادت العين بفسخ، ففى جواز الترداد على القول بالملك لإمكانه، فيستصحب، وعدمه لأنّ المتيقّن من الترداد هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك

ص: ٣٦٠

مالكه، وجهان، أجودهما ذلك.

أقول:

أمّا لو عادت العين بابتیاع ونحوه، فمن الواضح عدم جواز الترادّ، لأنّها ملكیه جدیده بسببٍ جدید ولا ربط لها بالمعاطاه، لأنّ العين التي كانت موضوع الجواز هي التي تملّكت بالمعاطاه، وأمّا لو عادت بفسخ كخيار الغبن أو الإقاله، فيمكن أن يقال: بأنّ الفسخ عباره عن حلّ العقد، فالعوضان يرجعان إلى ما كانا عليه من الملكيه الأولى، ويكون الدّاخل في الملك بعد الخروج كأن لم يخرج، ويردّه: أن الفسخ إن كان مملّكاً - كما عليه جمع - فهذا تملّك جديد، نظير ما لو عادت بابتیاع ونحوه، وإلّا، فإن هذه الملكيه ليست الاولى، لأن الملكيه من الإضافات، وهي تشخّص بطرفها، فبمجرّد زوال الطرف تزول الإضافه، والذي قام الدليل على جواز الترادّ فيه هو الملكيه الاولى، والمفروض زوالها، فالحكم هو اللزوم.

قوله:

فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

أقول:

قال السيّد: لا شك في البقاء.

ويمكن تقريبه: بأنّ المعاطاه قد اقتضت جواز ترداد العينين، ثم حصل المانع وهو النقل للمازم إلى الغير، فلمّا ارتفع المانع أثر المقتضى أثره.

فأجاب الشيخ: بأن الموضوع في حاله السّابقه المتيقّنه للجواز، والدليل عليه هو الإجماع، هو وجود العينين على الملكيه الأولى، فلمّا عادت العينان فقد عادت إلى ملكيه مغايره للملكيه السّابقه، ولا أقلّ من الشك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب، والمقتضى غير باقٍ حتى يؤثّر أثره

ص: ٣٤١

بعد ارتفاع المانع.

وبعبارة اخرى: هل الفسخ سبب للملكية الجديده كما يقول المشهور أولاً بل إنما يؤثر في رجوع العقد إلى حالته السابقة؟ فعلى القول الأول، لا يجرى الاستصحاب، وعلى القول الثانى يجرى إن احرز الموضوع، والشيخ يقول بعدم إحرازه، وهذا هو الصحيح.

قوله:

وكذا على القول بالإباحه، لأن التصرف الناقل يكشف...

أقول:

لأنّ المباح له قد حصل له الملكيه آنأماً قبل وقوع الناقل الملزم، وإذ فسخ فقد عاد إلى الملكيه قبل النقل، ولا دليل على كون هذه الملكيه جائزاً، فلا مجال لاستصحاب الجواز.

إلماً أنّ هنا شبهه هي: إن هذه الإباحه كانت شرعيّة مع قصدهما الملكيه، وهي إباحه معوضه، فهي من شئون المعاطاه، فيمكن استصحابها بعد الفسخ.

لكنّها تندفع: بأنّ جواز الترادّد قد كان بما هما مباحان، وبعد التملك آنأماً خرجا عن الجواز، فالموضوع غير محرز.

قوله:

نعم، لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول وإن كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعده السلطنة جواز الترادّد...

أقول:

ليس المراد: أن الفسخ حلّ العقد من أصله فالملكيه من أول الأمر غير

ص: ٣٦٢

حاصله. وإن قيل بذلك، لأن الفسخ حلّه من حينه، فالملكه حاصله. هذا أوّلاً.

وثانياً: على فرض كونه من أصله، فليس بمعنى أنّه لم يكن له ملكاً حقيقةً من أوّل الأمر، وإنما هو تعبد، بمثابه أنه لم يكن بملك من الأوّل، فالملك حاصل حقيقةً، والتعبد من بعد بعدمه لا أثر له بالنسبه إلى ما تقدّم.

وثالثاً: لو سلّمنا عدم الملكيه من أوّل الأمر، كان لازمه أن نقول بأن الملكيه كانت مشروطه بعدم مجئ الفسخ بعد ذلك، والشرط المتأخر بلا وجه.

ورابعاً: لو كان معنى العبارة ذلك فقوله «بارتفاعه» غير صحيح، لأنه عدم لا ارتفاع. وأيضاً: قوله «عاد الملك» لا معنى له، لكونه حينئذٍ باقياً في ملك المالك الأوّل.

فالمعنى المذكور مردود بما ذكرناه، وغير منسجم مع عباراته.

بل يمكن أن يكون المراد: إن المباح له كان يجوز له البيع، فيكون إنشاؤه للبيع سبباً لأن يملك هو العين، ففي آن الإيجاب يكون مالكاً للعين، والمشتري في آن القبول يتلقّى الملكيه من المباح له المالك قبل آن القبول، ثم بعد الفسخ يرتفع السبب - وهو البيع - ويرتفع المسببان أى ملكيته هو وملكيه المشتري، ويتحقّق جواز التراد.

وهل أنه مع ملكيته لما بيده بإيجابه البيع عليه، يبقى مالكاً لما أباحه للطرف الآخر، وإنما يضمن له المثل أو القيمة للعين التي تملكها من جهه أن بيعها بمنزله التلف، أو أنه بمجرد إيجابه للبيع والتملك يصير ذاك ملكاً للطرف الآخر؟ وجهان.

قوله:

وكذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحه التصرف

والإتلاف ويملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعه في الأمر الرابع.

أقول:

قد تقدّم هناك أنّ الذى يستظهر من جماعه - منهم قطب الدين والشهيد - فى باب بيع الغاصب: أن تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والإذن فى إتلافه، يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً وأنه يملك الثمن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازة هذا الشراء - قال الشيخ: - ويظهر أيضاً من محكّي المختلف... .

وفيما نحن فيه: المباح له يجوز له أن يبيع مال الغير من دون وكاله أو إذن ويتملك الثمن، فلو فسخ العقد رجع الثمن إلى المشتري والمبيع إلى المالك الأول وجاز التراد.

وحاصله: ثبوت جواز التراد فى هذين الوجهين.

قوله:

لكنّ الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

أقول:

وهو كما قال، أمّا ضعف الوجه الأول، فلأنه بالفسخ يرتفع ملكيه المشتري، ولا وجه لارتفاع ملكيه المباح له البائع. وأمّا ضعف الوجه الثانى، فلأنّ الشيخ يرى اعتبار دخول الثمن فى ملك من خرج عنه المثلث.

قوله:

ولو كان الناقل عقداً جائزاً، لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالتراد غير متحقق وتحصيله غير واجب.

أقول:

إنه لو كان لأحدهما الخيار بالذات، كخيار الحيوان - وثبوتة لكليهما

ص: ٣٦٤

لا- للمشتري فقط غير بعيد - أو بالشرط، فإنه يسقط جواز التراد، لخروج الشيء بالبيع عن ملكه، لأن جواز التراد هو استرجاع المملوك بالتعاطي، فإذا باع ارتفع موضوع الجواز، وحينئذٍ، لم يكن لمالك العين الباقيه إلزام الناقل بالرجوع فيها ولا رجوعه بنفسه إلى عينه.

بل مقتضى الدقه أنه إذا أرجع البائع الملك إلى نفسه بالفسخ، فإنه لا يرجع جواز التراد، لأن هذه الملكيه الحاصله بالفسخ غير الملكيه السابقه التي حصلت بالمعاطاه.

قوله:

وكذا على القول بالإباحه، لكون المعارضه كاشفه عن سبق الملك.

أقول:

إن العقد التمليكي الجائز الذي يوقعه، إنما هو بعد تملكه قبل العقد، فالمباح له قد تملك فباع، فلو رجع بالفسخ فلا دليل على جواز التراد حينئذٍ، بل إن جواز التراد ساقط بسقوط موضوعه.

قوله:

نعم، لو كان غير معاوضه كالهبه، وقلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك... أتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الاخرى أو عودها... .

أقول:

لو كان العقد الجائز لا بعقد معاوضه كالهبه، فقد خرج الشيء عن ملك المالك، لكن الشيخ يرى جواز التراد بأن هذه الهبه إنما وقعت في مال الغير - ولم يتملك العين قبل الهبه - وللمالك حق الرجوع في الهبه، فإذا رجع عن الهبه لكون الشيء ملكاً له، تحقّق موضوع التراد في الرجوع عن المعاطاه.

هكذا نوضح كلام الشيخ، بأن يكون الرجوع في الهبه مقدمه للرجوع

ص: ٣٦٥

فى المعاطاه، لا أن بالرجوع عن الهبه يتحقق التراد.

هذاء، وقد تقدم أن التراد رد كل منهما واسترداده فى الملكيه، فلا بد من المملوكيه والتراد من الطرفين، وهذا معقد الإجماع، فيتوجه عليه:

إن المالك ليس له حق الرجوع، لأن مقتضى الأدله أن الحق للواهب، فهل الواهب الذى له الحق مقيّد بكونه مالكا؟ فهنا ليس لأحدهما الرجوع، وإن كان مطلق الواهب، فالمباح له هو الذى يرجع لا المالك، فما ذكره الشيخ غير تام.

اللهم إنا أن يقال: المستفاد من الأدله ثبوت حق الرجوع فى الهبه للواهب المالك، ثم يدعى أن العله التامه لهذا الحق هو حيث المالكيه لا حيث الواهبيّه، وإذا كان كذلك فللمالك الرجوع وإن لم يكن هو الواهب.

ولا يخفى أنه تكلف وتعسف.

هذا أولاً.

وثانياً: قوله أن برجع المالك يتحقق موضوع التراد.

فيه: إنه لئما يرجع المالك عن الهبه التى وقعت من المباح له، فإن العين ترجع إلى المالك على ما ذكره رحمه الله، ولكن ما الدليل على عود الإباحه التعبديّه الشرعيّه التى اعتبرها الشارع فى المعاطاه؟ إن جواز التراد قد جعله الشارع فى النقل والانتقال المعاطاتى، والحاصل بعد الهبه رجوع إلى الملكيه.

وثالثاً: إذا وهب المباح له، كانت هبته صحيحه مؤثّره فى الملكيه، وبذلك تخرج العين عن ملك المبيح، ولكن هل خرجت بالمجان أو بالعوض؟ إنه لم يكن خروجه مجاناً، بل الواقع فى مورد المعاطاه هو الإباحه الشرعيّه مع قصدهما الملك، فلو خرجت العين من يد المباح له بهبه إلى

ص: ٣٦٦



الشخص الثالث، فقد خرجت من ملك المبيح، ودخل في ملكه عوضاً عنها ما كان بيده ملكاً للمباح له الواهب، لكون الواهب ضامناً بهبته مال المبيح بالمسمى وإلا فبالمثل أو القيمة، وإذا أخذ المالك العوض لم يكن له استرداد العين الموهوبه إلى ملكه، وإلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض، فجواز الرجوع محال.

وتلخص: أنه إن كان العقد الناقل جائزاً غير معاوضي، فالمعاطاه لازمه كالصوره السابقه.

## لو باع الفضول العين؟

قوله:

ولو باع العين ثالث فضولاً، فأجاز المالك الأول على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً، كييعه وسائر تصرفاته الناقله.

أقول:

إنه بناءً على القول بالملك، لا إشكال في نفوذ إجازة المالك الثاني. أما إجازة الأول، فقال الشيخ: لم يبعد كونه رجوعاً كييعه. أي: إنه لو رجع عن المعاطاه فأجاز فلا إشكال، لأنها إجازة في ملكه.

إنما الكلام فيما لو أجاز من دون رجوع سابق، فقد يقال: إجازته لغو، إذ كان له حق الرجوع في المعاطاه، والإجازة لبيع الفضول إنما هي من المالك، وهذا ليس بمالك الآن، نعم، له الرجوع فيما ملكه، لكن الرجوع شيء والإجازة شيء آخر.

قلت: إن كان الإشكال من هذه الناحية، أمكن الجواب: بأن المفروض كون هذا الشخص الذي له الرجوع ملتفتاً إلى أنه ليس بمالك حتى يجيز، فإذا

ص: ٣٦٧

أجاز مع ذلك، دلت إجازته بالدلاله الالتزاميه على الرجوع قبلها ووقوعها في ملكه.

بل الإشكال هو: أنه في بيع الفضول يعتبر الإجازة من المالك، وهذا الشخص بإجازته يريد الرجوع فيما ملكه، فإجازته محققه للرجوع وتملكه، فإن كانت الإجازة في نفس الوقت منفضه لبيع الفضول، لزم أن تؤثر الإجازة أثرين متناقضين، هما كونه رجوعاً وتملكاً، وكونه خروجاً للمال عن ملكه. وبعبارة اخرى: يلزم أن يكون الرجوع مفيداً لملكه نفسه ولملكه المشتري من الفضول، وهذا غير ممكن، لأن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً في وقت واحد لمالكين اثنين.

لكن الشيخ جعل رجوعه كبيعه، والإنصاف هو الفرق، لأنه لو كان هو البائع، فإن كان يبعه بالإيجاب والقبول اللفظيين، كان الإيجاب منه محققاً لرجوعه وبقبول المشتري يتحقق البيع والملكيه له، فهما ملكيتان في وقت واحد، أمّا في البيع بالمعاطاه، فيتوقف على الاسترجاع من الطرف والإعطاء للمشتري، بأن يكون الاسترجاع رجوعاً والإعطاء بيعاً، لكن الإجازة أمر واحد وليس بمركب مثل البيع.

ويمكن الجواب: بأن أساس البحوث في المعاطاه هو الإنشاء، وهو يتحقق باللفظ أو الفعل، فإذن، لا أثر لتمليك الغير وإنشاء ملكيته للشيء في عالم الذهن، وعليه، فمن يجيز المعامله بقصد الرجوع ولا يريد العبث واللغو، يكون دخول الشيء في ملكه مسبباً عن إرادته، وأمّا تمليكه الغير فمسبب عن إجازته، فهنا علتان ومعلولان، وقد تحققت في وقتين، فكان القصد أولاً ثم كان التمليك والإخراج عن الملك.

فإن قلت: الإراده الباطنيه لا أثر لها، بل لا بد من الكاشف، وهو

الإنشاء لا غير.

قلت: إنه لا بدّ من الكاشف كما أشرنا من قبل، لكنّ لا- حازه في الإجازة والرجوع ونحوهما إلى خصوص الإنشاء، بل يكفي الكاشف كيفما كان.

وتلخص: أن الإجازة كاشفه عن الإرادة، وهي سبب الدخول في الملك، والإجازة سبب النقل إلى الغير، فلم يجتمع في آن واحدٍ ضدّان أو نقيضان.

فإن قلت: إن الإجازة متوقّفه على ملكيه المجيز، وهي متوقّفه على رجوعه، فلو كانت الإجازة رجوعاً، لزم الدّور.

قلت: لا دور، لتعدّد الحيثية، لأنّ كون الإجازة رجوعاً يتوقّف على حيثية صدورها، لكنّ المتوقف على الرجوع هو تأثيرها، فذاك التوقف من حيث الوجود وهذا من حيث التأثير.

ويبقى الإشكال: بأنّ إرادته الرجوع تؤثر في عود الملك إلى المالك الأوّل، لوجود الكاشف، فمؤثرية الإرادة مشروطه بمجئ الإجازة الكاشفه، فيكون الأثر في حين تحقّق الشرط، فلا فعلية للرجوع إلّا في زمان الإجازة، وزمانها هو زمان تأثير عقد الفضول، فيعود المحذور.

والجواب عنه - وهو دقيق - هو: إنه لا- مانع من تأثير الشيء الواحد أثرين بنحو المعية في مقام التأثير، وفيما نحن فيه، إنّما يرد الإشكال لو كانت الملكيتان متحققتين معاً في الوجود، لكنّ الإجازة تؤثر أولاً في ملكيه المالك، وهي مقدّمة بالتقدم الطبيعي على ملكيه المشتري، لوضوح أنّ ملكيه المالك شرط لملكيته، فهي متأخّره عنها طبعاً.

قوله:

ولو أجاز المالك الثاني، نفذ بغير إشكال.

ص: ٣٤٩

أقول:

نعم، لا إشكال فيه، وهو واضح.

قوله:

وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة.

أقول:

أما إجازة المبيع، فلا ريب في تأثيرها، لأنه المالك، والمفروض بقاء العين في ملكه وكونه مباحاً عند الطرف. وأما إجازة المباح له، ففيها الإشكال، لكونه مباحاً له التصرف، ولم يتصرف التصرف الناقل، ولا تؤثر الإجازة منه لعدم كونه مالكاً.

نعم، يمكن أن يقال: إن واقع التصرف من المميز لا من المتصرف، لأن قوام البيع بالإجازة، وبعبارة أخرى: كما كان له إنشاء حقيقته البيع بلفظه، كذلك له إيجاد حقيقته البيع بالإجازة لبيع الفضول، فلا فرق بين الإجازة والإنشاء.

قوله:

ولكل منهما رده قبل إجازة الآخر.

أقول:

أما بناءً على القول بالملك، فلو رد المالك الثاني، فلا إشكال في تأثيره، لأنه قد ردّ بيعاً واقعاً في ملكه، وأما الأول، فلا يؤثر رده، لعدم كونه مالكاً.

نعم، يمكن أن يقال: إنه لما يردّ، فهو ملتفت إلى أنّ الردّ إنما يؤثر مع حقّ الإجازة، والإجازة إنما تؤثر مع المالكيته، وحينئذٍ، فلما يردّ، فلا بدّ من أنّه برده قصداً الرجوع عن المعاطاة وإعادته الملك إلى نفسه، ويكون رده مؤثراً، فإنّ تمّ هذا فهو، وإلا فلا وجه لتصحيح تأثير رده.

ص: ٣٧٠

وأما بناءً على الإباحه، فردّ المبيح لا إشكال فيه كما هو واضح، وأما ردّ المباح له، ففيه الإشكال المتقدم، إلّا أن يقال: كما أنّ المباح له أن يتصرّف بالتصرّف البيعي، كذلك له أن يمنع الغير عن البيع ورفع، لأن رفع البيع نحو من أنحاء التصرف، فإنّ تمّ هذا فهو وإلّا فلا أثر لردّه.

قوله:

ولو رجع الأوّل فأجاز الثاني، فإنّ جعلنا الإجازة كاشفَةً لغا الرجوع، ويحتمل عدمه لأنّه رجوع قبل تصرّف الآخر فينفذ وتلغو الإجازة، وإنّ جعلناها ناقلةً لغت الإجازة قطعاً.

أقول:

للكشف أربعة أنحاء:

فتاره: حقيقي محض، حيث أن الفضول لمّا باع فقد أثر بيعه حين وقوعه، وليس للإجازة اللماحقه إلّا الكاشفيّه عن مؤثريه بيع الفضول، وحينئذٍ فلا فائده في الردّ والرجوع، لأنه إنّما يؤثّر في حال بقاء الملك على ملكه، والمفروض تأثير البيع وخروج الملك عن ملك المالك ودخوله في ملك المشتري، بل يكون الرجوع رجوعاً في ملك الغير، لأن موضوعه هو ملك المتعاطين، فالردّ لغو والإجازة تؤثّر في الكاشفيّه، فما أفاده الشيخ متين جداً.

وأخرى: أن تكون الإجازة المتأخّره في مؤثّره في صحّته عقد الفضول، بأن تكون الإجازة المتأخّره شرطاً للصحّته، سواء قلنا بأن المتأخّر بما هو متأخّر شرط، أو قلنا بأنّ الشرط هو التعقّب، على ما سيأتي في محله إن شاء الله.

وثالثه: الكشف الحكمي، بمعنى أن لا أثر للعقد في حينه، غير أن الشارع

ص: ٣٧١

قد تعبدنا بترتيب آثار الملكيه من حين العقد بعد الإجازة.

ورابعه: هو الكشف الانقلابي، فإنه من حين الإجازة يعتبر الملكيه من أول الأمر.

أمّا على القول بكون الكشف بنحو الشرط المتأخر أو الكشف الحكمي أو الانقلابي، فإنّ اللّازم القول بلغويّه إجازة الثاني وأنّ الرجوع مؤثّر، فإنه في الشرط المتأخر ما لم يتحقّق الشرط لا يحكم بتأثيره، فإذا رجع المالك الأول لم يبق مجالاً لرجوع الثاني لعدم كونه مالكاماً. وإن قلنا بأنه حكمي أو انقلابي فبالأولويّه، لأنّه ما لم يجر فلا أثر للعقد، فإذا جازت حكم الشارع أو انقلب، والمفروض أن المتعاطى قد رجع، وعليه، فالمجيز غير مالك ولا أثر لإجازة غيره.

هذا كلّ بناءً على الملك.

وأما بناءً على الإباحة - وإن قصدا التمليك - فباع ثالث فضولهُ المال المباح، فإن رجع المبيح في المعاطاه وأجاز المباح له، أثر الرجوع ولا- أثر للإجازة، لأنه بالرجوع قد خرج المال من تحت سلطنه المباح له، وهذا بناءً على الكشف الحقيقي واضح، وأما بناءً على النقل، فالإجازة لاغيه. وكذا بناءً على الكشف بنحو الشرط المتأخر أو الكشف الحكمي أو الانقلابي.

### لو امتزجت العينان أو احداهما

قوله:

ولو امتزجت العينان أو احداهما، سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد، ويحتمل الشركه وهو ضعيف. أمّا على القول بالإباحه، فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج....

ص: ٣٧٢

أقول: لا بد من تقديم امور:

الأول: المقصود من الامتراج هنا أن تكون الصور النوعية للأجزاء محفوظة ولا يختلط بعضها ببعض بسبب الامتراج، وأن لا يكون الامتراج سبباً لاستهلاك الأجزاء بحسب الحمل الشائع المتعارف.

والثاني: الامتراج يقع تارةً بين العينين، واخرى: بين ما أخذه وسائر أمواله، وثالثه: بين المأخوذ وملك شخصٍ ثالث، ورابعه: بينه وبين سائر أموال المعطى.

وسيظهر عدم امكان المساعدة مع الشيخ في أكثر الصور.

والثالث: إذا وقع الامتراج بين العينين، فهما شريكان على القول بالملك والقول بالإباحه، وعلى تقدير أن يمتزج ما كان في يد أحدهما مع مالٍ لثالث، فصاحب المال الممتزج شريك معه على القولين. وأما لو امتزج ما بيد الآخذ مع سائر أمواله، فلا شركه بناءً على الملك كما هو واضح، وبناءً على الإباحه، فالشركه حاصله. نعم، لو رجع المعطى، فهل تحصل الشركه أولاً؟ فذاك بحث آخر. وعلى العكس فالعكس، فإنه لو امتزج ما في يد الآخذ مع سائر أموال المعطى فلا شركه بناءً على الإباحه، وبناءً على الملك فالشركه.

والرابع: قد اختلفت الأنظار في حقيقه الشركه، هل هي الملكيه الواحده لمالكين مثلاً، فالملكيه الواحده قائمه باثنين، لكون الملكيه من الامور الاعتباريه، فتقبل القيام بأكثر من واحد، وأما على القول بكونها من مقوله الجده أو الإضافه كما توهم، فلا يعقل قيامها بموضوعين.

وهذا قول المشهور.

أو أنها ملكيتان والمملوك واحد، فلكلٍّ منهما ملكيه ناقصه بالنسبه إلى

المملوك الواحد، فإن حصل الإفراز، فلكلّ الملكيه التامه. وهذا قول آخر.

والمشهور على أنّ حقيقه الشركه هي: أن الشيء الواحد في حدّ نفسه قابلٌ للانقسام بحسب الكسور، فالملكيه واحده والمالك متعدّد وكذا المملوك وهو الكسور، فكأن للملكيه سنخين، استقلاليه وإشاعيه.

والخامس: الشركه الإشاعيه تارةً هي كذلك من أوّل الأمر، كما لو ورث جماعه المال الواحد، واخرى: تحصل الشركه بالامتزاج. وعلى الثاني:

فوجهان، إذ يحتمل أن تبقى الأجزاء الواقعيه على ملك صاحبها إلّا أنّ الامتياز بينها في الخارج غير ممكن، أو أنها - كما عليه المشهور - تخرج عن الملكيه الاستقلاليه وتصير كلّها إشاعيه؟

والسادس: إن مورد الكلام المتعاطيان اللذان قصدا الملك، وقد قلنا بأن مقتضى العمومات كونه بيعاً ولازمًا، وأنّ القول بالإباحه والملك الجائر خلاف ما تدلّ عليه العمومات والإطلاقات.

وعليه، فعندنا أصلان أحدهما أصله الملك والآخر أصله اللزوم، وهما المرجع في كلّ ما كان خارجاً عن القدر المتيقّن من دليل الإباحه أو الجواز.

وبعد:

لقد كان لكلّ من المتعاطيين ملك انفرادي استقلالي متعين في الخارج، والقدر المتيقّن من جواز الترادّ أن يرجع العينان على ما كانا عليه من الأوصاف والملكيه، ولكن قد تغير الوصف بالامتزاج، وتبدلت الملكيه من الاستقلاليه إلى الاشتراكيه، فإذن: يمتنع الترادّ...

وأما على القول بالإباحه، فقد قال الشيخ ببقاء أصله السلطنه، وظاهره ثبوت الشركه في جميع الصور الأربعة.

ولكنّ التحقيق: ثبوت الإباحه - على القول بها - فيما لو بقيت العينان



على ما هما عليه، ومع الامتزاج لا- بقاء كذلك، فالمرجع الأصلان المذكوران، إلّا في صورته امتزاج المأخوذ بمال المعطى، فيمكن الموافقة مع الشيخ فيها فقط.

### لو وقع التصرف المغير في العين؟

قوله:

ولو تصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة، كطحن الحنطة وفصل الثوب، فلا- لزوم على القول بالإباحه، وعلى القول بالملك، ففي اللزوم وجهان....

أقول:

إنّ الشيء غير تالف، والصورة النوعية محفوظة، والمال موجود عنده، غير أنّ هيئته الشيء قد تغيرت، فعلى القول بالإباحه يجوز الرجوع، وعلى القول بالملك، ففي اللزوم وجهان....

يعنى: إنّ جواز الترادّ كان ثابتاً قبل التصرف المغير، فيقع الشك على أثر التغير في بقائه، فهل يجرى الاستصحاب أولاً؟ وقد ذكر الشيخ: منشأ الإشكال: أن الموضوع في الاستصحاب عرفى أو حقيقى.

وقد حكى الشهيد الثانى عن بعض الأصحاب - فيما لو صبغ الثوب أو فصل - القول باللزوم، لامتناع الترادّ بسبب الأثر المتجدد.

فأقول: لو ملك الإنسان شيئاً بسبب من الأسباب، ثم تصرف فيه تصرفاً يوجب إزدياد قيمته، فلو كان للمالك الأول خياراً وأخذ به، أو كان هبةً فرجع، فإنه يكون شريكاً فى المائيه، كما عليه جماعه كالمحقق، وقيل باحتمال الشركه فى العين.

أمّا بناءً على أنّ المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه، فإنّ التغير إنّ سبب ازدياد

القيمه، حصلت الشركه فى المائيه، ولا- تراَد حينئذٍ، سواء كانت الشركه فى المائيه أو العين، وإن سبب النقص فى القيمه كان مضموناً، لأن المعاطاه كانت بنحو التضمن فى التصرفات ضماناً بالمسمى.

وأما بناءً على الإباحه، ففى إزدياد القيمه، الشركه، وفى نقصانها، الإباحه بالضمان كذلك.

وعلى كل تقدير، فالعوضان غير باقين على ما هما عليه، وقد تقدم أن مقتضى العمومات والإطلاقات أن هذا بيع عرفى، غير أن الإجماع قد قام على الجواز أو الإباحه، إلّا أنه دليل منفصل مجمل، والقدر المتيقن منه صورته بقاء العوضين بعينهما، والمفروض عدمه، وعليه، فلا إباحه أو ملك جائز، ويدلُّ عليه ما رواه جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام:

«فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً. فقال عليه السلام: إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ، يرجع بنقصان العين» (١).

فما ذهب إليه بعض الأصحاب - كما حكى الشهيد الثانى - هو المختار.

فسواء كان الموضوع حقيقياً أو عرفياً، لا يجرى الاستصحاب بالنظر إلى العمومات. وبعبارة اخرى: لا تصل النوبه إلى الأصل مع وجود الدليل.

## هل يوزن جواز الرجوع؟

قوله:

ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع فى مسأله المعاطاه نظير

ص: ٣٧٤

---

١- ١) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الرقم: ٣.

الفسخ في العقود اللّازمه حتى يورث بالموت ويسقط بالإسقاط... .

أقول:

لم يصرح بذلك من قبل، ولعلّه يريد قوله في مسأله اللّزوم بالتلف من أنّ جواز الرجوع من عوارض العوضين لا من عوارض العقد.

إنّ خيار الفسخ من الحقوق وله آثار، منها الانتقال بالإرث وقبوله للإسقاط، لكنّ جواز التراد حكم شرعى، فلا يقبل الإسقاط مطلقاً.

ولو قيل: بأن الرجوع في المعاطاه فسخ للعقد أيضاً، ولذا جاء في بعض العبارات في مسأله المعاطاه كلمه: يجوز الفسخ، فلم لا يكون الرجوع حقاً كذلك؟

قلنا: فرق بين حلّ العقد وفسخه بالخيار، وجواز تراذّ العوضين، فذاك يكون بالمطابقه، وهذا بالملازمه من جهه ارتفاع الموضوع به، فكلّما كان الفسخ فيه بالمطابقه فهو حق، وكلّما كان بالالتزام فهو حكم.

ولو شككنا في أن جواز الرجوع حكم أو حق، رجع الشك إلى حدوث آثار الحق، والأصل العدم.

فالحاصل: إن جواز الرجوع لا يورث بالموت ولا يسقط بالإسقاط مطلقاً، لأنه حكم، ولا يشمل النبويّ: «ما كان للميت من ملك أو حق فهو لوارثه» (1) ومع الشك، يستصحب عدم الانتقال وعدم السقوط بالإسقاط.

وبالجملة، فإنه لو لم يكن حكماً، فإن آثار الحق لا تترتب عليه.

قوله:

بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبه، وعلى القول بالإباحه نظير

ص: ٣٧٧

---

(١-١) رواه السيّد اليزدى عن النبى صلى الله عليه وآله مرسلًا بلفظ «ما ترك الميت من مالٍ...» حاشيه المكاسب ١ / ٤٠٣.

الرجوع في الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني... .

أقول:

أمّا على القول بالملك، فكذلك. أمّا على القول بالإباحه، ففيما ذكر نظر:

أمّا أولاً: فلأن لازم رجوع كلّ مالٍ مأخوذ بالمعاطاه إلى صاحبه بموت الآخذ، لأنّ المفروض كونه إباحه له، وقد مات، وليس هناك إباحه لورثته، فالتنظير بإباحه الطعام في غير محلّه، وهو خلاف السيره القطعيّه.

وأمّا ثانياً: فإن مفهوم الإناطه بالرضا الباطني عدم الإباحه مع الكراهه الباطنيّه، وهذا عجيب جدّاً، لأن هذه إباحه قام الإجماع ونحوه على شرعيّتها أو أنها إباحه من المتعاطيين في ضمن التملك منهما، فأمضاها الشارع دون التملك، فهي - على كلّ حال - إباحه تعبدية شرعيّه، ولا وجه لإناطتها بالرضا الباطني، ولو شك، فإنها تستصحب.

فما ذكره سهو من قلمه قطعاً.

قوله:

فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع... .

أقول:

لأن جواز الرجوع حكم، والحكم لا - يورث، ولو شك فالأصل عدمه، كما لا جواز للرجوع في الطرف المقابل، بأن يرجع على الوارث، لأنه كان يجوز له الرجوع على الآخذ بالمعاطاه لا على الوارث المالك بالإرث، ولو شك، فالأصل عدم كذلك.

لكنّ مفهوم كلامه هو جواز رجوع الوارث، على القول بالإباحه.

وفيه: إنّها كانت إباحه معاوضيه، وقد تقدّم أن كلّاً من العينين مضمون بما يقابله، فلو أراد الرجوع اعتبر بقاؤهما على ما هما عليه، والحال أنه

ص: ٣٧٨

ليس كذلك.

ولا مجال للتمسك بقاعده السلطنة هنا، لما تقدّم من لزوم المعاطاة قبل الموت بالملكيه آنأما.

فالحق: عدم جواز رجوع الوارث، على كلا القولين.

### لو جنّ أحد المتعاطين؟

قوله:

ولو جنّ أحدهما... .

أقول:

وهذا أيضاً عجيب.

أمّا على القول بالملك، فإن الولي له حقّ التصرف في أموال المولى عليه، وقد تقدّم أنّ جواز الرجوع ليس من الأموال بل هو حكم شرعي.

وأما على القول بالإباحه، فيمكن تقريبه: بأنّ المال الذي بيد المجنون للطرف المقابل، فللولي الرجوع - من باب الغبطه - فيأخذ المال من الطرف ويسلمه ملكه الذي بيد المجنون.

فقوله «على القولين» لا يمكن مساعدته عليه.

ص: ٣٧٩

قال الشيخ:

إن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيروره المعاطاه بيعاً بعد التلف أو معاوضه مستقله... .

أقول:

### هل تجرى الخيارات في المعاطاه؟

أشاره

موضوع هذا التنيه جريان الخيارات في المعاطاه وعدمه.

ولا- يخفى: أن الخيار هو حلّ العقد، ونتيجته: رجوع كلِّ من المالين إلى ملك صاحبه، وهذا المعنى موجود في المعاطاه قبل مجئ شيء من الملزمات، فهو تحصيل للحاصل.

ولا- يتوهم، جواز اجتماع سببين من أسباب الخيار في المورد الواحد، بأن يجوز الترادّ والخيار معاً، وذلك: لوضوح الفرق بين البابين، فهناك النتيجة غير حاصله، بخلاف ما نحن فيه، فإن جواز الترادّ موجود.

وما ذكره الشهيد الثاني مبنئ على ما عليه المشهور من إفاده المعاطاه للإباحه، فلفقهاء فيها مسالك ثلاثه: أنها تفيد الملك الجائز، وأنها تفيد الإباحه وتلزم بالتلف ونحوه، وأنها بيع والملكيه - منوطه بالتلف ونحوه، كما في الصّيرف والسلم، وهذا ما احتمله الشهيد الثاني واختاره المحقق الخراساني، وربما يظهر من بعض كلمات الشيخ.

ويقابل هذه الأقوال: القول بأنها معاوضه مستقله.

هذا، وقد قال الشهيد بالتفصيل:

أمّا خيار العيب والغبن، فأثبتهما، لأن أصله السّلامه في العوضين تقتضى عدم العيب، وأصله التساوى بينهما تقتضى عدم الغبن، وهذان الأصلان جاريان في كلّ عقدٍ من العقود.

وأمّا خيار الحيوان، مع تلف الثمن أو بعضه، فجريانه مشكل - أمّا مع تلف الحيوان، فلا خيار، بل المعامله باطله، لأنّ كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له -، إذ يحتمل أن تكون معاملةً مستقلّة أو بيعاً مع الخيار، وعلى الخيار، فهل هو من حين المعاطاه أو التلف؟

قال: اللهم إلّا أن يجعل المعاطاه جزء السّبب والتلف تمامه.

أى: فيكون نظير بيع الصّرف، حيث الإنشاء جزء السّبب والقبض في المجلس تمامه.

وأمّا خيار المجلس فقال بأنه منتف.

ولعلّه من جهه أنه قبل التلف لم يكن بيع، وبعده لا مجلس.

قوله:

وكيف كان، فالأقوى أنّها على القول بالإباحه بيع عرفيّ لم يصحّحه الشارع ولم يمضه إلّا... .

أقول:

إن من يرتّب الأثر على التلف من الفقهاء لا- يرتّبه من باب أن المعاطاه بيع، بل هو بلحاظ أنّ الإمضاء الشرعى للبيع المعاطاتى ليس إلّا بعد التلف.

ثم إنه ذكر المحكّي عن الشهيد الأوّل من أنّها معاوضه مستقلّة جائزه أو لازمه. أى بحسب حالتى المعاطاه، فهى ليست ببيع بل إباحه معوّضيه، فأورد عليه: بأنّه كيف تحصل الملكيه، بل عليكم أن تقولوا بأنّها إباحه حصل لها اللّزوم.

ص: ٣٨١

والتحقيق أن يقال:

بناءً على القول بالملك:

### في خيار المجلس بناءً على الملك

أمّا خيار المجلس، فلو وقع التلف في المجلس، فالخيار ثابت، لأنّ التلف وإن كان يقتضى اللزوم، لكن وقوعه في المجلس واقتترانه بخياره يقتضى الخيار.

ولا يخفى أنّ هذا مبنيّ على اختصاص قاعده «التلف في زمن الخيار ممّن لا- خيار له ويوجب بطلان البيع» بخيار الحيوان والشّروط، إذ لا دليل على جريانها في غيرهما من الخيارات، لعدم الزمان إلّافيهما، فلو جرى في خيار المجلس أيضاً انحلال العقد، ولم يبق بيع حتّى يثبت فيه الخيار.

فإن قلت: إنّ المعاطاه تلزم بسبب التلف في المجلس ويرتفع جوازها، لكنّه لزوم يفيد الخيار، فيلزم من وجوده عدمه.

قلت: إنه بالتلف يرتفع جواز الترادّ وهو الجواز الحكمي، ويتحقّق بارتفاعه الجواز الحقي، ولا مانع من الالتزام بذلك.

ولو وقع التلف بعد المجلس، فقبل التلف فلا خيار، لوجود الترادّ، فهو تحصيل للحاصل، وبعده لا خيار لعدم المجلس.

### في خيار الحيوان بناءً على الملك

وأمّا خيار الحيوان، فقد يكون التالف هو الثمن، قبل الثلاثة أيام من حين المعاطاه أو بعدها، وقد يكون هو الحيوان، قبلها أو بعدها.

فإن تلف الثمن عند البائع في الثلاثة أيام، فما دام لم يتلف فلا خيار، وإذا



تلف لزمّت المعامله بالنسبه إلى البائع وللمشترى الخيار، وإن تلف بعدها فلا- خيار لهما، أمّا البائع، فواضح، وأمّا المشتري، فلمضىّ الثلاثة أيام.

وإن تلف الحيوان، فلا خيار أصلاً، لأنه إن كان بعد الثلاثة فواضح، وإن كان فيها، فالعقد باطل، لأن تلف المبيع في زمن الخيار ممّن لا خيار له، فخيار الحيوان ليس إلّفى تلف الثمن في الثلاثة أيام، وهو للمشتري فقط.

### في خيار العيب والغبن بناءً على الملك

وأمّا خيار العيب والغبن، فإن كان التلف قبل ظهورهما، فلا- خيار أصلاً، وإن كان بعد ظهور العيب، فبناءً على عدم جريان القاعده في خيار العيب كما هو المتسالم عليه، فلا خيار للردّ وإنّما يثبت الخيار الأرشى، وأمّا خيار الغبن، فهو ثابت.

وأمّا خيار تأخير الثمن، فلا موضوع له في المعاطاه، كما لا يخفى.

وأمّا خيار الشرط، فتارةً هو: خيار تخلف الشرط، كأن يشترط شرطاً في زمن معيّن فلا- يتحقّق، فهنا يثبت الخيار بعد التلف. واخرى: يكون قد شرط خيار الفسخ إلى شهر مثلاً، فإنه إذا تلف في المدّه بطل العقد ولا موضوع للخيار.

وممّا ذكرنا، يظهر الحكم في سائر الخيارات.

وهذا كلّ بناءً على القول بالملك.

وأمّا بناءً على القول بالإباحه الشرعيّه وإن قصدا البيع والتملك، فالتلف قد يكون سبباً لتحقق البيع، وقد لا يكون وتبقى الإباحه:

### في خيار المجلس بناءً على الإباحه

فأمّا خيار المجلس، فإن وقع التلف في المجلس لم يتحقّق البيع شرعاً،

وإذا كان التلف محققاً للبيع ووقع بعد المجلس، فلا خيار لعدم المجلس. إلا أن يقال: المعاطاه لم تكن بيع وقد وقع التلف في المجلس، فزمان تحقق التلف هو زمان تحقق البيع، فالخيار ثابت.

### في خيار الحيوان بناءً على الإباحه

وأما خيار الحيوان، فإن تلف الحيوان في الأيام الثلاثة وكان موجباً لتحقيق البيع، فهو يتحقق في آن التلف، وحينئذٍ ينحل العقد، لأن التلف في زمن الخيار، فيلزم من كونه بيعاً عدم كونه بيعاً، فلا يعقل ثبوت خيار الحيوان في هذه الصورة.

وأما بناءً على قول المشهور من أن المعاطاه تفيد الإباحه وتلزم وتحصل الملكيه بالتلف ونحوه، فلا يثبت شيء من الخيارات، لأن المفروض أن المعاطاه ليست بيعاً شرعياً، والتلف ونحوه ليس بيعاً بل هو سبب كسائر الأسباب من الإرث والحيازه وغيرهما.

وأما بناءً على قول الشيخ هنا، من أنها على القول بالإباحه بيع عرفي...

فنقول:

إنه ما لم يتحقق التصرف أو التلف، فلا ملكيه، وإذا تحقق أمضى الشارع بيعه المعاطاه، فيكون التلف الجزء الأخير للسبب التام، كما قال الشهيد الثاني، ففي آن التلف أو التصرف يتحقق البيع ويتم الموضوع لأحكامه، وعلى هذا:

ففي خيار الحيوان لا بد من التفصيل بين المشتري والبائع، وبين أن يكون المتمم للسبب هو التلف أو التصرف. فلو تصرف البائع في الثمن أو تلف عنده، ففي ذلك الحين يتحقق البيع المعاطاتي، وهو مبدء الثلاثة الأيام، فلو فسخ كان له بدل التالف.

ص: ٣٨٤

وأما إذا وقع التصرف أو التلف في الحيوان، فلا بدّ من التفصيل، لأنه إن كان التلف، فلا يعقل تماميّه المعاطاه به، لوقوعه في زمن الخيار، فيلزم من إثبات البيعيّه به عدم البيعيّه، لأنّ التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له، فلا يعقل حدوث الخيار بالتلف، وإن كان الواقع في الحيوان هو التصرف الملزم من المشتري، ففي آن التصرف يتحقّق المقتضى للخيار، ولكنّ خيار الحيوان يسقط بالتصرف، للنصّ (١)، فلا يمكن ثبوت الخيار بالتصرف، لأنّه كلّما كان رافعاً لشيء فوجوده قبله مانع عن حدوثه.

وفي خيار المجلس، إن كانا في المجلس ولا تصرف ولا تلف، فلا بيع حتّى يثبت الخيار، وإن وقع في المجلس شيء من ذلك، فلا ريب في ثبوته. ولو انقضى المجلس ثم اجتمعا في مكان ووقع التلف أو التصرف في حال اجتماعهما، أشكل ثبوت الخيار، لعدم انطباق أدلّه خيار المجلس على هذا الاجتماع.

### في خيار الغبن والعيب على الإباحه

وفي خيار العيب، إن كان التلف أو التصرف قبل ظهوره أو بعده، فإنه بمجرد وقوع أحدهما يلزم البيع ولا رجوع، لكنّ يثبت الأرش.

وفي خيار الغبن، إن كان وقوع التلف أو التصرف قبل ظهوره، فإنه يثبت الخيار بظهوره، وإن كان بعده، فلا خيار على القول بفوريّته، وهو ثابت على القول بعدمها.

وأما بقيه الخيارات، فالقاعدته الكلّيّه هي: إن كلّ خيار كان التلف أو التصرف مسقطاً له، فلا حدوث له، وكلّ خيار لا يسقطه أحد الأمرين فالبيع محقق والخيار ثابت.

ص: ٣٨٥

هل العقد اللفظي الفاقد لبعض الشرائط المعتبره - كالعربيّه والماضويّه وغيرهما - حكمه حكم المعامله المعاطاتيّه، بأن يكون مفيداً للملكيه على القول بالملك والإباحه على القول بها، إلّا أنه غير لازم، بناءً على أنّ المعاطاه غير لازمه، إلّا إذا حصل شيء من الملزمات فيتحقّق الضمان بالعوض المسمّى؟

### هل حكم العقد الفاقد لبعض الشرائط حكم المعاطاه؟

المحكّي عن المحقق والشهيد الثانيين وغيرهما: أن القول الفاقد لبعض الشرائط معاطاه، ولعلّهم يريدون أنّه بمنزله المعاطاه وحكمه حكمها، وعليه، فكيف يجمع بين هذا الكلام وما اتّفقوا عليه من أنّ المعامله الفاسده لا يترتّب عليها شيء ووجودها كالعدم؟

قال الشيخ:

فإن قلنا بعدم اشتراط اللّزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي - كما قوّيناه سابقاً... فلا إشكال في صيروره المعامله بذلك عقداً لازماً. وإن قلنا بمقاله المشهور من اعتبار امور زائده على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاه مطلقاً، أو بشرط تحقّق قبض العين معه، أو لا يتحقّق به مطلقاً؟

أقول:

ينبغي تقديم مقدّمه فيها امور:

الأول: إنّ اللّزوم والجواز من عوارض العقد، وأمّا الشرائط المتعلّقه بالعوضين أو المتعاقدين، فلا علاقه لها باللّزوم والجواز، بل لها ربط بعالم

الصحة والفساد، ففقدان شرائط اللزوم أمر، وفقدان شرائط العوضين مثلاً أمر آخر، اللهم إلاً أن يقال بكفايه الرضا المستكشف - ولو ضمناً - فيتعدى إلى المورد الفاقد لشرائط العوضين مثلاً.

وعلى الجملة، فإن موضوع البحث هنا هو العقد الفاقد لشرائط اللزوم، ولا دخل للامور الاخرى فى البحث.

والثانى: إن المعاوضه عباره عن جعل العوضيه، وجعل العوضيه أمرٌ وجعل الرخصه فى التصرف أمر آخر، والفرق بينهما واضح.

والثالث: التمليك وغيره من مضامين المعاملات امور إراديه قصديه، لكن لا الإراده الباطنيه، ولا هى مع إبرازها فى الخارج بأى نحو، بل هى إيجاد ما فى الضمير فى الخارج على النحو المعبر، المعبر عنه بالإنشاء، فهو يوجد مراده النفساني وينشؤه فى الخارج، وعليه، فالمناط هو المراد النفساني والجاعل له النفس الناطقه الإنسانيه، لكن مع جعل خارجاً، فإن اعتبرنا اللفظ الخاص فهو، وإن قلنا بكفايه أى مبرز كان - كما عليه السيد رحمه الله - كفت المصافقه والكتابه والإشاره والإمضاء.

والرابع: المتعاملان، تارة: يقصدان التسبب إلى الاعتبار الشرعى للملكيه واللزوم، وهما يعتقدان بأن العقد الفاقد الذى أو جداه سبب لما يعتبره الشارع، وأخرى: هما غير ملتفتين إلى السببيه الشرعيه وعدمها، أو هما جاهلان بما يراه الشارع سبباً. وأما أن يوجد عقداً كذلك وينسبانه إلى الشارع مع العلم بعدم مشروعيتها، فبعيد جداً.

والخامس: إن الإنشاء بالقول الفاقد لبعض الشرائط، تارة: غير متعقب بوصول العوضين وإيصالهما، فهذا لا أثر له إلاً على قول الشهيد والمحقق الثانيين من أن القول الفاقد لبعض الشرائط وإن لم يكن عقداً لازماً إلاً أنه

معاطاه، فيكون لمثله اقتضاء التأثير، ولكل من الطرفين أن يتصدى لأن يتناول ما تقاولا عليه، وحينئذ يترتب عليه أحكام المعاطاه من الملزمات وغيرها، فلو نقل أحدهما الشيء قبل أن يتناوله بنقل لازم إلى ثالث لزم المعامله.

واخرى: يتحقق الوصول مع تراضيهما من دون إيصالٍ منهما.

وثالثه: يتحقق الوصول بغير رضاٍ منهما، كأن يكون قهراً عليهما وإجباراً لهما.

ورابعة: يتعقب بالإيصال بعنوان الجرى على مقتضى العقد.

وخامسة: يتحقق إنشاء التمليك ثم يتعقبه الإقباض والإيصال بقصد التمليك عملاً، احتياطاً أو تأكيداً للإنشاء القولى.

وسادسة: أن ينشئ العقد ثم يقبض الشيء بداعى الإذن فى التصرف حتى لو كان العقد القولى فاسداً، مع علمه بفساد العقد أو جهله بذلك.

فالصورة ستة. نعم، تبقى صورته ما إذا تحقق الإيصال بلا عقدٍ لفظيٍّ مطلقاً ولا معاطاه من الطرفين، كدخول الحمام ووضع الفلوس فى كوز الحمامى، حيث لم يستبعد الشيخ أن يكون معاطاه، وسيأتى التحقيق فيها.

أمياً فى صورته عدم الإيصال والوصول، فقد قال المحقق والشهيد الثانين بكونه معاطاه. قال الأول: وإن كان غير ما قلناه يكون معاطاه (١): أى: إن نفس العقد الفاقد للشرائط يكون معاطاه مع الرضا بالتصرف، حتى لو جاء وأخذ ولم يكن إعطاء من الطرفين أصلاً. وفيه:

أولاً: إن المعاطاه مفاعله من العطاء، والمفروض عدم تحققه، فلذا عبرا بالمعاطاه، اللهم إلا أن يكون المراد أنه فى حكم المعاطاه، كما ذكرنا.

ص: ٣٨٨

وثانياً: الشرائط التي ذكرها الفقهاء للعقد المؤثر شرعاً، فلو لم تكن الشرائط فلا ملكية ولا إباحة. أما الملكية، فلعدم الشرائط، وأما الإباحة، فلعدم الشرائط، وأما الإباحة، فلعدم التسليط الخارجي حتى يكون متضمناً للإباحة المالكية، فبأي وجه يكون ترتب حكم المعاطاة.

وثالثاً: قوله مع الرضا بالتصرف. إن أراد الرضا الباطني، فلا دليل على تأثيره، اللهم إلا من باب شاهد الحال، لكن هذا لا ربط له بالمعاطاة لأنها معاوضه، بحيث لو تحقق شيء من الملزمات ثبت الضمان بالمسمى، أما الرضا الباطني المستكشف من شاهد الحال، فلا وجه لأن يكون معاطاة.

فالقول المذكور ساقط. اللهم إلا أن نتأوله بأن العقد الفاقد لبعض الشرائط تشمله العمومات، والمراد من الشرائط هي شروط اللزوم، فإذا فقد بعضها أفاد العقد الملكية غير اللازمه، وهذا هو حكم المعاطاة.

لكن مقتضى العمومات المستدل بها على المعاطاة هو الملكية اللازمه، سواء تحقق الإيصال والوصول أو لم يتحقق.

وأما إذا تحقق العقد اللفظي الفاقد لبعض الشرائط، ثم حصل الإعطاء بداعي التمليك، إما تأكيداً للعقد اللفظي أو احتياطاً أو علم بأن الإنشاء اللفظي غير مؤثر، فهذا معاطاة بلا ريب.

وأما الإيصال بمقتضى الجرى على المعامله، أو الوصول بلا إيصال من الطرف بل قهراً عليه، ففي هاتين الصورتين قالوا: بالفساد، لعدم كونه مؤثراً في الملكية والإيصال لم يكن برضى مستقل، فهو لغو، والوصول القهري فاسد بالأولوية. قال الشيخ.

وهذان الوجهان ممّا لا اشكال فيه في حرمه التصرف في العوضين.

إلا أنّ ما ذهبوا إليه إنّما يصحّ فيما إذا كانت الشرائط شرائط للصحة، وأما

على القول بكونها شرائط اللزوم، فالصحيح هو القول بحصول الملكيه الجائزه فى الصوره الأولى من الصورتين.

وأما الصورتان الباقيتان:

بأن ينشئ العقد ثم يعطى العوض عن رضا لكن لا بالرضا العاملى، ومن دون قصد إنشاء تمليك به، ومن دون أن يكون الإعطاء جرياً على العقد، بل يعطى بقطع النظر عن العقد، فهو راض حتى لو تُبّه على فساد العقد.

أو بأن ينشئ العقد ثم يصل العوض وهو راض بذلك.

فالمفروض أن العقد فاقد للشرائط ولا- أثر له، والإيصال الحاصل لم يكن بقصد الإنشاء ولا جرياً على العقد، فإذن، لا يوجد الإنشاء لا- قولاً- ولا- فعلاً، لكن المعامله متقومه بالإنشاء كما هو معلوم، ومجرد الرضا لا يحقق المعامله، فمقتضى القاعده عدم تحققها.

قوله:

فإدخال هذا فى المعاطاه يتوقف على أمرين: الأول: كفايه هذا الرضا المركز فى النفس بل الرضا الشأنى... الثانى: إنه لا يشترط فى المعاطاه إنشاء الإباحه أو التمليك بالقبض... بل يكفى وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر... وفيه إشكال من أن ظاهر محل النزاع... ومن أن الظاهر أن عنوان التعاطى... وأن عمده الدليل على ذلك هى السيره... .

أقول:

قد ذكر الشيخ فى التنبیه الرابع أن مجرد الإباحه من المالك لا- يكفى لجواز التصرفات المتوقفه على الملك، فليس للمالك إباحه جميعها، فهل يقصد فيما نحن فيه التصرفات المتوقفه على الملك أيضاً؟

إنه إن لم تكن التصرفات المذكوره جائزه، فهذا لا صلّه له بالمعاطاه،

ص: ٣٩٠



لأنَّ القائلين بإفادتها الإباحه يقولون بجوازها، وقد ذكرنا أن مقتضى التحقيق بناءً على هذا القول، أن تكون المعاطاه مفيده للملكيه بشرط التلف أو التصرفات، وكلام الشيخ ناظر إلى هذا. وعلى الجملة، فهم يقولون بجواز التصرفات وأن المعاطاه تلزم بحصول واحدٍ منها.

وإن كان راضياً بذلك، فقد ذكر الشيخ - في التنبیه السابع - أن الرضا لا يكون مشرعاً، وعليه، فلا أثر للرّضا أصلاً، فكيف يقول هنا في آخر كلامه:

### هل يكفي وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا؟

فالمعيار في المعاطاه: وصول المالكين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحه.

اللهم إلهي الموارد التي قامت السيره عليها وتم استكشاف رأي المعصوم بتلك السيره، فالمعاطاه متحققه فيها فقط، ولا يجوز التعدي عنها إلى غيرها، أخذاً بالقدر المتيقن من السيره.

والحاصل: أن ما قال «ليس ببعيد» بعيد جداً.

وتحرير الكلام في المقام:

إنّ المعاطاه بين المالكين: جعل أحدهما عوضاً عن الآخر في جهه، وأما الإباحه في مقابل الإباحه، فإنها معاوضه بين الإباحين لا بين المالكين، وهذا إشكال آخر على كلام الشيخ رحمه الله، وقد تقدّم أنّ التمليك أمر إرادى ينشؤه الإنسان ويوجده في الخارج، ويسمى إنشاءً لكونه ناشئاً من النفس، فإذا أنشأ فقد جعل المعاوضه بين المالكين في الملكيه، وعندنا أنّ هذا بيع عرفى والعمومات والإطلاقات شامله له، وأما الشرائط، فلا دليل على دخلها في إفاده الملكيه - بخلاف شرائط العوضين والمتعاقدين - وعليه، فلا وجه

للقول بفساد العقد الفاقد لبعض الشروط، بل العقد صحيح، فإن كانت دخيلة في لزومه، فالعقد الفاقد لبعضها جائز غير لازم وحكمه حكم المعاطاة، وإن لم يكن لها دخل في اللزوم، فما أنشأه بالقول مع وجدان شرائط العوضين والمتعاقدين بيع لازم. وعلى ما ذكرنا، فلا حاجة إلى الجمع بين كلمات المحقق والعلامة، وقول المحقق والشهيد الثانيين.

قوله:

وربما يجمع... فيقال:

أقول:

هذا الجمع من صاحب مفتاح الكرامه، وحاصله: إن من قال: بأن مثل هذه الصيغة حكمها حكم المعاطاة، قال بذلك فيما إذا كان الإقباض من باب الرضا المطلق، ومن قال: بأنه فاسد ولا يجوز التصرف في المأخوذ، قال بذلك فيما إذا أنشأ التمليك فاقداً للشرائط وكان إقباضه جرياً على مقتضى العقد.

وبعبارة أخرى: إن كان رضاه منوطاً بالعقد، فلا أثر له، وإن لم يكن منوطاً به، كان مؤثراً وبحكم المعاطاة.

قوله:

المفروض أن الصيغة الفاقده لبعض الشروط لا تتضمن إلا إنشاءً واحداً هو التمليك، ومن المعلوم أن هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك، والموجود بعده....

أقول:

هذا إشكال الشيخ على وجه الجمع المذكور.

ص: ٣٩٢

وبيانٍ أوفى: إنّ المفروض عندهم أنّ الشرائط دخيله في صحّته العقد، فلا أثر للعقد الفاقد لبعض الشرائط، لكن إنحلال إنشاء التمليك إلى إنشائين أحدهما التمليك والآخر الرضا بالتصرّف، غير معقول، على أن إنشاء الرضا بتصرف الغير فيما يملكه لغو.

وعلى الجملة، فإنّ الانشاء أمر بسيط، وليس بمركب، والإقباض رضا بالتصرّف، فإن كان رضياً بفعل نفسه حيث أوصل مال الغير إلى صاحبه، فهذا باطل، وإن كان إقباضه بقصد التمليك، فهو معاطاه خارجيه صحيحه قد اقترنت بعقد فاسد، ولا يضرّ بها اقترانها به، وإن كان إباحه في مقابل إباحه، فهذا ليس من المعاطاه في شيء ولا أثر له، كما تقدّم في التنبيه الرابع، وإن كان رضياً بالتصرّف بشاهد الحال، فيترتب عليه آثار الإباحه المجائيه ولا ربط له بالمعاطاه حتى تترتب عليه آثارها.

وتلخص: إن العقد فاسد، ولا أثر للإقباض الحاصل بعده أصلاً.

وقال المحقّق الخراساني: إنّ الصّيغه المفروضه وإن لم تتضمن إلّا إنشاءً واحداً، والمفروض فسادها، للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلّا أنّ الصحّته والفساد لهما كان من الامور الإضافيه كما أشرنا إليه في بعض الحواشي السّابقه، كان فساد الصّيغه المنشأ بها التمليك بما هي عقد البيع، ولا يترتب عليها شيء ممّا يكون من آثار العقد، من اللّزوم وغيره، لا ينافي كونها معاطاه وداخله في المسأله التي تكون معركه الآراء وصحيحه بما هو بيع عند بعض وإباحه عند آخر، إلى غير ذلك من الأقوال فيها، والحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزل على أنه حكم اقتضائي لا فعلي، بمعنى أن قضيه فساده بما هو عقد ذلك لو لم يجيء في البين الحكم بصحّته بوجه آخر، أي بما هو بيع بغير العقد. وهذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر في

وخلصته: إن العقد الواقع فاسد من حيث العقديّ، وصحيح من حيث المعاطية، والضمان هو من باب الإقتضاء وعدم الضمان من حيث المعاطية.

وما ذكره في غايه البعد عن كلام القوم، فإنّ حكمهم بالفساد مطلق لا حيشي، وقولهم بالضمان هو بالفعل لا بمجرد الإقتضاء.

وبعد، فقد ذكرنا سابقاً أن التمليك أمر إرادى إلماً أنه يؤثر إذا أنشأه، فإن قلنا فى تحقق المعاطاه بكفايه إعطاء كل منهما ماله للآخر، فإنّ العقد اللفظى الفاقد للشرائط وإن كان فاسداً من حيث التأثير، إلماً أنه يكفى لأن يكون مبرزاً للإراداه النفسانيه للتمليك، فإذا تحقّق الإنشاء والإبراز لما فى الضمير والتعاطى فى الخارج، فقد تحققت المعاطاه، وهذا مراد المحقق والشهيد الثانيين، وحينئذ يكون الواقع معاطاه حقيقه لا بحكم المعاطاه كما تقدّم منّا.

وعلى الجملة، إنه لا- يعتبر فى المعاطاه آليه الفعل للإنشاء، بل المعتبر فيها أن تكون واجدهً للتعاطى والإنشاء، والمركب منهما محقق للمعاطاه، والمفروض تحقّق الأمرين فى هذه الصوره، فالمعاطاه محققه.

والحاصل: إنه فاسدٌ إن لم يكن التعاطى بعد الإنشاء أو كان الوصول قهرياً، وهو صحيح إن كان جامعاً للشرائط وإن لم يكن إيصال. أمّا لو وقع العقد الفاسد لفقد بعض الشرائط ولكن تحقّق الإيصال بعده، فقد تحققت المعاطاه.

وهكذا يتمّ الجمع بين القولين.

وهذا تمام الكلام فى المعاطاه.

انتهى الجزء الأول وسيتلوه الجزء الثانى.

المجلد ٢

اشاره

ص: ١











الحمد لله رب العالمين، والصّلاه والسّلام على سيّدنا محمّد وآله الطّاهرين، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين، من الأوّلين  
والآخريين.

وبعد

فهذا هو الجزء الثّاني من (كتاب البيع) من أبحاث السيّد الجدّ الفقيه المحقّق والاصولي البارع آيه الله العظمى السيّد محمّد هادي  
الميلاني طاب ثراه، من «مقدمه في ألفاظ عقد البيع» إلى آخر الأمر السادس من الامور المترتبه على المأخوذ بالعقد الفاسد.

نقدّمه إلى العلماء الأجلاء والفضلاء الكرام في الحوزات العلميّه، ونسأل الله التوفيق لإتمامه بعونه وكرمه.

قم - الحوزه العلميه على الحسيني الميلاني

ص: ٦





بعد أن فرغ الشيخ من بحث المعاطاه - أي البيع الفعلي - وأحكامها وتنبهاتها الثمانية، شرع في أحكام البيع اللفظي، وقبل الدخول في ذلك، ذكر مقدمهً بين فيها اللفظ المعبر في البيع اللفظي والأحكام المتعلقة به، فقال رحمه الله:

مقدمه في خصوص ألفاظ عقد البيع

قد عرفت أن اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود، مما نقل عليه الإجماع، وتحقق فيه الشهره العظيمه، مع الإشاره إليه في بعض النصوص.

أقول:

إن المعامله الفعلية - أي المعاطاه بقصد التمليك والتملك - يصدق عليها عنوان «البيع» على وجه الحقيقه عند العقلاء، وتعمه العمومات والإطلاقات في الكتاب والسنة، فهي بيع حقيقه عرفاً وشرعاً. وأما قول صاحب الجواهر رحمه الله (1) بأنهما يقصدان الإباحه فهي تفيد الإباحه لا الملكيه، فقد تقدم الكلام عليه بالتفصيل.

وعليه، فما نسب إلى المشهور من أن المعاطاه - وإن كانت بيعاً عقلاً -

ص: ٩

ليست بيع شرعاً، وأنّ اللفظ معتبر في تحقق حقيقته البيع وأنها متقومه باللفظ، فلا يمكن المساعدة عليه، بل إنّ المعاطاه كما أنها بيع عقلاء كذلك هي بيع شرعاً ونافذ ومؤثر أثره (١).

نعم، يمكن دعوى أنّ المعاطاه وإن كانت مفيدة للملك لكنها فعلٌ، والفعل قاصرٌ عن الدلالة على اللّزوم، بخلاف اللفظ.

وتوضيح ذلك: إنّ البيع باللفظ وبالمعاطاه يشتركان في إفاده الملك، غير أنّ الأوّل يدلُّ على إيجاد الملكيه بالمطابقه والثاني بمعونه القرائن، وكذا في الالتزام بمضمون المعامله، لأنّ ظاهر حال كلّ من يعدّ وعداً أو يتعهّد

بعهدٍ أو يعامل معاملةً هو الالتزام والبقاء على ما وعد أو تعهد، سواء كان ذلك باللفظ أو الفعل، إلّا أنهما يفترقان في جههٍ واحده فقط، وهي أنه إذا كان البيع أو الوعد والعهد باللفظ، كان مقتضى إطلاقه هو الدوام والاستمرار إلى الأبد، إلّا أن يقيد به بأمدٍ معيّن أو يشترط شرطاً يستتبع الخيار، ولذا نقول: ليس له أن يفسخ، والمعامله لازمه، فالإطلاق اللفظي محكم والظهور الإطلاقي حجه عليه، بخلاف الفعل، فإنّه مجملٌ ولا- إطلاق له، لذا يقال: أعطى فندم فردّ، وهذا معنى قولنا أنّ الفعل لا لسان له وقاصرٌ عن الدلاله، ونتيجه ذلك: أن الملكيه الحاصله بالمعاطاه جائزه لا- لازمه، وحينئذ، لا- حاجه للقول بدلاله المعاطاه على الملكيه المترزله الجائزه، إلى الاستدلال بالشهره المحققه(١).

### في كفايه الإشاره من الأخرس

قال الشيخ:

لكنّ هذا يختصّ بصوره القدره، أمّا مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم

ص: ١١

القدره على التوكيل... وكذا مع القدره على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه... بل لفحوى ما ورد... .

أقول:

لا إشكال ولا خلاف في كفايه الإشاره من الأخرس، فإنها مفيدة للمعنى كما يفيد اللفظ.

إنما الكلام في كفايتها مع التمكن من التوكيل، لكونه قادراً على التلفظ بالتسبيب.

قال الشيخ بكفايه الإشاره منه مطلقاً، مستدلاً بفحوى الصحيحه الداله على ذلك في الطلاق (١)، فكما تكون إشارته مؤثره في الإيقاعات كذلك في العقود، وحمل النص على مورد عدم التمكن من التوكيل، حمل للمطلق على الفرد النادر.

وأما الاستدلال لعدم اشتراط العجز عن التوكيل بالأصل، أى أصالة عدم الوجوب، فقد أجاب عنه الشيخ: بأن الأصل هو الوجوب، للشك في تأثير الإشاره مع التمكن من التوكيل. وبعبارة اخرى: نشك في أن إشارته عله تامه للأثر أو أنها بقيد العجز عن التوكيل مؤثره، والقدر المتيقن هو الثانى، ومؤثرتها مع التمكن منه مشكوك فيه، والأصل عدم التأثير.

### بحث مع المحقق الإيروانى

فقال المحقق الإيروانى:

«لا مانع من هذه الأصالة بناءً على جريان البراءة فى الأحكام الوضعيه،

ص: ١٢

---

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ / ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الرقم: ١



كما يظهر من استدلال الإمام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه، فينفى بأصالة عدم الوجوب وجوب كل خصوصيه شك فيها، بمعنى عدم دخلها في تأثير السبب وعدم كونها من أجزاء السبب، ولا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقّق النقل والانتقال، لأنّ هذا في مرتبه السبب وذاك في مرتبه المسبب، والاستصحاب إنما يقدّم على أصالة البراءه حيث يكونان في مرتبه واحده» (١).

وفيه:

إن الشرطيّه غير قابله للوضع حتى تكون قابله للرفع، وكلّما لا يقبل الوضع لا يقبل الرفع، فالشرطيّه هذه وهي في مقام السبب نظير الشرطيّه في مقام المسبب، فكما أن الثانيه من الامور الانتزاعيه التكوينيّه المحضه، ولا تقبل الجعل لا بالأصالة ولا بالتبع - كما قرّرنا في الاصول، خلافاً للمحقّق الخراساني حيث قال بأن الشرطيّه في المأمور به مجعوله بالتبع (٢) - كذلك في الأولى، فالشرطيّه في مقام السبب - وكذا المانعيّه - لا تقبل الوضع والجعل مطلقاً. وعليه، فإنّ شرطيّه العجز عن التوكيل لئلا تكن قابله للجعل فهي غير قابله للرفع. فالقول بعدم الوجوب - استناداً إلى العمومات والإطلاقات وأصالة عدم التقييد والتخصيص - متين جداً.

وبعبارة أخرى: فإنّ العمومات كقوله تعالى «أحلّ الله البيع» (٣) ونحوه صادقه على بيع الأخرس بالإشاره، ولو وقع الشك في تأثيرها حتى مع

ص: ١٣

١-١ (١) حاشيه المكاسب: ٨٩

٢-٢ (٢) كفايه الاصول: ٤٠٤

٣-٣ (٣) سورة البقره: ٢٧٥

التمكن من التوكيل، كان مقتضى النصوص المشار إليها هو التأثير، والأصل عدم تقييدها بصورة العجز عنه.

فإن كان المراد من الأصل فى قوله: «الأصل عدم الوجوب» هو الأصل اللفظى كما ذكرنا، فهو، وإن كان المراد أصاله البراءه عن الشرطيه لحديث الرّفْع (1)، فهو غير صحيح، لأنّ الشرطيه من الامور الانتزاعيه التكوينيّه غير القابله للجعل، فلا تقبل الرّفْع.

قال الشيخ: الشهره العظيمه قائمه على اعتبار اللفظ فى حقيقه البيع.

وقد تقدّم الإشكال فيه، لأنّ أهل العرف يرون المعاطاه بقصد التمليك بيعاً بالحمل الشائع، وأما شرعاً، فلا دليل على اعتبار اللفظ، بل مقتضى الإطلاقات والعمومات - كتاباً وسنّه - عدم اعتباره فى حقيقه البيع، فما هو بيع عند العقلاء بيع عند الشارع.

نعم، يمكن اعتباره فى مرحله اللزوم، وأن الفاقد للفظ لا يكون لازماً على ما تقدّم، وذلك، لأنه لا معنى للزوم الذاتى لعقد من العقود ولا يصح القول به أبداً إلامجازاً، وإنما يأتى اللزوم فى مقام الجعل من ناحيه حجّيه الظهور الفعلى أو المقامى أو الإطلقى، أو من ناحيه التعبد الشرعى، بأن تفيد الأدلّه أنّ ليس للمتعاملين الرجوع والإقاله. وقولهم: ما لا يقبل الإقاله لا يفسخ، إنما هو حكم من ناحيه الشرع لا المتعاقدين... وبالجمله، فإنّه ليس هناك عقد لازم ذاتاً أصلاً، بل هو بالعرض، إمّا من ناحيه الظهور أو من ناحيه الشرع.

ص: ١٤

---

(١ - ١) كتاب الخصال للشيخ الصدوق: ٤١٧، باب التسعه، الرقم: ٩، كتاب التوحيد: ٣٥٣، باب الاستطاعه، الرقم: ٢٤

وعلى هذا، فالمعاطاه تفيد الملكيه إلا أنها غير لازمه.

ثم إنَّ الشيخ قد استدللَّ ببيع الأخرس بالإشاره، بفحوى ما دلَّ على صحَّه طلاقه بها، وهى نصوص (١):

عن أبى بصير، عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها».

وعن السكونى قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ويعتزلها».

وجه الاستدلال: أنه إذا كانت الإشاره تقوم مقام اللفظ فى الإيقاعات، فى العقود بالأولويه.

وقد ذكرنا أن ذلك مقتضى العمومات والإطلاقات والتمسك بأصالة عدم التقييد والتخصيص (١).

ص: ١٥

---

١-١) وسائل الشيعه ٢٢ / ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه

ثم ذكر الشيخ مقتضى الأصل... .

وتعرضنا لإشكال بعض الأكابر القائل بأن الأصل عدم الوجوب بمقتضى صحيحه البنظي قال: «سألته في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقه ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام:

لا. قال رسول الله: وضع عن امتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا» (١) فقد أجرى الإمام عليه السلام البراء الشرعي في الأمر الوضعي وهو الطلاق، وعليه، فهي جارية في الشرطي أيضاً، والأصل هو عدم الوجوب.

فأجبنا عن الإشكال بأن الشرطي لا- تقبل الوضع فلا تقبل الرفع، وأما جريان حديث الرفع في مورد يشك فيه في جعل الشارع حكماً، فذاك أمر آخر، لأن الحكم أمر اعتباري يقبل الجعل من الشارع، ومتى شك فيه جرت البراءة عنه.

والوجه في عدم جريان البراءة في الشرطي ونحوها من الأمور الانتزاعية هو: إن الموجودات... .

إما خارجيه بالأصالة، وهي الجواهر والأعراض، أو بالتبع، وهي لوازم الوجود، كما يقال في الموجودات في عالم التشريع بأن وجوب ذي المقدمه مجعول بالأصالة ووجوب المقدمه مجعول بالتبع.

وإما ذهبيته، كالجنسيه والفصلية وغير ذلك.

وإما انتزاعيته، وهي موجوده في عالم الإعتبار، أما في الخارج، فبوجود منشأ الانتزاع، كالأبوة والبنوة والفوقية والتحتية.

ص: ١٤

وإما وضعيه توجد في عالم النفس بجعل منها، كالملكيه والزوجيه والشرطيّه وغيرها، وهي التي ذهب الشيخ إلى كونها منتزعه، فوقع في التكلف في بيان المنشأ لبعضها، ونحن موافقون له في بعض الموارد، وهي التي يرى العرف كونها وضعيه لكنها بالدقه العقلية انتزاعيه، دون سائر الموارد....

والكلام في الأحكام الوضعيه طويلٌ وتفصيله في محله، وملخص المختار فيها: أنها امور اعتباريه لها وجود ادعائي كما في الاستعارات الأدبيه، حيث يدعى للشئ الحقيقي وجود اعتباري، كالبياض الذي له وجود حقيقي يدعى له الوجود الاعتباري في القلب فيوصف بالبياض، وكالأسد الذي له وجود حقيقي، يوجد بوجود اعتباري فيقال زيد أسد... وهكذا، فالحكم الوضعي هو الحكم الذي يعتبره من بيده الأمر في كل موردٍ يصح فيه الاعتبار عقلاءً، أما في الخارج فلا يوجد شيء.

وبعد، فقد عدوا السببيه والشرطيّه والمانعيّه من الأحكام الوضعيه، والحق أنه يستحيل أن تكون كذلك، فإنها ليست اموراً جعليه من النفس بل هي انتزاعيه، فتقول: العقد سبب للملكيه، فينتزع له السببيه، دلوك الشمس شرطٌ لوجوب الصلاه، فينتزع له الشرطيّه، الغرر مانع عن الملكيه فينتزع له المانعيّه، وهكذا... حيث أنّ المنشأ في الرتبّه السببيه على الحكم الوضعي كما في الأمثله المذكوره، أما لو تقدّم الحكم، بأن اعتبر الملكيه وجعلها عند تحقق الإيجاب والقبول، أو عند عدم الغرر أو عند التقابض في المجلس، فما معنى جعل السببيه للعقد؟ لقد ذكرنا ضروره وجود المصحح للاعتبار ومع عدمه فهو لغو، وحال جعل السببيه للعقد بعد اعتبار الملكيه وللدلوك بعد

الحكم بوجوب الصلاه، من هذا القبيل، لأن الملكية والوجوب فعل الشارع، ولا تأثير للعقد أو الدلوک في ذلك لولا الإراده والإعتبار النفساني من الشارع، فما شاع على الألسنه من أن الأحكام الوضعيه امور إمضائيه، لا أصل له، بل إن الملكية - مثلاً - من الامور الاعتباريه، وكل أمر اعتباري فهو قائم بنفس المعتر، فللشارع في موردها اعتباراً على طبق اعتبار العقلاء.

وبالجمله، الملكية - مثلاً - معلوله للنفس وهي المخترعه لها، وليست معلوله للفظ «بعث»، وإنما هذا اللفظ سبب عقلائي لاعتبار الملكية.

وبعباره اخرى: إن الحكم سواء التكليفي أو الوضعي، أمر في حيز إرادته الجاعل المعتر واختياره، فهو أمر اختياري له، وللحكم موضوع والموضوعيه لا تقبل الجعل، أما بعد ترتب الحكم على الموضوع، فلعدم المصحح للاعتبار، بل هو لغو، وأما قبل ترتبه عليه، فلأن أثر اعتبار الموضوعيه للموضوع هو ترتب الحكم عليه قهراً، لكن الحكم أمر اختياري للحاكم ولا ترتب قهري له على الموضوع، فاعتبار الموضوعيه قبل ترتب الحكم لغو كذلك.

الحاصل: إنه لا معنى لاعتبار الموضوعيه لما ليس بموضوع، واعتبارها لما كان موضوعاً في نفس الأمر تحصيل للحاصل، واعتبارها لشيء حتى يترتب عليه الحكم، يتوقف على كون الترتب قهرياً، وقد عرفت أنه ليس كذلك، لأن أمر الحكم بيد الحاكم وترتبه على الموضوع تابع لإرادته.

إذا تبين هذا، فكل ما هو سبب للحكم أو شرط له أو مانع عنه - بمعنى التقييد بعدمه - يكون في مرحله الموضوع، ولما كان اعتبار الموضوعيه لشيء لغو، فلا معنى لمجعوليهِ السببيهِ والمانعيهِ والشرطيهِ، وبذلك تحصل

أنها من الامور الانتزاعية لا الاعتبارية، فليست أحكاماً وضعيه.

هذا بالنسبه إلى سبب الحكم أو شرطه أو المانع عنه.

وأما ما كان سبباً للمأمور به أو شرطاً أو مانعاً، فكذلك، لأن الأمر متعلق بالمركب، فكان الركوع الذى هو بعض المركب بعض المأمور به، وينتزع من ذلك الجزئيه له، ولو تقييد المأمور به بقييد انتزع من ذلك شرطيته له، ولو تقييد بعدم شىء، انتزع منه مانعيته عنه.

وبعبارة أخرى: لو فرضنا أن المانع للشىء حكم مجعول اعتبارى، فهل المأمور به مقيد بعدمه أو لا؟ إن كان مقيداً بعدمه فجعل المانع له لغو، وإن لم يكن مقيداً، بذلك فالإتيان بالمأمور به محقق للامتثال، ولا أثر لجعل المانع كذلك... .  
وكذلك الشرطيه والجزئيه... .

فالقول بأن الشرطيه والسببيه والجزئيه والمانعيه أحكام وضعيه، باطل.

وكذلك القول بكونها مجعوله بالتبع.

والحاصل: إنها عناوين انتزاعيه مطلقاً... وإذا كانت انتزاعيه، فهي ليست قابله للجعل والاعتبار والوضع، وما ليس كذلك فليس قابلاً للرفع.

ولا بأس ببيان حقيقه الحال فى الملكيه والزوجيه استطراداً، فنقول:

إن الملكيه والزوجيه، إما من المقولات أو من الامور الاعتباريه أو من الانتزاعيه المحضه.

أما كونهما من المقولات فمستحيل، لأن المقوله ما يقال على الشىء فى الخارج، إما بحمل المشتق على موصوفه وهو فى الكل، وإما أن يكون له مطابق فى الخارج وهو فيما عدا الإضافه، ومن الواضح أن كل عرض فهو

قائم بمعروضه، ولكن الملكية موجودة في الخارج بلا معروض في السلم والنسيئة.

وأما كونهما من الامور الانتزاعية، فما هو منشأ الانتزاع؟ إن كان هو جواز التصرف - وهو الحكم التكليفي - فقد تكون الملكية ولا جواز للتصرف، كملكه الصغير والمجنون، وإن كان هو العقد، فإن المشتق من الملكه لا يحمل على العقد.

فتعين كونهما أمرين اعتباريين ممن بيده الاعتبار، مع وجود المصحح للاعتبار عنده.

هذا هو التحقيق في هذه الامور، خلافاً للشيخ الأعظم والمحقق الخراساني فيما ذهبوا إليه في ذلك (١).





والآن نعود إلى كلام الشيخ:

إنه إذا وقع البيع بالمعاطاه مع التمکن من اللفظ، فهل يفيد الملك أو الإباحه؟ قولان، كما تقدم سابقاً بالتفصیل.

وأما إذا وقع مع العجز عنه كبیع الأخرس بالإشاره، فإنه يفيد الملك، وقد استدلل له بفحوى صحّحه طلاقه بالإشاره، وتشمله العمومات، وتعمّه

ص: ۲۲

أدله اللزوم.

ثم وقع الكلام في صورته التمكن من التوكيل أو التمكن من الكتابه...

وسياتى.

وقد تحصل مما ذكرنا أن اللفظ معتبر في لزوم البيع، وأن الشهرة العظيمة قائمه على عدم اللزوم بدون اللفظ لا على عدم تحقق الملكيه (١).

ثم قال الشيخ: إن إشاره الأخرس تقوم مقام اللفظ، وهذا هو الصحيح، لأن المعامله مطلقاً أمر يخرعه النفس فيحتاج إلى دال ولا خصوصيه للفظ، والإشاره المفهمه من الأخرس تدل على ما في ضميره، ويصدق عليها بالحمل الشائع عنوان البيع وتعمه العمومات، حتى مع إمكان التوكيل أو الكتابه، فهي تدفع احتمال دخل عدم التمكن منهما. مضافاً إلى ما ورد في طلاق الأخرس بتنقيح المناط.

قال الشيخ:

فإن حملة على صورته عجزه عن التوكيل، حمل للمطلق على الفرد النادر...

وما ذكره هو الصحيح.

وقد اشتملت الروايات على العمل الخارجى - وهو اللف والجذب للقناع - ويدل ذلك على كفايه العمل الخارجى، وهو ما ذكرنا من لزوم الدال، فلا خصوصيه للإشاره المفهمه كذلك.

ص: ٢٣

ثم لو قلنا: إن الأصل في المعاطاه اللزوم بعد القول بإفادتها للملكيه، فالقدر المخرج صورته قدره المتبايعين على مباشره اللفظ.

إن كان يريد من المعاطاه كل ملكيه تقع بالفعل في مقابل اللفظ، بأن تكون الإشاره معاطاه مفيده للملكيه اللازمه. ففيه: إن المعاطاه التي كانت محطّ البحث السابق، هي ما إذا كان المعطى قاصداً لتمليك بالإعطاء الخارجى، وهنا يكون التمليك بالدالّ عليه.

وإن كان يريد منها المعاطاه المصطلحه، بأن يعطى الأخرس عملاً وبلا إشاره مفهمه. ففيه: إن الفعل الخارجى قاصر عن إفاده اللزوم عند المجمعين، وعلى هذا، فلا فرق بين أن يكون قادراً على التكلم أو عاجزاً عنه، وقد أجاد شيخنا الاستاذ فى الإشكال على هذا الكلام حيث قال:

«الأخرس كغيره، له عهد مؤكّد وعهد غير مؤكّد، فالتعاطى منه فى الخارج فقط كالتعاطى من غيره عهد غير مؤكّد، فله حكمه، والإشاره المفهمه الرافعه للاشتباه منه عهده المؤكّد، كاللفظ الرافع للاشتباه الذى يتطرق إلى الفعل نوعاً عهد مؤكّد من القادر، فليس مجرد كون الإشاره فعلاً- موجباً لكون معاملة الأخرس معاطاه دائماً، أو أنّ فعله منزل منزله القول من غيره دائماً، بل له سنخان من العهد كما فى غيره، بلحاظ قوّه الدلاله على مقاصده وضعفها نوعاً» (١).

يعنى: إن الفعل مجمل يمكن وقوع الاشتباه فيه، بخلاف اللفظ، لأن

الظهور الإطلاقي فيه حجّه، لأنه كان قادراً على التقييد ولم يقيّد، والإشارة المفهمه بحكم اللفظ، فإنّ الأخرس قادر على التقييد بالإشارة والمفروض أنه لم يقيّد، فيكون الظهور الإطلاقي لإشارته حجّه كذلك.

### هل تكفى الكتابه عن الإشاره؟

قال الشيخ:

والظاهر أيضاً: كفايه الكتابه مع العجز عن الإشاره... وأما مع قدره على الإشاره، فقد رجّح بعض الإشاره، ولعلّه لأنها أصرح... وفي بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس... .

أقول:

القائل بتقدّم الكتابه - مع التمكن منها - على الإشاره هو ابن إدريس رحمه الله، لما رواه البنظلي في الصحيح، عن أبي الحسن عليه السلام:

«عن الرجل تكون عنده المرأه... يصمت ولا يتكلّم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، ويعلم منه بغض لامرأته وكراهه لها، أيجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا. ولكن يكتب ويشهد على ذلك. قلت: فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذى يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها» (١).

ومن الواضح: إنّ الكتابه حكاية عن الألفاظ، وهى دالّه بالوضع على المعانى الموضوعه لها، لكنّ الكتابه لا تدلّ على الإنشاء إلّ بالقرائن، ومعها

ص: ٢٥

---

١- ١) وسائل الشيعه ٢٢ / ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الرّقم: ١

تكون الكتابه مقدّمه على الإشاره بمقتضى هذه الصحيحه. والله العالم.

وخلاصه المطلب أنّ الشيخ رحمه الله يرى كفايه الكتابه عند العجز عن الإشاره، لفحوى ما ورد فى كتابه الطلاق، وذكر أنّ بعض الأصحاب رجّح الإشاره على الكتابه لكونها أصرح.

ثم أفاد أنّ المستفاد من بعض الأخبار تقدّم الكتابه... .

أمّا كلمته الاولى:

فقد كان الأولى أن يقول «لإطلاق» ما ورد، لا «لفحوى»، لأنّ بعض الأخبار الوارده فى طلاق الأخرس مطلق بكلّ وضوح، كقوله: «فى رجل أخرس كتب فى الأرض بطلاق امرأته. قال: إذا فعل فى قبل الطهر بشهود وفهم عنه كما يفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنّه» (١) أى: أعم من كونه عاجزاً عن الإشاره وعدمه.

وفى أخرى: «... لا يكون طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطّه بيده وهو يريد الطلاق أو العتق...» (٢).

وأمّا كلمته الثانيه:

فإن الأصرحيه تفيد الأولويه لا- التعين، وقد تقدّم أنّ الكتابه لا آليه لها للإينشاء - بخلاف الألفاظ - فترجيح الإشاره من هذه النّياحيه، نعم، قد تفيد القرائن الحاليه الحافه بالكتابه الإينشاء والقصد للمعنى، كما تفيد دلالتها على التصديق للخبر إن كانت الجملة المكتوبه خبريه.

ص: ٢٤

---

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ / ٤٨، باب جواز طلاق الأخرس بالكتابه والإشاره، الرّقم: ٤

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٢ / ٣٧، باب عدم وقوع الطلاق بالكنايه...، الرّقم: ٣

وأما الصحيحه المتقدمه الدالّه على تقدّم الكتابه، فلا يبعد أن يكون من جهه أنّ الكتابه نحو وجود للصيغه الخاصه المجمع على اعتبارها وهي «أنت طالق» بخلاف الإشاره، فإنّها ليست بوجودٍ للصيغه المعبره، ولو تنزّلنا، فالقول بذلك في ساير المعاملات قياسٌ.

فالمرجع في البيع بعد إحراز الصغرى عمومات البيع.

ثم إن البحث في ألفاظ العقود يقع في جهات:

الاولى: ما يعتبر في اللفظ المفرد من حيث المادّه، كمسأله اعتبار العرييه والصراحه... .

والثانيه: ما يعتبر في اللفظ المفرد من حيث الهيئته، كمسأله إعتبار كونه فعلاً واعتبار الماضيّه فيه... .

والثالثه: ما يعتبر في اللفظ المركب، كمسأله اعتبار تقدّم الإيجاب على القبول، والموالاه بينهما... .

### هل يقع العقد باللفظ الكنائى؟

قال الشيخ:

أمّا الكلام من حيث المادّه، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنائيات... .

أقول:

ذكر رحمه الله كلمات الفقهاء في المسأله، ومجملها عدم كفايه الكنايه، وهي استعمال اللفظ في معناه الموضوع له حقيقه، لكن المقصود بالتفهيم هو اللّازم أو الملزوم. فالمراد الاستعمالى هو المعنى الحقيقى، والمراد الجدّى هو اللّازم أو الملزوم، فالاستعمال ليس في الملزوم أو اللّازم، وإلّا

ص: ٢٧

يلزم استعمال اللفظ في معنيين، وهو غير معقول.

ولما كان تحقق المعامله منوطاً بالدلاله، وهى منوطه بالاستعمال، وهو حاصل فى اللّازم دون الملزوم وهو الملكيه، فالمعامله باللفظ الكنائى غير محققه.

هذا شرح كلامه.

فقال المحقق الخراسانى:

«ربما يمكن المناقشه فى صدق العقد على ما إذا وقع بالكنايه، فإنه عهد مؤكّد، ولا يبعد أن يمنع فيما إذا وقع بها، وذلك لسرايه الوهن من اللفظ إلى المعنى، لما بينهما من شدّه الارتباط بل نحو من الاتحاد» (١).

وكأنه يريد ما ذكرناه، من أن اللفظ قد استعمل فى اللّازم وارىد منه الملزوم، فالمقصود تفهيمه بالأصالة لم يستعمل اللفظ فيه، والذى استعمل فيه ليس هو المقصود بالأصالة.

وقال العلامة:

«الرابع من شروط الصيغه: التصريح، فلا يقع بالكنايه بيع ألبته، مثل قوله: أدخلته فى ملكك، أو جعلته لك، أو خذه منى، أو سلطتك عليه بكذا.

عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأنّ المخاطب لا يدرى بم خوطب» (٢).

أقول:

لعلّ المراد أن البيع بالكنايه مجاز، إذ البيع يكون باستعمال اللفظ فى

ص: ٢٨

١-١) حاشيه المكاسب: ٢٧

٢-٢) تذكره الفقهاء ١٠ / ٩



المعنى الموضوع له المقصود، وهذا هو الذى يصدق عليه عنوان البيع حقيقهً، وعليه، فلو شك فى صدقه على الاستعمال الكنائى، لم يصح التمسك بـ «أحلَّ اللهُ التَّيِّعَ» (١) ونحوه، لأن إثبات الحكم يدور مدار إحراز الموضوع، وحينئذٍ يكون استصحاب عدم الملك هو المحكم.

وأما مع فرض صدق العنوان على ما إذا وقع بالكنايه، فإنه لا مانع له لعدم الصراحة، لأن المفروض شمول العمومات للصريح وغير الصريح، ولا دليل على اعتبار الصراحة.

وأما قوله: ولأنَّ المخاطب... فأخصَّ من المدعى، لأنَّ مثل قوله: جعلته لك، يحتمل البيع والهبة وغيرهما، أما لو جاء بكنايه لا تفيد إلا البيع، كان المخاطب يدري بما خوطب.

وقال الميرزا الاستاذ:

إنه قد يتحقَّق الإخبار بالكنايه، كما لو قال: «زيد كثير الرماد» وانتقل ذهن المخاطب إلى جود زيد، فكانت الكنايه إخباراً عن الجود، لكنَّ الإنشاء إيجاد للمعنى، فإذا أتى بالمعنى الكنائى لم يتحقَّق الإنشاء للملزم وإنَّ انتقل ذهن المخاطب إليه، لأنَّ الانتقال إليه أمر والإنشاء له أمر آخر، والبيع إنشاء للملكيه، فهو لا- يحصل بالكنايه، فالألفاظ الكنائيه لا- تصلح للإنشاء وإنَّ صلحت للإخبار (١).

ص: ٢٩

أقول:

تارةً نقول: بأنَّ الملكيه أمرٌ واقعي، وكلُّ من نظر العرف والشرع طريقاً إليه، ومتى وقع الخلاف بين نظرهما كان الشارع مخطئاً للعرف في نظره.

واخرى نقول: بأنَّ الملكيه أمر اعتباري لا واقعي له، وحقيقه الأمر الاعتباري من أعمال النفس وهي الموجوده له، وقوامه بنفس المعترف، فالعقلاء يعتبرون الملكيه، والشارع يعتبر على طبق اعتبارهم في كلِّ موردٍ عنده اعتبار.

ص: ٣٠

وعلى الثانى: فإن الباع يعتبر ويتسبب باعتباره إلى اعتبار العقلاء أو الشارع، وحينئذٍ، قد يكون فاسداً عند العقلاء، أو عند الشارع وإن كان صحيحاً عندهم.

### النظر فى أدله القول بالمنع

وتحقيق الكلام فى مسأله تحقق البيع بالألفاظ الكنائيه، وهى معنونه منذ القديم، بالنظر فى أدله القول بالمنع وقد قال به جماعه كالعلماء وبعض المتأخرين، وهى امور:

الأول: إن مقتضى أصاله بقاء الملك هو عدم تحقق البيع فيما إذا لم يصرح بلفظ البيع.

والثانى: إن المخاطب إذا لم يصرح بلفظ البيع - مثلاً - لا يدرى بم خوطب.

ذكرهما العلماء.

وقد قلنا: إنه لا دليل على اعتبار النصوصيه والصراحه، بل اللأزم هو الحجّه وهو ظهور الكلام. وأما استصحاب بقاء الملك إن كان اللفظ كنائياً، فهو حيث لا يصدق عنوان البيع عند العقلاء، فإذا صدق عليه العنوان حقيقه شملتة العمومات. وأما أن الخاطب لا يدرى بم خوطب، فهو حيث تكون الكنايه مجمله، وأما مع كونها ظاهره فى المعنى فهو يدرى، والبيع تحقق، لما تقدم من أن المناط هو ظهور الكلام فى المعنى المقصود، ولا يعتبر العلم بالمعنى.

والثالث: ما ذكره المحقق الخراسانى من أنّ البيع عهد مؤكّد، ولا يبعد أن يمنع عن تأكده إذا انشأ بالكنايه...

فهو يدعن بحصول الدلالة، لكنّه ينكر التأكّد، لما ذكره من الوهن فى اللفظ وأنه يسرى إلى المعنى، لما بينهما من الاتّحاد.

وتقريبه: إنّ البيع له حيثيه العهديّ وحيثيه التأكّد، فكما لا يكفى مجرّد التعهّد القلبي بل لابدّ من الدلالة عليه، إذ لا يترتب الأثر على القصد القلبي فى معامله من المعاملات، كذلك لابدّ من الدلالة على تأكّده، لما تقدّم من أنّ الدلالة الأصليه للفظ الكنائى إنما هى فى المعنى الموضوع الحقيقى له، وأمّا الملزوم المقصود منه فينتقل ذهن السامع إليه، وتكون دلالة اللفظ عليه تبعيّة، والدلالة التبعيّة موهونه، وهذا الوهن يسرى إلى المعنى فلا يكون الدلالة مؤكّده، لوضوح منافاه الوهن للتأكّد، فلا يتحقق البيع، لضروره أنه العهد المؤكّد.

أقول:

بعد غضّ النظر عمّا فى كلامه من المسامحه، لأنّ البيع مبادله مال بمال، نعم هو مصداق للعقد، والعقد عباره عن العهد المؤكّد.

إنما يقال للبيع بأنه عهد، فى قبال المقاوله إذ لا عهد فيها، وإنما يقال بأنه مؤكّد، فى قبال العهد الانفرادى مثل الوعد والوعيد، فلا يسمّى بالعقد، بل العقد هو العهد المرتبط بعهدٍ آخر، فيكون بارتباطه مؤكّداً، أى يكون مشدوداً بالآخر ويعضد أحدهما الآخر، ولو فرض عدم صدق «العقد» على «المعاطاه» لكون دلالتها على التأكّد بظاهر الحال والقرائن المقاميّه، فإنّ البيع المعاطاتى يكون موهوناً، وأمّا إذا كان البيع لفظياً، فالظهور كلامى، ودلالته على العهد تامّه، وتأكّده حاصل بارتباطه بالعهد الآخر كما تقدّم، فأين الوهن؟

وأما التبعيّة التى ذكرناها فى تقريب كلامه قدّس سرّه، فالجواب عنها

ص: ٣٢

هو: إنه فى مقام الإنشاء يكون المقصود بالأصالة هو التسبب إلى البيع، فالمعنى الملزوم هو المراد الجدوى، وأما اللّازم أى المراد الإستعمالى فمقصود بالتبع، والمدار على القصد.

فمقام التسبب وترتيب الأثر على عكس مقام الدلالة الاستعمالية، إذ المقصود بالأصالة فى هذا المقام هو المراد الجدوى ويكون المراد الاستعمالى تبعاً له (١).

٤ - البيع أمر إنشائى، والإنشاء من وجوه الاستعمال، ومن جهة اخرى، فإن اللفظ الكنائى مستعمل فى معناه الموضوع له، ولا يستعمل مع ذلك فى البيع، وإلاً يلزم استعمال اللفظ فى معنيين، فلا يكون البيع منشأً باللفظ الكنائى.

والجواب:

إن هذه مغالطه، فإنّ الإنشاء المقابل للإخبار من وجوه الاستعمال، لا- أن الإنشاء على إطلاقه من وجوهه، ولذا يتحقق إنشاء التمليك بالمعاطاه، مع أنه ليس من وجوه استعمال اللفظ. هذا أولاً.

وثانياً: إن قولهم «زيد كثير الرّماذ» ونحوه إخبارٌ بلا إشكال، وهو يتحقّق

ص: ٣٣

باللفظ الكنائى بالضرورة، مع كون الإخبار من وجوه الاستعمال كالإنشاء.

وثالثاً: إن الاستفادة من كلمات الفقهاء، أن للملكية واقعية والعقد آله لتحقيق ذلك المعنى الواقعى ووجوده، ونظر العرف والشرع طريق لمعرفة ما هو آله وما هو ليس بآله، ولذا يقع الاختلاف بين الشرع والعرف، والشارع يحكم بخطأ العرف، وعليه، يجوز أن يقال بأن اللفظ الكنائى ليس آله.

أمياً بناءً على الصحيح من أن الملكية أمر اعتبارى، والاعتبار أمر نفسانى قائم بنفس المعترف، ومع تحققه يصدق عليه عنوان البيع فتعمه العمومات والإطلاقات، فإنه متى صدق العنوان مع اللفظ الكنائى فالبيع متحقق.

والحاصل: إن الأعراض توجد بآلاتها وأسبابها المناسبه لها، فالقلم آله لتحقيق الكم إذا خط به، وكذلك الملكية والزوجيه ونحوهما، فإنها تحتاج لوجودها فى الخارج إلى الآلات المناسبه، فالمعتبر يعتبر الملكية ويتصف الخارج بذلك بالآله، أى أنه يتجلى فى الخارج، لا أن الآله - وهو العقد - يحقق الملكية - مثلاً - خارجاً. نعم، لو كانت الملكية أمراً واقعياً، أمكن البحث عن أن اللفظ الكنائى يصلح لأن يكون سبباً للوصول إلى تلك الحقيقه الواقعيه أولاً، لكن المبنى غير صحيح.

وعلى الجملة، فإن هذا الإشكال إنما يتوجه على القول بأن الملكية أمر واقعى نفس أمرى، لا على القول باعتباريتها، والحق هو الثانى.

ويبقى نسبه القول الأول إلى المشهور، لكن الشهره الفتوائيه غير كاشفه عن رأى المعصوم ولا عن حججه شرعيه، مضافاً إلى احتمال كون فتواهم بذلك من باب الاحتياط أو الأخذ بالقدر المتيقن.

وأما دعوى الإجماع المنقول فى المسأله، فالظاهر قيامه على اعتبار

اللفظ في اللزوم، أما اعتبار لفظٍ مخصوص فلا إجماع عليه أصلاً، ولا ريب في العقد اللفظي في أن يكون اللفظ ظاهراً في المراد وكاشفاً عنه، وبذلك يتحقق الإنشاء وإن كان اللفظ كناهياً، إذ المناط ما ذكرناه، وبذلك نجيب عن كلام شيخنا الميرزا قدس سره (١).

### الأقوال في ألفاظ العقد من حيث الكنايه والمجاز والاشتراك

وبعد، فإن الأقوال في صيغه العقود كما يلي:

١ - ما ذهب إليه فخر المحققين من أن كلّ عقدٍ لازم وضع الشارع له صيغه مخصوصه بالاستقراء (١)، فلا بدّ من الاقتصار على المتيقّن.

وحاصله: إن عدم الكنايه هو من باب القدر المتيقّن، وعليه، يلزم الأخذ بذلك في كلّ لفظ شك في تحقق العقد به، كما لو كان مجازاً أو مشتركاً أو غير ذلك.

٢ - إنه يعتبر في كلّ عقد أن يُنشأ فيه عنوان المعامله، بأن يقول في البيع

ص: ٣٥

امكان ارائه محتوا وجود ندارد

ص:



لفظٍ وقعت به المعامله فى زمن الشارع وأنفدها فهو المؤثر فى تلك المعامله، فأى لفظٍ كان متداولاً فى عصر المعصوم ولم يردع عنه فهو كافٍ، وأى لفظ لم يثبت كونه متداولاً فى ذلك الزمان فلا دليل على وقوع العقد به.

### المختار فى المسأله

٨ - كل لفظ صريح أو ظاهر فى معنى المعامله ظهوراً يعتد به العقلاء فهو كافٍ، بلا- توقّف على كونه متداولاً فى زمن المعصومين، إذ تكفى العمومات والإطلاقات دليلاً على الجواز ولا حاجه إلى الإمضاء.

وهذا هو المختار عندنا.

وتوضيحه بإيجاز هو: أنه لو لم تكن عندنا الإطلاقات والعمومات لكننا بحاجه إلى الإمضاء، وهو دليل لئبى، والقدر المتيقن منه ما كان متداولاً فى زمنهم يقيناً، وما لا يقين بتداوله فى ذلك الزمان فلا يؤثر.

لكن مقتضى العمومات والإطلاقات كفايه كل لفظ له ظهور عقلاى فى المعنى، وإنما نقول بضروره الظهور النوعى العقلاى، لأنه لو لم يكن كذلك - بل كان ظهوره بالقرينه الشخصيه - لم يعتد به العقلاء، وحينئذٍ لا يمكن نسبه قبوله إلى الشارع، لأن الإطلاقات والعمومات الشرعيه كلها مخصّصه بالمخصّص اللبى، فقوله تعالى «أحلّ الله البيع» مخصّص أى: أحلّ الله البيع الذى يعتد به العقلاء، لأنّ الشارع لا يمضى ما ليس بعقلاى.

وبعباره اخرى: إنّ لنا علماً إجمالياً بعدم حليّه بعض البيع شرعاً، فالآيه المباركه مخصّصه بالعلم الإجمالى المذكور، وقد تقرّر فى محلّه سرايه إجمال المخصّص إلى العام، فلا تبقى الآيه على عمومها.

وكذا الكلام فى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

وقد يقال بسقوط العموم من جهة تخصيص الأكثر، أما بناءً على مسلك القدماء من أن العام المخصّص مستعمل فى الخاص مجازاً والمخصّص قرينه على المجاز، فلو قال: أكرم العلماء، ثم جاء المخصص منفصلاً بأنه: لا تكرم النحويين، فقد استعمل العلماء فى ما عدا النحويين مجازاً، وقوله: لا تكرم النحويين قرينه عليه، وحيث أنه يعتبر المناسبه بين المعنى المجازى والحقيقى، فإن كان المخصص قليلاً، كان معظم الافراد باقياً تحت العام والمناسبه محفوظه والاستعمال صحيح، وأما لو خرج معظم الأفراد من تحت العام وبقي النادر، انتفت العلاقه والمناسبه بين المعنيين الحقيقى والمجازى، والاستعمال المجازى بدون علاقه غير صحيح، ولذا لا يجوز استعمال العام فى الفرد النادر.

وأما بناءً على مسلك المتأخرين - وهو الحق - من أن العام مستعمل فى معناه الحقيقى وهو المراد الاستعمالى، وإنما المخصص مبيّن للمراد الجدّى، فإذا جاء المخصّص أفاد أن ما عداه هو المراد الجدّى، فلا معنى لأن يستعمل المتكلم العاقل اللفظ العام فى العموم ويريد الأفراد النادره، وهذا معنى قولهم بأن تخصيص الأكثر مستهجن.

### نقد الأقوال الاخرى

ذكرنا الوجوه والأقوال فى المسأله، وهى فى الأغلب مستنده إلى عدم وجود العمومات والإطلاقات القابله للاستدلال فى المقام، فلا مناص من الأخذ بمقتضى الإطلاق المقامى، بتقريب: أن كلّ عقد متداول فى عصر

الشارع لم يردع عنه فهو نافذ عنده وأنه معتبر له على حسب ما اعتبره العقلاء، إذن، لا بدّ من الأخذ بتلك العقود وجعلها القدر المتيقن من الألفاظ المؤثرة، وأمّا الآيات من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه، فهي وارده في مقام التشريع لا لبيان الحكم الفعلي، ولا عموم لها ليمسك به ويرجع إليه.

أو من جهة أن اللام في «العُقُودِ» للعهد، أي: العقود المتداوله والمتعارفه بين الناس... فليست الآية دالّة على العموم.

أو من جهة أن التمسك بالإطلاق والعموم في الآيات منوطٌ بعدم وجود العلم الإجمالي بالمخصّصات والمقيّدات الكثيرة، وإلّا يلزم الإجمال في الآيات ولا يبقى لها ظهور يتمسك به.

أو من جهة أن تلك العمومات والإطلاقات مبتلاه بالتخصيص الأكثر، على ما تقدّم.

وبالجملة، فإنّ مناط الأقوال إنكار العموم والإطلاق في الأدلّة، وينحصر الدليل بالإمضاء، وعليه، فلا يجوز التعدّي عن اللفظ المتداول الممضى شرعاً إلى غيره.

ولنا في جميع ما ذكر بحث.

أمّا دعوى أن الآيات في مقام التشريع، فقد قرّنا في الاصول أن ظاهر حال كلّ متكلم كونه في مقام بيان الحكم الفعلي، ومع الشك فإنّ ذلك مقتضى أصالة البيان، وعليه، فمقتضى القاعدة حمل الكلام على إرادة الحكم الفعلي، إلّا أن يقوم دليل على كونه في مقام التشريع، وعدم الدليل كافٍ للحمل على الحكم الفعلي، ومجرد احتمال لا أثر له.

وأما احتمال كون «اللام» للعهد، فبخلاف ظاهر الكلام كذلك، لأنّ

«البيع» كلى طبيعى، وإذا دخلت اللّعام على الكلى الطبيعى أفادت أنه بما هو ماهيته كليه مراداً للمتكلّم، وحينئذٍ، فحمل اللّام على العهد يحتاج إلى قرينه، وعدمها كاف للحمل على العموم... .

وكذا الكلام فى «العقود».

فلا احتمالان مندفعان بعدم الدليل، والظهور فى الاطلاق والعموم محكّم.

وأما فرضيه العلم الإجمالى بالتخصيص، كالبيع الغررى والربرى وما لا- يقدر على تسليمه... فنقول: إنه من العلم الإجمالى المراد بين الأقل والأكثر المنفصل، ومقتضى القاعده المقرّره فيه هو الأخذ بالقدر المتيقّن وهو الأقل والتمسك فى الزائد عنه بالعام والمطلق، فلا شك بعد ذلك فى انحلاله، والذى يسرى إجماله إلى العام أو المطلق هو غير المنحلّ.

وأما التخصيص بالأكثر، فهو موهن لا محاله، سواء كان العام مستعملاً فى الخاص مجازاً كما عليه القدماء أو فى العموم والإراداه الجديّه متعلّقه بما عدا المخصص كما عليه المتأخرون، فالكبرى مسلّمه وتخصيص الأكثر مستهجن على كلّ تقدير، ولكنّ الكلام فى الصغرى.

لقد قررنا فى الاصول أن تخصيص الأ-كثر إنما يضّرّ بالظهور بناءً على مسلك القدماء، وأما بناءً على ما هو الحق - من أن المطلقات مستعمله فى المعانى الحقيقيه لها وهى الماهيات المطلقه، والخصوصيات القيديه تفاد بالدّوال الثانويه، فهناك دالّان ومدلولان - فسواء كان المقيد متّصلاً أو منفصلاً، فإن المطلق قد استعمل فى نفس الطبيعه الكليه، ولا مجازيه أصلاً، وعليه، فإنّ المقيّدات الكثيره لا تضرّ بانعقاد الظهور أبداً، لأنّ للمتكلّم أن

يفيد مرامه إلى وقت الحاجة بدوالً متعدّده، وفاقاً للشيخ الأعظم الذي قرّر هذا المطلب بأحسن تقرير، وخلافاً للمحقّق الخراساني القائل بانحصار مقام البيان بحال التكلّم، فقد ذكرنا في محلّه أن لا وجه لما ذهب إليه.

وبعبارة اخرى: فإن كون المتكلّم في مقام البيان - الذي هو من مقدّمات الإطلاق - مستمرّاً إلى وقت الحاجة، وله أن يبيّن مقصده ومرامه ببياناتٍ ودوالٍ متعدّده.

فظهر أنّ التقييدات الكثيره لا- تضرّ بظهور الكلام وإفادته للمرام على ما هو التحقيق عند المتأخرين، فإنّ ظهوره محكّم ويرجع إليه فيما عدا ما خرج بالدليل تقييداً من تحت المطلق، والمفروض عدم قيام الدليل على المنع من البيع بالكنايه أو المجاز... .

هذا كلّ في المطلقات.

إنما الإشكال في العمومات، فإن المفروض كون المستعمل فيه عاماً، فيضّر تخصيص الأكثر بالعموم لا محاله، لأن «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يقتضى وجوب الوفاء على كلّ متعاملين في كلّ عقدٍ من العقود، لكنّ هناك عقوداً لا يجب عليهما أو على أحدهما الوفاء فيها، كالهبة بغير ذى رحم، وغير المعوّضه وكذا في الوكاله، وفي القرض لا يجب الوفاء على المقترض وفي الرهن كذلك... فالآيه مخصّصه بمخصّصات كثيره، لا سيّما بالنظر إلى أفراد العقود الواقعه في الخارج، إذ ما لا يجب الوفاء فيه أكثر ممّا يجب.

وبعبارة اخرى: ليس المراد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عناوين العقود، بل المراد الأفراد الخارجيه، فهو عام أفرادى، مثل أكرم العلماء، الذي يعمّ جميع الأفراد، وليس المقصود منه علماء الفقه وعلماء النحو وعلماء

الطب وغيرها من العمومات الأنواعيه والأصنافيه، لأن ملاك وجوب الإكرام هو حيثيه الاتّصاف بالعلم، أى فردٍ كان وبأى عنوان من العناوين، فكذلك «العقود» فى الآيه، حيث أن وجوب الوفاء مترتب على حيثيه العقد بلا نظر لنوعه، من كونه بيعاً أو إجاره أو نكاحاً... وهكذا....

وبالجمله، فلا ريب فى أكثره ما هو خارج ممّا هو باق تحت العموم.

والتحقيق فى الجواب:

إن العام وإن كان أفرادياً والملاك قائم بحيثيه «العلم» فى مثل: أكرم العلماء، ولكن إن جاء المخصّص مخرجاً لعنوان من العناوين، فإن الخارج يكون هو العنوان، فلو قال: أكرم العلماء ثم قال: لا تكرم الصرفيين، خرج هذا العنوان وإن كانت أفراده أكثر من العلماء فى سائر العناوين بأضعافٍ مضاعفه، وهذا ليس من تخصيص الأكثر المضرّ بظهور العام.

وفيما نحن فيه الأمر كذلك، فإن الخارج من تحت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عناوين قليله بالنسبه إلى ما يبقى تحته منها، وإن كانت أفراد العناوين الخارجه كثيره جداً، فمثل هذه التخصيصات لا تضرّ بعموم الآيه المباركه والتمسك به.

فتلخص: إن لنا التمسك بإطلاق «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مضافاً إلى أن لهذه الآيه جهه الاطلاق أيضاً، لما ذكرنا فى الاصول من أن فى العام حيثيه الإطلاق إلى جنب حيثيه العموم، فأداه العموم تفيد العموم بالنسبه إلى الخصوصيات الأفراديه، وبإطلاقها تفيد الشمول بالنسبه إلى أحوال الأفراد، فقولته: «أكرم كلّ عالم» يدلّ على وجوب إكرام جميع أفراد العالم على جميع أحوالهم.

ونتيجه البحث بعد اندفاع الشبهات هو تحكيم العموم والاطلاق في الآيات، فإنَّ اللَّفْظ - في الكنايه - وإن كان مستعملاً في المعنى الحقيقي له، ولكنَّ المنشأ المقصود بالأصالة هو البيع، إذ البيع - وهو أمر اعتباري قائم بالنفس - يتجلَّى باللفظ الكنايه، وهو كافٍ.

كما أننا لو قلنا في موارد المجازات: بأنَّ اللَّفْظ غير مستعمل في المعنى المجازي، بل اللَّفْظ والقرينه معاً يدلّان على المعنى المقصود، كأن يقال في «رأيت أسداً يرمى» بأنَّ «الأسد» و«يرمى» معاً يدلّان على الرجل الشجاع، أمكن القول بعدم إنشاء المعنى باللفظ، وأن القرينه لها دخلٌ في الدلاله عليه، وعليه، فلو كانت القرينه حالتيه لما تَمَّت الدلاله، فيشترط أن تكون لفظيّه، وهذا ما ذهب إليه الشيخ في المقام.

لكننا لا نقول بمدخلية القرينه في الدلاله على المعنى، بل اللَّفْظ مستعمل واقعاً في الرجل الشجاع، والقرينه «يرمى» قد صيرفت اللَّفْظ عن المعنى الحقيقي الموضوع له وهو الحيوان المفترس، وبذلك ينعقد الظهور للفظ في المعنى المجازي، سواء كانت القرينه حالتيه أو مجازيّه.

وعلى الجملة، فقد أوضحنا دليل القائلين بالاكْتفاء بالقدر المتيقن، أو باعتبار اللَّفْظ الصريح، أو أنّ المعبر فقط ما كان متداولاً في عصر المعصوم ووقع موقع الإمضاء، وهو عدم وجود العمومات والإطلاقات، وأثبتنا بعد ذلك العموم أو الاطلاق في الآيات، وتعرّضنا لمختار الشيخ قدّس سره ودليله وبيننا ما فيه.

وأما القول بعدم جواز إنشاء العقد بالكنايه، لأنَّ الملزوم المقصود - وهو البيع مثلاً - غير منشأ، فلا يكون للكنايه آليّه تحقّق البيع، فقد تقدّم

الجواب عنه مفصلاً.

وأما التفصيل بين المجاز القريب والبعيد - والمراد من القريب والبعيد، تارة: العلقه، لأنها قد تكون قريباً من المعنى الحقيقي وقد تكون بعيدة عنه.

واخرى: الاحتياج إلى القرينه، فالقريب ما يحتاج إلى القرينه الواحده والبعيد ما يحتاج إلى قرائن، وثالثه: الشهره وغيرها، فالمجاز للقريب هو المشهور والبعيد هو غير المشهور - فالظاهر أنه يبتنى على أنّ المجاز البعيد ليس له ظهور عقلائي، وإلا، فالملاك هو الظهور الحجج، ومع قيامها لا- يفرّق بين العلقه القريبه والبعيده، ولا- بين المجاز المشهور وغير المشهور، ولا بين ما يحتاج إلى القرينه الواحده وما يحتاج إلى القرائن.

نعم، لا بدّ من الظهور المعتدّ به عند العقلاء، بحيث يحتجّون به لدى الخصومه، وقد ذكرنا ذلك في بيان المختار.

### تفصيل الميرزا النائيني

وقد كان للميرزا الاستاذ تفصيل آخر، وهو بتقرير مّا:

إنه إن أنشأ البيع باللفظ المجازي أو المشترك اللفظي، على أن يكون الإنشاء بنفس اللفظ والقرينه دالّه على كونه بنفس اللفظ، أو أنشأ باللفظ المشترك وجاء بالقرينه المعينه لأحد المعنيين، فلا إشكال. أما لو كان إنشاؤه على أن المجموع من اللفظ والقرينه هو الدالّ على المعنى المقصود، لم يكن مؤثراً، وذلك لأن عناوين المعاملات معانٍ بسيطه، والبسائط دفعيّة الوجود ولا يعقل التدرّج في وجودها.

وأما المشترك المعنوي - وهو على التحقيق: استعمال اللفظ في المعنى



الجامع وفهم الخصوصيّه بدالً آخر - فتارةً: يكون المشترك الجامع البعيد، وأخرى: يكون الجامع القريب، والخصوصيّه تارةً: هي منوّعه وأخرى مصنّفه، فقال: إنّ التملك معنى جامع بين تملك العين وهو البيع وتمليك المنفعة وهو الإجاره، وله خصوصيات، فقد يكون تملك بضمان وقد يكون بدون ضمان، وقد يكون بعوض وقد يكون لا بعوض. فالتمليك جنس قريب أو نوع، وهذه الخصوصيات صنفيّه خارجه عن ماهيته. فإذن:

لو قال: ملكتك هذا، فقد وقع الإنشاء، وتلك الخصوصيات خارجه، ولو قال: زوّجتك، فقد أنشأ التزويج، ولكنّ خصوصيه كونه إلى أمدٍ، أو بدون أمدٍ فخارجه عن الماهيه.

وعليه، فلو أنشأ البيع بلفظ «التمليك» الجنس القريب المشترك بين الخصوصيات، صحّ البيع وتكون القرينه معينه للخصوصيه المقصوده.

وأما لو أنشأ البيع بلفظ مشترك هو جنس بعيد، كما لو قال: «نقلت»، الذي يعمّ نقل الحجر من مكان إلى مكان، ونقل الإنسان من مكان إلى مكان، ونقل المتاع من مكان إلى مكان، ونقل المال من ملك إلى غيره، كانت الخصوصيه البيعيّه المقصوده مستفاده من دالٍ آخر، وعليه، لم يكن قوله «نقلت» إنشاءً للبيع، لأنه إنما يكون إنشاءً له إذا قال: «نقلت إلى ملكك» فكانت الدلاله من جهه القرينه، وأما اللفظ المشترك «نقلت» فلم يدل على البيع، فليس إنشاءً له.

فهذا وجه التفصيل بين المشترك اللفظي والمعنوي، والتفصيل في المعنوي بين الجنس القريب مثل «ملكك» والجنس البعيد مثل «نقلت»، فالثاني غير محقق للبيع والأول محقق له.

وخلصه كلامه: إنه وإن كانت عناوين المعاملات مختلفه في النوع، إذ البيع نوع، والإجاره نوع آخر، والهبة نوع ثالث، لكنها مشتركه في الملكيه، وهى المعنى الجامع بينها - لكون البيع ملكاً للعين بعوض والهبة ملكاً لها بلا عوض، والإجاره ملكاً للمنفعه - فكانت شبيهه للأصناف بالنسبه إلى النوع الواحد.

وبعبارة اخرى: تاره نلحظ العناوين بلا جهه جامعٍ بينها، واخرى:

نلحظها مندرجه تحت جامع واحد.

قال: إن البسيط دفعى الوجود والتحقق، ولا يعقل التدريجيه له فى مقام الوجود، وإلا يلزم الخلف - فهذا ما أراد إفادته هنا، لا أن المعنى البسيط لا بد من صدوره من العله البسيطه فذاك أمر آخر - وإذا كانت الملكيه ماهيه مستقله بسيطه هى بمثابة النوع للأصناف، والخصوصيات المصنّفه خارجه عن الماهيه، فلو أنشأ هذه الماهيه البسيطه الواحده وكانت خصوصياتها المميزه متدرّجه فى الإفاده فلا- مانع، أمّا لو أنشأ الجامع البعيد - كما لو قال: بادلت مالى بمالك، المناسب للملكيه وغيرها، أو قال «نقلت» المناسب للتملك وغيره كما تقدم - لم تتحقق الملكيه، فلو قال بعد ذلك: «بعوض معين» لم تتحقق الملكيه كذلك، لعدم إفادتها لها، وإن أراد إنشاء البيع بمجموع «نقلت» و«بعوض معين» لزم التدرّج فى الوجود، وهو فى الأمر البسيط غير معقول.

#### الجواب عنه

ونقول فى الجواب عن التفصيل المذكور إنه:

إن كانت صيغ العقود إيجاباً للملكيه العقلانيه، كما هو الظاهر من

كلماتهم، فما ذكره حق لا - محيى عنه، لكون الملكيه بسيطه - بل هي أبسط من المقولات التسع التي هي بسائط في الخارج وإن كانت مركبه بالدقه العقليه في مقام تصوّر ماهيتها - وذلك، لأنها أمر اعتبارى، والإعتبار بسيط في جميع شؤنه، وقوامه بالاعتبار المحض، والأمر البسيط دفعى الوجود لا يعقل تدرجه.

وأما بناءً على ما هو الحق من أن الاعتبار أمر قائم بنفس المعبر، وهو متعدّد، فتارة هو البائع بوحده، فإذا قال «بعت» تحقق البيع في اعتباره فقط، ولا وجه لأنّ يقال بأنّ البائع الموجب يُوجد الاعتبار العقلاني، بل إن اعتبار العقلاء قائم بنفس العقلاء، فإنّ كان لهم اعتبارٌ على طبق اعتبار البائع أصبح البيع عقلياً، ثم إنّ كان للشارع اعتبارٌ على طبق اعتبارهم ترتب الأثر على ذلك الإنشاء شرعاً، وإلا فقد خطأ العقلاء في اعتبارهم.

والحاصل: إنّ هنا اعتبارات، وكلُّ منها قائم بنفس المعبر، من المالك البائع، والعقلاء، والشارع، ولكلّ من هذه الاعتبارات أثره المختصُّ به عندما يكون لكلّ منها مصححٌ.

فظهر: أنه لما أنشأ البائع، فقد أعلن عن اعتباره النفساني، سواء كان إبرازه بلفظ «بعت» أو «ملك» أو «نقلت»، لا أن اللفظ موجدٌ للملكيه حتى يقال بأنّها أمر بسيط ولا يعقل تدرجه في الوجود، وإنما الحاصل تجلّي البسيط الناشئ في النفس، والتدرج في التجلّي والإظهار لا مانع منه.

وعلى الجملة: فإنّ هذا التفصيل مبنيٌّ على أن الألفاظ أسباب وآلات لوجود البيع وغيره من الامور الاعتباريه العقلانيه، كما عليه المشهور، وقد عرفت أنّ المبني غير صحيح.

وغايه ما يمكن أن يقال: إنّ العقلاء قد اعتبروا الآليه للألفاظ لتحقق تلك الامور الاعتباريه، لا أنها آلات حقيقه، وعليه، فلا مانع من اعتبار الآليه للمركب التدريجي.

وعلى كلّ حال، فالتفصيل المزبور ساقط (١).

ص: ٤٨







ومع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، وأنه لا يجوز بالألفاظ المجازية، خصوصاً مع تعميمها للقريبه والبعيده كما تقدم عن بعض المحققين. ولعله لما عرفت من تنافى... جمع المحقق الثاني... بحمل المجازات الممنوعه على المجازات البعيده، وهو جمع حسن، ولعل الأولى... .

أقول:

أخرج المحقق الثاني المجاز البعيد، وأخرج الشيخ المجاز ذى القرينه الحالتيه، ويسرى ذلك إلى المشترك ذى القرينه الحالتيه. ثم إن جمع الشيخ وإن كان أحسن من جمع المحقق الثاني كما أفاد، لكن الإنصاف أنه مخالف لطواهر كلمات الفقهاء، وقد قدمنا أنه لا فرق في القرينه بين الحالتيه واللفظيه، لكونها صارفَه عن المعنى الحقيقي، لا دخيله في الدلاله على المعنى المقصود. وتحصل مما ذكرنا: أن المناط قيام الحجه على مضمون العقد، سواء كان صريحاً أو ظاهراً، وسواء كان الظهور بالدلاله المطابقه أو الالتزاميه، وسواء كان بالمجاز القريب أو البعيد، وسواء كان بالمشترك اللفظي أو المعنوي، القريب أو البعيد، وسواء كانت القرينه حالتيه أو قوليته، أو غير ذلك.



نعم، يُعتبر أن تكون الحجّة ممّا يحتجّ به العقلاء كلّهم في محاوراتهم وخصوماتهم، ولا تختصّ بالشخص وحده.

وذلك، لأنه لمّا فرض صدق عنوان البيع - مثلاً - عليه بالحمل الشائع الصناعي، فإنّه سيكون صغرى للعمومات والإطلاقات، والتي قد عرفت اندفاع الإشكالات عنها.

ص: ٥٣

قال الشيخ:

منها: لفظ «بعت» في الإيجاب، ولا - خلافاً فيه فتوىً ونصيماً، وهو وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء، لكنّ كثره استعماله في البيع وصلت إلى حدّ تغنيه عن القرينه.

أقول:

ما ذكره من كون البيع من الأضداد موجود في غالب الكتب اللغويه، وقد ظفرت في اثنين منها بزياده:

أحدهما: المفردات للراغب فإنه يقول: «الشراء والبيع يتلازمان، فالمشترى دافع الثمن وأخذ المثل، والبائع دافع المثل وأخذ الثمن، هذا إذا كانت المبايعه والمشاراه بناضّ وسلعه، وأمّا إذا كانت بيع سلعه بسله صحّ أن يتصوّر كلّ واحد منهما مشترياً وبائعاً، ومن هذا الوجه صار لفظ البيع والشراء يستعمل كلّ منهما في موضع الآخر» (1).

وظاهر كلامه التفصيل.

والثاني: المصباح المنير فقال: «والبيع من الأضداد مثل الشراء، ويطلق على كلّ واحدٍ من المتعاقدين أنه بائع، ولكنّ إذا اطلق البائع فالمتبادر إلى

ص: ٥٤

الذهن باذل السلعه» (١).

وستتكلّم فيما بعد على هاتين الكلمتين.

وأما قول الشيخ: بأنّ كثرة الاستعمال تغنيه عن القرينه، ففيه بحث، وذلك:

لأنه تارة: تبلغ كثرة الاستعمال باللفظ إلى الحقيقه العرفيه، فتكون حقيقه ثانويه، ويخرج اللفظ من الاشتراك إلى التعيّن.

واخرى: لا- يكون كذلك، بل يشتهر استعمال اللفظ في أحد المعنيين، فيكون المراد من ذلك: شهره الاستعمال، وفي ذلك إشكال تعرّض له بعض أكابر الاصوليين كصاحب الفصول أو المحقق القميّ في قولهم: المجاز المشهور مقدّم على الحقيقه، فقال: لا وجه له (١).

ولكن يمكن أن يقال هنا:

إن كثرة الاستعمال وشهرته يُوجب انس ذهن السامع بذلك المعنى المشتهر فيه، فلو كان المتكلّم في مقام البيان ولا يريد ذلك المعنى المستأنس، لزم عليه أن ينصّ على نفيه أو يقيم قرينه، فلولم يفعل ذلك ولم

ص: ٥٥



البائع، وقبوله سببٌ لأن يكون ماله ملكاً للبائع ويتحقق ملكيته لماله، فكلٌّ منهما يملك بعوض، لكن الذى يصدر من البائع هو التملك الصريح ومن المشتري هو التملك الضمنى.

لكن فيه:

إن معنى التملك بعوض هو إنشاء الملكيه، وهذا لا يكون إلا من البائع، أما المشتري فلا ينشأ، فليس لفظ «البيع» مشتركاً معنوياً، بل هو مشترك لفظي بين الضدين كما ذكر اللغويون، ولعله لذا أمر بالتدبر.

وعلى الجملة، فإن لفظ البيع مشترك لفظي بين الضدين، وأورد كلمات اللغويين، ومتى قالوا فى كلمه أنها من الأضداد، فالمراد هو الاشتراك اللفظي، واحتمال كونه مشتركاً معنوياً وكل من البيع والشراء مصداق، قد تقدم ما فيه بعد تقريبه، وحاصله: إن المشتري لا ينشأ تملك الثمن، وإنما يقبل ما فعله البائع وهو إدخال ملك المشتري إلى ملكه.

فإن قلت:

مطووعه المشتري للبائع إنما تصدق بأن يفعل ما فعله، فكما ملك ذاك يملك هذا، غير أن البائع يملك الثمن ويتملك الثمن والمشتري يتملك الثمن بعوض، فكلٌّ منهما مملك غير أن ذاك يملك الغير والمشتري يملك نفسه، فهما مشتركان فى الجامع وهو التملك بعوض.

قلت:

معنى «التملك بعوض» هو إنشاء تملك الغير بعوض يقبضه، وما يفعله المشتري: تملك لنفس بعوض يدفعه، ولذا، فإن البيع تملك بعوض، والشراء تملك بالعوض، ولا جامع بينهما.

ص: ٥٧

قال الشيخ:

ومنها: لفظ «شريت»، فلا إشكال في وقوع البيع به، لوضعه له كما يظهر من المحكى عن بعض أهل اللغة، بل قيل: لم يستعمل في القرآن الكريم إلفى البيع.

وعن القاموس... .

أقول:

قال في القاموس: «شراه يشريه، ملكه بالبيع، وباعه كاشتره، فهما ضدان» (١).

وفي المصباح المنير: «المتاع أشريه إذا أخذته بئمن أو أعطيته بئمن، فهو من الأضداد» (٢).

وفي مجمع البحرين: «شريت الشيء اشريه شرى وشراء، إذا بعته وإذا اشتريته أيضاً، وهو من الأضداد» (٣).

والقائل بأنه لم يستعمل في القرآن إلفى البيع هو السيد بحر العلوم (٤).

قال تعالى: «وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ...» (٥)

وقال: «الَّذِينَ يَشْتَرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا...» (٦)

ص: ٥٨

١-١ (١) القاموس المحيط ٤ / ٣٤٧

٢-٢ (٢) المصباح المنير: ٣١٢ «شريت»

٣-٣ (٣) مجمع البحرين ١ / ٢٤٥

٤-٤ (٤) مفتاح الكرامه ١٢ / ٤٩٥

٥-٥ (٥) سوره يوسف: ٢٠

٦-٦ (٦) سوره النساء: ٧٤

وقال: «بُسِّمًا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ...» (١)

قال الشيخ:

وربما يستشكل فيه بقله استعماله عرفاً في البيع، وكونه محتاجاً إلى القرينه المعينه، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلام القدماء. ولا يخلو عن وجه.

أقول:

ذكر ثلاثه امور (١) قله الاستعمال (٢) يحتاج إلى القرينه (٣) في الأخبار وكلمات القدماء لم يذكر الشراء بمعنى البيع.

وكيف يقول في الأول «لا إشكال» ثم يقول: «لا يخلو من وجه»؟

أمّا قله الإستعمال، فإن أراد المستشكل أنّ قله استعمال لفظ الشراء في البيع قد أدى إلى هجر هذا المعنى، وتعيين اللفظ في المعنى المقابل، فتلك دعوى عليه إثباتها، مع أنّ هذا اللفظ لم يستعمل في القرآن إلّا في البيع كما ذكر.

وإن أراد أنّ استعماله في البيع قليل بالنسبه إلى المعنى الآخر، فإنّ هذا إنّما يثمر في مقام الشهاده أو الإقرار، فإنه إذا شهد بأنّ زيداً باع المتاع بثمن كذا، أو أقرّ على نفسه بأنّه قد باع المتاع بكذا ثمن، يقع الإشكال في مراده من «البيع»، وأمّا في مقام البيع والشراء فلا ثمره لهذا الكلام، إذ يعتبر في البيع عدم الغرر، وذلك يتحقّق بتعريف البائع للمثمن والمشتري للثمن، فيعرفان معرفه رافعه للغرر، وإذا وُجدت هذه القرائن وحصل التعريف منهما لما بأيديهما ثم قال البائع: شريت هذا المتاع بكذا، لم يقع الشكّ في المراد من

ص: ٥٩

لفظ البيع، ولا تؤثر قلّه استعماله فى هذا المعنى، وتحققّ التعيّن.

وأما الاحتياج إلى القرينه، فقد تقدّم أنّ ذلك غير مضرّ.

نعم، لو كانت الصّيراحه فى ألفاظ البيع شرطاً لصحّته، لكان لما ذكر وجهه، ولكنّا قدّمنا أنّ المناط هو حجّيه اللفظ، سواء كان صريحاً أو ظاهراً بقرينه معيّنه.

وأما القول بعدم ورود لفظ الشراء بمعنى البيع فى الأخبار وكلمات الفقهاء، فغريب، بعد ورود هذا اللفظ للمعنى المذكور فى اللغه وتصريح اللغويين بذلك.

وتلخص: لو أنّ أحداً قال فى مقام إيجاب البيع: شريت هذا بكذا، ترتّب عليه الأثر، لأنّ الاستعمال حقيقى، وعلى فرض العدم، فالظهور الحالى والمقامى الحاصل من القرائن - كما ذكرنا - كاف.

### منها: لفظ «ملّكت»

قال الشيخ:

ومنها: لفظ «ملّكت» بالتشديد، والأكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق عليه....

أقول:

كأنه لا - خلافاً بينهم فى تحققّ البيع بلفظ ملّكت، حتى من القائلين باعتبار الصّيراحه فى اللفظ وضروره كون الإيجاب فى كلّ معامله بعنوانها.

وأما بناءً على عدم اعتبارها - كما هو المختار - فلا مجال للإشكال فى كفايه قوله: ملّكت هذا المتاع بكذا.

ص: ٦٠



ثم قال الشيخ:

ويدل عليه ما سبق في تعريف البيع: من أنّ التملك بالعوض المنحلّ إلى مبادله العين بالمال هو المراد للبيع عرفاً ولغوه.

والظاهر أنه مسامحة في التعبير، لأنّ معنى الترادف أنّ يكون الموضوع له لفظ «البيع» هو «التمليك بعوض» أي مركباً، والحال أنّ معناه وحداني بسيط، والبرهان عليه أنه لو لم يكن كذلك يلزم أن يكون قوله: «بعت المتاع بثمن» مجازاً، لكون البيع مستعملاً في بعض الموضوع له، وهذا ممّا لا يلتزم به أحد.

ولا- يتوهم: إن «بعت» موضوع للمعنى التركيبي، أعني «التمليك بعوض» على إطلاقه بنحو الإبهام، وأنّ قوله بعد ذلك: المتاع بدراهم - مثلاً - تكرار لرفع الإبهام.

لأنه فاسدٌ، لأنّ تكرار المبهم والمجمل من أجل البيان، يفتقر إلى كلمة «أي» التفسيرية وما يفيد مفادها مثل كلمة «أعني».

فالحقيقه هي: إن «البيع» موضوع لتمليك خاصّ، بنحو أنّ التقيّد جزء والقيّد خارجي، أي: إنه التملك بقيّد تعلقه بعوض، على أنّ يكون القيّد خارجاً عن المفهوم الموضوع له والتقيّد به داخلياً فيه.

ثم ذكر الشيخ:

ما قيل: من أن التملك يستعمل في الهبه بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها.

فيه... .

فأجاب: بأنّ هذا التبادر حاصل من الإطلاق والتجرّد لا من حاقّ اللفظ... .

ص: ٦١

فكأن المايز بين الهبه والبيع هو النفي والإثبات، فإن ذكر العوض كان بيعاً وإلاً فهو هبه، فيكون مجرد عدم ذكره - مع كونه في مقام البيان - قرينه على إرادته الهبه، فلا يتبادر الهبه من لفظ الملكيه والتمليك، حتى يقال بأن استعمال هذا اللفظ في البيع مجاز.

ثم قال:

إن تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبه المعوضه أو قصد المصالحة بنيت صحه العقد على صحه عقد بلفظ غيره مع التيه.

أقول:

إن هذا الكلام ناظر إلى قول السيد بحر العلوم: «يشكل الإيجاب بصيغه ملكت... ولا يجدى ذكر العين والعوض، لأن تمليكها به قد يكون بالهبه والصلح، إلا إذا قيد البائع به».

وقول صاحب الجواهر تبعاً له: ودعوى كونها حقيقه في التمليك مجاناً، واضحه المنع. نعم، قد يشكل ذلك باحتمال غير البيع وإن كان نصاً في الإيجاب، ولا يجدى ذكر العين والعوض لأن تمليكها به قد يكون بالهبه والصلح فلا يتعين بيعاً. لكن قد يدفعه التزام تقييده بالبيع فلا إشكال حينئذٍ، ولعله بذلك يرتفع النزاع...» (1).

فالشيخ يقول بالتعين.

فأشكل عليه السيد:

«أقول: لا فرق بين الهبه المجانيه والمعوضه في كونهما من التمليك

ص: ٦٢

حقيقته، وإنما الفرق ذكر العوض وعدمه، فدعوى أن استعماله في خصوص الهبه المعوضه مبنية على صحه عقد بلفظ غيره. نعم، في المصالحه يمكن أن يقال بالابتناء المذكور، لعدم دلالة لفظ ملكت على معنى المسالمة المعتبره في حقيقه الصلح. فتدبر» (١).

وحاصله: الإشكال على ما ذكره الشيخ في الهبه، لأنه إن قال كذلك في الهبه - مطلقاً - لم يكن بلفظ غيره، لأن الهبه تمليك، أما في الصلح فهو موافق للشيخ، لأن الصلح هو المسالمة، فلو صالح بلفظ التمليك كان بلفظ غيره.

وهذا الإشكال وإن كان متوجهاً لظاهر عبارته الشيخ، إلا أنه غفله عن أنه ناظر إلى كلام صاحب الجواهر كما ذكرنا، ولو راجع السيد الجواهر عند كتابته الحاشية هنا لما كتبها.

ثم إن قول السيد: بأن: «ملكته المتاع» وإرادته الهبه استعمالاً حقيقياً.

فيه: أنا لو قطعنا النظر عن كون «الباء» للمقابلة دخلت على شيء مجعول بدلاً، كان الحق معه. وبعبارة أخرى: إنه إن قال: «ملكته بعوض» وأراد التمليك مع جعل العوض، سواء كان العوض بدلاً عن المعوض أو عن التمليك، ففي هذه الحالة يصح ما ذكره، لكن هذه الجملة ظاهره في أن العوض بدل عن المبدل لا أنه عوض عن التمليك، أما الهبه المعوضه فهي عوض يملك لا أنه يبدل، ومع هذا الظهور، لا مجال لإشكال السيد رحمه الله.

ص: ٦٣

قال الشيخ:

وأما الإيجاب بـ«اشتريت» ففى مفتاح الكرامه أنه قد يقال بصحّته... لكنّ الإشكال المتقدم فى «شريت» أولى بالجريان هنا...  
ودفع الإشكال فى تعيين المراد منه بقرينه تقديمه... غير صحيح...

أقول:

الظاهر ورود هذه الصيغه فى مقام الايجاب، كما فى مجمع البحرين من أنه: يقال: البيع الشراء والشراء البيع (١)، وهو منقول عن شرح القاموس (٢)، وقد قيل فى قوله تعالى «بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ» (٣): أى: باعوا أنفسهم (٤)، لأن نفس الإنسان بيده لا بيد الغير حتى تشتري.

ولكنّ الشيخ أشكل بأن استعمال اشتريت فى موضع بعث نادر بل أنه غير معهود، ولو قيل بأنّ تقديم اشتريت على قبلت قرينه على إرادته البيع، فهى قرينه حاله، وقد تقدّم اشتراط كونها لفظيه. إلّا أنّ يقال بكفايه استفاده المراد ولو بقرينه غير لفظيه... وهو مشكل.

أقول:

قد ظهر ممّا تقدّم: أنّ المناط فى المعامله صراحه اللفظ أو ظهوره ولو

ص: ٦٤

١-١ (١) مجمع البحرين ٤ / ٣٠٣ «بيع»

٢-٢ (٢) تاج العروس ٥ / ٣٨٤ «بيع»

٣-٣ (٣) سورة البقره: ٩٠

٤-٤ (٤) مجمع البحرين ١ / ٢٤٤

بمعونه القرينه، حالیه أو لفظیه، وعلیه، فلا إشكال فی المقام.

وقد أشكل بعض الأكابر (1): بأنّ الاشتراء من باب الافتعال، وهی هیئه موضوعه لمطاوعه فعل الغير، فلا وجه لاستعمال اشتریت فی موضع بعت، لأنه بمعنی طاوعت فعل الغير، فهو متمخض فی القبول.

لكن المتراءى من الاستعمالات هو: أن هیئه «افتعل» لیست للمطاوعه، بل هی موضوعه لاتخاذ المبدء، إمّا أن یتصف به مثل اختفی واحتبس، وإمّا أن یصدر منه مثل اكتسب، وإمّا أن یصدر من الغير مثل ابتاع وأتهب.

وأیضاً، فقد تقدّم مجئ «شرى» بمعنی «باع»، وقد استعمل كذلك فی الكتاب فی قوله تعالى: «وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ» بل هو بهذا المعنی فی كلّ مواردہ علی ما أفاده السید بحر العلوم، فلم لا یكون «اشترى» بمعنی «باع» كذلك؟

إلا أنه یمكن الإشكال من جهه اخرى، وذلك:

إن من وظائف العقلاء حفظ النظام الإنسانی وصیانه المجتمع من النزاع والتخاصم، والشارع أيضاً يأمر بذلك ویؤكد علیه، فعلى هذا، فإنّ ما كان من الألفاظ بعيداً عن الاستعمالات المعهوده والانتقالات الذهنیه المتعارفه، بحيث تكون منشأً للتشاجر والتنازع بین الناس، لا یكون مورداً للاعتبار العقلائی والشرعی، وكون «اشتریت» بمعنی «بعت» من هذا القبیل غیر بعيد.

وعلى هذا، ففی الايجاب بلفظ «اشتریت» إشكال، وقوله تعالى: «بِئْسَمَا

ص: ٦٥

إشْتَرَوْا...» يحتتمل قوياً أن يكون بمعنى اشترى كلّ منهم نفس الآخر(١)، لا بمعنى باعوا أنفسهم... والله العالم.

هذا تمام الكلام فى ألفاظ الإيجاب.

### القبول بلفظ «قبلت» ونحوه

قال الشيخ:

وأما القبول، فلا ينبغى الإشكال فى وقوعه بلفظ «قبلت» و«رضيت» و«اشتريت» و«ابتعت» و«تملكت» و«ملكتم» مخففاً.

أقول:

وحكى عن صاحب المسالك وغيره: أن الأصل فى القبول هو «قبلت» والصيغ الأخرى بدل عنه.

ص: ٦٦

قلت: وعلى فرضه، فلا إشكال في تحقق القبول بها.

إنما الكلام في مثل: «أمضيت» ونحوه، قال الشيخ:

### الكلام في القبول بلفظ «أمضيت» ونحوه

ثم إن في انعقاد القبول بلفظ «الإمضاء» و«الإجازة» و«الإنفاذ» وشبهها وجهين.

وظاهره الإشكال.

فقال السيد:

«الظاهر أن وجه الاشكال استعمال هذه الألفاظ غالباً في مقام إمضاء العقد الواقع مع إيجابه وقبوله كما في إجازة الفضولي... ولكن الحق كفايتها في القبول بعد مساعده معناها عليه، إذ لا فرق بينها وبين لفظ رضيت كما لا يخفى» (١).

وأشكل شيخنا الاستاذ بوجهين، الأول:

إن «أمضيت» ونحوه ألفاظ تفيده ترتب الأثر، وترتب الأثر متأخر رتبة عن المقتضى والسبب، ولولا المقتضى فلا أثر ولا ترتب للأثر. هذا من جهه.

ومن جهه اخرى: «المضى» و«الإمضاء» مثل «الوجود» و«الايجاد» واحد حقيقة واثان اعتباراً.

وعليه، فإذا كان المضى في الرتبة المتأخره فالإمضاء كذلك، فلا يكون الإمضاء في مرتبه المقتضى، حتى يكون حكم «أمضيت» حكم «رضيت»

ص: ٦٧

حقيقه، كما ذكر السيد.

نعم، يمكن أن يكون كنايةً، لأنَّ «المضى» من لوازم تماميه المقتضى، وتماميته ب«قبلت»، فله أن يقول «أمضيت» كناية عن «قبلت» من باب ذكر اللّازم وإرادته الملزوم.

والثاني: إن المفروض كون «أمضيت» ونحوه إنشاءً لجزء السبب، ولكنّها امور منتزعه من مقام المسبب، فكيف يعقل أن ينشأ بها السبب؟

وتحصّل: استحاله أن يكون «أمضيت» بمنزله «قبلت» و«رضيت» على وجه الحقيقه، نعم، لا- مانع من ذلك على وجه الكنايه (1)(1).

ص: ٦٨



حكم ما لو أوقعا العقد بلفظ مشترك ثم اختلفا

قال الشيخ:

لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول، ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل، إما بناءً على جواز تقديم القبول وإما من جهة اختلافهما في المتقدم، فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتب الآثار المختصه بكل من البيع والاشتراء على واحدٍ منهما.

أقول:

لو تلفظ كلاهما بلفظ مشترك ولا مايز - كأن يكون ما بيد أحدهما نقداً فيفهم أنه المشتري - فقالا: «شريت» مثلاً، فادعى كل منهما أنه البائع مثلاً، أو ادعى كل منهما أنه المتقدم ولا بينه له على دعواه بناءً على وجوب تقدم الإيجاب على القبول، أما بناءً على جوازه، فيقع النزاع ولا أثر للبينه، لأنه تابع للقصد ولا يعلم إلّا من قبله، فما هو الحكم الرافع للنزاع؟

بل يقع النزاع مع وقوع الألفاظ المختصه أيضاً، فيقول أحدهما «بعث» والآخر «قبلت»، ثم يدعى كل منهما أنه القائل «بعث».

قال الشيخ: لا يبعد الحكم بالتحالف.

وأقول:

إن كان ميزان الترافع أن يدعى كل شيئاً لنفسه فينكر دعوى الآخر بالملازمه، فالمورد مصداق له، وحكم التداعى هو التحالف وإذا حلّفا

ص: ٦٩

تساقطاً. وأمّا إن كان الميزان هو الأثر - لا مجرد الدعويين الثبوتيين الدالّين بالملازمه على الإنكار - كما هو المختار في محلّه على ما بيّالي، فلا يكون الحكم الكلّي هو التحالف.

وعلى الجملة، فإنه ليس الحكم في جميع الموارد هو التحالف كما ذكر الشيخ قدس سرّه، وتوضيحه:

لو كان بيد أحدهما متاع وبيد الآخر حيوان، فإن قلنا بثبوت خيار الحيوان لكليهما - كما عليه السيد المرتضى (١) - لا لصاحبه فقط، فهما بالخيار، والنزاع مرتفع، وإن قلنا بثبوتيه لأحدهما الذي بيده الحيوان، فله الأخذ بالخيار ويرتفع النزاع، وإن قلنا بثبوتيه للمشتري دون البائع، كان المشتري مدّعياً للخيار والبائع منكرّاً له، فلا تداعي.

إذن، لا تداعي فيما لو كان أحد العوضين حيواناً.

نعم، لو كان العوضان كلاهما حيواناً، وقلنا بثبوت الخيار للمشتري فقط، وقع التداعي، إذ يدعى كلّ منهما أنه المشتري.

وأيضاً: إذا تبايعا وتلف مال أحدهما قبل القبض وتنازعا فقال أحدهما:

أنا المشتري، ولما تلف الثمن منّي فأنا ضامن ببدله، وقال الآخر: أنت البائع، فالمعامله باطله، لأن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع، ابنتيت المسأله على ما إذا كان القبض شرطاً ضمّتيّاً للزوم المعامله، فإذا تعدّر تحقّق الخيار لمن لم يقبض، فلا تنازع أصلاً، أو لا بل يبطل العقد ويكون المرجع هو القاعده المتّخذة من الروايه كما في المستدرک: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه

ص: ٧٠

فهو من مال بايعه» (١) - وهي وإن كانت ضعيفه سنداً، لكن المشهور عملوا بها، وقد قرّنا في الاصول أنّ عمل قدماء الأصحاب بخبرٍ ضعيفٍ إنّ أفاد الوثوق بصدوره ولو مضموناً لا - لفظاً، يوجب له الاعتبار والحجّيه، وعليه، فلو قال من تلف ماله للآخر: أنا المشتري والتالف هو الثمن، فالمعامله باقيه وعليّ دفع البديل وأنّ الذى بيدك ملكك لى، فقال: لا، بل أنا المشتري، والذى تلف هو المبيع ومقتضى التعبد بالخبر بطلان المعامله، كان أحدهما مدّعياً للانفساخ والآخر منكرأ له.

نعم، هناك نزاع آخر والأمر بالعكس، وهو فى الضمان بالبديل - مثلاً أو قيمه - فالذى تلف ماله قبل القبض يدعى الضمان والآخر منكر، إلّا أنّ هذا النزاع متأخر رتبته عن ذاك، فإذا فصل الحاكم بينهما بحسب الموازين ارتفع النزاع الثانى.

وكيف كان، فالمورد من قبيل المدعى والمنكر لا من التّداعى.

ص: ٧١

---

١-١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الرّقم: ١

اشاره

قال الشيخ:

المحكى عن جماعه... اعتبار العربيه... .

أقول:

ذكر وجوهاً:

أحدها: «التأسي» حكاة عن جامع المقاصد، لكن لا يوجد في كلامه عنوان التأسي، فهو يقول:

«ومعلوم أن العقود الواقعة في زمن النبي والأئمة عليهم السلام إنما كانت بالعربيه» (١).

والثاني: «الألويه» من جهة اعتبار الماضويه في الصّحه، فإنه يستلزم عدم صحّته بغير العربى بالألويه.

والثالث: «منع صدق العقد على غير العربى مع التمكن من العربى».

والرابع: إنه «المتيقن من أسباب النقل».

النظر في أدله اعتبار العربيه

فبقول:

إنه لو لم تكن عندنا عمومات، فلا مناص من لحاظ كل ما يحتمل دخله في صحّحه العقد، فلو وقع العقد فاقداً لشيء من ذلك، كان استصحاب عدم

ص: ٧٢

صححة العقد وعدم تحقق النقل والانتقال هو المحكم. وأمياً مع وجود العمومات، فكل ما صدق عليه عنوان «العقد» أو «البيع» يكون صحيحاً، وإن كان فاقداً لما يحتمل دخله فيها، ويترتب عليه الآثار.

وأما التأسى، فلا يخفى ما فى الاستدلال به، فإن العقود وإن كانت فى زمنهم بالعربيه إلا أنه لم يرد عنهم الأمر بذلك. نعم، لو أن الامام عليه السلام أجرى العقد باللفظ العربى مع الشخص الفارسى الجاهل بالعربيه، أمكن الاستدلال به من باب التأسى، لأن المعصوم كان قادراً على إجراء الصيغه بالفارسيه ولم يفعل، ولكن لا دليل على وقوع مثل ذلك.

بل يمكن دعوى القطع بعدم اشتراط العربيه، إذ مع شدّه الحاجه وكثره الابتلاء بذلك، لم يرد عنهم عليهم السلام به أمر، كما ورد فى الصلاه أن «صلّوا كما رأيتمونى أصلي» (١) بل كان اللّازم أن يأمرؤا بتعلّم الصيغه بالعربى، كما أمرؤا بتعلّم القراءه فى الصلاه مثلاً... ولا يوجد دليل على شىء من ذلك أصلاً.

وأما دعوى الأولويه، فغريبه جداً، فإن العربيه مرتبطه بعالم اللفظ، والماضويه متعلقه بعالم المعنى، فلو أجرى الصيغه بأيه لغه اعتبر أن تكون بالماضى، فكيف يدعى الأولويه والحال هذه؟

وأما منع صدق العقد غير العربى مع التمكن من العربى، فغريب جداً كذلك، فإن صدق الكلّى على مصاديقه أمر واقعى يدور أمره بين الوجود والعدم، ولا يناط بالقدره وعدمها، نعم، لو أنه قال: لا يجوز العقد بغير العربى مع التمكن من العربى، كان التعبير صحيحاً.

ص: ٧٣

وعلى الجملة، فإن مقتضى العمومات والإطلاقات صحّ العقد بأيّ لسانٍ يصدق فيه عنوان العقد.

نعم، الظاهر عدم صحه النكاح والطلاق بغير العربى مع التمكن منه، للإجماع. قال الشيخ - فى النكاح - : «إنّ عقداً بالفارسيه، فإنّ كان مع القدره على العربيه، فلا ينعقد بلا خلاف، وإنّ كان مع العجز فعلى وجهين، أحدهما: يصح وهو الأقوى، والثانى: لا يصح» (١).

وفى التذكرة (٢): لا ينعقد النكاح إلّا بلفظ العربيه مع القدره، فلو تلفّظ بالفارسيه... عند علمائنا.. وأما إذا لم يحسن العربيه فإنّ أمكنه التعلّم وجب.... .

والحاصل: إنّ المناط صدق عنوان «البيع» و«العقد» و«التجاره»، فإذا تمّ انطبقت الكبرىات الوارده فى الكتاب والسنة، من «أوفوا بالعقود» و«أحلّ الله البيع» وغيرها، وتبقى دعوى انصرافها إلى العربى، إذ المخاطب بها هم العرب، فكان المنصرف إلى أذهانهم أنّ تكون العقود بالعربيه. قال فى الجواهر:

«وأما اعتبار العربيه للقادر عليها ولو بالتعلّم بلا مشقه ولا فوت غرض، فهو مقتضى الأصل، ضروره عدم الدليل على الاكتفاء بغيرها بعد انصراف الآيه وغيرها إلى العقد بالألفاظ العربيه، كغير المقام ممّا علّق الشارع الحكم فيه على الألفاظ المنصرفه إلى العربيه، خصوصاً بعد أنّ كان المخاطب والمخاطب عربياً وقد ارسل بلسان قومه...» (٣).

ص: ٧٤

١-١) المبسوط فى فقه الإماميه ٤ / ١٩٤

٢-٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٥٨٢

٣-٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٥٠

لكنها مندفعة، لأنَّ منشأ هذا الانصراف هو الغلبه في الوجود، إذ لا ريب في أنَّ الغالب على العقود الجارية في تلك الأزمنة هو العربيّ، وقد تقرّر في الاصول أنَّ مثل ذلك لا يوجب رفع اليد عن مقتضى العمومات والإطلاقات.

على أنه قد تقدّم في عبارته الشّيخ (١) اختيار صححه عقد النكاح بغير العربي مع العجز عنه، مع أهميّه النكاح كما هو معلوم، وفي عبارته العلامه:

«... وإلّا عقد بغير العربي» (٢) بل صاحب الجواهر نفسه (٣) يقول: «الظاهر الاجتزاء بها للعاجز عنها حتى بالتعلّم بلا مشقّه، لفحوى الاكتفاء بإشاره الأخرس، مؤيداً ذلك بعدم العثور فيه على خلاف بين الأصحاب، بل في كشف اللثام...».

فهم يقولون في النكاح بجواز عقده بغير العربي عند العجز منه وإنّ أمكنه التوكيل، ومعقد الإجماع على عدم الصّحّه فيه هو صورته التمكن.

على أنّ القول باشتراط العربيّ مطلقاً، يستلزم الفساد الكثير وشيوع الفحشاء والمنكر.

وبالجملة، فإنّ عقد البيع بغير العربي جائز وفقاً للشيخ، للعمومات والإطلاقات.

ص: ٧٥

١-١ (١) المبسوط ٤ / ١٩٣

١-٢ (٢) تذكّره الفقهاء ٢ / ٥٨٢

١-٣ (٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٥٠

## هل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّه والهيئّه؟

قال الشيخ:

وهل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّه والهيئّه بناءً على اشتراط العربى؟ الأقوى ذلك، بناءً على أنّ دليل اعتبار العربيه هو لزوم الاقتصار على المتيقّن من أسباب النقل. وكذا اللّحن فى الإعراب.

أقول:

تاره: يقصد من اعتبار العربيه أنّ لا يكون العقد بلغه اخرى غيرها، واخرى: يقصد من ذلك الصّحّه بحسب لغه العرب وقواعدها.

الظاهر اعتبار عدم اللّحن الموجب لإهمال اللفظ وخروجه عن الألفاظ العربيه المستعمله، بحيث لا يصدق عليه عنوان «العقد» و«البيع» و«التجاره» وغير ذلك، إذ فى هذه الصوره لا تنطبق عليه العمومات والإطلاقات.

وبعباره اخرى: إنه فى العقد اللفظى يعتبر أنّ يكون اللفظ الموضوع للمعنى المقصود ظاهراً فيه ولو بمعونه القرائن، ولو كان ملحوناً فى مادّته أو هيئته أو إعرابه، لأننا ذكرنا مراراً أنّ المناط هو الصدق العرفى وتحقّق الصغرى للعمومات والإطلاقات.

وتلخص: أنه لا يعتبر الفصاحه ولا الصّحّه، بل المعتبر هو الظهور وإفاده المعنى بحيث يكون صغرى للكبريات.

ص: ٧٦



## هل يعتبر عربيّه جميع أجزاء الإيجاب والقبول؟

قال الشيخ:

ثم هل المعتبر عربيّه جميع أجزاء الإيجاب والقبول كالثمن والمثمن، أم تكفى عربيّه الصّ يغه الدالّه على إنشاء الإيجاب والقبول...؟ والأقوى هو الأوّل، لأن غير العربي كالمعدوم....

أقول:

إنما يشبه بالمعدوم ما يكون لغواً محضاً ولا يفيد معنى أصلاً، أمّا مع اختياره عدم اعتبار العربيّه، فأى ضمير فى انضمام اللفظ غير العربي إلى العربي، وتركّب الكلام من لغتين؟

لقد كان هذا الكلام منه بعيداً جداً.

قال:

نعم، لولم يعتبر ذكر متعلّقات الإيجاب كما لا- يجب فى القبول، واكتفى بانفهامها ولو من غير اللفظ، صحّ الوجه الثانى، لكنّ الشهيد... نصّ على وجوب ذكر العوضين فى الإيجاب.

أقول:

إنه يمكن القول - فيما إذا تقاؤلا- من قبل وتعيّن الثمن والمثمن - بكفايه قول الموجب «بعث» والمشتري «قبلت»، بلا- ضروره لذكر الثمن والمثمن والمتعلّقات فى الإيجاب والقبول، وعلى فرض موافقه للشهيد فيذكران، أمّا اعتبار العربيّه فى ذلك، فبأى دليل؟ وإلحاقه بالمعدوم بأى وجه؟

ص: ٧٧

قال الشيخ:

هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ...؟ الظاهر هو الأوّل، لأنّ عربيّه الكلام ليست باقتضاء نفس اللفظ بل بقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب... .

أقول:

تاره: هو لا يدري معنى «بعت» من حيث المادّه، واخرى: لا يدري معنى هيئته «بعت». وعلى كلّ تقدير، تاره يقول: «أبيع» قاصداً معنى البيع، واخرى يقول: «بعت» بماله من المعنى، وثالثه يقول: «بعت» قاصداً للبيع، مع جهله بالفرق بينه وبين «أبيع».

فإن كان جاهلاً بمعنى «بعت» من حيث المادّه أو الهيئته، غير أنه يقصد ماله من المعنى فى الواقع، فهذا باطل، لا لما ذكره الشيخ، بل لأنه إذا جهل المعنى الواقعى وقَصِدَ المعنى الإجمالى، لم يتحقق إنشاء البيع، إذ البيع عباره عن تملك خاص، وقصد الفرد بقصد الكلى الطبيعى الجامع بينه وبين غيره غير معقول، وإنما الجامع بلا خصوصيه عدم محض، وحينئذٍ، فإنه لم يتكلم بشىء، ولم يتحقق منه إنشاء أصلاً، لا أنه لم يتكلم بالعربيه كما ذكر الشيخ.

ولو قال «أبيع» قاصداً معنى البيع، لم يتكلم بالعربيه كما قال الشيخ، إذ ليس معناه ذلك، فهو باطل.

ولو قال «بعت» جاهلاً بمعناه مادّه وهيئته إلّا أنه قصد البيع به، فقد تكلم بالعربيه وقصد المعنى الموضوع له اللفظ وهو البيع، فجميع جهات الصحه

موجوده، وقول الشيخ ببطلان هذه الصوره في غير محلّه، إذ لا دخل لعلمه بكون «البيع» هو المعنى الموضوع له لفظ «بعت»، في صحه العقد، ولذا لا- يضرّ جهله بذلك ولا- يخرج الكلام عن العربيّه. وبعبارة اخرى: ليس من شرط مصداقيّه اللفظ العربي - المستعمل في معناه الموضوع له - للعربيّه، أن يكون المتكلّم عالماً بكون ذلك المعنى هو الموضوع له اللفظ الذي تكلم به، نظير ما إذا أكرم زيدا العالم جاهلاً بكونه عالماً، فإنه يصدق عليه عنوان إكرام العالم حقيقةً.

فظهر أن الصحيح هو البطلان في الصوره الاولى، لكن لا للعلة التي ذكرها الشيخ، والبطلان في الثانيه، للعلة المذكوره، والصحّه في الثالثه خلافاً له.

بل يمكن القول بالصحّه في الثانيه أيضاً، لأن المناط في المعاملات أن ينتقل الطرف إلى المعنى المقصود للمتعامل، وذلك عن طريق التلازم الموجود، فإذا كان المخاطب عالماً بالوضع والملازمه المذكوره، فإنه بمجرد سماعه للفظ ينتقل منه إلى المعنى، لأن العلم بأحد المتلازمين علم بملازمه، وكذا لو لم يكن هناك وضع وعلم بالمعنى الموضوع له، بل استعمل اللفظ مجازاً وكانت دلالته على المقصود بالقرائن، لوحده الملازمه، وهو أن العلم بأحد المتلازمين علم بملازمه، فإنه يحصل الانتقال إلى المعنى كذلك إذا كان السامع عالماً بالقرائن الملازمه للمقصود.

وعليه، فلو قال «أبيع» ونصب القرينه - لفظيّه أو حاليّه أو مقاميّه - على إرادته معنى البيع، - وكان السامع عالماً بالملازمه كما تقدّم - كان العقد صحيحاً وترتب عليه الأثر، وإن كان لم يتكلم بالعربيّه.

قال الشيخ:

المشهور - كما عن غير واحد - اشتراط الماضويّه، بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك، أو اشتر متى. ولعلّه لصراحته في الإنشاء... .

أقول:

اعترض (1) على قوله «لصراحته في الإنشاء» بأنّه لا فرق بين الماضي والمستقبل في حيثيه الإنشاء، لأن الإخبار والإنشاء من وجوه الاستعمال وكيّياته، لا أنهما من مداليل اللفظ، فالقول بأن الفعل الماضي صريح في الإنشاء، موهم لأن يكون الإنشاء مدلولاً له وأن المضارع ليس كذلك، والحال أنّ الإنشاء لا علاقه له بعالم المعنى الموضوع له اللفظ.

وهذا الاعتراض بظاهره وجيه، ولكنّ يمكن تقريب كلام الشيخ بحيث لا يرد عليه ذلك، بأنّ يقال:

قد قرّنا في الاصول أنّ الفعل دائماً مُركّب من المادّه والهيئّه، المادّه معنّى اسمي يدلّ على نفس الحدث، وأمّا الهيئّه - وقوام الفعل بها - فتدلّ على النسبه، والزمان خارج عن مفهوم الفعل ومدلوله، أمّا المادّه، فعدم دلالتها على الزمان واضح، وأمّا الهيئّه فمعناها نسبي والزمان معنّى اسمي، فلا يعقل كونه مدلولاً للهيئّه. وما يقال من أنّ «فَعَل» يدلّ على الماضي و«يفعل» يدلّ على الحال والاستقبال، فالمراد منه الدلاله الالتزاميه، لا أنّ الزمان داخل في

ص: ٨٠

مفهوم الفعل وحقّ معناه.

ثم إنّ الفعل الماضى تدلُّ هيئته على نسبه المبدء المتحقق الموجود فى الخارج إلى فاعله، والمضارع يدلُّ على نسبه تلبس الفاعل بالمبدء، ولذا إن وقع الماضى فى حيز الإخبار، حكى عن المادّة المنتسبه إلى الفاعل نسبه التحقق والوجود، ودلّ بالملازمه على المضى بالنسبه إلى حال التكلّم، وإن وقع المضارع فى حيز الإخبار، حكى عن تلبس الفاعل بالمبدء إمّا الآن وإمّا فيما بعد، ولذا اشتهر كون المضارع مشتركاً بين الحال والإستقبال.

وأما الإنشاء، فإن أنشأ المادّة المنتسبه بالنسبه التحققيه أى الفعل الماضى، فلا زمان لعدم الحكايه، ولذا يكون الماضى صريحاً فى الدلاله، وإن أنشأ المادّة المنتسبه إلى الفاعل بالنسبه التلبسيه وهو الفعل المضارع، ناسب الحال والإستقبال، ولتردده بين الزمانين فلا يكون الإيجادُ بالفعل، فلذا ليس للمضارع صراحه.

هذا كلّه على مبنى المشهور.

وأما على مبنى الميرزا الاستاذ، فهيهه «يفعل» موضوعه للنسبه التلبسيه، وهى ظاهره فى الفعلية، فلو اريد منه الاستقبال فلا بدّ من الإتيان بالسين أو سوف أو كلمه الغد مثلاً، فالمضارع ليس مشتركاً، ولذا أفاد فى البحث بأنه إذا أنشأ الماضى فقد أنشأ النسبه التحققيه فهو يفيد التحقق بالمطابقه، وإذا أنشأ المضارع فإنّ حيشه التلبس ملازمه للتحقق وليست نفس التحقق، فالدلاله التزاميه، فالإنشاء بالماضى يكون صراحهً وبالمضارع يكون بالكنايه، وحيث أنه لا يرى إنشاء العقد بالكنايه، فهو لا يجوز به بالفعل المضارع.

وبما ذكرنا ظهر مراد الميرزا الاستاذ، وكذا مراد شيخنا الاستاذ وإن كان

ظاهر عبارتہ مخدوشاً (۱).

ص: ۸۲



قال الشيخ:

وعن القاضى فى الكامل والمهذب: عدم اعتبارها، ولعله لإطلاق البيع والتجاره وعموم العقود، وما دلّ فى بيع الآبق واللبن فى الصّرع من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دلّ عليه فى النكاح. ولا يخلو هذا من قوه... .

أقول:

استدلّ للقول بعدم اعتبار الماضويّه بوجوه:

- ١ - إطلاق البيع، وهو قوله تعالى: «أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) والتجاره، وهو قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (٢) وعموم العقود، وهو قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣)

وكأنّ الأصل فى ذلك كله هو وقوع العقود بصيغته الفعل الماضى، وقّله وقوعها بغيره، فلمّا رأوا ذلك علّوه بوجود الصّراحه فيه دون غيره، فاعتبروا الماضويّه بل ادّعى عليه العلامه الإجماع.

لكنّ الشبهه فى كلّ من المضارع والأمر - بعد التسليم - تندفع بقيام القرينه، فتكون الصّيغه حينئذٍ ظاهره فى إرادته الإيجاب، وقد تقدّم كفايه ذلك كما تقدّم صحّته بالكنايه. هذا بقطع النظر عن العمومات والنصوص الخاصّه. وبما ذكرنا ظهر أنّ الإجماع المذكور ليس الإجماع الحجّه الكاشف عن رأى المعصوم أو الدليل المعتمد.

ص: ٨٤

١-١) سورة البقره: ٢٧٥

٢-٢) سورة النساء: ٢٩

٣-٣) سورة المائده: ١



٢ - ما دلّ في بيع الآبق واللبن في الضرع، وهو نصوص، نذكر بعضها تيمناً:

عن رفاعه، قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام، قلت له: «أصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقه وأعطيتهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها شيئاً، ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم:

أشتري منكم جاريتكم فلانه وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإن ذلك جائز» (١).

وعن سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله - قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر ويقول: اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه» (٢).

وعن سماعه قال: «سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع؟ قال: لا إلا أن يحلب لك منه سكرجه فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في السكرجه وما في ضروعها بئس مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجه» (٣).

٣ - فحوى ما دلّ عليه في النكاح، وهو أخبار، منها:

عن أبان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها إذا

ص: ٨٥

١ - ١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٣، باب عدم جواز بيع الآبق منفرداً، الرقم: ١

٢ - ٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٣، الرقم: ٢

٣ - ٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٤٩، باب جواز بيع اللبن في الضراع، الرقم: ٢٠. والسكرجه كما في مجمع البحرين: بضم السين والكاف والراء والتشديد: إناء صغير يؤكل فيه الشيء القليل من الادم

خلوت بها؟ قال تقول: أتزوجك متعاً على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله لا وارثه ولا موروثه كذا وكذا يوماً... فإذا قالت: نعم فقد رضيت، وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها» (١).

وعن ثعلبه قال «تقول: أتزوجك متعاً على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله نكاحاً غير سفاح...» (٢).

وعن هشام بن سالم قال قلت: «كيف يتزوج المتعه؟ قال تقول: يا أمه الله، أتزوجك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً...» (٣).  
وإذا جاز ذلك في النكاح ففي غيره بالأولوية.

ص: ٨٦

---

١-١) وسائل الشيعة ٢١ / ٤٣، الباب ١٨ من أبواب المتعه، الرقم: ١

٢-٢) نفس المصدر، الرقم: ٢

٣-٣) نفس المصدر، الرقم: ٣

### اشاره

قال الشيخ:

الأشهر - كما قيل - لزوم تقديم الإيجاب على القبول،... ولعله الأصل بعد حمل آيه وجوب الوفاء على العقود المتعارفه كإطلاق البيع والتجاره فى الكتاب والسنة.

أقول:

فيه ثلاثة أقوال:

الأول - وهو الأشهر - عدم جواز تقديم القبول مطلقاً.

والثانى: الجواز. قال به بعض الأكابر.

والثالث: عدم الجواز إن كان بلفظ قبلت ورضيت وبصيغه الأمر، وإن كان بلفظ اشترت وابتعت وتملكت، فالجواز. واختاره الشيخ.

### دليل القول بلزوم التقديم

استدلّ للأول:

بأن آيه الوفاء (١) وإن دلت على الصحه، لأن وجوب الوفاء يدلّ بالملازمه على الصحه، إذ لا يعقل الأمر بالوفاء بما هو غير صحيح، لكنّ اللام فى «العقود» للعهد كما يستفاد من كلمات صاحب الرياض أيضاً (٢)، فتكون

ص: ٨٧

١-١ (١) سورة المائده: ١

٢-٢ (٢) رياض المسائل ٨ / ١١٣ - ١١٤

الآية مختصه بالعقود المتداوله فى عصر نزولها، فما لم نتيقن بكون العقد مع تقدم القبول من العقود المتعارفه فى ذلك العصر، لا يمكننا القول بصحته ووجوب الوفاء به، ولعل هذا مراد شيخ الطائفه من أن البيع مع تقديم الإيجاب «مجمع على ثبوت العقد به» (١).

وبالجملة، لَمَّا كانت اللام للعهد، أى العقود المتعارفه، فإن العقد مع تقديم الإيجاب متيقن دخوله تحت الآية، وأما مع تقديم القبول فمشكوك فيه، فلا دليل على صحته.

وربما يشكل فى عموم الآية، بالعلم الإجمالى بالتخصيص، فإنه مانع من التمسك بعمومها، وكذا الكلام فى الآية «أحلَّ الله البيع» (٢) للعلم الإجمالى بالتقييد.

قال الشيخ:

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

أقول:

ظاهر العبارة أنه وجهان، أحدهما: الفرعية، والآخر: التبعية، لكنّه فى عباراتهم وجه واحد، وكيف كان، فكأن الأصل فى المعاملات هو الإيجاب لأنه الأساس، لأنّ الموجب يملك ماله بعوض، فهو الذى يخرج المال عن ملكه ويدخل مال المشتري فى ملكه، والذى يكون من المشتري هو مجرد

ص: ٨٨

---

١- ١) كتاب الخلاف ٣ / ٤٠

٢- ٢) سورة البقره: ٢٧٥

الرّضا بما فعله البائع، لذا يكون قبوله فرعاً لإيجاب البائع، والفرع لا يتقدّم على الأصل.

ولعلّ مراد الشّيخ من التبعيّة: أن القبول مضاف إلى البيع، والمضاف تابع للمضاف إليه، كما هو واضح، فلا بدّ من وجوده حتّى يضاف إليه، وعليه، يكون الإيجاب هو المتقدّم.

### دليل القول بعدم اللزوم

واستدلّ للثاني:

بآيه الوفاء، لكون اللّام فيها للعموم، وأنه لا وجه لحملها على العهد، وكذا آيه الحلّ لكونها مطلقه، فتشمل جميع أفراد البيع، فكلّ عقد صدق عليه عنوان العقدية يجب الوفاء به، وكلّما صدق عليه عنوان البيع فهو حلال يترتّب عليه الأثر، والصّيدق في كليهما مع تقديم القبول على الإيجاب حاصل.

وعليه، فكلّ ما قام الدليل على خروجه من تحت آيه الوفاء تخصيصاً أو آيه الحلّ تقييداً، سقط الاستدلال بالآيتين بالنسبة إليه، ويبقى ما عداه مشمولاً لهما، فالعلم الإجمالي منحلّ.

وبفحوى ما ورد في النكاح من تقدّم القبول، لأن النكاح أهمّ من البيع، ولندكر بعض النصوص بالإضافه إلى ما تقدّم:

عن سهل بن سعد الساعدي: «إنّ النبي صلّى الله عليه وآله جاءت إليه امرأه فقالت: يا رسول الله، إنى قد وهبت نفسى لك، فقال: لا إربه لى فى النساء، فقالت: زوّجنى بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال صلّى الله

عليه وآله: يا رسول الله زوّجنيها، فقال: هل معك شيء تصدقها؟ فقال: والله ما معي إلّارداثي هذا. فقال صلى الله عليه وآله: إن أعطيتها إياه تبقى ولا- رداء لك، هل معك شيء من القرآن؟ فقال: نعم، سورة كذا وكذا، فقال: زوّجتكها على ما معك من القرآن» (١).

وعن العلاء بن رزين عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام قال: «جاءت امرأه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوّجني، فقال رسول الله: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوّجنيها، فقال: ما تعطيتها؟ فقال: مالي شيء. فقال: لا. قال: فأعدت، فأعاد رسول الله الكلام، فلم يبق أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله في المرّة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، فقال: قد زوّجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إيّاه» (٢).

وظاهر كلام الشيخ في المبسوط في باب النكاح عدم الخلاف في صحّته بين الإماميه (٣).

### التفصيل بين ألفاظ القبول

قال الشيخ:

والتحقيق: أنّ القبول: إمّا أن يكون بلفظ قبلت ورضيت، وإمّا أن يكون بطريق الأمر والاستيجاب، نحو: بعني، فيقول المخاطب: بعتك، وإمّا أن يكون بلفظ

ص: ٩٠

١-١) مستدرک الوسائل ١٥ / ٦١، باب جواز كون المهر تعليم شيء من القرآن، الرّقم: ١

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٦٢، الباب ١ من أبواب عقد النكاح، الرّقم: ٣

٣-٣) المبسوط في فقه الإماميه ٤ / ١٩٤

اشتریت وملکت - مخفّفًا - وابتعت.

فإن كان بلفظ قبلت، فالظاهر عدم جواز تقديمه.

أقول:

ليس منعه من تقديم «قبلت» ونحوه من جهه كونه مطاوعه، بل إنه يصرح بذلك في أواخر كلامه إذ يقول: «المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأما وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضمّن للمطاوعه وقبول الأثر، فلا».

وإنما قلنا ذلك: لأن المحقق الخراساني أشكل على الشيخ (١) بأن القبول إن كان مطاوعه للإيجاب، فلا فرق بين أن يكون بلفظ «قبلت» أو «اشتریت»، وإلّا فلا فرق كذلك.

ويردّه:

إنّه لا نظر للشيخ إلى هذه الجهه أصلاً حتى يورد عليه بما ذكر.

ص: ٩١

وستعرض لكلام الميرزا الاستاذ أيضاً.

وتوضيح كلام الشيخ فى المقام:

إنه يستدلّ أولاً بعدم الخلاف على عدم جواز التقديم بلفظ «قبلت» قال:

المحكى عن الميسيه والمسالك ومجمع الفائده أنه لا خلاف فى عدم جواز تقديم لفظ «قبلت». وهو المحكى عن نهايه الأحكام وكشف اللثام فى باب النكاح، وقد اعترف به غير واحدٍ من متأخري المتأخرين أيضاً. بل المحكى هناك عن ظاهر

ص: ٩٢



التذكـره الإجماع عليه.

وظاهره الاعتماد على هذا الإجماع.

واستدلّ ثانياً بأنه «خلاف المتعارف من العقد».

وهذا - بظاهره - ينافى ما تقدّم منه من القول بعموم آيه الوفاء وإطلاق آيه الحلّ وغير ذلك.

ويمكن توجيهه: بأنّ المتعارف عند العقلاء تقديم الإيجاب على القبول، وتقديم القبول على خلاف ديدنهم، وكلّما يرد من الشارع - إمضاءً أو تأسيساً - فهو على طبق الموازين العقلانيه، خاصّه أن المورد من الإمضاء.

وبعبارة اخرى: إذا كانت السيره العقلانيه قائمه على تقديم الإيجاب، وأنّ تقديم القبول على خلاف سيرتهم، فقد تحقّق المخصّص والمقيّد اللبّي للآيتين.

فهذا توجيه كلامه هنا.

واستدلّ ثالثاً: إنّ القبول الذى هو أحد ركنى عقد المعاوضه فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه.

وليس المراد....

بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله فى الحال إلى الموجب على وجه العوضيه.

يعنى: إنّ الدلاله الائتمانيه على طبق اللّازم والملزوم، ونقل المشتري ماله إلى البائع بدلاله رضاه بإيجاب البائع دلاله التزاميه، إذن، يلزم رضاه بما فعله البائع، ولازم هذا الرضا هو انتقال ماله إليه، وإذا لم يكنْ إيجاباً من قبل فلا ملزوم، فلا دلاله التزاميه، فلا نقل فى الحال على وجه العوضيه.

ص: ٩٣

هذا شرح كلامه وبيان مرامه.

ولكن ما الدليل على كون الرضا بالنقل «في الحال»؟

وحقيقه الأمر: أن البائع ملك ماله للمشتري وتملك مال المشتري إنشاءً، فإذا رضى المشتري، يكون ما فعله البائع فعلياً، فالفعلية تحصل بتمامية السبب.

وعليه، فإن فعلية البيع وترتب الأثر يدور مدار تمامية السبب، وهو مركب من إيجاب البائع المفيد لنقل ملكه إلى المشتري وإدخال مال المشتري إلى ملكه، ورضا المشتري بما فعله البائع، من غير فرق بين تقدم الإيجاب على القبول وتقدم القبول على الإيجاب، لأنه إن كان القبول متأخراً فلا كلام، وإن كان متقدماً فهو ينشأ رضاه بمضمون الإيجاب المتأخر من البائع، فإذا جاء الإيجاب تم السبب المؤثر، فما ذكره الشيخ مردود.

وأما ما ذكره من الفرعية، فعجيب منه جداً، نعم، الرضا بشيء فرع له وكل مضاف تابع للمضاف إليه، ولكن هذا التقدم والتأخر طبعي وهو أجنبي عن التقدم والتأخر الزماني، ولا مانع من أن يكون المتأخر الطبعي متقدماً زماناً، وإن كان تقدمه بملاك الطبعية - بأن يتقدم المتأخر الطبعي على المتقدم الطبعي وبالعكس - غير معقول.

فظهر ما في كلام الشيخ كذلك.

قال الشيخ:

ومن هنا يتضح فساد ما حكى عن بعض المحققين في ردّ الدليل المذكور وهو كون القبول فرع الإيجاب وتابعاً له... .

والإنصاف أن ما ذكره بعض المحققين (١) من أنه ليس تبعيّه القبول للإيجاب تبعيّه المعطوف للمعطوف عليه، وتبعيّه قصد المقدمه لقصد ذى المقدمه، متين، فإنها تبعيّه طبعيّه كما عرفت.

أمّا قوله:

وإنما هو على سبيل الفرض والتنزيل ... .

فغير صحيح، فإنّ القابل لا يجعل نفسه متناولاً، بل الموجب جعل القابل كذلك.

وتلخص:

إننا لا نوافق على قول الشيخ باعتبار النقل في الحال وامتناع التقدّم من جهه الفرعيّه، ولا على قول بعض المحققين من أنّ التبعيّه هي على سبيل الفرض والتنزيل.

### بحث مع المحقق النائيني

وذهب الميرزا الاستاذ قدس سرّه إلى عدم جواز تقدّم القبول على الإيجاب مطلقاً، وملخص دليله هو:

إن الأمر كلّه في المعامله بيد الموجب، ولا- يكون من القابل إلّا القبول والمطّاعه لما فعل الموجب، هذا من جهه، ومن جهه اخرى، فإنّ «قبلت» مطّاعه بالصّيراحه، و«اشتريت» مطّاعه تضمّناً، فكلاهما مطّاعه، ولولاها لمّا تحقّق العقد، لأنّ قوام العقديّه هو الإيجاد من طرفٍ والمطّاعه له من

ص: ٩٥

الطرف الآخر والقبول له. وعلى ما ذكر، فالقبول بالنسبة إلى الإيجاب نظير الإنكسار بالنسبة إلى الكسر، فكما لا يتقدم الإنكسار على الكسر، كذلك لا يتقدم القبول على الإيجاب، لأنه قبولٌ للتبديل الحاصل من الموجب، والقبول في حال عدم التبديل غير معقول، لأنه كالإنكسار بلا كسر.

إذن، لا يجوز تقدم القبول على الإيجاب، سواء كان بلفظ «قبلت» أو بلفظ «اشتريت» ونحوهما.

أقول:

لا- يمكن المساعدة على ما أفاده بوجه، لأن الواقع من طرف البائع هو تبديل ماله بمال المشتري إنشاءً، فإذا تحقق تحقق التبديل إنشاءً وفي عالم الاعتبار كذلك، وأمّا المشتري، فإنه إنما يقبل ما كان ويرضى به، وليس في طرفه انفعال أصلاً، حتى يشبهه القبول بالإنكسار، فيقال بعدم معقولية تقدمه على الإيجاب.

وأما أن قبول الشيء يتوقف على وجود ذلك الشيء لا محاله، فهذا حق، إذ لا يصلح المعدوم بقولٍ مطلق لأن يتعلّق به القبول، ولكنّ متعلّق الرضا هو التبديل أو التبادل بين المالين، فلو تقدّم الرضا وجاء التبديل والعذر والتوبه مثلاً، حيث أن المقصود من قبول العذر هو الرضا بمضمون كلامه في مقام الاعتذار، وإذا كان هذا معنى القبول، فلا فرق بين أن يكون الرضا بشيء موجود بالفعل أو بأمرٍ سيوجد في وقتٍ متأخر.

ولو سلمنا أن «القبول» مفهوم لا يتعلّق إلّابما هو موجود بالفعل، فإنّ «رضيت» ليس كذلك، فإنه يتعلّق بما هو موجود بالفعل وبما هو متقدم وبما هو متأخر، فلماذا ينفي جواز تقدم القبول مطلقاً؟

ص: ٩٤

بقي من أدله الشيخ:

الإجماع على عدم جواز تقدّم «قبلت» ونحوه.

وفيه: إنه ليس من الإجماع الحجّه، ويحتمل قوياً استناده إلى الوجوه الأخرى.

وأما أنّ التقدّم خلاف المتعارف.

فإن كان نظره إلى أنّ العمومات والمطلقات إمضاء للعقود المتعارفه، فيمكن الموافقه عليه، لتأخر القبول عن الإيجاب في العقود المتعارفه، ولكن لا- دليل على دعوى كونها إمضاء للعقود المتداوله فقط، بل هي عمومات وإطلاقات شامله لجميع العقود إلّاما خرج بالدليل.

وإن كان نظره إلى مقتضى المطاوعه، فقد عرفت الجواب عنه.

كما تقدّم الكلام على قضيه الفرعيّه بالتفصيل.

كما ظهر أنّ لا- أساس للقول بأنّ القابل ناقل للمال حالاً، لما عرفت من أنه لا يكون من القابل نقلً لا بالمطابقه ولا بالتضمّن ولا بالالتزام، بل الحاصل منه هو الرضا فقط.

ولو تنزّلنا وقلنا بأنه ناقل بالالتزام، فالجواب هو: إنّ المدلول الالتزامى تابع للدالّ على الالتزام، وهذا الالتزام ناشئ من رضاه بما فعل البائع، فهو ليس بناقل بالفعل بل هو ناقلٌ من حين الإيجاب، لو كان ناقلًا.

مضافاً إلى ما تقدّم من أنّ مقام الإنشاء غير مقام فعلية الأثر، فإذا تقدّم القبول كان تماميه السبب بمجئ الإيجاب، فيصير الأثر فعلياً.

ملخص المختار ومحصل المطلب:

إنَّ العقد ارتباط عهدٍ بعهدٍ، ولولا الارتباط يكون إيقاعاً. فإنَّ كان معاملةً اشترط وجود عنوان العوضيِّه والمعوِّضيه، والمعاوضه تتحقَّق من أحدهما وهو الموجب، وأمَّا القابل، فليس الصادر منه إلَّا الرضا بما فعل الموجب، فيكون رضاه هو الرابط المحقَّق لعنوان العقدية، وللمعاوضه الحاصله من البائع، سواء كانت قبل الرضا أو بعده، فأى مانع من الرضا بالمعاوضه والمبادله بين الشئين الحاصله بعده؟ فكما تقرَّر في الواجب المعلق والواجب المشروط صحَّه الإنشاء الفعلى للمنشأ المتأخَّر - وإنما أنكرنا الواجب المعلق من جهه أنَّ حقيقه الحكم عباره عن البعث، ولا- يعقل وجود البعث في وقتٍ لا- يوجد الانبعث، لكون البعث والانبعث متضائفين والمتضائفان لا- ينفكَّان في القوِّه والفعليه - نقول: بصحَّه الرضا والقبول للمبادله والمعاوضه الحاصله فيما بعد.

فالحق: جواز تقدُّم القبول على الإيجاب مطلقاً.

### الكلام في تقدُّم القبول بلفظ الأمر

قال الشيخ:

وممَّا ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقدُّم القبول بلفظ الأمر كما لو قال: بعنى هذا بدرهم فقال: بعثك... وأمَّا ما يظهر من المبسوط... وأمَّا فحوى جوازه في النكاح...

أقول:

خلاصه كلامه: أن طلب الشيء أمرٌ والرضا به أمرٌ آخر، فمجرد الطلب لا يدلّ على القبول والرضا، فلا يجوز القبول بصيغه الأمر مطلقاً، أما بعد الإيجاب، فلعدم الموضوع بل هو تحصيل الحاصل، وأما قبله، فللمحذور المذكور. فلا قابليه لصيغه الأمر للقبول في العقد.

وقد وافقه الميرزا الاستاذ قدّس سرّه على المنع، لأنّ القبول هو المطاوعه، والأمر ليس كذلك كما واضح، فلا يصلح لأن يقع قبولاً.

فأما ما أشار إليه الشيخ هنا أيضاً من ضروره كون القبول نقلاً في الحال، وصيغه الأمر لا تدلّ على ذلك، فقد عرفت أن لا دليل على اعتبار زمان الحال، ولا دلاله للإيجاب ولا للقبول عليه، فلا وجه للقول بأنّ القبول عبارته عن الرضا بالنقل حالاً.

ثم إن هنا نقاطاً:

(الاولى) إن جميع الصفات النفسانيه التعلّقيه من التمنّي والترجّي والحبّ والعلم وأمثالها، يستحيل وجودها من دون المتعلّق، فلولا وجود الشيء لما تحقق رجاءه والعلم به وتمنيّه وهكذا... والمتعلّق لا يعقل أن يكون في الخارج وإنّما هو صورته ما في الخارج، لما تقرر في محله من أن الخارج لا ينقلب ذهنياً والذهن لا ينقلب خارجاً.

وعليه، فالذي يتعلّق به الرضا ليس هو الموجود في الخارج، وإنّما صورته الشيء المطابقه لما في الخارج، وهل يعتبر أن يكون ما في الخارج موجوداً بالفعل حتى يتعلّق الرضا بصورته؟ كما، لا- يعتبر، وإلّا لاستحال تمنّي وترجّي الشيء المتأخر والشوق إليه وهكذا....

ص: ٩٩

(الثانيه) إنّ المشتري لما يقبل فعل البائع، وهو تبديل الشيء بالشيء، هل يقبل التبديل - أى المعنى المصدرى - أو التبدّل، أى المعنى الاسم المصدرى؟ فإذا أمر بالبيع قائلاً «بمعنى هذا بهذا»، هل يكون راعياً فى التبديل من البائع أو فى تبدّل ماله بمال البائع؟

الظاهر عدم الفرق، لأنّ التبديل عين التبدّل، إنما يختلف الحال فى الغرض، فتارةً: يتعلّق بالحيثية الصدوريّه كما لو قال الأب لولده: صلّ، فإنّ غرضه متعلّق بإيجاد الولد للصلاه وإن كان مشتاقاً إلى وجودها أيضاً، لاتّحاد الوجود مع الايجاد، وتارةً: يتعلّق بأصل الفعل ولا- نظر له إلى الحيثية الصدوريه، كما لو كان عطشاناً وقال لغيره: اسقنى، فإنّ غرضه متعلّق بشرب الماء ورفع عطشه، ولا دخل لصدور السقايه من خصوص الشخص فى غرضه، بل تصدّيه للفعل مقدّمه لحصول الغرض.

وعليه، فلو أمر بالبيع فى مقام القبول، لم يكن فرق بين أن يكون راضياً بالتبديل أو بالتبدّل، نعم، ربما يفترق الحال من حيث الغرض، فقد يتعلّق بالحيثية الصّيدوريه أى التبديل من الشخص، إلّا أنها لا تنفكّ عن المعنى الاسم المصدرى وهو التبدّل كما تقدّم... وكيف كان، فإنه يدلّ على الرضا بالمبادله بين الثمن والمثمن.

(الثالثه) قدّمنا أن العقد هو العهد المرتبط بالعهد، وأنّ رضا المشتري بالمبادله بين المالين من طرف البائع هو الرّابط بين العهدين، ولا ريب فى عدم كفايه الرضا الباطنى فى تحقق العقد اللفظى، فلا بدّ من إظهاره لفظاً.

وهل يعتبر أنّ يكون هذا الرضا المبرز باللفظ متأخراً عن الإيجاب؟

وهل يعتبر أنّ يكون بلفظ خاص؟



وهل يعتبر أن تكون دلالتة مطابقته؟

الحق: أنه لا دليل على اعتبار شيء من ذلك.

فيجوز أن يكون القبول بصيغته الأمر المتقدّم، وتشمله العمومات والإطلاقات (١)، والإجماع المدعى ليس بحجّه، وقضيه المطاوعه قد تقدم الكلام عليها.

### الكلام في تقدم القبول بلفظ اشترت ونحوه

قال الشيخ:

وإن كان التقديم بلفظ اشترت أو ابتعت أو تملكّت أو ملكت هذا بكذا، فالأقوى جوازه... .

ص: ١٠١

أقول:

قد منع الشيخ من تقدّم قبلت، لأنّ القبول يتضمّن النقل بالفعل، فلو تقدّم لم يتضمّنه فلا يجوز، ومنع إذا كان بصيغته الأمر، لأنه مجرد طلب وليس بنقلٍ.

أمّا في اشترت ونحوه فقال: الأقوى جواز تقدّمها، لأنه لما يقول اشترت هذا الكتاب بدرهم، ينشأ تملك مال الآخر وينقل ماله إلى صاحبه بالفعل عوضاً عن ماله الذي أدخله في ملكه، فلما قال البائع «بعت»، فقد أخرج كتابه عن ملكه وأدخل الدرهم في ملكه، فإنشأوهما في الإدخال والإخراج متعاكسان، فذاك يدخل الكتاب بالصراحة في ملكه ويخرج الدرهم عن ملكه بالالتزام، والبائع يخرج بالصراحة ويدخل بالالتزام.

فهنا إنشاء، والإنشاء المتقدم انشاء للمعاوضة نظير إنشاء البائع، فكما أن البائع ينشأ ملكيه الكتاب معوضاً بالدرهم، كذلك المشتري، غير أنه إن كان متأخراً فهو قبول، لأن عنوان «المطاوعه» يتحقق مع التأخر، لأن «الاشتراء» افتعال، وأمّا مع التقدم فلا، ولذا قال:

فكلّ من رضيت واشترت بالنسبه إلى إفاده نقل المال ومطاوعه البيع عند التقدم والتأخر متعاكسان.

ثم تعرّض لسؤالٍ مقدّر هو: إنه إذا كان «اشترت» في صورته تأخره قبولاً، فلم لا يكون قول البائع متأخراً «بعت الكتاب بدرهم» قبولاً للاشتراء المتقدم؟

فأجاب: بأنّ القبول إنما يكون ممّن يخرج العوض عن ملكه، والكتاب معوض، فما قاله إيجاب لا قبول.

ص: ١٠٢

فيتوجّه عليه حينئذٍ الاشكال الذى طرحه بقوله:

فإن قلت: إنّ الإجماع على اعتبار القبول فى العقد يوجب تأخير قوله:

اشتريت، حتى يقع قبولاً، لأن إنشاء مالكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له، يتحقق فيه معنى الانتقال وقبول الأثر، فيكون اشتريت متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدم... .

أى: إنه لَمَّا لم يكن «اشتريت» المتقدم مطاوعه، وإنما يكون مطاوعه إذا تأخر، وكان قول الفقهاء بأن «اشتريت» قبولاً محمولاً على غلبه تأخره، بل عن بعضهم أنه ليس قبولاً حقيقه وإنما هو بدل، فهو فى صورته التقدّم لا يعتبر قبولاً، فهو إيجاب، ولَمَّا كان إنشاء البائع إيجاباً وليس بقبول كذلك، كان المتحقق إيجابان، وهذا خلاف الإجماع القائم على اعتبار القبول فى كلّ عقدٍ من العقود، وعلى هذا، فيجب تأثير «اشتريت» حتى يقع قبولاً ليتحقق العقد.

وبعبارة موجزه:

كلّ عقد لا بدّ فيه من القبول، واشتريت متأخراً قبول دون كونه متقدماً، فلا بدّ من أن يكون متأخراً.

ووجه قول الشيخ بأن اشتريت المتأخر قبول وإذا تقدّم فليس بقبول، مع أن مفاد هيئه الافتعال هو القبول، هو: إن باب الافتعال قبول للمبدء، لكنّه ليس دائماً قبولاً للمبدء الذى يوجده الغير، فقد يوجده الشخص نفسه كما فى «اختفى» ونحوه، وقد بينا هذا سابقاً بالتفصيل، فقبول المبدء غير قبول المعاوضه.

ص: ١٠٣

فأجاب عن الإشكال بقوله:

قلت: المسلّم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأمّا وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمّن للمطاعه وقبول الأمر، فلا.

فالقدر المتيقن من الإجماع هو أن يكون المشتري راضياً بفعل البائع، أى الرضا الناقل للمال. وأمّا اعتبار تلقى الشئ وإنشاء الانفعال منه، فلا، وهذا قوله:

فقد تبين... ولا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

كان ما ذكرنا شرحاً لكلمات الشيخ.

وبعد ذلك نقول:

أمّا قوله: بأنّ اشترت المتقدّم وبعث المتأخّر إنشاءً، ولا فرق بينهما إلّا أنّهما متعاكسان من حيث الصراحه والالتزام، ففيه:

إنّه إن كان المشتري بقوله اشترت يعنى: «تملّكت كتابك بعوض مالى» فهو وقول البائع: «بعثت الكتاب بعوض» متباينان، لأنّ ذاك «تملك» وهذا «تمليك»، فالقول بتساويهما وأنّ الفرق فى الصراحه والالتزام فقط، غير صحيح.

وعلى هذا الفرض، فإنّ هذا الإنشاء صحيح حتّى بناءً على اعتبار المطاعه، إذ لا محذور من إنشاء المطاعه لفعل قبل وقوع الفعل، وإنما يعتبر التأخّر فى المطاعه الخارجيه.

وبعبارة اخرى:

إن قبول الإيجاب مطاعه، والمطاعه قبول الأمر، لكنّ الذى يرد عليه

الأثر ويقبله في العقد هو المتاع الذي أدخله الموجب في ملكه، فكان المتأثر هو المتاع والأثر دخوله في ملك الموجب الذي هو المؤثر، فالمطاوعه كانت للمتاع، وإنما سمي ذلك بالمطاوعه، لأن قبول الأثر تكويناً هو المطاوعه، وإنما أسند القبول إلى المشتري وسمى مطاوعه، لأنه قد وافق على ما فعله الموجب في ملكه، ورضى بمالكته التي حصلت بسببه، لأن المتاع مضاف إليه، فلما وقع الأثر على المتاع ورضى به مالكة أصبح هو المنفعل والمطاع له.

ولقد بينا سابقاً: أنه لا- تعتبر المطاوعه في المعامله، وأن القبول فيها ليس بهذا المعنى، بل هو الرضا، نظير قبول التوبه والعذر والضيف والوعد ونحو ذلك.

لكن الشيخ لما كان يرى أن القبول هو المطاوعه، وأن «اشترت» ونحوه ليس مطاوعه، وأن قول المشتري ذلك مقدماً نظير قول البائع «بعت» على السواء من حيث كونهما تملكاً، فإرد عليه:

أولاً: إن كان «ابتعت» بمعنى قبول الملكيه الحاصله من الغير، كان مرادفاً لتملكت، ويرد عليه ما ورد عليه، وإن كان بمعنى قبول المبدء، بلحاظ إيجاده هو له - كما في اختفت واكتسبت مثلاً - كان إيجاباً كإيجاب البائع، والمتحقق إيجابان لا إيجاب وقبول.

وثانياً: إن «تملكت» قبول ومطاوعه لما فعله الموجب مطاوعه انشائيه - والمفروض كون الصيغ الاخرى المذكوره مرادفه له - فقوله: بأنها في حال التقدم ليست بقبول، غير صحيح.

وبعد الفراغ عن النظر فى كلام الشيخ نقول:

إن قلت: الإيجابان يصدق عليهما أنهما عقد، لأن المناط هو الارتباط بينهما، وهو موجود فى هذين الإيجابين، لكونهما واردان على الشيء الواحد، إذ كلاهما يملكان المتاع المعين بدرهم، فما المانع عن تركب العقد من إيجابين، بعد الجواب عن الإجماع المدعى بعدم حجتيته؟

قلت: إن توارد العهدين على المورد الواحد شيء، وارتباط أحدهما بالآخر بأنفسهما شيء آخر، ولعل إلى هذا نظر المجمعين.

ثم أقول:

إذا كان المحقق لعنوان العقدية هو الارتباط بين العهدين، فإن الرضا المنشأ كاف لحصول الارتباط، فالعقد متحقق وإن تقدم الرضا، لأن هذا الرضا الباطنى المنشأ باللفظ مستمر إلى حين الإيجاب اللآحق ومتعلق به، سواء كان إنشأؤه بصيغه الفعل، ماضياً أو مضارعاً أو بصيغه الأمر.

بقى أنه: لو قال المشتري «تملكت كتابك بدرهمى» فقال البائع:

«قبلت»، لم يبعد صدق «العقد» عليه - وإن لم يصدق عليه عنوان «البيع» - وحينئذ، ينطبق عليه عموم «أوفوا بالعقود» فيكون صحيحاً.

### حكم تقدم القبول فى العقود الأخرى

قال الشيخ:

ثم إن ما ذكرنا جارٍ فى كل قبول يؤدي بإنشاء مستقل كالإجاره... والنكاح...

ملخص ما أفاده بتوضيح منا:

إنه يجرى ما تقدم من جواز التقديم، فى كل عقد يؤدي فيه القبول

بإنشاءٍ مستقلٍّ كالإجاره، بأن يقول مقدّماً: استأجرت، فيقول الموجب:

آجرت، وكالنكاح، بأن يقول مقدّماً: تزوّجت، فيقول ذاك: زوّجت، لأنّ القبول كذلك في الإجاره يتضمّن نقل المال بالفعل، وفي النكاح يجعل نفسه بالفعل زوجاً.

لكنّ الشيخ قد أشكل من قبل في جواز التقديم بقوله:

نعم، يشكل الأمر بالمعهود المتعارف... فالحكم لا يخلو من شوب الإشكال.

فقول:

إنّ كانت صحه هذه المعاملات مستنده إلى السيره العمليه الممضاه، فمن المعلوم أنّ مورد الإمضاء ما كان معهوداً متعارفاً من الصيغه، وهو الإيجاب المقدم والقبول المؤخر، فمورد تقدّم القبول لم يكن متعارفاً، فليس بممضى من الشارع.

وكذا إن كانت اللام في آيه الوفاء للعهد، أو أنّ الآيه مسوقه للإمضاء، وكذا آيه الحل... .

أمّا إن كانت اللام للعموم، وكان الاطلاق في آيه الحل محكّماً، فلا وجه للإشكال، وهذا هو الأقوى كما تقدم، نعم، الاحتياط في محلّه كما لا يخفى.

وأمّا المنع، من جهه أنّ القبول مطاوعه فلا يعقل تقدّمه، كما ذهب إليه شيخنا الميرزا، فقد قلنا أنّ هذه المطاوعه إنشائية لا خارجيه، فلا مانع من تقدّمه. وأيضاً: القبول هو الرضا، وليس في البين مطاوعه أصلاً.

فتحصّل: عدم الإشكال في التقديم في البيع، وكذلك في الإجاره والنكاح بلا إشكال، لأنّ المناط هو الرضا، وهو كما يجوز مؤخراً كذلك مقدّماً.

ص: ١٠٧

قال الشيخ:

وأما ما لا إنشاء في قبوله إلّا قبلت أو ما يتضمّن كارتهمت، فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه... والتحقيق عدم الجواز... وكذا القول في الهبة والقرض... .

وملخص ما أفاده بتوضيح منّا:

إن من العقود ما لا يحصل فيه النقل من قبل القابل أصلاً، كعقد الوديعة، حيث لا ينقل المودع شيئاً، والوكاله، إذ ليس فيها نقل، والقرض، إذ لا شيء من ناحيه المقترض، والعاريه، فإنّه يعير الشيء للانتفاع به ولا يعطى المعير شيئاً، والهبة غير المعوّضه، والوصيه... وبالجملة، فإنه لا يقع من طرف القابل نقل في هذه العقود، بل قبوله فيها صرف الرضا.

فهل يجوز تقديم القبول في هذه العقود؟

إن من هذه العقود ما ليس فيه من ناحيه القابل إلّا القبول، ولا يلزم إلّا الرضا، كالعاريه والوديعة والوكاله، فيجوز فيها التقدم، كأن يقول: أقبل أن أكون لك وكيلاً، أو يكون هذا الشيء وديعاً عندي، وهكذا... لجواز الرضا بأمر متأخر.

ومن العقود ما يترتب فيه الأثر على العنوان، مثل: المقترض له حكم كذا، المرتهن له حكم كذا، المتهب له حكم كذا... ففي هذه العقود يعتبر - بالإضافة إلى الرضا - صدق عنوان كونه مقترضاً أو مرتهناً أو متهباً... ولما كانت هذه العناوين مطاوعته، فلا بد من وجود الرهن أو القرض... حتّى يتحقق الصدق، فلا يجوز التقدم.

لا يقال: الأمر في اشترت - مثلاً - كذلك، فإنه يتحقق هناك عنوان المشتري، وهو لا يصدق إلّا مع تقدّم البيع.

ص: ١٠٨



لما تقدم من وجود النقل بالفعل هناك، والكلام هنا فيما لا نقل من القابل أصلاً.

فنقول:

قد ذكر أنه في مثل الوكاله والوديعه والعاريه، لا يعتبر أزيد من الرضا بالإيجاب، ولذا يعبر عنها بالعقود الإذنيه، فيجوز تقديم القبول فيها على الإيجاب.

وفيه نظر، للفرق بين الإذن والوكاله مثلاً، فلو قال: أذنت لك أن تفعل كذا، تحقّق منه الإذن حتى لو لم يقبل الطرف المقابل ولم يفعل ذلك الفعل، بخلاف الوكاله، فإنها إنابه للوكيل في العمل ولا يكفي فيها صرف الإذن والرضا، فكم فرق بينهما؟

وأيضاً، فإن الإذن لا يسقط بالردّ والوكاله تسقط، والوكيل لو عمل وتبين كونه معزولاً صحّ عمله، بخلاف المأذون.

وأيضاً: قد تقدم أنّ القبول في العقود نظير قبول التوبه والعذر، وليس بمعنى الانفعال فإنه في الامور القهريه، ولا تتخلل الإراده بين الفعل والانفعال، بل هما واحد في الحقيقه، ينسب إلى أحدهما بالفاعليه وإلى الآخر بالانفعال، وأما حيث تتخلل الإراده فوجودان، يصدر أحدهما من ذاك ويتحقق الآخر بإرادته هذا، ففي كلّ مورد تخلّلت الإراده فلا معنى للانفعال.

هذا أولاً.

وثانياً: إن المشتري إنما ينسب القبول إلى نفسه مجازاً، كما تقدّم.

وثالثاً: إنه لا- مانع من إنشاء المطاوعه وأن تكون فعليتها بعد مجئ الإيجاب، سواء كان العقد من قبيل القسم الأول كالوكاله ونحوها، أو القسم

ص: ١٠٩

الثانى كالتّهن والقرض والهبة، ولا دليل على فعلية هذه العناوين فى حين الإنشاء.

قال الشيخ:

وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفين... كان البادى منهما موجباً... ثم لما انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول... وتحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول فى الصلح أيضاً غير جائز... .

توضيحه:

إنه يعتبر لفظ القبول فى المصالحة، لأن المصالحة على قسمين، فمنها:

المصالحة غير المعوّضة، ولا يجوز فيه إلّا القبول متأخراً، إذ لا يكون شىء من قبل المصالح له إلّا الرضا والقبول لما فعله المصالح. ومنها: المصالحة المشتملة على المعاوضة، فإنّ كلّاً منهما يلتزم بشىء، فهما متساويان من حيث الالتزام، ونسبه المصالحة إلى كلّ منهما على حدّ سواء، فأيهما كان البادى فهو الموجب، فلا معنى لفرض القبول المتقدّم.

وهل يجوز له أن يقول متأخراً «صالحتك» أو يعتبر لفظ القبول؟ قال الشيخ: لا- يجوز، إذ لو قال أيضاً: صالحتك كان إيجاباً آخر، فيلزم تركّب العقد من ايجابين، وقد قام الإجماع على توقّف العقد على القبول، وقد ذكرنا سابقاً أنه لا يبعد أن يكون هذا الإجماع برهانياً، لأنّ توارد العهدين على موردٍ واحدٍ شىء، والارتباط بين العهدين المحقق لعنوان العقديّه شىء آخر.

أقول:

إن قال: «صالحتك هذا على أن ذاك لى» فكلام الشيخ متين جداً، وأما إن

ص: ١١٠

قال: صالحتك على أن يكون هذا بعوض هذا، بأن تكون مصالحةً تسدّ مسدّ الإجاره مثلاً من حيث المعاوضيه، كما لو قال: صالحتك على أن يكون الانتفاع بدارى بكذا درهم، أو: صالحتك على أن تكون لك دارى بكذا درهم، ففي هذه الصوره لا مانع من التقدّم على أن يكون قبولاً ولا يكون إيجاباً.

ص: ١١١

قال الشيخ:

ومن جمله شروط العقد: الموالاه بين ايجابه وقبوله.

ذكره الشيخ... قال الشهيد فى قواعده: الموالاه معتبره... .

أقول:

ذكر الشهيد أنّ الموالاه بين الإيجاب والقبول مأخوذه من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه، يعنى: إن الاتصال هناك منشأ الانتقال إلى اعتبار الموالاه هنا.

واحتمل الشيخ فى وجه الاعتبار هناك أنه السبب لخروج المستثنى منه عن حدّ الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقف عليه، فلو قال: «رأيت القوم» ولم يتصل به قوله «إلا فلاناً»، كان كذباً، وإذا اتصل به خرج عن الكذب.

ولقد كان الأولى به أن يقول: إن المتكلم مادام متكلماً لا يستقرّ ظهور كلامه فى المعنى المراد، فإذا انتهى استقر، فلو تكلم بالمستثنى منه فقط انتهى واستقر ظهوره، بخلاف ما إذا اتصل به المستثنى، فإن الظهور ينعقد بعد مجيئه، ولذا لو أقرّ قائلاً: «له على مائه إلا خمسه» استقرّ الظهور فى الخمسه والتسعين، أما لو فصل بينهما استقرّ فى المائه، فلو قال بعد ذلك «إلا خمسه» عدّ إنكاراً بعد الإقرار، فالمناط وحده الظهور للكلام، فإذا انعقد اخذ به، وليس المناط خروجه عن حدّ الكذب إلى الصدق.

وبالجمله، إنه مع الفصل ينعقد ظهوران، وهو على خلاف المقصود.

ثم ذكر الشهيد موارد لاعتبار الموالاه فى الفقه، منها:

الفوريّه فى استتابه المرتد، فيعتبر فى الحال، وقيل إلى ثلاثة أيام.

قال الشيخ:

ثم فى تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسأله توبه المرتد، فإنّ غايه ما يمكن أن يقال فى توجيهه إن المطلوب فى الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع، فلا بدّ من إعادته فى أقرب الأوقات.

أقول:

لكنّ العبارة موهمة، وإنّما المراد: الموالاه بين توبه المرتدّ واستتابه الحاكم إيّاه، وإلّا يقتل فعلاً أو بعد ثلاثة أيام.

قال الشهيد:

ومنه: السكوت فى أثناء الأذان... السكوت الطويل فى أثناء القراءة...

التشهد، ومنه تحريم المأمومين فى الجمعة... ومنه الموالاه فى التعريف (1)...

أقول:

وكلّ ذلك، لأنّه لولا- الهيئه الإتصاليه لما صدق عنوان «الأذان» بل كان مجموعه أذكار وأقوال، أو «القراءة» بل كان المقروء آيات متفرقة، وكذا التشهد.

وأما مسأله الجمعة، فلأنّه يعتبر فيها الموالاه بين تحريم العدد المعين من المؤمنين وركوع الإمام، وإلّا لم يتحقّق صلاه الجمعة.

ص: ١١٣

وكذا الكلام فى تعريف الضالّه، فلما قيد الشارع التعريف بالمدّه الخاصّه، اعتبر فيه الموالاه وإلّا لم يتحقق الامتثال.

قال الشيخ:

حاصله: أنّ الأمر المتدرّج... فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزله كلام واحد... ولذا لا يصدق المعاقده إذا كان الفصل مفرطاً... وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللّزوم فى المعامله منوطاً بصدق العقد عرفاً... أمّا لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجاره عن تراض، فلا يضرّه عدم صدق العقد.

أى: إنّ سرّ اعتبار الموالاه هو: عدم صدق «العقد» بدون الموالاه بين الإيجاب والقبول والاتّصال الزمانى بينهما.

فأورد عليه بقوله: إنّ هذا حسنٌ لو كان... أمّا لو كان منوطاً.

وحاصله: إنّ اعتبار الموالاه لكى يصدق عنوان «العقد»، يدور مدار الدليل المعتمد فى ترتّب الأثر على العقد صحّه ولزوماً، فإنّ كان عموم آيه الوفاء فهى لازمه، لأنّ الموضوع فيها هو العقد وقد اعتبرت الموالاه فى صدقه، وإنّ كان إطلاق آيه الحّل وموضوعها هو «البيع»، جاز التمسّك بها مع صدق البيع وإن لم يصدق «العقد». وأمّا إنّ كان عموم قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١)، فموضوع الآيه هو «التجاره» وهو صادق مع عدم الموالاه وعدم صدق «العقد».

ص: ١١٤

فأقول:

إنَّ الشَّهيد وغيره من الفقهاء، يعتبرون الموالاه في العقود المعاوضيَّه وفي النكاح، وأمَّا في غير المعاوضيَّه كعقد الوكاله والعاريه ونحوها، فلا فلو وكَّله الآن فقال الوكيل في الغد: قبلت، صحَّ، وكذا لو وهبه الآن فقبل في وقتٍ آخر، وهكذا...، فالقول بأنَّ المناط للموالاه هو صدق عنوان العقد، منتقض بأنَّ تلك المعاملات عقود أيضاً عندهم، ولا يعتبرون فيها الموالاه، فيظهر أن عنوان العقديه غير متوقف على الموالاه.

وأفاد شيخنا الاستاذ رحمه الله عليه في الجواب عن القول بأنَّ التوالى بين الإيجاب والقبول مقوم لصدق العقد، وبدونه لا يصدق:

بأنَّ العهد عبارته عن الالتزام القلبي أو الجعل والقرار المعاملي، وأنَّ العقد عبارته عن ربط أحد الالتزامين بالآخر أو ربط أحد القرارين بالآخر، فحيثيَّه العهديَّه غير حيثيَّه العقديَّه، وأنَّ حقيقه العقد هو الربط لا الوصل حتى يؤخذ بمقتضيات الوصل وربط أحد الالتزامين القائم بمحلِّ الالتزام القائم بمحلِّ آخر بلحاظ ورودهما على أمرٍ واحد وهو كون أحد المالين بأزاء الآخر في الملكيه مثلاً، فوحده الملتزم به هو الجامع الرابط بين الالتزامين، وهذا المعنى من الربط لا يقتضى إلبقاء الالتزام الأوَّل على حاله حتى يكون بعد ورود الالتزام الثانى مربوطاً به، وإلَّا فحقيقه الربط لا تتحقَّق بين موجود ومعدوم، وتخلُّل زمانٍ طويل أو قصير أجنبي عمَّا يقتضيه هذا المعنى من الربط (١).

ص: ١١٥

وحاصله:

إن العقد عبارته عن العهد المؤكد، أى العهد الذى تأكد بالعهد الآخر، أو المشدد، أى العهد الذى شدّ بالعهد الآخر، والعهد أمر باطنى نفسانى لا ربط له باللفظ وبالزمان، إذن، لابدّ من الارتباط بين العهدين النفسانيين، وتخلّل الزمان أجنبى عن حقيقته العقد، فإذا كان العهد من هذا باقياً، وتحقّق من الآخر عهد - ولو بعد زمان - واشتدّ به وحصل الارتباط بينهما، صدق عنوان العقد.

## رأى المحقق النابىنى

### إشاره

وذكر الميرزا الاستاذ أن العقود على ثلاثه أقسام:

منها: العقود الإذنيه، كالوكاله والعاريه ونحوهما من العقود التى لا التزام بها.

ومنها: العقود العهديه المعاوضيه، كالبيع والصلح.

ومنها: العقود العهديه غير المعاوضيه، كالرهن والقرض.

أمّا القسم الأول، فلا يعتبر فيه الموالاه، بل إن قوامها بالرضا، فمادام موجوداً يكفى وإن وقع الفصل بين الايجاب والقبول وبلغ ما بلغ، وتسميتها بالعقد مسامحه أو مجاز من باب علاقته المشابهه، فهى خارجة عن عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تخصّياً، ولذا لا يرد الإشكال من خروجها بلزوم تخصيص الأكثر، لعدم كون خروجها تخصيصياً.

وأما القسم الثانى، فيعتبر فيها الموالاه من ناحيتى السبب والمسبب. أمّا من ناحيه المسبب، فلأن البيع مبادله بين المالىين، فكلّ من البائع والمشتري له إضافه ملكيه إلى ما يملكه، فيقع التبادل بين طرفى الإضافه، فيضاف ملك

ص: ١١٤



المشترى وهو الثمن إلى البائع ويحلّ محلّه المثلّث، وملك البائع إلى المشتري ويحلّ محلّه الثمن، على عكس الإرث، حيث يقع التبادل بين المضافين مع حفظ الاضافه والمضاف إليه، أمّا في الهبه، فالإضافه الملكيه تنقطع.

ففى البيع، لما يقع الإيجاب تنخلع الاضافه الملكيه من البائع بالنسبه إلى ملكه ويتلبس بكونه مضافاً إلى الثمن، فهو بإيجابه يوجد هذه المبادله، ولولا اتصال القبول به لم يتحقّق، ولم يحلّ الثمن محلّ المثلّث، وتبقى الإضافه التي خلعهها بلا-مضاف إليه، والإضافه بلا طرف محال كالخلع بلا لبس.

أمّا فى النكاح، فهو يوجد العلقه فى نفس الأمر، فتحْتَاج إلى طرف، فلولا اتصال القبول يلزم أن توجد العلقه فى نفس الأمر بلا طرف، وهو محال ممتنع.

وأمّا من ناحيه السبب، فبيانه: إن كلّ مرّكب له عنوان واحد وأثر واحد، فلا بدّ من الاتصال بين أجزائه، ولذا يلزم الاتصال بين حروف الكلمه الواحده وبين كلمات الكلام الواحد، ولذا يجب التوالى بين أجزاء الصلاه والوضوء والقراءه.. وهكذا كلّ مرّكب من الافعال، ويعتبر الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه من جهه أنه كلام واحد وله ظهور واحد، فلو انفصل فهناك ظهوران، ولذا لو انفصل المقيد عن المطلق، فبناءً على تماميه الظهور فى المطلق يكون تقدم المقيد عليه من باب تحكيم أقوى الحجّتين، وأمّا مع الاتصال فالظهور منعقد من أوّل الأمر فى المقيد.

فإذا كان الكلام واحداً، فلا بدّ من الاتصال، سواء كان من المتكلم الواحد أو من اثنين، وإلّا كان هناك عنوانان.

وعليه، فالبيع أمر واحد، والصلح أمر واحد، والنكاح أمر واحد،

والسبب مركب من إيجاب وقبول، والهيئة الاتصاليه بينهما مقومه لوحده العنوان، فلولا الموالاه لما تحقق العنوان الواحد، وحينئذٍ، فكما لا يصدق «العقد» لا يصدق «البيع» و«التجاره» خلافاً للشيخ، لأن كلاً من العقد والبيع والتجاره أمر واحد.

وأما القسم الثالث، فإنه وإن لم تكن معاوضه فوحده السبب لازمه، ومن هذه الجبهه تعتبر الموالاه، حتى يصدق العنوان الواحد.

فإن قلت: الهدايا قسم من الهبات، وقد ترسل الهديه من مكان بعيد وتصل بعد زمان فيتحقق القبول، وتحصل الهبه المعاطاتيه والمعاطاه سبب واحد، فكيف تصح إذا كانت الموالاه معتبره؟

وكذا في القرض، فلو أرسل المبلغ ووصل بعد مدّه وحصل القبول، فالقرض المعاطاتى حاصل.

فالجواب بوجهين:

أحدهما: أن هناك يداً طويله وقع التسلم بها، فلم يقع فاصلٌ.

والثانى: إنه لما سلم الهديه إلى الواسطه، جعله وكيلاً عنه فى الإيصال، وإذا أوصلها تحقق الإيجاب من قبل المرسل بالاعطاء والقبول بالأخذ من طرف المرسل إليه، فلم يقع الفصل بينهما، وقد تقدّم فى محلّه أن قبول المعاطاه ليس بإعطاء الثمن، بل إن إيجابها بالإعطاء والقبول بالأخذ، ودفع الثمن إبراء للذمه.

هذا ما أفاده قدس سره (١).

ص: ١١٨

ونقول:

إنه بناءً على أن للملكية واقعيته نفس أمرية، وأن البائع موجد لها والعقد آله، فإن الإيجاد لا ينفك عن الوجود، فلا حاجة إلى القول بعدم انفكاك الخلع عن اللبس وأنه يلزم الانفكاك بين المتضايقين. وأيضاً، فإن البائع لا يوجد الملكية بالمباشره، وإنما هو إيجاد للسبب وهو العقد، وليس هذا السبب علّه تامه، بل الجزء الأخير هو قبول المشتري، ولو كان الإيجاب علّه تامه لكانت الملكية حاصله قبل آن القبول، لعدم انفكاك المعلول عن العله، وإذا كان كل من الإيجاب والقبول جزءاً من العله التامه، فأى مانع من الفصل بينهما مع جواز الفصل بين أجزاء العله التامه؟

هذا كله بناءً على المبنى المذكور المترأى من المشهور.

وأما بناءً على ما هو التحقيق - من أن الملكية ليست من الامور المتأصّله في الوجود، بل الملكية والزوجيه ونحو ذلك امور اعتباريه، وكل أمر اعتباري فقوامه نفس المعبر - فالبائع بما أنه أحد العقلاء يعتبر المبادله الملكية بين المالين، وهذا الاعتبار يكون موضوعاً لاعتبار العقلاء والاعتبار الشرعي، والملكيه العقلائيه والشرعيه قائمان كذلك بنفس المعبر، لأنهما أمران اعتباريان، فلا يعقل أن يكون الموجب موجداً لاعتبار العقلاء والشارع، لا بالآله ولا بالتسيب، بل ليس لإيجابه آليه لاعتبار نفسه أيضاً، لأن ملكيته قائمه باعتباره، وبالإيجاب يُظهر اعتباره.

ثم إنه في آن اعتبار الموجب للمبادله بين المالين، يتحقّق له اعتبار

الخلع واللبس والإضافه، ويكون اعتبار العقلاء والشرع بعد مجئ القبول، وأتمًا قبله فلا- خلع ولبس في اعتبارهما، وإذا كان كذلك، فلا- مانع من الفصل بين الإيجاب والقبول، لأن الاعتبار العقلائي والشرعي متوقف على القبول، فمتى تحقّق تحقق الاعتباران.

وبما ذكرنا يظهر، أنه ليس هناك ولا آن واحد يكون فيه خلع بلا لبس، أو انفكاك بين المضاف والمضاف إليه، لأنه في ظرف اعتبار الموجب الخلع واللبس متحققان، ومادام لم يأت القبول فلا خلع ولا لبس من ناحيه العقلاء والشارع.

وعلى هذا، فلو قال الموجب: «بعتك متاعى بكذا» فجعل المشتري يفكر أو يشاور وطالت المدّة ساعة، فقال بعد ذلك «قبلت» تحقق البيع وترتب عليه الأثر.

### رأى المحقق الإيروانى والنظر فيه

وقال المحقق الإيروانى:

لا- فرق بين لفظى البيع والتجاره ولفظ العقد فى الصّيدق مع انتفاء التوالى كالصّيدق مع التوالى، وكأنّ توهم الفرق من تخيل أن العقد اسم للفظ أعنى المجموع المركّب من الإيجاب والقبول، مع أنّ المنقول عن أهل اللغه أنه العهد أو العهد المشدّد. وكأنّ اعتبار التوالى ناش من اعتبار المطابقه بين الإيجاب والقبول، بتوهم عدم حصول المطابقه مع التأخر، لأنّ الإيجاب أفاد النقل من الحين، فإذا تأخر القبول، فإمّا أن يكون قبوله قبولاً لتمام مضمون الإيجاب، فيلزم من صحته حصول النقل من حين الإيجاب كما فى الإجازة

ص: ١٢٠

على القول بالكشف، فيكون النقل حاصلًا قبل حصول تمام العقد وذلك باطل، أو يكون قبولاً لبعض مضمون الإيجاب، أعنى النقل من حين تحقق القبول، فيلزم عدم المطابقه بين الإيجاب والقبول، وهذا المحذور وإن كان يعمّ صورته التوالى أيضاً لتحقيق الفصل هناك أيضاً ولو بيسير، لكن هذا المقدار من التخالف لا يضرّ بالمطابقه العرفيه، فلا يوجب الحكم بالفساد» (١).

وتقريبه: إنّه لما يوجب الباع البيع يُوجد التمليك في حين الإيجاب، ويعتبر مجئ القبول في نفس الحين حتى يتحقق البيع، أمّا لو جاء متأخراً بزمان معتد به، فإنّ أفاد النقل في حال الإيجاب لزم تحقق النقل قبل القبول وهذا خلف، وإنّ أفاد النقل في حاله، لم يتحقّق التطابق بين الإيجاب والقبول.

وفيه:

إن المراد من المطابقه المعتره بين الإيجاب والقبول هو ورودهما على الشئ الواحد بخصوصياته، وهو حاصل هنا، لأنّ الذى ينشؤه الموجب هو طبيعى الملكيه، و«الحين» ظرف للإنشاء لا قيد للملكيه المتحققه بالإنشاء، إذ الزمان دائماً ظرف للإنشاء لا قيد للمنشأ، وكذلك القبول، فإنه يتعلّق بالطبيعى، وهذا هو التطابق، سواء اتّصل القبول أو انفصل، بمقتضى الاطلاقات.

وأما ما قيل في وجه اعتبار الموالاه، من أنّ آيه الحلّ في مقام التشريع

ص: ١٢١

(١ - ١) حاشيه المكاسب: ٩٠

فلا- إطلاق لها ليتمسك به، وما قيل في آية الوفاء من أنّ اللّام للعهد، والعقود المعهودة المتعارفه لم يفصل فيها بين الإيجاب والقبول، فلا دليل على جواز الفصل، فقد عرفت الجواب عنهما في البحوث السّابقة.

وعلى الجملة، فقد ذكر الشيخ أنه لا- يلزم صدق عنوان «العقد»، إذ يكفي صدق «البيع»، فقسم الميرزا الاستاذ المعاملات إلى ثلاثة أقسام، وأن أياً منها يسمى عقداً ويتمسك بآية الوفاء فيه وأياً منها ليس بعقد في الحقيقة، وقد تكلمنا على ما أفاده بالتفصيل.

وما أفاده من اعتبار الوحدة متين جداً بالنسبة إلى فعل الشخص الواحد، فإنّ المشى الواحد من الإنسان مثلاً إنما يصدق إذا لم يتخلله عدم الحركة المناسب له، فلو تخلله خرج عن الوحدة وتعدّد، والتكلم الواحد والقراءة الواحد ونحوهما كذلك، فإنّ التكلم أمر تدريجي، ولا يضرّ بوحده السكوت الجزئي في الأثناء، أمّا لو سكت سكوتاً صدق عليه عدم التكلم فلا، فلو تكلم بعد ذلك كان كلاماً آخر لا استمراراً للسابق.

إذن، لو كان الفعل من شخص واحدٍ واعتبر فيه الوحدة، لزم أن لا يتخلله العدم البديل وإلاّ خرج عن الوحدة.

أمّا لو كان المطلوب تحقق فعلين من شخصين يوجدان أمراً واحداً، فما الدليل على أن يكون فعل أحدهما متصلاً بفعل الآخر حتى يوجد ذلك الأمر الواحد؟

وقد كان شيخنا الميرزا يعتبر الوحدة الحقيقيه، ولذا كان يمثّل بالقراءة والأذان والكلام.

أما شيخنا الاستاذ فاعتبر الوحده العرفيه، وهذه عبارته:

«غايه ما يمكن أن يقال فى تقريب الموالاه بين الإيجاب والقبول هو: إن الإيجاب والقبول حيث أنهما قائمان بأثر، فلهما بنظر العرف جهه وحده، فكأن الواحد قائم بأثر واحد، فلا بدّ من كونهما على نحو من الاتّصال العرفى، فكأنه كلام واحد بوحده اتصاليه يقوم بأثر واحد، وعليه، فلا فرق بين دليل الوفاء بالعقد ودليل حليّه العقد، فإنّ المدار ليس على ما يقتضيه عنوان العقد، بل على ما يقتضيه قيام ما هو كالواحد بأثر واحد» (١).

أقول:

كلّ مركب معنون بعنوان واحد ذى أثر واحد، فإنّ صدق عنوان المركب بمجىء الجزء الأخير منه وإلا لم يصدق عليه العنوان، نعم، يلزم استمرار وجود الأجزاء المتقدّمه حتى مجىء الأخير، وعليه، فلمّا كان للإيجاب والقبول فى المعاملات طريقتيه إلى حصول الأمر المعنوى الذى هو عبارته عن العهد النفسانى، فلا بدّ من بقاء العهد من الموجب حتى يأتى القبول وهو العهد من المشتري، والأثر إنما يترتب بعد مجيئه لأنه الجزء الأخير للعلّه التامه، وإذا كان الأمر كذلك، لم يضّر الفصل بين الإيجاب والقبول، سواء كان قصيراً أو طويلاً، فالقول بـ «كأنه كلام واحد...» صرف تشبيه ولا أثر له، بعد وضوح واقع الحال فى المطلب، وقد تقدّم أن «اللام» فى العقود ليس للعهد،

ص: ١٢٣

وَأَنَّ الْإِطْلَاقَ فِي آيَةِ الْحَلِّ تَامٌ (١).

ص: ١٢٤



قال الشيخ:

ومن جمله الشرائط التي ذكرها جماعه: التنجيز في العقد، بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداه الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعامله في صوره وجود ذلك الشيء لا في غيرها... .

أقول:

قد نسب إلى المشهور بل ادعى عليه الإجماع: اعتبار التنجيز في العقد وأن التعليق مبطل.

فإن كان المراد كون نفس الإنشاء معلقاً، فإنّ الإنشاء من أنحاء التكلم الدائر أمره بين الوجود والعدم، إذ الإنسان إما متكلم وإما غير متكلم، فلا يعقل وقوع التعليق في الإنشاء.

ثم إن الإنشاء والمنشأ واحد حقيقة، فإذا لم يكن الإنشاء معلقاً بالمنشأ به غير معلق كذلك، فلا بد من تصور التعليق فيما عدا الإنشاء والمنشأ.

ثم إن للتعليق أنحاء، فقد ينشئ الإنسان المفهوم التعليقي ولا- يعلم هل يتحقق ذلك المفهوم في الخارج أو لا يتحقق، فيكون التعليق مرتباً بتحقق الشيء في الخارج.

وقد يكون التعليق مربوطاً بقصده الجدّي، كما لو قال: «إن كنت صديقي بعثتك هذا» و«إن كنت عادلاً بعثتك هذا» فالإنشاء والمنشأ فعليتان إلا أن القصد الجدّي معلق.

وقد يكون في آثار مضمون العقد المستقر، كأن يقول: «أنت وكيل في بيع هذا على أن يكون بيعه في وقت رواج هذا المتاع» فهو وكيل له الآن، لكن تصديه للبيع أي الموكل فيه، معلق بالوقت الكذائي.

فظهر أن لا معنى للتعليق في الإنشاء والمنشأ، وإنما هو في الجهات المذكوره الخارجه عنهما.

ثم إنَّ الشيخ بعد أن أورد كلمات الأصحاب في أصل الاشتراط وذكر أنه «لا شبهه في اتفاهم على الحكم» وكلماتهم المختلفه في وجه الاشتراط، قال:

«وتفصيل الكلام، أنَّ المعلق عليه: إمّا أن يكون معلوم التّحقق وإمّا أن يكون محتمل التّحقق، وعلى الوجهين، إمّا أن يكون تحقّقه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل» فهذه أربعه تقادير.

ثم قال:

«وعلى التقادير، إمّا أن يكون الشرط مما يكون مصححاً... أو مما يصح...

وكون المشتري ممن يصح... وممن يجوز العقد معه... وإما أن لا يكون كذلك».

أقول:

كان الأولى أن يقول: الشرط المعلق عليه، إمّا معلوم التّحقق، وإمّا مجهول التّحقق، وظرف التّحقق، إمّا هو الحال وإمّا هو المستقبل، فهذه أربعه تقادير.

ثم المعلق عليه على التقادير المذكوره، إمّا هو دخيل في قوام العقد كالقبول، مثل قوله: بعتك هذا إن قبلت، إذ القبول مقوم لماهية العقد، أو هو دخيل في الموضوع كقوله: زوجتك إن كنت محلاً، فالإحلال من الإحرام دخيل في صحة العقد ومقوم لموضوعه، والمقوم للموضوع تاره: يكون

ص: ١٢٦

مقوّماً له شرعاً كما ذكر، واخرى: يكون مقوّماً له في نظره واعتباره كقوله: «إن كنت صديقي بعتك هذا». وثالثه: يكون دخيلاً في صحه العقد من جهه شرائط المتعاضين، كأن يقول: إن كنت بالغاً بعتك هذا، إن كنت مالكاً للثمن فقد بعتك مالى به، ورابعه: يكون دخيلاً في صحه العقد من جهه شرائط العوضين، كقوله: بعتك هذا بدارك إن لم تكن وقفاً، وخامساً: لا يكون شىء من ذلك، مثل: بعتك هذا إن كان يوم الجمعة.

فهذه ستة تقادير، وبالنظر إلى الأربعة، فالمجموع أربعة وعشرون تقديراً.

لكنّ الأولى: جعل التقديرين فيما هو دخيل في الموضوع واحداً، وجعل تقديري ما هو دخيل في صحه العقد من جهه شرائط المتعاقدين، ومن جهه شرائط العوضين واحداً، فتكون التقادير أربعة، والأربعة في الأربعة ستة عشر.

### أدله اعتبار التنجيز

#### إشاره

قال الشيخ:

**وأما الكلام في وجه الإشتراط.**

#### إشاره

أقول:

واستدلّوا لاعتبار التنجيز بوجه:

**الأول: قولهم: لا يعقل التعليق في الإنشاء.**

قلت: إن تحقّق التعليق في الإنشاء معلوم العدم، ومثل ذلك لا معنى

للبحث عن بطلانه وعدم معقوليته (١).

ص: ١٢٨

قلت: قد يستفاد من كلمات بعض الأعلام أنّ التعليق يوجب عدم الجزم، وعليه، فإنّ عدم التنجيز ينحصر بما إذا كان المعلق عليه مجهولاً. في الحين أو في المستقبل، فلو علق على ما هو معلوم الحصول كقوله: بعثك هذا إن كان اليوم يوم جمعه، فإنّ الجزم موجود في ذلك، فليس قولهم بأنّ التعليق ينافي الجزم على إطلاقه.

وقد يستفاد من كلام بعض آخر: أنّ التعليق يستلزم انفكاك المنشأ في مقام الفعلية في الخارج عن المنشأ في مقام الإنشاء، فكأنّهم يعتبرون عدم الانفكاك بينهما، نظير البحث في الواجب المعلق، بمعنى: أنه إن علق الملكيه

على شيء كأن يقول: ملكتك إن جاء زيد غداً فالملكيه تتحقق للطرف بعد حصول المعلق عليه، فانفك التملك عن الملكيه، مع أن نسبه أحدهما إلى الآخر نسبه اليجاد إلى الوجود في كونهما واحداً حقيقةً.

وبعبارة أخرى: إن كان التملك قبل مجئ زيد، فهذا خلف، وإن كان بعده، لزم الانفكاك.

لكن هذا المعنى منحصر بما يكون التعليق استقبالياً، أعم من أن يكون معلوماً أو مجهولاً.

إذا عرفت هذا، فإن القدر المتيقن من معقد الإجماع هو مجمع المحذورين، وهو أن يكون مجهولاً استقبالياً. هذا أولاً.

وثانياً: فإن هذا الإجماع نظري وليس بالإجماع الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام أو الدليل المعتبر (١).

### **الثالث: إنَّ العقد المتضمَّن للتعليق غير مشمول لآيه الوفاء.**

قلت: كأنه من باب أن كل عام أو مطلق اسند إليه حكم يختص ببعض الأفراد يكون مخصّصاً، كما قال الشيخ في مباحث الإستهجاب (١): أن لفظ

ص: ١٣٠



فى الآيه نستكشف عدم تقيد الموضوع وهو العقد، وإلا يلزم تخلف الحكم عن موضوعه.

والجواب:

إن هذا مبنى على أن يكون المراد من «أوفوا» ترتيب الأثر، وأما إن كان المراد هو ترتيب المقتضى على المقتضى، فمعنى الآيه: هو العمل بمقتضى العقد، فإن كان منجزاً، اقتضى ترتيب الأثر بالفعل، وإن كان معلقاً اقتضى ترتيب الأثر على حسب التعليق ومقتضاه.

فالآيه المباركه على عمومها، ووجوب الوفاء مطلق لا مشروط، وقد وقع الاشتباه فى معنى «الوفاء»(١).

على أن هناك موارد كثيره لا يترتب فيها الأثر بمجرد وقوع العقد، ففى بيع الصيرف وكذا فى الوقف والهبة مثلاً: لا تحصل الملكيه إلا- بعد القبض، ولا- يقول أحد بأن أدله هذه الموارد مخصيه لعموم الآيه، والسير فى ذلك هو ما ذكرناه من معنى «الوفاء».

#### **الرابع: إن الإنشاءات مبتنيه على الجدّ والجزم**

، والتعليق ينافى الجدّ والجزم.

وهذا الوجه موجود فى كلمات جلّ الأساطين.

ولكنه أخصّ من المدعى كما لا يخفى. ثم إنه:

ص: ١٣٢



تاره: هو متردّد في فعله غير جازم به، فهذا باطل، واخرى: هو جادّ في فعله بداعي تحقّق المعلّق عليه، لكنه جاهل بما هو كائن في الخارج، فهذا لا إشكال فيه، فكما يصح الإخبار عن جزم كأنّ يقول: إن جاء زيد غداً يكون كذا، ولا يدرى هل زيد يجيء أو لا، لكنّه يعلم بأنه سيكون كذا على تقدير مجيئه، كذلك الإنشاء بقوله: بعثك هذا إن جاء زيد غداً، فهو يبيع عن جدّ وجزم ولكنّه لا يدرى هل سيجيئ زيد حقاً أو لا، فإذن، لا تعليق في إنشائه، وجهله بحال المعلّق عليه غير مضر(١).

### الخامس: إنّ التعليق عبارته عن التقييد،

فلو قال: ملكتك إن جاء فلان غداً، لم يكن قيماً للنسبه، لكونها غير قابله للتقييد لجزئيتها، والتقييد دائماً يتوجّه إلى المعاني الكلّيه، والمعنى الحرفي جزئي. أو قل: إن النسبه غير ملحوظه باللحاظ الاستقلالي، فلا تقبل التقييد. مضافاً: إلى أن النسبه قائمه دائماً بطرفيها، فلو تقيّدت تقيّد التملك أيضاً، فيكون إخباراً عن أنه سيملك إن جاء فلان غداً، ولا يكون إنشاءً، وعلى فرض كونه إنشاءً يلزم تفكيك المنشأ عن الإنشاء.

والجواب، بناءً على التحقيق من أنّ المعنى الحرفي لا يقبل التقييد لكونه جزئياً، والنسبه معنّى حرفي، وبناءً على التحقيق من أن التعليق غير التقييد: إن لقوله «ملكتك» نسبتين، نسبه إلى البائع نفسه ونسبه إلى المشتري، فإن كان التعليق قيماً للمالك لزم الإشكال، إذ لازمه أن لا يكون التملك فعلياً،

وإن كان قيلاً للمشتري، فلا محذور أصلاً، لإمكان كون نفس هذا الجزئي بالذات معلقاً على شيء.

فالبائع يعتبر فعلاً-الملكيه المضافه إلى المشتري إن جاء زيد في الغد، فالتعليك فعلٌ من قبل البائع، والملكيه في الغد - على التقدير المذكور - حاصله فعلاً للمشتري في عالم الاعتبار باعتبار من البائع.

### السادس: ما ذكره الميرزا الاستاذ قدس سره من أن التعليق

قد يناط به صحه العقد أو الإيقاع، كأن يقول: بعت هذا المتاع إن كان ملكاً لي، اعتقت هذا إن كان عبدي، ففي مثله لا مانع من التعليق، لأنه نظير القضييه الحقيقيه التي انيط الحكم على ثبوت الموضوع وعلق عليه، وفيما نحن فيه كذلك، فإن قوام العقد أن يكون المال ملكاً للبائع، وكذا في العتق... فإن طبع المطلب هو وجود الإناطه.

وأما في غير ما ذكر، فلما كانت العقود الشرعيه نظير العهود المتعارفه بين عامه الناس، فما أمر الله بالوفاء به، وما أحله، عباره عمّا هو متداول بين الناس كافة، وهو ما ليس بمعلق - وأما ما يكون بين الملوكة والدول من العهود التعليقيه، فذاك نادر - فالآيات ناظره إلى ما هو متعارف بين الناس، لكونها إمضاءً لها... فالعقود التعليقيه على خلاف المتعارف والأدله غير شامله لها.

وعلاوة على تنزيل الأدله على ما هو المتعارف، يمكن أن يقال: إن المتعارف هو القدر المتيقن في مقام التخاطب، فلو قال المولى لعبده: إمش إلى السوق، كان المتيقن من الأمور به هو المشي المتعارف، فلا يقال إنه عام ليشمل المشي القهقرائي.

وكذا لو أمره بأكل الطعام، فليس له الأكل من القفا أخذاً بإطلاق الكلام، وهو يحتمل أن المولى يريد الكيفيه المتعارفه من الأكل.

وهنا: القدر المتيقن في مقام التخاطب هو غير المعلق.

والجواب:

إنّ هذا الوجه يتوقّف على تماميه دعوى أنّ موضوع آيه الوفاء ليس إلّا العقود المتعارفه، وذلك أوّل الكلام، بل العموم في الآيه المباركه محكّم كما ذكرنا مراراً.

وبعد:

فإنّ الوجوه المقامه على بطلان التعليق في العقود منها شرعيه، مثل الإجماع، وآيه الوفاء بالعقود، بدعوى أنّ موضوعها العقود المتعارفه والتعليق ليس بمتعارف، فالعقد المعلق غير نافذ شرعاً.

وقد عرفت أنّ الإجماع المدّعى في المسأله ليس بالإجماع الكاشف عن رأي المعصوم أو الدليل المعتبر، فهو ليس بحجّه، وأنّ العموم في الآيه المباركه ثابت ولا مجال لرفع اليد عن عمومها.

ومنها: عقليته، مثل أنّ الإنسان إذا أراد تحقّق شيء اعتبر أنّ يكون الشيء ممكن التحقّق حتى تتعلّق به الإراده، ومع جهله بتحقّقه خارجاً لا تكون إرادته له جديّه.

وقد تقدم الجواب عنه.

ومثل: لزوم انفكاك الإنشاء عن المنشأ.

وقد تقدّم الجواب عنه كذلك.

ص: ١٣٥

ونقول أيضاً:

إنّ القضايا التعليقيّة إمّا شرطيه أو غير شرطيه، ففي الشرطيّه: مقدّم وتالي، فإذا قال: إن جاء ابني غداً ملكتك هذا بهذا، فمجيء الولد غداً هو المقدّم والتعليك هو التالي، وهو تابع للمقدّم، فإن كان حالياً فهو حالي وإن كان استقبالياً فهو استقبالي، لكنّ الكلام في أنّ أيّهما المعلق؟ وإذا كان هو التالي، فإنّ: ملكتك هذا بهذا الواقع تالياً في هذه القضية، مركّب من المادّه والهيئّه، فالمادّه هي التملك، والهيئّه هيئه اسناد الماده إلى الفاعل، وإسنادها إلى الطرف المقابل، وإسنادها إلى الملك الذي يقع عليه البيع مثلاً وهو المتاع، فأين يقع التعليق على مجيء زيد في الغد؟

إن كان للمادّه، فإنّ الزمان من الأعراض، فلا يعرض العرض ولا يعرض الأمر الاعتباري بالأولويّه، لكنّ يصحّ أن يكون مقدّراً للعناوين الاعتباريه بالأفعال، كما إذا قال: «صلّيت في اليوم»، فالصلاه عرض لا جوهر، و«اليوم» مقدّر ومحدّد له، وكذا «تكلّم في الليل» و«خطب ساعه» وغير ذلك، فقوله: إن جاء ابني غداً ملكتك متاعى، إن كان إنشاءً الآن للملكيه في الغد، فلا بأس به، فالإنشاء والمنشأ - وهو الملكيه في عالم الاعتبار - حاصلان الآن، وأمّا الملكيه الخارجيه فهي في الغد.

وبالجملة، فإنّه قد أنشأ ملكيه خاصّه وهي الملكيه في الغد، فالملكيه الإنشائيّه فعليه كالإنشاء ولا - انفكاك بينهما، - وإنّما الخارجيه غير فعليه، ولو يفرض لها الفعلية يلزم الانفكاك بين الإنشاء والمنشأ - فالإنشاء كالإخبار كأن يقول له: أنت مالك لهذا المتاع إن جاء زيد غداً، فكما يصحّ هذا القول - والإخبار لا ينفك عن الخبر - فكذلك الإنشاء.

ص: ١٣٦

نعم، يتوقف ترتب الأثر الشرعى على هذا الإنشاء على وجود دليلٍ من قبل الشارع، وهو عموم آيه الوفاء.

وتلخص: انتفاء محذور الانفكاك.

ومثل: إنّه لو علّق مضمون العقد بشيء، فإن كان موجوداً بالفعل فخلف، لكونه خلاف مقتضى الإنشاء لأنه قد علّقه على الغد مثلاً، وإن كان وجوده بعد حصول الأمر التقديرى، يلزم انفكاك الوجود عن الوجود، وهو مستحيل.

والجواب: إن مضمون العقد «ملكتهك هذا إن جاء زيد غداً» مشتمل على مادّه وثلاث نسب ومتعلّقات.

والتعليق، إمّا يكون فى مادّه الملكيه، وهى من المعانى الكليه، بأن يلحظ الملكيه المعلقه وينشئها فتوجد فى عالم الاعتبار، فيكون التعليق مضيئاً لدائره المفهوم الكلى الواسع اعتباراً، ولا إشكال.

وقد كان منشأ الوهم: إنّ الإنشاء فعلى والملكيه تحصل للطرف فى الغد إنّ جاء زيد، فلزم الانفكاك.

لكنه يندفع بما ذكرنا، من أنّ الملكيه الاعتباريه المنشأه فعليه كذلك، والذى يكون فى الغد على التقدير هو الملكيه الواقعيه الخارجيه.

وعلى الجملة، فإنّ المعبر بإنشائه هو الملكيه الخاصه - أى المعلقه على القيد المذكور - وهى موجوده بوجود الإنشاء، لأنّ الإنشاء والمنشأ واحد فى الحقيقه ووجودهما واحد، فلا انفكاك.

وإن كان التعليق للنسبه، فإن كان لنسبه المادّه إلى المفعول الأول أو الثانى، فالأمر سهل، إذ يقول: «أنشأت ملكيه هذا المتاع لك إن فعلت كذا»

ولا- مانع منه، إذ المقوم للنسبه هو المضاف وهو الملكيه الخاصه، وإن كان لنسبه الماده إلى الفاعل البائع، فهو ممتنع، لأن معنى ذلك أن تملكه المتاع للطرف الآخر إنما هو في الغد، فكان الإنشاء والاعتبار فعلياً لكن المنشأ والمعتبر في الغد، فيحصل الانفكاك، وهو محال، أو يخرج الكلام عن كونه إنشاءً ويكون إخباراً.

فظهر أن التعليق إن كان راجعاً إلى الماده أو إلى المفعول، فلا محذور، وإنما المحذور في صورته الإسناد إلى الفاعل.

قال الشيخ:

ومن جملة الشروط التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا في المضمون، بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص، من حيث خصوص المشتري أو المثلن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد. ووجه هذا الاشتراط واضح... .

أقول:

ليس المراد المطابقه اللفظيه بل المطابقه من حيث المعنى، فلما كان العقد هو العهد المشدود والمرتبط بعهد آخر، فلا بد وأن يتطابق العهدان، إذ العقد في الحقيقه هو التعاهد، ولولا التطابق لم يتحقق التعاهد.

فمقتضى العقد هو التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو قال: بعتك هذا، وقال الآخر بدل قبلت البيع: قبلت الصلح، لم يكن التطابق، بل هما إنشاءان أجنبيان لا ربط لأحدهما بالآخر. إذن، يجب أن يكون الإيجاب والقبول ماهية واحدة.

وأيضاً: يعتبر الوحده بين العوضين، فلو كان المبيع هو الحنطه ومورد القبول هو الشعير، لم يتحقق العقد؛ ولو باع الحنطه بعشره دراهم فقال المشتري: قبلت الحنطه بخمسه دراهم، لم ينعقد البيع.

وأيضاً: يعتبر الوحده في المتعاقدين، فلو قال: بعته من موكلك بكذا، فقال: اشتريته لنفسى، لم ينعقد.

وهذا فى الجملة ضرورى، وهو من القضايا التى قياساتها معها، لأن العقد - كما ذكرنا مراراً - هو العهد المؤكد أو المشدّد، أى المرتبط بعهدٍ، فهو معاهده بين طرفين، ولولا المطابقه لم يتحقّق المعاهده، بل هما كلامان أجنبيان.

إنّ كلّ عقد فهو مرّكب من الماهيه، أى ماهيه المعامله كالبيع والإجاره والنكاح، ومن المتعاقدين، وممّا يقع عليه العقد من العوضين كما فى البيع، أو لا عوض له كالهبه والوقف والرهن، ومن المتعلّقات.

المطابقه ضروريّه فى الماهيه، فلو قال: «بعتك الجاريه بكذا» فكان القبول: «قبلت تزويجها» أو قال: بعتك الدار، فقال: استأجرتها... وهكذا، بطل العقد، لعدم المطابقه بين الإيجاب والقبول فى ماهيته.

وأما المتعاقدان، ففيه تفصيل.

فإنّ كانا ركنين فى العقد كما فى النكاح والبيع، فلا بدّ من تعيينهما من حيث الأصاله والوكاله والتطابق، فلو قال: بعتك الدار فقال: قبلت البيع لموكلى، بطل.

وإنّ لم يكونا ركنين.

فتارة: يصرّح من حيث الأصاله والوكاله، كأن يقول: بع هذا لنفسك، فلو قال: قبلت لموكلى، بطل، أو يقول: بع هذا لموكلك، فيقول: قبلت لنفسى، كان باطلاً فالتطابق فى هذه الصوره معتبره كذلك، ولولاه فلا معاهده بينهما، والعقد غير متحقّق.

واخرى: لا يصرّح، وفيه تفصيلٌ أيضاً.

فإنّ كان المبيع عيناً خارجيّه، ولا تفاوت فى الغرض بين الأشخاص،



كما لو قال: «بعتك هذا» وهو يرى أنه سيقبل لنفسه لكنه قال: «قبلت لموكلتي» صحَّ العقد، لأنه لم يصرِّح بالأصالة والوكالة، ولم يتعلَّق غرضه بأن يملك العين لشخص القابل. ولو قال: بعتك هذا، فقال الوكيل: قبلت لموكلتي، كان صحيحاً بالأولوية.

وأما إن كان أحد العوضين في الذمَّة ولا تصريح من حيث الأصالة والوكالة، كأن يقول: بعتك هذا بكذا في ذمَّتكَ، أو يبيع الحنطة التي في ذمَّته بكذا بثمنٍ نقداً فيقول: قبلت لموكلتي، ففيه إشكال، لأنَّ الموجود في الذمَّة متشخِّص بها، والشئ في ذمَّته زيد يغيره في ذمَّه عمرو، وإنَّ كانا متماثلين في الجنس والخصوصيات، فلم يتوارد الايجاب والقبول على المورد الواحد.

وأما التطابق في العوضين، فقد يبيع الشئ المعلوم بجميع خصوصياته كأن يقول: بعتك هذه الحنطة بعشره دراهم، فيقول المشتري: اشترت نصفها بخمسه دراهم. وقد يبيع الشيئين المتماثلين لاثنين بايجاب واحدٍ بثمن واحد، يقول: بعتكما هذين الشيئين بكذا، فيقول أحدهما: اشترت أحدهما بنصف قيمه، وأما الثاني فلا يقبل، وقد يبيع الشئ بثمنٍ فيقبله المشتري بأكثر منه، كأن يقول: بعتك هذا بخمسه دراهم، فيقول المشتري:

قبلت بعشره دراهم. وقد يبيع الشئ المشاع لاثنين، كأن يبيع كمِّيَّه خاصَّه من الحنطة لهما بعشره دراهم، فيقول أحدهما: قبلت هذا النصف المعين بخمسه دراهم، ويقول الآخر: قبلت النصف الآخر بخمسه دراهم. أو قال البائع: بعتكما هاتين الصبرتين مشاعاً بعشره دراهم، فقبل كلُّ منهما احدى الصبرتين بخمسه دراهم.

وأما التطابق في الخصوصيات، كأن يبيع مشروطاً لنفسه خيار الفسخ فيقول: بعثك هذا بهذا على أن يكون لي خيار الفسخ، فيقبل المشتري البيع دون الخيار، أو يقول: بعثك هذا بهذا بشرط أن تخيط لي ثوباً، فيقبل البيع بلا شرط.

فالمشهور بين الفقهاء: أن تعدّر الشرط أو تخلفه موجب للخيار، فيظهر أن الشرط أمر خارجي لا يوجب تخلفه بطلان العقد، وعليه، فما الدليل على البطلان في هذا الفرض كما اختار الشيخ؟

وأيضاً، فقد اتفقوا على ثبوت خيار تبعض الصفقة للمشتري، فله أن يحتفظ بما يقبل التملك من المبيع ببعض الثمن، وهذا هو مقتضى القاعده، فلماذا يكون البيع باطلاً إن اشترى النصف بنصف الثمن؟

وبالجملة: إذا كان خيار تخلف الشرط وخيار تبعض الثمن على القاعده، كان مقتضى تلك القاعده القول بثبوت الخيار فيما نحن فيه.

ولكل من استادينا هنا بيان:

فقال الميرزا الاستاذ: إن ثبوت خيار تبعض الصفقة فرع لصحة العقد، فلا يكون ثبوته منشأ لصحته (١).

ص: ١٤٢

وقال شيخنا الاستاذ: «صححه العقد في مورد تبعض الصفقه إذا كانت على القاعده، فلا محاله يتوقف الصححه على وقوع المعاقده على الفاقد للشرط وعلى بعض الصفقه، وحينئذ فالقبول بلا شرط أو قبول النصف بنصف الثمن، لا يمنع عن تحقق المعاقده، فاللزام تحقق المعاقده بالإضافة إلى ما يراد الحكم بصحته. فتدبر» (١).

أى: إن معنى ثبوت الخيار فى الموردین هو أنّ تبعض الصفقه وتخلّف الشرط لا ینافیان تحقق المعاقده، ولو كانا ینافیانه لقالوا بالبطلان، فلماذا تقولون هنا بالبطلان؟

وعلى الجملة، فإنّ مقتضى القاعده ثبوت الخيار، كسائر موارد خيار تخلّف الشرط وخيار تبعض الصفقه، فالقول بكون الخيار فى تلك الموارد على القاعده، والقول ببطلان البيع هنا متنافیان، إذ لا فرق بین صورته تخلّف الشرط بعد وقوع البيع، وصوره عدم قبوله من أوّل الأمر.

وما ذكره الميرزا الاستاذ من أنّ سبب ثبوت الخيار عند تبعض الصفقه - فيجوز له أنّ يحتفظ ببعض المال ببعض الثمن - هو وقوع العقد صحيحاً على ذلك البعض الذى يمسه المشتري، وكذا فى مورد تخلّف الشرط، فإنّ

ص: ١٤٣

جواز احتفاظه بالشئ مع تخلف العقد متفرع على صحه العقد الواقع على ذات المبيع.

فيه: إن ثبوت خيار تبعض الصّفقه ليس على أثر صحه العقد، بل هو على أثر نفوذ العقد بالنسبه إلى بعض الصّفقه وعدم نفوذه بالنسبه إلى البعض الآخر، وهذا بعينه يقتضى ثبوت الخيار فيما نحن فيه، لأنّ العقد بالنسبه إلى ما قبل نافذ وبالنسبه إلى ما لم يُقبل غير نافذ، فلا فرق بين مورد البحث وموارد خيار تبعض الصّفقه... وكذا الأمر فى خيار تخلف الشرط بلا فرق.

وبعبارة اخرى: منشأ الخيار هو تأثير العقد فى البعض، بأن يكون مالكا له لصحه العقد، وعدم تأثيره فى البعض الآخر، لعدم كونه ملكا للبائع أو كون فاسداً مثلاً، فالعقد بالنسبه إليه فاسد، وهذا المنشأ بعينه موجود فيما نحن فيه، ولا وجه للقول بالفساد هنا(١).

والتحقيق:

فيما لو باع شيئاً وقبل المشتري نصفه بنصف الثمن، وأمثال ذلك، إنه إذا عرضت صفه على مركب فإنها تنبسط على جميع أجزائه، لأن المركب عبارته عن نفس الأجزاء بالأصل، فكلّ جزء من أجزائه يتّصف بتلك الصفه

ص: ١٤٤

لا محاله، فإذا باع مجموع الصّفقه فقد عرضت الملكيه على أجزاء تلك الصّفقه بأسرها، فإذا قبل المشتري بعض الصّفقه بنصف الثمن ولم يقبل الآخر، لم يصح، لأن ملكيه البعض الذى قبله متفرعه على العقد، وتمايمه العقد موقوفه على قبوله، فلا معنى لتقدّم الملكيه على القبول.

وبعبارة اخرى: إن السبب المملك هو العقد، والذى انبسط على أجزاء المبيع هو التمليك الإنشائي للبائع، لكنّ تملك المشتري للبعض موقوف على العقد وتمايمه العقد موقوفه على قبول المشتري، فكيف يكون مالكا للنصف وهو غير قابل للعقد؟

أما فى موارد خيار تبعض الصّفقه، فالمفروض تمايمه العقد، إذ البائع أوجب البيع بالنسبه إلى الصّفقه كلّها، والمشتري قبل ما فعله البائع، وانبسط العقد على جميع الأجزاء، وحصل التطابق بين الإيجاب والقبول، غير أنه قد ظهر دليل شرعى عدم صلاحيه نصف المبيع لملكيه المشتري، فهو لا يملك هذا النصف ويملك النصف الآخر، وحيث كان من قصده شراء كلّ الصّفقه لا نصفها، فله الخيار فى الالتزام بالعقد وإنفاذ المعامله بالنسبه إلى النصف، وعدم الالتزام به وفسخه.

فظهر أنّ الصحيح هو البطلان فيما نحن فيه وفاقاً للشيخ، وظهر الفرق بينه وبين موارد الخيار.

هذا بالنسبه إلى خيار تبعض الصّفقه.

وتلخص:

ضروره التطابق بين الإيجاب والقبول فى الجهه الاولى وهى مادّه المعامله، وإلا لم يتحقق العقد.

ص: ١٤٥

وأما في الجبهه الثانيه، وهى فى المتعاقدين، فقد كان لنا تفصيل.

الجبهه الثالثه: التطابق فيما يقع عليه العقد سواء المعاوضى وغير المعاوضى.

إنه لابد من التطابق فى هذه الجبهه، والاختلاف من حيث الشخص والصنف مضر بصحة العقد، لأن عنوان العقديه متقوم بوحده العهدين، ولولا توافقهما فى العهد فلا يتحقق العقد.

أما لو وقع الاختلاف بينهما من حيث البعض والكلى، فهنا ربما يقال بالصحه والخيار.

وما يمكن أن يبرهن به على هذا القول هو: إن كل صفه تعرض على المركب لا محاله تكون عارضه لأجزائه، إذ ليس المركب غير الأجزاء، فلو باع الدار بمائه دينار فقال المشتري: قبلت نصفها بخمسين ديناراً، صح العقد وثبت الخيار للبائع، نظير ما لو باع شيئاً وقبل المشتري ثم بان أن بعض الثمن ليس ملكاً للمشتري، فله خيار تبعض الصفقه كما تقرر فى محلّه.

وفيه: إن المشتري إنما يملك ما أوجب العقد ملكيته له، فالمؤثر هو الملكيه العقديه لا الملكيه الإنشائيه من ناحيه البائع، والملكيه العقديه عباره عن توافق العهدين على الشئ الواحد، والعهد أمر بسيط، وهو ينحل انحلالاً عقلياً على كل جزء جزء من المركب ويكون مورداً للعهد، وهذا التوافق غير متحقق إلا بأحد النصفين، أما النصف الآخر فلا توافق عليه، لأن عهد البائع بالنسبه إليه ضمنى وعهد المشتري استقلالى، وإذا اختلف العهدان لم يتحقق العقد.

وبعباره اخرى: العهد الضمنى الانحلالى للنصف لا ثبوت له إلا بثبوت

الكُلِّ، فلمَّا تعهّد البائع بالنسبه للكُلِّ فقد تعهّد بالنسبه للنصف ضمناً، لكنّ المشتري بقبوله للنصف فقط تعهّد بالنسبه إليه بالاستقلال، فلو أريد إيجاد توافق العهدين بالنسبه إلى هذا النصف الذى قبله المشتري لزم أن يكون من ناحيه القبول، ولكنّ القبول متوقف على تحقق العهد من البائع بالنسبه إليه - لأن القبول فرع الإيجاب - فيلزم الدور.

هذا بالنسبه إلى الجهه الثالثه.

وأما الجهه الرابعه، وهى التطابق فى التوابع والخصوصيات(١)، فإنّ

ص: ١٤٧

للشروط صوراً، فإن كان المبيع كلياً والشرط منوعاً له، فوقع الاختلاف، بطل العقد، لأن الإيجاب والقبول مع اختلاف العوضين جنساً أو صنفاً أو نوعاً، غير واردين على موردٍ واحدٍ، وهو موجب للبطلان كما تقدم.

وإن كان الشرط أمراً خارجاً، كما لو باع بشرط الخيار وكان قبول المشتري بدون الخيار، وظاهر معنى البيع بشرط الخيار هو نفى ما كان يقتضيه ظاهر حاله من الالتزام بالعقد وعدم الرجوع عنه، لكن المشتري إنما يقبل بلا خيار للبائع، فمقتضى القاعده صحه العقد، لأن التزام البائع بالعقد خارج عن ماهيته، فالعقد واقع، غير أن المشتري يطلب من البائع الالتزام به وهو لا يريد، فهما متوافقان على العقد ومختلفان فيما هو خارج عن حقيقته.

أمّا لو باعه الدار واشترط عليه خياطه ثوبٍ له مثلاً، فإن كان تملكه منوطاً بالخياطه، فما لم تتحقق لم يجز له التصرف، لكنهم يقولون بصحة العقد، وهذا يكشف عن أن العقد غير منوط بالشرط، فهنا احتمالان:

فالمحكي عن المشهور هو الصحه، لأن المنوط به الالتزام بالتمليك هو التزام الطرف الآخر بخياطه الثوب، فإذا التزم صح العقد لتحقق الالتزام من الطرفين، وأما اختلافهما في الشرط فلا يضرّ بالعقد لأنه خارج عن حقيقته.

لكن الإنصاف أنه بعيد عن ظاهر الكلام، فإن قول البائع: ملكتك هذا بشرط أن تخط لي ثوباً، ظاهر في إناطه التمليك، فإذا قال: قبلت من دون الالتزام بالشرط حصل الاختلاف وبطل العقد.



## مسأله وقوع كل من الإيجاب والقبول في حال يجوز لكل منهما الإنشاء

### إشاره

قال الشيخ:

ومن جمله الشروط في العقد: أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء... .

أقول:

يعتبر في صحه العقد: أن يكون كل من المتعاقدين واجداً للشرائط في حال إنشاء الآخر، فإذا أوجب البايع الإيجاب الذي يصح منه في حال، اعتبر أن يكون على ذلك الحال في حين إنشاء الطرف المقابل للقبول، مثلاً: إذا قال بعت ثم نام أو جن، فقال الطرف قبلت، لم يؤثر.

وهكذا الأمر بالنسبه إلى الشرائط الشرعيه، فلو قال «بعت» وحجر عليه الحاكم الشرعي أو عرض عليه الرقيه مثلاً، لم يؤثر قبول القابل.

وهذا من الشرائط العقلية المقومه لماهية العقد، فقد ذكرنا مراراً أن الإنشاء من أطوار استعمال اللفظ في المعنى، والعقد إنشاء من الطرفين، وهو أمر قصدي، فلو كان في حال لا يتمشى منه القصد فلا إنشاء، فإذا قال المجنون أو المغمى عليه أو النائم: «بعت» لم يؤثر.

ومن الشرائط ما هو معتبر في الشرع، كأن يكون بالغاً، فالصغير - وإن أنشأ عن قصد للمعنى - لا يؤثر إنشاؤه، والمفلس ينشئ عن قصد لكن لا أثر له لكونه محجوراً عليه، وكذا السفیه، والرق يتحقق منه الإنشاء وهو قاصد

ص: ١٤٩

للمعنى، لكن لا يترتب عليه الأثر شرعاً.

فالشرائط إما عقلية وإما شرعية كما أوضحنا.

فكل من الموجب والقابل يعتبر فيه أن يكون عند الإنشاء على حالٍ يترتب الأثر على إنشائه بحسب الشرائط العقلية والشرعية، وأن يكون باقياً على تلك الحال حتى إنشاء الطرف المقابل، فإذا تحقق ذلك تحقق العقد.

إنما الكلام في أنه هل يترتب الأثر على القبول إن لم يكن القابل واجداً للشرائط العقلية والشرعية في حين إيجاب الموجب وإن كان واجداً لها عند القبول، أو لا يترتب؟

مثلاً: لو كان القابل في حال إيجاب الموجب نائماً أو كان رقاً، ثم أنشأ القبول في حال اليقظة والحريه، فهل يؤثر؟

ولو أنشأ الموجب الإيجاب واجداً للشرائط ثم فقد بعضها، فهل يؤثر قبول القابل والحال هذه؟

قال الشيخ:

ثم إنَّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والإغماء بل النوم، فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنى المعاقده والمعاهده حينئذٍ... وإن كان لعدم الاعتبار برضاها، فلخروجه عن مفهوم التعاهد والتعاقد...

فالشيخ يعتبر وجدان الشرائط مطلقاً، غير أنه إن كان فاقداً للشرط العقلي، كالنوم والإغماء والجنون... فلعدم تحقّق المعاهده، وإن كان فاقداً للشرط الشرعي، فلخروجه عن مفهوم التعاهد والتعاقد عرفاً.

ثم قال:

والأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب

ص: ١٥٠

السابق، وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض أو كان ممن لا- يعتبر رضاه كالصغير، فصحة كل من الإيجاب والقبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب وبه يتم معنى المعاقده.

وقد جعل الشيخ المدرك لما ذكره، قول الفقهاء بأن الموجب يعتبر أن يبقى على تعهده، ولذا لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق وبطل العقد، لأن ذلك يفيد أن ما أنشأه الموجب لا بد أن يبقى ويستمر من حينه إلى حين القبول من الطرف.

وتعرض في الأثناء للوصية جواباً لإشكالٍ مقدّر فقال:

«وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فهو شرط تحققه لا ركن، فإن حقيقه الوصية الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، ولو ردّ جاز له القبول بعد ذلك».

وذلك: إنه لو أوصى إلى زيد ولم يعلم بها زيد حتى مات الموصى، فقبلها، صحت الوصية، فكيف ذا والشرائط غير مستمره إلى وقت القبول؟

فأجاب: بأن حقيقه الوصية: الإيصاء، فهي إيقاع لا عقد، والقبول شرط لصحتها، ويشهد بذلك: أنه لو أوصى وصية تملكه فمات الموصى له قبل القبول، قام وارثه مقامه، مع أن الوارث لم يكن طرفاً للوصية، فمن هنا يستكشف أن الوصية ليست عقداً من العقود، بل القبول من الموصى له أو من وارثه من شروطها.

وتعرض الشيخ في الأخير - بعد ذكر اعتبار استمرار الرضا النفساني من كل من المتعاقدين بدءاً بالإيجاب وانتهاءً بالقبول - للرّضا في مسأله بيع المكره، فقال:

ثم إنهم صرّحوا بجواز لحوق الرضا ببيع المكره... لأجل الإجماع.

فهذا نقض آخر، لأنّه إذا كان الرضا بعد الإيجاب والقبول مؤثراً مع كونه من الشروط المعترية وجودها في العقد، فلم لا يكون حصول الشروط قبل القبول مؤثراً؟

وأجاب: بأنه على خلاف القاعده لأجل الإجماع.

وقال السيّد:

لا- دليل على هذه الكليّيه، وعدم صدق المعاقده والمعاهده إنما يتم في بعض الفروض، كما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهه الإغماء أو النوم أو الجنون، وأمّا في بقيه الصّور فنمنع عدم الصّيدق، خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك وأن المشتري يقبل لا محاله، وكذا فيما إذا كان المانع هو الفلّس أو السرقة أو السفه... (١).

وحاصله: إنه لا دليل على اعتبار توفّر الشروط في العقد من البدء إلى النهايه.

وكأنه يريد التفصيل بين الشروط العقلية والشّرعيه، بالاعتبار في الاولى فقط، بل يستفاد من كلامه اعتبار وجود الشروط العقلية في القابل حين إيجاب الموجب، أمّا الشرعيه، فيكفي وجودها حين القبول منه، فلو أوجب الموجب فنام ووقع القبول في حال نومه صحّ.

وقد وافق مشايخنا الشّيخ فيما ذهب إليه، فقال شيخنا الاستاذ:

ص: ١٥٢

«أما عدم الأهلية لما يوجب امتناع تحقق المعاهده والمعاقده، كموت الموجب أو نومه أو إغمائه أو جنونه حال قبول القابل مثلاً، فإن مناط عهد كل منهما والتزامه وإن كان حياه المتعهد وعقله ويقظته، وهي مفروضه الحصول هنا، إلا أن مناط المعاهده مع الغير يقتضى كونهما معاً كذلك في حال الإيجاب وفي حال القبول، إذ معيه المتعاقدين ليست معيه جسم مع جسم ولا معيه حيوان مع حيوان، بل معيه شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير ويلتزم له الغير، وإلما فلا ينقذح القصد الجدوى في نفس العاقل إلى المعاهده مع من هو كالجدار أو الحمار، وعلمه بالفتاته فيما بعد لا يصح المعاهده معه فعلاً...».

وحاصله: إن عنوان «المعاقده» و«المعاهده» متقوم بالمعيه، وهي ليست خارجيه بل نفسائيه وهي العهد، وقوام العهد بالالتفات والإدراك، فلا بد أن تكون بينهما معيه في الشعور والإدراك والالتفات من أول العقد إلى آخره، فلو فقد شيء من الشرائط في أحدهما عند إنشاء الآخر، انتفت المعيه، والعقد غير متحقق.

قال: «ومنه تبين أن جعل الحكم في المكره على خلاف القاعده لأجل الإجماع غير وجيه أيضاً، إذ الإجماع لا يجعل غير العقد عقداً، بل عقد حقيقي منوط تأثيره بتبديل الإكراه بالرضا الطبيعي، فإذا تبدل دخل في التجاره عن تراض حقيقه» (١).

وحاصله: إن مؤثره لحوق الرضا على القاعده خلافاً للشيخ، لأن

ص: ١٥٣

المكره ملتفت إلى المعنى قاصداً له، غير أنه مكره على هذا القصد ولم يصدر منه عن طيب نفس، كما لو كان مضطراً إلى بيع داره مثلاً، حيث أن الرضا العقلي موجود وإن لم يكن عن طيب نفس، فإذا لحقه الرضا أثر أثره، وأما إذا كان مكرهاً على العقد بحيث لا يكون قاصداً للمعنى وكان مجرد لقلقه اللسان، فلا أثر للرضا اللاحق أصلاً.

وقال الميرزا الاستاذ ما حاصله:

إنه كما يكون إنشاؤه في حال فقد بعض الشرائط العقلية لغواً، كذلك يكون بالاعتبار الشرعي إذا أنشأ في حال فقد شيء من الشرائط الشرعية، فبطلان العقد يرجع إلى عدم القصد حقيقةً أو تنزيلاً.

وأما لحوق الرضا في بيع المكره فعلى القاعده (١).

فقول:

إن مقتضى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وجود العقد وتحققه، والعقد - كما ذكرنا

ص: ١٥٤

مراراً - هو العهد المشدّد أو المؤكّد أى المرتبط بعهدٍ آخر، إذن، لابدّ من العهد من الطرفين والارتباط بينهما، أمّا اعتبار وجود العهد من كلّ منهما فى حين عهد الآخر، فلا دليل عليه من الآيه وغيرها، فلو أوجب البيع مثلاً واجداً للشرائط ولم يكن للقبائل عهد أو ما كان واجداً للشرائط، ثم حصل له العهد أو توفّرت فيه حين القبول فقبل، كان مقتضى القاعده الصحّه، لصدق الارتباط بين العهدين المحقّق لعنوان العقديّه، ولا يلزم أن يكون الارتباط فى زمانٍ واحد.

إذن، لابدّ من الدقه فى هذه الناحيه، فإنّ الارتباط بين العهدين الواجدين للشرائط مقوّم للعقد، ولكن لا يلزم أن يكون فى زمانٍ واحد، فلو حصل العهد الإيجابى فى زمانٍ وبقي مستمراً إلى العهد القبولى الواقع فى زمانٍ آخر، لماذا يكون باطلاً؟

## تحقيق المقام

وتحقيق المقام بعد رسم مقدمه فيها امور:

الأول: إنّ الإنشاء - كما ذكر من قبل - طورٌ من أطوار استعمال اللفظ، وهو من الامور القصدية.

والثانى: إنّ العقد، عبارته عن العهدين المؤكّد والمشدّد أحدهما بالآخر.

والثالث: إنّ ما يصدر من الموجب مسندٌ إلى غيره، وهو إمّا كاف الخطاب إذ يقول: بعتك، أو اسم صريح مثل: بعته من زيد، أو ضمير كقوله:

بعته. فعلى كلّ حالٍ يحتاج إلى مسندٍ إليه، والبيع وإن كان مبادله مالٍ بمال، لكنّ لابدّ من وجود من تتحقق المبادله بين ماله ومال البائع، وأيضاً: تتوقف حلّيه هذه المبادله على القبول من الطرف الآخر، فلا ينطبق قوله تعالى «أحلّ

اللَّهُ الْبَيْعُ» إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْمَبَادِلَهُ بَيْنَ الْمَالِينَ بِوُجُودِ الطَّرْفِ الْآخِرِ وَرِضَاهُ بِالْمَبَادِلِهِ... إِذَنْ، لَا بَدَّ مِنَ الْارْتِبَاطِ بَيْنَ الْعَهْدِينَ.

والرابع: قولنا «معاهدته» و«مبايعته» و«معاقدته» متقوّم بالاثنتين كما ذكرنا، ولكن لا يلزم فيه الوحده الزمانيه، فالمفاعله تصدق مع تعدّد الزمان، فلو كتب أحد الشخصين الآن وكتب الآخر في وقت لاحق، صدق عنوان «المكاتبه» على فعلهما حقيقه، وكذا المكالمه والمخاطبه والمناوله.

إن «المفاعله» متقوّمه بالاثنتين مع التطابق بينهما، بأن يكون عهدٌ وعهد، عقد وعقد، تكلم وتكلم، أمّا أن يكونا في زمان واحدٍ، فلا.

والخامس: إن الأوصاف على أنحاء.

فمنها: ما لا يتمشى القصد من المتّصف بها، كالتائم والمغمى عليه والمجنون، فهؤلاء لا قصد لهم ولا يمكن المعاهدته الجديّه معهم.

ومنها: ما يتمشى معه القصد ويمكن المعاقده الجديّه مع المتّصف بها، ولكن لا اعتبار لذلك شرعاً، كالسفيه، والمفلّس، والصبيّ المراهق، وأمثالهم...

وبعد الفراغ من المقدمه نقول:

لو أوجب البائع البيع واجداً للشرائط المعتره عقلاً وشرعاً فمات، فقد خرج الشيء ملكه ولا أثر لقبول القابل، لعدم الموضوع، وكذا الكافر الحربى إذا استرق بعد الإيجاب وقبل القبول، فإنّ المال يكون لمولاه ولا موضوع للقبول حينئذٍ، ولو عرض عليه الإفلاس أو السفه فكان محجوراً عليه، خرج المال عن ولايته ولا أثر للقبول بعد ذلك.

وبالجملة، فما لم يأت القبول لم يتحقّق العقد، فلو خرج المال عن ملك البائع بسبب من الأسباب كالموت والجنون والرّقيه، أو خرج عن الطلقه،

ص: ١٥٦



فلا أثر للقبول، نعم، لو أجاز الغرماء في بيع المفلس فلا إشكال ظاهراً، وكذا في كل موردٍ قابلٍ للحقوق الإجازة.

وعلى ما ذكرنا، فإنه لا يبعد الصحة في صورته النوم، لأنَّ حيثية العهديه قائمه بالنفس الناطقه، والإضافه الملكيه موجوده، فيكون القبول اللاحق مؤثراً، بخلاف الإغماء، حيث تزول به العهديه ويبطل العقد، وبخلاف الموت، حيث يخرج المال عن ملكه.

وأما من ناحيه المشتري، فلو كان نائماً أو مغمى عليه أو مجنوناً في حين الإيجاب، فأفاق بعد تماميه الإيجاب أو استيقظ وقيل، لم يؤثر، لكونه في ذلك الحين فاقداً للصّفات الدخيله في جدّيه العهد، أمّا لو كان صغيراً أو مفلساً أو سفيهاً ونحو ذلك ممّا لا ينافي جدّيه العهد، ثم كان في حين القبول واجداً للشرائط، فلا دليل على عدم التأثير للقبول.

فالتحقيق هو الفرق بين الصّفات المقومه للعهد الجدّي وغير المقومه له، فإن كان القابل فاقداً حين الإيجاب لشيء من القسم الأوّل بطل العقد، وإن كان فاقداً لشيء من القسم الثاني حينذاك وواجداً له حين القبول فالعقد صحيح (١).

وأما الوصية، فما ذكره الشيخ هو الصحيح، إذ الوصية إيقاع، إذ لو كان عقداً لما كان لقيام الوارث مقام الموصي له وجه، لأنه كان هو طرف المعاملة، فمن قيامه مقامه شرعاً نستكشف أنه إيقاع موجب لحدوث حق للموصي له، وكل حق للميت فإنه ينتقل إلى وارثه.

وأيضاً: يشهد بكونه إيقاعاً أنه لو ردّ جاز له القبول بعد ذلك، ولو كان عقداً فقد تقرّر أنّ القبول بعد الردّ غير مؤثر، غير أنّا نضيف نكتة هي: إنه إن كان القبول بعد الردّ في حال حياة الموصي، فما ذكره تام، سواء كانت الوصية عهديّة أو تملكيّة، وأمّا إن كان بعد موت الموصي، فلا يمكنه الردّ إن كانت عهديّة بل هو ملزم بالعمل بالوصية، وإن كانت تملكيّة فقبوله بعد الردّ بلا أثر، إجماعاً بقسميه كما في الجواهر (1)، فلا بدّ من أن يكون مراد الشيخ - من جواز القبول بعد الردّ - أن يكون في حياة الموصي.

ص: ١٥٨

اشاره

قال الشيخ:

لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغه، فهل يجوز أن يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه... .

أقول:

لو اختلفا، فقال أحدهما بفساد العقد بغير العريه والآخر بعدم فساد، أو اعتبر أحدهما الماضويه والآخر لا يعتبر، أو قال بكفايه الكنايه في العقد والآخر يعتبر الصراحه، إلى غير ذلك... فتلاثه أقوال:

أولها: فساد العقد، قال به جماعه، لأن العقد أمر واحد متقوم بالطرفين، فلا بد من أن يتفق الطرفان في جهه صحه العقد... .

والثاني: صحه العقد، وأن الاختلاف غير مضر.

وثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النقل، كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز العقد بالفارسيه.

وهذا الوجه عند الشيخ أردء الوجوه.

قال الشيخ:

والأولان مبنيان على أنّ الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزله الواقعيه الاضطراريه... أم هي أحكام عذريه لا يعذر فيها إلّا من اجتهد أو قلّد فيها.

أقول:

ذكر قدس سره أن القولين الأولين يبتنيان على ما طرح فى الاصول من أن الأحكام الظاهريه هل لها حيثه الموضوعيه أو أنها طريقته محضه، بمعنى: هل بقيام الدليل من أماره أو أصل تتحقق مصلحه ينشأ الحكم على طبقها أو لا؟ فإن كان الأول، فالعقد صحيح، لأن كلاً من المختلفين يستند إلى دليل أو أصل قائم على ما يختاره، فيوجب حدوث مصلحه هى منشأ للحكم الشرعى، فكما أن صلاه المتيّم، بمنزله صلاه واجد الماء، كذلك يكون الإيجاب بالفارسيه من المجتهد القائل بصحته بمنزله إشاره الأخرس فى ترتب الأثر، فالأحكام الظاهريه الثابته على طبق الاصول والأمارات واقعيه ثانويه، نظير الأحكام الثابته فى مورد الاضطرار المجعوله واقعاً، على طبق المصلحه الحادثه، وعليه، فإن لكل المتعاقدين حكماً شرعياً واقعياً، فيكون صحيحاً.

وإن كان الثانى، فالعقد غير صحيح، لأن الأحكام الظاهريه لا توجب مصلحه واقعيه، وإنما هى فى صورته المخالفه للواقع معذره، فإذا اختلف المتبايعان كان الحكم الواقعى على ما هو عليه، وهما معذوران فيما إذا خالف عملهما للواقع.

قال المحقق الخراسانى: «هذا إذا قلنا بأنها أحكام واقعيه مطلقاً ولو فى حق من رأى خلافها، ولو قلنا باختصاص ذلك بمن رأى بواقعيتها كما هو الأظهر، فلا يتفاوت كونها أحكاماً واقعيه أو عذريه فيما هو المهم فى المقام،

وإنما التفاوت بينهما في مقام آخر عند كشف الخلاف» (١).

والحاصل: إنه لو كان حكماً واقعياً ثانوياً فلا أثر له كذلك، فلو حصل ذلك للموجب كان حكماً شرعياً، ولا ربط لذلك الحكم بالقابل، فلا فرق بين القولين في النتيجة فيما نحن فيه.

وما أفاده متينٌ جداً، فإن من قامت لديه الأماره تكون الأماره سبباً لقيام المصلحه في المؤدى، وهو مكلف بذلك الحكم ولا ربط له بغيره.

ولكن ليس كلامه على كليته بحسب ما أفاده شيخنا الاستاذ حيث قال:

«وتحقيق المقام: أن الملكية إذا كانت من الأمور الواقعيه والموضوعات الخارجيه، فإن كانت الاماره حجه من باب الطريقيه المحضه فهى لا توجب إلا العذر عند الخطأ، فالتصرف بالعقد الفارسى تصرف فى مال الغير؛ وهو حرام، غاية الأمر أنه معذور فى هذا التصرف الحرام واقعاً، وإن كانت حجه من باب الموضوعيه، فالتصرف وإن كان فى مال الغير حقيقه؛ لكنه جائز حقيقه، لكون التصرف بعنوان أنه تصرف فى مال الغير بسبب العقد عليه ذو مصلحه غالبه على مفسده التصرف فى مال الغير؛ فلا يكون حراماً واقعاً، وحيث أن الملكية حينئذ واقعيه ولها سبب واقعى لا جعلى، فالتعبه بالملكيه عند العقد الفارسى تعبد بآثارها، وحينئذ يمكن الاطلاق والتقييد من حيث الآثار.

فبناءً على الاطلاق يجوز للمعتقد جميع التصرفات المترتبه على الملك، ولا يجوز لغيره التصرف فيه بدون رضاه، وإن لم يعتقد سببه ما يراه

ص: ١٤١

وبناءً على التقييد يجوز للمعتقد التصرف فيه فقط من دون حرمة التصرف بدون رضاه لمن لا يعتقد سببته.

وأما إذا كانت الملكية من الاعتبارات - كما قدمنا (١) بيانه وشيدنا بنيانه - فأسبابها أيضاً جعلية، فربما يكون ذات العقد العربي - بما هو - ذا مصلحة مقتضيه لاعتبار الملكية من الشارع، وربما يكون العقد الفارسي - لا بما هو؛ بل بما هو عقد قامت الحجّة على سببته شرعاً - ذا مصلحة مقتضيه لاعتبار الملكية شرعاً، فما انتقل إلى المعتقد بالعقد الفارسي ملك شرعاً حقيقه؛ حيث لا واقع للاعتبار إلّانفسه، فيترتب جميع آثار الملك عليه بعد تحقّق سببه في حقّ المعتقد وغيره، وإنّ كانت لا سببته للعقد الفارسي بالاضافه إلى غير المعتقد، وعليه فليس له كشف الخلاف، بل لا يجوز التسبب به بعد تبديل الرأي، وإلّا فالاعتبار لا ينقلب عما هو عليه.

وهذا بخلاف ما عدا الأمور الوضعيه كالواجبات التكليفيه على الموضوعيه، فإنّ مجرد كون صلاحه الجمعه التي أخبر بوجوبها العادل - بلحاظ العنوان الطارئ ذا مصلحة، كما يقتضيه ظهور الأمر بها في البعث الحقيقي المنبعث عن مصلحة في متعلقه ولو عرضاً - لا يقتضى أنّ تكون المصلحه فيه مصلحه بدليّه عن مصلحه الواقع، فبعد كشف الخلاف يتبيّن بقاء مصلحه الواقع على حاله فيجب تحصيلها، وليس في باب المعاملات مصلحه لازمه التحصيل كي يجرى فيها هذا البيان، وتام الكلام

ص: ١٦٢

وملخصه:

إن الأحكام التكليفية مبتنية على الملاكات، وهى بحسب الأشخاص مختلفه، فبناءً على أن الأماره سبب موجب لحدوث المصلحه، فإنه يحدث الحكم التابع لها لمن قامت عنده الأماره، من الوجوب والحرمة والصحة والفساد فى الامور العباديه وجواز التصرف وعدمه... إلى غير ذلك. أمّا الأحكام الوضعيه، فهى اعتبارات، فلو اعتبرت الملكيه فى موردٍ بسبب قيام الأماره، فليس هناك واقع فى ماوراء الاعتبار، بخلاف الأحكام التكليفية فلها واقع ومقام ظاهر.

وعليه، فإذا قامت الأماره على حكم وضعى، فبناءً على الموضوعية والسببية يحدث الملاك للاعتبار الشرعى، وحينئذٍ يعتبر الملكيه، ولا معنى لانكشاف الخلاف، نعم، لو حصل التبدل فى الرأى ينتهى أمد الاعتبار، فللقائل بالموضوعية أن يقول بأن لكل من المتبايعين أن يرتب الأثر على الأماره القائمه عنده.

فإشكال المحقق الخراسانى على الشيخ بالنسبه إلى الأحكام التكليفية وارد، دون الأحكام الوضعيه، إذ لا واقعه لها إلّا موطن الاعتبار، فإذا تحقق الملاك للحكم مثلاً ثبت الحكم وترتب عليه الأثر.

وعلى الجملة، فقد أفاد الشيخ أن الأحكام الظاهرية إن كانت واقعية ثانوية كالأحكام الاضطرارية، فاختلافهما غير مضر، وإن كانت عذريه

ص: ١٤٣

والواقع محفوظ على ما هو عليه، كان اختلافهما موجبا للبطلان.

لكن قد ظهر ممّا ذكرنا: أن الصحيح عدم البطلان على القول الثانى فى الأحكام الوضعيه، فلو كان البائع يرى صحه العقد بالفارسيه - مثلاً - وأنه موجب للملكيه والقابل لا يراه وإنما أنشأ رجاءً، فللبائع التصرف فى الثمن وليس للمشتري التصرف فى الثمن، فالعقد يؤثر أثره لمن قام عنده الأماره أو الأصل المقتضى لذلك الحكم الظاهرى.

وحيث نقول:

إن من الأحكام الشرعيه ما يجب ترتيب الأثر عليه حتى من غير القائل به، مثلاً: لو اشترى شيئاً بالعقد الفارسى، لم يكن لغيره القائل ببطلان العقد بالفارسيه أن يشتري الشىء من البائع الأول، ولو تزوج امرأه بعقد يراه صحيحاً، لم يجوز للغير القائل ببطلان ذلك العقد أن يتزوجها...

هذا ما عليه الأصحاب، واستفادوا ذلك من الأخبار فى أن كلّ ذى دين يجرى عليه حكم دينه (١) قالوا: المراد من «الدين» فيها هو «المعتقد»، فمن المسلمات أن المرأه الكتابيه إذ أسلم زوجها فهى باقيه على زوجيتها، فلا يجوز للمسلم أن يتزوجها، بل إنّ مقتضى: ألزومهم بما ألزموا به أنفسهم (٢):

أنّ عليهم ترتيب الأثر وإن كان بضررهم، مثلاً: لما كان العامه قائلين بالتعصيب، جاز للإمامى إذا كان من عصبه الميت الأخذ من الإرث، وإن لم يكن له ذلك على دين الإماميه إنّ كان الميت إمامياً.

ص: ١٦٤

١-١) وسائل الشيعه، الباب ١٠ من أبواب حدّ المرتد، الرقم: ١٣ و ١٤ و ٢١ و ٢٨ و ٤٩

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٦ / ٣٢٠، الباب ٣ من أبواب ميراث المجوس، الرقم: ٢



وبعد هذه المقدمة نقول:

ذكر الشيخ في المقام ثلاثه وجوه، وجعل الأول والثاني مبنيين على المسأله الاصوليه في مباحث الأحكام الظاهريه، والأولى أن يقال:

تارة: كل من المتعاملين المختلفين يستند إلى أماره، واخرى: يستند أحدهما إلى أماره والآخر لا يرى حججه تلك الأماره بل يأخذ بمقتضى الأصل.

والاختلاف في أن الأحكام الظاهريه أحكام حقيقه أو عذريه، يبنى على أن «صدق العادل» ظاهر في وجوب العمل بقوله وترتيب الأثر عليه، وكل حكم شرعي يكشف إننا عن الملاك وهو موجود في نفس المؤدى، ومن جهه اخرى: ليس لنا أن نقول بأن المصلحه في المؤدى تعارض المصلحه الواقعيه وتتقدم عليها، فإنه تصويب باطل، فلا مناص للقائل بالسببيه من الالتزام بالترتب أن يقول: بأن الأحكام الواقعيه مجعوله تبعاً لمصالحها، ثم إن الأماره القائمه للجاهل بذلك الحكم الواقعي، توجب مصلحه يستتبع حكماً ظاهرياً له يجب عليه العمل به مادام جاهلاً بالحكم الواقعي، فالواقع محفوظ وليس ما قامت عليه الأماره بدلاً عنه، وإنما هو حكم ظاهري يطبقه من قامت عنده في ظرف الجهل، إلى أن ينكشف له الواقع أو يتبدل رأيه.

أو أن «صدق العادل» ليس ظاهراً في وجوب ترتيب الأثر، بل هو حكم من المولى بداعى التنجيز للواقعيات، فإن كان العمل بالأماره مطابقاً للواقع فهو، وإن كان خالفه كان مؤدى الأماره عذراً له.

هذا هو مبنى البحث.

ص: ١٤٥

وحيثُ نقول: ظاهر تنظير الشيخ القول الأوّل بإشاره الأخرس، هو أن القائلين يريدون إنه كما أنّ الشارع اعتبر السبب لإشاره الأخرس، وإشارته يتحقق العقد وتحصل الملكيه، كذلك جعل الأماره القائمه سبباً للملكيه...

فإن كان هذا مرادهم، فالقول بصحّه العقد متين جداً، إذ الأماره القائمه دلّت على صحّه العقد بالفارسيه وحصول الملكيه به في اعتبار الشارع، والمفروض أنه ليس للطرف المقابل أماره على خلافها، فهو ينشأ القبول ويترتب الأثر.

نعم، لو كان اختلافهما على أثر قيام الأماره لكلّ منهما على خلاف الاخرى، فالأمر مشكل، وقد يستظهر من كلام السيّد أنهما تتساقطان.

وأما بناءً على القول الثاني، فإما يكون الطرف الآخر معتقداً بالخلاف، فلا يتمشى منه الإنشاء كما هو واضح، وإما يكون فاقداً للدليل على الصحّه بالعقد الفارسي - مثلاً -، فإن صدر منه الإنشاء جداً جاز للطرف القائل بالصحّه التصرف فيما أخذ، وتصرف الآخر الشاك في الصحّه فيما أخذ غير جائز.

### تحقيق المقام

وبعد، فإنّ واقع المطلب هو:

إنّ مسأله أن الأحكام الظاهريه هل هي أحكام واقعيه ثانويه لها السبب في حدوث المصلحه، أو أنها طرق منجزه للواقع عند الإصابه ومعدّره للمكلف عند المخالفه؟ إنما تطرح فيما إذا كان هناك روايه، أما مع وجود العلم فهو حجّه غير جعليه، وكذلك الكلام في ظواهر الكتاب والأخبار، فإنّ حجيتها ليست مجعوله من قبل الشارع، وليس له في موردها حكم مماثل،

بل هي حجة عقلانيته أمضاها الشارع، وإنما يختص القول بجعل الحكم المماثل بالأماره، فلا مجال للبحث عن السبب في العلم والظواهر، وإنما يطرح في مورد يكون للشارع فيه حكم.

فهذه نقطه.

ونقطه اخرى: ما ذكرناه من أن الأحكام الظاهريه منشأه للطريقيه أو للتنجيز والإعذار، كل ذلك صحيح في عالم الثبوت والتصوير، فقوله: «صدق العادل» جعل للطريقيه أو الحجيه أو المنجزيه والمعدريه لقوله، أميا في عالم الإثبات، فلا دليل عليه أصلاً، وغايه ذلك هو الإستظهار، ولذا قلنا في الاصول: إن الأحكام الشرعيه الواقعيه في عصر الغيبه منجزه، إلا أن للجاهل أحكاماً يجوز له العمل فيها من أجل مصلحه قائمه بذلك، فإنها وإن لم تكن بدلاً عن الواقع - إذ القول بذلك يستلزم التصويب - أحكاماً حقيقيه متعلقه بالجاهل بما هو جاهل، فإذا ظهر الإمام عليه السلام ارتفع الجهل، ولم يبق موضوع لتلك الأحكام، وأما أن تلك الأعمال التي أتى بها الجاهل في ظرف الجهل يتدارك بها الواقع أو لا؟ فذاك أمر آخر، ولا يبعد أن تكون واجده لبعض ملاك الواقع، ويتساهل معه بالنسبه إلى البعض الآخر بقاعده التسهيل، كما ذكرنا ذلك في الاصول وفي بعض المباحث الفقهيه كأحكام الخلل.

والحاصل: إن الأحكام الظاهريه هي أحكام حقيقيه للجاهل منبعثه من الملاك بنحو الترتب.

والنقطه الثالثه: إنه وإن حاولنا توجيه كلام شيخنا الاستاذ، ولكن الإنصاف أنه لا يمكن المساعده معه، وذلك: لأن اختلاف المتعاقدين إن كان من جهه أن أحدهما يرى آيه الوفاء ظاهره في العموم وآيه الحل ظاهره في

ص: ١٤٧

الإطلاق، والآخر لا يرى ذلك، فالمعامله باطله، لعدم الدليل على الصحه، وإن كان من جهه أن أحدهما يعتقد الأماريه فى مورد أو الكاشفيه للإجماع مثلاً، والآخر لا- يعتقد بذلك، ففي هذه الصوره أيضاً تبطل المعامله، إذن، لا مجال فى موارد اختلاف المتعاقدين للبحث عن السبب والموضوعيه وأن الأحكام الظاهرية حقيقته أو عذريه، لأن منشأ الاختلاف أحد الأمرين المذكورين على ما ذكرنا.

فنتيجته البحث:

إن كان أحدهما يعتقد لغويّه إنشاء الآخر، فلا- موضوع لإنشائه، وإن كان لا- يعتقد اللغويّه، فأنشأ القبول مثلاً، جاز للموجب التصرف دون القابل.

قال الشيخ:

هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر، كالصيراحه والعربيه والماضويه والترتيب. وأما الموالاه والتنجز وبقاء المتعاقدين على صفات صحه الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع... .

والحاصل: إن الشرائط منها ما يتعلّق بكل من المتعاقدين، ومنها ما يتعلّق بكليهما، والتفصيل المذكور يرتبط بالقسم الأول، أما إذا كان اختلافهما فى شىء من القسم الثانى فالعقد فاسد، فلو قال الموجب بصحّه الإيجاب التعليقى والمشتري ببطلانه، لم يكن القبول منه متمشياً، ولو أن الموجب يرى اعتبار الموالاه والقابل لا يراه، ولذا أخر القبول مدّه، لم يجز للموجب ترتيب الأثر على مثل هذا القبول ويتصرف فى الثمن، لكون الإيجاب منه باطلاً فى نظره على أثر الفصل الحاصل بينه وبين القبول.

ص: ١٦٨

أقول:

لكنّ تخصيص البطلان بالقسم الثاني بلا وجه، فإنه بناءً على الموضوعيّة والسببيّة، لو كان الموجب يرى صحّة الإيجاب بالكنايه فأنشأ والقابل لا يرى صحته، فإنه لا يتمشى منه القبول، والعقد باطل، وكذا لو كان القابل يرى صحّة القبول المقدم فأنشأ قبوله، فلو كان البائع لا يرى ذلك لا يتمشى منه الإيجاب، فما ذكره في القسم الثاني جارٍ في الأول كذلك (١).

ص: ١٦٩









قال الشيخ:

مسأله: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه وكان مضموناً عليه.

أما عدم الملك، فلأنه مقتضى فرض الفساد.

وأما الضمان... فهو المعروف.

أقول:

لو أقدم على معاملة وأجرى العقد، ثم تبين فساده وقد حصل القبض، فللمقبوض أحكام:

### الحكم الأول: عدم المملوكية.

فالمقبوض غير مملوكٍ للقباض، إجماعاً منقولاً ومحضاً كما في الجواهر (1)، لأنه مقتضى فرض الفساد.

ص: ١٧٣

## الحكم الثاني: عدم جواز التصرف فيه.

أما عدم جواز التصرف فيه، فهو المشهور، لأنه ليس بالتصرف المأذون فيه من المالك، لأن البائع إنما سلّمه المتاع من باب أن من باع شيئاً فقد خرج عن ملكه ووجب عليه تسليمه للمشتري، وكان تسلّمه له بعنوان أنه مال نفسه، فلا مورد هنا لقوله عليه السلام: لا يحلّ لامرئ أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه» (١) حتى يقال بجواز تصرفات المشتري.

ولكن قد ذكرنا في أواخر المعاطاه قاعدةً يمكن القول على أساسها بجواز تصرفاته فيما أخذه بالعقد الفاسد. فراجع.

## الحكم الثالث كونه مضموناً.

قالوا: ويكون مضموناً عليه، سواء أتلّفه أو تلف بتلف سماوى، فهو نظير الغصب، كما صرّح به بعض الأكابر (٢).

ص: ١٧٤

١-١) وسيأتى نصّه

٢-٢) السرائر ٢ / ٢٨٥ و ٣٢٦

وقد استدلل للضمان بوجوده:

الدليل الأول: الحديث النبوي المشهور

: إنه قال صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١).

ولابد من البحث عنه سنداً ودلالةً.

الكلام في سند: على اليد ما أخذت.

أما سنداً، فلا يوجد هذا الحديث في كتبنا الحديثية، بل هو في كتب العامة، وهو عن سمره بن جندب، وهو ملعونٌ، فإنه ممن حرّص الناس على الخروج لقتل الحسين عليه السلام (٢)، وهو صاحب النخلة في بيت الأنصارى وقضيته معروفه (٣).

فالحديث ساقط سنداً بتمام المعنى.

إلا أنه مذکور في كتبنا الفقهيّة منذ القديم، وقال الشيخ: دلالتة ظاهره

ص: ١٧٥

١- (١) عوالي اللآلي ١ / ٢٢٤، ٣٨٩

٢- (٢) هذا - على ما ذكره بعض المؤرخين كابن أبي الحديد - أعظم مساوئه، أما مساؤه الأخرى: كروايته - في مقابل المائة ألف درهم من معاوية أنّ قوله تعالى: «وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ...» نزل في علي، وقوله «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ...» نزل في ابن ملجم، وكذا جانياته في البصره وبيعه الخمر... وغير ذلك، فمذكوره بتراجمه في الكتب

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٢٨، باب عدم جواز الإضرار بالمسلم، الرقم: ٣

وسنده منجبر، بل فى عباره الوحيد البهبهانى (١): عمل كل الفقهاء بمضمونها، بل أرسل فى بعض الكتب إرسال المسلم، وهو عجيب.

والذى قرّناه فى الاصول: لو أنّ حديثاً اشتهر بين الأصحاب، وعلما باستناد المشهور إليه، وأنهم استكشفوا صدوره من المعصوم عليه السلام، فإنّ ذلك يكون منشأً لعلنا بصدوره ويكون حجّةً، أمّا لو احتملنا أنهم عملوا به لمطابقتها للقواعد، فليس بحجّه.

وعلى هذا، فلا دليل على حجّيه هذا الحديث، فلا نأخذ به إلّا بقدر ما توافق عليه مع نصوصنا فى مختلف الموارد، كما سيأتى.

قال الشيخ:

والخدشه فى دلالة: بأن كلمه «على» ظاهره فى الحكم التكليفى، فلا يدلّ على الضمان، ضعيفه جدّاً، فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا اسند الظرف إلى فعلٍ من أفعال المكلفين، لا إلى مالٍ من الأموال، كما يقال: عليه دين، فإن لفظه «على» حيثئذٍ لمجرّد الاستقرار فى العهد، عيناً كان أو ديناً.

### الكلام فى دلاله على اليد...

أقول:

أمّا دلالة، فإن «على اليد» ظرف مستقر، وهو مع متعلّقه خبر مقدّم ل«ما» الموصول، فما أخذته اليد ثابت على الذمّه، وليس المراد منها الجارحه، بل المراد هو الاستيلاء.

ف قيل: إن المعنى هو: أن على المستولى حفظ ما استولى عليه حتى

ص: ١٧٦

يؤدّيه إلى صاحبه، فيجب على ذى اليد حفظ ما أخذ حتى يؤدّيه إلى صاحبه، فمدلول الحديث هو الحكم التكليفي ولا ربط له بالضمان أصلاً، بل جعلوا كلمة «تؤدى» قرينه على أن ذلك هو المراد، لأنه ظاهر في وجود الشيء المأخوذ، أمّا «الضمان» أى دفع المثل أو القيمة فإنما يكون على تقدير التلف.

وأجاب الشيخ: بأنّ كلمة «على» إن دخلت على الفعل أفادت الوجوب مثل: عليه الصلاة، عليه الحج وهكذا، وإن دخلت على موضوع خارجي، فالمراد هو العهده مثل: عليه دين. والمراد من ما الموصوله فى الحديث هو المال الخارجى، فالمال الخارجى الذى هو ملك الغير إذا استولى عليه الشخص، فهو على عهده حتى يؤدّيه إن كان موجوداً بعينه، وإن تلف فالمثل أو القيمة.

إن المراد من «على اليد» أى: على المستولى، فأما أن يكون المعنى: على المستولى أداء ما أخذ حتى يؤدى، فهذا غلط، وكذلك جعل المعنى: أن على المستولى ضمان ما أخذ، أو حفظ ما أخذ، أمّا الثانى، فيحتاج إلى التقدير، والأصل عدمه، وأمّا الأول، فلأن الضمان غرامه الشيء ببدله، فهو أمر تقديرى، وظاهر الحديث هو الفعلية، فعلى اليد ما أخذت، أى بالفعل، فيتعيّن أن يكون المعنى: أن ما أخذته اليد ثابت ومستقرّ عليها، أى هو على عهده ذى اليد المستولى، ولازم ذلك أن يرده ويؤدّيه مادام موجوداً، ولو تلف فالبديل مثلاً أو قيمه، فعلى اليد عهده ما أخذت، ولازم ذلك إرجاع العين أو بدلها، لكن الصّيله دائماً محدّده ومبيّنه للموصول(١).

وكلمه «الأخذ» قد تستعمل في الكتاب والسنة في الاستيلاء على الشيء بالقهر والغلبه، كآليه المباركه: «لا تأخذُه سنه ولا نوم» و «أخذَ عزيزٍ مُقتدرٍ» ولو أخذنا بكلام الراغب إذ قال: «الأخذ حوز الشيء وتحصيله، وذلك تارة بالتناول نحو «معاذ الله أن تأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده» وتارة بالقهر نحول قوله «لا تأخذُه سنه ولا نوم» (١)

ص: ١٧٨

---

١-١) المفردات في غريب القرآن: ١٢

كان الحديث مجملاً، والقدر المتيقن هو صورته القهر والغلبه، فيكون الحديث ظاهراً في الغضب وأجنيباً عن البحث.

وأما قول الشيخ:

ومن هنا كان المتجه صحه الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون، إذا لم تكن يدهما ضعيفه لعدم التمييز والشعور.

فغريباً، لأنّ العهد أمر وضعي، وهو يقول بأنّ الأحكام الوضعيه غير مجعوله وإنما هي منتزعه من الأحكام التكليفيه، فما قاله هنا ينافي ما قرره في الاصول. هذا أولاً.

وثانياً: إنه لا تكليف هنا حتى ينتزع منه العهد على المبني، أما أولاً:

فلأنه نفى دلالة الحديث على التكليف. وأما ثانياً: فلأنّ الصغير والمجنون غير مكلفين، إلّا أن يقال: بانتزاعه من التكليف المتوجه إليهما إذا بلغ الصغير أو عقل المجنون، وهذا أيضاً باطل، لأن الأمر الانتزاعي موجود بوجود منشأ انتزاعه، فكيف يكون المنتزع فعلياً ومنشؤه يوجد فيما بعد؟ هذا مستحيل.

فما ذكره غير متجه على مبناه.

نعم، بناءً على القول بأنّ الامور الاعتباريه جعليه، أمكن القول بأنّ للشارع أن يجعل العهد للصغير والمجنون كما يجعلها للمكلف على حدّ سواء.

هذا تمام الكلام في الاستدلال على الضمان بقاعده اليد.

ص: ١٧٩

قال الشيخ:

ويدلُّ على الحكم المذكور أيضاً قوله عليه السَّلام - في الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه بعد أن أولدها المشتري - يأخذ الجاربه صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمه.

أقول:

فاستدلَّ بما ورد في أنه لو اشترى جاربه، ثم علم بعد أن أولدها بكونها مسروقه، فإنها ترجع إلى مالكةا ويأخذ الرجل ولده لكن يعطى قيمته لمالك الأمه، وفي بعض الروايات يدفع إليه مالاً عوضاً عن انتفاعاته بها واستخدامه لها. وهذا هو النص:

عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها ثم يجىء مستحق الجاربه. فيه: قال يأخذ الجاربه المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمه الولد ويرجع على من باعه بثمن الجاربه وقيمه الولد التي أخذت منه» (١).

وعن زراره: «قلت لأبي عبدالله عليه السَّلام رجل اشترى جاربه من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له وأقام على ذلك البيئه. قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجاربه ويعوضه في قيمه ما أصاب من لبنها وخدمتها» (٢).

ص: ١٨٠

١-١) وسائل الشيعه ٢١ / ٢٠٥، باب حكم ما لو بيعت الأمه بغير إذن سيدها...، الرّقم: ٥

٢-٢) نفس المصدر، الرّقم: ٤



دلّت هذه النصوص على وجوب تسليم الجارية إلى صاحبها واسترداد الثمن من السارق، ودفع قيمة الولد وأجره خدمه الجارية إلى مالِكها. وقد ذكر الشيخ وجه الاستدلال بقوله:

فإنّ ضمان الولد بالقيمه - مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان الأصل بطريقٍ أولى.

أقول:

وأما الاستدلال بالأخبار الواردة في الأمه المسروقه، من جهة أن ضمان الولد بالقيمه هو من باب التلف، وضمّانه مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأم بطريقٍ أولى، ففيه:

إن الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد من أيّ جهه كان، فهي مسأله كليّه، وقيام الدليل على الضمان من جهه الغصبيه لا يكون دليلاً على ثبوته في مطلق موارد العقد الفاسد، لاحتمال خصوصيّه في الغصب، وعليه، فثبوت الضمان في قضيه الجارية المسروقه لا يكون دليلاً لثبوته في المدعى الكلي، فالأولويه ممنوعه.

هذا أولاً.

وثانياً: وجه استظهار التلف هنا دون الإتلاف، هو أنه لم يتلف شيئاً، وإنما واقع الأمه وحملت منه وولدت، بل المورد كالتالف، قال الشيخ:

وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك، فهو كالتالف لا المتلف فافهم.

أى: إنه لما كانت حرّيه الولد بحكم الشارع يكون كالتالف.

لكنّ الظاهر أنه إتلاف، لأنّ في رحم المرأه - كما يقول أهل

ص: ١٨١

الاختصاص - شيئاً إذا ورد عليه ماء الرجل يحصل اللقاح بينهما وتنعقد النطفه، وعليه، فلما كانت الأمه مملوكه للغير كان ما فى رحمها ملكاً له، فإذا واقع الرجل الحرّ الأمه وأولدها، فقد أتلف ما كان يملكه المالك لها فى رحمها. وأمّا بناءً على أنّ الولد مادام فى رحمها فهو رق ويكون حرّاً إذا ولد، فالأمر أوضح، إذ كان هذا الرجل الحرّ هو السبب فى خروج الولد حرّاً، فيكون متلفاً لمال الغير، فالضمان ضمان الإتلاف، ولا أقل من تردّد الأمر بين التلف والإتلاف.

فلا يتم الاستدلال بهذه النصوص لما نحن فيه.

ثم إنه قد كان فى بعض أخبار مسأله الأمه المسروقه «قيمه ما انتفع»، وقد فسّر زواره ذلك بقيمه الولد، وهذا اللفظ أيضاً يؤيد ما استظهرناه من كون المورد إتلافاً، فإنّ الانتفاع بملك الغير قد يستلزم الإتلاف على المالك(١).

ص: ١٨٢

وتلخص: سقوط الدليلين المذكورين عن الدلالة على الضمان، أمّا الأول فللسند، وأمّا الثاني فللدلالة.

ولكنّ الظاهر كون قاعده اليد من القواعد المسلّمه عند الفقهاء (١)، فهل استكشفتها من السيره العقلائيه أو من بيانات المعصومين عليهم السلام؟

ص: ١٨٣

قال الأردبىلى بشرح قول العلامة: والمأخوذ بالعقد الفاسد مضمون:

المدرک للضمان قاعده الید، وقاعده ما یضمن... ولا دلیل علیهما، والأصل یقتضی العدم، وهو مع الجهل بالفساد قوی (١).

وربما یتخیل هنا - كما قال المیرزا الاستاد فی البحث - أن «لا ضرر ولا ضرار» كما ینفی الحكم الضرری، یشبث تشریع حکم لولا تشریعه یلزم الضرر.

ص: ١٨٤

---

١-١) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ١٩٢

يقال: إن قاعده على اليد لولم تشرع يلزم الضرر.

وفيه:

أولاً: إن مفاد لا ضرر هو النفي، إمّا للحكم الضرري أو للحكم الذي يكون امتثاله ضررياً، وإما نفي للحكم بلسان نفي الموضوع كما عليه الآخوند، وليس بمثبت.

وثانياً: لو كان مثبتاً لحكم لولا تشريعه يلزم الضرر، فهو في موارد ضمان الإلتلاف لا التلف.

هذا، وقد يتوهم دلالة عموم التعليل الوارد في أنّ شهاده أهل مله غير نافذه لأهل مله اخرى، إلّا أن لا يوجد شاهد من نفس المله. «لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (١) على أنه لولا الضمان لذهب حق المسلم.

وفيه: إنه لو كان كذلك لثبت الضمان على كل أحد من الناس وإن لم يكن هو المتلف، حتى لا يذهب حق أحد، على أنّ هذه الأخبار واردة في مورد خاص ولا علاقته لها بما نحن فيه.

وكذا ما ورد في أن حرمة المال المسلم كحرمة دمه (٢).

لأنه إنما يفيد في ضمان الإلتلاف لا التلف.

فالإنصاف: أن لا دليل على الضمان فيما نحن فيه.

إلّا أن يقال باستكشاف رأى المعصوم في المسأله من الإجماع المدعى فيها (٣)، فصاحب الحدائق - وإن كان يبطل كبرى الإجماع - يقول في بعض

ص: ١٨٥

١-١) وسيأتى نصّ الخبر

٢-٢) وسيأتى نصّ الخبر

٣-٣) المبسوط ٢ / ١٥٠، ٢٠٤ وغيره

الموارد بأن قول الفقهاء قد يكشف عن رأى المعصوم، من باب أن رأى الرئيس يستكشف من آراء أتباعه.

وتلخص: أن لا وجه للقول بالضمان إلهذا الذى ذكرناه أخيراً، والإنصاف أنه لا بأس به.

ص: ١٨٤

## الدليل الثالث من أدلّة الضمان:

قاعده

اشاره

ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده

ص: ١٨٧





قال الشيخ:

ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعده المعروفه: كلّ عقدٍ يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده...، فإنه عللّ الضمان في غير واحدٍ من العقود الفاسده بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه... .

أقول:

وهذه القاعده غير وارده في روايه، بل لم توجد بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامه، قال: فإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمان، لأنه قبضه بحكم أنه رهن، وكلّ عقد كان صحيحه غير مضمون ففاسده كذلك... فلأن من أثبت اليد عليه... (١).

وفي المبسوط التعليل: بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه...

وجب عوض المثل لما تلف في يده... (٢).

يعنى: أنه لما اشترى الشيء، اشتراه بنحو الضمان ببطل المسمى، فالإنسان لما يقدم على المعامله فهو ملتزم بالضمان، فإذا ظهر فساد العقد

ص: ١٨٩

---

١- (١) تذكره الفقهاء ٢ / ٣٢ الطبعه القديمه

٢- (٢) المبسوط ٢ / ١٤٩

انتفى المسمى، ولكن أصل الضمان باق، وكذا البائع.

فلا بدّ من التحقيق في هذه القاعده، وقد استدللّ بها الشيخ رحمه الله تعالى في المقام. لكون المقبوض بالعقد الفاسد من صغرياتهما، فهو يريد أنّ الضمان الثابت بقاعده اليد ضمان بالاقتضاء لا بالعلية، لعدم وجود الضمان في بعض الموارد مع وجود اليد.

### المراد بالعقد في هذه القاعده

قال الشيخ:

إن المراد بالعقد أعّم من الجائر واللّازم بل ممّا كانت فيه شائبه الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة والخلع....

أقول:

إنما احتاج إلى هذا البيان، لأنه عبّر ب«كلّ عقد يضمن...»، ولو عبّر ب«كلّ ما يضمن...» كما في كلام بعض الفقهاء لما احتاج إليه، كما لا يخفى، وعلى كلّ حال، فالقاعده تشمل كلّ العقود، سواء الجائر منها واللّعازم، بل تشمل ما فيه شائبه الإيقاع كالجعالة، فلو قال: من ردّ على ضالّتي فله هذا، ثم تبين أن هذا ملك للغير، فسدت الجعالة وكان ضامنًا، لأن الجعالة الصحيحه فيها الضمان، وعليه دفع البدل. أو كان أقرب إلى الإيقاع كالطلاق الخلعى، فلو تبين فساده كانت المرأه ضامنّه، لثبوت الضمان في الخلع الصحيح.

فحاصل كلام الشيخ: إن قاعده اليد اقتضائيه ويتوقف تأثيرها على عدم المانع، ففي كلّ مورد لا يضمن بصحيحه لا يثبت الضمان باليد.

ص: ١٩٠

قال الشيخ:

والمراد بالضمان في الجملتين هو درك المضمون عليه، بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه.

أقول:

إن كان المراد من هذه الكليته العموم الأفرادي، أي كل فرد من أفراد العقود، يرد عليه الإشكال بأن الفرد المتحقق خارجاً من البيع لا ينقسم إلى القسمين، إلا أن يكون بنحو القضية الشرطية، بأن يقال عن العقد الواقع فاسداً: إنه لو كان صحيحاً لأوجب الضمان، فهذا يوجب الضمان.

فالمراد هو العموم النوعي، أو الصنفي.

والمراد من الضمان هو ما ذكره الشيخ مع تعديل للعبارة، فهو درك المضمون عليه بحيث يكون خسارته ودركه في ماله الأصلي، إذ ليس معنى الضمان كون خسارته... لأنه:

أولاً: المقصود من القاعده: كل ما يضمن بالفعل... فلو كان معنى الضمان هو الخساره، كان على تقدير التلف.

وثانياً: إن ما دة «ضمن» لغه بمعنى تكفل وتعهد (١).

وفي الخبر: «ضمنت لمن اقتصد أن لا يفتقر» (٢).

ص: ١٩١

١- (١) الصحاح ٦ / ٢١٥٥، لسان العرب ١٣ / ٢٥٧

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٦٤، باب استحباب الاقتصاد وتقدير المعيشه، الرقم: ٢

وفى آخر: «الإمام ضامن للقراءه المأموم» (١).

فالمعنى هو الكفاله والتعهد، وليس الخساره كما هو ظاهر كلام الشيخ.

فيكون المال التالف ثابتاً اعتباراً في ذمه الضامن.

وعلى هذا، فإن كانت المعامله صحيحه، فالطرف متعهد وملتزم بدفع الثمن والشارع قد أمضى العوض المسمى، أما لو كانت فاسده بمعنى أن الشارع لم يمض بدليه المسمى عوضاً عن مائيه الشىء المبيع، فكان على المشتري دفع البديل مثلاً أو قيمه إن كان المبيع تالفاً، وإن كان باقياً وجب عليه إرجاعه بعينه، وقد يجب عليه دفع أقلّ الأمرين من المسمى والبديل، كما فى الهبه المشروطه بالعوض، فلو تلفت العين الموهوبه المشروطه بالعوض، المقبوضه بالعقد الصحيح، ثبت الضمان، قال فى المسالك (٢): عليه دفع أقلّ الأمرين، واستدلّ لذلك: بأنّ المتّهب كان مخيراً بين تملك العين الموهوبه ودفع العوض، وبين إمساك العوض وإرجاع العين، والآن حيث أن العين تالفه وهو لا يدفع العوض، فالتخير باقٍ فإمّا يدفع العوض وإمّا يدفع بدل العين، فالمتيقن من ضمان المتّهب هو أقلّ الأمرين.

وبعباره اخرى: إن سلم المتّهب العوض فى الهبه المعوّضه، كانت العين الموهوبه ملكاً له، وإلّا كان للواهب الرجوع فى العين، ولو تلفت بيد المتّهب والهبه صحيحه، فالبديل المسمى أو الواقعى مخيراً، فله دفع أقلّ الأمرين.

وقال جماعه - واختاره صاحب العروه فى فرض المسأله فى الهبه (٣) -

ص: ١٩٢

١-١) وسائل الشيعه ٨ / ٣٥٣، باب وجوب اتيان المأموم بجميع واجبات الصلاه...، الرقم: ١ و ٣

٢-٢) مسالك الأفهام ٦ / ٦٣

٣-٣) العروه الوثقى ٢ / ١٨١

بدفع العوض المسمّى، لأنّه كان مخيراً بين ردّ العين أو إمساكها ودفع العوض، ومقتضى القاعده العامه من أنه إذا تعذّر أحد العدلين تعيّن الآخر، هو وجوب دفع العوض المسمّى إذا تعذّر ردّ العين.

لكن فيه: إنّ القاعده المذكوره إنما تجرى فى التخييرات الشرعيّه، وليس التخيير فى المقام شرعيّاً.

ومقتضى الصّيانه العلميه ما ذهب إليه العلّامه رحمه الله (١) من أنه ليس على المتهب دفع شيء، لأنّه لم يكن ملزماً بدفع العوض، فإذا لم يدفعه كان للواهب الرجوع فى هبته، فلو تلفت العين تلفاً قهريّاً انتفى موضوع الرجوع ولا شيء على المتهب.

لكنّ الظاهر - بناءً على تماميه قاعده اليد - ثبوت أقلّ الأمرين من البدل الواقعي وقيمه المسمّى لا نفسه، لأنّ الضمان بالمسمّى حكم العقد الصحيح، أمّا أن الواجب أقلّ الأمرين، فلأنّ الواهب قد أسقط بهبته الزائد عن البدل الواقعي، فإنّ كان البدل الواقعي أقلّ من المسمّى فهو، وإنّ كان المسمّى هو الأقلّ، فالمفروض إسقاط الواهب الزائد.

وعلى الجملة، فالضمان عند الشيخ هو الخساره، قال:

ثم تداركه من ماله تارة: يكون بأداء عوضه الجعلى... وأخرى: بأداء عوضه الواقعي... وثالثه: بأداء أقلّ الأمرين... فالمراد بالضمان بقولٍ مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي.

أى: إنّ الاختلاف بين الفقهاء فى الغرامه أنها العوض المسمّى أو

ص: ١٩٣

الواقعي أو أقل الأمرين، لا يضرّ بكون معنى الضمان هو الغرامه والخساره على تقدير التلف.

أمّا عندنا، فالضمان هو التكفّل والتعهد، والاختلاف في الآثار والأحكام لا يوجب الاختلاف في حقيقه معنى الضمان.

قال الشيخ:

وأمّا مجرّد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له كما يتوهم، فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال إن الإنسان ضامن لأمواله.

وهذا ردّ على ما قيل من أنّ الضمان في العقد الصحيح هو بالمسمّى، فليكنّ معناه في الفاسد كذلك، حتى يكون في كلتا الجملتين بمعنًى واحد.

وبطلانه على قولنا في معنى الضمان أوضح، فهو بمعنى التكفّل في كليهما، غير أنه في العقد الصحيح بالمسمّى وفي العقد الفاسد بالعوض الواقعي وهو المثل أو قيمه، واختلاف الأثر لا يوجب اختلاف المعنى الحقيقي.

قال الشيخ:

فاحتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم يضمن بفاسده هو وجوب أداء العوض المسمّى، نظير الضمان في العقد الصحيح ضعيفٌ في الغايه.

لأن ضمانه بالمسمّى يخرجّه عن فرض الفساد... نظير المعاطاه على القول بالإباحه.

بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان... فافهم.

أقول:

قد ذكر لضعف الاحتمال المذكور - وهو أن يكون المراد من «الضمان»

فى العقد الفاسد هو أداء العوض المسّمى - وجهين:

الأول: إن ضمانه بالمسّمى يخرج العقد عن فرض الفساد.

والثانى: إن معنى الضمان هو الخساره والغرامه.

والوجه الثانى هو الصحيح عنده. وأما الأول، فقد أجاب عنه بأنه: «يكفى فى تحقق فرض الفساد...» ثم جعل المقام «نظير المعاطاه على القول بالإباحه».

وهذا الكلام مخدوش جداً.

أما قوله: «لأن ضمانه بالمسّمى يخرج عن فرض الفساد» فهو خلف، لأنّ العوض المسّمى إنما يفرض إذا كان العقد صحيحاً، وتعيّن ماله الشىء فى العوض المسّمى لا يكون إلّا بإمضاء الشارع الموقوف على صحّه العقد، فهو ملازم لصحّه العقد، وليس الأمر بيد المتعاملين حتى يتعيّن الآخر للعوضيه.

وأما قوله: «نظير المعاطاه على القول بالإباحه» ففيه: إننا قد ذكرنا فى المعاطاه: أن المتعاطيين يقصدان التمليك لكن إمضاء الشارع مشروط بالتصرّف والتلف، وبدونه فلا ملكيه شرعاً، فتعيّن أحد العوضين بعد التلف هو سبب صحّه المعاطاه شرعاً، لا مع فرض فسادها.

وأما «الضمان» فقد تقدّم أنه لغّه وعرفاً كفاله المال، بأن يتعهّد تسليمه، نظير كفاله النفس إذ يتعهّد إحضار الشخص، فيكون المال فى ضمن عهده الضامن اعتباراً، وله آثار، فإن كان موجوداً بعينه سلّمه، وإن كان تالفاً، وجب عليه دفع البدل المسّمى أو الواقعى أو أقلّ الأمرين على ما تقدّم.

والكلام الآن فى عموم القاعده:

قال الشيخ:

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع، لتكون أفراده مثل البيع والصلح والإجاره ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان، وإنما المقتضى له بعض أصنافه... .

فهل المراد من هذا العموم الأنواع، من البيع والصلح والإجاره ونحوها، فكل ما يضمن بصحيحه منها يضمن بفساده، أو الأصناف، فكل صنف يضمن بصحيحه... أو الأشخاص والأفراد؟

قد قررنا في الاصول أن أداه العموم موضوعه لاستيعاب ما هو المكثّر لوجود المدخول وهو الفرد، فمدخول «كل» هو العموم الأفرادى، وذلك، لأنّ الطبيعه أمرٌ واحد، وإنما تتكثّر بخصوصياتها الوجوديه، فمقتضى القاعده أن تستوعب الأداه جميع الخصوصيات الموجوده خارجاً، ولذا يكون الاستغراق أفرادياً دائماً.

لكنّ الشيخ ضعّف القول بالعموم الأفرادى في القاعده قائلاً:

وربما يحتمل في العبارة أن يكون معناه: أنّ كلّ شخص من العقود...

ويضعّف... .

توضيحه: إنّ ظاهر العبارة هو لإنقسام العقد إلى الصحيح والفساد بالفعل لا أنه منقسم إلى القسمين بالفرض والتقدير.

فالشيخ لا يوافق على العموم الأفرادى، كما لم يوافق على العموم الأنواعى، لأنّ بعض الأنواع بخصوصيته النوعيه غير مقتضى للضمان، وإنما



المقتضى له بعض أصناف النوع، فالصّحح - مثلاً - لا يوجب الضمان بنفسه، بل الموجب له منه هو المشتمل على المعاوضه.

فالمختار عنده هو الأعم من النوع والصنف.

أقول:

ليس القضيّه الحقيقيّه - كما يقولون في المنطق - ما يكون الموضوع فيها شاملاً للأفراد المقدّره الوجود، بل هي لحاظ الكلي الطبيعي بنحو صرف الوجود، فيعم الأفراد الفعليه والأفراد المقدّره الوجود.

ولقد أجاد الميرزا الاستاذ قدّس سرّه إذ قال:

إن الأحكام الشرعيه كلّها بنحو القضايا الحقيقيّه، فكّل عقد يضمن بصحيحه يعنى: كلّ عقد وجد في الخارج وكان صحيحاً فهو لو وجد في الخارج وكان فاسداً يضمن كما يضمن إذا كان صحيحاً.

وبعبارة اخرى: كلّ عقد لو وجد صحيحاً وكان موجباً للضمان، فهو لو وجد فاسداً كان موجباً له أيضاً.

فالمناط هو القضيّه الحقيقيّه، ولا بحث حينئذٍ عن كون العموم أفرادياً أو صنفياً أو نوعياً.

ولذا أشرنا سابقاً إلى أن الأولى - كما في كلمات كثير من الأعيان - التعبير ب«كلّ ما كان...» بدلاً عن «كلّ عقد...»، لكن الشيخ لمّا عبّر بالثاني، احتاج إلى البحث المزبور.

قال الشيخ:

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقّق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط

ص: ١٩٧

فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكال... .

أقول:

لو باع بلا ثمنٍ أو أجر بلا أجره، فهل يكون ضامناً أو لا؟

قيل: إنَّ عموم القاعدة يشملها، فهكذا بيع أو إجازة لو فرض صحيحاً لم يوجب الضمان لكونه بلا عوض، فهو الآن حيث أنه فاسد لا يوجهه.

واختار الشيخ ثبوت الضمان بناءً على ما ذهب إليه من أن الموضوع في القاعدة هو صنف العقد الذي وجد له بالفعل صحيح وفساد، والبيع من هذا القبيل.

ولكنَّ هذا بعيد جداً، لأنه لا يعقل قصد حقيقته البيع في البيع بلا ثمن، لأن الثمن ركن فيه حقيقةً، فقصد البيع مع كونه بلا ثمن تناقض لا يصدر من العاقل. وكذا الأجره في الإجاره، فيكون مراده من بعثك بلا- ثمن بقرينه «بلا- ثمن» هو الهبه، ولو قال: آجرتك بلا أجره، فمراده بقرينه «بلا أجره» هو العاريه، ولا ضمان في العاريه كما لا ضمان في الهبه.

فسواء قلنا بأنَّ المراد من عموم العقد هو الأفرادى أو الأصنافى، لا وجه للقول بثبوت الضمان في المثالين.

ولو أنَّ العقد لم يكن معاوضياً ولكنه تضمن شرطاً يقتضى المعاوضه، فهل تجرى فيه القاعدة؟

قال السيّد معترضاً على الشيخ:

بل لا إشكال في أنَّ المراد أعم من أن يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمه الشرط، فإنَّ العقد مع الشرط ومجرداً عنه صنفان متغايران، وبعد

ص: ١٩٨

إرادته الصنف من مدخول كل لا يبقى الإشكال (١).

وأشكل عليه شيخنا الاستاذ:

«المراد من صنف العقد في قبال نوعه وشخصه حصصه الذاتية - أي حصص العقد بما هو عقد - فلا بد أن يكون القيد بحيث لا يأبى المجموع عن صدق العقد عليه، ومن الواضح أن العقد المشترط فيه الضمان عقد وشرط، لا أن المجموع عقد، فالقيود الخارجة عن العقد وإن كانت محصّنه له إلا أنها تحصّنه، بحصص مؤتلفه من عقد وغير عقد، والمفروض إسناد الضمان إلى العقد بمجرّده» (٢).

والتحقيق أن يقال:

إن المناط في القاعده: إن كلّ يد أوجبت الضمان في العقد الصحيح فهي موجهة له في العقد الفاسد، فالموضوع هو «اليد» لا «العقد»، وعليه، فإن كان الشرط يتعلّق باليد، كما لو شرط الضمان في الإجاره بالتلف السّماوى - بناءً على صحه هذا الشرط - فإنّ العين في يد الآخذ وملاك الضمان متحقّق، وكذا في العاريه المضمونه، وإن كان الشرط غير مربوط باليد، فهو خارج عن محلّ الكلام.

فلا يمكن المساعده على كلام السيّد، ولا يرد كلام شيخنا على كليته عليه، بل يدور الأمر مدار الملاك وهو «اليد».

انتهى البحث في ألفاظ القاعده عن «كلّ» و«عقد» و«ضمن»، والكلام الآن في معنى «الباء».

ص: ١٩٩

١-١) حاشيه المكاسب ١ / ٤٥٦

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣٠٨

قال الشيخ:

«ثم إن لفظه «الباء» فى «بصحيحه» و«بفاسده» إما بمعنى «فى»... وإمّا لمطلق السببىه الشامل للناقصه لا- العله التامه، فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض... وأمّا العقد الفاسد، فلا يكون عله تامه أبداً...».

أقول:

تستعمل «الباء» للظرفيه بمعنى «فى» فيقال: أقمت بالمكان، وعلى هذا المعنى، فلا يرد على القاعدة أى إشكال، إذ تكون العبارة بناءً عليه: كل عقد يضمن فى صحيحه بأى سبب، يضمن فى فاسده بأى سبب كان.

إنما الإشكال بناءً على كونها سببىه، لأن الفاسد لا يكون سبباً للضمان أبداً، لأن السبب لملكيه العوض المسمى هو العقد، فلو كان فاسداً لا يكون سبباً بوجه من الوجوه، ولو حصل القبض مع ذلك، كان السبب للضمان هو اليد.

ويندفع: بأنه لا ملزم لأخذ السببىه بمعنى العله التامه، بل هى أعم منها ومن الناقصه، لأن من العقود ما لا أثر له فى الضمان إلا بعد القبض، كما فى السلم والصرّف، ففى هذه الموارد لا يكون البيع سبباً، أى ليس عله تامه بل هو جزء للسبب، فالعقد والضمان يؤثران معاً فى الملكيه.

وأضاف الشيخ: «بل مطلق البيع... وكذا الإجاره والنكاح والخلع...».

فلو باع طعاماً لم يكن المشتري ضامناً للثمن - بالمعنى الذى ذكره - إلا بعد القبض، لأن الطعام قبل القبض فى ضمان البائع، فلو تلف كان من ماله،

لقاعده: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، وينفسخ البيع.

وهكذا سائر العقود المعاوضيه الصحيحه، وعلى هذا، فالعقد جزء للسبب.

وأما العقد الفاسد، فقد ذكر لإسناد الضمان إليه وجهين، قال:

«إما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان».

فالعقد الفاسد سبب عادى للقبض، وهو سبب للضمان، وسبب السبب سبب، فالعقد عله تامه للضمان، هذا هو الوجه الأول للإسناد.

لكنه يتنى على أن يكون الدليل لقاعده ما يضمن... هو قاعده اليد، لكون القبض تمام العله.

«وإما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونه عليه...».

وهذا هو الوجه الثانى.

وهذا يتنى على أن يكون المدرك للقاعده: قاعده الإقدام على الضمان.

فإن كان المدرك لقاعده ما يضمن بصحيحه... الإقدام على الضمان، وهو إنما يكون بإنشاء العقد المعاوضى، صحيحاً أو فاسداً، فالسبب حقيقه تسند إلى العقد، ولا إشكال فيه. وإن كان المدرك قاعده اليد، كان إسناد السبب إلى العقد مجازاً، لأنه من إسناد الشىء إلى ما ليس سبباً له.

فإذا كان المدرك قاعده الإقدام، كان أخذ «الباء» بمعنى السبب وجيهاً جداً، بخلاف ما إذا كان مدركها قاعده اليد، وهذا ما أفاده المحقق

الخراساني رحمه الله (١).

لكنّ الانصاف عدم تماميه ما ذكر، إذ ليس لليد بما هي سببته للضمان، بل هي فيما إذا لم يكن القبض والإقباض مجّاناً، وعليه، فالعقد المعاوضي - ولو كان فاسداً - يخرج المعامله عن المجانيه، وعدم المانع جزء من أجزاء السبب، فيصحُّ بهذا اللّحاظ إسناد السببته إلى العقد الفاسد.

ولكنّ هذا كلّه مبنيٌّ على ما ذهب إليه الشيخ في معنى «الضمان» من أنّه «الخساره» و«الغرامه». وأمّا على ما قلناه من أنه بمعنى «الكفاله» و«العهد»، فبمجرّد وقوع العقد يكون الثمن في عهده المشتري، وضمّانه ثابت حتّى قبل القبض، فلو تلف المبيع قبله انتفى موضوع العهده وانفسخ العقد، لا أنّ الضمان متوقّف على القبض، وعليه، فالسببته للعقد في مطلق البيع تامّه لا ناقصه.

### الكلام في مدرک القاعده

#### اشاره

قال الشيخ:

ثم إن المدرک لهذه الكليّه على ما ذكره في المسالك... هو إقدام الآخذ على الضمان، ثم أضاف إلى ذلك قوله صلّى الله عليه وآله: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي...».

أقول:

هذه القاعده لم يرد بها نصٌّ، وقد اختلفت أنظار الفقهاء في بيان مدرکها.

ص: ٢٠٢

## ١ - الإجماع

أمّا الإجماع - كما فى مفتاح الكرامه - فلا يعتمد عليه، لعدم كونه كاشفاً عن رأى المعصوم حتى لو كان محصياً، فكيف وهو منقول.

## ٢ - قاعده الإقدام

وأما قاعده الإقدام على الضمان، كما استدللّ الشيخ فى المبسوط وتبعه بعض الفقهاء، فإنّ ارید أنّ الإقدام بما هو هو سبب للضمان كما هو ظاهر عباراتهم، فهو ساقط جدّاً، وإنّ ارید أنّ الإقدام على الضمان يرفع مجانيه اليد، فهو لا يكون سبباً للضمان إلّا بمعنى رافعيته لجهه المجانيه فتؤثر اليد أثرها، وهذا هو مرادهم يقيناً، فاليد مقتضيه للضمان، ويمنع عنه المجانيه، وحيث أنّ العقد الذى أقدم عليه معاوضى، فالتسليط ليس مجانياً، وحينئذٍ يثبت الضمان بقاعده اليد.

قال الشيخ:

وهذا الوجه لا يخلو عن تأمل... .

أقول:

أشكل الشيخ على الاستدلال بقاعده الإقدام بأنه:

أولاً: إنه لا دليل شرعى على الضمان لأنهما أقدم... على ضمانٍ خاص...

والمفروض عدم إمضاء الشارع... .

وثانياً: إنّ دليل الإقدام منقوض طرداً وعكساً، لأنّ معنى قاعده الإقدام

ص: ٢٠٣

هو: أنه كلما كان هناك إقدام على الضمان فالضمان ثابت، وكلما لم يقدم فيه على الضمان فلا- ضمان، وكلتا الكليتين منتقضان، لأن النسبه أعم من وجه، إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما إذا تلف المبيع قبل القبض في البيع الفاسد، إذ لم يقل أحد بضمان المشتري، لا بالعوض المسمى ولا بالعوض الواقعي، وإن كان مقدماً عليه.

وفيه:(١)

ص:٢٠٤



إنَّ مراد الشهيد الثاني (١) تبعاً للشيخ أنَّ الإقدام جزءٌ للعلَّة لا تمامها، والجزء الآخر هو الأخذ والقبض، ولذا صرَّح بالأخذ وقال: «هو إقدام الآخذ»، وحيث أنَّ المفروض عدم حصوله، فالنقص غير وارد، لعدم ثبوت الضمان بالإقدام وحده.

بل إنَّ كون مرادهم ما ذكرناه هو صريح كلام الشيخ نفسه حيث قال قبل ذلك: «وإمَّا لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علَّل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونَةً عليه، ولا ريب أنَّ دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه...».

هذا في النقض الأوَّل.

ونقض ثانياً فقال:

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 آجرتك بلا اجره. نعم، قويُّ الشهيدان في الأخير عدم الضمان، واستشكل

ص: ٢٠٥

أقول:

ذكر موردين: أحدهما: أن يشترط المشتري - في البيع الفاسد - على البائع أن يكون ضامناً للمبيع إذا تلف، أى فى يد المشتري.

إلا أن هذا الضمان إنما جاء من ناحيه الشرط، ولا علاقته له بالإقدام وعدمه.

والثانى: البيع بلا ثمن، والإجاره بلا اجره، فإنه فاسدٌ عند الشيخ وموجب للضمان.

إلا أن البيع بلا ثمن يقع على صور:

منها: أن يبيع بشرط سقوط الثمن الثابت به فى ذمه المشتري، فالمراد من «بلا ثمن» أى: بلا أداء الثمن، بأن يسقط بعد ثبوته.

ومنها: أن يبيع بشرط أن لا يكون فى البين ثمنٌ.

ومنها: أن يبيع بلا ثمنٍ، قاصداً الهبه من البيع.

ومنها: أن يقصد البيع مع قصد عدم الثمن.

والأخير باطل، لأن الثمن ركن، والجمع بين البيع وعدم الثمن تناقض.

والذى قبله صحيحٌ، بناءً على صحه العقد باللفظ المجازى، والمفروض أنه قصد من لفظ «البيع» معنى «الهبه» مع إقامه القرينه على

ذلك ولو فرض فساد، إذ لا ضمان فى الهبه.

وأما الثانى، فيرجع إلى أحد الأخيرين.

وأما الأول، فلا إشكال فى صحته.

فالتنقض غير وارد.

قال الشيخ:

وأما خبر اليد، فدلالته وإن كانت ظاهرةً وسنده منجبراً، إلا أن مورده مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونه في الإجاره الفاسده.

أقول:

إنه في البيع الفاسد وعدم حصول الملكيه، تقع اليد على ملك الغير، وأما الإذن الحاصل، فقد كان إذناً معاملتياً والمفروض عدم تأثيره لفساد العقد، ولذا قال بعض الفقهاء: إن المقبوض بالعقد الفاسد بمنزله الغصب، فلو تلف كان ضامناً له، فصاحب اليد ضامن.

وقد تقدم الكلام في خبر قاعده اليد سنداً ودلالةً. أما سنداً، فقد قلنا بأنه ليس من أخبارنا، وإنما هو من أخبار العامه، وهو عن سمره بن جندب وهو من الأشقياء الملعونين، ولا ينجر هذا الضعف بالشهره بين الأصحاب، لأن جابريتها منوطه بأن نستكشف من عملهم أنهم قد عثروا على قرائن تفيد الوثوق بصدور الكلام عن المعصوم، الذي هو الملاك لحجته خبر الواحد، لكن هذه الكبرى غير منطبقه هنا قطعاً. وأما دلالة، فقد ذكرنا أنه ظاهر في الأخذ لشيء غير معطى، فهو أجنبي عن بحثنا، حيث التسليم من المالك، ولو سلم ورود «الأخذ» لمطلق التسلم أيضاً، كان الحديث مجملاً ولا يتم الاستدلال به في المقام.

نعم، لو قام الإجماع أو السيره المعبره على أن مجرد كون مال الغير في يد الإنسان - ولو قهراً أو خطأ، أو أن مطلق وضع يده على ملك الغير - موجب

للضمان، أمكن الاستدلال بالقاعده، بأن تكون مقتضىه للضمان لولا المانع وهو المجائيه، فإذا انتفت المجائيه بالدخول على وجه الضمان بمقتضى قاعده الإقدام، دلت القاعده على الضمان.

والحاصل: أنا قد بينا مرادهم من قاعده الإقدام، كما بينا كيفيه الاستدلال بقاعده اليد على الضمان، وقد نفى الشيخ البعد عن ذلك إذ قال فى الآخر:

ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام... فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد فى الأموال واحترام الأعمال....

وبعد، فما هو المدرك لهذه القاعده المتداوله على ألسنه الفقهاء؟

#### ٤ - قاعده السلطنه

الذى يمكن أن يقال هو: إنه لما كان الشرط هو الإلزام والإلتزام، أو كما قال الشيخ (١) - فى الكلام على قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» (٢) - إن الشرط لغه: مطلق الإلتزام، كانت المعامله مبنيه على الإلتزام بالتملك بعوض من الطرفين، وحيث أن هذا البناء موجود كشرط ضمنى فى المعامله الفاسده أيضاً، وإلا لما سلم كل منهما ملكه للآخر، فاشتراط البدل والعوض موجود فى المعامله المعاوضيه على كل حال، وعدم إمضاء الشارع للعقد الفاسد، إنما يمنع من ترتيب الأثر عليه، فلا يتعين البدل المسمى للبدليه، أما الإلتزام بأصل البدل فباق على حاله بمقتضى

ص: ٢٠٨

١- (١) المكاسب ٣ / ٥٦

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ / ٢٧٦، باب أن من شرط لزوجه أن لا يتزوج عليها...، ذيل الرقم: ٤

الحديث المذكور.

وتلخص: أن المدرك للقاعده - سواء كانت المعامله صحيحه أو فاسده - ليس قاعده الإقدام ولا قاعده اليد، بل هو قوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» وليس غيره.

ثم إنَّ الشيخ قد أشكل في الاستدلال بقاعده اليد بأنها لا تشمل المنافع والأعمال، كمنافع الدار المستأجره بعقدٍ فاسد، أو أعمال الأجير في الإجاره الفاسده.

لوضوح أنها لا تقع في حيز اليد، وظاهر قوله: «على اليد ما أخذت» أن يكون الشيء قابلاً للأخذ باليد، مضافاً إلى اعتبار كون الشيء قابلاً للأداء، كما هو ظاهر «حتى تؤدى»، والمنافع والأعمال لا قابليه لها لذلك، لعدم كونها موجوده في الخارج.

فقال المحقق الخراساني:

«مورده وإن كان مختصاً بالأعيان، إلّا أنّ قضيّه كونها مضمونه ضمان منافعها، فضمن المنافع في الإجاره الفاسده إنما يكون بتبع ضمان العين المستأجره، وبالجملة، قضيّه ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونه بها فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها...» (١).

وفيه:

إنه لا ضمان بالنسبه إلى العين في الإجاره الفاسده.

ص: ٢٠٩

إن «ما» الموصولة تشمل الأعيان والمنافع والأعمال، و«اليد» عبارته عن الاستيلاء، فعلى المستولى ما أخذ... و«الأخذ» يشمل الكلّ لأنه مطلق التناول (١).

وبالجملة، فإن الإشكال يندفع بأن المراد من «الأخذ» هو «الاستيلاء» وهو فى كلّ شىء بحسبه، ومن «الأداء» هو «الخروج عن العهده»، وبهذا يكون الحديث شاملاً للمنافع والأعمال أيضاً.

إلّا أنّ الشيخ جعل المدرك للقاعده فى المنافع والأعمال أدلّه اخرى غير قاعده اليد، فقال:

اللهم إلّم أنّ يستدلّ على الضمان فيها بما دلّ على احترام مال المسلم وأنه لا يحلّ عن طيب نفسه، وأنّ حرمه ماله كحرمه دمه، وأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، مضافاً إلى أدلّه نفى الضرر... .

أقول:

تقريب الاستدلال ب«لا- يحلّ مال...» هو: أنه قد اسند عدم الحليّه إلى «المال» ولم يقل: لا يحلّ التصرف ونحوه، فالمعنى: إنه ليس مال المسلم طلقاً لغيره، فلا يجوز لأحد التصرف فيه إلّا برضاه، وأنه لولا الرضا فالضمان ثابت.

ص: ٢١٠

وأما قاعده الاحترام، فمستندها الحديث:

عن أبي عبد الله عليه السّلام: «إن رسول الله صلّى الله عليه وآله وقف بمنى حتى قضى مناسكها في حجّه الوداع - إلى أن قال - فقال: أيّ يومٍ أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا اليوم، فقال: فأيّ شهرٍ أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا الشهر.

قال: فأيّ بلدٍ أعظم حرمة؟ قالوا: هذا البلد. قال:

فإنّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا...» (١).

وعن أبي جعفر الباقر عليه السّلام عن جابر بن عبد الله الأنصاري في حديث: إنّ النبي قال: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم...» (٢).

وعن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «إن رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: سباب المؤمن فسوق وقاتله كفر وأكل لحمه معصية لله وحرمة ماله كحرمة دمه» (٣).

وعن أبي ذر عن النبي صلّى الله عليه وآله - في حديث - «يا أباذر، سباب المؤمن فسوق وقاتله كفر وأكل لحمه من معاصي الله وحرمة ماله كحرمة دمه» (٤).

ص: ٢١١

١-١) وسائل الشيعه ٢٩ / ١٠، الباب ١ من أبواب القصاص في النفس، الرّقم: ٣

٢-٢) بحار الأنوار ٢١ / ٤٠٥

٣-٣) وسائل الشيعه ٨ / ٥٩٩، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الرّقم: ١٢

٤-٤) وسائل الشيعه ٨ / ٥٩٨، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الرّقم: ٩

ويمكن الاستدلال بها بوجهين:

أحدهما: إنه لو اتلف مال المؤمن ولم يعوّض عنه لزم ضياعه وذهابه هدرًا، وهذا يناهض الاحترام، ولا ريب أنّ «المال» غير مختصّ بالأعيان، فمنفعه الدار والدابّة مثلاً مال، وكذلك العمل، فإنه مال لأنه يبذل بأزائه المال، وتميل إليه النفس، فلا بدّ من دفع البدل عنهما وإلا يلزم هتك حرمتهما، فمقتضى احترام مال المؤمن المستوفى من دون رضاه، دفع البدل والعوض إليه.

والثاني: إنّ مقتضى تشبيه المال بالدم هو الضمان، فكما لا يذهب دم المؤمن هدرًا وتجب اليه، كذلك ماله ويجب دفع العوض، سواء كان عيناً أو منفعة أو عملاً.

وكذلك الحال في السبّ والغيبه، فالحكم الوضعي - بالإضافة إلى الحكم التكليفي - ثابت.

وهذا غاية تقريب الاستدلال بقاعده الاحترام في مسأله المنافع والأعمال، ثم نقول:

تارة: يستأجر الدار بالإجاره الفاسده ويسكن فيها أو الدابّة ويركبها، فلا ريب في الضمان وعليه دفع البدل، كما لو كان العقد صحيحاً، وأخرى:

يستأجر ولم ينتفع، فإن كان العقد صحيحاً، فلا كلام في الضمان بأدله الإحترام، لأنه لا يذهب مال المؤمن هدرًا، وأمّا إن كان فاسداً، والمفروض أنه لم يذهب شيء من المال هدرًا ولم يكن إتلافٌ، فلا موضوع لأدله الاحترام حتى يجب الضمان في دفع البدل.

ص: ٢١٢



إذن، في موارد عدم الانتفاع، الإجاره الفاسده ليست كالإجاره الصحيحه، إذ الضمان ثابتٌ في الصحيحه وإن لم ينتفع ولم يستعمل، أمّا في الفاسده إذا لم ينتفع بالشيء ولم يستعمل الأجير فلا ضمان.

وتلخص: أن لا كليّه لدليل الإحترام.

ولزياده التوضيح نقول: إن معنى احترام مال المسلم وعمله هو ثبوت العوض له، وهذا يكون في موردين، أحدهما: أن يأمره بالعمل فيأتي به من غير أن يقصد التبرّع بل بقصد العوض، فالأمر ضامن للبدل بلا إشكال.

والثاني: أن يقع العقد بينهما صحيحاً، ففي هذه الصوره يضمن المستأجر الأجر المسمّى، سواء انتفع أو استخدم الأجير أو لا.

وأما لو وقع العقد فاسداً، فإن حمله على العمل ضمن اجره المثل دون المسمّى، لفساد العقد، وإن عمل الأجير بلا طلب من المستأجر، بل لاعتقاده صحّه العقد وأنّ ذمته مشغوله مثلاً، فلا دلاله لأدلّه الاحترام على الضمان.

فالقاعده منتقضه، والصحيح هو التفصيل.

## ٦ - لا يحلّ مال امرئ...

وأما ما دلّ على أنه لا يحلّ مال المسلم إلّا عن طيب نفسه، فالذي في وسائل الشيعه باللفظ التالي في خبر:

«لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبه نفسه منه» (١).

ص: ٢١٣

١ - ١) وسائل الشيعه ٥ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلّى، الرّقم: ١. وأنظر: الرّقم ٣ من نفس الباب. ونفس المصدر ٩ /

٥٣٩، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الرّقم: ٢، و ٢٤ / ٢٣٤، الباب ٦٩ من أبواب الأتعمة المحرّمه، الرّقم: ٣، وغوالي اللثالي ٣ / ١٨٤

باب الجهاد، الرّقم: ٩. وقد أوردنا النصوص في الجزء الأوّل: ٢٤٤ - ٢٤٥، وبعض أسانيدھا معتبر بلا كلام

والحليّه تاره: تكليفه فى مقابل الحرمة التكليفية، وهذا يكون فى موارد إسنادها إلى الفعل الاختيارى، كأن يقال: يحلّ ذلك أن تأكل وتشرب...

وهكذا... ولو أسند إلى الأعيان كأن يقال: يحلّ لك الماء، احتاج إلى تقدير الفعل الاختيارى أى: شرب الماء، وكذلك الحرمة كقوله تعالى «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» (١)

واخرى: وضعيه، وذلك يكون حيث تسند إلى الأعيان، ولا يقدر الفعل ولو بأصالة عدم التقدير.

وفى هذه الرواية، قد اسندت الحليّه إلى «المال»، فلو قدر «التصرّف» كانت تكليفية، لكن الأصل عدم التقدير.

وإن شئت فقل: إن الرواية تدلّ على عدم الحليّه حيث لا طيب نفس، وعدم الحليّه مطلق يشمل الوضعيه والتكليفية معاً.

والحاصل: إن نفس المال له حرمة واحترام.

هذا غاية ما يقال فى تقريب الاستدلال بهذه الرواية على ضمان المنافع والأعمال المستوفاه إذا لم يقصد التبرّع.

والإنصاف: عدم إمكان المساعدة عليه، وذلك:

لأن إسناد الحليّه والحرمة إلى الأعيان قرينه على إرادته الحكم التكليفى المتعلق بها، فلو قيل: يحلّ الماء ويحرم الخمر، أى: شربه، يحلّ الطّعام أو يحرم الطّعام، أى: أكله، وهكذا، فى سائر الموارد، إذ يقدر الفعل المناسب فى

ص: ٢١٤

كُلٌّ منها.

هذا كله بناءً على ظاهر الرواية.

وأما بناءً على اللفظ الموجود في كلمات الفقهاء: «إلّا عن طيب نفسه» فالإشكال أوضح، لأن ظاهر «عن طيب نفسه» صدور الفعل، فهو دالٌّ على الحكم التكليفي من دون تردّد.

## ٧ - لا يصلح ذهاب حق أحدٍ

وأما الرواية: «لا يصلح ذهاب حق أحدٍ» فهذا نصّها:

عن ضريس قال: سألت أبا جعفر عن شهادة أهل الملل، هل تجوز على رجلٍ مسلم من غير أهل ملّتهم؟

فقال: لا، إلّا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم ولا تبطل وصيته» (١).

وعن الحلبي ومحمّد بن مسلم عن أبي عبد الله قال: «سألته هل تجوز شهادة أهل ملّه من غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحدٍ» (٢).

وعن سماعه قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن شهادة أهل الذمّة.

فقال:

لا تجوز إلّا على أهل ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على

ص: ٢١٥

١-١) وسائل الشيعة ١٩ / ٣٠٩، الباب ٢٠ من أبواب أحكام الوصايا، الرّقم: ١

٢-٢) وسائل الشيعة، نفس المصدر، الرّقم: ٣

الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ» (١).

تقريب الاستدلال: إن الدار أو الدابة المستأجره ذات المنفعة، إن ذهبت المنفعة هدرًا - بأن لا يكون في الإجاره الفاسده ضمانً - ضاع حقّ السلم، وهذا ما لا يصلح، بمقتضى النصوص المذكوره، فإنّها وإن كانت واردهً في مورد الوصية إلّا أنّ ذلك لا يخصّصها بل التعليل الموجود فيها معمم كما لا يخفى، أو أنّ الإمام قد طبّق الكبرى الكليّه على مورد الوصية.

وعلى الجملة، فالمنفعة والعمل حقّ، ولا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ، فالضمان ثابت في الإجاره الفاسده كما هو ثابت في الصحيحه.

ولكنّ فيه نظر:

فإنّ الكبرى الكليّه مسلّمه، لكنّ موردها صورته استيفاء المنفعة أو وقوع العمل بأمر من المستأجر، وأمّا لو استأجر الدابة - مثلاً - بعقد فاسدٍ ولم ينتفع بها أصلاً، لم يتحقّق لصاحبها حقّ كي يلزم من عدم دفع اجره المثل ذهاب حقّه.

وبعبارة اخرى: الذهاب فرع الوجود، إنه لم يتحقّق لصاحب الدابة على المستأجر حقّ ليكون ضامناً لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، فلا مصداقيه هنا لقاعده ما لا يضمن... هذا أوّلاً.

وثانياً: إنّ العمل فعل اختياري للإنسان، وهو عرض قائم به، فلا يكون مصداقاً لـ«الحق»، كما لا يكون مصداقاً لـ«الملك»، ولذا فإن عمل الحرّ لا يكون ملكاً له، فلا يقال لمن يتمكّن من القيام بأعمالٍ كثيره أنّ له ملكاً كثيراً

ص: ٢١٦

كما تقدّم في محلّه.

وعلى الجملة، فإن صدق «الحق» على «العمل» في غايه الإشكال.

## ٨ - قاعدة لا ضرر

وأما الاستدلال للمقام بأدله نفى الضرر، من جهة أنّ عدم الضمان ضرر، فيثبت الضمان في المنافع والأعمال مع فاسد العقد. فلا ريب في ثبوت قاعدة نفى الضرر، وأدلتها متواتره أو مستفيضه (١)، وفي لفظ: أنه صَلَّى الله عليه وآله قال: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» (٢).

ولكنّ الاستدلال بها هنا في غير محلّه، وتوضيح ذلك هو:

إن «لا» نافية للجنس، فطبيعي الضرر منفيّ تشريعاً، أمّا على القول بأن المعنى: كلّ موضوع ضررى فلا حكم له في الشريعة، لأنّ نفى الموضوع تشريعاً عبّاره عن عدم حكمه، فهو نفى للحكم بلسان نفى موضوعه، ونظيره في الكتاب والسنة كثير، ومنه قوله تعالى: «فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» (٣)، فلا ربط للقاعدة بما نحن فيه أصلاً.

وأما على القول بأن المعنى: كلّ حكم ينشأ منه الضرر فهو منفيّ في الشرع - كما هو مختار الشيخ - أي: لا حكم ضررى في الإسلام، فليس في محلّ البحث هنا حكم ينشأ منه الضرر حتى يتمسك بالقاعدة لنفيه.

ص: ٢١٧

١- (١) أنظر ٢٥ / ٤٢٧، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٦ / ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث

٣- (٣) سورة البقرة: ١٩٧

إلّا أن يقال:

إنّ ما ورد في لسان الشارع من: لا يجب كذا أو لا يحرم كذا أو لا يحلّ كذا، ونحو ذلك، ليس إخباراً عن عدم الحكم، لأنّ الأحكام كلّها عدم في الأزل، بل هو إنشاء لعدم الحكم والتعيّد به، ولذا يجرى استصحاب العدم الأزليّ ويتعيّد به، وعلى هذا، فحكم الشارع بعدم الضمان في الأعمال والمنافع المستوفاه بالعقد الفاسد، حكمٌ ينشأ منه الضرر، فهو منفيٌّ بأدله نفي الضرر، وإذا ارتفع العدم ثبت نقيضه، فالضمان ثابت.

هذا غاية ما يمكن أن يقرب به الإستدلال بقاعده «لا ضرر».

وخلاصته: إن معنى القاعده: كلّ حكم ينشأ منه الضرر فهو منفي، وإن عدم الحكم ممّا يمكن التعيّد به، ونفيه جعل لعدمه، وتكون النتيجة ثبوت الحكم بالضمان.

وفيه: إنه لا كلام في أنّ عدم الحكم ممّا يمكن التعيّد به، ولكنّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، إذ المفروض عدم إنشاء الحكم بعدم الضمان، والقول بأن عدم الحكم من دون إنشائه مجعول، فاسد جدّاً.

هذا أوّلاً.

وثانياً: ظاهر الرواية: أن المنفيّ هو الحكم الضرري، لا عدم الحكم الذي ينشأ منه الضرر.

فالقول بعدم حكم الشارع فيما نحن ضرري، فيكون مجرى قاعده لا ضرر، لا يمكن مساعدته عليه بوجه.

فإن قلت: إنّ الانتفاع بدار الغير أو دابّته - مثلاً - بلا دفع للبدل «ضرار»، وهو منفيٌّ بالحديث الشريف، فيجب التدارك.

ص: ٢١٨

قلت: إن مفاد الحديث نفى الضرار، لا نفى الضرار غير المتدارك، وتدارك الشيء غير عدم الشيء.

وتلخص:

عدم الدليل على الضمان في الأعمال والمنافع المستوفاه بالعقد الفاسد، فقاعده: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده... منتقضه.

وأما بناءً على ما ذكرنا من أن دليل القاعده هو: قاعده السِّلْطَنه، بالبيان المتقدم، فغايه ما يمكن أن يقال في الأعمال والمنافع هو: إن تسليمه الدار للانتفاع بها، مبنئ على أن المنفعه المستوفاه ليست مجائيه، فمقتضى هذا الشرط الضمنى - بعد عدم وجوب دفع العوض المسمى، لفساد العقد - وجوب دفع البدل، فيختص الاستدلال بصوره استيفاء المنفعه أو العمل، وأما حيث لم يتحقق الاستيفاء، فلا دلالة للقاعده على الضمان(١).

ص: ٢١٩

قال الشيخ:

ويبقى الكلام حينئذٍ فى بعض الأعمال المضمونه التى لا يرجع نفعها إلى الضامن ولم يقع بأمره، كالسبق فى المسابقه الفاسده، حيث حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق أجره المثل، خلافاً لآخرين. ووجهه ... .

أقول:

إنّ المسابقه عقد مشروع مستقلّ مبحوث عنه فى كتاب السّبق والرّمايه، وهو من العقود اللّازمه، يتعاقدان على أن يكون السّبقُ لمن سبق، ويكون السّبقُ من أحدهما أو من كليهما.

فإنّ كان العقد صحيحاً، فالضمان - وهو كون السّبقُ للسابق - ثابت، وأمّا إنّ كان فاسداً، فحكم شيخ الطائفه (١) وجماعه بأنّ لا ضمان بالنسبه إلى أجره المثل، فكان ما يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. وذهب العلّامه والمحقق الثانى (٢) وآخرون إلى ثبوته أخذاً بالقاعده.

ص: ٢٢٠

١- (١) أنظر: المبسوط فى فقه الإماميه ٦ / ٣٠٢، شرائع الإسلام ٢ / ٢٤٠، مسالك الإفهام ٦ / ١٠٩ - ١١٠

٢- (٢) أنظر: تذكرو الفقهاء ٢ / ٣٥٧، جامع المقاصد ٨ / ٣٣٧، إيضاح الفوائد ٢ / ٣٦٨



وقد اختار الشيخ القول الأول، فالقاعده على هذا القول منتقضة، والوجه في ذلك هو:

إنَّ الأدلَّة التي أقامها الشيخ على الضَّمان في المنافع والأعمال غير جاريه هنا، وذلك، لأنَّ موجب الضَّمان إمَّا هو الانتفاع بمال الغير فيجب عليه التدارك، وإمَّا أنْ يأمر الغير على عملٍ، وعمل المسلم محترم، فتجب عليه أجرته، وإمَّا هو الإجاره أو الجعالة الصحيحه، فيجب عليه دفع العوض المسمَّى.

والمسابقه الفاسده ليست بإجاره أو جعاله، ولا- يترتب عليها ضمان المسمَّى لعدم صحَّتها، والعمل الذي قام به لم يقع بأمر الضَّامن، وهو لم ينتفع بالعمل. وإذْ لا أمر ولا استيفاء للمنفعه ولا عقد يكون مؤثراً في استحقاق الأجره والعوض، فلا ضمان(١).

ص: ٢٢١

## هل يفرق في الضمان بين علم الدافع وجهله؟

قال الشيخ:

ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، وبين علمه مع جهل القابض، وتوهم أن الدافع... .

أقول:

إنما ينتفى الضمان في موارد، كالإذن في التصرف أو الغرور حيث أن المغرور يرجع إلى من غره، وأما في العقد الفاسد، فقد يكون كلاهما جاهلين بفساده، أو عالمين به، أو الدافع جاهل والقابض عالم، أو بالعكس.

فإن كانا جاهلين، فالضمان ثابت، لقاعده الضمان بناءً على تماميتها، وإن كان الدافع جاهلاً والقابض عالماً، فبطريق أولى، لأنه يعتقد بصحة العقد فيسلم الشيء، لكن الآخذ عالم بالفساد فهو بأخذه يكون ضامناً بلا إشكال.

وإن كان الدافع عالماً بالفساد والقابض جاهل، أو كانا عالمين، فقد يقال

ص: ٢٢٢

بعدم الضمان:

لأن الإقباض مع العلم بالفساد إذن في التصرف، فلا ضمان حينئذٍ.

أو لأن الإقباض في هذه الحالة أمانه مالكيه (١).

أو لأنه لما كان الدافع عالماً والقابض جاهلاً، فإن القابض مغرورٌ من قبل الدافع، والمغرور يرجع على من غره.

لكن ذلك كله توهم.

لأن الأمانه المالكيه، إمّا هي عباره عن الإيداع أو الإعارة ونحوهما، ولا شيء من هذه العناوين بمقصود للدافع، فلا موضوع للأمانه هنا.

وأمّا الإذن في التصرف، فإنه من باب الجرى على المعاوضه تشريعاً أو من باب عدم المبالاه بالحكم الشرعى، فهو لم يدفع الشيء مجاناً ليكون إعطاؤه إذنًا في التصرف، لأن الإذن في التصرف يكون في حال الدفع مجاناً مع إمضاء الشارع، خاصه في صورته علمهما بالفساد، فإنه لا يتصور الآخذ إذن الدافع ورضاه بالتصرف.

ص: ٢٢٣

وأما قاعده الغرور، فإنما تجرى في موردٍ يكون التصرف بتغيير الغير مع الاعتقاد بعدم الضمان، وليس القبض فيما نحن فيه كذلك، بل هو على وجه المعاوضه.

وعلى الجملة، فالضمان ثابت في الصور الأربع، لقاعده الضمان بناءً على تماميه الاستدلال بها كما عليه الشيخ، أو لقاعده السلطنه كما هو المختار عندنا، غير أنه لا موضوع لذلك في صوره عدم الانتفاع أو عدم التسبب للفعل.

هذا كله في أصل القاعده، وقد تبين أن الصحيح جريانها على أساس قاعده المؤمنون عند شروطهم، في كل مورد يتحقق التصرف في الشيء أو الاستيفاء للمنافع أو التسبب للعمل.

### الكلام في عكس القاعده

قال الشيخ:

وأما عكسها، وهو: إن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فمعناه: إن كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده، ففاسده لا يفيد ضماناً، كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربه....

أقول:

هناك عقود ليس في صحيحها ضمان إذا حصل التلف، كالهبة والوكالة والرهن والمضاربه، كذلك في فاسدها، بمقتضى عكس القاعده، ويعود البحث هنا في معنى «الباء»، والسبب أوفق، أما بناءً على كون المدرك هو قاعده الإقدام فواضح، وأما بناءً على كونه قاعده اليد، فإنها قاعده اقتضائه

ص: ٢٢٤

والمانع عنها إذن المالك كما تقدم، فعدم المعلول بسبب وجود المانع.

قال:

والعاريه غير المضمونه بل المضمونه، بناءً على أنّ المراد بإفاده الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج... .

أقول:

أمّا غير المضمونه فواضح، وأمّا المضمونه، فلا ضمان فيها كذلك، بناءً أن مركز البحث في وجوب الضمان وعدمه عباره عن نفس العقد، فالمضمونه داخله في البحث لاندراجها تحت عكس القاعده وإن كان الضمان ثابتاً فيها، لأن ثبوته بالشرط، وهو أمر خارج عن العقد، هذا ما أفاده.

ولكنّ التحقيق عدم دخول العاريه المضمونه في البحث، سواء كان دليل القاعده هو اليد أو قاعده الإقدام، على ما تقدّم.

### **الخلاف في ضمان العين المستأجره**

قال الشيخ:

ثم إنّ مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجره فاسداً، لأنّ صحيح الإجاره غير مفيدٍ ل ضمانها كما صرّح به... إلّا أنّ صريح الرياض الحكم بالضمان... والأقوى عدم الضمان، فالقاعده المذكوره غير مخصّصه بالعين المستأجره ولا متخصّصه.

أقول:

قد وقع الكلام بين الفقهاء في ضمان العين المستأجره بالعقد الفاسد إذا

ص: ٢٢٥

تلفت إلّا أن يشترط على كلام (١) فيه:

ف قيل بعدم الضمان، لأنّ صحيح الإجاره غير موجب للضمان، ففاسدها كذلك بمقتضى القاعده، وهذا صريح جماعه وظاهر كلام آخرين (١).

وقيل بالضمان، وهو صريح الرياض، وحكى نسبه إلى المفهوم من كلمات الأصحاب (٢)، قال الشيخ: والظاهر أنّ المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي (٣).

والمحقق الثاني (٤) اختلف كلامه، فاختر في بدو النظر الضمان، للفرق بين الإجاره الصحيحه والفايده، أمّا في الصحيحه، فلا ضمان، لأنّ يد المستأجر أمانيه، وأمّا في الفاسده، فلأنها عدوانيّه، والتصرف في العين حرام

ص: ٢٢٤

---

١-١ (١) أنظر: القواعد ١ / ٢٣٤، تحرير الأحكام ١ / ٢٥٢، التذكرة ٢ / ٣١٨

٢-٢ (٢) الرياض ٢ / ٨

٣-٣ (٣) مجمع الفائده والبرهان ١٠ / ٥٠

٤-٤ (٤) جامع المقاصد ٦ / ٢١٤

لأنه غصب فيضمنه.

ثم قال بعد ذلك بعدم الضمان، لقاعده ما يضمن بصحيحه فقال: إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً للاستيلاء، (قال) ولو شكك، فالأصل براءة الذمه من الضمان، ثم نقض القول بالضمان في الإجاره الفاسده بالرهن الفاسد، وقد قام الإجماع على عدم الضمان في فاسده كما لا يضمن في صحيحه.

قال الشيخ:

لعل الحكم بالضمان في المسأله، إمّا لخروجها عن قاعده ما لا يضمن... وإمّا لأنّ قاعده ما لا يضمن معارضه هنا بقاعده اليد.

أى: فهي خارجه عن القاعده تخصّصاً أو تخصيماً.

أمّا تخصيماً، فلأنّ القاعده إنما تجرى في العقد بحسب ما تعلّق به، وفي الإجاره يتعلّق العقد بالمنفعه لا بالعين، فضمن العين إذا تلفت في العقد الفاسد مستند إلى دليلٍ آخر غير القاعده، وهو: إنّ دفع الموجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر الانتفاع بها، والمفروض عدم الاستحقاق لفساد العقد، فيده عليها يد عدوانٍ موجه للضمن.

وأمّا عدم الضمان للعين في الإجاره الصحيحه، فلأنّ يد المستأجر يد أمانته ولا ضمان في الأمانه.

وأمّا تخصيماً، فلأنّ القاعده معارضه في الإجاره الفاسده بقاعده اليد، وقاعده اليد أظهر منها فتقدّم عليها.

هذا شرح كلام الشيخ رحمه الله.

ص: ٢٢٧

وأقول:

إنَّ الإِجَارَه على أقسام:

أحدها: أن تكون العين المستأجره بيد المالك، كأن يستأجر السيَّاره لحمل المتاع، والذي يقودها هو المالك لها.

ولا كلام في عدم ضمان المستأجر في هذا القسم.

والثاني: أن يستأجر السيَّاره، ويقودها شخص آخر بإذن من المالك.

ولا كلام في عدم ضمان المستأجر في هذا القسم أيضاً.

والثالث: أن يستأجر السيَّاره، ويكون هو القائد لها، وهذا هو محلّ الكلام.

قال الشيخ:

مورد العقد في الإجاره المنفعه، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد....

فقال المحقق الخراساني: «الإجاره عباره عن إضافه خاصه بين العين المؤجره والمستأجر» (١).

وقال شيخنا الاستاذ: «الإجاره عباره عن جعل العين في الكراء أو جعل نفسه بالأجره ولا يتعدى إلّابالعين، وملك المنفعه لازمها

الغالبى...» (٢).

وما ذكره شيخنا في غايه الدقه والمتانه، وقد أوضحناه في كتاب الإجاره بالتفصيل.

وعلى الجملة، إنه لو كان مفاد مادّه الإجاره عبارة عن تملك المنفعه،

ص: ٢٢٨

---

١-١) حاشيه المكاسب: ٣٢

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣٢٨ - ٣٢٩



كان للضمان وجه، بأن يكون معنى «آجرتك الدار» تملكك منفعتها، وهذا صحيح، ولو قال: آجرتك نفسى، يكون معناه: ملكتك منافع نفسى، بأن يقصد العمل، إن صحَّ التعبير عنه بالمنفعه... .

ولكنَّ حقيقه الإجاره ليس تملكك المنفعه.

وقيل: الإجاره هى التسليط على العين للانتفاع بها بعوض، وهو مختار السيد فى العروه (١)، ولا بأس فى هذا القول، لكنّه غير جامع للموارد، إذ لا تسليط فى مورد الحرّ المستأجر للعمل كالخياطه مثلاً، فما ذكره يختصُّ بإجاره الأعيان ولا يشمل عمل الحرّ.

فسواء تكون الإجاره إضافه خاصه كما قال المحقق الخراسانى، أو جعل العين فى الكراء كما قال شيخنا، أو التسليط على العين للانتفاع كما قال السيد، فإنّ العين واقعه فى حيز المستأجر بواسطه المالك، وهو مأذونٌ فى التصرف فيها والانتفاع بها، وحينئذٍ، لا معنى للقول بالضمان.

وما ذكره الشيخ - من أنّ دفع المالك العين فى الإجاره الفاسده إنما هو من جهه البناء على كون المستأجر مالكاً للمنفعه، والمفروض عدم الملكيه، لفساد العقد، فیده يد عدوانٍ موجه للضمان - عجيب جداً، لما ذكرنا مراراً من أن القضيّه الخارجيه تختلف عن الحقيقه، فلو سلّم الشئ لغيره بداعٍ من الدواعى، لم يعقل فيه التقدير والتقييد والتعليق، لأن هذه الامور من أحكام القضايا الحقيقه الكليه لا- الخارجيه الجزئيه، والمفروض هنا أنه قد سلّم الشئ لاعتقاده بكونه مالكاً للمنفعه، وما وقع فى الخارج لا ينقلب عمّا وقع

ص: ٢٢٩

عليه، فهو قد أذن له بالتصرّف وإن كان في بناءه وتقديره خطئان، وحينئذٍ لا وجه للضمان.

فالحقّ هو القول بعدم الضمان في الإجاره الفاسده (١)، والعلم عند الله.

ص: ٢٣٠

اشاره

قال الشيخ:

ثم إنه يشكل أطراد القاعده فى موارد:

منها: الصيد الذى استعاره المحرم من المحلّ، بناءً على فساد العاربه، فإنهم حكموا بضممان المحرم له بالقيمه، مع أن صحيح العاربه لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثانى... إلّا أن يقال... .

أقول:

لا- يخفى أنه لا- يجوز الصّيد للمحرم، ولو اصطاد لم يملك، ولو اصطاد قبل الإ-حرام ثم أحرم، خرج الصّيد عن ملكه وعليه إرساله.

إنما الكلام فى استعارته الصّيد من المحلّ.

فعلى تقدير الحرمة، تكون العاربه فاسده، ولو فعل فقد حكموا

ص: ٢٣١

بضمانه، قال المحقق: لا يجوز للمحرم أن يستعير... ولو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه ذلك (١).

وقال العلامة (٢): ولو استعاره وجب عليه إرساله، وضمن للمالك قيمته، ولو تلف في يده ضمن أيضاً بالقيمة لصاحبه المحلّ، وبالجزاء لله تعالى، بل يضمنه بمجرد الإمساك.

فأشكل الشهيد الثاني (٣) في ذلك، لأنّ صحيح العاربه لا يضمن به، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

وذهب صاحب الجواهر إلى أنه يضمن إذا أرسل (٤).

## ١ - الصّيد الذي استعاره المحرم

فنقول:

إنه إذا استعار المحرم الصيد من المحلّ، فإنه يخرج بذلك عن ملك المالك المحلّ، فكأن هناك تضاداً بين يد المحرم وملكه الصّيد، فبمجرّد تحقق يده عليه يكون من المباحات.

وبتقريب آخر: إذا استعار الصّيد وجب عليه إرساله، والإرسال إتلافٌ، وجواز إتلاف مال الغير يكشف عن عدم ملكه.

إذن، فالاستعاره أوجبت إتلاف مال الغير، والإتلاف يوجب الضمان،

ص: ٢٣٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٢ / ٤٠٨ - ٤٠٩

٢-٢ (٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٢٠٩

٣-٣ (٣) المسالك ٥ / ١٣٩

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٢٧ / ١٦٤

فيكون المورد خارجاً عن البحث، لأن الموضوع لقاعده ما لا يضمن... هو التلف لا الإلتلاف، فلا تنتقض القاعده به.

هذا بناءً على أن الاستعاره توجب ذلك، كما قال جمع من الأعلام، بل صرح به الميرزا الاستاذ.

إلّا أنّنا لا نوافق على ما ذكر، لعدم الدليل على وجود التضادّ بين يد المحرم وملكيه الصّيد، حتى لو كانت الملكيه للغير، نعم، الدليل على عدم ملكيه المحرم لما اصطاده قبل الإحرام موجود.

وأما قضيّه أنّ مال الغير لا يجوز إلتافه، فإذا جاز الإلتلاف كشف عن عدم ملكيه الغير للشيء، فقضيّه صحيحه، لكنّ عدم جواز إلتافه ليس مطلقاً، بل هو مقتيد بعدم المجوّز له شرعاً، فإذا جاء المجوّز جاز ووجب الضّمان، لعدم الملازمه بين الحكمين التكليفي والوضعي كما لا يخفى.

هذا كلّه بناءً على وجوب ارسال الصيد على المحرم وخروجه عن ملكيه الغير، على ما تقدّم، إذ هو إلتلاف وليس بتلف.

لكنّ الشيخ حاول تقريب الضمان بنحو يكون مستنداً إلى التلف لا الإلتلاف، وبيان صناعي جميل، فقال:

إلّا أنّ يقال: إن وجه ضمانه - بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته - : إن المستقر عليه قهراً بعد عاريه هي قيمه لا العين، فوجوب دفع قيمه ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد لا بسبب التلف.

وتوضيحه:

إنّ الصيد بيد المحرم عاريه واجب الإرسال، وإرساله إلتلافٌ وهو سبب

ص: ٢٣٣

ضمان القيمة، فهو قبل التلف حيث أنه مكلف بالإتلاف ضامنٌ شرعاً للقيمة، إذ الضمان أثر لذلك التكليف وهو مترتب من حينه، فضمان القيمة ثابت قبل حصول التلف خارجاً.

أقول:

لا- إشكال في أنه لو كلف بإيجاد العلة فالتكليف بالمعلول أيضاً حاصلٌ، لعدم انفكاكه عن العلة، لكنّ هذا إنما يكون في حال كونهما على نسقٍ واحد، وما نحن فيه ليس كذلك، لأن التكليف بالإتلاف بإرساله فعليٌّ، والضمان موقوفٌ على تحقّق الإتلاف، فلا يعقل أن يكون التكليف بالإرسال تكليفاً بالضمان.

### جهات البحث في المسألة

ولا بأس بالإشارة إلى جهات البحث في المسألة:

هل استعاره المحرم للصيد فاسده؟

هل هذا الضمان، ضمان التلف أو الإتلاف أو بدل الحيلولة؟

هل يوجد فرقٌ بين أن يعلم المعير بكون المستعير محرماً وجهله بذلك؟

هل للمحرم أن يرده إلى مالكه أو لا بل يرسله؟

لو رده إلى مالكه تبرأ ذمته من القيمة أو لا؟

الظاهر أنه لم يقل أحد بفساد عاريه المحرم، وإنما هو احتمال من الشهيد الثاني، وهو غير بعيد، لا من جهة اقتضاء النهي لذلك، لعدم الخلاف ظاهراً في حرمه استعاره المحرم الصيد، بل لما تقرّر في الاصول من أنّ النهي

ص: ٢٣٤

فى المعامله وإن لم يكن موجباً للفساد إلماً أنه ليس على إطلاقه، بل فيه تفصيل، فإن كان النهى عن إيجاد المعامله، لم يوجب الفساد بل ربما يقال بأنه يدل على الصحه، وإن كان عن الأثر المترتب عليها، فالمعامله التى لا أثر لها لا يعقل أن تكون صحيحه.

ولما كان المقصود من العاريه هو الانتفاع من الشىء، لكن المحرم لا يجوز له أن ينتفع بالصيد، فانتفى أثر العاريه، فهى فاسده.

وأما البحث فى جهه الضمان، فالشيخ على أنه ليس ضمان التلف أو الإتلاف بل إنه ضامن للقيمه قبل التلف تشريعاً، لأن التكليف بالسبب الذى يترتب عليه المسبب تكليف بالمسبب، فهو بمجرد الإمساك مكلف بالإرسال، ونتيجة الإرسال ضمان القيمه، فهو قبله مكلف بأداء القيمه للمالك.

وفيه: إن هنا حكمين، أحدهما فعلى، وهو وجوب الإرسال بمجرد الإمساك على القول به، وهذا حكم تكليفى، والآخر - وهو الحكم الوضعى، أى الضمان بالقيمه - تقديرى، فإنه على تقدير الإرسال، إذن، لا يتصور هنا ضمان غير ضمان الإتلاف.

والميرزا الاستاذ ذهب إلى ثبوت ضمان الإتلاف مع وجود الصيد فى يده وقبل حصول الإرسال، قال: إن وضع يده على الصيد موجب لسقوط ملكيته، فهو بمجرد أخذ الصيد من المالك مُتلف لملكه لأنه يصاد الملكيه، إذ لا فرق فى ضمان الإتلاف بين الإعدام الخارجى وإتلاف المائيه (١).

ص: ٢٣٥

وكان رحمه الله قد استفاد هذه المضادة من خروج الصييد عن ملك من اصطاده قبل الإحرام ثم أحرم، إذ يدل ذلك على أنّ الإحرام وكون الصيد مملوكاً لا يجتمعان، سواءً كانت الملكيه لنفس المحرم أو غيره.

وبالجملة، إن الامساك الذى يتعقبه الإرسال الكاشف عن عدم الملكيه - إذ لو كان ملكاً لما جاز إرسال مال الغير - إتلاف، وإن كان موجوداً.

ويرد عليه: إن الاستفادة من النصوص هو تضادّ يد المحرم مع كونه مالكا للصيد، لا المملوكيه مطلقاً وإن كان لغيره.

فما ذكره طاب ثراه لا يمكن المساعده عليه.

وفصل السيد (1) بين علم المعير بكون المستعير وجهله بذلك، فإنّه إذا كان عالماً كان الإتلاف مستنداً إليه، لأنه السبب فى ذلك، لأنه سلّم الصيد مع علمه بكونه المستعير محرماً وأنه سيرسله، فالبحت عن ضمان المحرم وعدم ضمانه يختصّ بصوره جهل المعير بكونه محرماً.

وفيه: إن الإسناد إلى السبب يتوقف على أن لا يكون المباشر أقوى منه، والمعير وإن كان سبباً للإتلاف إلّا أن المستعير المحرم هو الأقوى، فهو مستند إليه دون المعير، فلا فرق حينئذٍ بين علم المعير وجهله.

ومن الأصحاب من قال بأنه ضمان بدل الحيلولة الواجب فى كلّ مال امتنع رده إلى مالكة، لأن المورد من هذا القبيل، إذ الصيد بوجوب إرساله شرعاً ممتنع رده، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فيجب دفع بدل الحيلولة.

وفيه: إن مورد بدل الحيلولة هو ما إذا وقع مال الغير بيد الإنسان وامتنع

ص: ٢٣٦



ردّه إلى مالكه مع وجوده خارجاً، كما لو وقع في البحر مثلاً، فكان الانسان حائلاً بين الملك ومالكه، فبدل الحيلولة فرع على ثبوت الضمان، والبحث فيما نحن فيه في أصل الضمان.

وهل يجوز للمحرم أن يردّ الصيد إلى مالكه فيسقط الضمان؟

مقتضى كلام الميرزا الاستاذ قدس سرّه أنه لا أثر للردّ، لأنّ الصّيد بمجرّد إمساك المحرم خرج عن ملكه واستقرّ ضمان الإلتلاف على المحرم، فلو ردّه حصل للمالك صيداً جديداً.

وبعبارة اخرى: المسقط للضمان ردّ الملك، وهذا ليس برّد له.

والذى نحن عليه (١): إنه لا- يجوز للمحرم إمساك الصيد، أمّا خروجه عن ملك مالكه وعدم جواز ردّه إليه، فلا دليل عليه، بل هو باق على ملك مالكه، فإن ردّه المحرم إليه فلا ضمان عليه، والإرسال يجب إذا لم يمكن الردّ، فإذا لم يمكن ذلك وأرسله ضمن قيمته بضمن الإلتلاف، وعلى هذا، فقاعده ما لا يضمن غير منتقضه. والله العالم.



## ٢ – المنافع غير المستوفاه في البيع الفاسد

قال الشيخ:

ويشكل أطراد القاعده أيضاً في البيع فاسداً بالنسبه إلى المنافع التي لم يستوفها، فإنّ هذه المنافع غير مضمونه في العقد الصحيح مع أنها مضمونه في العقد الفاسد.

ص: ٢٣٩

أقول:

المنافع للعين المستأجره مثلاً- تارةً: متصله كالصوف ونحوه من الشاه، وأخرى: هي في معرض الانفصال كاللبن، وثالثه: هي في معرض الفعلية بواسطة المستأجر كركوب الدابه وسكنى الدار، ورابعه: هي في حد ذاتها فعليته.

وجميع هذه الأقسام داخله فى البحث.

ثم إنه إن استوفى المستأجر المنافع، فما كان وجوده فعلياً فقد أتلّفه، ومقتضى قاعده الإتلاف هو الضمان بلا كلام، وأمّا ما لا وجود له بالفعل، فهو بمنزله الإتلاف إن انتفع به، كالدابه يركبها مثلاً. ففي المنافع المستوفاه إتلاف حقيقه أو فى قوه قريبه من الإتلاف.

والشيخ لم يتعرّض للمنافع المستوفاه، لوضوح الحكم فيها.

وأما المنافع غير المستوفاه، كأن كان الحيوان سميماً فأصبح مهزولاً أو تلف لبنة وهو بيد المستأجر بعقد فاسد، وكالدار المشتره ببيع فاسد ولم تسكن من قبل المشتري، فلو ردّ الحيوان أو الدار إلى المالك يضمن تلك المنافع أو لا؟

قال المشهور بالضمان، وأرسله الشيخ إرسال المسلم، فيتوجه الإشكال بأنها ليست مضمونه فى العقد الصحيح، فلماذا تكون مضمونه فى الفاسد، والقاعده تقول: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده؟

قال الشيخ:

إلّا أن يقال: إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع فى العقد الصحيح والفاسد.

ص: ٢٤٠

وفيه نظر لأن نفس المنفعة غير مضمونه في العقد الصحيح، لأن الثمن إنما هو بأزاء العين دون المنافع.

أقول:

وما ذكره هو الصحيح.

وقال السيد: «المنافع وإن لم تكن مقابله بالمال، إلا أنها ملحوظة في قيمه وزيادة الثمن، وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونه...» (١).

ولكنه وجه خطابي، لأن الواسطه في الثبوت لا يقع في حيز الثبوت، وكثره المنافع أو الشروط واسطه في ثبوت إزدياد قيمه المضمونه، فلا يعقل أن تكون هي مضمونه كذلك.

وقال الميرزا الاستاذ: إن الثمن المسمى في عقد البيع وضمانه في مقابل العين، ومن ملك العين فالمنافع مباحه له بالدليل الشرعي وله التصرف، هذا في البيع الصحيح. أما في البيع الفاسد، فحيث أن العين غير منتقله إلى المشتري، فلا دليل على إباحه المنافع له، فهو ضامن بالنسبه إليها (٢).

وتوضيحه: إن للمنافع ماله، وقد قام الدليل الشرعي في العقد الصحيح على جواز الانتفاع بها ولا ضمان، أما في الفاسد، فإن تلك المنافع باقيه على ملك المالك تبعاً للعين، وحيث أنها فاتت عليه لكون العين بيد المشتري، فالمشتري ضامن لها.

وفيه: إن جواز الانتفاع في العقد الصحيح غير محتاج إلى الدليل، لأن

ص: ٢٤١

١-١) حاشيه المكاسب ١ / ٤٦١

١-٢) وأنظر منه الطالب ١ / ١٢٦

العين مملوكه له، ومن ملك شيئاً ملك منافعه، أما إذا كان العقد فاسداً، فالقول بالضمان بالنسبه إلى المنافع غير المستوفاه محتاج إلى الدليل.

وغايه ما يمكن أن يقال هو: إن المشتري بسبب إمساكه للعين قد فوّت المنافع على البائع، وهذا بمنزله الإلتلاف فهو ضامن لها.

والجواب:

أمّا نقضاً: فبالعين المرهونه بالعقد الفاسد، إذ هي باقيه على ملك المالك، وكون المرتهن ممسكاً لها بمثابة الإلتلاف لمنافعها، وكذا في الوكاله الفاسده والهبه، ولا قائل فيهما بضمان المنافع.

وأما حللاً، فإن إمساك الشيء غير الإلتلاف له، وقوام الإلتلاف هو التصرف، وكونه بمنزله الإلتلاف مجاز.

وما ذكره المحقق الخراساني من: إن الدليل على ضمان المنافع هو الدليل على ضمان الأعيان، لكون ضمانها من آثار ضمانها ولوازمه، ولا يتفاوت في ذلك بين كونها مستوفاه أو غير مستوفاه، كما لا يخفى (١).

ففيه: إن هذا عين المدعى.

### تحقيق المقام

وأقول: قد تقدّم في الكلام على ضمان المنافع والأعمال في الإجاره الفاسده، أن الاستدلال على ضمانها بقاعده اليد أو احترام مال المسلم أو بأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، غير تام، بل قد عرفت عدم تماميه الوجه المذكوره كذلك.

ص: ٢٤٢

فالمنافع غير المستوفاه غير مضمونه على الأقوى، كما ذهب إليه فخر المحققين (١). وعلى فرض الشك، فالأصل عدم الضمان.

### ٣ - حمل المبيع فاسداً

قال الشيخ:

ويمكن نقض القاعده أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرح به في المبسوط و... من كونه مضموناً على المشتري، خلافاً للشهيدين و... .

مع أنّ الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناءً على أنه للبائع... .

أقول:

الكلام في الحمل الموجود حين البيع، وأما ما يكون متأخراً عنه، فهو ملك للمشتري في العقد الصحيح، وللبائع في الفاسد، كما هو واضح.

ومنشأ الخلاف في المقام هو: إنه لَمَّا باع الحامل، فهل باع الحامل مع الحمل أو أنّ الحمل باقٍ على ملك البائع؟ فعلى الأول: يكون الحمل مضموناً كالحامل، فإن كان العقد صحيحاً فبالبدل المسمّى، وإن كان فاسداً فبالبدل الواقعي. وعلى الثاني، ففي جامع المقاصد (٢): إنّه في المبيع فاسداً غير مضمون فإنه ليس مبيعاً، إذ لا يندرج الحمل في بيع الأُم، فيكون أمانه في يد المشتري... .

لكنّ الصحيح هو التفصيل بين علم البائع حين البيع بوجود الحمل

ص: ٢٤٣

١-١) إيضاح الفوائد ٢ / ١٩٤

٢-٢) جامع المقاصد ٦ / ٢٢٠

وجعله به، فإنه إن كان عالماً فالحمل أمانه مالكيه، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، والأمانه لا تضمن. وإن كان جاهلاً، فالحمل أمانه شرعيه لا مالكيه في العقد الصحيح، وإن كان فاسداً وباع نفس الحامل، فالحامل باق في ملكه، وكذلك الحمل بتبعه، وليس بأمانه مالكيه ولا شرعيه، وكان ثبوت الضمان مبتنياً على قاعده اليد.

فلا الضمان مطلقاً، كما عليه الشيخ وجماعه، ولا عدمه مطلقاً كما عليه الشهيدان وجماعه، بل الحق هو التفصيل (١).



قال الشيخ:

ويمكن النقص أيضاً بالشركة الفاسده، بناء على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذٍ عدواناً موجِبُ للضمان.

أقول:

عقد الشركة يتحقق، إما بأن يمتزج المالان فيشتركان مشاعاً في الممتزج، أو بأن يكون نصف ما بيد هذا لذاك ونصف ما بيد ذاك لهذا، فكلُّ من المالين يكون مشتركاً مشاعاً بينهما، ولكلِّ واحدٍ من الشريكين أن يتصرّف في كلِّ ما بيده، فلو تلف ما بيد أحدهما كلّهُ بتلفٍ سماويٍّ لم يكن ضامناً إن كان العقد صحيحاً، ويضمن إن كان فاسداً، بناءً على عدم جواز التصرف لهما كما

قال الشيخ.

ص: ٢٤٥

## وتحقيق المقام أن يقال:

إن كان نتيجة الشركه: عبارته عن ملكيه كل منهما لما كان يملكه الآخر على وجه الإشاعه، ففي هذه الصوره يتوقف تصرفهما على إذن الآخر، لعدم جواز التصرف في المال المشترك إلّا مع الإذن ما دام مشاعاً، وعليه، فلو تصرف بلا إذن ضمن، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، لقاعده اليد المعتمده عند المشهور، وأما معه، فلا ضمان كذلك وهو واضح.

وإن كان نتیجتها: أن يسلط كل منهما صاحبه على ملك نفسه، فلا ضمان إذا تلف كما هو واضح كذلك، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً.

فظهر ما في كلام الشيخ من قوله: بناءً... حيث أن الحكم عدم الضمان مع عدم جواز التصرف، وكذلك الحال في الوديعه والرهن، لأن الضمان لا يدور مدار جواز التصرف شرعاً وعدمه، بل يدور مدار الإذن والرّضا وعدمه.

## في مبني القضيّه السالبه في القاعده

قال الشيخ:

ثم إن مبني هذه القضيّه السالبه... هي الأولويّه... .

أقول:

نصّ عبارته شيخ الطائفة في الرهن (1) هو: لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه، فكيف فاسده؟

وقد فسّر الشيخ كلمه «فكيف...» بالأولويّه.

ص: ٢٤٤

وتوضيحه: إن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفاسد الذى هو بمنزلة العدم لا يؤثر فى الضمان، لأن الضمان: إمّا من الإقدام والمفروض عدمه، وإلّا لضمن بصحيحه، وإمّا من حكم الشارع بالضمان بواسطه هذه المعامله الفاسده، والمفروض أنها لا تؤثر شيئاً.

فظهر الفرق بين مسلكه ومسلك جامع المقاصد الذى تمسك بأصالة عدم الضمان، لأن موضوع الأصل هو الشك فى الموجب، ومفاد كلام الشيخ عدم الشك، بل يقطع بعدم الضمان لعدم الموجب له، لأن إحراز عدم العلة إحراز لعدم المعلول.

ثم قال الشيخ:

ووجه الأولويّه: أن الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال... لكن يخذشها....

توضيحه: إن الضمان فى العقود التى يضمن بصحيحها مستند إلى قاعده الإقدام، لكن يمكن القطع بعدمه فى فاسدها، لأن الذى وقع الإقدام عليه - وهو العوض المسمّى - غير نافذ، وأمّا المثل أو القيمه فلم يقدمه عليه من الأوّل، أمّا التى لا- ضمان فى صحيحها، فلا ضمان فى فاسدها بالأولويّه.

لكن الظاهر أن مراد شيخ الطائفة هو: إن الضمان فى الفاسد فرع للضمان فى الصحيح، فإذا لم يكن فى الأصل ففى الفرع بالأولويّه.

وقد خدش الشيخ الأولويّه بأنه: يمكن أن يقال: بأن حكم الشارع بالصحة فيما لا يضمن بصحيحه هو الموجب لعدم الضمان، أمّا فى الفاسد، فاليد موجوده ولا تسليط من الشارع، فالضمان ثابت.

ص: ٢٤٧

ومثال ذلك: فى الرهن حكم للشارع بتسليط الراهن المرتهن على العين المرهونه، وحكم فى الإجاره بتسلط المستأجر على العين المستأجره، أمّا فى الفاسد من الرهن والإجاره، فلا تسليط من الشارع والعين بيد المرتهن والمستأجر، واليد موجه للضمان.

وجواب هذه الخدشه فى قوله:

فإن قلت: إنَّ الفاسد وإن لم يكن له دخل فى الضمان إلّا أنَّ مقتضى عموم على اليد هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود... وبقي الباقي.

أى: إن موجب الضمان، إن كان قاعده الإقدام، فهو منتف فيما لا يضمن بصحيحه كذلك فى فاسده، لكن هنا موجباً آخر له وهو عموم قاعده اليد، فمقتضى اليد فى الفاسد هو الضمان، فلو تلف الثوب فى يد الأجير لغسله لم يضمنه فى صحيح الإجاره، أمّا فى فاسدها فمقتضى اليد هو الضمان، وهكذا فى الوكاله والعاريه، إلى غير ذلك.

فللضمان سببان، أحدهما: الإقدام، وهذا غير موجود فى الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه، والآخر: اليد، وهذا موجود فى الإجاره والعاريه والوكاله الفاسده.

فأجاب قائلاً:

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، وهى عموم ما دلّ على أن من لم يضمنه المالك... فهو غير ضامن. أمّا فى غير التمليك بلا- عوض - أعى الهبه - فالدليل المخصص لقاعده الضمان عموم ما دلّ على أن من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن... وأمّا فى الهبه الفاسده، فيمكن

ص: ٢٤٨

الاستدلال على خروجها... .

يعنى: إن قاعده اليد محكمه لكنّها مخصّصه بالنصوص الدالّه على عدم الضمان فى الوديعه والوكاله والإجاره:

كقوله عليه السلام: «ليس على مستعير عاريه ضمان» (١).

وقوله عليه السلام: «صاحب العاريه والوديعه مؤتمن» (٢).

وقوله عليه السلام: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان» (٣).

بل فى بعضها:

«ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته، ولا تأتمن الخائن وقد جرّبتة» (٤).

فالشيخ يوافق على عموم قاعده اليد، ويجب بكونها مخصّصه بهذه الأدله الشرعيه، وعمومها يشمل صحيح ما لا يضمن وفاسده أيضاً.

فإن قلت: لا- يوجد نصّ على عدم الضمان فى الهديه، فمقتضى القاعده هو الضمان فى الهديه الفاسده وإن لم يكن فى الصحيحه.

فأجاب بعدم وجوب الضمان فيها بدليل الأولويه.

وأشكل المحقق الخراسانى (٥): بأن عدم الضمان فى تلك الموارد يختص بالتلف السماوى، أمّا مع التعدى والتفريط فالضمان ثابت.

وأما الهبه، فعدم الضمان ثابت سواء فى التلف والإتلاف، فلا استدلال

ص: ٢٤٩

١-١) وسائل الشيعه ١٩ / ٩٣، باب ثبوت الضمان على المستعير، الرّقم: ٦

٢-٢) نفس المصدر

٣-٣) نفس المصدر، وأيضاً: ١٩ / ٧٩، باب أن الوديعه لا يضمنها المستودع، الرّقم: ١

٤-٤) وسائل الشيعه ١٩ / ٨١، نفس الباب، الرّقم: ١٠

٥-٥) حاشيه المكاسب: ٣٣

بالفحوى فى غير محلّه، لأن عدم الضمان فى الوديعه وغيرها مغايرٌ لعدمه فى الهبه.

ولقد كان الأولى أن لا يسلم بعموم القاعده، لما كررنا من أنها اقتضائيه، فتؤثر إن لم يكن هناك مانع، وإذن المالك بالتصرف مانع، وهو بتسليم العين موجود فى جميع الموارد المذكوره، ولو قيل بأن إذنه مبنى على اعتقاده بصحة العقد، فقد قلنا أنه فى القضايا الخارجيه لا يكون الاعتقاد مضيئاً، فتخلف الداعى لا يخرج العين عن كونه مأذوناً فيه.

فعلى هذا، فإن المانع عن تأثير قاعده اليد هو الإذن المالكى، وهو متحقق فى الموارد كلها والهبه بلا فرق... .

وتلخص: إن ما ذكره فى جواب الإشكال من أن قاعده اليد مخصّيه بالأدله فى أبواب العاريه والوديعه والإجاره والوكاله، أما فى الهبه، فإنه وإن لم يرد نص لكن الحكم جارٍ فيها بالأولويه... مخدوش: بأن القاعده المذكوره - على القول باعتبارها كما عليه المشهور - اقتضائيه، وما دلّ عليه تسليم العين من قبل المالك من الإذن والرضا بالتصرف، مانع عن الاقتضاء، فلا تؤثر قاعده اليد فى الضمان، لا فى الهبه ولا غيرها من العقود المذكوره.

وأما إشكال المحقق الخراسانى على ما ادّعه الشيخ فى الهبه من الأولويه، فيتلخص فى أنه لا يوجد فى المورد مناط الأولويه، لأن عدم الضمان فى تلك الموارد كان عباره عن عدم ضمان التلف، أما ضمان الإتلاف والتفريط فثابت، أما فى الهبه، فلا يوجد ضمان مطلقاً، فعدمه فى الهبه هو بقولٍ مطلق، أما فى تلك الموارد فعدم ضمان خاص، فكيف تكون الأولويه؟

وقد أجاب شيخنا الاستاذ بما حاصله (١): إن ملاك عدم الضمان في تلك الموارد مستند إلى إذن المالك، فهو يأذن في التصرف في المال بقيد التحفظ على ملكه المالك، فيكون إذنه بالتصرف بقولٍ مطلقٍ كما في الهبة دالماً على رفع الضمان بالأولوية.

والإنصاف: عدم إمكان مساعدته على ما أفاده، لأن الواهب لا يأذن بالتصرف، بل يملك العين للمتهد، نعم، يعلم بأنه سيتصرف فيه تصرف المالك في أموالهم. أمّا في سائر الموارد، فإنه إنما يأذن بالتصرف في ملك نفسه، فلا ربط بينهما حتى تتصور الأولوية.

والتحقيق: إن الآخذ في جميع الموارد مأذون في التصرف، فهو غير ضامن في صورته التلف، كما قال الشيخ بالتالي:

فحاصل أدلته عدم ضمان المستامن، أن دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي - أعني المثل أو قيمه - ولا جعلي، فليس عليه ضمان.

ولكنه: إذا قال «وكلتك في أن تبيع داري»، ولم يسلطه على الدار خارجاً بل الوكيل أقدم على الأخذ، أو قال له: «أعرتك داري» ولم يسلّمه، فهل يكون ضامناً؟ الظاهر أنّ مثل هذا العقد يدلّ بالملازمة على الإذن في الأخذ، إلّا أن يصرّح فيقول: أعرتك داري ولا تتصرف فيها إلّا أنّ أسلمها إياك.

فهذا هو الطريق لخروج هذه الموارد ومنها الهبة، وهو خروج تخصصي عن قاعده اليد بناءً على اعتبارها، لا تخصيصي كما ذكر الشيخ رحمه الله.

ص: ٢٥١

وجوب ردّه فوراً إلى المالك

(١)

قال الشيخ:

والظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرّف فيه... ويدلّ عليه: أنّ الإمساك آنأماً تصرّف في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز، لقوله عجل الله فرجه... ولو نوقش في كون الإمساك تصرّفًا، كفى عموم قوله صلّى الله عليه وآله:

لا يحلّ مال امرئ مسلم...

أقول:

قوله: «على تقدير...» إشارة إلى قول الشيخ وابن ادريس بجواز التصرّف فيه (١).

ص: ٢٥٢





لابد من البحث في خمسة جهات:

الأول: هل الإمساك يصدق عليه عنوان التصرف؟

والثانيه: هل يحرم الإمساك بعد القبض أم لا؟

والثالثه: هل يلزم فساد البيع لعدم إذن المالك بالتصرف أم لا؟

والرابعه: هل يجب الردُّ أم لا؟

والخامسه: لو احتاج الردُّ إلى المؤنه فهل تجب على المشتري؟

### هل يصدق «التصرف» على «الإمساك»

أمّا الأولى، فلا وجه لأن يكون الإمساك تصرفاً، إذ «التصرف» تفعلُّ من الصّرف، وهو تحويل شيء من مكانٍ إلى مكانٍ أو من حالٍ إلى حال، فلا بدّ من إحداث تغيير في الشيء، وبقاء الشيء على حاله - وهو الإمساك - ليس بتصرف. نعم، لو طالب المالك به وامتنع المشتري عن تسليمه، فقد ارتكب المحرّم، لصدق عنوان الظلم عليه، وهذا لا ربط له بالتصرف.

### هل يحرم الإمساك بعد القبض

وأمّا الثانيه، فقد استدللّ الشيخ بالخبر عن الإمام عجل الله فرجه (1).

ص: ٢٥٤

وفيه: إن ما نحن فيه - وهو الإمساك - لا يصدق عليه التصرف، فلا وجه لهذا الاستدلال.

ثم استدلّ بعموم الحديث النبوي: لا يحلّ مال امرئ مسلم... (١)، قال:

حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده.

وفيه: أولاً: إنه مرسل. وثانياً: إنّ الحديث ظاهر في حرمة تملك مال الغير لا جميع الأفعال المتعلقة به. وثالثاً: إن ظاهر «عن طيب نفسه» هو الحكم الوضعي، لأنّ الحليّة معدّاة بحرف التجاوز الدالّ على النشو، يعني: أن يكون ناشئاً عن طيب نفسه، وهذا يلائم الحكم الوضعي دون التكليفي، ولا أقلّ من تردده بين أن يكون تكليفاً أو وضعاً، فيكون مجملاً ويسقط الاستدلال به.

فإن قلت: هناك روايه معتبره سنداً والتعديده فيها بالباء، وهي موثقه سماعه عن أبي عبدالله عن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: «من كانت عنده أمانه، فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبه نفس منه» (٢) فلا يرد عليها ما ذكر.

قلت: قد اسند «لا- يحلّ» في هذه الروايه إلى أمرين هما: الدم والمال، ومن الواضح أن المعنى لا يتمّ إلّا بتقدير، ولا بدّ من أن يكون المقدّر معنى جامعاً صالحاً للإسناد إلى كلا- الأمرين، وعليه، فالمراد من «لا يحلّ» عدم حليّة التضييع وأنه لا يجوز أن يذهب دم امرئ مسلم ولا ماله - إلّا بإذنه -

ص: ٢٥٥

١-١) عوالي اللئالي ١ / ٢٢٣

١-٢) وسائل الشيعه ٥ / ١٢٠، باب حكم ما لو طابت نفس المالك، الرّقم: ١

هدراً... فلا ربط للروايه بالإمساك أصلاً.

بل يمكن أن يقال: بأنّ المراد هو الحكم الوضعي، وأنّ دم المسلم وماله محترم، كما في الروايات المستفيضه الوارده في أنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه.

والحاصل: إنه لا دليل على حرمة الإمساك بما هو إمساك.

### هل يلزم فساد البيع لعدم الإذن بالتصرف؟

وأما الثالثه، أمّا بالنظر إلى نفس البيع، فلا معنى لأن يقال: بأنّ بيع البائع يستلزم الإذن في ملك نفسه، لأنّ البيع إعداداً للملكيه، وبالبيع يخرج المال عن كونه ملكاً للشخص، فلا موضوع للإذن أو عدم الإذن في التصرف فيه.

وأما بالنظر إلى أثر البيع وهو تسليم المبيع للمشتري، فإنّه لا يخلو أن يكون تسليمه من جهه اعتقاده بصحّه البيع، أو يشكّ في صحّه البيع ولا يبالي فيسلم الشيء، أو يعلم بفساده ومع ذلك يسلم.

فإن كان عالماً بفساد البيع أو شاكاً، فإن تسليمه المبيع إذن في التصرف لا محاله، بل إنه في صورته الشك يسلم الشيء وإن كان ملكاً لنفسه لا- للمشتري، وهذا في الحقيقه إذن ورضاً بالتصرف كما لا يخفى فضلاً عن الإمساك، سواء كان المشتري عالماً بالفساد أو جاهلاً أو شاكاً، وسواء كان تصرفه في نفس البلد أو في بلدٍ آخر... فلا ضمان على المشتري مطلقاً، ولا وجه لشيء من التفصيلات المذكوره في بعض الكتب.

وإن كان معتقداً بصحّه البيع ويسلم الشيء لكونه ملكاً للمشتري،

فلا يخلو المشتري من احدى ثلاث حالات:

فإن كان عالماً بالفساد، لم يجز له الأخذ، لصدق التصرف في مال الغير بلا إذن منه، لأن تسليمه - أى تسليم البائع - لم يكن إذناً في التصرف في ماله، بل كان تسليمًا لمال المشتري إليه، ويكون المشتري العالم بالفساد حينئذٍ غاصباً، والغاصب يؤخذ بأشد الأحوال.

ولو تنازعا، فقال البائع المعتقد بالصحة للمشتري: خذ متاعك، وأعطني الثمن، فقال المشتري المعتقد للفساد: ليس هذا المتاع لى، فهل المورد من قبيل التداعى أو المدعى والمنكر؟

وإن كان شاكاً في الصحة والفساد، فكذلك، لأن الأصل عدم كونه ملكاً له فيكون أخذه غصباً.

وإن كان معتقداً بالصحة - كالبائع - فيكون تسليم البائع تسليمًا لمال الغير للغير، وتسلم المشتري تسلمًا لملك نفسه ولا يكون أخذه عدوانياً.

ولو زال الاعتقاد بالصحة، إمّا من كليهما أو من البائع وحده أو من المشتري كذلك، فما الحكم؟

وقبل الورود فى بيان الحكم نتعرض لما قاله شيخنا الاستاذ، ولنقدم له مقدمه:

إن القضايا على قسمين: منها حقيقته، وهى أن يتوجه الحكم إلى الكلى الطبيعى بضميمه صرف الوجود، ولازم ذلك أن تعم الأفراد الموجوده بالفعل والأفراد المقدره. وهذا هو تعريف القضيه الحقيقه عندنا، ونتيجه ذلك: أنه لو قال أكرم العالم، فاعتقد المكلف بأن زيدا عالماً وأكرمه، ثم تبين

الخلاف، لم يكن ممثلاً، وكذا لو نذر إكرام العالم، وهكذا... وكذا الحال في الأحكام الوضعيّة، لأنّ كلّ قضيه حقيقته تخلف المصداق فيها عن الكلّي، لم يتحقق به الامتثال، والأحكام الشرعيه كلّها من هذا القبيل.

ومنها: خارجيه، وفيها تكون العناوين دواعي للتكليف، إذ الوجودات الخارجيه جزئيه، فلا يعترىها التقييد، لأنه عباره عن تضيق الدائره، ولا دائره للجزئي الموجود في الخارج حتى يقبل التقييد.

فعلى هذا الأساس، قال شيخنا الاستاذ ما حاصله (١):

إنه إذا كان العقد فاسداً والبائع يعتقد صحته، فإنّ الداعي له لتسليم المال للمشتري هو اعتقاده بالصحة، والاعتقاد من العناوين، وقد ذكرنا أن تخلف العنوان في الامور الخارجيه لا يوجب تبدل الحكم.

هذا حاصل ما أفاده.

لكن يمكن أن يقال: إن فيه تفصيلاً، لأنه إن كان يسلم المال الخارجى للمشتري معتقداً بكونه ملكاً له، ففي هذه الصوره لا يجوز للمشتري الأخذ والإمساك، وإن كان يسلمه إياه بعنوان أنه ملكٌ لنفسه، ففي هذه الصوره يكون راضياً بأخذ المشتري وتصرفه، وللمشتري أخذه وإمساكه بلا إشكال.

وبعد:

فلو زال الاعتقاد بالصحة من كليهما واعتقداً بالفساد، كان على المشتري تسليم المبيع إذا طالب به البائع، وإلّا فلا مانع من إمساكه، لأن أخذه لم يكن عدوانياً والبائع غير مطالب به، نعم، ليس للمشتري أن يتصرف فيه

ص: ٢٥٨

لعلمه بفساد العقد ويكون الشيء ملكاً للغير، ولا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه.

والحاصل: إنه لا مانع من الإمساك، إذ الإمساك يحرم في صورتين، إحداهما: أن يكون أخذه عدوانياً والإمساك استمرار للعدوان، والآخر: أن يطالب البائع ويمتنع المشتري من رده.

وإن زال الاعتقاد بالصحة من أحدهما دون الآخر، كان المورد من قبيل التداعي، وبيان الحكم فيه بإيجاز هو:

إنه إن كان الملاك في المدعى والمنكر، أن المدعى هو من كان دعواه على خلاف الظاهر أو الأصل، فإن ظاهر الحال هنا أن كليهما قاصدان للإنشاء وواجدان لشرائط الصحة، كان مدعى الصحة هو المنكر والقائل بالفساد هو المدعى، وكذا الحال بناءً على أصالة الصحة في العقود.

وإن كان مورد النزاع هو ملكية المبيع والتمن، كان من التداعي، فإن كان العالم بالفساد هو المشتري كان النزاع في الثمن، وإن كان العالم بالفساد هو البائع، كان النزاع في المبيع، والحكم في التداعي هو التحالف.

### **هل يجب رد المقبوض إلى مالكة**

وأما الرابع، فقد ذكر الشيخ أنه يحرم إمساكه فيجب رده، أما نحن، فقد اخترنا عدم حرمه الإمساك إلاً في صورتين، فيجب الرد فيهما دون غيرهما.

وبناءً على حرمه الإمساك، فما الدليل على وجوب الرد؟

يمكن تقريب ذلك: بأنه إذا كان الإمساك حراماً، فإن مقدمته ترك الرد،

ومقدمه الحرام حرام، فيجب الردّ.

أو يقال: إذا حرم الإمساك وجب تركه، والردّ مقدمه للترك، ومقدمه الواجب واجبه، فيجب الردّ.

أقول:

الأحكام الشرعيه كلّها بسائط، فليس الشيء الحرام شرعاً واجب الترك شرعاً أو بالعكس، بأنّ ينحلّ كلّ حكم إلى حكمين، نعم، الحكم الثانى عقلى، من باب نهيه عن المعصيه.

وعليه، فإذا فرض كون الإمساك حراماً، لم يكن تركه - أى إرجاع الشيء وردّه إلى مالكه - واجباً.

وأيضاً، ليس مقدمه الحرام حراماً إلّا الجزء الأخير من العله التامه، بخلاف الواجب، فإن جميع مقدماته واجبه، لعدم تحقّق ذى المقدمه بتخلّف واحدٍ منها.

فالقول: بأن ترك الإرجاع مقدمه للإمساك فيكون حراماً، باطل.

ثالثاً: ترك الضدّ لا يكون مقدمه للضدّ الآخر.

وتحصّل سقوط التقريبين، وإن كان الثانى أجود من الأوّل الذى ذكره بعض الأكابر.

وللميرزا الاستاذ بيان آخر لوجوب الردّ، قال رحمه الله:

إن مفاد «على اليد» فى دليل قاعده اليد ليس الحكم التكليفى نظير «عليه الإعاده» و«عليه الوضوء» وأمثال ذلك، لأنّ مدخول «على» إن كان فعلاً من

ص: ٢٤٠



الأفعال كما ذكرنا، وكما فى الآيه المباركه «وَلِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ» (١) دلّ على وجوب ذلك الفعل، وأمّا إن كان أمراً خارجياً، كالمأخوذ فى «على اليد ما أخذت» و«عليه الدين»، دلّ على الاستقرار فى الذمه، فالحديث المذكور دالّ على الضمان بالمطابقه، وهو يدلّ بالالتزام على وجوب الردّ.

فدلّت قاعده اليد على وجوب الردّ، بقطع النظر عن البحث السندى فيها.

وفيه:

تاره: الغايه توجب تعنون الموضوع وتحدّده بحدّ، كقوله: «كلّ شىء طاهر حتى تعلم أنه قدر» فإنه يعنى: كلّ شىء لا تعلم قذارته فهو طاهر حتى تعلم قذارته. واخرى: الغايه مؤكده للحكم واستمراره، كقوله تعالى «وَاعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّىٰ يَأْتِيَكَ الْيَقِينُ» (٢) فعبادته الربّ غير منقطعه ولا- آنأماً ومستمره حتى الموت. وثالثه: الغايه رافعه للحكم، كقولنا: «العصير العنبى حرام حتى يذهب ثلثاه» فذهب الثلثين رافع للحرمه فيه.

وحديث قاعده اليد من القبيل الثانى، يدلّ على استمرار الضمان وثبوتها حتى يحصل الأداء والردّ، فأين الدلاله الالتزاميه؟

والحاصل: إنّ الضمان لا يدلّ على وجوب الأداء، كما لا يدلّ قولك:

«أنت فى حماى حتى تسافر» على وجوب السفر.

ص: ٢٤١

---

١-١) سورة آل عمران: ٩٧

٢-٢) سورة الحجر: ٩٩

فما ذكره لا يمكن المساعدة عليه (١).

ص: ٢٦٢

نعم، فى صورته اعتقاد البائع بصحة العقد والمشتري عالم بفساده، وكان تسليم البائع للشيء بعنوان أنه يؤدى الملك إلى صاحبه، يكون أخذ المشتري غضباً والإمساك استمرار للغضب، والعقل حاكم حينئذٍ بوجوب الردّ.

### على من تكون مؤونه الردّ؟

وأما الخامسة، فقد قال الشيخ:

بل صرّح فى التذكرة (١) - كما عن جامع المقاصد (٢) - أن مؤونه الردّ على المشتري، لوجوب ما لا يتم الردّ إلّاباه. وإطلاقه يشمل ما لو كان فى رده مؤونه كثيره، إلّا أن يقيد بغيرها بأدله نفي الضرر.

ص: ٢٤٣

---

١-١) التذكرة ١ / ٤٩٥

٢-٢) جامع المقاصد ٤ / ٤٣٥

أقول:

إنه في كلِّ موردٍ وجب فيه ردُّ المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكة وتوقف الرد على بذل المؤونه، فهل على الآخذ بذلها؟ فيه أربعة وجوه أو أقوال:

الأول: وجوب تحمّل المؤونه على المشتري مطلقاً.

والثاني: عدم وجوب تحمّلها عليه مطلقاً.

والثالث: التفصيل بين المؤونه الكثيره وغير الكثيره. وعليه الشيخ.

والرابع: التفصيل بين كونها من اللوازم العاديه فتجب عليه، وغير العاديه فلا تجب. وعليه المحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ.

والعمده في المقام: قاعده لا ضرر، فنقول:

إنّ من الأحكام ما يترتب دائماً على الأمر الضرري، كوجوب الزكاه والخمس مثلاً، أو هو في معرض الضرر، كوجوب الجهاد، ففي هذه الأحكام لا حكمه للقاعده، لأنه يلزم من حكومتها لغويّه تلك الأحكام كما لا يخفى.

ومن الأحكام ما يتوقف ترتبه على الموضوع على مقدمات مستلزمه غالباً لبذل المؤونه، كما في امتثال الحكم بالحج أو أيّ سفرٍ واجب، ولا لحكمه للقاعده هنا كذلك، للزوم تخصيص الأكثر المستهجن. بل ربما يكون الحكم كذلك في صورته التساوي بين موارد لزوم المؤونه وموارد عدم لزومها، للزوم الاستهجان في هذه الصوره أيضاً.

وكان الميرزا الاستاذ يصرّح بأنه إذا وجب الردّ، وكان بذل المؤونه

مقدمه له، - ومورد المعاملات غالباً هي الأمتعه المستلزم حملها وإيصالها إلى المالك استيجار أو استخدام الوسيله الموصله إليه - وجب عليه تحمّل المؤونه، ولا يرتفع الحكم بدليل لا ضرر. نعم، لو لم تحصل الوسيله إلا بأجره زائده على المتعارف أو استلزم الردّ الضرر في بعض الموارد النادره أكثر من المؤونه المتعارفه، جرت القاعده.

وهذا واضح على مبناه في قاعده لا ضرر - تبعاً للشيخ - من أنّ مفادها نفي الحكم الضرري، وكذا على مبنى المحقق الخراساني - وهو المختار - من أنها تنفي الموضوع الضرري نفياً تشريعياً على التعبير الصحيح.

أمّا على الأوّل، فالضرر عبارته عن الخساره، وسببها فعل المكلف وعمله الخارجي، والحكم الشرعي معدّ للخساره، وحيث أنّ العمل الخارجي لا يقبل النفي، فقد نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، ولما كان منطوق الحديث نفي الخساره، فإنّ نفي السبب من نفي الخساره، وإرادته نفي الحكم من نفي السبب بعيد جداً.

مضافاً إلى روايه الشيخ الصدوق من أنه قال صلّى الله عليه وآله:

«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» (1). فالمراد نفي الحكم الضرري في الشرع، وضرريه الحكم تحقّق بوقوع الخساره، سواء كان بنفس العمل أو بمقدماته.

وهذا تقريب مسلك الشيخ في القاعده، وعليه يتّم القول بوجود تحمّل المشتري للمؤونه، لكون الردّ مستلزماً لها غالباً، لعدم جواز التمسك بالقاعده حينئذٍ للزوم تخصيص الأكثر المستهجن، إلّا أنّ تكون المؤونه

ص: ٢٦٥

زائدهً على المتعارف كما تقدم.

وأما على الثانى، فإنّ كلّ موضوع ضررى فحكمه مرتفع، لأنّ ثبوت الموضوع تشريعاً بثبوت حكمه وانتفاؤه تشريعاً بانتفاء حكمه، لأنّ المولى عندما يريد الشىء فى مقام التشريع، يكون وجود الشىء مع إرادته له وجوداً واحداً، فالحكم المنشأ على موضوع يتحد معه فى مقام التشريع، ونفى الموضوع تشريعاً عين نفي الحكم، فعدم الموضوع تشريعاً عبارته عن عدم حكمه، وعليه، ففى موارد عدم كون الموضوع فى نفسه ضررياً يكون لا- ضرر حاكماً، كما فى الوضوء والغسل والصوم مثلاً، وأما إن كانت مقدماته ضرريّة، فبأى دليل تنفى المقدمات؟

وعلى الجملة، فإنّ الحكم - وهو الردّ - ليس بضررى، والضررى هو المقدمات والمفروض عدم توجه النفي إليها، فلا دليل على نفي وجوب تحمّل مؤونه المقدمات، بل عليه تحمّلها كلّها.

### التحقيق فى المقام

والتحقيق أنّ يقال:

إنه إن كان المشتري عند أخذ المبيع عالماً بالفساد، كان أخذه غضباً وعدواناً، وكان بقاء المأخوذ فى يده استمراراً للمعصية، والعقل مستقل بالتخلّص من المعصية، وهو لا يحصل إلّابردّ المقبوض إلى مالكة، والمؤونه عليه، قليلة كانت أو كثيرة، متعارفة أو غير متعارفه، لعدم المجال لقاعده لا ضرر فى موارد الحكم العقلى، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وأيضاً، فإنّ قاعده لا ضرر امتنانيه، والغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال.

ص: ٢٦٦

وأيضاً، فإنها لا تجرى في مورد الإقدام، والمفروض إقدام الآخذ على الضرر.

وأما إن لم يكن الآخذ على وجه الغضب، وقلنا بوجوب الرد، لما ذكره الشيخ، أو لقوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (١) أو الخبر في اللَّقْطَة، كقوله عليه السلام: «إذا عرف صاحبه رده عليه» (٢) وقوله عليه السلام في الهبة: «أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها» (٣). فإن لم يكن الرد محتاجاً غالباً إلى المؤونه وإنما يحتاج إليها في بعض الأحوال والأفراد، أمكن التمسك بالقاعده، وإن كان مما يحتاج إلى بذل المؤونه غالباً، فلا يتمسك بالقاعده على المسلكين كما عرفت.

اللهم إله أن يقال - على الثاني - بأنه لما تكون المؤونه للمقدمات، والقاعده لا ترفع الوجوب الغيرى لها، فهي مرخص في تركها، فإن تركها يلازم الترخيص في ترك ذى المقدمه. إذن، يرجع الأمر إلى الغلبه.

لكن الكلام كله في الصغرى، فإن الإنصاف أنه ليست الغلبه في المعاملات مع الأمتعه المحتاج ردها إلى مؤونه.

#### تنبيه

إنه بعد أن كان المال باقياً على ملك البائع وعلى المشتري رده:

ص: ٢٦٧

١- ١) سورة النساء: ٥٨

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٦١، باب حكم صيد الطير، الرقم: ١

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٩ / ٢٣٣، الباب ٤ من أبواب الهبات، الرقم: ٦

فتارةً: يكون المبيع والبائع في بلدٍ واحدٍ، سواء كان بلد المعاملة أو غيره، ففي هذه الصورة يجب الردّ - على ما تقدّم - وعليه المؤونه كما عرفت.

واخرى: يكون البائع في بلد المعاملة والمبيع منقولاً إلى بلدٍ آخر. وفيها أيضاً يجب الردّ والمؤونه كذلك.

وثالثه: يكون المبيع في بلد المعاملة والبائع في بلدٍ آخر.

ورابعه: يكون المبيع منقولاً إلى بلدٍ آخر، والبائع في مكان آخر غيره.

فيقع الاشكال في وجوب تحمّل مؤونه الإيصال إلى البائع في الصورتين الأخيرتين، فنقول:

إن كان أخذه بنحو العدوان، فالإيصال واجب مطلقاً، وإلا فقاعده لا ضرر حاكمه فيهما، لندرتهما.

ص: ٢٤٨



حكم المنافع المستوفاه

(١)

قال الشيخ:

إنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاهها المشتري قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور... ويدلّ عليه عموم قوله: لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه، بناءً على صدق المال على المنفعه... خلافاً للوسيله، فنفي الضمان، محتجاً بأنّ الخراج بالضمان، كما في النبوي المرسل.

أقول:

لو استوفى المشتري منفعه العين والبيع فاسد، كالدار سكنها والدابه ركبها... وغير ذلك، فهل يكون ضامناً؟ المشهور هو الضمان، وعليه دفع قيمه. و عن ابن حمزه التصريح بعدم الضمان إن كانا جاهلين بالفساد، مستدلاً بما روى عن رسول الله صلّى الله عليه وآله أنه قال: الخراج بالضمان، وهذه عبارته:

«فإذا باع أحدٌ بيعاً فاسداً وانتفع به المبتاع ولم يعلم بفساده، ثم عرف واستردّ البائع المبيع، لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولد إن حملت الأم عنده، لأنه لو تلف لكان من ماله، والخراج بالضمان (٢).

ص: ٢٦٩

١- (١) وهو الثالث في كتاب المكاسب

٢- (٢) الوسيله إلى نيل الفضيله: ٢٥٥

وفى المبسوط: فصلٌ فى أنّ الخراج بالضمان، إذا كان لرجل مال فيه عيب، فأراد بيعه وجب أن يبين للمشتري عيبه... فإن لم يبينه واشتراه إنسانٌ فوجد به عيباً، كان المشتري بالخيار... وإن كان حصل نماء وفائده... فلا يخلو من أن يكون كسباً من جهته أو نتاجاً وثمره، فإن كان كسباً... فإنه يردّ المعيب ولا يرد الكسب بلا خلاف، لقوله صلى الله عليه وآله: الخراج بالضمان... .

قال: الخراج بالضمان معناه: أن الخراج لمن يكون المال بتلف من ملكه، ولما كان المبيع بتلف من ملك المشتري لأن الضمان انتقل إليه بالقبض، كان الخراج له، فأما التناج والثمره فإنهما أيضاً للمشتري...» (١).

فالذى يظهر من الكلمات: أن «الخراج بالضمان» قاعده كانت متداوله بين الفقهاء، ولذا قال فخر المحققين: إن هذا الحديث من جوامع الكلم.

وقال الميرزا الاستاذ بوثوق صدور هذه القضيّه عن النبي صلى الله عليه وآله، ولا ينبغي الخدشه فى سندها (٢).

### فى معنى الحديث: الخراج بالضمان

إنما الكلام فى معنى هذا الحديث، ففيه احتمالات:

منها: ما ذكره المحقق الخراسانى، بجعل الخراج بالمعنى المصطلح عليه شرعاً، وهو ما يضعه الوالى على الأراضى المفتوحه عنوه، قال:

ص: ٢٧٠

١-١) المبسوط فى فقه الاماميه ٢ / ١٢٦

٢-٢) وأنظر: المكاسب والبيع ١ / ٣٣٠

لاحتمال أن يكون المراد به هو أن خراج الأرض كماً وكيفاً على من ضمنها إنما هو بحسب ضمانها (١).

وهذا بعيد جداً، بالنظر إلى الحديث في سنن ابن ماجه وأبي داود (١)، فالمعنى المذكور غير مطابق للحديث ولكلمات الفقهاء، كالشيخ وابن حمزه والعلامة وغيرهم (٢).

ومنها: إن «الخراج» بالمعنى اللغوى، و«الضمان» مصدر ضمن يضمن، يعنى: إن من ضمن الشيء على الحقيقة فله فوائده وعوائده، فيكون الحديث - على هذا - خاصاً بالمعاملة المعاوضيه الصحيحه.

وهذا هو الذى فهمه المشهور.

ومنها: إن الخراج بالمعنى اللغوى والضمان مصدر، ولكنه أعم من أن يكون ضماناً حقيقياً أو صورياً، فيشمل المعامله الفاسده، حيث أنه يضمن

ص: ٢٧١

١-١) حاشيه المكاسب: ٣٤

٢-٢) مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة ٥ / ١٨١، المهذب البارع فى شرح المختصر النافع ٢ / ٣٨١

الشيء فيها ولكن لا واقعته لذلك لفساد العقد.

فالخراج ملك للضامن بسبب ضمانه - سواء كان واقعياً أو صورياً - لا ثبات له في نفس الأمر.

وهذا ما فهمه صاحب الوسيله.

ومنها: أن يكون المعنى: أن الخراج بضمان ذلك الخراج، فمنفعه الدار المستأجره - وهى سكنها - بالضمان أى بالأجره، ومنفعه البستان المستأجره - وهى ثمارها - بالضمان أى بالأجره، ومنفعه الدابه المستأجره - وهى ركوبها - بالضمان، أى بالأجره... وهكذا، فالمراد من «الضمان» هو «العوض» لا «العين».

وهذا خلاف الظاهر.

ومنها: إن «الضمان» بالمعنى الاسم مصدرى، أى: كلما ضمن الإنسان شيئاً فمنافع ذلك الشيء له، فيشمل المال المغصوب أيضاً. كما هو فتوى أبى حنيفه، وسيأتى الخبر.

ومنها: ما ذكره البعض - ونسبه إلى شيخ الطائفة بالنظر إلى قوله: «لأنه لو تلف» - أن من ضمن شيئاً وتلف، فعليه دفع قيمته أو مثله.

لكن الظاهر أنه ليس مراد الشيخ، بل مراده: أن من أخذ الشيء بعوضٍ فتلف، كان تلفه فى ملكه، ولو كان معيباً سقط الخيار وله أخذ الأرش، وذلك لأنه قال: معناه أن الخراج... .

ص: ٢٧٢

أقول:

ومقتضى التأمل هو الأخذ بما فسّره به المشهور، فإنّ الضمان بالمعنى المصدرى ظاهر فى تحقق الضمان وحصوله واقعاً، وذلك يكون بإمضاء الشارع.

وعليه، ففى المعامله التى ضمن فيها المشتري العين بالعوض المسمى وأمضاها الشارع، تكون المنفعة للمشتري، لحصولها فى ملكه، إذ المنفعة تابعه للعين فى الملكيه، ولو وجب عليه الردّ بسبب خيارٍ من الخيارات، لم يرد المنفعه، لأنها كانت ملكاً له واستوفاه.

وعلى الجملة، فقد استدللّ شيخ الطائفة فى المبسوط والخلاف بما روى من أنّ «الخراج بالضمان» فى أكثر من موضع، ممّا يدلّ على أنّ هذه القاعدة متداوله ومسلّم بها عند الفقهاء، إنما الكلام فى معناها، وهل تشمل ما نحن فيه أو تختص بموارد المعاملات المعاوضيه الصحيحه؟ قال ابن حمزه بشمولها لمورد المبيع بالبيع الفاسد، لكنّ الظاهر هو العدم، لأنّ «الخراج» هو الفوائد، و«الباء» إمّا للسببيه أو للمقابله، فإنّ كانت للسببيه فالسبب مقدّم على المسبب، وإنّ كانت للمقابله، فلا بدّ من فعلية المقابل، وعليه، فلا بدّ من فعلية الضمان وتحققه حتى يقال بأنّ الخراج بسببه أو بأزائه، وهذا منحصر بالمعامله الصحيحه، بخلاف الفاسده، إذ الضمان فيها تقديرى. و«الضمان» إذا كان معنىً مصدرياً، فإنه يجتمع مع وقوعه عن الاختيار وعدمه، فلا اختصاص له بالاختيار، لعدم كونه مدلولاً للمادّه ولا للهيئه، فالضرب - مثلاً - الواقع عن خطأ وإكراه وقهرٍ ضربٌ حقيقه.

قال الشيخ:

وتفسيره أنّ من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه، فخراجه له، فالباء للسبب أو المقابله. فالمشترى لما أقدم... وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة مثل قوله... ونحوه في الرهن وغيره.

أشار رحمه الله إلى الروايه التاليه:

عن إسحاق بن عمار قال: «حدّثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره، فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه وتكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك، على أن تشترط لي إن أنا جئتك بشمها إلى سنه أن تردّ عليّ.

فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بشمها إلى سنه ردّها عليه.

قلت: فإنها كانت فيها غلّه كثيره فأخذ الغلّه، لمن تكون الغلّه؟

فقال: الغلّه للمشترى، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله؟» (١).

وعن إسحاق بن عمّار عن أبي إبراهيم عليه السلام:

«عن الرجل يرهن العبد أو الثوب أو الحلّي أو متاع البيت، فيقول صاحب المتاع للمرتهن: أنت في حلّ من لبس هذا الثوب، فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم.

قال: هو له حلال إذا أحلّه، وما أحبّ أن يفعل.

قلت: فارتهن داراً لها غلّه، لمن الغلّه؟

قال: لصاحب الدار.

ص: ٢٧٤

قلت: فارتهن أرضاً بيضاء فقال صاحب الأرض: إزرعها لنفسك.

فقال: هو حلال، ليس هذا مثل هذا، يزرعها لنفسه بماله، فهو له حلال كما أحلّه، لأنه يزرعه بماله ويعمرها» (١).

ثم أشكل على هذا التفسير بقوله:

وفيه: إن هذا الضمان ليس هو ممّا أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بأزائه، وإنما هو أمر قهريّ حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم والمغصوب، فالمراد بالضمان الذي بأزائه الخراج: الترام الشيء على نفسه وتقبّله له مع إمضاء الشارع له. وربما ينتقض ما ذكرناه في معنى الرواية بالعاريه المضمونه... فتأمل.

أقول:

لا يبعد أن يكون الأمر بالتأمل إشارة إلى أنه في مورد الاستعارة - وإن قلنا بأنها ملك الانتفاع لا المنفعة - فالرواية قالت: الخراج للضمان، ولم تقل الخراج للضامن، أى: الخراج لا يحتاج إلى البدل، فيعمّ العاريه المضمونه، فلا يجب دفع البدل عن المنافع التي ينتفع بها، فالنقض غير وارد.

أو أن المراد - كما قال السيّد رحمه الله (٢) - هو أنّ المنافع للمستعير، غير أنها المنافع التي عينها المالك، بخلاف الإجاره، إذ للمستأجر أن ينتفع من العين المستأجره مطلق المنفعة.

ص: ٢٧٥

١-١) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٩٢ - ٣٩٣، باب جواز انتفاع المرتهن من الرهن بإذن الراهن، الرّقم: ١

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ٤٦٦

قال الشيخ:

وربما يرد هذا القول بما ورد في شراء الجارية المسروقه... .

أقول:

وهذه نصوص الروايات:

عن زراره قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إنَّ أباه يزعم أنها له، وأقام على ذلك البيئه.

قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمه ما أصاب من لبنها وخدمتها» (١).

ومثله روايه اخرى عن زراره: «قلت لأبي جعفر: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجئ الرجل فيقيم البيئه على أنها جاريته لم تبع ولم توهب. فقال: يردّ إليه جاريته ويعوّضه بما انتفع» قال: كان معناه قيمه الولد».

وعن جميل بن درّاج عن أبي عبدالله: «في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجئ مستحق الجارية. قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمه الولد، ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمه الولد التي اخذت منه» (٢).

وهذه الروايه موردها البيع الفاسد، وقد حكم الشارع بالضمان.

ص: ٢٧٦

١-١) وسائل الشيعة ٢١ / ٢٠٤ - ٢٠٥، باب حكم ما لو بيعت الأمة بغير إذن سيدها، الرقم: ٤

٢-٢) وسائل الشيعة ٢١ / ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الرقم: ٥



وأجاب الشيخ قائلاً:

وفيه: أن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أن مالك العين جعل خراجها له بأزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير.

أى: إنه بتسليم العين قد سلم جميع المنافع، والبحث في مثل هذا المورد وليس الحال في الرواية كذلك، فلا يتم بها الرد على ابن حمزه.

والحاصل: إن هذا الحديث - على تقدير اعتباره بعمل الأصحاب به - يحتاج إلى تقدير حتى يتم معناه وذلك: إن ملك الخراج بسبب الضمان، فالبراء للسبب، والضمان فعلى لا تقديري، وذلك يكون على الحقيقي، وهذا ليس إلفي المعامله الصحيحه.

فالضمان معاملي، لكن الضمان الحقيقي المتحقق بالفعل، وذلك لا يكون إلفي المعامله الصحيحه، فالحديث أجنبي عن البحث، والحق مع المشهور في القول بثبوت الضمان.

ولو تنزلنا، وقلنا بعموم الحديث لضمان الغرامه، فهو مخصّص بالأدله.

### دليل المشهور

وأما المشهور، فقد استدلل الشيخ لقولهم بعموم النبوى: لا يحلّ... بناءً على صدق المال على المنفعه.

ولكننا قلنا أنّ كلمه «عن» للتجاوز، أى الحليّه الناشئه عن طيب النفس، وهذه هى الحليّه الوضعيه لا التكليفيه.

ص: ٢٧٧

أما في الحديث الذي ذكرناه سابقاً: «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبه نفسه» فالحل فيه تكليفه على ما تقدم.

وعلى كل تقدير، فمراد الشيخ من الاستدلال هنا هو: أنه لولا طيب النفس من صاحب المال فهو باق على ملكه، وحينئذ يكون صغرى لكبرى قاعده: من أ تلف مال الغير فهو له ضامن، وبهذا الترتيب يتم قول المشهور بالضمان، لأن طيب النفس مفقود فالملك باق على ملك صاحبه، ومنافعه كذلك بتبعه، وقد أ تلفها المشتري، فهو لها ضامن.

وهذا هو استدلالنا(١).

واستدل بعض الأكابر(٢) بقاعده على اليد، وكيفيه الاستدلال بتقريبين منا:

ص: ٢٧٨

أحدهما: بالدلالة المطابقية، فإن «ما» الموصوله شامله للمنافع، ومفاد «على اليد» هو «الضمان» و«الأخذ» هو «التناول» وهو يعمّ الامور المعنويّه، مثل قوله تعالى «لَا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ» (١) و«أَخَذَتْهُ الْعِزَّةُ بِالْإِثْمِ» (٢) والمراد من «اليد» هو الاستيلاء كما فى قوله تعالى: «تَبَارَكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمُلْكُ» (٣) وقوله:

«بِيَدِهِ عُقْدَةُ النُّكَاحِ» (٤) ونحوهما، فعلى المتناول بالاستيلاء، أى المستولى ضمان ما استولى على عيناً كان أو منفعةً.

والثانى: بالدلالة الالتزامية بعد التنزّل عن الدلالة المطابقية بأن يقال: إنّ ضمان العين يستلزم ضمان المنافع، وبعبارة اخرى: ضمان المنافع من آثار ضمان العين، بل إنّ ماليه العين بمنافعها.

ومقتضى الإنصاف عدم تمامية الاستدلال بكلا تقريبيه وذلك:

لأن الموصوله وإن شملت المنفعة، وقلنا بعموم «الأخذ» لغير الأعيان، وجعلنا «اليد» بمعنى الاستيلاء، لكن الغايه «حتى تؤدى» أى المأخوذ، وسواء

لصدق اليد على المنفعة بواسطة اليد على العين كما تقدم» (٥) لكن صريح غيره كالمحقّق الإصفهاني والمحقّق الإيروانى والمحقّق الخوئى عدم تمامية الاستدلال بقاعده اليد فى المقام.

ص: ٢٧٩

١-١) سورة البقره: ٢٥٥

٢-٢) سورة البقره: ٢٠٦

٣-٣) سورة الملك: ١

٤-٤) سورة البقره: ٢٣٧

٥-٥) المكاسب والبيع ١ / ٣٢٩

كانت «حتى» دالّة على الاستمرار إلى مجئ الغايه، كما في قوله تعالى «سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطَلَعِ الْفَجْرِ» فالضمان مستمر حتى يتحقق الأداء، أو كانت رافعةً لحكم المعنى كما في «العصير العنبى إذا غلا- يحرم حتى يذهب ثلثاه» فإن هذه الغايه لا تنطبق إلا على العين، لأن الرّكوب والسكنى ونحوهما من المنفعة لا تقبل الأداء.

إن قلت: إذا كانت المنفعة غير قابله للأداء فهي داخله فى المعنى، نظير «كلّ شيء لك طاهر حتى تعلم أنه قدر» فما لم تعلم بقدارته فهو طاهر، وعليه فما لم يؤد فهو مضمون، فالمنافع مضمونه.

قلت: عدم الأداء عدم الملكة لا سالبه بانتفاء الموضوع، على أن جعل «حتى» هنا بمعناها فى الروايه غير صحيح، فهي للاستمرار أو لرافعيه الحكم، وعلى كلا التقديرين، تكون القاعده مختصّه بالأعيان الخارجيه.

ولنا جواب عن التقريب الثانى بوجه آخر وهو:

إننا نسلم أن المنفعة مقومه لماليه العين ولولاها فلا- ماليه لها، وأن ضمان العين فى الحقيقه ضمان لماليتها، فالمنافع مضمونه، ولكن هل المنفعة واسطه للعروض أو للثبوت؟ فلما نقول: العين مال، هل وجود المنفعة واسطه لثبوت المالىه للعين أو أنها واسطه لعروضها عليها؟

ولكنّ الجواب: هل المنافع المقومه لماليه العين واسطه فى الثبوت، فالعين تكون مالاً بسبب المنافع، أو فى العروض فلما نقول العين مال فالمعنى: منافعها مال؟

إن كان الثانى، كان قولنا: الدار مال، الدابّه مال... وأمثال ذلك كلّه، مجازاً،

لأن الإسناد في الواسطه في العروض مجازى دائماً.

فالصحيح هو الأول، أى: إنَّ المنافع تكون سبباً لماليه العين، وعلى هذا، فلا معنى حينئذٍ لإسناد الضمان إلى المنافع.

فالحق: هو الاستدلال بقاعده الإلتلاف كما ذكرنا(١).

ولكن مقتضى النظر الدقيق أن يقال: بأنَّ البائع حين تسليمه العين إنَّ عالماً بفساد العقد، كان مسلماً لملكه للغير فهو راضٍ بتصرفات الغير فيها ومنها استيفاء المنافع، وإنَّ كان جاهلاً بالفساد - وهو يسلم العين معتقداً بكونها ملكاً للمشتري - كان المشتري ضامناً للمنافع إنَّ استوفاهها، ويشهد بذلك ما في ذيل صحيحه أبي ولما، من قوله: «إني كنت أعطيته...» فقال عليه السلام: «إنما رضى... ولكنَّ إرجع إليه وأخبره بما أفتيتك به، فإنَّ جعلك في حلٍّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك...» (١).

فالحاصل: إنَّ الاستدلال للضمان في المنافع المستوفاه من باب

ص: ٢٨١

---

١-١) وسائل الشيعة ١٩ / ١١٩، الباب ١٧ من أبواب الإجاره، الرِّقم: ١

الإتلاف هو الصحيح، وذلك إن كان المالك جاهلاً بفساد البيع.

هذا كله في المنافع المستوفاه.

### حكم المنافع الفائته بغير استيفاء

قال الشيخ:

وأما المنفعة الفائته بغير استيفاء، فالمشهور فيها أيضاً الضمان... ولعله لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين، فهي مقبوضه في يده... مضافاً إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم....

أقول:

لو استأجر الدار مثلاً بعقد فاسد ولم يسكنها مدّة، فهل يضمن مثل أجره تلك المدّة؟ ذكر الشيخ خمساً أقوال:

الأول: الضمان مطلقاً، وكأنه للمشهور.

والثاني: عدم الضمان مطلقاً، وهو لفخر المحققين (١).

والثالث: الضمان في صورة الجهل وعدمه في صورة العلم، كما عن بعض شروح الشرائع (٢).

والرابع: التوقف في صورة العلم بالفساد والضمان في صورة الجهل، كما استظهره جامع المقاصد والسيد العميد (٣) من عبارته القواعد (٤).

ص: ٢٨٢

١-١) إيضاح الفوائد ٢ / ١٩٤

٢-٢) كتاب المكاسب ٣ / ٢٠٦

٣-٣) جامع المقاصد ٦ / ٣٢٤ - ٣٢٥، كنز الفوائد ١ / ٦٧٦

٤-٤) قواعد الأحكام ١ / ٢٠٨

والخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس والتنقيح والمسالك... (١).

والشيخ قال أولاً: التوقّف أقرب إلى الإنصاف، ثم قال في آخر كلامه:

القول بالضمان لا يخلو عن قوّه... .

### أدله الضمان

استدلّ للمشهور:

أولاً: بقاعده اليد، وحاصله: إن المنافع أموالاً، وهي مقبوضه في يد من بيده العين بتبعها، قال: ولذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل في ضمان المستأجر.

قال: ويتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجعول سكنها ثمناً.

فاليد على المنفعة تتحقّق باليد على العين.

فالضمان ثابت فيها بقاعده اليد.

وثانياً: بقاعده احترام مال المسلم، المستفاده من النصوص المذكور بعضها في البحوث السابقه، كقوله صلّى الله عليه وآله:

«فإن دمائكم وأموالكم حرام... (٢).

وقوله صلّى الله عليه وآله:

«يا أباذر، سباب المسلم فسوق وقتاله كفر... وحرمة ماله

ص: ٢٨٣

---

١-١) المسالك ٣ / ١٥٤، الدروس ٣ / ١٩٤، التنقيح الرائع ٢ / ٣٢

٢-٢) بحار الأنوار ٢١ / ٤٠٥

كحرمة دمه» (١).

وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ:

«... وحرمة ماله كحرمة دمه» (٢).

قال الشيخ في الجواب:

ولكن يشكل الحكم - بعد تسليم كون المنافع أموالاً - حقيقةً - بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان، إلّا أن يندرج في عموم على اليد... .

أقول:

حاصله - بعد الإشكال في صدق عنوان المال حقيقةً على المنفعة - الإشكال في اندراج المنافع غير المستوفاه في عموم قاعده اليد، من جهة عدم شمول عنوان «الأخذ» للمنافع، قال:

وحصولها في اليد بقبض العين، لا- يوجب صدق الأخذ، ودعوى: أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان، مشكله.

فهو لا يوافق على جريان القاعده هنا، لأنّ «الأخذ» إنما يصدق مع الشيء الموجود في الخارج، وأما منفعه الدار - مثلاً - التي هي عبارة عن حيثية قابليتها للسكنى، فأمر معنوي، والسكنى من الأعراض القائمه بالساكن ولا ربط لها بالدار، وكذا الركوب، فإنه من أعراض الراكب ولا ربط له بالدابّه المقبوضه في يد المشتري لها.

ص: ٢٨٤

١- ١) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨١، باب تحريم اغتياي المؤمن ولو كان صدقاً، الرقم: ٩

٢- ٢) نفس المصدر



وأجاب عن الدليل الثاني قائلاً:

وأما احترام مال المسلم، فإنما يقتضى عدم حلّ التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنما يتحقق ذلك في الإستيفاء.

أى: فكما لا يجوز إتلاف دم المسلم، كذلك لا يجوز إتلاف ماله، ولا ربط لهذه القاعده بالمنافع غير المستوفاه.

وأما الاستشهاد لقول المشهور بأن إقباض المنفعه بإقباض العين، ولذا يتحقق قبض المنفعه بقبض العين المستأجره، فتقريب جواب الشيخ عنه: أن الإجاره قد تعلقت هناك بالعين بمالها من قابليه الانتفاع، ولذا يقال آجرتك الدار ولا يقال آجرتك المنفعه، فالإقباض واقع بما وقع عليه العقد، وهو العين بمالها من حيثه قابليه الانتفاع.

والحاصل: إن تلك الموارد لا تشهد بوقوع المنافع تحت اليد.

أقول:

ولكنّ التحقيق:

أما في قاعده اليد، فالإشكال ليس من جهة «اليد» و«ما» و«الأخذ»، فإن ذلك كلّه يشمل المنافع، بل الإشكال الوارد من جهة الغايه، لأن قوله «حتى تؤدي» بمعنى: حتى ترجع، وهو صادق في الأعيان الخارجيه دون المنافع، فالحديث غير شاملٍ لها من هذه الناحيه.

وأما في قاعده الإيترام، فما ذكره وإن كان متيناً إلمانه لم يتضح أن يكون ذلك هو المراد، إذ لا يبعد أن يكون المراد من «حرمه مال المسلم كحرمه دمه» أن العقاب الشديد المترتب على قتله بغير حق، يترتب كذلك على

ص: ٢٨٥

إتلاف ماله، لا أن عليه إن أتلف دفع البدل، أو أنه لكونه دم المسلم أو ماله محترماً، فالرواية ناظرة إلى حيثية المساواة بين ماله ودمه في ترتب العقاب، لا إلى وجوب دفع البدل إن أتلف.

وعلى الجملة، فالقاعده غير دالّة على فتوى المشهور.

ثم إن الميرزا الاستاذ قدس سرّه استدلل للضمان هنا بقاعده الإتلاف، بأن المشتري وإن لم يستوف المنافع فقد أتلفها على البائع، فإطلاق القاعده يشمل ما نحن فيه.

وفيه:

أولاً: إن «الإتلاف» هو إعدام الشيء الموجود، فلا- يصدق على مورد البحث، نعم، المشتري قد منع البائع من الانتفاع، وهذه معصيه بلا إشكال ولكنّه غير الضمان.

وثانياً: إن عبارته «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» ليست بلفظ صادر عن المعصوم، وإنما هي قاعده متّخذة من الحكم بالضمان في موارد معيّنه، فالتعدّي عن تلك الموارد ودعوى الاطلاق في القاعده غير صحيح (١).

ص: ٢٨٤





منافع المغصوب الفائته، مع قوله في باب البيع: إنّ الفاسد عند أصحابنا بمنزله للشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم عن إمساكه  
(١).

وعلى هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوه... .

ص: ٢٨٩

---

١-١) السرائر ٢ / ٤٧٩ و ٣٢٦

أقول:

قد يمكن الاستدلال للضمان بقاعده الحيلولة، فإنها تجرى تارةً: في الحيلولة بين المالك وملكه، واخرى: في الحيلولة دون انتفاعه بملكه، وثالثه: بين العين وماليتها، ورابعة: بين العين وإضافتها إلى المالك.

ولنذكر نصوص بعض الروايات:

عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه. فقال:

إن ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرتة، فقال:

يقوم قيمةً فيجعل على الذي أعتقه عقوبه، وإنما جعل ذلك عليه لما أفسده» (١).

ص: ٢٩٠

---

١-١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٦، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرقم: ١

وعنه عن أبي عبد الله عليه السلام: «في جاريه كانت بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبه. قال: إن كان موسراً كلف أن يضمن، فإن كان معسراً خدمت بالحصص» (١).

دلت على أن إعدام ماله الشيء موجب للضمان.

وعن سماعه قال: «سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه. فقال: هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه لأنه أفسده على أصحابه» (٢).

وهذه صريحه في المقصود.

و عن سدير عن أبي جعفر عليه السلام: «في الرجل يأتي البهيمه. قال:

يجلد دون الحد ويغرم قيمه البهيمه لصاحبها، لأنه أفسدها عليه، وتذبح وتحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه، وإن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها وجلد دون الحد...» (٣).

دلت على الضمان بسقوط الحيوان عن الماله، أو بسقوط إضافتها إلى صاحبها.

وعن أحدهما قال: «في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا، وإن لم يكن قضى طرح شهادتهم ولم يغرموا الشهود شيئاً» (٤).

ص: ٢٩١

١-١) وسائل الشيعه ٢٣ / ٣٨، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرقم: ٧

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٣ / ٣٨، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرقم: ٥

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٨ / ٣٥٨، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم، الرقم: ٤

٤-٤) وسائل الشيعه ٢٧ / ٣٢٦، الباب ١٠ من أبواب كتاب الشهادات، الرقم: ١

دلت على الضمان لكونهم السبب في انقطاع إضافته المال إلى مالكه.

فنحن نستفيد من هذه النصوص أن إسقاط المال عن المائيه أو التسبب إلى انقطاع إضافته إلى مالكه، موجب للضمان، وما نحن فيه كذلك، اللهم إلا أن يكون المالك عالماً بالفساد، فلا ضمان حينئذٍ.

### أدله عدم الضمان

قال الشيخ:

فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح، أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر، موافق للأصل السليم. مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده له... مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاه من الجارية المسروقه... (١) وكذا صحيحه محمد بن قيس... (٢).

أقول:

أما الأصل، فواضح.

وأما الاستدلال بقاعده ما لا يضمن... فكأن الشيخ أيضاً لا يرتضيه، ضروره أن القاعده إنما يستدل بها في وقوع عقد من العقود على شيء، فإن كان العقد مما لا يضمن بصحيحه ففساده كذلك، والمنافع لا يقع عليها العقد، فلا وجه للاستدلال بالقاعده في موردتها أصلاً.

ص: ٢٩٢

١-١) وسائل الشيعه ٢١ / ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الرقم: ٥

١-٢) نفس المصدر، الرقم: ١



فتلخص مما ذكرنا:

أن الاستدلال بقاعده الاتلاف لضمان المنافع غير المستوفاه لا يتم، لأنها موجوده بالقوه وغير متلفه، وانتفاع المالك غير متحقق حتى يتلف، فهو سالبه بانتفاع الموضوع.

نعم، الذى تحقق إتلافه هو ماله المنفعه، فللبائع بدل الحيلوله بالنسبه إلى تلك المدّه التى حال المشتري دون ماله المنفعه فيها، فيضمن بدل ماله الشهر أو الشهرين والسنه أو السنتين.

ولا- يقال: إن المنفعه موجوده بالقوه، وهى عباره عن حيثه قابليه العين للانتفاع بها، وهى حقيقه واحده بسيطه، فكيف تضاف إلى الشهر والشهرين وهكذا؟

لأنها وإن كانت حقيقه واحده بسيطه إلا أنها تتكثّر بالإضافات، فيقال:

منفعه يوم، أو شهر، أو سنه، وهكذا، فكل أمر بسيط يتخصّص ويتكثّر بتكثّر الإضافات، نظير النور، فيقال نور الغرفه ونور الشارع وهكذا، وهذا ما يعبر عنه اصطلاحاً بالوحده فى الكثره، حيث أنه واحد بالحقيقه وكثير بالعرض.

فظهر أنّ الصحيح ثبوت ضمان الإتلاف للمالّيه فى الزمان المعين، لكن على تفصيل، وذلك:

لأنّ المتعاملين إمّا عالمان بفساد العقد أو جاهلان به أو البائع عالم والمشتري جاهل أو بالعكس.

أما إن كانا عالمين أو كان البائع عالماً، فلا شبهه في عدم الضمان، لأن المفروض تسليم البائع ملكه للمشتري مع علمه بالفساد، فيكون إتلاف المائيه مستنداً إليه، سواء كان تسليمه من باب التشريع أو عدم المبالاه بالحكم الشرعى وهو فساد العقد.

وإن كانا جاهلين بالفساد ويعتقدان صحه العقد، فالإتلاف مستند إلى كليهما على حدٍ سواء، غير أنه بالنسبه إلى البائع بالتسبب وبالنسبه إلى المشتري بالمباشره، وحينئذ يشك في ضمان المشتري والأصل العدم.

وإن كان البائع جاهلاً بالفساد و المشتري عالماً به، فكالصوره الثالثه، حتى لو كان تسليم البائع عن خطأ لا عن اعتقاد بصحه العقد، لأن نسبه الإتلاف إلى كليهما واحده على كل تقدير.

فما ذهب إليه المحقق الثانى من عدم الضمان مطلقاً هو المتعين من بين الأقوال بحسب القواعد.

ويؤيده ما فى صحيحه أبى ولاد الآتيه، إذ أن الإمام عليه السلام لم يحكم عليه إلبضمان الأجره من الكوفه إلى النيل ومنها إلى بغداد ومنها إلى الكوفه، مع أنه قد فوّت على المالك منافع كثيره فى تلك المدّه كما لا يخفى (١).



إشاره

(١)

قال الشيخ:

إذا تلف المبيع، فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف. إلّاما يحكى عن ظاهر الإسكافى.

وقد اختلفت كلمات أصحابنا فى تعريف المثلى....

أقول:

إذا تلف المبيع فى يد المشتري فالحكم هو الضمان على ما تقدّم، والكلام الآن فى البدل. يقول الشيخ إنه إن كان مثلياً وجب مثله وإن كان قيمياً وجبت قيمته.

فيقع البحث فى جهات:

الاولى: فى تعريف المثلى والقيمى، والأقوال فى ذلك.

والجبهه الثانيه: لو اختلف الحال باختلاف الأزمنه والأمكنه، بأن كان مثلياً فى مكان أو زمانٍ وقيماً فى آخر، فما هو الحكم؟

والجبهه الثالثه: لو وقع الشك فى شىء بنحو الشبهه الموضوعيه أنه مثلى أو قيمى، فما هو مقتضى القاعده، الاشتغال أو البراءه عن الزائد أو التخخير؟

ص: ٢٩٦

والجبهه الرابعه: هل الإجماعات المدّعاء فى المسأله قائمه على الشبهات الحكميه حتى تكون مؤثره بناءً على حجّيتها أو على الشبهات الموضوعيه، والاجماع فيها بلا أثر؟

قال الشيخ: إن كان مثلياً وجب مثله، بلا خلاف إلّما يحكى عن ظاهر الإسكافى.

وهذه عبارته الإسكافى كما حكاها صاحب الجواهر (١):

إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضى صاحبه... .

ويحتمل أن يكون نظره إلى أنّ الشىء مرّكب من العيئيه والماليه، فإذا زالت العيئيه بقيت القيمه، فيكون المتلف ضامناً للقيمه، ولا يكون ضامناً للمثل لكونه وجوداً آخر مغايراً للتالف، نظير ما فى قاعده اليد من وجوب أداء ما أخذ، فلو تلف وجب عليه دفع ماليه التالف، وأمّا الفرد الآخر منه فلم يكن مأخوذاً.

### لا تعرّض فى نصوص الضمان المثل

وقبل الورود فى الجهات نقول:

إن الموجود فى النصوص هو «الضمان» بألفاظه المختلفه، ولم نجد فى شىء منها تعرّضاً للمثل، وإنّما يوجد التعرّض للقيمه فى صحيحه أبى ولّاد وموارد قليله، وهذه طائفه من نصوص الضمان:

محمّد بن على بن الحسين قال: قال عليه السّلام: «إذا استعيرت عاريه

ص: ٢٩٧

بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن» (١).

عن محمّد بن الحسن قال: «كتبت إلى أبي محمّد عليه السّلام، رجل دفع إلى رجل وديعه فوضعها في منزل جاره فضاقت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقّع عليه السّلام: هو ضامن لها إن شاء الله» (٢).

عن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام، عن رجل تكارى دابّه إلى مكان معلوم فنفتت الدّابه؟ قال: إن كان جاز الشّروط فهو ضامن، وإن دخل وادياً لم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن لأنّه لم يستوثق منها» (٣).

عن السّيكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام: «رفع إليه رجل استأجر رجلاً يصلح بابه، فضرب المسمار فانصدع الباب، فضمّنه أمير المؤمنين عليه السّلام» (٤).

عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام نحو ما تقدّم عنه، وزاد هنا:

«وأئما رجل تكارى دابّه فأخذتها الذئبه فشقت كرشها فنفتت، فهو ضامن، إلّا أن يكون مسلماً عدلاً» (٥).

فمادّه الضمان وارده في نصوص كثيرة، وهى ملقاه إلى العرف، الذى

ص: ٢٩٨

- 
- ١- ١) وسائل الشيعه ١٩ / ٩٧، الباب ٤ من أبواب الوديعة، الرّقم: ١
  - ٢- ٢) وسائل الشيعه ١٩ / ٨١، الباب ٥ من أبواب الوديعة، الرّقم: ١
  - ٣- ٣) وسائل الشيعه ١٩ / ١٢١، الباب ١٧ من أبواب الإجاره، الرّقم: ٣
  - ٤- ٤) وسائل الشيعه ١٩ / ١٤٤، الباب ٢٩ من أبواب الإجاره، الرّقم: ٩
  - ٥- ٥) وسائل الشيعه ١٩ / ١٥٦، الباب ٣٢ من أبواب الإجاره، الرّقم: ٣

هو المرجع في استظهار مفاهيم الألفاظ وتعيين معانيها، فتشخيص ما يجب على الضامن دفعه بدلاً عن التالف مثلاً- أو قيمه موكول إلى نظر العرف.

### تعريف المثلى

قال الشيخ:

فالشَّيخ... بل المشهور على ما حكى: إنه ما تساوت أجزاءه من حيث القيمة و... قد عُرِّف المثلى بتعاريف آخر أعم من التعريف المتقدم أو أخص... .

أقول:

قد اختلفت كلماتهم في تعريف المثلى، ولكنها - كما قال المحقق الخراساني (1) - ليست بتعاريف حقيقته حتى تنتقض طرداً أو عكساً، بل هي بيان للمفهوم العرفي.

فالمشهور - على ما حكى - إنه ما تساوت أجزاءه من حيث القيمة.

وقيل: ما تساوت قيمه أجزاءه، كالحبوب والأدهان والتمور والأقطان... .

وقيل: ما لو امتزج مالان من شخصين، كانا مشتركين بالتساوي.

وقيل: ما تناسبت أجزاءه وتقاربت صفاته.

وقيل: هو المتساوي من حيث الأجزاء والمنفعة والمتقاربه صفاته.

وقيل: ما يباع بالكيل والوزن.

ثم بين الشيخ المراد من «الأجزاء» و«التساوي» في تعريف

ص: ٢٩٩

والمراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة. والمراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة... ومن هنا رجح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيمًا. قال: إذ لو انفصل نقصت قيمته... .

فالمراد من الأجزاء هو المصاديق، والمراد من التساوى: أن تكون قيمه نصف الكلى نصف قيمته، فلو كان صبراً من الحنطه وزنها عشره أمان بقيمه مائه درهم، فقيمه الخمسه منها خمسون درهماً.

وربما قيل: ما تساوت أجزاءه، أى أبعاده، بمعنى أن تكون الأجزاء متساويه فى القيمة مع حفظ جهه الاتصال بينهما، بأن تكون قيمه كل نصف من الأجزاء المتصله معادلته لقيمه النصف الآخر مع التحفظ على الهيئه الاتصالية بينهما، ومن هنا رجح الشهيد الثانى كون المصوغ من الذهب والفضه قيمًا، قال: إذ لو انفصل نقصت قيمته (١).

### التحقيق فى المقام

والذى يختلج بالبال فى تعريف التالف المثلثى أن يقال:

هو ما كان له مماثل فى الغالب فى جنسه ويتساوى معه فى مائتيه، فلو تساويا فى المائيه ولم يجتمعا تحت جامع لم يكونا مثلين كما لو تساوت مائيه الممن من الحنطه مع ماله الممن من اللحم. ولو كانا من جنس واحد وهما غير متساويين فى المائيه، كالحنطه الجيده والرديئه أو العقيق الكبير والصغير أو حنطه هذا البلد وذاك البلد، لم يكونا مثلين.

ص: ٣٠٠



فالمثلّى هو: ماله مماثل يندرج معه تحت جامع قريب ويساويه فى المائيه من جميع الجهات، بإضافه كلمه «من جميع الجهات» حتّى يعمّ الخصوصيات المذكوره.

وربما يشكل بالاختلاف الأزمانى، كما لو أتلّف الحطب فى الشتاء، فأراد دفع ما يساويه فى الأجزاء والمائيه فى الصيف، أو أتلّف الجليد فى الصيف وأراد دفع ما يساويه فى الشتاء، فلا بدّ من إضافه قيدٍ آخر، فكان المختار عندنا فى تعريف المثلّى هو:

ما كان له فى الغالب مماثل يندرج معه تحت جامع قريب ويساويه من جميع الجهات فعلاً.

هذا، وقد اختلفت كلماتهم فى المصاديق تبعاً لاختلافهم فى التعريف:

قال الشيخ:

ويبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم، كالذهب والفضّه غير المسكوكين... وكذا الحديد والنحاس... .

أقول:

أمّا الحنطه والشعير من الغلات الأربع فمئليان، وأمّا التمر والزبيب فإن كان يابسين فكذلك، وإن كانا رطبين فقال بعضهم بكونهما قيميين، وكذا فى الدرهم والدينار اختلفوا على قولين، وفى المعادن التى تصنع منها الأشياء من الظروف ونحوها، قال جماعه بكونها قيميه وفضل بعضهم بين الاصول فقال بأنها مثليه وبين المصوغ منها فقال هى قيميه.

والصحيح: إن الظروف المصنوعه فى المعامل من المعادن وكذا الأدوات كالسكين والمقص ونحو ذلك، كلّها مثليه، بل كلّ شىء يصنع من

ص: ٣٠١

المواد بواسطة الآلات كالثياب وغيرها مثلى، ولا وجه لأن يكون قيمياً.

قال الشيخ:

والحاصل: إن موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليّه فيها، كثيره، فلا بدّ من ملاحظه أنّ الأصل... .

أقول:

إنه لما لم يكن المثليّ مذكوراً في النصوص وكذا القيمي إلّاقليلاً، ولم ينعقد الإجماع على المثليّه في كثير من الموارد، فلا محاله يقع الشك وتصل النوبه إلى الأصل:

ف قيل: الأصل في الضمان المثل.

وقيل: الأصل في الضمان القيمه، وهو ظاهر ابن الجنيد، وقد قرّبناه سابقاً.

وقيل: يتخيّر المالك بين المثل والقيمه.

وقيل: يتخيّر الضامن.

وقيل غير ذلك.

وسياتى الكلام على الأقوال.

هذا، ومقتضى قاعده اليد - بناءً على تماميتها - هو ضمان المثل، لأنه إن كان للشئء التالف مثل فأذاه فقد أدى ما أخذ، لأنّ أداء مثل الشئء بمنزله أداء نفس الشئء وكأنه لم يتلف من المالك شئء، وعليه، فالأصل في الخروج عن العهده إعطاء المثل.

والحاصل: إنه لا خلاف بينهم في أنّ المثلى يضمن بالمثل والقيمي

ص: ٣٠٢

بالقيمه، فلو كانت هذه قاعدهً فقهيّه، لزم تعريف المثلى والقيمي، ولو أنّ اتفاقهم على كون الحنظله مثليّه والحيوان قيميّاً كشف عن رأى المعصوم عليه السّلام أو روايه معتبره في مثليته هذا الشىء أو قيمته ذاك، كان الاهتمام بالتعريف أكد والدقه فيه ألزم.

ولكنّ لا كاشفيّه لمثل هذا الاتّفاق عن رأى المعصوم أو النصّ المعتبر أو القاعده الفقهيّه، فيكون أمر ضمان الأشياء من حيث المثليّه والقيميّه موكولاً- إلى نظر العرف، وقد حاول الفقهاء التعريف وتعيين ما هو مثلى أو قيميّ عرفاً، بلحاظ كونهم أجلاء أهل العرف، فما ثبت أنه عند العرف كذا فهو، وما شكّ فيه فالمرجع هو الأصل العملى.

هذا، وقد ذكرنا المختار عندنا في تعريف التالف المثلى، وأمّا كلّى المثلى فتعريفه: هو ما يندرج تحته أفراد متماثله متساويه الفائده، والظاهر رجوع تعريف المشهور إلى هذا الذى ذكرناه، لأن المراد من قولنا «متماثله» هو المماثله بقولٍ مطلق، بمعنى أنّ لا- يكون فى أحدهما امتياز وخصوصيه توجب فيه مزيد المرغوبيّه والماليّه العقلانيّه بالنسبه إلى الآخر، بأن يكونا متماثلين فى الصغر والكبر، والثقل والخفّه، واللينه والخشونه، والطعم واللّون وهكذا... وأمّا الخصوصيات الشخصيه فلا- يعقل التماثل بين الشئيين فيها كما لا يخفى.

وإذا كان هذا هو المراد، فلا يرد عليه ما ربما يقال:

إنه إن كان المراد من «ما» الموصوله فى: «ما تساوت أجزاءه...» هو النوع، فمن الواضح أنّ أفراد النوع - وهى أصنافه - غير متساويه فى القيمه، فالقول بأن المثلى هو النوع الذى تتساوى من حيث القيمه مخالف للواقع،

وإن كان المراد: هو الصِّنف، فإنَّ أريد من «التساوى» التساوى الحقيقي، فإنَّ الواقع في الخارج ليس كذلك، وإنَّ أريد التساوى التقريبي، فإنه موجود في كثيرٍ من القيمات، كالقطعتين من الأرض والفردين من الحيوان وهكذا....

أو يقال - وهو للمحقق الأردبيلي - ونقله الشيخ وهو:

«إنه إنَّ أريد التساوى بالكليته، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف، إذ ما من: شيء إلّا وأجزاؤه مختلفه في قيمه... وإنَّ أريد التساوى في الجملة، فهو في القيمي موجود أيضاً، مثل الأرض ونحوها» (١).

أو يقال: بانتقاض ما ذكر بأننا قد نجد التساوى في القيمه في الحيوانات.

وجه عدم الوجود هو: أننا قلنا في التعريف «ما كان له مثل في المماثله الغالبه». فالموارد النادره خارجه. هذا أولاً.

وثانياً: قد اعتبرنا التماثل بقولٍ مطلقٍ كما تقدّم.

وثالثاً: مرادنا من «الجامع» هو العنوان الخاص وإنَّ كان جامعاً انتزاعياً كما إذا كانت الحنطه ممّا تسقى سيحاً مثلاً... بأنَّ يدخل في الاعتبار كلّ خصوصيته لها دخلٌ في المائيه والمرغوبيه، ولذا قلنا يندرج تحت عنوان، أي وإنَّ كان انتزاعياً.

### رأى المحقق النائيني

والميرزا الاستاذ يعتبر في المثلى أربعة امور:

أحدها: أن يكون مماثله موجوداً بكثره، فلو لم يكن للشيء مماثل لم يكن للقول بأنه يضمن بمثله معنى، ولو كان عزيز الوجود ولا يمكن

ص: ٣٠٤

تحصيله إلّا بأضعاف القيمة، لم يضمه لأنه ضرر منفي بالقاعده.

والثانى: أن لا يكون ممّا يعرضه الفساد ليومه أو تتغيّر أوصافه بالهواء، فالعنب والرطب مثلاً يفسد فى زمانٍ قليل، فلو اشترى عنباً جديداً بعقد فاسد فأتلفه، لم يجر إعطاء العنب الذى مرّت عليه أيام بدلاً عنه.

والثالث: أن يلازم التماثل فى الصّفات التساوى فى القيمة.

والرابع: أن يكون بالخلقه الأوّليه الإلهيه صوراً ومادّة، كالحنطه والشعير والحبوبات... فلا يكون من صنع الإنسان وإن كان أصله معدناً من المعادن، من غير فرقٍ بين أن يكون مصنوعاً باليد أو بالآلات الصناعيه.

وعلى هذا، فكلّ ما كان للإنسان دخلٌ فى صنعه فإنه يكون قيمياً لا مثلياً، إذ يمكن أن تكون مادّه الأوّليه لشخصٍ والهيئه لشخصٍ آخر، كالحنطه تكون لزيدٍ فيطحنها عمرو، أو القطن يكون لزيدٍ فينسجه بكر، فلمن يدفع البدل حتى يخرج من العهده؟  
(1) أقول:

قد وقع الخلط فى كلامه بين الموضوع والحكم، لأنّ كلامنا الآن فى معرفه «المثلى»، وأمّا حكم المثلّى المشترك بين اثنين فخارج عن البحث. إن «المثلى» عبارته: عمّا يندرج مع مماثله تحت عنوانٍ واحدٍ وكانت المماثله بقولٍ مطلق، أى فى جميع الخصوصيات الدخيله فى الرّغبه، فالتعريف يشمل الأشياء المصنوعه، أمّا إذا كانت مشتركه - بأن كانت المادّه لشخصٍ والهيئه لآخر - فذاك لا يخرجّه عن التعريف، بل يتعلّق بالحكم، وهو غير ما نحن فيه.

ص: ٣٠٥

كما أنّ ما ذكره أوّلاً - من أنه يعتبر أن يكون الشيء كثير الوجود، فلو كان عزيزاً واستلزم أدائه الضرر فهو قيمى وليس بمثلئى، ليس فى محلّه، فإنّ عزّه الوجود لا يخرجّه عن المثلئيه، نعم، هل يجب عليه تحصيله بأىّ ثمنٍ أوّلاً؟ فهذا حكمٌ آخر وليس الكلام فيه.

إذن، فالقيدان الأوّل والثّاني، يتعلّقان بما هو خارج عن البحث، فلا يعتبران فى تعريف المثلئى، وأمّا الثّانى والثّالث، فمذكوران فى تعريفنا.

والحاصل: إن المصنوعات اليدويه أو بالآلات، مثلئيه، والدراهم والدنانير المسكوكات كذلك، والرطب والعنب مثلئان لأن أفراد كلّ منهما - حالكونها جديده سالمه - تندرج تحت جامع واحد، وأمّا حالكونها رديئه غير مرغوب فيها، فلها جامع آخر.

### فى مقتضى الأصل إذا شك فى المثلئيه والقيمه

وبالجملة، فإنّ الفقهاء لا يختلفون فى أنّ ضمان المثلئى بالمثل والقيمه بالقيمه، إنّما الكلام فى تطبيق هذا الكلى على المصداق، فما تبين لنا كونه مثلئياً أو قيمياً فهو، وما لم يتبين فالمرجع فيه القواعد والاصول، وفى ذلك احتمالات:

الأوّل: إن الأصل فى كلّ تالفٍ شك فى مثلئيه وقيمتيه هو الضمان بالمثل، لأنّ الشيء المأخوذ يكون فى عهده الآخذ حتى يؤدّيه، فإذا تعذّر أداء الشيء وجب دفع ما يقاربه فى الجهات الشخصيه والماليه.

وبعبارة اخرى: إنّ أداء الشيء الرافع لضمّانه هو أدائه بشخصه ونوعه وجنسه وماليته، فإذا تلف تعذّر أدائه بشخصه وأمّا ساير خصوصياته

فالمفروض هو قدره على أدائها، وذلك يتحقق بدفع المثل، إلّا إذا قام الإجماع في موردٍ على دفع القيمة.

والثاني: إذا شك في مثليه الشيء أو قيمته، فالأصل هو الضمان بالقيمة، لأنّ كلّ شيءٍ فله حيثه العيّه وحيثه المائيه، فإذا امتنع أداء الشيء بعينه بقى على العهده مائته ومع دفع القيمة يخرج الضامن عن العهده، إلّا ما ثبت بالإجماع وجوب دفع مثله.

ويؤيّده: ما جاء في النصوص من «يغرم قيمته» (١) و«يغرم ثمنه» (٢) ونحو ذلك، وعدم ورود الضمان بالمثل في شيء من النصوص.

والثالث: تخيير الضامن بدفع أيّهما شاء.

والرابع: تخيير المالك بإلزام الضامن بأيّهما شاء.

والخامس: أنّ يحضر الضامن المثل والقيمة معاً عند المالك، فإذا خلى بينه وبينهما خرج عن العهده، لكنّ ليس للمالك أخذ كليهما للعلم اجملاً. بأن أحدهما له والآخر للضامن، فهو لا يستحقّ إلّا أحدهما، وليس «الأحد» المرّد، ولا طريق للتعيين إلّا القرعه.

والسادس: إذا تصالحا فهو، وإلّا يرجع الأمر إلى الحاكم، فيتحقق الصلح القهري بينهما.

والسابع: التنصيف، نظير درهم الودعي، فيأتي الضامن بالمثل والقيمة، ويأخذ المالك النصف من كلّ منهما.

ص: ٣٠٧

١-١) وسائل الشيعه ٢٩ / ٩١، باب أن من قتل مملوكه فلا قصاص عليه، الرّقم: ١

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٩ / ٩٦، باب أن المملوك يقتل بالحر ولا يقتل الحر بالمملوك، الرّقم: ٣ و ٥

قال الشيخ:

ولا- يبعد أن يقال إن الأصل هو تخيير الضامن... والأقوى: تخيير المالك من أول الأمر... نعم، يمكن أن يقال... التخيير في الأداء... ولكن يمكن أن يقال... هو الضمان بالمثل....

أقول:

قد اختلف كلامه قدس سره، كما هو المشاهد من عباراته، ونحن نبين وجوه الأقوال ونتكلم عليها:

### القول بتخيير الضامن

أما القول بتخيير الضامن، فقد استدلل له بأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره.

وهذا الاستدلال على ظاهره غير صحيح، لعدم كون ما يختاره متيقن الوجود أو الثبوت حتى ينفي الزائد عليه بالأصل، فلا بد من أن يكون مراده هو: إن الضامن متيقن باشتغال ذمته بماليه التالف، ثم إذا شك في أنه - بالإضافة إلى ذلك - ضامن لخصوصية المثليه وخصوصية قيمته أولا- فتكون الخصوصية أمرين زائدين، فتجرى فيهما البراءة، وحينئذ، يكون مخيراً في دفع أيهما شاء حتى يكون مؤدياً للماليه لعدم إمكان أداء الماليه بوحدها.

فقال المحقق الخراساني: «لا- يخفى أنه لو كان الضمان بالقيمه في القيمات مجرد إرفاق بحيث لو تمكن من مثل العين التالفه وما يشابهها بحسب الصفات فيها كان له دفعه ولا يتعين عليه قيمته، كان الأمر من باب

ص: ٣٠٨



الدوران بين التخيير والتعيين، والأصل عدم الخروج عن العهد إلا بالمعّين، للشكّ في الخروج بدونه، فلا وجه للتخيير، ولو كان الضمان بها فيها على نحو التعيين، كان الأمر من باب الدوران بين المتباينين، ويتعيّن فيه الاحتياط لا التخيير...» (١).

وتوضيح التباين هنا هو: إنّ القيمة عبارته عمّا يتقدّر به مائته الشيء، فهي المائيه المقيدّه بكذا دينار أو درهم، والمثليه كذلك، فهي عبارته عن المائيه المقيدّه بكونها مثل التالف، فيكون الأمر دائراً بين المتباينين، والمحكم أصله الاحتياط لا التخيير.

لكنّ الميرزا الاستاذ قرب تخيير الضامن: بأنه وإن كان أمره مردّداً بين المتباينين، لكنّ الاحتياط بدفع كليهما متعذّر، لكونه معارضاً باحتياط المالك، لتردّده بين استحقاق المثل أو قيمه، فلا يجوز له أخذ كليهما ولا أحدهما المعّين لاحتمال أن لا يستحقّه، والأحد المرّد لا واقعته له ولا ماهيته، فتنزّل وظيفه الضامن من الموافقه القطعيّه إلى الاحتماليّه، وهذا هو التخيير (٢).

ويندفع: بأنه لو كان الأداء الراجع للضمان هو الإعطاء والأخذ من المالك، كان لما أفاده وجه، لكنّ الأداء في الحديث عبارته عن الإقباض، وهو يتحقق بالتخليه بين المال وبين المالك، وإذا فعّل ذلك وقال له: إنّ أحدهما لك والآخر لي، فقد أدّى وظيفته وتحقق الغايه في الحديث، لكنّ ليس

ص: ٣٠٩

١-١) حاشيه المكاسب: ٣٥

٢-٢) وراجع: منيه الطالب ١ / ١٣٧

للمالك أن يأخذ كليهما معاً، أو أحدهما على ما ذكر، فإنّ تصالحا فهو، وإلّا فالقرعه أو الرجوع إلى الحاكم أو التنصيف، فلا موضوع في المقام للمعارضه.

وأما ما يذكره الفقهاء من عدم تمسّي الإحتياط في الأموال بأن يدفع المثل والقيمه معاً، للتعارض بينه وبين قاعده لا ضرر، ففيه: أولاً: قد تقرّر في الأصول أن مجرى قاعده نفى الضرر هو الأحكام الشرعيّه، ووجوب تحصيل العلم بفراغ الذمه حكم عقليّ، والقاعده لا ترفع الأحكام العقليّه.

وثانياً: إنّ مقتضى الإحتياط هو التخليه بين المالك وبين المثل والقيمه على الترتيب الذي ذكرناه، نعم، لو كان الواجب هو تملكهما إياه لكان لتوهم المعارضه المزبوره مجال.

فالقول بتخيير الضامن مردود مطلقاً.

وأما ما ذكره المحقق الخراساني من أن المورد من دوران الأمر بين التعيين والتخيير، والأصل فيه هو التعيين، فعليه دفع المثل معيّناً، فنذكر قبل النظر فيه فائدةً اصوليّه هي:

إن دوران الأمر بين التعيين والتخيير على خمسة أقسام:

١ - أن يدور أمر تحصيل الشيء وامثاله بين التعيين والتخيير، كما لو امر بحفظ الأمانه، ولا يدرى هل يتحقق الامثال بوضعها في أى مكانٍ في الدار أو في الصندوق؟ ولا شبهه في أنّ الأصل هنا التعيين، لأنّ الإشتغال اليقيني يقتضى البراءه اليقينيّه.

٢ - أن يعلم بوجوب شيء، ولا- يدرى هل الواجب عليه هو الشيء معيناً أو أحد الشيء مختيراً منهما؟ مثلاً: إذا علم بعد رمى الجمره يوم العيد بوجوب شيء عليه بعد الرمي، ولكن هل هو خصوص الحلق أو أحد الأمرين من الحلق والتقصير؟

٣ - أن يؤمر بشيء ولا- يدرى هل له عدل أو لا، كما لو علم بوجوب إطعام ستين مسكيناً وجهل هل عتق الرقبه عدل فيكون مختيراً بينهما؟ أو يؤمر بشيء ولا يدرى هل الواجب عليه هو الشيء بخصوصه أو الجامع بينه وبين الشيء الآخر؟

٤ - أن يخاطب بواجبين ويقع الشك بين أن العطف بينهما كان بالواو حتى يجب عليه كلاهما على وجه التعيين، أو بأو حتى يكون الواجب أحدهما على نحو التخيير.

٥ - أن يكون حكمان تعييتان ولا يقدر على امتثالهما معاً، فيقع التراحم بينهما، وهو يحتمل أهميه أحدهما من الآخر، فإن كانا متساويين فالتخيير، وإن كان أحدهما أهم فالتعيين.

وبعبارة اخرى:

تاره: يدور الأمر بين التعيين والتخيير العقليين في مقام الامتثال والخروج عن العهده بعد العلم بالتكليف، كما لو امر بإزاله النجاسه وشك في الامتثال بالغسل مرّة أو مرتين، فهنا يجب عليه الإتيان بما يحتمل كونه دخيلاً في تحقق الامتثال، فلا يكتفى بالمره في المثال أو وضع الوديعة في أى مكانٍ في البيت كما في المثال السابق، بل الأصل هو التعيين.

ص: ٣١١

واخرى: يدور الأمر بين التعيين الشرعى والتخير العقلى، كأن يعلم بأن الواجب عليه فى الركوع إمّا التسييح معيّناً وإمّا مطلق الذكر والتسييح من مصاديقه فىكون مخيراً عقلاً- بينه وبين غيره. فهنا: يوجد القدر المتيقن وهو الأقل، أى: مطلق الذكر، وأمّا الأكثر أى: الخصوصية، فمشكوك فيها، والأصل براءة ذمته عن الأكثر، وكذا فى مثال الواجب بعد الرمي المذكور سابقاً.

وثالثه: يدور الأمر بين التعيين والتخير الشرعيين، وهذا على ثلاثة أقسام: لأنه قد يكون فى الشبهه الموضوعيه، وقد يكون فى الشبهه الحكميه، وقد يكون فى الحكمين المتراحمين مع احتمال الأهميه.

أمّا الشبهه الموضوعيه، كما لو علم بأن المعصيه الكذائيه موجب له لكفاره وجهل بكون كفارتها هى عتق الرقبه معيّناً أو أنه مخير بين العتق والإطعام مثلاً؟

وأمّا الشبهه الحكميه، كما لو أوجب أمرين كالعتق والإطعام وتردّد إيجابهما بين كونه بواو الجمع فهما واجبان، أو بأمر فهو مخير بينهما، ومثل ما إذا وجب عليه شىء كالصلاه مع السوره وجهل هل لها عدل وهو الصلاه بلا سوره أو لا؟

وأمّا الحكمان التعيّيتان المتراحمان، كما لو قال: إفعل هذا، ثم قال: إفعل هذا، وكلّ من الأمرين مطلق، أى سواء فعلت ذاك أو لا، لكنّه غير قادر على امتثال كليهما، فلا بدّ من رفع اليد عن الإطلاق، فإن كانا متساويين فى الملاك، رفع اليد عن إطلاقهما والنتيجه هى التخير، وإن كان ملاك أحدهما أهم من الآخر، قدّم على الآخر وسقط إطلاقه، ومع الشك فمقتضى الأصل تعيين

محتمل الأهميّه، لعدم العلم بسقوط إطلاقه والعلم بسقوط إطلاق الآخر.

وأما في القسمين السابقين، فعلى المبني في الواجب التخييري:

فإن قلنا: بأن الجامع بين الفردين هو الواجب، رجع الشك إلى وجوب الخصوصيّه بعد كون الواجب هو الجامع، وتجرى البراءة عنها، والنتيجه هي التخيير.

وإن قلنا: بأن هناك واجبين، فيجب كلُّ منهما عند عدم القيام بالآخر - وكأنه قال: إفعال هذا إن لم تفعل ذاك، وإفعال هذا إن لم تفعل ذاك، فهما واجبان مشروطان - فالنتيجه هي التخيير كذلك، لأنه إذا أتى بأحدهما وشك في وجوب الآخر، كان من الشك في أصل التكليف وهو مجرى البراءة.

وإن قلنا: إن هناك واجبين ولكلُّ منهما مصلحه تامّه، ولكن هناك مصلحه اخرى هي السبب في جواز ترك كلُّ منهما إلى البدل، فهي مزاحمه للجمع بين مصلحتي الواجين، فلا- مناص من أصاله التعيين، لأنه متيقن بوجوب الفرد ويشك في وجود المصلحه المزاحمه الموجه لجواز تركه، والأصل عدمها.

وبعد الفراغ عن هذه المقدمه نقول:

إن دوران الأمر بين المثلى والقيمي، سواء كان بنحو الشبهه الموضوعيه أو الحكميّه، يرجع إلى تعيين المثل أو الجامع بينه وبين القيمه، والأصل البراءة عن التعيين، والنتيجه هي التخيير.

وبهذا ظهر سقوط إشكال المحقق المذكور، وأن هذا هو الوجه الصحيح للقول بالتخيير. والعلم عند الله.

والتحقيق: أنه لا- يمكن القول بتخيير الضامن، أمّا من جهة أصاله البراءه عمّا زاد مع تقرينا لذلك، فلأنه يرد عليه: أنّ القيمه - على ما فى كتب اللغه (١) - ما يعادل المتاع، أو الثمن الذى يقاوم المتاع، أى يقوم مقامه، وفى القاموس (٢):

قوّمت الشيء أى ثمّنته، فالمراد من «القيمه» هو «الثمن» لا «المائيه» المطلقه، وعليه، يدور الأمر بين اشتغال ذمه الضامن بخصوص المثل أو الثمن وهو عباره عن الدرهم والدينار، فهو يدور بين المتباينين، فلا مجال للتمسك بالبراءه.

وأمّا من جهة ما ذكره شيخنا الميرزا من التعارض بين احتياط الضامن واحتياط المالك، وإذ لا طريق لتحصيل الموافقه القطعيه فيتنزّل إلى الموافقه الاحتماليه وهى تحصل بإعطاء أىّ منهما، فالجواب عنه: إنّ الموافقه القطعيه تحصل بإحضار الفردين عند المالك والتخليه بينه وبينهما، أمّا أنه لا- يجوز شرعاً للمالك أخذهما أو أحدهما المعين، فلا يكون مانعاً عن حصول البراءه للضامن. وبعباره اخرى: عدم تمكّن المالك من التصرف شرعاً لا ربط له بتكليف الضامن، فإنه بإحضارهما متيقن بفراغ ذمّته.

وبالجمله، فالقول بتخيير الضامن ساقط.

### القول بتخيير المالك

وأما القول بتخيير المالك، فقد قال الشيخ:

فإنّ فرض إجماع على خلافه، فالأصل تخيير المالك... والأقوى تخيير

ص: ٣١٤

١-١) مجمع البحرين ٣ / ٥٧٠

٢-٢) القاموس المحيط ٤ / ١٦٨

المالك من أول الأمر لأصالة الإشتغال، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو عن منع.

أقول:

أمّا الإجماع، فإن كان المراد عدم قيام الإجماع على تخير الضامن واقعاً، فهذا صحيح، إذ لا يقول أحدٌ بأنّ الحكم الواقعي للضامن هو التخير، إنما الكلام في مقتضى الأصل العملي، ولا ربط للبحث بالإجماع، على أنه لو فرض، فليس بالإجماع الكاشف.

وبالجملة، فإننا نعلم بأنّ الحكم الواقعي ليس هو التخير، ولا أثر لدعوى الإجماع، مع أنه ليس بالإجماع الحجّة.

وأما أن الأصل عدم براءة ذمّة الضامن إلّابما يرضى به المالك.

ففيه: إنّ براءة ذمّته تحصل بإحضار المثل والقيمة عند المالك، فليس طريق تحصيلها منحصرّاً بتخيره، فالصحيح أن يقال: الأصل عدم براءة ذمّة الضامن إلّابدفع ما يستحقّه المالك، وهو يحصل بإحضار القيمة والمثل لديه.

وأما التمسك بقاعده اليد، بتقريب: إن العين وإن تلفت خارجاً لكنّها ثابتة على ذمّة الضامن اعتباراً، فذمّته مشغولة بها، فلو دفع أحد الأمرين - من المثل والقيمة - يقع الشكّ في الفراغ، فعليه أن يدفع إلى المالك خصوص ما يختاره.

ففيه: إنّ اليقين بالفراغ يحصل بإحضارهما لدى المالك على ما تقدّم.

وقد قرّب شيخنا الاستاذ تخير المالك. ثم أجاب عنه قائلاً:

إنّ الكلام في إجراء الأصل بالإضافه إلى ما اشتغلت به الذمّة من المثل

بالخصوص أو قيمه بخصوصها، وأما ما يرضى به المالك بدلاً عن البدل فهو قد يكون قيمه في المثل مثلاً، وقد يكون شيئاً آخر غير المثل وقيمه مما لا ينضبط تحت ضابط ولا تعيينه محلّ الكلام.

ومن الواضح أن دفعهما معاً مستلزم لأداء ما في الذمه، سواء رضى المالك بأحدهما بالخصوص أم لا، فلا يتوقف القطع بالبراءة بدفع ما يختاره المالك، ونسبه الأصل إلى كليهما على حدّ سواء» (١).

وأقول: إنّه لا بدّ من تقييد رضا المالك برضا الضامن حتى يندفع الإشكال بأنه إذا كان الملاك رضا المالك، فقد لا يحصل رضاه إلّا بدفع كلا الشئين أو شيء آخر غيرهما. ولكن إذا قيد رضاه برضا الضامن رجع الأمر إلى التصالح، وهذا خارج عن البحث.

بل التحقيق في الجواب هو ما ذكرناه من حصول اليقين بالفراغ بإحضار الشئين لدى المالك، على ما تقدّم.

وبالجملة، ليس طريق تحصيل براءة ذمه الضامن منحصرأ بتخيير المالك... فالقول به ساقط كذلك.

### القول بضمان المثل

وأما القول بأصاله الضمان بالمثل قال الشيخ: لأنه أقرب إلى التالف من حيث المائيه والصفات . فلنقدّم قبل الورود في البحث عنه مقدّمه، وهى:

إنّ الشبهات المصدقيه على أقسام:

ص: ٣١٦



منها: أن يكون المفهوم بيناً والشك في المصداق، كأن يقول أكرم العالم ويشك في أن زيداً مصداقاً لعنوان «العالم» أو لا. فهنا لا يجوز إكرام زيداً تمسكاً بعموم العام، وكذا لو كان عندنا عام بين وخاص بين، فشك في أنه مصداق للعام أو الخاص، فلا يجوز التمسك بالعام، إذ ليس التخصيص إلّا أن يكون الباقي تحت العام مقيداً بكونه غير المخصّص، لأن حيثه الغيريه هذه قيد للباقي تحت العام برهاناً، إذ لا يعقل كونه مهملاً.

ومنها: أن يكون المخصّص للعام مفهوماً مجملاً، وتسمى بالشبهه المفهوميه، كأن يقول: كلّ مكلف يجب عليه التمام، فأخرج المخصّص المسافر وكان مجملاً لتردده بين من سافر بريداً أو بريدين، والقدر المتيقن هو من سافر بريدين ويبقى المسافر بريداً تحت العام، أو قال: أكرم الناس إلّما الفاسق، وتردد الفاسق بين خصوص مرتكب الكبيره أو الأعم منها ومن الصغيره، والقدر المتيقن هو مرتكب الكبيره وفي غيره يتمسك بالعام، وهكذا في موارد كون المخصّص لبيّاً، فإن الخارج من تحت العام هو القدر المتيقن ويتمسك بالعام فيما زاد عليه.

وبعد هذه المقدمه نقول:

يمكن تقريب ضمان المثل بوجوه:

بأن يقال: إن الضمان بمعنى الكفاله، والكفيل عباره عمّن يكون ملتزماً بإرجاع الشيء إلى محلّه أو صاحبه، ولو تلف وهو كفيل وجب عليه إرجاع مثله لأنه بمنزله إرجاع نفسه وكأنه لم يتلف.

أو يقال: إن ضمان الشيء في المثلى بالمثل وفي القيميات بالقيمه أو

المثل، فلو تلف الشيء وتردد بين كونه مثلياً أو قيمياً، كان أمر الضامن مردداً بين التعيين والتخير، ومقتضى الأصل هو التعيين، فعليه دفع المثل إلاما خرج بالدليل.

وبعبارة أخرى: إن مقتضى القاعده فى الضمان دفع المثل، وقد جَوَز الشارع من باب الإرفاق فى القيمات دفع القيمة أيضاً، وإذا شك فى اشتغال ذمته بالمثل أو القيمة فدفع القيمة، كان مقتضى الاستصحاب بقاء الاشتغال، فيتعين دفع المثل حتى يتيقن بالفراغ.

أو يقال: إن أخذ قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» كنايةً عن أنه إذا تلف ما أخذت اليد فعليه خسارته - كما هو الظاهر عند الشيخ - خلاف الظاهر منه، وحمل الكلام عليه خلاف أصاله الحقيقه، لأن مقتضاها هو أن المأخوذ بنفسه على عهده الآخذ إلى أن يؤديه، ولذا نقول ببقاء الشيء على عهده لو تعاقبت الأيدي عليه، لأن المخرج عن العهده ليس إلّالأداء إلى المالك.

ثم إن للشيء المأخوذ خصوصيات، هى خصوصية الشخصيه والصنفيه والنوعيه، وصفات يرغب فيها المالك وتؤثر فى ماليته عنده، فكان مقتضى الحديث استقرار جميع الخصوصيات على ذمه الضامن، وعليه أن يؤدى الشيء بجميع خصوصياته وصفاته، وحينئذ فلو تلف الشيء المأخوذ سقطت خصوصيته الشخصيه ولا- مصحح لاعتبار بقائها على عهده الضامن، لكن سائر الخصوصيات باقيه على العهده، فهو لا يخرج عنها إلبأدائها، والمثل هو الواجد لها، فيجب عليه دفع المثل.

نعم، قام الإجماع فى القيمات على دفع القيمة، وبه ترفع اليد عن

مقتضى القاعده، لكنّ القدر المتيقّن من الإجماع ما كان يبيّن القيميّه، أمّا المشكوك في مثليته أو قيمته فباقٍ تحت القاعده، لما ذكرناه في المقدّمه.

هذا غايه ما يمكن أن يقال في تقريب هذا القول بوجهه الثلاثه.

ولكنّ الكلام كلّه في قاعده اليد، وبعد عدم تماميه سند الحديث لا حاجه إلى البحث عن دلالتّه، ولا مجال للقول بأنّ ضعفه مجبور بعمل الأصحاب.

وبذلك يسقط التقريب الثالث.

وأما التقريب الثاني، ففيه:

أولاً: لا دليل على دعوى الإرفاق في القيمّات حتى يتمّ التخيير.

وثانياً: لو سلّمنا التخيير في القيمّات، فلمَ لا يكون من باب التخيير بين الكلّي وفرده، حتى يكون من قبيل الأقل والأكثر فتتفنى خصوصيته الفرد بالأصل وهي المثليه؟

وأما التقريب الأوّل، فالجواب عنه: إنّ المخاطب في روايات الضّمان الكثيره جدّاً والمختلفه مورداً - إذ قسم منها في تلف القيمي، وقسم في الدراهم، وقسم منها جاء بعنوان «الثلث» - هو العرف، وقد اوكل فهمها إليه، وأهل العرف لا يفهمون الدقائق المشتمل عليها هذا التقريب.

فالقول بأصالة الضمان بالمثل لا دليل عليه.

### القول بضمان القيمه

وأما القول بأصالة الضمان بالقيمه، بتقريب: أن المراد من «الضمان» هو ضمان «الماليه» ولا دخل للخصوصيّات فيه، وإنّما هي محققه للماليه

ولا موضوعيّه لها في الضمان، فالواجب أداء المائيّه ودفع قيمه، ولو فرض احتمال وجوب دفع خصوص المثل اندفع بالأصل.

فلا- يمكن المساعده عليه أيضاً، لأن المناط في القيمات هو القيمه السوقيّه، وهي عباره عن الدرهم والدينار، لا الماليه المطلقه في ضمن أي شيء كانت، وعليه، فإذا دار الأمر بين المثل والقيمه، كان من الدوران بين المتباينين، فلا مجال للقول بأن الأصل في الضمان القيمه.

### القول بالقرعه

وأما القول بالرجوع إلى القرعه، لكونها لكل أمر مجهول، والمضمون به فيما نحن فيه مجهول.

فقد اشكل عليه:

أولاً: بورود التخصيصات الكثيره على عمومات القرعه وذلك موجب لو هنها، لأن إرادته العموم جداً لا- تجتمع مع كثره التخصيص.

وثانياً: إن مجرى القرعه هو الشبهه الموضوعيّه المحضه، فلا- تعم أدلتها الشبهه المفهوميّه والموضوعيّه الناشئه عن الشبهه الحكميّه.

وكلاهما مردودان:

أما الأول، فلأنه في كل مورد لم تطبق فيه القرعه توجد أماره أو أصل فخرج له عن المجهوليّه، فلا يبقى موضوع للقرعه، فخرج تلك الموارد كلها تخصصي لا تخصصي.

وأما الثاني، ففيه:

أولاً: ربما يكون الشك في المثليه والقيميّه في الشبهه الموضوعيّه

ص: ٣٢٠

المحضه، فقد يتلف الشيء والضامن والمالك يجهلان أنه مثلى أو قيمى، فالحنطه مثليه والحيوان قيمى، والعلم الإجمالى قائم بتلف أحدهما، فالشبهه موضوعيه محضه.

وثانياً: قد ذكرنا سابقاً أنه لم يرد لفظ «المثل» و«المثلى» فى نصوص الضمان، حتّى يقع الشك فى مفهومها، بل الوارد هو «الضمان» بشتقاته، ومعناه عرفاً هو دفع المثل فى المثليات والقيمه فى القيميات، فوقع الشك فى أنّ العرف هل يضمّنون بالمثل أو بالقيمه فيما لو جهل بكون التالف من هذا أو ذاك؟ وهذه شبهه موضوعيه.

وثالثاً: إنّ العبره بعموم العام لا بخصوص المورد، فإذا كان مورد أدلّه القرعه هو الشبهه الموضوعيه، فإنّه لا يخصّص عمومها.

والحق فى الإشكال هو:

إنّ أدلّه القرعه موضوعها مجهوليّه عنوان الشيء الخارجى كما فى قطيعه الغنم مثلاً حيث يكون الفرد الحرام بينها مجهولاً، أمّا فيما نحن فيه فلا- ربط للأمر بالخارج، وإنما يريد الضامن أن يعلم ماذا يجب عليه أن يؤدى، وإجراء القرعه لتعيين ما فى الذمّه غلط. هذا أولاً.

وثانياً: إن موضوع القرعه هو الأمر المجهول، أى: أن لا يكون هناك سبيل إلى معرفه الوظيفه الشرعيّه، ومع التمكن من معرفتها لا- تصل النوبه إلى القرعه، وأصالة الاشتغال - فيما نحن فيه - تعين الوظيفه، إذ مقتضاها هو الجمع بين المثل والقيمه فى الأداء، وأمّا عدم جواز أخذ المالك لكليهما فهو أمر آخر.

ص: ٣٢١

فالمختار:

إذا دار الأمر بين كون التالف قيمياً أو مثلياً - والمراد من قيمه الدرهم والدينار كما تقدّم - كان من دوران الأمر بين المتباينين، ومقتضى أصاله الاشتغال هو تحصيل البراءة اليقينية، وذلك يكون بإحضارهما معاً عند المالك والتخليه بينه وبينهما، فإذا فعل ذلك برأت ذمته قطعاً، غير أنه لما كان المالك غير مستحق لأحدهما، فإنّ تصالحا بشكلٍ من الأشكال فهو، وإنّ تخصصاً، بأن منع كلُّ منهما الآخر عن التصرف في ملكه، رجعا إلى الحاكم، وإذ لا دليل على الصّالح القهري فالحاكم يقرع بينهما وترتفع الخصومه.

وأما احتمال التنصيف بحكم الحاكم، نظير درهم الودعي، فبيدهى الفساد، لأنّ الحكم بالتنصيف في الدرهم، إما هو من جهه كون الباقي مشتركاً بالإشاعه، وذلك مقتضى التنصيف، وإما من جهه أنه مقتضى العدل. أمّا حيث يكون هناك مالان أحدهما ملك لهذا والآخر ملك لذاك فلا وجه للتنصيف أصلاً.

### عود إلى كلمات الشيخ

قال:

نعم، يمكن أن يقال - بعد عدم الدليل لترجيح الأقوال والإجماع على عدم تخير المالك - التخير في الأداء.

من جهه دوران الأمر بين المحذورين أعنى: تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبه قيمه ولا للضامن الامتناع، وبين تعيين قيمه كذلك، فلا متيقن في

البين ولا يمكن البراءة اليقينيّة عند التشاح، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى.

فتأمل.

أقول:

يمكن تقريب تنظيره للمقام بتخير المجتهد في الفتوى: بأن المجتهد لما كان يرى وجوب العمل بخبر الواحد، فإذا وقع التعارض بين الخبرين، أحدهما يأمر والآخر ينهى، يعلم بوجوب العمل بأحدهما ولا يمكن الجمع بينهما، فيدور أمره بين المحذورين فيتخير، كذلك ما نحن فيه.

وأما أمره بالتأمل، فهو إشارة إلى أنّ دوران أمر المجتهد بين المحذورين يبتنى على أن تكون حجّيه خبر الواحد من باب السببيّه، يعنى: إنّه تحدث بقيام الخبر مصلحه تكون السبب لوجوب العمل، فإذا وقع التعارض ولا يمكنه الأخذ بكليهما حكم بالتخير. لكنّ المبني غير صحيح، بل حجّيه الخبر من باب الطريقيّه، وعليه، فلا موضوع للدوران بين المحذورين، لأن مقتضى الأصل الأوّلى هو التساقط، ولو قلنا بالتخير فهو من أجل النصّ لا لدوران الأمر بين المحذورين.

بل، ليس التخير من أجل ذلك حتّى على القول بالسببيّه، لأن معنى السببيّه هو حدوث المصلحه الملزمه للعمل، فإذا وقع التراحم بقيام الخبرين بين المصلحتين كان القول بالتخير هو مقتضى القاعده الأوّليه بين المصلحتين المتراحمين.

هذا، ويحتمل أنّ يكون المراد من قوله «من باب تخيير المجتهد في الفتوى» أن المجتهد يفتى بالتخير، فيكون الأمر بالتأمل - على هذا الإحتمال -

ص: ٣٢٣

إشارةً إلى أن فتوى المجتهد بالتخيير فيما نحن فيه لا مورد له، لأنه لا دليل على وجوب دفع المثل ولا القيمة على وجه التعيين حتى يدور الأمر بين المحذورين، بل إن الواجب عليه أحدهما، وتحقق البراءة اليقينية بإحضار كليهما لدى المالك، على ما ذكرنا.

### الاستدلال لضمان المثلى بالمثل والقيمي بالقيمة بآيه الاعتداء

قال:

وقد استدلل في المبسوط والخلاف على ضمان المثلى والقيمي بالقيمة بقوله تعالى: «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (١) بتقريب: أن مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلى والقيمة في غيره.

أقول

استدلل الشيخ بالآيه المباركه لضمان التالف المثلى بالمثل والقيمي بالقيمة... .

والاعتداء هو التجاوز عن الحدّ، و«الباء» للمقابل، كقوله تعالى: «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ...» (٢) وقوله: «وَمَنْ عَاقَبَ بِمِثْلِ مَا عُوقِبَ...» (٣) وقوله:

«... بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ...» (٤) و«المثل» قال الشيخ في الخلاف بعد الآيه: «المثل مثلان مثل من حيث الصوره ومثل من حيث القيمة، فلما لم يكن للمنافع مثل

ص: ٣٢٤

١-١) سورة البقره: ١٩٤

٢-٢) سورة النحل: ١٢٦

٣-٣) سورة الحج: ٦٠

٤-٤) سورة الاسراء: ٨٨



من حيث الصّوره وجب أن يلزمه من حيث القيمه...» (١) وظاهر عبارته أن «ما» في الآيه موصوله.

وتقريب الاستدلال: إن من تعدّى على شيء من أموالكم بالاستيلاء عليه، يجوز لكم التعدّي على أمواله، فإذا أتلف لكم شيئاً من الأموال جاز لكم الاستيلاء على ماله، إن كان مثلياً فبالمثل، وإن كان قيميّاً فبالقيمه، لأن المثل مثلان كما ذكر.

## المنافسات في دلالتها

وفيه:

إنّ الأخذ والاستيلاء ليس مماثلاً للإتلاف، إلّا أنّ يدعى اندراجهما تحت جامع انتزاعي هو الفصل بين المال ومالكه، وفيه ما لا يخفى. هذا أولاً.

وثانياً: الوارد في الآيه هو «المثل» بقول «مطلق» وهو ظاهر في المماثله من جميع الجهات، والمثليه في القيميات من وجه، فكيف يتم الاستدلال؟

وثالثاً: إنّ الآيه المباركه متفرعه ب«الفاء» على الآيه السابقه عليها، قال تعالى: «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ...» وهي ظاهره في مقابله الاعتداء بالاعتداء، فهو قتال مماثل للقتال من حيث الزمان والمكان، أى:

فكما أنّهم لم يحافظوا على المحرمات الزمانيه والمكانيه، كذلك أنتم يجوز لكم ترك المحافظه عليها.

وبعبارة اخرى: هذا التفريع يشهد بكون «ما» مصدرية أى: فاعتدوا عليه

ص: ٣٢٥

بمثل اعتدائه، وليست موصولة على أن يكون الرابط محذوفاً، أى: بمثل الذى اعتدى به عليكم، وإذا كانت مصدرية فما معنى «الباء» فى «بمثل»؟...، ويشهد بذلك ما سبق عليها من قوله تعالى «وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ...» وأيضاً الخبر:

«عن معاوية بن عمار قال سألت أبا عبدالله عليه السلام رجل قتل رجلاً فى الحلّ ثم دخل الحرم... قلت: فما تقول فى رجل...».

ورابعاً: لو تنزلنا، فلا أقل من ترددها بين المصدرية والموصولة.

وخامساً: وعلى فرض كونها موصولة، فإنها تعمّ العمل، فيكون المعنى:

الاعتداء بمثل الذى صدر من المشركين من الاعتداء، فلا دلالة على الضمان.

قال الشيخ:

وربما يناقش فى الآية... وفيه نظر.

أقول:

قال السيد:

قال فى الحاشية: لأن ظاهرها اعتبار المماثلة فى الاعتداء والمعتدى به.

قلت: هو كذلك (١).

وهو يؤيد ما ذكرناه أخيراً.

وتلخص سقوط الاستدلال بالآية للمقام.

قال الشيخ:

نعم، الانصاف عدم وفاء الآية - كالدليل السابق عليها - بالقول المشهور...

ص: ٣٢٦

فتبين أن النسبه بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآيه عموم من وجه... .

أقول:

ذكر في مادّه الافتراق من طرف المشهور: أنه قد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين، ولا يضمن به عند المشهور كما في المثالين:

الأول: لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساويه من جميع الجهات. فإن مقتضى العرف والآيه إلزام الضامن بتحصيل ذراعٍ آخر من ذلك ولو بأضعاف قيمته ودفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أنّ القائل بقيمته الثوب لا يقول به.

وربما يشكك عليه، بأنه إذا كان مقتضى الدليلين تحصيل المماثل من جميع الجهات، فإنّ تحصيله بأضعاف قيمته تحصيلٌ لما يزيد على المثل.

ولكنه غفله عن المقصود، لأنّ حيثه الضمان غير حيثه تحصيل المثل، فالذى استقرّ على الذمّه وحصل الضمان به هو مقدار ماليّه التالف، وأما دفع أضعاف قيمته فلتحصيل المثل الواجب دفعه، وسيأتى توضيح هذا المطلب فيما بعد.

والثاني: لو أتلف عليه عبداً وله في ذمّه المالك بسبب القرض أو السلم بعد موصوف بصفات التالف، فإنهم لا يحكمون بالتهاتر المعنوي كما يشهد ملاحظ كلماتهم في بيع عبدٍ من عبيد.

نعم، ذهب جماعه - منهم الشهيدان في الدروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضه إذا كانت قيمته، لكنّ لعلّه من جهه صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهه ضمان القيمي بالمثل... .

ص: ٣٢٧

أقول:

هكذا قال، وليته لم يقله، لأنّ أداء العين المقترضه إما هو من جهة جواز عقد القرض من طرف المقترض - وإن كان لازماً من طرف المقرض - فإذا أداها كان فسخاً للعقد عملاً أو لاشتغال الذمّه في خصوص قرض القيمي بالأعم من طبيعي المال المقترض والقيمه، وحينئذٍ، يمكنه ردّ العين لكونها من مصاديق الكلّي الطبيعي، أمّا لو كان اشتغال الذمّه بالقيمه فلا يصحّ قوله:

«لعلّه من جهة صدق...» لأنّ ردّ العين ليس بأداء للقيمه، لكونهما متباينين، فلا يتحقّق أداء القرض.

فالدليل لما ذهب إليه الجماعه هو أحد الوجهين اللذين ذكرناهما، لا ما ذكره الشيخ رحمه الله.

هذا إذا كان للتالف مماثل.

قال الشيخ:

وأما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمّه بالتعذر... ولا يقولون به.

أى: يقولون بأنّ عليه أداء قيمه يوم التلف.

هذا كلّه في بيان مادّه الافتراق في القيميات.

وأما مادّه الافتراق في المثليات. قال الشيخ:

وأيضاً؛ فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمه نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم جواز إلزام المالك بالمثل... مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض إلزامه به وإنّ قوياً خلافه بعض، بل ربما احتتمل جواز دفع المثل ولو سقط المثل

ص: ٣٢٨

عن قيمه بالكلية، وإن كان الحق خلافه.

أقول:

إن مقتضى الدليلين اعتبار المماثلة في الماهية والمالية، وما نقصت قيمته ليس مماثلاً للتالف، فلا يخرج الضامن عن العهده بأدائه، لكن المشهور لا يقولون باعتبار المماثلة من جميع الجهات، فيكفى للخروج عن الضمان دفع ما نقص قيمته، بل ربما احتمل بعضهم دفع المثل ولو سقط عن القيمة بالكلية.

وبالجملة، إن مقتضى الدليلين هو المثل بقول مطلق، لكن المشهور القائلين بأن المثلى يضمن بمثله يريدون المثلية في الجملة، بل بعضهم يحتمل كفايه المثل وإن سقط عن القيمة.

وأشكل السيد (1) قدس سره بما ملخصه:

إن المثل في الآية المباركة ما يكون مماثلاً في الصورة والماهية، وأما جهة المائيه فليست دخيلة في المثلية، ولذا لو كانت العين المأخوذة بالعقد الفاسد موجودةً وجب عليه ردّها وإن نقصت ماليتها.

وهذا منه عجيبٌ جداً!!!

لأن الإعتداء الواقع لم يكن بالنسبة إلى العين بوحدها بل بالنسبة إلى ماليتها أيضاً، فالمعتدى ضامنٌ لكليهما، وأما في المأخوذ بالعقد الفاسد - مثلاً - مع بقاء عينه، فإن العين تردّ، لأنه ردّ للملك سواء نقصت قيمته أو سقطت. فكم فرق بين مفاد الآية المباركة والمثال الذي ذكره؟

ص: ٣٢٩

بل يمكن أن يقال فى صورته بقاء العين - إذا كان نقصان قيمتها على أثر إمساكه العدوانى - بالضمان كذلك، لما تقدم أن إتلاف المائيه موجب للضمان.

فظهر سقوط الإشكال بوجهين.

قال الشيخ:

ثم إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمه على تقدير تحققه، لا يجدى بالنسبه إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً، ففى موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق وعموم الآيه، بناءً على ما هو الحق المحقق من أن العام المخصّص بالمجمل مفهوماً المرّد بين الأقل والأكثر لا يخرج عن الحجّيه بالنسبه إلى موارد الشك.

أقول:

لقد كان الأولى أن يقول: بأنه لا يوجد فى المقام مفهوم مخصّص لعموم العام، بل هناك موارد قام الإجماع فيها على القيمي كالحيوان فىكون الإجماع مخصّصاً لعموم الآيه المعتبره للمثليه، وأما فيما عداها فلا مخصّص، والمحكم هو العموم. وبعبارة اخرى: لا يوجد فى غير موارد الإجماع مخصّص، لا أنه موجود وهو مرّد بين الأقل والأكثر.

### حاصل الكلام فى المقام

قال:

فحاصل الكلام: إن ما اجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل مع مراعاة

ص: ٣٣٠

الصفات... مضافاً إلى الخبر الوارد في أن الثابت في ذمه من اقترض دراهم وأسقطه السلطان وروج غيرها، هي الدراهم الاولى.

وما اجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمه بناءً على ما سيجي من الاتفاق على ذلك وإن وجد مثله... .

أقول:

نصّ الروايه: عن يونس قال: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام:

إنه كان لي على رجلٍ عشره آلاف دراهم، وأن السِّلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم أعلى من الدراهم الاولى، ولها اليوم وضعه، فأى شيء لي عليه، الأولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان؟

فكتب: لك الدراهم الاولى» (١).

وعن العباس بن صفوان قال: «سأله معاوية بن سعيد عن رجلٍ استقرض دراهم عن رجل، وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع بها شيء، أُلصاحب الدراهم الاولى أو الجائزه التي تجوز بين الناس؟

فقال: لصاحب الدراهم الاولى» (٢).

وأمر الشيخ بالتأمل (٣)، لعله إشاره إلى روايه اخرى في مقابلهما، وهي:

عن يونس قال: «كتبت إلى الرضا عليه السلام: إن لي على رجل ثلاثة آلاف درهم، وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام، وليست تنفق اليوم، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟

ص: ٣٣١

١-١) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٠٦، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرقم: ٢

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٠٧، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرقم: ٤

٣-٣) وهذا التأمل موجود في بعض النسخ دون بعض

فكتب إلى: لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس» (١).

فيقع التعارض.

وما في الحدائق (٢) من تضعيف بعض الأصحاب لهذه الرواية، فالظاهر أنه بالنظر إلى طريق الشيخ (٣)، لسهل بن زياد الضعيف على المشهور، ولكنها في الكافي (٤) صحيحة بلا كلام.

ولكن قد يجاب عنها - كما في الجواهر - بقصورها عن المقاومه (٥).

ولعله لإعراض المشهور عنها.

إلا أنا نحتمل إمكان الجمع بينهما - وإن لم يقل به أحد - بأن الوارد في ذاك الخبر «عشره دراهم» وفي هذا «ثلاثة آلاف»، ولما كان التفاوت في العشره قليلاً، فقد أهمله الإمام عليه السلام، وأما الخساره المترتبّه في الثلاثة آلاف فلا يصلح إهمالها.

قال:

وما شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف، ومع الإختلاف الحق بالقيمي. فتأمل.

ص: ٣٣٢

---

١-١) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٦، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرّقم: ١

١٤٤ / ٢٠ - ٢) الحدائق الناضرة

١١٧ / ٧ - ٣) تهذيب الأحكام

٢٥٢ / ٥ - ٤) الكافي

٦٦ / ٢٥ - ٥) جواهر الكلام



أقول:

فصّل في ما لم يقدّم الإجماع على قيمته أو مثليته وتردّد بينهما، بأنّه مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف يلحق بالمثل، وذلك، لما ذكره من أنّ المخصّص إنّ كان مجملاً- مفهوماً، مردداً بين الأقل والأكثر، تقدّم على العام في القدر المتيقّن، ويتمسّك به فيما زاد عنه، وهنا كذلك، لأنّ العموم المستفاد من الآية المباركة هو أنّ كلّ تالف يضمن بمثله، وقد خصّ بالقيميّ، لكنّ مفهومه مردّد، فما قام الإجماع على قيمته يخرج عن العام، وما لم يقدّم فهو باقٍ تحته.

وأما مع الاختلاف، فيلحق بالقيميّ، ولا يتمسّك بالعام، لما تقدّم من أنّ مقتضى الدليلين اعتبار المماثلة من جميع الجهات، فمع الاختلاف في القيمة تنتفي المثلية ولا وجه للتمسّك بالعام، وحينئذٍ، فإنّ الوجدان العقلي للمالك يقتضي أن يرضى بالقيمة، وإذا دفعها الضامن تيقّن بفراغ ذمّته.

هذا غاية ما يمكن أن يقال بشرح كلامه.

ولكنّ يرد عليه فيما لو لم يرض الضامن بذلك، وحصل الترافع بينهما، فما الدليل على الإلحاق بالقيميّ؟ بل يرجع الأمر إلى الحاكم.

فالحق أن يقال بالإلحاق بالقيميّ برضاهما.

وتلخص: إن الآية المباركة في مقام إفاده جواز المقابلة بالمثل، ولا دلالة فيها على الضمان أصلاً.

ولو سلّمنا دلالتها على وجوب التدارك في صورته الإلتلاف، لكنّ معنى كلمة «المثل» في العرف عبارة عمّا يماثل الشيء وجوداً، فإذا توفّرت فيه

الخصوصيات الوجودية صدق عليه عنوان «المثل»، والماليه أمر اعتبارى عقلانى، ولا علاقه له بمفهوم الكلمه.

## الاستدلال بالنصوص

وأما إطلاقات الضمان، وهى كثيره جداً، كقوله عليه السلام فى العاريه:

«المستعير ضامن» (١).

وقوله عليه السلام فى الوديعة وضعها فى دار جاره فضاعت:

«هو ضامن لها».

وقوله فى الدابة اكترها:

«إن جاز الشرط فهو ضامن،... وإن سقطت فى بئر فهو ضامن».

وقوله فى القصار... .

«كل أجير يعطى... فهو ضامن».

وقوله فى النجار:

«فضمنه أمير المؤمنين».

ومن النصوص فى ذلك:

عن داود بن سرحان عن أبى عبدالله عليه السلام: «فى رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه شىء فهو

ضامن» (٢).

عن سليمان بن خالد عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «إذا رهن عبداً

ص: ٣٣٤

---

١- ١) تقدمت هذه النصوص سابقاً

٢- ٢) وسائل الشيعة ١٩ / ١٥٢، الباب ٣٠ من أبواب الإجاره، الرقم: ١١

أو دابّة فمات فلا شيء عليك، وإن هتك الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن» (١).

عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السّلام وعن الحسين بن خالد عن أبي الحسن الرضا عليه السّلام وعن صباح الحذاء وعن إسحاق بن عمّار عن أبي إبراهيم موسى عليه السّلام: «فى الرّجل يأتى البهيمه فقالوا جميعاً: إن كانت البهيمه للفاعل ذبحت، فإذا ماتت أحرقت بالنّار ولم ينتفع بها، وضرب هو خمسة وعشرين سوطاً ربع حدّ الزّانى، وإن لم تكن البهيمه له قومت وأخذ ثمنها منه ودفع إلى صاحبها وذبحت وأحرقت بالنّار ولم ينتفع بها وضرب خمسة وعشرين سوطاً، فقلت: وما ذنب البهيمه؟ فقال: لا ذنب لها، ولكن رسول الله صلّى الله عليه وآله فعل هذا وأمر به، لكيلا يجترئ الناس بالبهائم وينقطع النّسل» (٢).

عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: «سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه فقال: إنّ ذلك فساد على أصحابه (فلا يستطيعون) بيعه ولا مؤاجرتة فقال: يقوّم قيمه فيجعل على الذى أعتقه عقوبه، وإنما جعل ذلك عليه لما أفسده» (٣).

عن أبي ولاد عن أبي عبدالله عليه السلام: «قيمه بغل يوم خالفته» (٤).

على بن جعفر فى كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام قال:

«سألته عن بختى مغتلم قتل رجلاً فقام أخو المقتول فعقر البختى وقتله، ما

ص: ٣٣٥

١-١) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٨٨، الباب ٥ من أبواب الرهن، الرّقم: ٨

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٨ / ٣٥٧، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم...، الرّقم: ١

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٣ / ٣٦، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرّقم: ١

٤-٤) وسائل الشيعه ١٩ / ١١٩، وسيأتى نصّه الكامل فى موضعه من الكتاب

حاله؟ قال: على صاحب البختى ديه المقتول، ولصاحب البختى ثمنه على الذى عقر بختيه» (١).

عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: «إنَّ أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفره وجدت فى الطريق مطروحه كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنَّه يفسد وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن، فقيل: يا أمير المؤمنين، لا يدرى سفره مسلم أو سفره مجوسى؟ فقال: هم فى سعه حتَّى يعلموا» (٢).

ثم إنَّ المائيه على أنحاء:

منها: أن يكون الشىء فى ذاته ثميناً كالجواهر.

ومنها: أن تكون المائيه بحسب القلّه والندر، كالفاكهه فى بدايه موسمها.

ومنها: أن يكون تفاوت المائيه بحسب الزّمان، كالملابس الشتويّه، فإنها فى فصل الشتاء أغلى منها فى فصل الصيف، وكذا بالعكس.

ومنها: أن تكون متفاوتة بحسب البلاد، فيكون الثوب مثلاً فى مكانٍ أغلى منه فى غيره.

ومنها: أن يكون بحسب كونه جديداً أو عتيقاً.

ومنها: أن يكون بحسب الجوده وعدمها.

ص: ٣٣٦

---

١-١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٥١، الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان، الرّقم: ٤

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦٨، الباب ٢٣ من أبواب اللقطه، الرّقم: ١

فالتفاوت القيم أنحاء كثيرة... وعلى الضامن تدارك الخساره، ويدلّ إجماعهم على أنّ المثلى بالمثل على وجوب تدارك المالىه فى ضمن المثل، والمثلى ما كان له ما يساويه فى الإندراج تحت جامع واحدٍ ويساويه فى المالىه ويكون له الغلبه فى الوجود. وأما إذا لم يكن للشىء مثل أو كان نادر الوجود، فالمتفاهم عرفاً دفع الثمن، وهو المتمحض فى المالىه، وهو الدرهم والدينار. وأما لو وجد المماثل لكنّ القيمه متفاوتة بحسب الزمان أو المكان، فالواجب دفع القيمه أو المثل مع تدارك التفاوت. فهذا مقتضى أدله الضمان، وهى الدليل الوحيد على الوجوب، وهو موكول إلى نظر العرف، وليس نظره إلّما ذكرناه(١).









أشاره

(١)

قال الشيخ:

ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد. انتهى.

أقول: كثره الثمن إن كانت لزيادته القيمة السوقية للمثل... فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف... ووجهه: عموم النصّ والفتوى بوجوب المثل في المثلى.

ويؤيده: فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا- يوجب الانتقال إلى قيمه، بل ربما احتل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المائيه، كالماء على الشاطئ والتلج في الشتاء.

#### ١ - كثره الثمن بسبب زياده القيمة السوقية

أقول:

لقد استدلل الشيخ لوجوب الشراء في صورته زياده القيمة السوقية - ولو بأضعاف قيمه التالف يوم تلفه - بوجهين:

الأول: الإجماع، قال الشيخ في الخلاف: لو غصب ما له مثل، كالحبوب

ص: ٣٤١

والأدهان فعليه مثل ما تلف في يده، يشتريه بأى ثمن كان، بلا خلاف (١).

وفي المبسوط: يشتريه بأى ثمن كان إجماعاً (٢).

لكنّ معقد هذا الإجماع هو «الغصب» وبحثنا في المأخوذ بالعقد الفاسد، فلا يتم الاستدلال به، إلّا بالنظر إلى كلام ابن إدريس حيث قال في المأخوذ بالعقد الفاسد: «إنه يجرى مجرى الغصب عند المحضّلين من أصحابنا» (٣).

والثاني: عموم النصّ والفتوى.

ثم أريد ذلك بالأولويّة من حكمهم بدفع المثل في صورته تنزّل القيمة، إذ الضابط هو المثل، وإذا كانت المثليه مع التنزّل محفوظة، فهي مع الزيادة محفوظة بالأولويّة، لأنّها في هذه الصّوره موجوده مع زياده.

## ٢ - كثرة الثمن بسبب عدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بالأزيد

### إشاره

قال:

وأما إن كانت لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس... فالظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارته القواعد... ولكنّ الأقوى مع ذلك وجوب الشراء... لعين ما ذكر في الصّوره الاولى.

فذكر للقول بعدم الضمان في هذه الصّوره وأنه ينتقل إلى قيمه وجهين:

ص: ٣٤٢

١-١) الخلاف ٣ / ٤١٥

٢-٢) المبسوط ٣ / ١٠٣

٣-٣) السرائر ٢ / ٢٨٥

أحدهما: إنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم.

والثاني: إنّ الحكم بوجوب شراؤه بأضعاف قيمه ضررى.

ثم حكم مع ذلك بوجوب الشراء، مستدلًا بالإجماع وعموم النصّ والفتوى، فلا فرق بين الصّورتين.

### النظر فى كلام الشيخ فى الصّورتين

أقول:

وفيما أفاده نظرٌ من جهات:

أما استدلاله بالإجماع فى الصّوره الاولى، ففيه:

أولاً: إنّ الإجماع فى المسائل الإجتهدية غير كاشف عن رأى المعصوم.

وثانياً: إن «لا خلاف» لا يصدق عليه «الإجماع».

وثالثاً: إنّ معقد إجماع الشيخ هو الغصب، وقد ذكرنا أنّ فى الأخذ بالبيع الفاسد أربعة وجوه، ولا يصدق الغصب إلّافى الرابع منها، وهو ما إذا كان البائع جاهلاً بالفساد والمشتري عالماً به؛ فدعوى الإجماع فى الغصب - لو تمّت - لا ربط لها بما نحن فيه على إطلاقه.

ورابعاً: إنه لو اريد تتميم الاستدلال بالإجماع بكلام ابن إدريس - كما سبق - .

ففيه - بعد تسليم أن قوله «عند المحضّيين» يجرى مجرى الإجماع - أنّ الإجماع دليل لئبى، والقدر المتيقن من هذه الدعوى هو: أن المأخوذ بالعقد الفاسد بمنزله المغصوب فى عدم جواز التصرف.

ص: ٣٤٣

وأما الاستدلال فيها بعموم النصّ والفتوى، ففيه:

أما الفتوى، فلا يستدلّ بها في مسأله من المسائل، كما لا يخفى.

وأما النصّ، فليس في شيء من نصوص الضمان تعرّض للمثل أصلاً، وتبقى الآية المباركه «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (١)، وقد تكلمنا عليها بالتفصيل، وحاصله عدم صحه الاستدلال بها لضمان المثل أبداً.

وتلخص: عدم الدليل على ضمان المثل في الصوره الأولى.

وأما تأييد ذلك بالفحوى على ما ذكرنا في تقريره (١)، ففيه:

إنه ليس الكلام في صدق عنوان المماثله مع زياده قيمه السوقيه، إذ

ص: ٣٤٤

---

١-١) سورة البقره: ١٩٤

لا- ريب فى ذلك، بل هو فى أنه إذا زادت القيمه السّوقيه للمثل، فهل يجب شراؤه أولاً؟ وأى ربطٍ لحكمهم بجواز دفع الضّامن للمثل إذا تنزّلت قيمته وأنه ليس للمالك إلزامه بدفع التفاوت، بمسأله ما إذا زادت قيمته فى السّوق؟

إنه لا ربط لتلك المسأله بمسأله الزّياده، فضلاً عن الأولويّه؟

والحاصل: إن جواز الإكتفاء بدفع المثل إذا نقصت قيمته مسأله، ووجوب شراءه إذا زادت قيمته أو عدم وجوبه مسأله اخرى.  
فسقط التأييد كذلك.

لقد تقدّم منا أنّ المتّبع هو الفهم العرفى فى كلّ موردٍ أو كلّ الشارع فهم موضوع حكمه إلى العرف، وهذه الكبرى منطبقه على الروايات المتواتره فى الضمان بمشتقاته، لأنّه لم يرد فيها أى بيانٍ للمراد من «الضمان»، فكان المرتكز عند العرف من هذا اللفظ هو المراد، وقد ذكرنا أنّ الضمان فى اللغه والعرف هو الكفاله، وعليه، فالمتلف كفيلاً وعهدته مشغوله بإرجاع المتلف إلى صاحبه، فإن كان له مثل وجب عليه دفعه، لأن إعطائه بمثابه إرجاع التالف، وإن لم يكن له مماثل، وجب دفع قيمته.

فقولهم: المثل فى المثلى والقيمه فى القيمى، متّخذ من الفهم العرفى للفظ الضمان الوارد فى النصوص والموكول فهمه إلى أهل العرف، وقد بيّنا معنى «المثل» و«القيمه» أيضاً.

وعليه: فإنّ الواجب على الضّامن حيث يتمكّن من «المثل» دفعه، سواء زادت قيمته أو نقصت، وهذا هو الصّحيح فى الاستدلال فى كلتا المسألتين.

فإن قلت: الحكم بوجوب شراء المثل بأضعاف قيمته يوم تلفه،

ضررى، فهو منفى بقاعده لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام.

قلت:

أولاً: إنه ينتقض بمورد نقصان قيمه، فإن تجويز دفع المثل فى هذه الحاله ضرر على المالك، فتنفيه القاعده.

وثانياً: إن قاعده نفى الضرر بمنزله الشارح للأحكام الأوليه، والضرر مانع عن ثبوت الحكم، أما إذا كان الضرر هو المقتضى للحكم، فمثله لا يرتفع بالقاعده، ولذا يرتفع بها الوضوء الضررى ولا يرتفع بها الزكاه والجهاد ونحوهما... وما نحن فيه من هذا القبيل لا من ذاك (١).

ص: ٣٤٤

وهذا كله في الصورة الاولى.

وأما في الصورة الثانية، ففي استدلاله - لوجوب الشراء كذلك - بالإجماع والعموم ما عرفت.

أما عدم جريان قاعده نفى الضرر هنا في نظر الشيخ، فقد قرّبه المحقق الخراساني بقوله:

«وذلك، لأن ضرر الضامن في الشراء بأزيد من ثمنه، يزاحم بضرر المالك في منعه عما يستحقّه من المثل، فيبقى ما دلّ على الضمان بالمثل بلا مزاحم، وعدم العلم باستحقاقه للمثل شرعاً لا ينافي استحقاقه له عرفاً واعتباراً، وهو كاف في صدق الضرر حقيقة» (١).

وبعبارة اخرى: إنّ قوله صلى الله عليه وآله: لا ضرر... حكم امتنانيّ لطبيعيّ الأُمَّة الإسلاميّه، وترتب الضرر بسببه على بعض أفراد الأُمَّة خلاف الامتنان ومستلزم للتناقض، لأنّ الموجه الجزئيّ نقيض السالبة الكلّيّه، وفيما نحن فيه، جريان القاعده بالنسبه إلى الضامن ليرتفع عنه وجوب الشراء، يستلزم الضرر على البائع، وذلك مانع عن جريانها في حقّ الضامن.

وربما يقال في تقريب عدم اعتناء الشيخ بقاعده لا ضرر: بأن هذه

ص: ٣٤٧

(١ - ١) حاشيه المكاسب: ٣٦

القاعده لا تشمل ما نحن فيه، إذ لا ضرر في نفس الشراء، وإنما هو في مقدّمته، أعني بذل المال، وهو لا يسرى إلى ذى المقدّمه (١).

والإنصاف عدم تماميه هذا الوجه، لأنّ ارتفاع وجوب المقدّمه يلازم ارتفاع وجوب ذى المقدّمه، والترخيص فيها ترخيص فيه، فإذا لم يجب بذل المال لم يجب الشراء لا محاله.

وبعبارة اخرى: عدم الشئ تاره: يكون بعدم وجود علته، واخرى:

بارتفاع ما يكون علّه لوجوده، وثالثه: بإيجاد العلّه لعدمه. ورابعهً بعدم وجود حكمه، إذ عدم الموضوع في عالم التشريع يكون بعدم حكمه لاتّحادهما فيه، وخامسه: بعدم وجود المقتضى لوجوده، مثلاً: وجوب الضوء يقتضى وجود الضوء خارجاً، فإذا كان الضوء ضرورياً ارتفاع وجوبه وبارتفاعه يرتفع الضوء نفسه.

وعلى هذا، فإذا كانت مقدّمه الحكم المقتضيه لوجوده ضروريّه وارتفعت بالقاعده، فذو المقدّمه - وهو الحكم - يرتفع بارتفاعها، لأنّ المقدّمه سبب لذي المقدّمه، وبارتفاع السبب يرتفع المسبّب.

### تحقيق المقام

والتحقيق: إنه إن كان انحصار المثل بالفرد بمثابة كونه معدوماً، فوجوب شرائه ساقط - لأنّ المرتكز من أدلّه الضمان الملقاه إلى العرف هو الفرد المتداول من المثل - وينتقل الحكم إلى قيمه، وأما إذا لم يصل إلى تلك المثابه، فالشراء بأى ثمن واجب، لا لعموم النصّ والفتوى كما عليه الشيخ،

ص: ٣٤٨



بل لما ذكرنا مراراً من إيكال الشارع فهم الضمان إلى العرف، ومن الواضح عند العرف أن الأمر بدفع المثل يقتضى كونه متداولاً وإلا تلزم لغويته، فإذا كان متداولاً وجب شراؤه ولو بأضعاف مضاعفه، ولا أثر لقاعده نفي الضرر، لا لما ذكروا، بل للفرق بين مقدمه الواجب التكليفي وبين مقدمه الواجب الوضعي، أما في الأول، فإذا كانت المقدمه ضرريه انتفى وجوب ذى المقدمه، وأما في الثاني فلا، والضمان من هذا القبيل، وكذا الدين، فإنه يجب أدائه وإن كانت مقدمته ضرريه، لاستقلال العقل بوجوب الخروج عن العهده، والقاعده لا ترفع الحكم العقلي. وكذا الكلام في الكفارات والديات والملكيه والنجاسه... إلى غير ذلك.

وتلخص: أنه إذا كان المثل إنما يوجد عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس، وهو غير متداول في السوق وكان بمثابة المعدوم، فلا تردّد في الإنتقال إلى قيمه، لا لقاعده لا ضرر، بل لما ذكرنا من ظاهر أدله الضمان بعد إيكال أمره إلى العرف، وأما إذا لم يكن بتلك المشابهه، فالشراء واجب، لا- لعموم النصّ والفتوى - لما عرفت ما فيه - بل لظاهر أدله الضمان كذلك، وقاعده لا- ضرر غير مانعه عن ذلك، لا- لما ذكر، لما عرفت، ولأنّ رفع الحكم مع بقاء موضوعه يستلزم انفكاك المعلول عن العله، وهو محال، وما يلزم منه المحال محال.

وهنا بيان آخر، وهو:

إنه إذا توجه الحكم التكليفي الشرعي إلى طبيعته، كأن قال: الصلاة واجبه، فكان فرد منها ضررياً، ارتفع الوجوب عن الفرد بقاعده لا ضرر، فهي في الحقيقه مخصّصه مانعه، وأما لو كان الحكم متوجّهاً إلى موضوع ضرري

استحال ارتفاعه بالقاعده، لأنّ الشيء لا يمنع عن نفسه... وعليه، فلا يعقل أن تكون القاعده مانعه عن دفع المثل، لأن ضمان المثل ودفعه ضررى.

### حكم ما لو سقط المثل عن المائيه فى زمن الدفع

بقى قول الشيخ:

بل ربما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل فى زمان الدفع عن المائيه، كالماء على الشاطىء والثلج فى الشتاء.

أقول:

فيه خلاف، فعن جماعة: تجب قيمه التالف فى زمانه أو مكانه، وعن آخرين - ومنهم صاحب الجواهر (١) - القول بوجوب المثل، لأن مائيه الشيء اعتباريه ولا تدخل ضمن الضمان.

وقد ائيد بصحيحه العباس بن صفوان: «سأله معاويه بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع بها شيء، ألساحب الدراهم الاولى...؟ فقال عليه السلام: لساحب الدراهم الاولى» (٢).

وفيه نظر، لأن المائيه نقصت لا أنها زائله. هذا أولاً. وثانياً: إن المائيه منظوره فى الضمان، وما لا مائيه له لا ضمان له، وما لا مائيه له لا يخرج به عن الضمان.

ص: ٣٥٠

١-١) جواهر الكلام ٣٧ / ٩٩

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٠٧، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرقم: ٤

قال الشيخ:

ثم إنه لا فرق فى جواز مطالبه المالك بالمثل، بين كونه فى مكان التلف أو غيره، ولا بين كون قيمته فى مكان المطالبه أزيد من قيمته فى مكان التلف أم لا...

وفى السرائر: أنه الذى يقتضيه عدل الإسلام والأدله واصول المذهب. وهو كذلك، لعموم: الناس مسّطون على أموالهم.

هذا مع وجود المثل فى بلد المطالبه، وأما مع تعدّره فسيأتى حكمه.

أقول:

قيل (١): ليس له المطالبه إلّا فى بلد التلف، إلّا أن يكون بلد المطالبه من البلدان التى نقل العين إليها.

ولعلّه، لأن الضمان يكون مع العين أين ما كانت، فكما لو كان المالك موجوداً فى احدى البلدان التى نقلت إليها وطالبه بها فى ذلك البلد، كان على المشتري ردّ العين، وكان عليه دفع مثلها لو تلفت هناك، كذلك للمالك أن يطالبه بالمثل بقيمه ذاك البلد وإن كان التلف فى غيره، إذ يكفى كونه بلد الضمان، كما لو سلّم المبيع سلماً فى غير بلد المعامله، وإن كان المنصرف إليه تسليمه فيه.

ولكن مقتضى الأدله هو جواز المطالبه فى أى بلد وإن زادت قيمته فيه على بلد التالف، كإطلاق قاعده السّيلطنه، فإنّ الشىء إذا تلف كان للمالك مثله

ص: ٣٥١

فى ذمه المتلف، فله أخذه متى شاء وأين شاء، لأن معنى الحديث: أن الناس مسلطون على أموالهم فى أى زمانٍ، وفى أى مكان، وكذا بأى ثمنٍ، لأن مماثل الشيء ما كان مشتركاً معه فى الخصوصيات، وأما ماليته فأمرٌ اعتبارى خارج.

بل يمكن الاستدلال لذلك بإطلاق قوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» إذ لا ريب فى دلالة على جواز التقاص، وحينئذٍ، فمقتضى إطلاقه عدم الفرق بين مكانٍ أو زمانٍ وآخر.

إشاره

(١)

قال الشيخ:

لو تعذر المثل في المثلي، فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه مع مطالبه المالك، لأن منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر فوجبت قيمه، جمعاً بين الحقيين، مضافاً إلى قوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...» . . . .

أقول:

قال جماعه بالانتقال إلى قيمه مطلقاً، وفصل الشيخ - والحق معه - بين مطالبه المالك وعدم مطالبته، لأن الوجود الخارجى لا دخل له فى المثليه حتى يقال بخروج الشىء عن المثليه إذا تعذر المثل فى الخارج.

### حكم دفع قيمه مع المطالبه

وقد استدلل الشيخ على وجوب دفع قيمه مع مطالبه المالك: بأنه مقتضى الجمع بين الحقيين، وبآليه المباركه.

والتحقيق أن يقال: تارة: يتعذر الشىء إلى الأبد، واخرى: يتعذر فى زمانٍ خاصٍ دون غيره، وثالثه: يتعذر فى مكانٍ دون غيره. وما فى جامع

ص: ٣٥٣

المقاصد (١) من أنّ التعذّر أمر عرفي، فغريب، إذ لم ترد الكلمه في نصّ حتى يقال بالرجوع إلى العرف في مفهومها، ورابعه: يتعدّر تحصيل الشيء على الضّامن وإلّا فهو موجود في الخارج، وعجزه عن تحصيله قد يكون فعلاً وقد يكون إلى الأبد.

فإنّ كان الشيء متعذّراً إلى الأبد، أو كان الضّامن عاجزاً عن تحصيله كذلك، فلا حقّ للمالك أن يطالب بالمثل، كما لا حقّ للضّامن أن يستمهله، بل يجب عليه دفع القيمة بمجرد المطالبه.

وإنّ كان الشيء متعذّراً في زمانٍ أو مكانٍ، فطالب المالك بالقيمه، واستمهّل الضّامن حتّى يأتي بالمثل في الزمن اللاحق أو من بلدٍ آخر، فلا مجال لشيء من الوجوه المذكوره.

إذن، ليس وجوب دفع القيمة على إطلاقه.

أمّا الوجه الأوّل: فالظلم عباره عن منع الغير عن حقه، فلا بدّ أوّلاً من إثبات حقّ المطالبه بالقيمه - مع تمكّن الضّامن من دفع المثل - حتّى يكون منعه ظلماً، لكنّ استحقاق المالك لقيمه التالف أوّل الكلام، لأنّ الضّمان كان بالمثل، وليس له المطالبه بقيمه المثل، لأنه لم يضمّن المائيه في عرض الخصوصيات، لأنّ المائيه في طولها، والمفروض هو التمكّن من تسليم المثل بخصوصياته، فلا تصل النوبه إلى المائيه حتى يجوز له المطالبه بالقيمه.

وأمّا الوجه الثاني، وهو الاستدلال بالآيه، لما ذكره الشيخ بقوله:

ص: ٣٥٤

فإنَّ الضَّامن إذا الزم بالقيمه مع تعذّر المثل لم يعتد عليه بأزيد ممّا اعتدى.

ففيه: إن كانت الآيه تدلّ على الضَّمان، كما تقدّم في الفرع الرابع، كان معناها: أنّ المعتدى ضامن بمثل ما اعتدى، والمفروض عدم تحقق اعتداء آخر يوجب الضمان بالقيمه، فما وجه الاستدلال بها لضمانها؟ وإن كان معناها: تجويز التقاصّ، بأن يأخذ المعتدى عليه كما أخذ المعتدى، فمن الواضح أن مورد التقاصّ هو صورته الامتناع، والمفروض عدمه من الضَّامن غير أنه يستمهل. هذا أولاً.

وثانياً: مقتضى الاستدلال المذكور جواز المطالبه بالقيمه مع وجود المثل - لأنه لم يعتد عليه بأزيد ممّا اعتدى - ولا يقول به أحد.

فظهر سقوط وجهى الشَّيخ رحمه الله.

وأضاف السيد (1) دليلين آخرين:

أحدهما: إنّ المثل عباره عن الواجد للخصوصيات والماليه، وكلّ ذلك مستقرّ في ذمّه الضامن وللمالك المطالبه بذلك كلّه، وحينئذٍ، يجوز له رفع اليد عن الخُصوصيات والمطالبه بخصوص الماليه، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: الناس مسلّتون على أموالهم.

والآخر: صبر المالك حتى يحصل المثل ضررى، فلا يجوز إلزامه به.

لكنّ ما ذكره سهو من قلمه، لأنه إذا تلفت العين زالت خصوصيته الشخصيه، وأمّا بقيه الخصوصيات الصنفيه والنوعيه، فباقيه، والماليه صفه قائمه بالخصوصيات لا أنّها خصوصيه في عرضها اشتغلت بها ذمّه الضَّامن

ص: ٣٥٥

كذلك، فللمالك المطالبه بالمثل ذى المائيه لا المطالبه بالمائيه، إذ لا معنى لأن يطالب بالصفه دون الموصوف.

وبعبارة اخرى: لم يكن المتلف ضامناً للقيمه - أى الدينار والدرهم - إلى جنب المثل، حتى يكون صاحب المال التالف مالكاً لها فى ذمه الضامن، وإنما هى أمر اعتبارى متعلق بالمثل، فهى لم تكن مورداً لسلطنه المالك حتى يستدل بقاعده السلطنه.

وأما أن صبره ضررى، ففيه: إنه ليس الصبر ضررياً، ولا- أن هنا حكماً شرعياً ضررياً، حتى يرتفع بقاعده لا- ضرر على كلا المسلكين فيها، نعم، عليه أن يصبر، لأجل تعذر المثل، والمفروض عدم استحقاقه للقيمه.

إن قلت: عدم إيجاب الشارع لإعطاء القيمه ضررى، لأنه يستلزم الصبر وهو ضرر، فينقلب إلى نقيضه وهو وجوب الإعطاء.

قلت: إن القاعده ناظره إلى الأحكام وحاكمه على الأدله، ولم يكن عدم إيجاب القيمه على الضامن حكماً مجعولاً حتى يرتفع بالقاعده، بل إنه من ارتفاع الحكم بارتفاع موضوعه (١).

هذا كله فى صورته مطالبه المالك.



## حكم دفع قيمه مع عدم المطالبه

قال الشيخ:

وأما مع عدم مطالبه المالك، فلا دليل على إزمائه بقبول قيمه، لأنّ المتيقن أن دفع قيمه علاج لمطالبه المالك وجمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبه وحق الضامن لعدم تكليفه بالمعذور والمعسور، أمّا مع عدم المطالبه فلا دليل على

ص: ٣٥٧

سقوط حَقِّه عن المثل.

أقول:

هذا يبتنى على المسالك في بدليته القيمة عن المثل في القيميات، فإن كان هو تعذر المثل ولو آنأماً، فالبدليته متحققه، لأن المفروض تعذر المثل، وإن كان هو مقتضى أدله الضمان الموكول فهمه إلى العرف، فإنه إذا كان التعذر عند العرف موجباً للبدليته، فهو التعذر في جميع الأزمنه، دون التعذر فعلاً، ومع فرض التمكّن من المثل في وقت آخر لا ينتقل إلى القيمة، وليس للضامن إلزام المالك بأخذها، والله العالم.

فإن قلت:

إنّ التعذر عبارته عن عدم إمكان الأداء، واعتبار ثبوت ما لا يمكن أدائه على عهده الضامن واشتغال ذمته به لغو، وحينئذٍ ينتقل إلى القيمة، فيجوز للمالك المطالبه بالقيمة وللضامن إلزامه بقبولها مع عدم مطالبته، فلا يبقى للتفصيل بين صورته المطالبه وعدمها وجه.

قلت:

أولاً: إنّ الاعتبار الوضعي يغير التكليف، فلو تعذر متعلق التكليف لم يعقل فعلية التكليف، لأنّ الفعلية عبارته عن التحريك وهو والتحرك متضائفان، ولا ينفك أحدهما عن الآخر، كما أنّ التحريك والحركة واحد حقيقة، فإذا امتنع أحدهما امتنع الآخر، ولذا قلنا باستحاله الواجب المعلق عقلاً. أمّا اعتبار الحكم الوضعي فعلاً بلحاظ الأثر المترتب عليه فيما بعد، فلا مانع منه.

ص: ٣٥٨

وثانياً: قد ذكرنا أنّ الضّمان بمعنى الكفّاله والكون في العهده، فهو ضامن للعين التالفه، والمعتبر هو كفالتها، ومن الأحكام الشرعيّه والعرفيه في كفاله المثليّات هو أنّ إعطاء المثل بمنزله إرجاع العين، فالمشتغل به الذّمه هو الكفاله لا المثل حتّى يقال بالانقلاب إلى قيمه بسبب التعذّر.

وتلخّص:

إنه مع إمكان تحصيل المثل في الزّمان الآتي أو في مكانٍ غيره، ليس للمالك المطالبه بالقيمه، كما أنه ليس للضّامن إزامه بأخذها، اللهم إلّا إذا تراضيا وتصالحا، فذاك أمر آخر.

هذا كلّه في المتعذّر فعلاً الممكن تحصيله فيما بعد.

وأما إن كان متعذّراً إلى الأبد في جميع الأزمنه والأمكنه، والمفروض تمكّنه من ماله العين التالفه، وجب عليه دفع قيمه لقيامها مقام الماليه.

وحينئذٍ، يقع البحث في أن الواجب دفع قيمه أيّ يوم.

### قيمه أيّ يوم يدفع؟

قال الشيخ:

المشهور أنّ العبره في قيمه المثل المتعذّر بقيمته يوم الدفع... ويحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل وهو للحلّى... .

أقول:

إذا تعذّر المثل بقولٍ مطلقٍ كما هو المختار أو بالفعل كما عليه الشّيخ، ووجب دفع قيمه، فهل الواجب دفع قيمه المثل المتعذّر أو العين التالفه؟

ص: ٣٥٩

الظاهر هو الثاني، لأنه المضمون، فعليه دفع بدله وهو قيمه، وسيأتي توضيحه.

وقيمه أى يوم؟ يوم يدفع؟ يوم التعذر أو يوم المطالبه أو يوم الأداء أو يوم التلف؟

أما يوم الأداء والدفع، فقد ذكر الشيخ دليله بقوله:

لأن المثل ثابت فى الذمه إلى ذلك الزمان ولا دليل على سقوطه بتعذره....

أما الأول، فقد ذكر الشيخ دليله. بقوله:

لأنه وقت الإنتقال إلى قيمه.

ثم أشكل عليه فقال:

ويضعفه أنه إن أريد بالانتقال انقلاب ما فى الذمه إلى قيمه فى ذلك الوقت، فلا دليل عليه. وإن أريد عدم وجوب إسقاط ما فى الذمه إلا بالقيمه، فوجوب الإسقاط بها وإن حدث يوم التعذر مع المطالبه، إلا أنه لو أخرج الإسقاط بقى المثل فى الذمه إلى تحقق الإسقاط، وإسقاطه فى كل زمان بأداء قيمته فى ذلك الزمان، وليس فى الزمان الثانى مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط فى الزمان الأول.

هذا بناءً على أن عليه قيمه المثل المتعذر.

وأما بناءً على التحقيق من أن عليه دفع قيمه العين التالفه، لا المثل المتعذر، إذ خساره إنما وردت على العين، وقد وجب عليه دفع المثل بمناسبه أن دفعه بمنزله إرجاع العين، فهو فى الحقيقه ضامن للعين المقبوضه فكان المثل يتدارك به العين التالفه، وإذا تعذر فضمانه بالنسبه إلى

العين باق، فالواجب عليه دفع قيمه - أى الدينار والدّرهـم - بدلاً عن مائيه العين التالفه - بقيمه يوم التعذر... .

وهذا بيان مطلب الشيخ، وإن كانت عبارته مشتبهه، إذ قال:

ولكن لو استندنا فى لزوم القيمه فى المسأله إلى ما تقدّم سابقاً من الآيه ومن أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو: وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل، توجه القول بصيروره التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل، إذ لا فرق... ما نحن فيه.

وقال المحقق الخراسانى معلّقاً على قول الشيخ: لأنّ المثلى ثابت فى الذمه: هذا على المشهور من اشتغال الذمه بالمثل. وأما على ما هو ظاهر الأدله، فلائنّ العين باقيه على العهده إلى ذاك الزمان، فيكون العبره بقيمه يوم الدفع لأنها قيمه العين لا المثل (1).

وتقريبه هو: إنّ العين الخارجيه كانت مرّكبه من الماهيه والوجود، فلمّا تلفت انعدم وجودها، لكنّ ماهيتها وهى عباره عن الكلى الطبعى موجوده اعتباراً فى ذمه الضامن، وحينئذ يكون مكلفاً بإيجاد المصداق للكلى وهو المثل، لكون التالف مثلياً، ودفعه إلى المالك حتى يخرج عن العهده، وهذا اللّحاظ نقول بأنّ المثلى يضمن بمثله، لكنّ المثل متعذر والأمر الاعتبارى المذكور لا يزال موجوداً، فلا وجه للقول بتبدله إلى القيمه بسبب تعذر المثل، بل إنّه إذا أراد تفرّغ ذمته وجب عليه دفع قيمه يوم الأداء.

ص: ٣٦١

وتلخص إلى هنا:

أن في المسألة قولين:

أحدهما: قيمه يوم تعذر المثل، وهو الذى حكاه الشيخ عن جماعه.

والثانى: قيمه يوم الأداء، وهو الذى نسبه إلى المشهور.

وهنا قول ثالث - وهو مقتضى التحقيق - وهو: إن بقاء الشيء اعتباراً فى الذمه على الوجه المذكور أمر لا يقبل الإنكار، ولكن هل هذا هو المستفاد من أدله الضمان؟ إن مدلول تلك الأدله - كما تقدم مراراً - هو كفاله من تلفت العين بيده وكونها فى عهده، وأن عليه تفرغ ذمته بأدائها إلى مالكها، فإن كان لها مماثل حصل التدارك بدفعه، ومع تعذره يتدارك التالف بمالتيه وهى عبارته عن الدرهم والدينار المعبر عنها بالقيمه، فالواجب دفع قيمه التالف يوم تلفه.

وهذا ما يفهمه العرف من أدله الضمان.

قال الشيخ:

ثم إن فى المسألة احتمالاتٍ اخر... وحاصل جميع الاحتمالات...

أقول:

وملخص الكلام أنه يحتمل أن يكون الواجب دفع قيمه:

١ - يوم قبض المبيع، لكونه مبدء الضمان وضع اليد على الشيء.

٢ - يوم التلف، لأنه ما دامت العين موجوده فالواجب إرجاع نفسها، ولما تلفت ومثلها متعذر، وجب دفع قيمتها يوم تلفها.

ص: ٣٦٢

٣ - يوم التعذر.

٤ - يوم المطالبه.

٥ - يوم الأداء.

٦ - إن الواجب دفع أعلى القيم من حين القبض إلى يوم الأداء.

٧ - من حين القبض إلى يوم المطالبه.

٨ - من حين القبض إلى يوم التعذر.

٩ - من حين القبض إلى يوم التلف.

وقيمه المثل:

هو أعلى القيم من حين تعذره إلى يوم المطالبه، أو إلى يوم التعذر، أو من حين تعذره إلى يوم التلف أو إلى يوم الأداء؟

وهي احتمالات كثيرة، إلّا أنه لا حاجة إلى البحث عنها، بعد أنّ ذكرنا المهمّ منها والمختار من بينها، وملخص ذلك:

إن المثل إذا تعذر ينتقل إلى قيمه، إما قيمه المثل نفسه أو قيمه التالف، فمقتضى الاعتبار العقلي وجوب دفع قيمه المثل وإن كان بينها وبين قيمه التالف فرق، وذلك، لأن التالف هو الوجود الخارجى للشئ وماهيته موجوده اعتباراً فى الذمه، فيجب عليه الوجود الآخر المماثل للوجود الأول الذى تلف، وإذا تعذر الوجود الثانوى وجب عليه دفع قيمته.

ولكنّ هذا الاعتبار العقلي تام ثبوتاً، أمّا إثباتاً، فإنّ تنزيل أدلّه الضمان على هذه الدقه العقلية، غير ممكن، بل ظاهرها أنّ المثل إنّما وجب ليتدارك

به الخساره الوارده بتلف العين، فإذا تعذّر ووجب الإنتقال إلى القيمه، فإن الواجب دفعه هو قيمه التالف.

وبعد هذا، فما هو المراد من التعذّر أو الفقد أو الإعواز كما في عباراتهم؟

### في المراد من التعذّر وإعواز المثل

قال الشيخ:

ثم إن المحكّي عن التذكرة أن المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد في البلد وما حوله. وزاد في المسالك قوله... وعن جامع المقاصد... ويمكن أن يقال... نعم، لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمه عند الإعواز تعيّن ما عن جامع المقاصد....

أقول:

ظاهر الشيخ أن جامع المقاصد أرجع معنى «الإعواز» إلى العرف، ولا تخفى غرابته، لأن الكلمه لم ترد في نصّ حتى يرجع في مفهومها إلى العرف، لكنّ الصحيح أنّ جامع المقاصد يريد الرجوع إلى العرف في معرفه مفهوم «حوالى البلد» لا- في مفهوم «الإعواز»، وهذه عبارته: «واعلم أن المراد من تعذّر المثل أن لا يوجد في ذلك البلد وما حوالية، كذا ذكر في التذكرة، ولم يحد ما حوالية، والظاهر أن المرجع فيها إلى العرف» (1).

وعلى الجملة، فهنا قولان: أحدهما: أن المراد هو البلد وما حوله ممّا ينقل عادةً منه إليه، كما ذكروا في انقطاع السّلم فيه، وقد أشار الشهيد الثانى

ص: ٣٦٤



بهذا النظر إلى النصوص في السلم، كقوله عليه السلام: الحلبي سئل أبو عبد الله عن رجلٍ يسلم... فسأل صاحب الحق... قال: لا بأس... .

والقدره المتعارفه عباره عن القدره في البلد وما حوله، ونقيض ذلك:

عدم القدره على الشيء في البلد وما حوله.

والإنصاف: عدم تماميه الاستدلال بأخبار السلم لما نحن فيه، إذ الظاهر في السلم هو انصراف العقد إلى الكلي المقذور عليه في البلد وحواليه، لأن القدره على التسليم من الشرائط، وهي القدره المتعارفه المذكوره، ولا ربط لذلك بما نحن فيه.

والثاني: إنه غير محدود بحدٍّ، لأن مورد البحث - كما هو ظاهر كلماتهم - هو التعذر الموقت لا التعذر مطلقاً، وليس في البين نصٌ يدلُّ على أن المقصود من «المثل» ما يقع تحت اليد بسهولة ولا مؤنه زائده، بل مقتضى نصوص الضمان في أن على الضامن الخروج عن عهده الكفاله بدفع المثل النازل بمنزله التالف، هو وجوب تحصيل المثل في أي بلد كان أو في أي زمان، كما كان مكلفاً بإرجاع نفس العين إن أخذها إلى بلادٍ نائية، بلا فرق... وقد تقدّم الجواب عن دعوى مانعيه قاعده نفى الضرر عن ذلك.

والقول الثاني هو المختار.

والحاصل:

إن على الضامن أن يرجع العين إلى صاحبها وإن استلزم المؤونه الكثيره، بل لو فرض إمكان إعاده المعدوم وجب عليه ذلك، وإن تلفت وجب عليه دفع المثل، وإن تعذر فهو ضامن للماليه، وهذا حكم وضعي

ص: ٣٦٥

يجب عليه الخروج عن عهده.

ثم إن الأحكام الوضعيه على أنحاء:

فمنها: ما هو مطلق، كالقرض.

ومنها: ما هو مقيد بقيد، كالحليه في الذبيحه، فإنها مقيده بأن لا يكون الذابح محرماً، وديه القتل مقيده بأن يكون شبه العمد، وملكيه اللقطه مقيده بأن لا تكون في الحرم... وهكذا....

فالأحكام الوضعيه تجعل تارة على الإطلاق واخرى مقيدة.

فهل ضمان المثل مطلق أو مقيد بقيد القدره؟ وعلى الثاني: فهل المراد القدره العقليه، بأن يجب عليه تحصيلها بأي مؤونه، أو القدره المتعارفه، فلو كان مثل العين التالفه عند شخص لا يبيعه إلا بأضعاف، فلا قدره على شرائه عند العرف، أو المراد هو المتعارف تحصيله ولو من البلاد البعيده، أو خصوص القدره في البلد وما حوله؟

إذن، لا بد من تحرير المراد من «التعذر» و«الإعواز» وعدم القدره على المثل، فنقول:

إن الظاهر المتفاهم عرفاً من أدله الضمان، هو المقدور بحسب المتعارف ولو من البلاد البعيده، ويقابله الإعواز والتعذر، ولو شككنا في المراد من القدره هنا، رجع الشك إلى ضمان الزائد على المقدور عليه بالقدره المتعارفه، والأصل عدمه، فما كان خارجاً عن ذلك فهو المتعذر، وحينئذ، يتدارك العين التالفه بالقيمه، أي بالدينار والدرهم.

وبهذا يرد الاشكال في كلام الشيخ المذكور سابقاً، إذ قال «يجب تحصيل

المثل بأى ثمنٍ كان» مستدلاً بقاعده السلطنة، لأن موضوعها كون الشيء مالاً للناس، وهذا - حيث يكون متعذراً تحصيله عرفاً - أول الكلام.

### هل الاعتبار بقيمه بلد المطالبه أو التلف أو الأعلى منهما؟

قال الشيخ:

ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبه الضامن بالمثل عند تمكنه ولو كان في غير بلد الضمان، وكانت قيمه المثل هناك أزيد. وأمياً مع تعذره وكون قيمه المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبه، فهل له المطالبه بأعلى القيمتين أم يتعين قيمه بلد المطالبه أم بلد التلف؟ وجوه.

وفصل الشيخ في المبسوط...».

أقول:

هذا مبني على قول المشهور أنّ المثل في المثلى، وأنه إذا تعذر وجب عليه دفع البدل، ولكنه لم يذكر في الوجوه بلد الأداء.

وقبل الورود في البحث، نذكر مقدمتين:

الأولى: إنّ اشتغال الذمه ليس بضمان، فلو اشترى شيئاً نسيته فذمته مشغوله بالثمن، لا أنه ضامن له، وفي بيع السلم تشتغل ذمه البائع بالمبيع وليس بضامن له، لأن الضمان - كما تقدم - كون الشيء على العهده، فإن كان له وجود خارجاً وجب عليه إرجاعه إلى صاحبه، أو إلى محلّه كمن أخرج شخصاً من بيته ليلاً فهو ضامن بإرجاعه إلى بيته، وكذا المشتري، فإنه يضمن بدل المبيع ببذله المسمى، أو الواقعي - وهو المثل أو قيمه - إن تلف.

ص: ٣٤٧

والحاصل: إنَّ الكفاله يارجاع العين أو بدلها وهي الضَّمان شيء، واشتغال الذمّه شيء آخر. وبعبارة اخرى: إنَّ الضَّمان يتعلّق بالعين، فما دامت موجودهً ويمكن إرجاعها، وجب عليه الإرجاع، وإن كانت موجوده ولا- يمكن إرجاعها، وجب عليه بدل الحيلولة، وإن كانت تالفهً وجب عليه دفع المثل إن وجد، وإن تعذّر وجب على دفع قيمه العين التالفه لا قيمه المثل.

الثانيه: إنَّ التلف من شئون وجود الشيء، والمماثله تنسب إلى الوجود ويقال وجودان متماثلان، والتمكّن والتعذّر من أحوال الوجود، وكذا المائيه، وعليه، فإذا تلف الشيء كان الثابت في الذمّه اعتباراً هو الماهيته، فإن كان لها قابليه الوجود في ضمن فردٍ مشابه للتالف، كان التالف مثلياً وإلّا فهو قيمى، فالمعتبر في الذمّه ليس هو الوجود الخارجى للمماثل، فلا معنى لأنّ يقال بأنّ المثل في الذمّه.

وعلى الجملة، فكلّ شيء إذا تلف انعدم وجوده، فإن كانت ماهيته الطبيعیه قابلهً لأنّ تصدق على أفرادٍ متشابهه، فالتالف مثلى وإلّا فهو قيمى.

فظهر: إن القول بأنّ الإنسان يضمن المثل إذا كان التالف مثلياً باطل، لأنّ المثل هو الموجود المماثل للتالف، والوجود لا يأتى إلى العهده والذمّه.

وعلى هذا، فلو حصل المثل فى الخارج، فلا إشكال فى وجوب ردّه وبذلك تبرء الذمّه، وأمّا إذا تعذّر المثل واستقرّ فى الذمّه قيمه التالف، فإنّ كان التلف فى وقت الرّخص وجب عليه قيمه ذلك الوقت، وإن كان فى وقت الغلاء، وجب عليه قيمه ذلك الوقت، وإن كان فى وقت متوسط بين الرّخص

والغلاء، وجب عليه قيمه ذلك الوقت.

وبهذا تعرف: أن لا موضوع للوجوه المذكوره أصلاً.

وكذا الكلام في اجره المثل، فلو جلس في دار غيره غضباً، لم ينظر إلى بلد المطالبه أو التلف وغير ذلك، بل ينظر إلى الوقت الذي وقع فيه الغصب وما كان يحصل عليه صاحب الدار لو آجرها في ذلك الوقت.

وكل ذلك لأن الذي يكون على الذمه هو بدل الثألف مثلاً أو قيمه، فإذا تعدّر المثل وجب دفع قيمه التالف، فإن ذلك هو المخرج عن عهده الخساره الوارده على المالك.

### حكم ما لو سقط المثل عن المائيه

قال الشيخ:

بقي الكلام في أنه هل يعدّ من تعدّر المثل خروجه عن القيمه، كالماء على الشاطئ إذا أتلفه في مفازه والجمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف، أم لا؟ الأقوى بل المتعين: هو الأول....

أقول:

قد ذكرنا أن المضمون هو العين إذا تلفت، وقوام معنى الضمان هو التعهد بتدارك الخساره المائيه، وأنّ المعتبر ثبوته في الذمه هو الماهيه القابله للصدق على مماثل التالف - لا العين الخارجيه ولا مثل العين، إذ لا معنى لاعتبار الوجود الخارجى بخارجيته - وهي المراد من المثل، فالمثلى ما إذا تلف يعتبر في الذمه ماهيته التي لها مصداق في الخارج، وذلك المصداق

ص: ٣٦٩

مماثل للتالف، ونحن، وإن قلنا في البحوث السابقه بأنه يجوز عقلاً اعتبار ثبوت الماهية في الذمه وأنه يجب دفع المصداق الخارجى، لكننا ذكرنا أن هذا الأمر العقلى مما لا يتبته له أهل العرف الذين القيت إليهم نصوص الضمان وهم المخاطبون فيها.

فعلى مسلكنا المزبور - وهو الصحيح - لا- مناص من الحكم بوجوب دفع القيمة فى مسألتنا، لأن ما لا مائيه له لا يتدارك به المال، فلا بد من دفع القيمة، وسيأتى بيان ما يجب دفعه.

وربما يظهر من صاحب الجواهر (1) الميل إلى كفايه دفع المثل وإن كان ساقطاً عن المائيه، لوجوه:

أحدها: إنه قد تقرّر عند المشهور أن المثلى بالمثل، فإذا دفعه خرج عن العهده وإن كان خارجاً عن القيمة، فهو كما لو اشترى عيناً بالبيع الفاسد أو غصبها، فكانت حين الرد إلى مالكةا خارجة عن القيمة، حيث لا إشكال فى خروجه عن العهده بردها إليه كذلك.

والثانى: إن المثل الذى يضمه الضامن هو المماثل للتالف فى الذات والصفات، وأما مائيته فلم تكن مضمونه، ولذا يكون دفع المثل مبرئاً للذمه وإن كانت قيمته أقل قيمة التالف. وأيضاً: يجب عليه دفعه وإن كانت قيمته أكثر، ولا يجوز له مطالبه الفرق من المالك، فلو كانت مائيه التالف مضمونه لطالب المالك بالفرق فى الفرض الأول والضامن فى الفرض الثانى.

والثالث: ما رواه معاويه بن سعيد فى الصحيح: «عن رجل استقرض

ص: ٣٧٠

دراهم من رجلٍ وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت، ولا يباع بها شيء، أَلصاحب الدراهم الاولى أو الجائزه التي تجوز بين الناس؟  
فقال: عليه السلام: لصاحب الدّراهم الدراهم الاولى» (١).

فقوله: «سقطت أو تغيّرت» والسّقوط المقابل للتغيّر عباره عن السقوط عن المائيه بالكليه، دليلٌ على أنّ الواجب دفع المثل وإنْ خرج عن قيمه، والدراهم من المثليات.

والرابع: إنه على فرض الشك في بقاء المثل على الذمه بسقوطه عن قيمه يستصحب بقاءه ويكون إعطاؤه موجباً لفراغ الذمه.

لكنّ الإنصاف عدم إمكان المساعدة على ذلك، لأننا لو سلّمنا اشتغال الذمه بالمثل، فإنه لا موضوعيّة للمثل، وإنما اشتغلت الذمه به لأجل أنّ يتدارك به المال التالف، ولا معنى لأن يتدارك بما لا مائيه له، فإذاً لا بدّ أن يكون مثلاً ذا مائيه حتّى يحصل به التدارك.

وقياس ما نحن فيه بالمبيع بالببيع الفاسد الموجود فعلاً أو المغصوب، في غير محلّه، لأنّ الضمان هناك ضمان اليد، وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدّي، فعليه أداء العين المفروض بقاءها، سواء كانت باقيةً على قيمتها أو زادت أو نقصت، والضمنان فيما نحن فيه ضمان الإلتلاف والواجب فيه الخروج عن عهده الخساره.

وهذا جواب الوجه الأوّل.

وأما الثاني ففيه: إنه قد اشتغلت الذمه بالمثل على وجه الطريقيه لأداء

ص: ٣٧١

الخساره لا الموضوعيّه، وإذا سقط عن الماليه لم يتحقق بدفعه تدارك الخساره، إذ لا يتدارك المال إلّا بالمال.

وقياس ما نحن فيه بصوره نزول قيمه أو صعودها، في غير محلّه كذلك، لأنّ التدارك في هذه الصوره حاصلٌ لماليه المثل، بخلاف مسألتنا حيث لا ماليه للمثل أصلاً.

وأما الصيّححه، فالمراد من «السقوط» فيها هو الخروج عن الرّواج في السّوق، لأنّ الدراهم لا تسقط عن الماليّه، فسقط الاستدلال بها للمقام.

على أنّ الموضوع في الصيّححه هو القرض، ولا- ريب في وجوب إرجاع الشّيء المقترض إذا كان باقياً، سواءً نقصت قيمته أو زادت، ولذا يمكن القول بأنّه لو اقترض ماءً جاز له أدائه على شاطئ البحر، لكنّ الكلام هنا في الضمان وتدارك الخساره، فإنّه لا يحصل بما لا ماليّه له.

وبما ذكرنا يظهر أنّ لا مجال للشكّ، نعم، لو وصلت النوبه إليه لكان المحكّم هو الاستصحاب كما ذكر.

هذا كلّّه في أصل المسأله.

قال الشيخ:

والمصرّح به في محكّي التذكره والإيضاح والدروس: قيمه المثل في تلك المفازه، ويحتمل آخر مكان أو زمان سقوط المثل عن الماليّه.

أقول:

إنّ كان الضّمان هو ضمان العين وأنّ الواجب هو الخروج، عن العهده

ص: ٣٧٢



بالنسبه إليها كما هو المختار، وجب دفع قيمه المثل في المغازه إذا أتلّف الماء فيها، وقيمه الجمد إذا أتلّفه في الصّيف. وإن كان المثل في الذمه كما عليه المشهور، فالمتعين هو آخر مكانٍ أو زمان سقط المثل فيه عن المائيه، والله العالم.

ص: ٣٧٣

قال الشيخ:

لو دفع القيمة في المثلي المتعذر مثله ثم تمكن من المثل، فالظاهر عدم عود المثل في ذمته... هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز. وأما على القول بسقوطه وانقلابه قيمياً... .

أقول:

ملخص كلامه: إن لإعطاء القيمة أنحاء:

تارة: المثل باق على الذمة، فلا انقلاب إلى القيمة مطلقاً.

واخرى: انقلاب العين التالفه إلى قيمته.

وثالثة: انقلاب المثل المتعذر إلى قيمته.

أمّا على الأوّل، حيث أنّ المثل باق على الذمة إلى حين المطالبة أو الأداء، غير أنّ المالك لا- يصبر ويرضى بالقيمة، فتقع المعاوضة قهراً بين المثل والقيمة، وإذا تحققت المعاوضة سقط المثل عن الذمة وإلّا يلزم الجمع بين البديل والمبدل، وإذا سقط فلا يعود.

وأما على الثاني، فأولى بالسقوط، لأن المدفوع نفس ما في الذمة.

وأما على الثالث، فيحتمل وجوب المثل عند وجوده، لأنّ القيمة المدفوعة بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي أن حكمه عود البديل عند انتفاء الحيلولة.

لكنّ المهمّ هو نصوص الضّمان، وقد قلنا أنّها منزّلة على المتفاهم العرفي، وأهل العرف يفهمون من الضّمان وجوب التدارك، فإنّ كان المثل متمكناً منه عادةً فهو، وإلّا فالقيمة، قيمة العين التالفه في زمن التلف، وعليه، فإذا دفع القيمة كذلك حصل التدارك وخرج عن العهده، وكذا لو رضى المالك بالقيمة مع عدم تعذّر المثل.

ويبقى الكلام في النحو الثالث، فنقول:

إنّ «الضمان» يتحقق بالأطراف الأربعة: العين المضمونه، والضّامن، والمضمون له، وما به يتدارك الضمان، وبدل الحيلولة بدل عن العين المضمونه، إذ به يتدارك سلطنه المالك على ملكه، وفيما نحن فيه بناءً على كون المثل في الذمّه، وأنّه بتعذّره ينزل منزله التلف يصير قيمياً - نقول: إن المثل هو ما به يتدارك الضمان، وليس هو المضمون، وحينئذٍ لا معنى لبدل الحيلولة.

فظهر أنّ الحقّ في جميع الصّور عدم عود المثل إلى الذمّه.

ص: ٣٧٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

