مصباح الفقيهة

في المعاملات

من تقرير بحث الأستاذ الأكبر آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الخوئي

لمؤلفه

الميرزا محمد علي التوحيدي التبريزي

الجزء الثاني والثالث

محمد علي التوحيدي

مصباح الفقاهة

في المعاملات

من تقرير بحث الاستاذ الأكبر آية . . . العظمى

السيد ابو القاسم الخوئي



الجزء الثاني

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين محمد وعترته الطاهرين واللعنة الدائمة على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين وبعد فمن منن المولى جل شأنه على ان وفق رجالا علماء واماثل يهتمون بحفظ ما القى اليهم فى محاضراتى تقريرا وتحريرا وحرصا منهم عليها وتحفظا على المعارف والعلوم الدينية وممن فى طليعة هؤلاء جناب الفاضل المهذب الصفى والعلامى المحقق الزكى ركن الاسلام قرة عينى العزيز الميرزا محمد على التبريزى فانه دام فضله السامى قد اتعب نفسه مدة طويلة وسهر الليالى فى تحرير ابحاثى وتنقيحها فى الفنون المتنوعة من الفقه والتفسير والاصول حتى بلغ بفضل الله وحسن توفيقه الدرجة العليا من العلم والعمل واصبح من العلماء العظام والاجلة الاعلام ولقد سرحت نظرى فى ما علقه على كتاب المكاسب لشيخ مشايخنا العظام استاذ الفقهاء والمجتهدين المؤسس المجدد آية الله العظمى الشيخ مرتضى الانصارى قدس الله تعالى اسراره فاعجبنى غوره فى التحقيق والتدقيق وبسعة اطلاعه على مصادر الروايات وموارد ها وما كتبه دام فضله وبأيده وافقنا فيما وكاف بتوضيح ما حققناه فليحمد الله وليشكره على ما انعم به عليه والله يختص برحمته من يشاء انه واسع عليم والحمد لله اولا وآخرا

ابو القاسم الموسوى الخوئى

فى ١٣ شهر رجب المرجب ١٣٧٣

بسم الله الرحمن الرحيم

المعاملات وحكمة البحث عن حقيقتها

لا شبهة في ان الانسان مدني بالطبع لا يمكنه الاستقلال بحوائجه كلها . وإذن فيتوقف حفظ نظام النوع ، وصيانة كيانه على الاجتماع وتشريع المبادلة بين الأموال ، بداهة أنه لو لم يشرع ذلك لاحتاج كل واحد في حاجاته إلى التغالب ، والتكالب ، والمقاهرة ، كما هو الحال في سائر الحيوانات ، وعليه فلابد في حفظ النظام من تشريع المعاملات . وعلى هذا الضوء فلا مناص من معرفة أحكام المعاملات وتنقيح قواعدها وتبويب أبوابها . وبما أن اشتغال جميع أفراد المكلفين بذلك يوجب اختلال النظام . وجب التصدي لها عليهم كفاية .

المال وحقيقته

ماهو حقيقة المال ؟ وما هو الفارق بينه وبين الملك ؟ المال في اللغة (١) ماملكه الانسان من الأشياء ، وفي العرف أن المالية إنما تنتزع من الشيء بملاحظة كونه في حد ذاته مما يميل إليه النوع ، ويدخرونه للانتفاع به وقت الحاجة ،

---

(١) في اقرب الموارد : المال ماملكته من جميع الاشياء . وعند أهل البادية : النعم ، يذكر ويؤنث ، يقال : هو المال ، وهي المال . ج أموال . والمال عند الفقهاء مايجري فيه البذل والمنع ، فيخرج الرماد ، والتراب ، والميتة التي ماتت حتف أنفها .

ويتنافسون فيه ، ويبذلون بازائه شيئاً مما يرغب فيه من النقود وغيرها ، ضرورة أن مناً من الحنطة ليس كالمن من التراب ، فان الأول يتنزع منه عنوان الماليـــة دون الثاني .

وأما عند الشرع فمالية كل شيء باعتبار وجود المنافع المحللة فيه ، فعديم المنفعة المحللة (كالخمر والخنزير) ليس بمال .

ثم إن النسبة بين المال والملك هي العموم من وجه ، بديهة أنه قد يوجد الملك ولا يوجد المال ، كالحبة من الحنطة المملوكة ، فانها ملك وليست بمال ، وقد يتحقق المال ، ولا يتحقق الملك . كالمباحات الأصلية قبل حيازتها ، فانها أموال ، وليست بمملوكة لأحد ، وقد يجتمعان ، وهو كثير .

ثم إنه لاوجه لتخصيص المال بالأعيان ، كما يظهر من الطريحي في مجمـــع البحرين (١) بل المال فى اللغة والعرف يعم المنافع أيضاً ، ولعل غرضه من التخصيص هو بيان الفرد الغالب .

الاضافة الحاصلة بين المال ومالكه

وحقيقة هذه الاضافة واقسامها

ماهو حقيقة الاضافة بين المال ومالكه ؟ لاريب فى أن الاضافة الموجودة بين المال ومالكه المسماة بالاضافة المالكية على أقسام ، لأنهـــا في الواقع ونفس الأمر إما إضافة ذاتية تكوينية ، أو إضافة عرضية حاصلة بالامور الخارجية .

أما الاولى فكالاضافات الكائنة بين الأشخاص ، وأعمالهم ، وأنفسهم ، وذممهم ، فان اعمال كل شخص ، ونفسه ، وذمته مملوكة له ملكية ذاتية ،

---

(١) قال : المال فى الأصل : الملك من الذهب والفضة . ثم اطلق على كل مايقتنى ويتملك من الأعيان ، وأكثر مايطلق عند العرب على الابل ، لأنها كانت أكثر أموالهم .

وهو واجد لها فوق مرتبة الواجدية الاعتبارية ، ودون مرتبة الواجدية الحقيقية التي هي لله جل وعلا .

والمراد من الذاتي هنا مالا يحتاج تحققه الى أمر خارجي تكويني ، أو اعتباري ، وليس المراد به الذاتي في باب البرهان : أي ماينتزع من مقام الذات ، ولا الذاتي في باب الكليات الخمس : أعني به الجنس ، والفصل . وهـــذا واضح لاريب فيه .

والمراد من الملكية الذاتية ليس إلا سلطنة الشخص على التصرف في نفسه ، وشؤونها ، بداهة أن الوجدان ، والضرورة ، والسيرة العقلائية كلها حاكمة بأن كل أحد مسلط على عمله ، ونفسه ، وما في ذمته : بأن يؤجر نفسه لغيره ، أو يبيع مافي ذمته ، ومن البين الذي لاستار عليه : أن الشارع المقدس قد أمضى هذه السلطنة ، ولم يمنع الناس عن التصرفات الراجعة الى أنفسهم .

وليس المراد من الملكية هنا : الملكية الاعتبارية ، لكي يتوهم أن عمل الانسان ، أو نفسه ليس مملوكاً له بالملكية الاعتبارية .

ومن هنا يتجلى لك : أنه لاشبهة في صدق المال على عمل الحر . وعليه فاستيفاؤه قهراً عليه موجب للضمان جزماً . وكذلك الحال في ضمان نفسه . غاية الأمر أن الشارع المقدس قد سلك في ضمان النفس المحترمة ، وما يرجع اليها من الأعضاء والأطراف غير ماسلكه في ضمان الأموال ، وجعل في ذلك حداً خاصاً ودية مخصوصة .

وأما الثانية (أعني بها الاضافة العرضية) فهي إما أن تكون إضافة أولية وإما أن تكون إضافة ثانوية والأولية إما أصلية استقلالية ، أو تبعية غيرية .

فالأولية الأصلية ، كالاضافة المالية الحاصلة بالعمل ، أو بالحيازة ، أو بهما معاً ، فالأول كالأعمال التي يعملها الانسان فيحصل منها المال ، كحيازة المباحات ، بناء على عدم اعتبار قصد التملك فيها ، كما هو الحق ، وأما بناء على اعتبار القصد في ذلك فحصول الملكية فيها يحتاج إلى العمل القلبي .

وقد حكم العقلاء بحصول المالية بمجرد الحيازة . بل اشتهر بين الفقهاء مرسلا أن (من حاز ملك (١) .

وقد روى عن النبي ص من طرق العامة (٢) ومن طرق الخاصة (٣) أن (من سبق إلى مالم يسبقه اليـــه مسلم فهو أحق به) ولـكنه ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء .

والمهم في المقام هو بناء العقلاء ، فانه قائم على حصول الاضافة المالكية بين المحيز ، والمحاز .

والثالث : كمن يحوز أشجاراً ، فيجعلها سريراً ، أو يحوز تراباً ، فيجعله كوزاً ، أو يحوز نباتاً ، فيجعله ثوباً أو حصيراً ، أو غيرها ، فان الصورة السريرية ، والـكوزية ، والثوبية والحصيرية توجب تحقق إضافة مالية اخرى في تلك الموارد وراء المالية المتقومة بها ، فتلك المالية القائمة بها إنما حصلت من العمل والحيازة معاً .

ثم إن الوجه في إطلاق الاول على هذه الاضافة هو أنه لم تسبق إضافة ذلك المال الى غيره . والوجه فى إطلاق الأصلية عليها إنما هو بلحاظ عدم تبعيتها لغيرها .

وأما الاضافة الأولية التبعية فهي ماتكون بين المالك ، وبين نتاج أمواله ،

---

(١) لم نجده فى اصول الحديث من كتب الخاصة والعامة ، ونحتمل قريباً أنه قاعدة فقهية متصيدة من الروايات الواردة في الأبواب المختلفة ، والفصول المتفرقة ، كاحياء الموات ، والتحجير وغيرهما ، كبقية القوائد الفقهية المضروبة لبيان الأحكام الجزئية .

(٢) عن ابن مضرس قال : أتيت النبي ص فبايعته فقال : من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له قال : فخرج الناس يتعادون ، يتخاطون . سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢ .

(٣) قال النبي ص : من سبق الى مالم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به . راجع مبسوط الشيخ الطوسي أول كتاب إحياء الموات . ومستدرك الوسائل ج ٣ باب ١ من أبواب إحياء الموات ص ١٤٩ .

فان هذا النتاج يضاف الى مالك الاصول إضافة أوليـــة تبعية . أما إطلاق التسمية فلكونها ثابتة لما تحصل منه . وأما إطلاق الأولية فلعدم سبق إضافة اخرى اليها .

وأما الاضافة الثانوية فالمراد بهـا ماقابل الاضافة الأولية وإن طرأت على الاموال مراراً عديدة ، نظير المعقولات الثانوية من جهة مقابلتها للمعقولات الأولية .

وهي على قسمين : لأنها تارة تكون قهرية ، واخرى اختيارية .

أما الاولى فكالاضافة التي تحصـل بسبب الارث ، أو الوقف ، أو الوصية بناء على كونها : (أي الوصية) من الايقاعات ، وقد اخترناه في محله . ووجـــه كونها قهرية هو حصول الملكية للوارث ، والموقوف عليه . والموصى له بالقهر ، لا بالفعل الاختياري .

وأما الثانية فكالاضافة الحاصلة من المعاملات . ومن ذلك مايحصل بالبيوع التي نحن في صدد بحثها .

ولا يخفى على الفطن العارف أن ماذكرناه من أقسام الاضافات المالكية من الامور البديهية التي قياساتها معها .

الثمن ووجه اختصاصه بالنقود

قوله : (البيع وهو في الاصل كما في المصباح (١) مبادلة مال بمال) . أقول قد كان ديدن الناس من لدن آدم ع أبي البشر الى زمان خاص ، بل الى زماننا هذا في بعض النقاط والاصقاع (كالقرى وأشباهها) قد كان ديدنهم على تبـديل المتاع

---

(١) البيع من الأضداد ، مثل الشراء ، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ، لـكن إذا اطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة ويطلق البيع على المبيع ، فيقال : بيع جيد — الى أن قال — : والأصل في البيع مبادلة مال بمال ، لقولهم : بيع رابح ، وبيع خاسر . وذلك حقيقة في وصف الأعيان ، لـكنه اطلق على العقد مجازاً ، لأنه سبب التمليك والتملك .

بالمتاع عند المعاملة والمعاوضة ، وكان ذلك من الامور الصعبة جداً ، خصوصاً في تعيين الأروش وقيم المتلفات . ولهذا بنى العقلاء على تخصيص الثمن بالنقود ، وتخصيص المثمن بالامتعة . وإلا فانه لامحذور قطعاً في صحة تحقق المبادلة بين المتاعين عند المعاملة والمعاوضة . وعليه فقد تقع المبادلة بين المتاعين ، وقد تقع بين النقدين ، وقد تقع بين عرض ونقد .

ثم إنه هل يشمل مفهوم البيع لجميع هذه الأقسام المذكورة ، أم هو مختص ببعض دون بعض ؟ لاشبهة في أن مفهوم البيع في الجملة من المفاهيم الواضحة البديهية الارتكازية — التي يعرفها كل احد — كمفاهيم سائر العقود والايقاعات ، إلا أنه لايوجد مفهوم في العالم إلا ويعرضه الاشتباه في بعض مصاديقه . ومن هنا ذكر المصنف (ره) في أول كتاب الطهارة : أن مفهوم الماء المطلق من أوضح المفاهيم العرفية . ومع ذلك ذكر : أنه قد يقع الشك في صدقه على بعض الموارد ، لعدم ضبط المفهوم تحقيقاً فيرجع الى الاصول العملية . وعلى هذا الضوء فلابد من بيان حقيقة البيع على وجه يمتاز عن جميع ماعداه لكي تترتب عليه أحكامه الخاصة من شرائط المتعاقدين ، وشرائط العوضين والخيارات وغيرها .

وتحقيق ذلك : ان مفهوم البيع لايساوق مفهوم المبادلة بين شيئين ، بل يطلق البيع على قسم خاص من المبادلة . وضابطه : ان امتياز البيع عن بقية اقسام المبادلة بأحد وجهين :

الوجه الأول : أن يكون أحد العوضين متاعاً ، والعوض الآخر نقداً . فالذي يعطي المتاع يسمى بايعاً ، والذي يعطي النقد يسمى مشترياً . سواء أكان نظر كل من المتعاملين في مبادلتهم هذه الى تحصيل الربح ، وحفظ مالية ماله معاً ، أم كان نظر كل منهما الى رفع حاجته فقط ، كأن يشترى المأكولات للأكل ، ويشتري المشروبات للشرب ، ويشتري الملبوسات للبس ، وهكذا . أم كان نظر أحدهما الى حفظ مالية ماله وتحصيل الربح معاً ، ونظر الآخر الى دفع الضرورة والاحتياج فقط .

الوجه الثاني : أن يكون كلا العوضين نقداً أو من العرض ، ولكن كان نظر

أحد المتعاملين من المبادلة إلى حفظ مالية ماله في ضمن أي متاع كان ، مع تحصيل الربح ـ كأهل التجارة ـ ونظر الآخر الى رفع حاجته فقط ، فالأول يسمى بائعاً . والثاني يسمى مشترياً . وعلى هذا النهج يكون الملحوظ فيما يعطيه المشتري هو المالية الخالصة ، لكي يكون ذلك قائماً مقام النقود ، ويعنون بعنوان الثمنية .

ولا ريب في أن هذا المعنى هو المتبادر من مفهوم البيع عند أهل العرف . بل هو أمر ارتكازي في ذهن كل بشر من أهل أية لغة كان . ويعرف ذلك كل منهم ولو من غير العارف باللغة العربية ، بديهة أن الغرض الأقصى والغاية القصوى إنما هو معرفة مفهوم البيع ، لا لفظه ، ومادته . لكي يختص البحث بلفظ دون لفظ .

وإذا كان كلا العوضين عرضاً ، أو نقداً ، وكان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح ، والمنافع ، مع حفظ مالية ماله في ضمن أي متاع كان ، أو كان نظر كليهما الى رفع الاحتياج ، ودفع الضرورة فقط . وإذا كان كذلك فان ذلك لايسمى بيعاً جزماً . بل هو معاملة خاصة ويدل على صحة ذلك عموم آية التجارة عن تراض(١) .

نعم يظهر من بعض كتب العامة (٢) جواز إطلاق البيع على مطلق المبادلة ، والمعاوضة ، ولكن قد عرفت قريباً أن هذا الاطلاق على خلاف المرتكزات العرفية .

---

(١) يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . النساء ٤ : ٣٣ .

(٢) في الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١٤٨ عن الحنفية : أن من أقسام البيع مبادلة سلعة بسلعة . ويسمونها مقايضة .

وفي ص ١٥٢ عن المالكية : أن من أقسام البيع بيع العرض بالعرض . وعن الحنابلة : أن مفهوم البيع يشمل المقايضة ، وهي مبادلة سلعة بسلعة .

وفي ص ١٥٤ عن الشافعية : الثامن من أقسام البيع : بيع الحيوان بالحيوان ويسميه غيرهم مقايضة ، وهو صحيح .

وعلى هذا الضوء فاذا أراد أحد تبديل كتابه بكتاب شخص آخر ، أو تبديل ثوبه بثوب غيره لمجرد دفع الاحتياج فانه لايتوهم أحد أن أيا منهما باع كتابه بكتاب غيره ، أو باع ثوبه بثوب غيره . كما أنه لايتوهم أحد أيضا أن باذل النقد هو البائع ، وباذل العرض هو المشتري . ومن هنا ذكر الفيومي في المصباح : أنه (إذا أطلق البائع فالمتبادر الى الذهن باذل السلعة) .

وأما ما ذكره في المصباح من أن (الأصل في البيع مبادلة مال بمال) فهو وإن كان شاملا لجميع أقسام المبادلة ، ولكنه ليس تعريفا حقيقيا ، لقضاء الضرورة بأن البيع ليس هو مطلق المبادلة بين شيئين ، بل هو تعريف لفظي ، وتبديل لفظ بلفظ آخر أوضح منه ، كقول أهل اللغة : السعدان نبت . وكذلك الحال فيما ذكره بعض العامة من أن البيع في اللغة مقابلة شيء بشيء .

ثم إنه يمكن أن يراد من لفظة الأصل في تعريف المصباح ما كان هو المتعارف في الأيام السالفة من كون البيع عبارة عن مطلق المبادلة بين الأموال ، بديهة أنه لو كان غرض الفيومي من هذه الكلمة هو اللغة لوجب عليه أن يصدر كلامه بلفظة الأصل عند شرح كل مادة ترد عليه . وقد وقع التصريح بما ذكرناه في لسان العرب . ومجمع البحرين : في مادة المال وذكرا أن المال في الأصل الملك من الذهب ، والفضة ، ثم أطلق على كل مايقتنى ويتملك من الأعيان .

البيع واختصاصه بالاعيان

هل يجوز أن يكون المبيع من المنافع أم لابد وأن يكون من الأعيان ؟

الظاهر أنه لاريب في اشتراط كونه من الأعيان ، بداهة اختصاص مفهوم البيع عند أهل العرف بتمليك الأعيان ، فلا يعم تمليك المنافع وإذن فتختص الأدلة الواردة في إمضاء البيع بنقل الأعيان . وتبعد عن تمليك المنافع رأسا .

نعم يظهر من المحكي عن المالكية والحنابلة (١) جواز إطلاق البيع على تمليك المنافع . ولكنه على خلاف المرتكزات العرفية .

ومع الاغضاء عما ذكرناه ان مجرد الشك في صدق مفهوم البيع على تمليك المنافع يكفينا في المنع عن شمول أدلة إمضاء البيع له .

وحينئذ فدعوى أن المتبادر من مفهوم البيع تمليك العين فقط ، وأن هذا المفهوم يصح سلبه عن تمليك المنفعة دعوى صحيحة . ولا ريب في أن التبادر وصحة السلب من علائم الحقيقة . وعليه فيكون البيع حقيقة في تمليك العين ومجازاً في غيره .

وإذا ثبتت هذه الدعوى في العصر الحاضر ثبتت في محاورات أبناء الأزمنة السالفة أيضاً باصالة عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب القهقري وقد ذكرنا في مبحث الاستصحاب من علم الاصول ، أنه لادليل على حجية هذا الاستصحاب إلا في مورد واحد ، وهو أن يكون المتبادر الفعلي من اللفظ معنى خاصاً ، وشك في كونه كذلك في العهود البائدة ، والأيام السالفة ، فان الاستصحاب القهقري يقتضي بقاء اللفظ على معناه الأولي ، وعدم انتقاله منه إلى معنى آخر يغائره .

والدليل على حجية الاستصحاب المزبور في هذا المورد إنما هو بناء العقلاء ، وسيرة العلماء ، وديدن الفقهاء ، لأنه لولا ذلك لانسد عليهم باب الاجتهاد ، وطريق الاستنباط ، إذ من المحتمل القريب أن تكون الروايات في عرف الأئمة عليهم السلام ظاهرة في معاني مغايرة لما هي ظاهرة فيه فعلا . ومن البين الذي لاريب فيه أنه لاسبيل إلى دفع هذا الاحتمال إلا الاستصحاب المذكور .

---

(١) في الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١١١ عن المالكيه : أنه يصح اطلاق البيع على نقل المنافع .

وفي ص عن الحنابلة أن معنى البيع في الشرع مبادلة مال بمال ، أو مبادلا منفعة مبـ منفعة مباحة على التأبيد .

ويؤيد ماذكرناه من اختصاص المبيع بالأعيان أمران :

الأول : ما استقرت عليه آراء الفقهاء من تخصيص المعوض — في البيع — بالأعيان ،

الثاني : ما ذكره بعض العامة (١) من أن البيع في اللغة إخراج ذات عن الملك بعوض . فتمليك المنفعة بالاجارة لايسمى بيعاً . قيل :

إن ماذكره الفيومي في المصباح من أن البيع في الأصل مبادلة مال بمال يشمل نقل المنافع ، كشموله لنقل الأعيان ، وعليه فلا وجه لتخصيص مفهوم البيع بتمليك الأعيان . والجواب عن ذلك :

أنك قد عرفت قريباً أن هذا التعريف ليس بتعريف حقيقي لكي يلزم الأخذ باطلاقه ، والحكم بشمول مفهوم البيع لتمليك العين والمنفعة . بل هو تعريف لفظي مبني على المسامحة والمساهلة .

ومما أوضحناه ظهر لك الفارق بين البيع والاجارة : وهو أن صيغة الاجارة وإن كانت تتعلق بالعين المستأجرة ، كقولك : آجرتك المتاع الفلاني الخ إلا أن أثرها تمليك المنفعة . وهذا بخلاف البيع ، فان الأثر المترتب عليه إنما هو تمليك العين ، كما أن صيغته أيضاً تتعلق بالعين . وهذا المعنى هو السر فيما استظهره المصنف ره من اختصاص المعوض — في البيع — بالأعيان وقال : (والظاهر اختصاص المعوض بالعين ، وعليه استقر اصطلاح الفقهاء في البيع) .

والمتحصل من جميع ذلك : أن إطلاق كلمة البيع على تمليك المنافع مبني على العناية ، والمجاز وقد ورد هذا الاطلاق في كلمات الفقهاء . وفي الروايات العديدة

---

(١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١٤٧ .

الواردة في مواضيع شتى : منها الأخبار (١) الدالة على بيع خدمة المدبر . ومنها الرواية الواردة في بيع سكني الدار (٢) ومنها الأخبار الواردة في بيع الاراضي الخراجيـــة

---

(١) المروية عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي ع قال : باع رســـول الله ص خدمة المدبر ، ولم يبع رقبته . ضعيفة بالنوفلي

وعن أبي مريم عن أبي عبد الله ع قال : سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دبر أيطأها ان شاء ، أو ينكحها ، أو يبيع خدمتها في حياته فقال : نعم أي ذلك شاء فعل . مجهولة بأبي مريم .

وعن علي بن أبي حمزة سالم البطائني قال : سألت أبا عبد الله ع عن رجل اعتق جارية له عن دبر في حياته ؟ قال : ان أراد بيعها باع خدمتها في حياته ، فاذا مات اعتقت الجارية ، وان ولدت أولاداً فهم بمنزلتها . ضعيفة بابن أبي حمزة . ومجهولة بقاسم بن محمد الجوهري . التهذيب ج ٢ ص ٣٢١ ، ٣٢٢ . والوافي ج ٦ ص ٨٩ . والوسائل ج ٣ باب ٣ من أبواب التدبير .

(٢) المروية عن إسحق بن عمار عن عبد صالح قال : سألته عن رجل في يده دار ليست له ، ولم تزل في يده ، ولا يد آبائه من قبله ، قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم ، ولا يدرون لمن هي . فيبيعها ، ويأخذ ثمنها ؟ قال ما أحب أن يبيع ما ليس له . قلت : فانه ليس يعرف صاحبها ، ولا يدري لمن هي ، ولا أظنه يجيء لها رب أبداً ؟ قال : ما احب أن يبيع ما ليس له . قلت : فيبيع سكناها ، أو مكانها في يده فيقول لصاحبه : أبيعك سكناي ، وتكون في يدك كما هي في يدي ؟ قال : نعم يبيعها على هذا . موثقة بابن عمار وغيره . التهذيب ج ٢ ، باب الغرر والمجـــازفة ص ١٥٣ ، والوافي ج ١٠ ص ٣ ١ . والوسائل ج ٢ باب ١ من أبواب عقد البيع .

وشرائها (١) وقد ورد في جملة من الأحاديث (٢) إطلاق لفظ الشراء على غير نقل الأعيان .

وقد ظهر لك مما أسلفناه الفارق بين البيع ، والهبة المعوضة ، بداهة أن البيع ـ على ماعرفته آنفاً ـ عبارة عن تبديل عين بشيء آخر ، بخلاف الهبة المعوضة ، فان حقيقتها ، وقوامها بالمجانية المحضة ، وإنما اعتبر فيها العوض بالاشتراط . والشاهد على ذلك أنها لاتبطل بامتناع الموهوب له عن العوض ، بل إنما يثبت له خيار تخلف الشرط ، وسيأتي لك توضيح ذلك عند التعرض لتعريف البيع ، ودفع النقوض عنه .

---

(١) المروية في الكافي ج ١ باب ١٤٠ اشتراء أرض الخراج من السلطان ص ٤١٠ . وباب ١٣١ قبالة أرض أهل الذمة ، وجزية رؤوسهم ، ومن يتقبل الأرض من السلطان ص ٤٠٦ . وباب ١٣٣ الرجل يستأجر الأرض ص ٤٠٧ . والتهذيب ج ٢ باب أحكام الأرضين ص ١٥٨ والوسائل ج ٢ ، باب ٧١ وباب ٧٢ من أبواب الجهاد ، وباب ١٣٣ ص ٧ ٤ .

(٢) المروية عن محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر ع عن رجل يريد أن يتزوج المرأة ينظر اليها ؟ قال : نعم إنما يشتريها بأغلى الثمن . حسنة إبراهيم بن هاشم الكافي ج ٢ ص ١٦ . والوافي ج ١٢ ص ٥٨ . والوسائل ج ٣ باب ٢٠ ص ١١ .

وعن عبد الله بن سنان قال : قلت لأبي عبد الله ع : الرجل يريد أن يتزوج المرأة فينظر الى شعرها؟ فقال : نعم إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن . مجهولة بهيثم بن أبي مسروق النهدي والحكم بن مسكين التهذيب ج ٢ ص ٢٣٥ والوافي ج ١٢ ص ٥٨ . والوسائل ج ٣ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ص ١١ .

وعن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر ع قال : سألته عن رجل له امرأتان قالت احداهما ليلتي ويومي لك يوماً ، أو شهراً ، أو ما كان ، أيجوز ذلك ؟ قال : إذا طابت نفسها ، واشترى ذلك منها لابأس . صحيحة . الوافي ج ١٢ ص ٥٩ . والوسائل ج ٣ باب ٤٠ من أبواب

بحث استطرادي في تعريف الاجارة ومناقشته وجوابها

قد اشتهر بين الأصحاب تعريف الاجارة بأنها تمليك المنفعة بعوض . ونوقش فيه بوجهين :

١ — أن المنفعة معدومة حال الاجارة ، ومن البين الذي لاريب فيه أن المعدوم غير قابل للتمليك . والجواب عن ذلك :

أن الملكية الشرعية ليست من المقولات الحقيقية التكوينية ، لكي يستحيل تعلقها بالامور المعدومة ، بل قوامها بالاعتبار الساذج . ومن المعلوم أن الامور الاعتبارية بما أنها خفيفة المؤنة جاز تعلقها بالامور المعدومة إذا كانت مقدورة التسليم . وبديهي أن المنفعة وإن كانت معدومة ، ولكنها مقدورة بقبض العين الخارجية . وإذن فلا محذور في تعلق الملكية الاعتبارية في الاجارة بالمنفعة المعدومة الملحوظة مع العين المستأجرة . كما يصح تعلقها بالذمة . ومن هنا حكم الفقهاء رضوان الله عليهم بصحة بيع الكلي في الذمة .

٢ — أن منفعة الدار مثلا إنما هي سكناها ، ولا ريب أن السكنى من اعراض الساكن دون الدار . وعليه فاذا صح تملك السكنى كان مالكها هو الساكن ، لا موضوعها ، لاصاحب الدار . ومن البين أن مالم يملكه المؤجر — وهو المالك — كيف يملكه المستأجر . وقد ثبت في محله أن فاقد الشيء لايكون معطياً له هذا ملخص ما أفاده بعض المدققين ولذا التجأ إلى تعريف الاجارة بأنها تمليك العين المستأجرة في مدة معلومة ، ويقابلها البيع ، فانه تمليك العين من جميع الجهات . والجواب عن ذلك بوجهين

١ — أن لسكنى الدار إضافتين : وهما إضافتها الى نفس الدار ، وإضافتها الى ساكنها ، ومن البين أن تمليك الدار يملك المالك بجميع شؤونها ، ومن شؤونها ، ومن جملتها إباحة السكنى لها ، وإذن فتملك الدار ، أي تمليك الدار نفسها ، وتمليك سكناها الذي

وعلى الجملة إن المستأجر إنما يتملك من المؤجر الجهة المتعلقة بالعين المستأجرة . وتلك الجهة تختلف حسب اختلاف الأعيان ، والأغراض . وعليه فلا محذور في تعريف الاجارة بأنها تمليك المنفعة بعوض .

٢ — ماذكره بعض مشائخنا المحققين في كتاب الاجارة من أنه لا يمكن جعل الاجارة تمليكاً للعين في جهة خاصة . والوجه في ذلك : (أن معروض الملكية إن كان نفس تلك الجهة عاد محذور تعلق الملكية بالمنفعة . وإن كان هي العين المخصصة بجهة ، والعين المتحيثة بحيثية مخصوصة بما هي مقيدة بها لزم اجتماع ملكين استقلاليين على عين واحدة . وتقييدها بالجهة تارة ، وإطلاقها اخرى لا يوجب تعدد الموضوع) .

نظرة في بيع الكلي في الذمة

ماهو المراد من العين التي نعتبرها في المثمن ؟

المراد من العين ما إذا وجد في الخارج كان جسماً مشتملا على الأبعاد الثلاثة : العرض ، والطول ، والعمق . ولاشك في أن هذا المعنى للعين يقابل المنفعة ، والحق ، وجميع الأعراض المقولية . وإذن فلا يصدق مفهوم البيع على تبديل منفعة بمنفعة ، ولا على تبديل حق بحق . وقد عرفت ذلك آنفاً .

وليس المراد من العين مايتعلق البيع بشخصه ، بداهة شمولها للأعيان الشخصية ، وللكلي المشاع — كثلث الدار — وللكلي في المعين — كصاع من الصبرة المعينة — وللكلي في الذمة — كبيع من من الحنطة سلماً ، أو حالاً — وللكلي الثابت في ذمة غيره . فان هذه الامور يصدق عليها عنوان العين ، ويتعلق بها البيع مع انها امور قابلة للانطباق على أفراد كثيرة بل على أفراد غير متناهية ، فالصاع من الصبرة يمكن إنطباقه على يمين الصبرة ويسارها ووسطها ، وناحية اخرى غير تلك النواحي . وهذا بين لاريب فيه .

وعلى هذا فشأن الملكية شأن الوجوب والحرمة . فكما انها يتعلقان بكلي الصلاة والزناء من غير لحاظ خصوصية في متعلقهما — بحيث يكون متعلق الأمر والنهي هو الكلي ، ويكون الموجود الخارجي مصداقاً له — كذلك الملكية ، فانها قد تتعلق بالكلي وإن كانت قد تتعلق بالجزئي الحقيقي أيضاً . كما عرفته قريباً .

ثم إن بيع الكلي في الذمة على قسمين :

لأنه قد يتعلق بالكلي الثابت في الذمة قبل البيع — كبيع الدين ممن هو عليه ، أو من غيره — وقد يتعلق بالكلي الثابت في الذمة بنفس البيع ، من غير أن يكون فيها شيء قبله . كما هو المتعارف في بيع السلم وغيره من البيوع الكلية . وقد نوقش فيه بوجهين :

١ — أن البيع مبادلة مال بمال ، ولا تتحقق هذه المبادلة إلا بعد تحقق العوض والمعوض في الوعاء المناسب لهما من الخارج ، أو الذمة ، وبما أنه لاوجود للكلي في أي وعاء من الأوعية قبل البيع ، فلا يصح بيعه بوجه . وقد يتوهم :

أن الكلي وإن لم يكن موجوداً في الذمة قبل البيع ، إلا أنه يوجد فيها بنفس البيع ، ولكن هذا التوهم فاسد .

بداهة أن نسبة البيع إلى متعلقه كنسبة الحكم إلى موضوعه ، فكما يستحيل تكفل الحكم بموضوعه ، وكذلك يستحيل تكفل البيع بايجاد متعلقه . والجواب عن ذلك :

أن البيع ليس إلا مبادلة في التمليك . وقد عرفت قريباً وستعرف أيضاً : أن الملكية من الامور الاعتبارية التي لاتتوقف على وجود موضوع لها في الخارج ، أو في الذمة . نعم لابد وأن يكون متعلق الملكية قابلا لتعلق الاعتبار به في نظر العقلاء . وعليه فالكلي قبل إضافته إلى الذمة وإن كان من المفاهيم الحيالية ، وغير قابل لتعلق

البيع به رأساً . إلا أنه بعد اضافته الى الذمة يعد من الاموال ويصير مورداً لرغبات العقلاء ، ومحطاً لتنافسهم .

وإذن فلا فرق في صحة بيع مافي الذمة بين أن يكون الكلي مملوكا قبل البيع — كبيع الدين ممن هو عليه ، أو من غيره — وبين أن يكون مملوكاً بالملكية الاعتبارية بنفس البيع .

وفي الحقيقة أنه يحصل بالبيع هنا أمران :

١ — اتصاف الكلي بالملكية .

٢ — صيرورته ملكاً المشتري . وقد يجاب عن المناقشة المذكورة :

بأن البائع قبل تصديه للبيع يعتبر الكلي في ذمة نفسه ، ثم يبيعه من المشتري . وحينئذ فلا يكون الكلي غير قابل لتعلق البيع به . والجواب عن ذلك :

أن الاعتبار المزبور لايغير الكلي عن واقعه ، ولا يزيد فيه على حقيقته . بل هو بعد باق على حالته الأولية ، من دون أن يتصف بصفة الملكية ، ومن هنا لايطلق ذو أملاك على من اعتبر أمتعة كلية في ذمة نفسه ، نعم يتصف ذلك بصفة الملكية بعد البيع ، وقد عرفته قريباً . وهذا واضح لاخفاء فيه .

٢ أن الملكية من مقولة الأعراض ، ومن البديهي أن مقولة الأعراض لاتوجد إلا في المحل الموجود ، والكلي الذمي لاوجود له قبل البيع لكي يكون محلا للملكية ، ومعروضاً لها . والجواب عن هذه المناقشة بوجوه شتى :

١ ماذكره العلامة الطباطبائي في حاشيته ، وحاصل كلامه : أن الملكية وإن كانت من قبيل الأعراض الخارجية . إلا أن حقيقتها متقومة باعتبار الشارع ، أو العقلاء . وعليه فيمكن أن يكون موضوع هذه الملكية موجوداً أيضاً باعتبار الشارع ، أو العقلاء . كما أن الوجوب والحرمة عرضان خارجيان ، مع أنهما لايتعلقان إلا بالامور الكلية الاعتبارية ، كالصلاة ، والزنا قبل أن يوجدا في الخارج ، وعلى هذا

النهج فللشارع ، أو للعقلاء أن يعتبروا الكلي الذمي شيئاً موجوداً في الذمة لكي يكون موضوعاً للملكية ، ومعروضاً لها . والجواب عنه :

أنه قد يراد من العرض المذكور في كلامه العرض المقولي . وعليه فلا يسوغ له أن يجمع بين كون الملكية من الأعراض ، وبين كونها من الامور الاعتباريه المتقومة بالاعتبار الساذج ، ضرورة أن الأعراض المقولية من الامور الواقعية المتأصلة ، وهذا بخلاف الأمور الاعتبارية ، إذ لاواقع لها سوى الاعتبار المحض . وسيتضح لك أن الأمور الاعتبارية لا تدخل تحت أية مقولة من المقولات المتأصلة .

وقد يراد من العرض المزبور في كلامه المفهوم العام الصادق على المقولات التسع العرضية ، وعلى الأمور الاعتبارية الخالصة ، بداهة أن لفظ العرض من العروض ، وهو بمعنى اللحوق . وعليه فلا تكون الملكية عنده من المقولات المتأصلة ، بل تكون زائدة على الماهية . كما أن الوجود زائد عليها . وإذن فيرجع ما أفاده السيد من الجواب المتقدم إلى ماسيأتي من كون الملكية أمراً اعتبارياً لاتأصلياً ومن هنا ظهرت الحال في الوجوب والحرمة أيضاً .

٢ ـ ما حكي عن الفاضل النراقي في عوائده . وملخصه : أن البيع عبارة عن نقل المالك ملكه إلى غيره نقلاً فعلياً . سواء أكان مالكاً له بالفعل ، أم كان مالكاً له في المستقبل كما إذا قال : بعتك منّاً من الحنطة بكذا مع أن الحنطة لم توجد الآن لديه ، فيكون معناه أني نقلت إليك المنّ الذي سأملكه من الحنطة بعد مدّة ـ وإذن فالنقل وإن كان فعلياً ، إلا أنه ليس بعرض لكي يحتاج إلى موضوع وما هو عرض ـ وهو الملك ـ ليس بفعلي حتى يناقش فيه بعدم وجود الموضوع له ، ويتوجه عليه :

أولاً : أن البيع ليس عبارة عن نقل الملك . وسيأتي . ولا أن الملك من الأعراض المصطلحة . وقد تقدمت الاشارة إليه وسنتعرض له تفصيلاً .

وثانياً : أن نقل الملك بنفسه ليس من العناوين الاستقلالية ، وإنما هو بلحاظ

الاضافة أو المكان . ومن البين الذي لاريب فيه أنه إذا استحالت إضافة الملكية الى المعدوم فان النقل الحاصل بلحاظ تلك الملكية أولى بالاستحالة .

٣ ـ أن الملكية أمر اعتباري صرف ، فلا يحتاج إلى محـــل موجود .

وتوضيح ذلك :

أن الملكية لها أربع مراتب :

١ ـ الملكية الحقيقية ، وهي السلطنة التامة ، بحيث يكون اختيار المملوك تحت سلطنة المالك حدوثاً وبقاءً ، وهي مخصوصة بالله تعالى ، لأنه سبحانه مالك لجميع الموجودات ـ بالاضافة الاشراقية ـ ملكية تامة ، ومحيط بها إحاطة قيوميّة .

وهذه المرتبة من الملكية هي عليا مراتب الملكية ولأجل ذلك لاتدخل تحت مقولة من المقولات . ونظير ذلك في الممكنات إحاطة النفس بصورها . بداهة أن النفس مالكة لصورها ـ بالاضافة الاشراقية ـ ملكية حقيقية .

٢ ـ مالكية الانسان لنفسه وأعضائه وأفعاله وذمته ، فان هذه الامور مملوكة له بالاضافة الذاتية الأولية ـ وقد عرفت ذلك في أول الكتاب ـ ومن هذا القبيل قوله تعالى حاكياً عن نبيه الأكرم موسى (ع) : إني لا أملك إلا نفسي (١) .

ولا شبهة أن هذه المرتبة من الملكية أيضاً غير داخلة تحت المقولات العرضية وإنما هي عبارة عن سلطنة الشخص على أفعاله سلطنة تكوينية .

٣ ـ الملكية المقولية الخارجية : وهي عبارة عن الهيئة الحاصلة من إحاطة جسم بجسم آخر ـ كالهيئة الحاصلة من التعمم والتقمص والتنعل ونحوها ـ وهذه المرتبة تسمى بمقولة الجدة ، وهي من الأعراض الخارجية القائمة بالموجود الخارجي .

٤ ـ الملكية الاعتبارية التي يعتبرها العقلاء لشخص خاص لمصالح تدعوهم إلى

---

(١) المائدة ٥ : ٢٥ .

ذلك ، وربما يمضي الشارع اعتبارهم هذا لأجل تلك المصلحة . بل قد يعتبر الشارع ملكية شيء لشخص وإن لم يعتبرها العقلاء . كما يتفق ذلك في بعض أقسام الارث .

ومن البين الذي لاريب فيه أن هذا النحو من الملكية ليست من الأعراض لكي تحتاج الى وجود الموضوع في الخارج .

ومثال ذلك : أن الزكاة والخمس يملكهما طبيعي الفقير والسيد ، مع أنه لم يعتبر وجودهما في الخارج .

وأيضاً قام الاجماع على صحة تمليك الكلي الذمي في بيع السلف ونحوه ، مع أن الأعراض لابد لها من موضوع خارجي .

وعلى الجملة إن الملكية الاعتبارية لامانع من كون طرفها من المملوك أو المالك كلياً . فيستكشف منه أنها ليست من الأعراض المقولية (١) بل تمام قوامها باعتبار من بيده الأمر .

---

(١) ذكر بعض المحققين من المشايخ وجهين آخرين لاستحالة دخول الملكية المصطلحة تحت الأعراض المقولية :

١ ـ (أن المقولة مايقال على الشيء ، ويصدق عليه في الخارج . فلابد من أن يكون لها مطابق وصورة في الأعيان ـ كالسواد والبياض وما شابههما من الأعراض ـ أو يكون من حيثيات ماله مطابق ، ومن شؤونه الوجودية . فيكون وجودها بوجوده . كمقولة الاضافة . . . ومن الواضح أنه بعد وجود العقد مثلا لم يوجد ماله مطابق في الخارج . ولم يتحيث ذات المالك والمملوك بحيثية وجودية . بل على حالها قبل العقد . وصدق المقولة بلا وجود مطابق ، أو تحيثه بحيثية واقعية أمر غير معقول) .

ويتوجه عليه : أن هذا الوجه ليس إلا مصادرة واضحة ، بداهة أن ذات المالك والمملوك ، يتحيثان بعد عقد البيع بحيثية واقعية : وهي حيثية المالكية ،

وإذا عرفت ماتلوناه عليك فاعلم أن مورد البحث إنما هو المرتبة الرابعة من الملكية القائمة بالاعتبار الساذج بلا احتياج الى محلّ موجود أصلاً ورأساً .

وعليه فلا وجـــه للمناقشة في جواز بيع الكلي الذمي بما عرفته قريباً من أن الملكية من مقولة الأعراض التي لاتوجد إلا في محل موجود ، والكلي في الذمة ليس بموجود لكي يكون محلاً للملكية .

البيع مبادلة شيء من الاعيان بعوض في جهة الاضافة

ماهو المراد من كلمة المبادلة المأخوذة في تعريف البيع ؟

قد عرفت آنفاً : أن التعاريف اللغوية إنمـــا هي تعاريف لفظية . وقد سيقت لشرح الاسم ، والاشارة الى المعرف — بالفتح — بوجه من الوجوه ، لا بتمام الوجوه

—وحيثية المملوكية . وإنما الكلام في أن تلك الحيثية أهي من سنخ المقولات العرضية أم هي من الامور الاعتبارية .

٢ — (أن المقولات لمكان واقعيتها لاتختلف باختلاف الأنظار ، ولا تتفاوت بتفاوت الاعتبارات ، فان السقف الملحوظ إلى مادونه فوق في جميع الأنظار ، وبالاضافة الى السماء تحت بجميع الاعتبارات مع أن المعاطاة مفيدة للملك عرفاً ، وغير مفيدة له شرعاً) .

وفيه أن اختلاف الأنظار في جملة من الأشياء أمر ضروري لاسبيل الى إنكاره ، إذ من البين الذي لاريب فيه أن الفلاسفة قد اختلفوا في علمه تعالى أنه يتعلق بجميع الأشياء تفصيلا جزئية كانت أم كلية — كما ذهب اليه جلّ المحققين — أو لايتعلق إلا بالكليات — كما ذهب إليـــه الشيخ الرئيس في كتابيه الشفاء والاشارات — وقد يختلف الطبيبان في صحة شخص ومرضه أو أن الأمر الفلاني ينفع المزاج ، أو يضره الى غير ذلك بل ربما يختلف أهل العرف في ثبوت شـــيء وعدمه ، كالعلم ، والعدالة ، والشجاعة ، والسخاء ، وغيرها من الأوصاف

لكي يمتاز عن جميع ماعداه . وعلى هذا فغرض الفيومي من ذكر كلمة المبادلة في تعريف البيع ـ أنه في الأصل مبادلة مال بمال ـ ليس إلا الاشارة الى أن البيع من سنخ المبادلة.

إلا أن تلك المبادلة ليست مبادلة في المكان . كرفع شيء من مكانه ، ووضعه في مكان آخر .

ولا مبادلة في اللبس ، كتبديل عباءة بعباءة اخرى .

ولا مبادلة في السكنى . كتبديل دار بدار اخرى .

ولا مبادلة في الركوب كتبديل فرس بفرس آخر .

ولا غير ذلك من أقسام المبادلة الخارجية التكوينية .

بل المراد من تلك المبادلة هي المبادلة في الاضافة المالية ، بديهة أن كلّ من المتبايعين يبدل ماله في الاضافة المالية ـ عند المبايعة ـ بمال آخر . وللاشارة الى هذه النكتة الغيرة الدقيقة قد أخذ الفيومي ـ في مصباحه ـ قيد المال في تعريف البيع .

والتحقيق أن مفهوم البيع في الجملة من المفاهيم البديهية الارتكازية التي يعرفها كل أحد : وهو التبديل بين شيئين في جهة الاضافة أية اضافة كانت : أي سواء أكانت إضافة ملكية ، أم كانت إضافة مالية ، أم إضافة حقية ، أم غيرها من أنحاء الاضافات .

ولا تختص هذه الاضافة بالاضافة الملكية ، ولا بالاضافة المالية :

أما الوجه في عدم اختصاصها بالاضافة الملكية فلأن سهم سبيل الله من الزكاة ليس ملكاً لشخص خاص . ولا لجهة معينة . ولذا صدّر في آية الصدقات (١) بلفظة (في) الظاهرة في بيان المصرف . ومع ذلك كله يجوز بيع السهم المزبور ، وصرف ثمنه في سبيل الله . كما يجوز بيع نماء العين الموقوفة في سبيل الله وصرف ثمن ذلك في

( ) قال الله تعالى : إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل . التوبة ٩ : ٦٠ .

قربات الله . مع أن تلك العين ليست بملك لأحد ، ولا لجهة . وكذا نماؤها .

فيستوضح من جميع ذلك أن مفهوم البيع ليس تبديل شيئين في الاضافة الملكية.

ولو سلمنا مالكية الجهـــة في المثالين المذكورين فرضنا الكلام فيمن أوصى بصرف ماله في سبيل الله ، ونص على عدم صيرورته ملكاً لأحد . فانه إذا بيع المال المزبور لكي يصرف ثمنه في قربات الله لم يقع التبديل بين العوضين في الاضافة الملكية، بل في إضـــافة اخرى غيرها .

أما الوجه في عدم اختصاص الاضافة المذكورة بالاضافة المالية فلأنه لادليل على اعتبار المالية في البيع . وإنما المناط في تحقق مفهومه هو صدق عنوان المعاوضة عليه . وأما ماذكره صاحب المصباح ـ من أن (الأصل في البيع مبادلة مال بمال) ـ فلا يكون دليلاً على ذلك لعدم حجية قوله .

وعلى هذا فاذا كان المبيع مورداً لغرض المشتري ـ سواء أكان مالاً عند العقلاء أم لا كالحشرات ـ واشتراه بأغلى الثمن صدق عليه مفهوم البيع . وهذا بين لاريب فيه.

غاية مايلزم كون المعاملة على ماليس بمال عرفاً سفهية . ولا دليل على بطلانها بعدما شملته أدلة صحة البيع . والفاسد شرعاً إنما هو معاملة السفيه والدليل على الفساد فيها أن السفيه محجور شرعاً عن المعاملات وإذن فلا وجه لأخذ قيد المال في تعريف البيع . قيل :

إذا تعلق غرض المشتري باشتراء مالا يعد مالاً في نظر أهل العرف كان ذلك الغرض موجباً لعروض المالية له . لما عرفته آنفاً من أن مالية الأشياء متقومة بنظر العقلاء ، ورغبتهم فيها . ومن البديهي أن المشتري من أفرادهم . والجواب عن ذلك:

أن مالية الأشياء وإن كانت متقومة برغبة العقلاء وتنافسهم فيها إلا أن المراد من العقلاء نوعهم ، دون الشخص الواحد . ولأجل ذلك أن من اعتبر المالية في البيع فقد رتب على اعتباره هذا فساد بيع الحيات والعقارب والديدان والخنافس ، وأشباهها

من هوام الأرض وصغار دوابها ، وغير ذلك مما لايعد مالاً في نظر نوع العقلاء وإن كان ذا رغبة لدى بعضهم لغرض ما .

ويضاف الى ذلك أنا لو سلمنا وجود الدليل على اعتبار المالية في البيع . إلا أن ذلك حكم شرعي غير مربوط بمفهوم البيع حتى يؤخذ في تعريفه . ولو صح أخذ ذلك في تعريف البيع لحسن بنا أن نأخذ أحكام البيع برمتها في تعريفه . مع أنه واضح الفساد .

ثم لا يخفى على الفطن العارف أن مفهوم البيع لايتحقق إلا بدخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه : بان يفكّ البائع اضافته القائمة بالمتاع ، ويجعلها قائمة بالثمن . ويفكّ المشتري اضافته القائمة بالثمن ، ويجعلها قائمة بالمتاع .

ومثال ذلك أنه إذا باع زيد طعامه من عمرو بدينار صار الدينار ملكاً لزيد . ولو صار الدينار ملكاً لبكر لما صدق عليه مفهوم البيع بوجه .

ويستوضح هذا المعنى من الكتاب العزيز (١) ومن كلمات الفصحاء وأهل

---

(١) قال الله تعالى : وشروه بثمن بخس دراهم معدودة . يوسف ١٢: ٢٠ .
« « « : ولبئس ماشروا به أنفسهم لو كانوا يعلمون . البقرة ٢: ٩٦.
« « « : فليقاتل في سبيل الله الذين يشرون الحياة الدنيا بالآخرة. النساء ٤ : ٧٦ .
« « « : إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة. التوبة ٩ : ١١٣ .
« « « : أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى . البقرة ٢ : ١٦ ،
« « « : إن الذين اشتروا الكفر بالايمان . آل عمران ٣ : ١٧١ .
« « « : ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلا . المائدة ٥ : ٤٨ .

الى غير ذلك من الآيات الكثيرة الظاهرة في أن دخول العوض مكان المعوض معتبر في مفهوم البيع ، والشراء .

العرف واللغة (١) . قيل :

قد تعارف بين الناس إعطاء الدراهم للخباز أو للبزاز . والأمر باعطاء مقابلها من الخبز والثوب للفقير ، ولا شبهة في كون ذلك بيعاً بالحمل الشائع . مع أن الثمن لم يدخل في ملك من خرج الثمن عن ملكه . والجواب عنه :

أن الثمن ـ في أشباه ماذكر ـ قد دخل في ملك من خرج الثمن عن ملكه . نهاية الأمر أن المشتري قد وكل البائع في إعطاء المبيع لشخص آخر . وان أبيت عن هذا التوجيه فانا لانبالي في المنع عن صدق مفهوم البيع على ذلك ، وحمله على الصلح ، أو على الهبة المعوضة .

مفهوم المفاعلة وعدم صدقه على البيع

ماهو مفهوم المفاعلة ، وهل يصدق ذلك على البيع الذي هو تبديل شيء بشيء ؟

الظاهر أن وزن (فاعل) للدلالة على المشاركة في الغالب : والمشاركة هي أن يفعل الواحد بالآخر مايفعله الآخر به حتى يكون كل منهما فاعلاً ومفعولاً : نحو ضارب زيد عمرواً ، وعليه فذكر المبادلة في تعريف البيع يقتضي أن يكون البيع عبارة عن مجموع فعل البائع والمشتري .

ولكن هذا واضح البطلان ، ضرورة أن البيع ليس إلا عبارة عن فعل البائع فقط : وهو تبديل ماله بمال صاحبه ، ومن البديهي أن هذا المعنى غريب عن معنى المفاعلة . ولا صلة بينهما بوجه

بل لو فرضنا صدق مفهوم البيع على كل من فعل البائع والمشتري لكان الصادر

---

(١) في القاموس كل من ترك شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه ، ومنه اشتروا الضلالة بالهدى .

من كل منهما بيعاً بنفسه وإذن فلا وجه لذكر كلمة المبادلة في تعريف البيع ـ كما صنعه صاحب المصباح ، وتلقاه جماعة بالقبول ـ بل لابد من تبديل لفظ المبادلة في تعريف البيع بكلمة التبديل ، فان التبديل هو الذي يتحقق بفعل البائع .

نعم يشترط رضا المشتري بفعل البائع ، وتحقق عنوان التبديل . ولكنه أجنبي عن قيامه بالمشتري ، كقيامه بالبائع . وهـذا بخلاف مفهوم المبادلة ، فانه معنى قائم بشخصين ، كما هو الشأن في باب المفاعلة على ماعرفته في طليعة البحث .

رأى بعض مشايخنا المحققين فى معنى المفاعلة والجواب عنه

قد سلك بعض مشايخنا المحققين مسلكاً آخر في معنى المفاعلة . وحاصله : أنه قد اشتهر بين الادباء وغيرهم أن الفارق بين الهيئات المجردة ، وبين هيئة المفاعلة إنما هو تقوم المعنى في باب المفاعلة بطرفين .

إلا أن المستوضح من الكتاب الكريم ومن الاستعمالات الصحيحة خلاف ذلك . كقوله تعالى : يخادعون الله والذين آمنوا (١) فان الغرض من الآية الشريفة تصدي المنافقين لخديعة الله وخديعة المؤمنين فقط . وغير ذلك من الآيات الكثيرة الظاهرة في خلاف ما اشتهر بين الناس من معنى المفاعلة .

ويقال في الاستعمالات العرفية الصحيحة : عاجله بالعقوبة . وخالع المرأة . وبارزه بالحرب . وساعده التوفيق . وواراه في الأرض . وغير ذلك ، فان جميع ذلك بين مالا تصح نسبة المادة فيه الى الاثنين ، وبين مالم يقصد فيه ذلك وان صحت النسبة المزبورة.

وعليه فلابد من بيان الفارق بين هيئة الفعل المجرد ، وبين هيئة المفاعلة . وتوضيح ذلك : أن الهيئات المجردة لم يلحظ فيها تجاوز المادة عن الفاعل الى غيره بحسب وضع الواضع . بل التجاوز فيها إما ذاتي ـ كجملة من الأفعال المتعدية : نظير ضرب ،

(١) البقرة ٢ : ٩ .

وخدع ، ونصر ، ونحوها ـ أو بواسطة الأداة : كما في الأفعال اللازمة ـ مثل جلس ، وذهب ، وأمثالها ـ وقسم من الأفعال المتعدية ـ كلفظ كتب ونظائره ـ بديهة أن تجاوز المادة في القسمين الاخيرين الى غير الفاعل إنمـــا هو بواسطة الأداة . فيقال : جلس إليه . وكتب إليه .

نعم لاشبهة في أن كلمة (كتب) تدل على تجاوز المادة ـ وهي الكتابة ـ الى المكتوب فقط ، دون المكتوب إليه ـ الذي هو مورد بحثنا ـ وإذا أريد تجاوز تلك المادة الى المكتوب اليه فلابد من الاستعانة بكلمة إلى

وأما هيئة المفاعلة ـ كخادع وضارب وقامر ونحوها ـ فان حيثية تعدية المادة عنها الى غيرها ملحوظة فيها مطابقة في مقام افادة النسبة . وهذا بخلاف الأفعال المجرّدة المتعدية ـ كضرب ونصر وخدع ونحوها ـ فان التعدية فيها من ذاتيات مفادها .

وعليه فاذا صدر فعل من أحد كان أثره خداع غيره صدق عليـــه أنه خدعه . ولا يصدق عليه أنه خادعه إلا اذا تصدى لخديعة غيره وكذلك الحال في ضرب وضارب ونصر وناصر وأشباهها من الأفعال المتعدية .

ومن هنا يفرق بين ضار ، ومضار ، فان سمرة بن جندب لما أبى عن الاستئذان من الانصاري ـ عند الدخول على عذقه من منزل الأنصاري ـ قال له النبي ص : انك رجل مضار (١) : أي متصد لأضرار الأنصاري . والجواب عن ذلك :

أن هيئة المفاعلة لاتتقوم إلا بصدور الفعل من الاثنين ، لما عرفته آنفاً من دلالة المفاعلة على المشاركة في الغالب : وهي أن يفعل الواحد بالآخر مثلما يفعله الآخر به لكي يكون كل منهما فاعلاً ومفعولاً : نحو ضارب زيد عمراً .

ومن الواضح أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد تصدي أحدهما لايجاد المادة دون صاحبه . فلا يقال : ضارب زيد عمرواً ، أو صارعه ، أو جادله ، فيما اذا تصدى زيد

(١) راجع فروع الكافي ج ١ ص ٤١٤ .

لضرب عمرو . أو حربه ، أو صراعه ، أو جداله ، من دون أن يصدر منه أحد هذه الامور ، بل لو لم يصدر الفعل منه ومن صاحبه معاً لعدّ مثل هذا الاستعمال من الأغلاط الواضحة .

نعم قد تكون هيئة المفاعلة بمعنى الفعل المجرد : نحـــو سافر زيد . وقاتله الله . وواراه في الأرض . وبارك في أمره . وأشباه ذلك من الأمثلة .

وقد تكون بمعنى الكثرة والمبالغة . ولعل من القبيل الثاني قول النبي (ص) لسمرة بن جندب : إنك رجل مضّـار ، ولا ضرر ، ولا ضرار على مؤمن .

الاجارة وعدم استعمالها في نقل العين

قوله : (كما أن لفظ الاجارة يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان ، كالثمرة على الشجرة) . أقول : إن كان مراده من الثمرة على الشجرة وجودها عليها فعلاً ـ كما هو الظاهر من كلمة على ـ فلا شبهة أن الثمرة ليست مورداً للاجارة . بل استعمال لفظ الاجارة في نقل الثمرة غلط فاحش .

وإن كان مراده من الثمرة على الشجرة شأنية ظهورها عليها فلا ريب حينئذ في صحة تعلق الاجارة بالشجرة ، وتكون الثمرة منفعتها المقصودة من إجارتها . وعلى هذا فيجوز استعمال لفظ الاجارة في نقل الثمرة إستعمالاً حقيقياً .

نعم قد يتوهم في بعض الروايات (١) إسناد الاجارة إلى نفس الثمرة قبـــل ظهورها على الشجرة . ولعله الى هذا نظر المصنف في كلامه (٢) قبل :

---

(١) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال تقبّل الثمار إذا تبين لك بعض حملهـــا سنة . وإن شئت أكثر . وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجرها . التهذيب ج٢ ص١٧٣ . والوافي ج١٠ ص١٣٩ . والوسائل ج٢ باب١٩ من أبواب المزارعة.

(٢) لكن المراد من الاستئجار في الرواية الاشتراء ، بداهة ان ظهور الثمرة —

إن ظهور الثمرة على الشجرة فعلا لايمنع عن صحة تعلق الاجارة بالشجرة ، فان الثمرة الموجودة على الشجرة هي منفعتها المقصودة منها ، كما أن منفعة الدابة ركوبها ، ومنفعة الدار سكناها . والجواب عن ذلك :

أن الاجارة وإن كانت تمليكاً للمنفعة إلا أن تلك المنفعة لابد وأن تكون معلومة بوجه . ومن البين الذي لاريب فيه أن الثمرة الموجودة على الشجرة مجهولة المقدار . وإذن فتبطل الاجارة من ناحية الجهالة . قيل :

إذا اقتضت الجهالة بطلان إجارة الشجرة بعد ظهور ثمرتها اقتضت بطلان اجارتها قبل ظهور ثمرتها بالأولية القطعية ، لشدة الجهالة هنا . والجواب عنه :

أن جهالة الثمرة قبل ظهورها على الشجرة لاتضر باجارة الشجرة . بديهة أن المناط في ارتفاع الجهالة عن المنفعة ـ التي هي مورد للاجارة في العين المستأجرة ـ العلم باشتمال العين المستأجرة على حيثية الانتفاع بها : بأن تكون معدّة لذلك .

ومن المعلوم أن اشتمال الأشجار المثمرة على حيثية الاثمار أمر معلوم ، وإذن فلا تبطل الاجارة من ناحية الجهالة . وهذا بخلاف الثمرة الموجودة على الشجرة فانها مجهولة المقدار . وعليه فتبطل الاجارة من ناحية الجهالة .

ويضاف إلى ذلك أن إجارة الشجرة لثمرتها الموجودة خارجة عن مفهوم الاجارة جزماً . إذ لانحتمل أن يتوهم أحد صدق مفهومها على استئجار عين لأجل عين اخرى موجودة . كاستئجار الشاة للبنها المحلوب . واستئجار الأشجار لأغصانها الفعلية . واستئجار المزرعة لزرعها الموجود . وهكذا في نظائرها .

نعم قد تكون منفعة العين المستأجرة مايوجد من الأعيان ولكنها غير موجودة

على الشجرة ليس بشرط في استئجار الشجرة . وإنما هو شرط في بيع الثمرة . وعليه فالمراد من لفظ التقبل ـ المذكور في صدر الرواية ـ الشراء دون الاستئجار .

حال الاجارة . كاستئجار المنائح والبقرات والشياه للبنها غير المحلوب . واستئجار المرضع ليرتضع الطفل من لبنها . واستئجار الشجرة لثمرتها المعدومة . والسر في ذلك ما أشرنا إليه من كون المنفعة في أمثال هذه الموارد معلومة بوجه .

الثمن وجواز كونه من المنافع

قوله : (وأما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة) . أقول : لاريب في جواز كون الثمن من المنافع . سواء أقلنا باعتبار الماليـــة في العوضين ، أم لم نقل به ، ضرورة أن المنافع من أظهر مصاديق الأموال ، لرغبة العقلاء اليها ، وتنافسهم فيها .

نعم حكي عن بعض الأعيان : أن شأن العوض شأن المعوض . فكما يعتبر كون المعوض من الأعيان . وكذلك الأول .

ويمكن الاستدلال على هذا الرأي بوجوه :

١ ـ ما اشتهر بين الفقهاء من أن البيع نقل الأعيان . ويرد عليه :

أن غرض الفقهاء رضوان الله عليهم من هذه العبارة هو المبيع ، لأنهم ذكروها في مقابل الاجارة التي هي لنقل المنافع . مع أن الاجرة فيها تكون من الأعيان غالبا . ولعل النكتة في عبارتهم هذه هي ملاحظة ناحية الايجاب ، بداهة أن العقد إنما يتم بفعل الموجب . وأما القابل فليس له إلا الارتضاء بذلك الفعل ، ونسبته الى نفسه .

٢ ـ أن الأدلة الدالة على صحة البيع ونفوذه إنمـــا هي منصرفة الى البيوع المتعارفة . ومن البديهي أنه لم يتعارف جعل العوض في البيع من المنافع . وعلى فرض وجوده في مورد فهو من الأفراد النـــادرة التي تنصرف عنه الاطلاقات . و[illegible] عن ذلك :

أن مفهوم البيع - على ماعرفته آنفاً - تبديل شيء بعوض في جهة الاضافة . ولا يفرق في تحقق هذا المفهوم بين أن يكون كلا العوضين عيناً ، أو كلاهما منفعة ، أو أحدهما عيناً والآخر منفعة .

ولكنا قد ذكرنا فيما سبق : أن المتبادر من الاستعمالات العرفية عدم صدق البيع على تمليك المنفعة . بل يعتبر في تحقق مفهومه أن يكون المبيع عيناً . وأما العوض فلم يدل دليل على اعتبار كونه من الأعيان . فيبقى تحت مفهوم البيع : وهو تبديل شيء بشيء في جهة الاضافة . فتشمله العمومات الدالة على صحة العقود .

ويضاف الى ذلك أن غلبة الأفراد الخارجية لاتمنع عن شمول أدلة الامضاء للفرد النادر .

٣ - أن المنافع أمور معدومة ، فلا يقع عليها البيع ، ضرورة أن الملكية من مقولة الأعراض ، وهي لاتتقوم إلا بالمحل الموجود . ومن المفروض أن المنافع أمور معدومة . فيستحيل أن تكون موضوعاً للملكية . ويرد عليه :

أن الملكية من الامور الاعتبارية التي لاتتوقف على وجود موضوع لها في الخارج . بل لابد وأن يكون متعلقها قابلا لتعلق الاعتبار به في نظر العقلاء ، وقد عرفت ذلك فيما تقدم .

٤ - ماذكره الطريحي في مجمع البحرين ، من أن المال في الأصل الملك من الذهب والفضة . ثم أطلق على كل مايقتنى ، ويتملك من الأعيان . وعليه فلا تكون المنفعة ثمناً في البيع ، لأنه مبادلة مال بمال . والمفروض أن المنفعة ليست من الأموال . ويرد عليه :

أن المال مايبذل بازائه شيء حسب رغبة العقلاء وتنافسهم ، ومن الواضح أن هذا المعنى أعم من العين والمنفعة . بداهة أن المنفعة من مهمات مايرغب فيه العقلاء .

عمل الحر وجواز وقوعه ثمنا فى البيع

قوله : (وأما عمل الحر فان قلنا إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال وإلا ففيه إشكال) . أقول : هذا الكلام استدراك عما تقدم منه (ره) : وهو قوله : (وأما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة) .

وتوضيح ذلك : أن عمل الحر تارة يلاحظ بعد وقوع المعاوضة عليه ـ كما إذا استأجره لبناية داره ، أو لنجارة بابه ، أو لخياطة ثوبه ، أو لغير ذلك من الأغراض العقلائية ـ وأخرى يلاحظ قبل وقوع المعاوضة عليه .

وعلى الأول فلا إشكال في جعل العمل المزبور ثمناً في البيع ، بداهة كونه مالاً مملوكاً للمستأجر . وله أن يتصرف فيه أي تصرف ، لأن الناس مسلطون على أموالهم . كما أن عمل العبد والدابة مال مملوك لصاحبهما .

والدليل على مالية عمل الحر في هذه الصورة أمور :

١ ـ أنه يصح إطلاق ذي المال على المستأجر الذي ملك عمل الحر بالاجارة أو الصلح .

٢ ـ أنه يجب على المستأجر المزبور حجّ البيت : لأنه قد استطاع اليه سبيلا ، إذا كان عمل أجيره وافياً بزاده وراحلته .

٣ ـ أنه يخرج المستاجر بعمل أجيره عن عنوان الفقراء ، ويعامل معه معاملة الأغنياء ، إذا كفى ذلك العمل مؤونة سنته . وإذن فيحرم عليه أخذ الزكاة . وسائر الوجوه الشرعية المقررة للفقراء والمساكين .

٤ ـ أنه إذا أتلف أحد عمل أجير ضمنه لمستأجره ، لقاعدة الضمان بالاتلاف .

ولأجل هذه الامور كلها نستكشف صدق مفهوم المال على عمل الحر بعد وقوع المعاوضة عليه . والسر في ذلك كله : أن عمله حينئذ مورد لرغبة العقلاء وميلهم .

وعلى الثاني فان قلنا باعتبار المالية في الثمن والمثمن فلا يقع عمل الحر عوضاً في البيع ، لأنه لا يعد مالا عرفا . وإن لم نقل بهذا الاعتبار فلا بأس بجعله ثمناً فيه .

والشاهد على عدم كونه مالا في هذه الصورة : أن الحر لا يكون مستطيعاً بلحاظ عمله لكي يجب عليه الاكتساب ، وتحصيل الزاد والراحلة . ثم السير الى بيت الله الحرام.

وأيضاً لو حبسه أحد لم يضمن عمله . مع أن تفويت منافع العبد أو الدابة أو سائر الحمولة موجب للضمان .

هذا كله فيما إذا جعل عمل الحر ثمناً في البيع . وأما جعله مثمناً فيه فليس بجائز قطعاً ، لأنه من المنافع . وقد عرفت فيما سبق أن المبيع لابد وأن يكون من الأعيان ، إذ لا يصدق مفهوم البيع على تمليك المنفعة بعوض .

والحق : أنه لا يفرق في صدق مفهوم المال على عمل الحر بين وقوع المعاوضة عليه وعدمه . والوجه في ذلك ماذكرناه سابقاً من أن مالية الأشياء متقومة برغبة الناس فيها رغبة عقلائية . ولا يعتبر في ذلك صدق الملك عليها ، لأن النسبة بينهما هي العموم من وجه . إذ قد يوجد المال ولا يتحقق الملك . كالمباحات الأصلية قبل حيازتها ، فانها مال وليست بمملوكة لأحد . وقد يوجد الملك ، ولا يصدق عليه مفهوم المال . كحبة من الحنطة ، فانها ملك لصاحبه ، وليست بمال ، إذ لا يبذل بازائها شيء . وقد يجتمعان . وهو كثير . ومن المعلوم أن عمل الحر — قبل وقوع المعاوضة عليه — من مهمات الأموال العرفية وإن لم يكن مملوكاً لأحد بالملكية الاعتبارية . بل هو مملوك لصاحبه بالملكية الذاتية الأولية على ماعرفته في أول الكتاب .

نعم ربما يناقش في ذلك بأن البيع — كما سبق — تبديل شيء من الأعيان بعوض في الاضافة الاعتبارية . ومن الواضح أن عمل الحر فاقد لهذه الاضافة . وإذن فلا يصلح لأن يكون طرفاً للتبديل الاعتباري في جهة الاضافة .

وفيه أن عمل الحر وإن لم يكن مملوكاً لصاحبه بالاضافة الاعتبارية قبل البيع .

ولكنها تعرض عليه بنفس البيع . وقد تقدم نظير ذلك في البحث عن امكان بيع الكلي في الذمة .

ودعوى أن كلاً من العوض والمعوض لابد وأن يكون مالاً مملوكاً قبل البيع دعوى جزافية ، إذ لم يدل على ذلك دليل من النقل والاعتبار .

وأما الوجه في عدم وجوب الحج على الحر ـ بلحاظ استطاعته من ناحية عمله ـ فلأن الاستطاعة إنما تتحقق بمالكية المكلف ـ بالفعل ـ لما يحج به من الزاد والراحلة. وبمالكيته لمؤونة عياله بالفعل أو بالقوة . وقد فسرت الاستطاعة بهذا المعنى . وبأمن الطريق في بعض الأخبار (١) .

وعليه فعمل الحر قبل وقوع المعاوضة عليه وإن كان مملوكاً له بالملكية الفعلية التكوينية . وكذا بالملكية الشأنية الاعتبارية . إلا أنه لايترتب عليهما ماهو أثر للملكية الفعلية الاعتبارية .

نعم إذا آجر نفسه بنقد مقبوض بعد العقد ، بحيث يكفي ذلك مؤونة حجه وعياله ، كان مستطيعاً . والسر فيه هو ماذكرناه من كون المدار في الاستطاعة على الملكية الفعلية الاعتبارية ، دون الاقتضائية .

وقد اتضح لك مما بيناه أنه لايصح إطلاق ذى المال على الحر باعتبار عمله ،

---

(١) المروي عن محمد بن يحيى الخثعمي قال : سأل حفص الكناسي أبا عبد الله (ع) وأنا عنده عن قول الله عز وجل : ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا مايعني بذلك ؟ قال : من كان صحيحاً فى بدنه . مخلى سربه . له زاد وراحلة . فهو ممن يستطيع الحج . الخبر . فروع الكافي ج ١ ص ٢٤٠ ، والوافي ج ٨ ص ٤٩ . والوسائل ج ٢ باب ٨ من أبواب الحج . في أقرب الموارد : السرب بالفتح الطريق . يقال : خل له سربه : أي طريقه . فلان مخلى السرب : أي موسع عليه غير مضيق عليه .

إذ المناط في صحة هذا الاطلاق كون الانسان مالكاً لأمواله بالملكية الفعلية الاعتبارية. وقد عرفت قريباً : أن عمل الحر ـ قبل وقوع المعاوضة عليه ـ غير مملوك له كذلك ، لأن ثبوت شيء لشيء بالاضافة الاعتبارية إنما يصح في غير موارد الثبوت الحقيقي . وإلا كان الاعتبار لغواً محضاً ، وتحصيلا للحاصل . ومن المفروض أن عمل الحر مملوك له بالاضافة الذاتية . كما أن الله تعالى مالك لمخلوقاته بالاضافة الذاتية الاشراقية .

وأما الوجه في أن اتلاف عمل الحر لا يوجب ضمانه على المتلف فهو أن قاعدة الضمان بالاتلاف ليست برواية لكي يتمسك باطلاقها في الموارد المشكوكة . بل هي قاعدة متصيدة من الموارد الخاصة . وإذن فلابد من الاقتصار فيها على المواضع المسلمة المتيقنة.

ومع الاغضاء عن ذلك ، وتسليم كونها رواية أنها غريبة عن عمل الحر . إذ المستفاد منها أن اتلاف مال غيره موجب للضمان . ومن الواضح أن الظاهر من كلمة (المال) هو المال المضاف الى مالكه بالاضافة الاعتبارية . وقد عرفت : أن عمل الحر ـ قبل وقوع المعاوضة عليه ـ ليس كذلك . وعليه فلا يكون مشمولا لقاعدة الضمان بالاتلاف .

نعم إذا كان الحر كسوباً : وله عمل خاص يشتغل به كل يوم ـ كالنجارة والخياطة وغيرها ـ فان منعه عن ذلك موجب للضمان ، للسيرة القطعية العقلائية .

نظرة في الحقوق

قوله : (وأما الحقوق الأخر) . أقول : لا وجه لتوصيف كلمة (الحقوق) بلفظ (الأخر) إذ لم تتقدم طائفة من الحقوق ليكون المذكور بعدها طائفة أخرى منها . وعليه فالوصف المزبور مستدرك جزماً . وقد ضرب عليه في بعض النسخ التصحيحية . ويحتمل قريباً وقوع التصحيف في عبارة المصنف بالتقديم والتأخير . وصحيحه هكذا

وأما الحقوق فان لم تقبل المعاوضة بالمال فلا إشكال . وكذا لو لم يقبل النقل . . . وأما الحقوق الأخر القابلة للانتقال الخ .

وقد ذكر السيد في حاشيته وجهاً آخر لتصحيح العبارة . واليك نصه بلفظه : (يمكن أن يكون الوصف توضيحياً ، ويمكن أن يكون تقييدياً بعد اعتبار كون العين والمنفعة أيضاً من الحقوق بالمعنى الأعم) . ويرد عليه :

أن الحق المبحوث عن جواز جعله ثمناً ليس من سنخ العين ، ولا من سنخ المنفعة لكي يحتاج تمييزه عنهما الى قيد احترازي . بل هو أمر يباين العين والمنفعة ، فانه عبارة عن الاضافة الخاصة المتعلقة بالعين تارة ، وبالمنفعة أخرى . ومن هنا قد ناقش المصنف في جعل حق التحجير ثمناً في البيع بدعوى أنه ليس بمال ـ وسيأتي ذلك قريباً ـ مع أن الأرض المحجرة مال بالحمل الشائع قطعاً .

نعم لو كان مورد البحث في العين أو المنفعة هو نفس الاضافة بين المالك والمملوك ، أو كان مورد البحث في الحقوق هو متعلقها ، لكان الحق شبيهاً بالعين والمنفعة ، واحتاج تخصيص البحث بالحقوق الى قيد احترازي . ولكن قد اتضح لك خلاف ذلك مما ذكرناه .

قوله : (كحق الشفعة وحق الخيار) . أقول : الظاهر وقوع التحريف في هذه العبارة ، ضرورة أن حق الشفعة وحق الخيار من أمثلة القسم الثاني للحق الذي أشار إليه المصنف بقوله : (وكذا لو لم يقبل النقل) .

والوجه في ذلك أن القسم الثاني من الحق هو مالا يقبل النقل الاختياري وان كان مما يقبل الانتقال بالسبب القهري كالارث ـ أو كان يقبل الاسقاط مجاناً ، أو مع العوض ومن الظاهر أن حق الشفعة وحق الخيار يقبلان الانتقال والاسقاط مجاناً أو مع العوض ، فيكونان من مصاديق القسم الثاني .

أقسام الحقوق وأحكامها

قد قسم المصنف (ره) الحقوق إلى ثلاثة أقسام :

١ ـ مالا يقبل المعاوضة بالمال ، وحكم فيه بأنه لايجوز جعله ثمناً في البيع .

٢ ـ مالا يقبل النقل ـ وإن قبل الانتقال بغير اختيار مع وجود سببه كالارث ـ كحق الشفعة وحق الخيار . وحكم فيه أيضاً بأنه لايجوز جعله ثمناً في البيع .

وأستدل على أن هذا القسم من الحق لايقبل النقل بما ذكره بعض الأصحاب من أن البيع تمليك من الطرفين (البائع والمشتري) فما لايقبل النقل لايقبل التمليك لاستحالة ، وإن قبل السقوط والاسقاط .

وناقش في هذا الرأي صاحب الجواهر ، وإليك نص عبارته : (وفيه أن من البيع بيع الدين على من هو عليه . ولا ريب في اقتضائه حينئذ الاسقاط ولو باعتبار أن الانسان لايملك على نفسه مايملكه غيره عليه الذي بعينه يقرر في نحو حق الخيار والشفعة والله اعلم) . وقد اجاب المصنف عن النقض المذكور بوجود الفارق بين بيع الدين ممن هو عليه ، وبين مانحن فيه بتقريب أن الملكية علاقة خاصة بين المالك والمملوك . ولا حاجة لها إلى وجود المملوك عليه . وعليه فلا مانع من تملك الانسان لما في ذمته ، ويترتب عليه سقوطه . ولذلك جعل الشهيد في قواعده الابراء مردداً بين التمليك والاسقاط . مع أنه لو كان تملك الانسان لما في ذمته محالا لما جعل أمر الابراء مردداً بينهما . وهذا بخلاف حق الشفعة وحق الخيار وأشباههما من الحقوق التي تتقوم بطرفين (المسلط والمسلط عليه) فان ذلك سلطنة فعلية محتاجة إلى المسلط عليه . وعلى هذا النحو فلو نقلت هذه السلطنة ممن له الحق إلى من عليه الحق لزم منه اجتماع عنوانين متقابلين : (المسلط والمسلط عليه) في شخص واحد وهو محال .

٣ ـ مايقبل النقل والانتقال ويقابل بالمال في الصلح كحق التحجير . ومع ذلك

ناقش المصنف في وقوعه ثمناً في البيع ، لأنه ـ لغة وعرفاً ـ مبادلة مال بمال . ومن البين أن الحق ليس بمال لكي يقع عوضاً في البيع . نعم إذا قلنا بعدم اعتبار المالية في كل من الثمن والمثمن أمكن جعل الحق ثمناً في البيع . هذا تفصيل ماذكره المصنف في المقام .

أقول : أما القسم الأول (مالا يقبل المعاوضة بالمال) فقد يراد منه مايقبل النقل والانتقال ، والسقوط والاسقاط قبولاً مجانياً من دون أن يقابل بالمال ـ كحق القسم للضرة على ماقيل ـ وعليه فما ذكره قدس سره وإن كان وجيهاً من حيث الكبرى : وهي أن مثل هذا الحق لايجوز جعله ثمناً في البيع . ولكن لم يدلنا دليل على وجود صغرى لهذه الكبرى في الخارج . وأما حق القسم فلا دليل على كونه من هذا القبيل .

وقد يراد من ذلك مالا يقبل النقل والانتقال ، ولا السقوط والاسقاط ـ كحق الولاية والحضانة وأشباهها ـ وهو أيضاً متين من حيث الكبرى المزبورة ، لأنه لاتصح مقابلة الحقوق بالمال إلا بلحاظ الجهات المذكورة . فاذا استحال عروض تلك الجهات على الحقوق لم تجز المعاوضة عليها .

ولكن مثل هذا لايسمى حقاً مصطلحاً ، إذ المعروف بين الفقهاء رضوان الله عليهم : أن الفرق بين الحق والحكم أن الحق نوع من السلطنة التي يكون أمرها بيد ذي الحق بخلاف الحكم ، فانه لايقبل شيئاً من ذلك . وإذن فالأمثلة المذكورة غريبة عن حدود الحق . وإنما هي من مصاديق الحكم المصطلح .

وأما القسم الثاني (مالا يقبل النقل) فيقع البحث عنه في جهات شتى :

١ ـ مالكية الانسان لما في ذمته .

ذكر المصنف (ره) : أن جواز ملك الانسان لما في ذمته معقول عقلاً ، وجائز شرعاً .

وهذا موافق للتحقيق ، لما ذكرناه في أول الكتاب من مالكية الانسان لنفسه وفعله وذمته بالاضافة التكوينية الذاتية الأولية .

نعم لايتصف ذلك بالملكية الاعتبارية . لامن جهة استحالة اتحاد المالك والمملوك عليه . بل لأن الثبوت الاعتباري إنما يصح فيما لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي . وإلا لكان الاعتبار لغواً محضاً ، وتحصيلاً للحاصل . وقد مرّ فيما سبق أن مالكية الانسان لذمته أمر تكويني حقيقي ، فلا يحتاج إلى الثبوت الاعتباري . وهذا واضح لاريب فيه .

وقد يتوهم أن المالك والمملوك عليه من المتضائفين ، وهما متقابلان . وإذن فيستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه .

ولكن هذا التوهم فاسد ، بديهة أن النسبة بين المالك والمملوك عليه وإن كانت هي التضائف . ولكن المتضائفين لايستحيل اجتماعهما في محل واحد دائماً فالله تبارك وتعالى عالم بذاته ، وهو معلوم له وكل شاعر يحبّ نفسه . وإنما الاستحالة فيما كان بين المتضائفين تغائر وجودي كالعلية والمعلولية . ومن البديهي أن المالك والمملوك عليه لم يعتبر بينهما التغائر الوجودي . فلا مانع من صدقهما على شيء واحد .

٢ ـ الفارق بين الملكية والسلطنة :

ذكر المصنف : أن الملكية لاتتوقف على المملوك عليه . والسلطنة تتوقف على المسلط عليه .

والتحقيق : أن هذا المعنى وإن كان صحيحاً بالاضافة إلى الملكية المضافة إلى الأعيان الخارجية . إلا انها لاتصح في الملكية المضافة الى الذمم . فان الكلي مالم يضف إلى ذمة شخص خاص لايبذل بازائه شيء . ولا يرغب فيه العقلاء .

٣ ـ اتحاد المسلط والمسلط عليه :

ذكر المصنف : أن مثل حق الشفعة وحق الخيار سلطنة فعلية ، فلا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد .

والتحقيق : أن حق الشفعة لايجوز المعاوضة عليه . لامن ناحية المحذور الذي

ذكره المصنف ، فانه واضح الاندفاع ، (وسيأتي قريباً) بل من جهة أن حق الشفعة إما أن يبـــاع من المشترى ، أو من غيره . وعلى الاول فيكون البيع لغواً محضاً ، إذ المشتري مالك للحصة المبيعة قبل انتقال حق الشفعة إليه وعليه فلا معنى لاستحقاقه تملك تلك الحصة ثانياً بحق الشفعة . وعلى الثاني فلأن حق الشفعة استحقاق الشريك للحصة المبيعة في شركته لكي يضمها الى حقه . فالشريك قد أخذ موضوعاً لهـــذا الحق . ومن البين الذي لا ريب فيه أنه لايعقل ثبوت الحكم لغير موضوعه ، بديهة أن نسبة الحكم الى موضوعه كنسبة المعلول الى علته ، فكما يستحيل انفكاك المعلول عن علته كذلك يستحيل انفكاك الحكم عن موضوعه .

وبتعبير آخر : أنا إذا لاحظنا آثار حق الشفعة وجدنا خصوصية في مورده . وتلك الخصوصية هي العلة التامة لثبوته للشريك فقط ، دون غيره .

نعم تجوز المعاوضة على حق الشفعة من حيث الاسقاط بأن يجعل إسقاطه ثمناً في البيع ، أو اجرة في الاجارة ، أو عوضاً في الصلح والهبة ، أو صداقاً في النكاح . ولكن هذا أجنبي عما نحن فيه ، فان مورد بحثنا إنما هو جواز المعاوضة على حق الشفعة ، وجعله عوضاً في العقود المعاوضية ، لا المعاوضة على إسقاطه ، فان الاسقاط بنفسه عمل . وقد عرفت سابقاً : أن عمل الحر يجعل عوضاً في البيع وغيره من العقود المعاوضية .

وأما حق الخيار فجواز المعاوضة عليه من حيث الاسقاط خارج عن موضوع بحثنا ـ وقد عرفته قريباً ـ وأما نقله الى غيره بالعقود المعاوضية ، وجعله عوضاً فيها فقد منعه المصنف من ناحية استلزامه اتحاد المسلط والمسلط عليه .

والجواب عن ذلك :

أولاً : أن هذا إنما يتم فيما إذا نقل حق الخيار الى من عليه الخيار . وأما إذا نقل الى غيره فلا يلزم منه المحذور المذكور . وإذن فالدليل أخص من المدعى .

ثانياً : أن هذا إنما يلزم فيما اذا كان متعلق السلطنة في الخيار هو البائع . دون

العقد . ولكن سيأتي في مبحث الخيارات أن الخيار إنما يتعلق بالعقد لا بالمتبايعين وإلا لسقط خيار كل منهما بموت صاحبه .

وعلى هذا الضوء فثبوت حق الخيار لايحتاج الى وجود المسلط عليه لكي يلزم من نقله اليه اتحاد المسلط والمسلط عليه . بل شأنه شأن حق التحجير المتعلق بالأرض المحجرة .

ثالثاً : أنه لو استحال بيع حق الخيار ممن عليه الخيار ـ لاستحالة اتحاد المسلط والمسلط عليه ـ لاستحال ملك الانسان لما في ذمته بالأولوية القطعية ، لاستحالة تملك الكلي بدون المملوك عليه . وحيث عرفت إمكان الثاني فكان الأول أولى بالامكان .

رابعاً : أن مفهوم السلطنة وإن كان من المفاهيم الاضافية . إلا أن عنوان التضايف لايقتضي استحالة صدق المتضايفين على شيء واحد . كما عرفته قريباً .

وصفوة ماذكرناه : أنه لامانع من نقل حق الخيار الى شخص آخر من الناحية التي ذكرها المصنف قدس سره .

نعم ان الخيار المجعول بجعل المتبايعين ، أو بجعل شرعي ترجع حقيقته ـ على ماحققناه في مبحث الخيارات ـ الى تحديد الملكية في البيع الى زمان فسخ من له الخيار . ومن الظاهر أن هذا غير قابل للنقل إلى غير من له الخيار . نعم هو قابل للاسقاط ، والانتقال إلى الوارث بأدلة الارث . وتمام الكلام موكول الى مبحث الخيارات . ويأتي الكلام فيه إن شاء الله .

وأما القسم الثالث : فهو ما يقبل النقل والانتقال ـ كحق التحجير ونحوه ـ وقد عرفت اعتراض المصنف على وقوعه ثمناً في البيع ، لعدم صدق المال عليه .

ويرد عليه ماذكرناه في أول الكتاب من أن المال مايرغب فيه العقلاء ، ويبذلون بازائه شيئاً . ومن البين أن حق التحجير مورد لرغبة العقلاء وتنافسهم . فيكون مالاً بالحمل الشائع . وإذن فلا محذور في جواز المعاوضة عليه من هذه الناحية .

نعم يتوجه عليه أن الحق وإن كان قابلاً للنقل والانتقال ، أو السقوط والاسقاط ، مجاناً ، أو بعوض . إلا أنه لا يمكن جعله ثمناً في البيع ، بداهة أن الحق حكم شرعي غير قابل لأن تتعلق به إضافة ملكية أو غيرها .

وقد عرفت سابقاً (١) : أن البيع لابد فيه من التبديل : بأن يقوم أحد العوضين مقام الآخر . نعم نقل الحق أو اسقاطه فعل من أفعال المكلف . فيصح جعله ثمناً . وإذن فيملك البائع على المشتري هذا الفعل . ويلزم عليه تسليمه الى البائع بعد البيع . كما هو الحال في بقية الأفعال المجعولة ثمناً .

وقد نوقش في جعل الحق ثمناً في البيع بمناقشة اخرى . وحاصلها : أن البيع ـ في الواقع ونفس الأمر ـ ليس إلا إزالة الاضافة المالكية عن كل من العوضين ، وإيجاد اضافة اخرى مالكية فيه . وعليه فلا يمكن جعل الحق ثمناً في البيع .

والسر في ذلك أن الملكية من المفاهيم الاضافية . فأحد طرفيها قائم بالمالك ، وطرفها الآخر قائم بالمملوك . ومن آثار هذه الاضافة أن يفكّ المالك ـ عند التبديل ـ إضافته القائمة بالمتاع ، ويجعلها قائمة بالثمن ، ويفكّ مالك الثمن إضافته القائمة بالثمن ، ويجعلها قائمة بالمتاع . وهذا هو البيع بالحمل الشائع . ويقابله باب الارث ، فان فيه يتبدل المالك مع بقاء المملوك على حاله .

ومن الظاهر أن التبديل في باب الحقوق من القبيل الثاني . ضرورة أنه اذا جعل الحق عوضاً في معاملة كان معناه زوال الحق من ذي الحق وثبوته لشخص آخر ، كما أن مال المورث ينتقل منه الى وارثه .

وليس معناه وقوع التبديل بين المعوض وبين متعلق الحق كالأرض المحجرة مثلا .

ولا أن معناه وقوع المعاوضة بين المعوض ونفس الحق ضرورة أن الحق ليس إلا إضافة خالصة ومن البديهي أن مقابلة هذه الاضافة بشيء تحتاج إلى إضافة اخرى

(١) ص ٢٥ .

لكي يقع التبديل في تلك الاضافة . ويلزم منه التسلسل .

وعلى هذا فلا يصدق مفهوم البيع على تبديل حق بحق . ولا على تبديله بغيره .

كما أنه لا يصدق على قيام النائب مقام المنوب عنه في الجهات الراجعة إليه ـ كالامامة ، والقضاوة . والوزارة ، والسلطنة ، وأشباهها ـ ولأجل هذه المناقشة يلزمنا أن نمنع عن جواز تبديل حق بحق . أو تبديله بغيره ، منعاً مطلقاً : أي سواء أصدق عليه مفهوم المال أم لم يصدق عليه ذلك . وأنت خبير بأن المانع من تبديل الحقوق ، وجعله ثمناً هو ماذكرناه من استحالة تعلق الملكية بالحكم الشرعي . وإلا فلو أمكن تعلقها به لم يكن مانع من تبديله ، وجعله ثمناً . وبذلك تنقطع السلسلة كما في مبادلة الأعيان والمنافع .

الملك والحق وبيان الفارق بينهما

ماهي حقيقة الملك ، وحقيقة الحق ، وما هو الفارق بينهما ؟

أن الثابت في نظام الوجود لايخلو عن أربعة أقسام : لأنه إما واجب ، أو ممكن . والثاني : إما جوهر ، أو عرض ، أو أمر اعتباري قائم بنفس الاعتبار . ولا ريب في أن الأحكام كلها من قبيل الامور الاعتبارية . سواء فيها الاحكام الشرعية ، والعقلائية ، والوضعية ، والتكليفية ، والالزامية والترخيصية .

فمعنى الوجوب اعتبار الفعل على ذمة المكلف .

ومعنى الزوجية اعتبار كل من الزوجين عدلاً للآخر .

ومعنى الملكية اعتبار إحاطة المالك بالمملوك . وعلى هذا النمط كلما ورد عليك حكم من الأحكام .

وعليه فحقيقة الملكية إنما هي السلطنة والاحاطة : وهي مقولة بالتشكيك على مراتبها الأربع المتقدمة (١) ولا ريب في أن هذه السلطنة إنما تتعلق بالأعيان الخارجية

(١) ص ٢٠ .

تارة ، وبالأفعال اخرى . فيقال : له السلطنة على المملكة . وهو سلطان الرعية ، والناس مسلطون على أموالهم . وزيد مسلط على الخياطة والبناية والتكلم والكتابة ونحو ذلك من الأفعال .

وهذا بخلاف الحق والحكم ، فانهما لا يتعلقان إلا بالافعال . فيقال : يباح للانسان أكل الخبز وشرب الماء . ويستحب له أكل الرمان ويجب على المكلف الاتيان بالصلاة الواجبة ، وترك المحرمات . ويحرم عليه شرب المسكر وأكل الرباء ، واستماع الغناء . ويكره له أكل لحم الحمير والبغال .

وأيضاً يقال : إن صاحب الخيار له حق فسخ العقد . والمرتهن له حق بيع العين المرهونة ، واستيفاء حقه من ثمنها إذا امتنع الراهن من أدائه . والزوجة لها حق المطالبة للمسكن والنفقة والمضاجعة من زوجها . والأولياء لهم حق القيام بامور المولى عليهم . وحق المؤمن على المؤمن أن يدفع غيبته . ويقضي حاجته . ويحضر جنازته . ويكشف كربته .

وعلى الجملة : إن الفارق بين الحق والحكم ، وبين الملك : أن الأولين لا يتعلقان إلا بالأفعال . بخلاف الملك فانه يتعلق بالأعيان تارة وبالأفعال اخرى . وإليك ملاحظة الاستعمالات الصحيحة الفصيحة .

الحق والحكم وعدم وجود الفارق بينهما

ماهو الفارق بين الحق والحكم ؟

لا ينبغي الريب في أن الحكم والحق متحدان حقيقة ، لأن قوامهما بالاعتبار الصرف . وتوضيح ذلك : أن المجعولات الشرعية على ستة أقسام :

١ ـ التكليفي الالزامي ، كالواجبات والمحرمات .

٢ ـ التكليفي غير الالزامي . كالمستحبات والمكروهات والمباحات .

٣ ـ الوضعي الزومي الذي يقبل الانفساخ . كالبيع والاجارة والصلح ونحوها ،

فانها وإن كانت لازمة في نفسها . ولكنها تنفسخ بالاقالة ونحوها .

٤ ـ الوضعي اللزومي الذي لا يقبل الانفساخ ، كالزواج ، فانه لا ينفسخ إلا في موارد خاصة .

٥ ـ الوضعي الترخيصي الذي يقبل الاسقاط ، كحق الشفعة وحق الخيار ، فلصاحب الحق أن يرفع يده عن حقه ويسقطه .

٦ ـ الوضعي الترخيصي الذي لا يقبل الاسقاط ، كالجواز في الهبة . فانه حكم مجعول للشارع . ولا يرتفع بالاسقاط .

وهذه الامور الاعتبارية وإن اختلفت من حيث الآثار اختلافاً واضحاً ، ولكنها تشترك في أن قوامها بالاعتبار المحض وإذن فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعي أو العقلائي إلى الحق والحكم لكي نحتاج إلى بيان الفارق بينهما . بل كلها حكم شرعي ، أو عقلائي قد اعتبر لمصالح خاصة . بناء على مسلك العدلية من تبعية الأحكام للملاكات الواقعية .

نعم تختلف هذه الأحكام في الأثر ـ كما أشرنا إليه قريباً ـ اختلافاً ظاهراً . فبعضها يقبل الاسقاط . وبعضها لا يقبله والسر في هذا الاختلاف هو أن زمام تلك الامور بيد الشارع حدوثاً وبقاء . فقد يحكم ببقائه ، كما حكم بحدوثه ، وقد يحكم بارتفاعه ولو كان ذلك باختيار أحد المتعاملين أو كليهما . نعم المتبع في ذلك ـ في مقام الاثبات ـ هو الأدلة الشرعية .

وعلى الجملة : إن الجواز واللزوم الوضعيين كالجواز واللزوم التكليفيين . فان جميعها من الأحكام الشرعية ولا تفاوت في ماهيتها وذواتها وإن اختلفت آثارها .

فاعطف نظرك هل ترى فارقاً بين جواز قتل المشرك ـ الذي يسمي حكماً شرعياً ـ وبين سلطنة ولي الدم على قتل القاتل الذي يسمى حقاً شرعياً ، لقبوله الاسقاط .

ثم أرجع البصر كرتين هل ترى فارقاً بين حق الحضانة والابوة ، والولاية وأشباهها مما لا يقبل الاسقاط ، وبين حق الشفعة وحق الخيار القابلين للاسقاط ، فافهم واغتنم .

ومن الغريب أن جمعاً من الفقهاء تصدوا لبيان الفارق بين الحق والحكم ، حتى أن بعضهم قد ألحقه بالبديهيات ، زعماً منه أن الاختلاف بينهما أظهر من الشمس ، وأبين من الأمس .

وذكر جماعة : أن الحق مرتبة ضعيفة من الملكية ، وصاحبه مالك لشيء يرجع أمره إليه ، بخلاف الحكم ، فانه مجرد جعل الرخصة في فعل شيء أو تركه ، أو الحكم بترتب أثر على فعل أو ترك .

وذكر طائفة : أن الحق مايقبل السقوط والاسقاط ، أو النقل والانتقال ، بخلاف الحكم ، فانه لايقبل شيئاً من هذه الامور . إلى غير ذلك مما ذكروه في هذا المقام . ولكنك قد عرفت : أنه لايرجع شيء من ذلك إلى محصل .

نعم لامانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحاً بطائفة من الأحكام : وهي التي تقبل الاسقاط ، إذ لامشاحة في الاصطلاح . وأظن ـ وإن كان الظن لايغني من الحق شيئاً ـ أن هذا الاطلاق صار سبباً لاختلاف العلماء في حقيقة الحق والحكم . وبيان الفارق بينهما . والله العالم .

ومما يدل على اتحاد الحق والحكم أن لفظ (الحق) في اللغة بمعنى الثبوت . ولذا يصح إطلاقه على كل أمر متقرر في وعائه المناسب له ، سواء أكان تقرراً تكوينياً أم كان اعتبارياً . وهو بهذا المعنى قد استعمل في عدة موارد من الكتاب العزيز (١)

(١) قال الله تعالى : لقد حق القول على أكثرهم (أي ثبت) يس ٣٦ : ٧٠.
« « « : فحق علينا قول ربنا : (أي ثبت) الصافات ٣٧ : ٣٠ .
« « « : أفمن حق عليه كلمة العذاب : (أي ثبت) الزمر ٣٩ : ٢٠.
« « « : إن الذين حقت عليهم كلمة ربك : (أي ثبتت) يونس ١٠ : ٩٦ .
« « « : ويحق الله الحق بكلماته : (أي يثبته) يونس ١٠ : ٨٢.
« « « : ليحق الحق ويبطل الباطل : (أي يثبت) الانفال ٨ : ٨ . —

ومن هنا يصح إطلاق كلمة (الحق) على الخبر الصادق ، لثبوت مضمونه في الواقع . ولهذا أيضاً يطلق الحق ـ بقول مطلق ـ على الله تعالى ، لبطلان غيره في جنبه سبحانه . ومن هنا قيل : إن أصدق شعر انشىء في الجاهلية هو قوله : (ألا كل شيء ماخلا الله باطل) . وإذن فمفهوم الحق يعم جميع المجعولات الشرعية . بل جميع الامور الثابتة في أي صقع من الأصقاع ، فلا وجه لتخصيصه بالاحكام فضلاً عن تخصيصه بحصة خاصة منها.

المجعول الشرعي والشك في أنه حق أو حكم

إذا شك في أن المجعول الشرعي حق اصطلاحي يقبل الاسقاط ، أو أنه حكم اصطلاحي لا يقبله ، فان كان هنا مايدل على تعيين أحدهما بالخصوص أخذ به . وإلا فان كان لدليل المشكوك فيه عموم أو إطلاق أخذ بذلك ، ويثبت به كونه حكماً .

ومثال ذلك : أنه إذا شك في أن جواز أكل المارة من الشجرة التي تمر عليها ، أو جواز الفسخ في الهبة حق أو حكم فانه يتمسك باطلاق مادل على جوازها . ويثبت بذلك كونه حكماً ، فلا يسقط بالاسقاط .

وأنه إذا شككنا في بقاء حق التحجير بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله (ص): (من سبق إلى مالم يسبقه اليه مسلم فهو له) (١)

وأنه إذا شككنا في بقاء حق القصاص بعد إسقاطه رجعنا إلى اطلاق قوله تعالى : (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً) (٢) . ومع عدم الاطلاق في ذلك

— قال الله تعالى : كذلك حقاً علينا ننج المؤمنين : (أي ثابتاً) يونس ١٠ : ١٠٣ .

« « « : وكان حقاً علينا نصر المؤمنين : (أي ثابتاً) الروم ٣٠:٤٦.

إلى غير ذلك من الآيات المتظافرة .

(١) قد أشرنا الى مصادر الحديث في ص ٦ .

(٢) الاسراء ١٧ : ٣٥

رجعنا إلى الآيات (١) والروايات (٢) الدالة على حرمة قتل النفس المحترمة .

وإن لم يكن هناك عموم أو اطلاق فان قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية استصحبنا الجواز المشكوك فيه بعد إسقاطه . ونحرز بذلك كونه حكماً . وإلا فيرجع إلى ما يقتضيه سائر الأصول اللفظية أو العملية . فقد تكون نتيجة ذلك السقوط بالاسقاط . فيكون حقاً .

وعليه فاذا شك في أن حق الشفعة وحق الخيار من قبيل الحقوق ، أو من قبيل الأحكام لم يجز إعمالهما بعد الاسقاط ، لعدم الاطلاق فيما دل على ثبوتها لذي الخيار والشفيع. وإذن فان قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية رجعنا إليه . وإلا فان العمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه محكمة .

وإذا شك في حق أنه يقبل الانتقال إلى الوارث أولا ـ كحق الحضانة والولاية وأمثالهما ـ فان كان هنا دليل على قبوله النقل فانه يحكم بقبوله الانتقال أيضاً ، إذ يستكشف من ذلك عدم وجود الخصوصية لمورد المشكوك فيه . وإلا فانه يحكم بعدم انتقاله . ويأتي تفصيل ذلك في مبحث أحكام الخيار .

وإذا شككنا فيما يطلق عليه الحق اصطلاحاً أنه يقبل النقل أولا فان الأصل عدم قبوله إياه ، إذ الظاهر من الأدلة المثبتة لذلك هو اختصاصه بذي الحق فقط . فثبوته لغيره يحتاج إلى دليل .

ودعوى أن [illegible] جواز نقله تمسكاً بالعمومات الدالة على صحة العقود ونفوذها

(١) قال الله سبحانه وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ . النساء ٤ : ٩٤ .
« « « : ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها . النساء ٤ : ٩٥.
« « « : ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق . الانعام ٦ : ١٥٢.

(٢) [illegible] الكافي ج ٢ ص ٣١٥ ، ٣١٦ . والتهذيب ج ٢ ص ٤٩١ ، والوسائل [illegible]

دعوى جزافية ، فان تلك العمومات ناظرة إلى بيان الحكم الوضعي : وهو إمضاء المعاملات العرفية : أعني بها مايكون مورد المعاملة فيها قابلا للانتقال إلى غيره . ومع الشك في ذلك كان التمسك بتلك العمومات تمسكاً بها في الشبهة المصداقية . وقد ثبت في محله عدم جواز التمسك بالعام في الشبهات المصداقية .

وإلى هنا وقف القلم في مبحث الحق والحكم . والله ولي التوفيق ، وعليه التوكل ، وبه الاعتصام .

مفهوم الانشاء وتعريفه

قوله : (فالاولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال) . أقول : إن واقع الانشاء المقابل للاخبار وإن كان من الامور الواضحة التي يعرفها الصبيان والمجانين حسب مرتكزاتهم فضلاً عن البالغين ، إلا أنه وقع الكلام فى حقيقته وفيما به يمتاز عن الاخبار . فالمعروف بين العلماء : أن الانشاء ايجاد المعنى باللفظ .

ولكن هذا التعريف مزيف ، لأنا ذكرنا في مبحث المشتقات من مدخل علم الأصول : أن المراد من ايجاد المعنى باللفظ إما ايجاد خارجي ، أو ايجاد اعتباري :

أما الايجاد الخارجي فهو ضروري البطلان ، بداهة أن الموجودات الخارجية برمتها مستندة إلى عللها الخاصة ، وأسبابها المعينة ، ومقدماتها الاعدادية . ومن الواضح الذي لاريب فيه أن اللفظ أجنبي عنها .

نعم قد يكون بعض الألفاظ من مبادىء الوجود الخارجي ، كالكلام العنيف المؤثر في إصفرار وجه الوجل . إلا أن هـــذا غريب عن ايجاد المعنى باللفظ في نظام الوجود . كما يبعد عن ايجاد المعنى باللفظ ماهو المعروف بين أهل المعقول من أن اللفظ وجود للمعنى في عالم اللفظ . ووجه البعد : أن ذلك لايختص بالجمل الانشائية . بل يعم الجمل الخبرية والمفردات أيضاً

وأما الايجاد الاعتباري فان كان المراد به وجوده في نفس المتكلم فهو واضح الفساد ، فان الاعتبار النفساني من أفعال النفس ، ومن المعلوم أن أفعال النفس توجد فيها بفاعليتها بلا احتياج الى عالم الألفاظ أصلاً ورأساً .

وإن كان المراد من الايجاد الاعتباري وجود المعنى في اعتبار العقلاء فيتوجه عليه أن الانشاء وإن كان موضوعاً لاعتبار العقلاء . إلا أن هذا الاعتبار مترتب على تحقق الانشاء في الخارج . وكلامنا في تصوير حقيقته ، سواء أكان ذلك مورداً لاعتبار العقلاء أو الشرع ، أم لم يكن .

وعلى الجملة: إنا لا نعقل معنى محصلاً لتعريف الانشاء بايجاد المعنى باللفظ، سواء في ذلك الايجاد الاعتباري والايجاد الخارجي .

والتحقيق : أن الانشاء إبراز الاعتبار النفساني بمبرز خارجي . كما أن الخبر إبراز قصد الحكاية عن الثبوت أو السلب بالمظهر الخارجي .

والسر في ذلك أنا ذكرنا في مبحث الوضع من مدخل علم الاصول : أن حقيقة الوضع هي التعهد والالتزام النفسي بجعل لفظ خاص ، أو هيئة خاصة مبرزاً لقصد تفهيم أمر تعلق غرض المتكلم بتفهيمه . ومن البديهي أن هذا المعنى أمر اختياري لكل من التزم بذلك وتعهد به . والارتباط الحاصل بين الدال والمدلول أمر قهري ومنتزع من الالتزام المذكور .

ولا يخفى على الفطن العارف أن هذا المعنى للوضع موافق للوجدان والذوق السليم ، والارتكاز العقلائي ، والفهم العرفي ، والمعنى اللغوي ، بديهة أن الوضع في اللغة بمعنى الجعل والاقرار والاثبات وما يراد منها من ألفاظ أية لغة كانت . وعليه فالتزام المتكلم بابراز مقاصده - عند التفهيم - بالألفاظ الخاصة نوع من الوضع . ومن هنا يطلق الواضع على مقنن القوانين في المحاكم العرفية .

وعلى هذا النهج فكل من تعهد بابراز مقاصده بالألفاظ المتداولة بين أهل اللسان

ـ لتفهيم أمر تعلق به غرضه ـ فهو واضع حقيقة . نهاية الأمر أن إطلاق الواضع على الجاعل الاول إنما هو لسبق زمانه ، وقدم عهده . ولا فارق فيما ذكرناه بين الجمل الخبرية والجمل الانشائية ، وغيرهما من الألفاظ المفردة والمركبة التي هي من الامارات الجعلية.

نعم تفترق الجمل الانشائية عن الجمل الخبرية بأن الجمل الانشائية إنما وضعت بهيئاتها الانشائية لابراز أمر ما من الامور النفسانية : وهذا الأمر النفساني قد يكون اعتباراً من الاعتبارات ، كما في الأمر والنهي والعقود والايقاعات . وقد يكون صفة من الصفات ، كما في التمني والترجي . ولأجل ذلك أن الجمل الانشائية لاتتصف بالصدق تارة وبالكذب أخرى . إذ ليس في مواردها خارج تطابقه النسبة الكلامية ، أو لا تطابقه .

وهذا بخلاف الجمل الخبرية ، فانها موضوعة لابراز قصد الحكاية عن الثبوت أو السلب . وعليه فالهيئات التركيبية للجمل الخبرية أمارة على قصد المتكلم للحكاية عن النسبة ، وهـــذه الحكاية قد تطابق الواقع فتكون الجملة صادقة ، وقد تخالفه فتكون كاذبة . وقد اتضح لك مما ذكرناه أن المتصف بدءً بالصدق والكذب ـ في الجمـــل الخبرية ـ إنما هو الحكاية عن الواقع . وأما اتصاف الجملة الخبرية بهما إنما هو من قبيل وصف الشيء بحال متعلقه .

والمتحصل مما بيناه أن استعمال اللفظ في المعنى ليس إلا إظهار المقاصد النفسانية بمبرز خارجي سواء في ذلك الجمل وغيرها . وإذن فالانشاء من مصاديق استعمال اللفظ في المعنى بلا ارتباط له بايجاد المعنى باللفظ .

حقيقة البيع وتعريفه

لايخفى على الناقد البصير أن البيع ليس إنشاءً ساذجاً ـ وإن علم عـــدم تحقق الاعتبار النفساني ـ وإلا لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل والساهي والنائم والسكران وأمثالهم ، ولا أنه صرف الاعتبار النفساني ـ وإن لم يقترن به المظهر الخارجي ـ

وإلا لصدق مفهوم البيع على الاعتبار النفساني المحض من دون إبرازه بمبرز خارجي . وهو باطل بالضرورة .

بل حقيقة البيع هي الاعتبار النفساني المظهر بمظهر خارجي ، سواء أكان ذلك ممضي للشارع أو للعقلاء أم لم يكن كذلك . وعليه فاذا اعتبر أحد تبديل ماله بمال غيره في أفق نفسه ، ثم أظهر ذلك بمبرز خارجي صدق عليه مفهوم البيع جزماً . وكذلك الحال في سائر الأمور الانشائية من العقود والايقاعات ، والأوامر والنواهي ، فان معنى الأمر ـ مثلاً ـ ليس إنشاءً خالصاً ، ولا اعتباراً ساذجاً . بل هو الاعتبار النفساني المظهر بمبرز خارجي .

وإذا اطلعت على ماذكرناه في معنى الانشاء ، ولاحظت ما بيناه في معنى المبادلة (١) جاز لك تعريف البيع بأنه إنشاء تبديل شيء من الأعيان بعوض في جهة الاضافة . ولا يتوجه عليه لزوم أخذ الانشاء في المنشأ . كما سجله المصنف على ماذكره المحقق الثاني من أن البيع نقل العين بالصيغة المخصوصة . وذلك لأن هذه المناقشة واضحة الدفع نقضاً وحلاً ، وسيأتي قريباً .

قوله : (ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ، ولا متشرعية بل هو باق على معناه العرفي) . أقول : قد عرف الفقهاء البيع بتعاريف شتى غير ماذكرناه :

١ — ماذكره الشيخ في المبسوط ، والعلامة في التذكرة من أن البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي . ورماه المصنف الى التسامح الواضح ، ولم يبين سره . ولعل الوجه فيه أن الانتقال أثر للبيع ، فلا يسوغ تعريف الشيء بأثره . إلا على سبيل العناية والمجاز .

وأضف إلى ذلك أن البيع أمر قائم بالبائع ، كالتمليك والتبديل . والانتقال

(١) قد عرفت ذلك مفصلا في ص ٢٢

صفة للعوضين ، فلا وجه لتعريف البيع بذلك . نعم لا بأس بتوصيفه بالانتقال مجازاً ، لأن ذلك من قبيل توصيف الشيء بحال متعلقه (١) .

٢ — ما أشتهر بين الفقهاء من أن البيع هو الايجاب والقبول الدالين على الانتقال .

وناقش فيه المصنف (ره) بأن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ ، فلا وجه لتفسيره به . على أن البيع ينشأ باللفظ . ولا معنى لانشاء الايجاب والقبول باللفظ . ولكن هذه المناقشة متوجهة إلى تعريف المصنف أيضاً ، لأنه أخذ الانشاء في تعريف البيع . وسيأتي قريباً . قيل :

إن اللفظ سبب والبيع مسبب . فيستحيل تعريف المسبب بسببه .

ويرد عليه : أن البيع ليس من الأمور التوليدية لكي يتسبب إليه بالألفاظ ، ويضاف إليه أن من عرف البيع بالتعريف المذكور فقد التزم بكونه اسماً للسبب دون المسبب .

٣ — ماحكي عن المحقق الكركي في جامع المقاصد من أن البيع نقل العين بالصيغة المخصوصة .

وناقش فيه المصنف ، وحاصل مناقشته : أنه إن كان غرض المحقق الثاني من هذا التعريف ان البيع نقل العين المنشأ بالصيغة المخصوصة فيرد عليه : أن النقل بنفسه وإن كان أمراً يمكن إنشاؤه بالصيغة . إلا أن النقل مقيداً بكونه منشاءً بالصيغة غير قابل لتعلق الانشاء به . وهو ظاهر .

وإن كان غرضه من ذلك أن البيع نفس النقل الخاص المرادف للبيع ، وجعله

---

(١) ربما يناقش في هذا التعريف بما ذكره في الجواهر من أن البيع فعل ، فلا يكون انتقالاً . وفيه أن البيع وإن كان من الفعل بمعناه اللغوي . إلا أنه أمر اعتباري صرف . ومن الواضح أن الأمور الاعتبارية غير داخلة تحت مقولة الفعل بمعناها المصطلح المباينة لمقولة الانفعال .

مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل الذي تكون الصيغة سبباً له . لا أن يكون التقييد مأخوذاً في مفهوم البيع لكي يكون مدلول بعت نقلت بالصيغة ، وإن كان غرضه هذا فان أراد من الصيغة خصوص كلمة بعت فقد لزم منه الدور ، إذ الغرض من التعريف معرفة مادة بعت، فلا يمكن تعريف تلك المادة بما يشمل عليها . وإن أراد من الصيغة ماهو الأعم من كلمة بعت وجب الاقتصار على مجرد النقل والتمليك . والجواب عن ذلك:

أن لفظ البيع ـ على ماتقدم بيانه قريباً ـ لم يوضع للاعتبار النفساني الصرف : أعني به اعتبار التبديل بين المالين . كما أنه لم يوضع لمجرد الانشاء من دون أن يكون هناك اعتبار نفساني . بل هو موضوع للاعتبار المبرز في الخارج بمبرز ما . وهذا المعنى كما يمكن أن يتحقق بغير صيغة بعت من الألفاظ الكاشفة عن اعتبار التبديل بين العوض والمعوض . كذلك يمكن أن يتحقق بصيغة بعت .

وهذا نظير لفظ الاذن والاجازة وغيرهما مما وضع لابراز الرضا النفسي بمبرز ما ، فانه كما يمكن إبراز الرضا بلفظ آخر ينطبق عليه مفهوم الاذن . كذلك يمكن إبرازه بلفظ الاذن أيضاً . فاذا قال : أذنت لك في أن تفعل كذا فقد أبرز رضاه بهذه اللفظة، ويكون ذلك مصداقاً للاذن في الخارج .

وعلى الجملة : لامانع من أن يكون البيع اسماً للنقل بالصيغة المخصوصة . ومعه فكما يمكن إنشاء البيع بسائر الصيغ كذلك يمكن إنشاؤه أيضاً بصيغة بعت . ولا يفرق في ذلك بين القول : بأن الانشاء ايجاد المعنى باللفظ ـ كما هو المشهور ـ وبين القول : بأنه إظهار مافي النفس من الاعتبار ، كما هو المختار عندنا .

ويضاف إلى ذلك : أن ماوجهه المصنف على المحقق الثاني يتوجه على تعريفه حذو النعل بالنعل ، والقذة بالقذة ، لأن المصنف (ره) قد عرف البيع ـ وسيأتي ـ بأنه إنشاء تمليك عين بمال ومن الواضح أن إنشاء التمليك ليس إلا إنشاء البيع بالصيغة المخصوصة.

نعم يتوجه على التعريف المزبور أمران ، وقد تعرض لهما المصنف :

١ — أن لفظ النقل ليس مرادفاً للبيع . بل هو من الكنايات . وقد ثبت في محله أنه لايجوز استعمال الألفاظ الكنائية في التعاريف .

٢ — أن التعريف المذكور غير جامع لأفراد المحدود ، بداهة أن المعاطاة بيع عند المحقق الثاني ، مع أنها لم تنشأ بالصيغة أصلاً فضلاً عن الصيغة المخصوصة .

٤ ماحكي عن الحلبي من أن البيع عقد يقتضي استحقاق التصرف في المبيع والثمن . ويرد عليه وجوه :

١ — أن العقد مركب من الايجاب والقبول . وإذن فيتوجه على هذا التعريف مايتوجه على تعريف البيع بالايجاب والقبول .

٢ — أن هذا التعريف لايشمل البيع الفاسد ، لأنه لايقتضي استحقاق التصرف في العوضين . مع أنه بيع جزماً . وعليه فلا يكون جامعاً لأفراد المحدود .

٣ - أن التعريف المذكور مشتمل على الدور ، لمكان ذكر المبيع فيه ، بداهة أن الغرض منه معرفة مادة بعت . ومن الواضح أن ذكر مايقتطف منها في تعريفها دور واضح

٥ — ماذكره المصنف من أن البيع إنشاء تمليك عين بمال . ويتوجه عليه وجوه :

١ — أن لفظ العين يشمل الأعيان المتمولة وغيرها . مع أنه (ره) اعتبر المالية في العوضين . فلا يكون تعريفه هذا مانعاً عن دخول الأغيار في المحدود .

٢ - أنه لو كان البيع إنشاء تمليك عين بمال لزم منه أن يكون التبديل فيه في الاضافة الملكية فقط . وقد عرفت خلاف ذلك فيما تقدم (١) وقلنا : إن البيع تبديل شيء بشيء في جهة الاضافة . لافي الاضافة الملكية ولا في الاضافة المالية .

٣ — أنه لادليل على اعتبار المالية في الثمن . وإنما المناط في تحقق مفهوم البيع صدق عنوان المعاوضة عليه . وقد مرّ تفصيل ذلك فيما سبق (٢) كما اتضح لك ان الصحيح هو ماذكرناه في تعريف البيع من أنه انشاء تبديل عين بعوض في جهة الاضافة .

(١) ص ٢٣ . (٢) ص ٢٤ .

أوهام حول تعريف البيع

قوله : (ولا يلزم عليه شيء مما تقدم . نعم يبقى عليه أمور) أقول : بعدما عرفَ المصنف البيع بانشاء تمليك عين بمال تصدى لذكر جملة من النقوض المتوجهة على التعريف المزبور . والجواب عنها . ويحسن بنا التعرض لتلك النقوض وأجوبتها تأسياً له (ره) . منها :

١ — أن تعريف البيع بانشاء تمليك عين بمال موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت . وإلا لم يكن التمليك مرادفاً للبيع .

وقد أجاب عنه المصنف بصحة الايجاب بلفظ ملكت ، لأن التمليك بالعوض ليس معنى آخر غير البيع . وقد صرّح بذلك أيضاً في البحث عن ألفاظ العقود . وسيأتي .

والتحقيق : أنه لا ريب في جواز إنشاء البيع بلفظ ملكت . ولكن هذا بعيد عن قضية مرادفة التمليك للبيع . ضرورة أنه ربما يتحقق مفهوم البيع ولا يكون هناك تمليك أصلاً . ومثال ذلك : أنه إذا أوصى أحد بصرف ماله في سبيل الله ، ونص على عدم صيرورته ملكاً لأحد ، فانه إذا بيع المال المزبور - لكي يصرف ثمنه في قربات الله - لم يقع التبديل بين العوضين في الاضافة الملكية . بل في إضافة أخرى غيرها (١) .

وأضف إلى ذلك أن الانشاء بصيغة ملكت إنما يصح فيما إذا كان المشتري أصيلا . وأما إذا كان فضولياً ، أو أحد الأولياء من قبل الأشخاص المحجورين فانه لا يصح خطابه بلفظ ملكتك . بل لابد حينئذ من إنشاء البيع بلفظ آخر غير لفظ ملكت . ومن النقوض .

٢ أنه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال لم يشمل ذلك بيع الدين ممن هو عليه ، إذ الانسان لا يملك مالا على نفسه .

---

(١) قد تقدم تفصيل ذلك في ص ٢٣ .

وأجاب عنه المصنف بوجهين . وحاصل الوجه الأول : أنه يمكن أن يتملك الانسان مالا على نفسه . وتكون نتيجته سقوط ذلك المال عن ذمته . ونظير ذلك: أن يكون أحد مديوناً لغيره ديناراً واشترى الدائن متاعاً من المديون بدينار كلي في الذمة فان الدينارين يسقطان بالتهاتر .

وحاصل الوجه الثاني : أنه إذا لم يعقل تملك الانسان لما في ذمته لم يعقل بيعه أيضاً ، إذ ليس للبيع لغة وعرفاً معنى غير المبادلة والنقل والتمليك ، وما يساويها من الالفاظ سواء أكانت من اللغة العربية أم كانت من غيرها ومن هذه الناحية قال فخر المحققين : (إن معنى بعت في لغة العرب ملكت غيري ، فاذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها فلا يعقل البيع) .

والتحقيق : أنه لا بأس بما ذكره في الوجه الثاني . وأما الوجه الاول فيرد عليه أنه أذا صح ملك الانسان لما في ذمته حدوثاً صح ذلك بقاء أيضاً ، بديهة أن الموانع العقلية لا يفرق فيها بين الحدوث والبقاء . إلا إذا كان المانع عن البقاء هو الحكم الشرعي ، كما في شراء العمودين فانه حينئذ لا بأس من الالتزام بالملكية الآنية حدوثاً لا بقاء . ولكن هذا فيما إذا كان ملك الانسان لما في ذمته بالملكية الاعتبارية لا بالملكية الذاتية .

وقد عرفت ذلك سابقاً في البحث عن أقسام الحقوق وستعرفه قريباً عند الجواب عن النقض (١) .

---

(١) قد أجاب المحقق النائني عن النقض المذكور في المتن وإليك نص مقرر بحثه : (فالصواب أن يقال : بيع الدين على من هو عليه وإن كان صحيحاً ، إلا أن البيع لم يقع على ما في الذمة بقيد كونه في الذمة ليكون من قبيل مالكية الشخص لما في ذمته . وذلك لأنه بهذا القيد لا يمكن تحققه في الخارج . ولا شبهة أنه يعتبر في المبيع أن يكون من الاعيان الخارجية . بل يقع البيع على الكلي : —

والتحقيق : أن مالكية الانسان لذمته أمر ذاتي تكويني من غير أن يحتاج إلى الثبوت الاعتباري ، بديهة أن الثبوت الاعتباري إنما يصح فيما إذا لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي . وإلا لكان الاعتبار لغواً محضاً ، وتحصيلا للحاصل .

وعليه فاذا ملك شخص شيئاً في ذمة غيره فقد ملكه بالملكية الاعتبارية . وإذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه تبدلت الملكية الاعتبارية بالملكية الذاتية التكوينية ، لما عرفته من لغوية الثبوت الاعتباري في موارد الثبوت الحقيقي . وإذن فلا مجال

— وهو من من الحنطة ـ مثلا ـ فيصير المشتري : أعني المديون مالكاً لذلك الكلي على البائع . وحيث إن البائع كان مالكاً لمن من الحنطة على ذمة المديون : وهو المشتري فينطبق ما على البائع على ما كان له على المديون المشتري . فيوجب سقوط ذمة كليهما . وهذا وإن لم يكن من التهاتر حقيقة ، إلا أنه أشبه شيء به) منية الطالب ج ١ ص ٤٣ .

ويتوجه عليه : أن نتيجة ذلك البيع وإن كانت متحدة مع نتيجة بيع الدين ممن هو عليه ، إلا أن كلا منهما أجنبي عن الآخر ، فان المبيع في بيع الدين من غير من هو عليه هو بعينه المبيع في بيع الدين ممن هو عليه ، فكما أن المبيع فيما إذا كان المشتري غير من يكون الدين عليه إنما هو الكلي في ذمة المديون . كذلك المبيع فيما إذا كان المشتري هو المديون .

وأما ما ذكره من أن الكلي المقيد بالذمة لا يقع عليه البيع ، لأنه بهذا القيد لا يوجد في الخارج فيتوجه عليه :

أن الكلي مالم يضف إلى الخارج أو إلى ذمة شخص لا يتعلق به اعتبار الملكية . وبما أن الكلي في بيع الدين ممن هو عليه أو من غيره ليس هو الكلي الخارجي فلا مناص عن إضافته إلى الذمة . ولكن هذا الكلي غير مقيد بالذمة لكي يستحيل صدقه على الخارج . بل الذمة ظرف له : بمعنى أن المطالب والملزم بدفع الكلي هو المديون . وقد تقدم في ص ١٧ ما يوضحك معنى بيع الكلي في الذمة .

للمناقشة في بيع الدين ممن هو عليه باستحالة ملك الانسان لما في ذمته . كما لامجال لتوهم سقوط ذلك بعد التملك . بل يوجب البيع تبدل الاضافة الاعتبارية بالاضافة الذاتية . فالحجر الاساسي للمناقشة في بيع الدين ممن هو عليه إنما هو خلط الملكية الذاتية بالملكية الاعتبارية . وقد علمت الفارق بينهما . ومن النقوض :

٣ — أن تعريف البيع بانشاء التمليك الخ يشمل التمليك بالمعاطاة . مع أن المشهور بين الأصحاب أن المعاطاة ليست ببيع . بل ادعى بعضهم الاجماع على ذلك . وإذن فينتقض ذلك التعريف بالمعاطاة .

ويرد عليه : أن المعاطاة بيع حقيقة لغة وعرفاً . وأن غرض النافين إنما هو نفي الصحة أو اللزوم عن البيع المعاطاتي . والذي يوضح ذلك أنه لاوجه لدعوى الاجماع على عدم كونها بيعاً . لأن صدق مفهوم البيع عليها أمر عرفي ولا معنى لقيام الاجماع التعبدي على أمثال ذلك . وإنما مورد الاجماع التعبدي هو المسألة الشرعية

ويضاف إلى ذلك أن جماً غفيراً من اكابر الفقهاء ذهبوا إلى ان المعاطاة بيع صحيح . بل جملة من المحققين ذهبوا إلى كونها بيعاً لازماً . ومع ذلك كيف يمكن دعوى الاجماع على عدم كونه بيعاً ومن النقوض .

٤ — انه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض منعه بالشراء ، فان المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع .

واجاب عنه المصنف واليك نصه (وفيه ان التمليك فيه ضمني وانما حقيقته التملك بعوض ... وبه يظهر اندفاع الايراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين حيث ان الاستئجار يتضمن تمليك العين بمال : اعني المنفعة .

ولكنا لم نفهم معنى محصلا للتمليك الضمني اذ يرد عليه اولا انه ان كان مراده من التمليك الضمني التمليك التبعي : (بمعنى ان البائع يملك ماله للمشتري اولا ويملك المشتري ماله للبائع ثانياً) فيرد عليه : ان لازم ذلك ان ينعكس الامر فيما اذا

تقدم القبول على الايجاب : بأن يكون التمليك من ناحية المشتري اولا ، والبيع من ناحية البائع ثانياً .

وان كان مراده من التمليك الضمني : ان الفاظ الايجاب والقبول انما تدل بالدلالة المطابقية على تمليك المشتري ماله للبائع ، سواء في ذلك تقدم القبول على الايجاب وعدمه ، ان كان مراده هذا فيرد عليه : ان هـــذا يرجع الى جهة الدلالة ، ومقام الاثبات . فلا يوجب فرقاً بين التمليكين لبّاً ، وفي مقام الثبوت ، بداهة ان البيع تبديل شيء بشيء في جهة الاضافة . ومن الضروري انه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين الا ان ينتقل كل منهما الى محل الآخر في آن واحد ، وفي مرتبة واحدة . وعليه فلا يعقل وجود التمليك من ناحية البائع إلا في آن وجود التمليك من ناحية المشتري .

وبتعبير آخر : أن البائع إنما ينشيء التبديل بين الثمن والمثمن في جهة الاضافة في مرتبة واحدة . نعم يشترط رضا المشتري وقبوله لفعل البائع في تحقق عنوان التبديل ، ونتيجة ذلك : أن التمليكين (تمليك البائع وتملك المشتري) يتحققان في مرتبة واحدة . وإذن فلا أصالة ولا تبعية في المقام .

وأضف إلى ذلك : أنا سلمنا كون التمليك من ناحية البائع أصلياً استقلالياً ، ومن ناحية المشتري ضمنياً تبعياً . الا أن اطلاق التعريف شامل لكلا التمليكين واذن فلا وجه لصرفه عن الثاني ، وحصره في الأول . قيل :

ان مفهوم البيع يوجد بالايجاب الساذج ، ويتحقق به التمليك والتملك في عالم الاعتبار . وعليه فلا يبقى مجال لتمليك المشتري اكي ينتقض به تعريف البيع . واذن فلا شأن للمشتري الا قبول الايجاب من البائع ونسبة فعله الى نفسه فتكون منزلة القبول في البيع منزلة الامضاء في المعاملات الفضولية

وفيه أن قبول الايجاب وان كان شرطاً في البيع ، لا جزء مقوماً له الا أن شروط البيع على ثلاثة أقسام :

١ - أن يكون شرطاً لامضاء الشارع .

٢ — أن يكون شرطاً لامضاء العقلاء .

٣ — أن يكون شرطاً لأصل الاعتبار : بأن يدور عليه مفهوم البيع وجوداً وعدماً . ومن الواضح أن تعقب الايجاب بالقبول من القبيل الثالث . بداهة انتفاء حقيقة البيع بانتفاء القبول . فكما ان التمليك والتملك يستندان الى البائع كذلك يستندان الى المشتري . ومن النقوض :

٥ — أنه اذا كان البيع انشاء تمليك عين بمال انتقض طرده بالصلح على تملك عين بمال ويتوجه عليه وجوه :

١ — أن مفهوم الصلح هو التسالم ، ويعبر عنه في لغة الفارس بلفظ (سازش وسازكاري) وعليه فالمدلول المطابقي لكلمة الصلح انما هو انشاء التسالم على أمر معلوم. ومن الظاهر أن هذا العنوان يغائر عناوين سائر العقود ، اذ المنشأ فيهـــا (اولا وبالذات) عنوان آخر غير عنوان التسالم ، بديهة ان كل معاملة وان كانت لاتصدر الا عن تسالم بين الطرفين على تلك المعاملة . لـكنه غير عقد الصلح الذي يكون المنشأ فيه نفس هذا العنوان . فكم فرق بين انشاء الصلح ، وبين معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين .

نعم ان نتيجة انشاء الصلح بعقده قد تكون تمليك عين بعوض ، فتتحد مع نتيجة البيع . وقد تكون تمليك عين مجاناً فتتحد مع نتيجة الهبة . وقد تكون تمليك منفعة بعوض فتتحد مع نتيجة الاجارة . وقد تكون تمليك منفعة مجاناً ، فتتحد مع نتيجة العارية . وقد تكون نتيجة الصلح غير ذلك من الأمور : كما إذا كان الصلح على حق غير قابل للبيع ، أو على إسـقاط لحق الدعوى . وعلى كل حال لا يـكون الصلح مصداقاً للبيع ، ولا لغيره من العقود .

ومما يدل على مغائرة البيع والصلح مفهوماً هو أن الصلح - كما عرفته قريباً -

التسالم . ومن الواضح أن مفهوم التسالم يستحيل تعلقه بالأعيان . بل لا بد وأن يتعلق ذلك إما بالفعل ـ كالاسقاط والعفو والتمليك وأشباهها ـ أو بالحكم الوضعي كالملكية ونحوها . بخلاف البيع ، فانه تبديل شيء من الاعيان بعوض (١) .

ومن هنا أن الصلح يتعدى إلى متعلقه بلفظ (عن أو على) فيقال : صالحتك عما علم بما علم . أو يقال : صالحتك على أن يكون هذا لك وذلك لي . بخلاف البيع ، فانه يتعدى إلى متعلقه بنفسه ، فيقال : بعتك المتاع الفلاني بكذا . فيستوضح من ذلك : أن مفهوم أحدهما غير مفهوم الآخر .

وعلى الجملة : إن مفهوم التسالم وإن صدق على جميع العقود حتى النكاح ، إلا أن المنشأ في كل عقد بدءً غير ما هو المنشأ في الصلح . وإذن فلا سبيل إلى انتقاض تعريف البيع بالصلح ، لانهما متغايران مفهوماً (٢) ومن النقوض :

---

(١) قد تقدم تفصيل ذلك في ص ٢٣ .

(٢) ذكر المصنف (ره) : أنه (وقد يتعلق الصلح) بتقرير أمر بين المتصالحين كما في قول أحد الشركين لصاحبه : صالحتك على أن يكون الربح لك والخسران عليك . فيفيد مجرد التقرير) .

اقول : يمكن أن يكون نظره في ذلك إلى حسنة الحلبي عن الصادق (ع) في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه وكان من المال دين . (وفي التهذيب : وكان المال عيناً وديناً ، ولم يقل : وعليها دين) وعليها دين فقال أحدهما لصاحبه : أعطني رأس المال . ولك الربح ، وعليك التوى (الهلاك) فقال لا بأس إذا اشترطا فاذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله عزوجل .

فروع الكافي ج ١ ص ٤٠٣ . والوافي ج ١٠ ص ١٢١ . والتهذيب ج ٧ ص ١٦٨ . والوسائل ج ٢ باب ٤ من أبواب أحكام الصلح .

قال هذه الرواية لا تخلو عن الاشعار بنفوذ الصلح في امثال الموارد . وعلى أي كيف تنفرد إلى ما دل على نفوذ الصلح و[illegible]

٦ — أنه إذا كان البيع تمليك عين بمال انتقض طرده بالهبة المعوضة .

والتحقيق : أن الهبة على ثلاثة أقسام :

١ — أن تكون مجانياً من غير أن تقابل بالعوض سواء أكان ذلك بالاشتراط أم بارادة المتهب .

٢ — أن لا يشترط الواهب عوضاً في هبته إلا أن المتهب يسلى العوض عن تلقاء نفسه قضية لمقابلة الاحسان بالاحسان .

٣ أن يشترط الواهب عوضاً في هبته بأن يهب شيئاً للمتهب ويشترط عليه فعلا من الافعال . ويسمى هذا هبة معوضة . وقد توهم انتقاض تعريف البيع بذلك .

ويتوجه عليه ما ذكره المصنف وتوضيحه : أن حقيقة الهبة متقومة بتمليك الواهب ماله للمتهب تمليكاً مجانياً من دون أن يعتبر العوض في ماهيتها . نهاية الأمر أنه قد يشترط فيها العوض ، فتسمى هبة معوضة . ومن الظاهر أن اشتراط العوض فيها لا يخرجها عن حقيقتها ، إذ الشرط ليس عوضاً للتمليك . ولا بدلا عن المال الموهوب بل شأن العوض المشروط في الهبة شأن سائر الشروط المشروطة في بقيـــة العقود . والشاهد على صدق مقالنا : أنه لو تخلف المتهب عن العمل بالشرط لم تبطل الهبة . بل يثبت للواهب خيار تخلف الشرط .

ويتضح ما ذكرناه وضوحاً جلياً بملاحظة التعويض غير المشروط في ضمن الهبة الأولى الصادرة من الواهب ، بداهة أن التعويض الصادر من المتهب هبة أخرى غير دخيلة في حقيقة الهبة الأولى الصادرة من الواهب . فيستكشف من ذلك أن حقيقة الهبة متقومة بالتمليك المجاني وهذا بخلاف البيع ، فانه متقوم باعتبار التبديل بين العوض

— البختري الضعيف عن الصادق (ع) قال : الصلح جائز بين المسلمين . و كمرسلة الفقيه عن رسول الله (ص) الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالا الوافي ج ١٠ ص ١٢١ . والوسائل باب ٣ من أبواب أحكام الصلح .

والمعوض ، وإظهاره بمبرز خارجي . وعليه فيستحيل تحقق مفهوم البيع بتمليك البائع فقط ، أو بتمليك المشتري فقط (١) .

---

(١) ربما يتوهم انتقاض التعريف بقسم آخر للهبة المعوضة الذي لم يتعرض له المصنف : وهو أن يهب الواهبُ ماله للمتهب على أن تكون داره ـ مثلا ـ للواهب بعنوان شرط النتيجة .

ولكنه أيضاً أجنبي عن حد البيع ، بداهة أن الدار وإن صارت ملكاً للواهب بقبول المتهب الهبة . إلا أن ذلك من ناحية الشرط دون العقد . ولذا لو فرض فساد الشرط ـ لعدم كون الدار ملكاً للمشروط عليه ، أو من جهة أخرى ـ لم تبطل الهبة بناء على ماهو المشهور بين الأصحاب من أن فساد الشرط لا يسري إلى العقد . وهذا بخلاف البيع ، فان العوض فيه يصير ملكاً للبائع بنفس العقد . لا من قبل الشرط .

ثم إنه لاوجه لما ذكره المصنف (ره) من حصر تمليك العين بالعوض في البيع . وتحقيق ذلك في نواحي شتى :

١ — ما أفاده المصنف من أنه لا معنى للرجوع إلى الأصل بعد انحصار التمليك بالعوض في البيع ، وعدم صدقه على غيره .

وفيه أن التمليك بالعوض غير منحصر في البيع ، بل له صنف آخر غير البيع ، كتبديل عرض بعرض ، أو نقد بنقد ، أو منفعة بمنفعة من دون أن يجعل أحد العوضين ثمناً والآخر مثمناً ، فان ذلك خارج عن حدود البيع ، وإنما هو قسم خاص من المعاملات المعاوضية . وتدل على صحته آية التجارة عن تراض . النساء ٤ : ٣٣

٢ — أنه إذا وجدت معاملة في الخارج وشك في أنها بيع أو غيره حملت على البيع ، لغلبته على سائر أفراد التمليك بالعوض ، وقد حقق في محله أن الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب .

وفيه أنه لادليل على حجية الغلبة ؛ وإذن فالظن الحاصل منها لا يغني من =

ثم إنه ذكر السيد في حاشيته قسمين آخرين للهبة غير ما تقدم :

١ — أن تقع الهبة في مقابل الهبة ، كما إذا قال الواهب :

ملكتك كذا بهبتك كذا ، ويقصد بذلك وقوع الهبة بازاء الهبة : بأن تكون كلمة (الباء) متعلقة بالتمليك بلحاظ نفسه لا بلحاظ متعلقه والفارق بين هذا القسم ، وبين ما يشترط فيه العوض : أنه إذا لم يهب المتهب هنا بطلت الهبة الأولى ، إذ المفروض أن كلاً من التمليكين وقع في مقابل الآخر . ومن الظاهر أن مقتضى المقابلة هو انتفاء كل منهما بانتفاء الآخر . بخلافه هناك ، فان مخالفة الشرط فيه يوجب الخيار فقط . وأما الفارق بينه وبين البيع فلن المقابلة هنا بين الفعلين . بخلاف البيع فان المقابلة فيه بين العوضين .

٢ ـ أن تقع المقابلة بين المال والهبة : بأن يقول الواهب ملكتك كذا بمقابل ما أعطيتني . نظير أن يقول : أكرمتك بعوض ما أعطيتني . ويقصد في هذا القسم وقوع المال بازاء الهبة : بأن تكون كلمة (الباء) متعلقة بالتمليك بلحاظ نفسه أيضاً .

والسر في أن هذا القسم من أقسام الهبة دون البيع : أن العوض فيه لم يقابل بالعين لكي يكون ذلك من أفراد البيع ، بل في مقابل الفعل وهو التمليك . وأما المال فهو مجاني صرف ولم يقع بازائه شيء .

= الحق شيئاً . ويضاف إلى ذلك أن بقية أفراد التمليك بالعوض ليست بنادرة . غاية الأمر أن أفراد البيع أكثر . من غيرها .

٣ — إذا أنشيء التمليك بالعوض بصيغة البيع ، واحتملنا إرادة المعنى المجازي من ذلك ـ كالصلح والهبة المعوضة ـ حمل على البيع ، لأصالة الحقيقة التي ثبتت حجيتها ببناء العقلاء ، وإجماع العلماء ، وسيرة الرواة ، وديدن حملة الحديث . وفيه أن الأصل بهذا المعنى وإن كان صحيحاً ، بل مورداً للتسالم . ولكن

والتحقيق : أنا لا نعقل مقابلة الهبة بالهبة او بالمال مقابلة معاوضية بصيغة وهبته ، لأن هذه الصيغة إنما تكفلت بانشاء تمليك متعلقها (العين الموهوبة) للمتهب ومع ذلك يستحيل أن يتكفل بانشـــاء تمليك نفسها له إلا بانشاء آخر بأن يقول : ملكتك هبتي لك كذا بهبتك إياي كذا .

وعليه فيكون كل من المتعاملين مالكاً لعمل الآخر : أعني به الهبة المذكورة في العقد . ومن النقوض :

٧ — أنه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض طرده بالقرض ، لأنه أيضاً إنشاء تمليك عين بمال .

وأجاب عنه المصنف : (بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة ، لامعاوضة للعين بهما) .

وناقش فيه المحقق الايرواني واليك نصه « فإنما هو مجرد تغيير للعبارة مـــع ، كون واقعه هو المعاوضة ، أوهوغير معقول ، فان التمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة إن كان بمعنى المقابلة على أن يكون تمليكاً بازاء عوض في الذمة فذلك هو الأول ، فانه تمليك بعوض في الذمة . وإن كان لا بمعنى المقابلة . بل كان التمليك مجانياً وقد اشترط في تمليكه أن تكون الذمة مشغولة بحكم الشارع ، كما تكون مشغولة في موارد الضمانات فذلك هو الثاني) .

ولكن هذه المناقشة غريبة عن مقصود المصنف ، فان غرضه ـ على ما يظهر من مبحث ضمان العين بالمثل أو القيمة وسيأتي ـ أن الانسان إذا وضع يده على مال غيره ضمنه لمالكه بجميع خصوصياته النوعية والصنفية والشخصية ـ سواء أكانت تلك الخصوصيات دخيلة في المالية أم لا ـ بديهة أن الثابت في ذمة الضامن ابتداء إنما هو نفس العين . فيجب ردها إلى مالكها لقاعدة ضمان اليد . وإذا تلفت العين وجب مثلها

على الضامن ، لأنه أقرب إلى التالف وإن لم يوجد مثلها وجب عليه أداء قيمتهـا ، لأحتوائها على جميع ماهو دخيل في مالية العين .

وعلى هذا الضو. فمعنى القرض هو تمليك المقرض ماله المقترض على وجه ضمان المثل . وحينئذ فيملك الدائن على المدين أمراً كلياً منطبقاً على كل فرد من الأفراد الخارجية المساوية لما اخذه من القرض في الخصوصيات النوعية والصنفية الدخيلة في المالية . وأما الخصوصيات الشخصية غير الدخيلة في المالية فهي لا تدخل تحت الضمان لأن الانسان إنما يستقرض شيئاً لدفع حاجته به . فلزوم ابقائه على حاله نقض للغرض

وعليه فليس المقرض ان يجبر المقترض على رد العين المأخوذة قرضاً تمسكـاً بدليل ضمان اليد ، بداهة ان قاعدة ضمان اليد لاتجري في المقام ، إذ المفروض ان يد المقترض لم تتعلق بمال غيره . وأما الضمان بالاقدام فلا يترتب عليه أزيد مماثبت فيه التعهد . وقد عرفت قريباً : أن العهدة لم تثبت ـ في باب القرض ـ إلا بالنسبة إلى مالية العين المأخوذة قرضاً ، لا بالنسبة إلى خصوصياتها الشخصية . فيستوضح من ذلك أن القرض خارج عن حدود البيع .

ويتضح ما ذكرناه جلياً بقياس القرض بالغصب ، إذ لا فارق بينهما إلا من ناحية أن المغصوب يضمن على الغاصب بجميع خصوصياته النوعية والصنفية والشخصية وهذا بخلاف القرض فان المال المأخوذ قرضاً غير مضمون بالخصوصيات الشخصيـة كما عرفته قريباً . وعلى هذا فكما لا يتوهم انتقاض تعريف البيـع بالغصب ، كذلك لا يتوهم انتقاضه بالقرض أيضاً . وهذا واضح لا ريب فيه .

ثم إن المصنف قد استشهد على خروج القرض عن مفهوم البيع بامور عديدة .

١ — أنه لو كان القرض من أفراد البيع لجرى فيه رباء المعاوضة مع أنه لا يجري فيه .

وأوضحه السيد في حاشيته بما هذا نصه (لا يشترط في تحقق الرباء فيه (القرض) ما يعتبر في تحققه في سائر المعاوضات من اعتبار كون العوضين من جنس واحد ، واشتراط كونهما من المكيل والموزون . بل يحرم فيه الزيادة مطلقاً وإن لم يكونا من جنس واحد ، كما في قرض القيميات ، وكذا إن كان معدوداً أيضاً هذا) .

ثم ناقش في ذلك وإليك لفظه : (ولكن يمكن أن يمنع دلالة ذلك على عدم كونه معاوضة وإن كان أصل المطلب حقاً ، لوضوح أن القرض تمليك بالضمان ، لا بعوض . وذلك لا مكان اختصاص بعض المعاوضات بسعة دائرة الرباء فيه لدليل خاص فتدبر) .

والظاهر : أن المصنف (ره) يريد من قوله : (لا يجري فيه رباء المعاوضة) مطلباً آخر غير ما فهمه السيد منه . وهو : أن اقتراض نقد مسكوك من الذهب أو الفضة ، ودفع نقد آخر منهما ـ حين الأداء ـ الذي يساوي القرض في المالية وإن زاد عليه في المقدار لا يستلزم الرباء ومثال ذلك : أن يقترض أحد من صاحبه ريالا عراقياً ويدفع عن بدله إلى المقرض أربعة دراهم . فان هذه الدراهم وإن كانت مساوية للريال في المالية ، ولكنها زائدة عليها في المقدار . ومع ذلك لا يكون هذا رباء . إلا إذا استلزم زيادة في المالية . وهذا بخلاف المعاملات المعاوضية فان شراء الريال الواحد بأربعة دراهم معاملة ربوية قطعاً .

والسر في ذلك ما ذكرناه آنفاً من ان معنى القرض تمليك العين على وجه ضمان المثل او القيمة . ومن البين ان هذا العنوان امر كلي قابل الانطباق على افراده الخارجية المساوية للعين المأخوذة قرضاً في المالية وان زادت عليها في القدر . فيستكشف من ذلك ان باب القرض غريب عن باب المعاملات المعاوضية . والا لاتحدا في الآثار .

قوله : (ولا الغرر المنفي فيها) . أقول : توضيح كلامه : أنه يجوز اقتراض شيء

مع الجهل بمقداره وأوصافه . ومن الظاهر انه لو كان القرض من قبيل المعاملات المعاوضية لاعتبر فيه العلم بالمقدار والاوصاف، لنهي رسول الله (ص) عن بيع الغرر(١) وعليه فلو أخذ المقرض قبضة من الدراهم المصبوبة بين يديه ، وأقرضها لشخص من غير علم بمقدارها صح القرض . نعم لابد للمقترض أن يعرف مقدار ذلك لكي يتمكن من الأداء . إلا أنه أجنبي عن حقيقة القرض ومن هنا لا بأس باقتراض الطعام بصخرة مجهولة ، لامكان الأداء بتلك الصخرة وإن لم يعلم مقدارها إلى الأبد .

نعم ظاهر جمع من الفقهاء في باب القرض وجوب العلم بمقدار القرض ، وأنه لا يجوز الاقتراض بالكيل والوزن المجهولين . ولكن ناقش في ذلك بعض الاعاظم ونقل فيه القول بالجواز عن ظاهر جماعة آخرين بدعوى أن دليل نفي الغرر مختص بالبيع . غاية الأمر أنه يجوز التعدي منه إلى مطلق المعاملات المعاوضية ، للقطع بعدم الخصوصية للبيع ، إذ المناط في النهي عن بيع الغرر إنما هو رفع النزاع ،وقطع المرافعة . ومن البديهي أن هذا المناط موجود في مطلق المعاملات المعاوضية ، وأما القرض فلا دليل على اعتبار نفي الغرر فيه ، ولا أنه من قبيل المعاملات المعاوضية . لكي يعتبر فيه نفي الغرر من هذه الناحية. وإذن فلا وجه لاعتبار العلم بمقدار القرض .

وهذه المناقشة في غاية المتانة . ولكن يحسن بنا أن نقول : إن القرض خارج عن موضوع الغرر حتى مع وجود الدليل على نفي الغرر بقول مطلق ، لأنا ذكرنا سابقاً : أن الثابت في ذمة المقترض إنما هو مالية العين المأخوذة قرضاً ، سواء أكانت تلك العين معلومة المقدار والاوصاف ، أم كانت مجهولة كذلك .

نعم يعتبر العلم بمقدار القرض مقدمة للأداء . ومن الواضح أن ذلك يمكن بعد الاقتراض أيضاً . وإذن فما ذكره المصنف من تأييد خروج القرض عن حد البيع متين . وقد اتضح لك من جميع ذلك انه لا يعتبر ذكر العوض ايضاً في القرض .

(١) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٣٨

بحث في بعض معاني البيع

قوله : (ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معان اخر غير ماذكر). أقول : لعل مراده من البعض هو المحقق صاحب المقابيس . وذكر السيد في حاشيته : أن (الظاهر انه الشيخ الكبير الشيخ جعفر في شرح القواعد) . ومراده من غير ماذكر غير ما ذكره هو (ره) واختاره . وإلا فقد ذكر بعض هذه المعاني فيما تقدم . وإليك هذه المعاني التي تعرض لها المصنف :

١ ـ الايجاب المتعقب بالقبول ، وإليه نظر كل من أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح ، ولعل هذا هو المتبادر من لفظ البيع ، ولذا لا يطلق لفظ البائع على من أوجب البيع فقط من غير اقترانه بالقبول .

٢ ـ الأثر الحاصل من الايجاب والقبول ، وهو الانتقال ، ويظهر هذا من المبسوط وغيره .

٣ ـ نفس العقد المركب من الايجاب والقبول . وإليه ينظر كل من عرف البيع بالعقد .

المعنى الأول : إنشاء التمليك المتعقب بالقبول .

وقد ناقش فيه المصنف ، وحاصل مناقشته : أن الايجاب المتعقب بالقبول من أفراد البيع . وإنما انصرف إليه اللفظ لقيام القرينة الخارجية على ان المراد من الايجاب إنما هو الايجاب المثمر ومن الواضح ان الاثر لا يترتب إلا على الايجاب المتعقب بالقبول ، دون الايجاب الساذج . ولولا هذه القرينة لكان المقصود

وأضف الى ذلك أنه لم يقل أحد : أن تعقب الايجاب بالقبول دخيل في معنى البيع ، وإن التزموا بكونه شرطاً للانتقال الخارجي .

والوجه في ذلك : أن البيع وما يساويه في المعنى من قبيل الايجاب والوجوب لا من قبيل الكسر والانكسار ، إذ كما ان الآمر قد يأمر بشيء ، ولا يكون ذلك واجباً في الخارج ، كذلك البائع ، فانه قد ينشيء البيع ، وهو لا يوجد في الخارج . وهذا بخلاف الكسر والانكسار ، فان احدهما لا ينفك عن الآخر . ويتوجه على هذه المناقشة وجوه .

١ — ما ذكره السيد في حاشيته . وصفوته : أن كل تمليك انشائي ليس ببيع بل المراد من البيع هو الايجاب المتعقب بالقبول على سبيل الشرط المتأخر . والدليل على ذلك هو التبادر . وصحة السلب . ومن هنا لو اخبر احد عن بيع داره ، مع انه لم يتحقق في الخارج إلا الايجاب الساذج من دون ان يقبله المشتري لكان كاذباً في اخباره . كما أنه اذا اخبر عن بيع داره . واخبر ايضاً عن عدم قبول المشتري ذلك كان مناقضاً في كلامه . وهذا بخلاف ما اذا اخبر عن البيع ثم اخبر عن فقدان شرط من شرائط صحته فانه لا يعد مناقضاً في اخباره ، وقد يتوهم أن ذلك من ناحية الانصراف ولكنه توهم فاسد ، إذ لو صح هذا لجرى مثله عند فقدان سائر الشرائط ايضاً . مع انه لو تحقق البيع بايجابه وقبوله ، ولكن كان فاقداً لبعض شرائط الصحة لصدق عليه مفهوم البيع قطعاً .

وأضف الى ذلك : ان البيع من قبيل العقود ، ومن البين الذي لا ريب فيه انه لو كان الايجاب الصرف بيعاً من دون تعقبه بالقبول للزم منه ان يكون البيع من الايقاعات ، لا من العقود ، وهو بديهي البطلان .

وعلى الجملة : إن قوام العقود برمتها بالايجاب المتعقب بالقبول لانه لا يتحقق

أي عقد من العقود بالايجاب الساذج . سواء أكان هذا الايجاب متوجهاً إلى قابل شاعر ، ولكنه لم يقبله ، أم كان متوجهاً إلى جسم غير شاعر ، كالجدار ونحوه .

٢ — أنه لاوجه صحيح لتفرقة المصنف بين الايجاب والوجوب ، وبين الكسر والانكسار ، بديهة أن الفعل الصادر من الفاعل أمر وحداني لا تعدد فيه بوجه ، وإنما التعدد فيه بحسب الاعتبار فقط . كالايجاد والوجود ، فانهما شيء واحد . غاية الأمر أن هذا الشيء الواحد بالنسبة إلى جهة الاصدار يسمى ايجاداً ، وبالنسبة إلى جهة الصدور يسمى وجوداً . وكذا الحال في التمليك والملك . والايجار والاجارة . والايجاب والوجوب . والكسر والانكسار . وأشباه ذلك .

ودعوى أن الوجوب ينفك عن الايجاب . ولكن الكسر لا ينفك عن الانكسار دعوى جزافية ، إذ الايجاب أيضاً لا ينفك عن الوجوب . إلا أن عدم انفكاك أحدهما عن الآخر في نظر الآمر فقط ، لا في الخارج ، وفي جميع الانظار .

٣ — أن البيع (١) إنشاء تبديل عين بعوض في جهة الاضافة . ومن الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بتعقب الانشاء بالقبول . وعليه فلا يوجد مفهوم البيع بالايجاب إلا عند تعقبه بالقبول بنحو الشرط المتأخر ، أو على سبيل القضية الحينية . وإذن فينحل البيع في الحقيقة إلى قضية شرطية أو حينية . فمعنى قول البايع بعت المتاع الفلاني من زيد : أنه بعته إياه إن قبله ، أو حين قبوله .

وقد يتوهم أن ذلك يرجع إلى التعليق وهو مبطل للعقود بالضرورة .

ولكن هذا التوهم بديهي الفساد ، لأن بطلان العقود بالتعليق ليس من ناحية الاستحالة العقلية لكي لا يقبل التقييد ، أو التخصيص . بل إنما هو من ناحية الاجماع . ومن الظاهر أن الاجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن . والقدر المتيقن هنا ما يكون التعليق فيه على الأمور الخارجة عن صميم العقد ومفهومه .

(١) قد تقدم ذلك في ص ٥٣ .

ويضاف إلى ذلك أن العقود المتعارفة لا تخلو عن مثل هـــذا التعليق . والمفروض أنها ممضاة للشارع .

فيستوضح من ذلك أن التعليق المذكور لا يضر بالعقود في نظر الشارع .

وبتعبير آخر أن البيع له أربعة أقسام :

١ — الانشاء الساذج من غير أن ينضم إليه القبول . ولا شبهة في أن هذا لا يسمى بيعاً حتى في نظر الموجب فلا يترتب عليه أي أثر من آثار البيع .

٢ — الايجاب والقبول من غير أن يلحق بهما الامضاء من العرف أو الشرع فان ذلك يسمى بيعاً في نظر كل من الموجب والقابل ، ولا يسمى بيعـاً عند العرف والشرع .

٣ — الايجاب والقبول مع كونهما مورداً لامضاء أهل العرف دون الشرع . كبيع ما لا يصح بيعه شرعاً ، نظير الميتة والخمر والخنزير وأشباهها ، فان هذا يعد بيعاً في نظر المتبايعين وأهل العرف دون الشرع .

٤ — الايجاب والقبول مع التحاق الامضاء من أهل العرف والشرع بهما . ولاشك فى أن هذا بيع بالحمل الشايع فى جميع الانظار . وقد اتضح لك مما بيناه أنه لا يوجد البيع في أي وعاء من الأوعية بالايجاب الخالص . ومن هنا لا يطلق البائع على من أوجب البيع ، ولم يتعقب ذلك بالقبول . وكذلك الحال في سائر العقود برمتها .

قوله : (وكذلك لفظ النقل والابدال والتمليك وشبهها . مع أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل في معناها) . أقول : حاصل كلامه : أن شأن البيع شأن النقل والابدال والتمليك ، فكما لا يعتبر في صدق مفاهيم تلك الكلمات قيد التعقب بالقبول كذلك لا يعتبر ذلك أيضاً فى صدق مفهوم البيع .

وفيه أنك قد عرفت قريباً : أن اعتبار القبول فى مفهوم البيع أمر واضح .

بل هو كالنور على المنار . وعليه فلا وجه لقياسه بما لا يعتبر في مفهومه قيد التعقب بالقبول .

وأما النقل فهو موضوع لمفهوم عام : وهو كل ما صدق عليه عنوان النقل ، سواء أكان ذلك نقلا خارجياً كنقل شيء من مكان إلى مكان آخر ، أم كان نقلا اعتبارياً ومن هنا تطلق كلمة الناقلة على آلة النقل . كالحمولة والسفن والسيارات والطيارات وغيرها . ومن الواضح جداً أنه لا يعتبر قيد التعقب بالقبول في هذا المفهوم الوسيع . ومن هنا ظهر لك أنه لا وجه لقياس البيع بكلمة الابدال أيضاً ، ضرورة أن المبادلة أعم من المبادلة الخارجية ، ومن المبادلة الاعتبارية . كما أن المبادلة الاعتبارية أعم من البيع وغيره (١) .

وأما التمليك فان النسبة بينه وبين البيع هي العموم من جه ، إذ قد يوجد التمليك ولا يصدق عليه مفهوم البيع ، كما في الهبة ، والوصية ، والارث ، وتمليك الله سبحانه الزكاة للفقراء والخمس لبني هاشم ، وغير ذلك . وقد يوجد البيع ولا يكون هناك تمليك . كبيع المتاع بسهم سبيل الله من الزكاة فان هذا بيع وليس فيه تمليك من ناحية البائع (٢) وقد يجتمعان وهو كثير .

وإذن فعدم اعتبار قيد التعقب بالقبول في مفهوم كل من النقل والابدال والتمليك لا يلازم عدم اعتباره في مفهوم البيع الذي هو اخص من مفاهيم تلك الكلمات مطلقاً ، أو من وجه .

المعنى الثاني : الأثر الحاصل من الايجاب والقبول ، وهو الانتقال .

والتحقيق أنه إن أريد من الانتقال اعتبار المالكية بنظر العرف والشرع فلا شبهة أن ذلك متأخر عن البيع تأخراً رتبياً - وإن أخذ البيع بمعنى المبيعة - لأن نسبة

(١) تقدم ذلك في ص ٩ .

(٢) تقدم ما يرجع إلى هذا المثال في ص ٢٣ .

البيع إلى الاعتبار المزبور نسبة الموضوع إلى حكمه ، ومن البديهي أن الموضوع يتقدم على حكمه تقدماً رتبياً .

وعلى هذا فاستعمال كلمة البيع في الانتقال من الاغلاط الواضحة ، ومعه لا يمكن تعريف البيع بالانتقال وإن اريد من الانتقال اعتبار الملكية بنظر المتبايعين فانه يجوز تعريف البيع بذلك ، لأن الانتقال متحد مع البيع وجوداً - لما عرفت قريباً من اتحاد الايجاد والوجود - وإن تغايرا اعتباراً . ولكنه ليس معنى آخر يغاير المعنى الأول .

المعنى الثالث : نفس العقد المركب من الايجاب والقبول .

أقول : قد حكي المصنف عن بعض من قارب عصره ما هذا نصه : (الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات حتى الاجارة وشبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد) . ويتوجه على ذلك .

أنا لم نجد مورداً يستعمل فيه لفظ البيع وغيره في الايجاب والقبول وإذن فلا وجه صحيح لحمل الالفاظ المذكورة في طليعة عناوين المعاملات على ذلك . بل إن ألفاظ العقود برمتها أسماء لأحد طرفي العقد . وهو الايجاب .

وأما الاجارة والوكالة فلا يبعد أن تكونا أيضاً من أسماء فعل الموجب :

أما الاجارة فلأنها بمعنى الأجر . والأجر قد يستعمل ويراد به الجزاء والاجرة. وقد يستعمل مصدراً من أجر : بمعنى أكرى . بداهة أن أجر مجرداً قد يستعمل بمعنى آجر - كما في القاموس ومجمع البحرين - وعلى ذلك فالاجارة تكون مصدراً لأجر ، كالكتابة التي هي مصدر لكتب .

وأما الوكالة فهي أيضاً فعل الموجب ، كالتوكيل ، لأن الأفعال المجردة والمزيد فيها وإن اختلفت بالاعتبار ، لكنها متحدة وجوداً .

والسر في ذلك : أن نسبة المصادر المجردة إلى المصادر المزيد فيها نسبة الوجود إلى الايجاد . فكما أن الوجود والايجاد متحدان حقيقة ، ومختلفان اعتباراً . كذلك

المصادر المجردة . والمصادر المزيد فيهـــا وعلى هذا فاستعمال لفظ التوكيل في الفعل الصادر من الموجب إنما هو بلحاظ جهة الصدور . واستعمال لفظ الوكالة فيه إنما هو بلحاظ نفس الفعل .

وقد يســـتدل على صحة استعمال لفظ الاجارة في الايجار بقوله (تعالى) في التحدث عن قصة تزويج موسى (ع) من بنت شعيب (ع) : (قال : إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتيّ هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) (١) .

ووجه الاستدلال : أن معنى الآية هو أن تأجرني نفسك .

ولـكن هذا الاستدلال فاسد ، لأن كلمة أن تأجرني في الآية الكريمة مستعملة في معنى الجزاء والثواب . أو أن المراد من ذلك أن تكون أجيراً لي ـ على سبيل شرط النتيجة ـ وهذا الاخير قد ذكر في مجمع البحرين ولسان العرب .

ثم إنه قد نسب المصنف إلى الشهيد الثاني ـ وإن لم تثبت النسبة ـ أن إطلاق لفظ البيع على العقد مجاز لعلاقة السببية .

ثم وجه كلامه ، وحاصل توجيهه : أنه ليس مراد الشهيد من المسبب النقل الحاصل من الايجاب الصرف ، لأنه حاصل بنفس الانشاء من دون توقفه على القبول ، كما أن وجوب الضرب يتحقق في نظر الآمر بالأمر فقط وإن لم يصر واجباً في نظر غيره .

بل مراد الشهيد الثاني من المسبب إنما هو الاثر الحاصل من العقد في نظر الشارع : وهو النقل والانتقال ومن الواضح أن ذلك لا يحصل إلا بالعقد المركب من الايجاب والقبول . وعليه فاستعمال لفظ البيع ـ الذي وضع للمسبب ـ في نفس السبب إنما هو بعلاقة السببية والمسببية . وحينئذ فاضافة العقد إلى البيع بمعنى الاثر الحاصل من

---

(١) القصص ٢٨ . الآية : ٢٧ .

العقد إضافة لامية . ومن قبيل إضافة السبب إلى المسبب ـ : أي عقد للبيع ـ لا إضافة بيانية .

وعلى هذا التوجيه فيتوجه على الشهيد الثاني ما وجهه المصنف على المعنى الثاني المتقدم من أن البيع بمعنى الانتقال لم يوجد في اللغة ، ولا في العرف ، وإنما وقع ذلك في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط .

ويرد على المصنف أيضاً : أن معنى البيع ليس هو الأثر الحاصل منه في نظر الشارع : أعني به الانتقال لكي يصح إطلاقه على سببه مجازاً . بل ذلك الأثر حكم من أحكام البيع . ومن الظاهر أنه لا يصح إطلاق البيع على حكمه ولو إطلاقاً مجازياً بل معنى البيع كما عرفت هو الاعتبار النفساني المبرز بمبرز خارجي (١) .

نعم لو ثبت هذا الاطلاق لامكن تصحيحه بما اشتهر بين العلماء من أن الانشاء ايجاد المعنى باللفظ ، فانه على هـــذا يتسبب البائع بالايجاب والقبول إلى ايجاد البيع . وحينئذ فاطلاق كلمة البيع على الأثر الحاصل من الايجاب والقبول ـ وهو الانتقال ـ من قبيل إطلاق السبب على المسبب ، لعلاقة السببية وقد عرفت بطلان ذلك آنفاً .

وأما ما نسب إلى الشهيد الثاني (ره) من صحة إطلاق البيع على العقد المركب من الايجاب والقبول فلم نجده في لغة ، ولا في عرف بل إرادة هذا المعنى من العناوين المذكورة في طليعة أبواب المعاملات غلط واضح . إذ لا معنى لان يراد من قول الفقهاء : كتاب البيع ـ مثلاً ـ كتاب الايجاب والقبول .

والذي يحسن بنا أن نفهمه : أنه إذا صح إطلاق كلمة البيع على الايجاب والقبول كان ذلك من ناحية اخرى . وتحقيق ذلك : أنه قد يطلق البيع ، ويراد به ما ذكرناه

---

(١) قد تقدم ذلك في ص ٥٣ .

سابقاً من أنه إنشاء تبديل شيء من الاعيان بعوض . وقد عرفت فيما تقدم : أن البيع بهذا المعنى هو الايجاب الساذج المتعقب بالقبول . كما أن الامر كذلك في سائر العقود برمتها (١) .

وقد يطلق البيع ويراد به المعاهدة الخاصة الحاصلة بين المتبايعين . ولعل إطلاقه على هذا المعنى أكثر من إطلاقه على الايجاب المتعقب بالقبول . وإليه ينظر جميع ما ورد في النصوص والفتاوى من أنه لزم البيع ، أو وجب ، أو لا بيع . وهو الذي يفرض له البقاء ويتعلق به الفسخ والامضاء . وترد عليه الشروط والاحكام . وإذن فيمكن أن يقال : انه لم يوجد مورد يستعمل فيه لفظ البيع في العقد الذي هو سبب للبيع . بل كل ما يتوهم كونه من هذا القبيل ـ كقولهم كتاب البيع ، أو عقد البيع ـ فهو مستعمل في المعاهدة الخاصة . وحينئذ فاضافة العقد إلى البيع من قبيل الاضافة البيانية ، لا الاضافة اللامية .

والمتحصل من جميع ذلك : أن إطلاق كلمة البيع على الايجاب والقبول من الاغلاط الواضحة ، لا من الاستعمالات المجازية .

ألفاظ المعاملات أسماء للأعم

قوله : (ثم إن الشهيد الثاني نص في كتاب اليمين من لك) . أقول : يقع البحث هنا في ناحيتين :

١ — أن ألفاظ المعاملات هل هي موضوعة للصحيح ، أم للأعم منه ومن الفاسد ؟ .

٢ — أنه إذا قلنا بأنها موضوعة للصحيح فما هو الفارق بين العبادات ، وبين

(١) تقدم في ص ٧٢ .

المعاملات ، حيث إن الفقهاء لا يتمسكون بالاطلاق في الأولى ، ويتمسكون به في الثانية ؟.

الناحية الأولى : أنه ذكر الشهيد الثاني (ره) في كتاب الايمان من المسالك : (أن إطلاق البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح مجاز في غيره ، لوجود خواص الحقيقة والمجاز فيهما . كمبادرة المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم : باع فلان داره . ومن ثم حمل الاقرار به عليه حتى لو ادعى إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً . ولو كان مشتركاً بين الصحيح والفاسد لقبل تفسيره بأحدهما ، كغيره من الألفاظ المشتركة وانقسامه إلى الصحيح والفاسد أعم من الحقيقة) .

وقد نوقش في ذلك بأن مفهوم البيع أمر عرفي ، وهو الذي يمضيه الشارع تارة ، ويرده أخرى . وعليه فلا يعقل أخذ الصحة الشرعية في مفهومه ، إلا على القول بالحقيقة الشرعية في ألفاظ العقود ، وهو بديهي البطلان ، إذ على القول بثبوت الحقيقة الشرعية في ألفاظ العبادات فلا وجه لثبوتها في ألفاظ المعاملات ، وإنما هي موضوعة للمفاهيم العرفية التي أمضاها الشارع تارة ، وردها اخرى . وتفصيل الكلام في محله .

وأجاب المصنف عن هذه المناقشة ، وحاصل كلامه : أنه يمكن أن يوضع لفظ البيع ـ مثلا ـ لما هو المؤثر في الملكية واقعاً ، ويكون الامضاء من الشرع ، أو العرف طريقاً إلى ذلك نعم قد حكم الشارع ـ في بعض الموارد ـ بعدم حصول الملكية إلا أن ذلك من ناحية تخطئة الشارع أهل العرف وإذن فلا منافاة بين أن يكون البيع مفهوماً عرفياً ، وبين أن يكون موضوعاً لخصوص الحصة الصحيحة .

وعلى الجملة : إن البيع بمعنى الاسم المصدري حقيقة فيما هو المؤثر في الملكية واقعاً . ومن الظاهر أن هذا لا يتوقف على القول بثبوت الحقيقة الشرعية في المفاهيم العرفية .

ويرد على المصنف : أن الملكية من الامور الاعتبارية الخالصة ، لا من الامور التكوينية الواقعية . ومن الظاهر أن الامور الاعتبارية تدور من حيث الوجود والعدم مدار الاعتبار المحض . وعليه فلا نتصور التخطئة في الملكية : بأن يوجد مورد توجد

فيه الملكية ، ولم يلتفت إليها أهل العرف ، وإنما يكشف عنها الشارع تخطئة للعرف

وعلى هذا المنهج فاذا قلنا بوضع لفظ البيع لما هو المؤثر في الملكية فان كان المراد من الاعتبار هو الاعتبار العقلائي ، أو الأعم منه ومن الاعتبار الشرعي فلابد من الالتزام بوضع البيع للأعم ، ولما هو المؤثر فى الجملة ولو كان بعض أفراده غير مؤثر شرعاً ، كالبيع الربوي ـ مثلا ـ لأن ألفاظ العقود ـ على هذا المسلك ـ موضوعة للطبيعة الكلية ، دون خصوص المؤثر شرعاً .

وإن كان المراد من الاعتبار هو خصوص الاعتبار الشرعي فلابد من القول بالحقيقة الشرعية في ألفاظ العقود . وحينئذ فيعود المحذور المتقدم : أعني به أخذ الصحة الشرعية في المفهوم العرفي .

نعم يمكن الالتزام بجواز التخطئة في نفس الاعتبار ، إذ الاعتبار لابد وأن يكون ناشئاً من المصلحة الواقعية الداعية إليه فاذا اعتبر العقلاء ملكية شيء ـ كالخمر والخنزير والميتة ـ مع عدم وجود مصلحة في ذلك ، وحكم الشارع بعدم الملكية هنا كشفنا عن خطاء العقلاء في اعتبارهم . وبهذا يصح الالتزام بوضع ألفاظ العقود للصحيح بأن يوضع لفظ البيع ـ مثلا ـ لما هو المؤثر في الملكية الناشيء اعتبارها من منشأ صحيح وحينئذ فيكون عدم إمضاء الشارع لما أمضاه العرف من العقود من باب التخطئة . والمتحصل مما ذكرناه : أن ألفاظ العقود موضوعة للأعم من الصحيح والفاسد ، لا للصحيح فقط .

التمسك بالاطلاق في المعاملات

قوله : (وأما وجه تمسك العلماء باطلاق أدلة البيع ونحوه) . أقول : قبل بيان التمسك باطلاق أدلة المعاملات يحسن بنا أن نبين أمراً : وهو أن التمسك بالاطلاق

يتوقف على إحراز انطباق الطبيعة - التي أخذت في موضوع الحكم ، أو متعلقه - على الفرد المشكوك فيه بحيث يتمحض الشك في شمول الحكم للفرد المشكوك فيه .

وأما لو كان الشك في أصل الصدق فانه لا يجوز معه التمسك بالاطلاق . وهذا واضح لا شك فيه .

وأيضاً يتوقف التمسك بالاطلاق على أن يكون المتكلم في مقام البيان ، ولو فرض أنه كان في مقام الاهمال والاجمال لم يجز التمسك بالاطلاق . وليعلم أنه ليس المراد من كون المتكلم في مقام البيان أن يكون في مقام بيان الأجزاء والشرائط المأمور به . بل المراد به أن يكون في مقام بيان تعلق الحكم بموضوعه الكلي ، أو متعلقه : كما إذا قال المولى لعبده إن فعلت كذا فاعتق رقبة مؤمنة ، أو قال : أحل الله البيع ، اذ لو كان المولى في مقام بيان الاجزاء والشرائط كما في رواية حماد الواردة في مقام بيان ماهية الصلاة (١) ، فانه لا شبهة ولا كلام في جواز التمسك بالاطلاق لنفي ما تحتمل جزئيته أو شرطيته . ولكن هذا إطلاق أحوالي ، لا إطلاق لفظي الذي هو مورد بحثنا . وبعد هذا التمهيد أنا إذا قلنا بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح والفاسد فلا ريب في جواز التمسك بالاطلاقات الواردة في إمضاء المعاملات ، ونفي ما يحتمل دخله في صحتها . وإذا قلنا بوضع ألفاظها لخصوص الصحيح فانه لا يجوز التمسك بتلك الاطلاقات في الموارد المشكوكة ، وذلك من جهة الشك في الانطباق ، وعدم إحراز صدق عنوان البيع - مثلاً - على ما يكون فاقداً لما يحتمل كونه جزءاً أو شرطاً .

وقد انجلى لك مما بيناه ضعف ما أفاده السيد في حاشيته ، وحاصله : أنه كلما صح التمسك بالاطلاق في مورد من المعاملات على الأعمي صح التمسك به في ذلك على الصحيحي إيضاً ، بداهة أنه ليس الموضوع له عند الصحيحي عنوان الصحيح . بل ما يكون جامعاً للشرائط الشرعية حسب ما يستفاد من الأدلة .

(١) الوافي ج ٥ ص ١٢٧ .

وعليه فكل دليل ورد في بيان أصل الحكم من الوجوب أو الحرمة أو غيرهما فانه لا يصح التمسك باطلاقه على كلا القولين . لعدم كون المتكلم في مقام البيان من غير الجهة المزبورة . وكل دليل ورد في بيان ماهية الواجب من الأجزاء والشرائط فانه يجوز التمسك باطلاقه ، لكون المتكلم في مقام البيان . وهذا هو الحجر الأساسي في بيان الفارق بين التمسك بالاطلاق وعدمه .

ووجه الضعف : أن ما ذكره السيد وإن كان متيناً في مورده ، لأنه لا يصح التمسك بالاطلاق مع عدم كون المتكلم في مقام البيان مطلقا ، كما أنه إذا كان في مقام بيان أجزاء الماهية وشرائطها صح التمسك بالاطلاق كذلك . إلا أنه راجع إلى الاطلاق المقامي . ومن الواضح أن ذلك خارج عن الاطلاق اللفظي الذي يصح معه التمسك بالاطلاق على الأعمي ، وقد وقع الاشكال في التمسك به على الصحيحي .

ثم إن المصنف (ره) قد أشار إلى إمكان التمسك بالاطلاق على الصحيحي بنحوين :

١ — الاطلاق المقامي . وتوضيحه : أن لفظ البيع ـ مثلا ـ وإن كان اسماً للسبب الحاصل من السبب الخاص الذي يراه الشارع مؤثراً في الملكية ، إلا أنه لم يبين أسباب تلك المسببات التي أمضاها بالعمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود ولزومها . وعليه فيدور الامر بين القول بأن المولى قد أهمل تلك العمومات والمطلقات . وبين القول بأنها ناظرة إلى إمضاء الأسباب العرفية للمعاملات . وإذن فيكون المؤثر عند العرف مؤثراً عند الشرع أيضاً . ومن الواضح الذي لا ريب فيه أن الدلالة الاقتضائية ، وصيانة كلام الشارع عن اللغوية تقتضي الثاني .

وهذا هو الفارق بين العبادات والمعاملات ، لأن العبادات ماهيات جعلية ، وحقائق غير مغروسة في أذهان أهل العرف لكي نستكشف من أطلاق كلام الشارع موافقته للماهيم العرفية .

ولا يخفى على الناقد البصير أن المراد من التمسك بالاطلاق هو هذا المعنى دون الاطلاق اللفظي لكي يناقش فيه بعدم ورود الحكم على المقسم الذي هو من جملة مقدمات التمسك بالاطلاق . والجواب عن ذلك :

أن التمسك بالاطلاق المقامي إنما يجوز فيما إذا لم يكن للمطلق أفراد متيقنة ، وإلا فينصرف إليها الاطلاق من دون أن تلزم اللغوية من الاهمال . ومن البين أن مقامنا من هذا القبيل ، لأنا كشفنا من مذاق الشارع كشفاً قطعياً - ولو من غير ناحية الاطلاقات الواردة في إمضاء العقود - أن بعض ما هو سبب للبيع عرفاً مؤثر في الملكية جزماً ، وإذن فلا يبقى مجال للتمسك بالاطلاق المقامي صيانة لكلام الشارع عن اللغوية .

٢ - أن تحمل المطلقات الواردة في مقام إمضاء البيع على المعنى المصدري الذي يراد من لفظ بعت ، وحينئذ فيستدل بحكم الشارع على نفوذ العقود مطلقاً على أن ما هو بيع بالمعنى المصدري عند العرف مؤثر عند الشارع أيضاً .

ويتوجه عليه أن هذا النحو من التمسك بالاطلاق وإن كان صحيحاً . ولكنه عبارة أخرى عن القول بوضع ألفاظ المعاملات للأعم ، بداهة أن ما يصدق عليه لفظ البيع بالمعنى المصدري أعم من الصحيح والفاسد ، وعليه فلا محذور لنا في التمسك باطلاقات المعاملات في الموارد المشكوكة .

والتحقيق : أن لفظ البيع ليس اسماً للسبب ، ولا أنه اسم للمسبب ، بل إنما هو اسم للاعتبار المبرز بمبرز خارجي فعلي أو قولي (١) وإذن فلا مانع عن التمسك بالاطلاقات والعمومات الدالة على صحة البيع ولزومه . وعلى هذا فلامناص لنا عن الالتزام بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح والفاسد .

ولا يخفى عليك أن ما ذكرناه جار في سائر العقود ، بل الايقاعات أيضاً .

---

(١) قد تقدم تفصيله في ص ٥٣

ومع الاغضاء عما ذكرناه ، والقول بوضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح أمكن لنا إثبات الصحة واللزوم في الموارد المشكوكة بقوله تعالى : وأحل الله البيع(١) ضرورة أن البيع وإن كان حقيقة في الصحيح الشرعي . ولكن المراد من البيع الذي تعلق به الحل في الآية الكريمة إنما هو البيع الانشائي ، إذ الظاهر من إحلال البيع إنما هو إمضاؤه المولوي ـ كما هو الظهور الابتدائي أيضاً من أدلة سائر الأحكام ـ ومن الواضح أنه لو كان المراد من البيع هو البيع الشرعي لكان ذلك الامضاء لغواً محضاً ، وتحصيلا للحاصل ، لأنه لا معنى للقول بأن معنى الآية أحل الله البيع الممضى . الا أن يلتزم بكون الآية ارشاداً الى البيع الصحيح ولكن ذلك مخالف لظاهرها . بل لا معنى لحملها على الارشاد ، اذ المفروض أن انكشاف صحة البيع ونفوذه عند الشارع انما هو بهذه الآية . ومن البين أن حملها على الارشاد يقتضي أن يكون امضاؤه بغيرها وهو خلف ظاهر .

وقد اتضح لك مما ذكرناه جواز التمسك باطلاق قوله (ع) : والمسلمون عند شروطهم (٢) على صحة البيع في الموارد المشكوكة مع القول بوضع ألفاظ العقود للصحيح بدعوى أن مقتضى الاسلام انما هو وفاء المسلم بشرطه . ومن البديهي أن الحديث بهذا المعنى امضاء تشريعي للشروط المتعارفة . وحكم مولوي بلزوم العمل بها وانهائها واتمامها .

المعاطاة وحقيقتها

قوله : (اعلم أن المعاطاة على ما فسره جماعة : أن يعطي كل من اثنين عوضاً

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٤

(٢) راجع الوافي ج ١٠ باب ٨٠ ص ٦٨

عما يأخذه من الآخر) . أقول : (١) لما كان تنقيح البحث في المعاطاة وبيان مورد الاقوال فيها متوقفاً على بيان ما نتصور به حقيقتها تصدى المصنف بدءاً لبيان ذلك ثم عقبه بذكر الاقوال فيها . وحاصل كلامه : أن المعاطاة تتصور على وجهين :

١ — أن يبيح كل من المتعاطيين الآخر التصرف فيما يعطيه اياه من دون نظر الى تمليكه .

٢ — أن يتعاطيا على وجه التمليك والتملك ، لا بعنوان الاباحة المحضة ، وقد ذكر بعضهم في تصوير ذلك وجهين آخرين :

١ — أن يتعاط كل من المتعاطيين بغير قصد البيع ، ولا التصريح بالاباحة ، بل يعطي أي منهما شيئاً ليتناول شيئاً آخر .

٢ — أن يقصد كل منهما الملك المطلق ، لا البيع فقط ، ولا الاباحة الخالصة .

ويتوجه على الوجه الأول : أن الفعل الصادر من المتعاطيين ليس من الأفعال غير الاختيارية — كحركة المرتعش — لكي يكون ذلك خالياً عن القصد والارادة . وانما هو فعل اختياري صادر من فاعله بالارادة والاختيار . وعليه فاذا قصد كل من المتعاطيين — من اعطائه ماله لصاحبه — خصوص اباحة التصرف كان ذلك اباحة

---

(١) لم يرد عنوان المعاطاة في آية ولا رواية ولا في معقد إجماع ، بل إنما عبر بذلك جمع من الفقهاء عما تداول بين الناس من المعاملة الخاصة الفاقدة للصيغة التي تسمى بالمعاملة المعاطاتية .

ثم إن البحث هنا يقع تارة في صدق مفهوم البيع على المعاطاة ، وأخرى في كونها مشمولة للأدلة الدالة على صحة البيع ونفوذه . ولا يخفى على الفطن العارف أن تحرير البحث على هذا النهج أحسن وأضبط . ولكن الفقهاء رضوان الله عليهم قد أغفلوا ذلك ، وسلكوا مسلكاً آخر في تحرير البحث في المعاطاة .

مصطلحة ، كما في الضيافة ونحوها . واذا قصد من ذلك جواز الانتفاع من العين ـ مع حفظها عن التلف ـ انتفاعاً مجانياً كان ذلك عارية . واذا قصد من ذلك الانتفاع من العين مع العوض كان ذلك بيعاً . وحينئذ فلا يوجد عنوان آخر في مورد المعاطاة غير العناوين المذكورة وبذلك يظهر بطلان الوجه الثاني ، وإذن فينحصر البحث في المعاطاة بالوجهين الأولين .

ثم إن مورد البحث في الوجه الأول ما تقصد منه الاباحة المحضة ، كما في الضيافة وأشباهها . ومورد البحث في الوجه الثاني ما يقصد منه الملك . وعليه فلا وجه صحيح لما اختاره صاحب الجواهر (ره) من بقاء الاباحة في كلمات الأصحاب على ظاهرها والطعن على من جعل محل النزاع عندهم ما يقصد منه التمليك ، وذلك لأن كلماتهم عاصية عن الحمل على الاباحة الخالصة ، ويتضح ذلك جلياً لمن تأمل في كلماتهم .

وكذلك لا نعرف وجهاً معقولا للالتزام بحصول الملكية من التعاطي ـ لازمة كانت أم جائزة ـ مع قصد المتعاطيين الاباحة المصلطحة . بل لا يصدر ذلك من أصاغر الطلبة فضلا عن الفقهاء العظام .

وأيضاً لا وجه لما ارتكبه المحقق الثاني من حمل كلمات القائلين بالاباحة على الملك المتزلزل .

المعاطاة وبيان الاقوال فيها

قوله : (فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستة) .

أقول : الظاهر أن الأقوال حول المعاطاة سبعة :

١ ـ اللزوم على وجه الاطلاق ، سواء أكان الدال على التراضي لفظاً ، أم

كان غيره . وقد نسبه غير واحد من أصحابنا إلى المفيد (١) وإلى بعض العامة (٢) .

٢ - اللزوم إذا كان الدال على التراضي أو على المعاملة لفظاً وقد حكاه الشهيد الثاني عن بعض مشايخه ، ثم استجوده . إلا أنه عقبه بانه مخالف لمقتضى الأصل (٣) .

---

(١) لكن العبارة المنقولة عنه غير ظاهرة فى ذلك قال فى محكي المقنعة : (والبيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبائع له إذا عرفاه جميعاً ، وتراضيا بالبيع ، وتقابضا ، وافترقا بالأبدان) لأن مراده من هذه العبارة بيان الشرائط لصحة البيع ولزومه . وأما عدم تعرضه لاعتبار الصيغة فى البيع فلا يدل على عدم اعتبارها فيه ، إذ من المحتمل القريب أن يكون ذلك من جهة أن اعتبارها فى لزوم البيع من المسلمات ، وقد حكى عنه فى نكاح المقنعة أنه لم يتعرض لاعتبار الصيغة فى النكاح ، والطلاق مع أن اعتبارها فيهما من البديهيات .

وعن العلامة فى المختلف : أن للمفيد قولا يوهم الجواز ، ثم ساق العبارة المتقدمة . وعن كشف الرموز - فى باب الفضولي - نسبة اعتبار اللفظ المخصوص فى البيع إلى المفيد والطوسي . وعلى هذا فلا يسوغ لنا أن ننسب الرأي المذكور إلى المفيد (ره) كما أنه لم ينسب إلى غيره من قدماء الامامية . وإذن فلا نعرف وجهاً صحيحاً لقول المصنف : إنه (يكفي فى وجود القائل به قول العلامة فى التذكرة : الأشهر عندنا أنه لابد من الصيغة) . ولعل غرض العلامة من التعبير بالأشهر الاشارة إلى ما نسب إلى المفيد . وقد عرفت فساد النسبة والله العالم .

(٢) فى شرح فتح القدير ج ٥ : أن البيع ينعقد بالتعاطى .

وفى الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ : الصيغة فى البيع أمران : القول . وما يقوم مقامه . والمعاطاة وعن الشافعيه : أن البيع لا ينعقد إلا بالصيغه الكلامية لا بالمعاطاة . ونسب الخلاف فى ذلك إلى الحنفيه .

(٣) قد حكى هذا الرأي فى الحدائق عن جماعة من متأخري المتأخرين ، =

والتحقيق : أنه إن كان الغرض من الاشتراط المزبور أن المعاطاة لا تكون بيعاً إلا بالقرينة الخاصة ـ وإلا فهي أعم من البيع وغيره ـ فهو متين ، وإن كان الغرض من ذلك بيان الفارق بين القرينة اللفظية وغيرها فهو فاسد ، لعدم الدليل على الفرق بينهما(١) .

٣ ـ أن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة وإنما تصير لازمة بذهاب إحدى العينين . وقد اخترع هذا الرأي المحقق الثاني . وشيد أركانه في محكي تعليقته على القواعد بمالا مزيد عليه . وحمل عليه كلمات القائلين بأن المعاطاة تفيد الاباحة . وهذا الرأي وإن لم يكن بعيداً في نفسه ، إلا أنه غريب عن مساق كلمات القائلين بالاباحة.

٤ ـ أن المعاطاة تفيد إباحة جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك، مع بقاء كل من العينين على ملك صاحبه ، إلا أنه يحصل الملك اللازم بتلف إحدى العينين ، او بما هو بمنزلة التلف . بل في المسالك : أن كل من قال بالاباحة قال باباحة جميع التصرفات .

= كالمولى المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد . والمحدث القاساني في المفاتيح ، والفاضل السبزواري في الكفاية وحكاه أيضاً عن جماعة من المحدثين ، ثم استقر به واستدل عليه بالروايات الكثيرة ، وسيأتي التعرض لبعضها عند الاستدلال على اعتبار اللفظ في لزوم البيع بالروايات .

(١) قيل : إنه ثبت اعتبار مطلق اللفظ في لزوم البيع بالاجماع ، ومقتضاه أنه لا تكفي المعاطاة في ذلك . والجواب عنه :

أنه ليس هنا إجماع تعبدي لكي يجب الأخذ به ، إذ من المحتمل القريب أن يكون اتفاق الفقهاء على هذا من ناحية الروايات المشعرة باعتبار اللفظ في لزوم البيع ويضاف إلى ذلك : أن القائل بعدم اشتراط اللفظ في البيع كثير جداً ، ومعه لا مجال لدعوى الاجماع التعبدي في المقام .

٥ ـ أنها تفيد إباحة جميع التصرفات إلا ما يتوقف على الملك ، كالوطي والعتق والبيع . وهـــذا هو المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد . وينطبق عليه ما في المبسوط من المنع عن وطي الجارية المهداة بالهدية الخالية عن الايجاب والقبول اللفظيين .

٦ ـ أن المعاطاة معاملة فاسدة ، وهذا الرأي نسب إلى العلامة في نهايته . ولكن حكي رجوعه عن ذلك في كتبه المتأخرة . بل لم يوجد له موافق في هذا الرأي على أنه مسبوق بالاجماع وملحوق به .

٧ ـ ماذكره السيد في حاشيته وإليك نص عبارته :

(أنها معاملة مستقلة مفيدة للملكية . وليست بيعاً وإن كانت في مقامه حكي عن الشيخ الكبير الشيخ جعفر قده) .

الاقوال في المعاطاة ومدارکها

لا شبهة في فساد المعاملة المعاطاتية إذا لم يقم دليل على صحتها ، أو على إفادتها الاباحة الشرعية . وستعرف قريباً قيام الدليل على كونها بيعاً .

ثم إن مقتضى الاطلاقات والعمومات الدالة على صحة البيع ولزومه هو القول بأن المعاطاة بيع لازم ، لأن البيع ـ كما تقدم ـ هو الاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي سواء في ذلك كون المظهر فعلا وكونه قولا وعليه فالمعاطاة بيع عرفي بالحمل الشايع ، فتكون مشمولة لتلك العمومات والاطلاقات . وإذن فلا وجه للمناقشة فيما نسب إلى المفيد من أن المعاطاة تفيد الملكية اللازمة . وعلى هذا الضوء فلا وجه لما وجه به شيخنا الاستاذ كلام جمع من الاصحاب القائلين بترتب الاباحة على التعاطي المقصود منه التمليك . من (أن البيع على ماعرفت هو التبديل ، وحيث إن التبديل ليس تبديلاً

خارجياً ، بل تبديل أحد طرفي الاضافة بمثله ، وهذا أمر اعتباري من سنخ المعاني . وما هو موجده وآلة ايجاده هو القول فقط) .

و بعد ذلك إن قلنا بقيام الاجماع التعبدي على نفي اللزوم عن البيع المعاطاتي فتارة نفرض قيامه على نفي اللزوم مطلقاً . وأخرى نفرض قيامه على نفيه إجمالا . وعلى الأول فيثبت ما ذهب إليه المحقق الثاني من أن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة وعلى الثاني فيثبت ماذهب إليه بعض مشايخ الشهيدالثاني والأردبيلي وصاحب الحدائق وغيرهم من أنها تفيد الملكية اللازمة فيما إذا كانت القرينة القائمة على تراض المتعاطيين بالمعاملة المعاطاتية لفظاً . بداهة أن الاجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن وهو ماذكرناه . ولكن الذي يسهل الخطب أن ثبوت الاجماع التعبدي ـ في المقام ـ على نفي اللزوم إجمالا أو تفصيلا ممنوع .

ولا يخفى عليك أن الالتزام بهذا الرأي فيما إذا كان مدلول القرينة اللفظية هو التراضي بالمعاملة . وأما إذا كان مدلولها نفس المعاملة كان ذلك خارجاً عن حدود المعاطاة ، بل يصير مصداقاً للبيع اللفظي . وتتوقف صحته على عدم اعتبار اللفظ الخاص في إنشاء البيع و لعل هذا هو غرض المصنف مما كتبه في الهامش ، وهذا نصه : (ولكن في عد هذا من الاقوال في المعاطاة تأمل) .

ثم لو فرضنا خروج المعاطاة عن مورد الاطلاقات والعمومات الدالة على نفوذ البيع ولزومه . أو فرضنا قيام الاجماع على أنها لا تفيد الملكية ـ وإن قصدها المتعاطيان ـ إلا أنه قامت السيرة القطعية على جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة . وعليه فان كان مفاد تلك السيرة هو مطلق التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك ثبت القول بالاباحة المطلقة . وإن كان مفادها هو جواز التصرف في الجملة ثبتت الاباحة الخاصة أي التصرفات غير المتوقفة على الملك ، ضرورة أن ذلك هو

القدر المتيقن من السيرة المزبورة .

وإذن فمدرك القول بالاباحة ـ سواء أكانت الاباحة مطلقة أم كانت خاصة ـ إنما هو الاجماع ، وعليه فالمراد من الاباحة المزبورة هي الاباحة الشرعية ، لا الاباحة المالكية لكي يتوقف تحققها في الخارج على كونها مقصودة للمتعاطيين .

ومن هنا يندفع ما أورده المحقق الثاني على القائلين بأن المعاطاة تفيد الاباحة من أن القول بها ينافي قاعدة تبعية العقود للقصود، فأن الملك المقصود حصوله بالتعاطي غير واقع بالفرض . والواقع ـ وهو الاباحة الخالصة ـ غير مقصود ووجه الاندفاع : أن هذا الاشكال إنما يتوجه على هؤلاء القائلين بالاباحة إذا كان مرادهم من ذلك الاباحة المالكية ، لا الاباحة الشرعية . وقد عرفت كونها شرعية . وموضوعها التعاطي الخارجي المقصود به الملك وقد حكم بها الشارع عند تحقق موضوعها . كما حكم باباحة أموال الناس للمضطرين عند المخمصة والمجاعة .

وقد اتضح لك مما بيناه : أن ما ارتكبه صاحب الجواهر من حمل كلمات القائلين بالاباحة على فرض قصد المتعاطيين الاباحة المصطلحة إنما هو ناشيء من الغفلة عن مدرك الأقوال في المعاطاة .

ثم إذا قلنا بكون المعاطاة معاملة مستقلة ، كما حكاه السيد عن الشيخ الكبير كان ذلك خارجاً عن حدود البيع المعاطاتي الذي هو مورد بحثنا . وتدل على صحته آية التجارة عن تراض .

ما استدل به على أن المعاطاة تفيد الملكية

قوله : (وذهب جماعة تبعاً للمحقق الثاني إلى حصول الملك ولا يخلو عن قوة أقول : يقع البحث هنا تارة في أن المعاطاة تفيد الملكية . وأخرى في أن الملكية

الحاصلة بالمعاطاة هل هي ملكية لازمة أم هي ملكية جائزة ؟ . وسيأتي الكلام في الجهة الثانية .

أما الجهة الأولى فيمكن الاستدلال عليها بوجوه شتى :

١ — السيرة القطعية المستمرة القائمة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق والبيع والوطي والايصاء والتوريث وغير ذلك من آثار الملك .

وأجاب عنه المصنف ، وإليك لفظه (وأما ثبوت السيرة واستمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالات في الدين مما لا يحصى في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم كما لا يخفى .)

ويرد عليه : أنه لا ريب في قيام السيرة ـ بين المسلمين بل بين عقلاء العالم ـ على صحة المعاملة المعاطاتية وترتيب آثار الملكية على المأخوذ بها . وبما أن الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيرة فتكون حجة شرعية . ولو شككنا في ثبوت الردع فالأصل عدمه . قيل :

إن ثبوت الردع عن ذلك من الوضوح بمكان ، لقيام الاجماع على أن المعاطاة لا تفيد الملكية . وإذن فتسقط السيرة عن الاعتبار .

ويرد عليه : أنه لم يقم اجماع تعبدي على ذلك . غاية الامر أنه نقل الاجماع عليه . وقد نقحنا في علم الاصول عدم حجيته ، إلا إذا حصل العلم باستناد المجمعين إلى رأي المعصوم (ع) ومن المحتمل القريب أن يكون استنادهم في فتواهم بعدم لزوم البيع المعاطاتي إلى الروايات المشعرة باعتبار اللفظ في البيع . وسيأتي التعرض لها .

٢ — قوله (تعالى) : وأحل الله البيع وحرم الربا . البقرة . الآية ٢٧٤ .

وتقريب الاستدلال بهذه الآية على أن المعاطاة تفيد الملكية بوجهين :

الوجه الاول أنها تدل على صحة البيع المعاطاتي بالدلالة المطابقية ، لأن معنى الحل

في اللغة هو الاطلاق والارسال . ويعبر عنه في لغة الفارس بكلمة (بازداشتن) ويقابله التحريم ، فانه بمعنى المنع والحجر . ولا ريب أن الحل بهذا المعنى يناسب الحلية الوضعية والتكليفية كلتيهما . وعليه فكما يصح استعمال لفظ الحل في خصوص الحلية الوضعية ، أو التكليفية كذلك يصح استعماله في كلتيهما معاً . ويختلف ذلك حسب اختلاف الموارد والقرائن . وهكذا الحال في لفظ التحريم ـ الذي هو مقابل الحل ـ فانه يعم التحريم الوضعي والتحريم التكليفي كليهما ، وإرادة خصوص أحدهما دون الآخر في بعض الموارد من ناحية القرائن الحالية أو المقالية .

وإذن فلا وجه للمناقشة في شمول لفظ الحل للحلية الوضعية والتكليفية معاً بعدم وجود الجامع بينهما . وهذا واضح لا ريب فيه .

ثم إن الحل قد يتعلق بالأعيان الخارجية . وقد يتعلق بالأفعال الخارجية . وقد يتعلق بالامور الاعتبارية المبرزة بمبرز خارجي .

وعلى الأول فلا يصح الكلام إلا بالتقدير ، للدلالة الاقتضائية ، وصيانة لكلام المتكلم عن اللغوية . ومن هذا القبيل قوله (تعالى) : (احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات) (١) فان متعلق الحل في هذه الآية إنما هو المطاعم والمآكل والمناكح . ومن الواضح أنه لا معنى لحلية هذه الامور بنفسها ، بل المراد من حليتها إنما هو حلية ما تعلق بها من الافعال المناسبة لها من الأكل والشرب والنكاح .

وعلى الثاني فلا شبهة في صحة الكلام بلا احتياج إلى التقدير ، ومنه قوله (تعالى) : (احل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم) (٢) . وكذلك الحال في الثالث ، ومثاله: أن يتعلق الحل بالمعاملات ـ التي هي الاعتبارات النفسانية المظهرة بمبرز

(١) المائدة : الآية : ٥ (٢) البقرة الآية : ١٨٧

خارجي - فانها بنفسها قابلة للحلية وضعاً وتكليفاً من دون احتياج إلى التقدير ومن ذلك قوله (تعالى) : (وأحل الله البيع) .

ولا يخفى عليك أن هذه الصور الثلث - التي ذكرناها في استعمالات كلمة الحل - جارية بعينها في استعمالات كلمة التحريم أيضاً طابق النعل بالنعل والقذة بالقذة .

والمتحصل من جميع ما بيناه : أن معنى قوله (تعالى) : (وأحل الله البيع) هو أن الله قد رخص في ايجاد البيع ، وأطلقه ، وأرسله ، ولم يمنع عن تحققه في الخارج وإذن فتدل الآية الكريمة دلالة مطابقية على جواز البيع تكليفاً ، وعلى نفوذه وضعاً .

ومن الواضح الذي لا خفاء فيه أن المعاطاة بيع فتكون مشمولة للآية . وإذن فلا يتوجه عليه أي محذور من المحاذير والله العالم .

وقد ذكر بعض مشايخنا المحققين : أنه لا شبهة في (دلالة الآية بالمطابقة على الصحة . نظراً إلى أن الحلية أمر يناسب التكليف والوضع ، ولذا ورد في باب الصلاة حلّت الصلاة فيه : أي جازت ، ووقعت في محلها ، فالحلية منسوبة إلى نفس البيع بما هو تسبب إلى الملكية . والمراد : - والله العالم - أنه تعالى أحله محله ، وأقره مقره ، ولم يجعله كالقمار بحكم العدم . وأما جعله من الحل في قبال الشد : - بمعنى أنه لم يصد عنه ، وجعله مرخى العنان في تأثيره - فغير وجيه ، لأن الحل في قبال الشد يتعدى بنفسه بخلاف أحل من الحلول) .

ويرد عليه : أن أحل من الحلول وإن وقع في الاستعمالات العرفية الصحيحة الفصيحة ، بل في الكتاب المجيد (١) إلا أن هذا المعنى لا يناسب الحل بمعنى الاطلاق والارسال الذي ورد في الآيات التي تقدمت الاشارة إليها قريباً ، وورد أيضاً في استعمالات أهل العرف واللغة كثيراً . وتتأكد إرادة هذا المعنى الثاني فيما إذا استعمل

(١) قوله تعالى : وأحلوا قومهم دار البوار . إبراهيم ١٤ ، الآية : ٢٨

لفظ الحل في مقابل كلمة التحريم ، كما في قوله (تعالى) : (وأحل الله البيع وحرم الرباء) ووجه التأكيد : أن الحل إذا أخذ بمعنى الحلول كان مقابله الازالة ، لا التحريم .

الوجه الثاني : ما ذكره المصنف ، وحاصله : أن المراد من حلية البيع فى الآية الكريمه إنما هو الحلية التكليفية ، لمقابلتها مع حرمة الرباء الظاهرة في الحرمة التكليفية ومن الواضح أن الحلية التكليفية لا يصح تعلقها بالبيع ، لأنه إنشاء تمليك عين بمال . وحلية ذلك لا تحتاج إلى البيان . وعليه فلابد من الالتزام بتعلق الحل فى الآية بالتصرفات المترتبة على البيع . وحينئذ فتدل الآية على حلية التصرفات بالمطابقة وعلى حلية البيع بالالتزام ومن هنا ظهر أنه لا يمكن أن يراد من قوله تعالى : (وأحل الله البيع) الحلية الوضعية ، لكي تدل الآية على صحة البيع دلالة مطابقية . وبما أن المعاطاة من أفراد البيع عرفاً فتكون مشمولة للآية وعليه فالحلية في الآية الشريفة لا تدل على حصول الملكية بل إنما تدل على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ـ كالبيع والعتق والوطي والايصاء ـ ومن البين الذي لا ريب فيه أن إباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك فى غير مورد المعاطاة من ناحية الاجماع على وجود الملازمة بينهما . وأما المعاطاة فالقائلون بعدم إفادتها الملك قد حكموا بافادتها الاباحة على وجه الاطلاق حتى صرح الشهيد الثاني في المسالك بأن من أجاز للمعاطاة قد سوغ جميع التصرفات . غاية الأمر أن الالتزام باباحة جميع التصرفات يقتضى الالتزام بسبق الملك آناً ما على التصرفات الموقوفة على الملك . ولا يقتضي ذلك الالتزام بسبق الملك من أول الأمر لكي يتوهم أن مرجع هذه الاباحة أيضاً إلى الملك .

وقد اتضح لك من ذلك فساد ما قيل من أنه لا وجه للالتزام بالملكية التقديرية ، إذ لو كانت المعاطاة مؤثرة في الملكية لأثرت فيها من أول الأمر وإلافلا

ووجه الفساد : أن الالتزام بالملكية التقديرية انما هو من جهة الجمع بين الأدلة ، والا فان المعاطاة لاتؤثر الا في الاباحة المطلقة .

ولكن يرد على المصنف وجوه :

١ — أنه لا ملزم لتخصيص الحل في الآية بالحل التكليفي فقط ، بل يعم ذلك الحلية التكليفية والوضعية ، بمعنى واحد وقد عرفته قريباً .

٢ — أنه لا وجه صحيح لصرف الحل في الآية الى حلية التصرفات . ومنع تعلقه بنفس البيع بدعوى أن حلية انشاء البيع أمر واضح لا يحتاج الى البيان ، وذلك لأنا ذكرنا فيما سبق : أن البيع هو الاعتبار النفساني المبرز بمبرز خارجي ، سواء أتعلق به الامضاء من ناحية الشرع والعرف ، أم لم يتعلق به ذلك ، بل سواء أكان في العالم عرف وشرع أم لم يكن . وهذا المعنى هو الذي قد يكون موضوعاً للحرمة وقد يكون موضوعاً للحلية . كما ان الامر كذلك في سائر المعاملات .

٣ — ما ذكره شيخنا الاستاذ وحاصله : ان اباحة جميع التصرفات اذا اقتضت الملك في سائر المعاملات والتجارات اقتضته في المعاطاة ايضاً ، اذ لا فارق بينهما الا من ناحية توهم الاجماع في سائر المقامات دون المعاطاة ولكن هذا التوهم فاسد ، بداهة أن الاجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن ، وهو حصول الملكية آناً ما في سائر المقامات أيضاً . وإذن فلابد إما من الالتزام بحصول الملكية من أول الأمر في المعاطاة وغيرها ، وإما من الالتزام بعدم حصولها فيهما إلا آناً ما قبل التصرف .

٤ — أنه إذا دلت الآية على جواز مطلق التصرفات حتى المتوقف منها على الملك أستفيد من ذلك حصول الملكية من الأول . وعليه فلا وجه لعدول المصنف عن ذلك ، والتجائه إلى القول بالملكية التقديرية .

قيل : إن جواز التصرف شرعاً لا يلازم حصول الملكية ، كما أن الشارع قد

حكم بجواز التصرف في أموال الناس عند الضرورة والمجاعة من غير أن يكون ذلك ملكاً للمتصرف . نعم التصرفات المتوقفة على الملك تكشف عن تحقق الملك آناً ما قبل التصرف لأجل الجمع بين الأدلة . والجواب عن ذلك :

أن التصرفات التي حكم بحليتها في الآية المباركة هي التصرفات المترتبة على البيع ، ومن الواضح أن التصرف المترتب على البيع تصرف مالكي ، وجواز التصرف المالكي يكشف عن الملكية كشفاً قطعياً . وعليه فدليل حلية البيع يدل على حلية التصرف بالدلالة المطابقية ، وعلى حصول الملكية من أول الأمر بالدلالة الالتزامية . وأما الالتزام بالملكية آناً ما قبل التصرف فلازمه الالتزام بجواز التصرفات المتوقفة على الملك بغير عنوان المالكية مع فرض تحقق البيع في الخارج . وهذا بعيد عن مدلول الآية حسب مايفهمه أهل العرف من الكلام .

قيل : إن الآية لادلالة فيها على تأثير البيع في الملكية أصلا ، إذ المفروض أن الحل قد تعلق بالتصرف ومن الواضح أنه إذا اريد من التصرف المزبور التصرف المالكي لزم منه تعرض الحكم لاثبات موضوعه وهو أمر غير معقول . والجواب عنه :

أن الحل في الآية وإن تعلق بالتصرف ابتداءً ـ على رأي المصنف ـ إلا أن إحلال التصرف يكشف عن حصول الملكية ولا يلزم من ذلك تعرض الحكم لايجاد موضوعه . نعم إذا قلنا بتحقق الملكية من ناحية جواز التصرف لزم منه تكفل الحكم باثبات موضوعه ولكنه بعيد عما نحن فيه . قيل :

إنا لو سلمنا دلالة الآية على جواز البيع وضعاً وتكليفاً ، أو قلنا بدلالتها على حلية التصرفات ، واستكشفنا منها الملكية من أول الأمر ، لكنها لاتشمل المعاطاة ، لعدم صدق البيع عليه ، إذ البيع إما من مقولة اللفظ ـ كما عن بعض الاعلام ـ بدعوى أنه لو كان من قبيل المعنى لزم منه القول بالكلام النفسي الذي هو مدلول الكلام اللفظي ، وهو باطل بالضرورة ، أو أنه من مقولة المعنى بدعوى أنه لو كان من قبيل

اللفظ لم يعقل إنشاؤه باللفظ ، وعلى كلا التقديرين لايصدق مفهوم البيع على المعاطاة : أما على الأول فواضح . وأما على الثاني فلأن البيع وإن كان من قبيل المعنى ، ولكن صدق عنوان البيع عليه يحتاج إلى إبرازه باللفظ ، إذ المفروض أن الكلام النفسي مدلول للكلام اللفظي ، ومن الواضح جداً أن المعاطاة لم تبرز باللفظ فتكون خارجة عن حدود البيع جزماً . والجواب عن ذلك :

أن البيع ليس اسماً لمجرد اللفظ ، وإلا لزم تحققه بالتكلم بلفظ بعت وإن لم يتحقق به الانشاء ، ولا أنه اسم للاعتبار النفساني غير المبرز بمظهر خارجي ، وإلا لزم تحققه بالاعتبار الساذج وإن لم يكن مبرزاً في الخارج . بل هو اسم للاعتبار النفساني المظهر بمبرز خارجي . ومن الواضح أنه لايعتبر في المبرز أن يكون من قبيل الالفاظ . بل كما يصح إبراز الاعتبار النفساني باللفظ ، كذلك يصح إبرازه بغيره . وعلى كل حال لاصلة للمقام بالكلام النفسي الذي ذكرنا بطلانه في محله : ومما استدل به على أن المعاطاة تفيد الملكية .

٣ — قوله (ص) : (إن الناس مسلطون على أموالهم)(١) ووجه الاستدلال : أن الحديث المزبور قد دل على أن كل أحد مسلط على التصرف في أمواله بأنحاء التصرفات ، سواء في ذلك التصرفات الخارجية والاعتبارية . ومن التصرفات الاعتبارية البيع المعاطاتي ، وإذن فالمنع عن جواز البيع المعاطاتي مناف لعموم الحديث.

ويتوجه على هذا الاستدلال أولا : أن النبوي المزبور ضعيف السند ، وغير مذكور في كتب الشيعة إلا مرسلا ومن الواضح أنا لا نعتمد على المراسيل في شيء من الاحكام الشرعية ، لأنها غير مشمولة لأدلة حجية الخبر . قيل :

إن النبوي المزبور وإن كان ضعيفاً من ناحية الارسال ، ولكن قد عمل به

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤

المشهور ، بل أرسله الفقهاء في كتبهم الاستدلالية إرسال المسلمات حتى جعلوا مفاده من القواعد الفقهية المسلمة ، ويلتجئون إليها في موارد شتى . وإذن فيكون عملهم هذا جابراً لوهن الخبر وضعفه . والجواب عن ذلك :

أن هذا التوهم فاسد كبرى وصغرى : أما الوجه في فساد الكبرى فلأنه لا دليل على انجبار ضعف الرواية بعمل المشهور ، لأن الشهرة إن كانت حجة في نفسها أخذ بها وإلا فان ضمها إلى غير الحجة لا يفيد الاعتبار ، وقد اشتهر في الألسنة أن فاقد الشيء لا يكون معطياً له نعم إذا كان عملهم وسيلة إلى توثيق الرواية كان ذلك قرينة على حجيتها . بل قد يكون عمل شخص واحد برواية سبباً لتوثيقها . إلا أنه غريب عن انجبار ضعف الخبر بعمل المشهور ، فان هذا فيما لم تعلم وثاقة الروات ، بل لم تعلم روات الخبر — كما في المراسيل — ومن البديهي أن عمل المشهور في أشباه ذلك لا يكشف عن وثاقة الروات . نعم يحتمل أنهم اطلعوا على قرائن لم نظفر بها . ولكن هذا الاحتمال لا يغني من الحق شيئاً . مع أنه منقوض بما صرحوا به من عدم انجبار ضعف الدلالة بعمل المشهور ، والملاك فيهما واحد . واحتمال الاطلاع على القرائن مشترك بينهما

وأما الوجه في منع الصغرى فلأن من المحتمل القريب أن المشهور قد استندوا في فتياهم بصحة البيع المعاطاتي بغير النبوي من الوجوه التي استدل بها على ذلك . ومن البين الذي لا ريب فيه انه بناء على انجبار ضعف الرواية بعمل المشهور فأن الشهرة إنما تكون جابرة لوهن الرواية إذا علم استناد المشهور إليها . على أن المشهور بين القدماء هو القول بالاباحة . وإذن فلا شهرة في المقام لكي تكون جابرة لضعف النبوي وأما الشهرة بين متأخري المتأخرين فليست بجابرة اتفاقاً .

ثانياً : أنا لو سلمنا اعتبار النبوي من حيث السند لكن لا نسلم دلالته على المقصود ، فان المحتمل في معناه وجوه ثلاثة :

١ — أن يراد من الحديث تسلط الناس على كل تصرف من أنحاء التصرفات

كمًا وكيفًا . وعليه فاذا شككنا في جواز تصرف خارجي أو اعتباري من حيث الوضع والتكليف تمسكنا بالحديث المزبور لأثبات مشروعية ذلك . ولكن يرد عليه :

أولا : أن الألتزام بهذا الوجه يقتضي أن يكون النبوي في مقام التشريع : بأن يدل على جواز كل تصرف لم تثبت مشروعيته من ناحية الشارع . وعلى هذا فاذا شككنا في جواز تصرف تكويني ـ كالأكل والشرب ـ أو اعتباري ـ كالبيع المعاطاتي ونحوه ـ تمسكنا بالنبوي لاثبات مشرعية ذلك التصرف ، ومن البديهي أنه لم يقل به متفقه فضلا عن الفقيه .

ثانيًا : أن هذا الوجه يقتضي الالتزام بمشروعية غير واحد من المحرمات الالهية ـ كأكل جملة من الاطعمة المحرمة وشرب جملة من الأشربة المحرمة ولبس جملة من الألبسة المحرمة التي هي مملوكة للمتصرف ـ فان النسبة بين دليل السلطنة وبين أدلة بعض المحرمات هي العموم من وجه ، فيتعارضان في مورد الاجتماع ويتساقطان فيرجع إلى أصالة الاباحة ، مع أن هذا ضروري البطلان . والمتحصل من ذلك أن الوجه المزبور لا يمكن الالتزام به

٢ — ما ذكره المصنف وحاصله : أن عموم الحديث إنما هو باعتبار أنواع السلطنة ـ كالبيع والاجارة والهبة والصلح وغيرها ـ وإذا شككنا في مشروعية نوع منها ـ كالمزارعة والمضاربة والمساقات مثلا ـ تمسكنا بعموم الحديث ونحكم بثبوت السلطنة هنا أيضًا . وأما إذا علمنا بمقدار السلطنة وكميتها بأن قطعنا بأن سلطنة خاصة نافذة في حق شخص كبيع ماله من غيره ولكن شككنا في كيفية هذه السلطنة وأن هذا البيع هل يوجد بالتعاطي أم لا بد فيه من القول الدال عليه فانه حينئذ لا يجوز لنا أن نتمسك بدليل السلطنة لاثبات مشروعية المعاطات في الشريعة المقدسة . وقد اتضح لك من توضيح كلام المصنف الفارق بين هذا الوجه وبين سابقه حيث ان

العموم في الوجه الأول باعتبار الكمية والكيفية وفي الوجه الثاني باعتبار الكمية فقط

ويرد عليه : أن الالتزام بهذا الوجه يقتضي أيضاً أن تكون الرواية في مقام التشريع وعليه فيجوز التمسك بعموم النبوي في أي مورد شككنا في جواز نوع خاص من السلطنة ـ كالشك في جواز أكل لحم الأرنب ونحوه وهذا خلاف الظاهر من الرواية حسب المتفاهم العرفي و لأجل ذلك لم يتمسك به أحد في أمثال ذلك . ومن هنا ذكروا : أن دليل السلطنة لم يرد في مقام التشريع بل إنما ورد لاثبات السلطنة للمالك في الجهات المشروعة .

٣ — ما هو التحقيق من أن دليل السلطنة يتكفل ببيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعة ، وعدم كونه محجوراً عن التصرف في تلك الجهات ، وليس لغيره أن يزاحمه في ذلك ، وعليه فشأن دليل السلطنة شأن الأوامر المسوقة لبيان أصل الوجوب من غير نظر فيها إلى تعيين الواجب من حيث الكم والكيف .

وعلى الجملة : إن دليل السلطنة لا يدل على استقلال الملاك في التصرف في أموالهم من جميع الجهات بحيث لو منع الشارع عن التصرف فيها من ناحية خاصة كان ذلك مخصصاً لعموم الحديث . وقد تجلى لك من ذلك أنه لو شك في جواز تصرف خاص ـ كالبيع المعاطاتي أو جواز الاعراض عن مال معين ـ فانه لا يجوز التمسك في مشروعية ذلك بدليل السلطنة . ومما استدل به على أن المعاطاة تفيد الملكية :

٤ - (قوله تعالى) : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) النساء الآية : ٢٨ .

فان الآية الشريفة قد دلت على انحصار جواز التصرف في أموال الناس بما يكون تجارة عن تراض عرفاً . والبيع المعاطاتي كذلك وبيان ذلك بوجهين :

١ — أن المراد من الأكل في الآية الكريمة ليس هو الازدراد ـ على ما هو معناه الحقيقي ـ بل إنما هو كناية عن التملك ـ وإن لم يكن ذلك المال من

جنس المأكولات كالدار والبستان والدكان وأشباه ذلك ـ وقد تعارف هذا النحو من الاستعمال في القرآن الكريم وفي كلمات الفصحاء ، بل في غير لغة العربية أيضاً ثم ان دخول كلمة الباء السببية على كلمة الباطل ، ومقابلتها في الآية مع التجارة عن تراض قرينتان على توجه الآية الى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الفاسدة.

وعليه فان كان الاستثناء متصلا ـ كما هو الظاهر والموافق للقواعد العربية كان مفاد الآية أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فانه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض وإذن فتفيد الآية حصر الأسباب الصحيحة للمعاملة بالتجارة عن تراض وإن كان الأستثناء منقطعاً كانت الآية ظاهرة ابتداء في بيان الكبرى الكلية لكل واحد من أكل المال بالباطل والتجارة عن تراض من غير أن تتعرض للحصر ، وعليه فلا يمكن التمسك بها فيما لا يعد في العرف من الأسباب الباطلة ، ولا من التجارة عن تراض . بل تكون الآية بالنسبة إليه مهملة . ولكن يمكن إثبات دلالة الآية على الحصر حينئذ بالقرينة المقامية بدعوى أن الله (تعالى) بصدد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات ، وتميز وجهها الصحيح عن وجهها الباطل ، ولاريب أن الأهال مما يخل بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية بالقرينة المقامية وإذن فالآية مسوقة لبيان حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات في التجارة عن تراض سواء أكان الاستثناء متصلاأم كان منقطعاً وعلى كلا التقديرين فتدل الآية بالمطابقة على صحة البيع المعاطاتي ، وكونه مفيداً للملك ، فان عنوان التجارة عن تراض ينطبق عليه عرفاً . ومما يؤيد كون الآية راجعة إلى بيان أسباب المعاملات تطبيقها في بعض الروايات على القمار باعتبار كونه من الأسباب الباطلة (١)

٢ أن يراد من الأكل في الآية الكريمة التصرف : أي لا تتصرفوا في أموال الناس بالأسباب الباطلة ، فانه حرام إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن

(١) راجع الوسائل ج ٢ باب ٦٣ تحريم كسب القمار من أبواب ما يكتسب به .

تراض . وعليه فتدل الآية بالمطابقة على حلية التصرفات تكليفاً - التي تترتب على التجارة عن تراض - وتدل على حصول الملكية من أول الأمر بالملازمة العرفية ، لما عرفت عند الاستدلال بآية حل البيع على المقصود من أن السلطنة التكليفية على جميع التصرفات في شيء كاشفة عرفاً عن مالكية المتصرف لرقبة هذا الشيء وإن كانت الملكية تنفك عن السلطنة أحياناً - كما في المحجور - ولكن السلطنة المطلقة لا تنفك عن الملكية عرفاً . ولا يخفى عليك : أنه يجري في هـــذا الوجه جميع ما تقدم من النقض والابرام حول الوجه الثاني من وجهي الاستدلال على أن المعاطاة تفيد الملكية .

وقد ذكر المحقق صاحب البلغة : أنه لو كان الاستثناء في آية التجارة عن تراض متصلا لزم من ذلك إما القول بالنسخ أو القول بكثرة التخصيص المستهجن ، بداهة أن أسباب حل الاكل ليس منحصراً بالتجارة عن تراض ، بل يحل ذلك بالهبات والوقوف والصدقات والوصايا وارش الجنايات وسائر النواقل الشرعية والاباحات . سواء أكانت الاباحة مالكية ، أم كانت شرعية وإذن فلا ملازمة بين أكل المال بالباطل ، وبين مالا يكون تجارة عن تراض انتهى ملخص كلامه .

ويتوجه عليه أن جملة من الأمور التي ذكرها المحقق المزبور ليست مقابلة للتجارة عن تراض ، بل هي قسم منها ، كالهبات التي منها الصدقات المستحبة والوصايا بناء على اعتبار القبول فيها ، وسائر النواقل الشرعية كالاجارة والجعالة ونحوها . وجملة منها وإن كانت خارجة عن حدود التجارة عن تراض - كالوقوف والاباحات والوصايا بناء على عدم اعتبار القبول فيها - ولكن الالتزام بخروجها عن ذلك لا يستلزم كثرة التخصيص ، بداهة أن الباقي تحت العام أكثر من الخارج .

ويضاف إلى ما ذكرناه : أن المستثنى منه في الآية إنما هو أكل مال غيره بعنوان التملك : بأن يتملك الانسان باختياره مال غيره بغير التجارة عن تراض . ومالا يكون كذلك - كالوقوف والزكوات والاخماس والمال الموصى به وصية تمليكيه بناء على

عدم اعتبار القبول فيها واروش الجنايات ـ خارج عن حدود المستثنى والمستثنى منه تخصصاً لا تخصيصاً (١) .

كلام بعض الاساطين حول المعاطاة

قوله : (ولذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد في مقام الأستبعاد أن القول بالاباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التمليك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد

(١) قد أغفل المصنف الاستدلال على مقصوده بقوله تعالى : (أوفوا بالعقود) المائدة ٥ الآية ١ . مع أنه استدل به ـ فيما سيأتي قريباً ـ على أصالة اللزوم في العقود .

والوجه في ذلك : أن الآية إنما تدل على لزوم العقد دلالة مطابقية ، بداهة أن الامر بالوفاء بالعقد إرشاد إلى لزومه ، وعدم انفساخه بالفسخ . وإذا دلت الآية على لزومه بالمطابقة دلت على صحته بالالتزام ، إذ لا معنى لفساد العقد مع لزومه . ومن البين الذي لا ريب فيه أن المعاطاة عقد بالحمل الشايع ، فتكون مشمولة لعموم الآية .

ولكن ذكر المصنف فيما سيأتي قريباً : (أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة ، بل ادعاه صريحاً بعض الاساطين في شرح القواعد) وعلى هذا فيكون الاجماع قرينة منفصلة على عدم شمول الآية للمعاطاة من حيث الدلالة المطابقية . وقد ثبت في محله أن الدلالة الالتزامية تابعة للدلالة المطابقية . وعليه فاذا سقطت دلالة الآية بالمطابقة على لزوم المعاطاة سقطت دلالتها الالتزامية على صحتها . وإذن فتنصرف الآية الكريمة عن المعاطاة ، وتختص بالعقود اللفظية : وهذا بخلاف آيتي حل البيع والتجارة عن تراض فانهما تدلان على صحة البيع بالمطابقة ، وعلى لزومه بالالتزام ، ومن البديهي أن سقوط الدلالة الالتزامية لاتضر بالدلالة المطابقية . هكذا ينبغي أن يحرر المقام . لا على الوجه الذي ارتكبه غير واحد من المحشين .

جديدة) . أقول : يحسن بنا أن نبحث حول كلامه لكي يتضح لنا أن القول بالاباحة مع قصد الملك من التعاطي هل يستلزم تأسيس قواعد جديدة أم لا . وتلك القواعد ما يلي . منها :

١ ـ أن العقود وما قام مقامها تابعة للقصود من حيث الايجاب والسلب : أي وقوع ما يقصد ، وعدم وقوع مالم يقصد . ومن البين أن القول بالاباحة مخالف لهذه القاعدة ايجاباً وسلباً . لأن ما قصده المتعاطيان لم يحصل في الخارج ، وما حصل في الخارج لم يقصده المتعاطيان . وقد أجاب عنه المصنف بوجهين :

الأول : أن تبعية العقود للقصود فيما إذا دل الدليل على صحة العقد : بمعنى ترتب الأثر المقصود منه عليه . وعلى هذا فلا يعقل الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المزبور عليه . وهذا بخلاف ما إذا لم يدل دليل على ذلك ـ كالعقد المعاطاتي ـ ولكن حكم الشارع المقدس في مورده بالاباحة ، فأنه لا يلزم منه تخلف العقد عن القصد ، بداهة أن الاباحة المذكورة ليست إباحة عقدية لكي يلزم من ثبوتها المحذور المزبور بل إنما هي إباحة شرعية مترتبة على المعاطاة ترتب الحكم على موضوعه . وعليه فمنزلة ذلك منزلة حكم الشارع بجواز الأكل من أموال الناس في المخمصة والمجاعة ، وبجواز أكل المارة من ثمرة الشجرة التي تمر بها وإن لم يرض المالك بذلك . انتهى ملخص كلامه في الوجه الأول (١) .

---

(١) الأولى في الجواب أن يقال : إن كانت المعاطاة مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع فلا شبهة في كونها بيعاً صحيحاً ومؤثرة في الملكية من دون أن يلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد . نعم لو ورد دليل الامضاء على خلاف ماقصده المتعاقدان لزم منه تخلف العقد عن القصد . إلا أنه بعيد عن المقام . ولا يفرق فيما ذكرناه بين القول بحصول الملكية من أول الأمر ، وبين القول بحصولها آناً ما قبل التصرف .

الثاني : أن تخلف العقود عن القصود لا غرابة فيه . وقد وقع في جملة من الموارد :

الأول : (أنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة ، لافادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه ، مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر . وتوهم أن دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول ، وهو إقدامهما على الضمان ، فلاحظ المسالك) .

ويرد عليه : أن سبب الضمان في العقود الفاسدة ـ على ما سيأتي ـ إنما هو اليد نهاية الامر أن الاقدام يكون منقحاً لموضوع ضمان اليد . وقد ذكرنا في محله : أن الاقدام بنفسه لو كان موجباً للضمان ، لتحقق الضمان بتحقق المعاملة في الخارج بالايجاب والقبول ، مع عدم تحقق القبض والاقباض ، إذ المفروض تحقق الاقدام على المعاملة من ناحية المتعاملين ، مع أنه باطل بالضرورة . فيستكشف من ذلك أن سبب الضمان في أمثال الموارد هو اليد دون الاقدام .

الثاني : أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد المشروط به عند أكثر القدماء ، مع أن ما قصد ـ وهو العقد المقيد بالشرط الفاسد ـ غير واقع . والواقع الذي هو ذات العقد لم يقصد . نعم إذا قلنا بأن الشرط الفاسد يفسد العقد لم يتوجه هذا النقض على بعض الاساطين . ولكن التحقيق خلافه . ويأتي تفصيل ذلك في مبحث الشروط إنشاء الله .

— وإن لم تكن المعاطاة مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع فلا شبهة في أنها لا تؤثر في الملكية ، إلا أنه قامت السيرة القطعية على إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة حتى التصرف المتوقف على الملك من دون أن يلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد ، إذ المفروض أن الاباحة المترتبة على المعاطاة إباحة شرعية لا إباحة عقدية وهذا واضح لا خفاء فيه .

والتحقيق : أن الشرط قد يكون قيداً لأصل العقد بحيث يكون الانشاء معلقاً على حصول الشرط : بأن قال البائع : بعتك المتاع الفلاني إن قدم الحاج . وإلا فلا أبيع ، وقد يكون الشرط التزاماً آخر في ضمن الالتزام العقدي من دون أن يكون الملتزم به قيداً لأصل العقد . وعلى الأول فالتعليق يوجب فساد العقد وإن لم يكن الشرط فاسداً لقيام الاجماع على بطلان التعليق في العقود . وعلى الثاني فالالتزام بصحة العقد مع فساد الشرط لا يستلزم تخلف المقصود عن القصد وتفصيل الكلام في محله .

الثالث : أنه إذا باع الانسان ما يملكه مع مالا يملكه : - بأن ضم مال نفسه إلى مال غيره وباعهما من شخص واحد في صفقة واحدة- فانه لا شبهة في صحة هذا البيع عند المحققين . مع أن ما هو مقصود للمتبايعين لم يقع في الخارج ، وما هو واقع فيه غير مقصود لهما . والجواب عن ذلك :

أن البيع المذكور وإن كان واحداً بحسب الصورة ولكنه منحل إلى بيعين غاية الأمر أن أحدهما صحيح منجزاً ، والآخر صحيح مشروطاً باجازة المالك . والسر في ذلك أن حقيقة البيع متقومة بانشاء تبديل شيء من الاعيان بعوض في جهة الاضافة كما تقدم (١) ومن البديهي الذي لا ريب فيه أن هذا المعنى لاربط له بقصد المالكين ومعرفتهما . وعليه فقصد البائع كون العقد لنفسه أو لغيره خارج عن حدود البيع . وإذن فلا يوجب ذلك تخلف العقد عن القصد بوجه . نعم مع عدم إجازة المالك يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة . ولكنه بعيد عن تخلف العقد عن القصد الذي هو محل الكلام في المقام .

الرابع : بيع الغاصب المال المغصوب لنفسه . فقد ذكر جمع كثير أن البيع يقع عن المالك فضولا ، وتتوقف صحته على إجازته . مع أن المقصود - وهو كونه

(١) راجع ص ٥٣

للبائع ـ لم يقع ، والواقع ـ وهو وقوع البيع عن المالك ـ غير مقصود . والجواب عن ذلك :

ما أشرنا إليه آنفاً من أن البيع إنشاء تبديل عين بعوض في جهة الاضافة . ومن الظاهر أن قصد وقوعه عن المالك ، أو عن البائع خارج عن حدوده . وسيأتي التعرض لهذه المسألة في البحث عن بيع الفضولي . نعم لو كان شأن المالكين في البيع شأن الزوجين في عقد الزواج لكان ما ذكره المصنف من النقض ـ على بعض الاساطين ـ صحيحاً ، ولكن الأمر ليس كذلك .

الخامس : أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل في نكاح المتعة كان ذلك زواجاً دائمياً وقد ذكر هذا في موثقة ابن بكير (١) . وأفتى به جمع من الفقهاء رضوان الله عليهم . مع أن المقصود ـ وهو نكاح المتعة ـ لم يقع . والواقع ـ وهو نكاح الدائم ـ غير مقصود .

والتحقيق : أنه إذا كان بناء العاقد ـ قبل مباشرته بايقاع العقد ـ على إنشاء نكاح المتعة ، ولكن نسي ذكر الأجل عند الانشاء وقصد الزواج الدائم فلا شبهة في أن الواقع حينئذ يكون نكاحاً دائمياً وعليه فلا يلزم منه تخلف العقد عن القصد . وإذا كان بناء العاقد على إيقاع عقد المتعة حتى في مقام الانشاء ، والاشتغال باجراء الصيغة ، ومع ذلك نسي ذكر الأجل في مقام التلفظ ، أو تركه عمداً فان الظاهر حينئذ بطلان العقد ، بداهة أن الزواج الدائم لم يقصد ، ولم ينشأ ، لأن الانشاء ـ كما عرفته مراراً ـ عبارة عن إبراز الامر النفساني في الخارج . وإذا لم يقصد العاقد الزواج الدائم لم يكن ذلك مبرزاً باللفظ . وأما الزواج المنقطع فلا يقع أيضاً في

(١) قال : (قال أبو عبد الله (ع) ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز . وقال : إن سمي الاجل فهو متعة . وإن لم يسم الاجل فهو نكاح بات) . الكافي ج ٢ ص ٤٥ . والوافي ج ١٢ ص ٩٦ .

الخارج ، إذ يعتبر في صحته ذكر الأجل على ما نطقت به الروايات (١) ، والمفروض أنه مفقود في المقام . وهذا بين لا ريب فيه . ومن القواعد الجديدة اللازمة على القول بالاباحة :

٢ ـ أن القول بالاباحة يلزمه الالتزام بأحد أمرين على سبيل مانعة الخلو : وهما الالتزام بأن إرادة التصرف ـ في المأخوذ بالمعاطاة ـ مملكة ، والالتزام بأن التصرف بنفسه من المملكات ، وكلا الأمرين بعيد جداً ، بداهة أن المالك لم يقصد إلا تمليك ماله من الأول ، وعليه فالالتزام بحصول الملكية بتصرف غير المالك ، أو بارادته التصرف من دون أن يكون ذلك مقصوداً للمالك بعيد غايته .

ويتوجه عليه ما أفاده المصنف ، وحاصله : أنه لا مانع من الالتزام بحصول الملكية بارادة التصرف ، فان الجمع بين الأدلة يقتضي ذلك ، ضرورة أن الأصل يقتضي بقاء المأخوذ بالمعاطاة في ملك مالكه الأول . وقد قامت السيرة القطعية على جواز التصرف لكل من المتعاطيين فيما انتقل إليه . وقد ثبت في الشريعة المقدسة أن بعض التصرفات ـ كالعتق والبيع والوطي ـ لا يسوغ لغير المالك . ومن البين الذي لا ريب فيه أن الجمع بين هذه الادلة يقتضي الالتزام بالملكية حين إرادة التصرف . وعليه فيكون شأن التصرف في المقام شأن تصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما تصرفاً بالعتق والبيع والوطي وأشباهها (٢) . ومن القواعد الجديدة اللازمة على القول بالاباحة :

---

(١) راجع الوافي ج ١٢ ص ٩٥ .

(٢) أقول : إن التصرفات الصادرة من المتعاطين على قسمين :

القسم الأول : مالا يتوقف جوازه على الملك ـ كالاكل والشرب واللبس ونحوها ـ فان جواز هذه التصرفات لا يناط بملك الرقبة ، بل تجوز لغير المالك أيضاً إذا دل عليه دليل . وقد فرضنا أن السيرة قد دلت عليه في المقام غاية الامر أن يكون الاتلاف في محل الكلام موجباً للضمان بالمسمى ، دون المثل أو القيمة . وعلى هذا فلا نحتاج الى الالتزام بملكية التصرف ، أو بارادته لكي نتمسك في اثبات —

٣ ـ أنه اذا قيل بأن المعاطاة ـ المقصود بها الملك ـ تفيد الاباحة لزمت منه مخالفة القواعد المتسالم عليها في موارد شتى :

منها تعلق الخمس بما في يد أحد المتعاطيين ، مع أنه ليس بمالك له .

وتوضيح ذلك : أنه اذا أعطى أحد المتعاطيين ديناراً لصاحبه ، وأخذ منه متاعاً يساوي أحد عشر ديناراً فانه قد ربح في هذه المعاملة المعاطاتية عشرة دنانير واذا بقي هـذا الربح الى أن مضى عليه حول كامل ـ ولم يحصل مملك فى البين ، كتصرف المشتري في المتاع ، أو تصرف البائع في الثمن ، أو تلف أحد العوضين ـ ثبت فيه الخمس . وعليه فيلزم تعلق الخمس بغير الاملاك ، وهو فقه جديد .

وقد يتوهم : أن غرض بعض الاساطين من ذلك هو استبعاد تعلق الخمس بالارباح والمنافع الحاصلة من الاتجار بالمأخوذ بالمعاطاة ولكنه توهم فاسد ، فانه مخالف لصراحة كلامه بديهة أنه (ره) قد فرض مورد الاستبعاد فيما اذا كان العوضان باقيين ، مع عدم تحقق التصرف من أحد المتعاطيين ، ومن البين الذي لاريب

ـ ذلك بالجمع بين الادلة . قيل :

انه لايتحقق الضمان بالمسمى الامع ملك الضامن لما هو بدل عن المسمى ، وعليه فلا مناص عن الالتزام بمملكية التصرف أو ارادته والجواب عن ذلك :

أنا لو سلمنا توقف الضمان بالمسمى على ملك الضامن للعوض ولكن لانسلم توقف ذلك على مملكية التصرف أو ارادته . بل يمكن الالتزام بحصول الملكية آناً ما قبل التصرف من ناحية الجمع بين الادلة . كما التزم به المصنف سابقاً عند الاستدلال على صحة المعاطاة بآيتي حل البيع والتجارة عن تراض .

القسم الثاني من التصرفات : ما يتوقف جوازه على الملك ـ كالعتق والوطي والبيع ـ وقد اتضح لك حكمه مما ذكرناه في القسم الأول ، بديهة أن الجمع بين الادلة يقتضي الالتزام بحصول الملك آناً ما قبل التصرف . بلا احتياج في ذلك الى مملكية التصرف أو ارادته . وهذا واضح لاريب فيه .

فيه أن حصول الربح بالتجارة لا يخلو عن أحد أمرين على سبيل مانعة الخلو : وهما التصرف ، وتلف العين ولو حكماً . وحينئذ فلا يتوجه على بعض الاساطين ما ذكره شيخنا المحقق واليك نصه (أما خمس ربح التجارة بأالمأخوذ بالمعاطاة فلامحالة يكون حصول الربح مسبوقاً بالتكسب والتصرف في المال ، فيكون مملكاً له ولأصله . وليس هذا غريب آخر زيادة على غرابة مملكية التصرف) .

ومنها أنه يعامل مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك ، وتترتب عليه جميع آثار الملكية من الاستطاعة وتعلق الزكاةوحق الديان به وكونه إرثاً للورثة ووجوب الانفاق منه وجواز الوصية به ، ولو كانت المعاطاة مفيدة للاباحة لزم من ذلك تعلق الامور المذكورة بالمباحات، مع أنها لا تتعلق بغير الاملاك .

ومنها أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من غير شريكه بالبيع المعاطاتي تعلق به حق الشفعة ، مع أنه لا يتعلق إلا بالبيع المؤثر في الملكية . ومن هنالو أباح أحد الشريكين حصته لغيره لم يتعلق به حق الشفعة .

ومنها تعلق حق المقاسمة بذلك ، ومثاله : أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من شخص آخر بالبيع المعاطاتي جاز للمشتري أن يطالب المقاسمة من الشريك الآخر . وعليه فان قلنا بأن المعاطاة تفيد الملكية فلا محذور فيه . وإن قلنا بأنها لا تفيد إلا الاباحة الخالصة لزم منه ثبوت حق المقاسمة لغير الملاك .

ومنها : أن الربا يجري في البيع المعاطاتي ، كما يجري في البيع اللفظي . وعليه فان قلنا بأن المعاطاة تفيد الملكية كان ذلك موافقاً للقواعد الشرعية . وإن قلنا بانها تفيد الاباحة لزم من ذلك جريان الربا في المباحات . ومن الواضح أن ذلك تأسيس فقه جديد .

ومنها أنه لو كانت المعاطاة مفيدة الاباحة لزم من ذلك أن يتصف الآخذ بالمعاطاة بصفة الفقر ولو كان المأخوذ بذلك يكفي مؤونته ومؤونة عياله سنة واحدة — إذا لم يكن

عنده مال آخر يكفيه ولعياله حولا كاملا .

ولزم أيضاً أن لا تزول صفة الغنى عن المعطي ، لكونه مالكاً لما أعطاه لصاحبه بالمعاملة المعاطاتية . وإذن فيجوز للأول أخذ الحقوق الشرعية المقررة للفقراء والمساكين ، ولا يجوز ذلك للثاني وإن لم يكن عنده ما يكفيه ولعياله سنة واحدة . ومن الظاهر أن هذا أمر عجيب .

وقد أجاب المصنف عن جميع الأمور المذكورة بما هذا لفظه : (وأما ما ذكره من تعلق الاخماس والزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض ، ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها) (١) .

---

(١) لا يخفى عليك ما في عبارة المصنف من الغلق والاضطراب واشتباه المراد كما يظهر لمن يعطف النظر على كلمات المحشين . والذي نفهمه منها : أنه لا مانع من الالتزام بعدم تعلق الامور المذكورة بالمأخوذ بالمعاطاة ، مع بقاء مقابله ، وعدم تصرف كل من المتعاطيين فيما بيده ، بداهة أنه لا محذور في الالتزام بذلك إلا الاستبعاد المحض . ومن البين الذي لا ريب فيه أن مجرد الاستبعاد لا يوجب أن تكون المعاطاة مفيدة للملكية لكي يصح الالتزام بتعلق الامور المزبورة بما في يد كل من المتعاطيين . قيل :

إنه لا مناص عن الالتزام بتعلق تلك الأمور بالمأخوذ بالمعاطاة لأن بناء المتشرعة وسيرتهم القطعية على أن شأن ذلك شأن سائر الأملاك . والجواب عنه :

أن هذا وإن كان صحيحاً إلا أن الالتزام به من ناحية السيرة لا من ناحية الاستبعاد الذي هو مورد بحثنا . وإذن فتكون السيرة دليلا على الملك بلا حاجة إلى الاستبعاد المزبور . وعلى هذا التفسير فمرجع الضمير المجرور في كلمة (دفعه) هو لفظ العدم المحذوف المضاف إلى كلمة التعلق . والقرينة على الحذف هي سياق الكلام .

ويمكن أن يكون غرض المصنف من تلك العبارة : أنه لا شبهة في تعلق الامور المذكورة ـ في كلام بعض الأساطين ـ بالمأخوذ بالمعاطاة ـ وإن كان ذلك —

ويحسن بنا أن نتعرض لأجوبة تلك الأمور، وإليك ما يلي :

أما الأخماس فهي لا تتعلق إلا بالملك، كما هو الظاهر من الأدلة الشرعية، وعليه فلامحذور في الالتزام بعدم تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاة على القول بكونها مفيدة للاباحة

وأما الزكوات فلا شبهة في تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاة مع تمام النصاب، ومضي الحول عليه، ولا يفرق في ذلك بين أن يكون المأخوذ بالمعاطاة ملكاً للآخذ وبين عدمه لاطلاق الأدلة، مثلا إذا اشترى أحد - بالبيع المعاطاتي - خمساً من الأبل، ولم يوجد مملك في البين إلى أن مضى عليها حول كامل تعلقت بها الزكاة جزما وتكون العين مشتركة بين المالك وبين المستحقين للزكاة بناء على تعلق الزكاة بالعين (١). نعم إذا كان عند الآخذ بالمعاطاة ما تعلقت به الزكاة ولكن كان أقل من النصاب إلا أنه وصل

— من المباحات - بداهة أنه لا مانع من أن يكون قسم خاص من المباح - الذي يجوز فيه مطلق التصرف حتى المتوقف منه على الملك - في حكم الملك، ولا محذور فيه إلا الاستبعاد المحض، وهو بنفسه لا يصلح للمانعية عن تعلق الامور المزبورة بالمأخوذ بالمعاطاة.

وأما دعوى أن تعلق تلك الأمور بذلك مخالف للسيرة، لقيامها على عدم تعلقها بغير الاملاك، فبملاحظة السيرة يستكشف ملكية المأخوذ بالمعاطاة فهي إن صحت كان القول بالملكية حينئذ مستندة إلى السيرة، لا إلى الاستبعاد، ولا إلى لزوم مخالفة القواعد الشرعية.

ولكن الظاهر أن غرض المصنف هو الاحتمال الأول، بديهة أن مقصود بعض الأساطين إنما هو استبعاد عدم تعلق الأمور المذكورة بالمأخوذ بالمعاطاة. وقد تصدى المصنف لدفع هذا الاستبعاد وليس غرض بعض الاساطين استبعاد تعلق الامور المذكورة بالمأخوذ بالمعاطاة لكي يكون كلام المصنف مسوقاً لرفع هذا الاستبعاد وإثباتاً لتعلق تلك الأمور بذلك. هذا والله العالم بالضمائر.

(١) الذي يستفاد من الادلة أن الزكاة متعلقة بالعين وأن النصاب مشترك بين —

إلى حد النصاب مع ضم المأخوذ بالمعاطاة إليه فانه لا تجب فيه الزكاة ، بداهة أن ماهو مملوك للآخذ لم يصل إلى حد النصاب والمأخوذ بالمعاطاة ليس مملكاً له على الفرض لكي يتم به النصاب .

وأما صفة الغنى المانعة عن أخذ الحقوق الشرعية فهي غير متوقفة على الملك ، بل كل من تمكن من مؤونة نفسه وعياله سنة واحدة ـ ولو من المباحات ـ فهو غني .

وأما الاستطاعة فهي إنما تتحقق بكون المكلف واجداً ـ بالفعل ـ لما يحج به من الزاد والراحلة ، وبمالكيته لمؤونة عياله بالفعل أو بالقوة . وقد فسرت الاستطاعة بهذا المعنى وبأمن الطريق في بعض الأخبار (١) . ومن البين أن هذا المعنى من الاستطاعة كما يتحقق بالملك كذلك يتحقق بالمباحات أيضاً التي منها المأخوذ بالمعاطاة على القول بالاباحة ، وقد انجلى مما بيناه أنه يصح تعلق حق النفقات والديون بالمأخوذ بالمعاطاة .

وأما حق الشفعة فلا يصح تعلقه بالمأخوذ بالمعاطاة لأنه استحقاق الشريك

— المالك وبين المستحقين للزكاة ، سواء أكان الاشتراك على نحو الاشاعة أم كان ذلك على نحو الكلي في المعين ، وهذا الرأي هو المشهور بين الاصحاب رضوان الله عليهم . وهنا احتمالات اخر :

١ — أن الزكاة متعلقة بالذمة من غير أن تتعلق بالعين رأساً .

٢ — أن الزكاة متعلقة بالعين كتعلق حق الرهن بالعين المرهونة ، فتكون حالها حال بيع العين المرهونة في حال الرهانة ، ثم فكها عن ذلك .

٣ — أن الزكاة متعلقة بالعين كتعلق حق الجناية بالعبد الجاني ، وعليه فيكون بيعها التزاماً بالزكاة في الذمة كما أن المالك إذا باع عبده الجاني تعلق أرش الجناية بذمته ومن هنا اتضح لك الفارق بين الصورتين الأخيرتين .

(١) قد تقدم ذلك في ص ٣٥ .

للحصة المبيعة في شركته لكي يضمها إلى حقه . والمفروض أن المعاطاة لم تؤثر في الملكية بل في الاباحة فقط . وعليه فلم يحصل النقل والانتقال بالتعاطي حتى يثبت به حق الشفعة للشريك «١» .

وأما حق المقاسمة والمفارزة فهو لا يختص بالمالك بل يثبت لكل من جاز له التصرف في المال المشاع وإن لم يكن مالكاً لجزء منه .

وأما الارث فهو أيضاً لا يتوقف على الملك ، بل موضوعه ما تركه الميت ومن الظاهر أن المأخوذ بالمعاطـــاة مما تركه الميت ، فيكون لوارثه .

ويضاف إلى ذلك : أن موت أحد المتعاطيين يؤثر في لزوم المعاطاة . وهذا واضح . ومن هنا اتضح لك جواز الوصية بالمأخوذ بالمعاطاة . ضرورة أنها تصير لازمة بموت الموصي .

وأما ما ذكره من استلزام القول بالاباحة جريان الرباء في المباحات فهو من العجائب . بديهة أن مورد البحث في المقام إنما هو المعاطاة الواجدة لجميع شرائط البيع إلا الصيغة الخاصة . وعليـه فاذا كانت المعاطاة ربوية لم تؤثر في شيء من الملكية والاباحة ، لفسادها من ناحية الرباء . وإذن فلا إباحة في المقام لكي يلزم جريان

«١» نعم يظهر من المحقق الخراساني أن حق الشفعة يتعلق بالمأخوذ بالمعاطاة وإن لم يصر ملكاً للآخـــذ . والوجه في ذلك أن موضوع حق الشفعة إنما هو بيع أحد الشريكين حصته من غير شريكه ، سواء أكان ذلك مفيداً للملكية أم كان مفيداً للاباحة . ويتوجه عليه .

أولا : أن ذلك خلاف الظاهر من أدلة الشفعة إذ الظاهر منها اعتبار الملكية في متعلق حق الشفعة .

ثانياً : أن موضوع حق الشفعة إنما هو البيع كما اعترف به المحقق المذكور ومن البين أن المعاطاة المفيدة للاباحة خارجة عن حدود البيع .

الرباء فيها . وهذا ظاهر لاخفاء فيه . ومن القواعد الجديدة اللازمة على القول بالاباحة:

٤ — ما ذكره بعض الاساطين من « كون التصرف من جانب مملكاً للجانب الآخر . مضافاً إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف » . وقال المصنف : ﴿ وأما كون التصرف مملكاً للجانب الآخر فقد ظهر جوابه ﴾ .

ووجه الظهور : أنه لما كان التصرف من جانب مملكاً للمتصرف لزم كونه مملكاً للجانب الآخر أيضاً . الذي لم يصدر منه التصرف وإلا لزم اجتماع العوض والمعوض في ملك المتصرف .

وعليه فكما أن الجمع بين الادلة يقتضي كون التصرف مملكاً للمتصرف كذلك يقتضي كونه مملكاً للطرف الآخر أيضاً ، ومما ذكره بعض الأساطين :

٥ — أن القول بالاباحة يستلزم مخالفة القواعد المتسالم عليها في نواحي شتى :

الناحية الأولى : كون التلف السماوي من جانب مملكاً للجانب الآخر ، لاتفاق الفقهاء على أن كلا من المتعاطيين يملك لما بيده من المأخوذ بالمعاطاة مع تلف بدله من الجانب الآخر وعليه فان قلنا بأن المعاطاة تفيد الملك فلا محذور فيه وإن قلنا بأنها تفيد الاباحة فيلزم أن يكون التلف من جانب مملكاً للجانب الآخر ، بديهة أنه لم يحدث في المقام إلا أمران ، وهما التعاطي والتلف والمفروض أن الأول لايفيد إلا الاباحة ، وعليه فلابدلنا إمامن القول بكون التلف مؤثراً في الملكية فهو غريب ، أو القول بحصول الملكية بغير سبب فهو محال .

الناحية الثانية : أنه إذا تلف أحد العوضين تلفاً قهرياً فان قلنا بأن من تلف المال عنده يملك التالف قبل تلفه فهو عجيب ، بديهة أنه ملكية لو حصلت بغير سبب لزم تحقق المعلول بدون علته . وإن حصل ذلك بسبب التلف لزم تقدم المعلول على علته ، ومن البين أن كليهما غير معقول . وإن قلنا بحصول الملكية مع التلف فهو بعيد ، إذ لاموجب للالتزام بالملكية في خصوص زمان التلف دون ما قبله ، على أن زمان التلف هو زمان

إنعدام الملكية ، لازمان حدوثها ، ومن ذلك يظهر بطلان الالتزام بالملكية بعد التلف فان من الواضح أن تملك المعدوم غير معقول . على أن ذلك لغو محض ، إذ لا يترتب عليه أي أثر من آثار الملكية . وإن قلنا بعدم كون التالف ملكاً للآخذ لزم أن يكون بدله ملكاً للجانب الآخر مجاناً فهو غريب ، وإذن فلا مناص عن الالتزام بحصول الملكية ـ في البيع المعاطاتي ـ من أول الأمر .

الناحية الثالثة : أنه إذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الاباحة كان التلف من الجانبين معيناً للمسمى من الطرفين . وعليه فلا يرجع كل من المتعاطيين إلى المثل أو القيمة لكي يكون لأحدهما حق الرجوع إلى مابه التفاوت بين العوضين ، مع أن القاعدة ـ على القول بعدم الملك ـ تقتضي الضمان بالمثل أو القيمة ، دون المسمى ، بديهة أن الضمان بالمسمى يقتضي كون التالف ملكاً للمتلف ، وعليه فيعود الاشكال المتقدم : أعني حصول الملكية بلا سبب ، أو بسبب التلف .

الناحية الرابعة : أنه إذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاة أو تلف ذلك عنده . فان قلنا بأن المعاطاة تفيد الملكية فلا محذور فيه ، لأن الغاصب يكون ضامناً للمغصوب منه . وإن قلنا بأنها تفيد الاباحة فان قلنا بأن الغاصب ضامن للمغصوب منه : أعني المباح له دون المالك الأصلي الذي هو المبيح ـ لزم أن يكون الغصب أو التالف عند الغاصب مملكاً . وهو غريب ، وإن قلنا بعدم الملك وأنه ليس له حق المطالبة ، وإنما هو ثابت للمبيح فهو بعيد ، ومناف للسيرة القطعية .

وقد أجاب المصنف عن تلك النواحي غير الناحية الأخيرة بما حاصله : أن دليل ضمان اليد يقتضي كون كل من العوضين مضموناً لمالكه الأصلي بعوضه الواقعي أعني به المثل أو القيمة . لكن مقتضى الاجماع والسيرة على عدم الضمان بالعوض الواقعي يكشف عن أن التلف من مال من تلف عنده ، وبضميمة أصالة عدم حصول الملكية إلا بالمقدار المتيقن تثبت الملكية قبل زمان التلف بآن ، وعليه فالجمع بين

هذه الادلة يقتضي كون كل من العوضين ملكاً لكل من المتعاطيين آناً ما قبل التلف ، وحينئذ فيكون التلف موجباً لتعين المسمى من الجانبين . سواء في ذلك كون التلف من جانب واحد وكونه من جانبين .

والسر في الالتزام بالملكية التقديرية : أنه يدور الأمر بين تخصيص دليل اليد بالاجماع المزبور والقول بعدم الضمان بالمثل أو القيمة في مورد التعاطي ، وبين التخصص : أي الالتزام بحصول الملكية ـ في ذلك ـ من أول الأمر حفظاً لعموم دليل اليد عن التخصيص . وقد حقق في محله أنه كلما دار الامر بين التخصيص والتخصص فيقدم الثاني . وعليه فمقتضى القاعدة أن نحكم بحصول الملكية ـ في مورد المعاطاة من أول الأمر . ولكن الأصل المذكور يقتضي عدم تحقق الملكية إلا آناً ما قبل التلف وعليه فشأن المقام شأن تلف المبيع قبل قبضه في يد البايع .

ثم إن غرض المصنف من تقديم التخصص على التخصيص ليس هو إثبات الضمان بالمسمى من ناحية الدليل الدال على ضمان اليد ، بل غرضه من ذلك إنما هو حفظ الدليل المزبور عن التخصيص ، وإبقائه على عمومه . وأما الضمان بالمسمى فانما يثبت بحصول الملكية في مورد المعاطاة . وإذن فلا يتوجه على المصنف ما ذكره السيد وهذا نصه : (أن الحكم بالضمان بعوض المسمى ليس عملا بعموم على اليد ، لأن مقتضاه وجوب المثل أو القيمة ، لا المسمى ، فمع فرض الاجماع على الملكية لابد من الالتزام بتخصيص قاعدة اليد إذا لم نحكم بالملكية من أول الأمر) .

وأجاب المصنف عن الناحية الأخيرة بما هذا لفظه : (وأما ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر ـ على القول بالاباحة ـ أن لكل منهما المطالبة مادام باقياً ، وإذا تلف فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه) ثم قال : (نعم لولا قيام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله) .

وغرضه من هذه العبارة الأخيرة : أنه لولا الاجماع على الملكية قبل تلف

العين كان مقتضى القاعدة اختصاص المالك بالمطالبة ، لأن العين قد تلفت في ملكه نعم لو تلفت العين الاخرى قبل تلف المغصوب اختص المغصوب منه بالمطالبة ، ووجهه ظاهر .

ولكن النسخة المشهورة هكذا (نعم لو قام إجماع الخ) وعليه فغرض المصنف من هذه العبارة : أنه إذا قام الاجماع على عدم حصول الملكية ـ في البيع المعاطاتي ـ بتلف أحد العوضين ـ عند الغاصب ، مع بقاء العوض الآخر ـ كان التلف في ملك المالك الأصلي ، فيكون له حق المطالبة من الغاصب ، ولا يثبت ذلك الحق للمغصوب منه : أعني المباح له . إلا أن هذا ليس بصحيح ، بديهة أن عدم كون التلف ـ عند الغاصب ـ مملكاً لا يحتاج إلى الاجماع ، بل يستغنى عنه باستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطاة في ملك مالكه الأصلي . وهذا واضح لاشك فيه . ومما ذكره بعض الأساطين من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالاباحة :

٦ ـ أنه يجوز للآخذ بالمعاطاة أن يتصرف في النماء الحادث من المأخوذ بالمعاطاة قبل التصرف فيه ، وعليه فجواز التصرف في النماء إما من ناحية أن حدوث النماء مملك للنماء ، وإما من ناحية أن المالك الأصلي قد أذن للمباح له أن يتصرف في النماء ، كاذنه في التصرف في أصله وعلى الأول فان قلنا بأن حدوث النماء مملك للنماء فقط ، لا لأصله فهو بعيد ، إذ لا وجه للتفكيك ـ في ذلك ـ بين النماء وأصله خصوصاً في النماء المتصل . على أنه لم يعهد من مذاق الشارع المقدس أن يكون حدوث النماء في العين من جملة الاسباب لتملك النماء . وإن قلنا بأن حدوث النماء مملك لنفسه ولأصله معاً ، أو قلنا بأنه مملك لأصله بالأصالة ولنفسه بالتبعية فهو غريب ، فان ذلك مناف لظاهر أكثر الفقهاء القائلين بعدم حصول الملكية في المأخوذ بالمعاطاة من دون التصرف فيه المتوقف على الملك ، وعلى الثاني ـ وهو أن يكون التصرف في النماء مستنداً إلى إذن المالك ـ فشمول الاذن في التصرف في النماء أمر خفي لا يمكن

الالتزام به ، بديهة أن المالك الأصلي لم يأذن للمباح له إلا في التصرف في نفس المأخوذ بالمعاطاة ، لا في متفرعاته الحاصلة بعد التعاطي . انتهى حاصل ما أفاده بعض الاساطين

وقد أجاب عنه المصنف « ره » بوجهين :

الأول : أن حكم النماء ـ الحاصل من المأخوذ بالمعاطاة ـ حكم أصله ، فكما أن الأصل ليس ملكاً للآخذ ، كذلك النماء . نعم يجوز للمباح له أن يتصرف في النماء ، كما كان له أن يتصرف في أصله .

الوجه الثاني : أنه يمكن أن يكون النماء حادثاً في ملك المباح له بمجرد إباحة أصله : بأن يكون إباحة الأصل موضوعاً لحكم الشارع بملكية النماء انتهى ملخص كلامه في الوجهين .

ولكن يتوجه على الأول : أن المالك الأصلي إذا فرض أنه لم يأذن للمباح له إلا في التصرف في المأخوذ بالمعاطاة ، كان تصرف المباح له في النماء تصرفا في مال غيره بدون إذنه ، فهو حرام عقلا وشرعاً .

ويتوجه على الثاني : أنه لا دليل على حدوث النماء في ملك المباح له ، إذ لم يحدث في البين مملك لذلك النماء ، ولا لأصله ، ولا لهما معاً . ولا يقاس هذا بما تقدم سابقاً من تصوير ترتب الاباحة الشرعية على التعاطي ، مع قصد المتعاطيين الملكية ، لما عرفته من أن ذلك من ناحية الجمع بين الادلة ، ولا شبهة أن هذا لا يجري في المقام «١» .

---

(١) قد أجاب المحقق النائني عن بعض الاساطين بما هذا نص مقرره :

« فالحق أن يقال : إن مقتضى قوله « ص » الخراج بالضمان أن يكون النماء ملكاً له « المباح له » بناء على ما سيجيء في معنى الخبر ... وحاصله : أن كل من تعهد ضمان شيء بالتضمين المعاملي فمنافعه له . وهذا من غير فرق بين أن يكون التضمين على نحو الاباحة أو التمليك ، فان مقتضى إطلاقه كون منافعه للضامن : —

ويمكن الجواب عن بعض الأساطين بوجهين على سبيل الانفصال الحقيقي :

١ - أن النماء وإن لم يصر ملكاً للمباح له ولكن يجوز له التصرف فيه ، بداهة أن الاذن في التصرف في شيء يلازم عرفاً الاذن في التصرف في توابعه ولوازمه فجواز التصرف في النماء من لوازم جواز التصرف في الأصل .

٢ - أن يكون كل واحد من النماء وأصله ملكاً للمباح له ، ضرورة أن المعاطاة بيع عرفي ، فتكون مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع ونفوذه . ولا ريب في أن مقتضى ذلك إنما هو حصول الملكية في البيع المعاطاتي من أول الأمر . كما هو كذلك في موارد البيع بالصيغة ولكنا قد التزمنا بعدم حصول الملكية في مورد البيع المعاطاتي من ناحية الاجماع . ومن الظاهر أن الاجماع دليل لبي فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن ، وهو قبل حصول النماء في المأخوذ بالمعاطاة . وإذن فلا مانع من التمسك بتلك العمومات والحكم بصيرورة ذلك ملكاً للآخذ بمجرد حصول النماء فيه . ومن القواعد الجديدة اللازمة على القول بالاباحة :

٧ - أنه إذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الاباحة لزم منه « قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالك فيه إذن في التمليك . فيرجع إلى كون المتصرف في مملكه نفسه موجباً قابلا . وذلك جار في القبض ، بل هو أولى منه ، لاقترانه بقصد

ـــ ومعنى كون الشخص ضامناً لما يتملكه ، أو لما أبيح له هو أنه لو تلف يكون دركه عليه ، ويكون عوضه المسمى ملكاً للطرف الآخر الخ » .

والنبوي مذكور في سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٢١ .

ولكن يرد على المحقق المزبور أن النبوي المذكور ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء على أنه لا تشمل موارد التضمين على نحو الاباحة . لأن لازم ذلك أن لا يكون للمالك الأصلي حق الرجوع إلى النماء ، مع عدم كون الاصل ملكاً للمباح له ، وهو بعيد . وأضف إلى ذلك أن الجواب المزبور التزام بالتفكيك بين الاصل ونمائه وهو غريب .

التمليك دونه » .

ويتوجه عليه : أنه لا مانع من اتحاد الموجب والقابل في العقود ، كما هو واضح على أنك قد عرفت فيما تقدم : أن الجمع بين الأدلة يقتضي كون التصرف بنفسه مملكاً للمتصرف بلا احتياج في ذلك إلى إذن المالك الاصلي لكي يلزم منه اتحاد الموجب والقابل . وأما القبض فهو لا يتوقف على الملك حتى يلزم كونه مملكاً من جهة الجمع بين الادلة . وهذا بخلاف بعض أقسام التصرف ، كالبيع والعتق والوطي ، فان ذلك متوقف على الملك جزماً . كما عرفته قريباً .

الاستدلال على لزوم المعاطاة بالاصل

هل الأصل في المعاطاة وسائر العقود هو اللزوم ، أم هو الجواز ؟ الظاهر هو الأول وقد استدل عليه المصنف بوجوه شتى منها :

١ ـ أصالة اللزوم في الملك ، لأنا إذا فرضنا حصوله بالبيع المعاطاتي ثم شككنا في زواله بفسخ أحد المتعاطيين وعدم زواله اقتضى الاستصحاب بقاءه .

وتوضيح ذلك يقع في نواحي ثلث : الناحية الأولى أن المراد من الاستصحاب المذكور هو الاستصحاب الشخصي ، لا الكلي . الناحية الثانية : أنا لو سلمنا كونه كلياً ، إلا أنه لا محذور في جريانه في المقام الناحية الثالثة : ماهو مقتضي القاعدة فيما إذا لم يتضح لنا أحدهما ، بل دار الأمر بين كون الاستصحاب المزبور كلياً ، وبين كونه شخصياً ؟ ثم إن الكلام في هذه النواحي مع الاغضاء عن عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية الالهية ، وإلا فلا مورد للاستصحاب في أمثال الموارد ، على ما حققناه في علم الاصول .

الناحية الأولى : أن المراد من استصحاب الملكية في المقام هو الاستصحاب

الشخصي ، لأن الملكية لها حقيقة واحدة فاذا ترتبت على البيع ونحوه من العقود المعاوضية وشككنا في بقائها وزوالها حكمنا ببقائها من ناحية الاستصحاب .

وليست لهذه الملكية حقائق متعددة لكي يكون استصحابها كلياً ، وأما التزلزل والاستقرار فليسا من ناحية الاختلاف في حقيقة الملك وماهيته ، بل هما منتزعان من حكم الشارع بجواز فسخ العقد وعدمه . ومنشأ هذا الاختلاف إنما هو اختلاف عناوين المعاملات التي هي موضوع لحكم الشارع بالملكية لا اختلاف حقيقة الملك .

وبتعبير آخر : أن مورد الاستصحاب الكلي ما يكون المشكوك فيه مرددا بين الفرد الزائل والفرد الباقي بحيث يكون الشك من ناحية تردد المشكوك فيه بينهما ، فانه حينئذ يستصحب الكلي الجامع بين هذين الفردين ، ومثال ذلك : الحيوان المردد بين ما يعيش سنة ، ومالا يعيش إلا يوماً واحداً . وكالحدث المردد بين الأصغر الزائل بالوضوء ، والاكبر الذي لا يرتفع إلا بالغسل ، وغير ذلك من الأمثلة .

وأما لو كان الشك من ناحية بقاء الفرد الحادث وارتفاعه في نفسه ، لا من ناحية كون الحادث مرددا بين الزائل والباقي فان المورد حينئذ إنما هو مورد الاستصحاب الشخصي ، وذلك كالشك في بقاء الامور الشخصية وزوالها . ولا شبهة أن الملكية من القبيل الثاني ، مثلا إذا وهب أحد ماله لشخص ثم رجع عن هبته وشككنا في أنها هبة جائزة لكي تنفسخ بالفسخ ، أو هبة لازمة حتى لا تزول بالفسخ إذا شك في ذلك استصحبنا الملكية ، لأن الشك في بقاء شخص الملكية وزوالها من ناحية احتمال اقترانها بالرافع ، لا من جهة تردد هذه الملكية بين الفرد الزائل والفرد الباقي .

ومن الواضح أنه لو كان مجرد الشك في بقاء شيء وزواله لاحتمال تحقق الرافع من الاستصحابات الكلية لكان جل الاستصحابات لو لم يكن كلها من قبيل الاستصحاب الكلي وهو واضح البطلان . واذن فلا يتوجه على استصحاب الملكية في المقام

ما يتوجه على الاستصحاب الكلي من المناقشات «١» :

«١» قيل : إنا نرى بالعيان ، ونشاهد بالوجدان أن سبب الملك اللازم — كالبيع — يغائر سبب الملك الجائز — كالهبة — تغائراً حقيقاً وعليه فلو كانت الملكية الحاصلة منهما حقيقة واحدة ، وماهية فاردة لزم من ذلك تأثير ماهيات كثيرة في ماهية واحدة ، وهو محال . وإذن فالملك الجائز ، والملك اللازم مختلفان نوعاً ، لاختلاف سببهما : وعلى هذا فاستصحاب الملكية مع الشك فى زوالها وبقائها من الاستصحابات الكلية ، لا الشخصية .

وأجاب عنه بعض المحققين من المشايخ ، واليك لفظه : أن (اختلاف السبب بما هو سبب كاشف قطعي عن اختلاف المسبب . وأما اختلاف ذات السبب فلا ، لامكان تأثير السببين بجامعهما أثراً واحداً ، وهو الملك ، وبخصوصيتهما حكمين مختلفين وهما اللزوم والجواز) ..

وفيه أن امكان تأثير الاسباب العديدة بجامعها أثراً واحداً لا يكفي فى اثبات اتحاد المسبب لكي نستصحبه بشخصه مع الشك في بقائه وزواله

والتحقيق : أن الجواب عن المناقشة المزبورة بوجهين :

١ — أن فى اطلاق السبب على عنوان المعاملة مسامحة واضحة ، اذ لا تأثير له في الملكية بوجه ، غير أنه موضوع للملكية الشرعية أو العقلائية . ولا شبهة أن هذه الملكية تتشخص باعتبار المعتبر . واذن فالملكية المترتبة على عنوان المعاملة ملكية شخصية . فاذا شك في بقائها وزوالها استصحبناها .

وبتعبير آخر : أنه قد يراد من الملك مفهومه القابل للصدق على جميع أفراد الملك . ولا ريب في أنه كلي ، ولكنه خارج عن محل البحث ، بداهة أن المترتب على المعاملة ليس هو المفهوم ، بل مصداقه .

وقد يراد به ما اعتبره المنشي في عالم الاعتبار ، وأظهره بمبرز خارجي . ولا شبهة في أن هذا جزء من عنوان المعاملة — كالصلح والهبة والبيع — ضرورة —

ثم إن المصنف « ره » قد أيد ما أفاده — من أن اللزوم والجواز من أحكام السبب الملك ، لا من خصوصيات الملكية — بما حاصله :

أنه لو كان اللزوم والجواز من ناحية حقيقية الملك لكان تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين إما بجعل المالك ، أو بحكم الشارع . وعلى الأول فيلزم تأثير قصد المالك في الرجوع وعدمه ، وهو واضح البطلان . وعلى الثاني فيلزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشي ، وهو أيضاً بديهي الفساد ، لما عرفته فيما تقدم قريباً من أن العقود تابعة للقصود ، فيستحيل أن يكون إمضاء الشارع من حيث هو إمضاء على خلاف ما قصده المنشي .

نعم يمكن أن يكون إنشاء المنشي موضوعاً لحكم الشارع على خلاف مقصود المنشي . ولكنه غريب عن قاعدة تبعية العقود للقصود .

ولكن يرد عليه أن الملكية المنشأة في كل عقد إنما هو ملكية أبدية في غير موارد جعل الخيار . وذلك لما بيناه في محله من استحالة الاهمال في الواقعيات .

— أنها عبارة عن الاعتبار النفساني المظهر بمظهر خارجي . ولا شك في أن المعتبر النفساني ليس الا أمراً شخصياً .

وقد يراد من الملك الملكية الشرعية . وبديهي أنها ليست إلا امضاء لما اعتبره المنشي ، فتكون شخصية بشخصية ما اعتبره المنشي . وعليه فاذا شك في بقائه كان استصحابه من الاستصحاب الشخصي .

٢ — أن اختلاف الملكية في اللزوم والجواز انما هو باختلاف المصالح التي دعت الى اعتبار الملك لازماً تارة ، وجائزاً تارة اخرى ، ومن البديهي أن هذا أجنبي عن نفس الملكية التي هي أمر اعتباري محض .

وقد تجلى لك من ذلك فساد ما قيل من أن الملكية المترتبة على المعاملات وان كانت شخصية ولكنها ذات مراتب شتى ، فتكون كلية من هذه الناحية واذن فالاستصحاب الجاري فيها استصحاب كلي لا شخصي .

وعليه فالمجعول في الواقع إما مطلق أو مقيد ، وبما أنه غير مقيد على الفرض لعدم جعل الخيار فيه ، فلا مناص عن كونه مطلقاً ، وإذن فيلزم من إمضاء الشارع العقد مقيداً تخلف العقد عن القصد ، سواء أقلنا بأن اللزوم والجواز من خصوصيات الملكية ، أم قلنا بأنهما من أحكام السبب المملك . ولكن لا محذور في تخلف العقد عن القصد . وقد وقع نظيره في موارد شتى ـ كبيع الصرف والسلم وغيره ـ وقد أشرنا إلى ذلك في البحث عن كلام بعض الأساطين .

الناحية الثانية : أنا لو سلمنا كون استصحاب الملكية من الاستصحاب الكلي ولكن لا محذور في جريانه في المقام ، لأنه من القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلي الذي اثبتنا حجيته في مبحث الاستصحاب من علم الاصول . وقد أشار المصنف إلى جريانه هنا بقوله : (مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب فتأمل) .

وقد ناقش فيه المحقق الخراساني بما هذا نصه : (لا مجال لدعوى الكفاية على مختاره من عدم حجية الاستصحاب مع الشك في المقتضى . كما لا شبهة في صحتها على ماهو المختار من حجيته) .

وذكر السيد : (أن ما ذكره المصنف (قده) لا وجه له فيما إذا كان الشك في المقتضي أصلا ، إذ حينئذ لا ارتفاع حتى يقال : إن الشك فيه مسبب عن وجود الفرد القصير مثلا والأصل عدمه) .

ولكن التحقيق : أن ما نحن فيه ليس من موارد الشك في المقتضي لكي يتوجه على المصنف منافاة ما ذكره هنا لما بنى عليه في الأصول .

وتحقيق : المقام وبيان أن الشك هنا ليس من موارد الشك في المقتضي : أن الاحكام المجعولة على ثلاثة أقسام :

١ ـ ما يكون معلوم الدوام في نفسه مالم يطرأ عليه رافع ، كالملكية والزوجية

والطهارة والنجاسة وغيرها من الأمور الاعتبارية ، فانها بنفسها مقتضى للبقاء مالم يطرأ عليه رافع .

٢ ـ ما يكون مغيًا بغاية معينة بحيث ينعدم ذلك بنفسه بعد حصول تلك الغاية من غير أن يكون له استعداد البقاء في عمود الزمان ، كالزوجية المنقطعة ، فان ذلك ينصرم بنفسه بعد تحقق غايته بلا استناد إلى عروض عارض له .

٣ ـ ما يكون مشكوك الغاية ، كما إذا تحققت زوجية بين رجل وامرأة ، ولم يعلم كونها دائمية أو منقطعة .

أما القسم الأول فلا شبهة في أن الشك فى بقائه من قبيل الشك فى الرافع فيجري فيه الاستصحاب على مسلك المصنف وغيره .

وأما القسم الثالث فلا شبهة في أن الشك فيه من قبيل الشك فى المقتضى فلا يجري فيه الاستصحاب على مسلك المصنف ، لأن المتيقن إذا لم يكن بنفسه مقتضياً للبقاء وقابلا للجري العملي على طبقه ، لاحتمال كونه محدوداً بحد معين لم يكن عدم ترتيب الآثار عليه عند الشك فى بقائه من مصاديق نقض اليقين بالشك . وهذا الذي ذكرناه هو مراد المصنف مما أفاده فى فرائده حول هذا البحث ، مع ما ذكره فى مبحث الخيارات من مكاسبه عند البحث عن أن خيار الغبن هل هو فوري ، أم لا . ولكن لم يصل إلى مقصده غير واحد من الأعلام .

وأما القسم الثاني فمع العلم بتحقق الغاية لا مجال لان يجري فيه الاستصحاب . كما أنه لا شبهة في جريان الاستصحاب فيه مع الشك فى بقائه قبل تحقق الغاية ، لأن ذلك من موارد الشك في الرافع .

وإذا شك فى حصول الغاية فحينئذ قد يكون الشك فيه من ناحية الشبهة الحكمية ، كالشك فى أن الغاية لوجوب صلاتي المغرب والعشاء هل هي نصف الليل أم هي طلوع الفجر وقد يكون الشك فى ذلك من ناحية الشبهة المفهومية ، كالشك

في أن الغروب الذي جعل غاية لوجوب صلاتي الظهر والعصر هل هو استتار القرص أم هو ذهاب الحمرة المشرقية . وقد يكون الشك في ذلك من ناحية الشبهة الموضوعية كالشك في طلوع الشمس الذي جعل غاية لوجوب صلاة الصبح .

أما القسمان الأولان فالشك في موردهما من الشك في المقتضى فلا يجري فيهما الاستصحاب على مسلك المصنف .

وأما الثالث فلا شبهة في جريان الاستصحاب فيه ، لأن الشك في طلوع الشمس وعدمه وإن لم يكن شكاً في الرافع حقيقة ، إذ الرافع إنما يكون زمانياً ، لا نفس الزمان ولكنه بمنزلة الرافع في أنظار أهل العرف . وإذن فيكون ذلك مشمولا لأدلة حجية الاستصحاب هذا . وتفصيل الكلام في مبحث الاستصحاب من علم الأصول .

والمتحصل من جميع ماذكرناه : أنا لو سلمنا عدم كون استصحاب الملكية من الاستصحاب الشخصي . ولكنه من قبيل القسم الثاني من أقسام الاستصحاب الكلي الذي لا شبهة في جريانه . وليس ذلك من موارد الشك في المقتضى لكي يحكم بعدم جريان الاستصحاب فيه بناء على مسلك المصنف .

ثم إن المناقشات المتوجهة على القسم الثاني من أقسام الاستصحاب الكلي وإن كانت كثيرة . ولكن المهم منها أمران :

١ ـ أن وجود الكلي بوجود فرده ، وعدم الكلي بعدم فرده .. وعليه فالكلي في ضمن الحصة الزائلة مقطوع الزوال . وهو في ضمن الحصة الاخرى مشكوك فيه من أول الأمر . وإذن فالكلي مردد بين مقطوع الزوال ، ومشكوك الحدوث والجواب عن ذلك :

أن وجود الكلي ليس إلا عين وجود فرده . غاية الامر أن الفرد ملحوظ بشرط شيء . والكلي ملحوظ لا بشرط : أي عارياً عن الخصوصيات الفردية والمشخصات الوجودية . وعليه فاذا كان وجود الكلي أمراً يقينياً ، وكان التردد في

خصوصياته صح أن يقال : إنه متيقن الوجود ، ويشك في بقائه . وإذن فتكون أركان الاستصحاب في نفس الكلي تامة .

٢ ـ أن الشك في بقاء الكلي ، وفي ماهو القدر المشترك بين الفردين مسبب عن الشك في حدوث الفرد الذي يبقى معه القدر المشترك على تقدير حدوثه . وإذا حكم بأصالة عدم حدوثه لزم منه ارتفاع القدر المشترك ، بديهة أن الاصل السببي حاكم على الاصل المسببي على ما حقق في محله . والجواب عنه :

أن الشك في بقاء الكلي وارتفاعه ليس مسبباً عن الشك في حدوث ذلك الفرد الذي نشك في حدوثه . بل إنما هو من لوازم كون الحادث ذلك الفرد الذي لا يحتمل بقاؤه ، أو الفرد الذي لا يحتمل ارتفاعه . ومن الواضح أنه ليس هنا أصل يعين أحدهما .

ومثال ذلك : أنه إذا تردد الحدث الصادر من المكلف بين الاكبر والاصغر ثم توضأ فانه حينئذ يشك في ارتفاع ذلك الحدث وبقائه . وعليه فلا يترتب على أصالة عدم حدوث الاكبر ارتفاع كلي الحدث إلا بضميمة القطع بأن الحادث هو الحدث الاصغر . ومن البين أن هذا لا يثبت بأصالة عدم حدوث الاكبر .

وأضف إلى ذلك : أن أصالة عدم حدوث أي واحد من الفردين معارض بدء بأصالة عدم حدوث الفرد الآخر . وتسقطان بالمعارضة . فيبقى استصحاب كلي الحدث سليما عن المعارض . وفي المقام أن استصحاب عدم الفرد اللازم من الملكية يعارض استصحاب عدم الفرد الجائز منها الذي يرتفع بالفسخ . فيسقطان للمعارضة . فيرجع إلى استصحاب نفس الكلي الذي هو متيقن سابقاً ، ومشكوك فيه لاحقاً . ولعل المصنف رحمه الله قد أشار إلى هذين الاشكالين مع جوابهما بالامر بالتأمل .

الناحية الثالثة : أنه إذا قلنا بعدم جريان الاستصحاب في القسم الثاني من الكلي [illegible] في أن الاستصحاب فيما نحن فيه من [illegible] الاستصحاب الشخصي

لـكي يحكم بجريانه ، أم هو من الاستصحاب الـكلي لكي يحكم بعدم جريانه ، إذا كان الأمر كذلك فان كان المانع عن جريان الاستصحاب فى الـكلي هو المناقشة الأولى المتقدمة قريباً ـ : أعني بها تردد الـكلي بين كونه فى ضمن الفرد الذي لا يحتمل بقاؤه ، وبين كونه فى ضمن الفرد الآخر الذي هو مشكوك الحدوث من الأول فلا يجري الاستصحاب هنا ، لأنه اذا خرج القسم الثاني من الـكلي عن أدلة الاستصحاب وشككنا في أن المورد من القبيل الخارج ، أو من القبيل الباقي تحت العام ، كان التمسك بعموم تلك الادلة تمسكاً بالعموم في الشبهة المصداقيـة . وهو لا يجوز على ما حقق فى محله .

وإن كان المانع عن ذلك هو المناقشة الثانية المتقدمة أيضاً ـ : أعني بها حكومة الاصل السببي عليه ـ فلا مانع عن استصحاب الملـكية ، لأنه إن كان الاستصحاب كلياً فالمانع موجود : وهو الاصل الحـاكم . وإن كان شخصياً فالمانع غير موجود . وحينئذ فيقع الشك في وجود المانع عن استصحاب الملـكية ، وعدم وجوده . ومن البين الذي لا ريب فيه أنه مالم يحرز الاصل الحاكم لامانع عن جريان الأصل المحكوم وإذن فلا مانع عن استصحاب الملـكية في المقام . ولعل هذا هو مراد المصنف من قوله : (مع أنـه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم والجواز من خصوصيات الملك ، أو من لوازم السبب المملك) بل هذا هو أمس بكلامه ، فان الايراد المهم على جريان الاستصحاب فى القسم الثاني من الـكلي هو الايراد الثاني .

ويمكن أن يـكون غرضه من هـذه العبارة : أن المنع عن جريان استصحاب الملـكية مبني على إحراز أن اللزوم والجواز من خصوصيات الملك ومن الظاهر أنا إذا لم نحرز ذلك لم يـكن مانع عن الاستصحاب المذكور .

وقد ذكر شيخنا الاستاذ بما حاصله: أن المورد وإن كان من موارد التمسك بالعام في الشبهة المصداقية ، إلا أنه لا بأس به في المقام ، بداهة أن المانع عن جريان الاستصحاب في

القسم الثاني من أقسام الكلي إنما هو العقل من ناحية أن الكلي إن كان في ضمن الفرد الزائل فهو مقطوع الزوال . وإن كان في ضمن الفرد الآخر فهو مشكوك الحدوث وعليه فاذا شككنا في مورد أنه من مصاديق الاستصحاب الشخصي ليجري فيه الاستصحاب ، أو من مصاديق الاستصحاب الكلي لكي لا يجري فيه ذلك ، حكمنا بجريانه فيه ، ضرورة أن المخصص لعموم لا تنقض اليقين بالشك دليل لبي فيقتصر فيه بالأفراد المتيقنة ، ويتمسك في غيرها بعموم أدلة الاستصحاب انتهى ملخص كلامه . والجواب عن ذلك :

أن هذه الكبرى التي أفادها وإن كانت مسلمة في نفسها على ما نقحناه في علم الاصول ، ولكنها لا تنطبق على ما نحن فيه ، بداهة أن التمسك بالعام في الشبهة المصداقية فيما إذا كان هناك فرد معلوم ، ودار أمره بين دخوله في أفراد المخصص ، وعدم دخوله في ذلك من ناحية شبهة خارجية . كما إذا ترددت اليد الموضوعة على مال الناس بين كونها يد ضمان وكونها يد أمانة . وكالماء المردد بين كونه معتصماً ، وكونه غير معتصم وكالعام المردد بين دخوله تحت الخاص ودخوله تحت العام ، فان أشباه هذه الامثلة من صغريات التمسك بالعام في الشبهة المصداقية . وأما اذا شك في صدق عنوان العام على فرد فهو ليس من موارد التمسك بالعام قطعاً . والمقام من هذا القبيل .

والسر في ذلك : أن قوام الاستصحاب إنما هو باتحاد القضية المتيقنة مع القضية المشكوكة لكي يكون رفع اليد عن اليقين السابق من نقض اليقين بالشك . ومن الظاهر أن هذا المعنى لم يحرز في المقام ، إذ بناء على المناقشة الأولى التي وجهوها على الاستصحاب الكلي كانت القضية المتيقنة غير القضية المشكوكة . فاذا احتمل كون الاستصحاب من الاستصحاب الكلي لم يمكن التمسك بأدلة الاستصحاب ، لعدم إحراز انطباق العنوان المأخوذ فيها على مورد الشك .

ثم إنه ذكر السيد في حاشيته : (أن التحقيق إمكان استصحاب الفرد الواقعي المردد

بين الفردين ، فلاحاجة إلى استصحاب القدر المشترك حتى يستشكل عليه بما ذكرنا) .

ويرد عليه : أنه إن كان المراد من الفرد المردد ما هو مردد في الواقع حتى في علم الله (تعالى) فهو بديهي البطلان ، إذ لا وجود للفرد المردد في أي وعاء من الأوعية . وإن كان المراد منه الموجود المعين على تردده : بمعنى أن المستصحب هو الوجود الخارجي مع قطع النظر عن الخصوصيات المفردة فهو عين الكلي ، لا شيء آخر وراءه .

قوله : (وكذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم ، أو الجائز ، كالصلح من دون عوض والهبة . نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة) . أقول حاصل كلامه : أنه كما تجري أصالة اللزوم في أي عقد شك في لزومه وعدمه . كذلك تجري في أي عقد وقع في الخارج ، وشك في أنه من القسم الجائز أو اللازم ، لأنه حينئذ يشك في أن العقد الموجود في الخارج هل يرتفع بالفسخ ، أم لا يرتفع بذلك فيستصحب بقاؤه . وتثبت به نتيجة اللزوم . وعليه فتأثير الفسخ في العقد يتوقف على إحراز أنه عقد جائز ، وإلا فلا يؤثر فيه الفسخ . وهذا واضح لاشك فيه .

ومثال ذلك : أنه إذا وقع عقد في الخارج ، ودار أمره بين الصلح بلا عوض لكي يكون لازماً ، وبين الهبة غير المعوضة لكي يكون جائزاً ، إذا كان كذلك فان كان النزاع هنا في لزوم العقد وجوازه من غير نظر إلى عنواني الصلح والهبة بأن يدعي أحد المتعاقدين لزوم العقد ، ويدعي صاحبه جوازه ـ فيجب تقديم دعوى مدعي اللزوم ، لأن دعواه موافقة للأصل فيكون منكراً . وإن كان النزاع في أن الواقع في الخارج هل هو الصلح بلا عوض ، أم هو الهبة غير المعوضة فيحكم بالتحالف إذ لا أصل لنا في المقام حتى يعين أحد الامرين . والجواب عن ذلك :

أولا : أن هاتين الصورتين كلتيهما من صغريات المدعي والمنكر ، لا التداعي ضرورة أن مصب الدعوى فيهما ليس إلا اللزوم والجواز ، لا كل واحد من عنواني

الصلح والهبة ، لأن الغرض من دعوى الصلح هو إثبات لزوم العقد وعدم تأثير الفسخ فيه . كما أن الغرض من دعوى الهبة هو إثبات جواز العقد ، وتأثير الفسخ فيه . وإذن فمرجع النزاع في المقام إلى اللزوم والجواز . فيكون ذلك خارجاً عن مورد التداعي .

وبتعبير آخر : أن النظر في باب المرافعات إنما هو إلى الغرض الأقصى ، وإلى النتيجة المترتبة على الدعوى . وعليه فان كان قول كل من المترافعين موافقاً للاصل من ناحية ، ومخالفاً له من ناحية اخرى فهو من موارد التداعي . وإن كان قول أحدهما موافقاً للاصل دون الآخر فهو من موارد المدعي والمنكر . وأما كيفية ترتيب الدعوى من دون أن تكون هذه الكيفية مورداً للغرض فلا يترتب عليها أثر مهم في باب المرافعات . وإذن فلا ثمرة لاثبات أن العقد الموجود في الخارج صلح بلا عوض ، أو هبة غير معوضة .

ثانياً : أنا لو سلمنا تعلق الغرض بأي واحد من عنواني الصلح والهبة ، ولكن لا نسلم انتهاء الامر إلى التحالف ، إذ يترتب الأثر على الأصل الجاري في ناحية الهبة وهو عدم جواز الرجوع إلى العين الموهوبة ، ضرورة أن جواز الرجوع إليها من آثار الهبة ومن الظاهر أن أصالة عدم كون العقد ـ الواقع في الخارج ـ هبة تنفي ذلك ابتداء ، وتثبت عدم جواز الرجوع بالمطابقة ، بلا احتياج إلى الواسطة العقلية في ترتب الاثر . وأما الأصل الجاري في ناحية الصلح فلا يترتب عليه جواز الرجوع إلا على القول بالأصل المثبت ، لأن جواز الرجوع إلى العين من اللوازم العقلية لعدم الصلح . ومن البين أنه لا معارضة بين الاصلين الذين ترتب الاثر الشرعي على أحدهما دون الآخر (١) .

---

(١) قد ذكر المصنف في خلال كلماته عند التكلم على أصالة اللزوم ما هذا لفظه : « بل ربما يزاد استصحاب بقاء علقة المالك الاول » . ولم يتعرض لجوابه . نعم تعرض لهذا الاشكال ، وجوابه في أوائل مبحث الخيارات .

الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل السلطنة

ومما استدل به المصنف على لزوم المعاطاة :

٢ ـ قوله (ص) : إن الناس مسلطون على اموالهم . البحار ج ١ ص ١٥٤

— والتحقيق : أنه إن كان المراد من العلقة المالكية هو الملكية فلا شبهة في ارتفاعها بالبيع المعاطاتي . وليست هنا ملكية اخرى لكي نستصحبها ، وإلا لزم اجتماع المالكين في ملك واحد .

وان كان المراد منها هو جواز الرجوع الى العين ، واسترجاعها من الآخذ بالمعاطاة فلا ريب في أن ذلك لم يكن موجوداً سابقاً ، وأنه مشكوك الحدوث فعلا ، فالأصل يقتضي عدمه ، دون بقائه وان كان المراد منها أن الملكية الثابتة للمالك لها مراتب شتى التي لم يعلم زوال جميعها بالبيع المعاطاتي ، بل من المحتمل القريب أن الملكية اذا زالت بحدها الاقوى بقيت منها المرتبة الضعيفة . كما أن الالوان تزول مرتبتها القوية وتبقى مرتبتها الضعيفة . ان كان المراد من بقاء علقة المالك هو ذلك فيرد عليه :

أولا : أن الملكية من أية مقولة كانت — جدة أو اضافة — ليست قابلة للشدة والضعف حتى تعتبر بحدها الضعيف تارة . وبحدها القوي تارة اخرى ، بل هي أمر بسيط ، فاذا زالت زالت بأصلها .

ثانياً : أنا لو سلمنا كون الملكية الحقيقية ذات مراتب لكنا لانسلم جريان ذلك في الملكية الاعتبارية ، بداهة أن اعتبار أية مرتبة منها مغائر لاعتبار مرتبتها الاخرى . وعليه فاذا زال اعتبار المرتبة القوية لم يبق بعده اعتبار آخر .

وان كان المراد من بقاء علقة المالك هو بقاء سلطنته وقدرته على التصرف في العين وعدم جواز مزاحمته في تصرفاته في ذلك اذ الملكية والسلطنة أمران [illegible] وانفكاك أحدهما عن الآخر كما سيأتي ، فيتوجه عليه أن السلطنة وان

وبيان الاستدلال بذلك على لزوم المعاطاة : أنك قد عرفت فيما تقدم أن المعاطاة تفيد الملكية . ومن الظاهر أن الملكية لاتنفك عن السلطنة الفعلية على التصرف في المملوك بانحاء التصرفات إلا مع قيام الدليل الخارجي على الانفكاك ـ كما في موارد الحجر ـ وعليه فسلطنة كل مالك تقتضي بقاء ماله في ملكه ، ولا يجوز لغيره أن يزاحمه في تصرفاته ، ويخرجه عن ملكه ، فان ذلك مناف لسلطنة المالك الفعلية .

ومن هنا يندفع ما توهم من أن غاية ما يستفاد من الحديث أن المالك له السلطنة على ماله فعلا . وهذا لا ينافي زوالها برجوع المالك الأصلي إلى ما اعطاه لصاحبه

— كانت مغايرة للملكية ، ولكن التغاير بينهما من قبيل تغاير الحكم وموضوعه لان الملكية موضوع للسلطنة ، واذن فتدور السلطنة مدار موضوعها . نعم قد ينفك أحدهما عن الآخر لدليل خاص ولذا أن المحجور مالك ، ولكنه ممنوع عن التصرف في ماله لسفه أوجنون أو صغر أو فلس . وأيضاً أن الحاكم والولي والوصي لهم السلطنة على أشخاص خاصة . ولكنهم ليسوا بمالكين ، قيل :

ان المتيقن في المقام انما هو سقوط الملكية ، وأما السلطنة الثابتة للمالك فزوالها مشكوك فيه فنستصحبها . والجواب عن ذلك :

أن قوام الاستصحاب انما هو باتحاد القضية المتيقنة ، والقضية المشكوكة ، ومن الواضح أنه لااتحاد بينهما في المقام ، لان القضية المتيقنة انما هي السلطنة المترتبة على الملك ترتب الحكم على موضوعه ، كما عرفته قريباً . والقضية المشكوكة انما هي السلطنة العارية عن الملك ، اذ المفروض زوال الملكية بالمعاملة المعاطاتية .

وأضف الى ذلك : أن استصحاب السلطنة يقتضي ثبوتها للمالك الاول : بأن يكون له التصرف في العين . ولا ريب في أن هذا لا يفيدنا شيئاً ، لأن غرضنا اثبات العلقة للمالك الاول بحيث تسلب بها مالكية المتعاطي . ولا شك في أنه لم يكن للمالك الأول هذه السلطنة من أول الامر . واذن فلا يكون استصحاب السلطنة حاكماً على أصالة اللزوم .

بالبيع المعاطاتي . نعم يمكن إثبات الملكية للمالك الثاني بعد رجوع المالك الأول الى العين بالاستصحاب إلا أنه رجوع عن التمسك بدليل السلطنة الى التمسك بالأصل الذي تقدم البحث عنه تفصيلا .

ووجه الاندفاع أن الحكم بعدم جواز انتزاع ملك المالك الثاني إنما هو بهذه السلطنة الفعلية . ولاشبهة في أنها مانعة عن تأثير رجوع المالك الأول فى إزالة ملكيته . وعلى هذا فلا نحتاج إلى الاستصحاب لكي يكون ذلك رجوعا عن التمسك بدليل السلطنة إلى التمسك بالاستصحاب .

ويتوجه على هذا الاستدلال أولا : أن النبوي المذكور ضعيف السند وغير منجبر بشيء ، ولا أنه مذكور في كتب الشيعة إلا مرسلا . ومن البين أنا لا نعتمد على المراسيل في شيء من الاحكام الشرعية .

ثانياً : أن المقصود من النبوي المذكور بيان استقلال المالك في التصرف فى أمواله في الجهات المشروعة ، وعدم كونه محجوراً عن التصرف في تلك الجهات . وليس لغيره أن يزاحمه في ذلك .

وعليه فلا دلالة في الحديث على استقلال الملاك في التصرف في أموالهم من جميع الجهات . وبأي تصرف من أنحاء التصرفات . وأيضاً لا دلالة فيه على استمرار السلطنة الفعلية للمالك وبقائه حتى بعد رجوع المالك الاول في مورد المعاطاة . وقد تقدم تفصيل ذلك عند الاستدلال على إفادة المعاطاة الملكية .

الاستدلال على لزوم المعاطاة بحرمة التصرف فى مال غيره

ومما استدل به المصنف على لزوم المعاطاة :

٣ - قوله (ع) لا يحل مال امرىء إلا عن طيب نفسه (١) . ووجه

---

(١) في الاحتجاج ص ٢٦٧ عن ابي الحسين محمد بن جعفر الاسدي عن أبي جعفر محمد بن عثمان العمري (ره) عن صاحب الزمان عجل الله فرجه قال : « فلا يحل —

الاستدلال به على ذلك : أن سبب حلية التصرف في أموال الناس إنما هو منحصر برضى المالك فلا يحل شيء من التصرفات المالكية فيها إلا باذنه ورضاه . قيل :

إن المستفاد من الرواية إنما هو حرمة التصرف في اموال الناس بدون رضاهم . ولا ريب في أنه بعد رجوع المالك الأول إلى ما أعطاه لصاحبه بالمعاطاة لم يبق موضوع لحرمة التصرف في مال غيره . والجواب عنه :

أن تعلق عدم الحل بمال غيره يشمل التملك أيضاً . ومن الواضح أنه لا معنى

— لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه » .

وفي الوسائل ج ١ باب ٣ من ابواب مكان المصلي : عن سماعة عن أبي عبدالله (ع) في حديث : أن رسول الله (ص) قال : من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها ، فانه لايحل دم امرىء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه . موثقة بزرعة وسماعة الواقفين .

وعن تحف العقول عن رسول الله (ص) : أنه قال في خطبة حجة الوداع : أيها الناس إنما المؤمنون إخوة . ولا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه . مرسلة .

وفي المستدرك ج ١ ص ٢٢٢ : عن عوالي اللئالي عن رسول الله (ص) قال : المسلم أخو المسلم . لا يحل ماله إلا عن طيب نفسه مرسلة . وعنه (ص) قال : لايحلبن احدكم ماشية أخيه إلا باذنه . مرسلة

وفي فروع الكافي ج ١ ص ٤٢٦ عن محمد بن زيد الطبري قال : كتب رجل من تجار فارس من بعض موالي ابي الحسن الرضا (ع) يسأله الاذن في الخمس فكتب اليه بسم الله الرحمن الرحيم . . . لا يحل مال إلا من وجه أحله الله . مرسلة . أقول هذه هي الروايات التي تدل على حرمة التصرف في مال غيره بدون اذنه وأما ما نقله المصنف في المتن من انه « لا يحل مال امرىء إلا عن طيب نفسه » فلم نجده على هذه الكيفية في كتب الحديث ، ويحتمل قريباً وقوع السقط فيه .

لحرمة التملك إلا فساده وعدم تأثيره في الملكية . وعليه فمفاد الرواية أنه لا يحل التصرف في مال أحد ولا تملكه بأي سبب من الأسباب إلا بطيب نفسه .

ولكن يتوجه على الاستدلال المزبور : أن الحل في اللغة هو الاطلاق والارسال . ويقابله التحريم ، فانه بمعنى المنع والحجر . وقد تقدم في البحث عن إفادة المعاطاة الملكية أن الحل بهذا المعنى يناسب الحلية الوضعية والتكليفية كلتيهما . وعليه فكما يصح استعمال لفظ الحل في خصوص الحلية الوضعية أو التكليفية . كذلك يصح استعماله فيهما معاً . ويختلف ذلك حسب اختلاف القرائن والموارد . مثلا : إذا اسند لفظ الحل إلى الأمور الاعتبارية — كالبيع ونحوه — أريد منه الحل الوضعي والتكليفي معاً . واذا اسند ذلك إلى الاعيان الخارجية أريد منه الحل التكليفي فقط : أعني به الترخيص في الفعل . كقوله (تعالى) : ﴿ ويحل لهم الطيبات ﴾ (١) وهكذا الحال في لفظ التحريم . وعليه فلفظ الحل في الرواية الشريفة إنما نسب الى المال . وهو إما من الاعيان الخارجية ، أو من المنافع . وعلى كلا التقديرين فلا معنى لحلية ذلك إلا باعتبار ما يناسبه — كالتصرف — وإذن فيراد من حلية المال حلية التصرف فيه . كما أن المراد من حلية المأكولات حلية استعمالها وهكذا في كل مورد من الموارد حسب ما تقتضيه مناسبة الحكم والموضوع . وعلى هذا فمعنى الرواية : أن الشارع المقدس لم يرخص في التصرف في مال امرىء إلا بطيب نفسه . وإذن فهي اجنبية عما نحن فيه .

الاستدلال على لزوم المعاطاة بآية التجارة عن تراض

ومما استدل به المصنف (ره) على لزوم المعاطاة :

٤ — قوله (تعالى) : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٢) وملخص كلامه : أن الاستدلال بهذه الآية على لزوم البيع المعاطاتي — بل على لزوم مطلق التجارة عن تراض — تارة بعقد

(١) سورة الاعراف . الآية : ١٥٧ .
(٢) سورة النساء . الآية : ٣٣ .

المستثنى : وهو قوله (تعالى) : إلا أن تكون تجارة عن تراض . واخرى بعقد المستثنى منه : وهو قوله (تعالى) : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل :

أما العقد الأول فمفاده : أنه لا يجوز لأحد أن يتملك أموال الناس بسبب من الأسباب الباطلة التي لم يمضها الشارع — كالقمار والغزو والبيع الربوي وبيع المنابذة والملامسة والحصاة وأشباه ذلك — إلا أن يكون هذا السبب تجارة عن تراض . وعلى هذا فالأكل في الآية الشريفة كناية عن التملك والتصرف . كما هو المتعارف في كلمات الفصحاء ، بل في كل لغة . وإذن فتدل الآية على أن حلية تملك أموال الناس بالأسباب الصحيحة منحصرة في التجارة عن تراض ، فأن غيرها من أسباب المعاملات التي منها التملك بالفسخ فاسدة . ولا يفرق في انفهام الحصر من الآية الشريفة بين كون الاستثناء متصلا — كما هو الظاهر والموافق للقواعد العربية — وبين كونه منقطعاً . وقد تقدم تفصيل ذلك عند الاستدلال بالآية على كون المعاطاة مفيدة للملك .

وأما العقد الثاني فمفاده : أن تملك أموال الناس بغير رضى منهم تملك بالباطل عرفاً وشرعاً . إلا أن يأذن به الشارع الذي هو المالك الحقيقي ، وعليه فيكون تملك المال بالفسخ أكلا له بالباطل ، إلا أن يثبت جواز الفسخ بتعبد شرعي : بأن يحكم الشارع بجواز التملك بالفسخ ونحوه من دون رضى المالك . وحينئذ فيكون التملك بالفسخ خارجاً عن الاكل بالباطل . وعلى هذا فشأن التملك بالفسخ الثابت شرعاً شأن أكل المارة من ثمرة الشجرة الممرور بها ، والأخذ بالشفعة ، وغيرهما من الموارد التي قد أذن الشارع في التصرف في أموال الناس بدون إذنهم .

ومن هنا أتضح لك جلياً أن التوهم المتقدم في التكلم على الروايتين — وهما دليل السلطنة . ودليل حرمة التصرف في أموال الناس غير جار في المقام لكي نحتاج الى جوابه ، لأن المستفاد من الآية — كما عرفته — إنما هو حصر تملك أموال الناس — على الوجه الشرعي — في التجارة عن تراض . وأن غير ذلك يعد من الأسباب

الباطلة . وإذن فلا يبقى مجال لتوهم أن كون المأخوذ بالمعاطاة مال الآخذ بعد رجوع المالك الأول اليه أول الكلام . وهذا واضح لاخفاء فيه .

وفي بعض نسخ المتن هكذا : (أن التوهم المتقدم جار هنا) ولكنه سهو من قلم النساخ بديهة أن صريح كلام المصنف على خلافه ويمكن أن يكون الغرض من هـذه العبارة : أن التوهم المتقدم جار هنا مع جوابه ولكنه خلاف الظاهر منها .

ويرد عليه : أن هذا الاستدلال مبني على أن يكون المراد من الباطل هو الباطل العرفي لكي يكون ذلك أمراً معلوماً في نظر أهل العرف ومتميزاً عن السبب الصحيح . وأما لو أريد منه الباطل الواقعي — كما هو الظاهر لأن الألفاظ موضوعة للمفاهيم الواقعية — أو احتملت أرادة ذلك من كلمة الباطل في الآية فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود ، لأنا نحتمل احتمالا عقلائياً أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحة للأكل لا من الأباطيل الواقعية . وعليه فيكون التمسك بالآية في المقام من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصداقية . وهذا ظاهر .

الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل وجوب الوفاء بالشرط

ومما استدل به المصنف رضوان الله عليه على لزوم المعاطاة :

١ — قوله (ص) : المؤمنون عند شروطهم (١) وحاصل كلامه هنا : أن

---

(١) عن منصور بزرج عن عبد صالح «ع» قال : قلت له : إن رجلا من مواليك تزوج امرأة إلى أن قال «ع» : قل له فليف للمرأة بشرطها ، فان رسول الله «ص» قال : المؤمنون عند شروطهم . موثقة بابن فضال . التهذيب ج ٢ ص ٢١٩ . الاستبصار ج ٣ ص ٢٣٢ . الوافي ج ١٢ ص ٨٠ .

وقد ذكر في جملة من الروايات : المسلمون عند شروطهم . وفي بعضها فان المسلمون عند شروطهم . الوافي ج ١٠ ص ٦٨ . و ج ١٢ ص ٨٠ . والوسائل ج ٢ باب ٦ من أبواب أحكام العقود .

الشرط في اللغة عبارة عن مطلق الالتزام . فيشمل الالتزامات المعاملية . سواء أكانت مبرزة بمظهر قولي ، أم كانت مبرزة بمظهر فعلي . وعليه فمعنى الرواية : هو أن المؤمن ملزم بشرطه ، وأن شرطه لا يزول بالفسخ . والجواب عن هذا الاستدلال :

أولا : أن الشرط في اللغة بمعنى الربط بين شيئين . وقد أشير اليه فيما حكي عن القاموس من أن الشرط هو الالتزام في بيع ونحوه . وفي أقرب الموارد : شرط عليه في البيع ونحوه شرطاً : ألزمه شيئاً فيه . وإذن فالشروط الابتدائية خارجة عن حدود الرواية.

ثانياً : أنا لو سلمنا شمول الرواية للشروط الابتدائية . ولكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعي : بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه ، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التكليفي : أي يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه ، لأنه من علائم الايمان . وعلى هذا فشأن الرواية شأن قولنا : إن المؤمن عند عدته .

الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل وجوب الوفاء بالعقد

ومما استدل به المصنف على لزوم المعاطاة :

٥ — قوله (تعالى) أوفوا بالعقود (١) .

لا ريب في دلالة هذه الآية الكريمة على لزوم البيع المعاطاتي ، بل على لزوم كل عقد ، لأن معنى الوفاء هو التمام . ومن هنا يقال : الدرهم الوافي : اي الدرهم التام . ومعنى العقد إما العهد المطلق كما صرح به بعض أهل اللغة أو العهد الوثيق كما صرح به بعض آخر من أهل اللغة ايضاً .

والمراد من الأمر بالوفاء بالعقد هو الارشاد الى لزومه ، وعدم انفساخه بالفسخ، إذ لو كان الأمر بالوفاء تكليفياً لكان فسخ العقد حراماً وهو واضح البطلان . وعليه فمفاد الآية : أنه يجب الوفاء بكل ما صدق عليه عنوان العقد عرفاً . ومن الواضح جداً أن المعاطاة عقد عرفي كسائر العقود ، فتكون مشمولة لعموم الآية .

---

(١) سورة المائدة الآية : ١ .

الاستدلال على لزوم المعاطاة بأدلة خيار المجلس

ومما استدل به المصنف على لزوم المعاطاة :

١ — الأخبار (١) الدالة على لزوم البيع ووجوبه بعد تفرق المتبايعين . وقد عرفت أن المعاطاة بيع بالحمل الشايع ، فتكون مشمولة لعموم تلك الروايات . قيل :

إن هذه الروايات وإن دلت على لزوم البيع بعد تفرق المتبايعين عن مجلس العقد . إلا أن المراد من اللزوم إنما هو اللزوم من ناحية خيار المجلس فقط ، لا من جميع النواحي ، وعلى وجه الاطلاق . وإذن فتبعد تلك الروايات عما نحن فيه . والجواب عن ذلك :

أن هذا الاحتمال وإن كان ممكناً في مقام الثبوت ، ولكنه خلاف الظاهر من الروايات المزبورة في مقام الاثبات ، فان إطلاقها يقتضي اللزوم - على وجه الاطلاق - بعد التفرق . فلا موجب لصرفها الى اللزوم من ناحية خيار المجلس . وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

تتمة البحث عما يرجع الى لزوم المعاطاة

ربما يتوهم : أن الظاهر — فيما نحن فيه — قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة . بل ادعاه صريحاً بعض الاساطين في شرحه على القواعد . وتعاضده الشهرة المحققة بين الاصحاب . بل لم يوجد قائل باللزوم إلى زمان بعض متأخري المتأخرين . نعم نسب هذا الرأي الى المفيد (ره) إلا أن العبارة المحكية عنه لا تدل على ذلك . بل ادعى في الغنية الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً . ولا شبهة في أن هذه الدعوى صريحة في عدم لزوم المعاطاة .

---

(١) راجع الوافي ج ١٠ ص ٦٨ .

ولكن هذا التوهم فاسد ، إذ لا يرجع شيء من الامور المذكورة إلى معنى محصل: أما الاجماع المحصل فهو غير حاصل جزماً ، لأن مدركه إنما هو القطع بقول الامام(ع) ومن الظاهر أن منشأ هذا القطع إما العلم بوجود الامام (ع) بين المجمعين . أو قاعدة اللطف التي أسسها الشيخ الطوسي (ره) ، أو الحدس القطعي .

أما الأول فهو بديهي الفساد ، لعدم العلم بوجود الامام (ع) بين القائلين : بأن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة . وأما الثاني فلأن قاعدة اللطف غير تامة ، كما حقق ذلك في محله . وأما الثالث فلأن من المحتمل القريب ، بل ومن المظنون قوياً أن كثيراً من القائلين بكون المعاطاة مفيدة للملكية الجائزة إنما استندوا في رأيهم هذا الى وجوه أخر . وإذن فليس لنا في المقام اجماع محصل تعبدي .

وأما الاجماع المنقول فلا دليل على حجيته وقد ذكرنا ذلك في علم الأصول .

ويضاف اليه : أنه لا أساس لنقل الاجماع إلا حصوله في زمان ، فاذا اضمحل الاجماع المحصل — لما ذكرناه قريباً — اضمحل الاجماع المنقول أيضاً .

وأما ما ذكره في الغنية من قيام الاجماع على أن المعاطاة ليست ببيع فهو واضح البطلان ، لأن المعاطاة بيع بالحمل الشايع . ومفهوم البيع من المفاهيم العرفية . ومن البديهي أنه لا معنى لقيام الاجماع التعبدي على المفاهيم العرفية إثباتاً أو نفياً إلا أن يكون مراده من ذلك نفي الصحة أو اللزوم . وعليه فيجاب عنه بأن الاجماع المنقول لا دليل على حجيته .

وأما الشهرة فقد ذكرنا في علم الاصول أنه لم يقم دليل على حجيتها لأنها لا تفيد إلا الظن . والظن لا يغني من الحق شيئاً . ومع الاغضاء عن ذلك : أن الشهرة قد قامت على أن المعاطاة تفيد الاباحة ، ولم تقم على أنها تفيد الملكية الجائزة ، ضرورة أن القول بالملكية لم يكن مغروساً بين قدماء الاصحاب . وإنما ذهب اليه المحقق الكركي ، وشيد أساسه ، ثم تبعه جمع من متأخري المتأخرين حتى اشتهر بينهم . وإذن فتبعد الشهرة عن

دعوى الملكية ، فضلا عن كونها مؤيدة لحصولها إلا أن يكون غرض المدعي — من الشهرة هو الشهرة بين متأخري المتأخرين . ولكن هذه الشهرة معارضة مع الشهرة بين القدماء القائمة على أن المعاطاة تفيد الاباحة .

وعلى الجملة : إنا لو فرضنا ثبوت الاتفاق من العلماء على عدم لزوم المعاطاة لم يكشف ذلك عن الدليل المعتبر ، بديهة ان قيام الاجماع على نفى اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع . كما نبه عليه المصنف اذ القول باللزوم فرع الملكية ومن الظاهر انه لم يقل بها الا المحقق الثاني وجمع ممن تأخر عنه . وأما قدماء الاصحاب فذهبوا الى أن المعاطاة تفيد الاباحة .

قوله : (بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضى) أقول : حاصل كلامه : أن السيرة قائمة على عدم الاكتفاء بالتعاطي في الاشياء الخطيرة والامتعة المهمة . بل الناس ينشؤون فيها البيع بالالفاظ المتداولة بينهم . نعم يكتفون بالتعاطي في الاشياء الزهيدة . والامتعة المحقرة ولا يلتزمون فيها بعدم جواز الرجوع .

ويرد عليه : ان السيرة المزبورة لا تصلح لتقييد الادلة المتقدمة الدالة على لزوم المعاطاة ، بديهة أن عدم اكتفاء الناس بالتعاطي في المعاملات المهمة ليس من ناحية السيرة بل إنما هو من جهة تقليدهم لعلمائهم القائلين بكون المعاطاة مفيدة للاباحة .

واضف الى ذلك : ان الالتزام بهذه السيرة يقتضي الفرق بين المعاطاة في الاشياء الخطيرة . وبين المعاطاة في الاشياء الحقيرة ومن الواضح انه لم يلتزم به المشهور من الاصحاب وان ذهب اليه بعض العامة (١) ولكنه مخالف لاطلاق الادلة الدالة

(١) عن الشافعية أنه لا ينعقد البيع بالمعاطاة . نعم مال صاحب الاحياء الى جواز البيع بها في الاشياء اليسيرة لان الايجاب والقبول يشق فى مثلها عادة . الفقه على المذاهب الاربعة . ج ٢ ص ١٥٥

على لزوم المعاطاة

نظرة فى الاخبار المذكورة حول المعاطاة

قوله : (وقد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار) . أقول : قد ذكر السيد فى شرح هـذه العبارة ماهـذا نصه : (يعني يظهر اشتراط اللزوم بكون انشاء المعاملة باللفظ في الجملة . ولعل نظره في ذلك الى ماأشرنا اليه سابقا (أي عند الاستدلال على صحة المعاطاة) من الخبر الوارد في بيع المصحف والوارد في بيع أطنان القصب . ويمكن ان يكون نظره الى ماسينقله من الاخبار التي ادعى اشعارها أو ظهورها).

والتحقيق : انه ان كان نظر المصنف ـ من العبارة المتقدمه ـ الى ما أفاده السيد فلا نعقل له وجهاً صحيحاً ، بديهة أنه لادلالة في الخبر الوارد في بيع المصحف ، ولافي الخبر الوارد في بيع أطنان القصب ، ولافي الروايات الآتيه ـ الواردة في أن المحلل والمحرم هو الكلام ـ لادلالة في شيء من هـذه الروايات (١) على اعتبار اللفظ في لزوم البيع ، فانها غير ناظرة الى كيفية انشاء البيع . وان كان نظره الى غيرها من الرويات فلم نجدها في أصول الحديث ولافي كتب الاستدلالية

واضف الى ذلك : انـه لوكانت هنا رواية تدل على اعتبار اللفظ في لزوم البيع لتمسك بها المصنف في المقام . ولم يحتج الى التمسك بالسيرة . بل لم يبق مجال لقوله (بل يظهر منها ان ايجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطي كان متعارفاً بين أهل السوق والتجار) ضرورة أنه بعد وجود الروايـة المعتبرة الدالة على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع لاتصل النوبة الى الامور الاستحسانيه .

ولكن نحتمل قوياً أن تكون كلمة ذلك في قوله : (وقد يظهر ذلك من غير

(١) سيأتى قريباً التعرض لجميع هذه الروايات فى الحاشية .

واحد من الاخبار اشارة الى ماذكره قبل هذة العبارة من جعل اللفظ من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض فان هذا المعنى يظهر من الروايات العديدة (١) بل يظهر من جملة منها (٢) ان إنشاء البيع باللفظ كان متعارفاً بين التجار واهل السوق . وعلى هذا فلا وهن في كلام المصنف ﴿ ره ﴾ .

قوله : (بقي الكلام فى الخبر ﴿ ٣ ﴾ الذي تمسك به في باب المعاطاة) .

أقول : قداستدل بهذا الخبر تارة على ان المعاطاة لاتفيد اباحة التصرف . وتارة أخرى على انها ليست بلازمة جمعا بينه ، و بين مادل على صحة مطلق البيع ، كما صنعه في الرياض .

ثم انه قد احتمل المصنف في قوله « ع » انما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام . وجوهاً أربعة :

١ ـ أن يراد من الكلام في المقامين اللفظ الدال علي التحريم والتحليل بأن يختص التحليل والتحريم بالنطق .

﴿ ١ ﴾ هي الروايات الدالة على كون المشترى مختاراً فى ايجاب البيع وعدمه بعد المقاولة على المبيع الشخصي غير الموجود عند البائع . الوافى ج . ١ باب ١٠٩ ص ٩٤

﴿ ٢ ﴾ هي الروايات المشعرة باعتبار اللفظ فى انشاء العقود وسنتعرض لها قريبا في الحاشية .

﴿ ٣ ﴾ المروي عن خالد بن الحجاج قال : قلت لابى عبد الله (ع) الرجل يجيئني فيقول : اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا . فقال : أليس ان شاء أخذ ، وان شاء ترك ؟ قلت بلى قال : لاباس بـه إنما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام . وفي نسخة الكافى المطبوعة قد ذكر ابن نجيح بدل ابن الحجاج . وعلى كلا التقديرين فالرواية مجهولة ، لانها مجهولان . فروع الكافي ج ١ ص ٣٨٦ ، والوافي ج ١٠ ص ٩٥ .

٢ ـ ان يراد به اللفظ مع مضمونه . ويكون الغرض ان المطلب الواحد من حيث الحكم الشرعى يختلف باختلاف المضامين المؤدات بالكلام .

٣ ـ أن يراد من الكلام في الفقرتين الكلام الواحد ويكون الاختلاف فى التحريم والتحليل باعتبار الوجود والعدم وقد بني المحدث القاساني على هذا المعنى في الوافي وقال : (الكلام هو ايجاب البيع وانما يحلل نفياً . وانما يحرم اثباتاً .)

٤ ـ أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاولة ومن الكلام المحرم ايجاب البيع لانه بيع قبل الشراء . وهو ليس بجائز .

ولايخفي عليك ان اساس الاستدلال بالخبر المذكور علي عدم لزوم المعاطاة أو علي عدم افادتها الملكية ، اوعلي عدم إفادتها إباحة التصرف مبني علي الوجه الاول .

وبيان ذلك : انه يستفاد من ذلك الخبر ان المحلل والمحرم ـ في الشريعة المقدسة ـ انما هو منحصر في الالفاظ المبرزة للمقاصد . وانه لايقع التحليل والتحريم بالقصد الساذج غير المبرز بمبرز ، ولا بالقصد المبرز بغير الالفاظ . وعلى هذا فلاوجه لما التزم به صاحب الرياض من الاستدلال بالخبرالمزبور على عدم لزوم المعاطاة جمعاً بينه وبين مادل علي صحة مطلق البيع .

ويرد عليه اولا : أن حصر المحلل والمحرم في الكلام يستلزم التخيص بالاكثر لكثرة المحلل والمحرم ـ في الشريعة المقدسة ـ من غير الالفاظ ضرورة ان تنجس المأكولات والمشروبات محرم . وتطهيرها محلل والتذكية محللة ، وعدمهامحرم وغليان العصير العنبي محرم وذهاب ثلثيه محلل . وصيرورة العصير خمراًمحرم وتخليلها محلل . والجلل محرم لمايؤكل لحمه . واستبراؤه محلل . وخلط المال الحرام بالمال الحلال محرم . وتخميسه محلل . وايضاً وطي الحيوان الذي يؤكل لحمه محرم . والدخول بالمرأة محرم لتزويج بنتها والايقاب في الغلام محرم لتزويج أمه وبنته واخته .

وأيضاً قد جوز الشارع المقدس التصرف في أموال الناس في موارد شتى من دون أن يكون فيها محلل كلامي . وذلك كالتصرف في الأراضي الواسعة والانهار الكبار وكأكل المارة من ثمرة الشجرة الممرور بها بل ورد في القرآن الكريم جواز الاكل من بيوت الاصدقاء والأحباء وإن لم يدل عليه إذن لفظي (١) .

وأيضاً قد اتفق المسلمون من الشيعة واهل السنة على انثلام ذلك الحصر فى في باب العقود أيضاً ، فانهم قد التزموا بجواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة . سواء أكانت المعاطاة مفيدة للملك ، أم كانت مفيدة للاباحة . ولم ينسب الى احد فساد ذلك إلا إلى العلامة فى بعض كتبه . وقد ثبت رجوعه عن هذا الرأي فى بعض كتبه الأخري ودعوى انصراف الخبر عن الامور المذكورة لكيلا تلزم كثرة التخصيص دعوى جزافية.

ثانياً : أن الرواية لاتنطبق على هذا الوجه ، اذ المستفاد منها أن السائل قد سأل الامام (ع) عن الرجل يقاوله ، ويقول له : اشتر هذا الثوب أربحك كذا وكذا . وأجاب الامام (ع) عن هـذا السؤال : بأنـه أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك قال السائل : بلى . قال الامام (ع) : لابأس به إنما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام . وعليه فهذه الرواية ـ سؤالا وجواباً ـ أجنبية عن مورد المعاطاة ، وإنما هي تبين حكم البيع قبل الاشتراء .

والذي نفهمه من الروايـة ـ ولو بقرينة الروايات التي ذكر فيها قوله (ع) : إنما يحرم الكلام ـ وسيأتي قريباً التعرض لها في الحاشية ـ أن المضمون الواحد إذا أنشيء بكلام كان محللا . وإذا أنشيء بكلام آخر كان محرماً . أو أن الكلام الواحد يكون محللا في مورد ومحرماً في مورد آخر . وذلك لأن الكلام من قبيل الاعراض . وقد ثبت في محله أن الزمان والمكان مفردان للأعراض . وهذان الوجهان صرح بهما المصنف عند التكلم على المعنى الثاني والثالث .

(١) سورة النور ٢٤ . الآية : ٦٠ .

وتوضيح ذلك : أنه ثبت في الشريعة المقدسة أن ايجاب الطلاق ببعض الألفاظ الدالة على بينونة الزوج عن الزوج لايكون محرماً ولامحللا. مثلا: إذا قال الرجل لزوجه : أنت بريـة أو خلية أوطلقتك لم يـؤثر ذلك في البينونـــة ولايحل للمرأة التزويج بزوج آخر ، وإذا قال الرجل لزوجه : أنت طالق . أو هي طالق ، أو زوجتي طالق بانت عنه زوجته ويحل لها التزويج بزوج غيره . وإذن فالمضمون الواحد وهو بينونة الزوج عن الزوج إذا أبرز بكلام كان محرماً ومحللا وإذا ابرز بكلام آخر لم يكن محرماً ولا محللا .

وهذه بين يدينا الأخبار الواردة في المزارعة . (١) فانها تصرح بأن جعل أجرة الزرع للبذر والبقر محرم . وعدمه محلل .

ويضاف الى ذلك مارواه البجلي قال : قلت لابي عبد الله (ع) : الرجل يجيئني يطلب المتاع ، فاقاوله على الربح ، ثم اشتريه فأبيعه منه ؟ فقال : أليس إن شاء أخذ

(١) عن سليمان بن خالد قال : سألت أباعبـــد الله « ع » عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط عليه للبذر ثلثا وللبقر ثلثا ؟ قال لاينبغي أن يسمى بذراً ولا بقراً فانما يحرم الكلام .

وعن عبد الله بن سنان أنه قال في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول : ثلث للبقر وثلث للارض وثلث للبذر . قال : لاتسم شيئاً من الحب والبقر ، ولكن تقول : ازرع فيها كذا وكذا إن شئت نصفاً وإن شئت ثلثاً .

وعن الحلبي قال : سئل أبو عبد الله « ع » عن الرجل يزرع الارض فيشترط للبذر ثلثا وللبقر ثلثاً ؟ قال : لاينبغي أن يسمي شيئاً فانما يحرم الكلام .

وعن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله « ع » مثله وزاد قبل قوله : (فانما يحرم الكلام) ولكن يقول لصاحب الارض : أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف اوثلث أو ما كان من شرط . ولايسمي بذراً ولا بقراً .الوافي ج . ١ ص ١٣٦ و ١٣٧ .

وإن شاء ترك ؟ قلت بلى قال : لا بأس به ، فقلت : إن عندنا من يفسده قال : ولم قلت : باع ماليس عنده . قال فما تقول فى السلف قد باع صاحبه ماليس عنده ؟ فقلت بلى . قال : فانما صلح من قبل أنهم يسمونه سلما . إن أبي كان يقول : لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه (١) فان الظاهر من هـذه الرواية وما يساويها في المضمون أن ايجاب البيع محلل فى محل ، ومحرم في محل آخر .

قيل : إن هذه الرواية غريبة عن المعنى المذكور . وانما هي ظاهرة في صحة بيع ماليس عنده . كما يستوضح ذلك بملاحظة قول الامام (ع) (فما تقول في السلف قد باع صاحبه ماليس عنده) واذن فـلا إشعار فيها باتصاف الكلام بصفة المحرمية تارة وبصفة المحللية أخرى . بل يكون محللا فقط . والجواب عن ذلك :

أن بيع ماليس عند البايع قديكون شخصياً . وقد يكون كلياً : أما الاول فلا شبهة في بطلانه من ناحية الجهالة ، وللروايات الخاصة . وأما الثاني فلا شبهة في صحته لان الكلي أمر معلوم فلا جهالة فيه لكي توجب بطلان البيع . ومن الواضح : أن السلف من القبيل الثاني . وعليه فغرض الامام (ع) من ذكر السلف ـ في الرواية المزبورة ـ إنما هو بيان أن السلف وان كان من بيع ما ليس عنده إلا أنه ليس من القسم الباطل ، بل هـو من القسم الصحيح . وقـد أشار الامام (ع) الى ذلك بقوله (إن أبي كان يقول : لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذي بعته فيه) : أي تقدر على أدائه ثم لايخفى عليك : أن المراد من الحلية والحرمة إنما هو الوضعي دون التكليفي ضرورة أن جعل الثلث للبذر والبقر ليس من المحرمات التكليفية قطعاً .

وقد يتوهم : أن المراد من الكلام هـو الالتزام النفسي دون اللفظ الصادر من المنشيء لصحة إطلاق الكلام والقول على الالتزام النفسي . ومنه قوله (تعالى) : لقد حق القول وقوله : (تعالى) وحق عليهم القـول بـل كثر ذلك في الاستعمالات

(١) الوافي ج ١٠ ص ٩٤ .

الصحيحة الفصيحة . ومن ذلك مايقال : أعطيته قولا . أي العهد والالتزام، وايضاً يقال: إن كلام الليل يمحوه النهار : أي الالتزامات النفسانية . وعليه فكون الكلام محرماً ومحللا بلحاظ أن المثمن يكون حراماً على البائع وحلالا للمشتري . وأن الثمن يكون حراماً على المشتري وحلالا للبائع .

ولكن هذا التوهم فاسد إذ الظاهر من الرواية أن المحرمية والمحللية من أوصاف الكلام اللفظي دون الالتزام النفسي . على أن هذا المعنى لايجتمع مع الروايات الواردة في المزارعة الظاهرة في أن الكلام المحرم غير الكلام المحلل وقد تقدمت هذه الروايات قريباً في الحاشية .

وقد تجلى لك من جميع ماذكرناه فساد الوجه الرابع الذي ذكره المصنف : بأن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاولة . ومن الكلام المحرم خصوص إنشاء البيع . ووجه الفساد : أن الكلام المحرم غير مربوط بانشاء البيع كما في روايات المزارعة . على أن لازمه أن يراد من الكلام في الفقرتين الكلام المعهود لكي يكون كل من الكلام المحلل والكلام المحرم ممتازاً عن الآخر . ومن الواضح أنه لاقرينة على هذه الدعوى لافي هذه الرواية التي هي مورد بحثنا . ولا في روايات المزارعة ، ولافي غيرها من الروايات .

وأما الوجه الثالث الذي ذكره المصنف ـ بأن يكون الكلام الواحد باعتبار وجوده محرماً وباعتبار عدمه محللا ـ فهو وان كان يناسب ماتحن فيه وروايات المزارعة أيضاً كما هو ظاهر . ولكن يرد عليه :

أولا : أن الظاهر من قوله (ع) إنما يحرم الكلام ويحلل الكلام ان المؤثر التام في الحرمة والحلية إنما هو وجود الكلام . لاأن وجوده محرم وعدمه محلل . على أن ذلك يستلزم التفكيك بين الفقرتين فهو أمر مستهجن فلا يصدر من المعصوم .

وأضف الى ذلك ما ذكره بعض مشائخنا المحققين وإليك نصه : (أن إطلاق

المحال على عدم الكلام لايخلو عن مسامحة إذ بقاء كل من العينين على ملك صاحبه ببقاء علته ، لا بعدم علة ضده كما أن إطلاق المحرم على الايجاب المتعلق بماليس عنده : أي الايجاب في غير محله ففيه أيضاً مسامحة ، إذ عـــدم حلية المال بعدم حصول الايجاب الصحيح ، لابحصول الايجاب الفاسد) .

ثم إنه قد استظهر المصنف من الرواية اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر . وهذا لفظه : (نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر بعد ماعرفت من أن المراد بالكلام هو ايجاب البيع : بأن يقال : إن حصر المحلل والمحرم في الكلام لا يتأتى إلا مع انحصار ايجاب البيع في الكلام . إذ لووقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرم فى الكلام. إلا أن يقال : إن وجـه انحصار ايجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد إذ المفروض أن المبيع عند مالكه الأول فتأمل) والجواب عن ذلك :

أولا : أنه لو تم هذا كان لازمه أن لاتترتب الاباحة على المعاطاة . ومن البين أن هذا خلف الفرض ، لأن المفروض جواز التصرف في مورد المعاطاة . وإنما البحث فى أنها تفيد الملك اللازم أولا .

ثانياً : أن الحصر في الرواية غير ناظر الى المعاطاة نفياً وإثباتاً وإنما هو باعتبار مورد الرواية اذ فرض فيه صدور الكلام من المشتري ، وقد ذكر الامام (ع) أنه ينقسم الى قسمين ، و بين أن قسما منه محلل ، كالمقاولة على متاع ليس عند البائع وقسم منه محرم كايجاب البيع عليه . وإذن فالانشاء الفعلي خارج عن حدود الرواية موضوعاً

وأما ماذكره من أن وجه انحصار ايجاب البيع فى الكلام الخ فيتوجه عليه .

أولا : أنا لانسلم عدم إمكان المعاطاة في مورد الرواية . بديهة أن الظاهر منها وجود المتاع عند الدلال . ولذا أشار اليه الرجل بكلمة (هذا) وقال لصاحبه : اشترهذا الثوب أربحك كذا ، ولا اقل من الاحتمال ومعه لايتم الاستدلال .

ثانياً : أنا لوسلمنا غياب المتاع ـ في مورد الروايـــة ـ عن المتعاملين . ولكنا لانسلم اختصاص المعاطاة بالتعاطي من الطرفين . ضرورة أن المعاطاة كما تتحقق بالتعاطي من الطرفين ، كذلك تتحقق بالاعطاء من جانب والأخذ من جانب آخر . وسيأتي ذلك في تنبيهات المعاطاة . ولعل المصنف قد أشار الى هذين الاشكالين أو الى أحدهما بالأمر بالتامل .

والمتحصل من جميع ماذكرناه : أنه لادلالة في رواية ابن نجيح على اعتبار اللفظ في صحة البيع أولزومه لكي تدل على فساد المعاطاة أو على عدم لزومه .

على أن هذه الروايـــة التى بين يدينا مجهولة فلايمكن الاستدلال بها على الحكم الشرعي (١) .

---

(١) قد استدل على اعتبار اللفظ في صحة البيع بوجوه شتى غير رواية ابن نجيح

١ ـ ماعن أبى هريرة أن رسول الله (ص) نهى عن بيعتين : الملامسة والمنابذة الحديث . سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤١ . وعنه أيضاً أن رسول الله (ص) نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة . سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤٢ . ووجه الاستدلال بذلك على المقصود : أن النبي (ص) إنما نهى عن إنشاء البيع باللمس والنبذ وإلقاء الحصاة لانتفاء اللفظ فيها . ومن الواضح أن المعاطاة فاقدة له فتكون مشمولة للمنبويين المزبورين ولو بتنقيح المناط . والجواب عن ذلك :

أولا : أنها ضعيفا السند ، وغير منجبرين بشيء .

ثانياً : أن النهي عن البيوع المذكورة من ناحية الجهالة والغرر فلا ربط له بالمعاطاة إذ المفروض أنها واجدة لجميع الشرائط إلا اللفظ .

ثالثاً : أن بطلان إنشاء البيع باللمس والنبذ وإلقاء الحصاة لايستلزم بطلان إنشائه بغيرها من الأفعال لامكان أن يكـــون النهي عن انشاء البيع بها من ناحية نكتة خاصة لا نعلمها . وعليه فلا يمكن قياس المعاطاة بها . واذن فتكون المعاطاة مشمولة للعمومات الدالة على صحة المعاملات .

تنبيهات المعاطاة - اعتبار شروط البيع فيها

قوله : (وينبغي التنبيه على أمور) . أقول : لما فرغ المصنف من بيان صحة البيع المعاطاتي ولزومه نبه على أمور يحسن بنا التعرض لها :

الأمر الاول : أنه هل يعتبر في البيع المعاطاتي مايعتبر في البيع بالصيغة من الشروط ؟ وتحقيق هذه المسألة يقع في نواحي شتى :

= ٢ ـ قيام الاجماع على اعتبار اللفظ فى صحة البيع والمعاطاة فاقدة له ، فتكون فاسدة .

ويرد عليه : أن الاجماع المحصل غير حاصل ، والاجماع المنقول ليس بحجة . وعليه فلا يمكن تخصيص العمومات الدالة على صحة العقود ولزومها بذلك .

٣ ـ الأخبار الكثيرة الظاهرة في اعتبار اللفظ فى صحة البيع . وبما أن المعاطاة خالية عن اللفظ فتكون فاسدة ، ونقتطف من تلك الأخبار ما يلي :

عن عبد الرحمن بن سليمان عن أبى عبد الله (ع) قال : سمعته يقول : إن المصاحف لن تشترى فاذا اشتريت فقل إنما أشتري منك الورق ومافيه من الأدم وحليته وما فيه من عمل يدك بكذا وكذا . مجهولة بعبد الرحمن .

وعن سماعة عن أبى عبد الله (ع) قال : سألته عن بيع المصاحف وشرائها ؟ قال : لاتشتر كتاب الله عزوجل ، ولكن اشتر الحديد والورق والدفتين وقل : اشتريت منك هذا بكذا وكذا . ضعيفة بعثمان بن عيسى . الوافي ج . ١ ص ٣٧ .

وعن العجلي عن أبى عبد الله (ع) فى رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن في أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة والأنبار فيه ثلثون طن فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري قد قبلت واشتريت ورضيت الخ صحيحة الوافي ج ١٠ ص ٩٢ . والتهذيب ج ٢ ص ١٥٢ .

وعن سماعة قال : سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعها ـ

الناحية الأولى : أن المعاطاة المقصود بها الاباحة هل تفيد إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة عند مافقدت شيئاً من شروط البيع ؟ .

قد ذكر المصنف : أن المتعاطيين (إذا قصدا مجرد الاباحة فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً ولا شرعا . وعلى هذا فلابد عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع الى الأدلة الدالة على صحة هذه الاباحة العوضية من خصوص أو عموم؛ وحيث إن المناسب لهذا القول التمسك فى مشروعيته بعموم الناس مسلطون على أموالهم كان

— فقال لا إلا أن يشترى معها شيئاً غيرها رطبة أو بقلا فيقول : أشتري منك هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا الخ .

ضعيفة بعثمان بن عيسى . فروع الكافي ج ١ ص ٣٧٨ . والوافى ج ١٠ ص ٧٢ .

وعن محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) أنه قال فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ، ولايدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه . فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك ، ولي ماعندي قال : لا بأس بذلك إذا تراضيا ، وطابت أنفسهما . حسنة بابراهيم بن هاشم . فروع الكافي ج ١ ص ٤٠٣ . والوافي ج ١٠ ص ١٢١ .

وعن الحلبي عن أبى عبد الله (ع) أنه قال في الرجل يعطي الرجل المال فيقول له ائت ارض كذا وكذا ولاتجاوزها واشترمنهاقال فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهوعليه وإن ربح فهو بينهما . صحيحة. فروع الكافي ج ١ ص ٣٩٧ . والتهذيب ج ٢ ص ١٦٩ والوافى ج ١٠ ص ١١٩ .

وعن يحيى بن الحجاج قال : سألت أباعبد الله (ع) عن رجل قال لي اشتر هذا الثوب أو هذه الدابة وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا ؟ قال لابأس بذلك ليشتريها ولايواجبه البيع قبل أن يستوجبها أويشتريها . صحيحة .

وعن جراح المدائني قال : قال أبو عبد الله (ع) : إني أكره بيع ده يازده وده دوازده لكن أبيعك بكذا وكذا ضعيفة بجراح وقاسم بن سليمان .

مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ماثبت شرطيته كما أنه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس) . لأن السيرة دليل لبي فلابد من الاقتصار فيها بالمقدار المتيقن .

ويتوجه عليه : أن المقصود من دليل السلطنة إنما هو بيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعة ، وعدم كونه محجوراً عن التصرف فيها في تلك الجهات ، وليس لأحد أن يزاحم المالك في ذلك . وعليه فدليل السلطنة لا يتكفل باثبات السلطنة للمالك على أي تصرف ، سواء ثبتت مشروعيته مع قطع النظر عن دليل السلطنة أم لا.

وأضف إلى ذلك : أن دليل السلطنة ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء فلا يمكن الاعتماد عليه في إثبات الحكم الشرعي وقد تقدم ذلك عند الاستدلال به على لزوم المعاطاة .

— وعن محمد قال : قال أبو عبد الله « ع » إني أكره بيع عشرة بأحد عشر وعشرة باثني عشر ونحو ذلك من البيع ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة الخ ضعيفة بعلي بن محمد .

وعن العلا قال : قلت لأبي عبد الله « ع » الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول أبيعك بده دواز ده فقال : لا بأس إنما هي هذه المراوضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة . صحيحة . الوافي ج . ١ . ص ٩٣و٩٤.

وعن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله « ع » قال : لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجبه على نفسك ثم تبيعه منه بعد . صحيحة فروع الكافي ج ١ ص ٣٨٦ . والوافي ج ١٠ ص ٩٥ الى غير ذلك من الروايات المذكورة في الأبواب المتفرقة .

ولكن غاية مايستفاد منها أن المعاملات المزبورة في تلك الروايات إنما أنشئت باللفظ ، ومن البديهي أنه لا إشعار في ذلك على اعتبار اللفظ في صحة البيع أو لزومه فضلا عن الدلالة عليه وهذا واضح لاخفاء فيه .

أما السيرة فان كان المراد بها السيرة العقلائية فلاشبهة في قيامها على إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة حتى التصرفات المتوقفة على الملك . ولكن لايمكن الاعتماد على هذه السيرة مع قطع النظر عن كونها ممضاة للشارع ؛ وإن كان المراد بها السيرة المتشرعية فلاريب في قيامها على إباحة التصرف فى المأخوذ بالمعاطاة . ولكن لايمكن الاعتماد عليها أيضاً فيما اذا شك في جواز أصل التصرف ـ كالتصرفات المتوقفة على الملك من البيع والعتق والوطي ونحوها ـ بل لابد وأن يرجع هنا الى دليل كل تصرف يشك في جوازه وعدمه .

ومثال ذلك : أنه إذا شك أحد المتعاطيين في جواز أكل المأخوذ بالمعاطاة ـ التي قصدبها الاباحة ـ رجع الى مادل على جواز أكله أوحرمته . وهكذا لوشك في ناحية أخرى غير جواز الأكل . ولايرجع في شيء من تلك الموارد الى أدلة حرمة التصرف في مال غيره إذ المفروض أن المالك قد أذن للآخذ أن يتصرف في المأخوذ بالمعاطاة ومعه لايبقى مجال المرجوع الى تلك الادلة . وإن شئت قلت : إن جواز التصرف في نفسه إنما ثبت بمادل عليه من أمارة أوأصل ومن الظاهر أن حرمةالتصرف فيه بماأنه مال غيره مرتفعة باجازة المالك واذنه على الفرض . وإذن فالمقتضي موجود والمانع مفقود . وعلى هذا فلايعتبر في المعاطاةالمقصودبها الاباحة أي شرط من شروط البيع . وحينئذ فلو أعطى أحد لغيره ألف دينار بازاء دينار واحد لم يلزم منه الربا .

الناحية الثانية: أنه إذا قصد المتعاطيان بالأخذ والاعطاء التمليكوالتملك ، ولم تحصل الملكية فى الخارج ، ولكن حكم الشارع بجواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة فهل يعتبر فيها شروط البيع ؟

قد ذكر المصنف : أن المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفي وان ترتبت عليه الاباحة الشرعية . وحينئذ فيعتبر فيها مايعتبر في البيع من الشروط كلها . نعم قد وقع في بعض الكلمات أن هذا ليس ببيع إلا ان المراد من ذلك نفي اللزوم ، لانفي البيع

حقيقة انتهى ملخص كلامه .

وتحقيق ما أفاده المصنف بوجهين :

١ ـ أنا ذكرنا مراراً عديدة : أن المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفي فتكون مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع ولزومه . وعليه فلابد من الالتزام بكونها مفيدة للملك من أول الأمر . نعم قام الاجماع التعبدي على أن الشارع المقدس لم يمض البيع المعاطاتي على النحو الذي قصده المعاطيان بمجرد حصول التعاطي الخارجي ، بل أمضاه بعد تحقق شيء ما من التصرف وغيره وعليه فالمعاطاة بيع حقيقة ، فيعتبر فيها جميع مايعتبر في البيع اللفظي من الشروط غير الصيغة ، بديهة أن الشارع وإن لم يمض الملكية المنشأة بالمعاطاة الى زمان خاص وحكم باباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة في هذا الزمان . إلا أن ذلك لايخرج المعاطاة عن كونها بيعاً عرفاً وشرعاً ، كما أن حكمه بتوقف حصول الملكية على القبض في بيع الصرف والسلم لايخرجهما عن حقيقة البيع .

٢ ـ أن مقصود كل من المتعاطيين إنما هو تمليك ماله لصاحبه بازاء مايأخذه منه وليس غرضهما من هذا التمليك بالعوض إلا ايجاد البيع ، وحيث إنه فاقد للصيغة فيحكم بفساده ، كسائر المعاملات الفاقدة لشروطها . ولكن قام الاجماع على جواز التصرف للآخذ فيما أخذه بالمعاطاة ، ولم يقم دليل على ذلك في سائر المعاملات الفاسدة . وبما أن الاجماع دليل لبي فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن وهو أن تكون المعاطاة واجدة لجميع شرائط البيع ـ حتى الشروط التي وقع الخلاف في اعتبارها فيه ـ إلا الصيغة .

وعلى الجملة : إن ماقصده المتعاطيان لم يقع في الخارج . وقد قام الاجماع على جواز التصرف لكل منهما فيما أخذه من صاحبه . وايضاً قد اقتضت الضرورة الشرعية حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه . فالجمع بين هذه الأمور يقتضي جواز التصرف في المورد المتيقن ، وهو البيع الجامع للشرائط .

وقد اتضح لك مما بيناه : أنه لايفرق فيما ذكرناه بين أن يكون اعتبار الشرط

فى البيع من ناحية الدليل اللفظي ، وبين أن يكون ذلك من ناحية الاجماع ، فانه على كل تقدير لا يجوز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة إلا مع احتواء المعاطاة جميع شرائط البيع إلا الصيغة .

الناحية الثالثة : أنا إذا قلنا بأن المعاطاة المقصود بها الملك تفيد الملكية من أول الأمر فهل يعتبر فيها شروط البيع ؟

الظاهر : انه لا شبهة حينئذ في كون المعاطاة بيعاً عرفا وشرعا .

وعليه فيعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع من الشروط . ويجري عليها ما يجري على البيع من الأحكام .

وقد يفصل في المقام بين الشروط التي ثبت إعتبارها فى البيع بدليل لفظي ، وبين الشروط التي ثبت إعتبارها فيه بدليل لبي ، فان ما هو من القبيل الأول فيعتبر فى المعاطاة أيضاً ، وما هو من القبيل الثاني فيختص بالبيع اللفظي . وهذا التفصيل ليس من ناحية أن الاجماع دليل لبي فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن ، بل من ناحية ان الاجماع متصيد من فتاوي الاصحاب ومن البين ان المتبادر من فتاواهم هو العقد اللفظي اللازم من غير جهة الخيار دون المعاطاة المترتب عليها الملكية الجائزة .

ولكن لامجال لهذا التوهم بعد صدق البيع على المعاطاة ، وكونها مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع ، فان المناقشة في ذلك من قبيل المناقشة في الأمور البديهية .

قوله : (وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرباء فيه أيضاً) أقول : ملخص كلامه : أنه إذا حكمنا بكون المعاطاة بيعاً عرفياً ـ وإن لم تفد الاباحة الشرعية ـ حرم فيها الرباء وكذلك إذا قلنا بانها ليست بيعاً ، لانها حينئذ معاوضة مستقلة شرعية ـ سواء أكانت جائزة أم كانت لازمة ـ كما اعترف به الشهيد في موضع من الحواشي . بل يمكن الحكم بحرمة الرباء في المعاطاة اذا قصد منها المتعاطيان الاباحة ، لا الملك ، فان ذلك

أيضاً معاوضة عرفاً فتأمل .

جريان الخيار في المعاطاة

قوله : (وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم) . أقول : قبل التعرض لحكم المسألة لابد وأن يعلم أنه وقع الاشتباه في موضعين من عبارة المصنف :

الاول : أنه حكم بعدم جريان الخيار في المعاطاة قبل لزومها وعلل ذلك بأن المعاطاة معاملة جائزة عند الاصحاب ، فلا معنى لجريان الخيار فيها . وجهة الاشتباه هي أن الخيار لاينافي جواز المعاطاة . وإنما ينافي الاباحة . وعليه فلا بد وأن تكون عبارة المصنف هكذا (لانها إباحة عندهم) والشاهد على صدق مقالنا أمران الاول : أن المشهور بين القدماء هو أن المعاطاة تفيد الاباحة ، لاالملك الجائز . الثاني : ماذكره المصنف عقيب التعليل المذكور من أنه (وإن قلنا بافادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا) . ويضاف الى ذلك كله أنا وجدنا في بعض النسخ الصحيحة لفظ (اباحة) بدل كلمة (جائزة) .

الثاني : أن المصنف حكم بثبوت الخيار في المعاطاة بناء على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم وجهة الاشتباه هي أن المعاطاة المفيدة للملك بيع من الاول . غاية الامر أنها بيع جائز .

ثم إن تحقيق الكلام هنا يقع في جهات شتى :

الجهة الاولى : أنه هل يثبت الخيار في المعاطاة المقصود بها الاباحة ؟ .

الظاهر : أنه لايثبت فيها الخيار لافي مقام الثبوت ، ولا في مقام الاثبات :

أما الاول فلأن معنى الخيار إنما هو ملك فسخ العقد ـ كما يأتي في مبحث الخيارات ـ ومن الواضح أن المعاطاة المقصود بها الاباحة ليست من العقود لكي يثبت فيها الخيار ، بل هي تفيد إباحة خالصة ويجوز لكل من المتعاطيين التصرف فيما أخذه من

صاحبه ، ولايكون هذا التصرف تصرفاً محرماً ، إذ المفروض أن مالكه الأصلي قد أذن في ذلك .

أما الثاني فلأنه إذا لم يمكن ثبوت الخيار في المعاطاه لم تكن مشمولة لأدلة الخيار إثباتاً وهذا واضح لاريب فيه .

ثم إن المصنف قد أغفل التعرض لهذه الجهة كما أنه أغفل التعرض للمعاطاة التي ترتب عليها الملك اللازم من أول الأمر . ويجري فيه الخيار المصطلح جزماً . ولعل عدم تعرضه لهاتين الجهتين لأجل الوضوح .

الجهة الثانية : أن المعاطاة المقصود بها الملك التي تترتب عليها الملكية الجائزة هل يثبت فيها الخيار مطلقا ، أم لا يثبت فيها ذلك مطلقا ، أم يفصل بين الخيارات الثابتة بدليل خاص فيحكم بعدم ثبوتها في المعاطاة ـ كخياري المجلس والحيوان ـ لأن أدلتها مختصة بالمعاملة التي تكون لازمة من غير ناحية الخيار . والمفروض أن المعاطاة ليست كذلك . وبين الخيارات الثابتة بدليل عام ـ كخيار الغبن ونحوه ـ لأن أدلتها غير مختصة بالمعاملات التي تكون لازمة من غير ناحية الخيار .

فقد التزم المصنف بالوجه الاول فى مطلع كلامه ، وأنه يحكم بثبوت الخيار في المعاطاة وإن كان يظهر أثره بعد لزومها . وعليه فيصح إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم .

واحتمل التفصيل المتقدم في آخر كلامه . وذهب بعضهم الى القول الثانى ، وأن الخيارات مطلقا لاتجري في المعاطاة . بديهة أن اثر الخيار إنما هو جواز العقد . ومن الواضح أن المعاطاة جائزة بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض وإذن فجعل الخيار في المعاطاة لغو محض وتحصيل للحاصل .

والتحقيق : أن الخيارات مطلقا تجري في المعاطاة ، بناء على أنها تفيد الملك الجائز، ضرورة أن الجواز الثابت فى المعاطاة التي تفيد الملك الجائز إما جواز حقي كان

أمره بقاء وارتفاعاً بيد المتعاملين ، أو جواز حكمي كان أمره بيد الشارع . دون المتعاملين ، كالجواز في الهبة . وعلى كلا التقديرين فمتعلق الجواز إما هو العقد ، أو العين المأخوذة بالمعاطاة .

فان كان جواز المعاطاة جوازاً حقياً ، وقلنا بتعلقه بالعقد المعاطاتي كان ذلك مشمولا لأدلة الخيارات . وعليه فيثبت الخيار في البيع المعاطاتي لكل من المتعاطيين بسببين . ومن الظاهر أنه لامحذور في ذلك ، لأن نظائره كثيرة في الفقه . وحينئذ فيمتاز البيع المعاطاتي عن بقية البيوع باختصاصه بخيار خاص . وان شئت فسمه بخيار المعاطاة وعلى هذا فيجوز ارتفاع أحدهما وبقاء الآخر : كما اذا تلفت احدى العينين في المجلس ، فانه حينئذ يرتفع خيار المعاطاة ، ويبقي خيار المجلس ، واذا تفرقا عن مجلس العقد قبل تحقق الملزم سقط خيار المجلس ، وبقي خيار المعاطاة .

واذا قلنا بتعلق خيار المعاطاة بالعين كان الامر اوضح ، لان متعلق خيار المعاطاة أجنبي عن متعلق الخيار المصطلح ، فلا يجتمعان في مورد واحد لكي يناقش فيه بلزوم اللغوية . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

وان كان جواز المعاطاة جوازا حكميا ، وقلنا بتغاير متعلقه مع متعلق الخيارات المصطلحة فلا شبهة في ذلك ايضا وان قلنا باتحاد متعلقهما فربما يتوهم ان ذلك يوجب اللغوية وتحصيل الحاصل . ولكن هذا التوهم فاسد . لانه انما تلزم اللغوية فيما اذا لم يمكن انفكاك أحد الخيارين عن الآخر مع ان الانفكاك بينهما من الوضوح بمكان ، بديهة ان النسبة بينهما هي العموم من وجه ، اذقد يسقط خيار المعاطاة ويبقى الخيار المصطلح ، وقد يسقط الثاني ويبقى الاول ، وقد يجتمعان سقوطاً وبقاء واذن فلا محذور في اجتماع خيار المعاطاة مع الخيارات المصطلحة ثبوتا واثباتا وهذا واضح لاريب فيه .

أما التفصيل المتقدم الذي احتمله المصنف فهو واضح الاندفاع نقضا وحلا :

أما الاول فلأنه لو تم ذلك التفصيل في المعاطاة لجرى مثله في البيع بالصيغة ايضا

طابق النعل بالنعل ، والقذة بالقذة ، لأنه إذا اجتمعت فيه عدة من أسباب الخيار ـ وقد فرض أن دليل كل واحد منها مخصوص بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحية هذا الخيار ـ لزم الحكم بعدم اجتماع الخيارات فيه أيضاً. مع أنه لم يلتزم بذلك أحد .

أما الثاني فلأن أدلة الخيارات وإن اختصت بعقد كان طبعه على اللزوم ولكن لزومه إنما هو مع قطع النظر عن ثبوت خيار آخر فيه : بمعنى أنه إذا وجد عقد في الخارج ولم يقترن بما يقتضي جوازه كان ذلك العقد لازماً في نفسه . وهذا لا ينافي جوازه من الجهات الاخر العارضة .

وقد أشير الى هذه النكتة القيمة في أخبار خيار المجلس التي تدل على ان المتبايعين بالخيار مالم يفترقا ، فاذا افترقا وجب البيع (١) فان الظاهر من وجوب البيع ولزومه ـ في تلك الروايات ـ إنما هو لزومه من ناحية خيار المجلس فقط . وهو لا ينافي جواز البيع من ناحية خيار آخر .

الجهة الثالثة : أنه هل يجري الخيار في المعاطاة المقصود بها الملك ـ التي لا تؤثر الا في الاباحة ـ أم لا ؟

لاشبهة في صدق البيع عليها عرفاً ، نهاية الامر انه قام الاجماع على عدم تأثيرها في الملكية عند الشارع الى زمان معين الا ان ذلك لا يمنع عن صدق البيع عليها بالحمل الشايع واذن فتكون المعاطاة مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع ، فيحكم بكونها بيعاً في نظر الشارع . كما أن حصول الملكية في بيع الصرف والسلم يتوقف على القبض الخارجي . وعليه فان كان المقصود من ثبوت الخيار في العقد هو تسلط ذي الخيار على فسخه فسخاً فعليا : بان يتمكن من ارجاع ما انتقل عنه الى نفسه فلاشبهة في أن المعاطاة ـ بناء على الاباحة ـ غير مشمولة لادلة الخيارات ، بديهة ان الثابت بالفعل لكل من المتعاطيين ليس الا اباحة التصرف فيما أخذه من صاحبه ، وانما تحصل الملكية في ذلك

(١) الوافي ج ١٠ ص ٧٠

بعد تحقيق احدى الملزمات . ومن الظاهر أن اباحة التصرف ترتفع بعدم رضى المالك بالتصرف في المأخوذ بالمعاطاة بلا احتياج الى فسخ المعاطاة بالخيار المصطلح . الا ان يتوهم أن الاباحة المترتبة على المعاطاة ليست اباحة مالكية لكي ترتفع بعدم رضى المالك بالتصرف ، وانما هي اباحة شرعية . ومن الظاهر أن الاباحة الشرعية باقية مالم يحكم الشارع برفعها ولكن هذا التوهم فاسد ، بديهة أن الاباحة هنا إنما ثبتت بالاجماع ، والمتيقن منه إنما هو بقاء الباذل في اذنه السابق ، فلا يشمل صورة رجوعه عن إذنه .

وعلى الجملة : إنه لو كان الغرض من جعل الخيار في العقد ترتب الاثر الفعلي عليه لم يجر ذلك في المعاطاة المقصود بها الملك ـ التي تفيد الاباحة ـ ولكنه بديهي البطلان ضرورة اجتماع الخيارات العديدة في البيع وغيره من العقود .

وان كان المقصود من ثبوت الخيار في العقد تمكن ذي الخيار من إلغاء ماهو مؤثر في النقل والانتقال فلاشبهة حينئذ في جريان الخيار المصطلح في المعاطاة ـ المقصود بها الملك التي تفيد الاباحة ـ لانها قابلة للتأثير في الملكية فاذا حكمنا بثبوت الخيار للمتعاطيين كان لكل منها أن يرفع تلك القابلية برفع موضوعها لكي لاتلحق بها الملكية ، وإذن فيكفي في صحة جعل الخيار في المعاطاة التمكن من إلغائها عن قابلية التأثير في الملكية .

بيان مورد المعاطاة

الامر الثاني : أن المتيقن من مورد المعاطاة إنما هو تحقق الاخذ والاعطاء من الطرفين ـ كما يقتضيه مفهوم المفاعلة ولاشبهة في صدق البيع على ذلك ، وكونه مشمولا للعمومات الدالة على صحة البيع ولزومه .

وتحقق الاعطاء من طرف والاخذ من طرف آخر فهل يصدق عليه مفهوم البيع ، وتحقيق ذلك يقع في نواحي شتى :

الناحية الاولى : أن يكون الغرض من الاخذ والاعطاء مجرد الاباحة ، ولاشبهة في أن ذلك ليس بيعاً . نعم جاز للآخذ أن يتصرف فى المأخوذ بالمعاطاة .

الناحية الثانية : أن يكون الغرض من التعاطي هو التمليك والتملك ، وتترتب عليه الملكية في الخارج ، فلا شبهة في أن ذلك بيع عرفاً ، فيكون مشمولا للعمومات الدالة على صحة البيع ، ويحكم بكونه بيعاً في نظر الشارع أيضاً .

والوجه في ذلك : أن عنوان المعاطاة لم يرد فى رواية ، ولافى آية ، ولا أنه معقد للاجماع التعبدي لكي يحفظ على هذا العنوان ويؤخذ منه بالمقدار المتيقن . بل محور البحث في المقام هو أن البيع يتحقق بالانشاء الفعلى كما أنه يتحقق بالانشاء القولي . وعليه فلابد من ملاحظة الفعل الذي ينشأ به البيع ، فان صدق عليه مفهوم البيع حكم بكونه بيعاً ، وإلا فلا ، ومن الواضح أن الاعطاء من أحد المتعاطيين مع قصد التمليك يعد ايجابا للبيع عرفاً ، ويكون الاخذ الخارجي من الطرف الآخر قبولا له . بل اكثر المعاملات المعاطاتية الواقعة في الخارج من هذا القبيل ، لتحققها فى الخارج بالاعطاء من جانب وبالأخذ من جانب آخر . وعليه فيكون الاعطاء المتأخر من جانب الآخذ وفاء بالعقد ضرورة أنه لوكان العطاء من قبله مطاوعة للزم الانفكاك بين الايجاب والقبول فى المعاطاة الواقعة نسيئة بل لزم كون الانشاء مراعى بالاعطاء المتأخر من ناحية الآخذ نهاية الامر أنه يجوز للآخذ أن يتصرف فيما أخذه من صاحبه على سبيل التضمين ولاريب في ان ذلك كله بديهي البطلان ، وخلاف السيرة المتشرعية والعقلائية .

وذكر شيخنا الاستاذ : أن البيع تبديل احد طرفي الاضافة باضافة أخرى ، ومن المعلوم ان الاعطاء من طرف واحد والاخذ من الطرف الآخر ليس مصداقاً لذلك . بل نسبته اليه والى الهبة المعوضة متساوية . وهذا بخلاف ماإذا تحقق الاعطاء من الطرفين فان التبديل المكاني هنا بطبعه الأصلى انما هو تبديل لأحد طرفي الاضافة الاعتبارية باضافة اخرى كذلك فهو بيع حقيقة . وعليه فاخراجه من دائرة البيع ، وإدخاله فى

دائرة الهبة يحتاج الى مؤونة زائدة .

وعلى الجملة : إن التبديل الاعتباري في باب المعاطاة يدور مدار التبديل الخارجي وحيث إن التبديل الخارجي متحقق في فرض حصول التعاطي من الطرفين ، فيترتب عليه التبديل الاعتباري انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه : أن البيع وان كان تبديل مال بمال ، ولكن المراد من التبديل هنا ليس هو التبديل الخارجي المكاني بل المراد به هو التبديل الاعتباري ومن الظاهر ان هذا المعنى يتحقق بالاعتبار النفساني المبرز بمبرز خارجي فعلي أو قولي .

الناحية الثالثة : أن يقصد كل من المعطي والآخذ التمليك والتملك ، ولكن لم يحصل في الخارج إلا الاباحة الى زمان حصول الملك . والظاهر أن هذا من افراد البيع الحقيقي ، لان تأخير الملكية لا يخرجه عن كونه بيعاً ، كما أن بيع الصرف والسلم لا يخرجان عن حدود البيع بتأخر الملكية فيهما الى زمان القبض . نعم قد يناقش في جواز التصرف قبل حصول الملك ، لانه لم يثبت إلا بالاجماع ، ومن الظاهر أن المتيقن منه ما يكون التعاطي من الطرفين ، لا من طرف واحد إلا أن يتمسك في إثبات جواز التصرف هنا بدليل السلطنة ، وقد عرفت فيما تقدم أنه غير تام . لا من حيث السند ، ولا من حيث الدلالة قيل :

إنكم حكمتم ـ في الناحية الأولى ـ بجواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة وإن كان التعاطي من طرف واحد ـ فلماذا لا تحكمون بذلك في هذه الناحية . والجواب عنه :

أن الاباحة المترتبة على التعاطي في الناحية الاولى إباحة مالكية ومن الواضح أن المالك اذا رضي بجواز التصرف في ماله لم يلزم منه محذور أصلا وأما الاباحة المترتبة على التعاطي في هذه الناحية فهي اباحة شرعية . وعليه فلا بد من ملاحظة دليلها . وقد عرفت أن الدليل على هذه الاباحة انما هو الاجماع . والاجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه الا بالمقدار المتيقن .

ولكن الذي يسهل الخطب : أن الاجماع ـ بل السيرة ايضاً ـ قائم على جواز

التصرف في المأخوذ بالمعاطاة - وإن كان التعاطي من طرف واحد - ولذا نرى بالعيان ، ونشاهد بالوجدان أن الناس على اختلاف طبقاتهم وتشتت أصنافهم يتعاملون فيمابينهم بالمعاملة المعاطاتية في الاشياء الحقيرة والخطيرة . ولم نر ولم نسمع - الى الان - أن يتوقف أحد في جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة ، حتى مع تحقق التعاطي من طرف واحد مع أن المغروس في أذهان القدماء ، والمشهور فيما بينهم أن أغلب المعاملات المعاطاتية إنما تنعقد بالتعاطي من طرف واحد ويكون الاعطاء من ناحية الآخذ وفاء بالتزامه ، لاقبولا للايجاب المتقدم - وقد تقدم ذلك آنفاً - نعم لوشك في دخوله في معقد الاجماع لاتجه الحكم بعدم دخوله فيه كما هو واضح .

وقد يتوهم انعقاد البيع المعاطاتي بمجرد وصول المثمن الى المشتري ووصول الثمن الى البائع بأي نحو اتفق وان لم يصدق عليه الاعطاء فضلا عن التعاطي .

والوجه في ذلك ماأسلفناه سابقاً من أن عنوان المعاطاة لم يرد في آية ، ولا في رواية ، ولا في معقد اجماع لكي ندور مدار هذا العنوان ونجعله مورداً للنقض والابرام ومركزاً للنفي والاثبات . بل انما عبر بها عن المعاملة الخاصة المتعارفة بين الناس . واذن فيكون المدار في ذلك هو الصدق العرفي وعليه فاي فعل كان قابلا لابراز ما في النفس من اعتبار الملكية صدق عليه عنوان المعاملة المعاطاتية وتشمله العمومات الدالة على صحة البيع ولزومه سواء أكان ذلك الفعل تعاطياً من الطرفين أم من طرف واحد أم لم يكن هنا تعاط أصلا ، بل كان مجرد وصول الثمن الى البائع ووصول المثمن الى المشتري بأي نحو اتفق .

وقد مثل المصنف لذلك بأمور :

١ - أن يرتوي الظامي من قربة السقاء مع غيبته ويجعل عوضه في المكان المعد له بأن السقاء راض بذلك .

٢ - أن يلتقط شخص شيئاً حقيرا من مخازن الخضارين أو البقالين اوالعطارين

مع غيبتهم عن دكاكينهم ، ويجعل عوض مايأخذه في صندوقهم ، مع العلم او الاطمئنان العادي برضا المالك بذلك .

٣ ـ أن يرد أحدالحمام ولايجد فيهصاحبه ، ويغتسل فيه، ويضع أجرته في المكان المعدلها مع علم الوارد بأن الحمامي راض بذلك .

ولكن الظاهر : أن الامثلة المزبورة كلها غريبة عن مقصود المتوهم : أعني به تحقق المعاطاة بمجرد أخذ المثمن ووضع الثمن مكانه ـ بل تلك الامثلة إمامن صغريات الأقسام الماضية ، أو أنها خارجة عن حدود المعاطاة بالكلية :

أما المثال الاول فلأن شرب الماء يختلف حسب اختلاف الأشخاص والحالات إذ قد يكون المشرف على الماء من الاشخاص الظمأ شديد الظمآن ، وقد يكون عطشانا عاديا . أما الأول فلايرتوي الا بشرب مقدار كثير من الماء . وأما الثاني فيصير ريانا بشرب المقدار اليسير منه . ومن الواضح أن هذا الاختلاف الفاحش يوجب غررية البيع وإذن فلا محيص الا عن جعل أشباه ذلك من قبيل الاباحة بالعوض . والدليل على صحة هذه الاباحة هـــو السيرة القطعية ، لانها قائمة على ذلك فى الاشياء الخفيرة والامتعة الزهيدة . بل يمكن أن يكون المثال المذكور من قبيل المعاوضة الخاصة التمليكية . فتكون مشمولة لآية التجارة عن تراض . نهاية الأمر انهاغررية ومن الواضح أن دليل نفي الغرر وهو النبوي (١) مختص بالبيع ، فلايجري فى غيره .

وأما المثال الثاني فهو من مصاديق البيع المعاطاتي المتعارف غاية الأمر أن ايجابه ليس بمباشرة المالك ، بل انماهو بمباشرة وكيله . وذلك لان الخضار والبقال والعطار وأمثالهم من سائر أصناف التجار انما يوكلون الأشخاص الواردين على دكاكينهم في بيع أمتعتهم بالقيمة المتعارفة ووضع أثمانها في الموضـــع المعد للنقود كما أنهم يوكلون غالبا

---

(١) عن أبى هريرة أن رسـول الله (ص) نهى عن بيع الغرر سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤٢ .

الاشخاص المعينين في ذلك وعليه فكل من يأخذ متاعاً من دكاكين هؤلاء الكاسبين فهو ينشىء البيع بأخذه هذا من قبل المالك ، ويقبله من نفسه بوضع ثمن ذلك المتاع في المكان المعده له . واذن فيتحقق البيع المعاطاتي هنا بالتعاطي من الطرفين ـ الذي هو المقدار المتيقن من مورد المعاطاة ـ ويكون ذلك نظير قول القائل : أعتق عبدك عني . وعلى الجملة : إنه لا بأس بالالتزام بكون هذا المثال من البيوع التوكيلية ، كسائر البيوع الصادرة من أولياء الملاك ووكلائهم .

وقد ناقش في ذلك شيخنا الاستاذ ، واليك نص مقرره : (لايمكن تصحيحه بكونه وكيلا من الطرفين في تبديل أحد طرفي الاضافة بمثله ، لوضوح عدم توكيل المالك شخصاً معيناً) . والجواب عن ذلك :

أن تعيين الوكيل إنما يعتبر في الوكالات الشخصية دون الوكالات النوعية فلو قال أحد إني وكلت شخصاً من أهل النجف المحترم في بيع متاعي أو إيجار داري لكان عقد الوكالة باطلا جزماً . وإذا قال : إن علماء النجف وكلائي في بيع كتبي ، أو تعمير مدرستي . او بناية المساجد من خالص مالي كان ذلك صحيحاً قطعاً بديهة أن تعيين عنوان كلي في التوكيل الذي ينطبق على أشخاص معينين كتوكيل شخص معين ، لا انه كتوكيل شخص غير معلوم .

واما المثال الثالث فهو أيضاً غريب عن البيع المعاطاتي ، بل هو بعيد عن الاجارة المعاطاتية أيضاً :

اما بعده عن البيع المعاطاتي فلأن الماء الذي يستعمله الوارد على الحمام غير معلوم المقدار . وإذن فلا يصح بيعه لكونه غرريا . وأما بعده عن الاجارة المعاطائية فلانه يشترط في الاجارة إمكان الانتفاع من العين المستأجرة مع بقاء عينها . ومن الواضح ان الماء المستعمل في الحمام لاتبقى عينه بعد الاستعمال . وعليه فلايصح وقوع الاجارة عليه . قيل :

إن العين المستأجرة انما هي نفس الحمام والمياه المستعملة فيه تعد منفعة له . وإذن فيكون مورد المثال الثالث من موارد الاجارة المعاطاتية . والجواب عن ذلك :

أن من أركان الاجارة انما هو تعيين المدة فيها فاذا انتفى ذلك بطلت الاجارة من اصلها . ومن البديهي أن المغتسلين في الحمامات يختلفون بحسب الحالات ، فانه يتوقف فيها بعضهم ساعة ويلبث فيها آخر ساعتين وهكذا . ومع ذلك لايمكن الالتزام بكون مانحن فيه من قبيل الاجارة المعاطاتية .

وعلى هـذا الضوء فالمثال الثالث أيضاً من قبيل الاباحة بالعوض ، أو من قبيل المعاوضة الخاصة التمليكية كما جعلنا المثال الاول أيضاً من هذا القبيل . والمتحصل من جميع ماذكرناه اذا لم نتصور من تلك الأمثلة قسما آخر للمعاطاة غير الاقسام الماضية .

نعم يمكن تصوير قسم آخرلها : وهو أن يكون مال كل من الجانبين عند الجانب الآخر إما بعنوان الوديعة أو بالغصب ، أو باطارة الريح أو بغير ذلك . ثم قصد كل منهما كون مابيده عوضاً عما في يد صاحبه . وحينئذ فلا يبعد صدق مفهوم البيع على ذلك ، لأنا ذكرنا مراراً أن البيع هو الاعتبار النفساني المبرز بمبرز خارجي . ومن الظاهر أنه لم ترد آية ولارواية ، ولاانعقد اجماع على اختصاص ذلك المبرز بشيء خاص ولا أن عنوان المعاطاة قد ورد فى دليل لكي يؤخذ به ويحكم بعدم صدقه على مانحن فيه وعليه فابقاء كل من الجانبين ماله عند الجانب الآخر مبرز خارجي لاعتبار الملكية .

نعم اذا قلنا بأن المعاطاة المقصود بها الملك لاتفيد إلا الاباحة الشرعية لم يجز التصرف لكل من الجانبين فيما عنـــده من المال ، بديهة أن هذه الاباحة إنما ثبتت بالاجماع ، وهو دليل لبي فلايشمل هذا القسم من المعاطاة .

ثم إن للمصنف هنا كلاماً لم نحققه الى الآن ، وإليك لفظه : (ثم إنه لوقلنا بأن اللفظ الغير المعتبر في العقد كالفعل فى انعقادالمعاطاة أمكن خلو المعاطاة من الاعطاء والايصال رأساً فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير ايصال ، ولايبعد صحته مع

صدق البيع عليه بناء على الملك واما بناء على القول بالاباحة فالاشكال المتقدم هنا آكد) والوجه في كون الاشكال المتقدم هنا آكد هو العلم بعدم قيام السيرة هنا على اباحة التصرف دون الصورة السابقة وهي أن يكون التعاطي من طرف واحد .

أقول : إن كان غرضه من اللفظ المزبور الصيغة الخاصة الفاقدة لبعض شرائطها فلايترتب عليه أثر بوجه ، بل شأنها شأن تسمية الاجرة للبذر والبقر في عقد المزارعة . وعليه فلاوجه صحيح للمصنف أن يلتزم بحصول النقل والانتقال بذلك اللفظ ـ بناء على أن المعاطاة تفيد الملكية ـ وأن يناقش في جواز التصرف في الموضين على القول بانها تفيد الاباحة .

وان كان غرضه من ذلك أن اللفظ اذا كان فاقداً لبعض شرائط الصيغة ـ في مقام الانشاء ـ كان ذلك مقاولة ومن الواضح أن المقاولة تكشف عن اعتبار الملكية ، كما أن صيغة بعت تكشف عن ذلك . واذن فتشمله العمومات الدالة على صحة البيع ، إن كان مراده من اللفظ هو هذا فيتوجه عليه أن المبرز بالمقاولة إنما هو التباني على البيع والمبرز بصيغة بعت ونحوها إنما هو نفس البيع . ومن الواضح أن احدهما يباين الآخر . واذن فلايعقل ان يجعل احد المتباينين مصداقاً لصاحبه ، ولاان إبراز البناء على البيع يستلزم إبراز ماعليه البناء ، وهو اعتبار الملكية .

تمييز البائع عن المشتري في البيع المعاطاتي

الامر الثالث : أنه بماذا يتميز البائع عن المشتري في البيع المعاطاتي ؟ لاشبهة في أن الغرض من هذا الامر ليس هو تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري ، لأنهما من الامور الواضحة التي لايحتاج الى البيان ، ضرورة أن من أنشأ البيع يسمى بائعاً ، ومن يقبل ذلك يسمى مشترياً ، ولاان الغرض من ذلك هو تميز أحدهما عن الآخر في

موارد الشبهات المصداقية : بأن يوجد بيع معاطاتي في الخارج ولم يميز فيه البائع عن المشتري من جهة الأمور الخـــارجية ، بديهة أن ذلك راجع الى باب المرافعات ، ولاصلة له بالمقام . بل الغرض الأقصى من عقد هـــذا الأمر إنما هو التعرض لمفهومي البائع والمشتري سعة وضيقاً لكي يتوضح مقدار صدقهما . وقد سمى المصنف أشباه ذلك في أول كتاب الطهارة بالشبهة في الصدق ، ومرجعه في الحقيقة الى الشبهة المفهومية ولذا أن الاصحاب لم يجعلوها قسماً آخر وراء الشك في أصل المفهوم .

واذا عرفت ذلك فاعلم أنه إذا كان أحد العوضين نقداً والعوض الآخر عرضاً فالذي يعطي العرض يسمى بائعاً ، والذي يعطي النقد يسمى مشتريا لقيام سيرة العقلاء وديدنهم على ذلك . وإذا كان كلا العوضين نقداً ، أو كان كلاهما متاعا ولـكن كان نظر أحد المتعاملين من المبادلة الى حفظ مالية ماله في ضمن أي متاع كان مع كون غرضه في ذلك هو تحصيل الربح والمنفعة ـ كأهل التجارة والكسب ـ وكان نظر الآخر الى رفع حاجته وكشف نوائبه وكرباته فقط فان الأول يسمى بائعاً والثاني يسمى مشتريا وعلى هذا فيكون الملحوظ فيما يعطيه المشتري هو المالية الخالصة لكي يكون ذلك قائما مقام النقود ، ويسمون بعنوان الثمنية ومثال ذلك : أن يعطى أحد مقداراً من الحنطة ليأخذ لحما وكان غرضه من إعطاء الحنطة أنها تساوي درهما فان هذا يسمى مشتريا ، وباذل اللحم يسمى بائعا . وإذا انعكس الامر انعكس الصدق أيضا .

وان كان كلا العوضين عرضا ، أو نقداً ـ من غير سبق مقاولة تدل على كون أحدهما بائعا والآخر مشتريا وكان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح والمنافع مع حفظ مالية ماله في ضمن أي متاع كان ، أو كان نظر كليهما الى رفع الاحتياج ودفع الضرر فقط ـ كتبديل عباءة بعباءة أو كتاب بكتاب ـ إن كان كذلك فذكر المصنف فيه وجوهاً أربعة :

١ ـ أن يكون ذلك بيعا وشراء بالنسبة الى كل من المتبايعين ، لأن البيع

مبادلة مال بمال ، كما في المصباح . والاشراء ترك شيء والتمسك بغيره كما في القاموس ولاشبهة في تحقق هذين العنوانين بفعل كل واحد من المتعاطيين . وعليه فلو حلف أي منهما على عدم الاشتراء حنث بذلك . نعم لايترتب عليهما أحكام البائع ، ولا أحكام المشتري ، لانصرافهما ـ في أدلة تلك الأحكام ـ الى من كان بائعا محضا ، او مشتريا محضا فلا تثبت تلك الأحكام لمن كان ـ في معاملة واحدة ـ مصداقا لهما باعتبارين .

ولكن يتوجه عليه : ان عنوان البائع وعنوان المشتري بالمعنى المزبور العام كما يصدق على كل منهما في المقام ، كذلك يصدق على كل من المتبايعين في كل بيع ، حتى فيما اذا كان أحد العوضين نقداً والعوض الآخر عرضاً ، ولازم ذلك أن لايختص أحد المتبايعين في البيوع المتعارفة بكونه بائعاً ، وثانيهما بكونه مشترياً ، وهذا بديهي البطلان .

٢ ـ أن يكون ذلك بيعاً بالنسبة الى من يعطي متاعه أولا ، لصدق الموجب عليه ، وشراء بالنسبة الى الآخذ ، لكونه قابلا .

ويتوجه عليه : أن هذا الوجه وإن كان صحيحاً في الجملة الا أنه لايتم في جميع الموارد ، بديهة أنه لاشبهة في جواز تقديم القبول على الايجاب في البيوع اللفظية . وعليه فيمكن أن يقصد المعطي أولا ـ في البيع المعاطاتي ـ قبول الايجاب المتأخر . وإذن فلا دليل على الحكم بكون الباذل أولا بائعاً ، وكون الباذل ثانياً مشترياً على وجه الاطلاق

٣ ـ أن يكون ذلك صلحاً معاطاتياً ، لان المصالحة بمعنى التسالم ، ومن الواضح أن كل واحد من المتعاطيين تسالم على تبديل ماله بمال صاحبه ومن هنا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه لك ماعندك ولي ماعندي على الصلح (١) .

ولكن يرد عليه : أنه إن كان المراد من الصلح ماهو مصداق لمفهوم التسالم بالحمل الشايع فهو حسن ، لأن مفهوم التسالم أمر وسيع يشمل جميع العقود حتى النكاح ، الا

(١) قد تقدمت هذه الرواية في ص ١٥٦ .

أن المنشأ في كل عقد بدء غير ماهـو المنشأ في الصلح ، بديهة أن كل معاملة وإن كانت لاتصدر الا عن تسالم من الطرفين على تلك المعاملة لـكنه غير عقد الصلح الذي يكون المنشأ فيه نفس عنوان الصلح . فكم فرق بين إنشاء الصلح وبين إنشاء معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين . نعم ان نتيجة إنشاء الصلح بعقده قد تتحد مع نتيجة بعض العقود الاخر .

وإن كان المراد من الصلح ماهو إنشا لمفهوم المصالحة التي تتميز عن بقية العقود فهو واضح البطلان ، ضرورة أن التعاطي المذكور بعيد عن مفهوم الصلح وحقيقته . وأما الرواية المزبورة فلاوجه لحملها على الصلح بل هي تناسب الهبة المعوضة . وهـذا واضح لاريب فيه .

٤ ـ ان يكون ذلك معاوضة مستقلة من غير أن يدخل هذا تحت أحد العناوين المتعارفة . وهذا هـو الصحيح عندنا . وتدل على صحته آية التجارة عن تراض (١) ولاريب أن أمثال هذه المعاملة كثيرة في العرف .

اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

الامر الرابع : في أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين .

ولاريب فى أن أصل المعاطاة ـ وهي إعطاء كل من المتعاطيين ماله لصاحبه ـ يتصور على وجوه .

ويحسن بناقبل التعرض لحكم تلك الوجوه أن نقدم مالايستغني عنه ، وهو بيان الفارق بين هذا الامر ، وبين الامر الثاني . وحاصله : ان جهة البحث في الامر الثانى إنما هي متمحضة في بيان مورد المعاطاة . وبيان ماهوالمبرز الخارجي لماقصده المتعاطيان . ولذا ذكر المصنف فى طليعة البحث عنه : (أن المتيقن من مورد المعاطاة حصول التعاطي

(١) سورة النساء ٤ الآية : ٣٣ .

فعلا من الطرفين) . وجهة البحث في الامر الرابع إنما هي بيان ماقصده المتعاطيان ، ولذا ذكر المصنف في مطلع كلامه هنا ان اصل المعاطاة يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه شتى وإذن فمرجع البحث في أحد الامرين غير ماهو مرجع البحث في الامر الآخر ، فلاتنافي بينهما وعليه فلاوجه لما اورده شيخنا الاستاذ على المصنف ، واليك نص مقرر بحثه : (أن الايجاب والقبول يتحقق بدفع العين اولا من البائع وقبضها من المشتري ، وخروج مايدفعه المشتري ثانياً ويقبضه البائع عن حقيقة المعاوضة ، فيلزم أن يكون المعاملة حاصلة دائما بدفع العين اولا وقبضها ، ويكون دفع المشتري دائما خارجا عن حقيقة المعاوضة وعلى هذا فلاوجه لما التزم به في الامر الثاني من ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلا من الطرفين . . . لان المفروض أن العطاء الثاني لاأثر له ، ولايتحقق به الا عنوان الوفاء بالمعاطاة) .

ووجه عدم المنافاة بين الامرين : انه لاتنافي بين الالتزام بأن الايجاب والقبول يحصلان بالاعطاء والقبض اولا . وان دفع العين ثانيا خارج عن حقيقة المعاطاة ، بل هو وفاء بالعقد ، وبين القول بأن المتيقن من مورد المعاطاة هو ما إذا حصل التعاطي من الطرفين ، فان العقد وان تم بالاقباض والقبض اولا الا ان المتيقن منه قبال العقد اللفظي هو ماتعقبه الاعطاء من الطرف الثاني ايضا واذن فلا تنافي بين الامرين .

واذا عرفت ماتلوناه عليك فاعلم انه قسم المصنف المعاطاة - بحسب قصد المتعاطيين - على اربعة أقسام :

١ - ان يقصد كل من المتعاطيين تمليك ماله بمال الآخر وعليه فيتم الايجاب والقبول بدفع العين الاولى وقبضها ، ويكون دفع العين الثانية خارجا عن حقيقة المعاطاة بل يكون ذلك وفاء لما التزم به بازاء ماتملكه وعلى هذا فلو مات القابل بعد المطاوعة وقبل دفع العوض لم تبطل المعاطاة ، لانه مات بعد تحققها في نظام الوجود .

٢ - ان يقصد كل من المتعاطيين تمليك ماله للآخر بازاء تمليك الآخر ماله

إياه بحيث تكون المعاطاة متقومة بالعطاء من الطرفين مع كون التمليك بازاء التمليك وعليه فلومات الثاني قبل أن يملك ماله للأول لم تتحقق المعاطاة ، إذ المفروض أن المقابلة بين التمليكين ، لا الملكين . و لاريب أن هـذا المعنى بعيد عن مفهوم البيع ، لما عرفته في أول الكتاب من أنه يعتبر في مفهوم البيع ان يكون المبيع من الأعيان ، ومن الواضح ان نفس التمليك من الأفعال ، فلايقع مبيعاً . نعم هو قريب من الهبة المعوضة من ناحية ، و بعيد عنها من ناحية اخرى : أما قربه منها فمن جهة أن كلا من المالين خال عن العوض ، إذ المفروض أن المقابلة قد وقعت بين التمليكين ، لا بين الملكين ، فتكون كالهبة المعوضة ، لأجل وقوع التمليك بازاء التمليك وأما بعده عنها فمن جهة أن حقيقة الهبة ـ معوضة كانت أم غيرها ـ عبارة عن العطية بلابدل فقوامها بالمجانية .. وأما اعتبار العوض فى الهبة المعوضة فانما هو على نحو الداعوية والاشتراط ، لاعلى نحو المقابلة والمعاوضة .

ومن الظاهر أن المفروض في المقام إنما هووقوع التمليك بازاء التمليك ، لاعلى نحو المجان ، و بلا بدل . والاولى أن يجعل هذا القسم من التعاطي إما من قبيل المصالحة على أمر معين ، أومن قبيل المعاملة المستقلة وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

٣ ـ أن يقصد الباذل أولا إباحة ماله للآخذ بازاء أن يملك الآخذ ماله إياه فتقع المبادلة بين الاباحة والتمليك .

٤ ـ أن يقصد كل من المتعاطيين إباحة ماله للآخر بازاء إباحة الآخر ماله إياه فتقع المقابلة بين الاباحتين ، أوتكون الاباحة الاولى بداعي الاباحة الثانية انتهى ملخص كلام المصنف .

ولايخفى على الفطن العارف : أن الوجوه المتصورة في المقام وإن كانت كثيرة ـ كما أوضحها ـ غير واحد من المحشين ـ ولكن يتضح حكمها من الاقسام المذكورة . ومن هنا أغفل المصنف التعرض لجميع الاقسام المتصورة في المقام .

أما القسم الاول - : أعني به وقوع المقابلة بين المملوكين - فهو المصداق الواضح للبيع المعاطاتي ، فيكون مشمولا للعمومات الدالة على صحة البيع ولزومه ، وتترتب عليه أحكامه وآثاره . وقد فصلنا ذلك في الأمر الاول .

واما القسم الثاني : - أعني به وقوع المبادلة بين التمليكين - فلا نعقل له معنى محصلا ، بديهة أن حقيقة البيع عبارة عن إعدام إضافة مالكية عن كل من العوضين ، وإيجاد إضافة أخرى مالكية في كل منهما من دون أن يلزم منه تبديل سلطنة المالك بسلطنة اخرى لكي يحتاج ذلك الى وجود سلطنة ثالثة . وهكذا حتى يلزم منه التسلسل . وهذا بخلاف مقابلة التمليك بالتملك ، فانها تحتاج الى وقوع المقابلة بين السلطنتين ، وهو يحتاج الى سلطنة اخرى ، وهكذا الى غير النهاية . واذن فمقابلة التمليك بالتملك بعيد عن حدود البيع .

واضف الى ذلك : ان مفهوم البيع انما هو انشاء تبديل عين بعوض - وقد تقدم ذلك عند البحث عن تعاريف البيع - ومن المعلوم ان التمليك بنفسه من قبيل الافعال ، فلا يقع مبيعاً .

ثم ان من المستحيل نقل التمليك الى غيره بدء باعطاء العين ، او بقبول ملكيتها بل لابد في نقل التمليك من انشاء آخر يتضمن ذلك ، كقوله ملكتك تمليكي العين الفلانية ، او بأن يشترط التمليك في ضمن عقد لازم : بأن باع داره من شخص ، واشترط في ضمن البيع ان يملكه ماله القلاني بحيث يكون متعلق الشرط نفس التمليك دون المملوك .

وعلى الجملة إن الملكية الشرعية اعتبار شرعي غير قابل للتمليك ، والتمليك العقدي فعل من افعال العاقد ، وهو وإن كان قابلا للتمليك ، الا انه غير قابل له بتمليك المال لفظاً بمثل ملكت ، او باعطاء المال فعلا . وقد اتضح لك مما اوضحناه حكم القسم الثالث والقسم الرابع ايضاً ، وانه لاتتصور الاباحة بازاء الاباحة ، ولا الاباحة بازاء

التمليك باعطاء العين وقبضها .

ثم ان المصنف قـــد ناقش في القسمين الآخرين ـ الثالث والرابع ـ من ناحيتين : الأولى : ان الاباحة من حيث هي اباحة لاتسوغ التصرفات المتوقفة على الملك ، الاعلى نحو التشريع . الثانية : ان الاباحة بازاء التمليك ـ التي ترجع الى عقد مركب من اباحة وتمليك ـ خارجة عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً . ولاشبهة في أن صدق التجارة على هذه المعاوضة محل تأمل ، فضلا عن صدق البيع عليها : واذن فلاتكون مشمولة لآية التجارة عن تراض ، ولاغيرها . ثم أطال الكلام حول ذلك نقضاً وابراماً ولكن قد ظهر لك مما أسلفناه انه لاموضوع لهاتين المناقشتين اصلا وراساً . الا انـــه لا بأس بالتعرض لهما تأسياً للمصنف (ره)

فنقول : اما المناقشة الاولى فحاصل ماذكره فيها : ان المالك وان كان له ان يبيح التصرف في امواله لشخص آخر الا انه لاينفذ اذنه الا في التصرفات المشروعة مع قطع النظر عن اذن المالك ، بديهة ان اذن المالك ليس مشرعاً لكي يوجب جواز التصرف في ماله للمجازله على وجه الاطلاق . وعليه فلا يجوز للمالك ان ياذن لغيره في بيع ماله لنفسه ، لانه لا [illegible] . بل يستحيل عقلا صدق مفهوم البيع عليه لان مفهومه مبادلة مال بمال ، و[illegible] انه لايتحقق هذا المفهوم الا برفع الاضافة الملكية عن احد العوضين ووضعها على العوض الآخر . وعليه فاذا لم يدخل الثمن في ملك من خرج المثمن عنه كان ذلك خارجا عن مفهوم البيع قطعا . ولا يعقل صدق مفهوم البيع على ماهو خارج عنه .

نعم لاباس بالاذن في التصرفات المتوقفة على الملك بوجوه شتى :

١ ـ ان يكون غرض المبيح من قوله : ابحت لك ان تبيع مالي لنفسك توكيل المباح له في نقـــل ماله ـ المبيح ـ الى نفسه ـ المباح له ـ ثم بيع ذلك المال لنفسه ـ المباح له ـ أو ان المبيح يوكل المباح له في بيع ماله ، ثم نقل ثمنه الى نفسه ـ المباح له

او يقصد المبيح تمليك ما له للمباح له بقوله : أبحت لك مالي الخ بحيث تكون الاباحة بمنزلة إنشاء الهبة ، ويكون بيع المباح له بمنزلة القبول . وعليه فيكون ذلك نظير قول القائل : أعتق عبدك عني بكذا ، حيث إن القول المزبور استدعاء لتمليك المولى عبده لذلك الرجل ، واعتاق المولى عبده جواب للاستدعاء المزبور فيتحقق هنا بيع ضمني . وعليه فيكون العبد ملكاً للمستدعى آناما ، ثم ينعتق عن قبله .

وفيه أن ما نحن فيه بعيد عن هذا الوجه بجميع شقوقه ، اذ ليس المقصود هنا اذن المالك للمباح له في نقل المال الى نفسه اولا ، ولا في نقل الثمن اليه ثانياً ، ولا أن المالك قصد التمليك بقوله : أبحت لك الخ ، ولا أن المخاطب قصد التملك عند البيع ، لكي يتحقق هنا تمليك ضمني مقصود للمتكلم والمخاطب بالدلالة الاقتضائية . كما كان كذلك في قضية أعتق عبدك عني .

٢ ـ أن يدل دليل خاص على كون مال المبيح ملكاً للمباح له بمجرد الاباحة فيستكشف من ذلك الدليل ان البيع الذي أوقعه المباح له قد وقع في ملكه ، أو قام دليل خاص على صيرورة الثمن ملكاً للمباح له ، فانه يستكشف من ذلك الدليل دخول الثن في ملك المبيح آناما ـ لكي لا يستحيل صدق مفهوم البيع عليه ـ ثم انتقاله من ملك المبيح الى ملك المباح له . وعليه فيكون ما نحن فيه بمنزلة شراء العمودين ، فانهما يدخلان في ملك المشتري آناما ، ثم ينعتقان عليه جمعاً بين مادل على أنه لا عتق الا في ملك ، وبين مادل على أن الانسان لا يملك عموديه .

وهذا الوجه أيضاً لا يجري في المقام ، اذ لم يدلنا دليل خاص على صحة هذه الاباحة العامة . وأما دليل السلطنة فلا تزاحم الادلة الدالة على توقف بعض التصرفات على الملك ـ كالعتق والبيع والوطي ونحوها ـ بل هي حاكمة على دليل السلطنة .

والسر في ذلك : أن دليل السلطنة قد أثبت السلطنة على الاموال ، دون الاحكام ، فيكون ناظراً الى نفوذ سلطنة المالك في التصرفات التي ثبت جوازها ـ في

الشريعة المقدسة ـ مع قطع النظر عن دليل السلطنة . ومن هنا اتضح لك الفارق بين مانحن فيه ، وبين شراء العمودين .

٣ ـ ماأشار اليه في آخر كلامه ، وهو أن يكون مانحن فيه من قبيل رجوع الواهب عن هبته لكي يقع البيع في ملك الواهب . فكما أن بيع الواهب يقتضي دخول العين الموهوبة في ملكه ، كذلك أن تصرف المباح له تصرفاً يتوقف على الملك يقتضي دخول المال المباح في ملكه .

وهذا الوجه أيضاً غريب عما نحن فيه اذ لم يثبت جواز مثل هذا التصرف لكي تكشف صحته عن الملكية آناً ما ملكية تحقيقية قبل تحقق ذلك التصرف . انتهى ملخص كلام المصنف .

أقول : يقع الكلام في التصرفات المتوقفة على الملك في ناحيتين :

الناحية الاولى : أنه هل تشرع هذه التصرفات لغير المالك .

لاريب في أنها قد تكون تكوينية ، وقد تكون اعتبارية : أما التصرفات التكوينية فلا تجوز لغير المالك وان كان صدورها عنه بعنوان النيابة عن المالك .

وبيان ذلك : أنه اذا دل دليل بالخصوص على جواز تلك التصرفات التكوينية لغير المالك أخذ به ـ كوطي الجارية المملوكة الثابت جوازه بالتحليل ـ وإن لم يدل دليل خاص على ذلك فلا يمكن إثباته بدليل السلطنة ، لانه ناظر الى جواز التصرفات التي هي مشروعة للمالك مع قطع النظر عن دليل السلطنة وأن هذا الدليل يثبت عدم كون المالك ممنوعاً عن تلك التصرفات . وأما التصرفات التي نشك في مشروعيتها ، أو نعلم بعدم مشروعيتها فلا تكون مشمولة لدليل السلطنة ، لعدم كونه مشرعاً . وعلى هذا فلو أذن المالك لأحد في التصرف في ماله تصرفاً متوقفاً على الملك لم يمكن اثبات مشروعيته بدليل السلطنة هذا كله في التصرفات التكوينية .

أما التصرفات الاعتبارية فلا تتوقف صحتها على الملك ، بل لاتتوقف صحتها

على اذن المالك وتوكيله ، لماسيأتي من الحكم بصحة العقود الفضولية التي لحقتها اجازة المالك .

نعم ربما يتوهم قيام الاجماع على بطلان العتاق الصادر من غير المالك ، سواء أكان ذلك باذن المالك ، أم كان فضولياً ، ضرورة أن إذن المالك لايؤثر في مشروعية التصرفات المتوقفة على الملك ، وانما يؤثر اذنه في رفع الحرمة التكليفية فقط . وإذن فمنزلة العتاق منزلة الطلاق . فكما أن الطلاق لايصح من غير الزوج ، كذلك ان العتاق لايصح من غير المالك ، الا أن يعدفعل غير المالك فعلا للمالك ، كالوكيل .

ولكن هذا التوهم فاسد ، بديهة أنه ليس في المقام اجماع تعبدي ، بل من المحتمل القريب ان يكون مستند المجمعين مادل على عدم نفوذ العتق الا في ملك ، وسيأتي عدم ارتباطه بمقصود المستدل واذن فلا محذور في صحة العتق من غير المالك .وهذا لايقاس بالطلاق ، لدلالة الدليل على انه لايصح من غير الزوج ، بخلاف العتاق ، فانه لم يدل دليل على عدم صحته من غير المالك . قيل :

انه لايصح العتاق من غير المالك ، لامن جهة الاجماع كما توهم ، بل من جهة مادل على انه لا عتق الافي ملك (١) والجواب عن ذلك :

ان سبيل ذلك سبيل مادل على انه لابيع الا في ملك والمراد بهما احد الامرين :

الاول : اعتبار الملك الفعلي في صحة البيع والعتق ، فلايصح بيع اوعتق مايملكه بعد ذلك

الثاني : اعتبار الانتساب الى المالك في نفوذ البيع والعتق ، فلاينفذ على المالك بيع الاجنبي ، وعلى كلا التقديرين فالرواية لاتنافي صحة البيع الفضولي ، ولاصحة العتق الصادر من غير المالك مستنداً الى اذن المالك والمتحصل من جميع مابيناه هو صحة العتاق باذن المالك

الناحية الثانية : أنه اذا قلنا بجواز التصرفات المتوقفة على الملك لغير المالك فهل

(١) راجع الوافي ج ٦ ص ٨٣ .

ترجع نتيجتها الى المتصرف ، ام يرجع ذلك الى المالك ؟

لاريب في ان التصرفات التكوينية خارجة عن مورد بحثنا ، اذ لا يشك احد من العقلاء في ان نتيجة اي فعل يصدر من أي فاعل ترجع الى فاعل هذا الفعل ، لا الى غيره ، بديهة انه لامعنى لأن يشرب أحدماء فيرتوي غيره ، أو يأكل احد طعاماً فيشبع الآخر ، اوينام واحد فيستريح صاحبه ، او يشتغل احد بالعلوم فيكون غيره عالماً . وهكذا سائر الافعال التكوينية .

واما التصرفات الاعتبارية ـ كالبيع ونحوه ـ فترجع نتيجتها الى المالك لا الى غيره ، لما عرفته مراراً من ان حقيقة البيع تبديل عين بعوض في جهة الاضافة ، ومقتضى ذلك هو انتقال المثمن من ملك مالكه الى ملك مالك الثمن وبالعكس : بأن يفك البائع إضافته القائمة بالمتاع ويجعلها قائمة بالثمن ، ويفك المشتري إضافته القائمة بالثمن ، ويجعلها قائمة بالمتاع .

ومثال ذلك : أنه اذا باع زيد طعامه من بكر بدينار صار الدينار ملكاً لزيد ، ولو صار ذلك الدينار ملكاً لخالد لما صدق عليه مفهوم البيع بوجه . واذن فيستحيل ان ترجع نتيجة البيع الى غير المالك . ومن هنا اتضح لك ان قول القائل : (بع مالي لنفسك) إن رجع الى ماذكره المصنف من الوجوه الثلثة المتقدمة فلا بأس به والا فلا مناص عن الحكم بكونه من الاغلاط .

وقد تجلى لك مما اوضحناه حكم سائر العقود والمعاوضات التمليكية . وايضاً ظهر لك مما ذكرناه حكم شراء العمودين ؛ كما ظهر لك من ذلك وجه الالتزام فيه بالملكية الآنية التحقيقية . ووجه الظهور : أنه قد ورد في الشريعة المقدسة أن الانسان لا يملك عموديه (١) وورد فيها ايضاً انه يجوز للابن أن يشتري عموديه . وقد عرفت قريبا : انه يستحيل صدق مفهوم البيع على التبديل السائغ من غير أن يكون التبديل في

(١) راجع الوافي ج ٦ ص ٩٦ .

جهة الاضافة ومن الواضح ان الجمع بين هذه الامور يقتضي الالتزام بدخول العمودين في ملك الابن آنا ما ، ثم انعتاقهما عليه من غير ان يكون لهذه الملكية دوام وثبات . بل حصولها مقدمة لزوالها . واذن فالالتزام بهذه الملكية يقتضي تخصيص مادل على ان الانسان لايملك عموديه ، ولايمكن الالتزام بتخصيص ماذكرناه ـ وهو انه لا يمكن صدق مفهوم البيع على ضده ـ بديهة ان الاحكام العقلية غير قابلة للتخصيص . وهذا واضح لاريب فيه .

وقد ظهر لك من مطاوي ماذكرناه ان الانسان يملك عموديه آنا ما ملكيته تحقيقة لاملكية تقديرية فرضية على ما اشتهر في ألسنة المحصلين ، لعدم ترتب الاثر على الملكية التقديرية بوجه . وعلى هذا فلاوجه للمصنف ان يفرق بين شراء العمودين . وبين بيع الواهب عبده الموهوب اوعتقه حيث التزم بالملكية الآنية التقديرية في الاول وبالملكية التحقيقية في الثاني مع أنهما من وادواحد .

وقد اتضح لك ايضا مما بيناه ان المراد من الجمع بين الادلة ـ الذي يوجب الالتزام بالملكية الآنية التحقيقية ـ إنما هو الجمع بين الدليل العقلي ـ : اعني ه استحالة صدق مفهوم البيع على ضده ـ وبين مادل على جواز شراء العمودين ، وبين مادل على ان الانسان لايملك عموديه . وليس المراد من الجمع بين الادلة الجمع بين مادل على انه لاعتق الا في ملك وبين مادل على جواز شراء العمودين ، وبين مادل على ان الابن لايملك عموديه ، ضرورة انه لوكان المانع عن شراء العمودين هو نفى جواز العتق الا في ملك لامكن تخصيصه بمادل على جواز شرائهما وانعتاقهما من دون ان يترتب عليه محذور لعدم استحالة العتاق في غير الملك . وهذا بخلاف ما كان المانع هو الدليل العقلي ، فانه غير قابل للتخصيص هذا كله فى البيع .

واما العتاق فهل يمكن ان ترجع نتيجته الى غير المالك ام لابد وان ترجع الى المالك فقط ؟

الظاهر أنه لا ريب في صحة العتق عن غير المالك ، إذ لم يرد في آية ولا في رواية ولا في معقد إجماع عدم جواز ذلك ولم يقم دليل عقلي ايضاً على استحالته . بل لو التزمنا ـ في الناحية الأولى باشتراط صدور العتق من المالك لما دل على نفي جواز العتق الا في ملك ، فان هـذا لا يكون وجهاً للالتزام بعدم الجواز هنا ، اذ المفروض أن المتصدي للعتق إنما هو المالك ، لانه بنفسه أعتق عبده عن غيره تبرعاً .

ونتيجة البحث : أن المالك إذا أعتق أحد مماليكه عن نفسه أو عن غيره ، أو أذن لاحد أن يعتقه عن نفسه أو عن المالك أو عن ثالث كان العتاق نافـذاً ، إذ لا نرى مانعاً عقلياً ولا مانعاً شرعياً عن ذلك . بل يدل على نفوذه ولزومه قوله (تعالى) أوفوا بالعقود ، إذ ليس المراد بالعقد في الآية الكريمة هو العقد المصطلح الذي يحتاج الى الايجاب والقبول لكي تخرج الايقاعات عن حدودها ، بل المراد منه العقد المشدد أو مطلق العقد على ما أسلفناه في البحث عن لزوم المعاطاة . ومن الظاهر أن العقد بأحـد هذين المعنيين يشمل الايقاعات أيضاً .

وقد تبين لك ممـا تلوناه عليك : أنا لا نحتاج في تصحيح قول الرجل لصاحبه أعتق عبدك عني الى ما ذكره الاصوليون من دلالته على التمليك دلالة اقتضائية ـ التي تتوقف عليها صحة الكلام عقلا او شرعاً ـ ووجه عدم الاحتياج الى ذلك ماذكرناه قريباً من أن عتق المالك عبده عن غيره بمكان من الامكان . وعليه فقول القائل لأخيه : أعتق عبدك عني محمول على استدعاء العتق التبرعي المجاني . هذا كله مايرجع الى بيان الكبري الكلية في حكم التصرف في مال غيره مع إذن المالك فيه تصرفاً تكوينياً أو اعتبارياً .

ثم إنه يحسن بنا أن نصرف الكلام الى بيان انطباق تلك الضابطة على بعض الامثلة المعروفة في الألسنة : وهو قول القائل : أعتق عبدي عن نفسك . وقوله اعتق عبدك عني :

أما المثال الأول فان رجع الى توكيل غيره في تملك العبد ببيع ونحوه ثم عتقه

عن نفسه فانه لايخالف القواعد الشرعية . وإن لم يرجع ذلك الى التوكيل ، بل اخذنا بظاهره ، وهو العتاق المجاني ، فان قلنا بأن العتق لايصدر الامن المالك ـ وان كانت نتيجته راجعة الى غيره ـ كان الكلام المذكور لغواً محضاً في نظر الشارع . وإن قلنا بجواز صدور العتق من غير المالك ، مع إذن المالك فى ذلك صح الكلام المزبور بظاهره بلا احتياج الى التأويل .

أمال المثال الثاني : ـ أعني به أعتق عبدك عني ـ فان رجع الى توكيل المالك فى شراء عبده للمستدعي ثم عتقه عنه فلا محذور فيه بوجه . وإن أخذنا بظاهره وقلنا بجواز العتق عن غيره تبرعاً ومجاناً ـ سواء أسبقه الاستدعاء ، أم لم يسبقه ذلك ـ كان المثال المزبور صحيحاً بظاهره بلا احتياج الى التأويل ، والا فيكون لغواً محضاً .

ثم إنه بقي هنا أمران ، ويهمنا التعرض لهما : الأمر الأول انه اذا قلنا بجواز العتق عن غيره فهل يجزي ذلك عن العتق الواجب ـ كالكفارة ونحوها ـ ام لا ؟

التحقيق : أنه لوقلنا بجواز العتق عن شخص آخر لم يجز ذلك عن العتق الواجب لأنا ذكرنا في مبحث التعبدي والتوصلي : أن إطلاق الأوامر المتوجهة الى المكلفين يقتضي مباشرتهم بامتثالها ، ومن هنا لاتسقط الواجبات العبادية ـ كالصوم والصلاة والحج ونحوها ـ عن أي مكلف بامتثال غيره ، ولايقاس ذلك بالديون المالية التي يجوز أداؤها لكل أحد مجاناً ، اذ علم في الشريعة المقدسة ضرورة أنه يجوز لأي شخص أن يؤدي دين أخيه المؤمن تبرعاً ، بل هو أمر استحبابي جزماً .

الأمر الثاني : أنه هل يحكم بضمان المعتق عنه للمالك إذا استدعى منه عتاق عبده أم لا ؟

لاشبهة في عدم ضمانه بذلك إذا كان عتق المالك عبده عن غيره تبرعاً ومجانا . وإن لم يكن قصد المالك العتق المجانى فان علم من حال المستدعي التماس العتاق مجانا فلاشبهة في عدم الضمان أيضاً ، كما هو كذلك في موارد التسؤل ، والا فيحكم بالضمان .

ونظير ذلك قول القائل لاحد احمل هذا المتاع الى محل فلاني ، أو احلق رأسي ، او غير ذلك ، فان الآمر في جميع هذه الموارد يضمن عمل المأمور جزما .

بحث في جهات

قوله : (وعرفت أيضا : أن الشهيد في الحواشي لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثمن الهدي) . أقول : بقيت هنا جهات من البحث لابد من التعرض لها :

الجهة الاولى : أنه قد يناقش في إخراج المأخوذ بالمعاطاة في ثمن الهدي ولكن لاوجه لهذه المناقشة ، لان الهدي قد يشترى بالثمن الكلي ، ثم يعطى ذلك من مال المبيح وقد يشترى بالثمن الشخصي ، وهو مال المبيح : أما الاول فلاشبهة في صحته ، إذ لامانع من اداء الدين من مال شخص آخر مع اذنه في ذلك أما الثاني فلاوجه له ايضاً ، إذ لم يدلنا دليل على اعتبار كون الهدي ملكاً لمن يجب عليه .

الجهة الثانية : أنه هل يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة ؟ تارة نقول بتعلق الخمس والزكاة بالعين ، كما هو الظاهر . وأخرى نقول بتعلقهما بالذمة ، وعلى كلا التقديرين يقع الكلام في ناحيتين :

الناحية الاولى : أنه هل يجوز لاحد أن يعطي الخمس أو الزكاة المتعلقين بذمة غيره أو ماله ؟

الظاهر هو عدم الجواز : أما بناء على تعلقهما بالعين فواضح . أما بناء على تعلقهما بالذمة فلان الاوامر ظاهرة في ثبوت المكلف به في ذمة نفس المكلف ، وعدم سقوطه عنه بامتثال غيره اياه الا بدليل خاص .

ومن الظاهر ان الدليل وان دل على جواز أداء الدين الثابت في ذمة شخص

آخر الا ان شموله لما يعتبر فيـــه قصد القربـة غير معلوم . وأصالة الاطلاق يندفع بها احتمال سقوطه .

الناحية الثانية : أنه هل يجوز لمن تعلق الخمس أو الزكاة بماله أو بذمته أن يؤديهما بمال شخص آخر ؟ .

ان قلنا بتعلق الخمس او الزكاة بالعين لم يجز للمالك ان يعطيهما من مال غيره ، نعم يجوز له تبديلهما بغيره من ماله فقط لدليل خاص . وان قلنا بتعلقهما بالذمة إما ابتداء ـ كما ذهب اليه جمع من الاصحاب ـ أوقلنا بتعلقهما بالعين بدء ، ولكنهما قد انتقلا الى الذمة بعد اتلافهما فان الظاهر انه لاشبهة في ادائهما من مال شخص آخر مع الاذن فيه ، لامن ناحية اعتبار قصد القربة فى ذلك ولامن ناحية تعلقهما بالعين :

اما عـدم الشبهة فى ذلك من الناحية الاولى فلأن مايعطي بدل الخمس والزكاة وان كان ملكاً لغيره ، ولكن المتصدي للأداء إنما هو نفس المكلف ، فله ان يضيف ذلك الى المولى ، ويأتي به امتثالا لامره تبارك وتعالى .

اما عدم الشبهة في ذلك من الناحية الثانية فلأن حق السادة والفقراء اذا فرضنا تعلقه بالذمة ابتداء أو انه انتقل الى الذمة بقاء لتلف العين كان لصاحب الذمة ان يطبقه على اي فرد يريد .

الجهة الثالثة : انه قد التزم المصنف ـ على ماهو ظاهر كلامه ـ بالملكية التقديرية فى دية الميت . ولعله من ناحية الجمع بين مادل على توقف الارث على الملك ، وبين مادل على ان دية الميت للوارث .

والتحقيق : انه ان قلنا بعدم توقف ارث الدية على الملك فلامجال للالتزام بالملك التقديري . وان قلنا بتوقفه على الملك ـ كما هو مبنى كلام المصنف ـ فلا مناص عن الالتزام بالملكية التحقيقية ، اذ لايترتب اثر على الملكية الفرضية .

أقسام الاباحة المعوضة

قوله : (واما الكلام في صحة الاباحة بالعوض سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك ، أم خصصنا الاباحة بغيرها) . أقول : محصل كلامه : أن البحث هنا يقع في ناحيتين :

الاولى : في صحة الاباحة بالعوض ، وقد نوقش فى ذلك بانها خارجة عن المعاوضات المتعارفة المعهودة شرعاً . على أنه يتأمل في صدق عنوان التجارة عليها فضلا عن البيع .

نعم يمكن الاستدلال على صحتها بدليل السلطنة ، ودليل وجوب الوفاء بالشرط ويمكن ان يكون ذلك نوعاً من الصلح ، لان الصلح هو التسالم ، ومن البين أن مانحن فيه مصداق للتسالم .

ودعوى : أن ذلك لم ينشأ بلفظ الصلح لكى يكون مصدقا له دعوى جزافية ، إذ لم يشترط في حقيقة المصالحة إنشاؤها بلفظ الصلح . ومن هنا حمل الاصحاب ماورد في الرواية (١) قول أحد الشريكين لصاحبه : الك ماعندك ولي ماعندي على المصالحة مع أنه لم ينشأ بمادة الصلح أو التسالم . ومن ذلك أيضاً ماورد (٢) في مصالحة الزوجين

الناحية الثانية : أنه إذا قلنا بكون الاباحة بالعوض معاوضة مستقلة فهل يحكم بلزومها مطلقاً ، أم من طرف المباح له ، أم يحكم بجوازها مطلقاً وجوه ؟. أقواها أولها ، لعموم المؤمنون عند شروطهم ، ثم أوسطها ، لان المباح له قد أخرج ماله عن ملكه دون المبيح ، فان ماله باق على ملكه ، وأنه مسلط عليه .

---

(١) قد تقدمت هذه الرواية في ص١٥٦ .

(٢) راجع الوافي ج ١٢ ص ١٤٧ .

والتحقيق : أن الاباحة بالعوض خارجة عن حدود الصلح ، بداهة أنها مغائرة لمفهوم الصلح . ومجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلهـــا من مصاديق المصالحة . والا لزم إرجاع جميع العقود ـ حتى النكاح ـ الى الصلح بل الاباحة بالعوض تتصور على وجوه شتى :

١ ـ أن تجعل نفس الاباحة عوضاً في المعاملة : بأن يقول أحد لصاحبه : بعتك هذا الكتاب بازاء أن تبيحني كتابك الآخر وهذا لاشبهة في صحته ولزومه للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها .

ودعوى : أن الاباحة من قبيل الاعمال والافعال ، فهي لاتكون عوضاً في العقود المعاوضية دعوى جزافية لأنا ذكرنا في أول الكتاب : ان عمل الحر وإن لم يكن مبيعاً في البيع . ولكن يصح جعله عوضاً فيه . واذن فلا نعرف وجهاً صحيحاً لما ذكره المصنف من التأمل في صدق التجارة عن تراض على الاباحة المعوضة .

وأما الاستدلال على صحة ذلك بقوله (ص) : المؤمنون عند شروطهم (١) فيرد عليه أولا : أن الشرط في اللغة بمعنى الربط بين شيئين . ومن الواضح أن الشروط الابتدائية لايصدق عليها عنوان الشرط . فتكون خارجة عن حدود الرواية .

ثانياً : أنا لوسلمنا شمول الرواية للشروط الابتدائية . ولكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعي : بمعنى أن ما التزم به المؤمن لايزول بفسخه ، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التكليفي : أي يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه ، لانه من علائم إيمانه .

٢ ـ أن تكون الاباحة مشروطة بالتمليك : بأن يبيح ماله لزيد على أن يملكه زيد ماله .

٣ ـ أن تكون الاباحة معلقة بالتمليك : بأن يبيح ماله لزيد إذا ملكه زيد ماله .

(١) راجع الوافي ج ١٢ ص ٨٠ .

٤ ـ أن يكون التمليك عنوانًا للموضوع بأن يقول : ابحت مالي هذا لمن يملكني عشرة دنانير .

٥ ـ أن يبيح ماله لزيد بداعي أن يملك زيد ماله إياه .

أما الوجه الثاني فان كان الشرط فيه من قبيل شرط النتيجة فبقبول المبـــاح له ينتقل ماله إلى المبيح وإن كان ذلك من قبيل شرط الفعل فيجب عليه التمليك ، لوجوب الوفاء بالشرط .

أما الوجـــه الثالث فلا شبهة في أن الاباحة فيه بمنزلة الحكم وما علقت به الاباحة بمنزلة الموضوع . وعليه فاذا تحقق الموضوع ـ بأن ملك المباح له ماله للمبيح ـ تثبت الاباحة ، كترتب وجوب الحج على وجود الاستطاعة الخارجية . ومن هنا ظهر حكم الوجه الرابع أيضاً .

أما الوجـــه الخامس فهو خارج عن حريم الاباحة المعوضة . إذ الداعي لا يعتبر عوضاً ، ولا يضر تخلفه في المعاوضات وغيرها .

جريان المعاطاة في جميع العقود والايقاعات

الأمر الخامس : هل تجري المعاطاة في غير البيع من العقود والايقاعات ؟ .

تحقيق المقام : أنه إذا قلنا بأن مقتضى القاعدة هو انحصار العقود والايقاعات بالألفاظ لم تجر المعاطاة إلا في مورد قام دليل خاص ـ من نص أو إجماع أو سيرة ـ على جريانها فيه ، وذلك لأن المعاطاة حينئذ على خلاف القاعدة ، فيقتصر في مخالفتها على مورد الدليل .

وإذا قلنا بأن القاعدة تقتضي صحة إنشاء العقود والايقاعات بكل ما هو صالح لابراز الاعتبار النفساني جرت المعاطاة في جميعها إلا إذا قام دليل خاص على عدم جريانها في فرد خاص ، أو قام دليل خاص على انحصار مبرزه بشيء خاص .

ولكن الظاهر أنه لم يرد - في آية ولا في رواية ولا في معقد إجماع - انحصار المبرز في جميع العقود والايقاعات بمبرز معين . وعليه فلا بأس بالالتزام بجريان المعاطاة في جميعها إلا ما خرج بالدليل . وإذن فيكون ماهو المنشأ بالافعال من المعاملات مشمولا للعمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود والايقات ولزومها.

ثم إنه منع شيخنا الاستاذ عن جريان المعاطاة في النكاح والوصية والتدبير والضمان:

أما الوجه في عدم جريانها في النكاح فلأن الفعل فيه ملازم لضده - وهو الزناء - بل هو مصداق له حقيقة ومن البين الذي لا ريب فيه أنه لايمكن إنشاء شيء من الأمور الانشائية بضده .

أما الوجه في عدم جريان المعاطاة في الوصية والتدبير والضمان فلأنها أمور لا تنشأ إلا بالقول ، ضرورة أنه ليس في مواردها فعل يكون مصداقاً لأحد هذه العناوين المذكورة ، بداهة أن انتقال الدين من ذمة إلى ذمة - الذي هو معنى الضمان - لا يمكن أن يتحقق بأي فعل من الأفعال ، وكذلك العتق والملكية والقيمومة بعد موت الموصي . انتهى ملخص كلامه .

ويتوجه عليه : أن كون الفعل ضداً للنكاح إنما هو من ناحية أن الشارع قد اعتبر في عقد النكاح مبرزاً خاصاً - وهو اللفظ - ولا ريب في أن مورد البحث في المقام إنما هو مع قطع النظر عن ذلك . وعليه فالزوجية في نفسها - مع قطع النظر عن اعتبار الشارع فيها مبرزاً خاصاً - قابلة للانشاء بالفعل . وعليه فيكون الفعل بنفسه مصداقا للنكاح بالحمل الشايع .

ويضاف إلى ذلك : أنا لو سلمنا ما أفاده شيخنا الاستاذ ولكنه مختص بالفعل الخاص ، ولا يعم كل فعل من إشارة ونحوها .

فغاية الأمر : أنه لا تحصل الزوجية في نظر الشارع فيما إذا أنشأت بالفعل ، لا أن الفعل لا يكون مصداقاً للتزويج عرفاً وفي نظر العقلاء .

أما الضمان فلعل وجه المناقشة في عدم حصوله بالمعاطاة أنه نقل المال من ذمة إلى ذمة ، فلا يتحقق بالفعل الخارجي .

ولكن يتوجه عليه : أن النقل إنما هو في عالم الاعتبار ـ كالتمليك في البيع وغيره ـ والاعتبار أمر قائم بالنفس ، واللفظ أو الفعل مبرز له ، ولا مانع من أن يكون الفعل مبرزاً لاعتبار الانتقال وإن كان هو الاشارة ونحوها .

أما التدبير والوصية فمنشأ المناقشة فيهما إنما هو حصر الانشاء المعاطاتي بالاعطاء والأخذ الخارجيين ، فانه لا يعقل انشاء العناوين المذكورة بذلك ، بداهة أنهما أمران استقباليان ، فيستحيل إنشاؤهما بفعل يتحقق قبل الموت .

وعليه فكل مايوجد في الخارج من الأفعال لايكون مصداقاً للتدبير أو الوصية .

والجواب عن ذلك :

أن عنوان المعاطاة لم يرد في دليل خاص لكي يقتصر على تحقق التعاطي من الطرفين حفظاً لذلك العنوان ، بل إنما التزمنا بمشروعية المعاملات المعاطاتية من ناحية قيام الفعل مقام القول في إبراز الأمور النفسانية . وعلى هذا فلا يختص الانشاء الفعلي بالاعطاء والأخذ الخارجيين . بل يجري ذلك في جميع ماهو قابل لابراز الاعتبار النفساني من الاشارة وغيرها ، ومن هنا يصح طلاق الأخرس بالاشارة المفهمة .

وعلى الجملة : إن القاعدة الأولية تقتضي جريان المعاطاة في جميع العقود والايقاعات . بداهة أنها ليست إلا الاعتبارات النفسانية المبرزة بمبرز خارجي فعلي أو قولي . فانه على كل حال يصدق على المنشأ عنوان العقد أو الايقاع . فيكون مشمولا للعمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود والايقاعات . نعم ثبت اعتبار مطلق اللفظ في انشاء عقد النكاح ، واعتبار لفظ خاص في إنشاء الطلاق . وعليه فيكون ذلك تخصيصاً للقاعدة المذكورة كما لايخفى .

وقد اتضح لك مما حققناه فساد القول بالتفصيل بين العقود والايقاعات .

بدعوى أن بعض الأفعال يصدق عليه عنوان المعاملة كالاعطاء والأخذ الخارجيين ، فانه يصدق عليهما عنوان البيع ونحوه . وبعض الافعال لايصدق عليه ذلك ، كاخراج الرجل زوجته من بيته ، فانه لايصدق عليه عنوان الطلاق . كما اتضح لك أيضاً : أنه لا احتياج الى تطويل الكلام هنا بالنقض والابرام ، كما ارتكبه بعض مشايخنا المحققين .

ثم إنه نوقش في جريان المعاطاة — على القول بكونها مفيدة للملك — في الهبة ، لقيام الاجماع على أن الهبة لاتفيد الملكية إلا بالايجاب والقبول اللفظيين وعليه فجريان المعاطاة في الهبة متوقف على القول بافادة المعاطاة الاباحة ، وهذا مخالف لمذهب المحقق الثاني فبناء على مسلكه لاتجري المعاطاة في الهبة .

ولكن هذه المناقشة واضحة الاندفاع ، بداهة أنه ليس هنا إجماع آخر غير الاجماع الذي توهم قيامه على اعتبار اللفظ في إنشاء مطلق العقود والايقاعات — كما نبه عليه السيد في حاشيته — ومن الواضح أن هذا الاجماع ليس بتمام .

ثم إنه وقع الخلاف بين الاصحاب رضوان الله عليهم في جريان المعاطاة في طائفة من العقود والايقاعات :

١ — القرض حيث إنه وإن كان مقتضياً ، إلا أن تأثيره مشروط بالقبض الخارجي . وعليه فلو انعقد القرض بمجرد الفعل : أعني به القبض والاقباض لزم منه اتحاد المقتضي والشرط ، وهو محال ، ضرورة أن المقتضي يغائر الشرط في الوجود ، واذا فرضنا اتحادهما لزم منه اجتماع الضدين . وهذا واضح لاريب فيه .

وأضف الى ذلك : أن رتبة الشرط متأخرة عن رتبة المقتضي ، فلو فرض اتحادهما لزم منه أن يكون شيء واحد متقدماً ومتأخراً . والجواب عن ذلك :

أن الحكم الشرعي إنما يتحقق بجعل الشارع ، ويستحيل أن يؤثر فيه موجود خارجي بنحو الاقتضاء أو الاشتراط . والتعبير عن موضوع الحكم بالسبب أو الشرط اصطلاح من الفقهاء ، والواقع أن [illegible] الحكم

نحو القضية الحقيقية على الموضوع المقدر وجوده بخصوصياته المعتبرة فيه . فقد اعتبر في صحة القرض تحقق الانشاء وحصول القبض ، فقد يتعددان وجوداً وقد يتحدان . نعم الشرط العقلي ـ الذي هو عبارة عما تتم به فاعلية الفاعل ، أو قابلية القابل ـ يستحيل اتحاده مع المقتضي ، لاستلزامه ماتقدم من المحذور .

ويكشف عماذكرناه أنه لو تمت المناقشة المذكورة لجرى مثلها في الهبة وبيع الصرف والسلم ، مع أن وضوح تحققها بالقبض الساذج كالشمس في كبد السماء .

٢ ـ الرهن حيث إن المعاطاة إما تفيد الاباحة المجردة ، أو الملكية الجائزة ، ومن البين أن كلتيهما لاتلائم الرهان ، بداهة أن العين المرهونة وثيقة للمرتهن . وبديهي أن جواز الرهن ينافي الاستيثاق . والجواب عن ذلك :

أن القول بالاباحة أو الملكية الجائزة إنما هو من ناحية توهم الاجماع على أن المعاطاة لاتفيد الملكية أصلا ، أوالملكية اللازمة من أول الامر ، وإلا لكانت المعاطاة مشمولة للادلة الدالة على صحة العقود والايقاعات ولزومهما ومن الظاهر أن الاجماع دليل لبي ، فلا يؤخذ منه الا بالمقدار المتيقن ، وهو العقود التي تتصف باللزوم تارة وبالجواز أخرى واما العقود التي هي لازمة في ذاتها ـ كالرهن ـ فهي خارجة عن معقد الاجماع ، ولا أقل من الشك في ذلك . فهو كاف في إثبات مقصودنا .

والذي يدلنا على هذه النكتة القيمة : أن كلمات أغلب المجمعين ظاهرة ، بل صريحة في أن المعاطاة مفيدة للاباحة أو الملك الجائز . وليس معقد الاجماع في كلماتهم أن ماليس فيه لفظ من العقود والايقاعات فهو غير لازم وإذن فلا بأس بجريان المعاطاة في الرهن ويكون لازماً من أول الأمر إذ لانطمئن بدخوله في معقد الاجماع المتقدم .

ويضاف إليه : أن ذلك الاجماع ليس بحجة ، لعدم العلم بكشفه عن رأي المعصوم عليه السلام . وماهذا شأنه لايكون دليلا على إثبات الحكم الشرعي .

٣ ـ الوقف حيث إنه صدقة في سبيل الله ، فيكون لازماً ، لانه لو كان جائزاً

لامكن رجوعه ، وما كان لله لا يرجع ، وعليه فلا تجري فيـــه المعاطاة التي هي جائزة في نفسها .

ولكن اتضح جوابه مما ذكرناه في الرهن . على أنه لم يثبت كون الوقف من الامور القربية ويضاف الى ذلك قيام السيرة القطعية على تحقق الوقف بالمعاطاة ، إذ كثيراً ما يوقفون الأمتعة بالمعاطاة ، كالفراش والسراج والظرف وغيرها .

وقد ظهر مما ذكرناه ـ من جريان المعاطاة في الوقف ـ جريانها في العتق أيضاً . كما اتضح لك من جميع ما بيناه جريانها في كل عقد وإيقاع ، وأن الانشاء الفعلي في جميع ذلك قائم مقام الانشاء القولي ، إلا ما خرج بالدليل ، كالطلاق والنكاح .

ملزمات المعاطاة

الأمر السادس : في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك والقول بالاباحة. قد ذكرنا ـ في الأمر السابق وغيره ـ أن الانشاء الفعلي قائم مقام الانشاء القولي في جميع المعاملات ، وأن هذا الانشاء الفعلي يصدق عليه عنوان المعاطاة ، ويكون مشمولا للعمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود والايقاعات ولزومهما . وعليه فلا مجال للبحث عن ملزمات المعاطاة . وهذا بين لاريب فيه .

نعم يحسن بنا البحث عن ذلك تبعاً للمصنف . وقد أسس هو (ره) أصلا أمام البحث عن ملزمات المعاطاة ، وحاصله : أنه بناء على إفادة المعاطاة الملك فالاصل فيها اللزوم ، لما أسلفناه من الوجوه الثمانية الدالة على لزوم جميع العقود التي منها المعاطاة . وعلى هذا فالأصل في المعاطاة هو اللزوم . أما بناء على القول بالاباحة فمقتضى الأصل فيها هو عدم اللزوم ، لأنه يجوز للمبيح أن يرجع عن إباحته ، لان الناس مسلطون على أموالهم

وقد يتوهم : أن الاباحة الثابتة قبل رجوع المبيح عن إباحته ثابتة بعد رجوعه ايضاً ، إذ الاصل بقاؤها على حالها .

ولكن هذا التوهم فاسد ، فان دليل السلطنة حاكم على الاصل المذكور ويضاف الى ذلك : أن الاستصحاب لا يجري في الشبهات الحكمية .

ثم إنك قد عرفت ـ في البحث عن لزوم المعاطاة ـ أن مانظمه المصنف من الوجوه الثمانية التي استدل بها على لزوم المعاطاة لايتم إلا بعضه . وقد تقدم أيضاً ـ في الامر السابق وغيره ـ أن دعوي الاجماع على عدم لزوم المعاطاة ـ لكي يكون ذلك تخصيصاً للأدلة الدالة على لزوم المعاملات ـ دعوى جزافية ، لعدم العلم بوجود الاجماع التعبدي على ذلك . وعلى هـذا فلاوجه للبحث عن ملزمات المعاطاة ، لأنها لازمة من أصلها . نعم بناء على ثبوت الاجماع على جوازها ـ كما هو مبني المصنف ـ فلابد من التكلم فى ملزماتها .

ولايخفى عليك : أن الاجماع على جواز المعاطاة ـ على تقدير تماميته ـ ليس مفاده هو الجواز في زمان دون زمان حتى يقال : إنه بعد ثبوت الجواز من أول الأمر لامعنى للرجوع الى العمومات وإنما المرجع حينئذ هو استصحاب حكم المخصص . بل معقد الاجماع هو حصة خاصة من الجواز . وهي حل العقد بتراد العينين ، وهـذا أمر ثابت غير محدود الى زمان . أما الجواز من دون تراد فهو لم يثبت من أول الامر . والمراد من الملزم ـ هنا ـ مالا يتمكن معه المتعاطيان من حل المعاطاة ، لانتفاع موضوع الجواز ، وهو تراد العينين .

وبذلك يظهر : أنه لاوجه لما أفاده السيد في حاشيته ، وإليك نصه بلفظه : (لايخفى أن هـذا الاصل إنما ينفع مع قطع النظر عن الاجماع على الجواز في الجملة ، واشتراط اللزوم بالصيغة ، والمفروض في المقام إنما هو بعد الاجماع المذكور . إذ الكلام في الملزمات ، والملزم فرع ثبوت الجواز . ومعه لايتم من الوجوه الثمانية الا الاستصحاب

الملكية منها ، إذ لايجوز التمسك بالعمومات بعد كون المورد خارجا عنها من اول الامر) .

وعلى الجملة : إنا إذاقلنا بافادة المعاطاة الملكية فلا شبهة في أصالة اللزوم مع الشك في ارتفاع الملكية وبقائها وإذا قلنا بافادتها الاباحة فقدذكر المصنف : ان الاصل فيه هو الجواز .

ولكن الظاهر : أن الاصل فيه هو اللزوم وتفصيل ذلك : أنه إذالم يتحقق فى الخارج مايحتمل معه اللزوم الا بأس بما ذكره المصنف من التمسك بدليل السلطنة لاثبات جواز الرجوع لكل من المتعاطيين الى ماله ، إذ المفروض أنه لم يتحقق فى الخارج مايمنع المالك عن إعمال سلطنته فيما أعطاه لصاحبه بعنوان المعاملة المعاطائية — وان وقع في الخارج ما يحتمل معه اللزوم — فلا يجوز التمسك بدليل السلطنة لجواز رجوع المالك الى ماله ، لان القدر المتيقن من الاباحة الثابتة بالاجماع والسيرة مالم يتحقق فى الخارج ما يحتمل معه اللزوم . والافنتمسك بالادلة الدالة على صحة المعاطاة ولزومها ، فيحكم بترتب الملكية عليها ملكية لازمة .

وأورد شيخنا الاستاذ على المصنف بأن (ما اختاره هنا ينافي ماذكره فى الامر الرابع في الاباحة بالعوض من أن الاقوى اللزوم ، فان مدرك الاقوال الثلاثة جار في مطلق مايفيد الاباحة ، سواء كان قصد المتعاطيين الاباحة أوالتمليك مع ترتب الاباحة على فعلهما ، فان وجه الجواز مطلقا هو أن العقود التسليطية دائرة مدار الاذن والتسليط . . . ووجه اللزوم مطلقا كفاية عموم المؤمنون عند شروطهم لاثبات اللزوم . . . ووجه التفصيل أن المباح له أخرج ماله عن ملكه ، فلا دليل على إمكان ارجاعه اليه ثانياً دون المبيح ، فانه باق على سلطنته ، فاذا كان مختار المصنف اللزوم فكيف يصح قوله : واما على القول بالاباحة فالاصل عدم اللزوم) .

ويرد عليه : أن مورد البحث في المقام انماهو المعاطاة المقصود بها الملك وعليه

فلا وجه للتمسك بقوله (ص) : المؤمنون عندشروطهم (١) لان ماالتزم به المتعاطيان ـ وهو الملك ـ لم يتحقق في الخارج ، وماحصل فى الخارج ـ وهو الاباحة الشرعية ـ لم يقصداه ، ولم يلتزما به .

وهذا بخلاف ما أفاده المصنف في الامر الرابع ، فان كلامه هناك مسوق لبيان المعاطاة المقصود بها الاباحة المعوّضة وعليه فيمكن التمسك فيها بدليل وجوب الوفاء بالشرط ، ويكون ذلك حاكماً على دليل السلطنة .

ثم ذكر المصنف (أن تلف العوضين ملزم إجماعاً على الظاهر المصرح به فى بعض العبائر : أما على القول بالاباحة فواضح ، لان تلفه من مال مالكه ، ولم يحصل مايوجب ضمان كل منهما مال صاحبه . وتوهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع . . . بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يدضمان ، بل ولا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة ، ولم يرد الرجوع . إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع ، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً) .

ويرد عليه : أن هذا البيان إنما يتم على القول بكون الاباحة المترتبة على المعاطاة ـ المقصود بها الملك ـ إباحة مالكية . ولكن قد ذكرنا مراراً أنها إباحة شرعية وعليه فيجري هنا ما أفاده المصنف ـ عند التكلم على كلام بعض الاساطين ـ من الالتزام بحصول الملكية آناً ما قبل التلف وانما التزم بذلك هناك من ناحية الجمع بين الادلة وإذن فاللازم عليه أن يحكم هنا بكون التلف في ملك المالك الثاني ، وكونه ضامناً بالمسمى ، بديهة أن الاجماع يقتضي عدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة ، إذ المفروض أن المعاطاة لم تفد الا الاباحة ، وقاعدة ضمان اليد تقتضي كون التلف من ذي اليد . وأصالة بقاء المال في ملك مالكه الاول يقتضي عدم تحقق الملكية إلا آناً ما قبل التلف . وإذا حصلت الملكية فلا مناص عن الحكم بالضمان بالمسمى . وهذا واضح لاريب فيه .

(١) راجع الجزء [illegible] ص ١٤٥ .

قوله . (واما على القول بالملك) . أقول : حاصل كلامه : أنه لاشبهة في ثبوت الفارق بين جواز المعاطاة ، وبين جواز البيع الخياري ، ضرورة أن متعلق الجواز في المعاطاة إنما هو العين بحيث إن لكل من المتعاطيين أن يسترد ماأعطاه اصاحبه — نظير الجواز في الهبة المتعلق برد العين الموهوبة — فان هذا هو المتيقن من جواز المعاطاة الثابت بالاجماع ولم يثبت جواز المعاطاة على نحو جواز العقد الخياري لكي نستصحبه بعد التلف . وهذا بخلاف متعلق الجواز في البيع الخياري فانه نفس العقد ومن هنا قدعرف غير واحد من العلماء الخيار بملك فسخ العقد ، وعلى هذا فلا موضوع لجواز التراد في المعاطاة بعد تلف العينين ، بخلاف جواز الفسخ في البيع الخياري ، فانه باق بعد تلف العينين أيضاً ، إذ المفروض بقاء متعلقه ، وهو العقد .

ويرد عليه : أنه إن كان المراد من التراد هو التراد الخارجي فهو غير مفيد ، بديهة أن مجرد رد العين خارجاً مع بقائها في ملك الآخذ بالمعاطاة لايترتب عليه أثر وإن كان المراد من التراد هو أن فسخ العقد لايكون إلا بتراد العين خارجاً ، أو بعد تحقق التراد في الخارج فهو متين : ولكنه ليس شيئاً آخر وراء تعلق الخيار بنفس العقد ، لان الادلة الدالة على لزوم العقود إنما تدل على لزوم كل عقد وقد قام الاجماع على أن المعاطاة المقصود بها الملك تفيد الاباحة الى زمان معين . ومن الواضح أن الاجماع دليل لبي ، فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن ، وهو ما إذا أمكن تراد العينين . وفي غير هذه الصورة يتمسك بعموم العام واذن فلابد للمصنف أن يعلل لزوم المعاطاة مع تلف العينين بأن المأخوذ بالمعاطاة انما تلف من ملك المالك الثاني ، فلايجوز للمالك الاول أن يرجع اليه ، اذ المتيقن من جواز الرجوع انماهو صورة الفسخ بتراد العينين وهو غير ممكن مع تلفهما .

قوله : (ومنه يعلم حكم مالو تلف احدى العينين أو بعضها على القول بالملك) أقول : حاصل كلامه : أنه لاشبهة فى لزوم العقد مع تلف احدى العينين على القول

بالملك ، لأن جواز المعاطاة إنما يبقى مع امكان تراد العينين ، والمفروض أن احداهما قد تلفت ، وإذن فتصير المعاطاة لازمة .

أما على القول بالاباحة فربما يتوهم أن الأصل هنا عدم اللزوم ، لأن الأصل أن سلطنة مالك العين الموجودة باقية على حالها . ولكن هذا التوهم فاسد ، إذ الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمة المالك المزبور عن مثل العين التي تلفت عنده وعن قيمته وعليه فهذه المعارضة معارضة بالعرض ، لا معارضة بالذات . ودعوى ثبوت الضمان هنا لقاعدة الضمان باليد دعوى جزافية ، ضرورة أن اليد هنا ليست بيد ضمان ، لا قبل تلف العين ولا بعده .

نعم يمكن أن يقال : إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة ، لأن الشك في الضمان مسبب عن الشك في السلطنة ، ومن الظاهر أنه لا مجال لجريان الأصل المسببي مع جريان الاصل السببي .

وأضف الى ذلك : أن مالك العين الموجودة ضامن ببدل العين التالفة جزماً . وإنما الاختلاف في أن البدل المضمون هل هو البدل الحقيقي ـ : أعني به المثل أو القيمة ـ أو البدل المسمى ـ : أعني به العين الموجودة ـ وعليه فلا تجري هنا أصالة عدم الضمان لكي يتوهم تعارضها بأصالة بقاء السلطنة ، بديهة أن أصالة براءة الذمة مخالفة للعلم الاجمالي بالضمان ومن البين أن العلم المذكور مانع عن جريان أصالة براءة الذمة . وإذن فتصبح أصالة بقاء السلطنة سليمة عن المعارض .

ويضاف الى ذلك كله : أن عموم دليل السلطنة كما يقتضي تسلط مالك العين الموجودة على ماله : بأن يأخذه من صاحبه . كذلك يقتضي تسلط مالك العين التالفة على ماله : بأن يأخذ بدله الحقيقي ـ من المثل أو القيمة ـ من الطرف الآخر . وعلى هذا فلا يختص دليل السلطنة بطرف واحد ، بل يجري ذلك في كلا الطرفين . وحينئذ فلا مجال للتمسك بالدليل الفقاهي ـ : أعني به استصحاب براءة الذمة عن المثل والقيمة

ـ مع وجـــود الدليل الاجتهادي ـ : أعني بـــه دليل السلطنة ـ انتهى ملخص كلام المصنف .

وفيه مواقع للنظر والمناقشة ويتضح لك ذلك فى ضمن أسئلة وأجوبتها :

١ ـ أن اليد الموضوعـــة على المأخوذ بالمعاطاة ـ على القول بالاباحة ـ هل توجب الضمان ؟ .

الظاهر : أن اليد هنا يدضمان ، ضرورة أن المعاطاة وإن كانت مفيدة للاباحة إلا أن الأخذ والاعطاء فيها ليسا بمجانيين ، بل فى مقابل العوض المسمى . وعليه فاذا تلفت احدى العينين وبقيت الاخرى كانت العين الباقية بدلا جعلياً عن العين التالفة ومن هنا قدالتزم المصنف ـ عند البحث عن كلام بعض الاساطين ـ بالضمان المعاوضي في المأخوذ بالمعاطاة ، وانما التزم بذلك من ناحية الجمع بين الأدلة وإذا لم تكن العين الباقية بدلا جعلياً عن العين التالفة وجب الخروج عن عهدتها باعطاء المثل أو القيمة .

نعم لاتكون اليد موجبة للضمان في موردين :

الأول : أن يسلط المالك غيره على التصرف في ماله مجاناً وبلاعوض ، فتلف المال عند المتصرف ، فان اليد هنـا ليست مضمنة ، لان المالك قد ألغى احترام ماله بتسليط غيره عليه بلاعوض . وهذا هو الحجر الاساسي للقاعدة المعروفة : وهي كل مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

الثاني : أن تكون اليد يد أمانة ـ سواء في ذلك الأمانة الشرعية والامانة المالكية ـ فان يد الامانة لاتوجب الضمان ، ضرورة أنه ليس على الأمين سبيل . ولاريب أن كلا الوجهين بعيد عما نحن فيه . وإذن فلا مناص ـ في المقام ـ عن القول بالضمان ، لقاعدة ضمان اليد .

٢ ـ إذا تلفت احدى العينين وبقيت الاخرى فهل تبقى سلطنة المالك فى العين الباقية على القول بالاباحة ؟ .

لانعقل وجهاً صحيحاً لبقاء سلطنة المالك في العين الباقية على القول بالاباحة : أما على مسلكنا فلأن الادلة قد دلت على صحة المعاطاة ولزومها من أول الأمر ، وقد خرجنا عن ذلك حسب الفرض ـ من قيام الاجماع على عدم الملكية من أول الامر ـ في المقدار المتيقن وهو ما إذا كانت العينان موجودتين . أما إذا تلفت احداهما فلا إجماع على عدم الملكية في الآن المتصل بالتلف فيتمسك بتلك الأدلة ، وتثبت بها الملكية اللازمة في ذاك الآن .

أما على مسلك المصنف فلأن الجمع بين الأدلة ـ على ماصرح بـه في جواب الشيخ كاشف الغطاء رضوان الله عليه حين ماادعى أن القول بالاباحة يستدعي تأسيس قواعد جديدة ـ يقتضي الالتزام بالملكية في آن قبل تلف احدى العينين . وعلى كل حال فقد تلفت العين في ملك مالكها الثاني . وانتقل ماله الى الطرف الآخر . ومع ذلك كيف يمكن أن يلتزم ببقاء سلطنته مع ارتفاع موضوعها . بل لو قلنا ببقاء السلطنة ـ في العين الموجودة ـ للمالك الأول لزم منه الجمع بين العوض والمعوض على مسلكنا ومسلك المصنف كليهما .

بل لزم منه الجمع بين المتنافيين ، ضرورة أن الحكم بالملكية مع تلف احدى العينين يقتضي انقطاع سلطنة المالك الاول عن العين الموجودة ومن الواضح أن القول بثبوتها له مناف لذلك .

وقد انجلى لك مما بيناه : أنه لاوجه للقول باستصحاب سلطنة المالك الاول في العين الموجودة ، بداهة أن جريان الاستصحاب مشروط باتحاد الموضوع في القضية المتيقنة والقضية المشكوكة ، واذا تلفت احدى العينين استكشفنا منه دخول كل من العوضين في ملك أي من المتعاطيين . وإذن فيتعدد موضوع الاستصحاب بتعدد القضية المتيقنة والقضية المشكوكة ، ومعه لامجال للاستصحاب .

نعم إذا قطعنا النظر عن الدليل الاجتهادي كان مقتضى الأصل بقاء العين الموجودة في ملك مالكها الأول . ويترتب عليه جواز انتزاعها من يدمن هي بيده بقاعدة

السلطنة ، كما أن مقتضى الأصل بقاء العين التالفة في ملك الآخر الى زمان تلفها ، ويترتب عليه الضمان بالمثل أو القيمة .

ولكن هذا مقطوع العدم ، لأنا نعلم بأن ذمة من تلف عنده المال غير مشغولة بشيء مالم يطالبه الآخر وعليه فبقاء كل من المالين في ملك مالكه الأول معلوم البطلان واذن فـــلا مجال لاستصحاب السلطنة ، لافي العين الباقية .ولا في العين التالفة .

ومماذكرناه يظهر عدم جواز التمسك لاثبات سلطنة المالك الاول على العين الباقية بقاعدة السلطنة . وعليه فلاوجه لتمسك المصنف بها لاثبات السلطنة لكل من الطرفين ، سواء فيه مالك العين الموجودة ومالك العين التالفة . بل لو أغمضنا عماذكرناه من الجزم بثبوت الملكية للآخذ قبل التلف ـ ولو بآن ـ لم يمكن التمسك بقاعدة السلطنة في المقام ، لأن التمسك بها لاثبات السلطنة لأحد المتعاطيين أو لكليهما من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية ، فان التمسك بدليل السلطنة إنما يصح فيما إذا أحرزنا موضوع السلطنة ، وهو المال المضاف الى المالك ، ومن المحتمل خروج المال الذي انتقل الى غيره ـ ببيع ونحوه ـ عن حدود ذلك الموضوع بحيث صار موضوعاً لسلطنة المنقول اليه . وبديهي أنه مع الشك في ذلك لامجال للتمسك بدليل السلطنة . وكذلك الحال في إثبات السلطنة بدليلها في العين التالفة . وعليه فان جرى استصحاب الملكية ترتب عليه جواز رجوع المالك بماله وإلا لم يمكن التمسك بقاعدة السلطنة لاثبات جواز الرجوع ، لأن الشبهة مصداقية .

٣ ـ أن أصالة بقاء السلطنة على تقدير جريانها هل تكون حاكمة على أصالة البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمة ؟ .

ذهب المصنف (ره) الى ذلك . ويمكن تقرير الحكومة بوجهين :

الأول : أن يقال إن الشك في ثبوت الضمان بالمثل وعدمه مسبب عن الشك في بقاء سلطنة المالك الأول وعدم بقائه ، والأصل الجاري في الشك السببي حاكم على الاصل الجاري في الشك المسببي .

الثانى : أن يقال إن الاستصحاب الجاري في طرف يتقدم على البراءة الجارية فى الطرف الآخر ، لحكومة دليل الاستصحاب على دليل البراءة ، فاذا علمنا بعدم مطابقة أحدهما للواقع ـ كما هو الحال في المقام ـ تعين العمل بالاستصحاب ، ويرتفع بذلك موضوع البراءة . وقد ذهب الى هذا جمع من المحققين .وعليه فيجري استصحاب السلطنة ، فيحكم بالضمان بالبدل الواقعي دون المسمى .

أما الوجه الأول فيرد عليه: أناذكرنا في محله أن مجرد كون أحد الأصلين سببياً والآخر مسببياً لايسوغ حكومة الأول للثاني ، بل لا بد فى ذلك أن يكون ارتفاع الثاني أو ثبوت ضده أثراً شرعياً للأول ، ومن البديهي أن عدم البراءة عن الضمان بالمثل-أوالقيمة ليس من الآثار الشرعية لاستصحاب السلطنة لكي يترتب عليه ارتفاع أصالة البراءة عن الضمان بالبدل الواقعي . وإنما الأثر الشرعي المترتب على استصحاب السلطنة هو جواز رجوع مالك العين اليها .

ومن لوازمه العقلية ضمانه بالبدل الواقعي للعين التالفة ، ضرورة قيام القرينة الخارجية على أن مالك العين التالفة لم يعطها لمالك العين الباقية إعطاء مجانياً ، ومن البديهي أن هذه الملازمة الخارجية لاتدل على ارتفاع الاصل المسببي بالأصل السببي إلا على القول بالأصل المثبت . وهذا واضح لاريب فيه

أما الوجه الثاني فيرد عليه أولا : أن دليل الاستصحاب إنما يكون حاكماً على أصالة البراءة فيما إذا كان مجراهما واحداً ، فان الواقع حينئذ يحرز بالاستصحاب فلا يبقى مجال للرجوع الى البراءة . أما إذا تعدد المجرى فلا موجب للتقديم ، فاذا علمنا إجمالا بوقوع نجاسة في الماء أوعلمنا بكون المايع الآخر بولا كان استصحاب عدم وقوع النجس فى الماء معارضاً بقاعدة الطهارة في المايع الآخر ، لأن الاستصحاب يجري ونثبت به نجاسة ذلك المايع ، والمقام من هذا القبيل إلا أن يلتزم بحجية الاصل المثبت ، فانه لامانع حينئذ من جريان الاستصحاب وحكومته على أصالة الطهارة أو أصالة البراءة .

وعليه فالعمل باستصحاب السلطنة ، وتقديمه على أصالة براءة الذمة عن الضمان منوط بحجية الأصل المثبت ، فيحكم بعدم براءة الذمة عن البدل الواقعى ، لأنه من اللوازم العقلية لبقاء السلطنة .

ثانياً : أنه يمكن قلب أصالة البراءة عن الضمان بالمثل اوالقيمة الى استصحاب براءة الذمةعن المثل أوالقيمة فانذمة مالكالعين الموجودةلم تكن مشغولة بالبدل الواقعي للعين التالفة قبل التلف ، فالاصل عدم اشتغالها بذلك بعد التلف أيضاً . وإذن فيقع التعارض بين الاستصحابين ، وبعد ذلك يرجع الى اصالة البراءة .

وعلى الجملة لم نعقل وجهاً صحيحاً لتقديم استصحاب السلطنة فى العين الموجودة على أصالة البراءة عن البدل الواقعي فى العين التالفة . نعم إذا تمسكنا فى المقام باستصحاب الملكية في كلا المالين الى زمان تلف أحدهما لم يبق مجال للتمسك بأصالة البراءة ، فان الحكم باشتغال ذمة الطرف الآخر بالمثل أوْ القيمة من الآثار الشرعية لبقاء ماتلف فى يده على ملك مالكه الأول . لكن قد عرفت مافي هذا الاستصحاب آنفاً .

وقد ظهر لك مما أوضحناه : أن أدلة صحة البيع ولزومه إنما تدل على ترتب الملكية على المعاطاة من أول الأمر . غاية الامر أنه على تقدير تحقق الاجماع لزم منه اللالتزام بالاباحة الى أن تتلف احدى العينين . وأما مع التلف فيحكم بالملكية قبله آناًما ، لعدم الاجماع حينئذ .

ولو أغضمنا عن الادلة الاجتهادية الأن استصحاب بقاء كل من المالين على ملك مالكه الاول قاض بضمان المثل أو القيمة ، ومعه لاتصل النوبة الى أصالة البراءة عن الضمان بالمثل والقية ، ولا الى استصحاب السلطنة فى العين الباقية فضلا عن جريانه في العين التالفة .

قوله : (ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة احد المتعاطيين فعلى القول بالملك

يملكه من فى ذمته فيسقط عنـــه ، والظاهر انه في حكم التلف ، لان الساقط لايعود . ويحتمل العود وهو ضعيف) . اقول : قد ذكرنا سابقاً ـ عند البحث عن النقوض المتوجهة على تعريف البيع ، وعند البحث عن الحق والحكم ـ ان كل احد مالك لذمته وما فيها بالملكية الذاتية انتكونية ، لا بالملكية الاعتبارية العرضيه ، بداهة انه لامعنى للثبوت الاعتباري في موارد الثبوت التكويني ، فان الاعتبار في أمثال الموارد لغو محض وتحصيل للحاصل . وعليه فاذا ملك الانسان شيئاً في ذمة غيره فقد ملـــكه بالملكية الاعتبارية ، فاذا انتقل ذلك المملوك الى المملوك عليه ـ وهو المديون ـ تبدلت الاضافة الاعتبارية بالاضافة التكوينية . وعليه فلا مجال للقول باستحالة مالكية الانسان لما فى ذمته ولوكانت الملكية ملكية ذاتية . كما لامجال لدعوى ملك الانسان لما في ذمته حدوثاً وسقوطه بقاء إذ لوأمكن ملكه له ملكية اعتبارية حدوثاً أمكن ذلك بقاء أيضاً وعلى كل حال فالظاهر لزوم المعاطاة حينئذ من أول الامر ، وذلك للعمومات الدالة على لزومها . وقدخرجنا عن ذلك بالاجماع ولكنه ـ على تقدير تسليمه ـ مختص بما إذا أمكن التراد ، وهولايمكن مع فرض كون أحدالعوضين ديناً وبذلك يظهر أنه إذا كان أحد العوضين ديناً ـ ولوكان على ذمة غير المتعاطيين ـ حكم بلزوم المعاطاة من أول الأمر .

قوله : (والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالاباحة فافهم) أقول : ربما يتوهم من ظاهر عبارة المصنف أنه إذا كان أحـد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين حكم بلزوم المعاطاة على القول بالاباحة ، كما حكم بلزومها أيضاً على القول بالملك .

ولكن هذا التوهم فاسد ، بداهة أن كون الاباحة موجبة لسقوط مافي الذمه من الدين لا يزيد على التلف الحقيقي ـ على القول بالاباحة ـ وقد عرفت قريباً أن المصنف لم يلتزم باللزوم في فرض التلف الحقيقي ـ على القول بالاباحة ـ بل التزم بجريان اصالة السلطنة فى العين الباقية والرجوع الى البدل الواقعي فى العين التالفة . والمظنون قوياً أن غرض المصنف من تنزيل القول بالاباحة ـ هنا ـ على القول بالملك هو أن الاباحة

توجب سقوط الدين . كما أن التمليك يوجب سقوطه .

وقد ناقش فيه شيخنا الاستاذ بان (إباحة الدين على من هو عليه لايستلزم السقوط ، لان كون الدين مباحاً لمن عليه الدين معناه أنه تجوز له التصرفات فيه باسقاطه عما في ذمته والمصالحه عليه وسائر أنحاء التصرفات الجائزة على القول بالاباحة فيرجع مالك مافي الذمة الى ملكه الذي أباحه لمن عليه ، لعموم الناس مسلطون وسائر الأدلة) .

ثم أجاب عن هذه المناقشة بأن (الاباحة التي هي محل البحث في باب المعاطاة ليست بالمعنى الذي حملها عليه صاحب الجواهر من أن إفادة المعاطاة الاباحة إنما هو فيما إذا كان قصد المتعاطيين الاباحة ، بل المراد منها التسليط المالكي على التقريب المتقدم ، فاذا أوجدا مصداق التسليط فلا فرق بينه وبين الملك ، فكما انه لايعقل ان يتملك الانسان مافي ذمته فكذلك لايمكن ان يكون مسلطاً عليه . فنتيجة التسليط ايضاً السقوط والتلف ، والتالف لايعود) .

والصحيح ان القول باللزوم ـ فيما كان احد العوضين ديناً ـ لايتوقف على استحالة تملك الانسان لمافي ذمته ، اوسلطنته عليه ، وإلا فقد عرفت : ان مالكية الانسان لمافي ذمته بمرتبة من الامكان ، بل هي من اعلى مراتب المالكية ، غاية الامر ان قوام هذه المالكية بالاضافة الذاتية ، لا بالاضافة الاعتبارية العرضية ، وكذلك تسلط الانسان على مافي ذمته ، فانه بمكان من الامكان ، بل القول باللزوم مبني على ماذكرناه من ان الادلة قد دلت على صحة المعاطاة ولزومها من اول الامر ، فلو قلنا بالملكية ، وسلمنا الاجماع على الجواز لم نقل به في المقام ، لان المتيقن من معقد الاجماع غير ماإذا كان احد العوضين ديناً ، كما أنا لو قلنا بالاباحة من جهة الاجماع على عدم الملكية بالمعاطاة كان المتيقن من معقده غير ذلك ايضاً .

فيلتزم بالملكية وبلزومها بالمعاطاة من الاول فيما إذا كان احد العوضين ديناً

في الذمـــة ، لاستحالة تراد العينين حينئـذ ، فـــلا يشمله الاجماع القائم على الجواز أو الاباحة .

قوله : (ولو نقل العينان أو احداهما بعقد لازم الخ) أقول : إذا نقلت العينان أو احداهما بعقد لازم فلا شبهة في لزوم المعاطاة ، ضرورة أن انتقال المأخوذ بالمعاطاة الى غيره كالتلف ، سواء في ذلك القول بالملك والقول بالاباحة . وعلى هذا فلو عادت العين ثانياً الى ملك الآخذ بالمعاطاة لم يثبت بذلك حق الرجوع لمالكها الأول ، لسقوطه بنقل العين الى غيره ، فعوده اليه ثانياً يحتاج الى دليل ، وهو منفي . وكذلك الحال في سائر التصرفات المتوقفة على الملك .

وقد اتضح لك مما ذكرناه انه لافارق في لزوم المعاطاة بنقل العين الى غيره بين أن يكون ذلك بعقد لازم وبين كونه بعقد جائز (١) .

---

(١) قد يتوهم : أن تعلق حق الرجوع بالمأخوذ بالمعاطاة يخرجه عن كونه طلقاً ، وإذن فتبطل المعاملة على ذلك قبل لزوم المعاطاة . ولكن هذا التوهم فاسد ، لأن الخيار لم يتعلق بالعين ، بل إنما تعلق بالعقد . قيل :

إن جواز التراد كان ثابتاً قبل التصرف ، ونشك في سقوطه بعد التصرف الناقل مع رجـــوع العين الى المتصرف فنستصحبه . والجواب عن ذلك : أن جواز الرجوع قد سقط بنقل العين الى غيره . فلا مجال لاستصحابه . بل إنما يستصحب عدم جواز الرجوع بعد رجوع العين الى ناقله .

نعم قد وجهه بعض المحققين وإليك لفظه : (موضوع جواز التراد ما يملكه المتعاطيان ، وهذا موضوع محفوظ قبل النقل وبعد الفسخ ، وإنما الشك في أن تخلل النقل رافع للحكم عن موضوعه .

ولكن يتوجه عليه : أن الجواز في باب المعاطاة وإن كان متعلقاً بالعقد ـ كبقية الخيارات ـ إلا أنه ثابت بالاجماع . ومن الظاهر أن المتيقن منه إنما هو عدم تحقق =

أما أ تغير العين المأخوذة بالمعاطاة فهو أيضاً يوجب لزوم المعاطاة بناء على ماذكرناه من أن القاعدة تقتضي لزوم المعاطاة من حين العقد ، فلو تم إجماع فالقدر المتيقن منه هو الجواز قبل وقوع مايحتمل معه اللزوم ، وأما بعده فيتمسك باطلاق مادل على اللزوم .

أما على مسلك المصنف (ره) فلا تصير المعاطاة لازمة بذلك ، بديهة أن التغير لايتوقف على الملك لكي نلتزم به من ناحية الجمع بين الأدلة ، ونحكم بلزوم المعاطاة .

قوله : (ولو باع العين ثالث فضولا) . أقول : حاصل كلامه : أنه إذا باع العين ثالث فضولا ، وقلنا بأن المعاطاة تفيد الملكية لم يبعد أن تكون إجازة المالك الأول رجوعاً كبيعه وسائر تصرفاته المتوقفة على الملك ولكنه لايخلو عن إشكال . وإن إجازه المالك الثاني لزمت المعاطاة بغير إشكال واذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الاباحة انعكس الحكم إشكالا ووضوحا : بمعنى أنه تنفذ إجازة المالك بغير شبهة ، ولكن يتردد في نفوذ إجازة المباح له فاذا أجاز العقد الواقع على العين فضولا نفذت إجازته . وأن العين باقية في ملك المالك ، فاذا أجاز المباح له العقد الفضولي الواقع على العين لم تنفذ إجازته

= التصرفات المتوقفة على الملك ، وإلا فيسقط ذلك ، فتصير المعاطاة لازمة وعليه فلا يبقى مجال للاستصحاب ، لامن ناحية التفصيل بين ماثبت المستصحب بالدليل اللبي ، و بين غيره ، بل من ناحية عدم وجود المستصحب ، لأن موضوع جواز الفسخ هنا ليس مطلق مايملكه المتعاطيان كمازعمه المحقق المذكور . بل مايملكه المتعاطيان قبل تحقق التصرف المتوقف على الملك . وإذن فلا يبقى مجال لاستصحاب الجواز ، لانتفاء موضوعه جزماً ، سواء في ذلك القول بالاباحة والقول بالملكية وعليه فأصالة اللزوم محكمة .

و يتجلى لك مما أوضحناه أنه لافارق في سقوط الجواز وعدم عوده ثانياً بين أن يكون رجوع المالك بالفسخ بالاقالة ، و بين رجوعها بمعاملة [illegible] وهذا بين [illegible]

لأنه كغيره من الأجانب .

والتحقيق : أنه إذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الاباحة ، وأجاز المالك الأول العقد الفضولي الواقع على العين كانت إجازته رجوعاً عن المعاطاة ، لأن المفروض أن العين باقية على ملكه ، والناس مسلطون على أموالهم ، فتكون إجازته للبيع الواقع على ملكه فضولا كبيعه له بنفسه ، فيكون فسخاً للمعاطاة . ومن هنا يظهر أن له رد العقد الفضولي أيضاً ، لأنه هو المالك ، فله الاجازة والرد .

وهل يكون رده ـ على القول بالاباحة رجوعاً ـ عن المعاطاة ؟ قد يقال بعدمه نظراً الى أن رد العقد الفضولي لا يترتب عليه إلا بقاء ماله على ما كان عليه مملوكاً له . وهذا لا ينافي إباحته للمتعاطي فتبقى الاباحة على حالها .

ولكن في هذا خلطاً بين المعاطاة المقصود بها الاباحة وبين المعاطاة المقصود بها الملكية مع ترتب الاباحة عليها بالتعبد ففيما اذا أعطى المالك ماله وقصد به الاباحة لم يكن رد العقد الواقع عليه فضولا رجوعاً عن الاباحة بخلاف إجازته . وأما إذا أعطى ماله قاصداً به التمليك فهو أجنبي عن ذلك المال في اعتباره . والاباحة الشرعية مترتبة على هذا الاعتبار حدوثاً وبقاء فما دام هذا الاعتبار كان باقياً فهو أجنبي عن المال ، فليس له رد العقد الواقع عليه فرده يكشف بالدلالة الالتزامية عن رجوعه في المعاطاة وإرجاع مملوكه الى نفسه ، فكان الرد كالاجازة في أنه يكون رجوعاً عن المعاطاة .

وإن أجاز المباح له ذلك العقد الفضولي صارت المعاطاة لازمة . فان شأن الاجازة الصادرة منه شأن البيع الصادر منه . فكما أن البيع توجب لزوم المعاطاة ، كذلك الاجازة .

أما إشكال المصنف (ره) في تأثير إجازته فلعله مبني على أن الجمع بين الأدلة ـ كما أفاده قدس سره ـ يقتضي الالتزام بالملكية آناما قبل التصرف المتوقف عليها وهذا لا يتحقق في فرض الاجازة . وإنما يتحقق في فرض بيعه بنفسه ، وذلك

الصحيح أن الاجازة كاشفة لاناقلة . وعليه فلا بد من الالتزام بدخول المال المعطى فى ملك المباح له قبل البيع الفضولي آناً ما ، وهذا مناف للقول بالاباحة ، كما هو المفروض نعم لو كانت الاجازة ناقلة صحت إجازة المباح له كبيعه بلا إشكال .

ويندفع هـذا الاشكال بماذكرناه من أن القول بالاباحة لم يدل عليه دليل غير الاجماع المدعى على عدم تأثير المعاطاة فى الملكية . وإلا فالا طلاقات وافية بافادتها لها ـ كما في العقد اللفظي ـ والمتيقن من الاجماع على تقدير تسليمه إنما هو ماقبل صدور العقد الفضولي المتعقب باجازته . وأما في غيره فيتمسك بالاطـلاقات ، وتثبت بذلك الملكية من حين صدور العقد ، فيصح باجازته ، ويتنقل البدل اليه .

نعم لايؤثر رده في إبطال العقد الفضولي ، إذ المفروض أن العين باقية في ملك مالكها . وأما المباح له فليس له إلا جواز التصرف فيها دون رد العقد الواقع عليها . وإن شئت قلت : إن غاية مايترتب على رد المباح له أنـه لايضاف إليه العقد الفضولي . فتكون العين بقية على حالها من عدم تصرف المباح له فيها . وهذا لاينافى جواز تصرف المالك فيها باجازته للعقد المترتب عليها . فيكون هذا رجوعاً عن المعاملة المعاطاتية هذا كله على القول بالاباحة .

أما على القول بالملك فان أجازه المالك الثاني كانت الاجازة نافذة بلاإشكال ، لانها إجازة من المالك ، ولزمت المعاطاة ، لانتقال العين الى شخص آخر . وإن رده سقط العقد الفضولي عن قابليته للاجازة منه أومن المالك الاول ، إذ المفروض أن الرد قد صدر من المالك ، فيلغو العقد الواقع على ماله ، على هو المعروف من عدم تأثير الاجازة بعد الرد .

ولكنه مع ذلك لاتخرج المعاطاة من التزلزل الى اللزوم ، بديهة أن رده هـذا ليس إلا هدماً للعقد الفضولي ، وجعله كالعدم ، وهذا لايلازم المعاطاة بوجه . وإن أجازه المالك الاول أورده كان ذلك فسخاً للمعاطاة ، لماعرفته قريباً من دلالة الاجازة أو الرد

على رجوعه عن عقد المعاطاة والا فهو أجنبي عن إجازة العقد الواقع على ملك غيره ورده فالاجازة أو الرد كاشفة عن الرجوع بالدلالة الالتزامية .

أما إشكال المصنف في تأثير إجازته فلعله مبني على أن فسخ المالك الاول ورجوعه عن المعاطاة إنما يؤثر من حينه ، فالمبيع يرجع اليه من حين الفسخ . وهذا لا يمكن الالتزام به هنا ، فان الاجازة إذا صحت لابد من أن تكشف عن الملكية حال العقد ، والمفروض أنه لا يمكن الالتزام به هنا ، لفرض أنه لا موجب لرجوع المال الى مالكه الاول غير فسخه ، وهو متأخر عن العقد الفضولي زماناً . نعم لا بأس بالالتزام بتأثير الاجازة ـ على القول بالنقل ـ إلا أنه خلاف المبنى .

ويمكن دفع الاشكال أولا : بأنه لو تم فانما يترتب عليه عدم صحة العقد الفضولي باجازة المالك الاول ولا يترتب عليه بقاء المعاطاة على حالها وعدم انفساخها بتلك الاجازة ، ضرورة أن الاجازة ـ كما عرفته ـ كاشفة عن رجوع المالك الاول لا محالة ، سواء في ذلك تأثيرها في صحة العقد الفضولي وعدمه .

ثانياً : أن الكشف الذي التزم به المصنف (ره) هو الكشف الحكمي ، دون الكشف الحقيقي ، والكشف الحكمي نقل حقيقة . وإنما يفترق عن النقل بلزوم ترتيب ما هو الممكن من آثار الملكية السابقة من حين الاجازة . وبما أنه لا يمكن ترتيب آثار الملكية السابقة ـ حال العقد ـ من حين الاجازة فلا يحكم بترتبها . بل يحكم بترتب الملكية حال الاجازة .

ثم انه ذكر المصنف (ره) : أنه (لو رجع الاول فاجاز الثاني فان جعلنا الاجازة كاشفة لغى الرجوع . ويحتمل عدمه ، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ . ويلغوا الاجازة . وان جعلناها ناقلة لغت الاجازة قطعاً)

والتحقيق : أن الاجازة ـ على القول بالكشف ويأتي في مبحث البيع الفضولي ـ قد تكون منزلة المعرف المحض لصحة العقد الفضولي من الاول من دون دخل لها في

صحة العقد أصلا . وقد تكون دخيلة فى تأثير الانشاء السابق : إما على سبيل الشرط المتأخر . وإما على سبيل كونه قيداً على أن يكون المؤثر في الملكية هو الانشاء السابق المقيد بتعقب الاجازة .

وعلى المعنى الأول فيمكن الالتزام بأن الاجازة الصادرة من المالك الثاني ـ وإن تأخرت ـ تؤثر فى العقد الفضولي . واما رجوع المالك الاول ـ وإن تقدم ـ فلا يؤثر فى ذلك ، إذ الاجازة تكشف عن انتقال المال عن مالكه الاول الى غيره من حين العقد وحينئذ فالرجوع الصادر من المالك الأول لغو محض ، فانه رجوع بعد انتقال العين الى ثالث ، فلا موضوع له . والجواب عن ذلك :

أولا : أن هذا المعنى للكشف وإن كان محتملا فى مقام الثبوت ، ولكن لادليل عليه فى مقـــام الاثبات . بل الادلة الدالة على اعتبار الرضا في صحة العقد تـــدل على عدمه .

ثانياً : أنا لوسلمنا أن الاجازة المتأخرة معرفة لصحة العقد من دون أن يكون لها دخل فيها ، إلا أنها إنما تكون كذلك إذا صدرت من المالك الذي ينتسب إليه العقد بالاجازة ، لامن كل أحد . ومن الواضح أن رجوع المالك الاول يرفع موضوع الاجازة من المالك الثانى ، فلاتكون إجازته صادرة من المالك لكي تكون معرفه لصحة العقد من أول الامر .

وبتعبير آخر : أن الاجازة المعرفة إنما هي الاجازة التي تصدر ممن يرجع اليه أمر العين ـ التي وقع عليه العقد ـ بحيث يصح له أن يبيعها . واذافرض أنه خرج عن دائرة اختياره بفسخ المعاطاة لم تصح الاجازة لكي تكون كاشفة . وبما ذكرناه يظهر حكم مالورد المالك الاول ، ثم أجاز المالك الثاني ، حيث ذكرنا ان الرد رجوع منه في عقد المعاطاة بالدلالة الالتزامية .

وعلى المعنى الثاني فالأمر أوضح ، بداهة أن المؤثر فى تأثير الانشاء انما هو

الاجازة اللاحقة الصادرة من المالك الثاني ، لا كل اجازة ـ وإن صدرت من غير المالك ـ وقد عرفت آنفاً أن المالك الثاني قد انقطعت علاقته عن المال المعطى له برجوع المالك الاول . وعليه فلا تؤثر اجازته في انتساب العقد اليه لكي يكون مشمولا للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها . واذن فالاجازة المتأخرة الصادرة من المالك الثاني لاغية .

ثم لو رجع المالك الأول صريحاً أو بالدلالة الالتزامية ـ كما اذا أجاز العقد الفضولي أورده ـ وقارنته الاجازة من المالك الثاني فان قلنا بشمول الاجماع ـ القائم على جواز المعاطاة ـ لصورة رجوعه حال إجازة المالك الثاني فلا يبقى مجال لاجازة المالك الثاني . وان لم نقل بذلك كان رجوع المالك الاول ـ في تلك الحالة ـ لاغياً . هذا كله في حكم المثمن . وقد ظهر من جميع ماتلوناه عليك حكم الثمن أيضاً .

قوله : (ولو امتزجت العينان أو احداهما سقط الرجوع على القول بالملك ، لامتناع الترادو يحتمل الشركة وهو ضعيف . أما على القول بالاباحة فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير ، فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به) . أقول

التحقيق : أنه لاقصور في شمول العمومات ـ الدالة على لزوم المعاطاة [illegible] بها المك ـ لمحل الكلام نهاية الامر انه يحكم بجواز ها للاجماع . ومن البين الذي لاشك فيه أن الاجماع ـ على تقدير تحققه ـ دليل لبي فلابد من الاقتصار فيه على المقدار المتيقن ، وهو ماكان المأخوذ بالمعاطاة موجوداً عند الآخذ بالمعاطاة ومتميزاً عن غيره من جميع الجهات . وعليه فاذا امتزج ذلك بغيره لم نطمئن بوجود الاجماع على الجواز واذن فلابد من الحكم بلزوم المعاطاة في هذه الصورة . سواء في ذلك [illegible] الكلية . القول بالاباحة . وعلى هذا فلاوجه لما احتمله المصنف من الالتزام [illegible] المالك . كما لا وجه لاستصحاب بقاء المعاطاة على القول الاباحة [illegible] الرجوع

المأخوذ بالمعاطاة بغيره ، اذ لو أخذ أحد دهناً من بقال ـ بالبيع المعاطاتي ـ فمزجه بدهن آخر فانه لا يشك أحد في أنه ليس للآخذ ان يرده الى البائع . واحتمال أن تكون المعاطاة حينئذ لازمة من طرف المشتري وجائزة من طرف البائع بعيد غايته هذا كله فيما اذا لم يكن المزج موجباً لصدق التلف على المال المأخوذ بالمعاطاة ، والا كان الحكم باللزوم مع الامتزاج أوضح .

وقد اتضح لك مما بيناه حكم التصرف المغير للعين ، كطحن الحنطة وفصل الثوب بل دعوى السيرة المتقدمة هنا بمكان من الوضوح . واذن فلا مجال لاستصحاب جواز التراد على القول بالملك . كما لا وجه للقول بعدم اللزوم على القول بالاباحة .

قوله : (ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت ، ويسقط بالاسقاط ابتداء أو في ضمن المعاملة . بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة . وعلى القول بالاباحة نظير الرجوع في اباحة الطعام الخ) . أقول :

لا شبهة في أن جواز الرجوع في المعاطاة جواز حكمي ، كجواز الرجوع في الهبة وكجواز الرجوع في اباحة الطعام ـ كما ذكره المصنف ـ الا أن جواز الرجوع في العقود الخيارية أيضاً من قبيل الحكم ، لما عرفته في البحث عن الحكم والحق من أنه لا فارق بينهما بحسب الواقع ، بل الفارق بينهما بحسب الاصطلاح فقط باعتبار أن أي حكم كان رفعه بيد المكلف يسمى حقاً ، وما لا يكون كذلك يسمى حكماً والا فالحق أيضاً حكم شرعي غايته أنه يقبل الارتفاع باختيار المكلف له ومن الظاهر أن الجواز في البيع الخياري من هذا القبيل ، بخلاف الجواز في الهبة ، والمتبع في كل مورد هو دلالة الدليل .

ثم ان الجواز في بيع المعاطاة انما ثبت لخصوص المتعاطيين ، ولا يثبت لوارثهما والوجه في ذلك : أن العمومات الدالة على لزوم العقد تقتضي لزوم المعاطاة من أول الأمر لكونها عقداً بالحمل الشايع . ولكن الاجماع ـ على تقدير تسليمه ـ قد انعقد

على جوازها . وبما أنه دليل لبي فلا بد من الاخذ بالمقدار المتيقن منه . ومن المعلوم أن المقدار المتيقن من الاجماع هو ثبوت الجواز فى المعاطاة مادام المتعاطيان باقيين في الحياة ولا إجماع على الجواز فيما إذا مات أحـــدهما أو كلاهما وإذن فتصير المعاطاة لازمة للعمومات المزبورة وعليه فلا مجال لتوهم انتقاله الى الوارث بأدلة الارث . ولا يفرق في ذلك بين القول بأن المعاطاة تفيد الملكية أو الاباحة : أما على الاول فواضح أما على الثاني فلان الاباحة الثابتة هنا ليست إباحـــة مالكية . وإنما هي إباحة شرعية قد ثبتت بالاجماع ، فان الكلام إنما هو فى المعاطاة المقصود بها الملك . وقد انعقد الاجماع ـ على تقدير تسليمه ـ على عدم تأثيرها في الملكية ، وترتب إباحة التصرف عليها .

لـكن القدر المتيقن من ذلك ثبوت الاباحـة لنفس المتعاطيين ، وعدم ترتب الملك على المعاطاة في زمان حياتهما الى آن قبل موت أحدهما ، وحيث لا إجماع بعد ذلك فالمرجع هي الاطـــلاقات . وبذلك تثبت الملكية لهما فينتقل المال من الميت الى وارثه . وإذن فمنزلة مانحن فيه منزلة نقل العين المأخوذة بالمعاطاة الى غيره بشيء من النواقل الاختيارية فكما أن الثانى ملزم للمعاطاة ، كذلك الاول .

وأضف الى ذلك قيام السيرة القطعية على لزوم المعاطاة بموت أحد المتعاطيين ، إذ لم نر ولم نسمع الى الان رجوع الوارث الى المأخوذ بالمعاطاة بعد موت مورثه . بل إذا أراد الرجوع الى ذلك عده الناس خارجاً عن سلك العقلاء . وكذلك الحال في رجوع الحي الى ورثة الميت فيما أخذه منه بالمعاطاة ، فالسيرة كاشفة عن انتقال المأخوذ بالمعاطاة الى وارث الميت ولزومه بلا فرق بين القول بأن المعاطاة تفيد الملك ، والقول بأنها تفيد الاباحة .

وقد تبين لك مما أوضحناه أنه لو جن أحد المتعاطيين لم يجز الرجوع الى الآخر سواء فيه القول بالملك والقول بالاباحة ، فان الدليل على جواز المعاطاة إنما هو الاجماع ـ على تقدير تحققه ـ ولا نطمئن بوجوده في هذه الصورة ، بل يرجع الى أدلة اللزوم

كلا القولين وإذن فلاوجه صحيح لما أفاده المصنف من ثبوت حق الرجوع لولي المجنون على كلا القولين .

جريان الخيارات المصطلحة فى المعاطاة

الأمر السابع : في جريان الخيارات المصطلحة فى المعاطاة وعدم جريانها فيها . قد تكلمنا في ذلك اجمالا في الامر الاول ، وأوكل المصنف ـ هناك ـ البحث عن ذلك الى ما سيأتي ، وهنا موعده فنقول :

لاينبغي الشك فى عدم جريان الخيار ولاغيره من أحكام البيع على المعاطاة المقصود بها الاباحة ، إذ لا صلة بين هذا القسم من المعاطاة وبين البيع بوجه لكي تجري عليها أحكامه بل . شأن المعاطاة المقصود بها الاباحة شأن إباحة الطعام ونحوه فى الضيافات وغيرها . وهل يسوغ لأحد أن يتوهم جريان الخيارات ـ مثلا ـ فى الضيافات وأشباهها من أقسام الاباحات ؟ .

وأيضاً لاينبغي الشك فى جريان الخيار وسائر أحكام البيع على المعاطاة المقصود بها الملك إذا قلنا بافادتها الملك اللازم من أول الامر ، بداهة أنها على هذا الرأي لايقصر عن البيع اللفظي بشيء فتكون موضوعاً للأحكام الجارية عليه حذو النعل بالنعل والقذة بالقذة ، إذلا نعرف وجهاً صحيحاً لاختصاص الاحكام المزبورة بالبيع اللفظي . وإنما الاشكال فى جريان الخيار وسائر احكام البيع على المعاطاة المقصود بها الملك إذا قلنا باقادتها الملك الجائز أو الاباحة .

وقبل تحقيق ذلك لابد وأن يعلم أن الخيار على ثلاثة أقسام :

١ ـ أن يثبت فيه بالاشتراط والجعل ولو من جهة اشتراط فعل على أحد المتبائعين او اشتراط صفة فى أحد العوضين ، فان مرجع الاشتراط فى هذه الموارد الى

جعل الخيار أيضاً ، لانا لانعقل وجهاً صحيحاً لجعل الشرط في البيع إلا ثبوت الخيار فيه للمشروط له على تقدير التخلف ، بداهة أن مرجع الاشتراط إما الى توقف أصل العقد على تحقق الشرط ، أو الى توقف لزومه عليه . وعلى الاول فيلزم التعليق في العقود ، وهو مبطل للبيع إجماعاً . وعلى الثاني فلزوم العقد متوقف على الوفاء بالشرط ، والافهو جائز . وهذا هو معنى كون العقد خيارياً .

٢ ـ أن يثبت الخيار في البيع بالشرط الضمني حسب مايقتضيه بناء العقلاء والارتكاز العرفي من غير تصريح بالشرط في ضمن العقد . ومثاله : أن يشتري أحد من غيره عرضاً خاصاً بدينار مع الجهل بقيمته الواقعية فبان أنه لايسوى الا بدرهم ، فانه لاريب في ثبوت الخيار للمشتري ، للارتكاز القطعي ، وبناء العقلاء على اشتراط البيع بكون العوضين متساويين في المالية وإذا تخلف ذلك ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط الضمني الثابت بالارتكاز .

٣ ـ أن يكون الخيار ثابتاً في البيع بالدليل الشرعي التعبدي بحيث يكون البيع بنفسه وعنوانه موضوعاً لذلك الخيار تعبداً من غير احتياج الى الاشتراط الصريح في متن العقد ، أو الى الارتكاز العقلائي . وذلك كخياري الحيوان والمجلس ، فانهما ثابتان للبيع بدليل خاص تعبدي

وإذا عرفت ماتلوناه عليك فاعلم أنه لاوجه للمناقشة في جريان الخيار في القسمين الاولين على المعاطاة بناء على إفادتها الملك الجائز ، فانها بيع عرفاً وشرعاً . بل لو لم تكن بيعاً أيضاً لجرى عليها الخيار في هذين القسمين ، بداهة أن دليل ثبوت الخيار في هذين القسمين غير مختص بالبيع ، بل يعم كل معاوضة وإن لم يكن بيعاً .

وقد نوقش في جريان الخيار عليها حينئذ بأن أثر الخيار إنما هو جواز العقد ومن الواضح أن المعاطاة جائزة بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض . وعليه فجعل الخيار في المعاطاة لغو محض ، وتحصيل للحاصل . كما نوقش ـ أيضاً ـ في جريان الخيار في

بالبيع ـ كخياري المجلس والحيوان ـ على المعاطاة بأن الظاهر من دليل جعل الخيار اختصاصه بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحية هذا الخيار ، فلا يشمل المعاطاة ، لكونها جائزة بطبعها الاولي .

أما المناقشة الاولى فقد تقـــدم جوابها عند التكلم على الامر الاول ، ويأتي ـ أيضاً ـ في مبحث الخيارات .

أما المناقشة الثانية فقد تقدم جوابها ـ أيضاً ـ في الامر الاول وأضف إليه أنه إن أريـــد ـ من ظهور دليل الخيار فى الاختصاص بعقد كان مبناه على اللزوم ـ اللزوم عند المتعاقدين فلاشبهة فى أن المعاطاة أيضاً كذلك . وإن أريد من ذلك اللزوم عند الشارع فهو غير صحيح فى البيع اللفظي أيضاً ، إذ قد يجتمع خيار المجلس والحيوان ، وهما مع خيار آخر . وقداتضح لك مما أو ضحناه جريان الارش هنا أيضاً ، إذ لاقصور في شمول دليله لما نحن فيه . هذا كله على القول بافادة المعاطاة الملك .

أما على القول بافادتها الاباحة فلا مانع من ثبوت الخيار لها الذي لايختص دليله بالبيع فقط ـ كما في القسمين الاولين على ماعرفته آنفاً ـ إلا أن أثر ثبوت الخيار حينئذ ليس رجوع الملك الى مالكه الاول ، إذ المفروض أن المال بعد باق على ملكه . ولم ينتقل منه الى غيره ليرجع اليه بالفسخ ، بل أثره سقوط العقد عن قابليته للتأثير بفسخ المعاملة وعدم بقاء أحد المتعاطيين على التزامه . وقد بينا ذلك فى الامر الاول .

نعم يشكل ذلك في مقام الاثبات وإقامة الدليل ، فان دليل نفوذ الشرط يختص بالعقد الممضى شرعاً . فاذا فرضنا أن الشارع لم يمض عقد المعاطاة ، وكان كل من المالين باقياً على ملك مالكه ـ غاية الامر أنـــه أباح لكل من المتعاطيين التصرف في مال الآخر ـ فكيف يمكن القول بصحة الشرط الواقع في ضمنه بدليل وجوب الوفاء بالشرط ، أو بدليل وجوب الوفاء بالعقد بماله من القيود ؟ .

والمتحصل : أن دليل ثبوت الخيار وان لم يشمل جعل الخيار فى المعاطاة ـ بناء

على افادتها الاباحة ـ إلا أنه لا إشكال في إمكان ثبوته فيها : ويترتب عليه سقوط العقد عن قابليته للتأثير بفسخه .

وانما الاشكال في ثبوت الخيار الذي اختص دليله بالبيع .

قد يقال : بعدم ثبوت ذلك في المعاطاة ـ على القول بافادتها الاباحة ـ لعدم كونها بيعاً ، بل هي معاوضة مستقلة ، كما احتمله الشهيد الثاني في المسالك .

ويرد عليه : أنها بيع عرفي . وإمضاء الشارع لها مشروط بتحقق الملزم . وعليه فهي كبيع الصرف الذي اشترطت صحته بالقبض في المجلس فكما أن حصول الملكية في بيع الصرف متأخر عن البيع ، كذلك المعاطاة . نعم تفترق المعاطاة عن غيرها بجواز تصرف كل من المتعاطيين قبل حصول الملكية ، ولا يجوز ذلك في غيرها . والفارق بينهما إنما هو قيام الاجماع على جواز التصرف في المعاطاة . وعليه فلا مانع من ثبوت الخيار ـ المختص دليله بالبيع ـ في المعاطاة على القول بترتب الاباحة عليها دون الملك . نعم إن دليل خياري المجلس والحيوان لا يعم ما إذا لم يصح العقد شرعاً . ولم يتعلق به الامضاء خارجا . وعليه فلا يبقى مجال لثبوت مثل هذا الخيار في المعاطاة على هذا القول هذا كله قبل أن يتحقق شيء من الملزمات التي تقدمت .

أما بعد تحققه فعقد المعاطاة عقد صحيح يجري عليه خيار المجلس وخيار الحيوان فانه بيع نافذ ، فيعمه دليل الخيار الثابت فيه . ويترتب على ذلك أن غاية خيار المجلس ـ حينئذ ـ هو الافتراق عن مجلس تحقق فيه البيع بتحقق شيء من الملزمات ، كما أن مبدء الثلاثة في خيار الحيوان إنما هو حين تحققه .

وبما ذكرناه يظهر جريان الخيار الثابت في القسمين الاولين ـ أيضاً ـ على المعاطاة بعد تحقق شيء من الملزمات بل هذا أولى بالجريان ، فانها لو سلمت أنها ليست ببيع كانت معاوضة مستقلة ، وقد رتب عليها الشارع ابتداء خلاف ماقصده المتعاطيان الى زمان تحقق الملزم . ورتب عليها ماقصده المتعاطيان بعد تحقق الملزم ، ومن الظاهر

أن ذلك لايمنع عن جريان الخيار ـ الذي لم يختص دليله بالبيع ـ عليها

العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة هل يرجع الى المعاطاة أم لا

الامر الثامن : أنه لاريب في تحقق المعاطاة المصطلحة ـ التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامة ـ بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الاباحة بالفعل ، وهو قبض العينين . أما إذا حصل ذلك بالقول غير الجامع للشرائط فهل يترتب عليه مايترتب على المعاطاة ؟ .

الاقوال في المقام ثلاثة :

١ ـ القول برجوع ذلك الى المعاطاة .

٢ ـ القول برجوعه اليها إذا تعقبه القبض والاقباض .

٣ ـ القول بعدم رجوعه اليها ، بل يكون ذلك من البيوع الفاسدة . وقد أطال المصنف الكلام ـ هنا ـ ولكن الظاهر أنه لايترتب ثمر مهم على هذه الاطالة .

والتحقيق : أن حقيقة كل أمر إنشائي من الاوامر والنواهي والعقود والايقاعات متقومة بالاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي ، سواء أكان هذا المبرز فعلا من الافعال الجوارحية ، أم كان قولا . وعليه فلاوجه لتخصيص ذلك المبرز بالقول ، أو بحصة خاصة منه ، بل يعم القول والفعل كليهما . إلا أن يدل دليل خاص على اعتبار مبرز معين في صحة عقد أو ايقاع ونفوذه شرعاً ، كماهو الحال في اعتبار اللفظ في صحة عقد النكاح وفي اعتبار اللفظ الخاص في صحة الطلاق . وعلى هذا الضوء فيصح إنشاء عقد البيع وغيره بأي مبرز كان من غير أن يكون مشروطاً بصيغة خاصة فضلا عن أن تكون هذه الصيغة مشروطة بشرط لكي يتكلم في أنه إذا وقع خلل في بعض مايرجع الى هذه الصيغة من الشرائط هل تشمله العمومات والمطلقات الدالة على صحة ذلك

العقد ولزومه

ومع الاغضاء عن هذا المنهج الصحيح ، والالتزام باعتبار قيود معينة في صيغة البيع أوغيره فهل يحكم بفساد الصيغة مع الاخلال ببعض قيودها ، أم يحكم عليها بحكم المعاطاة ؟ .

التحقيق : أن مايدل على اعتبار الصيغة الخاصة في البيع ـ مثلا ـ قد يكون ظاهراً في اعتبارها في لزومه ، فيحكم بكون البيع بالصيغة الفاقدة لتلك الخصوصية بيعاً صحيحاً جائزاً ، إذ المفروض أن المشروط بتلك الخصوصية إنما هو لزوم العقد دون صحته . وعليه فان كان لدليل الاشتراط إطلاق أخذ به ، ويحكم بأن العقد الفاقد لها جائز دائماً ، كسائر العقود الجائزة ومع وجود الاطلاق لا موضوع للتمسك باستصحاب الجواز ، إذ لامجال لجريان الاصل العملي مع وجود الاصل اللفظي . وعليه فيكون الاصل في هذه المعاملة ـ التي هي مورد بحثنا ـ هو الجواز . فلا يحكم بلزومها بمايوجب لزوم المعاطاة ، لامن ناحية الجمع بين الادلة ـ كما هو مذهب المصنف ـ ولامن ناحية الأخذ بالمقدار المتيقن من دليل الجواز ـ كما هو المختار عندنا ـ بل المتبع هو إطلاق دليل الاشتراط إلا أن يدل دليل بالخصوص على اللزوم فيما اذا كان إطلاق . وأما إذا لم يكن إطلاق في دليل الاشتراط فيتمسك في غير المقدار المتيقن بعموم أدلة اللزوم في العقود ومعه ـ أيضاً ـ لاوجه للرجوع الى استصحاب الجواز ، كما كان الأمر كذلك على القول بافادة المعاطاة الملكية الجائزة .

وقد يكون مايدل على اعتبار الصيغة الخاصة ظاهراً في اعتبارها في صحة العقد ، لافي لزومه ، فيحكم بفساد العقد مع الاخلال بها ، أو بشيء من شرائطها ، وحينئذ فلا يجوز لكل من المتعاطيين أن يتصرف فيما أخذه من العوض مستنداً الى هذا العقد ، سواء اتصل به قبض وإقباض ، أم لم يحصل فيه ذلك ، فان شأن المقبوض بذلك شأن المقبوض بسائر العقود الفاسدة . ولا يقاس ذلك بالمعاملة المعاطاتية على القول بعدم

إفادتها الملك ، فان جواز تصرف كل من المتعاطيين فيما انتقل اليه إنما ثبت بالاجماع ، وبالسيرة القطعية ، ولا إجماع في محل الكلام فتحصل أن الصيغة الفاقدة للخصوصية ـ المعتبرة في ترتب الملكية ونفوذ المعاملة ـ وجودها كالعدم ، فلا يترتب عليها إباحة التصرف أيضاً .

نعم إذا كان القبض والاقباض ، لاعلى سبيل الوفاء بالعقد الفاسد ، بل على سبيل المعاملة المعاطاتية مع قطع النظر عن العقد السابق بحيث يكون الفعل مع قطع النظر عن ذلك العقد مبرزاً للاعتبار النفساني إذا كان كذلك كان ذلك مصداقاً للبيع المعاطاتي ، ويترتب عليه جميع مايترتب على المعاطاة من الاحكام والآثار ، إذ ليس من شرائط صحة المعاملة المعاطاتية أن لايسبقها عقد فاسد ومثل ذلك ما إذا رضي المالك بجواز التصرف في ماله غير مبني على العقد الفاسد ، فانه يجوز التصرف فيه حينئذ . لكن الاباحة في هذا الفرض إباحة مالكية . وأما الاباحة المترتبة على المعاطاة ـ على القول بافادتها ذلك ـ إباحة شرعية . وقد تقدم تفصيل ذلك في الابحاث السابقة . وهذان المورد ان خارجان عن دائرة حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد خروجا تخصصياً .

وعلى الجملة : إنا اذا اعتبرنا لفظاً خاصاً في صحة البيع كان الفاقد لذلك بيعاً فاسداً ، ولايجري عليه حكم المعاطاة . وأما فرض تحقق المعاطاة بالقبض والاقباض بعد فساد هذا العقد فهو أجنبي عن محل الكلام ، لأن ماهو صحيح لاصلة له بالعقد اللفظي وماهو عقد لفظي قد فسد من أصله . وكذلك الحال في فرض العلم برضا المالك بالتصرف لامن جهة الوفاء بالعقد الفاسد .

قوله : (ولايكفي فيه عدم العلم بالرجوع ، لأنه كالاذن الحاصل من شاهد الحال) . أقول : قد يناقش في المنع عن جواز التصرف مع الشك في بقاء الرضا السابق بتوهم أن استصحاب الرضا يترتب عليه جواز التصرف ما لم يعلم بارتفاعه .

ولكن تندفع هذه المناقشة بأن حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه ورضاه حكم انحلالي بحسب الافراد العرضية والطولية . وعليه فكل فرد من تلك الافراد محكوم بحرمة التصرف مالم يحرز فيه إذن المالك . ومن الواضح أن إسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر غير داخل في الاستصحاب . بل هو داخل في القياس .

وعلى الجملة : إن الاباحة الثابتة فى محل الكلام إباحة مالكية ، وهي تدور مدار الرضا في كل فرد من الأفراد العرضية أو الطولية للتصرف ، فما احرز به رضا المالك فهو . وإلا لم يجز لعموم مادل على عدم جوازه . وقد ظهر لك مما ذكرناه بطلان قياس المقام بما إذا شك في رجوع المالك في المعاملة المعاطاتية ، حيث إنه لاشك في جواز التصرف ـ حينئذ ـ على القول بافادتها الاباحة دون الملك تمسكا باستصحاب عدم الرجوع ووجه الظهور : أن الاباحة الثابتة في مورد المعاملة المعاطاتية إباحة شرعية . غايتها رجوع المالك فاذا شك في تحقق الغاية استصحب عدمه .

أما الاباحة فى محل الكلام فهي إباحة مالكية التي تدور مدار رضا المالك في كل فرد من أفراد التصرف ، فان لم يحرز في فرد لم يجز التصرف فيه ولا يمكن الحكم بجوازه مع الشك في ثبوت الجواز لفرد آخر غيره . نعم إذا كان المالك قد أذن في تصرف ما بالخصوص أو بالعموم ، وشك في بقائه ، لاحتمال رجوعه عن إذنه صح استصحاب إذنه في جواز ذلك التصرف فى ظرف الشك لكن أين ذلك من الشك فى الاذن بالنسبة الى ذلك التصرف حدوثاً الذي هو مورد الكلام والى هنا وقف القلم في مبحث المعاطاة .

وبذلك قد تم الجزء الثاني من كتابنا مصباح الفقاهة في المعاملات . ويتلوه الجزء الثالث إنشاء الله . الحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً .

فهرس الكتاب

الصفحة	الموضوع
٢	التقريظ
٣	المعاملات وحكمة البحث عن حقيقتها .
٤	المال وحقيقته .
٤	الاضافة الحاصلة بين المال ومالكه ، وحقيقة هذه الاضافة وأقسامها .
٧	الثمن ووجه اختصاصه بالنقود .
١٠	المبيع ووجه اختصاصه بالأعيان .
١٥	بحث استطرادي في تعريف الاجارة ومناقشته وجوابها .
١٦	نظرة في بيع الكلي فى الذمة .
٢٢	البيع مبادلة شيء من الاعيان بعوض فى جهة الاضافة .
٢٦	مفهوم المبادلة وعدم صدقه على البيع .
٢٧	رأي بعض مشايخنا المحققين في معنى المفاعلة وجوابه .
٢٩	الاجارة وعدم استعمالها في نقل العين .
٣١	الثمن وجواز كونه من المنافع .
٣٣	عمل الحر وجواز وقوعه ثمناً في البيع .
٣٦	نظرة فى الحقوق .
٣٨	أقسام الحقوق وأحكامها .
٤٤	الملك والحق وبيان الفارق بينهما .

الصفحة	الموضوع
٤٥	الحق والحكم وعدم وجود الفارق بينهما .
٤٨	المجعول الشرعي والشك في أنه حق أو حكم .
٥٠	مفهوم الانشاء وتعريفه .
٥٢	حقيقة البيع وتعريفه .
٥٧	أوهام حول تعريف البيع .
٧١	بحث في بعض معان البيع .
٧٩	ألفاظ المعاملات أسماء للأعم .
٨١	التمسك بالاطلاق في المعاملات .
٨٥	المعاطاة وحقيقتها .
٨٧	المعاطاة وبيان الأقوال فيها .
٩٠	الأقوال في المعاطاة ومداركها .
٩٢	مااستدل به على أن المعاطاة تفيد الملكية .
١٠٥	كلام بعض الاساطين حول المعاطاة وجوابه .
١٢٣	الاستدلال على لزوم المعاطاة بالأصل .
١٣٥	الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل السلطنة .
١٣٧	الاستدلال على لزوم المعاطاة بحرمة التصرف في مال غيره
١٣٩	الاستدلال على لزوم المعاطاة بآية التجارة عن تراض .
١٤١	الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل وجوب الوفاء بالشرط
١٤٢	الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل وجوب الوفاء بالعقد .
١٤٣	تتمة البحث عما يرجع الى لزوم المعاطاة .
١٤٦	نظرة في الاخبار المذكورة حول المعاطاة .

الصفحة	الموضوع
١٥٥	تنبيهات المعاطاة ـ اعتبار شروط البيع فيها .
١٦١	جريان الخيار في المعاطاة .
١٦٥	بيان مورد المعاطاة .
١٧٢	تميز البائع عن المشتري في البيع المعاطاتي .
١٧٥	أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين .
١٨٧	بحث في جهات .
١٨٩	أقسام الاباحة المعوضة .
١٩١	جريان المعاطاة في جميع العقود والايقاعات .
١٩٦	ملزمات المعاطاة .
٢١٩	جريان الخيارات المصطلحة في المعاطاة .
٢٢٢	العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة هل يرجع الى المعاطاة أم لا .



محمد علي التوحيدي

مصباح الفقاهة

في المعاملات

من تقرير بحث استاذنا الأعظم آية الله العظمى

السيد ابو القاسم الخوئي

الجزء الثالث

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين محمد وعترته الطيبين الطاهرين واللعن الدائم على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين وبعد فمن نعم الله تعالى ان وفق لاعداد رجال علماء بلغوا من العلم مبلغاً جعلهم حماة للدين وفي طليعتهم قرة عيني العزيز العلامة المحقق حجة الاسلام الغيور على محمد التوحيدي التبريزي دام فضله السامي فانه قد حضر ابحاثي العالية في الفقه واصول الفقه والتفسير حضور تفهم وتحقيق وقد قدم لي الجزء الثالث من كتابه (مصباح الفقاهة) فوجدته تبياناً بمجرداً البيان والغور في التحقيق والوفاء بما حققناه ودعاني له كما هو الاهل ان يتسنم دست المرجعية في الفتيا لينتفع به المسلمون وبه وليّ التوفيق

في ٦ شهر جمادى الاولى ١٣٨٧

ابو القاسم الموسوي الخوئي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة على خير خلقه محمد وآله الطاهرين ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين .

وبعد فهذا هو المجلد الثالث من كتابنا ـ مصباح الفقاهة فى المعاملات ـ الذى كتبته تقريراً لبحث سيدنا الاستاذ الزعيم الدينى الاوحد ، ورائد النهضة العلمية الأكبر ، طود العلم الشامخ ، وعلمه الراسخ ، آية الله العظمى الحاج السيد أبو القاسم الخوئى متع الله المسلمين بطول بقائه .

وقد كان للاقبال العظيم الذى حظى به المجلد الأول ، والثانى من هذا الكتاب ، والتقدير الذى نوّه به رواد العلم والفضيلة باعث قوى على مواصلة العمل ، وإجهاد الفكر إلى أن وفقنى الله تعالى لابراز هذا المجلد الثالث وتقديمه إلى الجامعة العلمية الكبرى . وأسأل الله سبحانه أن يوفقنا لنشر بقية مجلداته ويجعل عملى هذا خالصاً لوجهه الكريم ، وموجباً لرضاه الموصل إلى جنات النعيم ، إنه سميع مجيب .

النجف الأشرف — محمد على التوحيدى التبريزى

هل يعتبر اللفظ في العقود؟

قوله : (مقدمة فى خصوص ألفاظ عقد البيع). أقول: حاصل كلام المصنف رضوان الله عليه : أن اعتبار اللفظ فى البيع ، بل فى جميع العقود من الامور الواضحة ـ التى لاريب فيها ـ وذلك للاجماع المنقول والشهرة العظيمة ، مع الاشارة اليه فى بعض النصوص (١) .

ولكن المقدار المتيقن من الاجماع المزبور إنما هو تمكن المتعاقدين من اللفظ ، وإذا عجز أحدهما أو كلاهما عن التلفظ ، لخرس ونحوه لم يشمله الاجماع ، وإن كان قادراً على توكيل غيره .

وهذا التعميم ليس من ناحية أن الأصل هو عدم وجوب التوكيل ـ كما قيل ـ لأن الوجوب بمعنى الاشتراط هو الأصل فى المقام ، بل الدليل على التعميم إنما هو فحوى الروايات (٢) الدالة على عدم اعتبار اللفظ فى طلاق

---

(١) المذكورة في الجزء الثاني ص ١٥٥ .

(٢) عن ابي نصر البزنطي قال : سألت ابا الحسن (ع) عن الرجل تكون عنده المراة ، ثم يصمت فلا يتكلم ، قال : يكون اخرس ؟ قلت : نعم فيعلم منه بغض لامراته وكراهته لها ، ايجوز ان يطلق عنه وليه ؟ قال : لا ، ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت : لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟ فقال : بالذي يعرف منه من فعاله مثل ماذكرت من كراهته وبغضه لها . حسنة بابراهيم بن هاشم .

وعن يونس في رجل اخرس كتب فى الأرض بطلاق امراته ؟ قال : اذا فعل ذلك فى قبل الطهر بشهود ، وفهم عنه كما يفهم عن مثله ، ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنة . مجهولة باسماعيل بن مرار . ثم الظاهر ان يونس لم يرو هذه الرواية عن الامام (ع) بل ذكر راي نفسه فى جواب السائل . وعليه فلا تكون —

الأخرس ، لأن حملها على صورة العجز عن التوكيل حمل للمطلق على الفرد النادر

وإذا جاز للأخرس إنشاء الطلاق بغير اللفظ جاز له انشاء سائر العقود بها أيضاً ، وعليه فيحكم بلزوم العقد الصادر منه حتى المعاطاة ، ضرورة أن العمومات الدالة على لزوم العقد تدل على لزوم المعاطاة أيضاً ، لكونها مصداقاً بالحمل الشايع .

ولكن قام الاجماع على جوازها ما لم تتحقق احدى الملزمات ـ التي ذكرناها في مبحث المعاطاة ـ ومن الواضح أن المتيقن من الاجماع المزبور هو أن يكون المتعاطيان قادرين على اللفظ . أما مع العجز عن ذلك فلا علم لنا بوجود الاجماع على جواز المعاملة المعاطاتية .

ثم إن الظاهر هو كفاية الكتابة أيضاً مع العجز عن الاشارة ، لفحوى ما ورد من النص ـ الذي ذكرناه في الحاشية ـ على جوازها في الطلاق وإذا ثبت ذلك في الطلاق ثبت في غيره بالاولوية القطعية .

أما مع القدرة على الاشارة فهل هي تتقدم على الكتابة أم يجوز العكس؟ ذهب بعضهم إلى ترجيح الاشارة على الكتابة ، لصراحة الاشارة في الانشاء . ولكن في بعض الروايات ـ التي ذكرناها في الحاشية ـ ما يدل على

ـ الرواية حجة من هذه الناحية ايضاً .

وعن السكوني عن الصادق (ع) قال : طلاق الأخرس ان يأخذ مقنعتها فيضعها على راسها ويعتزلها ضعيفة بالنوفلي .

وعن ابان بن عثمان قال : سالت ابا عبدالله (ع) عن طلاق الخرساء ؟ قال : يلف قناعها على راسها ويجذبه . مجهولة بصالح بن السندي . قوله : (ع) يجذبه : يعني يجذب قناع المراة لكي يطردها عن نفسه .

فروع الكافي ج ٦ من ط ٢ باب الطلاق ص ١٢٨ .

العكس . انتهى ملخص كلام المصنف (ره) .

تحقيق المقام يقع فى نواحى شتى :

الناحية الاولى : أن الأصل الأولى فى العقود والايقاعات هل يقتضى الصحة أم يقتضى الفساد ؟ ذهب جمع إلى الأول ، وذهب جمع آخر إلى الثانى وهو الحق ، كما عليه المصنف (ره) .

والوجه فى ذلك : أن نتائج العقود والايقاعات ـ من الملكية والزوجية والعتاق والفراق ـ امور حادثة ، ومسبوقة بالعدم ، كما أن نفس العقود والايقاعات كذلك ، فاذا شككنا فى تحققها فى الخارج من ناحية بعض ما يعتبر فيها من الشروط كان الأصل عدمه وحينئذ فيحكم بفسادها .

وقد ناقش فى ذلك المحقق الايروانى بأنه لا مانع من جريان أصالة البراءة من الشروط التى يشك فى اعتبارها فى تأثير العقود والايقاعات . وقال (لا مانع من هذه الأصالة بناء على جريان البراءة فى الأحكام الوضعية ، كما يظهر من استدلال الامام (ع) بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه ، فينفى بأصالة عدم الوجوب وجوب كل خصوصية شك فيها : بمعنى عدم دخلها فى تأثير السبب . وعدم كونها من أجزاء السبب . ولا يبقى معها مجال الرجوع الى استصحاب عدم تحقق النقل والانتقال ، لأن هذا فى مرتبة السبب وذاك فى مرتبة المسبب ، والاستصحاب إنما يقدم على أصالة البراءة حيث يكونان فى مرتبة واحدة) .

وتندفع هذه المناقشة : بأن حديث الرفع وإن كان يشمل الأحكام الوضعية ـ كشموله للأحكام التكليفية ـ إلا انه لا يعم خصوص الجزئية والشرطية والمانعية ، ضرورة أن هذه الامور الثلاثة امور غير قابلة للوضع ، فلا تكون قابلة للرفع أيضاً إلا برفع منشأ انتزاعها . وعليه فاذا شك فى شرطية

شيء أو جزئيته أو مانعيته لم يجز الرجوع فيها الى البراءة.

وبيان ذلك اجمالا : أنا ذكرنا فى بحث الاستصحاب من علم الاصول أن الأحكام الوضعية على ثلاثة أقسام :

١ ـ أن يكون مجعولا بنفسه ، كالملكية والزوجية والرقية ونحوها ، فانها امور متأصلة ، أى مجعولة بنفسها ، وغير منتزعة من التكاليف الشرعية بديهة أن انتزاعها من الأحكام التكليفية وان كان ممكناً فى مقام الثبوت ولكن لا دليل عليه فى مقام الاثبات ، اذ النسبة بين الملكية ـ مثلا ـ وبين جواز التصرف ، أو عدم جوازه ، هى العموم من وجه ، لأنه قد توجد الملكية ولا يترتب عليها جواز التصرف فى المملوك ، كالأشخاص المحجورين عن التصرف فى أموالهم لسفه أو فلس أو صغر . وقد يتحقق جواز التصرف ولا توجد الملكية ، كالمباحات الأصلية ، فانها غير مملوكة لأحد ، ويجوز التصرف فيها لكل شخص . وكأولياء السفهاء والمجانين والصغار ، فانه يجوز لهم التصرف فى أموال هؤلاء المحجورين ، وليسوا بملاك . وقد يجتمعان ، وهو كثير ، واذن فلا نعقل وجهاً صحيحاً لا نتزاع الملكية من الحكم التكليفى دائماً

أضف إلى ذلك : أن المستفاد من الأدلة أن الاحكام التكليفية تترتب على الملكية والزوجية والرقية وأمثالها ترتب الحكم على موضوعه . ومن الواضح جداً أن مرتبة الموضوع متقدمة على مرتبة الحكم ، فيستحيل انتزاع الأمر المتقدم من الامر المتأخر .

ومثال ذلك: أن جواز تصرف الانسان فى ماله مستفاد من قوله(ص) إن الناس مسلطون على أموالهم (١) وحرمة تصرفه فى مال غيره بدون إذنه

---

(١) البحار ج١ ص ١٥٤ .

مستفادة من الروايات المستفيضة الدالة على ذلك (٢) ومن الضروري أن جواز التصرف أو حرمته مترتب على المال المملوك . فلا بد من فرض وجوده قبل الحكم عليه بجواز التصرف وعدمه ، بحيث يكون هذا الحكم من آثار المال المملوك ، وبديهي أنه لا يمكن الالتزام بانتزاع الملكية من آثار نفسها وهذا واضح لا ريب فيه .

٢ ـ أن يكون الحكم الوضعي راجعاً إلى الحكم نفسه ، كالشرطية والسببية والمانعية للوجوب ـ مثلا ـ فان الحكم الشرعي إذا لوحظ بالاضافة إلى شيء فاما أن يكون مطلقاً أو مقيداً بوجوده ، أو بعدمه .

لا كلام لنا في فرض الاطلاق .

أما على فرض التقييد فان كان الحكم الشرعي مقيداً بقيد وجودي فيكون القيد معتبراً في موضوعه . وعندئذ تنتزع منه الشرطية تارة ، والسببية اخرى لأن مرجعهما الى شيء واحد ، وإنما الفرق بينهما اصطلاح محض .

وان كان الحكم الشرعي مقيداً بقيد عدمي ـ كتقييد وجوب الصلاة بعدم الحيض ـ فتنتزع منه المانعية ، وإذن فالشرطية والسببية والمانعية كلها منتزعة من جعل الحكم ولحاظه مقيداً بقيد وجودي أو عدمي .

٣ ـ أن يرجع الحكم الوضعي إلى متعلق التكليف كالشرطية والجزئية والمانعية للمأمور به ، فانها منتزعة من كيفية الأمر .

وذلك لأنه إذا تعلق الأمر بالمركب من الأشياء العديدة انتزعت منه الجزئية .

وإذا تعلق بشيء مقيداً بوجود شيء آخر ـ كالأمر بالصلاة مقيدة باستقبال القبلة والستر ـ انتزعت منه الشرطية .

---

(١) قد ذكرنا هذه الروايات في الجزء الثاني ص ١٣٨ .

وإذا تعلق بشيء مقيداً بعدم شيء آخر - كتقيد الصلاة بعدم استصحاب المصلي أجزاء ما لا يؤكل لحمه في الصلاة - انتزعت منه المانعية . وإذن فالجزئية والشرطية والمانعية للمأمور به منتزعة من كيفية الأمر .

وإذا عرفت ما تلوناه عليك اتضح لك عدم جريان البراءة في الشرطية والسببية والمانعية والجزئية ، لعدم كونها مجعولة بالذات ، بل هي مجعولة بتبع منشأ انتزاعها ، وعليه فهي غير قابلة للوضع بنفسها . فلا تكون قابلة للرفع أيضاً . سواء أقلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعية ، أم لم نقل بذلك نعم ترتفع هذه الأمور باجراء البراءة في مناشيء انتزاعها ، ضرورة أنها كما تثبت تبعاً لثبوت مناشئها ، كذلك ترتفع بارتفاع مناشئها . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

أما استدلال الامام (ع) - في بعض الروايات (١) - بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه ، فهو بعيد عما نحن فيه بداهة أن صحة العقود والايقاعات بنفسها قابلة للوضع ، فتكون قابلة للرفع أيضاً بحديث الرفع ، ومن هنا يحكم بفسادها إذا صدرت كرهاً . واذن فلا وجه لقياس الصحة والفساد بالجزئية والشرطية والمانعية .

وعلى الجملة إذا كانت الجزئية أو الشرطية أو السببية من الامور الانتزاعية فهي غير قابلة للجعل إلا بجعل مناشيء انتزاعها ، وعليه فاذا شك في شرطية

---

(١) عن البزنطي عن ابي الحسن (ع) قال : سألته عن الرجل يستكره على اليمين ، فيحلف بالطلاق والعتاق ، وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك ؟ فقال : لا قال رسول الله (ص) : وضع عن امتي ما اكرهوا عليه وما لم يطيقوا ، وما اخطأوا . صحيحة .

البحار ج ٢٣ باب الطلاق ص ١٢٨ . والوسائل باب ١٢ من ابواب الايمان.

شيء للمأمور به كان ذلك بعينه شكا فى تعلق الأمر بالمقيد به ، فيدفع بأصالة البراءة . وأما الأقل : ـ أعنى به الطبيعى الجامع بين المطلق والمقيد فهو مأمور به قطعاً .

أما إذا شك فى شرطية شيء لصحة عقد أو ايقاع انعكس الأمر ، لأن ترتب الأثر ـ كالملكية ، أو براءة الذمة ـ على العقد أو الايقاع الواجد لذلك الشرط معلوم وترتبه على الفاقد مجهول . فيدفع بالأصل ، وهذا هو الفارق بين الشك فى شرطية شيء للمأمور به ، وبين الشك فى شرطيته للعقد أو الايقاع

هل يجوز التمسك بالعمومات
عند الشك فى العقود

الناحية الثانية : أنه لا شبهة فى أن مقتضى العمومات والمطلقات هو صحة العقود والايقاعات . ولكن إذا شك فى اعتبار قيد فى تلك المعاملات ـ كاللفظ مثلا ـ فهل يصح التمسك بالعمومات المذكورة لنفى ذلك القيد أم لا

الظاهر هو الأول : بديهة أن القاعدة الأولية تقتضى صحة الانشاء بكل ما هو قابل لابراز الاعتبار النفسانى ، سواء فيه الفعل واللفظ ، ولكن المغروس فى كلمات الأصحاب ، والمودع فى كتبهم هو قيام الاجماع على اعتبار اللفظ فى العقود والايقاعات . وقد ذكرنا مراراً : أن الاجماع دليل لبى فلا بد وأن يؤخذ منه بالمقدار المتيقن . ومن البديهى أن القدر المسلم من الاجماع ـ على تقدير تحققه هنا ـ إنما هو فرض تمكن المتعاقدين من الانشاء اللفظى ومع عدم التمكن من ذلك يرجع إلى القاعدة الأولية ، ويحكم بعدم اعتبار اللفظ فى العقود والايقاعات . الا مع قيام الدليل الخاص على الاعتبار المزبور ، كقيامه على اعتبار مطلق اللفظ فى عقد الزواج ، وعلى اعتبار لفظ خاص فى انشاء الطلاق .

وعلى هذا الضوء فاذا شككنا فى صحة عقد الأخرس المنشأ بالاشارة مع تمكنه من التوكيل ، أو شككنا فى صحة عقده المنشأ بالكتابة مع تمكنه من الاشارة ـ بناء على تقديمها على الكتابة ـ رجعنا الى العمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ونفوذها .

وقد ظهر لك مما ذكرناه : أن مقتضى القاعدة هو الحكم بلزوم معاطاة الأخرس ـ من حين العقد ـ حتى على القول بانها تفيد الاباحة مع التمكن من اللفظ ، وأنها لا تفيد الملكية . وذلك لعدم العلم بشمول الاجماع ـ الذى توهم قيامه على جواز المعاطاة ، أو افادتها الاباحة ـ لصورة عدم التمكن من اللفظ وهذا هو السر فى تعرض المصنف لمسألة المعاطاة هنا فى طى كلامه ، مع أنه قضى أمرها قريباً . وهذا نصه فى المقام : (ثم لو قلنا بأن الأصل فى المعاطاة اللزوم بعد القول بافادتها للملكية فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ) . واذن فلا نحتاج فى اثبات صحة عقد الأخرس الى التمسك بفحوى الروايات الواردة فى طلاقه ـ ذكرناها قريباً فى الحاشية ـ ولا الى التمسك بفحوى الرواية الواردة فى قراءته (١) نعم تلك الروايات مؤكدة للقاعدة الأولية .

وعلى الاجمال : ان مقتضى القاعدة الأولوية ، وفحوى الروايات الخاصة الواردة فى طلاق الأخرس وقراءته ، هو كفاية اشارته فى مقام الانشاء ، ما لم يدل دليل خاص على خلاف ذلك . من غير فارق بين أقسام الاشارة وكيفياتها . ولا بين ما يكون معتاداً للاخرسين ، أو للأشخاص

(١) عن السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال : تلبية الاخرس وتشهده ، وقراءته القرآن فى الصلاة تحريك لسانه وإشارته باصبعه . ضعيفة بالنوفلي . الوسائل باب ٥٩ من ابواب القراءة فى الصلاة .

الآخرين ، وبين ما لم يكن كذلك .

بل الضابطة الكلية فى ذلك : أن تكون الاشارة مفهمة للمراد بالنسبة الى نوع المخاطبين والحاضرين . ولو كان الافهام بمؤونة القرائن كما هو الشأن فى الانشاء اللفظى ، بداهة أن الأفعال والأقوال سيان فى حجية ظواهرها من ناحية بناء العقلاء ومن هنا اتضح لك جلياً : أن إنشاء الأخرس بالاشارة محكوم بالصحة ، وإن لم يفد القطع بالمراد .

اشارة الاخرس وحكمها

قد ذكرنا فى الجزء الثانى : أن البيع عبارة عن الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى وعليه فابراز الاعتبار النفسانى بالاشارة المفهمة للمراد مصداق لمفهوم البيع بالحمل الشايع ، فيكون مشمولا للعمومات ، وعندئذ لا يلزم على الأخرس أن يستحضر الصيغة اللفظية فى ذهنه ، لكى تكون إشارته اليها أولا ، وإلى مدلولها ثانياً حتى يكون ابراز ما فى النفس بتلك الصيغة الحاضرة فى الذهن . كما لا يلزم عليه أن يحرك لسانه على النهج الذى يحركه عند التكلم بالصيغة ، نعم يعتبر أحد الأمرين فى القراءة الصلاتية ، إذ المطلوب هناك قراءة نفس الألفاظ ، لا ابراز مداليلها .

وأيضاً قد ذكرنا فى الجزء الثانى - عند البحث عن أصالة اللزوم فى العقود -: أن العقد اما بمعنى العهد المطلق كما فى بعض الروايات (١) أو بمعنى العهد المشدد ، وعلى كل تقدير فالمعاملة المعاطاتية من مصاديق العقود وعليه

---

(١) عن علي بن ابراهيم فى تفسيره قال : حدثني ابي عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قوله : اوفوا بالعقود ، قال : بالعهود. حسنة بابراهيم بن هاشم .

فلا وجه لما ارتكبه بعض مشائخنا المحققين من بيان مقدمة لاستيضاح كفاية الاشارة من الأخرس ، واليك نصه : (أن الأخرس كغيره له عهد مؤكد وعهد غير مؤكد ، فالتعاطي منه في الخارج فقط كالتعاطي من غيره عهد غير مؤكد فله حكمه ، فالاشارة المفهمة الرافعة للاشتباه منه عهده المؤكد كاللفظ الرافع للاشتباه الذي يتطرق الى الفعل نوعاً عهد مؤكد من القادر) .

ثم اذا قلنا بجواز مباشرة الأخرس للعقود والايقاعات ، ولم يدلنا دليل على اعتبار اللفظ في ذلك لكي نحكم بوجوب التوكيل عليه ، فهل له أن يتصدى لذلك مخيراً في ابراز ما في نفسه ـ من الاعتبار ـ بين الاشارة ، وبين الكتابة ام يجب عليه تقديم الأول على الثاني .

ذكر بعضهم : أن الاشارة تتقدم على غيرها ، لكونها أصرح ، وذهب آخر إلى أن الكتابة تتقدم على غيرها ، لكونها أضبط . ولكن أشباه هذه الوجوه أمور استحسانية فلا يمكن الاعتماد عليها في استنباط الحكم الشرعي اذ لو سلمنا أصرحية الاشارة أو اضبطيه الكتابة ، الا أنه لا دليل على تقديم أحدهما على الآخر .

ويضاف إلى ذلك : أنه لو كانت أضبطية الكتابة موجبة لتقديمها على الاشارة لكانت موجبة لتقديمها على اللفظ أيضاً . ولم يلتزم الفقهاء بذلك . وإذن فمقتضى القاعدة هو الاكتفاء في الانشاء بكل ما يصلح لابرازما في النفس من الاعتبار ، واظهاره بمبرز خارجي ـ وإن كان بعض المبرزات أصرح من بعضها الآخر أو أضبط ـ إلا اذا ورود دليل خاص على تقديم بعضها على بعض كما يظهر ذلك من بعض الروايات (١) الواردة في طلاق الأخرس ، فان الظاهر من ذلك أن الكتابة تتقدم على الاشارة .

---

(١) كحسنة البزنطي المتقدمة في ص ٥ .

بحث في مادة الصيغة وهيئتها وترتيبها

الناحية الثالثة : فى مادة الصيغة وهيئتها وترتيبها ـ التى ينشأ بها العقد ـ وتحقيق هذه الناحية يقع فى ضمن جهات :

الجهة الأولى فى مادة الصيغة . وقد اختلفت فيها كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم ، وتشتت فيها أقوالهم ، وهى كما يلى :

١ ـ الاقتصار فى مادة الصيغة على المقدار المتيقن ، فلا يجوز انشاء العقود والايقاعات بغيره من الصيغ المشكوكة .

٢ ـ الاقتصار فيها على الألفاظ المنقولة عن الشارع المقدس والظاهر رجوع هذا الوجه إلى الوجه الأول ، فان هذا هو المقدار المتيقن مما ينشأ به العقد أو الايقاع .

٣ـ الاقتصار فيها على الألفاظ التى تعنونت بها عناوين العقود والايقاعات وأسماء المعاملات . وعليه فيجب إنشاء البيع بصيغة بعت ، وإنشاء النكاح بصيغة أنكحت وإنشاء الاجارة بلفظة آجرت . وإنشاء المصالحة بكلمة صالحت وانشاء الطلاق بجملة هى طالق ، وهكذا فى سائر العقود والايقاعات ، وإذن فلا ينعقد أى عقد أو ايقاع بغير ما عنون به هذا العقد .

٤ ـ الاقتصار فيها على الألفاظ الحقيقية ، وعليه فلا ينعقد شيء من العقود والايقاعات بشيء من الألفاظ الكنائية والمجازية .

٥ ـ أن يفرق فى الألفاظ المجازية بينما يكون مقروناً بالقرائن اللفظية فيحكم بجواز انشاء العقد به ، وبين ما لا يكون كذلك ، فيحكم بعدم جواز الانشاء به .

٦ ـ جواز الانشاء بكل لفظ يكون صريحاً فى انشاء العقد ، أو ظاهراً

فيه ولو كان ذلك بمؤونة القرائن الحالية أو المقالية .

ثم انه ذكر المصنف : أن المشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو عدم وقوع العقد بالألفاظ الكنائية . ولكنه لم يأت بشيء يطمئن به القلب وتركن اليه النفس . نعم نقل في ذلك جملة من كلمات الأصحاب .

ولكن هذه الكلمات مبنية على اجتهاداتهم وآرائهم . ومن البين الذى لا ريب فيه أن رأى فقيه لا يكون حجة على فقيه آخر . وعندئذ لابد من ملاحظة دليل المسألة ، فان كان هناك مايدل على اعتبار لفظ خاص فى الانشاء أخذ به . وإلا فمقتضى القاعدة هو انعقاد جميع العقود والايقاعات بكل ما يصلح للانشاء ، وابراز الاعتبار النفسانى ، سواء فيه الفعل والقول ، وسواء فى القول الحقيقة والمجاز ، والصريح وغيره ، وسواء فى المجاز كون القرينة لفظية وغير لفظية .

والوجه فى ذلك كله : أنه لم يرد دليل على اعتبار مظهر خاص ومبرز معين فى انشاء العقود والايقاعات الا الاجماع على اعتبار اللفظ فى صحة العقود أو لزومها ، والقدر المتيقن منه - على تقدير قبوله - انما هو مطلق اللفظ . أما اللفظ الخاص فلا اجماع على اعتباره جزماً .

ويضاف الى ذلك : أن الاجماع المنقول ليس بحجة ، لعدم كونه مشمولا لأدلة حجية الخبر . أما الاجماع المحصل فهو غير حاصل جزماً ، لعدم العلم بوجود الامام (ع) بين المجمعين . وقد تقدم تفصيل ذلك عند البحث عن المعاطاة . وحينئذ فلا بأس بانشاء العقود والايقاعات بأى مبرز من المبرزات لأنها مشمولة للعمومات والمطلقات الدالة على صحة البيع وغيره من العقود المملكة ولو كان انشاء الملكية بلفظ مجازى . وهذا واضح لا ريب فيه .

وتوضيح المقام : أن اللفظ الذى ينشأ به العقد قد يكون صريحاً فى

مدلوله ، وموافقاً لما قصده المنشىء من دون أن يتطرق اليه احتمال آخر وهذا مما لا شبهة فى صحة الانشاء به .

وقد يكون ظاهراً فى مدلوله بحسب الاطلاق مع احتمال أن يراد منه معنى آخر . وهذا كانشاء الزوجية بلفظ يحتمل الدوام والانقطاع فانه لافارق بينهما إلا بذكر الأجل وعدمه ، فاذا أهمله العاقد ـ فى مقام الانشاء ـ اقتضى اطلاقه ارادة الزوجية الدائمة .

وقد يكون ذلك من الألفاظ الكنائية أو المجازية : والمراد من الكناية هو استعمال اللفظ فى الملزوم للانتقال منه الى لازمه وحينئذ فيراد منه الملزوم بالارادة الاستعمالية ، كما أنه يراد منه اللازم بالارادة الجدية . أو أن المراد من الكناية هو استعمال اللفظ فى اللازم للانتقال منه الى ملزومه ، وعليه فيراد منه اللازم بالارادة الاستعمالية ، كما أنه يراد منه الملزوم بالارادة الجدية . وعلى كلا التقديرين فقد استعمل اللفظ فى معناه الحقيقى : ـ أعنى به الملزوم أو اللازم ـ ولكن قصد منه المتكلم تفهيم معنى آخر .

وعلى هذا الضوء فمثل زيد كثير الرماد أو طويل النجاد أو مهزول الفصيل انما استعمل فى معناه الحقيقى ولكن قصد منه المتكلم سخاء زيد ، أو شجاعته من غير أن يكون استعمال اللفظ فيه مجازاً وهذا واضح كما حقق فى محله

وإذا عرفت معنى الكناية والمجاز فاعلم : أنه إنكانت الألفاظ الكنائية أو المجازية ظاهرة فى إفادة المطلوب ظهوراً عرفياً فلا شبهه فى صحة الانشاء بهما مطلقاً : أى سواء أكان اللازم والملزوم ـ فى الكناية ـ متساويين أم لا وسواء أكان المجاز قريباً أم لا . وإن لم يكن لتلك الألفاظ ظهور عرفى فى إفادة المقصود ، وإبراز الاعتبار النفسانى ، ولم ينطبق عليها شى من عناوين العقود عرفا فلا يصح بها الانشاء أصلا .

ومن هنا تجلى لك : أنه لاوجه للفرق بين المجاز القريب والمجاز البعيد بأن يلتزم بصحة الانشاء بالأول ، وبفساده بالثانى . كما أنه لاوجه صحيح لما أفاده المصنف من الالتزام بصحة الانشاء بالألفاظ المجازية إذا كانت محفوفة بالقرينة اللفظية . وبعدم الصحة إذا كانت محفوفة بالقرينة غير اللفظية .

بل العجب منه (ره) فانه بعد ما فسر اعتبار الحقائق فى العقود باعتبار الدلالة اللفظية الوضعية . وإن كان الدال على الانشاء من الألفاظ المجازية . قال : (وهذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال ، أو سبق مقال خارج عن العقد ، فان الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين ـ وإن كان من المجازات القريبة جداً ـ رجوع عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الأقوال فى إنشاء المقاصد ، ولذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة ، ولو مع سبق مقال ، أو اقتران حال تدل على إرادة البيع جزماً) .

ووجه العجب : أن احتفاف اللفظ بالقرينة غير اللفظية لا يخرج دلالته على معناه عن الدلالة اللفظية ، بديهة أن الدلالة اللفظية عبارة عن انفهام المعنى من اللفظ ، سواء أكانت حيثية الدلالة مكتسبة من القرائن ـ لفظية كانت أو غيرها ـ أم كان اللفظ بنفسه دالا على المقصود فانه على كلا التقديرين تنسب الدلالة إلى اللفظ ، فتكون الدلالة لفظية .

وليس فى الالتزام بصحة ذلك أية منافاة لما بنى عليه من اعتبار اللفظ فى صحة العقد ، أو فى لزومه . وكيف يقاس ذلك بما إذا كان الانشاء بغير اللفظ ، وكانت القرينة الدالة على إرادة البيع منه هى اللفظ .

نعم يمكن أن يكون مراد المصنف (ره) من العبارة المزبورة : أن الفقهاء رضوان الله عليهم قد تسالموا على بطلان الانشاء بلفظ لا يكون ظاهراً فى المعنى الذى قصده المنشىء ، بل يعد استعماله فيه عند أهل العرف من

الأغلاط ولكن المنشىء يفهم مراده بالقرائن الحالية أو المقالية فان مثل هذا خارج عن المتفاهم العرفى ، فلا يصدق على المنشاء بذلك عنوان العقد ، لكى يكون مشمولا للعمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود ونفوذها .

وذلك كانشاء الزوجية بمثل ملكت ، وآجرت ، وكانشاء التمليك بمثل زوجت ، وأبحت ، وأشباه ذلك ، وهذا المعنى وإن كان صحيحاً فى نفسه ، إلا أنه بعيد عن سياق عبارة المصنف .

ثم إن الأعجب من ذلك : أنه (ره) قد منع عن جواز الانشاء بالألفاظ المشتركة مع احتفافها بالقرائن الحالية ، كانشاء البيع بالتمليك المشترك بينه وبين الهبة ، مع أنه ليس بمجمل ، ولا مجاز ، ولا كناية ، بديهة أن الظهور العرفى قد تم فيه من جميع الجهات .

وعلى الاجمال : إن الميزان الكلى فى صحة إنشاء العقود والايقاعات إنما هو صدق عنوان العقد أو الايقاع على المعنى المبرز بأى مبرز ، وعليه فلا وجه لتخصيص ذلك المبرز بلفظ دون غيره ، فضلا عن تخصيصه بلفظ خاص إذ لا دليل على اعتبار الصيغة فى العقود والايقاعات على وجه الاطلاق .

نعم قد ادعى الاجماع (١) على اعتبار اللفظ فى النكاح وأوجب هذا الاجماع افتراق النكاح عن غيره من العقود ، حيث يجوز إنشاؤها بكل من القول والفعل ، أما النكاح فلا يجوز إنشاؤه إلا باللفظ . كما أن جملة من

---

(١) عن الحدائق : اجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على الايجاب والقبول اللفظيين .

وقال المصنف فى كتاب النكاح : اجمع علماء الاسلام ـ كما صرح به غير واحد ـ على اعتبار اصل الصيغة فى عقد النكاح ، وان النكاح لا يباح بالاباحة ، ولا بالمعاطاة ، وبذلك يمتاز النكاح عن السفاح ، لأن فيه التراضي ايضاً غالباً .

الروايات (١) قد دلت على اعتبار لفظ خاص فى الطلاق .

بحث في ألفاظ الايجاب وفي الانشاء ببعت

قوله : (إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الايجاب والقبول : منها لفظ بعت فى الايجاب) . أقول : لا شبهة فى أن لفظ بعت وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء ، وأنه مشترك لفظى بينهما - كما صرح به أهل اللغة كافة - إلا أن كثرة استعماله فى البيع فقط توجب انصرافه اليه عند الاطلاق ، بلا احتياج فى ذلك إلى القرائن الحالية أو المقالية ، وعند ئذ لا بأس بانشاء البيع بلفظ بعت .

وذكر السيد فى حاشيته ما هذا لفظه : (يمكن أن يقال : إنه مشترك معنوى بين البيع والشراء . . . فيكون بمعنى التمليك بالعوض أعم من التصريح كما فى البيع ، أو الضمنى كما فى الشراء) .

ويتوجه عليه : ما ذكرناه آنفاً من أن لفظ بعت من الأضداد ، وأنه مشترك لفظى ، وليس بمشترك معنوى .

أضف اليه : أن التمليك الضمنى خارج عن حدود البيع ، وقدعرفته فى البحث عن تعريف البيع .

هل يجوز انشاء البيع بشريت

قوله : (ومنها لفظ شريت) . أقول لاريب فى جواز إنشاء البيع بلفظ شريت ، لتصريح أهل اللغة (٢) بأنه موضوع للبيع تارة ، وللشراء اخرى ، فيكون من الأضداد . بل قيل : ان لفظ الشراء لم يستعمل فى

---

(١) المروية فى الوافي ج ١٢ باب ١٦١ . ص ١٥٥ !

(٢) فى القاموس وغيره شراه ويشريه : ملكه بالبيع وباعه كاشتراه وهما ضدان .

القرآن الكريم ، الا فى البيع ، وهو كذلك كما يظهر لمن راجع القرآن العظيم مراجعة تامة .

ثم إن المصنف مع اعترافه بما ذكرناه ناقش فى جواز الانشاء بلفظ شريت ، وقال : (ربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفاً فى البيع ، وكونه محتاجاً إلى القرينة المعينة ، وعدم نقل الايجاب به فى الأخبار ، وكلام القدماء ولا يخلو عن وجه) .

وتندفع هذه المناقشة بأنا لم نفهم معنى محصلا لهذا الكلام بعد الاعتراف بأن لفظ شريت لم يستعمل فى القرآن المجيد إلا فى البيع ، لأنا لا نسلم وقوع الاستعمالات العرفية على خلاف الاستعمالات القرآنية .

ولو سلمنا ذلك ولكن لا نسلم تقديم الاستعمالات العرفية على الاستعمالات القرآنية . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

هل يجوز انشاء البيع بملكت

قوله : (ومنها لفظ ملكت بالتشديد) . أقول : لا ريب فى صحة وقوع البيع بكلمة ملكت مشددة ، بل استظهر المصنف من نكت الارشاد الاتفاق على ذلك ، بل الظاهر أن مفهوم التمليك بالعوض يتحد مع مفهوم البيع ، وإنما الفرق بينهما بالبساطة والتركيب ، وبالاجمال والتفصيل ، حيث إن لفظ البيع ببساطته يدل على تبديل مال بمال ، ولفظة التمليك بالعوض تدل مركبة على ذلك .

كما أن لفظ الانسان يدل على الجنس والفصل دلالة إجمالية ، ولفظى الحيوان والناطق يدلان عليهما دلالة تفصيلية .

وعلى هذا الضوء فقول المنشىء بعت هذا بهذا تصريح بمصداق العوض ـ الذى كان مكنونا فى لفظ بعت ـ لا أنه قيد زائد مذكور فى الصيغة .

وقد يتوهم أن لفظ التمليك مشترك معنوى بين البيع والهبة ، ومن الواضح أنه لا يصح الانشاء بالألفاظ المشتركة معنى .

ولكن هذا التوهم فاسد ، بديهة أن التمليك المطلق وإن كان جامعاً بينهما ، الا أن تقييده بالعوض يقطع الاشتراك ، ويخصه بالبيع فقط ، لأن حقيقة الهبة متقومة بالتمليك المجانى ، وانما يؤخذ فيها العوض بعنوان الاشتراط . ومن الضرورى أنه لم يدل دليل على بطلان انشاء البيع بالألفاظ المشتركة معنى ، مع قيام القرينة على التعيين .

ومن هنا قيل : إن ايجاب البيع بكلمة ملكت بالعوض أصرح من إيجابه بكلمة بعت ، ضرورة أن البيع موضوع للنقل بالعوض ، وحينئذ فى مقام الانشاء بلفظ بعت لابد من تجريده من العوض لكى لا يكون ذكر العوض تكراراً ، أو يتكلف بجعله تفصيلا لما اجمل فى مفهوم البيع .

وعلى هذا فلا وجه لما ذكره بعض مشائخنا المحققين ، وحاصل كلامه : أن التمليك له حصص كثيرة :

١ ـ تمليك عين بعوض . ويسمى هذا بيعا .

٢ ـ تمليك منفعة بعوض . ويسمى هذا اجارة .

٣ ـ التمليك المجانى . ويسمى هذا هبة .

ومن البين أن لفظ البيع إنما وضع لحصة من طبيعى التمليك الذى يتحصص بتعلقه بالعين بمقابلة شىء لا أنه موضوع لمجموع التمليك بالعوض بحيث يكون قيد العوض مأخوذاً فى مفهوم البيع . انتهى ملخص كلامه .

ثم قال المصنف نصا : (قد عرفت سابقا أن تعريف البيع بذلك

تعريف بمفهومه الحقيقى ، فلو أراد منه الهبة المعوضة ، أو قصد المصالحة بنى صحة العقد به على صحة عقد بلفظ غيره مع النية . ويشهد لما ذكرنا قول فخر الدين ـ فى شرح الارشاد ـ : ان معنى بعت فى لغة العرب ملكت غيرى)

وناقش فيه السيد ، واليك نصه : (لا فرق بين الهبة المجانية والمعوضة فى كونهما من التمليك حقيقة ، وانما الفرق ذكر العوض وعدمه ، فدعوى أن استعماله فى خصوص الهبة المعوضة مبنى على صحة عقد بلفظ غيره ، كما ترى . نعم فى المصالحة يمكن أن يقال بالابتناء المذكور ، لعدم دلالة لفظ ملكت على معنى المسالمة المعتبرة فى حقيقة الصلح فتدبر) .

ولكن الظاهر :أن السيد لم يصل الى غرض المصنف فان الظاهر أن مراده ـ من كلامه المتقدم ـ : أن مفهوم التمليك بالعوض يساوق مفهوم البيع وعليه فاذا أنشئت به الهبة ـ التى هى متقومة بالتمليك المجانى ـ توقفت صحتها على جواز إنشاء العقود بغير ألفاظ عناوينها ، وكذلك الكلام فى انشاء البيع بصيغة وهبت

والذى يدل على أن مراد المصنف هو ما ذكرناه : ماذكره قبل عبارته المتقدمة ، وهذا نصه : (وما قيل من أن التمليك يستعمل فى الهبة بحيث لا يتبادر عند الاطلاق غيرها . فيه : أن الهبة انما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض ، لا من مادة التمليك ، فهى مشتركة معنى بين ما يتضمن المقابلة ، وبين المجرد عنها ، فان اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبى البيع ، وان تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكية المجانية) . ثم ساق العبارة المتقدمة .

وعلى هذا فشأن انشاء الهبة بصيغة ملكت بالعوض شأن انشاء العقود المعاوضية بل غيرها بصيغة سالمت ، أوصالحت ، وبالعكس ، لأن مفهوم الصلح وإن كان يتفق مع العقود المعاوضية وغيرها ، الا أن صدق مفهوم الصلح دليلا

من قبيل صدق الكلى على مصاديقه .

ومن المعلوم أنه لا يمكن انشاء مفهوم الصلح : - أعنى به التسالم على أمر - إلا بلفظ سالمت ، أو صالحت ، لا بلفظ البيع ، ولا التمليك ، ولا الشراء ، ولا شبهها ، بديهة أن المنشأ بهذه الألفاظ ليس عنوان المصالحة والمسالمة .

نعم توجد حقيقة المسالمة ومصداقها عند تحقق أى عقد من العقود، كما أن عناوين سائر العقود لا تنشأ الا بألفاظها ، لا بألفاظ أخرى ، الا على القول بجواز انشاء العقود بغير ألفاظ عناوينها .

هل يجوز انشاء البيع باشتريت

قوله : (وأما الايجاب باشتريت) . أقول : فى مفتاح الكرامة (أنه قد يقال : انه يصح الايجاب باشتريت . كما هو موجود فى بعض نسخ التذكرة).

وقد استظهره المصنف من عبارة كل من عطف على بعت وملكت لفظ شبههما ، أو لفظ ما يقوم مقامهما ، بدعوى أن المعطوف يعم شريت واشتريت كليهما ، بديهة أن إرادة خصوص شريت من المعطوف المزبور بعيد جداً ، كما أن ارادة ما يقوم مقامهما فى سائر اللغات للعاجز عن العربية أبعد .

قوله : (لكن الاشكال المتقدم فى شريت أولى بالجريان هنا ، لأن شريت استعمل فى القرآن الكريم فى البيع ، بل لم يستعمل فيه إلا فيه ، بخلاف اشتريت) .

أقول : قد نوقش فى هذا الكلام بأن كثيراً من المفسرين قد صرحوا

باستعمال لفظ الاشتراء فى البيع فى قوله (تعالى) : بئسما اشتروا به أنفسهم أن يكفروا بما أنزل الله (١) .

بدعوى : أن البيع والشراء إزالة الملك إلى غيره بعوض يتعاضه منه ، ثم استعمل ذلك فى كل معتاض من عمله عوضا . سواء أكان ذلك العوض خيراً . أم كان شراً .

وعليه فاليهود لما أو بقوا أنفسهم وأهلكوها بكفرهم بمحمد (ص) سجل الله تعالى عليهم الذم والتوبيخ ، وقال : بئسما اشتروا به أنفسهم : أى بئس شيئاً باعوا به أنفسهم ، ورضوا به عوضاً عن أنفسهم ، حيث ألقوها فى المهلكة الأبدية ، والعذاب الدائم .

وتندفع هذه المناقشة : بأن الازراء والتوبيخ - فى الآية الكريمة - ليس على كل واحد من اليهود ، مع قطع النظر عن غيره ، لكى يتوهم : أنه لا معنى لنسبة الاشتراء اليهم إلا بارادة البيع ، وأن كل فرد منهم قد باع نفسه بالكفر والزندقة والالحاد .

بل الازراء والتوبيخ راجع إلى جميعهم بلحاظ معاملة بعضهم مع بعض حيث اشترى جمع منهم دين جمع آخر منهم بثمن بخس ، فصار كل واحد منهم بائعاً من جهة ، ومشترياً من جهة اخرى . وحين ذاك فلا دلالة فى الآية الكريمة على إرادة البيع من الاشتراء بل يمكن أن يراد من لفظ الاشتراء فيها معناه المتعارف .

وتوضيح ذلك إجمالا : أن عوام اليهود قد عرفوا علماءهم بالكذب الصريح ، وأكل الحرام ، وتغيير الأحكام وتحريفها عن وجهها بآرائهم المرجفة ، وأهوائهم الفاسدة ، وأفكارهم المضلة .

وعرفوهم بالأقوال الكاذبة ، والأعمال الخبيثة ، والبضاعة الزهيدة

(١) سورة البقرة ٢ ، الآية : ٩٠ .

وعرفوهم بالتعصب الشديد ، والتغالب والتكالب على حطام الدنيا وزخرفها ، وبالجرأة على هتك حرمات الله وعرفوهم بغير ذلك من الصفات الخبيثة ، والاخلاق الرذيلة .

ومع ذلك فوضوا اليهم دينهم ، وأخذوا منهم أحكامهم ونبذوا الحق وراء ظهورهم . وليس عملهم هذا إلا أن هؤلاء العوام من اليهود قد باعوا أنفسهم من علمائهم بما ينالونه منهم من التحابب والتوادد ، والتمشى معهم حسب ميولهم وأهوائهم ، والزلفة اليهم وإلى شياطينهم .

أما علماؤهم فقد تجلى لهم الحق ، واتضحت لهم بنوة محمد (ص) ، ومع ذلك باعوا أنفسهم من عوامهم بما ينالونه منهم من التعظيم والاكرام ، وحفظ كيانهم وزعامتهم ، ورئاستهم ، فعاندوا الحق ، وجحدوه .

وإذن فأصبح اليهود قد أقاموا السوق السوداء ، وأنفقوا عليها من دينهم وأنفسهم وأموالهم ، حتى احتشدت فيها البضائع الزائفة ، ووضعت فيها الأراجيف التى شوهت وجه التاريخ ، ففى هذه السوق السوداء قداشترى عوامهم أنفس علمائهم بثمن بخس . واشترى علماؤهم أنفس عوامهم بعوض زهيد . وإذن فلفظ (اشتروا) لم يستعمل ـ فى الآية الكريمة ـ إلا فى معنى الابتياع فقط .

وذكر شيخنا الاستاذ : أن الاشتراء من الافتعال ، ومن الواضح أن باب الافتعال انما هو للقبول والمطاوعة ، وعليه فلا يناسب استعماله فى الايجاب ، بل يختص استعماله بالقبول فقط . أما أخذه بمعنى شريت كأخذ اكتسبت بمعنى كسبت فهو على خلاف ما وضع له ، أو على خلاف الظاهر من محاورات أهل العرف ، ومحادثاتهم .

ويرد عليه : أن الاشتراء وان كان من الافتعال ، وقد استعمل فيه

مفهوم المطاوعة . ولكن هذه المطاوعة ليست مطاوعة لفعل غيره بل المراد من ذلك انما هو مطاوعة الذات للمبدء . سواء أكان المبدء صادراً من نفس الذات ـ كالاتجار والاكتساب والاحتطاب ـ أم كان صادراً من شخص آخر كالابتياع والاتهاب وأشباه ذلك .

وعلى هذا فلفظ اشتريت ان ذكر فى الايجاب فتتخذ الذات المبدء من نفسه ، ويدل على تمليك البائع ماله لغيره بعوض معلوم . وان ذكر فى القبول فتتخذ الذات المبدء من غيره ، ويدل على تملك مال غيره بعوض معلوم فيصير بذلك مصداقاً للقبول الحقيقى .

وعليه فايجاب البيع بلفظ اشتريت مناسب لمفهومه اللغوى لاستعماله فيه لغة (١) بلا احتياج الى ابتناء ذلك على كونه من الأضداد ، كما توهم .

ودعوى : أنه لا يجوز انشاء الايجاب به لعدم تعارفه بين الناس دعوى جزافية ، لأن مجرد عدم تعارف الانشاء به لا يمنع عن ذلك ، بعد صحة استعماله فى البيع لغة .

ثم إنه اذا جاز الانشاء بلفظ اشتريت فما هو المائز بين استعماله فى الايجاب وبين استعماله فى القبول .

قال المصنف : ان (دفع الاشكال فى تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه ايجاباً إما بناء على لزوم تقديم الايجاب على القبول ، وإما لغلبة ذلك غير صحيح ، لأن الاعتماد على القرينة الغير اللفظية فى تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه) .

ويتوجه عليه : ما ذكرناه سابقاً من صحة الانشاء بكل ما يصح أن

(١) فى القاموس : كل من ترك شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه . ومنه اشتروا الضلالة بالهدى .

ان يكون مبرزاً لما فى النفس من الاعتبار وان كانت مبرزيته بما يقترن به من القرائن الحالية أو المقالية .

نعم ادعى الاجماع على اعتبار اللفظ الصريح فى صحة الانشاء ولكن المتيقن منه ـ على تقدير تسليمه ـ إنما هو اعتبار الصراحة فى اللفظ لأجل دلالته على تعين عقد خاص ، وتميزه عما عداه من العقود ، لا من حيث تميز ايجاب كل عقد عن قبوله .

ما هى ألفاظ القبول ؟

قوله : (وأما القبول الخ) . أقول : لا شبهة فى جواز القبول بلفظ قبلت ورضيت وتملكت وملكت مخففاً واشتريت وابتعت وشريت ولا يضر الاشتراك اللفظى فى بعض هذه الألفاظ مع قيام القرينة المقالية أو الحالية على تعيين المراد . وهذا واضح لاخفاء فيه . وأما أمضيت وأنفذت وأجزت فذكر المصنف فيها وجهين ولم يرجح أحدهما .

وذكر شيخنا المحقق : أن جواز القبول بهذه الألفاظ مبنى على جواز العقد بالكنايات بدعوى : (أن عنوان الامضاء والاجازة والانفاذ لايتعلق إلا بما له مضى وجواز ونفوذ . وما يترقب منه ذلك هو السبب التام ، وهو العقد لتقوم السبب المترقب منه التأثير فى الملكية بالايجاب والقبول معاً ، فلا معنى للتسبب بقوله أمضيت وأجزت وأنفذت إلا فى مثل العقد الفضولى ، لا بالاضافة إلى الايجاب فقط إلا بنحو الكناية) .

ويرد عليه : أن المعاملة الفضولية والايجاب الساذج سيان فى عدم تأثيرهما فى المنشأ مع قطع النظر عن الامضاء والاجازة والانفاذ ، ففعلية التأثير فيهما تتوقف على تحقق الاجازة والقبول فكما لا مانع من تتميم العقد

الفضولى وإضافته إلى نفسه بالألفاظ المذكورة كذلك لا مانع من قبول الايجاب بها . وعليه فيكون مضى العقد ونفوذه بنفس أمضيت وأنفذت وأجزت فى كلا المقامين . غاية الأمر أن دلالتها على الرضاء بالعقد الفضولى وبالايجاب كليهما بالالتزام ، لأن لازم إمضاء العقد أو الايجاب ، وإنفاذه وإجازته هو الرضاء به وهذا لا محذور فيه مع قيام القرينة عليه .

قوله : (أما بعت فلم ينقل إلا من الجامع (لابن سعيد)) . أقول المحكى عن جماعة من أهل اللغة هو اشتراك لفظ بعت بين البيع والشراء ، ومن هنا ذكر فى المصباح : أن البيع فى الأصل مبادلة مال بمال ، وعليه فلا محذور فى استعماله فى القبول ، غاية الأمر : أنه يتميز بينهما بالقرائن الحالية أو المقالية ، كما أن الأمر كذلك فى اشتريت ، وشريت .

ولو سلمنا اختصاصه بالايجاب - ولو بالوضع التعينى لكثرة استعماله فيه - لكان استعماله فى القبول مجازاً ، ومن الواضح أنه لا مانع عن استعمال الألفاظ المجازية فى القبول ، كما لا مانع عن استعمالها فى الايجاب .

نعم إذا كان الاستعمال على نحو يعد فى نظر أهل العرف من الأغلاط - وان كان صحيحاً بحسب القواعد العربية - لم يجز استعماله فى مقام الانشاء سواء فيه الايجاب والقبول . وقد تقدمت الاشارة الى جميع ذلك فيما سبق . ومع الاغضاء عن ذلك : أنه لم يرد فى آية ، ولا فى رواية ، ولم يذكر فى معقد اجماع لزوم توقف العقد على القبول ، لكى يباحث فى كيفية ذلك ، بل المتحصل من كلمات أهل اللغة ، والمتفاهم من محاورات أهل العرف ومحادثاتهم هو أنه لا يتحقق عنوان العقد ولا التجارة عن تراض إلا بين شخصين ، من غير نظر إلى اعتبار خصوصية خاصة فى الصيغة والمبرز .

وعليه ولو أوجد المتعاملان معاملة فى الخارج بصيغة بعت - بأن تكلم

كل منهما بهذه الصيغة فى مقام الأنشاء ـ كان ذلك مشمولا لما دل على صحة العقود ، ونفوذها من العمومات والمطلقات، اذ يصدق على المنشأ بذلك عنوان العقد ، وعنوان التجارة عن تراض بالحمل الشايع . فيحكم بصحته ولزومه وقد ذكرنا فى مبحث المعاطاة أنه إذا وقعت معاملة فى الخارج ، ولم يتميز فيها الموجب عن القابل حكم بكونها معاوضة مستقلة صحيحة ، لآية التجارة عن تراض(١) وإن لم تدخل تحت أحد العناوين المتعارفة. وهذا واضح لا ستار عليه .

وعلى الجملة : إن الحجر الأساسى ، والركن الرصين ـ فى تحقق عناوين العقود والايقاعات ، وترتب الآثار عليها فى الخارج ـ إنما هو اعتبارها فى صقع النفس ، وإظهارها بمظهر خارجى ، ولا شبهة فى أن هذا يصدق عليه عنوان العقد أو الايقاع بالحمل الشايع. فيكون مشمولا لما دل على صحة العقود ولزومها . وبعد هذا لا يهمنا البحث عن الصغريات . فأما الزبد فيذهب جفاء . وأما ما ينفع الناس فيمكث فى الأرض .

الاختلاف فى تعيين الموجب والقابل

ثم إن المصنف قد ذكر هنا فرعا ، واليك نصه بلفظه : (لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الايجاب والقبول ، ثم اختلفا فى تعيين الموجب والقابل ـ إما بناء على جواز تقديم القبول، وإما من جهة اختلافهما فى المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف ، ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع والشراء على واحد منهما) .

ويرد عليه : أنه لا وجه لاحتمال التحالف فى المقام ، ضرورة أن التحالف إنما يستقر فيما إذا ثبت لكل من عنوان البائع وعنوان المشترى

(١) سورة النساء ٤ الآية : ٣٣ .

أثر خاص ، وحكم مخصوص . ومن البديهى أنه لا يترتب أثر خاص ظاهر على خصوص عنوان البائع ، بل الأثر البارز إما يترتب على كلا العنوانين - كخيار المجلس - وإما يترتب على عنوان المشترى فقط - كخيار الحيوان - فانه - على المشهور - مختص بالمشترى .

وعند ئذ يقع النزاع فى ثبوت ذلك الأثر لأى منهما من حيث كونه مشترياً ، وعليه فيتوجه الحلف على منكر الخيار فقط . نعم قد يترتب بعض الآثار النادرة على خصوص عنوان البائع ، ولكن لا يصح معه القول بالتحالف وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

قيل : إنه ثبت فى محله أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، ومن البين الذى لا ريب فيه أن هذا الحكم الاتفاقى أثر ظاهر لعنوان البائع .

والجواب عن ذلك : أن الأثر المزبور كما يترتب على عنوان البائع ، كذلك يترتب على عنوان المشترى أيضاً . فيحكم بكون ضمان المتمن والثمن كليهما - مع التلف قبل القبض - على كل من البائع والمشترى .

وهذا التعميم ليس من ناحية أن لفظ المبيع - الذى ذكر فى النبوى الآتى - يصدق على كل من العوض والمعوض .

ولا من ناحية إلغاء الخصوصية من اللفظ المزبور ، لأجل مناسبة الحكم والموضوع .

ولا من ناحية قوله (ع) - فى رواية عقبة بن خالد الآتية - : (فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه) . بناء على أن الضمير المجرور - فى كلمة لحقه - يرجع إلى البائع .

إذ لا يرجع شىء من هذه الوجوه إلى معنى مخصص ضرورة أن

الروايتين ضعيفتا السند . وعنوان المبيع لا يصدق على الثمن . والضمير المجرور لا يرجع إلى البائع . ولا أقل من الاجمال .

بل التعميم إنما هو من ناحية السيرة القطعية ، وتحقيق المقام على وجه الاجمال : أنه قد استدل على كون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه بوجوه شتى :

١ ـ الاجماع على ذلك ، كما عن السرائر وكشف الرموز وجامع المقاصد والروضة . وعن التذكرة في باب القبض أنه لا خلاف عندنا في أن الضمان على البائع قبل القبض مطلقا ، فلو تلف حينئذ انفسخ العقد وسقط الثمن .

ويرد عليه : أن المدرك في حجية الاجماع إنما هو القطع برأي الامام (ع) ومن الظاهر أن منشأ القطع به إما العلم بدخوله بنفسه في المجمعين . وهو غير معلوم . أو قاعدة اللطف ، وهي غير ثابتة في محلها ، أو الحدس القطعي ، وهو مقطوع العدم في هذه المسألة ، وإذن فلا إجماع تعبدي في المقام لكي يكون كاشفاً عن رأي المعصوم (ع) . ونحتمل قريباً أن مستند المجمعين ـ هنا ـ هو الوجوه الآتية .

٢ ـ ما عن عوالي اللئالي عن النبي (ص) : أنه قال : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه (١) .

ويتوجه عليه : أن الحديث المذكور ، وإن كان يدل على المقصود دلالة واضحة ، الا أنه لم يذكر في كتب الشيعة الا مرسلا . وقد ذكرنا مراراً عديدة : أن الأحاديث المرسلة ليست بحجة .

ودعوى : أن ضعفه منجبر بعمل الأصحاب دعوى جزافية بداهة أن عملهم برواية ضعيفة لا يجبر ضعفها ، كما أن اعراضهم عن العمل برواية

(١) المروي في المستدرك ج ٢ باب ٩ من أبواب الخيار ص ٤٧٣ .

صحيحة لا يوجب وهنها . وقد ذكرنا ذلك فى علم الأصول مفصلا ، وأشرنا اليه فى أوائل الجزء الأول إجمالا .

٣ ـ رواية عقبة بن مالك (١) فانها ظاهرة فى أن التلف قبل القبض من مال بائعه

ولكن هذه الرواية وإن كانت ظاهرة فى المقصود ، إلا أنها ضعيفة السند ، وغير منجبرة بعمل المشهور ، لا صغرى ، ولا كبرى ، وهذا واضح لا ريب فيه .

والتحقيق أن الحكم المزبور قد ثبت بالسيرة القطعية ، لأن بناء العقلاء والمتشرعة قائم على أن التسليم والتسلم من متممات الملكية المترتبة على البيع بحيث إن العقلاء لا يرون حصول الملكية التامة قبل القبض والاقباض ، بل يرون أن الحاصل قبلهما إنما هو الملكية الناقصة ، ومن هنا يعبر عن البيع كثيراً بالأخذ والاعطاء .

ولا نقول بكون القبض والاقباض من شرائط حصول الملكية فى مطلق البيع ، لكى لا يفرق فى ذلك بين الصرف والسلم ، وبين بقية البيوع بل أقول : إن الايجاب قد أثر فى الملكية الناقصة المحدودة بالانفساح بالتلف ، كما أنها محدودة بالفسخ ـ فى البيع الخيارى ـ وإنما تصير هذه الملكية

---

(١) عن الصادق (ع) فى رجل اشترى متاعا من رجل ، واوجبه له ، غير أنه ترك المتاع عنده ، ولم يقبضه وقال : آتيك غداً إنشاء الله فسرق المتاع من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع ـ الذي هو في بيته ـ حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه مجهولة بمحمد بن عبد الله بن هلال . وبعقبة بن خالد . الكافي ج ٥ باب الشرط والخيار في البيع من كتاب المعيشة ص ١٧١ . والوافي ج ١٠ ص ٦٩ .

مطلقة و تامة ـ من جميع الجهات فى نظر العقلاء ، ولا تنفسخ بالتلف السماوى ـ بالقبض و الاقباض .

ولا ريب : أن هذه السيرة كما أنها جارية فى ناحية المبيع . كذلك أنها جارية فى ناحية الثمن أيضاً حذو النعل بالنعل والقذة بالقذة . وإذن فالحكم بأن التلف قبل القبض من مال مالكه لا يختص بالبائع ، بل يعم المشترى أيضا ، فالمتحصل أنا لا نعقل وجهاً صحيحاً لدعوى التحالف فى المقام .

نعم يمكن أن يقال : إن ذكر المصنف هنا احتمال التحالف مبنى على المسألة المعروفة فى كتاب القضاء من أن المناط فى تعيين المدعى والمنكر هل هو متعلق الدعوى ابتداءاً أم المناط فيه هو الغاية المترتبة على الدعوى .

ومثال ذلك : أنه إذا تلف مال عمرو عند زيد ، وادعى زيد أنه كان عارية ـ فلا ضمان فيه ـ وادعى عمرو أنه كان قرضاً ـ فلا بد من أداء عوضه ـ كان هذا من قبيل التداعى على المناط الأول ، ومن قبيل المدعى والمنكر على المناط الثانى . وحيث ان وضع اليد على مال غيره موجب للضمان إلا فى موارد الأمانات الشرعية أو المالكية ، فلا بد لمدعى العارية من إثبات مدعاه .

وعلى هذا الضوء فاذا كان مصب الدعوى ـ فيما نحن فيه ـ هو عنوان البائع ، وعنوان المشترى كان المورد من صغريات التداعى . فيتعين التحالف وإذا كان مصب الدعوى هو الغاية المترتبة على الدعوى كان المورد من صغريات المدعى والمنكر ، وعليه فيتوجه الحلف على المنكر . ولعل المصنف حيث لم يتضح فى نظره ترجيح إحدى الناحيتين على الناحية الأخرى فاكتفى ـ فى المقام ـ بذكر احتمال التحالف ، والله العالم .

بحث في هيئة "الصيغة"

وعدم اعتبار العربية فيها

الجهة الثانية فى هيئة الصيغة ، قد ذكر المصنف رضوان الله عليه : أن (المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين والفاضل المقداد والمحقق والشهيد الثانيان اعتبار العربية فى العقد) .

أقول : ذهب جمع كثير من أعاظم الأصحاب رضوان الله عليهم إلى اعتبار العربية فى صيغ العقود لوجوه شتى :

١ ـ التأسى والاقتداء بالنبى (ص) ضرورة أنه (ص) كان ينشىء العقود والايقاعات بالألفاظ العربية ، ومن الواضح أن فعله حجة ، كما أن قوله وتقريره حجتان .

والجواب عنه : أن النبى (ص) وإن كان قادراً على إنشاء العقود والايقاعات بأى لفظ ، وبأية لغة ، إلا أن قومه كانوا عربى اللسان ، ولم يكونوا عارفين بسائر اللغات غالباً . وحينئذ فعدم صدور الانشاءات العربية منه (ص) بغير اللغة العربية إنما هو لعدم ابتلائه بذلك . كعدم ابتلائه بذلك ـ غالباً ـ فى سائر محاوراته ومحادثاته ، وعليه فلا يكشف فعله هذا عن عدم جواز الانشاء بغير اللغة العربية .

والذى يدل على صدق مقالنا : أنه لو كانت العربية معتبرة فى صحة الانشاء لظهر لنا ذلك ، وبان ، بل صار بديهياً كالشمس فى كبد السماء ، لكثرة ابتلاء الناس بذلك ، بل كان من الوظائف اللازمة على كل متدين بدين الاسلام أن يتعلم الصيغ العربية للعقود والايقاعات ، كما أنه يجب على كل مسلم أن يتعلم ما يبتليه من الأحكام الشرعية . ومن الواضح أنه لم يذكر ذلك

فى شيء من الأدلة الشرعية .

نعم يجب التأسى بالنبي (ص) فى فعله الصادر منه على سبيل المولوية والتشريع إلا أنه بعيد عن مورد بحثنا .

٢ ـ أن عدم صحة الانشاء بالعربى غير الماضى يستلزم عدم صحته بغير العربى بطريق أولى .

ويرد عليه . أن دعوى الأولوية فى المقام ممنوعة ، إذ لا صلة بين المقامين بوجه . على أنه لا دليل على اعتبار الماضوية فى العقود. وستعرفه قريباً

٣ ـ أن مفهوم العقد لا يتحقق فى الخارج إلا بالانشاء بالألفاظ العربية وعليه فالانشاء بغيرها خارج عن حدود العقد موضوعا

والجواب عن ذلك أن العربية غير معتبرة فى مفهوم العقد بوجه، وليس عليه دليل عقلى ، ولا نقلى ، ولا شاهد عليه من العرف واللغة . بل كل ذلك يساعد على صدق مفهوم العقد على المنشأ بغير الألفاظ العربية ، فيكون مشمولا للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ولزومها .

والسر فى ذلك ما ذكرناه مراراً من أن حقيقة كل أمر انشائى ـ من الأوامر والنواهى . والعقود والايقاعات ـ متقومة بالاعتبار النفسانى المظهر بمظهر خارجى ، سواء أكان ذلك المظهر فعلا من الأفعال الجوارحية أم كان قولا وسواء أكان القول عربياً ، أم كان غير عربى وإذن فلا وجه لتخصيص المظهر بالقول ، فضلا عن تخصيصه بحصة خاصة منه . وعليه فيصح الانشاء بالألفاظ غير العربية .

نعم لو أغمضنا عن العمومات والمطلقات لحكمنا بفساد كل عقد نشك فى صحته وفساده ـ ولو كان ذلك من ناحية الشك فى اعتبار العربية فيه ـ إلا أن هذا فرض محض لا واقعية له . لما ذكرناه قريباً من أن المنشأ بغير الألفاظ

العربية عقد بالحمل الشايع فتشمله العمومات والمطلقات .

وحينئذ فليس لك أن ترجع إلى أصالة الفساد فى العقود ، لأن موردها إنما هو العقد الذى يشك فى صحته وفساده من غير أن يكون مشمولا لأدلة الامضاء وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

ثم إذا قلنا باعتبار العربية فى الصيغة وجب اعتبارها فى جميع ما هو دخيل فى حقيقة الصيغة وما هيتها ، وهذا واضح .

نعم لا بأس بذكر الشروط ـ التى اعتبرت فى العقود ـ بغير الألفاظ العربية ، لانها غير معتبرة ، فى ماهية العقود وحقيقتها ، كما أنه لا بأس بذكر متعلقات الصيغة ـ من العوض وغيره ـ بغير الألفاظ العربية ، لأن ذكر تلك المتعلقات ، وحذفها ـ مع قيام القرينة على الحذف ـ سيان ، ومن البديهى أنه إذا لم يضر حذفه بصحة العقد لم يضر ذكره بها أيضاً .

فكما لا بأس بقول القائل : بعت ، أو قبلت من دون ذكر الثمن أو المثمن ، كذلك لا بأس بقوله : بعت (اين كتاب رابده درهم) ولا نحتمل أن يكون ذكر اللفظ غير العربى مخلا بصحة العقد .

ويؤيد ما ذكرناه ما عن العلاء من أنه قال : قلت لابى عبد الله (ع) الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول : أبيعك بده دوازده ؟ فقال : لا بأس إنما هذه المراوضة ، فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة (١) .

وقد اتضح لك مما حققناه حكم العربى الملحون من حيث المادة أو الهيئة أو الاعراب ، فانه لا يصح الانشاء بذلك بناء على أن الوجه فى اعتبار العربية فى العقود هو كون العربى الصحيح متيقناً من أسباب النقل والانتقال واليه أشار المصنف بقوله : (الأقوى ذلك ، بناء على أن دليل اعتبار

(١) رواه فى الوافى ج ١٠ فى الباب ١٠٧ ص ٩٦ .

العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من أسباب النقل) وعليه فلا وجه لما ذكره السيد من أن (المتعين خلافه - : أى خلاف ماأفاده المصنف - ما لم يتغير المعنى على وجه يخرجه عن حقيقته) .

ولكن الذى يسهل الخطب هو ما بيناه مراراً من جواز الإنشاء بكل ما هو قابل لابراز الاعتبار النفسانى ما لم يدل دليل خاص على خلافه . ووقت ئذ لابد من التفصيل فى الملحون بين ما يعد غلطاً فى نظر أهل العرف -كافظ بغت بدل بعت - وبين ما لا يعد غلطاً فى نظرهم وإن كان غلطاً بحسب القواعد العربية - كاللغات الدارجة - فانه يصح الانشاء بالثانى ، لكونه صالحاً لابراز الاعتبار النفسانى دون الأول . إلا أن الاحتياط يقتضى إنشاء العقود بالألفاظ العربية الصحيحة .

هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغة؟

قوله : (هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلا بمعنى اللفظ) أقول: ظاهر كلام المصنف : أن اعتبار علم المتكلم بمعنى اللفظ تفصيلا متفرع على اعتبار العربية فى الصيغة . ومن هنا قال فى وجه ذلك : (لأن عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام ، بل يقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب ، فلا يقال : إنه تكلم وأدى المطلب على طبق لسان العرب إلا إذا ميز بين معنى بعت وأبيع ، وأوجدت البيع وغيرها) .

والتحقيق : أن اعتبار الشرط المذكور - فى الصيغة - لا يتفرع على اعتبار العربية فيها ، بل إنما هو من ناحية اخرى التى ستتضح لك قريباً .

وتفصيل الكلام فى المقام : أن الجهل بمضمون الصيغة على قسمين :

١ - أن يلتفت المنشىء إجمالا الى معنى الصيغة ولكن لا يلتفت تفصيلا

إلى وقوع أى جزء منها بازاء أى جزء من معناها ، كما يتفق ذلك غالباً فى غير العارف باللغة العربية ، فانه يلتفت إجمالا إلى معنى جملة خاصة عربية ، إلا أنه لا يلتفت إلى كيفية الدلالة فيها ، ومقابلة أى جزء من تلك الجملة بأى جزء من معناها .

٢ ـ أن يكون المنشىء جاهلا بمضمون الصيغة رأساً ، ولا يكون عالماً به ، لا إجمالا ، ولا تفصيلا . بل ربما يكون المرتكز فى ذهن المنشىء من تلك الصيغة غير ما يفهمه أهل العرف منها .

أما القسم الأول فالظاهر هو جواز الانشاء بـــه ، لعدم الدليل على اعتبار العلم بمضمون الصيغة على النهج المذكور ، بل اعتبار العلم بذلك مقطوع العدم ، لقيام السيرة القطعية على خلافه ، إذ لا يطلع على خصوصيات الصيغة على النحو المزبور إلا الأفاضل والعلماء ، بل ربما يوجد بعض الألفاظ لا يلتفت إلى كيفية دلالته على معناه إلا الأوحدى من الناس ، مثل كلمة (بى هوده) فان كثيراً من الناس يتخيل أنها كلمة واحدة فارسية ، مع أن لفظة (بى) نافية ، ولفظة (هوده) بمعنى الفائدة ، فقد ضمت إحداهما إلى الاخرى فصارت كلمة واحدة .

أما عوام الناس ـ حتى العارفين باللغات ـ فلا يلتفتون إلى خصوصياتها على الكيفية المتقدمة ، ومع ذلك ينشؤن بها العقود والايقاعات ، ولا ريب أن هذا متعارف بينهم قديماً وحديثاً ، ولم يثبت عنه ردع فى الشريعـــة المقدسة والا لظهر وبان ، وصار من الامور الواضحة ، ضرورة ابتلاء الناس بالمعاملات أكثر من ابتلائهم بالعبادات الضرورية التى اتضح حكمها فى الشريعة المقدسة كالصوم والصلاة والحج وأمثالها .

أما القسم الثانى فلا يصح الانشاء به جزماً ، فان ه أنه فى نظر المنشئ

شأن استعمال كلمة أكلت وشربت وضربت مكان بعت ، فكما لا يصح الانشاء بتلك الألفاظ ، كذلك لا يصح الانشاء بما يكون المنشيء جاهلا بمضمونه رأساً

هل تعتبر الماضوية في الايجاب والقبول ؟

قوله : (المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية ، بل في التذكرة الاجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك ، أو اشترى) . أقول : اشتراط الماضوية في الايجاب والقبول محكي عن الوسيلة والشرايع والارشاد وشرحه لفخر الاسلام والدروس والتنقيح والمسالك ، وعن جمع آخر .

بل قال في التذكرة : الثاني ـ أي من شروط الايجاب والقبول ـ الاتيان بهما بلفظ الماضي ، فلو قال : أبيعك أو أشترى لم يقع اجماعا ، لانصرافه الى الوعد . ولو تقدم القبول بلفظ الطلب ، بأن قال : بعني بدل قوله : اشتريت فقال البائع : بعتك لم ينعقد . . . لأنه ليس صريحاً في الايجاب ، فقد يقصد أن يعرف أن البائع هل يرغب في البيع . . . نعم لو قال المشترى بعد ذلك : اشتريت ، أو قبلت صح اجماعاً . ولو تقدم بلفظ الاستفهام فيقول أتبيعني ؟ فيقول : بعتك لم يصح اجماعاً لأنه ليس بقبول ولا استدعاء انتهى كلامه

ووجهه بعضهم بأن الانشاء بغير الماضي خارج عن العقود المتعارفة فلا تشمله العمومات .

وبأن الماضي صريح في الانشاء بخلاف غيره من الأمر والمضارع ، فان الأول استدعاء . والثاني أشبه شيء بالوعد .

والتحقيق : ما عن الكامل والمهذب . من جواز الانشاء بالمضارع والأمر ، لأنه يصدق عنوان العقد على المنشأ بهما فيكون مشمولا للعمومات

وتوهم : أن المضارع والأمر ليسا بصريحين فى الانشاء ، توهم فاسد إذ لو أريد من ذلك عدم صراحتهما فى الانشاء ـ ولو بالقرائن الحالية أو المقالية ـ فهو جار فى الماضى أيضاً ، لأنه ليس بصريح فى الانشاء ، ضرورة أنه يستعمل تارة فى الاخبار ، وأخرى فى الانشاء ، وعليه فلا يكون صريحاً فى الثانى ، بل هو وغيره سيان فى عدم الدلالة على الانشاء صريحاً بحسب الوضع الأولى .

ولو أريد من ذلك عدم صراحتهما فى الانشاء حتى مع اقترانهما بالقرائن فهو ممنوع جزماً .

نعم لا شبهة فى أن العقود والايقاعات تنشأ بالماضى غالبا ، إلا أن مجرد هذا لا يوجب عدم صحة الايجاب والقبول بغير الماضى ، وهذا واضح لا شبهة فيه .

ودعوى الاجماع على عدم جواز الانشاء بالمضارع والأمر ، دعوى جزافية . لأن المدرك فى حجية الاجماع إنما هو العلم بكشفه عن قول المعصوم ، ومن البين أنه لا سبيل لنا إلى العلم بذلك هنا ، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدركه هو الوجوه الاعتبارية ، التى ذكروها فى المقام .

على أن مورد الاجماع ـ فى عبارة التذكرة التى ذكرناها آنفا ـ إنما هو خصوص المضارع . وعليه فلا وجه لما فى عبارتى المصنف ومفتاح الكرامة من نسبة الاجماع إلى التذكرة فى كل من المضارع والأمر .

ويضاف إلى ذلك كله : أنه قد ورد ـ فى جملة من الروايات (١)

(١) عن سماعة عن أبي عبد الله (ع) في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله ؟ قال : لا يصلح له إلا أن يشتري معه شيئاً آخر ، ويقول : أشترى منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا فان لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه ـ

ـ الانشاء بالمضارع . كما يدل على جواز ذلك مطلقا فحوى ما دل عليه فى خصوص النكاح(١) .

— موثق بزرعة وسماعة .

وعن رفاعة النخاس قال : سألت ابا الحسن : يعني موسى بن جعفر (ع) قلت له : يصلح لي أن اشترى من القوم الجارية الآبقة ، وأعطيهم الثمن ،وأطلبها انا؟قال : لا يصلح شراؤها إلا أن تشترى معها منهم شيئاً ثوباً أو متاعاً فتقول لهم أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً ، فانذلك جائز.صحيحة التهذيب ج ٢ باب ٩ الغرر والمجازفة من كتاب التجارات ص ١٥١ .

وعن سماعة قال : سألته عن اللبن يشترى وهو في الضرع ؟ قال : لا ، إلا أن يحلب لك سكرجة ، فيقول : اشترى منك هذا اللبن الذي فى السكرجة وما بقي في ضروعها بثمن مسمى فان لم يكن في الضرع شيء كان ما فى السكرجة . موثق بزرعة وسماعة . الوافى ج ١٠ ص ٩١ والتهذيب ج ٢ ص ١٥١

اقول : السكرجة ـ بضم السين والكاف والراء المشددة ـ إناءصغير يؤكل فيه الشيء القليل من الادم فارسية معربة .

ثم إنه وقع الانشاء بالمضارع فيما ورد فى بيع المصحف ، وبيع الثمر فى جملة من الروايات ، وقد نقلناها فى الجزء الثانى فى ص ١٥٥ .

(١) عن أبي بصير قال : لابد من أن تقول فى هذه الشروط : أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً إلخ . ضعيف بعثمان بن عيسى . وموقوف والمراد من الخبر الموقوف : ما روي عن مصاحب المعصوم (ع)من فعل أو قول أو تقرير ، مع الوقوف علىذلك المصاحب من دون وصل السند إلى المعصوم(ع)

وعن أبان بن تغلب قال : قلت لأبي عبد الله(ع): كيف أقول لها إذاخلوت بها ؟ قال : تقول : اتزوجك متعةعلى كتاب الله وسنة نبيه (ص)لاوارثة ، ولا ـ

وقد اتضح لك مما بيناه بطلان ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ من أن الانشاء لا يكون إلا بالماضى ، لصراحته فى تحقق الأمر الاعتبارى ، بخلاف المضارع ، فانه أشبه شيء بالوعد ، كما أن الأمر أشبه شيء بالمقاولة. وإذن فلا يصح الانشاء بهما . انتهى ملخص كلامه .

ثم إنا ذكرنا مراراً : أن الامور الانشائية متقومة بالاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى بحيث يكون ذلك المظهر صالحاً لابراز ما فى النفس من الاعتبار - ولو بمؤونة القرائن - وعليه فلا بأس بانشاء العقود بالجمل الاسمية - كانشاء البيع بجملة (هذا لك بعوض) وإنشاء الاجارة بجملة (منفعة هذه الدار لك بكذا) وهكذا ضرورة أنها - مع اقترانها بالقرائن - صالحة لابراز الاعتبار النفسانى ، فيكون المنشأ بها مشمولا لما دل على صحة العقود ولزومها

نعم لا يصح الانشاء بمثل قولنا أنا بائع ، أو أنت مشتر ، أو هذا مبيع ، ونحوها فان الانشاء بأشباه هذه الجمل يعد فى نظر أهل العرف من الأغلاط . وقد أسلفنا أنه لا يسمح الانشاء بما لا ينطبق عليه عنوان البيع أو غيره فى نظر أهل العرف . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

أما جواز إنشاء الطلاق بجملة (هى طالق) وإنشاء العتق بجملة (أنت حر لوجه الله) فانما هو من ناحية دليل خاص .

—موروثة كذا وكذا يوماً ... فاذا قالت : نعم فقد رضيت ، فهي امراتك ، وانت اولى الناس بها . إلخ . ضعيف بابراهيم بن الفضل .

وعن ثعلبة قال : تقول : اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه (ص) نكاحا غير سفاح الخ . موقوف .

وعن هشام بن سالم قال : قلت : كيف يتزوج المتعة؟ قال : تقول يا امة الله اتزوجك كذا وكذا يوماً ، بكذا وكذا درهماً إلخ . مجهول بعبدالله بن محمد بن عيسى . الكافى ط ٢ ج ٥ باب شروط المتعة من كتاب النكاح ص ٤٥٥ .

هل يعتبر تقديم الايجاب على القبول ؟

الجهة الثالثة فى الترتيب بين الايجاب والقبول .

قوله : (الأشهر - كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول) . أقول: قد اختلف الأصحاب فى ذلك .

فقال الشيخ فى بيع المبسوط : عقد النكاح ينعقد بالايجاب والقبول ، سواء تقدم الايجاب . . . أو تأخر . . . بلا خلاف ؛ فأما البيع فان تقدم الايجاب . . . صح بلا خلاف وإن تقدم القبول . . . صح ، والأقوى عندى : أنه لا يصح .

وعن الوسيلة ، والسرائر : اشتراط تقديم الايجاب على القبول وعن المختلف أنه الأشهر .

وعن التذكرة ، والايضاح ، والتنقيح : أنه الأقوى .

وعن جامع المقاصد ، وصيغ العقود : أنه الأصح .

وعن تعليق الارشاد : أنه الأظهر .

بل عن غاية المراد ، والمسالك حكاية الاجماع على ذلك عن الخلاف .

ولكن الموجود فى بيع الخلاف : أنه إذا قال : بعنيه بألف ، فقال بعتك لم يصح البيع حتى يقول المشترى بعد ذلك : اشتريت ، أو قبلت . . . دليلنا : أن ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به (١) .

وغير خفى على الناقد البصير أن هذه العبارة التى بين يدى القارىء غير ظاهرة فى الاشتراط المزبور . وإن كانت توهمه للمستعجل .

---

(١) الخلاف ج ٢ ص ١٩٩ .

وقد خالف فى ذلك جمع من الأعاظم .

فقال العلامة فى القواعد : وفى اشتراط تقديم الايجاب نظر .

وفى الشرايع : أنه أشبه . واختاره الشهيد فى حواشيه .

وفى اللمعة والروضة : أنه لا يشترط تقديم الايجاب وإن كان تقديمه أحسن .

وعن نهاية الأحكام . والميسية ، والمسالك : أنه الأقوى .

وعن التحرير ، والدروس ، والكفاية : أنه الأقرب .

وعن مجمع البرهان : أنه الأظهر .

بل قال الشيخ (ره) فى نكاح المبسوط : فأما إن تأخر الايجاب فسبق القبول ، فان كان فى النكاح . . . صح . . . بلا خلاف ، لخبر الساعدى ... وإن كان هذا فى البيع ، فقال : بعنيها ، فقال : بعتكها صح عندنا ، وعند قوم من المخالفين .

ثم إنه قال الشهيد الثانى فى الروضة : إن (محل الخلاف ما لو وقع القبول بلفظ اشتريت .. أو ابتعت ، أو تملكت . . . لا بقبلت وشبهه ... لأنه صريح فى البناء على أمر لم يقع) .

وحكاه ـ فى مفتاح الكرامة ـ عن جماعة من الفقهاء .

وقد أطنب المصنف فى البحث هنا من حيث النقض والابرام وصفوة كلامه : أن القبول قد يقع بلفظ قبلت ورضيت ونحوهما ، وقد يقع بلفظ الأمر : بأن يقول المشترى بعنى المتاع الفلانى بألف ، ويقول البائع بعتـه إياك بكذا ، وقد يقع بلفظ اشتريت وابتعت وملكت ـ مخففاً ـ .

فاذا وقع القبول بالقسم الأول لم يجز تقديمه على الايجاب ، للاجماع ولأن العمومات محمولة على العقود المتعارفة ، ومن الواضح أنه لم يتعارف

تقديم القبول بلفظ قبلت أو رضيت على الايجاب .

أضف الى ذلك: أن القبول ـ الذى هو أحد ركنى العقد ـ فرع الايجاب فلا يعقل تقدمه عليه ، بديهة أن القبول ليس هو مجرد الرضاء بالايجاب لكى يلتزم بامكان تعلق الرضاء بالأمر المتأخر ، بل المراد من القبول إنما هو الرضاء بالايجاب المتضمن لنقل المال من الموجب الى القابل نقلا فعلياً . ومن الواضح أن هذا المعنى لا يتحقق الا بتأخر الرضاء عن الايجاب .

اذ مع تقدمه لا يتحقق النقل فى الحال . ضرورة أن الراضى بمعاوضة ينشئها الموجب فى المستقبل لم ينقل ما له فى الحال الى الموجب . والسر فى ذلك أن كلمة قبلت وأشباهها قد أخذ فيها مفهوم المطاوعة ، ولا يتحقق ذلك فى الخارج الا بتقديمها على الايجاب .

واذا وقع القبول بالقسم الثانى لم يجز تقديمه على الايجاب أيضاً ، لأنه لا يعد قبولا للايجاب المتأخر ، وانما هو استدعاء واستئجاب . بل لو قلنا بجواز التقديم بلفظ قبلت لأمكن المنع هنا ، بناء على اعتبار الماضوية فى الايجاب والقبول . وقد نص جمع كثير بعدم جواز التقديم هنا .

واذا وقع القبول بالقسم الثالث ـ أعنى به ابتعت واشتريت وملكت مخففاً ـ جاز تقديمه على الايجاب ، لأنه عندئذ لم يؤخذ فيه عنوان المطاوعة لكى يستحيل تقديمه عليه . وانما استفيدت المطاوعة من القرائن المقامية : وهى أن النقل يتحقق ـ غالباً ـ من قبل البائع قبل تحققه من قبل المشترى . ومن البين أن هذه القرينة غير مانعة عن تقديم القبول على الايجاب . بديهة أن المشترى قد أنشأ بالألفاظ المذكورة ملكية المثمن لنفسه بازاء الثمن . ولا يفرق فى ذلك تقدمها على الايجاب وتأخرها عنه .

ثم انه (ره) تكلم فى سائر العقود الى أن قال : وأما المصالحة المشتملة

على المعاوضة فلما جاز ابتداء الالتزام بها لكل من المتصالحين ـ لتساوى نسبتها اليهما ـ كان البادى منهما موجباً ، لصدق عنوان الموجب عليه لغة وعرفاً .

ولكن لما انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول ، اذ لو كان ذلك أيضاً بلفظ الصلح للزم تركب العقد من ايجابين ، وحينئذ فلا يجوز تقدم القبول على الايجاب فى الصلح أيضاً . انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه أولا : أنه لا وجه لحمله العمومات على العقود المتعارفة ، بل هى تشمل جميعها ، سواء فيها المتعارف وغير المتعارف .

ثانياً : أنه لا وجه لما ذكره فى آخر كلامه من قيام الاجماع على توقف العقد على القبول ، لعدم الدليل على اعتبار القبول فى مفهوم العقد ، ولا فى صحته . ولا فى لزومه .

بل المتحصل من كلمات أهل اللغه وأهل العرف ، هو أن العقد لايوجد إلا بين شخصين ، سواء أكان الصادر منهما مركباً من الايجاب والقبول ، أم كان ذلك مركباً من ايجابين فقط ، فانه ـ على كلا التقديرين ـ يكون مشمولا للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها . وقد أشرنا الى ذلك آنفاً .

ثالثاً : أنه لا وجه لمنعه عن تقديم القبول ـ الذى وقع بلفظ الأمر ـ على الايجاب ، لأنا ذكرنا مراراً : أن حقيقة العقد هى الاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى ، من غير أن تعتبر فى ذلك أية خصوصية من الخصوصيات

ودعوى : أن إنشاء القبول بلفظ الأمر مخالف لا عتبار الماضوية فى العقود ، دعوى فاسدة ، لما عرفته قريباً من عدم الدليل على اعتبار الماضوية بوجه

رابعاً : أنه لا وجه لتفصيله (ره) بين قبلت ، ورضيت ، وأمضيت وأنفذت ، وبين اشتريت ، وتملكت ، وملكت مخففاً ، حيث الزم بعدم

الجوار فى القسم الأول ، وبالجواز فى القسم الثانى

وبيان ذلك : أن العقود قد يعتبر فيها القبول ، وقد لا يعتبر فيها الا الرضاء بفعل الموجب بلا حاجة الى إنشاء آخر غير ما صدر من الموجب :

أما القسم الثانى فبما أنه لا يعتبر فيه القبول ، ويكفى فيه مجرد الرضاء ، لم يفرق فيه بين تقدم الرضاء وتأخره فلو استدعى زيد عمرواً فى بيع داره فأذن له صح لزيد بيعها ، وان لم يتحقق منه انشاء لقبول الوكالة .

نعم هذا القسم من الوكالة الاذنية ـ التى تتقوم بالاذن الساذج ـ لا يترتب عليه حكم الوكالة العهدية ـ التى تتقوم بالالزام والالتزام من الطرفين ـ وعليه فاذا رجع عمرو عن اذنه لم يصح بيع زيد بعده ، وان لم يبلغه الرجوع .

ومن هذا القبيل العارية والوديعة ، فانهما أيضاً لا يحتاجان الى القبول ويكفى فى تحققهما مجرد رضاء المستعير والمستودع بانشاء المالك .

بل وكذلك الحال فى الوصية ، فاذا أوصى بمال لزيد ، لم يعتبر فى صحتها الا رضاء زيد بالتمليك ، من دون حاجة الى القبول .

وعلى الجملة : ان الحاجة الى الرضاء فى هذه العقود ، كالحاجة الى رضاء الزوجة فى صحة التزويج على بنت أختها ، أو بنت أخيها . ومعه لا موجب لاعتبار تأخر القبول فى العقود المزبورة ، لأنه يكفى فيها مجرد الرضاء سواء تأخر عن الايجاب ، أم تقدم عليه .

أما القسم الأول ـ أعنى به العقود العهدية ـ فهو لا يوجد فى الخارج الا بانشاء المعاهدة والمعاقدة من الجانبين . ولكن لا دليل على كون أحد الانشائين معنوناً بعنوان الايجاب ، وكون الآخر معنوناً بعنوان القبول ـ بمعناه المطاوعى ـ لكى يستحيل تقدم الثانى على الأول .

بل ذكرنا قريباً : أنه اذا صدق على المنشأ بهما عنوان من عناوين

المعاملات ـ كالعقد والبيع والتجارة عن تراض والشرط على القول بصدقه على الشروط الابتدائية وغير ذلك ـ حكم بصحته ولزومه ، للعمومات والمطلقات

وإذن فلا محذور من تركب عقد خاص من إنشائين يتضمن أحدهما تمليك أحد المالين بعوض ، ويتضمن ثانيهما تملكه به ، سواء أكان ذلك بلفظ التملك وما يرادفه ، أم كان بلفظ القبول مع قيام قرينة على إنشاء التملك به . وعليه فلم يبق وجه لاعتبار القبول ـ بمعناه المطاوعي ـ في مفهوم العقود لكي يمنع من تقدمه على الايجاب .

ولو سلمنا احتياج العقد إلى القبول ، وسلمنا أيضاً أخذ المطاوعة في مفهوم القبول ، ولكنا لا نسلم استحالة تقدم القبول على الايجاب ، ضرورة أن القبول يتعلق تارة بالمعنى المصدري : أعني به إنشاء البائع . ويتعلق أخرى باسم المصدر : أعني به نفس المبادلة بين المالين مع قطع النظر عن اضافته إلى البائع .

وعلى الأول فلا يعقل فيه تعلق القبول به قبل تحقق الايجاب في الخارج كما يستحيل تحقق الانكسار قبل تحقق الكسر .

وعلى الثاني فلا محذور فيه من تحقق المطاوعة قبل تحقق الايجاب وذلك لأن مفهوم المطاوعة هو الأخذ ، ومن البين أن المشتري إذا أنشأ تملك مال غيره بازاء مال نفسه ، بقوله : قبلت مالك بمالي صدق على إنشائه هذا أنه أخذ المبدء ـ كالبيع مثلا ـ لنفسه .

وإذن فلا يفرق في تحقق مفهوم العقد ، بين تقديم القبول على الايجاب وعدمه ، وحينئذ فيكون ذلك مشمولا للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها

وقد ظهر لك مما بيناه بطلان ما ذكره المصنف . من أن القبول فرع الايجاب ، وتابع له ، فيستحيل تقدم التابع على المتبوع .

ونتيجة ما حققناه هي جواز تقدم القبول على الايجاب ، من غير فارق بين ألفاظ القبول ، ولا بين أفراد العقود . نعم يحسن بنا تقديم الايجاب على القبول خصوصاً في النكاح .

ثم إنه تدل على جواز تقديم القبول على الايجاب الروايات المتقدمة الواردة في بيع العبد الآبق ، وبيع المصحف ، وبيع الثمر . (١) . وأيضاً يدل عليه فحوى الأخبار السابقة الواردة في نكاح المتعة (٢) وفحوى ما ورد في جواز جعل المهر تعليم شيء من القرآن (٣) .

---

(١) راجع ص ٤١ و٤٢.

(٢) راجع ص ٤٢ و٤٣.

(٣) عن عوالي اللئالي : روى سهل الساعدي : أن النبي (ص) جاءت اليه امرأة ، فقالت : يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك ، فقال (ص) : لا إربة لي في النساء . فقالت : زوجني بمن شئت من اصحابك . فقام رجل فقال : يارسول الله زوجنيها ، فقال : هل معك شيء تصدقها ؟ فقال : والله ما معي إلا ردائي هذا ، فقال (ص) : إن اعطيتها إياه تبقى ولا رداء لك . هل معك شيء من القرآن ؟ فقال : نعم سورة كذا وكذا ، فقال (ص) : زوجتكها على ما معك من القرآن . مرسل . المستدرك ج ٢ في الباب ٢ من ابواب المهر ص ٦٠٥ .

ورواه البيهقي مسنداً بأدنى تفاوت في ج ٧ من سننه ص ٢٤٢ .

وعن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : جاءت امرأة الى النبي (ص) فقالت : زوجني ، فقال رسول الله (ص) : من لهذه ؟ فقام رجل فقال : أنا يا رسول الله ، زوجنيها ، فقال : ما تعطيها ؟ فقال : مالي شيء ، فقال : لا ، قال : فأعادت ، فأعاد رسول الله (ص) الكلام ، فلم يقم أحد غير الرجل ، ثم اعادت ؛ فقال رسول الله (ص) في المرة الثالثة : أتحسن من القرآن شيئاً ؟ قال : نعم ،

هل تعتبر الموالاة بين الايجاب والقبول ؟

قوله : (ومن جملة شروط العقد الموالاة بين إيجابه وقبوله) . أقول : قد حكى المصنف عن الشهيد فى قواعده : (أن الموالاة معتبرة فى العقد ونحوه وهى مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه .

وقال بعض العامة : لا يضر قول الزوج - بعد الايجاب - : الحمد لله ، والصلاة على رسول الله ، قبلت نكاحها . ومنه الفورية فى استتابة المرتد ، فيعتبر فى الحال وقيل : إلى ثلثة أيام . ومنه السكوت فى أثناء الأذان ، فان كان كثيراً أبطله .

ومنه السكوت الطويل فى أثناء القراءة ، أو قراءة غيرها خلالها . وكذا التشهد . ومنه تحريم المأمومين فى الجمعة قبل الركوع ، فان تعمدوا ، أو نسوا

- فقال : قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن ، فعلمها إياه . صحيح . الكافى ج٥ من ط ٢ باب النوادر فى المهر ص ٣٨٠ .

ثم لايخفى عليك : أنه يستفاد من الخبرين المزبورين أحكام شتى :

١ — جواز تقديم القبول على الايجاب .

٢ — جواز وقوع القبول بلفظ الأمر .

٣ — جواز الفصل بين الايجاب والقبول .

٤ — جواز جعل المهر تعليم شيء من القرآن .

إلا ان استفادة غير الحكم الأخير منهما مبنية على ما فهمه جمع من ان القبول فيهما هو قول ذلك الصحابى : زوجنيها ، والايجاب قوله بعد فصل طويل زوجتكها على ما تحسن ، او ما معك من القرآن .

حتى ركع فلا جمعة .

واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة . ومنه الموالاة فى التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرار . والموالاة فى سنة التعريف . فلو رجع فى أثناء المدة استونف ليتوالى) .

والتحقيق : أنه لا شبهة فى اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه ، ضرورة أن الاستثناء من النفى يفيد الاثبات ، كما أن الاستثناء من الاثبات يفيد النفى وعليه فاذا اتصل أحدهما بالآخر ، كان لهما ظهور واحد . ومضمون فارد ، وإذا انفصل أحدهما عن الآخر ، كان لكل منهما ظهور خاص ، ومضمون مستقل .

ومن هنا لو اعترف شخص لصاحبه بخمسين ديناراً ، ثم استثنى من ذلك - بعد مدة طويلة - خمسة دنانير لم يسمع منه هذا الاستثناء لأنه عندئذ لا يعد المستثنى والمستثنى منه - فى نظر أهل العرف - كلاماً واحداً ، بل يعدون المستثنى نقضاً للمستثنى منه . وكذلك إذا قال أحد : لا إله ، ولم يعقبه بقوله : إلا الله ، إلا بعد مدة طويلة حكم بكفره ، لأن أهل العرف لا يرونهما كلاماً واحداً .

وعلى الاجمال : إن اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه أمر بديهى وربما يكون التأمل فى ذلك سبباً لاعتبار الاتصال فى كل أمر تدريجى ، الذى ثبتت له الصورة الاتصالية فى نظر أهل العرف . وهذا هو المراد من قول الشهيد : (الموالاة معتبرة فى العقد ونحوه ، وهى مأخوذة إلخ) .

ثم إن الفورية فى استتابة المرتد لا تترتب على اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه ، بديهة أن الاتصال المعتبر بينهما أمر عرفى ارتكازى ولكن وجوب الاستمرار فى الأسلام وعدم قطعه بالكفر أمر ثابت بالدليل الشرعى ، فلا بد من الاستتابة فوراً ففوراً ، وإذن فلا صلة بينهما بوجه .

وهكذا الكلام فى لزوم تحريم المأمومين فى الجمعة قبل ركوع الأمام ، فان ذلك لا يرتبط بالفورية العرفية ، بل يحتاج إلى الدليل الشرعى ، وعليه فان كان ـ هناك ـ ما يدل على الفورية اخذ به ، وإلا فيرجع إلى أصالة البراءة .

والحاصل : أن الأمر التدريجى المتصل إذا اخذ موضوعا للحكم ، لم يترتب عليه ذلك الحكم فى غير حال الاتصال ، ضرورة أن فعلية الحكم بفعلية موضوعه ، ومن البين الذى لا ريب فيه أن الأمر التدريجى المتصل لا يكون فعلياً إلا بفعلية هيئته الاتصالية وإذا انتفت هذه الهيئة انتفى الحكم المترتب على ذلك الأمر التدريجى المتصل ، لانتفاء موضوعه وهذا لا شبهة فيه بحسب الكبرى

ولكن البحث فى أنه هل تنطبق تلك الكبرى على العقد المركب من الأيجاب والقبول ، أم لا ؟.

لاخفاء فى أن الأتصال ـ بحسب الدقة ـ يساوق الوحدة ، فاذا انفصل أحد الأمرين عن الآخر ـ ولو آناما ـ لم يصدق عليهما عنوان الواحد .

نعم قد يتحقق الاتصال العرفى فى الأمور التدريجية مع تخلل العدم فى البين ، ومن هنا يقال ـ للكلام الطويل ـ : إنه كلام واحد متصل ، مع تخلل السكوت فيه قليلا .

ولا يخفى عليك أن هذا الاطلاق إنما هو بحسب التشكيك ، إذ الاتصال المتحقق بين المستثنى والمستثنى منه أشد من الاتصال المتحقق بين بقية أجزاء الجمل ، والاتصال المتحقق بينها أشد من الاتصال المتحقق بين جملة وجملة أخرى ، والاتصال المتحقق بين حروف الكلمات أشد من الأتصال المتحقق بين الأمور المذكورة كلها ، وجميع ذلك واضح لا شبهة فيه .

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه قد استدل على اعتبار الأتصال بين ايجاب العقد وقبوله بوجهين :

١ ـ ما ذكره المصنف (ره) واليك لفظه : (أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية فى العرف فلا بد فى ترتب الحكم المعلق عليه فى الشرع من اعتبار صورته الأتصالية ، فالعقد المركب من الأيجاب والقبول ـ القائم بنفس المتعاقدين ـ بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض ، فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الأتصالية ، ولذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً فى الطول ، كسنة أو أزيد ، وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو فى كل أمر بحسبه) . وإذن فلا يشمله دليل وجوب الوفاء بالعقد ، وهذا الذى ذكره المصنف هو ملخص ما أفاده الشهيد (ره) .

ويتوجه عليه أولا : أن دليل صحة المعاملات ولزومها لا ينحصر بآية وجوب الوفاء بالعقد بل تدل على ذلك أيضاً آية التجارة عن تراض ومن البديهى أنا لا ندور فى دلالتها على المقصود مدار تحقق العقد ، بل يكفى فى ذلك تحقق التجارة عن تراض.

وقد أشار المصنف إلى هذا الجواب بقوله (وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللزوم فى المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً ، كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود . . . أما لو كان منوطاً بصدق البيع ، أو التجارة عن تراض ، فلا يضره عدم صدق العقد) . نعم لا يمكن التمسك بآية التجارة عن تراض فى خصوص النكاح .

ثانيا : أنا لا نرى وجهاً صحيحا للمنع عن كون العقد الفاقد للموالاة مشمولا لآية وجوب الوفاء بالعقد ، ضرورة أن العقد ليس اسما للفظ المركب من الأيجاب والقبول ، بل هو عبارة عن العهد المطلق أو العهد المشدد ، وهذا المعنى أمر نفسانى قائم باعتبار الموجب والقابل معاً ، ومن الواضح أنه لا ينفصم بتخلل الفصل بين الأيجاب والقبول اللفظين .

نعم لا بد وأن يعد ذلك مظهراً ـ فى نظر أهل العرف ـ لذلك الاعتبار

النفسانى ، وإذن فلا يكون الوجه المزبور دليلا على اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول .

وعلى الاجمال : إن العقد عبارة عن اتصال أحد الالتزامين بالالتزام الآخر ، وشده به ، مع وجود مظهر لكل منهما فى الخارج ، فاذا فرضنا أن البائع قد اعتبر المبادلة فى نفسه ، وأبرزه فى الخارج ، وبقى على اعتباره حتى انضم اليه اعتبار المشترى المبرز بقبوله ، فكيف لا يصدق عليهما العقد ؟ وهل الانفصال بين حدوثى الاعتبارين ، أو بين اللفظين يضر بصدق العقد مع فرض بقاء البائع على اعتباره ؟

نعم إذا فرض أن البائع رجع عن اعتباره قبل قبول المشترى لم يتحقق العقد فى الخارج ، لكنه خارج عن محل كلامنا . وعليه فالفصل بين الايجاب والقبول اللفظيين لا يمنع عن كون العقد المبرز بهما مشمولا لآية وجوب الوفاء بالعقد . وهذا ظاهر .

٢ ـ ما أفاده شيخنا الأستاذ من (أنه لما كان فيها ـ أى فى العقود العهدية المعاوضية كالبيع ، وما يلحق بها كالنكاح ـ خلع ولبس ، أو ايجاد علقة ، فلا بد أن يكون مقارناً للخلع لبس ، وهكذا مقارناً لايجاد العلقة قبول ، وإلا يقع الاضافة ، أو العلقة بلا محل ومضاف اليه) .

ويرد عليه : أن هذا الوجه يقتضى استحالة تحقق العقد مع وجود الفصل بين الايجاب والقبول ، ولازم ذلك أن لا يوجد عقد فى العالم ، لأنه لا يتحقق إلا بوجود الفصل بين إيجابه وقبوله ـ ولو بزمان قليل ـ ومن البين أنه لا يفرق ـ فى استحالة الفصل بينهما ـ بين أن يكون الفاصل هو الزمان القصير ، وبين أن يكون ذلك هو الزمان الطويل . وهذا بين لاريب فيه .

والحل أن الخلع واللبس ـ فى اعتبار البائع ـ ليس على وجه الاطلاق

وإلا لتحقق ذلك قبل تحقق القبول ، مع أنه لا يتحقق قبله حتى فى اعتبار نفس البائع فضلا عن إمضاء العقلاء ، أو الشارع .

بل الخلع واللبس فى اعتبار البائع معلق على قبول المشترى ، وعلى فرض تحققه . وعليه فالخلع مقارن باللبس دائماً ، سواء أتحققت الموالاة بين الايجاب والقبول ، أم لم تتحقق .

أضف إلى ذلك قيام السيرة القطعية على عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول ، لأنا نرى بالعيان . ونشاهد بالوجدان : أن بعض الناس يرسل هدية إلى صاحبه من البلاد النائية وأن تلك الهدية إنما تصل إلى المهدى اليه بعد مدة طويلة ـ كشهر أو شهرين ـ ولا شبهة فى أن هذه هبة قد وقع الفصل الطويل بين إيجابها وقبولها ، ولم نسمع من أحد أن يناقش فى صحتها ، مع أنها من العقود .

وتدل أيضاً على عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول قصة مارية القبطية عليها السلام الموهوبة للنبي (ص) (١) حيث إنه وقع فى تلك القصة فصل طويل بين ايجاب الهبة وقبولها ، ومع ذلك لم يحكم النبي (ص) بفسادها فيكشف من ذلك عدم اعتبار الموالاة بينهما ، وإذا جاز ذلك فى الهبة جاز فى غيرها ، لعدم القول بالفصل ظاهراً .

ودعوى : أن الهبة فى القصة المزبورة هبة معاطاتية ، وبحثنا هنا فى العقود اللفظية ، دعوى جزافية ، اذ لا وجه للتفكيك بينهما فى ذلك . كما أن دعوى كون الايجاب من رسول المالك ، والقبول من النبي (ص) دعوى فاسدة لأن

(١) قد روي : أن النجاشي ملك الحبشة ـ بعدما تشرف بالاسلام ـ بعث إلى النبي (ص) بهدايا ، وبعث اليه مارية القبطية ام إبراهيم عليها السلام ، وبعث اليه بثياب وطيب كثير وفرس . البحار ج ٦ باب ٣٤ الهجرة إلى الحبشة ص ٤٠١

الظاهر أن الموجب هو نفس المالك لاغيره .

وقال شيخنا الاستاذ : إن(جميع هذه الأفعال الصادرة من الواسطة كأنها صادرة من الموجب ، فهو بمنزلة من كان فى المشرق ، وكانت يده طويلة تصل إلى المغرب . فمد يده وأعطى شيئاً لمن كان فى المغرب فان فعله يتم فى زمان وصول يده إلى المغرب) .

ولكن هذا لايستقيم ، للفرق الواضح بين ما نحن فيه ، وبين المثال المزبور ، بداهة أن المهدى — فى مورد السيرة - ربما يغفل عن هديته فى زمان وصولها إلى المهدى إليه ، وعند ئذ لا يمكن تنزيل فعل الرسول والواسطة منزلة فعل المرسل .

وهذا بخلاف المثال المزبور ، فان المهدى - فى ذلك - بنفسه متصد لايجاد العقد ، وإنشائه ، من دون أن يفصل فاصل بين ايجابه وقبوله ، لأن طول اليد لايخرج الفعل الواحد عن وحدته .

وأيضاً يدل على عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول قيام السيرة بين التجار المتدينين على معاملة بعضهم بعضاً بالكتابة والبرقية ، مع تخلل الفصل الطويل بين ايجابها وقبولها . ولم يناقش أحد فى صحتها .

ودعوى وجود الفارق بينها وبين المعاملات الشفاهية ، وأن السيرة غير جارية فى الثانية ، دعوى جزافية .

وأيضاً يدل على جواز الفصل بين الايجاب والقبول فحوى ماورد (١) فى جواز جعل المهر شيئاً من القرآن . بناء على أن القبول - فى الرواية - هو قول الصحابى : زوجنيها ، والايجاب هو قوله (ص) بعد فصل طويل : زوجتكها على ما معك من القرآن . وإذا جاز ذلك فى النكاح جاز فى غيره بالأولوية

(١) قد تقدم ذلك في ص ٥٠ .

ويضاف إلى ذلك كله : أنه لادليل على اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول . ودعوى الاجماع عليه ، دعوى باطلة ، إذلاعلم لنا بوجود إجماع تعبدى ـ هنا ـ لكى يكون كاشفاً عن رأى المعصوم (ع) .

وعليه فاذا تحقق الايجاب والقبول فى الخارج مع وجود الفصل بينهما وصدق عليهما عنوان العقد كان ذلك مشمولا للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها . وهذا بديهى لاخفاء فيه .

هل يعتبر التنجيز في العقود؟

قوله : (ومن جملة الشرائط التى ذكرها جماعة التنجيز فى العقد) . أقول : تعليق العقد على الشرط قد يكون صريحاً . كاقتران العقد بما يدل على التوقف صريحاً بأن يقول : البائع بعتك هذا إن جاء زيد ، أو إن كان هذا اليوم يوم الجمعة .

وقد يكون ضمنياً ، كما إذا لم يذكر فى الكلام ما يدل بصراحته على الاشتراط والتوقف ولكن يستفاد ذلك منه ضمناً : كقول البائع بعتك دارى يوم الجمعة ، فان الصيغة وإن كانت خالية عن التعليق ظاهراً ، ولكنه مطوى فيها ضمناً ، لأن تقديرها بعتك دارى إذا جاء يوم الجمعة . وعندئذ لا ينحصر مورد البحث بما يكون الكلام مشتملا على أداة الشرط ونحوها مما يدل على التعليق . بل مدار البحث ـ هنا ـ على استفادة التعليق من الصيغة بأى وجه كانت الاستفادة .

ثم إن مركز البحث فى المقام إنما هو تعليق المنشأ على شىء ، كقول أحد الشخصين لصاحبه : أنت وكيلى فى بيع دارى إن قدم زيد من سفره ،

حيث إن الوكالة ليست بمطلقة بل هى معلقة على قدوم زيد من سفره .

أما إذا كان الانشاء والمنشأ كلاهما مطلقين ، وكان التعليق فى متعلق العقد فقط ، فهو خارج عن محل البحث جزماً .

ومثال ذلك : أن يوكل أحد غيره ـ فى أمر ـ مطلقاً ومنجزاً ، ولكن كان متعلق الوكالة أمراً خاصاً ، يتوقف حصوله ـ فى الخارج ـ على تحقق شىء آخر ، كأن يقول الموكل لوكيله : أنت وكيلى فى بيع دارى يوم الجمعة بأن كان يوم الجمعة قيداً للبيع ، لا للوكالة . ومثله : أن يقول : أنت وكيلى على وجه الاطلاق ، ولكن لا تتصرف فى أموالى إلى وقت معين ـ كقدوم الحاج مثلا ـ أو إلى حصول شرط خاص .

ومن هنا يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها ـ فى عقد الزواج ـ أن تكون وكيله فى طلاق نفسها مطلقاً ومنجزاً ويكون إعمال الوكالة مشروطاً بعدم الانفاق أو بالمسافرة إلى بلد كذا أو غير ذلك فان هذا كله لا يرتبط بالعقود المعلقة .

ثم إن المغروس فى كلمات الفقهاء ، والمسطور فى كتبهم : أن التعليق فى الجملة مجمع على بطلانه ، وإنما الكلام بينهم فى تعيين معقد الاجماع .

فقد صرّح باعتبار التنجيز فى العقود الشيخ ، والعلامة ، والمحقق ، والشهيدين ، وغيرهم .

بل عن العلامة ـ فى التذكرة ـ : أنه يجب كون الوكالة منجزة عند علمائنا وحكى عنه أيضاً دعوى الاجماع على عدم صحة أن يقول الموكل : أنت وكيلى فى يوم الجمعة أن تبيع عبدى . وعلى صحة قوله : أنت وكيلى ، ولا تبع عبدى إلا فى يوم الجمعة مع كون المقصود واحداً .

وفرق بين هاتين الصورتين جمع من الفقهاء ـ بعد اعترافهم بأن الصورة الثانية أيضاً فى معنى التعليق ـ : بأن العقود المتلقاة من الشارع منوطة بضوابط

فلا تقع بدونها وإن أفادت فائدتها .

وعن المحقق والشهيد الثانيين ـ فى جامع المقاصد والمسالك فى مسألة إن كان لى فقد بعته ـ : أن التعليق ينافى الانشاء فى العقود والايقاعات ، حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول .

وعن فخر الأسلام ـ فى شرح الارشاد ـ : أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الأمامية ، وكذا سائر العقود ، جائزة كانت ، أو لازمة .

وعن غاية المرام : أنه لا خلاف فيه .

وفى الجواهر : شرطها ـ أى الوكالة ـ أن تقع منجزة كغيرها من العقود بلا خلاف أجده ، بل الاجماع بقسميه عليه .

وفى مفتاح الكرامة : والدليل على ذلك ـ بعد الاجماع نقلا وتحصيلا ـ أن الأصل عدم جواز الوكالة ، خرجت المنجزة بالاجماع ، وبعض الأخبار وبقى الباقى .

وقد أشار الشيخ ـ فى الخلاف ـ إلى الأصل الذى ذكره فى مفتاح الكرامة . وقال : إذا قال : إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك فى البيع ، فان ذلك لا يصح ، دليلنا : أنه لا دليل على صحة هذا العقد ، وعقد الوكالة يحتاج إلى دليل .

ولكن حكى التأمل فى ذلك عن الكفاية ، لأنه غير مرتبط بدليل واضح ولعله تبع فى تأمله هذا للمحقق الاردبيلى .

بل صرح المحقق القمى ـ فى جامع الشتات ـ بأن التعليق فى الوكالة لا يضر بصحة عقد الوكالة .

وعلى الاجمال . إن ظاهر جملة من العبائر : هو بطلان التعليق فى العقود والايقاعات على وجه الاطلاق ، وظاهر جملة اخرى منها : أنه يحكم ببطلان

التعليق فيما إذا كان المعلق عليه أمراً مجهولا ، كما عرفته عن المحقق والشهيد الثانيين

ولاستيضاح هذا الاختلاف ، وبيان حكم التعليق ، قد تصدى المصنف لذكر أقسام التعليق .

وحاصل كلامه : أن المعلق عليه إما أن يكون معلوم الحصول ، أو محتمل الحصول .

وعلى كلا التقديرين ، فاما أن يكون ظرف الحصول هو الحال ، أو الاستقبال .

وعلى التقادير الأربعة . فاما أن يكون الشرط ـ الذى يذكر فى العقد تصريحاً أو تلويحاً ـ مما لا تتوقف عليه صحة العقد ، كالتعليق على الصفة التى لا دخل لها فى تحقق عنوان العقد ، وسيأتى .

وإما أن يكون الشرط مما تتوقف عليه صحة العقد :

كأن يكون المبيع مما يصح تملكه شرعاً : بأن لا يكون خمراً ، ولا خنزيراً

أو يكون مما يصح إخراجه عن الملك : بأن لا يكون وقفاً ، ولا ام ولد

أو يكون المشترى ممن يصح تملكه : بأن لا يكون عبداً .

أو يكون البائع ، أو المشترى ممن يجوز معه العقد : بأن لا يكون صبياً ولا مجنوناً ، ولا سفيهاً . ـ وهو الذى يصرف أمواله فى المصارف اللاغية ـ وإذن فأقسام التعليق ثمانية . انتهى ملخص كلام المصنف مع التوضيح الأجمالى

والصحيح : أن يقسم التعليق إلى اثنى عشر قسما : بأن يقال : إن المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق ، أو يكون محتمل التحقق .

وعلى كلا التقديرين ، فاما أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً ، أو أمراً استقبالياً .

وعلى التقادير الأربعة ، فاما أن يكون الشرط ـ الذى علق عليه العقد ـ

دخيلا فى مفهوم العقد ، أو يكون دخيلا فى صحته ، أولايكون دخيلا فى شىء منهما ، ويعبر عنه بالتعليق بالصفة .

ما هو حكم التعليق في العقود؟

أما التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقد فلا شبهة فى صحته : بأن يقول البائع : إن كان هذا مالى فقد بعته بكذا ، ويقول المشترى : قبلت ، فانه لا يتحقق مفهوم البيع إلا بكون المبيع ملكا للبائع ، فهذا النحو من التعليق أمر ضرورى ، وغير مضر بصحة العقد ، سواء أكان مذكوراً فيه صريحاً ، أم لا . وعليه فلا شبهة فى صحة التعليق فى أربعة من تلك الأقسام المذكورة :

١ ـ أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً ومعلوم الحصول ، كقول الزوج لزوجته : إن كانت هذه زوجتى فهى طالق ، ومن الواضح أن عنوان الزوجية دخيل فى صدور الطلاق من الزوج .

٢ ـ أن يكون المعلق عليه أمراً استقبالياً ومعلوم الحصول فى ظرفه ، كما إذا قال البائع للمشترى : بعتك دارى إن قبلت مع علمه بأن المشترى يقبله .

٣ ـ أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً مع الجهل بتحققه ، كما إذا قال رجل لامرأة : ان كانت هذه زوجتى فهى طالق مع جهله بانها زوجته .

٤ ـ أن يكون المعلق عليه أمراً استقبالياً ومجهول التحقق فى ظرفه ، كما اذا قال أحد المتبائعين لصاحبه : بعتك هذا المتاع بكذا ان قبلت مع احتماله أن لا يقبله صاحبه .

ولا ريب فى صحة التعليق فى جميع هذه الصور الأربع ، بديهة أن

ذكر الشرط فى الصيغة بصورة التعليق وعدمه سيان ، لأن التعليق فى الكلام لا يزيد على الواقع بشىء ، ضرورة أن واقع العقد ومفهومه معلق على الأمور المذكورة بحيث لولاها لم يتحقق ـ فى الخارج ـ مفهوم العقد أو الايقاع أصلا ورأساً .

أما التعليق على ما يكون دخيلا فى صحة العقد دون مفهومه فهو أيضا على أربعة أقسام .

١ ـ أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فى الحال ، كقول البائع : إن كان هذا الشىء مما يملك فقد بعته بكذا درهما ، مع علم البائع بكون ذلك الشىء مما يملك .

٢ ـ أن يكون المعلق عليه معلوم التحقق فى المستقبل ، كالتسليم والتسلم فى بيع الصرف والسلم ، كقول البائع للمشترى بعتك هذه الشذرة من الذهب بكذا درهما إن أخذتها وسلمت إلىّ الثمن .

٣ ـ أن يكون المعلق عليه حالياً ومجهول التحقق ، كالبلوغ والعقل وعدم الفلس .

٤ ـ أن يكون المعلق عليه استقباليا ، ومجهول التحقق ، ولا ريب فى أن هذه الأقسام الأربعة من أقسام التعليق لا توجب بطلان العقد أيضا ، لأن صحة العقد واقعا متوقفة على الجهات المزبورة . واذن فذكر المعلق عليه ـ فى تلك الأقسام ـ وحذفه سيان .

وعلى الجملة : إنه لا شبهة فى صحة العقد الذى كان معلقا على ما تتوقف عليه صحته . بل هذا هو المتعارف بين الناس كثيراً . ولا سيما فيما اذا كان المعلق عليه مشكوك الحصول ، لأن ذلك العقد مشمول العمومات ، ولم يدل دليل على بطلان ذلك العقد ، هنا لكى يكون ذلك الدليل مخصصا لتلك العمومات

وهذا هو الحجر الأساسى ، والركن الوثيق فى صحة التعليق فى الموارد المزبورة

لا ما ذكره الشيخ فى المبسوط . من أن المنشىء لم يشترط الا مايقتضيه اطلاق العقد ، فاذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره بصورة الشرط ، كما لو شرط كل من المتبائعين على صاحبه تسليم الثمن أو المثمن ، أو ما أشبه ذلك ، لأن ما أفاده وان كان لا بأس به فى نفسه ، ولكنه لا يدفع محذور التعليق ـ لو كان فيه محذور ـ ومن هنا أورد عليه المصنف ، وقال نصا : (ان المعلق على ذلك الشرط فى الواقع هو ترتب الأثر الشرعى على العقد ، دون انشاء مدلول الكلام ـ الذى هو وظيفة المتكلم ـ فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق فى الواقع على شىء ، والمعلق على شىء ليس معلقا فى كلام المتكلم على شىء ، بل ولا منجزاً ، بل هو شىء خارج عن مدلول الكلام) .

أما التعليق على الصفة ـ التى لا دخل لها فى تحقق عنوان العقد ، ولا فى صحته ـ فهو أيضا على أربعة أقسام .

١ ـ أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فعلا ، كأن يقول البائع للمشترى : ان كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك دارى ، مع علمه بأن هذا اليوم يوم الجمعة ، وهذا لا شبهه فى صحته ، ولا نظن أن يتفوه أحد بفساد البيع فى هذه الصورة من ناحية التعليق . فان المضر بالعقد انما هو واقع التعليق ، لا التعليق الصورى . وما نحن فيه من القبيل الثانى ، دون الأول .

٢ ـ أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فى المستقبل ، وهو على قسمين ، لأن ايقاف البيع عليه قد يكون من قبيل الاشتراط : بمعنى أن البائع ينشىء المبادلة فى ظرف تحقق ذلك الأمر المتأخر : بان يقول : بعتك دارى اذا دخل شهر رمضان ، ويريد من ذلك تحقق البيع من حين دخول شهر رمضان ، لا من الآن .

وقد يكون من قبيل التعليق ـ لا الاشتراط ـ نظير الواجب المعلق . كما إذا علق البائع بيعه من الآن على تحقق ذلك الأمر المتأخر فى ظرفه

أما الأول فهو مشمول للاجماع القائم على بطلان التعليق فى العقود والايقاعات .

أما الثانى فهو لا يزيد على الواقع بشىء . للعلم بتحقق المعلق عليه فى ظرفه فى الحقيقة ليس هنا تعليق فى الكلام ـ وإن كانت الصورة صورة التعليق ـ وإذن فيكون ذلك خارجا عن حدود الاجماع القائم على بطلان التعليق .

٣ ـ أن يكون المعلق عليه محتمل التحقق فى الحال : بأن يقول أحد لغيره : إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك فرسى حيث إن البائع قد علق بيع فرسه على كون هذا اليوم يوم الجمعة .

٤ ـ أن يكون المعلق عليه محتمل الحصول فى المستقبل و لايخفى عليك أن هذين القسمين أيضاً باطلان لدخولهما فى معقد الاجماع المزبور .

والمتحصل مما بيناه : هو أن الاجماع الذى ادعاه الفقهاء على بطلان التعليق إنما هو فى الأقسام الثلاثة الأخيرة .

أما العقود المشتملة على غير هذه الأقسام فلا مجال لتوهم تحقق الاجماع فيها على البطلان ، فهى مشمولة للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها ، وإذن فلا بد من البحث ـ هنا ـ فى هذه الأقسام الثلاثة ، وملاحظة ما استدل به على بطلان العقود مع التعليق فيها من إجماع أوغيره ، فان كان فى تلك الأدلة ما يصلح لتخصيص العمومات المزبورة اخذ به ، وإلا فهى محكمة فى المقام .

ما استدل به على بطلان التعليق في العقود

قد استدل الفقهاء على بطلان التعليق فى العقود بوجوه شتى :

الوجه الأول : دعوى الاجماع على ذلك ، حيث ادعاه غير واحد من الفقهاء ، وقد عرفت كلماتهم قريباً.

ويتوجه عليه : أن الاجماع إنما يكون حجة مع القطع بكونه مستنداً إلى رأى الامام (ع) ومن المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا فى دعواهم الاجماع ـ هنا ـ إلى الوجوه الاعتبارية التى استدل بها الفقهاء على بطلان التعليق

الوجه الثانى: أن التعليق فى العقود أمر غير معقول ، وعندئذ لا يوجد عقد تعليقى ـ فى الخارج ـ لكى يبحث عن صحته وفساده ، فلا بد من إيجاده منجزاً.

ويتوجه عليه : أن المستحيل إنما هو التعليق فى الأنشاء ، بديهة أن الأنشاء ـ بأى معنى كان ـ قد فرض وجوده فى الخارج ، وعليه فلا يعقل تعليقه على شىء ما ، لأن ما وجد فى الخارج يمتنع عدمه ، فكيف يمكن أن يكون موجوداً على تقدير ، ومعدوما على تقدير آخر .

وعلى الجملة : إن الانشاء أمر لا يقبل التعليق ، بل هو إما أن يوجد ، وإما أن لا يوجد . ولكن هذا خارج عن مركز بحثنا ، لأن كلامنا ليس فى التعليق فى الانشاء .

أما التعليق فى المنشأ ـ الذى هو محل البحث فى المقام ـ فلا شبهة فى إمكانه . بل إن وقوعه فى الأحكام العرفية والشرعية فوق حد الاحصاء ، ضرورة أن الأحكام الشرعية والقوانين العرفية أكثرها من قبيل القضايا الحقيقية ، ومن سنخ الأحكام التى هى مشروطة بوجود موضوعها . وقد وقع

ذلك فى العقود والايقاعات على نحو الايجاب الجزئى ، كالوصية ، والتدبير ، والنذر ، والعهد ، واليمين .

والحاصل : أن إمكان تقييد المنشأ ، وتعليقه بشىء ، ووقوع ذلك من البديهيات . وإنما الكلام فى صحة العقد أو الايقاع فيما إذا كان المنشأ فيه مقيداً

الوجه الثالث : أن الظاهر من آية وجوب الوفاء بالعقد ـ كسائر الخطابات الوضعية والتكليفية ـ أن الحكم بوجوب الوفاء يترتب على تحقق موضوعه خارجاً ، ولا ينفك عنه زماناً وهذا يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد فعلى لا تعليق فيه إذ لا يتصور الوفاء فعلا بالعقود التعليقية ، وعليه فيكون ذلك خارجاً عن حدود مدلول الآية . والمفروض أنه ليس هنا خطاب آخر يقتضى وجوب الوفاء بالعقود التعليقية ، فتكون باطلة .

وقد أجاب المصنف عن ذلك بوجوه عديدة :

١ ـ أن ما دل على صحة العقود ولزومها غير منحصر بآية وجوب الوفاء بالعقد ، بل تدل على ذلك أيضاً آية حلية البيع ، ودليل السلطنة ، انتهى حاصل كلامه .

ويرد عليه أولا : أن آية حلية البيع مختصة بالبيع ، فيبقى غيره ـ من العقود التعليقية ـ خالياً عن دليل الصحة .

أما دليل السلطنة فهو ضعيف السند ، وغير منجبر بشىء ، على أنه لا يجرى فى مثل النكاح .

ثانياً : أن ما ادعاه المستدل ـ من ظهور آية وجوب الوفاء بالعقد فى ترتب الأثر من حين تحقق العقد ـ يجرى فى آية حل البيع ، ودليل السلطنة أيضاً ، فهما يدلان على ترتب الملكية من حين تحقق البيع ، أو عقد آخر ، ولا يدلان على صحة البيع أو غيره من العقود المعلقة .

٢ ـ أن المراد من العقد هو العهد المطلق أو العهد المشدد وعليه فوجوب الوفاء بالعقد تابع لكيفيته فان كان العقد منجز أوجب الوفاء به منجز أو ان كان معلقاً لم يجب الوفاء به إلا بعد حصول المعلق عليه كما هو الشأن فى وجوب الوفاء بالنذر والعهد وغيرهما

والسر فى ذلك : أن أدلة وجوب الوفاء بالعقد أو النذر ناظرة إلى وجوب الوفاء بهما بأى نحو تحقق فى الخارج ، سواء فيه المنجز والمعلق .

وعلى الجملة . إن الامضاء الشرعى للعقد تابع لجعل المتعاقدين ، فاذا كان البيع ـ مثلا ـ مطلقاً فأثره الشرعى الملكية المنجزة غير المشروطة بشىء . فاذا كان معلقاً فأثره الشرعى الملكية المعلقة ، وهذا واضح لاستتار عليه . انتهى ملخص ما أفاده . وهذا الوجه متين جداً .

٣ ـ أنه قد وقع فى الشريعة المقدسة تخلف الأثر عن العقد فى موارد شتى : كبيع الصرف والسلم والوصية ، والمعاملات المعاطاتية بناء على إفادتها الاباحة مع قصد الملكية . فلتكن العقود المعلقة من تلكم المذكورات وعندئذ لا يفسد العقد من تأخير ترتب الأثر عليه ، وإلا لزم القول بفساد المعاملات المزبورة ، انتهى حاصل كلامه .

ويرد عليه : أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بتلك العقود ، لأن صحتها من ناحية الدليل الخاص ، فلا مورد للنقض .

٤ ـ أن الدليل المذكور أخص من المدعى ، لأنه إنما يلزم تخلف الأثر عن العقد فيما إذا كان التعليق على أمر خارجى غير دخيل فى تحقق العقد كقولك بعتك كتابى هذ بدينار إن قدم الحاج .

أما إذا كان التعليق على أمر حالى ، كقولك بعتك هذا الكتاب بدرهم إن قبلت ، فانه حينئذ لا يلزم تخلف الأثر عن العقد . انتهى حاصل ما أفاده .

وهذا الوجه أيضاً متين على تقدير أن يلتزم القائل ـ بابطال التعليق ـ

بالبطلان فى مثل ذلك أيضاً . ولكنك قد عرفت أن مثل هذا التعليق خارج عن محل الكلام ، وعليه فلا يتوجه ما أفاده المصنف (ره) .

٥ ـ أن الدليل المذكور أيضاً أخص من المدعى ، من جهة أنه لا يجرى فى التعليق على الشرط الذى يشك فى تحققه فى الحال فان تحقق العقد عندئذ يكون مراعى بالعلم بظهور الواقع . وعليه فان انكشف وجود المعلق عليه فى الواقع فيحكم بصحة العقد من حين تحققه ، وإلا فيحكم بفساده من غير أن يكون العقد موقوفاً على الشرط ، لكى يلزم منه تخلف الأثر عن العقد . انتهى الملخص من كلامه . وهذا الوجه أيضاً لا بأس به .

٦ ـ أن ذلك الدليل لا يجرى فى غير البيع من العقود ـ التى يتأخر مقتضاها عنها بحسب طبعها ـ كالوصية والتدبير والسبق والرماية والجعالة ، ومن البين أن مورد البحث ـ هنا ـ لا ينحصر بالبيع ولا أن دليل وجوب الوفاء بالشرط فى كل عقد دليل مستقل لكى يلتزم فى بعضه بجواز التعليق ، وفى بعضها الآخر بعدم جوازه . انتهى الحاصل من كلامه . وهذا الوجه أيضاً لا بأس به .

الوجه الرابع : أن أسباب العقود والايقاعات امور توقيفية ، فلا بد وأن يقتصر فيها بالمقدار المتيقن ، وهو السبب الخالى عن التعليق .

ويتوجه عليه : أنه لا وجه لأخذ القدر المتيقن فى أمثال الموارد بديهة أن العمومات والمطلقات إنما تدل على صحة كل ما صدق عليه عنوان العقد . نعم لو كان الدليل على صحة العقود هو الاجماع أو السيرة لكان للتوهم المزبور وجه وجيه .

الوجه الخامس : ما ذكره شيخنا الاستاذ من أن العمومات الدالة على صحة العقود منصرفة عن العقد المعلق إلى العقد المنجز بديهة أن التعليق ليس مما جرى عليه أهل العرف والعادة فى عهودهم المتعارفة وعقودهم المرسومة بين عامة الناس ـ وإن

مست الحاجة اليه أحياناً فى العهود الواقعة بين الدول والملوك ـ وعليه فلا تكون العهود المعلقة مشمولة لأدلة صحة العقود ، للشك فى صدق عنوان العقد عليها عرفاً .

والجواب عن ذلك : أن هذا الوجه ممنوع كبرى وصغرى : أما الوجه فى منع الكبرى فلأن الانصراف لو صح ـ فانما يتم فى المطلقات ، بدعوى أن ثبوت الاطلاق فيها إنما هو بمقدمات الحكمة ، فاذا لم يكن بعض أفراد المطلق متعارفاً فى الخارج ، ومتساوى الأقدام مع بقية الأفراد كان ذلك قادحاً فى انعقاد الاطلاق للمطلق ، بديهة أن عدم تساوى الأفراد شيء يصلح للقرينية على عدم إرادة الاطلاق ، وإذن فلا يصح التمسك به فى أمثال ذلك .

الا أن هذه الدعوى لا تجرى فى العمومات الدالة على صحة كل عقد ، لأن التمسك بها غير مشروط بوجود مقدمات الحكمة ، إذ العموم فيها إنما هو بحسب الوضع ـ على ما حقق فى محله ـ وعليه فلا مانع من كون العقود المعلقة مشمولة لتلك العمومات .

أما الوجه فى منع الصغرى فلانا لو سلمنا وجود الانصراف ، ولكن لا نسلم كون العقود المعلقة من العقود غير المتعارفة ، ضرورة أنها واقعة فى العرف كثيراً ، كتعليق البيع على إجازة الأب ، أو الصديق ، أو الجار أو غير ذلك . وقد تقدمت الاشارة إلى هذا قريباً .

ونتيجة البحث : أنه لا دليل على بطلان العقود بالتعليق ، لكى يكون ذلك الدليل مخصصاً لأدلة صحة العقود ، وعليه فالعمدة فى المقام هو الاجماع فان تم فهو ، وإلا فالمرجع هو العمومات والاطلاقات . وقد عرفت عدم تمامية الاجماع فى المقام ، ومن هنا جزم المحقق القمى بصحة الوكالة المعلقة . وحكى التأمل فى بطلانها عن المحقق الأردبيلى والكفاية على ما عرفته فى

طليعة البحث .

هل يعتبر التطابق بين الايجاب والقبول؟

قوله : (ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول) أقول التطابق بين الايجاب والقبول يتصور على أنحاء :

١ ـ أن يكون ذلك من ناحية عنوان المعاملة : بأن يقول أحد المتعاملين لصاحبه : بعتك داري بكذا ، ويقول صاحبه : قبلت البيع بكذا ، فلو قال : قبلت الهبة بكذا لبطل العقد ، بديهة أن العقد أمر وحداني مركب من الايجاب والقبول ، فاذا أنشاء أحد المتعاملين البيع ، وقبل الآخر الهبة ، لم يرتبط كلام أحدهما بالآخر ، فلا تتحقق بينهما معاقدة ومعاهدة ، بل يكون عهد كل منهما بعيداً عن عهد الآخر ، ضرورة أن ما أنشاه الموجب لم يقبله القابل ، وما قبله القابل لم ينشئه الموجب .

ومن هنا قال شيخنا الاستاذ : إن اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول من القضايا التي قياساتها معها .

٢ ـ التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية المبيع : بأن يقول أحد المتبائعين لصاحبه : بعتك عبدي بكذا ، ويقول الآخر قبلت هكذا . ولو قال قبلت بيع الجارية بكذا لبطل العقد ، لما عرفته قريباً من أنه مع الاختلاف ـ بين الايجاب والقبول ـ لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر ، لكي يتحقق هنا عقد مركب من الايجاب والقبول .

٣ ـ التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري ، فلو قال زيد لعمرو : بعتك داري بكذا ، ويقول عمرو : قبلت البيع لخالد ، أو يقول

خالد : قبلت البيع لنفسي بكذا لبطل العقد ، لعدم ورود الايجاب والقبول على مورد واحد ، كما عرفته في القسمين السابقين .

وقد يتوهم : أن اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول في الصورة الثالثة ينافي لما أسلفناه في تعريف البيع ، من أنه تبديل عين بعوض في جهة الاضافة ضرورة أن مقتضى هذا التعريف هو أن لا يلاحظ البائع الخاص ، ولا أن يلاحظ المشتري المعين في تحقق مفهوم البيع ، بل مقتضى التعريف المزبور أن لا يلاحظ في ذلك كون البائع مالكا للمبيع ، وكون المشتري مالكا للثمن ومن هنا نحكم بصحة المعاملة الفضولية .

ولا يقاس البيع - في ذلك - بالنكاح ، إذ لابد في النكاح من التطابق بين الايجاب والقبول بالنسبة إلى الزوجين ، فان منزلتهما - في عقد الزواج - منزلة العوضين - في البيع - وقد عرفت اعتبار التطابق فيه بين الايجاب والقبول من ناحية العوضين .

ولكن هذا التوهم فاسد . ضرورة أن التعريف المذكور إنما يقتضي عدم اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول بالنسبة الى البائع الخاص والمشتري الخاص فيما إذا كان العوضان من الأعيان الخارجية .

أما إذا كان أحدهما كلياً في الذمة ، فانه عند ئذ لابد من اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري ، ضرورة أن ذمم الأشخاص مختلفة بحسب قوة الوثاقة وضعفها ، إذ رب شخص لا يعتمد عليه في الأمور الحقيرة ، ورب شخص تطمئن اليه النفس في الأمور الخطيرة .

وعليه فاذا باع زيد متاعه من عمر بخمسين ديناراً في الذمة ، فانه ليس لعمرو أن يقبل هذا البيع لغيره ، ولا لغيره أن يقبله لنفسه ، ضرورة أن ذمة عمرو غير ذمم بقية الأشخاص ، فالارتضاء بالأولى لا يستلزم الارتضاء

ببقية الذمم ، وإذن فالاخلال بالتطابق فى الصورة الثالثة أيضاً موجب للبطلان فى الحقيقة يرجع اعتبار التطابق فى هـــذه الصورة إلى اعتبار التطابق فى الصورة الثانية .

٤ ـ التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية الشروط المذكورة فى العقد فاذا خالف الايجاب القبول فى ذلك قيل بصحة العقد حينئذ ، وثبوت الخيار للمشروط له ، نظراً إلى أن الشرط لا يرتبط بالعقد ، وإنما هو التزام فى التزام آخر .

الا أن الصحيح بطلان العقد مع عدم التطابق فى هذه الصورة أيضاً .

والوجه فى ذلك : ما نذكره فى مبحث الشروط من أن مرجع اعتبار الشرط فى العقد إما إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشىء ، أو إلى تعليق لزومه على شىء ، أو تعليقهما معاً أما الأول فكاشتراط شرط فى عقد الزواج أما الثانى فكاشتراط الكتابة فى العبد المبيع ، أما الثالث فكاشتراط عمل فى البيع ونحوه .

ونذكر فى المبحث المذكور : أن تعليق اللزوم يرجع الى جعل الخيار ، وجعل الخيار إنما يرجع إلى تحديد المنشأ ، وفى جميع ذلك يكون عدم التطابق موجباً للبطلان .

٥ ـ التطابق بين الايجاب والقبول فى أجزاء المبيع والثمن ، وعليه فلو قال البائع : بعتك دارى بخمسين ديناراً ، وقال المشترى : قبلت البيع فى نصف المبيع بخمسة وعشرين ديناراً فقد حكم شيخنا الاستاذ ببطلان البيع فى هذه الصورة أيضاً .

واليك نص مقرر بحثه : (ومما ذكرنا ظهر أنه لابد من اتحاد المنشأ حتى بالنسبة إلى التوابع والشروط ، فلو أنشأ أحدهما مع شرط ، وقبل الآخر بلا

شرط ، أو باع البائع عبدين ، وقبل المشترى أحدهما وغير ذلك مما هو نظير ما ذكرناه لم يصح أيضاً ، لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر) .

أقول : إن مرجع بيع الدار بخمسين ديناراً إلى بيع كل نصف منها بخمسة وعشرين ديناراً ، مع اشتراط كل منهما بوجود الآخر ، فاذا قبل المشترى أحدهما دون الآخر رجع ذلك إلى عدم المطابقة من جهة الشرط ، وقد مر حكمه

هل يجوز الانشاء لاحد المتعاقدين

حال كون الآخر فاقداً لشرائطه ؟

قوله : (ومن جملة الشروط فى العقد أن يقع كل من ايجابه وقبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء) . أقول : قد اعتبر المصنف ـ فى صحة العقد ـ وقوع كل من الايجاب والقبول فى حال يجوز لكل من المتبائعين الانشاء فى تلك الحال ، وعليه فلو كان المشترى فى حال ايجاب البائع غير قابل للقبول ، أو خرج البائع ـ حال قبول المشترى ـ عن قابلية الايجاب لم ينعقد العقد بينهما ، لأنه عند ئذ لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر ، فلا تتحقق المعاهدة والمعاقدة بينهما بوجه .

وقال شيخنا الاستاذ : إن هذا الشرط ـ كسابقه ـ من القضايا التى قياساتها معها ، بديهة أن العقد لا ينعقد إلا بفعل شخصين ، فاذا انتفى شرط من شرائط العقد حين إنشاء أحدهما بطل العقد . ولا أثر لوجود الشرط قبل العقد أو بعده

وعلى هذا فلو نام المشترى حين إنشاء البائع أو بالعكس لم يصح العقد ودعوى الصحة فى العقود الجائزة ، دعوى جزافية ، لأن القول بالصحة إنما هو فى العقود الاذنية فقط ، دون العقود العهدية . انتهى ملخص كلامه .

ويتوجه عليه : أن العقد ليس من مقولة الأفعال ولا من مقولة الألفاظ الخارجية ، ولا من الاعتبارات النفسية المحض ، بل هو عبارة عن ارتباط التزام أحد المتعاقدين بالتزام الآخر ، وإظهاره بمبرز خارجي ، ولا شبهة في صدق عنوان العقد على هذا ، فيكون مشمولا للعمومات والمطلقات ، ولم يدل دليل من الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والسيرة على كون كل من المتعاقدين واجداً لشرائط الانشاء عند إنشاء الآخر ، بل الدليل إنما هو على اعتبار صدور الانشاء من الواجد لشرائط الانشاء ، دون الفاقد لها .

وقال الفقيه الطباطبائي ـ عند قول المصنف : ومن جملة الشروط في العقد أن يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل منهما الانشاء ـ : إنه (لا دليل على هذه الكلية ، وعدم صدق المعاقدة والمعاهدة انما يتم في بعض الفروض ، كما لو كان المشترى في حال ايجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهة الاغماء أو النوم أو الجنون ، وأما في بقية الصور فنمنع عدم الصدق خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الايجاب مع علمه بذلك ، وأن المشترى يقبل لا محالة ، وكذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقة أو السفه) .

ولكن التحقيق يقتضي الالتزام بالصحة إذا فقد المشترى شرائط صحة الانشاء حال إنشاء البائع ، وبالفساد في عكسه . والوجه في ذلك : أن المناط في تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشترى ـ وقد عرفته سابقاً ـ وعليه فاذا أنشأ البائع حال كون المشترى نائماً ـ أو غافلا أو مغمى عليه ، ثم التفت المشترى إلى هذا الانشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع ـ صدق عليه عنوان العقد جزماً . ويحكم بصحته للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود .

بل تدل على ذلك السيرة الواقعة بين التجار ، لأن المتعارف فيما بينهم

ـ غالباً ـ أن يكتب بعضهم إلى بعض بيع متاعه الخاص بقيمة معينة، ويقبله المكتوب اليه ، مع أنه ربما يكون ـ عند كتابة البائع ـ نائماً أو غافلا أو مجنوناً ، ولا شبهة فى صحة هذه المعاملة .

أما إذا لم يبق البائع على الشرائط حين قبول المشترى حكم بفساد العقد إذ يرتفع التزام البائع بانتفاء شرائط الانشاء عنه ، ولا يتصل التزامه بالتزام المشترى . إلا فى مثل النوم والغفلة ، فانهما لا ينافيان بقاء التزام البائع للسيرة المزبورة . وهذا واضح لا شك فيه .

بحث استطرادي فى لحوق الرضاء بالبيع الاكراهى

قوله : (ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضاء لبيع المكره) . أقول : حاصل كلامه : أن ما ذكرناه ـ من اعتبار أن يكون كل من المتعاقدين واجداً للشرائط عند تحقق الانشاء من الآخر ـ يقتضى بطلان عقد المكره سواء أ لحق به الرضاء من المكره ـ بالفتح ـ أم لا ، ولكن التزم الأصحاب بصحة ذلك مع لحوق الرضاء به . ولعل هذا من جهة الاجماع القائم على خلاف الاصل والقاعدة .

ويتوجه عليه : أن بيع المكره المتعقب بالرضاء ـ وإن خرج من القاعدة المزبورة ـ إلا أن خروجه عنها ليس من جهة الاجماع ، بديهة أن الاجماع لا يصحح صدق عنوان العقد على ما ليس بعقد عرفاً .

وإنما الوجه فى صحة بيع المكره ـ مع لحوق الرضاء به ـ هو أن الاختيار له معنيان :

١ ـ أن يستند الفعل الصادر من الفاعل إلى إرادته ، ويقابله صدور الفعل منه بلا اختيار وشعور ، كحركة المرتعش .

٢ ـ أن يراد من الاختيار تسلط الفاعل على فعله ، ويقابله كونه مجبوراً فى فعله ومكرهاً عليه من ناحية شخص آخر .

أما الاختيار بالمعنى الأول فلا شبهة فى اعتباره فى العقود ، لأنا ذكرنا مراراً : أن حقيقتها ـ بل حقيقة جميع الأمور الانشائية ـ متقومة بالاعتبار النفسانى المظهر بمبرز خارجى ومن الواضح جداً أنه إذا انتفى القصد والالتفات من المتعاقدين انتفى منهما الاعتبار النفسانى ، وإذن فيكون اللفظ الصادر منهما لفظاً ساذجاً ، وغير مظهر للاعتبار النفسانى . ومن البيّن الذى لا ريب فيه أن اللفظ الساذج بعيد عن مفهوم العقد .

أما الاختيار بالمعنى الثانى فلا دليل على اعتباره فى حقيقة العقد ضرورة أن الارادة والاختيار ـ بهذا المعنى ـ من الأمور النفسانية التى لا تطلع عليها غير علام الغيوب ، وعليه فلا يعقل أن تقع مورداً للاجبار .

ومن هنا ذكر المصنف ـ فى البحث عن جواز الكذب عند الضرورة ـ أن المكره على إنشاء العقود إنما اكره على التلفظ بصيغة البيع ، ولم يكره على إنشاء حقيقة البيع ، فالاكراه على البيع الحقيقى يختص بغير القادر على التورية ، كما أن الاضطرار على الكذب مختص بالعاجز عنها .

وعليه فاذا كان شخص مكرهاً على البيع ، ولم يورّ ـ مع قدرته على التورية ـ فقد أوجد البيع بارادته واختياره . انتهى ملخص كلامه .

أما ما أجاب به المصنف عن ذلك فى المبحث المذكور فهو لا يرجع إلى معنى محصل فراجع هناك .

وكيف كان أن المكره على البيع ـ مثلا ـ إنما اكره على التكلم بكلمة

بعت من غير أن يجبر على قصد معناه . وحينئذ فاذا تكلم بذلك مع القصد والالتفات إلى المعنى كان هذا بيعاً حقيقة ، لأن شأن الأمور الأنشائية في ذلك شأن الأفعال التكوينية . فكما أن المكره على ايجاد فعل تكويني في الخارج لا يخلو عن القصد والارادة ، ـ ولا يكون الفعل الصادر منه كالفعل الصادر من النائم والساهي والمجنون وأمثالهم ـ كذلك الحال في الأفعال الانشائية .

نعم صحة العقود والايقاعات تدور مدار صدورها من المنشىء في حال الرضاء ، وطيب النفس ، للأدلة الدالة على ذلك ، وإذا انتفى الرضاء فسدت العقود والايقاعات ، ولم يترتب عليها أثر شرعي أصلا .

وعلى الاجمال : إن اعتبار الرضاء في صحة العقود والايقاعات اعتبار شرعي ، وليس ذلك من جهة دخله في مفهوم العقد وإلا لم يلتزم بعض العامة (١) بصحة عقد المكره ، ضرورة أن ما لا يصدق عليه مفهوم العقد لا يعقل أن يكون عقداً صحيحاً .

وعلى هذا الضوء فصحة بيع المكره مع لحوق الرضاء به ليست من جهة الاجماع ، بل من جهة موافقته للقاعدة .

حيث إنه لا يستفاد من دليل اعتبار الرضاء إلا اعتباره على النحو الجامع بين المقارن واللاحق ، وسيأتي توضيح ذلك في البحث عن بيع المكره

وهذا بخلاف المعاملات الصادرة من المجنون والغافل والمغمى عليه وأشباهم ، فانه لا يمكن تصحيحها بلحوق رضاهم بها ، اذ لا يصدق عليها أي عنوان من عناوين المعاملات ، ولا ينطبق عليها أي مفهوم من مفاهيمها . بل لا يصح أن يطلق عليها أي اسم من أسماء العقود والايقاعات ، إلا أن يكون الاطلاق بنحو من العناية والمجاز .

---

(١) سنذكر ما ذهب اليه هذا البعض في البحث عن بيع المكره .

وأيضاً يدلنا أمران على دخل الرضاء - بالمعنى الثانى - فى صحة العقد ، لا فى مفهومه :

١ - أنه لو كان شخص مكرهاً على إجراء الصيغة لعقد خاص لحكم بصحة ذلك العقد ، ومن الظاهر أنه لو كان فعل المكره كفعل المجنون وشبهه لحكم بفساده ، بل حكم بعدم صدق عنوان العقد عليه .

٢ - أنه قد استدل الامام (ع) - فى صحيحة البزنطى (١) - بحديث الرفع على بطلان طلاق المكره وعتاقه وصدقته ، ومن البيّن الذى لاريب فيه أنه لو لم تصدق عليها هذه العناوين لحكم الامام (ع) بالبطلان من جهة عدم تحقق العناوين المذكورة فى الخارج ، ولم يحكم بعدم صحتها من جهة حديث الرفع ، بديهة أن التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضى وسيأتى تفصيل هذه المسألة فى البحث عن بيع المكره إنشاء الله تعالى .

بحث في اختلاف المتعاقدين في شروط العقد

قوله : (فرع لو اختلف المتعاقدان - اجتهاداً أو تقليداً - فى شروط الصيغة) . أقول : إذا اختلف المتعاقدان فى شروط الصيغة فهل يصح اكتفاء كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا بد من أن يأتى كل منهما على طبق ما يقتضيه مذهب كليهما ؟ .

أم يعتبر فى ذلك أن لا يكون العقد الصادر منهما مما لا قائل بكونه سبباً للنقل والانتقال؟ .

---

(١) تقدمت هذه الصحيحة فى ص ١٠ .

مثلا : إذا فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب ـ مع القول بجواز إنشاء العقد بالألفاظ الفارسية ـ حكم بفساد العقد الفارسى إذا تقدم قبوله على ايجابه ،وفى غير ذلك يحكم بالصحة .

ويتوجه على الوجه الأخير : أن عدم وجدان القائل بالصحة لا يوجب الجزم بالبطلان ، إذ من المحتمل القريب أن يكون العقد الفارسى ـ الذى تقدم فيه القبول على الايجاب ـ موافقاً للواقع ، وعليه فيكون اجتهاد كل من المتعاقدين صحيحاً فى نفس الأمر .

أما الوجهان الأولان فقد ذكر المصنف (ره) أنهما مبنيان على أن الأحكام الظاهرية هل هى بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية لكى تكون نسبة الأمارات القائمة عليها نسبة الأسباب إلى مسبباتها ، ونسبة الموضوعات إلى أحكامها ؟.

أم هى أحكام عذرية : بمعنى أن العامل بها يكون معذوراً فى عمله لا أنها أحكام حقيقية قبال الأحكام الواقعية ، غاية الأمر يكون العامل بها معذوراً فى عمله قبل كشف الخلاف ؟.

وعلى الأول فالمؤثر عند أحدهما مؤثر عند صاحبه أيضاً ولو كان أحدهما مخالفاً للآخر .

وعلى الثانى فلا يترتب عليه أثر أصلا ورأساً ، لأن المنشىء وإن رأى ترتب الأثر على إنشائه ، إلا أن صاحبه يراه مخطأ فى اجتهاده ، ولا غياً فى إنشائه ، وحينئذ فلا يترتب عليه الأثر فى نظره . هذا كله فيما إذا كان بطلان العقد عند كل من المتعاقدين المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر ، كالعربية والصراحة والماضوية والترتيب .

أما الموالاة ، والتنجيز ، وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الانشاء إلى

آخر العقد ، فالظاهر أن اختلافهما فى ذلك يوجب فساد العقد ، ضرورة أن فساد العقد من ناحية الامور المذكورة يسرى من أحد الجانبين الى الجانب الآخر .

وذلك من جهة أن قبول الانشاء التعليق تعليق ، وأن القبول المنفصل عن الايجاب بزمان - عند من لايعتبر التوالى - يوجب الانفصال بينهما عند من يعتبر ذلك ، وأن قبول الايجاب الصادر ممن ليست له أهلية الانشاء يكون معاملة مع شخص خارج عن أهلية الانشاء .

وعلى الاجمال إن فساد أحد جزئى العقد وإن كان لا يسرى الى الجزء الآخر . إلا أن منشأ الفساد ربما يسرى من جزء الى آخر . وهذا واضح لا خفاء فيه . انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه أولا : أنه لا وجه لجعل الترتيب مثل الماضوية والعربية والصراحة ، بل هى مثل الموالاة والتنجيز ، بديهة أن التقدم والتأخر من الامور المتضائفة ، فاذا تقدم القبول على الايجاب فقد تأخر الايجاب عن القبول

ثانياً : أن الأحكام الظاهرية الاجتهادية ليست بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية ، وإلا لزم التصويب . وهذا ظاهر .

ثالثاً : أن الاختلاف فى طريقية الأمارات ، أو موضوعيتها إنما هو بالنسبة الى من قامت عنده الأمارة ، فانه على القول بالطريقية لايجوز الاجتزاء بما أتاه المكلف بعد انكشاف الخلاف وعلى القول بالموضوعية يلتزم بالاجزاء . وقد تقرر هذا فى مبحث الاجزاء من علم الاصول .

أما بالنسبة الى غير من قامت عنده الأمارة فالاكتفاء بمفادها يحتاج الى دليل ليدل على أن الحكم الظاهرى فى حق كل أحد حكم واقعى نافذ فى حق غيره : بأن يقال : إن من كانت صلاته صحيحة ظاهراً - عند نفسه فللآخر

أن يرتب عليها آثار الصحة الواقعية ، فيجوز الايتمام به .

ولكن لا دليل على هذه الكبرى الكلية إلا فى جملة من الموارد:

منها ما اذا أسلم الزوجان ، أو زوج الكتابية حكم ببقاء النكاح السابق للاخبار الكثيرة (١) .

ومنها ما اذا اعتقد أحد بصحة العقد الفارسى ، وتزوج امرأة به لم يجز لغيره أن يتزوج بهذه المرأة مادامت فى حبال الزوج الأول ، للسيرة القطعية المتصلة بزمان المعصومين (ع) .

ومنها غير ذلك من الموارد التى دل الدليل على أن فعل العامل بالحكم الظاهرى موضوع للحكم بالنسبة الى غيره .

ومن هنا لم يناقش أحد من الفقهاء ـ الملتزمين باعتبار العربية فى الصيغة فى نكاح الأشخاص القائلين بجواز الانشاء بغير اللغات العربية . وكذلك لم يناقش القائل باعتبار الماضوية فيها فى نكاح القائل بجواز الانشاء بغير الماضى . وهكذا فى سائر شرائط العقد التى هى مورد لاختلاف الفقهاء رضوان الله عليهم

والمتحصل من جميع ما ذكرناه : هو أن مجرد كون مفاد الأمارة حكما حقيقياً فى حق الموجب ، أو القابل لا يجدى شيئاً فى المقام . بل لابد وأن يكون ذلك حكما حقيقياً فى حق غيره أيضا ، لأنه أحد طرفى العقد .

وقد ناقش فى ذلك بعض مشائخنا المحققين ، وملخص كلامه : هو أن الأمارة اذا قامت على حكم تكليفى فأقصى ما هناك هو تبدل الواقع بالنسبة الى من قامت الأمارة عنده على الخلاف دون غيره .

وعليه فيمكن أن يكون الشىء حلالا بالاضافة الى أحد وحراماً بالاضافة الى شخص آخر ـ مثلا ـ اذا قامت الأمارة على حلية العصير التمرى بالغليان

(١) المروية في الوافى ج ١٢ ص ٩١

عند أحد لم يوجب هذا إلا الحلية الواقعية بالاضافة الى من قامت عنده الأمارة على الحلية دون غيره ممن لم تقم الأمارة عنده . وإذن فليس لغيره ترتيب أثر الحلية اذا كان من فى يده العصير يرى حليته .

وهذا بخلاف الأحكام الوضعية ، فانها اذا تحققت فى حق أحد ـ ولو من جهة قيام الأمارة عنده ـ تحققت فى حق الجميع . فاذا اشترى ـ من يرى جواز العقد بغير العربى ـ شيئاً بالعقد الفارسى حكمنا بكونه ملكا له واقعاً ، بناءاً على القول بالسببية والموضوعية . ومع تحقق الملكية واقعاً فى اعتبار الشارع ـ كما هو المفروض ـ جاز لكل أحد ترتيب الأثر على تلك الملكية . وحينئذ فيكون اجتهاد أحد نافذاً فى حق غيره أيضاً .

ومن هنا لا يكون ـ فى هذه الموارد ـ كشف خلاف أصلا . بل يتبدل الرأى يتبدل الموضوع لا محالة .

وقد اتضح مما بيناه الفارق بين المقام ، وبين ما اذا قامت الأمارة على وجوب صلاة الجمعة ـ مثلا ـ فان قيام الأمارة وإن كان يوجب ـ على الفرض ـ أن تكون صلاة الجمعة واجدة للمصلحة الالزامية ، إلا أنه لا يقتضى أن تكون المصلحة الموجودة فيها بدلا عن المصلحة الواقعية .

وعلى هذا فاذا انكشف الخلاف علم منه أن المصلحة الواقعية باقية على حالها ، فيجب تحصيلها . وليست ـ فى باب المعاملات ـ مصلحة لازمة التحصيل لكى يجرى فيها هذا البيان . انتهى ملخص كلامه .

أقول : هذا الذى أفاده المحقق المزبور وإن كان متيناً بناءاً على السببية إلا أنا ذكرنا ـ فى مبحث الجمع بين الأحكام الظاهرية والأحكام الواقعية من علم الاصول ـ أن الالتزام بالموضوعية والسببية حتى السببية السلوكية ـ التى اخترعها المصنف فى رسائله ـ مستلزم للتصويب ، وإذن فلا يمكن الالتزام

بذلك . فلا مناص وقتئذ عن القول بالطريقية المحض فى جعل الأمارات ، ولازم ذلك هو عدم جواز اكتفاء أحد المتعاقدين بما يراه الآخر صحيحاً فيحكم بالصحة من جانب ، وبالفساد من جانب آخر .

وقد يقال إن العقد فعل واحد تشريكى يحصل من الايجاب والقبول ، وعليه فلا بد وأن يكون صحيحاً فى مذهب كل منهما لكى يمكن ترتب الأثر عليه فلا يجوز الاكتفاء بالعقد الفارسى لمن يرى بطلانه .

وقد يقال أيضاً : إن العقد مركب من الايجاب والقبول ، فلا يتحقق مفهومه إلا بهما ، وحينئذ فاذا صح من طرف الموجب صح من طرف القابل أيضاً إذ لا يعقل وقوعه صحيحاً من جانب وفاسداً من جانب آخر .

ولكن التحقيق : هو ما ذكرناه ـ من الحكم بالصحة من جانب وبالفساد من جانب آخر ـ ضرورة أن العقد وإن كان متقوماً بالايجاب والقبول ، إلا أن ذلك لا يقتضى إلا التلازم ـ فى الصحة أو الفساد ـ بحسب الحكم الواقعى ، لأنه لا يمكن فى الواقع أن ينتقل المبيع إلى المشترى ، ولا ينتقل الثمن إلى البائع

أما بالنسبة إلى الحكم الظاهرى فلا مانع من الالتزام بالتفكيك : بأن يعمل كل من الموجب والقابل بما تقتضيه وظيفته الظاهرية .

مثلا : إذا كان البائع مقلداً لمن يقول بصحة العقد بالفارسى وكان المشترى مقلداً لمن يقول ببطلان ذلك جاز للبائع أن يتصرف فى الثمن ، لأنه يراه ملكا لنفسه ، ولا يجوز له أن يتصرف فى المبيع ، لأنه خارج عن ملكه فى نظره .

أما المشترى فلا يجوز له التصرف فى المبيع ، لأنه لا يراه ملكا لنفسه بل يراه ملكا لمالكه الأول .

ولا عجب فى ذلك ، لأن التفكيك فى الأحكام الظاهرية مما لا يحصى ،

فان الماء القليل ينفعل بالنجاسة عند بعض ، ولا ينفعل بها عند بعض آخر، وماء البئر ينفعل بملاقاة النجس عند قوم ، ولا ينفعل بها عند قوم آخرين والغسالة محكومة بالنجاسة عند فقيه ، وبالطهارة عند فقيه آخر . وإلى غير ذلك من الموارد الكثيرة التى وقع فيها التفكيك فى الأحكام الظاهرية .

بحث في المقبوض بالعقد الفاسد

قوله : (لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه ، وكان مضمونا عليه)

أقول : قد طفحت عبارات الأصحاب بأن المقبوض بالعقد الفاسد غير مملوك للقابض ، بل هو مضمون عليه :

فعن غصب المسالك : الاتفاق على أن المقبوض بالعقد الفاسد يضمن.

وعن غصب الكفاية . أنه مقطوع به فى كلام الأصحاب .

وعن التذكرة : البيع الفاسد لا يفيد ملكية المشترى للمعقود عليه ... ولو قبضه لم يملكه بالقبض ، ولو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا أجمع .

وعن كشف الحق : أنه ذهبت الامامية أن الشراء الفاسد لا يملك بالقبض ولا ينفذ عتقه ، ولا يصح شيء من تصرفه .

وعن السرائر : أن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب والضمان . وإلى غير ذلك من كلماتهم المذكورة فى هذه المسألة .

وذكر المصنف : أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه ، وكان مضمونا عليه :

أما العقد السلبي - : أعنى به عدم الملك - فلأن المؤثر فى حصول الملكية إنما هو العقد ، فاذا حكم بفساده وصيرورته كالمعدوم لم يؤثر فى الملكية .

أما العقد الايجابى - : أعنى به ثبوت الضمان على القابض - فهو المعروف بين الأصحاب . بل ادعى الشيخ - فى باب الرهن ، وفى موضع من البيع - الاجماع عليه صريحاً . انتهى ملخص كلامه .

ثم إنه ربما يستظهر من قول المصنف : (وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء ، بل من قبيل إحداث إنمائها غير قابل للملك ، فهو كالتالف ، لا كالمتلف) . اختصاص محل البحث بالتلف ، وعدم شموله للاتلاف ، بديهة أن الضمان فى صورة الاتلاف أمر واضح ، وغير خفى على طلبة العلم فضلا عن الفقيه المتضلع من الفقه .

ووجه الاستظهار : هو أن الظاهر كون العبارة المذكورة جواباً عن سؤال مقدر . وهو أن مورد الخبر الآتى - الوارد فى الأمة المبتاعة - من قبيل الاتلاف ، فيخرج عن مورد بحثنا - فى المقام - لأن البحث - هنا - مختص بالتلف السماوى . أما الاتلاف فلا شبهة فى كونه موجباً للضمان ، لقاعدة من أتلف وأجاب المصنف عن ذلك بقوله : وليس استيلادها الخ .

ويرد عليه : أنه لا وجه للفرق بين التلف والاتلاف ، ضرورة أن تسليط المالك غيره على ماله مع فرض فساد العقد إذا كان مانعاً عن ثبوت الضمان باليد كان مانعاً عن ثبوت الضمان بالاتلاف أيضاً ، وعليه فلا وجه للتفرقة بين صورتى الاتلاف والتلف بالالتزام بالضمان فى الثانية ، دون الاولى

ما هو مدرك الضمان فى قاعدة ما يضمن ؟

قد ذكر المصنف : (أن هذه المسألة - : أعنى بها مسألة المقبوض بالعقد الفاسد - من جزئيات القاعدة المعروفة : كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، ومالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده... فالمهم بيان معنى القاعدة أصلا وعكساً) ثم أطال الكلام فى ذلك من حيث الشرح والتفسير ومن حيث النقض والابرام . ومن حيث الاطراد والانعكاس .

ولكن التحقيق : أنه لا يهمنا البحث فى شىء من هذه النواحى ضرورة أن هذه القاعدة بألفاظها المذكورة لم ترد فى آية ، ولا فى رواية ، ولا أنها جعلت مورداً للاجماع ، لكى يبحث عنها ، وعن مفردات ألفاظها ، وعن سعة دلالتها .

بل هذه القاعدة غير مغروسة - بالألفاظ المزبورة - فى كلمات القدماء وإنما وجدت وحدثت فى كلمات المتأخرين . وإذن فيحسن بنا أن نصرف عنان البحث إلى ما يمكن أن يجعل مدركا لهذه القاعدة ودليلا على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لكى يتضح من ذلك ما هو المدرك لقاعدة ضمان اليد أيضاً .

فنقول : إنه استدل على الضمان - فى محل الكلام الذى سيتضح لك قريباً - بوجوه شتى :

١ - النبوى المعروف : أعنى به قوله (ص) : على اليد ما أخذت حتى تؤديه (١)

ويرد عليه : أن هذا الحديث ضعيف السند لأنه لم يذكر فى اصولنا

---

(١) رواه سمرة بن جندب عن النبي (ص) . راجع سنن البيهقي ج ٦ كتاب العارية ص ٩٠ . وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ . -

المعدة لضبط الأحاديث ، وإنما أخذه الاصحاب من أصول العامة ، واستدلوا به على مقصودهم فى كتبهم الاستدلالية ، وإذن فلا يمكن الاستناد اليه فى شيء من الأحكام الشرعية ، فضلاعن جعله من القواعد المسلمة بين الفقهاء ، وتسميته بقاعدة ضمان اليد .

ودعوى أن الحديث المزبور وإن كان ضعيف السند ، ولكن ضعفه منجبر بعمل المشهور به ، وإرسالهم اياه إرسال المسلمات .

دعوى فاسدة ، لأنا ذكرنا مراراً : أن عمل المشهور برواية ضعيفة لا يوجب اعتبارها . كما أن إعراضهم عن العمل بالرواية الصحيحة لا يوجب

— ثم إن سمرة هو الذي انحرف عن امير المؤمنين (ع) وكان ايام مسير الحسين (ع) إلى الكوفة على شرطة ابن زياد ، وكان يحرض الناس على الخروج إلى الحسين (ع) وقتاله .

وعن ابن عدي ، قال قدمت المدينة ، فجلست إلى ابي هريرة ، فقال : ممن انت ؟ قلت : من اهل البصرة ، قال : ما فعل سمرة بن جندب ؟ قلت : هو حي ، قال : ما احد احب إلىّ طول حياة منه ، قلت : ولم ذاك ؟ قال : إن رسول الله (ص) قال لي ، وله ، ولحذيفة بن اليماني : آخركم موتاً فى النار .

وروى واصل انه كان له نخل فى بستان رجل من الأنصار ، فكان يؤذيه ، فشكا الأنصارى ذلك إلى رسول الله (ص) فبعث إلى سمرة ، فدعاه ، فقال له : بع نخلك من هذا ، وخذ ثمنه قال : لا افعل ، قال خذ نخلا مكان نخلك قال لا افعل قال فاشتر منه بستانه ، قال : لا افعل ، قال : فاترك لي هذا النخل ولك الجنة قال : لا افعل ، فقال (ص) للانصارى : إذهب فاقطع نخله ، فانه لاحق له فيه

وإلى غير ذلك من مطاعنه . وقد ذكر ذلك كله ابن ابي الحديد في شرح نهج البلاغة ج ٤ ص ٧٧ . المطبوع بمصر سنة ١٣٧٨ .

وهنها ، لأن الشهرة فى نفسها ليست بحجة ، فلا تكون موجبة لحجية الخبر ، وجابرة لضعف سنده . وعليه فلا بد من ملاحظة نفس الخبر ، فإن كان جامعاً لشرائط الحجية أخذ به ، وإلا فان ضم غير حجة إلى مثله لا ينتج الحجية . وتفصيل ذلك فى علم الأصول .

ويضاف إلى ذلك : أنه لم يتضح لنا استناد المشهور إلى الحديث المزبور فى فتاويهم بالضمان فى موارد ضمان اليد ، إذ من المحتمل أنهم استندوا فى ذلك إلى السيرة ـ التى سنتعرض لها قريباً ـ أو استندوا فى ذلك إلى وجه آخر وإنما ذكروا حديث ضمان اليد تأييداً لمرامهم . فافهم .

٢ ـ الروايات (١) الدالة على أن الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة

---

(١) عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) فى رجل اشترى جارية ، فأولدها ، فوجدت مسروقة ؟ قال : يأخذ الجارية صاحبها ، ويأخذ الرجل ولده بقيمته . مرسلة .

وعن زرارة ، قال : قلت لأبي جعفر (ع) : الرجل يشتري الجارية من السوق ، فيولدها ، ثم يجيء رجل ، فيقيم البينة على أنها جاريته ، ولم يبع ، ولم يهب ؟ قال : فقال : ترد اليه جاريته ، ويعوضه مما انتفع ، قال : كان معناه قيمة الولد . مجهولة بأبي عبد الله الفراء .

وعن جميل بن دراج عن ابي عبد الله (ع) فى الرجل يشتري الجارية من السوق ، فيولدها ، ثم يجيء مستحق الجارية ؟ فقال : يأخذ الجارية المستحق ، ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي اخذت منه . موثقة بمعاوية بن حكيم .

وعن زرارة ، قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : رجل اشترى جارية من سوق المسلمين ، فخرج بها إلى ارضه ، فولدت منه اولاداً ، ثم اتاها من يزعم انها له ـ

ـ بعد أن أولدها المشترى ـ أخذها صاحبها ، وأخذ المشترى ولده بالقيمة حيث إن ضمان الولد بالقيمة ـ مع كونه نماءاً لم يستوفه المشترى ـ يستلزم ضمان الأصل بالأولوية .

ويتوجه عليـــه : أن الروايات المذكورة غريبة عن مركز بحثنا ، إذ المفروض ـ هنا ـ أن يكون البائع مالكا أما المذكور فى الرواية فهو كون البائع غاصباً ، ومن الواضح الذى لا ريب فيه أنه لم يتوهم أحد عدم الضمان فى هذه الصورة حتى فيما إذا كان العقد غير معاوضى كالهبة . وحكمنا بعدم الضمان فى مورد بحثنا .

٣ ـ الروايات(١) الدالة على عدم حلية مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه ، فانها تشمل المقام أيضاً .

ويرد عليه : أن نسبة الحل إلى الاموال والأعيان إنما هى باعتبار التصرف ، إذ لا معنى لحلية الأعيان الخارجية . كما أن نسبة الحرمة اليها بهذا اللحاظ ، ضرورة أنه يراد من حرمة الخمر حرمة شربه ، ومن حرمة المال حرمة التصرف فيه . ومن حرمة الامهات والبنات والأخوات حرمة نكاحهن وهكذا فى سائر الموارد .

وعليه فالغرض من تلك الروايات إنما هو الحرمة التكليفية دون الحرمة الوضعية . وإذن فهى بعيدة عن إثبات الضمان وحينئذ فشأنها شأن مادل على حرمة التصرف فى مال غيره بدون إذنه (٢) فكما أن الطائفة الثانية

ـ واقام على ذلك البينة ؟ قال : يقبض ولده ، ويدفع اليه الجارية ويعوضه فى قيمة ما اصاب من لبنها وخدمتها ، وفى يب ج ٢ ص ١٤١ . إن اباها بدل من اتاها . مجهولة ابراهيم الطربال ، الاستبصار ج ٣ من ط ٢ ص ٨٤ . والوافي ج ١٠ ص ١٠١ .

(١) قد ذكرناها فى الجزء الثاني في ص ١٣٨ .

(٢) قد ذكرناه فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨ .

ظاهرة فى الحكم التكليفى فقط ، كذلك الطائفة الأولى . فلا تعرض فيها للضمان.

٤ ـ قوله (ع) (حرمة ماله ـ : أى المؤمن ـ كحرمة دمه (١) فان الظاهر من هذه الجملة هو أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان ، وأنه لا يذهب هدراً ، كما أن دمه لا يذهب هدراً .

ويتوجه عليه : أن هذه الجملة المباركة ـ لو دلت على الضمان ـ فانما تدل عليه فى فرض الاتلاف ، دون التلف ، إذ لا يتوهم عاقل أنه إذا تلف مال مؤمن بآفة سماوية ضمن به سائر المؤمنين ، وعليه فيكون الدليل أخص من المدعى .

ويضاف إلى ذلك : أن هذه الجملة الشريفة مذكورة فى عداد جمل اخرى التى هى ظاهرة فى الحكم التكليفى ، وهى ما يلى : سباب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر ، وأكل لحمه معصية ، ومن الواضح أن اتحاد السياق يقتضى إرادة الحكم التكليفى من هذه الجملة أيضاً . وإذن فهى بعيدة عن إثبات الحكم الوضعى : أعنى به الضمان .

بل الظاهر أن المراد من كلمة الحرمة ـ فى قوله (ع) : حرمة ماله كحرمة دمه ـ هو مقابل الحل ، فيكون راجعاً إلى الحكم التكليفى ، لا بمعنى الاحترام

---

(١) عن ابي بصير ، عن ابي جعفر (ع) قال : قال رسول الله (ص) : سباب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر ، واكل لحمه معصية ، وحرمة ماله كحرمة دمه . موثق بعبد الله بن بكير . اصول الكافي باب السباب من كتاب الايمان والكفر والوافى ج ٣ ص ١٦٠ والوسائل باب ١٥٢ ، وباب ١٥٨ من ابواب احكام العشرة

وعن ابي ذر عن النبي (ص) : يا ابا ذر سباب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر واكل لحمه من معاصى الله ، وحرمة ماله كحرمة دمه . ضعيف بأبي المفضل محمد بن عبد الله بن محمد الشيباني . ورجاء بن يحيى بن سامان العبرتائي . ومحمد بن الحسن بن ميمون ، اوشمون ، وغيرهم الوافي ج ١٤ ص ٥٦ والوسائل نفس المصدر

لكي يدل على الحكم الوضعي ، وعليه فمنزلة هذه الجملة منزلة الروايات المتقدمة الدالة على عدم حلية مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه ، وقد عرفت ـ قريباً ـ عدم دلالتها على الضمان .

وإن أبيت عن ظهورها في ذلك فلا ظهور لها في إثبات الضمان أيضاً ، فتكون مجملة .

وقد تفسر حرمة المال ـ في الجملة المزبورة ـ بأنه لا تجوز مزاحمة صاحبه بوجه حدوثاً وبقاء ، وهذا وإن كان لا يفيد إلا الحكم التكليفي ما دامت العين باقية ، إلا أن عدم تدارك العين بعد إتلافها إبقاء للمزاحمة المحرمة فلا بد من رفعها ، ولا يمكن رفعها إلا بأداء مثله أو قيمته ، وعليه فتدل الرواية على الحكم التكليفي بالمطابقة ، وعلى الحكم الوضعي بالالتزام .

ولكن يرد عليه : أن البحث ـ هنا ـ إنما هو في أصل اشتغال الذمة ، وهو مشكوك فيه ـ في المقام ـ ومن الظاهر أن حرمة المزاحمة لا تثبت إلا بعد إثبات أصل الضمان .

٥ ـ ما ورد في جملة من الروايات (١) أنه : لا يصلح ذهاب حق أحد

---

(١) عن الحلبي ، ومحمد بن مسلم ، عن ابي عبد الله (ع) قال سألته هل تجوز شهادة اهل ملة على غير اهل ملتهم ؟ قال : نعم إذا لم يجد من اهل ملتهم جازت شهادة غيرهم ، إنه لا يصلح ذهاب حق احد . حسن بابراهيم بن هاشم . الكافي ج ٧ من ط ٢ ص ٤ . والوافي ج ٩ ص ١٤٦ .

وعن سماعة ، قال : سألت ابا عبد الله (ع) عن شهادة اهل الملة ؟ قال : فقال : لا تجوز إلا على اهل ملتهم ، فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية ، لأنه لا يصلح ذهاب حق احد . ضعيف بمحمد بن عيسى .

وعن الكناسي قال : سألت ابا جعفر (ع) عن شهادة اهل ملة هل تجوز ـ

فانه يشمل المقام أيضاً .

والجواب عن ذلك : أن الاستدلال بهذه الجملة على الضمان يتوقف على أن يراد بالحق المال ، وأن يكون عدم صلوح ذهابه كناية عن ضمانه ، ولم يثبت شيء من الأمرين .

بل إن تلك الجملة واردة فى مورد الوصية ، وأن للمسلم أن يوصى بماله ، وهذا حق له ، ولا يصلح أن يذهب حقه ، وعليه فان أمكن الاشهاد عليه من المسلمين فهو ، وإلا تجوز شهادة غيرهم أيضاً وهذا معنى أجنبى عما نحن فيه بالمرة .

ويضاف إلى ذلك أنها لا تشمل صورة التلف ، فيكون الدليل أخص من المدعى .

٦ ـ الروايات (١) الدالة على نفى الحكم الضررى فى الشريعة المقدسة

ـ على رجل من غير اهل ملتهم ؟ فقال : لا ، إلا ان لا يوجد فى تلك الحال غيرهم فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصية ، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرىء مسلم ولا تبطل وصيته . صحيح . الكافى ج ٧ من ط ٢ ص ٣٩٨ و ٣٩٩ . والوافى ج ٩ ص ١٤٥ و ١٤٦ .

(١) عن زرارة ، عن ابي جعفر (ع) ـ فى قضية سمرة بن جندب ـ عن رسول الله (ص) : لاضرر ، ولاضرار . موثق بابن بكير .

عن عقبة بن خالد ، عن ابي عبد الله (ع) قال : وقضى رسول الله (ص) بين اهل البادية : انه لا يمنع فضل ماء ليمنع به فضل كلاء ، وقال : لا ضرر ، ولا ضرار . مجهول بعقبة ومحمد بن عبد الله بن هلال .

وفى حديث آخر لزرارة عن ابي جعفر (ع) ـ في قضية سمرة ـ انه ذكر في ذيله قول رسول الله (ص) لسمرة : إنك رجل مضار ، ولا ضرر ، ولاضرار على مؤمن . مرسل . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٩٣ و ٢٩٤ .ـ

ومن الظاهر أن الحكم بعدم ضمان القابض لما قبضه بالعقد الفاسد ضرر على المالك ، فينفى بأدلة نفى الضرر .

والجواب عن ذلك أولا : أنه لا دلالة فى هـذه الروايات على الضمان ـ هنا ـ سواء أريد منها نفى الحكم الضررى بداءة ، كما عليه المصنف ، أم اريد منها نفى الحكم الضررى بلسان نفى موضوعه ، كما عليه جمع من المحققين .

والوجه فى عدم دلالتها على ذلك : هو ما ذكرناه فى محله من اختصاص أدلة نفى الضرر برفع الأحكام المجعولة فى الشريعة . أما إذا كان الضرر ناشئاً من عدم جعل حكم ـ كالضمان فى المقام ـ فأدلة نفى الضرر لاتنى بنفيه ليثبت الجعل الشرعى : أى الضمان .

ثانياً : أن محل الكلام ـ فى المقام ـ هو الضمان بالبدل الواقعى ، فان الضمان بالمسمى غير ثابت قطعاً ، وعليه فتقع المعارضة فى شمول أدلة نفى الضرر لكلا الطرفين ، إذ قد يزيد البدل الواقعى على المسمى بكثير . ووقتئذ الحكم بضمان القابض له مع عدم إقدامه عليه بوجه يوجب تضرره لا محالة .

ثالثاً : أن هذه الروايات لو دلت على الضمان فانما تدل عليه فى موارد الاتلاف ، أو فى موارد استيفاء المنافع ، أو فيما كان العمل بأمر الآمر . أما

ـ وعن عقبة ، عن ابي عبد الله (ع) قال : قضى رسول الله (ص) بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين ، والمساكن ، وقال : لا ضرر ، ولا ضرار . مجهول بعقبة ومحمد بن عبد الله بن هلال . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٨٠ .

وعن النبي (ص) : لا ضرر ولاضرار في الاسلام . مرسل . الفقيه ج ٤ من ط ٤ فى باب ميراث اهل الملل ص ٢٤٣ .

وعن دعائم الاسلام ـ في حديث ـ إن رسول الله (ص) قال : لا ضرر ، ولا ضرار . مرسل . مستدرك الوسائل ج ٣ ص ١٥٠

فى فرض التلف السماوى ـ مع تحفظ القابض عليه ـ فلا موجب لاضراره دفعاً لتضرر المالك .

وعلى الجملة : انه لادلالة فى شىء من الوجوه المتقدمة على الضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد . نعم الدليل على الضمان ـ هنا ـ إنما هو السيرة ، فانها قائمة على ضمان اليد فى أمثال ذلك ، ولم يثبت ردعها من ناحية الشارع المقدس وسيأتى تفصيل ذلك فى الوجه الآتى .

٧ ـ قاعدة الاقدام التى ذكرها الشيخ فى المبسوط ، حيث إنه علل الضمان ـ فى موارد كثيرة من البيع والاجارة الفاسدين ـ بدخول القابض على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى ، فاذا لم يسلم ، له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة .

ومن تلك الموارد ما ذكره فى فصل تفريق الصفة من البيع ، وقال نصاً (وإنما وجب الضمان عليه ، لأنه أخذ الشىء بعوض ، فاذا لم يسلم العوض المسمى وجب عوض المثل لما تلف فى يده) .

وقد ناقش المصنف فى هذا الوجه أولا : بان ما أقدم عليه المتعاقدان غير ممضى للشارع ، وحينئذ فاذا ثبت الضمان بالمثل أو القيمة فقد ثبت بدليل خاص ، لا بقاعدة الاقدام .

ثانياً : بأن ما ذكره من التعليل ليس بمطرد ، ولا بمنعكس ، إذ قد يتحقق الاقدام ولا يترتب عليه الضمان . كما فى صورة تلف المبيع قبل القبض فى البيع الصحيح ، فان المشترى قد أقدم على الضمان ـ هنا ـ ولكن لا ضمان عليه .

وقد لا يكون إقدام فى العقد الفاسد ، ومع ذلك يتحقق فيه الضمان ، كما اذا اشترط المشترى ـ فى عقد البيع ـ أن يكون ضمان المبيع ـ مع تلفه فى يده ـ على البائع .

أو قال البائع للمشترى : بعتك متاعى هذا بلا ثمن .

أو قال الموجر للمستأجر : آجرتك دارى هـــذه بلا اجرة . انتهى ملخص كلامه .

والظاهر أن ما ذكره شيخ الطائفة موافق للتحقيق ، فلا يتوجه عليه شيء مما ذكره المصنف :

أما الوجه الأول ـ الذى ذكره المصنف ـ فيرد عليه : أن الاقدام فى نفسه ليس علة تامة للضمان لكى يدور الضمان مدار الاقدام وجوداً وعدماً ، وإنما هو متمم لسبب الضمان الذى هو الاستيلاء على مال الغير بلا تسليط من المالك مجاناً . وقد قامت السيرة القطعية العقلائية الممضاة للشارع على أن التسلط على مال الغير تسلطاً غير مجانى موجب للضمان ، وحيث إن الشارع المقدس لم يمض الضمان بالمسمى فيثبت الضمان بالمثل أو القيمة . وإذن فثبوت الضمان انما هو بالاقدام المنضم الى الاستيلاء من جهة السيرة العقلائية غير المردوعة من قبل الشارع لا بالاقدام الساذج لكى يناقش فيه بما ذكره المصنف .

أما الوجه الثانى ـ الذى ذكره المصنف ـ فيرد عليه : أنه لا وجه له لنقض اطراد القاعدة وانعكاسها بالأمثلة المذكورة :

أما ما ذكره من عدم الضمان فى بعض موارد الاقدام ـ كتلف المبيع قبل القبض فى البيع الصحيح ـ فلما عرفته من أن الاقدام بنفسه لا يوجب الضمان وإنما الموجب له الاقدام المنضم الى القبض .

بل قد تقدم فيما سبق (١) ويأتى فى أحكام القبض : أن التسليم والتسلم من متممات الملكية المترتبة على البيع بمعنى : أن المرتكز فى أذهان العامة هو أن ضمان المشترى للمبيع ، وضمان البائع للثمن انما هو مشروط بالقبض

(١) في ص ٣٣

فكل منهما انما أقدم على ضمان مال الآخر بشرط أن يقبضه ، لا مطلقاً ، وعليه فالحكم بعدم الضمان قبل القبض حكم على طبق الارتكاز العقلائى .

أما ما ذكره ـ من تحقق الضمان مع اشتراطه على البائع ـ فيرد عليه : أنه لا صلة له بما نحن فيه ، لأن المشترى قد أقدم على ضمان المسمى من جهة البيع ، غاية الأمر أنه شرط على البائع ضماناً من دون سبب يقتضيه ، وعليه فان قلنا بفساد هذا الشرط مع إفساده ، أو عدمه ، أو قلنا بصحته كان ذلك خارجا عما أراد المصنف من ثبوت الضمان بلا إقدام .

أما ما ذكره ـ من نقض القاعدة بالبيع بلا ثمن ، أو بالاجارة بلا اجرة فهو غريب عما نحن فيه ، لأنهما وإن كانا بحسب الصورة بيعاً وإجارة ، إلا أنهما ـ فى الحقيقة ـ من قبيل الهبة والعارية ، نهاية الأمر أنهما قد انشئتا بلفظى البيع والاجارة .

ومن الظاهر أن أمثال هذه الانشاءات تعد فى نظر أهل العرف من الأغلاط ، إذ لم يتعارف بينهم استعمال كلمة (بعتك المتاع الفلانى بلا ثمن) . فى إنشاء الهبة ، ولا استعمال كلمة (آجرتك الشىء الفلانى بلا اجرة) فى إنشاء العارية .

وقد عرفت فى البحث عن ألفاظ العقود أن إنشاء العقد بالألفاظ المغلطة فى نظر أهل العرف لا يعد إنشاء صحيحاً عندهم . وإذن فيحكم بفساد الهبة والعارية المذكورتين ، ولا يحكم بالضمان عند ئذ ، لعدم الموجب له :

فتحصل من جميع ما حققناه : أن ثبوت الضمان ـ فى المقام ـ إنما هو بالاقدام المنضم الى الاستيلاء من جهة السيرة القطعية العقلائية المتصلة بزمان المعصومين (ع) وغير المردوعة من قبلهم . أما بقية الوجوه المتقدمة فقد

عرفت أن الاستدلال بها على الضمان - هنا - لا يرجع الى معنى محصل .

وعليه فيحكم بالضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد مطلقامن ناحيةالسيرة المزبورة . سواء فى ذلك التلف والاتلاف .

واذن فمدرك الضمان فى قاعدة ضمان اليد ، وفى المقبوض بالعقدالفاسد انما هو هذه السيرة . هذا ما ساقنا اليه نظرنا القاصر ، والله العالم بالواقع .

بحث في بعض الأعمال المضمونة

قوله : (ويبقى الكلام حينئذ فى بعض الأعمال المضمونة) أقول : قد عرفت أن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون على القابض . وهل يحكم بضمان الأعمال التى لا ترجع نفعها الى الضامن ، ولم تقع فى الخارج بأمره - كالسبق مثلا فى المسابقة الفاسدة - أم لا ؟ .

قد حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق اجرة المثل . وحكم قوم آخرون بالاستحقاق .

والتحقيق هو الأول ، لأن مناط الضمان إما الاستيلاء على أموال الناس أو استيفاء منافعها ، أو الأمر بعمل محترم مع صدوره من المأمور فى الخارج ، سواء أوصل نفع ذلك العمل الى الآمر أم لم يصل اليه .

ومن الظاهر أن هذه الجهات كلها منتفية فى المسابقة الفاسدة ، بديهةأن الصحيح منها انما يوجب الضمان من جهة امضاء الشارع هذه المغالبة ، لأجل الاهتمام بأمر الجهاد مع الكفار ، حيث ان فى المسابقة والمرامات تمريناً للحرب ، وتهيئاً اليها ، ولولا هذه الناحية لم تفترق المسابقةوالمرامات من سائر أنواع القمار الذى نهى عنه وضعاً وتكليفاً بالآيات المتظافرة . والروايات

المتواترة من طرقنا ، ومن طرق العامة . وقد تعرضنا لها ولحرمة القمار بأنواعه تفصيلا فى الجزء الأول .

وعلى هذا الضوء فاذا فقد شرط من شرائط عقد المسابقة وصار فاسداً كان ذلك مصداقا للقمار المحرم ، فيكون أكل المال به أكلا له بالباطل ، إذ المفروض أنه لم يتحقق - فى مورد المسابقة الفاسدة - ما يوجب الضمان ضرورة أنه لم يوجد فيها الاسبق السابق ومن البديهى أن هذا السبق ليس بأمر المسبوق ، ولا أن نفع هذا العمل قد وصل اليه ، ولا أنه أتلف شيئاً من أموال السابق ، واذن فكيف يحكم - هنا - بالضمان .

وبتعبير آخر : أن حرمة القمار من ضروريات الدين الاسلامى ، وقد خرجت منها المسابقة الصحيحة فقط لمصالح خاصة ، أما غيرها فهو باق على حرمته .

هل يفرق في الضمان بين علم الدافع وجهله ؟

قوله : (ثم انه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان فى الفاسد بين جهل الدافع بالفساد ، وبين علمه مع جهل القابض) . أقول : الوجه فى ذلك هو ما ذكرناه آنفاً من قيام الدليل على الضمان على وجه الاطلاق ، وهو السيرة العقلائية القائمة على ضمان اليد مع الاقدام .

وقد يتوهم عدم الضمان مع علم الدافع بالفساد ، ضرورة أن المالك مع علمه بالفساد - قد سلط القابض على ماله ، وعليه فيصبح المال أمانة مالكية عند القابض ، وحينئذ فاذا تلف عنده لم يحكم بضمانه ، للروايات (١) الدالة على

(١) المروية فى الوافى ج ١٠ ص ١١٨ ، و ١٢٥ .

عدم ضمان الأمين مع عدم التفريط .

ويرد عليه : أن المالك ـ عندئذ ـ وان سلط القابض على ماله ، الا أن هذا التسليط لا يجعل المقبوض أمانة مالكية عند القابض ، لكي لا يحكم بضمانه مع التلف ، بل انما هو تسليط بازاء العوض ، ومن الواضح أنه اذا أقدم القابض على أخذ مال غيره ـ على النهج المزبور ـ حكم بضمانه للمالك ما لم يسقط ضمانه بمسقط ، والمفروض عدم سقوطه بذلك ، فلا صلة له بموارد الاستيمان حتى يحكم بعدم الضمان ـ هنا ـ من ناحيه ما دل على عدم الضمان هناك

ودعوى : أن الأذن المتحقق فى ضمن العقد مسقط للضمان .

دعوى جزافية ، بداهة أن الاذن المتحقق فى ضمن العقد ليس اذناً مطلقاً وانما هو اذن مقيد بدفع عوض المقبوض .

وقد يتخيل عدم الضمان مع علم الدافع وجهل القابض ، لقاعدة الغرور .

ولكن هذا التخيل باطل ، لأن الغرر بمعنى الخديعة ، ومن الظاهر أنه لا يتحقق الا بأمرين أحدهما علم الغار ، وثانيهما جهل المغرور . وبديهى أن القابض وان كان ـ هنا ـ جاهلا بفساد العقد ، الا أنه عالم بأن أخذه هذا ليس أخذاً مجانياً ، بل إنما هو أخذ بازاء العوض .

نعم لا بأس بالتمسك بهذه القاعدة فى الزائد عن العوض المسمى ضرورة أن الدافع غار بالنسبة الى هذا الزائد . فيرجع اليه ، لا الى القابض المغرور وسيأتى تفصيل ذلك فى البحث عن بيع الغاصب مع علم المشترى بالغصب .

ثم انه لا وجه لاثبات الضمان ـ هنا ـ باطلاق النص والفتوى ـ كما فى المتن ـ لما عرفته آنفاً من عدم تمامية النص ـ أعنى به حديث على اليد ـ فضلا عن التمسك باطلاقه .

هل تضمن العين المستأجرة فى الاجارة ؟

قوله : (ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً ، لأن صحيح الاجارة غير مفيد لضمانها) ، أقول المحكى عن القواعد والتحرير والتذكرة : أن صحيح الاجارة غير مفيد لضمان العين المستأجرة ، ومقتضى ذلك أن فاسدها أيضاً لا يفيد الضمان .

وعن جامع المقاصد ـ فى باب الغصب ـ : أن الذى يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة .

وفى الرياض : (العين مضمونة فى يد المستأجر مطلقاً ، كما نسب الى المفهوم من كلمات الأصحاب) . وقال المصنف : الظاهر أن المحكى عنه هو المحق الأردبيلى فى مجمع الفائدة .

والتحقيق : أن العين المستأجرة قد تكون تحت يد مالكها ولا يتسلط عليها المستأجر ، كما إذا استأجر دابة لكى يحمل المكارى متاعه معها الى مكان خاص ، ولا ريب ؛ أن ضمان الدابة حينذاك على المالك ، لا على المستأجر فان الاجارة المجردة لا توجب ضمان متعلقها .

وقد تكون العين المستأجرة عند المستأجر ، لا من جهة اقتضاء الاجارة ذلك ، بل من جهة خارجية ، كما اذا فرضنا أن المكارى قد فوض حمل المتاع فى فرض المثال إلى المستأجر ، فان الدابة عند ئذ تكون أمانة عند المستأجر وهذا أيضاً لا يوجب ضمانه ، فانه أمين .

وقد تكون العين المستأجرة عند المستأجر من جهة اقتضاء الاجارة ذلك كما اذا استأجر داراً ليسكنها فانهدمت الدار ، وهذا هو صورة الخلاف بين

الأصحاب ، حيث ذهب جمع منهم الى الضمان ـ هنا ـ وذهب جمع آخر منهم الى عدمه .

ثم انه قد استدل على الضمان بوجهين :

١ ـ أن قاعدة ضمان اليد تقتضى الضمان ، وقاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده تقتضى عدم الضمان فتخصص الثانية بالأولى .

والجواب عن ذلك : أن القاعدة الثانية واردة فى مورد القاعدة الأولى وعليه فلا وجه لتوهم المعارضة ، كما لا وجه لتوهم التخصيص .

٢ ـ أن العين ـ فى الاجارة ـ خارجة عن مورد العقد خروجا موضوعياً ضرورة أن الاجارة تمليك للمنفعة ، دون العين ، فالضمان فى مورد الاجارة على طبق القاعدة ، بداهة أن المراد بما يضمن فى العقود ، وما لا يضمن هو ما يرد عليه العقد ـ كالعوضين فى البيع ، والمنفعة ، وبدلها فى الاجارة ـ لا ماهو خارج عنه ، كالعين فى الاجارة ، غاية الأمر : أن تسليمها إلى المستأجر ـ فى فرض صحة الاجارة ـ انما كان لأجل استيفاء المنفعة ، فتكون أمانة عنده ويلحقها حكمها

أما اذا كانت الاجارة فاسدة فان الموجر وان دفع بنفسه العين الى المستأجر ، الا أن دفعه هذا لأجل بنائه على استحقاق المستأجر للانتفاع من العين المستأجرة . والمفروض أنه غير مستحق لذلك ، فتكون يده على العين يد عدوان موجبة للضمان ، لا يد أمانة ، وعليه فلا يرد النقض على عكس القاعدة بالاجارة الفاسدة .

والجواب عن ذلك : أن مورد الاجارة وان كان هو المنفعة ، دون العين ، الا أنها داخلة فى عقد الاجارة بالشرط الضمنى ، وعليه فيحكم بعدم الضمان فى صحيح الاجارة وفاسدها ، بناءاً على صحة عكس القاعدة .

ومن هنا اتضح لك جلياً : أنه لا نحتاج فى ادخال العين المستأجرة فى

عقد الاجارة الى ما ارتكبه صاحب الكفاية من التكلف فى حاشيته على المتن واليك نصه :

(التحقيق : أن مورده ـ أى العقد ـ فيها ـ : اى فى الاجارة ـ نفس العين ، ولذا يقال : آجرت الدار ، واستأجرتها ، وأن الاجارة عبارة عن إضافة خاصة بين العين الموجرة والمستأجر ، ومن آثارها تملك منفعتها .

والتعريف بالتمليك تعريف بالرسم . مع أنه لو سلم أنه بالحد كان مورد عقدها أيضاً نفس العين ، فانها تمليك المنفعة ، ولا يكاد يكون مورده ومتعلقه الا العين)

ويضاف الى ذلك : أن الاجارة وان تعلقت بالعين ، الا أن مدلولها تمليك المنفعة ، ولذا تتعلق بمالا يقبل نحواً من التملك والتمليك ، كالحر وعليه فالمنشأ هو تمليك المنفعة ، والعين المستأجرة خارجة عن موردها وان كان يلزم تسليمها الى المستأجر لاستيفاء المنفعة ، وعليه فعقد الاجارة تمليك المنفعة مع اشتراط تسليم العين الى المستأجر أمانة ، وحيث لاضمان فى صحيح الأمانة ـ كما اذا كانت الاجارة صحيحة ـ لا يكون ضمان فى فاسدها أيضاً .

قيل : ان تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة من العين المستأجرة انما يكون مقدمة لاستيفاء المنفعة ، ومن باب اللابدية جرياً على ما يقتضيه عقد الاجارة من تملك المستأجر المنفعة ، فاذا فرض فساد الاجارة انتفى الاستيمان لانتفاء منشئه ، وما كان يتوقف عليه وهو تملك المستأجر المنفعة . وعليه كانت العين مضمونة على المستأجر .

قلنا : ان تسليم العين للمستأجر وان كان مبنياً على صحة الاجارة ، وناشئاً من البناء عليها ، الا أن التسليم قد تحقق فى الخارج على الفرض ، فلا معنى لتوقفه على صحة الاجارة . فلا محالة يكون البناء على صحتها ، أو اعتقادها داعياً

الى التسليم الخارجي .

وتخلف الداعي لا يضر بتحقق التسليم أمانة ، ولا يوجب ارتفاع حكم الامانة ، وهو عدم الضمان مع التلف .

ألا ترى أن المالك اذا قدم طعاماً للضيف باعتقاد أنه عالم لم يجز له أكله اذا لم يكن عالماً؟.

أو أن ذلك من قبيل تخلف الداعي ؟.

لا ينبغي الاشكال في أن الصحيح هو الثاني ، فان الاقدام على اتلاف المال مجاناً قد تحقق وجداناً غاية الأمر أنه نشأ من اعتقاد غير مطابق للواقع.

وقد ظهر مما ذكرناه : أنه لا فرق ـ في عدم الضمان في موارد الاجارة ـ بين علم الموجر بفساد العقد ، وجهله به .

هل تنتقض القاعدة بالصيد الذي استعاره المحرم ؟

قوله : (ثم انه يشكل اطراد القاعدة في موارد : منها الصيد الذي استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العارية) . أقول : لا شبهة في أن المستعير اذا استعمل العين المعارة في غير الجهة التي استعارها لأجلها ضمنها مطلقا وان لم يشترط ضمانها عليه ، ولا أنها كانت من الذهب والفضة .

كأن استعار عباءة ليلبسها ، ولكن استعملها في اطفاء الحريق .

أو استعار فراشاً ليفترش به الا انه استعمله في سد الساقية ولا ريب في خروج هذه الصورة عن مورد البحث .

بل مورد البحث إنما هو استعارة الشيء لجهة خاصة ، واستعماله فى تلك الجهة من دون أن يكون فيه تعد وتفريط .

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم : أنه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى ضمان الشخص المحرم بقيمة الصيد الذى استعاره من المحل ، وذلك لفساد العارية ، مع أنه لا ضمان فى العارية الصحيحة وإذن فيكون ذلك نقضاً لاطراد القاعـــدة .

ومن هنا ناقش الشهيد الثانى (ره) فى القـول بالضمان على تقديرى الصحة والفساد .

وأجاب عنه المصنف ، وقال : (إن وجه ضمانه — بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله ، وأداء قيمته — أن المستقر عليه قهراً بعد العـارية هى القيمة ، لا العين ، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذى هو مسبب لضمان ملك الغير فى كل عقد ، لا بسبب التلف) .

وحاصل كلامه : أنه يجب عـلى المحرم المستعير أن يرسل الصيد الذى استعاره من المحل ، ولا شبهة فى أن الارسال لا ينفك عن الاتلاف ، ومن المعلوم أنه متى ماتحقق وجوب الاتلاف تحقق معه وجوب دفع البدل ، لمـكان الملازمة بين التسبيب تشريعاً إلى السبب ، وبين التسبيب إلى مسببه ، لاستحالة انفـكاك السبب عن المسبب . فاذا كان التسبيب المزبور موجوداً قبـل تحقق التلف فى الخارج كان المسبب أيضاً موجوداً قبله ، وعليه فـلا يكون ذلك نقضاً لاطراد القاعدة .

نعم لو كان الموجب للضمان هو التلف لتوجه النقض المزبور وقـــد عرفت خلافه .

ويتوجه عليه : أن وجوب الارسال لا يترتب عليه إلا لزوم ايجـاد

سبب الضمان ، وإن هذا من ثبوت نفس الضمان مع عدم تحقق سببه . ومن هنا لو عصى المحرم المستعير ، ورد الصيد إلى مالكه لم يكن ضامناً قطعاً .

ونظير المقام ما إذا وجب على المستعير إتلاف العارية لسبب آخر ، كما إذا توقف عليه حفظ نفس محترمة أفهل يحتمل الحكم بالضمان بمجرد الايجاب ما لم يتحقق الاتلاف فى الخارج ، بل وإن ردها على المعير؟ لا شك فى عدم احتماله ، وليس ذلك إلا من جهة أنه لم يتحقق فيه ما هو موجب للضمان .

وقد انجلى مما ذكرناه فساد القول بالضمان من جهة أن ايجاب الارسال يوجب امتناع أداء المال إلى مالكه ، والامتناع الشرعى كالامتناع العقلى . وعليه فعدم التمكن من أداء المال إلى مالكه يقتضى دفع بدل الحيلولة .

وقد ذكر شيخنا الاستاذ وجهاً آخر للضمان ، وحاصله : أن الصيد — بأخذ المحرم له — يخرج عن ملك مالكه ، فيكون أخذ المحرم له إتلافاً له على المالك ، فيضمنه .

والجواب عن ذلك : أنه لا دليل على خروج الصيد عن ملك مالكه بأخذ المحرم له . وإنما الثابت : أن المحرم لا يملك الصيد ، لا حدوثاً ، ولا بقاءاً فلو صاد وهو محل ثم أحرم خرج الصيد عن ملكه ، وبين الأمرين بون بعيد .

فتحصل مما حققناه : أن الصحيح هو القول بعدم الضمان بتلف الصيد عند المحرم المستعير ، كما هو الحال فى غير المحرم .

ثم إنه يظهر من صاحب الجواهر عدم وجود المصرح بالضمان فى صورة التلف السماوى الذى هو مورد البحث — فى المقام — وأن حكمهم بالضمان إنما هو فى صورة الارسال بعد الاستعارة ، فيكون ذلك داخلا فى الاتلاف .

يظهر من [illegible] والشرايع الضمان مطلقاً ، وإليك لفظه : (ولا يجوز

للمحرم أن يستعير من محل صيداً ، لأنه ليس له إمساكه ، فلو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه ذلك فى العارية) .

وظاهر كلامه هذا : هو الحكم بالضمان فى فرض التلف ، فان تعميم الحكم بالضمان للاشتراط وعدمه ظاهر فى أن موضوع كلامه هو التلف ، دون الاتلاف .

ولكن السيد — بعد ما نقل كلام المحقق — قال : وهذه العبارة — كما ترى — مختصة بصورة الاتلاف بالارسال ، فلا تشمل ما نحن فيه .

ويرد عليه : أن هذا ناشىء من إضافة كلمة (ثم أرسله) قبل كلمة (ضمنه) الى عبارة المحقق . إلا أنها غير مذكورة فى عبارته ، بل زادها صاحب الجواهر سهواً .

ثم هل يثبت الضمان مع الارسال مطلقا ، أم يختص ذلك بصورة جهل المعير بالحال ؟ .

فذهب السيد إلى الثانى ، بدعوى أن الدافع مع علمه بالحال يعد متلفاً لما له بدفعه إلى من هو مكلف بالاتلاف ، فلا وجه لاستقرار القيمة فى ذمته .

والجواب عن ذلك : أن المعير وإن كان عالماً ، إلا أن الاتلاف مستند إلى المستعير ، لأنه — بعد ما استعار الصيد من المحل — فقد أتلفه بارادته واختياره ، وحينئذ فيثبت عليه الضمان ، لا على المعير . وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

هل تنتقض القاعدة بالبيع الفاسد؟

قوله : (ويشكل اطراد القاعدة أيضاً فى البيع فاسداً بالنسبة الى المنافع التى لم يستوفها ، فان هذه المنافع غير مضمونة فى العقد الصحيح مع أنها مضمونة

فى العقد الفاسد) أقول: لم نفهم وجهاً صحيحاً لتقييد المنافع بغير المستوفات وذلك، لأن لمنافع المستوفات أيضاً غير مضمونة فى العقد الصحيح، مع أنها مضمونة فى العقد الفاسد

ولعل وجه تقييدها بغير المستوفات: أن المنافع اذا كانت من الأعيان — كاللبن والصوف — فاستيفاؤها اتلاف لها، واذا كانت من غير الأعيان فالاستيفاء بمنزلة التلف. وعلى كل حال فالحكم بالضمان مع الاستيفاء لا يمكن أن يكون نقضاً للقاعدة بناءً على أن موردها التلف، دون الاتلاف.

وكيف كان فقد يورد على القاعدة بضمان المنافع غير المستوفات مع أنها لم تكن مضمونة فى العقد الصحيح.

وقال السيد فى الجواب عن النقض: إن (المنافع وان لم تكن مقابلة بالمال، الا أنها ملحوظة فى القيمة، وزيادة الثمن، وهذا المقدار يكفى فى صدق كونها مضمونة.

ومن هنا يعرف حال الشروط، فانه لو فرض شرط الخياطة فى عقد فاسد، فعمل بالشرط يكون من له الشرط ضامناً، لأن فى الصحيح وان لم يكن الشرط مقابلا بالمال، الا أنه ملحوظ فى زيادة الثمن ونقصانه، فكأنه مقابل بالمال، ولذا اشتهر أن للشرط قسطاً من الثمن: يعنى فى اللب).

ويرد عليه: أن دخل المنافع فى زيادة الثمن لا يستلزم ضمانها وراء ضمان العين. كما أن الشروط لها دخل فى زيادة القيمة، مع أنها خارجة عن حول القاعدة.

أما ثبوت الضمان فيما ذكر من مثال الخياطة فلأجل احترام العمل، واستناد تحققه فى الخارج الى أمر المشروط له، وعليه فلا صلة له بالمقام.

وقال شيخنا المحقق (ربما يتصور ضمان العين بنحو تكون متضمنة لضمان المنافع الفائتة فى الصحيح والفاسد. كما اذا كانت العين لها أمد خاص

وعمر مخصوص ، فاذا مضى منه شهر مثلا نقصت قيمة العين ، وهذا النقص ملحوظ فى الصحيح والفاسد) .

ويتوجه عليه : أن مضى مدة خاصة من عمر العين وان أوجب نقصاناً فيها ، الا أن الضمان — هنا — بالعين ، لا بالمنافع غير المستوفات ، ولذا اعترف فى آخر كلامه بأنه (لا فرق حينئذ بين القول بضمان العين والمنافع ، أو ضمان العين تامة) .

وقال شيخنا الاستاذ : (إن المدار على مورد العقد ، ومورده فى البيع هو نفس العين ، وانما المنافع فى الصحيح تابع للعين بحكم الشارع ، وفى الفاسد حيث ان العين لم تنقل الى القابض فيضمن منافعها) .

ويرد عليه : أنه لو صح ذلك فلازمه الحكم بالضمان فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة الفاسدة ، بديهة أن المنافع فى الهبة الصحيحة تابعة للعين . وحيث ان العين لم تنقل الى المتهب فى الهبة الفاسدة فتضمن منافعها .

والتحقيق : أن النقض غير وارد على القاعدة . وتوهم انتقاضها بماذكر انما نشأ من عدم تطبيق الكبرى على الصغرى .

وتوضيح ذلك : أن النسبة بين تملك المنافع ، وتملك العين هى العموم من وجه ، اذ قد تملك المنافع دون العين — كما فى الاجارة — وقد تملك العين دون المنافع — كما اذا باعها مسلوبة المنفعة — وقد تملكان معاً ، وعليه فملكية العين لا تلازم ملكية المنافع ، وانما تملك المنافع فى البيع بنفس السبب لملكية العين ، فى الحقيقة كان الثمن بازاء العين بالأصالة ، وبازاء منافعها بالتبع .

وعلى هذا فكل من العين والمنفعة مورد للعقد ، نهاية الأمر أن العين مورد للعقد بالاصالة ، والمنافع مورد له بالتبعية ، ومن الواضح أن عقد البيع مما يضمن بصحيحه وفاسده ، سواء فى ذلك نفس المبيع ومنافعه . واذن فلا

وجه لتوهم انتقاض القاعدة طرداً بالبيع الفاسد .

نعم اذا ارتفع العقد بالفسخ ، أو بالاقالة لم تضمن المنافع الفائتة ، أو المنافع المستوفات قبل الارتفاع ، ضرورة أن هذه المنافع انما حصلت فى ملك المشترى ، فيكون المشترى مسلطاً عليها .

نعم اذا تعيبت العين بتصرف المشترى كانت مضمونة عليه ، فان الاقالة وان كانت عقداً جديداً ، الا أنها تقتضى رجوع العين بخصوصياتها التى وقع عليها العقد ، والمفروض أن العقد قد وقع على العين الصحيحة ، فلا بد وأن ترجع كما كانت . ومع التخلف يحكم بالضمان .

هل تنتقض القاعدة بحمل المبيع فاسداً؟

قوله : (ويمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً) .

أقول : قد حكى عن الشيخ فى المبسوط ، والمحقق فى الشرايع ، والعلامة فى التحرير انتقاض القاعدة بحمل المبيع فى البيع الفاسد ، حيث انه مضمون على المشترى ، مع أنه غير مضمون عليه فى البيع الصحيح بناءاً على أنه للبائع . وعن الدروس توجيه كلام العلامة بما اذا اشترط دخول الحمل فى البيع ، وهذا هو المحتمل القريب ، وحينئذ فلا نقض على القاعدة . وعليه فالنزاع — هنا — لفظى ، فان القائل بالضمان انما أراد صورة كون الحمل جزءاً من المبيع . وأن القائل بعدمه انما أراد صورة خروج الحمل عنه ، فيكون شأن الحمل — هنا — شأن نفس العين فى الاجارة ، وكما أن العين خارجة عن مورد عقد الاجارة ، كذلك الحمل — هنا — واذن فلا تنتقض القاعدة بذلك .

هل تنتقض القاعدة بالشركة الفاسدة؟

قوله : (ويمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة بناءاً على أنه لا يجوز التصرف بها ، فأخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجب للضمان). أقول : غير خفي على الناقد البصير ، والمتأمل الخبير : أن تفريع الضمان على الحكم التكليفي — : أعني به حرمة التصرف فى مال الغير — واضح الفساد ، اذ لا ملازمة بينهما أصلا ورأساً ، لأنه بناءاً على أن عقد الشركة لا يقتضى جواز التصرف فى المال المشترك — كما هو الظاهر — فانه عندئذ وان كان لا يجوز لكل من الشريكين أن يتصرف فى المال المشترك فيه بدون اذن صاحبه . الا انه لو تلف المال المزبور بغير تفريط من أحدهما لم يحكم بالضمان ، لأن كلا منهما قد فوض زمام ماله الى شفيعه ، وجعله أميناً فى ذلك ، ومن الواضح أنه لا ضمان على الأمين ، ولا يفرق فى ذلك بين الشركة الصحيحة والشركة الفاسدة . واذن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعدة بذلك .

هل ينتقض أصل القاعدة بالنكاح الفاسد؟

قد يتوهم أن أصل القاعدة ينتقض بالنكاح الفاسد ، ضرورة أن النكاح الصحيح يوجب ضمان الصداق للمرأة دون فاسده اذا كانت المرأة عالمة بالفساد فانها وقتئذ زانية ، فلا مهر لبغى .

ولكن هذا التوهم فاسد ، فان ضمان المهر فى عقد النكاح انما هو بازاء [illegible]

العقد من ناحية حكم الشارع بالفساد انتفى الضمان أيضاً . ومحل الكلام — فى المقام — هو ما كان سبب الضمان أمراً آخر وراء العقد ، كالقبض فى العقد فان التلف قبله من مال البائع .

وعلى الجملة : ان البضع وسائر الاستمتاعات لا مالية لها فى حكم الشارع ، ومن هنا لو حبس أحد زوجة غيره ، وفوّت عليه جميع الاستمتاعات لم يضمن بشىء ، وليس ذلك الا لأجل أن البضع وسائر الاستمتاعات لا تقابل بالمال .

نعم قد ثبت مهر المثل فى موارد الوطى بالشبهة تعبداً ، لاحترام الاعراض

وصفوة الكلام : أن مورد البحث فى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده انما هو العقود الصحيحة والفاسدة التى يكون الضمان فيها مستنداً الى غير العقد وعليه فثبوت الصداق فى النكاح الصحيح ، وعدم ثبوته فى الزنا بعيد عن محل الكلام رأساً .

وبذلك تظهر الحال فى العقد المنقطع — أيضاً — فان الاجرة فيه — أيضاً — بازاء نفس الزوجية ، دون البضع . وتبعض الاجرة مع عدم التمكين فى بعض المدة انما هو من جهة النص الخاص . أما فى موت المرأة أثناء المدة فالتبعض على القاعدة . واذن فلا تنتقض القاعدة بالنقض المزبور .

ما هو المدرك لعكس القاعدة ؟

قوله : (ثم ان مبنى هذه القضية السالبه على ما تقدم من كلام الشيخ فى المبسوط هى الأولوية) . أقول : قد عرفت ـ فيما سبق ـ أن المدرك الصحيح لأصل القاعدة انما هو ضمان اليد الثابت بالسيرة العقلائية الممضاة من قبل

الشارع . وقد عرفت ـ أيضاً فيما تقدم ـ أن مناط الضمان فى ذلك هو التسليط غير المجانى .

أما المدرك لعكس القاعدة ـ أعنى به ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ـ فقد ذكر المصنف : أن مدركه ـ على ما تقدم من كلام الشيخ فى المبسوط ـ هو الأولوية ، لأن دليل الضمان عنده انما هو الاقدام ، واذا لم يوجب الاقدام الضمان فى العقد الصحيح ـ كالرهن الصحيح مثلا ـ لم يوجب ذلك فى العقد الفاسد ـ أيضاً ـ بالأولوية ، ضرورة أن العقد الفاسد لغو محض وأنه بمنزلة المعدوم . انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه : أن عدم الضمان فى العقد الصحيح ـ كالهبة الصحيحة مثلا ـ انما هو من جهة كون المال ملكاً مجانياً للقابض ، ومن الواضح أنه لم تحصل له الملكية فى العقد الفاسد ـ كالهبة الفاسدة مثلا ـ واذن فلا وجه لدعوى الأولوية ـ هنا ـ بوجه . وهذا واضح لا ستار عليه .

ويضاف الى ذلك : ما ذكرناه ـ سابقاً ـ من أن الاقدام الساذج ليس دليلا على الضمان ، بل الدليل عليه انما هو السيرة مع الاقدام .

وقد يتوهم : أن قاعدة ضمان اليد وان كانت مقتضية للضمان فى العقود الفاسدة ـ التى لا ضمان فى صحيحها ـ الا أنها مخصصة بأدلة الاستيمان .

ولكن هذا التوهم فاسد ، لأن قاعدة ضمان اليد لا تشمل موارد التسليط المجانى لكى نحتاج الى تخصيصها بأدلة الاستيمان . وعليه فمورد الكلام خارج عن قاعدة ضمان اليد ، وعن مورد أدلة الاستيمان ـ أيضاً ـ خروجاً تخصصياً وهذا ظاهر .

وقد ظهر لك مما حققناه : أنه لا وجه لاثبات عدم الضمان فى الهبة الفاسدة بفحوى ما دل على عدم الضمان فى موارد الاستيمان ، كما صنعه المصنف

فى المتن .

أضف الى ذلك : أن المالك لم يسلط غيره على ماله فى موارد الاستيمان ليتصرف فيه أى تصرف ، بل سلطه عليه ليحفظه عن التلف . بخلافه فى الهبة الفاسدة ، وعليه فلا يمكن قياس أحدهما بالآخر .

والتحقيق : أن الدليل على عكس القاعدة إنما هو عدم الدليل على الضمان فى موارده ، لا شىء آخر .

هل يجوز التصرف فى المقبوض

بالعقد المعاوضى الفاسد ؟

قوله : (الثانى : من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب رده فوراً إلى المالك) . أقول : تحقيق البحث ـ هنا ـ يقع فى ضمن جهات :

الجهة الأولى : أنه هل يجوز التصرف فى المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد تكليفاً ، أم لا يجوز ذلك ؟ .

لا شبهة فى حرمة التصرف فى مال الغير ـ بحسب الكبرى ـ شرعاً وعقلا . وإنما البحث ـ فيما نحن فيه ـ إنما هو من ناحية الصغرى :

وهى أن تصرف القابض فى المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد هل هو تصرف فى مال غيره بدون إذنه لكى يكون حراماً ، كما عليه المصنف ؟ .

أم أنه تصرف فيه باذن مالكه حتى يكون ذلك جائزاً ؟ .

وفصل السيد ـ فى المقام ـ وقال نصاً : (لا ينبغى الاشكال فى عدم

جواز التصرف فيه مع جهل الدافع . وأما مع علمه فيمكن الاشكال فيه وإن كان باقياً على ملكه ، وذلك للاذن فيه فى ضمن التمليك) .

لا إشكال فى عدم جواز التصرف فى المقبوض مع جهل الدافع بالفساد.

أما مع علمه به فقد يقال بالجواز نظراً إلى أن الدافع ـ عندئذ ـ قد أذن للقابض فى التصرف فى ماله . فلا يكون حراماً .

ولكن الظاهر هو عدم جواز التصرف فيه ، لأن القاعدة الأولية إنما تقتضى حرمة التصرف فى أموال الناس إلا باذن ملاكها ، ومن الواضح أن الدافع إنما جوّز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد من حيث كونه ملكاً للقابض ، لا على وجه الاطلاق ، ولما لم تحصل الملكية للقابض ، ولا أن المالك قد أذن له فى ذلك إذناً جديداً حرم على القابض التصرف فيه وضعاً وتكليفاً .

نعم لو أذن المالك للقابض إذناً جديداً فى التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد لم يحرم له التصرف فيه ، لا وضعاً ، ولا تكليفاً ، ضرورة أن فساد العقد لا يمنع عن إذن المالك جديداً فى التصرف فى المقبوض .

وعلى الجملة : إن الاذن الحاصل فى ضمن التمليك بالعقد الفاسد لايكون منشأ لجواز التصرف فيما وقع عليه العقد ، إلا أن يكون ـ هنا ـ إذن آخر غير الاذن الحاصل فى ضمن العقد الفاسد .

ثم إن السيد قد استدل ـ فى حاشيته ـ على جواز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد بأن (هذا التمليك له حيثيتان ، فهو إذن من حيثية ، وتمليك من اخرى ، ولما كان التمليك محتاجاً شرعا إلى صيغة صحيحة ـ والمفروض عدمها ـ فهو غير مؤثر من هذه الجهة ، لعدم حصول شرط . وأما من الحيثية الاخرى فهو غير مشروط شرعا ، فيجوز العمل به ، فان الاذن مؤثر فى جواز

التصرف من غير إشتراط بصيغة خاصة ، فيشمله عموم ما دل على جـواز التصرف مع الاذن ، وطيب النفس . واذا جاز التصرف فلا يجب الرد الى المالك فضلاً عن كونه فوريا . نعم لو رجع عن إذنه وطلبـــه وجب الرد اليه فوراً) .

ويرد عليه : أن جواز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد متوقف على أحد أمرين على سبيل مانعة الخلو : إما كون ذلك ملـكا للقابض . وإما إذن المالك فى التصرف فيه :

أما الأول فهو مبنى على الفرض .

أما الثانى فـكذلك ، إذ لم يأذن فيه المالك بوجه .

والوجه فى ذلك : أن الأفعال تارة تتعلق بالعناوين الـكلية ـ كبيع كلى الفرس ونحوه ـ واخرى تتعلق بالجزئيات الخارجيـــة والأفراد المشخصة ـ كالأكل ، والشرب ، والنوم ، والضرب ، والقيام ، والقعود وأشباهها :

فاذا كان الفعل مما يتعلق بالشخص كان اعتقاد الفاعل بانطباق كلى مـا عليه داعيا الى ايجاده ، فاذا ضرب شخصا باعتقاد أنه كافر فتبين أنه كان مؤمنا كان هذا من التخلف فى الداعى ، فان الضرب قد وقع ـ فى الخارج ـ على واقع المؤمن حقيقة . والتخلف إنما هو فى اعتقاد أنه كافر الذى كان داعيـا الى ايجـاده .

أما اذا كان الفعل متعلقا بالـكلى فلا يسرى الى غير مصداقه ـ وإن كان الفاعل يعتقد أنه مصداقه ـ فلو رضى المالك بدخول العلماء داره ، وأذن به لم يجز الدخول لغير العالم وإن اعتقد الآذن أنه عالم .

ولا شبهة فى أن متعلق الاذن فى قوله عجل الله فرجه : (فلا يحل لأحد

أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه (١)) إنما هو العنوان الكلى : أعنى به عنوان التصرف فى مال الغير . وعليه فانما يجوز التصرف فى أموال الناس فيما إذا احرز أن المالك قد أذن فى التصرف فى ماله لكى يكون ذلك مشمولا للعنوان الكلى الذى ذكر فى التوقيع المذبور ، ومن البين الذى لا ريب فيه أن هذا المعنى بعيد عن المقبوض بالعقد الفاسد ، بديهة أن المالك لم يأذن للقابض أن يتصرف فى ماله ، وإنما سلمه اليه باعتباره أنه ملك له ، وحيث إنه لم يصر ملكا للقابض ، ولا أن الدافع قد أذن له فى التصرف ، فلا يجوز للقابض أن يتصرف فيه .

وقد اتضح لك مما بيناه : أنه لا يجوز الاستدلال على جواز التصرف فى ذلك بالتوقيع الشريف المذكور ، ولا بالروايات(١) الدالة على حرمة التصرف فى مال امرىء مسلم الا بطيب نفسه : كما اتضح لك من ذلك ـ أيضا ـ : أنه لا وجه للتفصيل بين علم الدافع بالفساد ، وجهله به ، لأنه بعد فرض أن المالك لم يصدر منه الا التمليك ، وهو لم يحصل فى الخارج على الفرض فلا يبقى مجال للقول بجواز التصرف فيه حتى مع علمه بالفساد .

ومما ذكرناه ـ من أنه لم يصدر من المالك فى المقام الا التمليك ، وتسليم المال بما أنه ملك للقابض ـ يظهر فساد ما قد يتوهم من أن العقد الفاسد وإن لم يؤثر فى الملكية ، ولكن إذن الدافع فى التصرف فى ماله باق على حاله ، فيكون الاذن منفكاً عن الملكية .

ووجه الظهور : أن إذن المالك لم يكن مطلقاً لكى يبقى بعد فساد العقد ـ أيضاً ـ بل كان بعنوان أن المقبوض ملك للقابض ، والمفروض أنه لم يصر ملكاً له ، فينتفى الاذن أيضاً .

---

(١) قد نقلنا هذه الروايات فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨ .

قيل : إن المالك قد أذن للقابض فى التصرف فى نفس العين الخارجية وعليه فيبقى الاذن مادامت العين باقية على حالها مع بقاء المالك على إذنه السابق وعدم رجوعه عنه .

ويرد عليه : أن الاذن لم يتعلق بالتصرف فى مال الدافع . وإنما تعلق بالتصرف فى مال القابض من جهة استلزام التمليك إياه ، لا أنه إذن جديد وراء التمليك ، إذ المفروض أن الدافع يرى نفسه أجنبياً عن ذلك المال ، فكيف يأذن فى التصرف فيه ، ومن المفروض أن الملكية لم تحصل فلا معنى لبقاء الاذن فى التصرف فيه . وهذا واضح لا شبهة فيه .

نعم لو أذن المالك ـ إذناً جديداً ـ فى التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد ـ بعد علمه بفساد العقد ـ جاز التصرف فيه جزماً . ولكنه غير مربوط بما نحن فيه .

ويضاف الى ذلك : أنه ينتقض بأنه لو قدّم شخص طعاماً لغيره باعتقاد أنه من مال صديقه مع علم المعطى له بكون ذلك الطعام للمعطى ، لا لصديقه فانه ـ عندئذ ـ لا يجوز للمعطى له أن يأخذه ، ويتصرف فيه بتخيل أن الاذن قد تعلق بذات الطعام الخارجى الشخصى ، فيجوز العمل على طبقه .

والوجه فيه : هو أنه لا أثر للاذن الساذج ما لم يتعلق بعنوان مال نفسه بحيث ينطبق ذلك العنوان الكلى على الشخص الخارجى انطباق الكلى على أفراده .

هل يجوز التصرف في المقبوض

بالعقد غير المعاوضى الفاسد ؟

الجهة الثانية : أن حرمة التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل المقبوض بالعقد غير المعاوضى الفاسد ـ أيضاً ـ كالهبة والعارية ، أم لا ؟

لا شبهة فى اختصاص الحكم بالعقود المعاوضية إذا قلنا بثبوت الملازمة بين حرمة التصرف ، وبين ثبوت الضمان .

وقد يقال : إن حرمة التصرف فى المقبوض بعقد يضمن بصحيحه وفاسده لا يلازم حرمة التصرف فى المقبوض بما لا ضمان فيه - كالهبة والعارية - فانه كما لا ضمان فى صحيحهما وفاسدهما ، كذلك لا يحرم التصرف فى المأخوذ بهما ضرورة أن رافع الضمان فيهما هو الرافع للحرمة ، لأن إعطاء المالك ماله مجاناً للمتهب ، وبعنوان العارية للمستعير لو رفع الضمان رفع الحرمة - أيضا - وإذن فلا وجه للتفكيك بين الحرمة الوضعية ، وبين الحرمة التكليفية .

أما إذا لم نقل بثبوت الملازمة بين الضمان ، وبين حرمة التصرف فلا وجه لاختصاص الحكم بالعقود المعاوضية ، بل يعم العقود غير المعاوضية أيضا .

وهذا هو الحق ، بداهة أن كلا من حرمة التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد ، والضمان أجنبى عن الآخر ، فان التسلط المجانى - فى العقود غير المعاوضية الفاسدة - لا يؤثر الا فى عدم ضمان العين المأخوذة بها .

أما جواز التصرف فيها فلا يترتب على التسليط المزبور . وإنما يترتب على إذن المالك . ومن المفروض أنه لا إذن فى موارد التمليك - كالهبة - على ما عرفته قريبا .

أما فى غير تلك الموارد - كالعارية - فالاذن من المالك وان كان موجوداً الا أن المفروض أن الشارع لم يمضه ، فوجوده كعدمه . واذن فلا يجوز التصرف فى المقبوض بالهبة والعارية الفاسدتين .

هل يجب رد المقبوض الى مالكه فوراً؟

الجهة الثالثة : أنه اذا بنينا على عدم جواز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد فهل يجب رده الى مالكه فوراً ، أم لا يجب ذلك ؟

ذهب المصنف الى الاول ، لأن الامساك آناما تصرف فى مال غيره بدون اذنه ، فلا يجوز . بل قال : (ان الظاهر أنه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه) .

والتحقيق: أن القابض بالعقد الفاسد تارة يمتنع عن رد المقبوض الى مالكه حتى مع مطالبته . واخرى لا يمتنع عن ذلك ، وانما المالك لا يطالب ماله ، أو يطالب اقباضه إياه ، وتفويضه اليه .

وعلى الأول فلا شبهة فى حرمة إمساكه ، لكونه من أظهر أفراد الغصب . بل اذا تلف المقبوض ضمنه القابض ، ولو كان العقد مما لا يضمن بصحيحه . سواء أكان التلف بالتفريط ، أم كان بغير التفريط ، وعليه فلا شبهة فى وجوب رده الى مالكه فوراً ، ضرورة أن إمساكه حينئذ تصرف فى مال غيره ، ومزاحمة لسلطنته على ماله ، وهو حرام عقلا وشرعا .

وعلى الثانى فلا يجب رده الى مالكه فضلا عن كون الرد فوريا ، بديهة أنه لا يجب على القابض الا التخلية بين المال ومالكه ، أما الزائد على ذلك فلم يقم عليه دليل .

ونظير ذلك ما لو أطار الريح ثوب أحد الى دار جاره فان بقاءه فى تلك الدار لا يعد تصرفا فيه لصاحب الدار قطعا ، لأنه لم يضع يده عليه ، ولا أنه حال بينه ، وبين مالكه .

وإذن فلا يجب على القابض رد ما قبضه بالعقد الفاسد إلى مالكه فوراً فضلا عن كون مؤونة الرد عليه . كما أن بقاء المقبوض فى يد القابض لا يعد تصرفاً فى ملك غيره حتى مع عدم مطالبة المالك ذلك ، أو مطالبته إقباض العين إياه ، وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

وقد ظهر لك مما حققناه : أن مجرد بقاء مال شخص عند غيره لايعد تصرفاً محرماً ، لا من جهة أن ذلك خارج عن أدلة حرمة التصرف فى مال غيره بدون اذنه خروجاً تخصيصياً بالسيرة العقلائية ، بل من جهة خروجه عنها موضوعاً وتخصصاً ، لعدم صدق التصرف عليه . كما لا يصدق التصرف على مس اليد أو الثوب أو أشباههما بحائط غيره فى الشوارع والأزقة .

ثم إن المصنف قد استدل على وجوب رد المقبوض إلى مالكه ، وعلى حرمة إمساكه وإبقائه بقوله (ع) : (لا يجوز لأحدأن يتصرف فى مال غيره إلا باذنه (١)) .

ثم قال : (ولو نوقش فى كون الامساك تصرفاً كفى عموم قوله (ع) لا يحل مال امرىء مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه (٢) حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التى منها كونه فى يده) .

أقول : أما الرواية الأولى فقد عرفت عدم دلالتها ـ على ما يرومه المصنف ـ مما بيناه من عدم صدق التصرف على مجرد بقاء مال أحد تحت يد

---

(١) لم نجده على النحو المنقول فى كتب الحديث ، بل المروى في الاحتجاج فى ص ٢٦٧ عن صاحب الزمان (ع) هكذا : فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه ، ويحتمل قريباً وقوع التحريف ـ فيما نقله المصنف ـ سهواً .

(٢) لم نجده على هذا الشكل في كتب الحديث . بل المروى فيها على شكل آخر ، وقد نقلناه في الجزء الثاني ص ١٣٨ .

غيره . فان ذلك نظير النظر إلى مال غيره ، ومسه .

أما الرواية الثانية فيتوجه على الاستدلال بها أن الحلية أو الحرمة إذا اسندت إلى الأعيان فلا بد من أن يراد بها الحلية التكليفية ، وأن يكون الاسناد باعتبار تقدير فعل يناسب المقام ، فيراد من حلية المأكولات حلية أكلها ، ومن حرمة الامهات ، والعمات ، والخالات حرمة نكاحهن ، وهكذا فى كل مورد من الموارد التى ترد عليك ، فانه لا بد وأن تلاحظ فيها مناسبة الحكم والموضوع .

وإذن فلا بد وأن يراد من عدم حلية المال مع عدم طيب نفس مالكه عدم جواز تملكه ، أو عدم جواز الانتفاع به ، وعلى هذين التقديرين لا تدل الرواية على حرمة إمساك مال شخص آخر بوجه .

نعم يحتمل أن يكون المقدر مطلق التصرف . لكن قد عرفت قريباً أن مجرد الامساك لا يعد تصرفاً بوجه ، وعلى كل تقدير فالرواية بعيدة عن الدلالة على حرمة الامساك بمجرده .

وقد استدل بعضهم على حرمة إمساك المقبوض بالعقد الفاسد ، وعلى وجوب رده إلى مالكه فوراً - بالنبوى المعروف : على اليد ما أخذت حتى تؤديه (١) .

وتقريب الاستدلال به على ذلك بوجهين :

١ - ما ذكره شيخنا الاستاذ ، واليك نص مقرر بحثه : (ويدل عليه (أى على الرد الفورى) أيضاً عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى ، فانه وإن لم يكن متعرضاً للحكم التكليفى بالدلالة المطابقية ، إلا أنه متعرض له بالدلالة

---

(١) قد تقدم ما يرجع إلى هذا النبوى فى ص٨٧ .

الالتزامية ، فان استقرار الضمان على عهدة القابض ملازم لوجوب الرد لأنه لا أثر لاستقرار الضمان على العهدة إلا وجوب رد العين ما دامت باقية ، ورد المثل ، أو القيمة لو كانت تالفة ، فحرمة امساك مال الغير من غير إذنه ، ووجوب رده اليه فوراً بالفورية العرفية لا إشكال فيه) .

ويرد عليه : أن دعوى الملازمة بين الحكم التكليفي والوضعي وإن كانت صحيحة ، ولكن الحكم التكليفي الملازم للحكم الوضعي - هنا - ليس هو وجوب رد العين إلى صاحبها لكي تترتب عليه حرمة الامساك . وإنما الواجب على القابض هو وجوب التخلية بين المال ومالكه ، أما الزائد على ذلك فلم يدل عليه دليل شرعي ، ولا عقلي .

٢ - ما أفاده المحقق الايرواني وهذا لفظه:(فالأولى تبديل الاستدلال به (: أي بقوله (ع) لا يحل الخ) بالاستدلال بعموم على اليد ، فانه إن لم يكن مقصوراً ببيان التكليف فلا أقل من أن يعم الوضع والتكليف جميعاً : بتقريب أن مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها ، ودفع البدل مع التلف) .

والجواب عن ذلك أولا : أن إرادة الحكم التكليفي من حديث على اليد يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال ، فان الحكم التكليفي لا يتعلق بالمال نفسه ، وإرادة الحكم الوضعي منه لا يحتاج إلى تقدير شيء أصلا ورأساً . ومن الواضح أن المراد بكلمة الماء الموصولة هو المال ، ولا يمكن الجمع بين إرادة الحكم التكليفي والوضعي ، إذ لا يمكن الجمع بين التقدير وعدمه .

ثانياً : أن حديث (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) بظاهره آب عن إرادة الحكم التكليفي منه ، ضرورة أن الحكم المستفاد من ذلك مغيا بوجوب الرد . ومن الواضح أن الغاية لا تناسب إلا مع الحكم الوضعي فقط ، لا الحكم التكليفي فحسب ، ولا الحكم الوضعي والتكليفي معاً .

وذلك ، لأنه إذا اريد من النبوى المزبور الحكم التكليفى كان معناه أنه يجب رد المال الماخوذ من مالكه بدون إذنه حتى تؤديه أى حتى ترده إلى صاحبه وحينئذ فيكون ذلك نظير ما يقال : يجب عليك الاتيان بالصلاة حتى تصلى . ولا شبهة فى أن هذا الاستعمال مستهجن جداً ، وغير معهود عند أهل المحاورة .

وهذا بخلاف ما إذا اريد من الحديث الحكم الوضعى فقط ، فانه وقتئذ يكون معناه هو ثبوت ضمان المأخوذ على الآخذ حتى يرده إلى صاحبه . ولا ريب أنه لا استهجان فيه بوجه .

ويضاف إلى ذلك : أن حديث على اليد ضعيف السند ، فلا يمكن الاستدلال به على شىء من المسائل الفقهية . وقد تقدم تفصيل ذلك قريباً .

ما هو حكم مؤونة الرد ؟

الجهة الرابعة : أنه إذا وجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه فهل تكون مؤونة الرد على القابض . أم تكون على المالك ؟ .

قد فصل المصنف بين ما تكون مؤونة الرد قليلة فحكم بكونها على القابض وبين ما تكون كثيرة فحكم بكونها على المالك ، وذلك لأدلة نفى الضرر .

وفصل شيخنا الاستاذ بين ما إذا كانت المؤونة مما يقتضيها طبع الرد فهى على القابض ، وبين غيره فهى على المالك .

وتوضيح كلامه : أن الحكم الشرعى إذا اقتضى فى نفسه وبحسب جعله مقدراً من الضرر ـ نظير وجوب الخمس ، والزكاة ، والصوم ، والجهاد ، وأمثالها

من الأحكام الشرعية ـ كان الحكم المذكور تخصيصاً لقاعدة نفى الضرر . وإذا كان الضرر زائداً على المقدار الذى يقتضيه طبع الحكم الشرعى لم يكن ذلك تخصيصاً لأدلة نفى الضرر ، بل أدلة نفى الضرر تكون حاكمة على دليل ذلك الحكم ، وموجباً لاختصاصه بغير موارد الضرر .

وعلى هذا الضوء فان كانت مؤونة الرد بمقدار ما يقتضيه طبع رد المال إلى مالكه فهى على القابض . وإن كانت زائدة على ذلك فهى على المالك ، لأدلة نفى الضرر .

ويرد عليه : أن وجوب الرد فى نفسه لا يقتضى أى ضرر ، إذ قد يكون الرد غير محتاج إلى المؤونة أصلا ، فالمؤونة أمر قد يحتاج اليه الرد ، وقد لا يحتاج اليه ذلك ، وإذن فدليل نفى الضرر يقتضى اختصاص وجوب الرد بما لا يحتاج إلى مؤونة .

ومن هنا تظهر الخال فى تفصيل المصنف ـ أيضاً ـ فان تحمل الضرر مرفوع فى الشريعة المقدسة . ولا فرق بين قليله وكثيره .

نعم لا بأس بالالتزام بكون المؤونة على القابض فيما إذا كانت المؤونة من القلة بمرتبة لا تعد ضرراً عرفاً . ولعل هذا هو مراد المصنف من التفصيل الذى نقلناه عنه قريباً .

هل يجب رد المقبوض الى مالكه مطلقا ؟

الجهة الخامسة : أنا إذا بنينا على أن الواجب على القابض هو التخلية بين المالك وماله ، دون رده اليه فهل هو كذلك على وجه الاطلاق ، وفى جميع الموارد ، أم يجب ذلك فى بعض الموارد دون بعض ؟ .

وتفصيل ذلك : أنه قد يكون المالك والمشترى كلاهما فى بلد القبض ، وقد يكونان فى بلدين .

وعلى الثانى فتارة ينتقل البائع إلى بلد آخر غير بلد القبض .

وأخرى ينتقل المشترى المقبوض من بلد القبض إلى بلد آخر .

وثالثة ينتقل منه البائع إلى بلد ، وينتقل منه المشترى إلى غير ذلك البلد

أما اذا كانا فى بلد القبض فقد عرفت أنه لا يجب حينئذ رد المقبوض إلى مالكه ، بل تكفى - فى هذه الصورة - التخلية بينه وبين ماله ، فاذا أراد المالك أن يأخذ ماله - فى أى وقت - أخذه بنفسه .

أما إذا كان القابض فى بلد القبض ، ولكن انتقل المالك إلى بلد آخر ثم طالبه بما له لم يجب عليه الرد - عندئذ - قطعاً حتى إذا قلنا بوجوب الرد فى الشق الأول ، فانه لا دليل على جواز مطالبته بما له بأزيد من مطالبته فى بلد القبض .

أما إذا نقله القابض من بلد القبض إلى بلد آخر ، وطالب به المالك فوجب رده إلى بلد القبض ، سواء فى ذلك كون المالك فى بلد القبض ، وانتقاله الى بلد آخر ، وعليه فمؤونة الرد على القابض ، ضرورة أن نقل المقبوض إلى غير بلد القبض لم يكن باذن مالكه لكى تكون مؤونة الرد عليه ، بل كان ذلك باختيار القابض ، وحينذاك فيجب عليه رده إلى بلد القبض ، وذلك للسيرة العقلائية المحكمة فى أمثال المقام ، أو لدليل ضمان اليد .

وقد اتضح لك مما بيناه حكم ما إذا انتقل المالك الى بلد . ونقل القابض المال الى بلد آخر ، فان المالك اذا طالب القابض بنقل المال الى البلد الذى هو فيه لم تجب على القابض اجابته . واذا طالبه برده الى بلد القبض وجب على القابض رده .

ما هو حكم المنافع المستوفات؟

قوله : (الثالث : أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاها قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور) . أقول المشهور بين الفقهاء : أن القابض بالعقد الفاسد يضمن المنافع التى استوفاها من المقبوض .

بل الظاهر من عبارة الحلى المحكية عنه من (أن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب والضمان) . هو قيام الاجماع على ذلك .

وقد نسب الخلاف فى ذلك إلى ابن حمزة ، حيث إنه حكم بعدم الضمان ـ هنا ـ محتجاً بأن الخراج بالضمان ، كما فى النبوى المرسل .

ويحسن بنا أولا بيان الوجوه التى استدل بها على الضمان ، ثم نصرف الكلام إلى بيان ما استدل به ابن حمزة على رأيه .

فنقول : إنه قد استدل على الضمان بوجوه شتى .

١ ـ النبوى المعروف : على اليد ما أخذت حتى تؤديه(١) فان عموم يشمل المنافع المستوفاة أيضاً .

ويتوجه عليه أولا : أنه ضعيف السند ، وغير منجبر بعمل المشهور به لا صغرى ، ولا كبرى :

أما الوجه فى منع الصغرى فلعدم الاطمئنان باعتماد القائلين بالضمان على الحديث المزبور ، بل اعتمدأ كثرهم على الوجوه الاخر التى سنذكرها قريباً .

أما الوجه فى منع الكبرى فهو ما ذكرناه فى علم الأصول ، وأشرنا

(١) قد تقدم ما يرجع إلى هذا الحديث فى ص ٨٧ .

اليه آنفا من أن الشهرة ليست بحجة فى نفسها ، فكيف تكون سبباً لحجية الخبر الضعيف ، وجابرة لوهن سنده وتفصيل الكلام فى محله .

ثانياً : أنا لو سلمنا شمول صدر الحديث للأعيان المأخوذة ، والمنافع المستوفات إلا أنه لا ينفعنا فى المقام ـ لأن الظاهر من ذيله هو اختصاصه بالأعيان فقط . بداهة أن الظاهر من الأداء هو رد المأخوذ بعينه بدءاً . ومع عدم التمكن منه ينوب عنه رد المثل أو القيمة . ومن الواضح أن رد المأخوذ بعينه لا يعقل فى المنافع ، لأنها ما لم توجد فى الخارج ليست بمضمونة ، وبعد وجودها فيه تنعدم وتنصرم . وحينئذ فلا يمكن أداؤها إلى المالك لكى يشملها دليل ضمان اليد .

على أن للمناقشة فى شمول مفهوم الأخذ للمنافع مجال ، إذ قد يقال : إن مفهوم الأخذ لا يصدق على استيفاء المنافع ، خصوصاً إذا كانت المنفعة من قبيل الأعمال : كمن أمر غيره بخياطة ثوبه ، أو بناية داره ، أو نجارة بابه ولم يعط اجرته ، فانه لا تطلق كلمة الأخذ على شىء من ذلك .

ومن هنا ذكر المصنف فيما تقدم : (أن مورده (أى خبر اليد) مختص بالأعيان ، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة فى الاجارة الفاسدة) .

ولكن الصحيح : أن مفهوم كلمة الأخذ أوسع من ذلك ، لعدم اختصاصه بالأخذ الخارجى ، والا لزم منه خروج كثير من الأعيان عن مورد الحديث كالدار ، والارض ، والبستان ، والحديقة ، وأشباهها مما لا يقبل الأخذ الخارجى .

ومما يدل على صحة ما ذكرناه : أن مفهوم الأخذ يصح انتسابه الى الامور المعنوية كالعهد ، والميثاق ، والرأى ، وأمثالها ، كما أنه يصح انتسابه إلى الامور الخارجية وإذن فلا وجه لتخصيص مفهوم الأخذ بالأعيان الخارجية . وانما هو كناية

عن الاستيلاء على الشيء ، كما أن كلمة بسط اليد كناية عن الجود ، والسخاء . وكلمة قبض اليد كناية عن البخل ، ولا ريب أن استعمال لفظ الأخذ فى هذا المعنى ـ الذى ذكرناه ـ كثير فى القرآن وغيره ، ومنه قوله (تعالى) : لا تأخذه سنة ، ولا نوم (١) وإذن فالصحيح فى وجه المنع عن شمول الحديث للمنافع هو الوجه الثانى ، وهو اختصاص ذيل الحديث بالأعيان ، وعدم شموله للمنافع

٢ ـ قوله (ع) : حرمة ماله ـ : أى المؤمن ـ كحرمة دمه (٢) فان الظاهر من هذه الجملة أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان ، ومن الواضح أنها كما تشمل الأعيان كذلك تشمل المنافع المستوفات ـ أيضاً ـ لصدق المال عليها جزماً .

ويتوجه على الاستدلال بها : أن الظاهر منها هو الحكم التكليفى ، بمعنى : أنه لا يجوز إتلاف مال المؤمن بغير إذنه ، كما لا تجوز إراقة دمه .

وعلى تقدير أن تكون الحرمة بمعنى الاحترام . فغاية ما تدل عليه هذه الجملة المباركة هى لزوم حفظ مال المؤمن عن التلف ، وعدم جعله فى معرض الهلاكة ، فان ذلك هو مقتضى الاحترام . أما الضمان فلا يستفاد من ذلك ، وإلا يلزم على كل واحد من المؤمنين ضمان مال المؤمن الآخر مع التلف بآفة سماوية ، ولا شبهة فى أن هذا المعنى لا يمكن الالتزام به بوجه .

٣ ـ الروايات الدالة على عدم حلية مال امرىء مسلم الا بطيب نفسه ، وعلى حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه . وقد عرفت صدق المال على المنافع . ولذا تقع ثمناً فى البيع ، وعوضاً فى الخلع ، وصداقاً فى النكاح وهكذا

ويتوجه على الاستدلال بها : أن المستفاد منها ليس

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٥٥ .

(٢) قد تقدم ما يرجع إلى هذه الجملة فى ص ٩١ .

الا الحكم التكليفي : أعني به حرمة التصرف في أموال الناس بدون اذنهم ، أما الحكم الوضعي : أعني به الضمان فلا يستفاد منها . وقد تقدم تفصيل ذلك قريباً (١) .

٤ ـ قاعدة نفي الضرر ، فان استيفاء منفعة مال المالك ، وجعله مسلوب النفع ضرر عليه ، وهو منفي في الشريعة المقدسة .

ويتوجه على هذا الاستدلال : أن أدلة نفي الضرر ليست مسوقة لاثبات الحكم الشرعي ، وانما هي مسوقة لبيان نفي الحكم الضرري .

أضف الى ذلك : أن القاعدة لا تنفي باثبات ضرر على أحد لنفي الضرر عن غيره ، فكما أن الحكم بعدم الضمان فيه ضرر على المالك ، كذلك الحكم بالضمان فيه ضرر على القابض .

بل يمكن أن يقال : إن المنافع تتصرم ، وتنعدم بنفسها ، سواء في ذلك استيفاء المالك وعدمه ، فالحكم بعدم الضمان ليس فيه ضرر على المالك ، بل إنه من قبيل عدم النفع ، فلا موضوع للقاعدة أصلا ، وقد تقدم الكلام فيما يرجع الى الاستدلال بهذه القاعدة في أمثال الموارد قريباً (٢) .

وعلى الجملة : انه لا دلالة في شيء من الوجوه المتقدمة على ضمان المنافع المستوفات .

نعم يمكن الاستدلال على الضمان ـ هنا ـ بأمرين :

١ ـ السيرة القطعية العقلائية ، فانها قائمة على أن أموال الناس لا تذهب هدراً ، وعليه فاذا استولى أحد على مال غيره ـ سواء أكان ذلك بعنوان الغصب ، أم كان بعنوان آخر ـ ضمنه بجميع الخصوصيات التي هي دخيل في

(١) راجع ص ٩٠ .

(٢) راجع ص ٩٣ .

المالية ، وحيث ان الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيرة فتكون دليلا على ضمان المنافع المستوفات .

٢ ـ قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن . وهى بهـــذه الكيفية والخصوصية وان لم تذكر فى رواية خاصة ، ولكنها قاعدة كلية متصيدة من الموارد الخاصة التى نقطع بعدم وجود الخصوصية لتلك الموارد ، وعليه فتكون هذه القاعدة متبعة فى كل مورد تمس بها الحاجة . والموارد التى اخذت منها هذه القاعده هى الرهن ، والعارية ، والمضاربة ، والاجارة ، والوديعة ، وغير ذلك من الموارد المناسبة لها فانه قدوردت فيها الأخبار الكثيرة(١) الدالة

---

(١) عن إسحاق بن عمار ، قال : سألت أبا إبراهيم (ع) عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوى ثلاثمائة درهم ، فيهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتى درهم ؟ قال : نعم ، لأنه أخذ رهناً فيه فضل ، وضيعه . الحديث .

وعن سليمان بن خالد ، عن أبي عبد الله (ع) قال إذا رهنت عبداً أو دابة فمات فلا شيء عليك ، وإن هلكت الدابة ، أو أبق الغلام فأنت ضامن .

قال في رهن التهذيب بعد نقل هذا الحديث : فالمعنى فيه أيضاً أن يكون سبب هلاكها ، أو إباقه شيئاً من جهة المرتهن .

وعن أبان ، عمن أخبره (وفي الفقيه أبان عن أبي عبد الله) عن أبي عبد الله (ع) أنه قال في الرهن : إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع فى حقه على الراهن فاخذه ، فان استهلكه تراد الفضل بينهما . الكافي ج ٥ من ط٢ باب الرهن ، ص ٢٣٤ و ٢٣٦ .

وعن وهب ، عن جعفر ، عن أبيه (ع) إن علياً (ع) قال : من استعار عبداً مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن بناءاً على أن العيب من ناحية المستعير . الوافي ج ١٠ ص ١١٨ .

على أن اتلاف مال الغير موجب للضمان ، وقد استفاد منها الفقهاء رضوان الله عليهم قاعدة كلية : أعنى بها قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن ، فتحصل مما ذكرناه : أن المنافع المستوفات مضمونة على القابض .

ـ وعن الحلبي ، عن أبي عبد الله (ع) قال سئل عن القصار يفسد ؟ قال : كل أجير يعطى الأجر على أن يصلح فيفسد فهو ضامن .

وعن السكوني ، عن أبي عبد الله (ع) قال : كان أمير المؤمنين (ع) يضمن القصار ، والصباغ والصائغ احتياطاً على أمتعة الناس . الحديث .

وعن ابن أبي الصباح عن أبي عبد الله (ع) قال : سألته عن الثوب أدفعه إلى القصار ، فيحرقه ؟ قال أغرمه ، فانك إنما دفعته اليه ليصلحه ، ولم تدفعه اليه ليفسده .

وعن السكوني ، عن أبي عبد الله (ع) ان أمير المؤمنين (ع) دفع اليه رجل استأجر رجلا ليصلح بابه ، فضرب المسمار فانصدع الباب ، فضمنه أمير المؤمنين (ع) الكافي ج ٥ من ط ٢ باب ضمان الصناع ص ٢٤١ .

وعن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل كان له غلام فاستأجره منه صائغ أو غيره ، قال : ان كان ضيع شيئاً ، أو أبق منه فمواليه ضامنون . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٣٠ .

وإلى غير ذلك من الروايات المذكورة في المصادر المزبورة وغيرها .

ما استدل به على عدم ضمان
المنافع المستوفات

قد استدل ابن حمزة على عدم ضمان المنافع المستوفات بالنبوى المشهور الخراج بالضمان(١) .

ويرد عليه أولا : أن الحديث المزبور ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء

ثانياً : أن الاستدلال المذكور منتقض بالمغصوب ، حيث إن ضمان المنافع المستوفات فيه أمر بديهى لا يعرضه الشك . خلافا للحنفية (٢) .

ثالثاً : أنه لادلالة فى ذلك الحديث على ما يرومه المستدل ، وذلك لأنه يحتمل وجوهاً .

١ ـ أن يكون المرادمن كلمة الخراج فيه ماهو المعروف فى باب الخراج والمقاسمة ، ويكون المرادمن كلمة الضمان فيه هوضمان الأراضى الخراجية بسبب التقبل والاجارة .

ولايخفى عليك : أن هذا الاحتمال ـ وان لم نره فى كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم ، ولكنه أقرب المحتملات للارادة من الحديث ، ووقتئذ يكون النبوى خارجاً عما نحن فيه ، ولا يكون مربوطاً بالمقام أصلا ورأساً .

---

(١) في ج ٥ سنن البيهقى ص ٣٢١ عن عائشة ، قالت : قال رسول الله ص) الخراج بالضمان وفي جملة اخري من الروايات : أنه قضى رسول الله (ص) أن الخراج بالضمان وفي ص ٣٢٢ عن عائشة عن رسول الله (ص) الغلة بالضمان .

(٢) في شرح فتح القدير ج ٧ ص ٣٩٤ : ولا يضمن الغاصب منافع ماغصبه لانها حصلت على ملك الغاصب ، الا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان .

٢ ـ أن يراد من الخراج مطلق المنافع أعم من الخراج المصطلح وغيره. ويراد من الضمان المعنى اللغوى : أعنى به مطلق العهدة ، سواء أكان ذلك أمراً اختيارياً مترتباً على العقود الصحيحة ، أو الفاسده، أم كان امراً غير اختيارى مترتباً على الغصب وعليه فيكون المراد من الباء فى كلمة (بالضمان) هو السببيه أو المقابلة .

وحينذاك فمعنى الحديث : أن المنافع الحاصلة من الأموال المأخوذة بالعقود الصحية أو الفاسدة ، أو المأخوذة بالغصب مملوكة للضامن ، وأن ضمان العين سبب لملكية المنافع . وعليه فتدل الرواية على عدم ضمان المنافع المستوفات كما عليه ابن حمزة .

ولكن من البعيد جداً ، بل من المستحيل عادة ذهاب ابن حمزة ـ الذى هو من أعظم فقهائنا الامامية ـ الى مثل هذا الرأى ، بل هو يناسب مثل أبى حنيفة الذى افتى بعدم ضمان المنافع مع ضمان العين . وقد نقلنا رأيه قريبا فى الحاشية .

٣ ـ أن يراد من الخراج المنافع المستوفات ، ويراد من الضمان خصوص الضمان الاختيارى المترتب على العقود الصحيحة التى أمضاها الشارع المقدس ـ كالبيع والاجارة ونحوهما ـ وعليه فلا يكون النبوى المزبور مربوطاً بما أفتى به ابن حمزة ، ضرورة أن مورد كلامه البيع الفاسد ، لا البيع الصحيح

٤ ـ أن يراد من الخراج المنافع المستوفات ، ويراد من الضمان الضمان المعاملى الاختيارى ، سواء أكان ذلك ممضى للشارع المقدس ، أم لم يكن ممضى له ، فيشمل البيع الصحيح والفاسد كليهما . وعلى هذا فيصلح النبوى أن يكون مدركا لابن حمزة .

ويتوجه عليه: أنه لا قرينة فى الحديث على أن يراد منه هذا الاحتمال ، دون سائر الاحتمالات ، بل قد عرفت قريباً أن الاحتمال الأول أظهر المحتملات

للارادة من الحديث ويضاف الى ذلك : أن لازم الأخذ بالاحتمال الأخير هو أن كلمن استوفى شيئاً من منافع العين فلابد وأن يرد ذلك الى الضامن وان كان المستوفى هو المالك للعين ، ومن الواضح أن هذا أمر لا يمكن الالتزام به بوجه .

ثم انه ربما يستنبط ما ذهب اليه ابن حمزة من جملة من الروايات (١)

---

(١) عن اسحاق بن عمار ، قال : أخبرني من سمع أبا عبد الله (ع) يقول وقد سأله رجل وأنا عنده ، فقال له : رجل مسلم احتاج إلى بيع داره ، فمشي إلى أخيه . فقال له : أبيعك داري هذه ، وتكون لك أحب إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي أني إذا جئتك بثمنها إلى سنة تردها عليّ ؟ قال : لا بأس بهذا إن جاء بثمنها إلى سنة ردها عليه . قلت : فانها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة ؟ فقال : الغلة للمشتري ، ألا ترى أنها لو احرقت لكانت من ماله؟ مرسلة .

وعن معاوية بن ميسرة ، قال ، سمعت أبا الجارود يسأل ابا عبدالله (ع) عن رجل باع داراً له من رجل ، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر ، فشرط أنك إن آتيتني بما لي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك ، فأتاه بماله قال : له شرطه . قال له أبو الجارود : فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين ؟ فقال : هو ماله ، وقال أبو عبد الله (ع) : أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري ، مجهولة بمعاوية بن ميسرة ؟ الحاصر الجدار . الوافي ج ١٠ ص ٦٩ .

وعن اسحاق بن عمار ، قال : قلت لأبي إبراهيم (ع) الرجل يرتهن الرهن الغلام أو الدار فيصيبه الآفة على من يكون ؟ قال : على مولاه . ثم قال : أرأيت لو قتل قتيلا على من كان يكون ؟ قلت : هو في عنق العبد . . . ثم قال أرأيت لو

الواردة فى مواضيع شتى : مثل قوله (ع) ـ فى مقام الاستشهاد على كون منفعة الدار المبيعة فى زمان الخيار للمشترى ـ : (ألا ترى أنها لو احرقت لكانت من ماله ؟) . وتفضل (ع) بنظير ذلك أيضاً فى رواية اخرى. وكقوله (ع) ـ فى الرهن ـ : (وكذلك يكون عليه ما يكون له) .

ويتوجه عليه : أن الروايات المذكورة ليست مسوقة لبيان الكبرى الكلية ، بل الغرض منها هو التنبيه على أن الدار ملك للمشترى ، والرهن ملك للراهن ، فيكون نماؤ الدار مملوكا لمالكها ، ونماؤ الرهن مملوكا لمالكه ، وهذا ظاهر .

ما هو حكم المنافع غير المستوفات ؟

قوله : (وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضاً الضمان) .

أقول : المشهور بين الفقهاء هو أن المنافع الفائتة بغير استيفاء ـ أيضاً ـ مضمونة على القابض ، بل الظاهر من الحلى هو حكاية الاجماع على ذلك حيث حكى عن السرائر فى آخر باب الاجارة الاتفاق على ضمان منافع المغصوب الفائتة ، مع قوله فى باب البيع : إن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب والضمان .

بل يقتضى الحكم بالضمان صدق عنوان المال على تلك المنافع فانها عندئذ تكون مشمولة لقاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن .

ولكن التحقيق هو عدم الضمان ـ هنا ـ لعدم الدليل عليه ، وسيتضح

ـ كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مائتي دينار لمن كان يكون ؟ قلت : لمولاه . قال : وكذلك يكون عليه ما يكون له . موثقة بابن عمار . الوافي ج ١٠ ص ١١٦ . والتهذيب ج ٧ من ط ٢ ص ١٧٢ .

لك وجهه .

ثم لا يخفى عليك : أن التكلم ـ هنا ـ فى الضمان وعدمه انما هو بعد الفراغ عن الحكم بالضمان فى المنافع المستوفات ، أما اذا لم نقل به ـ هناك ـ فعدمه ـ هنا ـ بالأولوية القطعية .

وأيضاً لا يخفى عليك ما فى كلام المصنف من الاضطراب ، فانه تارة يفتى بالضمان ، واخرى يفتى بعدمه . وثالثة يتوقف فى المسألة .

ثم إن مورد البحث ـ هنا ـ ما اذا لم يكن فوت المنافع من ناحية وضع القابض يده على المقبوض بالعقد الفاسد ، وإلا يكون ذلك من مصاديق المغصوب ويجرى عليه حكمه .

ثم إن الاقوال فى المسألة ـ ظاهراً ـ خمسة :

١ ـ الضمان مطلقا ، وقد ذهب اليه المشهور .

٢ ـ عدم الضمان كذلك ، كما عن فخر المحققين فى الايضاح .

٣ ـ التفصيل بين علم البائع بالفساد ، وبين جهله به ، فيحكم بعدم الضمان فى الأول ، وبالضمان فى الثانى .

٤ ـ القول بالتوقف فى الصورة الثالثة .

٥ ـ التوقف على وجه الاطلاق .

أما القول بالتفصيل فحيث إنا لم نقل به فى المنافع المستوفات ، فلا نقول به ـ هنا ـ أيضاً ، لأن القائل بعدم الضمان ـ فى صورة العلم بالفساد ـ انما توهم ذلك من جهة أن المالك قد سلط القابض على ماله لكى يتصرف فيه كيف يشاء

ولكنا ذكرنا فيما سبق أن اذن المالك ـ فى مورد بحثنا ـ انما كان مشروطاً بحصول الملكية الشرعية ، وهى لم تحصل ، والمفروض أنه لم يحصل

ـ هنا ـ اذن آخر جديد . واذن فالمسألتان من حيث الضمان وعدمه سيان .

أما القول بالتوقف فالظاهر أنه لا يعد رأياً خاصاً فى المسألة ، بديهة أن واقع التوقف ليس الا اظهار الجهل بالحكم ، ومن البيّن الذى لا ريب فيه أن الجهل بالحكم لا يعد قولا برأسه . واذن فيبقى القولان الأولان : أعنى بهما القول بالضمان على وجه الاطلاق ، والقول بعدمه كذلك .

ويحسن بنا أولا أن نقدم مقدمة أمام البحث عن هذين القولين .

وحاصلها : أن الغاصب انما يضمن العين المغصوبة للمغصوب منه بجميع خصوصياتها الشخصية والنوعية ، للسيرة القطعية العقلائية ، فانها قائمة على أن الانسان اذا وضع يده على مال غيره على سبيل القهر والعدوان لزم عليه رده على مالكه بجميع خصوصياته وشؤونه ، ومن الواضح أن منافع المال تعد من شؤونه ، سواء أكانت مستوفات ، أم لم تكن كذلك ، فتكون مضمونة على القابض .

ويضاف الى هذه السيرة أمران :

١ ـ قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن . وقد عرفت قريباً : أن هذه القاعدة مأخوذة من الأخبار الكثيرة الواردة فى مواضيع شتى ، ومن الواضح أن الغاصب قد أتلف المنافع المترتبة على المغصوب فتكون مضمونة عليه

٢ ـ الأخبار (١) الدالة على وجوب رد المغصوب على المغصوب منه فان الظاهر منها هو رد ذلك عليه مع جميع شؤونه وخصوصياته ، ولم نجد مخالفا فى ذلك من الخاصة والعامة . الا الحنفية (٢) .

---

(١) الوسائل ج ٣ باب ١ من ابواب الغصب . ص ٣٢٥ .

(٢) قد اشرنا إلى رأيهم فى ص ١٣٣ .

نعم قد عرفت ذهاب ابن حمزة الى عدم الضمان فى منافع العين المقبوضة بالعقد الفاسد ، سواء فى ذلك المنافع المستوفات وغيرها ولكن ذلك غريب عن المغصوب .

وعلى هذا فيجب على الغاصب رد العين المغصوبة على المغصوب منه بجميع منافعها حتى المنافع الفائتة بغير استيفاء ، واذا تلفت العين انتقل الضمان الى المثل أو القيمة ، ولعل هذا المعنى هو المقصود من العبارة المعروفة بين المحصلين من أن الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال . والا فلا وجه لها بوجه .

نعم لا يحكم بكون المغصوب مضموناً على الغاصب بالخصوصيات الشخصية التى لا دخل لها فى زيادة المالية ، ضرورة أنه لا دليل على الضمان فى أمثال ذلك .

ثم لا يخفى عليك أن الغاصب انما يضمن المنافع الفائتة اذا استند فوتها اليه . أما لو استند ذلك الى المالك فلا ضمان عليه لعدم الدليل على ضمان الغاصب فى أمثال ذلك .

ومثاله : أنه اذا كان من طبع المالك الانتفاع من ماله فى زمان دون زمان ، وغصبه الغاصب ، وتركه على حالته الأولية لم يضمن إلا بمنافعه المستوفات ، دون منافعه الفائتة بغير استيفاء ، فالمنافع التى لا تكون العين معدة لاستيفائها لا تضمن بغير استيفاء .

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه ذهب جمع من الأصحاب الى ضمان المنافع مطلقا ، لوجوه :

١ ـ حديث ضمان اليد ، بدعوى أنه شامل للمنافع الفائتة بغير استيفاء لكونها مقبوضة بقبض العين ، ومن هنا يتحقق قبض المنفعة بقبض العين المستأجرة ، فتدخل المنفعة ـ بذلك ـ فى ضمان المستأجر . ويتحقق قبض

الثمن فى السلم بقبض الجارية التى جعلت خدمتها ثمناً ، وكذلك يتحقق قبضه بقبض الدار التى جعل سكناها ثمناً .

ويرد عليه أولا : أن حديث ضمان اليد ضعيف السند ، وغير منجبر بشىء ، وقد عرفته فيما تقدم (١) .

ثانياً : أنه لا يشمل المنافع المستوفات فضلا عن شموله للمنافع غير المستوفات ، وقد تقدم ذلك قريباً (٢) .

ثالثاً : أنا لو سلمنا شموله للمنافع المستوفات ، إلا أنه لا يشمل المنافع الفائتة بغير استيفاء ، لأن لفظ الأخذ ـ فى الحديث المزبور ـ وإن كان كناية عن الاستيلاء على الشىء ، ولكن لا يصح تعلقه بالمنافع الفائتة بغير استيفاء ، لعدم تحققها بالفعل وإن كانت موجودة بالقوة ، إلا أن الوجود الاستعدادى لا يصحح صدق الاستيلاء الموجب للضمان .

نعم إذا قدرت هذه المنافع المعدومة بتقدير خاص ـ كما فى الاجارة ـ صح تعلق الاستيلاء بها .

قيل : ان المنافع غير المستوفات كما لا تقبل الأخذ ، كذلك لا تقبل القبض ـ أيضاً ـ لأن قبضها عبارة عن استيفائها ، ومعه تخرج عن حدّ العدم وتصير من قبيل المنافع المستوفات ، وإذن فتكون خارجة عن مركز بحثنا ، لأن مورد بحثنا ـ هنا ـ إنما هو المنافع الفائتة بغير استيفاء ، لا المنافع المستوفات

والجواب عن ذلك : أن القبض يختلف حسب اختلاف الموارد ، لأنه قد يتحقق بالتخلية بين المال ومالكه ، وقد يتحقق بالأخذ ، وقد يتحقق بارجاع أمر الشىء إلى شخص . ومن البين أن قبض المنافع غير المستوفات انما يتحقق

(١) ص ٨٨ .

(٢) ص ١٢٨ .

بارجاع زمام العين ورقبتها الى مالك منافع العين، وهذا المعنى لا يستلزم استيفاء المنافع.

وقال المحقق الخراسانى : إن (مورده (أى حديث ضمان اليد) وإن كان مختصاً بالأعيان ، إلا أن قضية كونها مضمونة ضمان منافعها . فضمان المنافع فى الاجارة الفاسدة انما يكون بتبع ضمان العين المستأجرة .

وبالجملة : قضية ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونة بها . فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها) .

ويتوجه عليه : أنه ان كان غرضه من هذه العبارة : أن مالية الأعيان باعتبار منافعها المرغوبة للعقلاء - فضمان العين يستلزم ضمان ماليتها المتقومة بالمنافع - فهو متين ، لأن العين بما هى هى ليست لها مالية بوجه ، بل ماليتها بلحاظ منافعها ، ولكن لا دلالة فى ذلك على ضمان المنافع المستوفات فضلا عن ضمان المنافع غير المستوفات ، وهذا واضح .

وان كان غرضه من العبارة المذكورة : أن ضمان الأعيان علة لضمان منافعها فهو مصادرة واضحة .

أضف الى ذلك : أن ضمان المنافع المستوفات أمر بديهى وان لم تكن العين مضمونة ، كما اذا استوفى عمل حر ، حيث إن الحر بنفسه غير مضمون ولكن عمله مضمون .

٢ - قوله عجل الله فرجه : (فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير اذنه (١)) .

ويتوجه عليه أولا : أنه ضعيف السند ، وغير منجبر بشىء ، فلا يمكن الاستناد اليه فى شىء من المسائل الفقهية .

ثانياً : أن نسبة عدم الحل الى التصرف فى مال الغير ظاهرة فى الحكم

(١) قد ذكرناه في الجزء الثاني في ص ١٣٨ .

التكليفي ، لا في الحكم الوضعي ، ولا في الأعم منهما ، وعليه فلا دلالة في الرواية على ضمان الأعيان فضلا عن دلالتها على ضمان المنافع .

ومن هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بالروايات (١) ـ الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه ـ على الضمان ـ هنا ـ ضرورة أن الظاهر من نسبة الحل الى المال انما هو ارادة حرمة التصرف فيه ، على ما ذكرناه مراراً . ومن البين أن هذا لا يناسب الا الحرمة التكليفية ، لا الحرمة الوضعية كما أن المراد من حرمة الامهات والبنات والخالات حرمة نكاحهن . واذن فتبعد الروايات المزبورة عن الدلالة على الحكم الوضعي ؛ أعني به الضمان .

٣ ـ قوله (ع) في جملة من الروايات (٢) : حرمة ماله (أي المؤمن) كحرمة دمه ، بدعوى أن مالية الأعيان باعتبار تنافس العقلاء فيها . وعليه فنفس المنافع من الأموال ، بل من مهماتها ، واذا ثبت كونها من الأموال شملتها الجملة الشريفة المذكورة ، فيثبت بذلك احترامها وضمانها .

ويتوجه على هذا الاستدلال : أن الجملة المزبورة وان وردت في موثقة ابن بكير وغيرها ، ولكن لا دلالة فيها على الضمان بوجه (٣) .

٤ ـ قاعدة نفي الضرر ، حيث ان الحكم بعدم ضمان القابض منافع ما قبضه من الأعيان ضرر على المالك (٤) .

ويتوجه عليه : أن الحكم بضمان القابض ضرر عليه أيضاً ، فتقع المعارضة في شمول القاعدة لكلا الطرفين .

---

(١) قد ذكرناها في الجزء الثاني في ص ١٣٨ .

(٢) قد ذكرناها في ص ٩١ .

(٣) قد عرفت تفصيل ذلك في ص ٩١ .

(٤) قد تقدم ما يرجع إلى هذه القاعدة في ص ٩٤ .

ويضاف الى ذلك : أن القاعدة المذكورة انما تنفى الأحكام الضررية ، ولا دلالة فيها على اثبات حكم آخر الذى يلزم الضرر من عدم جعله .

٥ ـ قاعدة من أتلف ، وقد استدل بها السيد فى حاشيته ـ عند قول المصنف : فالمشهور فيها أيضا الضمان ـ واليك نصه : (هذا هو الاقوى بمعنى : أن حالها حال العين ، لقاعدة الاتلاف ، فان الاستيلاء على العين ، ومنع المالك عن الانتفاع بها تفويت لمنافعها ، ويصدق عليه الاتلاف عرفاً ، ولذا نحكم بالضمان لها فى الغصب) .

ويتوجه عليه : أنا نمنع صدق التفويت على المنافع الفائتة بغير استيفاء الا اذا استند الفوت الى القابض بأن وضع يده على مال الغير وحبسه بحيث لا يتمكن مالكه من التصرف فيه . وحينئذ فيكون شأن المقبوض بالعقد الفاسد شأن المغصوب

٦ ـ الاجماع ، وقد استظهره المصنف من السرائر والتذكرة ، واستند اليه فى الحكم بالضمان هنا .

ويرد عليه : أنه لا وجه لدعوى الاجماع فى أمثال هذه المسائل الخلافية اذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك القائلين بالضمان ـ هنا ـ ما ذكرناه من الوجوه الماضية ، ويتضح هذا المعنى لمن أعطف النظر على كلماتهم فى المقام .

ومن هنا ناقش السيد فى كلام المصنف ، وقال : (الانصاف أنا لو فرضنا عدم تامية ما ذكرنا من الأدلة على الضمان لا وجه للقول به من جهة هذين الاجماعين المنقولين بعد عدم حجية الاجماع المنقول ، وعدم معلومية الشمول للمقام) .

والعجب من شيخنا الاستاذ حيث دفع المناقشة المزبورة بأن (اختياره (أى المصنف) الضمان أخيراً ليس لاعتماده على الاجماع المنقول ، مع أنه ذكر [illegible]

اتفاق الأعلام على شمول قاعدة اليد والاحترام للمنافع) .

ووجه العجب : أن المصنف قد ناقش فى كلتا القاعدتين صريحاً فى صدر كلامه ، وحكم بعدم امكان التمسك بهما ـ هنا ـ ومعه كيف يعتمد عليهما فى ذيل كلامه .

والمصنف وان ناقش فى حجية نقل الاجماع فى فرائدة ، الا أنه اعتمد عليه فى محل البحث وغيره .

ونتيجة البحث الى هنا : هى أن المقبوض بالعقد الفاسد لا يضمن بمنافعه غير المستوفات ، لعدم الدليل عليه .

ويؤيد ما ذكرناه ـ من عدم الضمان هنا ـ ما ورد من الروايات (١) فى ضمان المنافع المستوفات من الجارية المسروقة المبيعة ، فان هذه الأخبار ـ مع ورودها فى مقام البيان ـ غير متعرضة للضمان بمنافعها غير المستوفات .

وأيضاً يؤيد ذلك خبر محمد بن قيس (٢) الذى ورد فيمن باع وليدة أبيه بغير اذنه ، فقال الامام (ع) : الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها ، وسكت (ع) عن بيان الضمان فى المنافع غير المستوفات .

ويضاف الى ذلك كله : أن المنافع غير المستوفات ـ فى المقبوض بالعقد الفاسد ـ مورد لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ، ضرورة أن صحيح البيع لا يوجب ضمان المنافع الفائتة بغير استيفاء لأنها ملك للمشترى مجاناً ، كذلك البيع الفاسد .

وهذا لا ينتقض بالقول بالضمان فى المنافع المستوفات ، وذلك لصدق

(١) قد ذكرناها فى ص٨٩ .

(٢) راجع التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ . وسيأتي التعرض لهذا الخبر في البحث عما استدل به على صحة البيع الفضولي .

الاتلاف على استيفائها ، فتكون مندرجة تحت قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن .

قيل ان المقبوض بالعقد الفاسد ، والمغصوب سيان فى ذلك ، والالتزام بالتفكيك بينهما لا يتفق والقواعد الفقهية .

والجواب عن ذلك : أن الفارق بينهما كالشمس فى كبد السماء ، لأن الغاصب إنما يأخذ المال من المغصوب منه بالقهر والعدوان ، فيكون مضموناً عليه بجميع خصوصياته وهذا بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد . فان المالك قد دفعه إلى القابض باختياره ، والمفروض أنه لا يمنع المالك عن التصرف فيه بوجه . وعليه ففوت المنافع إنما استند إلى نفس الدافع ، لا إلى القابض واذن فلا وجه لقياس المقبوض بالعقد الفاسد بالمغصوب ، وعليه فتصبح المنافع الفائته بغير استيفاء غير مضمونة فى المقبوض بالعقد الفاسد .

ما هو الدليل على ضمان المثل

فى المثلى ، وضمان القيمة فى القيمى

قوله : (الرابع إذا تلف المبيع فان كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف، إلا ما يحكى عن ظاهر الاسكافى) . أقول : لا يخفى عليك : أن ظاهر عبارة المصنف هو ذهاب الاسكافى إلى ضمان القيمة فى المثلى ، وهذا مناف لما سيأتى منه قريباً (١) من نسبته ضمان المثل فى القيمى إلى الاسكافى .

والمظنون قوياً ـ والله العالم ـ هو وقوع السقط فى عبارته ـ هنا ـ

---

(١) قال في الأمر السابع : لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكى الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة ، ثم قال بعد أسطر : فقد حكى الخلاف في ذلك عن الاسكافى .

فكأنه قال : إذا تلف المبيع فان كان مثلياً وجب مثله ، وإن كان قيمياً وجبت قيمته بلا خلاف فى ذلك بين الأصحاب ، إلا عن الاسكافى ، فانه حكم بضمان المثل فى القيمى أيضاً .

وكيف كان فقد استدل على ضمان المثل فى المثلى وضمان القيمة فى القيمى بوجوه شتى :

١ ـ قوله (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤديه (١) .

ويرد عليه أنه لا دلالة فيه على مذهب المشهور : أعنى به الحكم بضمان المثل فى المثلى ، وضمان القيمة فى القيمى ، لأن الظاهر منه هو ثبوت العين بدءاً فى عهدة الآخذ ، وإذا تعذر أداؤها بعينها انتقل الضمان إلى المثل . وإذا تعذر المثل أيضاً انتقل إلى القيمة ، من غير فرق فى ذلك بين المثلى والقيمى .

ولا ريب فى أن هذا المعنى لا ينطبق على مذهب المشهور انطباقاً تاماً ، بل مقتضاه أن ضمان القيمة فى طول ضمان المثل ، كما أن ضمان المثل فى طول الضمان بنفس العين التى اخذت من مالكها بغير سبب شرعى .

وقد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما قيل من أن حديث ضمان اليد غير متعرض لأداء البدل ، بل هو ظاهر فى وجوب رد العين إلى مالكها ، ولاشك فى أن هذا الوجوب يسقط بتلف العين .

كما أنه ظهر لك مما بيناه ـ أيضاً ـ فساد ما ذكره شيخنا الاستاذ من أن وجوب رد العوض مشروط بكون التالف (مما يتمول عرفاً وشرعاً ، فمثل الخنفساء والخمر وإن وجب ردهما حين بقائهما لجهة حق الاختصاص الثابت لمن اخذ منه إلا أنه بعد تلفهما لا يتعلق بهما ضمان) .

ووجه الفساد : هو أن وضع اليد على متعلق حق الغير بدون سبب

(١) قد تقدم ما يرجع إلى هذا النبوي في ص ٨٨ .

شرعى يوجب ضمانه ، وإذا تلف ذلك انتقل ضمانه إلى المثل نعم إذا تعذر المثل أيضاً بقى التالف فى عهدة الضامن ، إذ المفروض أنه ليس بمال لكى ينتقل ضمانه - مع تعذر مثله - إلى قيمته .

ولكن الذى يسهل الخطب هو أن حديث ضمان اليد ضعيف السند وغير منجبر بشىء ، كما سمعته مراراً ، فلا يمكن الاستناد إليه فى شىء من الأحكام الفرعية

٢ - ما دل على احترام مال المؤمن ، وأن حرمة ماله كحرمة دمه (١)

ولكن قد عرفت فيما سبق عدم دلالته على الضمان بوجه ، بل الظاهر منه هو الحكم التكليفى ، وعليه فيدل على حرمة التصرف فى مال المؤمن بدون إذنه وطيب نفسه .

ويضاف إلى ذلك : أنا لو سلمنا دلالته على ثبوت الضمان ولكن لا نسلم دلالته على ضمان المثل فى المثلى ، وعلى ضمان القيمة فى القيمى ، بل مفاده انما هو ثبوت الضمان بالبدل الواقعى .

٣ - الروايات (٢) الدالة على أن الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة - بعد أن أولدها المشترى - أخذها صاحبها ، وأخذ المشترى ولده بالقيمة ، حيث إن حكم الامام (ع) بضمان قيمة الولد ظاهر فى أن ضمان القيمى بالقيمة

والجواب عن ذلك : أن هذه الروايات وإن كانت صريحة فى الضمان إلا أنها غير ظاهرة فى ضمان المثل فى المثلى ، وفى ضمان القيمة فى القيمى ، نعم هى غير خالية عن الاشعار بذلك وقد تقدم ما يرجع إلى هذه الروايات عند البحث عن مدرك الضمان فى قاعدة ما يضمن .

٤ - دعوى الاجماع على ضمان المثل فى المثلى ، وعلى ضمان القيمة فى القيمى

---

(١) قد عرفت ما يرجع إلى ذلك فى ص ٩١ .

(٢) قد تقدمت هذه الروايات فى ص ٨٩ .

ويتوجه عليه : أنا ذكرنا مراراً أن الاجماع لا يكون حجة إلا مع القطع بكشفه عن رأى المعصوم (ع) ومن البين الذى لا ريب فيه أن العلم بذلك مشكل جداً ، بل المظنون قوياً هو استناد المجمعين ـ هنا ـ إلى الوجوه المتقدمة ولا يفرق فيما ذكرناه بين الاجماع المنقول ، والاجماع المحصل .

أضف إلى ذلك : أن الاجماع ـ هنا ـ قد انعقد على مفهوم مجمل ، لا مفهوم مبيّن لكى يكون النزاع ـ عند الشك فى أن الضمان بالمثل أو القيمة ـ فى تطبيق المفهوم المبين على المشكوك فيه ، وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

٥ ـ قوله تعالى : فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم(١) وعن الشيخ أنه استدل بهذه الآية ـ فى المبسوط والخلاف ـ على ضمان المثل فى المثلى ، وضمان القيمة فى القيمى ، بدعوى أن المماثلة إنما تقتضى ذلك .

ولكن الظاهر أنه لا دلالة فيها على ما يرومه المستدل ، اذ الاستدلال بها على ذلك يتوقف على امور ثلاثة :

الأول : أن تكون كلمة (ما) فى الآية الكريمة موصولة ، لا مصدرية .

الثانى : أن يراد من هذه الكلمة الموصولة الشىء المعتدى به : بأن يكون المعنى فاعتدوا عليه بمثل الشىء الذى اعتدى به عليكم .

الثالث : أن يراد من كلمة المثل فى الآية الشريفة المثل فى المثلى ، والقيمة فى القيمى ، وأنى للمستدل إثبات هذه الامور كلها .

أما الأمر الأول فيرده أنه لاقرينة على أن يراد من كلمة (ما) كونها موصولة ، بل يحتمل أن تكون مصدرية غير زمانية ، وعليه فتكون معنى الآية : أنه اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم ، وإذن فتختص الآية بالاعتداء بالأفعال . وتبعد عن مورد البحث ، بداهة أن مماثل الاتلاف هو الاتلاف ،

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩٤ .

دون الضمان ، ومن الواضح أن هـــذا الاحتمال يمنع عن الاستدلال بالآية الكريمة على المقصود .

بل المحكى عن المحقق الأردبيلى فى أيات أحكامه هو تعين هذا الاحتمال فانه بعد ما ذكر جملة من الآيات ـ التى منها الآية المتقدمة ـ الظاهرة فى جواز الاعتداء بالمثل قال : فيها دلالة على جواز القصاص فى النفس ، والطرف ، والجروح . بل جواز التعويض مطلقا حتى ضرب المضروب، وشتم المشتوم بمثل فعلهما ـ إلى أن قال ـ وتدل على عدم التجاوز عما فعل به وتحريم الظلم والتعدى

أما الأمر الثانى فيرده أنه لا قرينة على أن المراد من الشىء هو المعتدى به : أعنى به الأعيان الخارجية من النقد والعرض ، بل يحتمل أن يراد به الفعل أعنى به الاعتداء ، وعليه فتكون الآية غريبة عن غرض المستدل حتى مع جعل كلمة (ما) فيها موصولة .

ويحتمل أن يراد من الشىء ما هو الأعم من الفعل والمعتدى به وحينئذ فتدل الآية على جواز اعتداء المضروب بالضرب ، واعتداء المشتوم بالشتم وعلى جواز إتلاف المال فى مقابل الاتلاف ، وعلى جواز أخذ الحنطة بدل الحنطة وأخذ الفضة بدل الفضة وهكذا .

وعلى هذا الاحتمال لا يستفاد من الآية الضمان ـ أيضاً ـ بل ولا جواز تملك المغصوب منه شيئاً مما أخذه من الغاصب ، بل غاية ما يستفاد منها حينئذ إنما هو جواز التصرف فى أموال الغاصب على سبيل التقاص ، بلا كونها ملكا للمتصرف ، ضرورة أنه لا ملازمة بين جواز التصرف فى شىء وبين كونه ملكا للمتصرف ، ومن هنا يجوز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاة مع عدم كونه ملكا للآخذ بناءاً على أنها تفيد الاباحة فقط .

ولو أغمضنا عن جميع ذلك ، وسلمنا اختصاص لفظ الموصول بالشىء

المعتدى به ، ولكن لا نسلم انطباق الآية على مسلك المشهور من جميع الجهات بديهة أن مفاد الآية على هذا المنهج إنما هو الاعتداء بمثل المعتدى به ، وعليه فتكون الآية ظاهرة فى ضمان المثل فى كل من المثلى والقيمى ، وحينئذ فاذا تعذر المثل كان دفع القيمة بدلا عن المثل الثابت فى الذمة ، لا بدلا عن العين التالفة ابتداءاً كما يرومه المستدل .

أما الأمر الثالث فيرده عدم وجود القرينة على إرادة ضمان المثل من الآية فى المثلى ، وإرادة ضمان القيمة فى القيمى ، لأن المماثلة لا تقتضى هذا المعنى بل هى أعم من ذلك .

وتحصل من جميع ما ذكرناه : أنه لا دلالة فى شىء من الوجوه الماضية على مسلك المشهور : أعنى به ضمان المثل فى المثلى وضمان القيمة فى القيمى .

والتحقيق : أن يستدل على ذلك بالسيرة ، كما أنا اعتمدنا عليه فى القول بالضمان فى أصل المسألة : أعنى بها مسألة المقبوض بالعقد الفاسد .

وبيان ذلك : أن العقلاء متفقون على أن الانسان إذا أخذ مال غيره ، ووضع يده عليه بغير سبب شرعى ضمنه بجميع خصوصياته الشخصية والمالية والنوعية ، وأنه لا يخرج عن عهدته إلا برد عينه على مالكه وإذا تلفت العين وجب على الضامن رد ما هو اقرب إليها ، لأن تلفها لا يسقط الضمان عنه جزماً ، ومن الواضح أن الأقرب إلى العين التالفة إنما هو المثل فى المثلى والقيمة فى القيمى ، وعلى هذا فلا يكتفى برد أحدهما فى موضع الآخر إلا برضى المالك ، وهذا واضح لا شك فيه .

ويؤيد ذلك : أن المرتكز فى أذهان العقلاء هو أنه لا يحصل فراغ الذمة إلا بأداء المثل فى المثلى ، وبأداء القيمة فى القيمى .

ما هو الفارق بين المثلى والقيمى

قد اختلفت كلمات الفقهاء فى ذلك :

فعن الشيخ والحلى والمحقق والعلامة وجمع آخر : أن المثلى ماتتساوى أجزاؤه من حيث القيمة . بل هذا هو المشهور بين الأصحاب .

وعن التحرير : أنه ما تماثلت أجزاؤه ، وتقاربت ، صفاته .

وعن الدروس والروضة : أنه المتساوى الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات

وعن غاية المراد : أنه ما تتساوى أجزاؤه فى الحقيقة النوعية .

وعن بعض العامة : أنه ما قدر بالكيل والوزن .

وعن آخر منهم : زيادة جواز بيعه سلماً .

وعن ثالث منهم : زيادة جواز بيع بعضه ببعض ، وإلى غير ذلك من التعاريف .

أما القيمى فعرفوه بعكس ما عرفوا به المثلى .

ثم إنه قد كثر النقض والابرام حول التعاريف المذكورة تارة بعدم الاطراد واخرى بعدم الانعكاس ، وثالثة من سائر الجهات .

ولكن لا يهمنا التعرض لشىء من تلك التعاريف ، ولا التعرض لما يتوجه عليها من المناقشات ، ضرورة أن لفظى المثلى والقيمى لم يردا فى آية ، ولا فى رواية ، ولا انعقد عليهما اجماع : لا المحصل ، ولا المنقول لكى نبحث عنهما تارة من حيث الشرح والتفسير ، واخرى من حيث الاطراد والانعكاس ، وثالثة من سائر الجهات ، بل ذكرهما الفقهاء لتعيين ما وجب على الضامن من الأداء ، ولعل هذا هو المقصود من التعاريف المذكورة من

أن يجعلونها تعاريف حقيقية ولعله من هذه الجهة أضيف إلى تعريف المثلى أنه يجوز بيعه سلماً ، أو بعضه ببعض كما عرفته قريباً ، إذ لو كان الغرض من تلك التعاريف التعاريف الحقيقية لما جاز ذكرهما فيها ، لأنهما من الأحكام الشرعية فلا معنى لأخذها في التعريف وإذن فالتعاريف المذكورة وغيرها كلها تعاريف لفظية وانما ذكرت هنا لبيان غرض وحداني، فاللازم علينا هو بيان هذا الغرض الوحيد.

وتوضيح ذلك إجمالا : أن أوصاف الأشياء على قسمين ، اذ قد يكون لها دخل في المالية ، وقد لا يكون لها دخل في المالية بوجه :

أما القسم الثاني فهو خارج عن مركز بحثنا ، لعدم دخله في مالية الموصوف فلا يكون تفويته موجباً للضمان .

أما القسم الأول فان كانت للموصوف أفراد متماثلة بحسب النوع أو الصنف فهو مثلي ، ضرورة أن أفراد الكلي مع فرض تماثلها متساوية الأقدام ومتقاربة الأوصاف من دون تفاوت بينها في نظر العرف ، وان كان بينها فرق بالدقة العقلية ، وان لم يكن الموصوف كذلك فهو قيمي .

وعلى هذا فالمراد من كلمة الأجزاء التي ذكرت في التعاريف المتقدمة انما هو أفراد الطبيعة ، لا أجزاء المركب ، كما هو واضح ، وهذا هو الحجر الأساسي والضابط الكلي في المقام وقد اتضح لك مما بيناه: أن التماثل بين أفراد الموصوف يختص - في الخارج - بالاتحاد النوعي والصنفي ، أما الاتحاد الجنسي فهو بنفسه لا يصحح التماثل في جميع الموارد ، وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

ثم لا يخفى عليك : أن المثلي والقيمي يختلفان بحسب الأزمنة والأمكنة فان الأثواب وان كانت من القيميات في الأيام السالفة ، ولكنها أصبحت من المثليات - غالباً - في العصر الحاضر ، لأن اكثرها منسوج بنسج واحد وأنها متماثلة الأفراد في الخارج غالباً .

ومن هنا ظهر : أن النقود الرائجة من المثليات ، لتساوى أفرادها على النهج المزبور . أما الجواهر فهى قيمية ، لاختلاف أفرادها - غالباً - إذ قد يساوى مقدار حمصة من الياقوت - مثلا - ربع دينار ، ويساوى فرد آخر منه بالمقدار المزبور مأة دينار . وهكذا الفيروزج وأشباهه .

وعلى الجملة : إن التأمل فيما بيناه من الضابط الكلى للمثلى والقيمى يوضح لنا الشبهات الواردة على تعاريفهما فافهم واغتنم .

ماهو الضابط فيما شك فى كونه مثليا أو قيميا ؟

قد وقع الخلاف بين الفقهاء فى كثير من الأشياء أنها مثلية أو قيمية :

منها الذهب والفضة المسكوكان ، فقد حكى التصريح - عن الشيخ فى المبسوط - بكونهما قيميين ، وظاهر غير واحد من الفقهاء أنهما مثليان .

ومنها الحديد ، والنحاس ، والرصاص ، فان الظاهر من العبائر المحكية عن المبسوط والغنية والسرائر أنها من قبيل القيميات ، ولكن حكى التصريح عن العلامة - فى التحرير - بأن اصولها مثلية ، الا أن المصوغ منها قيمى .

ومنها الرطب ، والعنب ، والزبيب ، والتمر ، حيث حكى التصريح عن الشيخ - فى المبسوط - بكون الأولين قيميين ، وكون الأخيرين مثليين ، وعن العلامة - فى المختلف - أن فى الفرق إشكالا ، بل ذكر المصنف أنه صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب والعنب مثليين .

وإلى غير ذلك من الموارد الكثيرة التى لم يستوضح كونها مثلية أو قيمة . وكذلك لم يستوضح أن الأصل اللفظى - فى الموارد المشكوكة - هل يقتضى كونها مثلية إلا ما خرج بالدليل ، أم يقتضى كونها قيمية إلا ما خرج بالدليل .

ولعل الوجه فى ذلك : أن الأئمة (ع) قد أغفلوا هذه الجهات ، ولم

يتفضلوا بما هو الضابط الكلي في ذلك ، بل إنما تعرضوا لبيان أصل الضمان في موارد شتى ، ولم يتعرضوا لكيفية الضمان إلا في موارد قليلة .

وعليه فاذا علمنا بكون شيء مثلياً أو قيمياً لانطباق ما ذكرناه ـ من الضابط الكلي ـ عليه فهو ، وإن شك في ذلك فلابد من الرجوع إلى الأصول العملية ، وقرروا ذلك بوجوه شتى :

١ ـ القول بضمان المثل فقط . لا غير .

٢ ـ القول بضمان القيمة فقط ، لا غير .

٣ ـ القول بتخيير المالك بين المثل والقيمة .

٤ ـ القول بتخيير الضامن بينهما .

أما الوجه في الحكم بضمان المثل فقط فلأن الواجب على الضامن ابتداء إنما هو أداء المثل حتى في القيميات ، لكونه أقرب إلى التالف من غيره . أما أداء القيمة في القيميات فانما هو من باب الارفاق للضامن ، إذ لا يوجد ـ غالباً ـ مثل للقيميات في الخارج .

ثم إن فراغ الذمة بأداء ما يحتمل تعينه قطعي ، وبأداء غيره مشكوك فيه ، فالأصل هو عدم سقوط ما في ذمة الضامن إلا بأداء المثل لأنه إذا دار الأمر بين التعيين والتخيير وجب الأخذ بما احتمل تعينه .

ويرد عليه : أن الواجب على الضامن ابتداء إنما هو أداء القيمة في القيميات ، دون أداء المثل ، وقد عرفت ذلك قريباً .

ويضاف إلى ذلك : أنا لو سلمنا صحة المبنى ، الا أنا لا نسلم صحة البناء وذلك لأن القاعدة تقتضي الالتزام بالتعيين تارة ، وبالتخيير اخرى ، لا الحكم بالأخذ بما احتمل تعينه .

وبيان ذلك : أنه اذا كان ـ هنا ـ حكم واحد ، ودار أمره بين التعيين

ـ لاحتمال الأهمية ـ و بين التخيير حكم بالتخيير ، ولم يؤخذ بمحتمل الأهمية واذا كان ـ هنا ـ حكمان ، ودار أمرهما بين التعيين والتخيير ـ فى مرحلة الامتثال والفعلية من ناحية المزاحمة ـ وجب الأخذ بما احتمل تعينه .

والوجه فى ذلك : أن المزاحمة بين الحكمين ـ فى باب المزاحمة ـ انما نشأت من شمول الاطلاق ـ فى كل من الحكمين ـ لحال الاتيان بمتعلق الآخر ، واذا استحال امتثالهما معاً فى مورد المزاحمة لم يبق كلا الاطلاقين ـ معاً ـ على حالها . وعليه فان كان أحد الحكمين بالخصوص أهم من الآخر اخذ به ، وسقط الاطلاق فى ناحية المهم ، واذا كان ملاك كل منهما مساوياً لملاك الآخر سقط كلا الاطلاقين ، لبطلان الترجيح بلا مرجح ، واذا كان أحد الحكمين محتمل الأهمية وجب الأخذ به ، وسقط الاطلاق فى غيره قطعاً .

والوجه فى ذلك : أنه لا يجوز للمكلف تفويت الغرض الملزم ـ بعد احرازه ـ إلا بعجزه عن الامتثال تكويناً أو بتعجيز المولى اياه : بأن يأمره بما لا يجتمع معه فى الخارج واذا لم يوجد شىء من الأمرين حكم العقل بقبح التفويت واستحقاق العقوبة عليه .

وعلى هذا فاذا كان أحد الحكمين المتزاحمين معلوم الأهمية فلا شبهة فى وجوب الأخذ به ، لأن الملاك فى الطرف الآخر وان كان ملزماً فى نفسه ، الا أن تفويته مستند الى تعجيز المولى ، ضرورة أن المولى قد أمر المكلف بصرف قدرته فى الأهم ، فاذا أتاه المكلف كان معذوراً فى ترك المهم ، وتفويت ملاكه ، وهذا بديهى لا ريب فيه .

واذا كان أحد الحكمين المتزاحمين محتمل الأهمية فايضاً لا شبهة فى لزوم الأخذ به ، وذلك لما عرفته ـ قريباً ـ من أنه لا يجوز للمكلف عقلا أن يترك الملاك الملزم ـ بعد احرازه ـ الا بالعجز عن الامتثال تكويناً ، أو تشريعاً ومن الواضح أن المكلف قادر على الامتثال بمحتمل الأهمية ، ولو بترك الآخر

واذن فلا يجوز ترك محتمل الأهمية ، لحكم العقل بالاشتغال ، واستحقاق العقاب على تحركه من غير عذر.

ولا يخفى عليك : أن هذه الكبرى التى قد مناها فى المتزاحمين لا تجرى فى فرض اتحاد الحكم الذى دار أمره بين التعيين والتخيير ، كالشك فى أن تقليد الأعلم واجب تعيينى ، أو أن المكلف مخير بينه وبين تقليد غير الأعلم حيث ان ـ هنا ـ حكماً واحداً يحتمل تعلقه بالمعين ، ويحتمل تعلقه بالجامع ، بينه وبين غيره ، وحينئذ فتعلقه بالجامع معلوم ، وبالخصوص مجهول ، فيدفع بالبراءة .

وبعبارة اخرى : أنا نعلم ـ فى أمثال ذلك ـ بتعلق التكليف فى الجملة بالجامع الانتزاعى الذى يعبر عنه بعنوان أحد الشيئين ، ولكننا نشك فى كونه مأخوذاً على نحو الاطلاق ، أو متقيداً ، بقيد خاص ، ومن الواضح أن الشك فى أمثال ذلك وان كان شكا فى الامتثال ، الا أن منشأ ذلك هو الشك فى اطلاق الحكم وتقييده ، فاذا رفعنا احتمال التقيد بأصالة البراءة ارتفع الشك فى الامتثال أيضاً ، واذن فيحكم بالتخيير وبجواز الاكتفاء بكل واحد من الطرفين فى مرحلة الامتثال .

ومقامنا من هذا القبيل ، لأن ثبوت مالية التالف فى ذمة الضامن معلوم الا أن ثبوت تعينها بخصوص المثل مشكوك فيه ، فيدفع بالبراءة ، واذن فاحتمال تعين المثل من ناحية لزوم الاخذ بمحتمل الأهمية عند دوران الأمر بين التعيين والتخيير ضعيف جداً .

ولكن التحقيق مع ذلك : هو تعين الضمان بالمثل ـ عند الشك فى ضمان المثل أو القيمة ـ والوجه فى ذلك : هو قيام السيرة القطعية على أن وضع اليد على مال الغير بلا سبب شرعى موجب للضمان ، وعليه فان كان المال المزبور موجوداً بعينه فلا بد من رده على مالكه على النحو الذى أخذه

منه : أى بجميع خصوصياته النوعية والشخصية والمالية . واذا تعذر ذلك ـ لتلف ونحوه ـ سقط عنه وجوب رد العين ، وانتقل الضمان الى المثل : أعنى به الكلى الجامع لجميع الأوصاف التى هى دخيل فى مالية الشىء ، وموجبة لزيادتها ، لا الأوصاف التى لا دخل لها فى مالية الشىء أصلا ورأساً ، وانما هى دخيل فى التشخص فقط .

وعلى هذا الضوء فمقتضى القاعدة هو الضمان بالمثل ، الا اذا ثبت كون التالف قيمياً ، أو كان التالف مثلياً ولكن تعذر مثله فى الخارج ، فانه عندئذ يجب على الضامن أداء القيمة ، وكل ذلك من ناحية السيرة العقلائية غير المردوعة من قبل الشارع ، وهكذا الحال اذا قلنا بأن مدرك الضمان ـ فى المقبوض بالعقد الفاسد ـ هو حديث ضمان اليد .

أما الوجه فى الحكم بضمان القيمة فقط ـ عند الشك فى كون التالف مثلياً أو قيمياً ـ فهو أن المقام من موارد دوران الأمر بين الأقل والاكثر فلابد من الأخذ بالأقل ، ويدفع وجوب أداء الأكثر بالأصل .

وبيان ذلك : أن المراد من القيمة هنا انما هو المالية المشتركة بين جميع الأموال ، سواء أكانت تلك الأموال مثلية ، أم كانت قيمية ، وعليه فما نحن فيه من قبيل دوران الأمر بين الأقل والاكثر لأن اشتغال الذمة بالجهة المشتركة معلوم ، واشتغالها بغير ذلك من الخصوصيات مشكوك فيه . وقد ذكرنا فى محله أن المرجع فى أمثال ذلك هو البراءة ، وعلى هذا فلا يجب على الضامن إلا أداء القيمة ، إلا اذا رضى بأداء المثل . فانه وقتئذ يكون مخيراً بين أداء القيمة وأداء المثل .

ويرد عليه : أن الوجه المزبور مبنى على أن يكون المراد من القيمه التى نبحث عنها فى المقام هو مطلق المالية السارية فى الأموال كلها ، فانه على هذا

جاز للضامن أن يؤدى عن التالف أى شيء أراده من الأموال إذا كانت قيمته تساوى قيمة التالف .

ولكن هذا خلاف المتسالم عليه ، بل خلاف ما هو المرتكز فى الأذهان لأن المتبادر من كلمة القيمة إنما هو المالية الخالصة ، كالنقود الرائجة بين الناس، وأمثالها مما يتمحض فى المالية من دون أن تلاحظ فيها أية خصوصية من الخصوصيات التى تتفاوت بها الرغبات ، وعليه فيكون دوران الأمر بين وجوب رد المثل ورد القيمة من قبيل دوران الأمر بين المتباينين ، فلا بد فى ذلك من الاحتياط وليس هذا من قبيل دوران الأمر بين الأقل والأكثر لكى يؤخذ بالأول ، ويترك الثانى .

أما الوجه فى تخيير الضامن بين أداء المثل والقيمة فهو أن الضامن يعلم إجمالا باشتغال ذمته بأحد أمرين : إما المثل ، أو القيمة . ومقتضى الاحتياط هو تحصيل القطع بالبراءة ، لما عرفته ـ الآن ـ من أن المورد من قبيل دوران الأمر بين المتباينين ، ومن الواضح أن القطع بفراغ الذمة ـ فى أمثال هذه الموارد ـ لا يحصل الا بأداء كلا الأمرين لكى تحصل الموافقة القطعية .

ولكن مقتضى الاجماع ، بل الضرورة ، بل مقتضى قاعدة نفى الضرر هو أن الضامن لا يلزم بأداء كلا الأمرين ، واذن فيكون مخيراً بين أداء المثل وأداء القيمة .

أما الوجه فى تخيير المالك بين مطالبة المثل ومطالبة القيمة فهو ماذكره بعض من أن ذمة الضامن وان كانت مشغولة اما بالمثل أو بالقيمة ، الا أن ما يختاره المالك اما هو البدل الواقعى أو أنه بدل البدل ، وعلى كلا التقديرين فيكون ذلك مسقطاً لما فى ذمة الضامن : أما على الأول فواضح ، أما على الثانى فلرضاء المالك بذلك على الفرض واذن فما يختاره المالك مسقط لما فى ذمة الضامن قطعاً

دون غيره ، لأنه مشكوك فيه ، فالأصل عدم سقوطه الا بما يختاره المالك .

ويرد على كلا الوجهين : أن اشتغال الذمة بالمثل أو بالقيمة واقعاً وقيام الاجماع والضرورة على عدم وجوب أدائهما معاً لا يقتضيان تخيير الضامن بين أداء المثل والقيمة ولا تخيير المالك فى استيفاء أيهما شاء ، بل يمكن تعيين ما فى الذمة بالصلح القهرى : بأن يرجع الضامن والمالك كلاهما الى الحاكم الشرعى ويحكم الحاكم بذلك .

ويمكن أن يرجع فى تعيين أحد الأمرين الى القرعة ، بناءاً على جريانها فى كل أمر مشكل ولو كان فى الشبهات الحكمية .

ولكن الظاهر تسالمهم على عدم جريانها فى الشبهات الحكمية ، وعليه فلا مناص عن الرجوع إلى الحاكم ، فيلزمهما بالصلح ان لم يكن ـ هنا ـ ما يتعين به الضمان بالمثل أو القيمة .

ثم انه يحسن بنا التنبيه على أمر لاغناء عنه فى مورد بحثنا ، وهو أن القابض بالعقد الفاسد لا يلزم الا بأداء مثل المقبوض أو القيمة ، ولا يكلف بأزيد من ذلك ، لما ذكرناه آنفاً من أن نفس العين باقية فى عهدة القابض مالم يؤدها الى مالكها ، دون عوضها ، واذا تعذر رد العين بنفسها ـ لتلف ونحوه وجب عليه رد بدلها ، وهو المثل فى المثلى ، والقيمة فى القيمى ، ولا يفرق فى ذلك بين كون المثل حين الأداء مساوياً لقيمة العين حين الأخذ وعدمه .

ويدل على ما ذكرناه : أن نقص القيمة السوقية لا يضمن عند أداء نفس العين ، فكيف يضمن عند اداء مثلها ، وعليه فاذا أخذ شيئاً بالبيع الفاسد ، ثم نزلت قيمته لم يجب عليه شيء زائداً على رد نفس المبيع .فاذا تعذر ردّه ـ لتلف ونحوه ـ انتقل الضمان إلى مثله من دون زيادة .

ويؤيد ذلك ماورد (١) فى استقراض الدراهم ـ التى أسقطها السلطان وأجاز غيرها ـ من أنه ليس لصاحب الدراهم الا الدراهم الأولى الساقطة عن الرواج ، لا الدراهم الجائزة بين الناس . نعم يعارضه خبر آخر (٢) ولكنه ضعيف السند .

ثم لا يخفى عليك : أنه اذا سقطت العين عن المالية بالمرة ـ كالحمد فى الشتاء ـ لم يكف أداء المثل ، بل يجب على الضامن أداء قيمته ، لأنا وان حكمنا بثبوت المثل فى الذمة بعد تلف العين ، الا أنه ليس على وجه الاطلاق ، بل بما أنه مال ، وعليه فاذا سقط المثل عن المالية انتقل الضمان الى القيمة . وهذا المعنى هو الذى تقتضيه السيرة العقلائية غير المردوعة من قبل الشارع وحديث ضمان اليد .

---

(١) عن يونس قال : كتبت إلى ابي الحسن الرضا (ع) انه كان لي على رجل دراهم وان السلطان اسقط تلك الدراهم ، وجاء بدراهم اعلى من تلك الدراهم الاولى ، ولها اليوم وضيعة ، فأي شيء لي عليه الاولى التي اسقطها السلطان ، او الدراهم التي اجازها السلطان ؟ فكتب (ع) : الدراهم الاولى . صحيحة .

وعن صفوان ، قال : ساله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل ، وسقطت تلك الدراهم ، او تغيرت ، ولا يباع بها شيء الصاحب الدراهم الدراهم الاولى او الجائزة التي تجوز بين الناس ؟ قال : فقال : لصاحب الدراهم الدراهم الاولى ، صحيحة ، التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ .

(٢) عن محمد بن عيسى ، قال : قال لي يونس : كتبت إلى الرضا (ع) : ان لي على رجل ثلاثة آلاف درهم ، وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام وليس تنفق اليوم الي عليه تلك الدراهم بأعيانها او ما ينفق اليوم بين الناس ؟ فكتب (ع) إلي : لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس ، كما اعطيته ما ينفق بين الناس . ضعيفة بسهل بن زياد ، التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ .

قيل : إن ماورد فى الدراهم الساقطة عن الرواج يدل باطلاقه على جواز ردها إلى مالكها الأول وإن سقطت عن المالية . وإذا ثبت هذا المعنى فى الدراهم ثبت فى غيرها ، لعدم القول بالفصل .

والجواب عن ذلك : أن الدرهم لا يصاغ إلا من الفضة ، وعليه فلا معنى لسقوطه عن المالية بالمرة ، فلا اشعار فى ذلك بجواز رد الدراهم الساقطة عن المالية إلى مالكها الأول ، فضلا عن الدلالة عليه .

هل يجب شراء المثل مع قلته وزيادة قيمته ؟

قوله : (الخامس : ذكر فى القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد) . أقول : إذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد أو ما فى حكمه عند القابض ، وترقت قيمة مثله - إما لعزته ، وعدم وجوده إلا عند من يطلب بأكثر من قيمته ، أو لكثرة الراغبين فيه - فهل يجب على القابض شراؤه ورده إلى المالك ؟ أم لا يجب ذلك ، بل لابد وأن يصبر المالك إلى أن يكثر المثل ، أو تنزل قيمته السوقية ؟ أم يفصل بين ما كانت زيادة القيمة من جهة الرواج فيحكم بوجوب الشراء ، وبين ما كانت الزيادة لمطالبة من عنده بالزيادة ، فيحكم بعدم وجوب الشراء ؟.

وهذا هو الحق ، والوجه فى ذلك ما ذكرناه سابقاً من أن الثابت فى ذمة القابض ابتداء ليس إلا نفس العين بجميع خصوصياتها النوعية والمالية والشخصية وإذا تلفت العين وجب عليه أداء مثلها ، وهو الكلى الجامع لجميع الخصوصيات الدخيل فى المالية ، لا الخصوصيات الدخيل فى التشخص الخارجى

وإذن فزيادة القيمة السوقية لا تؤثر فى جواز تأخير الأداء تمسكا

بأدلة نفي الضرر ، ضرورة أنه لم يتوجه على الضامن ضرر آخر غير الضرر المتوجه عليه من ناحية حكم الشارع بضمان المثل ، ومن الظاهر أن الحكم بالضمان لوروده مورد الضرر لا يرتفع بدليل نفي الضرر .

ويضاف إلى ذلك : أن أدلة نفي الضرر مسوقة للامتنان ، ولا ريب أن رفع الضمان خلاف الأمتنان على الأمة ، بل الأمتنان في ثبوته .

نعم لو استلزم أداء المثل ضرراً آخر ارتفع وجوبه بدليل نفي الضرر وعليه فلا يجب شراء المثل ممن لا يبيعه إلا بأكثر من قيمته السوقية ثم إن المصنف ـ بعد ما نفى الاشكال عن وجوب شراء المثل في الصورة المتقدمة ، ونقل عليه الاجماع عن المبسوط ـ قال : (ووجهه عموم النص والفتوى بوجوب المثل في المثلي . ويؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة) ، وغرضه من الفحوى هو أن عدم الانتقال إلى القيمة ـ عند نزول قيمة المثل حين الدفع ـ إنما هو لصدق المماثلة ، ومن الواضح أنه إذا صدقت المماثلة مع نقص القيمة ـ مع أن المثل عندئذ لا يساوي العين في المالية ـ صدقت مع زيادة القيمة السوقية ـ أيضاً ـ بالأولوية .

ولكن لا يتم شيء مما أفاده : أما الاجماع فلعدم العلم بكونه اجماعا تعبدياً لكي يستكشف به قول المعصوم (ع) .

أما النصوص فقد عرفت عدم تماميتها إما من حيث السند ، وإما من حيث الدلالة ، أما الفتوى فلا اعتبار بها .

أما الفحوى فلأن كلامنا ليس في صدق المماثلة وعدم صدقها لكي نتمسك في ذلك بالفحوى ، بل محل بحثنا إنما هو لزوم شراء المثل بالقيمة العالية وعدم لزوم شرائه بذلك ، وقد عرفت لزومه من ناحية السيرة .

أما إذا كانت زيادة القيمة اقلة الوجود ، وعدم وجدانه إلا عند من يبيعه بأكثر من قيمته السوقية . فقد ذكر المصنف ـ هنا ـ : أن (الأقوى مع ذلك وجوب الشراء وفاقاً للتحرير ، كما عن الأيضاح والدروس وجامع المقاصد بل إطلاق السرائر ، ونفي الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ماذكر في الصورة الأولى)

ويرد عليه : أن ما استند اليه ـ من الوجوه ـ في الصورة الأولى لا يرجع إلى معنى محصل كما عرفته ـ لكي نعتمد عليه في الصورة الثانية ، وإنما التزمنا بوجوب شراء المثل في الصورة الأولى من جهة السيرة ، ومن الواضح أنها لا تجرى في الصورة الثانية ، بديهة أن زيادة القيمة ـ هنا ـ لم تنشأ من ناحية ثبوت المثل في الذمة ، بل إنما نشأت من ناحية الأمور الخارجية . ومن الظاهر أن إلزام الضامن بهذه الزيادة ضرر غير مربوط ببناء حكم الشارع ـ بأداء المثل ـ على الضرر ، وإذن فوجوب أداء المثل يدفع بأدلة نفي الضرر .

ومن هنا اتضح لك ؛ أنه إذا بقي المقبوض بالعقد الفاسد عند الضامن ، وتوقف رده إلى مالكه على تضرر الضامن لم يجب رده لأدلة نفي الضرر .

قيل يجب شراء المثل في الصورة الثانية ـ أيضاً ـ وإن كان الشراء بقيمة عالية ، لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال .

ويرد عليه : أن هذا الوجه يختص بالغصب ، فلا يجرى في المقبوض بالعقد الفاسد .

أضف إلى ذلك : أنه لا دليل على أخذ الغاصب بأشق الأحوال ، وعليه فالحاق الصورة الثانية بصورة الاعواز ـ التي سنتكلم فيها ـ وجيه جداً .

وعلى الجملة : إنه لا يجب شراء المثل مع عزة وجوده بحيث لا يوجد إلا بأكثر من القيمة السوقية ، لقاعدة نفي الضرر .

قيل ؛ إن الضرر هنا ليس في متعلق التكليف : أعني به أداء المثل ، وإنما

هو فى مقدماته : أعنى بها شراء المثل بأزيد من القيمة السوقية ، ومن الظاهر أن أدلة نفى الضرر لا تشمل مقدمات التكليف ، لأن وجوب المقدمة عقلى لا شرعى .

والجواب عن ذلك : أن أدلة نفى الضرر مسوقة لرفع التكاليف الضررية سواء أكان التكليف أصلياً أم كان مقدمياً ، ومن هنا لا نحكم بوجوب الصلاة قائماً على من يقدر على القيام ، ولكن كان النهوض ضررياً ، وكذلك لا نحكم بوجوب الحج على من يقدر على الاتيان بمناسك الحج ، ولكن كانت مقدماته ضررية . وهكذا ، وهكذا ، وليس ذلك كله إلا من ناحية أدلة نفى الضرر هذا بناءاً على وجوب المقدمة شرعا .

أما بناءاً على عدم وجوب المقدمة إلا عقلا ـ كما هو الحق ـ فالتحقيق أن يقال : إن أدلة نفى الضرر ـ على ما ذكرناه فى محله ـ إنما هى تنفى الحكم الناشىء من قبله الضرر ، وإذن فكل حكم ضررى مرتفع فى عالم التشريع سواء أكان الحكم بنفسه ضررياً ، أم كان الضرر ناشئاً من قبله ، وعليه فوجوب المقدمة وإن كان عقلياً ، إلا أنه إذا كان ضررياً كان مشمولا لأدلة نفى الضرر بداهة أن الضرر ـ هنا ـ إنما نشأ من قبل حكم الشارع بوجوب ذى المقدمة .

ما هو حكم تعذر المثل؟

قوله : (السادس لو تعذر المثل فى المثلى فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك) ، أقول : إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل وجب عليه دفع القيمة ، وهذا لا شبهة فيه .

وإنما البحث فى أن القيمة التى يجب دفعها هل هى قيمة يوم التلف ، أم

قيمة يوم الدفع ، أم قيمة يوم الأخذ ، أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان الأخذ ، أم أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان الدفع ، أم غير ذلك من الوجوه ؟ .

لا يهمنا التعرض لهذه الوجوه نقضاً وإبراماً ، كما تعرض لها المصنف وغيره ، وأطالوا الكلام فيها وفى أدلتها ، وفى المناقشة فيها .

وأيضاً لا يهمنا التعرض لتأسيس الأصل فى المقام لكى يكون ذلك مرجعاً فيما لم يتعين أحد الوجوه المذكورة ، أو غيرها ، كما صنعه شيخنا المحقق لأن ذلك كله فيما إذا التزمنا بانتقال الضمان إلى القيمة ، فانه عندئذ يصح النزاع فى تعيين زمان الانتقال .

أما إذا أنكرنا ذلك ، والتزمنا ببقاء المثل فى عهدة الضامن بعد تلف العين ، وشيدنا أساس هذا القول فلا وجه لتوهم انتقال الضمان إلى القيمة - بعد تلف العين - قبل يوم الأداء .

قيل : ان الضمان لابد وأن ينتقل الى القيمة عند اعواز المثل فى الخارج والا لم ينتقل الى المثل أيضا عند تلف العين الشخصية .

والجواب عن ذلك : أن انتقال الضمان الى المثل بعد تلف العين أمر قهرى ، لأنه لا معنى لبقائها فى الذمة بعد التلف ، وهذا بخلاف المثل ، فانه أمر كلى قابل للبقاء فى الذمة إلى حين الأداء ، وعليه فلا يجب على الضامن الا قيمة وقت الأداء ، وهذا ظاهر .

هل يجوز للضامن اجبار المالك

على أخذ القيمة؟

هل يجوز للضامن أن يجبر المالك على أخذ القيمة مع تعذر المثل واعوازه أم لا ؟ .

الظاهر أنه لا يجوز ذلك ، لأن متعلق الضمان ليس هو نفس القيمة ، بل انما هو المثل ، ومن الواضح أنه ليس للمديون اجبار ذى الحق على قبول شيء آخر بدلا عن حقه الخاص ، بل هو مخير بين أخذ البدل وبين الصبر الى أن يتمكن المديون من أداء حقه ، سواء أكان ذو الحق مأيوساً من وجدان المثل أم لم يكن مأيوساً من ذلك ، كما أنه ليس للضامن اجبار المالك على قبول شيء آخر بدل العين قبل تلفها ، لأن الناس مسلطون على أموالهم .

هل يجوز للمالك اجبار الضامن

على اعطاء القيمة ؟

هل يجوز للمالك اجبار الضامن على اعطاء القيمة مع تعذر المثل ، أم لا ؟

لاشبهة فى جواز ذلك لأن المالك مسلط على حقه وهو مخير بين مطالبة بدله مع الاعواز وبين الصبر الى تمكن الضامن من أداء المثل نفسه .

قيل : ان اجبار الضامن على اعطاء القيمة ضرر عليه ، فيرتفع بأدلة نفي الضرر .

والجواب عن ذلك : أن اعطاء القيمة لاضرر فيه على الضامن بوجه ،

وانما هو رضاء من المالك بالغاء الخصوصيات التى هى دخيل فى متعلق الضمان وهو المثل ، ففيه ارفاق للضامن ، لا أنه ضرر عليه لكى يرتفع بأدلة نفى الضرر

وقد ظهر لك مما بيناه : أنه لا فارق فى جواز الاجبار وعدمه فى كلتا الصورتين ـ : أعنى بهما صورة اجبار الضامن ، وصورة اجبار المالك ـ بين تعذر المثل ابتداء ، وبين تعذره بعد مدة . كما أنه لا فارق فى ذلك بين التعذر الاستمرارى ، وبين التعذر فى وقت دون وقت . وكل ذلك واضح لاستار عليه

ما هو المناط في صدق التعذر والاعواز؟

المحكى عن العلامة فى التذكره أن المراد من اعواز المثل هو أن لا يوجد ذلك فى البلد وما حوله .

وعن المسالك : أنه زاد قوله : مما ينقل عادة منه اليه ، كما ذكروا ذلك فى انقطاع المسلم فيه .

وعن جامع المقاصد : الرجوع فيه الى العرف .

ولكن الظاهر : أن الميزان فى تعذر المثل واعوازه هو التعذر الشخصى وعدم إمكان الوصول اليه بشخصه وعليه فاذا تمكن الضامن من الوصول الى المثل ولو كان ذلك فى البلاد النائية لم يصدق عليه الاعواز ، بل وجب عليه تحصيله . كما أنه اذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل ولو كان موجوداً فى البلد ، وأمكن تحصيله لغيره وجب عليه دفع القيمه .

والوجه فى ذلك : أن تقدير تعذر المثل بحد خاص لم يرد فى دليل خاص لكى نجعله مرجعاً فى البحث ، بل لابد من الرجوع فى ذلك الى الاعتبار العقلى ، ومن الواضح أن الاعتبار العقلى لا يساعد الا على ما ذكرناه .

نعم لو كان نقل المثل من البلاد النائية الى بلده محتاجا الى مؤونة زائدة بحيث يتضرر بها الضامن لم يجب عليه النقل فى هذه الصورة لقاعدة نفى الضرر

ومن هنا اتضح لك جلياً : ما هو الفارق بين ما نحن فيه و بين السلم ، فان الضمان فيه اختيارى ثابت بالعقد ، ولا يبعد انصرافه الى وجود المبيع الثابت فى الذمة ـ فى بلد المعاملة وما حوله .

ويضاف الى ذلك : أن ظاهر جملة من الروايات (١) هو أن العبرة فى

---

(١) عن ابن فضال ، قال : كتبت إلى ابي الحسن (ع) : الرجل يسلفني فى الطعام ، فيجيء الوقت ، وليس عندي طعام اعطيه بقيمته دراهم ؟ قال : نعم ، ضعيف بسهل بن زياد .

وعن العيص بن القاسم عن ابي عبد الله (ع) قال : سالته عن رجل اسلف رجلا دراهم بحنطة حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام ، ووجد عنده دواباً ورقيقاً ، ومتاعا ايحل له ان ياخذ من عروضه تلك بطعامه ؟ قال : نعم . صحيح .

وعن ابان ، عن بعض اصحابنا ، عن ابي عبد الله (ع) في الرجل يسلف الدراهم فى الطعام إلى اجل ، فيحل الطعام ، فيقول : ليس عندي طعام ، ولكن انظر ما قيمته فخذ مني ثمنه قال : لا بأس بذلك ، مرسل . الوافى ج ١٠ باب السلف في الطعام ص ٧٥ .

وعن الحلبي ، عن ابي عبد الله (ع) : انه سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك إلى اجل مسمى ؟ قال : لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه ان ياخذ صاحب الغنم نصفها او ثلثها او ثليثها ، وياخذ راس مال ما بقي من الغنم دراهم ، ويأخذون دون شروطهم ، ولا يأخذون فوق شروطهم . قال : والأكسيه ايضاً مثل الحنطة والشعير والزعفران والغنم . حسن بابراهيم بن هاشم الوافى ج ١٠ باب السلف فى المتاع ص ٧٧ و إلى غير ذلك من روايات السلم

باب السلم بوجود المبيع فى بلد المعاملة وما حوله وعلى هذا فلا يمكن قياس ما نحن فيه بباب السلم .

ثم إن المدار - حين الأداء مع تعذر المثل - على قيمة المثل فى بلد المطالبة وإن كانت أزيد من قيمته فى بلد الضمان ، ولا يفرق فى ذلك بين تعذره قبل وقت الأداء وعدمه ، لأن هذا هو مقتضى بقاء المثل فى ذمة الضامن إلى حين الأداء ، على ما عرفته سابقاً .

ثم إنه ذكر بعضهم - فى صورة تعذر المثل - أنه يقدّر وجوده لا على نحو العزة فيقوّم .

ولكن الظاهر : أنه يقدّر وجوده حتى على نحو العزة ، لأن المفروض أن الثابت فى الذمة هو المثل ، والقيمة هى قيمته بلا زيادة .

نعم إذا فرضنا أن دفع الزائد كان من جهة اخرى ، كما إذا طالب من عنده المثل بقيمة زائدة على القيمة السوقية لم يجب الدفع لنفى الضرر .

ما هو حكم سقوط العين عن المالية ؟

ثم إنك قد عرفت آنفاً - ثبوت المثل فى الذمة إلى وقت الأداء ، وعدم انتقاله إلى القيمة إلا حينه . وهذا مما لا شبهة فيه . كما لا شبهة فى وجوب أداء القيمة عند سقوط المثل عن المالية بالمرة ، كالماء على الشاطىء إذا أتلفه فى المفازة ، والثلج فى الشتاء اذا أتلفه فى الصيف ، لأن خروجه عن القيمة يعد من التالف عرفاً .

وإنما البحث فى أن المراد من هذه القيمة هل هو قيمة يوم الأخذ ، أم قيمة يوم التلف ، أم قيمة يوم سقوط المثل عن المالية ، أم أعلى القيم من

زمان الأخذ إلى زمان التلف ، أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان سقوط المثل عن المالية ، أم غير ذلك من الوجوه ؟ .

الظاهر هو الوجه الثالث ، لما ذكرناه مراراً من أن الثابت فى ذمة الضامن - بعد تلف العين - إنما هو المثل ، وأنه باق فيها إلى حين الأداء وعليه فيحكم - فيما نحن فيه - ببقاء المثل فى الذمة إلى زمان سقوطه عن المالية، وحينئذ فينتقل الضمان إلى القيمة لكون المثل - عندئذ - كالتالف فى نظر أهل العرف كما أن تلف العين يوجب انتقال الضمان منها إلى مثلها ، وهذا واضح لا خفاء فيه

ما هو حكم التمكن من المثل بعد تعذره ؟

قوله : (فرع لو دفع القيمة فى المثل المتعذر ثم تمكن من المثل فالظاهر عدم عود المثل فى ذمته)أقول : إذا طلب المالك حقه مع تعذر المثل فى الخارج وجب على الضامن أداؤ قيمته - كما عرفته قريباً - فان لم يؤد حتى وجد المثل وجب عليه أداؤ المثل ، لما عرفته من عدم الانتقال إلى القيمة بالمطالبة .

كما لا إشكال فى أن المالك إذا رضى باسقاط حقه بأخذ القيمة لم يجب أداؤ المثل حتى مع التمكن منه من أول الأمر .

وإنما الاشكال فيما إذا طالب المالك بالقيمة من جهة الضرورة واللابدية لأجل عدم التمكن من المثل ، ودفع الضامن القيمة ، ثم وجد المثل ، ولم يرض بها المالك فهل يجب على الضامن اعطاء المثل ثانياً وارجاع القيمة أم لا يجب ذلك ؟ .

قد ذكر المصنف : أنه اذا دفع الضامن القيمة بدلا عن المثل المتعذر ثم تمكن منه فان قلنا ببقاء المثل فى الذمة وعدم انتقاله الى القيمة إلا حين الأداء

فلا وجه لعوده ثانياً ، لأنه دين فى الذمة ، فقد سقط بأداء عوضه مع التراضى فلا يجوز لصاحب الدين أن يرجع الى الساقط ثانياً ، لأن الساقط لايعود .

وان قلنا بأن تعذر المثل أوجب تبدل العين المضمونة من المثلى الى القيمى بمعنى : أنها كانت مثلية ، وبعد تعذر المثل انقلبت قيمية ان قلنا بذلك فعدم عود المثل الى الذمة ثانياً أولى منه فى الفرض الأول ، لأن المدفوع وقتئذ انما هو نفس الموجود فى الذمة ، لاعوضه .

وان قلنا بأن تعذر المثل قد أوجب انقلاب المثل ـ الثابت فى الذمة ـ الى القيمة ، فكأنه تلف بتعذره ، فلزمت قيمته ، ان قلنا بذلك احتمل وجوب المثل عند وجوده . لأن القيمة ـ حينئذ ـ بدل الحيلولة عن المثل ، وسيأتى أن حكمه انما هو عود المبدل عند انتفاء الحيلولة . انتهى حاصل كلامه .

ويرد عليه : أن الالتزام بأن دفع القيمة ـ فى هذا الفرض ـ انما كان من باب دفع البدل من جهة الحيلولة لا يجتمع مع الانقلاب ، كما هو المفروض ، فان المدفوع على فرض الانقلاب انما هو نفس ما اشتغلت به الذمة ، لا أنه بدله . واذن فلا فرق بين أن تنقلب العين التالفة قيمية ، وبين أن ينقلب المثل ـ الثابت فى الذمة ـ قيمياً .

نعم لا يبعد أن يلتزم بأن دفع القيمة ـ على القول بعدم الانقلاب ، وبقاء المثل فى الذمة ـ انما كان من جهة دفع البدل ، وعليه فيجب دفع نفس ما اشتغلت به الذمة عند التمكن منه .

وعليه فلا وجه لما ذكره السيد وشيخنا المحقق من الايراد على المصنف من أن بدل الحيلولة مختص بالأعيان ، ومحل البحث ـ هنا ـ فى الذمم ، فلا صلة بينهما بوجه .

وذلك لأن مدرك وجوب بدل الحيلولة انما هو قاعدة الجمع بين الحقين

ومن الواضح أنه لا اختصاص لهذه القاعدة بالأعيان ، بل تعم الذمم أيضاً .

وعلى ما ذكرناه كان على المصنف أن يحتمل ، بل يستظهر وجوب دفع المثل عند وجوده ، دون ما اذا قلنا بالانقلاب .

ولكن الصحيح هو عدم وجوب دفع المثل مطلقاً وذلك لما سنبينه فى محله من أنه لم يثبت وجوب دفع بدل الحيلولة من أصله ولم يدل عليه دليل شرعى ولا عقلى .

ثم انه اذا اختلف الضامن والمضمون له فى تعيين المثل ـ الذى تؤخذ قيمته ـ فالمدار على تعين الضامن ، لأنه المكلف بأداء كلى المثل ، فيتخير فى تعيين أفراده ، الا أن يكون ما اختاره الضامن من الفرد خارجاً عن مصاديق ذلك الكلى فى نظر أهل العرف ، فانه عندئذ لا يجب على المضمون له قبول ما اختاره الضامن ، وهذا ظاهر .

هل يضمن القيمى التالف بالقيمة ؟

قوله : (السابع : لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكى الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة) . أقول : المشهور بين الأصحاب ، أن المقبوض بالعقد الفاسد اذا تلف وكان قيمياً حكم بضمان قيمته .

ولكن حكى الخلاف فى ذلك عن الاسكافى ، وعن الشيخ والمحقق فى الخلاف والشرائع فى باب القرض .

إلا أن المحكى عن الاسكافى هو أنه (ان تلف المغصوب دفع قيمته ، أو مثله إن رضى به صاحبه) . ومن الظاهر أن هذه العبارة غير ظاهرة فى الخلاف المزبور .

وأيضاً ان الموجود فى باب الغصب من الخلاف ، وفى بابى الغصب

والمقبوض بالعقد الفاسد من الشرايع هو الحكم بضمان القيمة فى القيمى .

ولعل الحكم بضمان المثل فى القيمى مختص عند الشيخ والمحقق بالقرض فقط ، والله العالم .

والتحقيق : أن يحكم بضمان المثل فى القيمى ـ أيضاً ـ كما حكمنا بذلك فى المثلى ، وعليه فاذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد ، ولم يمكن رده انتقل الضمان الى مثله : وهو الكلى المتحد مع العين التالفة من جميع الخصوصيات ، الا الخصوصيات غير الدخيل فى المالية ، بل فى التشخص الخارجى فقط ، وحينئذ فلا ينتقل الضمان الى القيمة الا مع تعذر المثل ، وعلى هذا فلو وجد المثل للتالف ، أو اشتغلت ذمة المالك ـ للضامن ـ بما يماثل التالف لوجب على الضامن أداء المثل فى الصورة الأولى ، وسقط ما فى ذمتى المالك والضامن بالتهاتر فى الصورة الثانية .

نعم لو تعذر أداء المثل على الاطلاق تلغى الصفات النوعية أيضاً ، فان اعتبار اشتغال الذمة بها مع تعذر الوفاء بها من اللغو الظاهر .

ومن هنا ظهر فساد ما اختاره السيد فى حاشيته من المنع عن الانتقال الى القيمة على وجه الاطلاق .

أضف الى ذلك : أن لازم ما اختاره هو جواز امتناع المضمون له عن قبول القيمة فى فرض تعذر المثل على الاطلاق ، وهذا مما لا يمكن الالتزام به .

ويؤيد ما ذكرناه ـ من الضمان بالمثل فى فرض امكانه ـ ما ورد فى باب القرض من الروايات (١) الدالة على جواز أداء المثل عن القيمى هذا ما

(١) عن الصباح بن سيابة ، قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : إن عبد الله بن ابي يعفور امرني ان اسالك قال : إنا نستقرض الخبز من الجيران فنرد اصغر ـ

تقتضيه القاعدة .

ولكن الظاهر من الروايات الكثيرة (١) هو ضمان القيمة في القيميات

ـ منه او اكبر ؟ فقال (ع) : نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً فيكون فيه الكبير والصغير ، فلا بأس . مجهول بابن سيابة .

وعن اسحاق بن عمار ، قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : استقرض الرغيف من الجيران ، وناخذ كبيراً ، ونعطي صغيراً وناخذ صغيراً ونعطي كبيراً ؟ قال : لا باس . مجهول بالحكم بن مسكين . الوسائل ج ٣ باب ٢١ من ابواب الدين ص ٦٢٤.

وعن فقه الرضا ، عن الصادق (ع) وسئل عن الخبز بعضها اكبر من بعض ؟ قال : لا بأس إذا اقترضته . ضعيف . المستدرك ج ٢ ص ٤٩٢ .

(١) عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع) قال : سالته عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه ؟ قال : إن ذلك فساد على اصحابه لا يقدرون على بيعه ولا مواجرته ، قال يقوم قيمة ، فيجعل على الذي اعتقه عقوبة ، وإنما جعل ذلك عليه عقوبة لما افسده . حسن بابراهيم بن هاشم .

وعن سماعة ، قال : سألته عن المملوك بين شركاء ، فيعتق احدهم ؟ نصيبه فقال هذا فساد على اصحابه ، يقوم قيمة ، ويضمن الذي اعتقه ، لأنه افسده على اصحابه ضعيف بعثمان بن عيسى .

وعن البصري ، قال : سألت ابا عبد الله (ع) عن قوم ورثوا عبداً جميعاً ، فاعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي اعتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقي ؟ قال : نعم يؤخذ بما بقي منه بقيمته ، ثم اعتق . ضعيف بالمعلى بن محمد .

وعن محمد بن قيس ، عن ابي جعفر (ع) قال : من كان شريكا في عبد او امة قليل او كثير فأعتق حصته وله سعة فليشتره من صاحبه ، فيعتقه كله وإن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم اعتق منه ما اعتق ثم يسعى العبد بحساب ما

وأيضاً قد عرفت ـ سابقاً ـ أن المرتكز في أذهان العقلاء ، وما جرت عليه سيرتهم هو ضمان المثل في المثلي ، وضمان القيمة في القيمي . وعليه فلا يجوز للمضمون له أن يجبر الضامن على اعطاء المثل في القيمي ، سواء أكان ذلك

ـ بقي حتى يعتق . حسن بابراهيم بن هاشم .

وعنه ، عن ابي جعفر (ع) قال : قضى امير المؤمنين (ع) في عبد كان بين رجلين فحرر أحدهما نصيبه وهو صغير وامسك الآخر نصفه حتى كبر الذي حرر نصفه قال : يقوم قيمة يوم حرر الأول وامر المحرر ان يسعى في نصفه الذي لم يحرر حتى يقضيه . حسن بابراهيم بن هاشم . الوافي ج ٦ باب عتق المشترك ص ٨٥ والكافي ج ٦ من ط ٢ ص ١٨٢ .

وعن السكوني عن ابي عبد الله (ع) سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وبيضها وجبنها وفيها سكين ؟ فقال امير المؤمنين (ع) يقوم ما فيها ويؤكل لأنه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرم له الثمن الخبر . ضعيف بالنوفلي . الوافي ج ١١ ص ٢٣ .

وقد عرفت الروايات الواردة في ضمان قيمة الجارية المبتاعة التي وجدت مسروقة فانها ظاهرة في تعين القيمة وقد اوردناها في ص ٨٩ . وستأتي صحيحة ابي ولاد الظاهرة في ذلك ـ ايضاً ـ وإلى غير ذلك من الروايات المتفرقة الظاهرة فيما ذكرناه .

ثم إن المصنف قد جعل من ادلة ضمان القيمة في القيمي ما دل على انه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف .

ونظره من ذلك الى ماورد في روايات الرهن من ان الراهن والمرتهن يتردان الفضل من الرهن والدين مع تلف الرهن بالتفريط أو الاتلاف ، وقد تقدمت جملة منها في ص ١٣١ .

متيسراً اتفاقاً ، أم كان متعذراً ، كما هو الغالب ، نعم يجوز للضامن اجبار المالك بقبول القيمة . على عكس ما تقدم فى المثلى الذى تعذر مثله فى الخارج.

فبالنظر الى هذه الروايات ، وما جرت عليه السيرة العقلائية يصح ما ذهب اليه المشهور من ضمان القيمى بالقيمة ، وتكون النتيجة : أن ما تعذر مثله فى نوعه كان ضمانه بالقيمة ـ وان وجد له مثل اتفاقاً ـ وما لم يتعذر مثله نوعاً يضمن بالمثل وان تعذر ذلك اتفاقا ، وفى بعض الأحيان .

أما الروايات المتقدمة الدالة على الضمان بالمثل فى القيمى فهى مختصة بالقرض فلا ربط لها بما نحن فيه . على أنها ضعيفة السند .

ثم ان المصنف (ره) قد حمل الروايات الدالة على ضمان القيمى بالقيمة على صورة تعذر المثل ، ولكنه خلاف الظاهر منها . ولا يمكن المصير اليه إلا بالقرينة ، ومن الواضح أنها منتفية فى المقام .

وعلى الجملة : ان القاعدة الأولية وان اقتضت الضمان بالمثل فى القيمى ولكن قد دلت الروايات المتقدمة على ضمان خصوص القيمة فى القيمى ، فلا بد من الاخذ بها فى المقام ، واذن فيقع البحث فى تعيين هذه القيمة .

ما هو الملاك في تعيين القيمة في القيمى

قد اختلف الأصحاب فى تعيين قيمة المقبوض بالعقد الفاسد اذا كان قيمياً ، على أقوال شتى :

١ ـ أن العبرة فى ذلك بقيمة يوم القبض لصحيحة أبى ولاد الآتية بالتقريب الذى سيأتى قريباً .

٢ ـ أن العبرة فى ذلك بقيمة يوم التلف ، كما حكى ذلك عن الشيخين

وأتباعهما ، بل عن الدروس نسبته إلى الأكثر .

والوجه فيه : أن انتقال الضمان إلى البدل إنما هو فى يوم التلف ، إذ الواجب على الضامن كان رد نفس العين ، فأذا تلفت ضمن قيمتها .

٣ ـ أن العبرة فى ذلك بقيمة يوم الأداء ، وهذاهو الوجه الذى اختاره السيد فى حاشيته ، بدعوى (أن نفس العين باقية فى الذمة والعهدة ، ويجب الخروج عن عهدتها ، لكن لما لم يمكن رد نفسها وجب دفع عوضها وبدلها ، فهى بنفسها باقية فى العهدة إلى حين الأداء ، وإعطاء البدل إنما هو من باب الوفاء ، كما فيما إذا كان له عليه من من الحنطة ، ولم يمكنه أداؤه ، فأن الذمة مشغولة بالحنطة حتى حين التعذر ، ودفع البدل من باب الوفاء بغير الجنس ، ولا ينتقل إلى البدل من حين التعذر . والبدل الواجب أداؤه هو المثل فى المثليات ، والقيمة فى القميات ، بمعنى : أنه لو أراد أحدهما غير ذلك لم يجبر عليه) .

وقال فى موضع آخر : (التحقيق : أن الذمة مشغولة بنفس العين إلى حال الأداء ، إذ هو المستفاد من أدلة الضمان حسبما أشرنا اليه سابقاً والتعذر لا ينافى ذلك ، لعدم إناطة الأحكام الوضعية بالقدرة) .

أو يقال : إن هذا الوجه مبنى على اشتغال الذمة بالمثل حتى فى القيمى ، فالانتقال إلى القيمة إنما يكون وقت الأداء .

٤ ـ أن العبرة فى ذلك بأعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف ، وقد قيل إن هذاالقول هوالأشهر .

٥ ـ أن العبرة فى ذلك بأعلى القيم من يوم التلف إلى زمان الأداء .

٦ ـ أن العبرة فى ذلك بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الأداء .

ثم الظاهر من هذه الوجوه في نفسها هو الوجه الثاني ، لما عرفته من أن زمان الانتقال إلى القيمة إنما هو زمان التلف ، وإذن فلا مناص عن الالتزام به إلا مع تعبد شرعي ، أما بقية الوجوه غير الوجه الأول فسيأتي البحث فيها قريباً .

أما الوجه الأول فقد استدل عليه بصحيحة أبي ولاد الحناط (١) فان

---

(١) قال : اكتريت بغلا إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا ، وخرجت في طلب غريم لي ، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل ، فتوجهت نحو النيل ، فلما اتيت النيل خبرت ان صاحبي توجه إلى بغداد فأتبعته ، وظفرت به ، وفرغت مما بيني وبينه ، ورجعنا إلى الكوفة ، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً ، فأخبرت صاحب البغل بعذري واردت ان اتحلل منه مما صنعت ، وارضيه ، فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى ان يقبل فتراضينا بأبي حنيفة ، فأخبرته بالقصة ، واخبره الرجل ، فقال لي : وما صنعت بالبغل ، فقلت قد دفعته اليه سليما ، قال : نعم بعد خمسة عشر يوما ، فقال ما تريد من الرجل ؟ قال : اريد كرى بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً فقال ما ارى لك حقاً ، لأنه اكتراه إلى قصر ابن هبيرة فخالف ، وركبه إلى النيل وإلى بغداد ، فضمن قيمة البغل ، وسقط الكرى ، فلما رد البغل سليما ، وقبضته لم يلزم الكرى ، قال : فخرجنا من عنده ، وجعل صاحب البغل يسترجع ، فرحمته مما افتى به ابو حنيفة ، فأعطيته شيئاً ، وتحللت منه ، فحججت تلك السنة فأخبرت ابا عبد الله (ع) بما افتى به ابو حنيفة ، فقال : في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها ، وتمنع الأرض بركتها ، قال : فقلت لأبي عبد الله (ع) فما ترى انت قال : ارى له عليك مثل كرى بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ، ومثل كرى بغل راكباً من النيل إلى بغداد ، ومثل كرى بغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إياه ـ

تم فهو وإلا فمقتضى القاعدة هو الالتزام بالوجه الثانى ، وإذن فلا بد من التكلم فى دلالة الصحيحة على ذلك .

ـقال : فقلت : جعلت فداك إنى قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ؟ فقال : لا ، لأنك غاصب . فقلت ! ارايت لو عطب البغل ونفق اليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته . قلت: فان اصاب البغل كسر ، او دبر ، اوعمز ؟ (وفي التهذيب عقر. وفى الوافي عمر) فقال : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه . قلت : فمن يعرف ذلك ؟ قال : انت وهو ، إما ان يحلف هو على القيمة فتلزمك ، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك او ياتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك ، قلت : إني كنت اعطيته دراهم ، ورضي بها وحللني ، فقال : إنما رضي بها ، وحللك حين قضى عليه ابو حنيفة بالجور ، والظلم . ولكن ارجع اليه فاخبره بما افتيتك به فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك ، قال ابو ولاد : فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاري فأخبرته بما افتاني به ابو عبد الله (ع) ، وقلت له : قل ما شئت حتى اعطيكه فقال قد حببت إليّ جعفر بن محمد (ع) ووقع فى قلبي له التفضيل ، وانت في حل وإن احببت ان ارد عليك الذي اخذت منك فعلت . صحيحة . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٩٠ . والوافى ج ١٠ ص ١٢٦ . والتهذيب ج ٢ ص ١٧٦ .

قال في مرآت العقول ج ٣ ص ٤٣٣ : (وقال فى المغرب : قصر ابن هبيرة على ليلتين من الكوفة ، و بغداد منه على ليلتين) .

والظاهر ان هذا التحديد من غير طريق الماء ، وإلا فان قصر ابن هبيرة من الكوفة على نحو عشرين فرسخاً فى الماء . كما يكشف عن ذلك صحيح آخر عن ابي ولاد الوارد في حد المسير الذي تقصر فيه الصلاة . قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : إني كنت خرجت من الكوفة فى سفينة إلى قصر ابن هبيرة وهو من الكوفة على نحو عشرين فرسخاً فى الماء . الحديث . التهذيب ج ١ باب الصلاة فى ـ

ثم لا يخفى عليك : أن الصحيحة وإن وردت فى المغصوب ، ولكنه إذا تم الاستدلال بها على ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب صح الاستدلال بها بالأولوية القطعية على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقيمة يوم القبض ، ضرورة أن . العين التالفة قد تكون قيمتها يوم الأداء أكثر من قيمتها يوم القبض ، فاذا التزمنا بضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب ، والتزمنا بضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقيمة يوم الأداء لزم أن يكون الثانى أسوء حالا من الأول ، وهو واضح البطلان .

ثم أنه لاشبهة فى صحة رواية أبى ولاد سنداً وعليه فيختص البحث ـ هنا ـ بدلالتها فنقول : إنه سأل أبو ولاد الامام (ع) عن ضمان البغل فى فرض تلفه ، وقال : أرأيت لو عطب البغل ونفق (١) أليس يلزمنى ؟ فأجاب عنه

ـ السفينة ص ٣٣٧ .

والنيل بالكسر نهر بمصر ، وقرية بكوفة ، وبلد بين بغداد وواسط . وفي لسان العرب : النيل نهر مصر . ونهر بالكوفة ، وحكى الأزهري قال : رايت فى سواد الكوفة قرية يقال لها النيل يخرقها خليلج كبير يتخلج من الفرات الكبير . قال : وقد نزلت بهذه القرية . انتهى .

الدبر بالتحريك كالجراحة تحدث من الرحل وغيره . وغمزت الدابة : مالت من رجلها ، والغمز : العطش ، والعقر : الجرح .

(١) عطب الرجل عطباً : هلك ، يكون فى الناس وغيرهم . وعطب البعيرة انكسر . ونفق الرجل والدابة نفوقاً : ماتا ، وخرجت روحها . (اقرب الموارد)

ثم الظاهر : ان عطف لفظ (نفق) على كلمة (عطب) عطف تفسير وعليه فيكون المراد من كلمة (عطب) هو الموت والهلاك ، لا الكسر . لأن السائل سأل عنه بسؤال آخر بقوله : فان اصاب البغل كسر الخ ، وإذن فالصحيح هو ان ـ

الامام (ع) بقوله : نعم قيمة بغل يوم خالفته .

وقد استدل بهـــذه الجملة ـ على أن العبرة فى تعيين القيمة بقيمة يوم الغصب ـ بوجهين :

الوجه الأول : أن الظرف وهو لفظ (يوم) قيد لكلمة (قيمة) ، وتقريب ذلك بأنحاء شتى :

١ ـ أن يكون الظرف متعلقاً بكلمة (قيمة) بدعوى أنها وإن لم تكن معنى حدثياً ولكن فيها شائبة الحدثية ، لأنها ليست من الجوامد المحض حتى لايصح تعلق الظرف بها ، وعليه فينون لفظ (بغل) على الجر باضافة القيمة اليه ، ويؤيد هذا التقريب أن لفظ (البغل) فى نسخة الوافى ، وفى بعض نسخ التهذيب محلى بلام التعريف ، وحينئذ فلا يصلح للاضافة إلى ما بعده ، وإذن فمفاد الصحيحة هو أن الثابت على الغاصب إنما هو قيمة يوم المخالفة ، فتدل على ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب .

٢ ـ أن تضاف جملة قيمة بغل ـ : أى المضاف والمضاف إليه ـ إلى قوله يوم خالفته ، وحينئذ فيكون الغرض من تلك الجملة المباركة هو أن القيمة المتخصصة باضافتها إلى البغل الثابتة يوم المخالفة لازمة على الغاصب . ولا بعد فى هذه الاضافة ، لوقوعها كثيراً فى لغة العرب وغيرها فيقال : ماء ورد خالد وحب رمان زيد وإن لم يكن ورد لخالد ، ولا رمان لزيد إلى غير ذلك من الاستعمالات المتعارفة . ولا محذور من الالتزام بهذا التقريب ، إلا أنه لايتفق ونسخة الوافى وبعض نسخ التهذيب من اقتران لفظ (بغل) بلام التعريف ،

ـ يكون العطف بالواو (كما في الكافى المطبوع مستقلا ج ٥ من ط ٢ ص ٢٩١ ، وبهامش مرآت العقول ج ٣ ص ٤٣٣) لا العطف بأو ، كما في التهذيب ج ٢ ص ١٧٧ . والوافى ج ١٠ ص ١٢٧ . والاستبصار ج ٣ من ط ٢ ص ١٣٤ .

فان ذلك مانع عن إضافته إلى ما بعده .

٣ ـ ما أفاده المصنف ، واليك نصه : (أن اليوم قيد للقيمة إما باضافة القيمة المضافة إلى البغل اليه ثانياً : يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل ، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة ، لا لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمى مضموناً بالمثل ، والقيمة إنما هى قيمة المثل) .

وظاهر هذه العبارة أن لفظ القيمة قد اضيف مرتين : مرة إلى كلمة (بغل) ومرة اخرى إلى كلمة (يوم) ، وحينئذ فيكون المراد من قوله : (فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة) : أن تعريف كلمة بغل إنما هو للاشارة إلى بغل معين خارجى الذى وقعت عليه الاجارة ، ومن الواضح أن هذا حاصل بالاضافة المسوقة لبيان العهد الخارجى ، وإذن فيكون ذكر اللام فيها لغواً محضاً ، وخالياً عن الفائدة .

ويرد عليه : أن المضاف إلى شيء أولا لا يضاف إلى غيره ثانياً ، لأن ذلك مخالف لطريقة أهل المحاورة والاستعمال .

ويمكن أن يكون مراد المصنف من العبارة المذكورة هو أن كلمة القيمة قد اضيفت إلى كلمة بغل أولا ، ثم اضيف المجموع ـ : أى القيمة بما هى مضافة إلى بغل ـ إلى يوم المخالفة ، وهذا يستلزم سقوط حرف التعريف من كلمة بغل ، فيكون ذلك نظير قولك ماء رمان زيد ، فان الغرض من هذه العبارة إنما هو إفهام أن ماء الرمان لزيد وإن لم يكن له رمان ، وهكذا قولنا ماء ورد بكر ونظائره ، وعليه فيرجع هذا الوجه إلى الوجه الثانى المزبور .

ولكنك قد عرفت آنفاً : أن الموجود فى بعض النسخ هو اقتران لفظ بغل بلام التعريف ومن الظاهر أن هذا ظاهر فى انقطاع الاضافة بين قوله (ع) : نعم قيمة البغل وبين قوله (ع) يوم مخالفته .

٤ ـ ما ذكره المصنف ثانياً ، وحاصله : أن لفظ يوم قيد للاختصاص المفهوم من إضافة لفظ القيمة إلى كلمة البغل فيكون الظرف منصوباً للاختصاص وعليه فالمعنى : أنه تلزم على الغاصب القيمة المختصة بالبغل يوم المخالفة .

ويرد عليه : أن العامل فى الظرف لا يكون إلا الفعل أو شبهه دون الحرف .

ويضاف إلى ذلك : أن الاختصاص الحاصل من الاضافة معنى حرفى لا يمكن أن يكون محكوماً به ولا محكوماً عليه ، وإذن فلا معنى لتقييده أصلا .

٥ ـ أن تضاف كلمة القيمة الى كلمة البغل وتضاف كلمة البغل الى كلمة اليوم وعليه فيكون معنى الرواية : أنه تلزم على الغاصب قيمة هى قيمة بغل يوم المخالفة.

ويرد عليه : أنا لا نعرف وجهاً صحيحاً لاضافة لفظ بغل الى لفظ يوم اذ لا يمكن أن يتخصص لفظ البغل بجملة يوم المخالفة ، كما لا يصح أن يقال : دار يوم ، وأرض أمس ، وغرفة غد .

أضف الى ذلك : أن هذا الوجه لا يتم على نسخة الوافى وبعض نسخ التهذيب ، من اقتران لفظ (بغل) بلام التعريف ، ضرورة أن الاسم المحلى باللام لا يضاف الى ما بعده ، وهذا ظاهر .

وقد يناقش فى هذا الوجه بأنه يستلزم تتابع الاضافات وهو مذموم فى كلمات الفصحاء .

ويرد عليه : أن هذه المناقشة فاسدة ، لان تتابع الاضافات واقع فى الكلمات الفصيحة ، ومن ذلك قوله تعالى : مثل دأب قوم نوح وعاد (١)

الوجه الثانى ـ من وجهى الاستدلال بقوله (ع) : نعم قيمة بغل يوم خالفته على ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب ـ أن يكون الظرف متعلقاً

(١) سورة المؤمن الآية : ٣١ .

بقوله (ع) : نعم ، لأن لفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل : أعنى به يلزمك شبيه بالفعل .

وعلى هذا فلا دلالة فى الرواية على الضمان بقيمة يوم المخالفة دلالة مطابقية ، لأن معناها عندئذ : أنه تلزمك القيمة يوم المخالفة من غير تعرض لبيان أن هذه القيمة هل هى قيمة يوم المخالفة ، أم هى قيمة يوم الدفع ، أم هى قيمة يوم التلف ، أم غير ذلك .

نعم لا بأس بدلالتها على ذلك التزاماً ، فان ذكر القيمة فيها ، ثم اضافتها الى كلمة بغل ، ثم ذكر يوم المخالفة بعد ذلك من القرائن الظاهرة على أن الامام (ع) انما قدّر مالية المغصوب ، وبيّن أن ضمانها بقيمة يوم المخالفة اذ لا معنى لكون الضمان يوم الغصب فعلياً ، ويكون المدار فيه على قيمة يوم آخر .

وعلى الجملة : ان تعلق الضمان - بالقيمة يوم الغصب - بمالية المغصوب ظاهر فى أن الضمان بقيمة ذلك اليوم .

ويرد على هذا الوجه : أنه لا معنى لجعل الظرف متعلقاً بلفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل ضرورة أن ذلك يقتضى الحكم بضمان القيمة من يوم الغصب ، مع أنه واضح البطلان ، لأن الضمان لا يتعلق بالقيمة قبل تلف العين اذ الانقلاب الى القيمة انما يكون بعد تلفها .

ما نوقش به على الاستدلال بالصحيحة وجوابه

قد نوقش فى الاستدلال بالصحيحة المزبورة على المقصود بوجوه مستفادة من نفس الصحيحة :

١ ـ أنه لو كان المناط فى الضمان هو قيمة يوم المخالفة والغصب لما تعرض الامام (ع) لقيمة يوم الاكتراء بقوله : أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا) ، فيعلم من هذه الجملة الشريفة أنه لا خصوصية لقيمة يوم المخالفة لكى يكون المدار فى الضمان عليها .

والجواب عن ذلك : أن هذه الجملة لا تنافى الجملة السابقة فى الدلالة على المقصود بل تساعدها وتوافقها ، وذلك لأن اكتراء المراكب واستئجارها قد يكون للمسير الى مسافات بعيدة ، وأمكنة نائية : نظير مكة ، والمدينة ، وسائر الأعتاب المقدسة بالنسبة الى أهل ايران . وأفغان ، وهند ، وأمثالها .

وقد يكون ذلك للذهاب الى مسافة قريبة ، كالمشى من النجف الأشرف إلى الكوفة .

وعلى الأول فقد جرت العادة على اكتراء الحمولة قبل الخروج إلى المقصد بعدة أيام ، وعلى الثانى فلا يكون الاستئجار الا يوم الخروج .

وحيث ان أبا ولاد ـ بمقتضى الظاهر ـ قد اكترى البغل الى قصر ابن هبيرة يوم خروجه من الكوفة ، لقلة المسافة بينهما ، فلم يفصل بين زمان مخالفته ـ حين ما وصل الى قرب قنطرة الكوفة ـ وبين اكترائه البغل الا ساعة أو ساعتان واذن فيوم المخالفة يتحد مع يوم الاكتراء ، فالامام (ع) قد عبر عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء ، لأجل أن يوم الاكتراء انما هو يوم يعرفه الشهود

ـ غالباً ـ ومن الظاهر أنه لا تتفاوت قيمة البغل فى ساعة أو ساعتين .

٢ ـ أنه قال أبو ولاد : قلت : (فان أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز فقال (ع) : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه) حيث ان الظاهر من هذه الجملة المباركة هو أن الضمان بقيمة يوم الرد ، لأن الظرف متعلق بلفظ (عليك) لتضمنه معنى يلزمك ، وعليه فتكون هذه الجملة منافية لما ذكرناه من دلالة الجملة المتقدمة على الضمان بقيمة يوم المخالفة .

ويرد عليه أن الالتزام بذلك يقتضى استقرار الضمان على الغاصب فى زمان الرد مع أنه واضح البطلان ، لأن ضمان المغصوب يستقر على الغاصب من زمان الغصب .

ويضاف الى ذلك : أن الظاهر من الصحيحة على الاحتمال المذكور هو أن التفاوت فيما بين الصحة والعيب يثبت على الغاصب يوم الرد من غير تعرض فيها لبيان أن هذا التفاوت هل يلاحظ من يوم الغصب ، أم هل يلاحظ من يوم التلف ، أم يلاحظ من يوم الرد ، وعليه فليكن تعيين أن العبرة بقيمة يوم الغصب فى الفقرة السابقة قرينة على المراد فى هذه الفقرة .

قيل : ان الظرف ـ فى الجملة المزبورة متعلق بلفظ قيمة ، وعليه فالمعنى أنه عليك تفاوت ما بين الصحة والعيب يوم الرد ، واذن فتدل الصحيحة على أن رد البغل فقط لا يكفى فى رفع الضمان ، بل لابد وأن يرد معه تفاوت ما بين الصحيح والمعيب أيضا ، وعلى هذا فتبعد هذه الجملة عن مورد البحث .

وقد ناقش فيه المصنف ، وهذا نصه : (فالظرف متعلق بعليك ، لا قيد للقيمة ، اذ لا عبرة فى ارش العيب بيوم الرد اجماعا ، لأن النقص الحادث تابع فى تعيين يوم قيمته لأصل العين) .

ولكن هذه المناقشة واضحة الاندفاع ، لأن قيام الاجماع على تبعية

الأرش لضمان العين فى تعيين القيمة لا يدفع هذا الاحتمال ، اذ لو كانت العبرة بيوم الرد فى تعيين الأرش كشف ذلك عن أن العبرة فى تعيين قيمة العين أيضا بيوم الرد ، ولا اجماع على خلاف ذلك بين الأصحاب .

والصحيح فى الجواب أن يقال : انه لا ملزم للالتزام بكون الظرف قيداً للقيمة من دون قرينة تدل عليه ، بل ان ظهور الجملة السابقة - فى أن العبرة بيوم الغصب - يدفع هذا الاحتمال .

ومع الغض عن ذلك فالظاهر أن الظرف متعلق بلفظ العيب ، لاقتران أحدهما بالآخر ، وعليه فتدل الصحيحة على أن العيب الحادث انما يوجب الضمان بالأرش فيما اذا استمر العيب الى زمان رد العين ، والا فلا ضمان فى ذلك ، واذن فلا تعرض فيها لتعيين قيمة يوم الغصب ، ولا لتعيين قيمة يوم التلف ، ولا لتعيين قيمة يوم الرد ، ولا شبهة فى أن هذا الاستظهار موافق للقواعد العربية وكلمات أهل اللسان .

وناقش فيه المصنف ، وقال نصاً : (لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد ، والعبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه ، لأن المعيب لو ردّ إلى الصحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع على مقتضى الفتوى ، فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضاً) .

ويرد عليه أولا : أن عدم سقوط الضمان ليس مقتضى فتوى الكل ، بل المسألة خلافية ، لأنه قيل بسقوط الضمان مطلقا ، وقيل بعدم سقوطه كذلك ، وقيل بالتفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن وبين ما لم يكن كذلك ، كوصف الصحة ، فاذا زال السمن حكم بالضمان ، بخلاف ما حدثت نقطة فى عين الدابة ثم ارتفعت ، فان ذلك لا يوجب الضمان .

بل قال السيد فى حاشيته ، واليك لفظه : (أن الواجب رد العين كما

كانت ، وهو متحقق مع العود إلى الصحة ، والظاهر أن فتواهم أيضا على هذا لا على ما ذكره المصنف ، بل لم أجد من صرح بما ذكره وإن لم أتتبع ، نعم صرح فى المسالك بما ذكرنا من سقوط الضمان . . بل مقتضى ما ذكره فى مسألة زيادة القيمة لزيادة صفة ونقصانها بزوالها وعودها بعودها من عدم ضمانه لذلك الوصف ما ذكرنا ، إذ لا فرق بين وصف الكمال والصحة) .

وقال فى غصب المبسوط : (وإن كانت الزيادة من جنس الأول : مثل أن سمنت (أى الجارية) فبلغت ألفاً ، ثم هزلت فعادت إلى مائة ، ثم سمنت فعادت إلى الألف ، أو تعلمت القرآن فبلغت ألفا ، ثم نسيت فعادت إلى مائة ثم تعلمت القرآن فعادت إلى الألف قيل فيه : وجهان : أحدهما : لا يضمن شيئا . . . الثانى : عليه الضمان . . . والاول أقوى ، لأن الأصل براءة الذمة)

بل فى الجواهر : (أن ملاحظتها (: أى الزيادة التالفة) مع الموجودة حال التلف غير معقولة ، ضرورة كونه بمنزلة ملاحظتها مرتين اذ ليست هى الا صنعة واحدة ، والمتجددة ليست غيرها على وجه تضم معها . . وعلى كل حال فلا ضمان ، للأصل ، وصدق الأداء لما أخذ . . . وقاعدة نفى الضرر ، وأن الظالم لا يظلم ، وغير ذلك) .

بل الظاهر من إطلاق المحقق فى غصب الشرايع هو عدم الفرق بين وصف الصحة ، وبين وصف الكمال ، وهذا نصه : (لو زادت القيمة لزيادة صفة ، ثم زالت الصفة ، ثم عادت الصفة والقيمة لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لأنها انجبرت بالثانية ، ولو نقصت الثانية عن قيمة الأولى ضمن التفاوت) .

فتحصل مما ذكرناه : أنه لا يسمح للمصنف أن ينسب عدم سقوط الضمان ـ هنا ـ إلى مقتضى الفتوى .

ثانيا : أن مقتضى السيرة ، ودليل ضمان اليد هو أن المغصوب مضمون

على الغاصب ما لم يرده إلى المغصوب منه صحيحا فاذا رده اليه كذلك سقط عنه الضمان ، سواء أحدث فيه عيب قبل الرد وارتفع ، أم لا ، والمفروض ـ هنا ـ أن المغصوب صحيح حال الرد ، وإذن فلا يلزم تدارك النقص الحاصل فى زمان العيب .

٣ ـ أنه سأل أبو ولاد الامام (ع) عن المقوم الذى يعرف تفاوت ما بين الصحة والعيب ، وقال : (قلت فمن يعرف ذلك ؟ قال (ع) : أنت وهو اما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك ، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك ، أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا فيلزمك) .

وقد ذكر المصنف : أن هذه الفقرة من الصحيحة مؤيدة لكون المدار ـ فى تعيين قيمة القيمى ـ على قيمة يوم التلف .

وحاصل كلامه : أنه إذا اختلف الغاصب والمالك فى قيمة العين المغصوبة وكانت العبرة ـ فى تعيين القيمة ـ بقيمة يوم المخالفة كان المالك مدعيا ، لدعواه زيادة القيمة المخالفة للأصل وكان الغاصب منكراً ، لانكاره تلك الزيادة ، وعليه فمقتضى القاعدة أن يتوجه الحلف على الغاصب ، لا على المالك ، بل تجب على المالك اقامة البينة على دعواه والحال أن الصحيحة قد دلت على كون كل من اليمين واقامة البينة وظيفة للمالك ، مع أنه ان كان مدعيا فما هو الوجه فى توجه الحلف عليه وان كان منكراً فما هو الوجه فى طلب البينة منه ، بديهة أنهما لا يجتمعان فى مورد واحد .

وعلى الجملة : انا اذا حملنا الرواية على أن الملاك فى تعيين القيمة انما هو يوم المخالفة كانت الصحيحة مخالفة للقواعد من ناحيتين :

الاولى : أن دعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل ، فلا تتوجه اليه

اليمين بوجه .

الثانية : أن اليمين اذا توجهت الى المالك لم تسمع منه البينة ، واذن فكيف حكم الامام (ع) بقبول كلا الأمرين من المالك .

وعلى هذا فلا بد من حمل الصحيحة على أن الملاك ـ فى تعيين القيمة ـ انما هو يوم التلف ، لا يوم المخالفة فانه عندئذ يصح توجه كلا الامرين على المالك

وبيان ذلك : أن الامام (ع) قد تعرض ـ فى الفقرة المذكورة ـ لصورتين من صور التنازع بين المالك والغاصب .

الصورة الاولى: أن يتفق المالك والغاصب على أن قيمة البغل يوم الاكتراء كذا وكذا ، ولكن اختلفا فى تنزله عن تلك القيمة يوم التلف وعدم تنزله عن ذلك فانه حينذاك وجب الاخذ بقول المالك ، لأن الغاصب يدعى نقصان القيمة والمالك ينكره فيقدم قول المالك مع يمينه ، لكونه موافقا للأصل .

مثلا : اذا اتفقا على أن قيمة البغل يوم الاكتراء كانت عشرين ديناراً ولكن ادعى الغاصب نقصانها الى يوم التلف ، وادعى المالك بقاءها على حالها ولا شبهة فى أن قول المالك حينئذ موافق للأصل ، فيقدم مع يمينه ، بخلاف قول الغاصب ، فانه مخالف للأصل ، فتلزمه اقامة البينة .

الصورة الثانية : أن يتفق المالك والغاصب على أن قيمة يوم التلف متحدة ـ اجمالا ـ مع قيمة يوم المخالفة ، ولكنهما اختلفا فى تعيين تلك القيمة بأن ادعى المالك كونها يوم المخالفة عشرين ديناراً ، وادعى الغاصب كونها عشرة دنانير ، ومن الواضح أن المالك ـ عندئذ ـ يدعى زيادة القيمة فتجب عليه اقامة البينة على ذلك . أما الغاصب فهو منكر لتلك الزيادة فتتوجه عليه اليمين.

وعلى الاجمال : انا اذا حملنا الصحيحة على كون المناط ـ فى تعيين القيمة ـ هو قيمة يوم التلف أمكن لنا تصوير التغاير بوجه قريب بين إلزام المالك

بالحلف ، وبين إلزامه باقامة البينة واذا حملنا الصحيحة على كون المناط - فى ذلك - هو قيمة يوم الغصب فتصوير التغاير بين الأمرين بعيد جداً ، لأنه على هذا لابد من حملها على صورة اتفاق المالك والغاصب على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو على قيمة اليوم اللاحق بيوم المخالفة ، ثم ادعى الغاصب نقصان القيمة السابقة .

ولكنه خلاف الظاهر من الصحيحة ، فلا يمكن الالتزام به مع عدم القرينة عليه، هذا غاية ما يمكن أن يقال فى توجيه كلام المصنف .

ويرد عليه: أن حمل الصحيحة على ارادة يوم التلف ثم حمل توجه الحلف على المالك على صورة ، وتوجه البينة عليه على صورة اخرى خلاف الظاهر منها جداً ضرورة أن الظاهر منها هو تخيير المالك بين الوظيفتين فى إثبات مقصوده : إما إقامة البينة ، أو الحلف ، كما يقتضيه عطف احدى الوظيفتين على الوظيفة الاخرى بأو وإذن فلا وجه لجعل الجملة المتقدمة - التى هى - مورد بحثنا فعلا - مؤيدة لارادة يوم التلف ، دون يوم المخالفة والغصب .

بل الظاهر - والله العالم - هو الأخذ بظاهر الصحيحة من توجه كلا الأمرين - : أى الحلف وإقامة البينة - على المالك فى خصوص الدابة المغصوبة أو فى مطلق القيمى المغصوب ، وإذن فتكون الصحيحة مخصصة لقاعدة البينة على المدعى ، واليمين على المنكر ، فلا غرو فى ذلك ، لأن تلك القاعدة ليست من القواعد العقلية حتى لاتقبل التخصيص أو التقييد ، بل هى قاعدة فقهية قابلة لذلك ، كما أن سائر القواعد الفقهية كذلك .

وعليه فالمستفاد من الصحيحة أنه إذا اختلف المالك والغاصب فى زيادة القيمة ونقصانها جاز للمالك أن يحلف على ما يدعيه من زيادة القيمة ، أو يرده إلى الغاصب ، أو يقيم بينة على ذلك . فكأن هذا الحكم تفضل من الشارع

المقدس للمالك على رغم من الغاصب .

وقال المحقق الايروانى : (إن قضية البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر قضية ورادة فى المخاصمات ، وفى مورد الرواية لم تفرض مخاصمة بل الراوى سأل عن أنه من يعرف قيمة البغل وهو تالف ، فقال (ع) : إما أنت أو هو ، فيكون الحلف من كل منهما لأجل أن يذعن الطرف المقابل الجاهل بالقيمة ، لا لأجل إلزام خصمه المنكر له) .

ويرد عليه : أن حمل الحلف ـ هنا ـ على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له ، ويصدقه فى دعواه من دون محاكمة خلاف الظاهر من الصحيحة لأنها واردة فى مورد المخاصمة ، فلا يجوز حملها على غير موردها وهذا ظاهر .

ما استدل به على الضمان باعلى القيم

قد استدل على الضمان بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف بوجوه :

١ ـ ما عن الشهيد الثانى من الاستشهاد بالصحيحة المتقدمة على ذلك . وقال المصنف نصاً : (لم يعلم لذلك وجه صحيح ، ولم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب) .

ولكن يمكن توجيه دلالتها على ذلك : بأن المغصوب مضمون على الغاصب فى جميع أزمنة الغصب التى منها زمان ارتفاع القيمة ، إذ يصدق على ذلك زمان المخالفة أيضاً ضرورة أن المراد من يوم المخالفة ـ فى الصحيحة ـ انما هو طبيعى يوم المخالفة الذى يصدق على كل يوم من أيام الغصب ، لا اليوم الخاص .

وعليه فان ردّ الغاصب نفس المغصوب فهو ، والا فان رد أعلى القيم

فقد رد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق ، لدخول القيمة السفلى فى القيمة العليا بديهة أنه لا يجب على الغاصب قيم متعددة حسب تعدد أيام المخالفة ، كما أنه لو رد القيمة النازلة لما رد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق ، بل أدى قيمة بعض أيام المخالفة .

والجواب عن هذا التوجيه : ان الظاهر من قوله (ع) فى الصحيحة : (نعم قيمة بغل يوم خالفته) ، هو أول يوم حدثت فيه المخالفة ، لامطلق أيام المخالفة ، إذ يوجد الطبيعى فى الخارج بأول وجود فرده ، لأن موضوع الضمان فى الصحيحة انما هو صرف وجود المخالفة .

ونظير ذلك : ما اذا قال المولى لعبده : اذا خالفتنى فى الأمر الفلانى وجب عليك أن تصوم يوم مخالفتك ، فان الظاهر من هذه العبارة أنه يجب على العبد صوم أول يوم من أيام مخالفته ، لاجميع أيامها .

أضف الى ذلك : أن ذيل الصحيحة شاهد صدق على عدم ارادة الطبيعة السارية من يوم المخالفة ، بل المراد منه هو اليوم الخاص المعهود ، وذلك الذيل هو قوله (ع) : (أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا) . اذ لو كان المراد من يوم المخالفة هو الطبيعى لما كان وجه لتعيين ذلك اليوم بيوم الاكتراء فى هذه الفقرة . ولا لتعيين قيمة المغصوب ـ فى ذلك اليوم ـ بالشهود . وقد عرفت فيما سبق أن المراد من يوم الاكتراء هو يوم المخالفة .

٢ ـ أن الغاصب اذا وضع يده على المغصوب اشتغلت ذمته به ، وعليه فلو أدى المغصوب بعينه مع بقائه ، أو أدى قيمته العليا مع تلفه لفرغت ذمته يقيناً ، ولو أدى قيمته المتوسطة أو قيمته السفلى لما حصل العلم بفراغ ذمته .

ويرد عليه : أن المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل والأكثر

فيؤخذ بالأقل ، لأنه متيقن ، والزائد عليه تجرى عنه البراءة .

٣ ـ أن العين المغصوبة مضمونة على الغاصب بقاعدة ضمان اليد ، فنستصحب ضمانها الى زمان دفع أعلى القيم من زمان الغصب الى زمان التلف للشك فى ارتفاع الضمان بدفع ما هو أقل من ذلك .

ويرد عليه : أن المراد من استصحاب الضمان ان كان استصحاب ضمان نفس العين فلازمه أن يدفع الغاصب قيمة يوم الرد ، الا أن هذا لا يحتاج الى الاستصحاب ، لأن القاعدة الأولية تقتضى ذلك على ما عرفته قريباً .

وان كان المراد منه استصحاب ضمان القيمة ففيه أن اشتغال الذمة لم يثبت الا بالقيمة النازلة ، أما الزائد عليها فهو مشكوك فيه فتجرى عنه البراءة فما هو المتيقن قد ارتفع يقيناً ، أما غيره فلم يتعلق به اليقين من الأول .

وعلى الجملة : ان الاستصحاب ـ فى محل الكلام ـ إما أنه غير جار أصلا أو أنه يجرى ولكن لا يثبت الا الاشتغال بقيمة يوم الرد ، دون أعلى القيم

٤ ـ أن العين المغصوبة بنفسها مضمونة على الغاصب من ابتداء اغتصابها الى نهاية بقائها فى نظام الوجود ، ومن الواضح أن اختلاف قيمتها بالصعود والنزول دخيل فى اختلاف ماليتها من جهة الزيادة والنقيصة . وعليه فان حكمنا باشتغال ذمة الغاصب بأعلى القيم فهو ، والا يتضرر المالك بفوت مقدار من مالية ماله ، والضرر منفى بقاعدة نفى الضرر .

ويرد عليه أولا : أن أدلة نفى الضرر انما تنفى الأحكام الضررية فقط ولا تثبت حكما آخر لكى يدفع به الضرر .

ثانياً : أن زيادة القيمة السوقية غير مضمونة على الغاصب والا يلزم الحكم بضمانها أيضاً ـ فى صورة بقاء العين ـ مع نقصان قيمتها السوقية يوم الأداء عن قيمتها السابقة ، ولم يلتزم به أحد فيما نعلم .

وبتعبير آخر : أنا قد ذكرنا فى محله أن الضرر عبارة عن النقص فى الأموال ، أو الأعراض أو الأعضاء والأطراف ، أو الأنفس ومن البين الذى لا ريب فيه أن نزول القيمة السوقية بعيد عن تلك الجهات كلها ومن هنا يجوز لأى تاجر استيراد مال التجارة وان أوجب ذلك نقصاً فى قيمة أموال التجار الآخرين .

ثالثاً : أن أدلة نفى الضرر واردة فى مقام الامتنان على الامة ، ومن الظاهر أن الحكم بكون أعلى القيم مضموناً على الغاصب مناف للامتنان عليه ، فلا يكون مشمولا لأدلة نفى الضرر .

٥ ـ ما أفاده المصنف ، وحاصل كلامه : أن الغاصب قد أزال يد المالك عن المغصوب بماله من المالية فى كل زمان من أزمنة بقاء المغصوب تحت يد الغاصب ، ومن تلك الأزمنة ارتفاع قيمته السوقية وعلى هذا فان رد الغاصب نفس العين المغصوبة على مالكها فقد خرج عن عهدتها بداهة أن المأخوذ بالغصب انما هو نفسها ، لا ماليتها الخالصة ، واذا تلفت لم يمكن الخروج عن عهدتها إلا برد كل ماليـة زالت عنها يد المالك ، لأن حيلولة الأجانب بين الأموال وملاكها توجب الضمان بمجموع المالية الفائتة ، ومن الظاهر أنه لا يحصل الفراغ عن ذلك الا برد أعلى القيم ، كما أنه لو تلفت العين عند ارتفاع القيمه السوقية لوجب تداركها بأداء تلك القيمة .

ويرد عليه : أنه لا صلة بين موارد بدل الحيلولة ، وبين ما نحن فيه ، ضرورة أن القائلين ببدل الحيلولة انما التزموا به من جهة الجمع بين الحقين ، بمعنى : أن تكليف الغاصب برد العين حين التعذر تكليف بما لا يطاق ، وهو غير جائز عقلا ونقلا ، ومنع المالك عن حقه مع مطالبته اياه ظلم وعدوان ، ومخالفة لمقتضى دليل السلطنة ، ولا شبهة فى حرمته عقلا ونقلا ، واذن فالجمع

بين الحقين يقتضى الالتزام بوجوب أداء بدل الحيلولة الى المالك ، وسيأتى التعرض لذلك تفصيلا .

وهذا بخلاف ما نحن فيه ، فان كلامنا ـ هنا ـ فى أصل ضمان الغاصب القيمة العليا ، لا فى وجوب أداء ما هو ثابت فى ذمة الضامن مع مطالبة المالك اياه .

أضف الى ذلك : أن بدل الحيلولة انما ثبت فى مورد لم تتلف العين تلفا حقيقيا ، بل تعذر الوصول اليه من ناحية الموانع الخارجية ، ومن الظاهر أن هذه الكبرى لا تنطبق على مورد بحثنا ، لأن العين فى زمان وصولها الى القيمة العليا لم يتعذر ردها على مالكها ، لان حيلولة الغاصب بين المالك وماله غير مستندة الى التعذر النازل منزلة التلف ، بل هى اختيارية للغاصب . أما فى زمان تلفها حقيقة فقد انتقل ضمانها الى القيمة ، فما هو الموجب لضمانه أعلى القيم . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

٦ ـ ما ذكره المحقق الايروانى ، واليك لفظه (فالاحسن فى الاستدلال على ضمان أعلى القيم : أنه يصدق عند صعود القيمة أن الغاصب معتد يوم صعود القيمة بمالية صاعدة ، ومقتضى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى جواز أخذ تلك المالية منه بعد التلف مجازاة لاعتدائه) .

ويتوجه عليه : أنه لا دلالة فى الآية الكريمة على أصل الضمان ـ على ما عرفته فى أوائل المسألة ـ فضلا عن دلالتها على الضمان بارفع القيم .

٧ ـ أن العين مضمونة على الغاصب فى جميع أوقات الغصب التى منها زمان وصولها الى القيمة العليا .

ويرد عليه : أنه ان كان الغرض من هذا الوجه هو كون العين بنفسها مضمونة على الغاصب ما دامت باقية فهو صحيح ، ولكن لا دلالة فى ذلك على

الضمان بأعلى القيم ، بداهة أن الضمان إنما ينتقل إلى القيمة - بعد تلف العين - إما فى زمان التلف ، أو فى زمان الأداء على الخلاف فى ذلك ، وعليه فلا يمكن الالتزام بضمان القيمة قبل تلف العين ، وقبل انتقال الضمان منها إلى القيمة

وإن كان الغرض من هذا الوجه هو إثبات الضمان بالقيمة العليا ضماناً فعلياً منجزاً - سواء أكانت العين باقية بعد انتهائها إلى تلك القيمة ، أم كانت تالفة - فهو خلاف ما تسالموا عليه من أن ارتفاع القيمة السوقية مع عدم تلف العين - غير مضمونة على الغاصب على أن ذلك يستلزم الجمع بين العوض والمعوض أحياناً إذ المفروض أن العين باقية فى ملك مالكها ، ولو التزمنا معه - بانتقال الضمان إلى بدلها للزم المحذور المذكور .

وإن كان الغرض من ذلك أن الضمان بأرفع القيم فعلى ، ولكن استقراره فى ذمة الغاصب مراعى بالتلف فهو مصادرة واضحة ، ولا يساعده النقل ولا الاعتبار ، بل هو مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل .

ثم إنا لو سلمنا دلالة هذه الوجوه الاعتبارية المتقدمة على الضمان بأعلى القيم ، ولكن لا يمكن الاستناد اليها فى ذلك ، لأنه اجتهاد فى مقابل الصحيحة المتقدمة الدالة على الضمان بقيمة يوم المخالفة .

ودعوى أن الصحيحة مجملة ، فلا يتضح لنا المراد . منها دعوى غير مسموعة لما عرفته قريباً من ظهورها فى الضمان بقيمة يوم الغصب .

وقد ظهر لك مما حققناه : أنه لا دلالة فى الصحيحة على القول بضمان قيمة يوم الدفع ، ولا على القول بضمان قيمة يوم التلف ، ولا على غير ذلك من الوجوه ، بل هى ظاهرة فى خصوص ما ذكرناه فقط . وعليه فلا يصغى إلى الاستدلال على الأول بقاعدة ضمان اليد ، فانها محكومة بالصحيحة المتقدمة

نعم ربما يتوهم الاستدلال على الثاني بجملة من الأخبار (١) الواردة في باب الرهن الظاهرة في أن القيمي إذا تلف انتقل ضمانه بمجرد التلف إلى القيمة، لأنها تدل على لزوم رعاية قيمة العين المرهونة حين تلفها، وملاحظة نسبتها مع الدين، فان كانت مساوية له فلا شيء على الراهن، وإن زادت عليه أخذ الزيادة، وإن نقصت عنه ردّ على المرتهن مقدار ما نقص.

ولكن يتوجه عليه: أن مورد هذه الروايات إنما هو الاتلاف أو

---

(١) عن ابن بكير قال: سالت ابا عبد الله ع عن الرهن؟ فقال: إن كان اكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدى الفضل إلى صاحب الرهن.

وإن كان اقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء. موثقة ابن بكير.

وعن ابي حمزة، قال: سالت ابا جعفر (ع) عن قول علي (ع) في الرهن يترادان الفضل؟ فقال: كان علي (ع) يقول ذلك، قلت: كيف يترادان الفضل فقال: إن كان الرهن افضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يسوى رد الراهن ما نقص من حق المرتهن. قال: وكذلك كان قول علي (ع) في الحيوان، وغير ذلك، ضعيف بسهل بن زياد. الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٣٤. والوافي ج ١٠ ص ١١٦.

وعن عبد الله بن الحكم، عن ابي عبد الله (ع) قال: وسالته عن رجل رهن عند رجل رهناً على الف درهم، والرهن يساوى الفين فضاع؟ قال: يرجع عليه بفضل ما رهنه، وإن كان انقص مما رهنه عليه رجع على الراهن بالفضل وإن كان الرهن بساوي ما رهنه عليه فالرهن بما فيه. ضعيف بعبد الله بن الحكم وغيره الفقيه ج ٣ من ط النجف ص ١٩٦. والوافي ج ١٠ ص ١١٦. ولا يخفى عليك ان في هذه الرواية تحريفاً في نسخة الوافي سنداً ومتناً.

التفريط ، إذ لا ضمان - فى تلف الرهن - على المرتهن من دون تعد وتفريط والشاهد على ذلك جملة اخرى من روايات الرهن(١) وعليه فزمان التلف والضمان واحد فى صورة الاتلاف ، فلا منافاة عندئذ بين روايات الرهن وبين الصحيحة الدالة على أن العبرة بقيمة يوم المخالفة .

أما فى صورة التفريط فيمكن أن يتغاير يوم التلف مع يوم الضمان ، ولكن الذى يسهل الخطب أنه لا دلالة فى روايات الرهن على الضمان بقيمة يوم التلف ، ولا بقيمة يوم المخالفة ، ولا بقيمة اخرى غيرهما ، بل الظاهر منها هو ثبوت أصل الضمان بالقيمة فى فرض التعدى والتفريط ، وقد عرفت دلالة الصحيحة على الضمان بقيمة يوم المخالفة ، وإذن فلا منافاة بينها وبين روايات الرهن فى فرض التفريط أيضاً .

ومن هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما ورد فى العتق (٢) على الضمان بقيمه يوم التلف ، لأن ذلك ورد فى الاتلاف ، وقد عرفت أن زمان التلف والضمان واحد فى صورة الاتلاف .

---

(١) قد نقلناها في ص ١٣١ .

(٢) كقوله (ع) فى رواية البصري : (نعم يؤخذ بما بقي منه بقيمته يوم اعتق) . بناءاً على نسخة الكافى من ذكر يوم بدل ثم .

وكقوله (ع) في رواية محمد بن قيس : (وإن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم اعتق منه ما اعتق ثم يسعى العبد بحساب ما بقي حتى يعتق) . وقد نقلنا هاتين الروايتين في ص ١٧٤ .

ختام البحث في القيمى

قد يتوهم : أن الالتزام بانتقال القيمى التالف إلى القيمة ينافى لما تسالم عليه الأصحاب من صحة المصالحة بين التالف و بين أى مقدار من الدراهم والدنانير

والوجه فى ذلك : أنه لو كان التلف موجباً لانتقال التالف إلى القيمة لما صحت المصالحة إلا على المقدار الذى يساوى قيمة التالف ، فان المصالحة على الزائد عليه يستلزم الرباء .

ولكن هذا التوهم فاسد ، بداهة أن القيمة الثابتة فى ذمة الضامن ليست هى خصوص الدراهم ، ولا أنها خصوص الدنانير ، بل إنما هى أمر كلى تتقوم به الأشياء ، وأنه أعم من الدراهم والدنانير ، وإذن فمصالحة التالف على الدراهم ، أو على الدنانير لا تستلزم وقوع المصالحة بين المتجانسين الربويين لكى يلزم منها الرباء .

قوله : (ثم إنه حكى عن المفيد ، والقاضى ، والحلبى الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشترى) . أقول : لم يتضح لنا وجه صحيح لما ذكره هؤلاء الأعاظم ، إلا أن يوجه رأيهم هذا بما وجهه به المصنف من إرادة يوم القبض من يوم البيع ، لغلبة اتحادهما زماناً ، كما وقع التعبير - فى صحيحة أبى ولاد - عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء .

وكيف كان فلا وجه لتقييد فساد المعاملة بخصوص تفويض الثمن إلى المشترى ، ضرورة أن مورد البحث إنما هو المقبوض بالعقد الفاسد ، بل المغصوب أيضا ، وعليه فأية خصوصية للتقييد المزبور .

قوله (فافهم) أقول : لعله إشارة إلى أن إرادة يوم القبض من يوم

البيع وإن كان بعيداً فى نفسه ، ولكنه لا بد من ذلك صوناً لكلام هؤلاء الأكابر عن اللغوية ، ولعلهم تبعوا فى هذا التعبير للصحيحة المتقدمة ، حيث عرفت - قريباً - أن الامام عليه السلام قد عبر - فيهـــا - عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء والله العالم بالضمائر .

ثم قال المصنف : (إنه لاعبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميـــع الأقوال ، إلا أنه تردد فيه فى الشرايع ، ولعله - كما قيل - من جهة احتمال كون القيمى مضموناً بمثله ، ودفع القيمة إنما هو لاسقاط المثل ، وقد تقدم أنه مخالف لاطلاق النصوص والفتاوى) .

أقول : قد عرفت فيما سبق - أن مقتضى القاعدة هو بقاء العين - بعد تلفها - فى الذمة على نحو الكلى الذى يعبر عنه بالمثل ، ولا تنتقل إلى القيمة إلا يوم الرد ، واذن فلا منـــاص عن الالتزام بضمان القيمة الزائدة للعين بعد تلفهـا .

ودعوى أن هذا مخالف للاجماع دعوى جزافية ، لعدم العلم بوجود الاجماع التعبدى فى المقام .

ولـكن الذى يسهل الخطب هو دلالة الصحيحة المتقدمة على الاعتبار بقيمة يوم المخالفة ، وعليه فلا مجال للأخذ بمقتضى القاعدة : أعنى به الضمان بقيمة يوم الرد .

قوله : (ثم إن ماذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة) . أقول : لما بنى المصنف على الاعتبار بقيمة يوم التلف فى ضمان التالف بنى على اعتبار محل التلف أيضاً فى ذلك ، ضرورة أن الأشياء كما تختلف قيمتها باختلاف الأزمنة ، كذلك تختلف قيمتها باختلاف الأمكنة ، فالمالية

إذا قدرت بقيمة يوم التلف قدرت بقيمة مكان التلف ـ أيضاً ـ فان العين إنما تضمن بجميع خصوصياتها حين التلف ، ومن جملتها خصوصية بلد التلف .

ولكنا لما بنينا على الاعتبار بقيمة يوم المخالفة ، لدلالة الصحيحة المتقدمة على ذلك فلا مناص عن الاعتبار بقيمة مكان المخالفة أيضاً ، لأن الامام عليه السلام ـ مع كونه فى مقام البيان ـ لم يفكك بينهما . على أن التفكيك بينهما خلاف المرتكز العرفى .

ويدل على ماذكرناه قوله عليه السلام فى نفس الصحيحة : (أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا فيلزمك) . فان الظاهر من هذه الجملة المباركة هو اختيار الشهود من أهل الكوفة ـ التى هى مكان المخالفة ـ ضرورة أن الاتيان بالشهود من أهل بغداد ـ التى كانت نهاية لسير أبى ولاد ـ بعيد جداً . ومن الواضح أنه إذا كان الشهود من أهل الكوفة لم يشهدوا إلا على ماهو قيمة البغل فى الكوفة ، لا على قيمته فى مكان آخر ، لأن شهادتهم على الثانى تحتاج إلى عناية زائدة وهى غير مذكورة فى الصحيحة .

قوله : (ثم إن جميع ماذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس) . أقول : الزيادات الحاصلة فى العين تارة تكون منفصلة ، واخرى تكون متصلة :

أما الاولى فحكمها حكم نفس العين ، وعليه فان كانت باقية فوجب ردها على مالكها ، وإن كانت تالفة فوجب رد بدلها عليه من المثل ، أو القيمة .

أما الثانية فلا شبهة فى كونها مضمونة على الضامن ـ أيضاً ـ سواء أكانت هذه الزيادات من قبيل الكيف ، كوصف الكتابة ، والنجارة ، والبناية ، وأمثالها أم كانت من قبيل الكم ، كالسمن ونحوه ، أم كانت من قبيل وصف الصحة .

وبتعبير آخر كما أن العين مضمونة على الغاصب ،كذلك أوصافها الدخيل فى مالية العين ، فانها ـ أيضاً ـ مضمونة على الغاصب ، سواء فى ذلك أوصاف الصحة وأوصاف الكمال ، وهذا ظاهر .

ثم إن الخلاف المتقدم فى الضمان بقيمة العين المغصوبة يجرى فى الضمان بقية الزيادات الفائتة ـ أيضاً ـ وقد عرفت ـ فيما تقدم قريباً ـ أن الاعتبار فى ضمان العين التالفة بقيمة يوم الغصب ، وهكذا فى المقام طابق النعل بالنعل والقذة بالقذة .

والوجه فى ذلك : أن العين إنما تكون مضمونة على الغاصب مع أوصافها الدخيل فى ماليتها ، لا مجردة عنها ، وعليه فتحديد العين بقيمة وقت خاص تحديد لأوصافها ـ أيضاً ـ بقيمة ذلك الوقت ، وقد عرفت دلالة الصحيحة على أن الاعتبار فى الضمان إنما هو بقيمة يوم الغصب ، ومقتضى إطلاقهـــا ـ والله العالم ـ هو الالتزام بضمان العين مع أوصافها من يوم المخالفة وإن كانت الأوصاف حاصلة بعد ذلك ، وعليه فتقدر العين موصوفة بتلك الأوصاف حين المخالفة ، فتقوم ، ويضمن بتلك القيمة ، وإذن فلا عبرة بالقيمة حين حدوث الأوصاف .

ما استدل به على ثبوت بدل الحيلولة

قوله : (ثم إن فى حكم تلف العين فى جميع ماذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول اليه وإن لم يهلك ، كما لو سرق أو غرق ، أو ضاع ، أو أبق) . أقول : تحقيق البحث عن بدل الحيلولة ونواحيه يقع فى ضمن أسئلة وأجوبتها :

١ ـ ماهو الدليل على الالتزام ببدل الحيلولة عند تعذر الوصول إلى العين ؟

قد استدل على ذلك بوجوه شتى :

الوجه الأول : قاعدة نفي الضرر ، بدعوى أن تكليف المالك بالصبر أن يعود المال إلى يده ضرر عليه .

أو يقال : إن عدم الحكم بضمان البدل ضرر على المالك .

أو يقال : إن امتناع الضامن عن أداء البدل ضرر على المالك .

ويرد عليه : أن الاستدلال بقاعدة نفي الضرر على اثبات بدل الحيلولة يتوقف على مقدمتين :

الأولى : أن قاعدة نفي الضرر مسوقة لرفع الأحكام الضررية ، لا رفع الموضوعات الضررية . وقد ذكرنا في محله أن هذه المقدمة صحيحة لاشك فيها .

الثانية : أن يلتزم بأن أدلة نفي الضرر كما تشمل الأحكام الوجودية كذلك تشمل الأحكام العدمية أيضاً : أي كلما توجه ضرر على المكلفين من ناحية حكم الشارع بشيء ، أو عدم حكمه به فأدلة نفي الضرر تقتضي ارتفاع الحكم في الأول ، وجعله في الثاني .

وهذه المقدمة مخدوشة بما ذكرناه في محله ، وحاصله : أن أدلة نفي الضرر ناظرة إلى نفي الضرر في عالم التشريع : أي الضرر الناشيء من تشريع الأحكام في الشرع المقدس الاسلامي ، وعليه فتلك الأدلة غير ظاهرة في تدارك الضرر المتوجه على المكلفين من غير ناحية تشريع الحكم الشرعي ، وإلا فيلزم الحكم بوجوب تدارك الضرر المتوجه على أحد المسلمين من بيت المال ، أو من أموال سائر المسلمين ، وحينئذ فلا يمكن التمسك بالقاعدة المزبورة لاثبات الحيلولة .

وبعبارة اخرى : أنه لا استحالة في حكومة قاعدة نفي الضرر ثبوتاً

وإمكاناً على الأحكام الوجودية والعدمية . ولكن لادليل عليه فى مرحلة الاثبات والوقوع ، بديهة أن أدلة نفى الضرر قاصرة عن إثبات هذا المعنى .

ويضاف إلى ذلك : أن النسبة بين موارد بدل الحيلولة ، وموارد تضرر المالك هى العموم من وجه ، إذ قد لايتضرر المالك بصبره إلى زمان التمكن من الوصول إلى ماله ، لاستغنائه عنه ، ومع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيلولة وقد يتضرر المالك من حيلولة الغاصب بينه وبين ماله مدة قليلة كساعة أو ساعتين مع أنه لايكون مورداً لبدل الحيلولة ، لأن الفقهاء رضوان الله عليهم قد اعتبروا فى ثبوت بدل الحيلولة تعذر وصول المالك إلى ماله مدة طويلة . وسيأتى ذلك قريباً . واذن فلا يمكن الاستدلال على اثبات بدل الحيلولة بقاعدة نفى الضرر .

ويؤيد ماذكرناه : أنا لم نجد أحداً يستدل بقاعدة نفى الضرر على ثبوت بدل الحيلولة فيما إذا حال أحد بين المالك وماله بمنعه عن التصرف فيه . ودعوى ثبوت الفارق بين هذا وبين مانحن فيه دعوى جزافية .

ولو أغمضنا عن جميع ذلك ، ولكن تضرر المالك بالصبر إلى زمان الوصول إلى ماله معارض بتضرر الضامن برد بدل الحيلولة ، فيتساقطان وعليه فلا يكون مورد بدل الحيلولة مشمولا لقاعدة نفى الضرر .

ودعوى أن الضامن قد أقدم - بنفسه - على الضرر فلا يعارض بضرر المالك دعوى فاسدة ، ضرورة أن الضامن لم يقدم إلا على ضمان العين فقط ، لا على ضمان سائر الجهات الخارجة عن العين .

الوجه الثانى : قوله (ص) : إن الناس مسلطون على أموالهم (١) .

وتقريب الاستدلال بهذا الحديث على المقصود هو أن السلطنة على العين وإن كانت ممنوعة بالتعذر ، إلا أن السلطنة على ماليتها غير ممنوعة ، وعليه

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ .

فيجب على الضامن رد البدل على المالك حفظاً لسلطنته على مالية ماله .

ويرد عليه أولا : أن دليل السلطنة ضعيف من جهة الارسال ، وغير منجبر بشيء

ثانياً : أن مفاده إنما هو إثبات السلطنة للمالك فيما يجوز له التصرف في ماله - كالبيع واللبس والسكنى وأمثال ذلك - ومن الواضح أنه ليس لأحد أن يزاحم المالك في أشباه هذه التصرفات . وأما بقية الجهات فهي بعيدة عن دليل السلطنة .

وببيان آخر : أن دليل السلطنة إنما يدل على عدم محجورية المالك عن ماله في التصرفات السائغة ، فلا دلالة فيه على اثبات السلطنة له في التصرفات غير السائغة في ماله .

وعلى هذا الضوء فيجوز للمالك أن يطالب ماله من الغاصب بمقتضى دليل السلطنة ، ولكن لا يستفاد من ذلك جواز مطالبة بدل الحيلولة منه ، إذ لا صلة بينهما بوجه . كما أنه لا يستفاد من الدليل المزبور جواز ايذاء الغاصب بالضرب والشتم والحبس ونحوها .

أضف إلى ذلك : أن النسبة بين دليل السلطنة ، وبين موارد بدل الحيلولة هي العموم من وجه . وحينئذ فلا يصح الاستدلال به على ثبوت بدل الحيلولة في جميع الموارد ، بل إنما يصح ذلك في بعض الموارد وعلى سبيل الايجاب الجزئي . على أنا لو جوزنا ثبوت بدل الحيلولة مع تعذر وصول المال إلى مالكه لزم القول بثبوته مع تعذر وصول المالك إلى ماله من جهة الحبس ونحوه ، ضرورة أنه لا يفرق في ذلك بين أن يكون التعذر بحبس المالك ومنعه عن الوصول إلى ماله ، وبين إلقاء المال في مكان لا يصل إليه مالكه - عادة - إلا بعد مدة طويلة ، مع انه لم يلتزموا الفقهاء بثبوت البدل في الصورة الأولى ، وهذا ظاهر .

الوجه الثالث : قاعدة الضمان بالاتلاف ، بدعوى ان الغاصب قد فوّت

سلطنة المالك على ماله فى موارد بدل الحيلولة ، فحيث إنه غير قادر على اعادة تلك السلطنة بعينها ، فلا بدله من اعادة مثلها ، ومن الواضح أن هذا لا يمكن إلا بأداء بدل الحيلولة .

ويرد عليه أولا : أن التمسك بهذا الوجه يقتضى الحكم بلزوم بدل الحيلولة فيما كان تعذر الوصول إلى المال من جهة حبس المالك ومنعه عن التصرف فيه ، كما أن التمسك به يقتضى الالتزام ببدل الحيلولة فيما كانت مدة الحيلولة قليلة ، مع أن القائلين ببدل الحيلولة لم يلتزموا به فى كلا الموردين .

ثانياً : أنه إن كان المراد من فوت السلطنة فوت منافع العين فلا شبهة فى كونها مضمونة على الغاصب ، كما أن نفس العين مضمونة عليه ، ولكن هذا بعيد عن بدل الحيلولة .

وإن كان المراد من ذلك فوت نفس السلطنة على العين فلا دلالة فى القاعدة المزبورة على كون السلطنة الفائتة مضمونة على الغاصب بداهة أن مفاد القاعدة هو أن العين التالفة مضمونة على المتلف دون سائر الجهات .

أضف الى ذلك : أن هذه القاعدة ليست بمدلول آية أو رواية لكى نتمسك باطلاقها ، بل هى متصيدة من أدلة الضمان الواردة فى موارد خاصة ، وعليه فلا بد من الاقتصار على الموارد المتيقنة : أعنى بها نفس العين التالفة .

الوجه الرابع . قوله (ص) : على اليد ماأخذت حتى تؤديه ، فان أداء العين كما يكون بأداء البدل فى صورة التلف ، كذلك يكون بأداء البدل فى فرض الحيلولة .

ويرد عليه أولا : أن الحديث المزبور ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء وقد عرفته فيما تقدم (١) .

---

(١) ص ٨٨ .

ثانياً : أنه لو جاز التمسك به - هنا - لما يفرق فيه بينما كانت مدة التعذر قليلة، وبينما كانت مدته طويلة مع أن الفقهاء لم يلتزموا ببدل الحيلولة في الصورة الأولى

ثالثاً : أنا ذكرنا في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد أن قاعدة ضمان اليد انما تدل على ثبوت العين في عهدة الغاصب بجميع خصوصياتها الفردية والصنفية والنوعية التي هي دخيل في المالية . وذكرنا - أيضاً - أن فقدان أية خصوصية من تلك الخصوصيات لا يوجب اضمحلال غيرها .

وعليه فاذا كانت العين موجودة لزم على الغاصب ردها مع تلك الخصوصيات بأجمعها ، لاستحالة أدائها بدون تلك الخصوصيات .

واذا تلفت حقيقة ، كالاحتراق ونحوه ، أو صارت في حكم التلف في نظر أهل العرف ، كالسرقة والاباق والاغتراف والضياع وأشباهها مما يوجب اليأس عن الوصول اليها ، اذا كان كذلك انتقل الضمان الى المثل .

واذا تعذر المثل - أيضاً - مع مطالبة المالك حقه وجب على الغاصب أداء القيمة ، أعني بها المالية الخالصة ، ووقتئذ لا يجوز للمالك مطالبة المثل ، ولا مطالبة العين بعد ارتفاع المانع عن الوصول اليها ، والا يلزم الجمع بين العوض والمعوض .

وهذا بخلاف ما اذا لم يوجب التعذر التحاق العين بالتالف ، فانه حينئذ ليس للمالك مطالبة البدل ، ولا للغاصب أداء غير العين المغصوبة الا مع التراضي

نعم يجوز للمالك أن يطالب بالمنافع الفائتة ، فيكون المأخوذ بازاء تلك المنافع بمنزلة الاجرة للعين في مدة غيابها عن المالك ، ولا شبهة في أن هذا كله غير مربوط ببدل الحيلولة ، واذن فلا وجه لاثباته بحديث ضمان اليد .

وقد اتضح لك مما تلوناه عليك : أنه لا يمكن الاستدلال على ثبوت

بدل الحيلولة بالروايات (١) الدالة على ضمان التالف فى الأمانات المضمونة ، كما صنعه المصنف . لانها راجعة الى صورة التلف ، ومحل بحثنا غير هذه الصورة

الوجه الخامس : دعوى الاجماع على ثبوت بدل الحيلولة مع تعذر وصول المالك الى ماله .

ويرد عليه : أنا لو سلمنا وجود الاجماع فى المقام ولكن يحتمل قريباً أن يكون مستنده هى الوجوه المتقدمة واذن فلا علم لنا بوجود الاجماع التعبدى فى المقام .

---

(١) عن اسحاق بن عمار قال : سألت ابا الحسن « ع » عن رجل استودع رجلا الف درهم ، فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الآخر : إنما كانت عليك قرضا ؟ قال : المال لازم له إلا ان يقيم البينة انها كانت وديعة .

وعن ابن محبوب قال : كتب رجل الى الفقيه « ع » رجل دفع الى رجل وديعة وامره ان يضعها في منزله او لم يأمره ، فوضعها في منزل جاره فضاعت ، فهل يجب عليه اذا خالف امره واخرجها عن ملكه ؟ فوقّع « ع » هو ضامن لها ان شاء الله .

وعن ابان عن محمد عن ابى جعفر « ع » قال : سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك او تسرق ؟ قال فقال : إذا كان اميناً فلا غرم عليه .

وعن ابن سنان قال : سألت ابا عبد الله « ع » عن العارية ؟ فقال : لاغرم على مستعير عارية إذا هلكت اذا كان مأمونا . الوافي ج ١٠ ص ١١٨ . وقد تقدم مايدل على ضمان الأجير فى ص ١٣٢ .

ماهو مورد بدل الحيلولة ؟

٢ ـ هل يقيد ثبوت بدل الحيلولة بما إذا حصل اليأس من الوصول إلى العين الغائبة ، أم يقيد بعدم رجاء وجدانها ، أم لايقيد بشيء منهما ، بل يحكم بثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلي ، سواء أعلمنا بامكان الوصول اليها بعد مدة طويلة ، أم علمنا بالوصول اليها بعد مدة قصيرة يتضرر المالك بعدم الوصول إلى ماله في هذه المدة ؟ .

ذكر المصنف رحمه الله : أن ظاهر الأدلة التي استدلوا بها على ثبوت بدل الحيلولة هو اختصاص الحكم باحدى الصورتين الاوليين .

ولكن المستفاد من فتاوى الأصحاب رضوان الله عليهم هو الصورة الثالثة . ويظهر ذلك من اطلاق قولهم : إن اللوح المغصوب في السفينة إذا كان نزعه معرضاً لتلف مال لغير الغاصب انتقل إلى القيمة حتى تصل السفينة الى الساحل . ويؤيد هذا المعنى : أن فيه جمعاً بين الحقين ، انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه : أن مااستظهره من كلمات الفقهاء في مسألة اللوح المغصوب في السفينة وإن كان استظهاراً وجيهاً ، ولكن لادليل على حجية فتواهم للفقهاء الآخرين .

أما التأييد المزبور فلا فائدة فيه ، إذ لم يتضح لنا من الأدلة المتقدمة جواز مطالبة المالك الغاصب ببدل الحيلولة في مدة انقطاعه عن ماله وقد عرفته قريباً .

ولو أغمضنا عن ذلك ، ولكن الصورة الأولى ـ : أعني بها صورة يأس المالك من الوصول إلى ماله ـ لاحقة بالتلف الحقيقي ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك قريباً ، وإذن فلا وجه لجعل هذه الصورة من موارد بدل الحيلولة .

أما الصورتين الأخريين فيختلف الحكم فيهما باختلاف مدارك بدل الحيلولة ، لأنه إن كان الدليل على ثبوت بدل الحيلولة هو الاجماع فالمتيقن منه إنما هو الصورة الأولى التى قد عرفت خروجها عن مورد البحث . وإن كان الدليل عليه هو قاعدة السلطنة ، أو قاعدتى لاضرر ، وضمان اليد فقد عرفت أن مفادها ثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر ، سواء أكان زمان التعذر طويلا ، أم كان قصيراً ، وعليه فجميع الصور المتقدمة داخلة فى محل البحث مع أنه بديهى البطلان ، فان الفقهاء لم يلتزموا بثبوت بدل الحيلولة إلا فيما تعذر الوصول الى العين فى مدة طويلة ، لامطلقاً .

هل يعتبر التعذر العقلى
فى ثبوت بدل الحيلولة ؟

٣ - هل يعتبر التعذر العقلى فى ثبوت بدل الحيلولة ، أم لا ؟ .

لما فرغ المصنف من البحث عن الصور الثلاث السالفة نهض الى البحث عن اعتبار التعذر العقلى وعدمه فى ثبوت بدل الحيلولة .

وحاصل كلامه مع التوضيح الاجمالى : أن الظاهر من دليل السلطنة ، وحديث ضمان اليد وقاعدة نفى الضرر هو عدم اعتبار التعذر العقلى فى ثبوت الضمان ببدل الحيلولة ، بحيث لا يتمكن الضامن عقلا من الوصول الى العين ، بل يكفى فى ذلك مجرد التعذر العرفى - وان تمكن الغاصب من الوصول الى العين بالسعى فى مقدمات الوصول - وعليه فيحكم بثبوت بدل الحيلولة فى زمان السعى أيضا .

ولعله لأجل هذا المعنى قد أفتى الفقهاء رضوان الله عليهم بالانتقال الى القيمة فى اللوح المغصوب فى السفينة مع امكان الوصول اليه ولو بالسعى فى مقدمات ايصال السفينة الى الساحل .

نعم قد عبر بعض الفقهاء عن عدم الوصول الى العين بكلمة (التعذر)

ولا شبهة فى ظهورها فى التعذر العقلى ، وهذا هو الأوفق باصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزام الغاصب برد العين . ثم أمر بالتأمل .

ولعله اشارة الى أن الأصل المذكور محكوم بدليل السلطنة ، وقاعدتى نفى الضرر ، وضمان اليد ، وانه لايفرق فى أدلة بدل الحيلولة بين الزمان اليسير والزمان القليل .

وقدظهر لك مماتلوناه عليك فساد ماذكره السيد رحمه الله فى حاشيته واليك نصه: (لايخفى أن هذا ليس مطلباً آخر ، بل هو نفس الوجه الأخير الذى أيده بأن فيه جمعاً بين الحقين ، كما أن تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول وهو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار) .

ووجه الفساد : أن اليأس من الوصول الى العين أعم من التعذر العقلى فاذا اعتبر الثانى فى سقوط التكليف برد نفس العين ، فمجرد اليأس - الذى هو الصورة الأولى من الصور الثلاث المتقدمة - لايوجب سقوطه . كما أن اعتبار التعذر العرفى فى سقوط التكليف برد العين أعم من الصورة الأخيرة - وهى الحكم بثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلى - واذن فلا تكرار فى عبارة المصنف

ماهو حكم القيمة مع تعذر الوصول الى العين

٤ - ماهو شأن القيمة مع تعذر الوصول الى العين ، وهل للضامن اجبار المالك حينئذ على أخذها ؟ .

لاشبهة فى أن العين اذا تلفت انتقل الضمان الى بدلها من المثل أو القيمة كما لاشبهة فى أن بقاء الضامن مشغول الذمة ضرر عليه ، واذن فيجوز له اجبار المالك على قبول حقه .

ولكن شيئاً من ذلك لا يجرى فيما نحن فيه ، لأنا لو سلمنا تمامية الأدلة المتقدمة الدالة على ثبوت بدل الحيلولة ، الا أنه لا دلالة فيها على جواز اجبار الضامن المالك على قبول البدل . وليس هنا دليل آخر يدل على ذلك غير تلك الأدلة . وعليه فيتخير المالك بين قبول البدل وبين الصبر الى زمان زوال العذر .

بل هذا المعنى هو الذى تقتضيه قاعدة السلطنة ، ضرورة أن المالك يستحق على الضامن العين بنفسها ، ومن الظاهر أن اجبار الضامن اياه على قبول بدلها خلاف سلطنته .

وهذا هو الذى أراده المصنف من تمسكه بقاعدة السلطنة فى المقام . وليس مراده من التمسك بها هو سلطنة المالك على امتناع قبول البدل مع كونه ملكا له لكى يتوجه عليه أنه ليس للمالك الامتناع من قبول ماله بدليل السلطنة وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

قوله : (وكما أن تعذر رد العين فى حكم التلف ، وكذا خروجه عن التقويم) أقول : قد تقدم حكم الخروج عن التقويم فى الأبحاث السابقة (١) وقلنا إن المدار فى ذلك على انتهاء أمد المالية ، غاية الأمر انه يحكم فى القيميات بضمان قيمة يوم الغصب ، لصحيحة أبى ولاد المتقدمة .

هل يصير البدل المبذول ملكا لمالك العين ؟

٥ - ماهو حكم البدل المبذول فهل يكون ذلك ملكا لمالك العين أم لا ؟ ذكر المصنف ان المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف ، كما فى المبسوط والخلاف والغنية والتحرير وظاهرهم ارادة نفى الخلاف بين المسلمين .

---

(١) ص ١٦٨

ثم قال : (ولعل الوجه فيه أن التدارك لايتحقق الا بذلك ، ولولا ظهور الاجماع وأدلة الغرامة فى الملكية لاحتملنا أن يكون مباحا له اباحة مطلقة وان لم يدخل فى ملكه ، نظير الاباحة المطلقة فى المعاطاة على القول بها فيها ، ويكون دخوله فى ملكه مشروطا بتلف العين . وحكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمى رحمه الله فى أجوبة مسائله) .

ولكن ناقش فى هذا الرأى المحقق والشهيد الثانيان .

فقال الأول فى محكى جامع المقاصد : (ان هنا اشكالا ، فانه كيف يجب القيمة ويملكها الآخذ ويبقى العين على ملكه ، وجعلها فى مقابل الحيلولة لايكاد يتضح معناه) .

وقال الثانى : (ان هذا لايخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح . ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا ، وتوقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين وان جاز له التصرف كان وجها فى المسألة) .

والتحقيق: ان حكم هذه المسألة يختلف باختلاف مدرك بدل الحيلولة : فان قلنا بأن مدركه قاعدة نفى الضرر ، فانها تقتضى كون البدل مباحا للمالك ، لا ملكا له ، لأنا لو سلمنا شمول أدلة نفى الضرر للأحكام العدمية ، ولكنها لاتقتضى التشريع الا بالمقدار الذى يرتفع به ضرر المالك ، ومن البديهى أن تضرره انما كان من ناحية عدم تمكنه من التصرف فى ماله ، وهذا يرتفع باباحة التصرف فى بدل الحيلولة مثلما يتصرف فى ملكه ، فان دخول البدل فى ملك المالك ليس بدخيل فى ارتفاع ضرره .

وان قلنا بأن مدرك بدل الحيلولة انما هو دليل السلطنة ، أو قلنا بأن الغاصب قد فوّت على المالك سلطنته على ماله فيجب عليه تدارك هذه السلطنة

للمالك ان قلنا بذلك فلا يثبت للمالك أيضاً الا اباحة التصرف فى البدل على النحو الذى يتصرف فى ملكه ، لأنه لادلالة فى دليل السلطنة الا على لزوم اعادة سلطنة المالك ، الزائلة ولا ريب فى حصول هذا المعنى بجواز تصرفه فى بدل الحيلولة وإن لم يصر البدل ملكا له .

ويتضح ذلك جليا بأن الملكية أو السلطنة من الأحكام الوضعية . ومن البين أن الأحكام الشرعية لاتقابل بالمال .

نعم مقتضى ذلك هو الالتزام بالملكية الآنية قبل التصرف المتوقف على الملك . وقد تقدم نظير ذلك فى المعاطاة على القول بافادتها الاباحة المطلقة .

وقد يتوهم أن سلطنة المالك قد زالت مع المالية القائمة بالعين . ومن الواضح أنه لا يمكن إعادة السلطنة المزبورة إلا باعادة نفس العين أو باعادة مايقوم مقامها فى المالية ، وعليه فلا بد من الالتزام بملكية المالك تحقيقاً للبدلية .

ولكن هذا التوهم فاسد ، إذ لادليل على الملازمة بين اعادة السلطنة وبين إعادة العين أو إعادة ماليتها ، بل تمكن اعادة السلطنة الزائلة فى ضمن مال الغاصب ضرورة أن السلطنة عبارة عن القدرة على تصرف المالك تصرفا سائغا ، ولا ريب فى تحقق ذلك فى شىء آخر يقوم مقام ملك المالك .

وان كان المدرك لبدل الحيلولة هو الاجماع فلا شبهة فى أن المتيقن منه انما هو قيام البدل مقام المبدل فى خصوص التصرفات المالكية ، لا فى الملكية .

وان كان المدرك لذلك هو قاعدة من أتلف فهى تقتضى صيرورة البدل ملكا للمالك ، بديهة أن الضمان لايرتفع الا بذلك .

وان كان المدرك لذلك هو قاعدة ضمان اليد . فانها تقتضى وجوب رد العين الى مالكها ، ومع تلفها يلزم على الآخذ رد بدلها من المثل أو القيمة ومن الواضح أن مقتضى البدلية هو كون البدل ملكا لمالك المبدل .

وبيان ذلك : أن المستفاد من قاعدة ضمان اليد انما هو ثبوت العين فى عهدة الضامن بجميع شؤونها . وأنه يجب ردها الى مالكها ، ومع العجز عن ذلك من جهة التلف أو لتعذر الوصول اليها وجب على الضامن رد بدلها مع مطالبة المالك ، وهذا البدل وان لم يكن عين المبدل من جميع الجهات ، ولكنه مثله فى بعض الجهات ، لما ذكرناه سابقاً من أن المضمون على الضامن ابتداءاً بقاعدة ضمان اليد انما هو العين الخارجية بجميع خصوصياتها ، ومع انتفاء بعض الخصوصيات يبقى بعضها الآخر مضموناً عليه ، لأن اضمحلال أية خصوصية منها لا يوجب اضمحلال غيرها ، وعليه فردّ المأخوذ بالغصب وان لم يمكن بتمام خصوصياته الا انه يمكن ذلك فاقداً لبعض الخصوصيات غير الدخيل فى المالية ، ولا محذور فيه لكونه برضى المالك وإذن فلا يتحقق عنوان البدلية بأداء بدل الحيلولة الا بقيام البدل مكان المبدل فى الاضافة الملكية .

وعلى الجملة : ان مقتضى قاعدة ضمان اليد هو أن البدل - : أعنى به المثل أو القيمة - أمر كلى ينطبق على المبدل والبدل كليهما انطباق الكلى على أفراده والطبيعى على مصاديقه ، وعليه فلا مناص عن الالتزام بصيرورة بدل الحيلولة ملكا للمالك ، وهذا واضح لاشبهة فيه .

هل يكون المبدل ملكا للضامن باعطاء البدل ؟

٦ - هل تنتقل العين الى الضامن باعطاء البدل أم لا ؟ .

قد يقال بأن المضمون له يملك بدل الحيلولة ، والضامن يملك العين المتعذرة ، لاستحالة بدلية شىء عن شىء الا بقيام البدل مكان المبدل فى جهة من الجهات ، وتلك الجهة فى المقام هى الاضافة الملكية .

وقد يقال بأن المالك يملك البدل ، أما الضامن فلا يملك المبدل ، لأن المأخوذ بعنوان البدلية ليس عوضاً حقيقياً حتى تستحيل البدلية الا بدخول العين المتعذرة فى ملك الضامن ، بل هو غرامة خالصة نظير دية المقتول أو المجروح وكالمبذول عند تلف العين . ومن البين أن عنوان الغرامة لايستلزم خروج البدل من ملك الضامن ولا دخول العين المتعذرة فى ملكه لكى يكون ذلك معاوضة قهرية شرعية .

ولكن التحقيق : أن كون العين المتعذرة ملكا للضامن متفرع على كون البدل ملكا للمالك ، فانه بناءاً على صيرورة البدل ملكا للمضمون له ـ كما تقتضيه قاعدتا من أتلف ، وضمان اليد ـ صار المبدل ملكا للضامن بالمعاوضة القهرية الشرعية ، إذ لولا ذلك لزم اجتماع العوض والمعوض فى ملك مالك العين .

ومن هنا ناقش المحقق والشهيد الثانيان فى الالتزام بكون البدل غرامة خالصة من غير أن يكون المبدل ملكا للضامن ، ولا أن يكون البدل ملكا للمالك . وقد تقدم كلامهما قريباً .

ويؤيد ذلك ماورد (١) فى الدابة الموطوئة من إلزام الواطى بأخذ الدابة وإعطاء ثمنها لمالكها .

---

(١) عن سدير ، عن ابي جعفر (ع) فى الرجل يأتى البهيمة ؟ قال : يجد دون الحد ، ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها ، لأنه افسدها عليه ، وتذبح وتحرق وتدفن إن كانت مما يؤكل لحمه . وإن كانت مما يركب ظهره اغرم وجلد دون الحد واخرجها من المدينة التى فعل بها فيها إلى بلاد اخرى حيث لاتعرف فيبيعها فيها كيلا يعير بها . حسنة بسدير بن حكيم . الكافي ج ٧ من ط ٢ ص ٢٠٤ . الوافى ج ٩ ص ٥٣ .

بحث في فروع مهمة

ثم إنه تستخرج مما ذكرناه فروع مهمة ، وهي مايلي :

١ ـ أنه إذا توضأ أحد غفلة بماء مغصوب ، أو مقبوض بالعقد الفاسد . والتفت بعد الغسلات ، وقبل المسحات بغصبية الماء ، فانه بناءاً على دخول الماء في ملك الضامن بعد أداء بدله يصح المسح بما بقي من رطوبة يده ويصح وضوؤه ، وبناءاً على عدم دخول الماء في ملك الضامن لايصح مسحه بتلك الرطوبة ، ولا يصح وضوؤه . هذا على تقدير أن الرطوبة الباقية باقية على كونها ملكا بل مالا . أما إذا فرض أن الماء المستعمل في الوضوء يعد من التالف عرفا جاز المسح بالرطوبة الباقية من غير فرق في ذلك بين إمكان إنتفاع المالك بتلك الرطوبة وعدم إمكانه .

٢ ـ أنه إذا غصب أحد خمراً محترمة لغيره ، أو غصب دابة ، وماتت الدابة وانقلبت الخمر خلا ، فانه على القول بوقوع المعاوضة القهرية بين البدل والمبدل كان الخل وميتة الدابة للضامن بعد أداء البدل ، وإلا فهما للمضمون له .

٣ ـ أنه إذا خاط أحد ثوبه بخيوط مغصوبة ، فانه على القول بدخول الخيوط في ملك الغاصب بعد أداء البدل جازت له الصلاة في ذلك الثوب . وكذلك التصرفات الاخر ، والا فلا .

ويمكن التحاق تلك الخيوط بالتلف الحكمي ، إذ لا يمكن ردها ـ غالباً ـ إلا بعد سقوطها عن المالية بالنزع .

وقد حكي الجزم بعدم وجوب النزع عن مجمع البرهان ، بل قال يمكن

ولعله من جهة كون النزع إتلافا للمال على مالكه فهو لايجوز . ويتضح الحكم بالتحاق ذلك بالتلف الحكمى فيما إذا كان المخيط بالخيوط المغصوبة جرح النفس المحترمة ، أو ثوب غيره بحيث كان النزع موجباً للتلف أو الضرر .

٤ ـ أنه لو غصب أحد دهناً وخلطه بطعامه فانه بناءاً على دخول المبدل فى ملك الغاصب ـ بعد رد بدله ـ جاز له التصرف فى ذلك الطعام ، وإلا فلا يجوز التصرف فيه إلا برضى مالك الدهن . وإلى غير ذلك من الفروع التى ترد عليك فى مواضيع شتى .

خلاصة البحث في بدل الحيلولة

وصفوة الكلام من أول البحث عن بدل الحيلولة إلى هنا هى أن القاعدة الأولية تقتضى ثبوت العين المغصوبة أو مافى حكمها فى عهدة الغاصب بجميع خصوصياتها الدخيل فى المالية . وإذا تلفت العين أو التحق بالتالف انتقل الضمان إلى المثل أو القيمة ، فيكون ذلك بدلا حقيقياً عن العين التالفة ، أو النازلة منزلة التالف .

وحينئذ فتخرج العين عن ملك مالكها ، وتدخل فى ملك الغاصب .

وإذا لم تتلف العين لاحقيقة ولا حكما ، ولكن تعذر الوصول اليها فان القاعدة تقتضى ثبوتها فى عهدة الغاصب الى زمان التمكن من أدائها .. وإذن فليس للمالك إلا مطالبة اجرة العين فى مدة الحيلولة من الغاصب ، إلا اذا رضيا بالبدل فانه على هذا تتحقق المعاوضة الشرعية بين البدل والمبدل ، فيكون المدفوع بدلا حقيقياً عن العين .

نعم اذا دل دليل على كونه غرامة لا بدلا عن العين أخذ به ، نظير دية المقتول .

ولكنك قد عرفت المناقشة فى الأدلة التى استدل بها على اثبات بدل الحيلولة بعنوان الغرامة .

وقد تجلى لك مما ذكرناه انحلال المناقشة المعروفة التى أوردوها على مسألة تعاقب الأيدى ، وحاصل تلك المسألة : هو أن المغصوب منه يتخير فى أخذ البدل لماله بين الرجوع الى أى شخص من هؤلاء الغاصبين الذين تعاقبت أيديهم ولكن اذا رجع الى الغاصب الأول رجع الأول أيضاً الى الثانى وهكذا حتى تنتهى سلسلة الغصاب ، وتثبت الغرامة على الغاصب الأخير الذى تلفت العين فى يده .

أما اذا رجع المالك فى ذلك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى الغاصبين السابقين ، بل يرجع الى الغصاب اللاحقين .

وحاصل تلك المناقشة هو سؤال الفارق بين الصورتين .

وملخص الجواب عنها : أن الغاصب الأول اذا أعطى البدل عن العين المغصوبة التالفة ملكها على الغاصب الثانى فيجوز له الرجوع اليه . واذا رجع المالك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى سابقه لأنه لا يملك عليه شيئاً ، بل يرجع الى لاحقه .

ودعوى أن التالف أمر معدوم ، أو بمنزلة المعدوم فلا يقبل الملكية دعوى جزافية ، لأن الملكية من الامور الاعتبارية ، فلا محذور فى تعلقها بالامور العدمية مع ترتب الأثر عليه كتعلقها بالامور الوجودية كذلك ، وقد ذكر الفقهاء أجوبة اخرى عن تلك المناقشة ، ولكن لا يرجع شىء منها الى معنى محصل يطمئن به القلب ، وتركن اليه النفس ، وسيأتى التعرض لتلك المسألة وأجوبتها .

ماهو حكم تمكن الغاصب من العين

بعد اعطاء بدلها ؟

٧ - لو تمكن الغاصب من العين المغصوبة بعد أداء بدلها لمالكها فهل يجوز له الرجوع اليها أم لا . الظاهر أن جواز الرجوع - هنا - الى العين وعدمه متوقف على أن ملكية البدل لمالك العين ملكية لازمة أو ملكية جائزة ، وعلى الأول فلا يجوز له ذلك ، وعلى الثانى فلا بأس به . وقد تقدم نظيره فى مبحث البيع المعاطاتى وذكرنا - هناك - أن القاعدة تقتضى أن لا يرجع كل من المتعاطيين الى صاحبه فى المأخوذ بالمعاطاة ، لكونه أكلا للمال بالباطل . ومن البين أن ماذكرناه - هناك - جار فى المقام أيضاً .

نعم اذا لم نقل بصيرورة العين ملكا للضامن لا بالمعاوضة القهرية الشرعية ولا بمعاوضة غير قهرية جاز للمغصوب منه أن يرجع الى العين المغصوبة بعد خروجها عن التعذر . ولكن قد عرفت فساده قريباً . وقد اتضح لك مما ذكرناه فساد ماذكره شيخنا الاستاذ من أنه (اذا ارتفع العذر وتمكن من رد العين الى مالكه وجب الرد فوراً حتى على القول بالمعاوضة القهرية الشرعية ، لأن حكم الشارع بالمعاوضة مترتب على عنوان التعذر ويدور مداره .

ماهو حكم ارتفاع القيمة السوقية

٨ - ماهو حكم ارتفاع القيمة السوقية بعد أداء البدل ؟ ذكر المصنف (أن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء أكان للسوق أو للزيادة المتصلة ، بل المنفصلة كالثمرة ، ولا يضمن منافعه فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك) .

وعن العلامة فى التذكرة وعن بعض آخر هو كون المنافع مضمونة على

الضامن ، وقد قواه فى المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه .

والتحقيق : أن المأخوذ بعنوان الغرامة إن كان بدلا عن العين المتعذرة ـ كما يقتضيه دليل ضمان اليد ـ فلا شبهة فى انقطاع علاقة المالك عن العين ، وصيرورتها ملكا للضامن بجميع شؤونها حتى النماءات المنفصلة فضلا عن زيادة القيمة السوقية . وإن كان المأخوذ بدلا عن السلطنة الفائتة ـ كما تقتضيه قاعدة السلطنة ـ ضمن الغاصب جميع شؤون العين سواء أكانت تلك الشؤون فائتة أم لا . وحينئذ فالالتزام بكون المأخوذ بدلا عن السلطنة الفائتة دون العين يناقض الحكم بعدم ضمان المنافع الفائتة بعد دفع الغرامة وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

بحث في أسباب الضمان

قوله : (سواء كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى) . أقول : ملخص كلامه أن أسباب الضمان امور أربعة :

الأول : أن يكون الضامن سبباً لتلف العين حقيقة فيجب عليه أن يخرج من عهدتها لأدلة الضمان .

الثانى : أن يكون سبباً لانقطاع سلطنة المالك عن ماله ـ كالاغتراق والاباق والضياع وأشباه ذلك ـ وقد عرفت أن هذا مورد لبدل الحيلولة .

الثالث : أن يكون سبباً لزوال الأوصاف التى هى دخيل فى مالية العين مع انحفاظ العين بنفسها فى ملك مالكها وتسلطه عليها تسلط الملاك على أملاكهم وعليه فالضمان ـ هنا ـ بالمالية الخالصة فقط دون العين المغصوبة .

الرابع : أن يكون سبباً لسقوط العين عن المالية والملكية معاً ، بحيث لم يبق فيها للمالك إلا حق الاختصاص والظاهر هو وجوب رد العين مع القيمة فى جميع الصور الثلاث الأخيرة . وأن صيرورة البدل ملكا للمغصوب منه

لاتقتضى خروج العين المغصوبة عن ملكه أو متعلق حقه ودخولها فى ملك الضامن أو متعلق حقه فى جميع موارد الضمان انتهى ملخص كلامه .

أقول : أما القسم الأول فالحكم فيه ظاهر ، فانه إذا تلفت العين وانعدمت من أصلها لم يبق - هنا - مورد للملكية ، بل يكون اعتبارها لغواً محضاً . سواء أقلنا بعدم انعدام الأشياء عن حقيقتها ، بل إنما تتبدل صورها النوعية بصور نوعية أخرى كما عليه جمع من الفلاسفة أم قلنا بانعدامها رأساً ، بداهة أن الأحكام الشرعية غير مبتنية على التدقيقات الفلسفية .

نعم يصح اعتبار الملكية على المعدوم مع ترتب الأثر على الاعتبار المزبور كما أشرنا اليه قريباً .

أما القسم الثانى فقد عرفت فيما تقدم أنه لاحق بالتلف الحقيقى ، فلا وجه لجعله مورداً لبدل الحيلولة ، كما صنعه المصنف .

أما القسم الثالث فظاهر المصنف رحمه الله : أن مالية العين المغصوبة تزول بزوال أوصافها الدخيل فى المالية ، ولكن العين لاتخرج بذلك عن ملك مالكها . وحينئذ فيتوجه عليه ماذكره السيد واليك نصه :

(لايخفى أنه مع الخروج عن التقويم لامعنى لبقائها على صفة الملكية فان الرطوبة الباقية نظير القصعة المكسورة . فانه لايقال : إن أجزائها باقية على ملك مالكها مع عدم فائدة فيها إلا نادراً) .

والتحقيق : أن يوجه كلام المصنف بأن العين المضمونة إما أن يفوت بعض منافعها عند الضامن ، أو جميعه .

وعلى الأول فيلزم على الضامن أداء قيمة المنافع الفائتة ، لقاعدة ضمان اليد .

الواطى للدابة بقيمتها ، مع أنها لاتسقط بذلك عن المالية . ولكن لايجوز التعدى عن موردها الى غيره .

وعلى الثانى فقد يزول الانتفاع من العين على وجه الاطلاق ، بحيث لايمكن الانتفاع منها بوجه . وقد يزول الانتفاع منها مستقلا : أى لايمكن الانتفاع من العين بنفسها بلا انضمامها الى شىء آخر ، أما إذا ضممناها إلى غيرها أمكن الانتفاع منها كحبة من الحنطة المغصوبة ، فانه لايمكن الانتفاع منها بنفسها ، ولكن يمكن الانتفاع منها مع ضمها الى غيرها .

ومن ذلك أيضاً الورق الذى كتبت فيه قصيدة راقية ، فانه إذا غصبه الغاصب ومزّقه لم يمكن الانتفاع من قطعاته الممزّقة ، إلا أن فيها أهم الانتفاع إذا انضم بعضها الى بعض .

وعلى الأول فاعتبار الملكية فى العين لغو محض كما هو واضح .

وعلى الثانى فلا يكون الاعتبار المذكور لغواً ، وهذا هو مراد المصنف والله العالم . وحينئذ فالعين المغصوبة ملك للضامن ، لا للمالك لما عرفته قريباً من تحقق المعاوضة القهرية الشرعية بينها وبين البدل الذى أعطاه الضامن للمالك .

بحث في حق الاختصاص ووجه ثبوته

أما القسم الرابع - : أعنى به سقوط العين عن المالية والملكية معاً - فلا شبهة فى أن المتلف يضمن بدل العين من المثل أو القيمة . وهذا ظاهر .

ثم انه إذا سقطت العين عن المالية والملكية معاً فلا شبهة فى بقاء حق الاختصاص فى تلك العين للضامن كما هو المختار عندنا ، أو للمالك كما هو المختار عند المصنف . وانما البحث فى منشأ هذا الحق ، مع ان العلاقة الثابتة بين المال ومالكه - وهى الاضافة الملكية - قد زالت على الفرض ، ولم تحدث هنا علاقة اخرى لكى نسميها بحق الاختصاص . ومع الشك فى حدوثها فاصالة

العدم محكمة .

وتحقيق البحث هنا يقع فى نواحى شتى :

الناحية الأولى : فيما استدل به على منشأ حق الاختصاص . وقد استدل عليه بوجوه عديدة :

الوجه الأول : أن حق الاختصاص سلطنة خاصة فى الأموال فى عرض الملكية وقبالها ، فاذا زالت الملكية عن مستقرها بقى الحق على حاله ، ضرورة أن كلا منهما ناشىء من سبب خاص ، لاصلة لأحدهما بالآخر .

ويتوجه عليه : أن هذه الدعوى وإن كانت ممكنة فى مقام الثبوت ولكن لادليل عليها فى مقام الاثبات .

الوجه الثانى : أن حق الاختصاص مرتبة ضعيفة من الملكية ، فاذا ارتفعت الملكية بحدها الأقوى بقيت منها المرتبة الضعيفة التى نسميها بحق الاختصاص ، بديهة أن المرتبة القوية وإن كانت تستلزم المرتبة الضعيفة فى الثبوت ، ولكنها لاتستلزمها فى الزوال ، ويتضح ذلك بملاحظة الألوان والكيفيات ، حيث تزول عنها المرتبة الشديدة ، وتبقى المرتبة الضعيفة على حالها .

ويرد عليه : أن الملكية سواء أكانت حقيقية أم كانت اعتبارية ليست بقابلة للشدة والضعف ، وإنما هى أمر بسيط ، فاذا زالت زالت برأسها ، وعليه فلا يبقى - هنا - شىء لكى يسمى بحق الاختصاص .

أما ماذكره غير واحد من الأعلام كالسيد وغيره من أن الحق مرتبة ضعيفة من الملك . فلعل مرادهم من ذلك هو أن الملك والحق كليهما من مقولة السلطنة ، ولكن الملك سلطنة قوية ، والحق سلطنة ضعيفة ، بمعنى : أن صاحب الحق مالك لشىء يرجع أمره اليه كالملكية الملاك لأملاكهم . وبديهى أن هذا

المعنى أمر آخر وراء اختلاف حقيقة الملك بالشدة والضعف ، والكمال والنقص نظير اختلاف الألوان والكيفيات بذلك ، وإذن فشأن المقام شأن تسمية الرجحان الضعيف ـ فى مبحث الأوامر ـ استحباباً والرجحان الشديد وجوباً ، وهكذا تسمية المرجوحية الضعيفة ـ فى باب النواهى ـ كراهة ، والمرجوحية الشديدة حرمة ، وهذا شىء آخر غير كون الاستحباب مرتبة ضعيفة من الوجوب ، وكون الكراهة مرتبة ضعيفة من الحرمة وهذا ظاهر .

الوجه الثالث : أنه ثبت فى الشريعة المقدسة حرمة التصرف فى مال غيره إلا بطيب نفسه ورضاه . وقد دلت على ذلك السيرة القطعية وجملة من الأخبار (١) فاذا ارتفعت الملكية والمالية ، ولكنا شككنا فى ارتفاع الحكم المذكور ، فان الاستصحاب يقتضى الحكم ببقائه .

ولكن يتوجه عليه : أن موضوع الحكم بحرمة التصرف فى مال غيره ـ فى السيرة والروايات ـ إنما هو عنوان مال الغير وعنوان مال المسلم . ومن الواضح أن الشىء إذا سقط عن المالية سقطت عنه حرمة التصرف أيضاً . لاستحالة بقاء الحكم بعد زوال موضوعه ، بل يرتفع الحكم المزبور وإن كان ذلك الشىء باقياً على ملكيته ، إذ لم يدلنا دليل على حرمة التصرف فى ملك غيره كدلالته على حرمة التصرف فى ماله ، وعليه فيسقط الحكم المذكور عن الشىء مع بقائه على صفة الملكية ، وكيف إذا زالت عنه الملكية أيضاً .

نعم إذا كان الموضوع فى الاستصحاب ذات المال المضاف الى الغير أعنى به المادة والهيولى جرى الاستصحاب هنا ، ضرورة بقاء الهيولى بعد تبدل الصورة النوعية الأولى بصورة نوعية اخرى .

ولكن يتوجه عليه : أن مثل هذه الموضوعات ليست بامور عرفية

(١) قد ذكرنا هذه الروايات فى الجزء الثانى ص١٣٨ .

لكى يجرى فيها الاستصحاب ، بل هى امور فلسفية ، ومن الظاهر أن الأحكام الشرعية لاتبتنى على التدقيقات الفلسفية .

ومن هنا اتضح لك فساد ماذكره المصنف ، فانه بعد ماناقش فى الاستصحاب قال : (إلا أن يقال : إن الموضوع فى الاستصحاب أمر عرفى) .

أضف الى ذلك : أن الاستصحاب لايجرى فى الأحكام الكلية الالهية لمعارضتها دائماً بأصالة عدم الجعل ، وقد حققناه فى علم الاصول

الوجه الرابع : دعوى الاجماع على بقاء حق الاختصاص فى الأعيان بعد زوال ملكيتها .

ولكن هذه الدعوى جزافية ، لأن إثبات الاجماع التعبدى هنا مشكل جداً ، إذ من المحتمل أن المجمعين قد استندوا فى ذلك الى الوجوه المزبورة ، واذن فلا يكون الاجماع - هنا - اجماعا تعبدياً مستنداً الى رأى المعصوم عليه السلام

الوجه الخامس : دلالة المرسلة المعروفة بين الفقهاء (من حاز ملك) وقوله (ص) (من سبق الى مالم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به) على ثبوت حق الاختصاص فى الأشياء التى سقطت عنها المالية .

والجواب عن هذا الوجه : أن حديث الحيازة وان اشتهر بين الفقهاء ولكننا لم نجدها فى اصول الحديث للخاصة والعامة والظاهر أنه قاعدة فقهية متصيدة من الروايات الواردة فى الأبواب المختلفة كاحياء الموات والتحجير وغيرهما .

ولو سلمنا كون ذلك رواية ولكن لادلالة فيه الا على ثبوت مالكية المحيز للمحاز فلا صلة له بما نحن فيه .

ويضاف الى ذلك أنه مرسل فلا يمكن الاستناد اليه فى اثبات الحكم الشرعى

أما حديث السبق فيتوجه على الاستدلال به أولا أنه ضعيف السند

وغير منجبر بشيء .

ثانياً : انه مختص بالمباحات الأصلية ، وبالأموال التي أعرض عنها ملاكها - على القول بجواز اعراض المالك عن ماله - وبسائر الموارد المشتركة بين المسلمين ، بأن يكون لكل واحد منهم حق الانتفاع بها - كالأوقاف العامة من المساجد والمشاهد والمدارس والرباط وغيرها - فاذا سبق اليها أحد من الموقوف عليهم ، وأشغلها بالجهة التي انعقد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته في ذلك .

وإذا عممناه إلى موارد الحيازة فانما يدل على ثبوت الحق الجديد للمحيز في الحاز ، ولا يدل على بقاء العلقة بين المالك وملكه بعد زوال الملكية .

فتحصل أن الحديث المذكور أجنبي عما نحن فيه بالكلية لأن شيئاً من موارده لم يحرز في المقام وعلى هذا فلو حاز أحد ميتة حيوان لأحد وشك في كونها ملكا له أم لا فان الأصل عدم صيرورته ملكا له .

إلا أن يقال : إن موضوع دليل السبق إنما هو الشيء الذي لايكون مورداً لحق أحد أو ملكه فانه حينئذ يمكن احراز ذلك بالأصل . ولكن دون اثباته خرط القتاد .

والتحقيق : أن حق الاختصاص أمر ثبت بالسيرة الشرعية والعقلائية فانها قائمة على ثبوت ذلك للمالك في أملاكهم التي سقطت عن المالية والملكية بالجهات العارضة ، كالماء على الشط والحيوان المملوك إذا مات ، والأراضي المملوكة إذا جعلها الجائر بين الناس شرعا سواء ، كان يأخذها من ملاكهم غصباً ويجعلها طرائق وشوارع ، كما هو مرسوم البلدان في العصر الحاضر . وقد قامت السيرة الشرعية والعقلائية على المنع عن مزاحمة الأجانب عن تصرف الملاك في اشباه الامور المزبورة مالم يعرض عنها ملاكها .

ومن هنا لو مات حيوان أحد ثم احتي بدعاء نبي أو وصيه ، فانه لا يتوهم أحد كونه من المباحات الأصلية ، وان المالك وغيره متساويان فيه ، بل يحكم العقلاء والمتشرعة بأن ذلك الحيوان ملك لمالكه الأصلي . وكذلك الخل إذا صار خمراً ثم عاد خلا وهذا واضح لا يحتاج الى مزيد بيان وإقامة برهان .

ماهو حكم المغصوب

إذا خرج عن صورتها النوعية ثم رجع اليها ؟

الناحية الثانية : أنه إذا أخذ الغاصب مال غيره . ثم أخرجه عن صورته النوعية الأولى إلى الصورة النوعية الأخرى . ثم أرجعه إلى سيرته الأولى ، فهل يضمن بدله من المثل أو القيمة ، أم يجب عليه وقتئذ رد العين المغصوبة بنفسها ؟ .

ومثال ذلك هو أن يغصب خل غيره فصيره خمراً ، ثم انقلبت الخمر خلا.

قد يقال بضمان البدل بداهة أن المغصوب غير موجود بعينه ، لانعدامه بزوال صورته النوعية ، والموجود ثانياً غيره ، لتخلل العدم بينهما ، ومن البين أن المعدوم لا يعاد .

وقد يقال بضمان العين نفسها ، لأن الموجود ثانياً عين الأول في نظر أهل العرف.

والتحقيق : أن ـ هنا ـ مسألتين: احداهما قبل أداء البدل . والثانية بعد أدائه .

أما المسألة الأولى فالظاهر انه يجب على الغاصب أداء العين نفسها ، لما ذكرناه مراراً من أن الثابت في الذمة ابتداء إنما هو نفس العين ، فيجب عليه ردها على مالكها ، وإذا تلفت العين انتقل الضمان الى بدلها من المثل أو القيمة ومن الظاهر أنه اذا عادت العين ثانياً فثبوت الضمان فيها أولى من ثبوته في بدلها لكونها جامعة لجميع الخصوصيات التي كانت موجودة في العين المغصوبة بداءة ولا يفرق في ذلك بين كون العائد عين الأول أو غيره .

أما المسألة الثانية فالظاهر أنها من صغريات ماأسلفناه قريباً من أن العين إذا تلفت وأعطى الغاصب بدلها للمالك سقط ضمانه بنفس العين على وجه الاطلاق وان رجعت ثانياً الى نظام الوجود .

والوجه فى ذلك : هو أن أدلة الضمان من السيرة وغيرها قد سقطت كلها بمجرد أداء البدل . وليس ـ هنا ـ دليل آخر يقتضى الضمان بالعين ثانياً .

ماهو حكم حق الاختصاص

بعد أداء البدل ؟

الناحية الثالثة : أنك قد عرفت قريباً ثبوت حق الاختصاص فى العين التى سقطت عن المالية ، وخرجت عن الملكية ، ولا ريب فى أن هذا الحق للمالك قبل أن يأخذ البدل من الغاصب . وانما البحث فى أن الحق المزبور هل ينتقل الى الغاصب بعد أداء البدل أم يبقى للمالك فقط ؟ .

ظاهر المصنف هو الثانى وأيد رأيه هذا بأنه لو صار الخل المغصوب خمراً ثم انقلبت الخمر خلا لوجب رده الى مالكه بلا خلاف فى ذلك .

ووجه التأييد ، أن لزوم رد الخل المزبور الى مالكه ليس إلا من جهة بقاء حقه فيه الذى يسمى بحق الاختصاص .

وقد أجاب شيخنا المحقق عن هذا التأييد بأن وجوب رد الخل الى مالكه لايكشف عن بقاء حق الأولوية فيه ، بل ليس هذا إلا من قبيل عود الملك الى مالكه ، فيكون من باب رد الملك ، لا من باب رد مايكون المالك أولى به .

والسر فى ذلك أن الملكية يتسبب من الأسباب العديدة ـ كالارث والبيع والهبة والصلح والحيازة ـ ومن المعلوم أن هذه الأسباب إذا اقترنت بموانع سقطت عن التأثير ، وإذا ارتفع ذلك المانع أثرت أثرها وعليه فمايقتضى

حدوث الملكية ـ فى المثال المزبور ـ من العقد وغيره باق على حاله ، ولكنه سقط عن التأثير بقاء لاقترانه بالمانع وهو انقلاب الخل خمراً ، فاذا زال المانع أثر المقتضى أثره من دون أن يثبت ـ هنا ـ حق الأولوية عند سقوط المقتضى عن التأثير . انتهى ملخص كلامه .

والجواب عن ذلك : أن الملكية من الأحكام الشرعية وهى غير مسببة عن الموجودات الخارجية ، وإنما هى فعل اختيارى للمولى وتابع لكيفية جعله من حيث السعة والضيق ، وعليه فاسراء أحكام المقتضيات الخارجية والموانع التكوينية الى الأحكام الشرعية بلا موجب ، بل المتبع فى هذه الموارد دلالة الدليل ، ومن الواضح أن الدليل قد دل على أن الخل يملك بالهبة والارث ونحوهما ، ولكنه اذا انقلب خمراً خرج عن الملكية وحينئذ فلو عاد الى حالته الاولى كان الحكم بملكيته للمالك الأول محتاجا الى دليل وهو منفى فى المقام .

هل يعود البدل الى الضامن

بعد تمكنه من المبدل ؟

٩ ـ هل الغرامة المدفوعة تعود الى الغارم بمجرد طرو التمكن ؟ .

ذكر المصنف أنه إذا تمكن الغاصب من رد العين المغصوبة الى مالكها وجب عليه ذلك وجوباً تكليفياً فقط . ولا تكون عليه عهدة جديدة بالنسبة الى العين وراء العهدة السابقة التى أفرغها بأداء البدل واذا أعطاها لمالكها الأول عادت الغرامة الى ملك الضامن ثانياً ، لأنها كانت بدلا عن السلطنة الفائتة ، والمفروض عودها إلى مالكها برد العين ، ولو تسامح الضامن فى دفع العين بعد تمكنه منها لجاز للمالك مطالبتها ، لعموم قوله (ص) : إن الناس مسلطون على أموالهم ولا يجوز للضامن حبس العين ومطالبته بالغرامة مع أنها

البدل انما كان بدلا عن السلطنة الفائتة لا عن القدرة على دفع العين فمتى مالم ترجع السلطنة لايكون للضامن حق فى مطالبة الغرامة . وإذا تلفت العين قبل دفعها الى مالكها استقر ملك مالكها على الغرامة .

أقول : قد عرفت فيما سبق آنفاً : أن الالتزام بصيرورة الغرامة بدلا عن نفس العين لايتفق مع الالتزام بجواز مطالبة المالك العين من الغاصب بعد التمكن منها ، فان ذلك التزام بالمتناقضين ، فاذا كان دليل بدل الحيلولة مايقتضى تحقق المعاوضة بينه وبين العين ـ كدليل ضمان اليد ونحوه ـ فلا شبهة عندئذ فى انقطاع حق المالك عن العين انقطاعا دائمياً ، ولا يجوز له أن يطالبها من الضامن فى أى وقت من الأوقات .

نعم اذا كان المدرك لذلك مايقتضى وقوع البدل بازاء السلطنة دون العين وجب على الغاصب رد العين على مالكها بمجرد تمكنه منها ، وجاز للمالك أن يطالبه بنفس العين ، لعدم تحقق المعاوضة بينها وبين البدل لكى يمنع ذلك عن وجوب رد العين على مالكها .

ولكنه مع ذلك لايجوز للمالك أن يتصرف فى البدل فى فرض جواز مطالبته بنفس العين ، لأنا لو سلمنا كون البدل بدلا عن السلطنة الفائتة ، إلا انه بدل عنها حال التعذر من مطالبة العين ، لامطلقا ، فاذا ارتفع التعذر زالت البدلية . ومن ثم إذا حصل التعذر ثم ارتفع قبل أداء البدل لم يكن للمالك مطالبة البدل بلا إشكال .

وعلى ذلك فلا بد من الالتزام برجوع البدل الى ملك الغاصب ، وضمان الغاصب العين بضمان جديد بالمثل أو القيمة .

ختام البحث في بدل الحيلولة

قوله : (ولذا لايباح لغيره بمجرد بذل الغرامة) . أقول : غرضه من هذه العبارة أن بدل الحيلولة إنما هو بدل عن السلطنة على الانتفاع من العين التى فاتت بتعذر العين ، لاأنه بدل عن مطلق السلطنة حتى السلطنة على المطالبة لكى يسقط ذلك ـ أيضاً ـ بعد تمكن الضامن من ردالعين . ولذا لايجوز لغير المالك أن يتصرف فيها بمجرد بذل الغرامة وبدل الحيلولة .

وعلى هذا فلا تنافى هذه العبارة مع ما ذكره رحمه الله سابقاً من أن البدل بدل عن السلطنة ، فان مراده فى كلا الموضعين هو ماذكرناه .

ثم إنك قد عرفت أنه على القول بثبوت بدل الحيلولة فانه لايثبت الا فى الموارد التى يتعذر الوصول الى العين ، بحيث لايتمكن المالك من الانتفاع بها ، وقد تقدم ذلك قريباً . وهذا لايجرى فى صورة امتزاج العين بعين اخرى ، ضرورة امكان الانتفاع بها ، غاية الأمر كون العين الممتزجة مشتركة بين المالكين وعليه فيجب على الغاصب إعطاء الأرش للمالك ، لأن الشركة عيب فى العين المغصوبة .

ثم إن المناط فى ثبوت بدل الحيلولة ـ على القول به ـ انما هو عدم تمكن الغاصب من رد العين على مالكها سواء أكان المالك بنفسه متمكنا من ذلك أم لا ، ضرورة أن وضع اليد على مال الغير سبب لثبوت ضمانه على الآخذ ، لقاعدة ضمان اليد ، واذا تلف وجب عليه بدله الحقيقى من المثل أو القيمة ، ومع ضياعه أو اغتراقه فى البحر وجب عليه بدل الحيلولة . واذن فتمكن المالك من الوصول الى ماله لايرفع الضمان عن الغاصب وهذا واضح لاريب فيه .

نقل الاقوال حول تصرفات الصبى

قوله : (المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي) .

أقول : المشهور بين أصحابنا رضوان الله عليهم هو بطلان عقد الصبي :

فعن الشيخ فى المبسوط والخلاف : أنه لايصح بيع الصبى ، ولا شراؤه أذن له الولى أم لم يأذن .

وعن الغنية دعوى الاجماع على ذالك .

وعن العلامة فى التذكرة : أن الصبي محجور عليه بالنص والاجماع ، سواء أكان مميزاً أم لا ، وهو محجور عن جميع تصرفاته الا ماستثنى ، كعباداته واسلامه واحرامه وتدبيره ووصيته وايصال الهدية واذنه فى الدخول على خلاف فى ذالك .

وعن الشهيد : أنه نسب الى المشهور بطلان معاملات الصبى .

نعم عن الشيخ وبعض آخر : أنه يجوز بيع الصبى اذا بلغ عشر سنين .

أما جواز تصرفه عند العامة ففيه تفصيل المذاهب (١) .

---

(١) الحنفية قالوا : إن الصبي إذا كان غير مميز لاينعقد شيء من تصرفه . اما إذا كان مميزاً فتصرفه على ثلاثة اقسام ، لأنه إما ان يكون ضاراً بماله ضرراً بيناً ـ كالطلاق والعتاق والقرض والصدقة ـ وإما ان يكون نافعاً بيناً ـ كقبول الهدية والدخول فى الاسلام ـ وإما ان يتردد بين النفع والضرر ـ كالبيع والشراء ـ اما الأول فلا شبهة في عدم نفوذه وإن اجازه الولي واما الثانى فلا شبهة فى نفوذه وإن لم يجزه الولي .

اما الثالث فينعقد موقوفا على إجازة الولي ، وليس للولي ان يجيزه إذا كان فيه غبن ـ فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٣ .

وعن المالكية انه إذا تصرف الصبي المميز ببيع وشراء ونحوهما من كل عقد فيه معاوضة فأن تصرفه فيه يقع موقوفا . ثم إن كانت المصلحة في إجازته تعين على ـ

بحث في اسلام الصبى

هل يقبل إسلام الصبي ، وأنه يخرج بذلك عن تبعة العمودين الكافرين أم لا ؟ .

قد ذهب الى هذا الرأى جمع من الأصحاب . وخالف فيه صاحب الجواهر ، حيث أنكر توجه الواجبات العقلية الاصولية على الطفل ، كما أن الواجبات الشرعية لا تتوجه عليه ، بل نسب القول بذلك الى الاجتهاد فى مقابل النص ، ثم قال : وأما قبول إسلام على (ع) فهو من خواصه . انتهى ملخص كلامه .

وقد عرفت ـ فى الحاشية ـ عن الشافعية : أنه اذا نطق ولد الكافر بالاسلام لم ينفع إسلامه .

ولكن الظاهر هو الأول . وذلك لأن الكفر والاسلام أمران واقعيان يصدران من كل مميز وإن لم يكن بالغاً ، ومن هنا يعنون ولد الكافر

ـ الولي ان يجيزه ، وإن كانت المصلحة في رده تعين على الولي ان يرده . فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٤ .

وعن الشافعية : انه لايصح تصرف الصبي سواء كان مميزاً او غير مميز ، فلا تنعقد منه عبارة ، ولا تصلح له ولاية ، لأنه مسلوب العبارة والولاية . فاذا نطق ولد الكافر بالاسلام لم ينفع اسلامه ، ولو تولى نكاحا لاينعقد ، إلا ان الصبي المميز تصح عبادته ، كما يصح إذنه للغير بدخول الدار ـ فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٥ .

وعن الحنابلة : ان تصرف الصبي الذي لايميز باطل مطلقا . اما الصبي المميز فانه يصح إذا اذن الولي . فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٦ .

بعنوان أبيه ، ويطلق المجوسي على ولد المجوسي . ويقال النصراني لولد النصراني . ويطلق اليهودي على ولد اليهودي . وهكذا كما أنه يطلق المسلم على ولد المسلم .

ويضاف الى ذلك : أن الاسلام يدور مدار الاقرار بالشهادتين ، وبذلك يحرم ماله ودمه . والروايات الدالة على هذا متظافرة من الفريقين(١)

(١) عن سماعة عن الصادق (ع) : الاسلام شهادة ان لا إله إلا الله ، والتصديق برسول الله (ص) ، به حقنت الدماء ، وعليه جرت المناكح والمواريث وعلى ظاهره جماعة الناس . اصول الكافي ج ٢ من ط ٢ ص ٢٥ .

وعن سفيان بن السمط عن الصادق (ع) : الاسلام هو الظاهر الذي عليه الناس شهادة ان لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وان محمداً عبده ورسوله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وحج البيت ، وصيام شهر رمضان ، فهذا الاسلام . اصول الكافي ج ٢ من ط ٢ ص ٢٤ .

وعن ابي هريرة انه قال رسول الله (ص) : امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله ، فمن قال : لا إله إلا الله عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله . صحيح البخاري باب قتل من أبى قبول الفرائض ص ٥٠ .

وعنه عن رسول الله (ص) قال : اقاتل حتى يشهدوا ان لا إله إلا الله ، ويؤمنوا بي ، وبما جئت به ، فاذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم واموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله . صحيح مسلم باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله محمد رسول الله . ج ١ ص ٣٩ .

وعن اوس الثقفي ، قال : دخل علينا رسول الله (ص) ونحن في قبة في مسجد المدينة ، فأتاه رجل فسارّه بشيء لا ندري مايقول ، فقال (ص) : اذهب قل لهم يقتلوه . ثم دعاه فقال : لعله يشهد ان لا إله إلا الله ، واني رسول الله . قال : نعم فقال : إذهب فقل لهم يرسلوه ، امرت ان اقاتل الناس حتى يشهدوا ان لا إله إلا الله ، واني رسول الله ، فاذا قالوها حرمت علي دماؤهم واموالهم إلا بحقها ، وكان حسابهم على الله . كنز العمال في حكم الاسلام ، طبعة دائرة المعارف العثمانية ج ١ ص ٢٧٥

فان إطلاق هذه الروايات يشمل البالغ وغيره . إذ لاينبغى الاشكال فى قبول اسلام الصبى المميز ، والحكم بترتب أحكام الاسلام عليه ، لأن المدارفى ذلك إنما هو اظهار الشهادتين ، بل قد يكون بعض الأطفال أقوى ايماناً من أكثر البالغين ، ومتمكناً من الاستدلال على وجود الصانع ، وارساله الرسل وانزاله الكتب على نحو لايتمكن منه إلا الخواص .

نعم لاتترتب الأحكام الالزامية على صغارهم وان كانوا مميزين ، وهكذا طفل المسلم اذا ارتد عن دينه ، وذلك لرفع القلم عن الصبى حتى يحتلم ، كما ارتفع قلم التكليف عن أولاد المسلمين مالم يصلوا الى حد البلوغ .

وعلى الجملة : إن مقتضى الاطلاقات هو الحكم باسلام الصبى المميز اذا أظهر الاسلام ، كما أن مقتضاها هو الحكم بكفر ولد المسلم اذا أظهر الكفر ، وكان مميزاً . نعم لايحكم عليه بأحكام الارتداد ، لرفع القلم عنه .

قيل : ان الحكم باسلام ولد المسلم وكفر ولد الكافر ليس من جهة الاعتناء باسلام الأول ، ولا من جهة الاعتناء بكفر الثانى ، بل لأجل التبعية التى هى من المسلمات بين الفقهاء ، ومن محكمات الفقه التى لا تشوبها شائبة خلاف ، بل ادعى غير واحد من الأعلام الاجماع على ذلك .

ويضاف الى ذلك قيام السيرة المستمرة على ترتب آثار الكفر على أولاد الكفار من الأسر والتملك ونحوهما .

على أن ذلك مقتضى جملة من الروايات (١) .

---

(١) روى وهب بن وهب عن جعفر بن محمد ، عن ابيه عليهما السلام قال : قال علي (ع) : اولاد المشركين مع آبائهم فى النار ، واولاد المسلمين مع آبائهم في في الجنة . ضعيف بوهب بن وهب .

وعن عبد الله بن سنان ، قال : سألت ابا عبد الله (ع) عن اولاد ..

والجواب عن ذلك : أن المقدار المتيقن من الاجماع والسيرة إنما هو الطفل غير المميز ، والذى لا يتمشى منه الاسلام والكفر .

أما ولد الكافر المميز المظهر للاسلام فلا اجماع ولا سيرة على المعاملة معه معاملة الكفر . وكذلك ولد المسلم اذا أظهر الكفر وهو مميز ، فانه لا دليل على المعاملة معه معاملة الاسلام من الحكم بطهارته ، ووجوب تجهيزه اذا مات .

أما الروايات المتقدمة فهى لا تتفق ومذهب الامامية ، بديهة أن كل أحد إنما يؤاخذ بعمل نفسه : إن خيراً فخير ، وإن شراً فشر ، فالله تعالى لا يؤاخذ عبداً بمجرد علمه بأنه يعمل المعاصى ، ويرتكب الخبائث ، بل لابد وأن يتركه حتى يبلغ ، ويختبر ، ثم يؤاخذه بعمله لكى لا تكون له على الله حجة ، بل تكون لله عليه الحجة البالغة ، ويهلك من هلك عن بينة ، ويحى من حى عن بينة .

ـ المشركين يموتون قبل ان يبلغوا الحنث ؟ قال : كفار والله اعلم بما كانوا عاملين يدخلون مداخل آبائهم . صحيحة .

الحنث : الذنب والاثم . الفقيه ط النجف ج ٣ ص ٣١٧ . والوافي ج ١٣ ص ١٠٠

وفى حديث آخر : اما اطفال المؤمنين فيلحقون بآبائهم ، واولاد المشركين يلحقون بآبائهم ، وهو قول الله عز وجل : « بايمان ألحقنا بهم ذريتهم » . مرسلة . الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٢٤٨ والوافي ج ١٣ ص ١٠٠ .

وعن ابي بكر الحضرمي عن ابي عبد الله (ع) فى قول الله عز وجل : « والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان ألحقنا بهم ذريتهم » قال : قصرت الأبناء عن عمل الآباء ، فألحق الله عز وجل الأبناء بالآباء لتقر بذلك اعينهم . مجهولة بالحضرمي . توحيد الصدوق ، باب في الأطفال ص ٤٠٤ .

ومن هنا قد ورد فى روايات كثيرة (١) أن الله تعالى يمتحن الأطفال

(١) عن زرارة ، عن ابي جعفر (ع) قال : سألته هل سئل رسول الله (ص) عن الأطفال ؟ فقال : قد سئل فقال : الله اعلم بما كانوا عاملين .

ثم قال : يازرارة هل تدري قوله : الله اعلم بما كانوا عاملين قلت : لا . قال: لله فيهم المشية ، انه اذا كان يوم القيامة جمع الله عز وجل الأطفال ، والذي مات من الناس في الفترة (اي مابين رسولين من رسل الله) والشيخ الكبير الذي ادرك النبي (ص) وهو لايعقل ، والاصم ، والأبكم الذي لايعقل ، والمجنون ، والأبله الذى لايعقل ، وكل واحد منهم يحتج على الله عز وجل ، فيبعث الله اليهم ملكا من الملائكة فيؤججن لهم ناراً ، ثم يبعث الله اليهم ملكا فيقول لهم : إن ربكم يأمركم ان تثبوا فيها ، فمن دخلها كانت عليه برداً وسلاماً ، وادخل الجنة ، ومن تخلف عنها دخل النار . حسنة بابراهيم بن هاشم . فروع الكافى ج ٣ من ط ٢ ص ٢٤٨ .

وعن عبد الله بن سلام مولى رسول الله «ص» قال : سألت رسول الله فقلت : اخبرني ايعذب الله عز وجل خلقاً بلا حجة ؟ فقال : معاذ الله . قلت : فأولاد المشركين فى الجنة ام في النار فقال : الله تبارك وتعالى اولى بهم ، انه اذا كان يوم القيامة ، وجمع الله عز وجل الخلائق لفصل القضاء ، يأتي بأولاد المشركين ... فيأمر الله عز وجل ناراً يقال لها الفلق اشد شيء في جهنم عذابا فيخرج من مكانها سوداء مظلمة بالسلاسل والأغلال ... ثم يأمر الله تبارك وتعالى اطفال المشركين ان يلقوا انفسهم فى تلك النار ، فمن سبق له فى علم الله عز وجل ان يكون سعيداً القى نفسه فيها ، فكانت عليه برداً وسلاماً ، كما كانت على على ابراهيم (ع) ومن سبق فى علم الله عز وجل ان يكون شقياً امتنع ولم يلق نفسه فى النار ، فيأمر الله تبارك وتعالى النار فتلقطه لتركه امر الله وامتناعه من الدخول فيها فيكون تبعاً لآبائه فى جهنم وذلك قوله عز وجل « فمنهم شقي وسعيد »

توحيد الصدوق باب في الأطفال ص ٤٠٠ .

الذين ماتوا قبل أن يبلغوا بالنار . ولا يلحقون بآبائهم بغير حجة وامتحان لأنه تعالى لا يعذب خلقاً بلا حجة .

ولو سلمنا موافقة الأخبار المذكورة مع مذهب الامامية . ولكن لا نسلم دلالتها على كون أولاد الكفار كفاراً ، وأولاد المسلمين مسلمين من جهة التبعية ، بل مفادها أن مداخل أولاد الكفار مداخل آبائهم في دار الآخرة ، وأنهم يعاقبون معهم في الجحيم ، لأن الله تعالى يعلم أن أولاد الكفار كآبائهم في خبث الباطن ، وسوء السريرة ، وفساد النية ، وارتكاب القبائح ، كما أن أولاد المؤمنين مداخلهم مداخل آبائهم ، لأنه تعالى يعلم أنهم كآبائهم في حسن نياتهم ، وصفاء باطنهم ، وصدور الخير منهم . ولا شبهة في أن هذا المعنى غير مربوط بالتبعية المزبورة .

وربما يتوهم : أن حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم (سنذكره قريباً) كما يدل على رفع الأحكام الفرعية - كوجوب الصوم والصلاة والحج وغيرها - كذلك يدل باطلاقه على رفع الأحكام الأصلية - أيضاً - وعليه فلا اعتبار بكفر الأطفال ، ولا باسلامهم .

والجواب عن ذلك : أن حديث رفع القلم عن الصبي إنما يدل على رفع الأحكام الالزامية عن الصبي امتناناً عليه ، فلا يشمل إسلامه ، إذ ليس في رفعه منة عليه ، وكذلك كفره فانه لا يرتفع بحديث الرفع ، فان الحكم بكفره ونجاسته - مثلا - موضوع لأحكام إلزامية بالنسبة الى المكلفين ، ولا ترتفع تلك الأحكام بحديث الرفع .

نعم الأحكام الالزامية المترتبة على الكفر ترتفع عن الصبي لا محالة .

- والى غير ذلك من الروايات الكثيرة بل المتواترة الدالة على ان الأطفال الذين ماتوا قبل البلوغ يمتحنون بالنار ولا يلحقون بآبائهم بلا حجة وامتحان .

ومن هنا لا يحكم عليه بأحكام الارتداد ، فلا تبين زوجته منه - مثلا - مالم يبلغ مرتداً .

ومما ذكرناه ظهر لك : أنه لو ارتد ولد المسلم ثم مات لم يجب تغسيله ، ولا سائر تجهيزاته ، فانها مترتبة على الاسلام ، والمرتد ليس بمسلم .

هل ترتفع - عن الصبي بحديث الرفع - الأحكام الفرعيه التى هى كالأسباب بالنسبة الى مسبباتها - كالنجاسة والجنابة ونحوهما - أم لا .

الظاهر أنها لاترتفع بالحديث المزبور ، لأن الحكم المرفوع بذلك لابد وأن يكون مترتباً على فعل الصبي بما هو فعله ، وحينئذ فلا يشمل ذلك أمثال الامور المذكورة ، لأنها مترتبة على عنوان خاص . كالنجاسة المترتبة على عنوان الملاقاة ، والجنابة المترتبة على عنوان الوطى .

وعليه فاذا لاقى بدن الانسان جسما نجساً جهلا لم يمكن الحكم بعدم تأثير النجاسة فيه من ناحية حديث الرفع ، فان تنجس الملاقى لم يترتب على الملاقاة بما هو فعل الانسان ، لكى يرتفع ذلك بحديث الرفع ، بل هو مترتب على نفس الملاقاة .

ومن هنا لايفرق فى تحقق النجاسة بين كون الملاقاة بالارادة والاختيار وبين كونها بالجهل ، أو الغفلة ، أو النسيان ، أو بالقهر .

هل تصح عبادات الصبى ؟

العبادات إما واجبة أو مستحبة :

أما العبادات المستحبة فلا شبهة فى صحتها عن الأطفال لأن أدلتها تشملهم كشمولها للبالغين ، وهذا ظاهر لاشبهة فيه .

وإنما البحث فى أنه هل ـهناـ تناف بين أدلة المستحبات، وبين مادل على رفع القلم عن الصبي لكى يقدم الثانى على الأول بالحكومة أم لا ؟ الظاهر أنه لاتنافى بينهما . ضرورة أن المراد من رفع القلم إنما هو قلم التكليف ، ومن البين أنه لاتكليف فى المستحبات حتى يرتفع بذلك .

وقد يتوهم : أن المراد من رفع القلم هو رفع الكتابة والجعل بمعنى : أنه لم يكتب عليهم حكم من الأحكام الشرعية ، فالحكومة على حالها .

ولكنه توهم فاسد ، لأنه خلاف الظاهر من دليل رفع القلم عن الصبي لأنه إنما ورد فى مقام الامتنان ، ومن الظاهر أنه لاامتنان فى رفع المستحبات

أما العبادات الواجبة فربما يتوهم : أن المرتفع منها بدليل رفع القلم عن الصبي إنما هو الالزام فقط ، وأما مطلوبيتها فهى باقية على حالها ، وعليه فتصح عبادات الصبي .

ولكن يتوجه عليه : أن قلم الرفع إنما تعلق بما تعلق به قلم الوضع ، ومن الواضح أن المجعول أمر بسيط غير قابل للتقسيط . وكذلك المرفوع .

بل قد ذكرنا فى محله : أن صيغة الأمر وما فى معناها موضوعة لابراز اعتبار المادة على ذمة المكلف فقط ، وأما الوجوب فانه نشأ من ناحية العقل الحاكم بوجوب إطاعة المولى مالم يرخص فى الترك . فما هو قابل للرفع والوضع شرعا هو نفس الاعتبار ، دون الوجوب المترتب عليه .

والتحقيق : أن يستدل على مشروعية عبادات الصبي بالروايات (١)

---

(١) عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع) عن ابيه ، قال : إنا نأمر صبياننا بالصلاة اذا كانوا بني خمس سنين ، فمروا صبيانكم بالصلاة اذا كانوا بني سبع سنين ونحن نأمر صبياننا بالصوم اذا كانوا بني سبع سنين بما اطاقوا من صيام اليوم إن كان الى نصف النهار او اكثر من ذلك او اقل ، فاذا غلبهم العطش ـ

الدالة على الأمر بأمر الصبيان بالصلاة والصوم ، وقد ذكرنا فى مبحث الأوامر من علم الاصول أن الأمر بالأمر أمر بالفعل حقيقة ، إذ الغرض منه ليس إلا تحقق ذلك الفعل فى الخارج ، فيكون الأمر بالأمر طريقاً اليه ، إلا أن تكون هنا قرينة حالية أو مقالية تدل على الموضوعية ، ولكنها منتفية فى تلك الروايات .

ويضاف الى ذلك : أنه ورد فى جملة أخرى من الروايات (١) تكليف

ـ والغرث افطروا حتى يتعودوا الصوم ويطيقوه ، فمروا صبيانكم اذا كانوا بني تسع سنين بالصوم مااستطاعوا من صيام اليوم ، فاذا غلبهم العطش افطروا . حسنة بابراهيم بن هاشم . فروع الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٤٠٩ والوسائل باب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم ، وباب ٣ من ابواب اعداد الفرائض .

وعن الراوندي باسناده عن رسول الله (ص) انه قال : مروا صبيانكم بالصلاة اذا كانوا ابناء ست سنين .

وعن الجعفريات باسناده عن النبي (ص) انه قال : مروا صبيانكم بالصلاة اذا كانوا ابناء عشر سنين . المستدرك ج ١ ص ١٧١ .

(١) عن الفضل بن يسار ، قال : كان علي بن الحسين (ع) يأمر الصبيان يجمعون بين المغرب والعشاء . فروع الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٤٠٩

وعن محمد بن مسلم ، عن احدهما فى الصبي متى يصلي ؟ قال : اذا عقل الصلاة قلت : متى يعقل الصلاة وتجب عليه ؟ قال : لست سنين . صحيحة .

هذه الرواية محمولة على الاستحباب لما دل على عدم وجوبها عليه .

وعن عبد الله بن فضالة عن الصادق او الباقر (ع) في حديث قال : سمعته يقول : يترك الغلام حتى يتم له سبع سنين ، فاذا تم له سبع سنين قيل له : اغسل وجهك وكفيك ، فاذا غسلهما قيل له : صل ، ثم يترك حتى يتم له تسع سنين ، فاذا تمت له علم الوضوء وضرب عليه ، وامر بالصلاة وضرب عليها . ـ

الصبيان بالصلاة والصوم والحج بغير عنوان الأمر بأمرهم بها ، فتدل على مشروعية عباداته .

نعم قامت القرينة الخارجية على عدم إرادة الوجوب من تلك الروايات وهذه القرينة هى الادلة الدالة على رفع التكليف عن الصبى حتى يحتلم . وإذن فالصبيان مأمورون بالعبادات كالبالغين ، فتكون عباداته مشروعة مستحبة .

بحث في تصرفات الصبى مستقلا

يقع الكلام فى معاملات الصبى ـ أعم من العقود والايقاعات ـ فى أربع جهات :

الجهة الاولى ـ فى جواز تصرفاته فى أمواله مستقلا على وجه الاطلاق الظاهر أنه لا خلاف ولا اشكال فى أنه لايجوز للصبى الاستقلال فى

ـ وعن اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله (ع) قال : اذا اتى على الصبي ست سنين وجب عليه الصلاة ، واذا اطاق الصوم وجب عليه الصيام . الوسائل باب ٣ من ابواب اعداد الفرائض .

هذه الرواية ـ ايضاً محمولة على الاستحباب لما عرفته قريباً .

وعن ابان بن الحكم قال : سمعت ابا عبد الله (ع) يقول : الصبي اذا حج به فقد قضى حجة الاسلام حتى يكبر .

وعن زرارة عن احدهما (ع) قال : اذا حج الرجل بابنه وهو صغير فانه يأمره ان يلبي ويفرض الحج ، فان لم يحسن ان يلبي لبوا عنه ، ويطاف به ، ويصلي عنه . الوافى ج ٨ باب ٢٣ حج المملوك والصبي ص ٥٢ . والى غير ذلك من الروايات المذكورة في المصادر المزبورة وغيرها .

التصرفات فى أمواله بدون إذن الولى ، ولم يخالف فى ذلك أحد فيما نعلم ، إلا الحنفية فانهم ذهبوا الى جواز استقلال الصبى فى بعض التصرفات . وقد ذكرنا رأيهم فى الحاشية آنفاً.

ويدل على رأينا هذا قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » (١) .

ووجه الدلالة هو أن الله تعالى سجل اعتبار الرشد فى جواز تصرفات الصبى فى امواله مستقلا بعد تسجيله اعتبار البلوغ فيه ، ومن الواضح جداً أنه لو كان الرشد بوحدته كافياً فى جوازها بدون إذن الولى لكان اعتبار البلوغ فى ذلك قبل الرشد لغواً محضاً ، فيعلم من ذلك أن نفوذ تصرفات الصبى يتوقف على أمرين : البلوغ ، والرشد .

وإذن فالآية الكريمة دالة على المنع عن تصرفات الصبى قبل البلوغ وان كان رشيداً .

وقد ظهر مما ذكرناه أن ما ذكره المحقق الايروانى على خلاف الظاهر من الآية واليك نصه : (لا يبعد استفادة أن المدار فى صحة معاملات الصبى على الرشد من الآية « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » على أن تكون الجملة الأخيرة استدراكا عن صدر الآية وأنه مع استيناس الرشد لا يتوقف فى دفع المال ولا ينتظر البلوغ وأن اعتبار البلوغ طريق اعتبر امارة الى الرشد بلا موضوعية له) .

وقد استدل بهذه الآية المباركة على نفوذ تصرفات الصبى قبل البلوغ بدعوى أن قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح » يقتضى أن الابتلاء إنما يحصل قبل البلوغ ، والمراد من هذا الابتلاء اختبار حاله فى أنه هل له

(١) سورة النساء ، الآية : ٦

تصرف صالح أم لا ، وانما يحصل هذا المعنى باعطاء شيء من المال ليتصرف فيه فيرى تصرفه كيف يكون ، فان أحسن فيه كان راشداً وإلا كان على سفهه.

وهذا الاختبار يحصل بأى تصرف من التصرفات السائغة فى نفسها بدليل صحة الاستثناء ، ضرورة أنه يصح أن يقال : وابتلوا اليتامى إلا فى التصرف الفلانى ، وإذن فتدل الآية الشريفة على جواز تصرفات الصبي مستقلا على وجه الاطلاق .

ويرد عليه : أن اختبار الصبي لا يتوقف على دفع ماله اليه ليستقل بالتصرف فيه . بل يمكن ذلك بمباشرة البيع والشراء بنظارة الولى ، أو بنظارة شخص منصوب من قبله ، أو بمباشرته مقدماتها ليتصدى الولى ايقاعها بنفسه

وبتعبير آخر : أن الممنوع قبل العلم بالرشد إنما هو إعطاء اليتيم جميع ماله ليستقل بالتصرف فيه ، أما اعطاؤه طائفة من ماله لكى يتصرف فيها تحت مراقبة الولى ونظارته لأجل الاختبار والابتلاء فلا منع فيه بوجه ، بل هذا هو المأمور به فى هذه الآية المباركة .

والسر فى أن الاختبار لابد وأن يكون قبل البلوغ هو أنه لو كان ذلك بعد البلوغ لزم حجرهم عن أموالهم فى زمان الاختبار ، وهو مناف لقاعدة سلطنة الناس على أموالهم ، وسبب لمنع تصرف المالك فى ماله بلا موجب .

وتدل على ما ذكرناه ـ من عدم جواز تصرف الصبي فى ماله بدون إذن الولى ـ الروايات الآتية ، فانها تدل على أن أمر الصبي لا يجوز ما لم يبلغ الحلم .

ثم إن المذكور فى الآية المباركة وإن كان هو اليتيم إلا أن تعليق جواز دفع ماله اليه على بلوغه ورشده يدل على أن المنع عن دفع المال اليه إنما هو لأجل عدم البلوغ ، وعليه فيعم الحكم غير اليتيم ـ أيضاً ـ .

على أن الآية الكريمة تشمل لمن كان له الجد ولكن مات أبوه . وكذلك يعم الحكم من كان أبوه حياً ـ أيضاً ـ لعدم الفصل جزماً .

هل يجوز تصرف الصبى مستقلا باذن الولى ؟

الجهة الثانية ـ فى جواز تصرفات الصبي فى أمواله مستقلا مع إذن الولى بذلك .

قد ظهر حكم هذه الجهة من الجهة الاولى ، بديهة أن الولى لا يجوز له أن يدفع مال الصبي اليه ، ويأذن له فى البيع والشراء وأمثالها ، فان جواز ذلك يتوقف على بلوغه ورشده وإلا فهو محجور عليه فى التصرف فى أمواله

هل تجوز مباشرة الصبى اجراء العقود ؟

الجهة الثالثة ـ فى صحة مباشرة الصبي العقود أو الايقاعات فى أمواله باذن الولى ، أو يكون وكيلا من قبله فى ذلك ، وعدم صحتها .

لااشكال فى أن الآية المباركة لاتدل على عدم جواز ذلك ، فان الممنوع فيها هو دفع مال اليتيم اليه ليكون هو المتصرف فيه باستقلاله ، فلا تعم مااذا باشر انشاء عقد أو ايقاع فى ماله باذن من الولى .

ومع ذلك فقد يقال : بأن الصبي مسلوب العبارة ، للروايات الواردة فى عدم نفوذ أمره ، وفى رفع القلم عنه ، وفى كون عمده وخطأه واحداً .

ولكن لادلالة فى شيء من هذه الروايات على الرأى المذكور .

وتوضيح ذلك : أن هذه الروايات على ثلاث طوائف :

الطائفة الاولى : الروايات (١) الدالة على أن أمر الصبي لاينفذ ولكن الظاهر أن هذه الروايات بعيدة عن مقصود المستدل ، لأنها صريحة فى المنع

---

(١) عن حمران عن ابي جعفر (ع) انه قال : إن الجارية اذا تزوجت ودخل بها ، ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ، ودفع اليها مالها ، وجاز امرها في البيع والشراء ... والغلام لايجوز امره فى الشراء والبيع ، ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشر سنة . ضعيف بعبد العزيز العبدي وغيره . فروع الكافى باب حد الغلام والجارية ج ٧ من ط ٢ ص ١٩٧ . والوافي ابواب الحدود ج ٩ ص ٤٦ والوسائل باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات . وباب ١٤ من ابواب عقد البيع .

وعن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال : سأله ابي وانا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره ؟ قال : حتى يبلغ اشده ، قال : قلت : وما اشده ؟ قال احتلامه . قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة ، اواقل ، او اكثر ، ولا يحتلم ؟ قال : اذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز امره إلا ان يكون سفيهاً اوضعيفاً البحار ج ٢٣ ص ٣٩ .

وعن محمد بن الحسين قال : قال ابو عبد الله (ع) اذا بلغت الجارية تسع سنين دفع اليها مالها ، وجاز امرها فى مالها ، واقيمت الحدود التامة لها وعليها . مرسل . الوسائل باب ٢ من احكام الحجر .

وعن عبد الله بن سنان عن ابى عبد الله (ع) قال : اذا بلغ الغلام اشده ثلاث عشرة سنة ، ودخل الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين ... وجاز له كل شيء في ماله إلا ان يكون ضعيفاً او سفيهاً . حسن بالحسن بن علي المعروف بابن بنت الياس . الوسائل باب ٤٤ من احكام الوصايا . والمستدرك ج ١ باب ٤ من مقدمات العبادة ص ٧ .

وعنه عن الصادق (ع) فى حديث : انه اذا اتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات ، وكتبت عليه السيئات وجاز امره إلا ان يكون سفيهاً اوضعيفاً. الوسائل باب ٢ من احكام الحجر .

عن نفوذ أمر الصبي في البيع والشراء وغيرهما ، ومن البين أن الظاهر من عدم نفوذ أمر الصبي المنع عن استقلاله في أمر المعاملة ، وتسلطه عليها نحو تسلط البالغين على أموالهم وشؤونهم ، إذ لا يقال لمجرى الصيغة فقط : إن أمر المعاملة تحت يده . ومن هنا لا يجرى عليه ما جرى على المتعاملين من الشرائط والأحكام

وبتعبير آخر : أن لفظ الأمر المذكور في هذه الطائفة وإن كان بمفهومه اللغوى شاملا لأى فعل يصدر من الصبي ، ولكن اسناد لفظ (يجوز) - الذى ذكر فيها - اليه ومناسبته له يقتضى أن يراد منه سلطنة الصبي على أمواله ، وتصرفه فيها كيف يشاء ، ولا يفرق في ذلك بين أن يكون تصرفه فيها باذن وليه ، أو بدونه ، ومن الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد إجراء الصيغة .

وإذن فالطائفة المزبورة تمنع عن كون الصبي مستقلا في معاملاته ولو كان ذلك باذن وليه ، وعليه فلا ظهور فيها - بوجه - في سلب عبارات الصبي .

بل المعاملة الصادرة من الصبي في أمواله اذا وقعت على نحو استقلاله فيها لم يحكم بفسادها مطلقاً ، لأنه غير مسلوب العبارة . فاذا أجازها الولى حكم بصحتها ، لأن العقد المزبور وإن كان صادراً من الصبي حدوثاً ، ولكنه عقد للولى بقاء . ومن الظاهر أن عدم نفوذها من حيث صدورها من الصبي لا ينافى نفوذها من جهة إضافتها الى الولى .

والى ذلك أشار المصنف ، واليك نصه : (لكن الانصاف أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف ، لأن الجواز مرادف للمضى ، فلا ينافى عدمه ثبوت الوقوف على الاجازة . كما يقال : بيع الفضولى غير ماض ، بل موقوف) .

والذى يدل على صدق مقالنا من نفس تلك الروايات هو وقوع

الاستثناء فى جملة منها بقوله (ع :) إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً .

ووجه الدلالة : هو أن السفيه ليس مسلوب العبارة ، وإذن فيعلم من الاستثناء أن المراد من عدم نفوذ أمر الصبي فيها إنما هو عدم استقلاله فى التصرف .

الطائفة الثانية : مادل (١) على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم .

وقال المصنف : (وأما حديث رفع القلم ففيه أولا : أن الظاهر منه قلم المؤاخذة ، لا قلم جعل الأحكام ، ولذا بنينا ـ كالمشهور ـ على شرعية عبادات الصبي) .

ويرد عليه : أن العقوبة والمؤاخذة ـ كالمثوبة والاجرة ـ من الامور التى لا صلة لها بعالم الجعل بوجه ، بل هى مترتبة على الجعل ترتب الأثر على ذى الأثر وعليه فلا معنى لتعلق الرفع بما لم يتعلق به الجعل .

نعم ترتفع العقوبة بارتفاع منشئها : أعنى به التكاليف الالزامية . ولكنه غير رفع المؤاخذة ابتداء .

أما مشروعية عبادات الصبي فغريبة عن الحديث بالكلية ، وإنما هى من جهة الروايات الخاصة ، وقد عرفتها قريباً .

والتحقيق فى الجواب أن يقال : إن حديث رفع القلم عن الصبي إنما يدل على رفع الأحكام الالزامية المتوجهة الى الصبيان كتوجهها الى غيرهم ، فان هذا هو الموافق للامتنان ، ومن الواضح أن مجرد إجراء الصيغة ليس من

---

(١) عن ابن ظبيان قال : اتى عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها فقال علي (ع) : اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ . مجهول بمحمد بن عبدالله الحضرمي وغيره . الوسائل باب ٤ من مقدمة العبادات . والبحار ج ٣ ص ٨٤ .

الأحكام الالزامية ، ولا موضوعا لها لكي يرتفع بحديث الرفع ، وإنما الموضوع لها هو نفس المعاملة التي أوجدها المتعاملان ، وإذن فما هو موضوع للاحكام الالزامية لم يصدر من الصبي لكي يشمله حديث الرفع ، وما هو صادر منه ليس بموضوع لها . وهذا ظاهر .

وعلى الجملة : إن ارتفاع قلم التكليف عن الصبي لاينافي الالتزام بصحة العقود والايقاعات الصادرة منه ، بل إن رفع القلم عن الصبي لايدل على أزيد من رفع إلزامه بشخصه مادام صبياً ، فهو لايدل على رفع إلزام البالغين بفعله أوعلى إلزامه بفعله بعد بلوغه ، كما هو الحال في جنابته ، أو في إتلاف مال غيره

والى هذا أشار المصنف في ثالث أجوبته ، وقال : (لو سلمنا اختصاص الأحكام ـ حتى الوضعية ـ بالبالغين ، لكن لامانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للاحكام المجعولة في حق البالغين ، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم الى وقت البلوغ) . وإذن فلا دلالة في حديث الرفع على بطلان معاملة الصبي فضلا عن دلالته على سلب عبارته .

ثم ان المصنف قد ذكر في الجواب الثاني : (أن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين ، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ ، أو على الولي اذا وقع باذنه أو إجازته ، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ ، وحرمة تمكينه من مس المصحف) .

ولكنه يناقض ما قد بنى عليه في اصوله من أن الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية ، واذا فرضنا انتفاء الحكم التكليفي عن الصبي فلا منشأ ـ هنا ـ لانتزاع الحكم الوضعي .

الطائفة الثالثة : مادل على أن عمد الصبي وخطأه واحد ، وهذه الطائفة على ثلاثة أقسام :

١ ـ مادل (١) على ذلك مطلقاً من غير أن يكون مقيداً بشى .

٢ ـ مادل (٢) على الحكم المزبور مقيداً بكون دية الجناية الصادرة من الصبى خطأ على عاقلته .

٣ ـ ما دل على هذا الحكم مع قيد آخر ، وهو رفع القلم عن الصبى ، كرواية أبى البخترى ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن على (ع) : أنه كان يقول فى المجنون المعتوه الذى لا يفيق ، والصبى الذى لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة ، وقد رفع عنهما القلم (٣) .

قيل : إن القسم الأول من هذه الطائفة يدل على عدم الاعتناء بأقوال الصبى وأفعاله ، ضرورة دلالة صحيحة محمد بن مسلم على نزول ذلك منزلة الخطأ

---

(١) عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله (ع) قال: عمد الصبي وخطأه واحد. صحيحة . التهذيب ج ٢ ص ٥١١ والوافي ج ٩ ص ٩٨

(٢) عن اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه (ع) : ان علياً (ع) كان يقول : عمد الصبيان خطأ تحمله العاقلة . ضعيفة بغياث بن كلوب . التهذيب ج ٢ ص ٥١١ . والوافي ج ٩ ص ٩٨ .

وعن علي (ع) : ليس بين الصبيان قصاص ، عمدهم خطأ يكون فيه العقل مجهولة بموسى بن اسماعيل . الجعفريات ص ١٢٤ . والمستدرك باب ٣٣ من كتاب القصاص .

وعن دعائم الاسلام عن علي (ع) : انه ماقتل المجنون المغلوب على عقله . والصبي فعمدها خطأ على عاقلتهما . مرسلة .

وعنه عن ابي جعفر (ع) : انه قال : وما جنى الصبي والمجنون على عاقلتهما . مرسلة . المستدرك باب ٣٣ من كتاب القصاص .

(٣) ضعيفة بأبي البختري . قرب الاسناد ص ٧٢ والوسائل باب ٣٦ من كتاب القصاص .

وعليه فلا يعتنى بصيغ العقود والايقاعات الصادرة منه ، كما لا يترتب الأثر عليها اذا صدرت من البالغين نسياناً ، أو غفلة ، أو فى حالة النوم ، أو خطأ .

ولا تنافى بين هذا القسم ، وبين القسم الثانى والقسم الثالث لكى يحمل المطلق على المقيد ، بديهة أنه لا تنافى بين أن يكون عمد الصبى بمنزلة الخطأ فى الجنايات ، وبين كون عمده بمنزلة الخطأ فى غير موارد الجنايات ، وإذن فلا موجب لرفع اليد عن الاطلاق ، فانه منحصر بالتنافى ، كما قرر فى محله .

نعم لا يبعد أن يستأنس - بما اشتمل على التقييد - اختصاص الحكم بالجناية فيكون ذلك قرينة على انصراف المطلق اليها .

كما أنه يمكن أن يستأنس ذلك بما ورد (١) فى الأعمى من أن عمد الصبى خطأ ولكن مجرد الاستيناس لا يوجب تقييد القسم الأول الذى هو مطلق .

والجواب عن ذلك : أن دلالة الرواية على تنزيل عمد الصبى منزلة خطأه من جميع الجهات إنما تتم اذا كان الظاهر منها هو نفى الحكم بلسان نفى الموضوع بأن يقول الامام (ع) عمد الصبى ليس بعمد أو كلا عمد .

نظير قوله (ع) : ليس بين الرجل وولده ربا ، وليس بين السيد

---

(١) عن ابي عبيدة ، قال : سألت ابا جعفر (ع) عن اعمى فقأ عين رجل صحيح متعمداً ؟ فقال : يا ابا عبيدة : ان عمد الصبي مثل الخطأ ، هذا فيه الدية من ماله ، فان لم يكن له مال فان دية ذلك على الامام ، ولا يبطل حق مسلم . موثق بعمار الساباطي .

وعن الحلبي عن الصادق (ع) : الأعمى جنايته خطأ تلزم عاقلته ، يؤخذ منها فى ثلاث سنين ، فى كل سنة ثلثاً ، فان لم يكن للاعمى عاقلة لزمته دية ما جنى فى ماله . مهمل بمحمد بن عبد الله . التهذيب ج ١٠ ص ٥١٠ و ص ٥١١ والوافى ج ٩ ص ٩٤ .

وعبده ربا (١) .

وكقوله (ع) : ليس على الامام سهو ، ولا على من خلف الامام سهو ولا على السهو سهو (٢) .

وكقوله (ع) : لا ضرر ولا ضرار (٣) فان الظاهر من أمثال هذه التنزيلات أن المنزل كالمنزل عليه فى جميع الآثار ، وعليه فيترتب على عمد الصبي ما يترتب على خطأه .

والسر فى ذلك: أن تنزيل شيء منزلة عدمه لايقتضى وجود الاثر للمنزل عليه لكى يكون التنزيل باعتبار ذلك الأثر ، بل التنزيل - هنا - باعتبار عدم الأثر ، لأجل أن ما هو عديم النفع ينزل منزلة العدم ، وهذا بخلاف تنزيل أحد الأمرين الوجوديين منزلة صاحبه ، فان ذلك لايتحقق إلا بلحاظ وجود الاثر للمنزل عليه .

واذا عرفت ماتلوناه عليك فاعلم أنه لا يمكن أن يراد الاطلاق من تلك الروايات لوجود المانع وعدم المقتضى .

أما وجود المانع فلأن الأخذ باطلاقها مخالف لضرورة المذهب ، وموجب لتأسيس فقه جديد ، بديهة أن لازم العمل باطلاقها هو أن لايبطل صوم الصبي مع عدم الاجتناب عن مبطلات الصوم ، فان ارتكابه بها خطأ لا ينقض الصوم والمفروض أن عمد الصبي خطأ .

وأيضاً لزم من ذلك القول بصحة صلاة الصبي اذا ترك عمداً أجزاءها التى لا يضر تركها خطأ بصلاة البالغين ، وهكذا الكلام فى ناحية الزيادة العمدية فيها .

(١) الوافى باب ٥٦ من يجوز له الرباء ج ١٠ ص ٥٤.
(٢) الوافى باب من لايعتد بسهوه ص ١٥٠.
(٣) قد تقدم ذلك في ص ٩٣.

بل يلزم منه الالتزام بصحة صلاة الصبيان اذا اقتصروا فيها بالنية والتكبير للاحرام والركوع والسجدة الواحدة والسلام ، فان ترك ما سوى ذلك خطأ لايضر بصلاة البالغين ، والمفروض أن عمد الصبي خطأ .

بل يلزم من العمل باطلاق تلك الروايات أن لاتصح عبادات الصبيان أصلا ، فان صحتها متوقفة على صدورها من الفاعل بالارادة والاختيار ، وقد فرضنا أن عمد الصبي خطأ فلا يعقل صدور عبادة صحيحة منه ، ولا أظن أحداً أن يلتزم بشيء من هذه اللوازم .

ودعوى انصراف تلك الروايات عن هذه الموارد دعوى جزافية .

أما عدم المقتضي للاطلاق فلأن تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه على وجه الاطلاق يقتضي أن يكون ـ هنا ـ أثر خاص لكل منهما عند صدورهما من البالغين ، لكي يكون تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه بلحاظ ذلك الأثر .

كما أن الأمر كذلك في تنزيل الطواف منزلة الصلاة في قوله (ص) الطواف بالبيت صلاة (١) .

ومن الواضح أنه لا مصداق لهذه الكبرى إلا الجنايات ، فانها ان صدرت من الجاني عمداً فيقتص منه ، وان صدرت منه خطأ فديتها على عاقلته ، وعلى هذا فيصح تنزيل جناية الصبي عمداً منزلة جنايته خطأ ، فتكون ديتها مطلقاً على عاقلته ، أما في غير الجنايات فلا مورد لمثل هذا التنزيل أصلا .

نعم قد ثبت أثر خاص لكل من العمد والخطأ في الصلاة وفي تروك الاحرام ، فان من ترك جزء من صلاته عمداً فتبطل صلاته ، وان تركه خطأ

---

(١) عن ابن عباس قال رسول الله «ص» : الطواف بالبيت صلاة ولكن الله احل فيه المنطق فمن نطق فلا ينطق إلا بخير . سنن البيهقي ج ٥ ص ٨٧ . ومستدرك الحاكم ج ١ ص ٤٥٩ .

فتجب عليه سجدتا السهو .

وأن المحرم اذا صاد حيواناً عمداً ثبتت عليه الكفارة زائدة على ماإذا صاده خطأ .

ولكن أمثال هذه الموارد خارجة عن حدود الروايات الواردة في تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه ، ضرورة أن الآثار المذكورة انما تترتب على الخطأ - في تلك الموارد - اذا صدر من غير الصبي . أما اذا صدر من الصبي ارتفع أثره بحديث الرفع .

وبتعبير أوضح : أن تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه متقوم بأمرين :

(الأول) ثبوت الأثر لكل منهما .

(الثاني) أن يكون أثر الخطأ ثابتاً لغير الفاعل . ولاريب أنه لامصداق لهذه الكبرى الا باب الجنايات ، وهذا المعنى هو الموافق للذوق الفقاهي .

ومما يدل على اختصاص تلك الروايات بباب الجنايات قوله (ع) في بعضها : عمد الصبيان خطأ ، تحمله العاقلة ، اذ من المعلوم أن العاقلة لا تحمل سجدتي السهو ، ولا الكفارة في الحج ، وانما تحمل الدية في الجنايات ، واذن فلا دلالة في شيء من تلك المطلقات - أيضاً - على كون الصبي مسلوب العبارة .

بحث في ذيل رواية أبي البختري

بقي الكلام في ذيل رواية أبي البختري ، وهو قوله (ع) : وقد رفع عنهما القلم . وقد استظهر المصنف (ره) من هذه الجملة دلالتها على كون الصبي مسلوب العبارة ، وكون عقده وايقاعه مع القصد كعقد الخاطيء والغالط والهازل وايقاعاتهم .

وحاصل كلامه : أن هذه القطعة من الرواية لاتتصل بسابقتها الا

بأخذها علة لثبوت الدية على العاقلة ، أو معلولا لقوله ﷺ : عمدهما خطأ : بمعنى : أن علة رفع القلم عن الصبي والمجنون هو كون قصدهما بمنزلة عدم القصد فى نظر الشارع ، ومن البيّن أن اتخاذها علة لثبوت الدية على العاقلة أو معلولا لتنزيل عمد الصبي منزلة الخطأ لا يستقيم إلا بأن يراد من رفع القلم رفع المؤاخذة عن الصبي والمجنون ، سواء أكانت المؤاخذة دنيوية أم كانت اخروية ، وسواء أتعلقت المؤاخذة الدنيويه بالنفس - كالقصاص - أم تعلقت بالمال - كغرامة الدية - وعليه فلا يؤخذ الصبيان والمجانين بأفعالهم وأقوالهم - الصادرة حال الصبوة والجنون - بعد البلوغ والافاقة ، سواء أكان صدور الأقوال والأفعال منهم - فى تلك الحال - باذن الولى أم لم يكن كذلك .

وعلى الجملة : إن الرواية وإن وردت فى باب الجناية ، ولكن مقتضى التعليل هو تنزيل قصد الصبي والمجنون منزلة عدمه . وأنه لا اعتبار بشيء مما يصدر منهما قولا وفعلا ، بل هما مسلوبان - فى عالم الاعتبار - من جهة الفعل والعبارة ضرورة أن ذكر العلة فى مورد خاص لا يقتضى اختصاصها به . بل هو من باب تطبيق الكبرى على الصغرى . وإذن فلا محذور لنا فى الأخذ بعموم العلة فى سائر الموارد أيضاً .

ويتوجه عليه : أنه لا وجه لجعل رفع القلم علة لكون الدية على العاقلة لعدم العلية بينهما لا شرعا ، ولا عرفاً ، ولا عقلا ، بل نسبة أحدهما الى الآخر كوضع الحجر فى جنب الانسان . والعجب من المصنف ، فانه قد التزم بثبوت العلية والمعلولية بين رفع القلم عن الصبي ، وبين ثبوت الدية على العاقلة ولكن لم يستوضح المناسبة والسنخية بينهما .

غاية الأمر : أنه ثبت فى الشريعة المقدسة : أن دم المسلم لا يذهب هدراً ، ومن الظاهر أن هذا الحكم - مع مادل على أن عمد الصبي خطأ - يلازم

ثبوت دية الجناية ـ الصادرة من الصبي ـ على عاقلته .

والصحيح : أنه لاملازمة بينهما ـ أيضاً ـ لأن الحكمين المذكورين لايدلان على ثبوت الدية على خصوص العاقلة ، اذ يمكن أن تكون الدية على جميع المسلمين أو من بيت المال ، أو غير ذلك ، كما أنه لاوجه لجعل رفع القلم معلولا لقوله ﷺ عمدهما خطأ ، فان رفع القلم مقوم لتنزيل العمد بمنزلة الخطأ . لا أنه معلول له .

والتحقيق : أن وجه المناسبة بين قوله ﷺ : رفع عنهما القلم ، وبين قوله ﷺ : عمدهما خطأ هو أن تنزيل عمد الصبي منزلة خطائه متقوم بأمرين :

أحدهما : حكم سلبي ، وهو أنه لايترتب عليه أحكام العمد ، ولا يلزم الصبي بشيء من أفعاله .

ثانيهما : حكم ايجابي وهو أنه يترتب عليه أحكام الفعل الخطائي ، وقد بيّن ﷺ الأمر الثاني بقوله ﷺ : تحمله العاقلة ، وبيّن الأمر الأول بقوله ﷺ رفع عنهما القلم ، واذن فلا دلالة في هذه الجملة على أزيد مما دل عليه قوله ﷺ : رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم(١) .

ويضاف الى ذلك : أن الرواية ضعيفة السند بأبي البختري ، فلا يصح الاستدلال بها على شيء من المسائل الفقهية .

فتحصل مما ذكرناه : أنه لادليل على أن عبارة الصبي مسلوبة بحيث لايترتب على ماأنشأه من العقود والايقاعات أثر أصلا .

هل يجوز كون الصبي وكيلا عن غيره ؟

الجهة الرابعة : في جواز كونه وكيلا عن غيره في عقد أو ايقاع ولو كان التوكيل على نحو التفويض سواء أكان الموكل ولياً أم كان غيره . وحينئذ

(١) قد تقدم الكلام فيه مفصلا في ص ٢٥٠ .

فيوقع الصبي العقد أو الايقاع ولو كان على نحو الاستقلال ، وبدون إذن الولى فضلا عما إذا أوقعه باذنه أو كان وكيلا فى إجراء الصيغة فقط .

والتحقيق : هو نفوذ تصرفات الصبي فى هذه الصورة ، للعمومات والاطلاقات مع عدم دليل على التخصيص أو التقييد ، وذلك لأن الآية المتقدمة لا إشعار فيها بعدم الجواز أصلا فضلا عن الدلالة عليه ضرورة أن قوله تعالى : (فان أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم (١)) كالصريح فى أن الآية راجعة إلى تصرفات اليتامى فى أموال أنفسهم ، لا فى أموال غيرهم .

وعليه فمقتضى الأصل هو جواز تصرفات الصبي فى مال غيره وكالة عنه فان المنع عن ذلك لابد وأن يكون بدليل ، ومن المعلوم أن الدليل على المنع إما عدم القول بالفصل بين التصرف فى مال نفسه ، والتصرف فى مال غيره وإما الأخبار المتقدمة الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي قبل البلوغ :

أما دعوى عدم الفصل فمهدتها على مدعيها .

أما الأخبار فلا دلالة فى شيء منها على عدم نفوذ تصرفات الصبي فى هذه الصورة ، إذ قد عرفت : أن مادل على رفع القلم عن الصبي ، أو أن عمده خطأ لا دلالة فيه على بطلان عقده أو ايقاعه . وأنه مسلوب العبارة .

فاذا كان صدوره منه وكالة عن وليه ، أو غير وليه ولو كان التوكيل بنحو التفويض والاستقلال ـ فالعقد عقد للموكل حقيقة ، وحيث إن المفروض أن ماوقع عليه العقد ليس بمال الصغير فلا مانع عن شمول أدلة صحة البيع ونحوه له .

أما مادل على عدم نفوذ تصرف الصبي وأمره من الروايات المتقدمة فقد يتوهم دلالتها على عدم النفوذ فى هذه الصورة ـ أيضاً ـ نظراً إلى الاطلاق

---

(١) سورة النساء الآية ٦ .

ولكن الصحيح هو عدم صحة ذلك أما أولا : فلاختصاص تلك الروايات باليتيم ، وأنه مالم يذهب يتمه لايجوز أمره ، ولا يدفع اليه ماله ، فهى لاتدل إلا على عدم نفوذ تصرف الصبي فى ماله ، دون ماإذا كان فى مال غيره باذنه

نعم قد علمنا أنه لاخصوصية لليتيم ـ فى الحكم ـ وإنما ذكر ذلك لأجل أنه هو المورد المتوهم لدفع ماله اليه . فنتعدى منه إلى غير اليتيم ـ أيضاً ـ من الصغار ، أما خصوصية أن موضوع المنع هو تصرف الصغير فى مال نفسه فلا مقتضى لرفع اليد عنها .

أما ثانياً فلأجل أنا لو سلمنا الاطلاق فغاية مايستفاد منها هو عدم نفوذ تصرف الصبي بما أنه عقده ، وهذا لاينافى نفوذ ذلك التصرف بما أنه مضاف إلى الموكل ، سواء فيه الولى وغيره .

ومن هنا أن الصبي إذا باع ماله ، ثم أجازه الولى حكم بصحة البيع ، لأنه بيع الولى بقاءاً .

نعم قد عرفت أنه لايجوز أن يأذن الولى فى تصرف الصبى استقلالا ، ولا يكون تصرفه ماضياً للمنع عنه فى الآية المباركة .

فالمتحصل مما ذكرناه : أنه لامانع من مباشرة الصبي العقد والايقاع فى مال نفسه إذا كان ذلك باذن الولى ، وكان الصبي وكيلا فى إجراء الصيغة فقط كما لامانع من مباشرته لهما على نحو الاستقلال فيما إذا توكل عن أجنبي من ولى أو غيره .

هل يؤخذ الصبى باتلافه مال الغير ؟

قوله : (ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالاتلاف الحاصل منهما) . أقول : إذا أتلف الصبي مال غيره وجب عليه الخروج من عهدته بعد بلوغه ، لقاعدة من أتلف .

وقد يتوهم عدم الضمان ، لأن عمد الصبي خطأ .

ولأن قلم التكليف قد ارتفع عنه حتى يحتلم .

ولكن هذا التوهم فاسد . إذ لاشهادة فى شيء من الوجهين المزبورين على عدم الضمان :

أما الأول فلأن الظاهر : أن تنزيل عمد الصبي منزلة خطائه انما هو فى الأفعال التى لاتكون موضوعا للأحكام الشرعية إلا إذا صدرت من الفاعل بالارادة والاختيار ، ومع القصد والعمد ، لا فى الأفعال التى هى بنفسها موضوع للأحكام الشرعية من غير أن يعتبر فيها القصد والعمد :

كالجنابة فانها توجب الغسل وان تحققت حال النوم .

وكمباشرة النجاسات ، فانها توجب نجاسة البدن وإن كانت المباشرة بغير التفات إلى النجاسة .

وكالأحداث الناقضة للطهارة وإن صدرت جهلا ، أو غفلة ، أو بغير اختيار ، فان شيئاً من تلك الامور لايتوقف تأثيرها على صدورها بالارادة والاختيار ، ولا ريب فى أن اتلاف مال الغير من القبيل الثانى ، فانه يوجب الضمان وان صدر حال الغفلة والجهل ، وبدون الارادة والاختيار ، ضرورة أنه لم يؤخذ فى قاعدة من أتلف عنوان آخر غير صدق الاتلاف .

ويضاف الى ذلك : ماذكرناه آنفاً من اختصاص الحديث بما اذا كان

للفعل العمدى أثر ، وللفعل الخطائى أثر آخر بالنسبة الى غير الفاعل ، فيحكم على فعل الصبى - عندئذ - بحكم الخطأ . ومن الظاهر أن حكم العمد والخطأ لايختلف فى الاتلاف واذن فلا يكون الاتلاف مشمولا للحديث .

أما الوجه الثانى فقد عرفت آنفاً : أن المراد من دليل رفع القلم عن الصبى انما هو رفع الأحكام الالزامية عنه منذ نعومة أظفاره الى حد بلوغه . وهذا لاينافى توجه تلك الأحكام عليه بعد زمان البلوغ . وقد تقدم أن فعل الصبى قد يكون موضوعاً لتوجه الأحكام الالزامية عليه بعد بلوغه .

والسر فى ذلك : أن دليل رفع القلم والتكليف قد تعلق بالصبى ، فيدور مدار صبوته . وعلى هذا الضوء فاتلاف الصبى مال غيره سبب للضمان جزماً ولكنه لايستتبع الحكم الالزامى الا بعد بلوغه ، واذا بلغ توجه عليه التكليف ووجب عليه الخروج عن عهدته . لأنه - وقتئذ - يصدق عليه أنه أتلف مال غيره كما يتوجه عليه - عند ئذ - وجوب الاغتسال مع تحقق الجنابة منه قبل البلوغ .

قوله : (فاذا لم يلزمه شىء بالتزاماته ولو كانت باذن الولى فليس ذلك الا لسلب قصده . وعدم العبرة بانشائه) أقول : قد عرفت فيما سبق أن أمر الصبى وان كان غير نافذ ولو باذن وليه . ولكنه غير مربوط بسلب عباراته لكى يترتب عليه بطلان انشائه ، بديهة أن معنى عدم نفوذ أمره هو عدم ترتب الأثر على معاملاته . وهذا لاينافى جواز مباشرته انشاء الصيغة ، اذ لاصلة بينهما بوجه .

هل ترتفع تعزيرات الصبيان بحديث الرفع ؟

قوله : (ثم ان القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبى كالتعزير) . أقول : ان كان الغرض

من حديث رفع القلم عن الصبى هو رفع التكاليف الالزامية الثابتة فى حق البالغين كما هو غير بعيد فالتعزيرات الثابتة فى حق الصبيان خارجة عن ذلك موضوعاً فان تلك التعزيرات لم تثبت فى حق البالغين وإنما هى ثابتة فى حق الصبيان لحكمة خاصة ، وهى تأديبهم على ارتكاب القبائح ، وصيانتهم من اغواء المضلين ، وسوقهم الى تهذيب الأخلاق . فان تعوّد الأفعال الشنيعة داء عضال .

وان كان الغرض من الحديث المزبور هو رفع مطلق الأحكام الالزامية فيشمل عمومه لتعزيرات الصبيان أيضاً . ولأجل ذلك توهم بعضهم أنها ترتفع عنهم بدليل رفع القلم .

والتحقيق : أن التعزيرات الثابتة فى الشريعة المقدسة ان اخذ فى موضوعها البلوغ فهى ترتفع عن الصبيان لعدم موضوعه . وان اخذ فى موضوعها الصباء فهى غير قابلة للارتفاع عن الصبيان ، لأن المصلحة الملزمة قد اقتضت ثبوتها فى حقهم بعنوان الصبوة ، فلا يعقل ارتفاعها عنهم بحديث الرفع ، ولعل تلك المصلحة ارتداعهم عن ركوب القبائح ، وتجنبهم عن ارتكاب المنكرات . وحينئذ فيختص حديث الرفع بما اذا كان التعزير أو غيره من الأحكام الالزامية ثابتاً للطبيعى الجامع بين البالغ والصبى فهى ترتفع عن الصبى

ماهو حكم فعل الصبى المعتبر فيه قصد الفاعل ؟

قوله : (عدم الاعتبار بما يصدر من الصبى) أقول : ملخص كلامه : أن المتحصل من الأدلة المتقدمة ـ من الاجماع وغيره ـ هو عدم الاعتبار بما

يصدر من الصبى من الأفعال التى يعتبر فيها قصد الفاعل الى مقتضاها . كانشاء العقود والايقاعات أصالة ووكالة ، والتصدى للقبض والاقباض، وكذلك كل مايلتزم به من قبل نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو ايجار أو غير ذلك . ثم ساق عبارة العلامة فى التذكرة تأييداً لمرامه .

ولكن يرد عليه ماذكرناه قريباً من أنه لادليل لنا على سقوط فعل الصبى وقوله عن الاعتبار ، بل الدليل انما دل على عدم جواز استقلاله فى التصرف فى أمواله . وعليه فأى فعل من أفعاله لايعد فى العرف تصرفاً فى أمواله استقلالا لامانع عن جوازه فيحكم بصحة تحجيره ، وحيازته ، والتقاطه وصيده ، وإحيائه الموات ، وما شاكل ذلك .

وقد يتوهم أن الامور المذكورة غير جائزة لأن عمد الصبى خطأ . ولكنه توهم فاسد لما ذكرناه من عدم دلالة الحديث على إلغاء قصد الصبى ، وأنه كعدمه على ماتقدم بيانه .

على أنه يتوقف على اعتبار القصد فى هذه الامور وهو لم يثبت .

بل إن مقتضى قوله ﷺ - مثلا - أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمروها فهم أحق بها ، وهى لهم (١) هو ثبوت الملكية بنفس الاحياء ، سواء أقصد المحيي التملك ، أم لم يقصده .

هل يصح قبض الصبى ؟

قد حكى عن العلامة فى التذكرة : أنه كما لايصح تصرفاته اللفظية ، كذا لايصح قبضه ، ولايفيد حصول الملك فى الهبة .

(١) الوافي ج ١٠ باب ١٥٨ إحياء الأرض الموات ص ١٣١ .

وهذا المعنى يظهر من المصنف ـ أيضاً ـ حيث انه نقل كلام العلامة تأييداً لمرامه ولم يناقش فيه أصلا .

ولكن الظاهر أن قبض الصبي يفيد الملكية فى الهبة وغيرها ، لقيام السيرة على ذلك .

بل مقتضى جملة من الروايات (١) الواردة فى جواز اعطاء الصدقة والكفارة للصبيان هو صيرورتهما ملكا بمجرد القبض .

---

(١) عن ابي بصير ، قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل يموت ويترك العيال ايعطون من الزكاة ؟ قال : نعم . حسن بابراهيم بن هاشم .

وعن ابي خديجة ، عن ابي عبد الله (ع) قال : ذرية الرجل المسلم إذا مات يعطون من الزكاة والفطرة كما كان يعطى ابوهم حتى يبلغوا . ضعيف بعلى بن محمد . الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٥٤٨ . والوافى ج ٦ ص ٢٦ .

وفى قرب الاسناد عن محمد بن الوليد ، عن يونس بن يعقوب ، قال : قلت لأبي عبد الله (ع) عيال المسلمين اعطيهم من الزكاة فاشترى لهم منها ثيابا وطعاما وارى ان ذلك خير لهم ؟ قال : فقال : لابأس . موثق بابن الوليد . قرب الاسناد ص ٢٤ . والوسائل باب ٧ من ابواب المستحقين للزكاة .

وعن البجلي ، قال : قلت لأبي الحسن (ع) رجل مسلم مملوك ، ومولاه رجل مسلم ، وله مال يزكيه ، وللمملوك ولد صغير حر ايجزي مولاه ان يعطي ابن عبده من الزكاة ؟ فقال : لابأس . مجهول بمحمد بن اسماعيل النيسابوري . الوافى ج ٦ ص ٢٦ . والوسائل باب ٤٥ من ابواب المستحقين للزكاة .

وعن يونس بن عبد الرحمان ، عن ابي الحسن (ع) قال : سألته عن رجل عليه كفارة عشرة مساكين ايعطي الصغار والكبار سواء ، والرجال والنساء ، او يفضل الكبار على الصغار ، والرجال على النساء ؟ فقال : كلهم سواء مجهول يب ج ٢ ص ٣٣١ . الوافى ج ٧ باب ٧٥ كفارة اليمين ص ٩٦ .

هل تنفذ وصية الصبي ؟

قد وقع الخلاف بين الأصحاب في نفوذ أمر الصبي في مواضيع شتى :

١ - الوصية .

قال العلامة في القواعد : يشترط في الموصي البلوغ والعقل والحرية ، فلا تنفذ وصية الصبي وإن كان مميزاً في المعروف وغيره .

وهذا الرأي هو المحكي عن السرائر والايضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام وغيرهم .

وعن ظاهر التذكرة واللمعة والنافع والدروس : التوقف .

وعن المقنعة والمراسم والنهاية والمهذب والغنية وكشف الرموز والارشاد والروض والكفاية والمفاتيح وأبي الصلاح وأبي علي : أنه تجوز وصية من بلغ عشراً مميزاً في البر والمعروف .

وهذا هو الحق ، للروايات (١) الدالة على أن الصبي إذا بلغ عشراً

---

(١) عن عبد الرحمان بن ابي عبد الله ، عن ابي عبد الله (ع) إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته . موثق بابان بن عثمان .

وعن ابي بصير ، عن ابي عبد الله (ع) : انه قال : إذا بلغ الغلام عشر سنين فاوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته ، وإذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته . صحيح .

وعن محمد بن مسلم ، قال : سمعت ابا عبد الله (ع) يقول : إن الغلام إذا حضره الموت فاوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام ، ولم تجز للغرباء صحيح . الكافي ج ٧ من ط ٢ باب وصية الغلام من كتاب الوصايا ص ٢٨ . والفقيه ج ٤ من طبعة النجف ص ١٤٥ . و ج ٢ التهذيب ص ٣٨٤ . والوافي ج ١٣ ص ٢٥ .

وعن زرارة عن ابي جعفر (ع) قال : إذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق او تصدق واوصى على حد معروف وحق فهو جائز . ضعيف ـ

تجوز وصيته . فتكون هذه الروايات مخصصة للروايات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي . وهذا ظاهر .

نعم فى صحة وصيته للغرباء إشكال ، وذلك من جهة التصريح بعدم نفوذها فى صحيحة محمد بن مسلم .

هل يتبع قول الصبي في الاذن

بدخول الدار ؟

الثانى : ماذكره العلامة فى التذكرة من أنه : (لو فتح الصبي الباب ، وأذن فى الدخول عن إذن أهل الدار ، وأوصل الهدية إلى إنسان عن اذن المهدى فالاقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه) .

ولكن لاوجه لاستثناء هذين الأمرين من الأدلة المانعة عن نفوذ أمر الصبي

أما الأول فلأن جواز الدخول فى الدار مع إذن الصبي من جهة حصول الاطمئنان به نوعا ، فلا صلة له باعتبار قول الصبي فى ذلك . والشاهد

- بموسى بن بكر . نفس المصادر غير التهذيب .

وعن منصور بن حازم عن ابى عبد الله (ع) قال : سألته عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته . مجهول بعلي بن محمد بن الزبير .

وعن محمد بن مسلم عن احدهما (ع) قال : يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل ، وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم . مجهول بابن الزبير . ورواه فى الكافي فى باب طلاق الصبيان ج ٦ من ط ٢ ص ١٢٤ بسندين آخرين : احدهما ضعيف والآخر موثق .

وعن ابي بصير وابي ايوب عن ابي عبد الله (ع) فى الغلام ابن عشر سنين يوصي؟ قال: إذا اصاب موضع الوصية جازت مجهول بابن الزبير التهذيب ص ٣٨٥ .

على هذا انه : لو أذن البالغ في ذلك ولم يحصل منه الاطمئنان به حرم الدخول فيها

أما الثاني فلأن ايصال الهدية الى المهدى اليه لا ربط له - أيضاً - بما نحن فيه ، فان الصبي آلة في ايصالها اليه ، كايصال الهدية الى المهدى اليه بواسطة حيوان معلم .

وعلى الاجمال : إن أمثال هذه الموارد خارجة عن العمومات المانعة عن نفوذ أمر الصبي خروجا تخصصياً لا تخصيصياً.

هل تنفذ معاملات الصبي في المحقرات ؟

الثالث : ماعن صاحب المفاتيح ، واليك نصه : (الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به منه في الشيء الدون دفعاً للحرج في بعض الأحيان)(١)

وقال المحقق التستري بعد نقل هذه العبارة : ويمكن أن يستأنس لذلك - مضافا الى السيرة المستمرة وقضاء الحاجة والضرورة في كل من المعاملة ودفع العوض وأخذه منه - بما رواه الشيخ في الموثق كالصحيح عن عبيد بن زرارة قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي والمملوك فقال : على قدرها يوم اشهد تجوز في الأمر الدون ، ولا تجوز في الأمر الكثير (٢) .

---

(١) في فقه المذاهب ج ٢ ص ١٦٠ : اما الصبي المميز ينعقد بيعه ولكن لاينفذ إلا باذن الولي .

وعن الحنابلة : انه يصح بيع الصبي وشراؤه للشيء اليسير ولو كان دون التمييز ولو لم يأذنه وليه ، لماروى من ان ابا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فارسله .

وعن الشافعية : انه لاينعقد بيع الصبي سواء كان مميزا او غير مميز .

(٢) التهذيب ج ٢ باب البينات ص ٧٧ . والوافي ج ٩ ص ١٤٥ .

والجواب عن ذلك : أن استقرار السيرة على معاملات الصبي فى الامور الحقيرة وإن كان غير قابل للانكار ، ولكنه لايكشف عن نفوذ معاملاتهم فى ذلك استقلالا ، بل إنما هو من جهة ما ذكرناه فى البيع المعاطاتى من جريان المعاطاة بين الناس فى المحقرات بوضع الثمن فى الموضع المعد له وأخذ المتاع بازائه ومثلنا لذلك بأمثلة فراجع . ومقامنا من القبيل المذكور ، وإذن فلا وجه لجعل ذلك من المستثنيات من عدم نفوذ أمر الصبي ، إذ لاصلة بينهما بوجه .

وأما الرواية المذكورة فهى غريبة عما نحن فيه ،وانما هى راجعة الى باب الشهادة ومن الظاهر أنه لاملازمة بين قبول شهادته فى المحقرات وبين نفوذ معاملاته فيها .

ولو سلمنا قيام السيرة على نفوذ معاملات الصبي فى الامور اليسيرة ، وسلمنا دلالة الرواية على ذلك فلا بد من الالتزام بتخصيص العمومات المانعة عن معاملات الصبي .

ومن هنا لاينقضي العجب من المحقق التسترى حيث قال بعد كلامه المتقدم : (وهذا القول لايخلو عن قوة إلا أن الأصحاب تركوا العمل بالخبر ، وأما السيرة والضرورة فالتمسك بها فى مقابل إطلاق الآية والرواية وفتوى الامامية وغيرهم خروج عن جادة الصواب ، وعدول عن طريق الاحتياط) .

والحاصل : أنه إن كان المراد من السيرة هو السيرة العقلائية فهى مردوعة بالروايات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي . وقد تقدمت هذه الروايات سابقاً ، وإن كان المراد بها هو السيرة الشرعية فهى قائمة على كون الصبي آلة لا على صحة معاملاته الصادرة منه استقلالا ولا أقل من الشك فى ذلك . وإذن فلا وجه لنا للحكم بصحة معاملات الصبي ولو فى الامور المحقرة .

وربما يستدل على نفوذ معاملات الصبي مطلقاً أو فى المحقرات برواية السكونى عن الصادق عليه السلام قال : نهى رسول الله (ص) عن كسب الاماء ، فانها إن لم تجد زنت ، إلا أمة قد عرفت بصنعة يد ونهى عن كسب الغلام الصغير الذى لايحسن صناعة بيده ، فانه ان لم يجد سرق (١).

ووجه الاستدلال بها على المقصود هو أن المراد من النهى فى الرواية هو النهى التنزيهى ، فيدل على نفوذ معاملات الصبى لا على فسادها .

والشاهد على ذلك أنه لوكانت معاملات الصبى فاسدة لما حصل النقل والانتقال بينه وبين غيره . وكان التصرف فيما بيده تصرفا فى مال غيره بدون إذنه ، وعليه فكان تعليل الفساد بذلك أولى من تعليله بصدور السرقة من الصبى لأن التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضى .

والجواب عن ذلك : أن هذه الرواية ضعيفة السند بالنوفلى ، وغير منجبرة بشيء ، فلا يمكن الاستناد اليها فى الأحكام الشرعية .

ويضاف الى ذلك : أن المراد من كلمة (كسب) المضافة الى كلمة (الغلام) فى الرواية إما المعنى المصدرى ، أو يراد منها المكسوب المعبر عنه باسم المصدر

وعلى الأول فالمراد من الكسب هو الكسب المتعارف : أعنى به مباشرة الصبى التجارة عند احتياج وليه الى ذلك ، إلا أن هذه المباشرة ليست مباشرة استقلالية ، بل مباشرة تبعية ، وأن الصبى - وقتئذ - بمنزلة الآلة لوليه فى ايجاد المعاملة بينه وبين المشترى . وقد تعارف هذا المعنى فى الخارج كثيراً ، الا أن الامام عليه السلام قد نهى عنه تنزيهاً معللا بأنه اذا لم يحصل من تجارته شيء سرق خوفا من وليه .

---

(١) المروية فى الوسائل فى باب ٣٣ من ابواب مايكتسب به .

والقرينة على هذه الدعوى : قوله (ﷺ) فى صدر الرواية : نهى رسول الله (ص) عن كسب الاماء ، فانها ان لم تجد زنت ، مع انه لاشبهة فى نفوذ كسب الأمة باذن مولاها .

ويؤيد ماذكرناه : أن النبى (ص) قد قيد النهى عن كسب الأمة والغلام بعدم معرفتهما صناعة اليد ، فانه مع العلم بذلك لايقع الصبى على السرقة ، ولا أن الأمة تقع على الزناء ، لأنه - وقتئذ - ينتفى مايوجب السرقة والزناء : أعنى به الفقر ، ضرورة أنهما متمكنان من تحصيل المال .

وعلى الثانى فالمراد من كسب الغلام مايتحصله من الأموال بطريق الالتقاط ، أو الاستعطاء ، أو الحيازة من المباحات الأصلية ، كما أن المراد من كسب الأمة على هذا الاحتمال ماتتحصله باحدى الطرق المذكورة .

وعليه فحكمة النهى عن كسب الغلام صيانته عن الاسترقاق من الناس كما أن حكمة النهى عن كسب الأمة محافظتها عن الفجور .

وحينئذ فلا دلالة فى تلك الرواية على نفوذ معاملات الصبى .

هل يصح طلاق الصبي المميز ؟

الرابع : طلاق الصبى المميز .

قد وقع الخلاف فى ذلك بين الخاصة والعامة (١) .

---

(١) يشترط فى المطلق ان يكون بالغاً ، فلا يقع طلاق الصغير الذى لم يبلغ ولو مراهقاً مميزا ، ولا يحسب عليه طلاقه حال الصغر مطلقاً ولو كبر .

نعم الحنابلة قالوا : يقع طلاق المميز الذى يعرف معنى الطلاق وما يترتب عليه من تحريم زوجته ولو كان دون عشر سنين ، ويصح ان يوكل غيره بأن يطلق عنه ، كما يصح للغير ان يوكله فى الطلاق . فقه المذاهب ج ٤ ص ٢٨٤ .

فذهب جمع من أصحابنا القدماء والمتأخرين الى صحته .

وذهب المشهور من متأخريهم الى فساده .

ومنشأ الخلاف فى ذلك انما هو اختلاف الروايات .

وقد يقال : إن جملة منهـــا تدل على نفوذ طلاقه ، وجملة أخرى منها تدل على عدم نفوذه ، وبعد تعارض كلتا الطائفتين وتساقطهما يرجع الى العمومات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي حتى يحتلم .

والتحقيق : أن الذى ظهر لى من النظر فى الروايات أن الأخبار الواردة فى طلاق الصبى على أربعة أنحاء :

منها مادل (١) على نفوذ طلاق الصبى .

ومنها مادل (٢) على عدم نفوذه .

---

(١) عن سماعة قال : سألته عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته ؟ فقال : إذا طلق للسنة ووضع الصدقة فى موضعها وحقها فلا بأس وهو جائز . . موثق بسماعة وغيره . الفقيه ج ٣ من طبعة النجف باب طلاق الغلام ص ٣٢٥ . والكافي باب طلاق الصبيان ج ٦ من ط ٢ ص ١٢٤ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٠ .

(٢) عن ابي الصباح الكناني ، عن ابي عبد الله (ع) قال : ليس طلاق الصبي بشى . صحيح .

وعن ابي بصير ، عن ابي عبد الله (ع) قال : لايجوز طلاق الصبي ، ولا السكران موثق بابن سماعة وغيره . الكافي ج ٦ من ط ٢ باب طلاق الصبيان ص ١٢٤ .

وعن زكريا بن آدم ؛ قال : سألت الرضا (ع) عن طلاق السكران والصبي والمعتوه والمغلوب على عقله ومن لم يتزوج بعد ؟ فقال : لايجوز . مجهول بمحمد ابن سهل . الوافى ج ١٢ باب طلاق الصبي ص ١٦٧ .

ومنها مادل (١) على نفوذه اذا عقل .

ومنها مادل (٢) على نفوذه اذا بلغ عشر سنين .

وحيث لايحتمل أن يكون طلاق من بلغ عشراً ولم يعقل صحيحاً فلا بد من تقييد مادل على نفوذ طلاق الصبى اذا عقل بما دل على نفوذ طلاقه اذا بلغ عشراً وبذلك يقيد مادل على عدم النفوذ بغير من بلغ عشراً ، وعليه فيرتفع التعارض .

ولو سلمنا التعارض ، ولكن لابد من تقديم روايات النفوذ ، لأنها مخالفة لأكثر العامة .

---

(١) عن ابن بكير عن ابى عبد الله (ع) قال : يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل ، ووصيته وصدقته وإن لم يحتلم . موثق بابن بكير . فروع الكافي ج ٦ من ط ٢ باب طلاق الصبيان ص ١٢٤ . والوافي ج ١٢ باب ١٧٥ طلاق الصبي ص١٦٦

(٢) عن ابن ابي عمير عن بعض رجاله عن ابي عبد الله (ع) قال : يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين . مرسل . فروع الكافى ج ٦ من ط ٢ ص ١٢٤ . والوافي ج ١٢ ص ١٦٦ .

وعن محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن احمد بن محمد ، ومحمد بن الحسين جميعاً عن ابن فضال ، عن ابن بكير عن ابي عبد الله (ع) قال : يجوز طلاق الصبى إذا بلغ عشر سنين . موثق بابن بكير . التهذيب ج ٢ باب طلاق الصبي ص ٢٧٠ . والوسائل باب ٣١ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه .

قال سيدنا الاستاذ : إن هذه الرواية وإن كانت غير موجودة في نسخة الكافى ، إلا انه يحتمل ان يكون السقط من النساخ ، وقد اخرجها الشيخ ، وصاحب الوسائل من النسخة التي كانت هي موجودة فيها . ولكن الظاهر ان هذه هي رواية ابن ابي عمير المتقدمة وان هذا السند لحديث آخر المذكور قبلها ، وكأن السقط من النساخ ، كما يظهر من ملاحظة الكافي .

ثم انه يظهر من روايتي السراد والكناسي (١) أنه يجوز طلاق الغلام البالغ عشر سنين اذا أقر بذلك وأمضاه بعد البلوغ .

ولكن لا يمكن العمل بهما :

أما رواية السراد فهي رواية الفقيه عن محمد بن موسى المتوكل ، وهو لم يثبت توثيقه من القدماء ، نعم وثقه العلامة في رجاله ، إلا انه اجتهاد منه وهذا ظاهر .

أضف الى ذلك : أنها مخالفة للاجماع القطعي ، فان الفقهاء بين قائل بالصحة ، وبين قائل بالفساد ، واذن فلا واسطة بينهما .

---

(١) الحسن بن محبوب السراد ، عن ابن رئاب ، عن ابن مسكان ، عن الحلبي قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه في صغره ، ايجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ قال : فقال : اما التزويج فصحيح ، واما طلاقه فينبغي ان تحبس عليه امراته حتى يدرك فيعلم انه كان قد طلق فان اقر بذلك وامضاه فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب ، وإن انكر ذلك وابى ان يمضيه فهي امراته . الحديث . الوافي ج ١٢ باب ١٧٥ طلاق الصبي ص ١٦٦ .

وعن يزيد الكناسي ، عن ابي جعفر (ع) – في حديث تزويج الأب ابنته او ابنه – قال : قلت له : جعلت فداك فان طلقها في تلك الحال ولم يكن ادرك ايجوز طلاقه ؟ قال إن كان مسها في الفرج فان طلاقه جائز عليها وعليه وإن لم يمسها في الفرج ولم يلذ منها ولم تلذ منه فانها تعزل عنه وتصير إلى اهلها فلا يراها ولا تقربه حتى يدرك النساء ، فيسأل ويقال إنك كنت طلقت امراتك – فلانة فان هو اقر بذلك واجاز الطلاق كانت مطلقة بائنة وكان خاطباً من الخطاب التهذيب ج ٢ باب اولياء الصبيان ص ٢٢٢ . والوافي ج ١٢ ص ٦٥ .

أما رواية الكناسى المفصلة بين الدخول وعدمه فهى - مع أنها أيضاً لاقائل بمضمونها - ضعيفة السند ، لأن الكناسى لم يثبت توثيقه .

هل يعتبر في صحة العقد القصد

الى مدلوله ؟

قوله : (مسألة ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به) . أقول : قد اتفقت كلمات الأصحاب رضوان الله عليهم على هذا الشرط حتى أرسلوه فى كتبهم الفقهية إرسال المسلمات ، ولذا لم ينقل الخلاف - هنا - من أحد . بل فى التذكرة ادعى الاجماع على ذلك .

ولا يخفى عليك : أن الفقهاء وإن أصابوا فى أصل اعتبار القصد فى العقد ، إلا انهم قد أخطأوا فى أخذه من شرائط المتعاقدين أو العقد بل انما هو من مقوماته بحيث لايتحقق مفهومه بدون القصد .

وتوضيح ذلك إجمالا : أنا ذكرنا فى المباحث السابقة أن البيع - مثلا - ليس عبارة عن الانشاء الساذج . سواء أكان الانشاء بمعنى ايجاد المعنى باللفظ - كما هو المعروف بين الاصوليين وغيرهم - أم كان عبارة عن إظهار أمر نفسانى بمبرز - كما هو المختار عندنا - .

ولا أن البيع عبارة عن مجرد الاعتبار النفسانى من دون إظهاره فى الخارج بمبرز ، وإلا لزم تحققه بمجرد اعتبار البائع ملكية ماله لشخص آخر بازاء الثمن وإن لم يظهر اعتباره بمظهر خارجى ولا ريب أن كل ذلك بديهى البطلان .

بل حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار النفسانى المظهر بمبرز خارجى ، سواءاً أمضاه العرف والشرع أم لا ، وسواء أكان فى العالم شرع وعرف أم لا وهكذا الكلام فى سائر الامور الانشائية برمتها من العقود والايقاعات والأوامر والنواهى وغيرها ، وإذن فلا يوجد أى عقد أو ايقاع إلا بالقصد الذى هو فعل نفسانى مع اظهاره بمبرز خارجى ، واذا انتفى أحدهما انتفى الآخر فان المركب ينتفى بانتفاء أحد أجزائه .

أما ماأفاده صاحب المسالك من عدم تحقق القصد فى العقد الصادر من المكره أو الفضولى فسيأتى فساده فى أول بيع المكروه .

هل يعتبر تعيين المالك في صحة البيع ؟

هل يعتبر فى صحة البيع تعيين المالك ، وهل يلزم ذلك على المتبائعين ؟ تارة يقع الكلام فى المعاملة بالأعيان الشخصية ، واخرى فى المعاملة بالامور الكلية : بأن يكون المبيع أو الثمن كلياً .

أما الجهة الاولى فلا شبهة فى أن تعيين المالك ليس من مقومات البيع ولا من شرائطه ، بداهة أن البيع اعتبار تبديل شىء بشىء فى أفق النفس واظهاره بمبرز خارجى من اللفظ وغيره . ولا ريب فى أن هذا المعنى يتحقق بدخول العوض فى ملك من خرج عن ملكه المعوض وبالعكس ، بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن ، أو تعيين مالك المثمن ، ولم يقم دليل تعبدى على ذلك . ولا يفرق فيما ذكرناه بين صدور العقد من نفس المالكين وبين صدوره من غيرهما - كالوكيل والولى والفضولى - وعلى هذا الضوء فالقصد الى العوض وتعيينه يغنى عن القصد الى المالك وتعيينه . .

نعم يعتبر فى مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه وبالعكس ، والا فلا يصدق عليه البيع ، ضرورة أنه ليس الا تبديل شيء بشيء فى جهة الاضافة ، وعليه فلو اشترط على البائع دخول الثمن فى ملك الأجنبى أو اشترط على المشترى دخول المبيع فى ملك غيره كان ذلك موجباً لبطلان المعاملة . لكونه على خلاف مقتضى العقد .

نعم لو كان ذلك من قبيل الفوائد المترتبة على العقد لما كان الاشتراط ، أو القصد المزبورين من الامور اللاغية .

ومثال ذلك أن يشترى أحد من الخباز خبزاً ويشترط عليه أن يعطيه للفقير ، أو يتصدى هو بنفسه الاعطاء له ، فان الخبز يدخل فى ملك المشترى بالشراء وان كان ينتقل بعد ذلك الى الفقير بهبة ونحوها .

ثم لايخفى عليك: أن ماذكرناه من عدم اعتبار تعيين من يقع له العقد فى صحة البيع انما يجرى فى كل عقد لايكون القصد الى المالك ركنا من أركان العقد ، والا يبطل العقد بعرائه عن ذلك . كالزوجين فى عقد الزواج ، فانهما بمنزلة العوضين فى البيع ، ضرورة عدم حصول الغرض بصيرورة المرأة زوجا لرجل مبهم . وعدم صيرورة الرجل زوجا لامرأة مبهمة . وكذلك الموقوف عليه والموهوب له والموصى له والوكيل ، فانهم من الأركان فى الوقف والهبة والوصية والوكالة ، فلا ينعقد شيء منها بدون القصد الى هؤلاء ومن غير تعيينهم

أما الجهة الثانية فالكلى بما هو كلى لايمكن بيعه فى مقام الثبوت الا باضافته الى ذمة خاصة من الذمم ، اذ البيع - كما عرفته عند البحث عن تعريف البيع - تبديل شيء بشيء فى جهة الاضافة . ومن البين الذى لاريب فيه أن الكلى بما هو كلى غير مضاف الى أحد لكى يكون تبديله بشيء من قبيل تبديل شيء بشيء فى جهة الاضافة .

أضف الى ذلك أن الكلي مالم يضف الى ذمة شخص لايكون مالا ، ولا ملكا ، واذن فلا تقع المبادلة بين المالين . ولا يقاس ذلك بطلاق زوج من الأزواج . أو بعتاق مملوك من المماليك ، لصحة تعلق الطلاق والعتق بالجامع وهو عنوان احدى الزوجات ، أو أحد العبيد ، وعليه فيستخرج الواقع بالقرعة ، لأنها لكل أمر مشتبه . هذا كله فى مقام الثبوت .

أما فى مقام الاثبات فلا ريب فى اضافة الكلي الى البائع وانتساب البيع اليه بمجرد تكلمه بصيغة بعت ، لانصراف الاطلاق الى المنشىء انصرافا عقلائياً لأن فعل كل فاعل ينسب اليه ، ويحكم بوقوعه عنه مالم ينصب قرينة حالية أو مقالية على خلافه .

وقد اتضح لك مما تلوناه عليك وقوع الخلط بين مقامى الثبوت والاثبات فى كلام شيخنا الاستاذ ، واليك نص مقرر بحثه : (وأما اذا كان أحدهما كلياً فان كان الشخصى ملك شخصه وجب تعيين من يقع الكلي فى ذمته ، واما لو انعكس فلا يجب التعيين ، وذلك لأنه لو كان الشخصى ملك غيره تعلق الكلي بذمة نفسه ، لأن ذمة الغير يحتاج الى التعيين ، والا انصرف الى النفس حتى فيما لو كان وكيلا عن الغير) .

هل يعتبر في العقود تعيين من له العقد؟

هل يعتبر فى العقود تعيين من له العقد إثباتاً بناءاً على اعتبار قصده ثبوتا بأن يكون البائع عالماً بمن يقع الشراء له والمشترى عالماً بالبائع ؟ .

يقع البحث هنا فى جهات شتى ، وقد تعرض المصنف لبعضها وأغفل التعرض لبعضها الآخر .

الجهة الاولى : فى أنه اذا كان من له العقد مقصوداً للمتعاقدين ، ولم يتعين فى مقام العقد للآخر فالظاهر أن يحكم بصحة العقد ، لأن قصد المالك لباً وان كان ركنا فى العقد ، كما هو المفروض ، ولكن تعيينه للطرف فى المعاملة ليس بركن فيه ، لحصول الغرض الأقصى مع ابهامه - أيضا - فى مقام الاثبات وعليه فيصح أن يتوجه الموجب الى القابل ، ويخاطبه بقوله : بعتك منا من الحنطة بلا تصريح باسم من تكون الحنطة فى ذمته ، وانما يصرح باسمه بعد تمامية العقد .

أو يقول : وهبت هذا المال لمن قصدته ، ثم يبين الموهوب له .

أو يقول : زوجتك المرأة المعهودة عندى ، ويعينها بعد تمامية عقد الزواج . وهكذا الكلام فى ناحية القبول .

والوجه فى ذلك هو أن حقيقة البيع عبارة عن اعتبار التبديل بين شيئين وحقيقة الهبة عبارة عن اعتبار ملكية العين الموهوبة للمتهب ، وحقيقة الزواج عبارة عن اعتبار عدلية أحد الزوجين للآخر ، ولا شبهة فى تحقق تلك الحقائق بالصيغ المذكورة ، ولا يعتبر فيها معرفة الموجب لمن هو مقصود القابل ولا معرفة القابل لمن هو مقصود الموجب ، بديهة أن خصوصيات الأشخاص وان كانت دخيلا فى الأغراض الشخصية ، ولكنها غير دخيل فى حقيقة العقود ، ولا فى صحتها .

الجهة الثانية : أن يقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص ، وقصد القابل وقوعه لغيره ، والظاهر أنه لاريب فى بطلان ذلك ، لأن ما أنشأه الموجب لم يتعلق به القبول ، وما تعلق به القبول لم ينشئه الموجب ، سواء فى ذلك أن يكون من له العقد ركناً فيه - كالنكاح وما حذا حذوه ، وما لم يكن كذلك كالبيع وما تلا تلوه .

والسر فى ذلك ماعرفته قريباً من أن العقود عبارة عن الاعتبار النفسانى المقرون بالمظهر الخارجى من اللفظ وغيره ، فبانعدام أحد الأمرين تنعدم حقيقة العقد .

ثم لايخفى عليك : أن البحث فى هذه الجهة من صغريات البحث عن اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول ، وقد تقدم فى محله أنه اذا لم يرد الايجاب والقبول على محل واحد لم يكن أحدهما مطاوعة للآخر حينئذ فلا تتحقق المعاقدة بين المتعاقدين بل يكون ـ هنا ـ أمران لايتصل أحدهما بالآخر .

الجهة الثالثة : هل يجوز توجيه الانشاء الى المخاطب وقبوله لغيره مع عدم علم الموجب لذلك أو اسناد الايجاب الى نفسه فى ظاهر الكلام وقصد وقوعه عن غيره مع عدم علم القابل لذلك ، للمسألة صور .

الاولى : ان يعلم من الخارج عدم ارادة خصوص المخاطب لكل من المتعاملين كما هو الحال فى غالب البيوع والاجارات ونحوها ، فنى مثل ذلك لايعتبر علم كل من الطرفين لمن يقع له العقد واقعاً ، فلو قال بعتك هذه الدار بكذا ثم انكشف ان المشترى كان وكيلا لم يضر ذلك بالتطابق وبصحة العقد .

الثانية : ان يعلم من الخارج ارادة خصوص المخاطب ، كما فى النكاح والوقف والوصية ونحوها ، فنى مثلها لابد من اعتبار ذلك ، فلو قال زوجتك فلانة وقبل المخاطب لغيره بطل النكاح بلا إشكال ، لعدم المطابقة بين الايجاب والقبول

الثالثة : ان لايعلم من الخارج لاارادة الخصوصية ، ولاإرادة عدمها ، فالظاهر فى هذه الصورة أنه لابد من الاعتبار ، كما اختاره المصنف قدس سره وذلك لعدم احراز التطابق المعتبر فى صحة العقد فيما إذا قصد المخاطب شخصاً آخر مع عدم اعلام ذلك لطرف العقد ، فاذا لم يعلم ان الموجب ـ مثلا ـ قصد تمليك ماله للأعم من المخاطب وغيره لم يجز للمخاطب قبول التمليك لغيره .

بحث في عقد المكره

قوله : (مسألة ومن شرائط المتعاقدين الاختيار) . أقول : الفارق بين هذه المسألة والمسألة السابقة هو أن الكلام ـ هناك ـ مسوق لاعتبار قصد المعنى فى العقود ، إذ الاخلال به يوجب الاخلال بعناوين العقود كما عرفته آنفاً . بخلاف المقام ، فان البحث ـ هنا ـ فى لزوم كون القصد ناشئاً من الاختيار وإذن فالمسألتان متغائرتان .

ثم إن المراد من الاختيار الذى نبحث عن أعتباره فى العقد ـ هنا ـ هو صدور الفعل من العاقد عن الرضاء وطيب النفس مقابل الكراهة وعدم الرضاء لا الاختيار مقابل الجبر والالجاء ، وإلا لكان عقد المكره خارجاً عن العقد موضوعاً ، لخلوه عن القصد المعتبر فى حقيقة العقد .

ثم إنه قد جرت عادة الفقهاء على البحث عن عقد المكره فى كتاب الطلاق ولعله لورود الروايات الكثيرة على بطلان طلاق المكره . وإلا فلا اختصاص لذلك بالطلاق .

إذا عرفت ذلك فاعلم : أنه اتفق الأصحاب على بطلان عقد المكره أما عند العامة فلا يصح بيع المكره (١) .

---

(١) الحنابلة ـ قالوا : يشترط في البيع ان يكون العاقدان مختارين ظاهراً وباطناً ، فاذا كانا مختارين في الظاهر فقط كأن اتفقا على بيع عين لأحدهما فراراً من ظالم يريد اغتصابها . . فان هذا البيع يقع باطلا ، ولا ينعقد ، لأنهما وإن تعاقدا باختيارهما ظاهراً ، ولكنهما في الباطن لا يريدان هذا البيع ، ويسمى ـ

ولاطلاقه (٢) على تفصيل فى المذاهب .

. بيع التلجئة والأمان .

اما اذا باع شيئا فراراً من ظالم ونحوه من غير ان يتفق مع المشتري على ان ان هذا بيع تلجئة وامانة فان البيع يقع صحيحاً ، لأنه صدر من غير اكراه في هذه الحالة .

الحنفية ـ قالوا : إن كل عقد يكره عليه الشخص ينعقد ، لأن القاعدة عندهم في المكره ان كل مايكره على النطق به ينعقد . . فاذا اكرهه ظالم على بيع ملكه ، فان البيع ينعقد فاسداً ، ويملك المشتري ملكا فاسداً وللمكره ان يجيز البيع بعد زوال إكراهه ، وله ان يسترد العين حيث وجدها .

الشافعية ـ قالوا : بيع المكره لاينعقد رأساً إلا إذا قصد ايقاع العقد ونواه حال الاكراه ، فانه فى هذه الحالة لايكون مكرهاً .

المالكية ـ قالوا : الاكراه الذي يمنع نفاذ البيع هو الاكراه بغير حق فقه المذاهب ج ٢ ص ١٦١ .

(٢) الحنفية ـ قالوا : طلاق المكره يقع خلافا للأئمة الثلاثة ، فلو اكره شخص آخر على تطليق زوجته بالضرب او السجن او اخذ المال وقع طلاقه .

المالكية ـ قالوا : لايقع الطلاق على المكره . . حتى لو اكره ان يطلق طلقة واحدة فاوقع اكثر فانه لايلزمه شيء ، لأن المكره لايملك نفسه كالمجنون

الشافعية ـ قالوا : طلاق المكره لايقع بشروط : احدها ان يهدده بالايذاء شخص قادر على تنفيذ ماهدده به عاجلا .

ثانيها : ان يعجز المكره عن دفعه بهرب او استغاثة بمن يقدر على دفع الايذاء عنه .

ثالثها : ان يظن المكره انه إن امتنع عن الطلاق يلحقه الايذاء الذى هددوه به ـ

هل المكره قاصد الى اللفظ دون المعنى ؟

قبل الاستدلال على المقصود يحسن بنا التعرض لما ذكره فى المسالك من أن المكره والفضولى قاصدان إلى اللفظ ، لا إلى مدلوله . وقد أشرنا اليه فى مطلع المسألة السابقة . ووعدنا لك ـ هناك ـ التعرض له فى هذه المسألة ـ وهنا ـ موعده .

وربما يستظهر رأى صاحب المسالك من كلام العلامة ـ أيضاً ـ فى التحرير من أنه لو اكره الزوج على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوعه ، إذ لا إكراه على القصد .

ولكنه لا وجه صحيح لهذا الاستظهار ، فان الظاهر من العلامة هو التفصيل فى المكره بالفتح بين المتمكن من التورية ، وبين غير المتمكن منها بأنه إن كان

ـ رابعها : ان يكون الاكراه بحق ، فاذا اكره على الطلاق بحق فانه يقع .

خامسها : ان لا يظهر من المكره نوع اختيار ، كما اذا اكره على ان يطلقها ثلاثاً فطلق واحدة .

سادسها : ان لا ينوي الطلاق ، فان نواه في قلبه وقع ، اما التورية فانها غير لازمة .

الحنابلة ـ قالوا : طلاق المكره لا يقع بشروط : احدها ان يكون بغير حق ثانيها : ان يكون الاكراه بما يؤلم . ثالثها : ان يكون المهدد قادراً على فعل ماهدد به . رابعها : ان يغلب على ظن المكره انه ان لم يطلق يقع به الايذاء . خامسها : ان يكون عاجزاً عن دفعه ، وعن الهرب منه . فقه المذاهب ج ٤ ص ٢٨٤ .

الزوج قادراً على التورية وطلق زوجته من غير أن يورىء فى إنشائه فيحكم بصحة طلاقه ، وإن لم يكن قادراً عليها وطلق زوجته ـ وقتئذ ـ فيحكم بفساد طلاقه . ومن البيّن أن هذا المعنى غير مربوط بما تضمنه كلام الشهيد الثانى فى المسالك .

وكيف كان فقد ذكر جمع من الأصحاب وجوهاً فى توجيه مافى المسالك ونقتطف منها مايلى :

١ ـ أن الصادر من المكره والفضولى إنما هو مجرد اللفظ بلا توجه إلى معناه . أما المكره فلأنه لايقصد وقوع النقل والانتقال خارجا . وإنما غرضه الانشاء الساذج دفعاً للخوف المتوعد عليه من ناحية الجائر .

أما الفضولى فلأنه يعلم جزماً عدم ترتب الأثر على عقده مع قطع النظر عن امضاء المالك ، وعليه فيكون إنشاؤه خالياً عن قصد المعنى .

أما ماذكر فى المكره فيتوجه عليه : أن عقد المكره كسائر أفعاله التكوينية الصادرة منه كرهاً ، كالأكل والشرب والقيام والقعود ونحوها ، ولا نظن أن يتفوه أحد بصدورها من المكره بغير قصد . وكذلك العقد . غاية الأمر أنه لم ينشأ من الرضاء وطيب النفس .

على أن المكره لايقدر غالباً على قصد خصوص اللفظ دون المعنى ، لعدم الالتفات اليه .

ويضاف إلى ذلك أن انتفاء قصد المعنى يقتضى انتفاء حقيقة العقد ، لما عرفته فى المسألة السابقة من استحالة تحقق العقد بدون القصد ، ومعه لامجال للبحث عن اعتبار الاختيار فيه . لأن موضوع البحث فى عقد المكره إنما هو العقد الجامع للشرائط غير الرضاء بالعقد . ولاجل ذلك يحكم عليه بالصحة

اذا لحق به الرضاء وإذا كان خالياً عن القصد لم يكن قابلا للحكم عليه بالصحة أبداً لأنك عرفت أن عنوان العقد لا يتحقق بدون القصد وإذا تحقق فى الخارج ماليس بعقد لم يكن ذلك عقداً بالرضاء المتعقب - أيضاً - لأن الشيء لاينقلب عما هو عليه . مع أن المشهور حكموا بصحة عقد المكره بالرضاء المتعقب . نعم قد يتعلق قصد المكره بخصوص اللفظ كما فى التورية . ولكنه خارج عن مورد البحث .

أما ماذكر فى الفضولى فيتوجه عليه : أن عقد الفضولى - أيضاً - مقترن بالقصد وإلا لاستحال تأثيره بالاجازة - أيضاً - على ماعرفته قريباً .

ومع الاغضاء عن ذلك : أن ماذكر من التوجيه لكلام الشهيد انما يتم فى غير الفضولى المعتقد لمالكية نفسه ، أما فيما اذا اعتقد الفضولى أنه مالك فلا شبهة فى حصول القصد الى المعنى .

وعلى الجملة فلا اشكال فى تحقق القصد فى المكره والفضولى كتحققه فى غيرهما .

٢ - ماذكره المصنف وهذا نصه : (المراد بعدم قصد المكره عدم القصد الى وقوع مضمون العقد فى الخارج . وأن الداعى له الى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج ، لا أن كلامه الانشائى مجرد عن المدلول) .

ويرد عليه أنه ان كان مراده من عدم القصد الى وقوع مضمون العقد فى الخارج هو عدم وجود الاعتبار النفسانى فهو بديهى البطلان ، لما عرفته قريباً من تحقق القصد فى المكره . وأن عقده من هذه الناحية كسائر العقود الصادرة من المختارين .

وان كان مراده من ذلك هو عدم القصد الى امضاء الشارع وحكمه بصحة

العقد ، لكي يترتب عليه الأثر . بل قصده الى الحصة الفاسدة .

فيتوجه عليه أولا : أن هذا أخص من المدعى ، لأن المكره قد لايلتفت الى فساد العقد شرعاً . بل يتخيل صحته . وعليه فهو قاصد لترتب الأثر الشرعي أيضاً .

ثانياً : أن ذلك لايضر بصحة العقد ، فان قوام البيع - كما ذكرناه - انما هو باعتبار المبادلة بين المالين في أفق النفس ، واظهاره في الخارج بمظهر - سواء أمضاه الشارع ، أم لم يمضه وسواء أالتفت المنشيء الى ذلك أم لم يلتفت اليه .

وعلى الجملة : ان الأحكام الشرعية المترتبة على العقود والايقاعات خارجة عن حقيقتها .

ولأجل ذلك لو أنشأ عقداً فاسداً باعتقاده - كما اذا تعامل مع أبيه معاملة ربوية ، ثم انكشف جواز ذلك - لم يحكم بفساده ، واذن فلا أثر لقصد الامضاء الشرعي وعدمه .

٣ - ماذكره شيخنا الاستاذ من (أن المكره لم يقصد ماهو ظاهر انشاء كل منشيء من رضائه بوقوع المدلول في الخارج ، كما أن الفضولي لم يقصد ماهو ظاهر المعاملة من وقوعها لنفسه) .

وبتعبير آخر : ان ظاهر كلام العاقد هو وقوع انشائه بالرضاء وطيب النفس ، وأن ماأنشأه من العقد مستند الى نفسه . ولكن الأول منفي في المكره والثاني منفي في الفضولي ، لأنهما لم يقصدا ذلك .

ويرد عليه أولا : أن هذا أخص من المدعى ، فان هذا لو سلم فانما يسلم مع عدم التفات الناس الى حال المكره والفضولي والا لم يكن القصد مخالفاً لظهور كلامه

ثانياً : أن عدم ظهور عقد المكره في طيب نفسه ، وعدم ظهور عقد الفضولي في البيع لنفسه أجنبيان عن قصد العاقد للفظ دون معناه .

وعلى الجملة إنه : لم يتحصل لنا معنى معقول من كلام الشهيد من أن المكره والفضولى قاصد ان إلى اللفظ دون مدلوله . وهو (ره) أعرف بمقاله .

وقد ظهر لك مما تلوناه عليك : فساد ماذكره النراقى فى المستند من أن الوجه فى بطلان البيع الاكراهى هو عدم وجود مايدل على قصد البيع ، حيث ان اجراء الصيغة مع الاكراه غير كاشف عن القصد ، فلا يكون من البيع العرفى ، لأنه يعتبر فيه أن يكون ـ هناك ـ كاشف عن كونه مريداً لنقل الملك وكونه مكرهاً قرينة على عدم ارادة ظاهر اللفظ .

مااستدل به على بطلان بيع المكره

قد ظهر لك من مطاوى ماذكرناه : أن مقتضى القاعدة هو صحة بيع المكره فانه عقد عرفى فيشمله مادل على وجوب الوفاء بالعقد . ولكن استدل على فساده بوجوه وهى مايلى :

الوجه الأول : الاجماع .

ويرد عليه : أن الاجماع وإن كان مسلماً ولكننا لا نطمئن بكونه اجماعا تعبدياً ، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك المجمعين الوجوه الآتية .

الوجه الثانى : قوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض (١) وقد ذكرنا فى المباحث السالفة أن دخول الباء المفيدة للسببية فى كلمة الباطل ، ومقابلتها فى الآية مع التجارة عن تراض قرينتان على أن الآية الشريفة فى مقام تمييز الأسباب الصحيحة عن الأسباب الفاسدة .

ثم إن المراد من الأكل فى الآية المباركة ليس هو الازدراد ـ على ماهو

(١) سورة النساء الآية : ٢٩ .

معناه الحقيقي - وإنما هو كناية عن تملك مال الناس من غير استحقاق شرعي . سواء أكان المال المزبور من المأكولات أم كان من غيرها . وقد تعارف استعمال كلمة الأكل في التملك في الكتاب الكريم وفي كلمات الفصحاء . بل وفي غير العربية أيضاً . ومن ذلك قوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون (١) .

ثم إن الاستثناء في الآية المباركة سواء أكان متصلا - كما هو الظاهر - أم كان منقطعاً يفيد حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض :

أما على الأول فواضح .

وأما على الثاني فلأن الاستثناء المنفصل وان كان لا يفيد الحصر بنفسه ولكن الله تعالى حيث كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات - وفصل صحيحها عن فاسدها ، وكان الاهمال مخلا بالمقصود - فلا محالة يستفاد الحصر من الآية بالقرينة المقامية .

ونتيجة ما ذكرناه حول الآية الكريمة : أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من أسباب المعاملات إلا أن يكون السبب المملك هو التجارة عن تراض ومن الواضح الذي لا ريب فيه أن بيع المكره لا يعد من التجارة عن تراض ، فيكون فاسداً .

ثم لا يخفى على الفطن العارف : أن المراد من الرضاء المذكور في الآية المتقدمة هو طيب النفس ، لا الرضاء بمعنى القصد والارادة ، أو الملازم لهما ، فان ما هو شرط لصحة التجارة هو الأول . أما الثاني فانه مقوم للعقد ، فقد عرفت أن الله تعالى في مقام بيان الميز بين السبب الصحيح والسبب الباطل للمعاملات . ومع عدم تحقق العقد لا يبقى مجال لتقسيم أسباب المعاملات إلى الصحيح والفاسد .

---

(١) سورة البقرة الآية : ١٨٨ .

أضف الى ذلك : أن العقد من الامور القصدية المظهرة بمظهر خارجي فلا يعقل صدوره من غير القاصد . وعليه فلو كان المراد من الرضاء فى الآية القصد والارادة ، أو مايلازمهما لكان ذكره فيها مستدركا . لأن كلمة التجارة المذكورة فيها تغنى عن ذكر كلمة الرضاء . تعالى كلامه سبحانه عن ذلك علواً كبيرا . وعليه فالمراد من الرضاء فى الآية الشريفة انما هو طيب النفس ، لا القصد والارادة .

ويحسن بنا توضيح ذلك اجمالا فنقول : ان الأفعال الاختيارية الصادرة من الأشخاص المختارين انما تستند الى مقدمات طولية كلها موجودة فى أفق النفس : منها التصور . ومنها التصديق بالفائدة . ومنها الميل ، ومنها الشوق المؤكد المعبر عنه غالباً بالارادة التى هى تأثير النفس فى حركة العضلات . ولا شبهة فى أن الفعل اذا عرى عن القصد والاختيار لحق بالأفعال غير الاختيارية

ثم ان الفائدة المترتبة على الفعل الاختيارى على ثلاثة أقسام :

الأول : الفائدة الخالصة المترتبة على الفعل الخارجى . وذلك كالربح المترتب على التكسب والاتجار . وكالتلذذ المترتب على أكل المطعومات . وكحرارة البدن المترتبة على لبس الألبسة ، والى غير ذلك من الأمثلة .

الثانى : أن تكون الفائدة المترتبة على الفعل مما يدفع به الضرر الخارجى المتوجه الى الشخص ، بأن يكون اختيار هذا الفعل لأجل قضاء الضرورة من دون أن تكون هذه الضرورة من ناحية الظالم ونحوه .

ومثال ذلك : أن يضطر أحد الى بيع داره لصرف ثمنها فى علاج مريضه المشرف على الهلاك أو للانفاق على عياله ، أو لأداء الدين الواجب أو لدفع جريمة ثبتت عليه فى المحكمة الخاصة . ومن هذا القبيل أن يطلب الجائر من شخص مالا لايتمكن منه الا ببيع داره أو كتبه أو متاع بيته أو

أشباه ذلك ، فان الاجبار انما يكون بالنسبة الى دفع المال ، لا بالنسبة الى بيع ماذكر .

الثالث : أن تكون الفائدة المترتبة على الفعل دفعاً لضرر الظالم الناشىء من ترك الفعل ـ لامن الجهات الخارجية . ومثال ذلك أن يحمل الجائر أحداً على فعل خاص مع الايعاد على تركه بالضرب أو القتل أو نحوهما ، فان نفس الفعل ـ هنا ـ وان صدرت بمقدماته الاختيارية التى أشرنا اليها قريباً . ولكن الفاعل لم يرض به .

ويتضح الفارق بين هذا القسم وبين سابقه بملاحظة مايلى : وهو أن الظالم اذا أكره أحداً على بيع داره ، وأوعده بالضرب على تركه حكم بفساد البيع لخلوه عن الرضا المعتبر فى صحة البيع . وهذا بخلاف مااذا أكرهه بداءة على اعطاء ألف دينار . وكان سبيل نجاته عن هذه الغرامة هو بيع داره فانه حينئذ يحكم بصحة البيع لوقوعه برضا المالك وطيب نفسه . غاية الأمر أن الداعى الى البيع انما هو الاضطرار . وأيضاً أن الفارق بينهما كالفارق بين من فسد جزء من أجزاء بدنه بحيث انحصر علاجه بقطعه والا يهلك . وبين من أجبره الجائر على قطع إصبعه ، وإلا يقتله ، فان الشخص الأول مبتهج بقطع عضوه بخلاف الثانى . وهذا واضح .

وقد اتضح لك مما بيناه : أن مانحن فيه من القبيل الثالث ، لأن البيع الصادر من المكره كرهاً كسائر أفعاله الاختيارية مسبوق بالمقدمات ، من التصور والتصديق بالفائدة والميل والارادة التى هى بمعنى الاختيار . ولكن هذا البيع الصادر من المكره فاقد للرضا وطيب النفس . وعلى هذا فعنوان التجارة لايتحقق الا بالارادة والاختيار . فبيع المكره تجارة غايته تجارة عن غير تراض .

الوجه الثالث : مما استدل به على فساد بيع المكره ـ الروايات (١) الدالة على حرمة التصرف فى مال غيره الا بطيب نفسه ، ومن الظاهر أنه لو كان بيع المكره نافذاً لكان سبباً لحلية ماله للمشترى بغير الرضاء وطيب النفس

الوجه الرابع : الروايات (٢) الدالة على بطلان طلاق المكره وعتاقه فانها وان وردت فى الطلاق والعتاق ، ولكنها بضميمة عدم القول بالفصل بينهما وبين غيرهما من العقود والايقاعات تدل على المقصود .

الوجه الخامس : مادل (٣) على رفع الاكراه فى الشريعة المقدسة .

---

(١) قد تقدمت هذه الروايات في الجزء الثاني في ص ٦٣٨ .

(٢) عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله « ع » ، قال : سمعته يقول : لو ان رجلا مسلماً مر بقوم ليسوا بسلطان فقهروه حتى يتخوف على نفسه ان يعتق او يطلق ففعل لم يكن عليه شيء . مرسل .

وعن زرارة عن ابي جعفر « ع » قال : سألته عن طلاق المكره وعتقه ؟ فقال : ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق . حسن بابراهيم بن هاشم .

وعن يحيى بن عبد الله بن الحسن عن ابي عبد الله « ع » قال سمعته يقول لايجوز الطلاق فى استكراه ، ولا يجوز عتق في استكراه . . وانما الطلاق ماأريد به الطلاق من غير استكراه ولا اضطرار . ضعيف بيحيى . الكافي ج ٦ من ط ٢ باب طلاق المكره ص ١٢٧ . والوافي ج ١٢ باب طلاق المكره ص ١٦٧

(٣) عن حريز بن عبد الله ، عن ابي عبد الله « ع » قال : قال رسول الله «ص» : رفع عن امتي تسعة : الخطأ ، والنسيان ، وما اكرهوا عليه ، وما لايطيقون ، وما لايعلمون ، وما اضطروا اليه ، والحسد ، والطيرة ، والتفكر فى الوسوسة في الخلق مالم ينطق بشفة . مجهول باحمد بن محمد بن يحيى العطار . توحيد الصدوق باب الاستطاعة ص ٣٦٤ . والخصال ج ٢ ابواب التسعة ص ٤٤ . والبحار ج ١ ص ١٥٦ . والوسائل باب ٣٧ من قواطع الصلاة . ـ

ووجه الاستدلال به على بطلان عقد المكره هو ماذكرناه فى علم الاصول من أنه لااختصاص لحديث الرفع بالأحكام التكليفية . بل يعم الأحكام الوضعية ـ أيضاً ـ كما أنه لا اختصاص له بمتعلقات الأحكام ، بل هو يجرى فى الموضوعات أيضاً ، فان فعل المكلف كما يقع متعلقاً للتكليف كذلك يقع موضوعا له ، وعليه فاذا اكره المكلف على ايجاد الموضوع لحكم ، كالافطار فى شهر رمضان ، أو إنشاء بيع ارتفع حكمهما .

وعلى هذا فلا احتياج فى الاستدلال بحديث الرفع على بطلان بيع المكره الى التمسك باستدلال الامام عليه السلام بذلك على بطلان اليمين بالطلاق والعتاق(١)

وباب ٣٠ من ابواب الخلل في الصلاة . وباب ٥٦ من جهاد النفس . والفقيه ج ١ من طبعة النجف ص ٣٦ .

وعن احمد بن محمد بن عيسى فى نوادره عن اسماعيل الجعفى عن ابي عبدالله «ع» قال : سمعته يقول : وضع عن هذه الامة ست خصال : الخطأ ، والنسيان وما استكرهوا عليه ، وما لايعلمون ، وما لايطيقون ، وما اضطروا اليه .

وعنه عن الحلبي عن ابي عبد الله « ع » قال : قال رسول الله «ص» : وضع عن امتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه .

وعنه عن ربعي ، عن ابي عبد الله «ع» قال : قال رسول الله «ص» : عفى عن امتي ثلاث : الخطأ ، والنسيان ، والاستكراه ، قال ابو عبد الله «ع» وهنا رابعة وهي مالايطيقون .

وعن احمد بن ابي عبد الله فى المحاسن ، عن ابيه ، عن صفوان بن يحيى . واحمد بن محمد بن ابي نصر جميعاً عن ابي الحسن «ع» في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق . وصدقة مايملك ايلزمه ذلك ؟ فقال : لا . قال رسول الله «ص» : وضع عن امتي ما اكرهوا عليه . ومالم يطيقوا . وماأخطأؤا صحيح . الوسائل باب ١٦ من كتاب الايمان .

(١) هذا الخبر مذكور فى رواية البرقي المتقدمة في الحاشية السابقة

مع ضميمة عدم القول بالفصل ـ بينهما وبين سائر العقود والايقاعات ـ الى الاستدلال المزبور .

كما لانحتاج الى القول بأن اعراض الامام عليه السلام عن الحكم ببطلان العتاق والطلاق بدءاً الى التمسك بحديث الرفع شاهد صدق على شمول ذلك الحديث لأمثال الموارد .

ولا احتياج الى شيء منهما وإن كان كل منهما تاماً فى نفسه .

وعلى الجملة : إنه لاشبهة فى دلالة حديث الرفع على بطلان عقد المكره

ماهو حكم المعاملة الصادرة من المضطر ؟

بقى هنا أمران يحسن بنا التعرض لهما :

الأول : أنه قد يتوهم أنه إذا ثبت بطلان بيع المكره من جهة حديث الرفع فلا بد وأن يحكم بفساد العقود والايقاعات الصادرة من المضطر ـ لأجل الاضطرار ـ لعين ذلك الحديث ، وقد تقدم مثاله قريباً .

ولكنه يندفع بأن حديث الرفع وارد فى مقام الامتنان ، ومن الواضح أن الحكم بفساد معاملة المضطر على خلاف الامتنان ، وعليه فلا تكون المعاملة الاضطرارية مشمولة لحديث الرفع .

ماهو حكم المعاملة الصادرة من

المكره بحق ؟

الثانى : أن حديث الرفع انما يدل على بطلان عقد المكره فيما اذا كان [illegible] اذا كان المكره (بالكسر)

الله تعالى بلسان سفرائه الطاهرين ، فانه ـ وقتئذ ـ لايحكم بفساد العقد الواقع كرهاً ، ولا يكون ذلك مشمولا لحديث الرفع فان ذلك اكراه بحق فلا يمنع عن نفاذ البيع وإلالزم أن يكون حكمه سبحانه بوقوع العقد الاكراهى لغواً محضاً تعالى عن ذلك علواً كبيراً . وقد تحقق هذا المعنى فى موارد شتى ، ونذكر منها مايلى :

١ ـ أن يحكم القاضى ببيع ملك المديون لايفاء الغرماء حقوقهم ، فانه اكراه بحق لايمنع عن نفاذ البيع ، بل يقع معه صحيحاً نافذاً .

٢ ـ الظاهر أنه لاخلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم فى اجبار المحتكر على بيع مااحتكره من الطعام فيما اذا لم يوجد الباذل . بل عن المهذب البارع الاجماع عليه . وعن التنقيح عدم الخلاف فى ذلك وقد وردت جملة من الروايات فى ذم المحتكر ، وحرمة الاحتكار . وكونه من الجرائم الموبقة ويأتى البحث عن ذلك فى أواخر كتاب البيع انشاءالله .

٣ ـ أن لاينفق الرجل على من تجب نفقته عليه من الأب والام والأولاد والأزواج وغيرهم ، فانه حينئذ يجبر هذا الشخص الممسك على بيع أمواله وصرف ثمنها فى نفقة هؤلاء . ولايؤثر هذا الاكراه فى بطلان بيعه ، لما عرفته قريبا فى المحتكر .

٤ ـ أنه اذا امتنع الراهن من أداء دينه فانه يجبره الحاكم على بيع العين المرهونة وأداء دين المرتهن من ثمنها . فلا يؤثر الاكراه فى فساد بيعه .

ثم انه بقى هنا شىء آخر لا بأس بالتعرض له . وهو أن المحقق الايروانى قد استدل على فساد عقد المكره بما حاصله : أن عنوان المعاملة لايتحقق عرفاً بانشاء المكره ، بداهة أنه وان قصد المعنى قلباً ، وتكلم باللفظ لساناً ، إلا أنه لارابطة بينهما لباً ، ضرورة أنه لم يأت باللفظ لأجل المقدمية والتوصل

الى المعنى لكى يكون ذلك وسيلة الى تحقق عنوان المعاملة ، بل انما أتى به بداع آخر . وعليه فقصد المكره للمعنى ، كالقصد الساذج الخالى عن الانشاء . كما أن انشاءه كالانشاء الساذج الخالى عن القصد . واذا لم يتحقق - هنا - عنوان المعاملة لم يترتب عليه أثر شرعى .

ولكن يتوجه عليه ماعرفته مراراً من أن عنوان أى عقد أو ايقاع انما يتحقق بالاعتبار النفسانى ، وابرازه بمبرز خارجى من اللفظ وغيره . ولاريب فى أن هذا المعنى متحقق فى عقد المكره ، غاية الأمر أنه فاقد لطيب النفس ، إلا أنه غير دخيل فى عنوان العقد ، وانما هو دخيل فى صحته .

ويضاف الى ذلك : أنه لو لم يكن انشاء المكره مربوطاً بالقصد وكان كل منهما غريباً عن الآخر كما يرومه المستدل كان عقد المكره فاسداً من ناحية انتفاء موضوع العقد ، لامن ناحية الكره . وقد عرفت آنفاً أن محل بحثنا انما هو فيما يكون العقد واجداً لسائر مايعتبر فيه غير طيب النفس والرضاء .

هل يعتبر فى الاكراه وجود حامل على المكره عليه ؟

قوله : (إن حقيقة الاكراه لغة وعرفاً حمل الغير على ما يكرهه) .

أقول : هل يعتبر فى مفهوم الاكراه وجود شخص حامل على الفعل المكره عليه بحيث لولاه لما كان - هنا - اكراه كما هو الظاهر من المصنف أم لا يعتبر ذلك فى مفهومه ، بل يكفى فيه مجرد الاعتقاد بوجود المكره (بالكسر) وان كان الاعتقاد المزبور مخالفاً للواقع ؟ .

ويحسن بنا أولا : أن نقدم مقدمة فى طليعة البحث عن ذلك وملخصها : أن النسبه بين عنوان الكراهة وعدم طيب النفس هى العموم المطلق ، ضرورة أنه كلما تحقق ـ هنا ـ كره تحقق عدم طيب النفس . بخلاف العكس ، فانه قد لا يوجد الكره ولكن يتحقق عدم الرضاء وعدم طيب النفس ـ كما اذا تخيل أحد أن الجائر أجبره على بيع داره أو طلاق زوجه أو عتاق عبده ـ وفعل ذلك ثم تبين أنه ليس هنا مكره (بالكسر) ـ فان عنوان الاكراه وان كان غير متحقق فى المقام واقعاً ولكن لم يوجد هنا رضاء أيضاً بالمعاملة .

وقد يتوهم أن النسبة بين عنوان الاكراه وبين عدم الرضاء هى العموم من وجه ، اذ قد يتحقق الاكراه ولا يتحقق عدم الرضاء ، كما اذا باع أحد داره برضاه ثم علم بوجود المكره فى الواقع بحيث لو لم يفعله لقتله .

ولكنه توهم فاسد بديهة أن حقيقة الاكراه متقومة بوجود المكره (بالكسر) واقعاً ، وعلم المكره (بالفتح) به فاذا انتفى أحدهما انتفى عنوان الاكراه .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه إن كان الدليل على بطلان معاملة المكره هو حديث الرفع فلا مناص عن التكلم فى حقيقة الاكراه ، وبيان مايعتبر فيها من القيود والشرائط ، لكى يتضح ماهو المقصود من الحديث المزبور .

وان كان الدليل على بطلان معاملة المكره هو عدم اقترانها بالرضاء وطيب النفس فلا نحتاج الى البحث عن حقيقة الاكراه فان المدار فى صحة معاملات المكره وفسادها ـ وقتئذ ـ انما هو وجود طيب النفس وعدمه ، وعليه فيحكم بفساد العقد الصادر من شخص بتوهم ان الجائر قد أمره بذلك ، وأوعده على تركه بالضرب والقتل ونحوهما ـ وان كان اعتقاده هذا موافقاً للواقع ـ فان العقد المزبور فاقد لطيب النفس . نعم اذا طابق اعتقاده الواقع

اجتمعت حقيقة الاكراه مع عدم طيب النفس :

وعلى الجملة : إن الميزان فى بطلان بيع المكره انما هو عراؤه عن طيب النفس ، سواء أاستند ذلك الى مجرد الخوف من دون أن يكون ـ هناك ـ مخوِّف ، ام استند الى خوف مستند الى الجائر .

هل يعتبر في تحقق الاكراه الوعيد من الآمر ؟

قوله : (ويعتبر فى وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه)

أقول : هل يعتبر فى تحقق الاكراه الوعيد من الآمر ، أم يكفى فى ذلك توجه الضرر على المكره (بالفتح) ولو من ناحية غير الآمر ؟ .

الظاهر من المصنف هو الاول .

وقال السيد ـ عند قول المصنف : اقترانه بوعيد منه ـ : (فعلى هذا لايصدق على ماأشرنا اليه سابقاً من طلب الغير منه فعلا إذا خاف من تركه الضرر السماوى ، أو ضرراً من جانب شخص آخر اذا اطلع على ذلك مع عدم توعيده . بل وكذا إذا فعل الفعل لا بأمر الغير لكن خاف منه الضرر . . وحينئذ فالاقدام على الفعل قبل إطلاع الجائر بتخيل أنه إذا اطلع على الترك أو صل اليه الضرر لايعد من الاكراه) .

وتبعهما فى ذلك شيخنا الاستاذ ، واليك نص مقرر بحثه : (يعتبر توعيد الطالب على الترك ، ثم يعتبر الظن أو الاحتمال العقلائى على ترتب ذلك الوعيد على الترك فمجرد أمر الغير مع عدم اقترانه بتوعيد منه لايدخل فى موضوع البحث وإن خاف من تركه ضرراً سماوياً أو الضرر من شخص آخر غير الآمر) .

ولكن التحقيق : أن يحكم بفساد العقد إذا ترتب على تركه الضرر ولو من ناحية غير الآمر ، كما إذا أمره ابن السلطان ببيع ماله فباعه خوفاً من الضرر المتوجه اليه من ناحية السلطان إذا علم بمخالفة أمر ولده .

ولا يفرق فى ذلك بين كون المدرك لبطلان عقد المكره هو حديث الرفع ، وبين كونه عدم طيب النفس :

أما على الثانى فواضح .

أما على الأول فلما عرفته من أن حقيقة الاكراه حمل الغير على فعل مع الايعاد على تركه بالضرر سواء أكان الضرر متوجهاً اليه من الآمر ، أم كان متوجهاً اليه من غيره .

نعم اذا كان الوعيد بالضرر السماوى ، كما إذا أمر أحد من أولياء الله شخصاً خاصاً ببيع داره ، وإلا طلب من الله تعالى أن يمطر عليه حجارة من السماء ، أو يرسل عليه ريحاً عاصفة فباعها خوفاً من الغضب الالهى ، فان البيع المذكور يحكم بصحته ، لما عرفته ـ قريباً ـ من أن المرفوع بحديث الرفع إنما هو الاكراه من ناحية العباد ، لا الاكراه من ناحية الله سبحانه . وهذا ظاهر .

هل يعتبر في الاكراه العلم بترتب الضرر على ترك المكره عليه ؟

هل يعتبر فى صدق الاكراه العلم أو الظن بترتب الضرر على ترك المكره عليه ، أم يكفى فى ذلك مجرد الاحتمال ؟ .

ذكر المصنف : أنه يعتبر فى ذلك كون الضرر مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل بحيث يضر بحال الفاعل ، أو بحال من يتعلق به ، أو يضر بماله .

وقد اكتفى شيخنا الاستاذ فى صدق الاكراه على ذلك باحتمال ترتب الضرر على ترك المكره عليه ، وقد عرفت عبارة مقرر بحثه آنفاً .

وهذا هو الصحيح ، لما عرفته ـ قريباً ـ من أن المدار ـ فى فساد عقد المكره ـ على انتفاء طيب النفس ، وهو حاصل بمجرد الخوف النفسانى الحاصل من وعيد الآمر ، ومعه لادليل على اعتبار العلم بالترتب أو الظن به ، بل يكفى فى ذلك مجرد الاحتمال العقلائى .

ثم ذكر السيد : (أنه لابد فى صدق الاكراه من كون الضرر المتوعد به مما لم يكن مستحقاً عليه ، فلو قال : إفعل كذا وإلا قتلتك قصاصاً . . . أو وإلا طالبتك بالدين الذى لى عليك ونحو ذلك لايصدق عليه الاكراه) .

وقد يناقش فيه بأن المعاملة ـ عند ئذ ـ فاقد لطيب النفس والرضاء . فتكون فاسدة .

ولكن الظاهر : أن ماذكره السيد هو الصحيح ، وذلك من جهة أن أن الاكراه ينصرف عرفا الى غير ذلك ، وعلى فرض عدم الانصراف فالحديث لايشمله ، لأنه على خلاف الامتنان .

وتوهم : أن المعاملة ـ حينئذ ـ فاقدة لطيب النفس مدفوع بان دفع الضرر المستحق عليه أقوى سبب لتحقق الرضاء بالمعاملة ، فان الضرر اذا كان مستحقاً عليه لزمه الالتزام به بحكم الشارع ، أو دفعه عن نفسه باختياره وبالتراضى بينه وبين من يستحق عليه .

هل يعتبر في الاكراه عدم امكان التفصي عن الضرر ؟

قوله : (ثم إنه هل يعتبر في موضوع الاكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن ذلك الضرر المتوعد بما لا يوجب ضرراً آخر) . أقول : هل يعتبر في موضوع الاكراه عدم امكان التفصي عن الضرر المتوعد به بتورية أو بغيرها أم لا يعتبر ذلك في موضوعه ، بل يعتبر في حكمه : أعني به الأثر المترتب على الاكراه من بطلان المعاملة وغيره . أم يفصل بين المعاملات وغيرها ، ويلتزم بعدم الاعتبار في الأول دون الثاني ، أم يفصل بين التورية وغيرها ، ويلتزم - في تحقق مفهوم الاكراه - باعتبار العجز عن غير التورية دونها ، أم لا يعتبر شيء من المذكورات ؟ .

وقبل التعرض لتلك الوجوه يحسن بنا أن نقدم أمام البحث بيان حقيقة التورية : وهي في اللغة بمعنى الستر والاخفاء وإلقاء كلام ظاهر في معنى وإرادة خلاف ظاهره . مع إخفاء القرينة على المراد ، فكأن المتكلم وارى مراده عن المخاطب باظهار غيره . وخيّل اليه أنه أراد ظاهر كلامه .

وقد ذكر الطريحي في مجمع البحرين ورّيت الخبر بالتشديد تورية اذا سترته وأظهرت غيره ، حيث يكون للفظ معنيان أحدهما أشيع من الآخر وتنطق به وتريد الخفي .

وفي القاموس : ورّاه تورية أخفاه .

وفي تلخيص المفتاح : ومنه التورية وتسمى الايهام - أيضاً - وهو أن يطلق لفظ له معنيان قريب وبعيد ويراد البعيد . . الخ .

ولكن لايخفى عليك : أن التورية كما تتحقق فى الأقوال كذلك تتحقق فى الأفعال ـ أيضاً ـ ولاوجه لتخصيصها بالأولى كمايلوح من ظاهر تفاسير القوم

أما جريانها فى الأقوال فكما اذا أرادأحد أن ينكر مقالته الصادرة منه فيقول : علم الله ماقلته ، حيث يظهر كلمة الموصول على صورة أداة النفى . ويخيّل الى السامع أنه ينكر كلامه الصادر منه .

ومن هذا القبيل ماذكره سلطان العلماء والمحققين فى حاشيته على المعالم عند البحث عن المجمل من أنه سئل أحد العلماء عن على عليه السلام وأبى بكر بانه أيهما خليفة الرسول صلى الله عليه وآله فقال : من بنته فى بيته .

ومنه قول عقيل عليه السلام : أمرنى معاوية أن ألعن علياً ألا فالعنوه .

ومن القبيل المذكور ماسئل بعض الشيعة عن عدد الخلفاء فقال : أربعة أربعة أربعة ، وقصد من ذلك الأئمة الاثنى عشر ، وزعم السائل أنه أراد الخلفاء الأربع .

ثم لايخفى عليك : أن الكلام الذى يورّى به قد يكون ظاهراً فى بيان مراد المتكلم ، ولكن المخاطب لغباوته وقصور فهمه لايلتفت اليه ، ولاريب أن مثل ذلك خارج عن حدود التورية موضوعا . وإنما هو كسائرالخطابات الصادرة من المتكلم فى محاوراته ومحادثاته .

ومنه مانقل عن بعض الأجلة أن شخصا اقترح عليه أن يعطيه شيئاً من الدراهم ويعينه بذلك ، وكان المسؤول يرى السائل غير مستحق لذلك فالقى السبحة من يده على الأرض وقال : والله ان يدى خالية ، وتخيل السائل من كلامه أنه غير متمكن من اعطاء سؤله وقضاء حاجته .

أما جريان التورية فى الأفعال فهو من الوضوح بمكان وان لم يتعرض له من فسر التورية وبيّن حقيقتها .

ومثال ذلك : أن يكره الجائر أحداً على شرب الخمر ، فأخذها المكره (بالفتح) وأهرقها على جيبه ، وخيّل الى الجائر أنه شربها .

وأن يكره أحداً على أخذ أموال الناس بالظلم والعدوان . فاخذ المكره (بالفتح) مال الظالم سراً ودفعه اليه جهراً ، ويخيّل اليه أنه أخذه من الناس وأعطاه اياه .

وأن يأمر أحد عما له أن يضرب مظلوماً فى الليل المظلم ، فيورى العامل فى فعله بضرب سوطه على الجدار ، ويأمر المظلوم بالنياحة والبكاء لكى يفهم الظالم أنه يضربه . والى غير ذلك من الأمثلة .

وعليه فاذا قلنا بوجوب التورية فى الكلام مع التمكن منها قلنا به فى الأفعال ـ أيضاً ـ فان سبيلهما واحد . وهذا واضح لاستار فيه .

ثم انه فصّل المصنف ـ هنا ـ بين المعاملات وغيرها ، حيث اعتبر العجز عن التفصى فى حقيقة الاكراه فى الثانى دون الأول .

وملخص كلامه : أن المناط فى الاكراه الرافع لأثر المعاملات إنما هو عدم طيب النفس بمفاد المعاملة . ولاريب أن هذا المعنى قد يتحقق مع امكان التفصى .

ومثاله : أنه لو جلس أحد فى مكان خاص فاكرهه الجائر على بيع داره فان المكره بالفتح وان كان له فى غير هذا المكان خدم يكفّونه عن شر المكره (بالكسر) إلا أنه يكره الخروج عن مكان جلوسه ولا يتمكن فى هذه الحالة من دفع ضرر الجائر عن نفسه ، وعليه فالاكراه بمعنى عدم طيب النفس متحقق هنا ، وحينئذ فيحكم بعدم ترتب الأثر على هذه المعاملة الصادرة من المكره .

وهذا بخلاف الاكراه على أمر محرم كالكذب وشرب الخمر والزناء

وأشباهها فان الشخص المزبور فى المثال المذكور لا يعذر بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل فان المناط فى الاكراه ـ المعتبر فى تسويغ المحرمات ـ هو الاكراه بمعنى الجبر . والمناط فى الاكراه ـ المعتبر فى رفع الأثر عن المعاملات ـ هو عدم طيب النفس كما عرفته قريباً وكم فرق بينهما .

ويدل على التفرقة بين المقامين خبر ابن سنان قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : لا يمين فى غضب ولا فى قطيعة رحم ، ولا فى جبر ، ولا فى إكراه قال : قلت أصلحك الله فما فرق بين الاكراه والجبر ؟ قال : الجبر من السلطان يكون ، والاكراه من الزوجة والأب والام وليس ذلك بشىء (١) حيث ان الظاهر من هذا الخبر هو أن مايرفع أثر المعاملات انما هو الاكراه بمعنى عدم طيب النفس وان لم يتوجه على ترك المكره عليه ضرر ـ كما فى اكراه الأب والام والزوجة ـ فيكون أوسع دائرة من الاكراه المسوغ لسائر المحرمات .

ولكن يتوجه عليه أولا : أن معنى الاكراه هو حمل الغير على مايكرهه مع الايعاد على تركه . ولا ريب أن هذا المعنى ينطبق على جميع موارد الاكراه بنسق واحد من دون فارق بين المعاملات والمحرمات . وعليه فمجرد مقابلة الاكراه مع الاجبار ـ فى الرواية ـ لاتدل على التفرقة بين المعاملات والمحرمات بل غاية مايستفاد منها أن دائرة الاكراه الرافع لأثر المعاملات أوسع من دائرة الاجبار المسوغ للمحرمات ، فانه يتسامح فى الأول بما لايتسامح فى الثانى .

ويضاف الى ذلك : أنه لم يذكر فى الرواية أن الاجبار يكون فى

---

(١) الفقيه ج ٣ من طبعة النجف باب ٩٨ الايمان ص ٢٣٥ . وفروع الكافى ج ٧ من ط ٢ باب مالايلزم من الايمان ص ٤٤٢ . والتهذيب ج ٢ كتاب الايمان ص ٣٢٨ . والوافى ج ٧ ص ٩٢ .

المحرمات فقط ، بل المذكور فيها هو بيان الفارق بين السلطان . وبين الأب والام والزوجة وعليه فما ذكره المصنف ـ فى المثال المزبور من بيان المائز بين المعاملات وبين المحرمات ـ لا يبتنى على أساس صحيح ، بل كما لا يسوغ مع الاكراه ـ المذكور فى المثال ـ ارتكاب المحرمات كذلك يحكم ـ معه ـ بنفوذ المعاملات بديهة أن الاكراه إنما يؤثر فى فساد المعاملة اذا كانت المعاملة المكره عليها فاقدة لطيب النفس من ناحية الخوف المستتبع لترتب الضرر على الترك ، ولم يقدر المكره (بالفتح) على دفعه عادة ومن البيّن الذى لا ريب فيه أن طيب النفس متحقق فى المثال ، لتمكن البائع من عدم البيع ، ولو بالاستنصار من خدمه وعشيرته لكى يدفعوا عنه الضرر .

ثانياً : أنه لا دلالة فى الرواية المذكورة على التفرقة بين المقامين ، ضرورة توجه الضرر على ترك المكره عليه فى الأمثلة التى ذكرت فى الرواية كيف فان ترك ما يريده الأب أو الام أو الزوجة قد يوجب اختلال العيش واضطراب الفكر ، بل ربما ينجر ذلك الى ما هو أعظم من ذلك ، وإذن فتبعد الرواية عن اثبات صدق الاكراه بدون توجه الضرر على ترك المكره عليه .

أضف الى ذلك : أن الرواية ضعيفة السند ، فان الراوى عن ابن سنان هو عبد الله بن القاسم ، وهو اما مجهول أو ضعيف .

ثم ان المصنف قد فصّل ـ هنا ـ تفصيلا آخر وهو التفصيل بين العجز عن التفصى بالتورية وغيرها ، حيث اعتبر الثانى فى مفهوم الاكراه دون الأول

وحاصل كلامه : أن الظاهر من النصوص والفتاوى هو عدم اعتبار العجز عن التورية فى موضوع الاكراه أو حكمه ، إذ من البعيد جزماً أن يحمل عموم حديث الرفع ، وخصوص النصوص ـ الواردة فى طلاق المكره

وعتقه والشهرات المدعات فى حكم المكره ـ على صورة العجز عن التورية ، لجهل أو دهشة ، بل مورد بعضها يأبى عن الحمل المذكور ، كما يتضح ذلك لمن يراجعها .

ويضاف الى ذلك : أن القدرة على التورية لايخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفا ، بداهة أن الأصحاب ـ وفاقا للشيخ فى المبسوط ـ جعلوا من شروط تحقق الاكراه علم المكره أو ظنه بوقوعه فى الضرر المتوعد به مع الامتناع عن ايجاد المكره عليه ، ومن البيّن أنه لاشبهة فى وجود الملازمة بين امتناع المكره (بالفتح) عن الفعل المكره عليه ، وبين وقوعه فى الضرر الذى هو المعتبر فى صدق الاكراه ـ مع التمكن من التورية ، كما لاشبهة فى انتفاء هذه الملازمة مع التمكن من غيرها . وإذن فموضوع الاكراه متحقق فى الأول فيلحقه حكمه ، دون الثانى مع أن العجز عنها لوكان معتبراً لاشير اليها فى قضية عمار وأبويه (١) .

ولكن يتوجه على ذلك : أنه لم يتضح لنا الفارق بين امكان التفصى بالتورية وغيرها ، فكما لايتحقق مفهوم الاكراه فى الثانى ، كذلك لايتحقق مفهومه فى الأول ـ أيضا ـ .

---

(١) قصة عمار على ماروواها المفسرون في شأن نزول قوله تعالى : « إلامن اكره وقلبه مطمئن بالايمان » ـ سورة النحل ، الآية : ١٠٦ ـ ان قريشاً اكرهوه وابويه ياسر وسمية على الارتدادفأبى ابواه فقتلوها ، وهما اول شهيدين في الاسلام ، واعطاهم عمار بلسانه ماارادوا مكرهاً فقيل : يارسول الله ان عماراً كفر فقال : كلا ان عماراً ملىء ايماناً من قرنه الى قدمه ، واختلط الايمان بلحمه ودمه ، فاتى عمار رسول الله «ص» وهو يبكى ، فجعل النبي (ص) يمسح عينيه وقال : مالك إن عادوا لك فعدهم بما قلت .

ومن هنا لو اكره أحد على شرب الخمر مع تمكنه من مراقبته على جيبه حرم عليه شربها جزما وقد تقدم أن التورية كما تجرى فى الأقوال تجرى فى الأفعال ـ أيضا ـ .

وكذا لو اكره الجائر أحداً على ارتكاب محرم أو ترك واجب ثم غاب عنه بحيث لا يلتفت الى حاله . وأنه يفعل الفعل المكره عليه أو لا يفعله ، فان أحداً لم يتوهم تحقق الاكراه ـ هنا ـ مع أن الملازمة المزبورة متحققة ـ هنا ـ فى مورد المثالين جزما .

ويضاف الى ذلك : ماذكرناه سابقا من أن المناط فى بطلان معاملة المكره إنما هو انتفاء طيب النفس والرضاء كما بنى عليه المصنف فيما سبق ، ومن الواضح أن طيب النفس متحقق فيمن تمكن من التفصى بالتورية ، ومعه كيف يتحقق الاكراه .

أما ماذكره من التمسك باطلاق حديث الرفع وسائر الروايات الواردة فى طلاق المكره ، وعتاقه والنصوص الواردة فى تجويز الحلف الكاذب بدعوى أن الظاهر منها هو عدم اعتبار العجز عن التفصى فى حكم المكره عليه .

فيتوجه عليه : أن التمسك بذلك إنما هو بعد احراز الموضوع : أعنى به تحقق الاكراه ، وقد عرفت عدم تحققه مع التمكن من التفصى .

أما ماذكره من أن العجز عن التورية لو كان معتبراً فى رفع الاثر عن الفعل المكره عليه لاشير اليه فى قضية عمار وأبويه من جهة شفقة النبى صلى الله عليه وآله عليه .

فيتوجه عليه أولا : أن عظمة عمار ونبوغه فى العلم والتقوى مانعة عن تكلمه بكلمة الكفر مع قصده الى معناها ، بل هو لم يتكلم بكلمة الكفر إلا اظهاراً بلسانه ، وكان قلبه مطمئناً بالايمان ، وعليه فشأن تكلمه بكلمة الكفر

شأن تكلم الكفار بكلمة الشهادة عند الخوف والدهشة من غير إرادة جدية، وإذن فلم تكن حاجة الى التنبيه .

ثانيا : أن الرسول ﷺ وان لم ينبه عماراً على التورية ، وأغفل تعليمه إياها ولكنه من جهة عدم مشروعيتها فى أمثال المقام ، فان اظهار الكفر - ولو مع التورية - محرم فى نفسه ، لأنه هتك لله سبحانه وتجاسر لعظمته . وكذلك التكلم بكلمة الفحش وأشباهها . ومن البديهى أنه لو جازت التورية فى اظهار كلمة الكفر عند التقية لجازت مطلقا ولو فى غير حال التقية .

ومن العجب : أن المصنف ذكر أنه لو سلم اعتبار العجز عن التفصى بالتورية فى موضوع الاكراه وحقيقته كان مقتضى عموم حديث الرفع وخصوص النصوص الواردة فى طلاق المكره وعتاقه ومعاقد الاجماعات والشهرات المدعات إلحاق القادر بالعاجز حكما ، إذ من البعيد جداً حمل جميع ذلك على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة ، بل لايمكن الالتزام بهذا الحمل فى بعضها من جهة المورد ، كما لايخفى على من راجعها .

ووجه العجب : أنا لم نجد رواية تدل على الحاق غير المكره بالمكره حكما .

أما حديث الرفع وما ورد فى طلاق المكره فلم يذكر فى هذه الروايات إلا مادة الكراهة وما يقتطف منها ، ولاتعرض فيها لبيان موضوع الاكراه ولا لتنزيل غير المكره منزلة المكره حكما .

وأعجب من الكل دعواه الاجماع على التنزيل مع أنا لم نر من ذلك فى كلمات الفقهاء عيناً ولا أثراً .

بحث في الاكراه على أحد الأمرين

العرضيين

قوله : (أما لو كانا عقدين أو ايقاعين كما لو اكره على طلاق احدى زوجتيه فقد استشكل غير واحد) أقول : تحقيق البحث - فى المقام - أنه اذا كان المكره عليه أحد الأمرين على سبيل التخيير دون الواحد المشخص فهل يتحقق الاكراه باختيار كل منهما ، ويترتب عليه أثره أم لا ؟

تحقيق ذلك يقع فى ناحيتين :

الاولى فى الأفراد العرضية .

والثانية فى الأفراد الطولية .

أما الناحية الاولى فقد ادعى بعض الأصحاب عدم تحقق الاكراه فيما اذا كان المكره عليه هو الجامع بين الأمرين أو امور كثيرة ، بداهة أن الفاعل مخير فى اختيار أيهما ، فيكون صدوره منه بطيب نفسه ورضاه ، فيحكم بصحته إن كان ذلك معاملة ، وبحرمة الاتيان به إن كان من المحرمات .

وقد ناقش فيه المصنف بالنقض بـ (أنه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقق الاكراه أصلا ، إذ الموجود فى الخارج دائماً احدى خصوصيات المكره عليه ، إذ لايكاد يتفق الاكراه بجزئى حقيقى من جميع الجهات . نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية وان كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك بمعنى : أن وجوده الخارجى ناشىء عن اكراه واختيار ، ولذا لايستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل ، ويستحقه باعتبار الخصوصية) .

والجواب عن هذه المناقشة : أنه فرق بين وقوع الاكراه على بيع الدار

وبين وقوعه على طلاق احدى الزوجتين ، أو عتاق أحد العبدين ، فان المكره عليه وإن كان كلياً فى كلا الموردين ، إذ لم يلاحظ بيع الدار من شخص خاص ولا فى وقت معين ، إلا أن خصوصية كل فرد من طلاق احدى الزوجتين أو عتاق أحد العبدين محط نظر المكره (بالكسر) وهذا بخلاف الخصوصيات الموجودة فى بيع الدار ، فانها عوارض فردية وخارجة عن مورد الاكراه ، فالقياس مع الفارق .

والتحقيق فى المقام : أنا قد ذكرنا ـ فى مبحث الواجب التخييرى من علم الاصول : أن الواجب ـ هنا ـ هو الجامع العنوانى الانتزاعى ، وهو مفهوم أحدهما الصادق على كل منهما ، إذ لاريب فى إمكان تعلق الطلب بأحد الفعلين أو الأفعال على البدل ، ضرورة أنه لايعتبر فى متعلق الوجوب أن يكون من الكليات المتأصلة ، بل يجوز أن يكون من الكليات الانتزاعية ، وإذا فرض ترتب الغرض الواحد على أحد الفعلين ، أو الأفعال على البدل ، فانه لابد وأن يكون متعلق الايجاب ـ أيضاً ـ كذلك .

أضف إلى ذلك : أنه لاشبهة فى إمكان تعلق الصفات الحقيقية ذوات الاضافة بأحد الأمرين أو الامور ، كما إذا علمنا بفسق أحد الرجلين مع احتمال فسق الآخر ـ أيضاً ـ وكان كلاهما فاسقاً فى الواقع ، فان متعلق العلم ـ هنا ـ هو أحد الفسقين على نحو الابهام والاجمال ، لعدم تعينه فى الواقع . وإذا أمكن تعلق الصفات الحقيقية ذوات الاضافة بأحد الامرين أو الامور أمكن ذلك فى الامور الاعتبارية ـ أيضاً ـ جزماً .

ومقامنا هذا نظير الواجب التخييرى ، فانه إذا اكره أحد على الاتيان بأحد الأمرين أو اضطر الى ذلك كان الاكراه أو الاضطرار على الجامع ، لاعلى خصوص كل فرد من الأفراد ، وهذا المعنى لاينافى وجود الطبيعة الكلية

فى ضمن كل فرد من الأفراد فان لازم ذلك أن كل فرد مصداق للمكره عليه لا أن يكون بنفسه مكرهاً عليه ، للفرق الواضح بين تعلق الاكراه بشيء بداءة وبين تعلقه به بواسطة الكلى ، فان اختيار أى فرد من الأفراد بعد تعلق الاكراه بالكلى من باب الاضطرار .

ومن هنا اتضح لك الفارق بين الاكراه على بيع الدار ، وبين الاكراه على تطليق احدى الزوجتين ، أو عتاق أحد العبدين ، بديهة أن الأول بنفسه مورد للاكراه دون الثانى ، فان مورد الاكراه فيه هو الجامع ، وأما كل من الخصوصيتين فهو غير واقع تحت الاكراه .

وقد ظهر لك مما بيناه فساد ماذكره المحقق الايروانى من أن الأشخاص تعد مكرهاً عليها بالاكراه على القدر المشترك .

وإذا عرفت ماتلوناه عليك فاعلم : أنه إذا تعلق الاكراه بالقدر المشترك بين الفعلين ، فاما أن يكون كلاهما من المحرمات التكليفية أو يكون كلاهما عقداً أو يكون أحدهما عقداً والآخر محرماً ، أو يكون أحدهما عقداً والآخر مباحا أو يكون أحدهما محرماً والآخر مباحا .

فان كان كلا الأمرين حراماً تكليفياً ـ وكانا متساويين فى ملاك التحريم ولم يكن أحدهما أشد مبغوضية من الآخر فى نظر الشارع ـ كان المكره (بالفتح) مخيراً فى اختيار أى منهما ، ضرورة أن نسبة المكره عليه ـ وهو الجامع ـ الى كل منهما على حد سواء .

وإن اختلفت الأفراد ولم تكن متساوية الأقدام فى ملاك التحريم ، فانه ـ وقتئذ ـ لابد وأن يختار ما كان أقل مبغوضية .

ومثال ذلك ماإذا اكره شخص على شرب أحد الانائين ، وكان أحدهما نجساً والآخر نجساً ومغصوباً ـ معاً ـ فان الاكراه ـ هنا ـ انما يتعلق بشرب النجس

فلايجوز للمكره (بالفتح) أن يشرب ماهو مغصوب ونجس .

وهكذا لو أكره شخص على شرب أحد المايعين ، وكان أحدهما خمراً والآخر متنجساً ، فانه لايسوغ له أن يختار شرب الخمر ، لعدم كونه بالخصوص مورداً للاكراه ، بل لابد له من اختيار مايكون ملاك المبغضوضية فيه أقل وأخف

وقد انجلى لك مما ذكرناه أنه اذا اكره شخص على أحد الفعلين وكان أحدهما مباحا والآخر حراماً لم يكن المكره عليه مخيراً فى الاتيان بأى منهما بل لابد له من اختيار المباح ، كما إذا أكره شخص على شرب أحد الكأسين وكان أحدهما ماء والآخر خمراً لم يجز له شرب الخمر - حينئذ - بزعم تعلق الاكراه به بواسطة تعلقه بالقدر المشترك بينهما .

وإن كان كلا الأمرين عقداً أو ايقاعاً ، أو كان أحدهما عقداً والآخر ايقاعا فان كان الأثر مترتباً على أحدهما دون الآخر - بأن اكره على البيع الصحيح أو الفاسد ، واختار المكره (بالفتح) إنشاء البيع الصحيح - حكم بصحته ، لأنه لم يصدر من المكره كرهاً بل إنما صدر منه باختياره وطيب نفسه ، فلا وجه لبطلانه .

وإن كان الأثر مترتباً على كل منهما - من غير أن يختص أحدهما بخصوصية زائدة - كان الجامع بالنسبة اليهما متساوى الأقدام ، - وحينئذ - فيصير كل واحد من الأمرين مصداقا للمكره عليه : أعنى به الجامع . وقد عرفت أن مجرد كون الشيء مصداقا للمكره عليه وإن لم يوجب ارتفاع الحكم ، ولكن حيث كان المكره (بالفتح) مضطراً إلى اختيار أحدهما فارتفع عنه الحكم من من جهة الاضطرار .

وبعبارة اخرى : أن الاكراه قد تعلق بداءة بالقدر المشترك بين الأمرين ، والقدر المشترك لايتحقق إلا فى ضمن أحدهما ، لاستحالة وجود

الطبيعي في الخارج بدون أفراده وإذن فالمكره مضطر الى ايجاد أحد الأمرين لاعلى التعيين ، لأن تركهما معاً يستلزم توجه الضرر عليه ، ومن الظاهر أن الاضطرار يوجب ارتفاع الحكم الوضعي والتكليفي ، كما أن الاكراه يوجب ذلك .

لايقال : إن الاضطرار الى ايقاع عقد أو معاملة لايوجب ارتفاع أثره ـ كما تقدم ـ فكيف يحكم بالبطلان في المقام من جهة الاضطرار .

فانه يقال : فرق واضح بين مانحن فيه ، وبين ماتقدم ، حيث إن الاضطرار ـ هناك ـ انما نشأ من الجهات الخارجية ، كالانفاق للزوجة ، وعلاج المريض ، وبناية الدار ، وخياطة الثوب ، وأشباه ذلك ، وبيع الدار ـ مثلا ـ وسيلة الى دفع الاضطرار .

وهذا بخلاف المقام ، فان الاضطرار فيه قد نشأ من الاكراه ، وهو متفرع عليه ، ومن ثم كان الحكم بالبطلان في المقام موافقاً للامتنان بخلاف ماتقدم .

واذا اكره على أحد الفعلين ، وكان أحدهما مباحا ـ كشرب الماء ـ والآخر معاملة ـ كبيع الدار ـ واختار المكره (بالفتح) المعاملة لم يحكم ببطلانها بداهة أنها لم تكن بخصوصها مورداً للاضطرار . ولا متعلقاً للاكراه ، اذ كان للمكره أن يختار شرب الماء ، فاختياره بيع الدار ناشيء من الرضاء وطيب النفس .

ومن هنا اتضح لك حكم مالو اكره على الجامع بين البيع الصحيح والبيع الفاسد ، فان ماتعلق به الاكراه ـ أعني به الجامع ـ لاأثر له لكي يرتفع بالاكراه وماله الأثر ـ وهو الصحيح ـ لاإكراه عليه حتى يوجب ارتفاع أثره وإن كان هو أو مقابله مما لابد من تحققه ، ولكنك قد عرفت أن مجرد اللابدية لايوجب تحقق الاكراه ، وإنما يوجب تحقق الاضطرار ، ومن الواضح أن الاضطرار

كما يندفع باختيار الفرد الصحيح كذلك يندفع باختيار الفرد الفاسد أيضاً .

وعليه فاختيار الفرد الصحيح إنما نشأ من الرضاء وطيب النفس ، فيحكم بصحته .

وقد اتضح لك مما ذكرناه : أنه لو اكره شخص على ايجاد أحد الأمرين ، إما بيع شيء من أمواله ، أو أداء مال مستحق عليه فاختار المكره (بالفتح) البيع لما حكم ببطلانه .

وكذا لو اكره الراهن - عند حلول أجل الدين - على بيع العين المرهونة أو بيع غيرها مما لا يستحقه المرتهن واختار الراهن الثاني لحكم بصحته .

ومن هنا علم انه لو اكره أحد إما على بيع داره أو على بيع دار صاحبه فضولا فباع دار نفسه ، فانه لا يحكم بفساده ، إذ لا محذور عليه - هنا - فى إنشاء البيع الفضولى ، لأن هذا لا يعد تصرفا فى مال غيره لكى يكون من قبيل الاكراه على أحد الأمرين الذين يكون أحدهما مباحا والآخر محرماً بل هو بمنزلة الاكراه إما على بيع الدار ، أو على شرب الماء ، فاذا اختار بيع الدار وترك شرب الماء حكم بصحته ، لأنه لم يصدر إلا من الرضاء وطيب النفس لا من الجبر والاكراه .

واذا اكره على أحد الأمرين مع كون واحد منهما معاملة - كبيع الدار - والآخر حراماً - كشرب الخمر أو ترك واجب كالصلاة ونحوها - فالكلام فيه يقع فى جهتين : الاولى فى الحكم التكليفى . والثانية فى الحكم الوضعى :

أما الجهة الاولى فلا شبهة فى حرمة الاقدام على الحرام وترك المعاملة بداهة أن البيع بنفسه أمر مباح كسائر المباحات الشرعية ومن الواضح أنه لا يسوغ ترك المباح والاقدام على الحرام عند دوران الأمر بين ارتكاب أحدهما ، إذ الحرام ليس بنفسه مورداً للاضطرار ولا متعلقاً للاكراه ،

بل يمكن التفصي عنه بفعل المباح ، وقد عرفت ذلك فيما سبق .

أما الجهة الثانية فالظاهر أن يحكم ببطلان البيع مع الاقدام عليه لصدوره من المكره كرهاً ، لامن الرضاء وطيب النفس فيشمله دليل رفع الاكراه .

وبعبارة اخرى أنه اذا اكره أحد إما على فعل الحرام أو على بيع داره ـ مثلا ـ وترتب الضرر على ترك المكره عليه ـ كان متعلق الاكراه هو البيع فقط ، بداهة أن الاقدام على الحرام بنفسه ضرر مترتب على ترك البيع ، واذن فيرتفع أثر ذلك البيع بحديث الرفع . والى هنا انتهى الكلام فى الأفراد العرضية

بحث في الاكراه على أحد الأمرين الطوليين

أما الناحية الثانيـــة ـ : أى البحث فى الأفراد الطولية ـ فهل يجرى فيها جميع ما أسلفناه فى الأفراد العرضية أم كان حكم الاكراه والاضطرار ـ هنا ـ منحصراً بالفرد الأخير أم يفصل بين المعامـــلات والمحرمات ، فيحكم بحرمة المبادرة الى فعل المحرمات وبجواز الاقدام على المعاملات ؟ .

ذهب شيخنا الاستاذ الى الأخير واليك نص مقرر بحثه : (والظاهر فى هذه الصورة (: أى فى الاكراه على الافراد الطولية) الفرق بين المحرمات والمعاملات ، فلو كان مكرها ، أو مضطراً الى شرب الخمر موسعا فلا يجوز له المبادرة اليه فى أول الوقت ، سواء احتمل التخلص منه لو أخره أم لم يحتمل إذ لابد من ارتكاب المحرم من المسوّغ له حين الارتكاب ، فاذا لم يكن حين الشرب ملزماً فاختياره فعلا لايجوّز له . . . وأما لو كان مكرها فى بيع داره موسعا فلو كان مأيوساً من التخلص عنه فاقدامه على البيع فى أول الوقت لايخرجه عن الاكراه ، وأما لو احتمل التخلص فلو باع أول الوقت فهو مختار والفرق واضح) .

وقد ذكر فى مبحث التزاحم من علم الاصول : أنه اذا كانت القدرة فى

كل من الواجبين شرطاً عقلياً وكان أحد الواجبين أهم من الآخر ، فيقدم فيه الأهم على غيره .

والسر فيه أن الأهم بما هو كذلك يصلح أن يكون معجزاً مولوياً للمكلف عن الطرف الآخر ، دون العكس ، فتكون نسبة الأهم الى غيره كنسبة الواجب الى المستحب أو المباح ، فكما لا يمكن أن يكون المباح أو المستحب مزاحما للواجب كذلك لا يمكن أن يكون المهم مزاحما للاهم ، ولا يفرق فى ذلك بين كون المتزاحمين عرضيين ، وبين كونهما طوليين ، كما لا فرق بين كون خطاب كل من المتزاحمين الطوليين فعلياً وبين كون أحدهما فعلياً ، دون الآخر مع تمامية ملاكه .

أقول : أما ما أفاده من القاعدة الكلية فى مزاحمة الأهم والمهم فهو متين جداً . وقد قررناه فى المبحث المذكور من علم الاصول .

أما ماذكره من التفصيل بين المعاملات وغيرها فلا يرجع الى معنى محصل بداهة أن الاتيان بالفرد المتقدم مع سعة الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكره عليه ولا المضطر اليه لكى يرتفع حكمه ، سواء أكان ذلك من قبيل المعاملات ، أم كان من قبيل الامور المحرمة ، فان الذى يترتب عليه الضرر انما هو ترك المجموع ، لا ترك خصوص الفرد الأول ، وعليه فلا ملزم له فى فعله .

نعم اذا تركه لزمه الاتيان بالفرد الأخير من جهة ترتب الضرر على تركه .

وعلى هذا فلو اكره أحد على بيع داره إما يوم الجمعة ، أو يوم السبت فبادر الى بيعها يوم الجمعة فانه يحكم بصحة هذا البيع ، لصدوره عن الرضاء وطيب النفس .

وكذا اذا اكره على فعل المحرم اما يوم الجمعة ، أو يوم الخميس ، فانه

لاتجوز المبادرة الى فعل ذلك يوم الخميس ، إذ لامانع عن توجه النهي الى المكره ـ عندئذ ـ وعليه فتعلق الاضطرار فى الأفراد الطولية انما هو الفرد المتأخر فقط ، سواء فى ذلك المعاملات وغيرها .

ماهو حكم الاكراه على ترك احد الواجبين ؟

لايخفى عليك : ان ماذكرناه فى الأفراد العرضية والطولية جار فى الواجبات أيضاً .

ومثال ذلك : أنه اذا اضطر أحد الى الافطار ، أو اكره عليه إما فى اليوم الأول من شهر رمضان ، أوفى اليوم الثانى منه ، فانه لاتجوز له المبادرة الى الافطار فى اليوم الأول منه لعدم كونه مورداً للاكراه لكى يكون مشمولا لحديث الرفع ، اذ لايترتب الضرر على تركه ، وانما يخاف من ترتب الضرر على ترك الافطار فى اليوم الثانى بعد فرض انه صام فى اليوم الأول ، فالصوم فى اليوم الثانى هو الذى لايقدر المكلف عليه ، دون الصوم فى اليوم الأول .

وببيان آخر : أن كل يوم من أيام شهر الصيام له حكم خاص ، ووجوب مستقل لايمس بوجوب يوم آخر من تلك الأيام ، ومن الواضح أن عجز المكلف عن صوم يوم لايرفع التكليف عن صوم يوم آخر ، وعليه فلا بد فى كل يوم من ملاحظة حال المكلف ، فان تمكن من صومه وجب عليه ذلك ، لفعلية الأمر بفعلية موضوعه ، والا فلا .

ومن هنا اذا اكره أحد على الافطار فى شهر رمضان اما فى العشرة الاولى أو فى العشرة الثانية لم يقل أحد بكون المكلف مخيراً فى ذلك ، بل

يجب عليه الصوم الى أن يتعين عليه افطار يوم خاص .

ثم ان ماذكرناه من عدم جواز ترك الواجب فعلا - عند دوران الأمر بين تركه وترك الواجب المتأخر - يختص بالواجبات الاستقلالية .

أما الواجبات الضمنية فلا يجرى فيها ذلك .

وبيانه : أنه متى تعذر الاتيان بأحد أجزاء الواجب أو قيوده سقط أصل الواجب ، لكون وجوب الأجزاء ارتباطياً ، وعدم تمكن المكلف من الاتيان بالواجب بتمامه . ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الجزء المتعذر متعيناً ، أو مرددا بين أمرين أو امور .

فاذا اكره المكلف على ترك جزء فى الركعة الاولى ، أو الركعة الثانية كان مقتضى القاعدة هو سقوط وجوب أصل الصلاة ، لعدم التمكن من الاتيان بتمام اجزائها .

ولكن حيث علمنا بأن الصلاة لاتسقط بحال (١) فقد علمنا بوجوبها فى الجملة ، وعليه فيدور الامر بين أن يكون الساقط هو الجزء الأول ، وبين أن يكون هو الجزء الثانى . وحينئذ فان استفدنا من دليل الجزئية أن العبرة - فى اعتباره فى الواجب - بالقدرة عليه فى ظرف اعتباره فلا بد من أن يكون الساقط هو الجزء المتأخر ، وذلك كما إذا دار الأمر بين ترك القيام فى الركعة الاولى ، وتركه فى الركعة الثانية ، فانه - عندئذ - يلزم القيام فى الاولى لما ورد (٢) من أن المصلى إذا قوى فليقم .

---

(١) الأصل فى ذلك مارواه زرارة - فى المستحاضة - عن الصادق « ع » من انها تصلى ، ولا تدع الصلاة على حال ، فان النبي « ص » قال : الصلاة عماد دينكم . صحيح . الوسائل باب ١ من ابواب الاستحاضة .

(٢) عن جميل بن دراج قال : سألت ابى عبد الله « ع » ماحد المرض -

وإن لم يثبت ذلك وصلت النوبة الى الاصل العملي ، وهو يقتضي التخيير لأنا نعلم باعتبار أحد الأمرين لامحالة ، ولكن نشك في اعتبار خصوص الأول فيدفع احتمال اعتباره باصالة البراءة .

وهذا الذي ذكرناه جار في جميع موارد دوران الأمر بين ترك جزء وترك جزء آخر ، وكذلك بين ترك جزء وترك شرط ، أو ترك شرط وترك شرط آخر .

هذا كله فيما إذا لم يعلم من الخارج تعين الأخذ بأحدهما ، وإلا لزم الأخذ به ، ويسقط الآخر . وذلك كما اذا دار الأمر بين الوقت وغيره ، أو بين الطهور وغيره ، فانه حينئذ لا إشكال في أن الساقط يكون غير الوقت والطهور . كما أنه إذا دار الأمر بين الطهور والوقت كان الساقط هو الوقت وتمام الكلام في محله

ماهو حكم اكراه أحد الشخصين على فعل واحد ؟

قد ذكر المصنف : (أن اكراه أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى إلزامه عليهما كفاية وايعادهما على تركه كاكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرها) . تحقيق ذلك : أن الاكراه قد يتعلق بفعل محرم ، وقد يتعلق بمعاملة

أما الأول فكاكراه أحد الشخصين على فعل محرم والايعاد على تركه بالضرر ، فان علم أحدهما أو اطمأن بأن الآخر لايفعله - إما لتمكنه من دفع الضرر المتوجه عليه ، أو لتوطين نفسه عليه - جاز له الاتيان بالمكره عليه لخوفه من توجه الضرر عليه بل لو احتمل احتمالا عقلائياً بأن الآخر يفعله ، فخاف من الضرر على تركه جاز له الارتكاب لدفع الضرر عن نفسه . أما اذا

- الذي يصلي صاحبه قاعداً ؟ فقال : إن الرجل ليوعك ويحرج ، ولكنه إذا قوي فليقم . صحيح . الوسائل باب ٦ من ابواب القيام في الصلاة .

علم أو اطمأن بأن الآخر يرتكب المكره عليه إما لعدم مبالاته فى الدين أو لخوفه من توجه الضرر عليه حرم عليه ارتكابه .

والسر فى ذلك أن الأحكام الشرعية وإن كانت مجعولة على نحو الكلية ولكنها منحلة الى الأحكام الجزئية باعتبار تعدد موضوعاتها الشخصية . وعليه فكل فرد من أفراد المكلفين له حكم مستقل غير مربوط بحكم المكلفين الآخرين ، وحينئذ فنى مانحن فيه إن خاف كل واحد من الشخصين من ترتب الضرر على تركه ارتكاب الحرام شمله حديث الرفع ، ويحكم باباحة الفعل الصادر منه والا يكون مشمولا لدليل التحريم ، فيحكم بحرمة ماارتكبه من الفعل .

أما الثانى فقد يكون متعلق الاكراه عقداً واحداً ، وقد يكون متعلقه عقدين :

أما الأول فلا شبهة فى بطلانه ـ كما اذا اكره الجائر أحداً من الوكيل أو الموكل على بيع خاص .

ووجه البطلان : أن الوكيل والموكل وإن كانا متعددين خارجا ولكن الصادر من أى منهما مملوك لشخص واحد ، وهو الموكل ، وعليه فتعلق الاكراه أمر وحدانى غير متعدد بتعدد الأشخاص ، وإذن فشأن ذلك شأن إكراه الشخص الواحد على ارتكاب فعل فارد .

ومن هنا اتضح لك الفارق بين مانحن فيه وبين ماتقدم : أعنى به إكراه شخص واحد على أحد العقدين ، بداهة أن بطلان العقد ـ هناك ـ من جهة الاضطرار الى أحد البيعين بخلافه ـ هنا ـ فان البطلان فيه من جهة الاكراه وهذا واضح .

أما الثانى فيأتى فيه ماذكرناه فى اكراه أحد الشخصين على فعل محرم ، وعليه فان علم كل منهما أو اطمأن بصدور العقد من الآخر حكم بصحته اذا

صدر منه ، لعدم كونه مكرهاً فى فعله وترتب عليه جميـــع آثاره الوضعية والتكليفية .

وإن علم أو اطمأن أو احتمل احتمالا عقلائياً بأن الآخر لايفعله حكم ببطلانه ، لأنه صدر منه كرهاً ، فيكون مشمولا لحديث الرفع .

وقد ظهر لك مما ذكرناه : أنه لاوجه للأخذ باطلاق كلام المصنف ، والحكم بأن اكراه أحد الشخصين على فعل واحد كاكراه شخص واحد على أحد الفعلين فى كون كل منهما مكرها ، فلاحظ وتأمل .

بحث في بيان متعلق الاكراه

قوله : (واعلم ان الاكراه قد يتعلق بالمـالك) . أقول : قد يتعلق الاكراه بالمالك العاقد ، وقد يتعلق بالمالك ، دون العاقد ، وقد يتعلق بالعاقد دون المالك .

أما الأول فقد تقدم تفصيله ـ آنفاً ـ وعرفت ـ أنه يحكم ببطلان العقد الاكراهى ، لحديث الرفع .

أما الثانى ـ كالاكراه على التوكيل بطلاق زوجه ، ووقع الطلاق من الوكيل من غير اكراه ـ فلا شبهة فى عدم استناد الطلاق ـ عندئذ ـ الى الزوج لحديث الرفع ، وعليه فيكون التوكيل بمنزلة العدم ، لتحققه بدون رضاء الموكل .

وعلى هذا فان لم تلحق الاجازة بالطلاق حكم بفساده جزماً ، وإن لحقت به الاجازة فان قلنا بصحة الايقاعات الفضولية حكم بصحة الطلاق ، وإلا فلا .

ولا يفرق فى ذلك بين لحوق الرضاء والاجازة بالتوكيل الاكراهى وعدمه

أما بناءاً على كون الاجازة ناقلة فواضح ، بديهة أن التصرفات الصادرة من الوكيل قبل اجازة الموكل بمنزلة التصرفات الصادرة من الاجانب ، غاية الامر أنه بعد التحاق الاجازة بالوكالة حكم بصحة الوكالة ، ولا تحتاج الى التوكيل ثانيا .

أما بناءاً على كون الاجازة كاشفة فان الطلاق وان لم يكن فضوليـــاً بالمعنى المصطلح عليه إلا أنه فضولى حقيقة ، فانه قد صدر ممن تتوقف وكالته على الاجازة ، وقد فرضنا أن الايقاع لايصح بالاجازة .

وعلى الجملة : إن صدور العقد أو الايقاع من الوكيل بالرضاء وطيب النفس لايكفى فى صحة ذلك مع كون التوكيل إكراهياً .

أما الثالث ـ وهو إكراه العاقد ـ فقد ذكر المصنف رحمه الله : أن (الأقوى ـ هنا ـ الصحة لأن العقد ـ هنا ـ من حيث إنه عقد لايعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المكره إذا كان عاقداً ، والرضاء المعتبر من المالك موجود بالفرض . فهذا اولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقاً).

والتحقيق : أن ـ هنا ـ صوراً :

الأولى : أن يكون الاكراه من المالك ، وكان العاقد مكرهاً عليه فى انشائه . والظاهر أنه لاشكال فى صحة العقد ـ حينئذ ـ فان المعتبر فى صحة العقد أن يصدق عليه أنه تجارة عن تراض من المالكين ، كما يدل عليه قوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل (١) » فلا أثر لرضاء الأجنبى وعدمه والعاقد غير المالك أجنبى ، فلا أثر لعدم رضاه ، وكونه مكرها فى انشاء العقد

وقد يتوهم : أن حديث الرفع يدل على عدم ترتب الأثر على هذا العقد

(١) سورة النساء الآية ٢٩ .

ولكنه توهم فاسد ، ضرورة أنه ليس ـ هنا ـ أثر مترتب على فعل المكره عليه بالاضافة اليه حتى يرتفع بحديث الرفع . أما بالنسبة الى المالك فلا اكراه على أن رفع الأثر بالاضافة الى المكره عليه خلاف الامتنان .

الثانية : أن يكون الاكراه من غير المالك لغير الوكيل من المالك ، والعقد فى هذه الصورة فضولى ، فتتوقف صحته على الاجازة والوجه فيه ظاهر .

الثالثة : أن يكون الاكراه من غير المالك ، ولكن المكره يكون وكيلا مفوضاً من قبل المالك ، والظاهر : أن يحكم ببطلان المعاملة فى هذه الصورة فيما اذا لم يعلم رضاء المالك بالعقد ، وذلك لأن المعتبر فى صحة العقد هو استناده الى المالك ، فلو لم يكن الوكيل مكرهاً كان رضاه بمنزلة رضاء المالك وانتسب العقد اليه . أما اذا كان الوكيل مكرهاً فهو غير راض بالعقد ، والمفروض أنه لا كاشف آخر عن رضاء المالك .

نعم اذا علم رضاء المالك حكم بصحة العقد ، لأن رضاء الوكيل انما يعتبر بما أنه طريق وكاشف عن رضاء الموكل من جهة توكيله ، فلو علم رضاء الموكل مع صدور العقد من الوكيل حكم بصحته .

ومن هنا اتضح لك : أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بالمجنون ، لأن المجنون مسلوب العبارة ، فلا تأثير فى عقده ، وهذا بخلاف المكره ، فانه ليس بمسلوب العبارة

بحث فى الاكراه على بيع عبد من عبدين

قوله : (فرع ولو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبدين فباعهما أو باع نصف أحدهما ففى التذكرة اشكال) . أقول : العقد الصادر من المكره (بالفتح) قد يكون متحداً مع ما تعلق به الاكراه ، وقد يباينه ، وقد يزيد عليه ، وقد ينقص منه فهنا صور :

أما الصورة الأولى فقد تقدم الكلام فيه .

أما الصورة الثانية فلا ينبغى الاشكال فى صحة العقد فيها لأن ماتعلق به الاكراه لم يتحقق فى الخارج ، وما تحقق فيه ليس بمكره عليه ، وذلك كما اذا اكرهه على بيع داره فباعه كتابه .

نعم اذا كان بيع الكتاب لأجل احتمال أن يقنع المكره (بالكسر) به فيرفع اليد عن اكراهه كان باطلا لامحالة ، وذلك لفقدانه طيب النفس ، وأنه من جهة الاضطرار .

وبعبارة اخرى : أنه اذا كان بيع الكتاب لأجل أن يرفع المكره يده عن الاكراه على بيع الدار تعييناً - ورضى ببيع أحد الامرين من الدار والكتاب ، وقد رضى المكره (بالكسر) - أيضا - بذلك - كان البيع - الواقع - بغير طيب النفس لامحالة ، فيحكم بفساده .

أما الصورة الثالثة فقد يقع العقد فيها تدريجا - كما اذا اكرهه على بيع أحد عبديه فباع أحدهما ، ثم باع الآخر - وقد يقع دفعيا ، كما اذا باعهما دفعة واحده :

أما اذا باعهما تدريجا فلا شبهة فى بطلان البيع الواقع أولا ، ضرورة أن المكره عليه انما هو عنوان أحدهما ، ومن الواضح أن انطباقه على أول أمر قهرى .

أما البيع الثانى فيحكم بصحته جزماً ، اذ الاكراه قد ارتفع بالبيع الأول فيقع الثانى برضاء المالك ، وطيب نفسه . وهذا ظاهر .

ولكن احتمل المصنف : أنه يرجع الى البائع فى استيضاح المكره عليه وميزه عن غيره ، سواء أادعى البائع العكس أم لا .

ويتوجه عليه : أنه لم يبق موضوع للاكراه بعد تحقق العقد الأول

لكى يحتمل وقوع العقد الثانى عن كره حتى يرجع الى البائع فى التعيين ، بل لا يبعد صحة البيع الثانى حتى فيما اذا كان بيعه متفرعا على الاكراه ، ومن تبعات البيع الأول كما اذا أكرهه الجائر على بيع أحد مصراعى الباب فباعه ، ثم باع المصراع الثانى فان بيع المصراع الثانى وان كان لأجل عدم الانتفاع به وحده ، ومن تبعات البيع الأول ، لكنه حيث وقع عن الرضاء ، وبغير الكره فيحكم بصحته .

أما اذا باع المكره عليه وغيره دفعة - كما اذا باع العبدين مرة واحدة - فان لم يكن البيع من جهة الاكراه ، بل كان من جهة طيب النفس - كما اذا فرضنا أنه كان راغباً الى بيع عبديه فأكرهه الجائر على بيع أحدهما فاغتنم الفرصة فباعهما - فلا اشكال فى صحة البيع .

أما اذا كان البيع من جهة الاكراه ، ولولاه لم يكن يقدم عليه ففي صحته أوفساده مطلقاً ، أو الصحة فى غير المقدار المكره عليه وجوه .

قد ذهب المصنف الى صحة البيع فى المجموع بدعوى أن ماتعلق به الاكراه لم يقع فى الخارج ، وماوقع فيه لم يتعلق به الاكراه .

ولكنه يندفع بأن بيع المجموع وان لم يقع عن إكراه إلا أن بيع أحدهما وقع عن إكراه لامحالة ، ولولاه لم يقدم على البيع أصلا - كما هو المفروض - فلا وجه لصحة البيع فى الجميع .

أما وجه الفساد مطلقاً فهو أن المكره عليه لاتعين له فى الواقع ، وأن نسبته الى كل من الفردين على حد سواء ، والحكم بفساد أحدهما معينا دون الآخر ترجيح بلا مرجح .

ولكن الصحيح أن يحكم بفساد البيع بالنسبة الى المقدار المكره عليه ويحكم بصحته بالنسبة الى المقدار الزائد عليه ، ويتعين الفاسد بالقرعة .

قيل : إن القرعة انما يرجع اليها فيما اذا كان المطلوب متعينا واقعا ومجهولا

ظاهراً ، ومن الواضح أن المكره عليه مردد بين الأمرين ظاهراً وواقعا من غير أن يكون له تعين فى مرحلة من المرحلتين .

والجواب عن ذلك : أن مورد القرعة غير منحصر فيما ذكر ، بل هى تجرى فى كل أمر مشكل أو مشتبه ، لاطلاق أدلتها ، ومن هنا أطبق الفقهاء رضوان الله عليهم على الرجوع الى القرعة فيما اذا طلق شخص أحدى زوجاته من غير تعيين ، مع أن المطلقة لاتعين لها ، لا واقعاً ، ولا ظاهراً ، ومقامنا من القبيل المذكور .

ونظير ماذكرناه من التفصيل قد وقع فى المحرمات أيضاً ، كما اذا أكره الجائر أحداً على أن يشرب اما الخمر ، أو البول فشربهما ، فانه يعاقب على أحد الشربين جزماً لوقوعه بالارادة والاختيار .

أما الصورة الرابعة - وهى بيع مايكون أنقص من المكره عليه - فالتحقيق فيها : أن البيع المزبور قد يكون مستنداً الى الرضاء وطيب النفس بحيث لو لم يكن فى البين اكراه - أيضاً - لكان راضياً ببيعه ، ولا شبهة فى صحة ذلك .

وقد يكون بيع النصف لرجاء أن المكره (بالكسر) يكتفى بذلك ، ولا يكرهه على بيع مجموع الدار ، ولا شبهة فى بطلان البيع - وقتئذ - لحديث الرفع ، بداهة أن الاكراه شامل لبيع كل جزء من أجزاء الدار على سبيل الاستغراق ، وعليه فيكون الاكراه على بيع مجموع الدار اكراهاً على بيع نصفها .

نظير مالو اكره أحد على بيع دارين فباع أحدهما ، فانه لاشبهة فى الحكم بوقوعه عن إكراه . ولا وجه للفرق بينه وبين مالو اكره على بيع دار واحدة فباع نصف تلك الدار .

وقال المصنف : (وفى سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر) .

ولعل وجه النظر هو أن مانحن فيه من قبيل مالايعلم إلا من قبل المدعى فتسمع دعواه .

ومن أن الظاهر أن هذا العقد واقع باختياره فلا تسمع دعواه الاكراه

ولكنك قد عرفت : أن الاكراه على المجموع إكراه على بعضه خارجا والاكراه بنفسه أمارة على عدم وقوع البيع عن الرضاء وطيب النفس .

ونظير ذلك : ماإذا أكره الجائر أحداً على شرب كمية خاصة من الخمر فشرب نصفه برجاء أن يقتنع المكره ، ويرفع اليد عن إكراهه .

بحث فيما ذكره العلامة في التحرير

قوله : (بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى التحرير ، قال فى التحرير : لو اكره على الطلاق ، فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق انتهى .) . أقول : قبل التعرض لشرح كلام العلامة ، وبيان صحته أو بطلانه يحسن بنا التعرض لصور المسألة ، واليك مايلى :

١ ـ أن يكون الطلاق الصادر من المكره (بالفتح) مقترناً بالرضاء وطيب النفس من دون أن يستند وقوعه إلى الاكراه ، بل يقترن الطلاق بالاكراه زماناً فقط . وذلك كما إذا بنى الزوج على طلاق زوجه وأكرهه الجائر عليه مع جهله بحاله فانه لاشبهة ـ حينئذ ـ فى صحة طلاقه لوقوعه عن الرضاء

٢ ـ أن يستند صدور الطلاق الى الكره ، وأوقعه المكره (بالفتح) خوفا من الضرر المتوعد عليه . ولكن مع ذلك ليس قصد المكره إلا ايقاع

الطلاق حقيقة . إما من ناحية الجهل ببطلان طلاق المكره ، أو من جهة الاعتقاد بصحة طلاقه (١) .

وقد تردد المصنف فى الحكم بصحته وفساده ، ثم قال : إلا أن تحقق الاكراه أقرب .

والظاهر أن يحكم ببطلان الطلاق ـ هنا أيضاً ـ لأن المناط فى صحة العقود والايقاعات صدورها عن الرضاء وطيب النفس ، ومن الظاهر أن الطلاق المزبور ليس كذلك .

وتدل على ماذكرناه صحيحة البزنطى عن أبى الحسن عليه السلام فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك ، فقال : لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وضع عن امتى ما أكرهوا عليه (٢) .

ووجه الدلالة هو أن الحلف بالطلاق والعتاق والصدقة . وإن كان باطلا عندنا مع الاختيار ـ أيضاً ـ الا أن استشهاد الامام عليه السلام ـ على عدم وقوع الامور المذكورة ـ بحديث الرفع دليل على بطلان الطلاق الاكراهى . وهذا ظاهر .

ثم انه لا يفرق فى بطلان الطلاق عن كره بين أن يرجع الضرر المتوعد عليه الى نفس المكره (بالفتح) ، أو الى عرضه وشرفه ، أو الى ماله ، أو الى من يهمه أمره من عشيرته وأقاربه ونحو ذلك ، كأن يقول الجائر لأحد : طلق زوجك ، والا قتلتك ، أو قتلت ابنك ، أو عشيرتك أو أخذت أموالك ، أو يخوّفه بأشباه ذلك مما يضر المكره (بالفتح) .

أما اذا لم يكن الضرر راجعاً الى المكره (بالفتح) كما اذا قال له الأجنبى :

---

(١) كما عن الحنفية ـ وقد ذكرنا رأيهم في ص ٢٨٢ .

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب كتاب الايمان .

بعنى دارك ، والا قتلت نفسى ، أو أرتكب معصية فلا يتحقق فى مثله الاكراه جزما .

ثم إن بطلان الطلاق ـ فى هذه الصورة ـ يختص بما إذا لم يتمكن من التورية ، وإلا فالأقرب وقوعه على ماعرفته من اعتبار العجز عن التورية فى تحقق الاكراه موضوعا وحكما ، ولعل هذه الصورة هى مراد العلامة رحمه الله ، حيث قرّب وقوع الطلاق اذا كان المكره ناوياً .

نعم بناء على عدم اعتبار العجز عن التورية فى موضوع الاكراه أو حكمه حكم بفساد الطلاق ـ أيضاً ـ

٣ ـ أن يكون الاكراه مقتضياً لوقوع الطلاق ، وجزء سبب لتحققه فى الخارج ، ويكون جزؤه الآخر الرضاء ، وعليه فيكون صدور الطلاق من المكره (بالفتح) مستنداً الى أمرين : أحدهما الرضاء ، والآخر الاكراه وبانتفاء أحدهما ينتفى الطلاق .

ولكن الظاهر هو بطلان الطلاق فى هذه الصورة ـ أيضاً ـ لأن المناط فى بطلان عقود المكره وايقاعاته هو عدم وجود مايقتضى الصحة لأن الأدلة الدالة على اعتبار الرضاء فى العقود والايقاعات ظاهرة فى كون الرضاء سبباً مستقلا لصدورها ، لاجزءاً لذلك وعليه فاذا اقترن الرضاء بالاكراه ، واجتمع معه استند الفعل اليهما ، لاالى الرضاء فقط . ـ وحينئذ ـ فالاكراه وإن لم يقتض الفساد ، الا أن مايقتض الصحة ـ أيضاً ـ غير متحقق . لعدم صدور الطلاق عن الارادة والرضاء .

٤ ـ أن يكون كل واحد من الرضاء والاكراه علة تامة وسبباً مستقلا فى نفسه لوقوع الطلاق بحيث لو لم يكن ـ هنا ـ اكراه لوقع الطلاق ـ أيضاً ـ وهكذا العكس .

والظاهر أنه لاشبهة فى صحة الطلاق ـ عندئذ ـ لوجود المقتضى : أعنى به الرضاء وطيب النفس ، ولا تقاس هذه الصورة: بالصورة السابقة فى الحكم ببطلانه ، لما عرفته من عدم المقتضى للصحة فى الصورة السابقة ، بخلاف هذه الصورة ، فان مايقتضى الصحة فيها موجود كما عرفته قريباً .

وقد اتضح لك مما ذكرناه فساد ماذكره شيخنا الاستاذ من أنه : (حيث لايمكن توارد علتين مستقلتين على معلول واحد فيصير كل واحدة اذا اجتمعتا جزء السبب والفعل يستند اليهما معاً . . وكل علتين مستقلتين اذا وردتا على معلول واحد وكان بينهما تدافع ، فلا يؤثر كل منهما الخ) .

ووجه الظهور أن الاكراه لايقتضى الفساد لكى يكون المقام من قبيل توارد العلتين المستقلتين على معلول واحد . بل مع وجود الاكراه ينعدم مايقتضى الصحة ، واذا تحقق الرضاء وجد مايقتضى الصحة ، وعليه فيكون المقام من قبيل تعارض مايقتضى الشىء مع مالايقتضيه ، لامن قبيل تعارض المقتضيين .

ويضاف الى ذلك : أن الحكم ببطلان الطلاق ـ هنا ـ على خلاف الامتنان ، لكون المطلق راضياً به وغير مهجور عن فعله ، فلا يكون مشمولا لحديث الرفع .

٥ ـ أن يكون الاكراه داعياً إلى وقوع الطلاق ، لاعلة تامة لذلك ، ولاجزء سبب له : بأن استند الطلاق الى الاكراه طولياً ، كما اذا اكره على الطلاق ، ولكن وطّن نفسه عليه ، ورضى به من جهة الاكراه تكويناً .

فى هذه الصورة يحتمل الصحة ، لأن الطلاق وقع عن إرادة ورضاء . ويحتمل البطلان ، لأن الشىء يستند الى أسبق علله ، فالطلاق مستند الى الاكراه بالأخرة . ومع الاغماض عنه فلا شك فى الصدق العرفى ، وأن

الطلاق وقع مكرهاً عليه ، وهذا الاحتمال هو الأقرب . ولعل هذه الصورة هى مراد العلامة ، حيث حكم بصحة الطلاق ناوياً . والله العالم .

هل يصح عقد المكره بالرضاء المتأخر ؟

قول : (ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما فعله صح العقد) أقول : قد وقع الخلاف بين الأعلام فى أن الرضاء اللاحق بالعقد الاكراهى يوجب صحته أم لا .

فذهب بعضهم الى الأول ، بل عن الرياض تبعا للحدائق أن عليه اتفاق العلماء ، لأنه عقد حقيقى فيؤثر أثره مع اجتماع باقى شرائط البيع وهو طيب النفس . وذهب بعضهم الى بطلان ذلك لوجوه .

١ ـ أن الرضاء بالعقد مأخوذ فى مفهومه . فاذا فقد الرضاء لم يكن ـ هنا ـ عقد ليحكم بصحته .

ويرد عليه : أنه لاشاهد لهذه الدعوى من العرف واللغة . على أن لازم ذلك أن لايكون العقد الفضولى وعقد المكره بحق من العقود حقيقة مع أنها من العقود بالحمل الشايع .

٢ ـ اعتبار رضاء العاقد فى تأثير عقده .

ويرد عليه : أن لازمه أن لايصح عقد المكره بحق ، مع أنه صحيح جزما . كما اذا أكرهه الحاكم الشرعى على بيع أمواله ليعطى الناس حقه ، أو أكره المحتكر على بيع مااحتكره عند المجاعة ، فان الاكراه فى أمثال ذلك إكراه بحق لايمنع عن نفاذ البيع .

٣ ـ أن مقارنة الرضاء للعقد مأخوذة فى صحته .

ويرد عليه : أن هذا وإن كان ممكناً فى مقام الثبوت ، ولكن لاشاهد عليه فى مقام الاثبات ، لأن مايمكن أن يستدل به على ذلك ، وتقيد به المطلقات الدالة على صحة العقود إما الاجماع أو العقل ، أو آية التجارة عن تراض ، أو الروايات الدالة على حرمة التصرف فى مال المسلم بدون اذنه ورضاه ، أو حديث الرفع .

ولكن لادلالة فى شىء منها على مايرومه المستدل :

أما الاجماع والعقل فلأنهما من الأدلة اللبية ، ومن الواضح أن القدر المتيقن منهما إنما هو اعتبار مطلق الرضاء فى صحة العقد أعم من المقارن واللاحق

أما الآية المباركة ـ أو الروايات الدالة على حرمة أكل مال المسلم من دون رضاه ـ فلأنها تدل على توقف حلية المال ونقله الى غيره على تحقق الرضاء من المالك . ومن الظاهر أنا نلتزم بذلك بحيث لا نحكم بالحلية الا بعد الرضاء وطيب النفس ، غاية الأمر أنا لانخصص الرضاء بالرضاء المقارن ، بل نعممه الى الرضاء اللاحق ـ أيضاً ـ بديهة أن التخصيص بخصوص المقارن تقييد للأدلة الدالة على اعتبار الرضاء فى حلية المال ونقله الى غيره .

وعلى الجملة : ان الظاهر من تلك الأدلة هو أن الرضاء معتبر فى أصل حلية المال ونقله الى غيره ، سواء فيه الرضاء المقارن واللاحق ، لأنها مختصة بخصوص الرضاء المقارن ، بل التخصيص بذلك تقييد لها بلا مقيد .

قيل : ان ظاهر الآية المباركة أن التجارة لابد وأن تكون مسببة عن الرضاء ، وناشئة منه ، وعليه فلا بد من اقترانه بالعقد ، ولايكفى لحوقه به ، لأنه اذا انعقد فاسداً ابتداءاً لم ينقلب بعد ذلك عما هو عليه .

ومن هنا يظهر أنه لاوجه لقياس المقام بالعقد الفضولى المتعقب بالرضاء والاجازة من المالك ، فان العقد الفضولى لاينتسب الى المالك الا حين اجازته

فهو حين ماينتسب الى المالك ينشأ من طيب نفسه ورضاه . وهذا بخلاف عقد المكره ، فانه حين صدوره من المالك وانتسابه اليه قد حكم عليه بالفساد ، ولم يصدر منه عقد ثانياً ، وانما رضى بالعقد السابق ، وهو لاينقلب عما هو عليه .

ولكن الصحيح هو تأثير الاجازة اللاحقة والرضاء المتأخر فى المقام أيضاً

بيان ذلك : أن التجارة بالمعنى المصدرى وان كان أمراً يحدث ويفنى الا أنها بمعنى اسم المصدر له بقاء ، وبهذا المعنى أمرنا بانهاء العقد واتمامه ، وعليه فالتجارة الصادرة من المكره اذا تعقبها الرضاء والاجازة يصدق عليها أنها تجارة عن تراض .

ومما يدل على ذلك : أن الآية المباركة واضحة الدلالة على أن سبب أكل مال الغير منحصر فى أمرين : الاسباب الباطلة ، والتجارة عن تراض ، ولا ريب فى أنه لايكون الاكل فى محل الكلام أكلا بالباطل ، فيكون من جهة التجارة عن تراض .

ثم إن المصنف قد التزم بعدم اعتبار مقارنة الرضاء للعقد بأن دلالة آية التجارة على ذلك إما بمفهوم الحصر ، أو بمفهوم الوصف :

أما الأول فهو منفى فى المقام ، بداهة أن الدلالة على الحصر انما يكون اذا كان الاستثناء فى تلك الآية متصلا . ومن الواضح أن الاستثناء فيها منقطع إذ التجارة عن تراض ليست داخلة تحت الأسباب الباطلة للتجارة لكى يكون خروجها عنها بعنوان الاستثناء المتصل .

أما الثانى فلأن مفهوم الوصف على القول به انما يثبت فيما اذا لم يرد الوصف مورد الغالب ، والا فلا مفهوم له . ومن الواضح أن الوصف فى الآية الشريفة قد ورد مورد الغالب ، لا للاحتراز . انتهى ملخص كلامه .

ويردعليه أولا : أن انكار مفهوم الحصر ـ هنا ـ مناف لما استدل هو رحمه الله بالآية المذكورة على لزوم العقود ، ومن المعلوم أن استدلاله بها على ذلك لايتم الا على فرض دلالتها على الحصر ، لأن الأكل بفسخ العقد لايحرم الا بعدم كونه تجارة عن تراض ، واذن فالأكل المحلل منحصر بالتجارة عن تراض .

ثانياً : أنا ذكرنا مراراً أن دخول باء السببية على كلمة الباطل ومقابلتها ـ فى الآية ـ مع التجارة عن تراض قرينتان على توجه الآية الى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الباطلة لها ، كما أن المراد من كلمة الأكل فى الآية ليس هو الأزدراد الذى هو معناه الحقيقى ، وانما هى كناية عن تملك مال غيره من غير استحقاق ، وعليه فان كان الاستثناء فى الآية المباركة متصلا ـ كما هو الظاهر الموافق للقواعد العربية ـ يكون مفاد الآية هو المنع عن تملك أموال الناس بشىء من الأسباب الا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض ، فان الأكل بغيره باطل ، وبغير حق ، فتدل الآية على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض .

وان كان الاستثناء منقطعاً فالآية ـ وقتئذ ـ وان لم تكن ظاهرة فى الحصر ابتداء ، الا أنه تعالى لما كان فى مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات وفصل صحيحها عن فاسدها ، وكان الاهمال مخلا بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية الكريمة بالقرينة المقامية ، واذن فالآية الشريفة تدل على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض ، سواء أكان الاستثناء متصلا ، أم كان منقطعاً ، وأما غير التجارة عن تراض من سائر أسباب المعاملات فهو باطل .

ومن هنا يظهر أنه لايتوقف الاستدلال بالآية على اعتبار مقارنة الرضاء للعقد على كون الاستثناء متصلا ـ كما هو الظاهر ـ ولا على الالتزام بمفهوم الوصف

وأن الحكم المذكور فى القضية لم يثبت للجامع بين واجد الوصف وفاقده ، ـ كما هو الصحيح ـ واذن فلا يبقى لمناقشة المصنف مجال ، وعليه فالصحيح ما ذكرناه من أنه لادلالة فى الآية الا على عدم جواز الأكل مادام التراضى غير موجود ، فاذا وجد الرضاء من المكره انقلبت التجارة الى التجارة عن تراض ، فلايكون الأكل بسببها أكلا بالباطل .

أما حديث الرفع فلا يدل الا على عدم ترتب الأثر على بيع المكره ـ مثلا ـ مادام الاكراه ، فاذا ارتفع الاكراه ، وتبدل بالرضاء لم يكن مانع من التمسك بالعمومات الدالة على صحة العقود من بيع أوغيره ، فاناحققنا فى محله : أنه اذا ورد عام ثم خصص بمخصص فى زمان خاص لم نرفع اليد عن ذلك العام الا بمقدار دلالة المخصص . وعليه ففى مانحن فيه أن عمومات صحة المعاملات قد خصصت بحديث الرفع ، ومن الظاهر أنا نرفع اليد عن تلك العمومات بمقدار زمان الاكراه ، ويبقى الباقى تحت العام .

ومع الاغماض عن ذلك نقول : إن حديث الرفع حيث ورد فى مقام الامتنان فلا يدل الا على رفع حكم يكون جعله مخالفاً للامتنان ، ويكون رفعه موافقاً له .

أما اذا كان رفع الحكم مخالفاً للامتنان ، وكان جعله موافقا له كصحة البيع عند الاضطرار فان رفع أثر البيع ـ وقتئذ ـ مخالف للامتنان ، ووضعه موافق له ، فهو لايكون مشمولا لحديث الرفع .

ومن هنا يظهر أنه اذا كان الحكم لايعد فى نفسه وطبعه موافقا للامتنان ولا مخالفا له ، بل كانت مخالفته للامتنان وموافقته له باعتبار حصصه وأفراده فلا محالة كان المجعول ماهو موافق للامتنان ، ويرفع ماهو مخالف له .

ولا شبهة فى أن مانحن فيه من القبيل الثالث ، بديهة أن الحكم بترتب

الأثر على العقد المكره عليه من حين حدوثه مخالف للامتنان فيرتفع بحديث الرفع . ولكن الحكم بترتب الأثر عليه بقاء : أى بعد لحوق الرضاء به موافق للامتنان ، فلا يكون مشمولا لحديث الرفع .

وبعبارة اخرى : الحكم بصحة العقد غير المقترن بالرضاء ، ولا الملحوق به مخالف للامتنان ، فهو غير مجعول ، لحديث الرفع .

أما العقد المكره عليه الملحوق بالرضاء فلا امتنان فى رفع أثره ، والحكم بعدم صحته من حين ما رضى المالك به ، فلا يشمله حديث الرفع الوارد فى مورد الامتنان .

ثم أجاب المصنف ـ عن التمسك بحديث الرفع لاعتبار الرضاء المقارن فى صحة العقد ـ بوجهين :

الوجه الأول : أن حديث الرفع انما يرفع المؤاخذة ، لأنه وارد فى مقام الامتنان ، ورفع المؤاخذة عن المكلف منة عليه ، فترتفع بحديث الرفع

أما الحكم بوقوف عقد المكره على الرضاء راجع الى أن له أن يرضى بذلك فيكون هذا حقاله ، لا عليه ، وحينئذ فرفع الأثر عن عقده بعد تعقبه بالرضاء على خلاف الامتنان ، فلا يكون مشمولا لحديث الرفع ، انتهى ملخص كلامه فى الوجه الأول .

ويرد عليه : أن المرفوع بحديث الرفع هو نفس المجعول الشرعى المتعلق بالمكره عليه ، أو المترتب عليه من الحكم التكليفى ، أو الوضعى .

وعليه فدعوى : أن المرفوع هو المؤاخذة وإلزام المكره بما صدر منه ، دعوى غير صحيحة .

وإن شئت قلت : ان المرفوع بحديث الرفع فى العقد الاكراهى هو صحة العقد ، لكنه لا على الاطلاق ، لأنه على خلاف الامتنان ، بل مادام الاكراه

باقيا ، فاذا تعقب بالرضاء كان مشمولا للاطلاقات .

أما توقف عقد المكره على الرضاء المتأخر فهو لم يكن مجعولا حتى يقال انه حكم له ، لا عليه ، فلا يشمله حديث الرفع ، لأن المرفوع به المؤاخذة والأحكام المتضمنة لالزام المكره بشيء .

الوجه الثاني : أن أدلة صحة المعاملات تقتضي باطلاقها ترتب الأثر على العقد بمجرد تحققه في الخارج ، وحكومة حديث الرفع على الأدلة المذكورة تقتضي رفع السببية المستقلة عن العقد المجرد عن الرضاء ، وترتيب هذه السببية على العقد الصادر لاعن اكراه ، ولا ينافي ذلك كون العقد جزء السبب ، ووقوف تأثيره على الرضاء المتأخر . انتهى ملخص كلامه في الوجه الثاني .

ولكنه ناقش في ذلك بما حاصله : أن المطلقات الدالة على السببية المستقلة اذا قيدت بما اذا صدر العقد من غير اكراه لم يبق ـ هنا ـ مايدل على صحة عقد المكره فيما اذا تعقبه الرضاء ، وعليه فالمرجع ـ عند ئذ ـ هو الأصل وهو يقتضي الفساد .

ثم ذكر : أن حديث الرفع لايمكن أن يكون حاكما على المطلقات ، فلا مانع من التمسك بها لصحة عقد المكره المتعقب بالرضاء .

وبيان ذلك : أن المطلقات قد قيدت بالأدلة الأربعة ـ المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل ، ومع عدم طيب النفس ـ بما اذا كان العقد مرضيا به سابقا أو لاحقا ، والا كان الأكل أكلا للمال بالباطل واذا كان كذلك فتستحيل حكومة حديث الرفع عليها ، وذلك لأن العقد المقرون بالرضاء يستحيل عروض الاكراه عليه ، والعقد الملحوق بالرضاء قد حكم عليه بالصحة بما أنه مكره عليه ، ومثل ذلك غير قابل لأن يشمله حديث الرفع ، فانه يختص بما

اذا كان الأثر مترتبا على ذات الشيء من غير دخل للاختيار والاكراه فيه ، فيرتفع أثره عند الاكراه ، وذات العقد فى المقام لا أثر له ، الا أنه جزء السبب المؤثر . ولا يمكن رفع هذا الأثر بحديث الرفع ، هذا ملخص ما أفاده قدس سره .

أقول : أما ما أفاده أولا فيرد عليه : أن مقتضى الاطلاقات هو سببية العقد مطلقا ، لترتب الأثر عليه ، لكن حديث الرفع اقتضى عدمه فيما اذا لم يكن العاقد راضيا به لا سابقا ولا لاحقا على ما عرفته ، فيبقى ما لحقه الرضاء تحت المطلقات ، لا أن المرجع هو الأصل الذى يقتضى الفساد .

أما ما أفاده أخيراً فهو مبنى على الالتزام بتقييد المطلقات أولا بما دل على حرمة أكل المال بالباطل ، ثم ملاحظة النسبة بينها ، وبين حديث الرفع .

ولكن هذا غير صحيح ، فان حديث الرفع فى عرض سائر المقيدات ونتيجة الكل : أن العقد اذا لم يكن مرضيا به ، لا سابقا ، ولا لاحقا لم يؤثر أثره .

أما اذا كان مكرها عليه حدوثا ، ولكن رضى به المالك بعد ذلك فلا دلالة فى شيء من المقيدات على بطلانه ، فيحكم بصحته بمقتضى الاطلاقات

بحث فى أن الرضاء المتأخر كاشف أو ناقل

قوله : (بقى الكلام فى أن الرضاء المتأخر ناقل ، أو كاشف) أقول : بعد البناء على أن الرضاء المتأخر يوجب صحة بيع المكره قد وقع الكلام بين

الأعلام فى أنه كاشف عن صحة العقد من أول الأمر ، أو ناقل من حين تحقق الرضاء ؟ .

مقتضى الأصل هو القول بالنقل ، فانه يشك فى حصول الملكية الى زمان الرضاء ، فالاصل يقتضى عدمه .

أما بحسب الدليل الاجتهادى فقد ذهب المصنف الى القول بالكشف من جهة ماورد فى تزويج الصغيرين (١) حيث حكم الامام (ع) بالتوارث

---

(١) عن ابي عبيدة الحذاء قال : سألت ابا جعفر (ع) عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين ؟ فقال : النكاح جائز ، وايهما ادرك كان له الخيار . . . قلت : فان كان الرجل الذي ادرك قبل الجارية ورضى بالنكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية اترثه ؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله مادعاها الى اخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر . . . صحيح . الكافي ج ٥ من ط ٢ باب تزويج الصبيان ص ٤٠١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ . والوافي ج ١٢ باب ٦٨ ولي العقد على الصغار ص ٦٥ .

ورواه الشيخ فى باب توارث الأزواج من الصبيان من كتاب الميراث في ص ٤٤٠ . عن علي بن فضال ، عن محمد بن علي ، عن السراد ، عن ابن رئاب عن ابي جعفر (ع) .

ولكن الظاهر : ان ابن رئاب يروى عن الحذاء ، وهو يروي عن ابي جعفر (ع) ـ كما عرفته فى المصادر المتقدمة ـ لأن ابن رئاب من اصحاب الصادق (ع) لا الباقر (ع) فالسقط انما هو من قلم النساخ .

وعن الحلبي قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه في صغره ايجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ قال فقال : اما التزويج فصحيح واما طلاقه . . قلت فان ماتت ، اومات فقال : يوقف الميراث حتى يدرك ايهما بقي ثم يحلف بالله مادعاه الى اخذ الميراث إلا الرضاء بالنكاح ، ويدفع اليه ـ

بينهما اذا مات أحدهما ، ولكن بعد احلاف الحى على أن امضاءه لعقدالنكاح ليس من ناحية الطمع فى المال ، بل من جهة رغبته فى النكاح .

ولكن يرد عليه : أن الرواية قد وردت فى النكاح الفضولى ، والتعدى منه الى سائر المعاملات الفضولية وان كان جائزاً ، لعدم الفارق بينها وبين النكاح من ناحية الفضولية ، الا أنه لايمكن التعدى منه الى بيع المكره المتعقب بالرضاء الا بدليل ، وذلك للفرق الواضح بينه وبين البيع الفضولى ، فان بيع المكره يستند الى المالك من أول الأمر ، وقد فرضنا أنه لم يحكم بصحته إلا بعد تحقق الرضاء ، وأما البيع الفضولى فهو يستند الى المالك من حين اجازته فيمكن الحكم بصحته من أول الأمر . هذا .

والصحيح : هو القول بالكشف فى كلا المقامين ، وذلك لأن الاجازة وان كانت متأخرة عن العقد ، الا أنها متعلقة بالعقد ، وامضاء له ، ولازم ذلك هو الحكم بتأثيره من أول الأمر ، وسيأتى توضيح ذلك فى بحث البيع الفضولى .

ونزيد على ذلك فى المقام بأن مقتضى العمومات والاطلاقات هو صحة العقد ، وتأثيره من حين حدوثه . لكن حديث الرفع وغيره دل على اعتبار الرضاء الأعم من المقارن والمتأخر فى ذلك . ومقتضى الجمع بينهما هو الحكم بالصحة وترتب الأثر عليه من أول الأمر .

فان قلت : إذا حكم عليه بالصحة من أول الأمر فقد كان سبب الحل ـ وأكل المال ـ التجارة لاعن تراض ، وقد فرضنا انحصاره بالتجارة عن تراض

قلت : الحكم بالصحة إنما هو بعد الرضاء . ولكن متعلق الحكم إنما هو

ـ الميراث ، مجهول بمحمد بن موسى المتوكل . الوافى ج ١٢ باب ١٧٥ ص ١٦٧ . وقد تقدم صدره في ص ٢٧٤ .

الصحة من حين العقد ، فمن اكره على بيع داره ـ مثلا ـ ثم رضى بما فعله يحكم عليه من حين رضاه بأنه مالك للثمن من حين العقد ، كما أن المشترى مالك للدار . وسيجىء فى البحث عن البيع الفضولى بيان ذلك إنشاء الله تعالى ، وأنه غير الكشف الحكمى الذى التزم به المصنف قدس سره .

ثم إن المصنف قاس مانحن فيه بفسخ العقد ، بدعوى : أن الفسخ وإن كان حلا للعقد السابق ، وجعله كأن لم يكن ، إلا أنه لاترفع به الملكية السابقة على الفسخ ، لأن العبرة بزمان حدوث الفسخ ، لابزمان حدوث متعلقه .

ويتوجه عليه : أن هذا قياس باطل ، لوجود الفارق بين الفسخ وبين مانحن فيه : بداهة أن الفسخ عبارة عن حل العقد ، ويقابله إقراره وإمضاؤه وأما إجازة العقد فيقابله رده ، فلا منافاة بين أن يكون أثر الفسخ من حينه ـ كما هو ظاهر أدلته ـ وأن يكون أثر الاجازة ترتيب أثر العقد من حينه

ثم إنه هل للطرف غير المكره فسخ العقد قبل صدور الرضاء من المكره ؟ .

فيه كلام سيأتى فى بحث العقد الفضولى . فان الملاك مشترك فيه بين البابين .

والى هنا جف القلم فى بيع المكره وتوابعه . والحمد لله أولا وآخراً .

بحث في معاملات العبد

قوله : (مسألة : ومن شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبداً فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا باذن سيده) أقول : لاشبهة فى أن العبد ليس كالحر العاقل بحيث يكون مستقلا فى التصرف ، ولا أنه مثل المجانين

بحيث لايترتب على فعله وعبارته أثر بوجه ، وإنما هو برزخ بينهم وبين الحر العاقل .

ثم إن الأقوال فى تصرفات العبد ثلاثة :

١ ـ أنه محجور عن كل تصرف الا الضروريات التى بها عيشه .

٢ ـ أن جميع تصرفاته نافذة ، إلا مايكون تصرفا فى سلطنة المولى ، ـ وحينئذ ـ فلا بأس فى نفوذ تصرفاته بما لاينافى حق المولى ، كأن يتوكل عن غيره فى معاملة أو ايقاع ، أو يضمن دين شخص بشرط أن يؤديه لصاحب الدين بعد انعتاقه ، أو أشباه ذلك .

٣ ـ أنه لايجوز تصرفه فى كلما يعد شيئاً معتداً به بحسب العرف والعادة من غير فرق فى ذلك بين مايتعلق بأموال سيده وما يتعلق بنفسه من عقد أو ايقاع وبما يتعلق بأمواله ـ بناءاً على كونه مالكا شرعا ـ ومايتعلق بسائر الناس من التصرف فى أموالهم أو أنفسهم بعقد أو ايقاع فان صحة جميع ذلك يتوقف على اذن المالك واجازته وعلى الجملة يحكم بلغوية كل تصرف يستقل العبد فيه من دون أن يتقيد بقسم خاص واذن فلا تصح وكالة العبد عن غيره أيضاً حتى فى اجراء الصيغة فضلا عن كونه وكيلا مفوضاً مالم يكن ذلك باذن سيده .

ذهب المصنف الى الوجه الأخير ، حيث حكم بأنه لايجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا باذن سيده ، سواء أكان لنفسه فى ذمته ، أو بما فى يده أم كان لغيره .

واستدل على رأيه هذا بقوله تعالى : « ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لايقدر

على شيء (١) » .

وبصحيح زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالا : المملوك لايجوز طلاقه ولا نكاحه إلا باذن سيده ، قلت : فان كان السيد زوّجه بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد . « ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لايقدر على شيء » فشيء الطلاق (٢) .

ووجه الاستدلال بهما : أنه كلما صدق عليه أنه شيء معتد به فلا يقدر العبد على التصرف فيه شرعا من دون إذن مولاه . وعليه فلا يجوز للعبد أن يكون وكيلا عن غيره فى إجراء الصيغة فضلا عن كونه وكيلا مفوضاً ، ولا على ايجاد الملكية أو الزوجية لنفسه ، ولا على طلاق زوجه ، ولا على الالتزام بشيء والتعهد بدين ـ وان اشترط أداءه بعد حريته ـ لأن كل ذلك يصدق عليه عنوان الشيء ، فلا يقدر عليه العبد شرعا بدون إذن سيده .

وعلى الجملة : ان الظاهر من الآية والرواية هو أن العبد غير مستقل فى جميع تصرفاته ، سواء أكانت راجعة الى نفسه حال عبوديته ، أم تعلقت برقبته ، كأن يضمن الشيء لشخص بشرط أن يعطيه اياه بعد حريته ، وسواء أكانت راجعة الى سيده ، أم كانت راجعة الى الأشخاص الآخرين ـ وان لم يكن ـ هناك ـ مايزاحم حق المولى ، كأن يتوكل عن غيره فى عقد أو ايقاع .

والسر فى ذلك : هو أن عدم قدرته على شيء ليس الا عدم تمكنه من التصرف فيه ، وأنه يحتاج فى ذلك الى الاستعانة من غيره ، ومن الواضح أن المحتاج الى غيره فى فعل لايكون قادراً على التصرف فيه استقلالا ، وعليه

(١) سورة النحل الآية : ٧٥ .

(٢) الفقيه ج ٣ من طبعة النجف باب طلاق العبد ص ٣٥٠ .

فشأن العبد شأن الصبى ، فكما أن الصبى لاينفذ تصرفه فى شىء الا بأذن وليه ، كذلك المملوك ، فانه لاينفذ تصرفه فى شىء الا باذن سيده . انتهى ملخص كلامه مع التوضيح الاجمالى . وتبعه ـ فى ذلك ـ شيخنا الاستاذ .

والتحقيق : أنه لادلالة فى الآية ، ولا فى الرواية على ماذهبا اليه .

وبيان ذلك : أنه ليس المراد من عدم القدرة ـ فى الآية ـ هو عدم القدرة عقلا ، ولا أن المراد من الشىء هو الشىء التكوينى الخارجى ، بداهة أن العبد مثل الحر فى قدرته على الامورا لخارجية .

وأيضاً ليس المراد من نفى القدرة هو نفى القدرة الشرعية التكليفية ، ضرورة أن ماهو مباح للأحرار ـ فى الشريعة المقدسة الاسلامية من المأكولات والملبوسات والمشروبات ـ مباح للعبيد ـ أيضاً ـ وليس لاذن المولى دخل فى ذلك بوجه .

بل المراد من قوله تعالى : لايقدر على شىء هو عدم نفوذ تصرفات العبد فى شىء ، وعلى هذا فلا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من أن قوله تعالى : لايقدر على شىء قيد توضيحى ، لأن العبد لاينقسم الى القادر والعاجز ، بل المملوكية مساوقة للعجز .

لا وجه لذلك من جهة أن المراد من عدم القدرة هو عدم نفوذ التصرف . ولا شبهة فى أن هذا حكم وضعى ، فلا معنى لأخذه قيداً للموضوع أو توضيحاً له .

ثم ان لفظ (مملوكا) فى الآية الكريمة بمنزلة العلة لقوله تعالى : لايقدر على شىء ، فكأنه تعالى قال : ان العبد لاينفذ تصرفه ، لكونه مملوكا . وعليه فمناسبة الحكم والموضوع تقتضى أن يراد من عدم قدرة العبد عدم نفوذ تصرفه فيما يرجع الى نفسه وأمواله من حيث عبوديته .

أما عدم نفوذ تصرفه فى أموال سيده ، أو أموال الأشخاص الآخرين فهو ليس من جهة كونه عبداً مملوكا ، بل من جهة الأدلة الدالة على حرمة التصرف فى أموال الناس بدون اذنهم ، ولا ريب فى أن هذا المعنى لاتقتضيه العبودية ، بل هو مشترك فيه بين العبد والحر .

ولو سلمنا أن الآية ليست بظاهرة فى هذا المعنى ، الا أنه لاسبيل الى انكار كونه محتملا منها ، وعليه فتكون الآية مجملة ، واذن فلا يمكن الاستدلال بها على عدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى سيده أو الى شخص آخر غير سيده

وقد اتضح لك مما بيناه : أنه لاوجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من جعل لفظ (مملوكا) فى الآية قيداً توضيحياً ، بدعوى أن العبد لاينقسم الى مملوك وغير مملوك :

وقد ظهر لك مما ذكرناه أيضاً : أنه لابد من أن يفرق بين كون العبد وكيلا عن غيره فى انشاء عقد أو ايقاع ، وبين توكيله غيره فى ذلك . أما الأول فيجوز له ذلك ، لأنه لايعد تصرفا فيما يرجع الى نفسه لكى يحكم بفساده بدون اذن مولاه ، بداهة أن كون العبد مملوكا لمولاه لايلازم سقوط ألفاظه وعباراته والعقد أو الايقاع بما أنه للغير فلا مانع من الحكم بصحته .

أما الثانى فلا يجوز له ذلك ، اذ ليس للعبد أن يستقل فى التصرف فيما يرجع الى نفسه أو أمواله بدون اذن سيده ، فاذا لم يجز له ذلك لم يجز له توكيل غيره فيه . هذا مايرجع الى الآية المباركة .

أما رواية زرارة فانها ظاهرة ـ أيضاً ـ فى عدم نفوذ تصرفات العبد فيما يرجع الى نفسه ، فلا اشعار فيها بكون مطلق تصرفاته متوقفاً على اذن سيده

والقرينة على هذه الدعوى من نفس الرواية هى قوله عليه السلام : المملوك لايجوز طلاقه ، ولانكاحه الا باذن سيده . قلت : فان كان السيد زوّجه

بيد من الطلاق ؟ قال عليه السلام : بيد سيده .

ثم إنا اذا قلنا بعدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى غير المولى ـ أيضاً ـ إلا باذنه فلو تصرف العبد بدون إذن سابق ، ولكن لحقته الاجازة من المولى فهل يحكم بصحته ؟ .

فيه خلاف بين الأعلام .

قد احتمل المصنف أولا عدم نفوذه ، وحاصل كلامه : أن الاجازة إنما تتعلق بمضمون العقد : أعنى به انتقال المال بعوض ، ولاريب فى أن هذا المعنى ـ فيما نحن فيه ـ ليس منوطاً برضاء المولى ، اذ المفروض أنه أجنبى عن العوضين ، بل حق المولى من جهة كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده ، ومن الواضح أن الانشاء اذا صدر منه على وجه الاستقلال لم يخرج عن استقلاله لأن الشيء لاينقلب عما هو عليه .

وبتعبير آخر : أن ماترتبط به إجازة المولى : أعنى به الانشاء لايعقل أن تلحقه الاجازة ، فيكون صادراً من قبل المولى ، لاستلزامه الانقلاب المحال ، ومالا يستلزم المحال من تعلق الاجازة به ـ وهو مضمون العقد ـ غير مرتبط بالمولى . وسيأتى الجواب عن هذه المناقشة قريباً .

ثم إنه رحمه الله قوّى صحة تصرفات العبد بالاجازة اللاحقة بوجوه :

وحاصل الوجه الأول : أن العمومات والمطلقات قد دلت على صحة العقود والايقاعات ، سواء أكانت صادرة من الأحرار ، أم كانت صادرة من المماليك ، وقد خرج منها العقد الصادر من العبد من دون استناده الى اذن المولى أصلا ، لاسابقاً ، ولا لاحقاً ، ويبقى الباقى تحت العمومات والمطلقات

وببيان أوضح : أن مفاد المخصص إنما هو عدم ترتب الأثر على العقد الصادر من العبد من دون إذن سيده سابقاً ، أو إجازته لاحقاً ، وليس مفاد

المخصص اعتبار الاذن السابق فقط فى تصرفات العبد .

ولو أغمضنا عن ذلك ، وشككنا فى أن مفاد المخصص هل هو المعنى الأول ، أو المعنى الثانى وجب الأخذ بالمعنى الأول ، لأن المخصص المنفصل إذا كان مجملا : ـ بان كان مرددا بين الأقل والأكثر ـ أخذنا بالقدر المتيقن منه ، وهو فى المقام العقد الصادر من العبد بلا إذن سابق ، ولا إجازة لاحقة وفى غير ذلك نتمسك بالعمومات .

وأورد عليه شيخنا الاستاذ بأن دليل اعتبار الاذن فى تصرف العبد ظاهر فى الاذن السابق ، فلا يشمل الاجازة اللاحقة لأن الاجازة غير الاذن وعليه فلا إجمال فى المخصص لكى يتمسك بالعموم ويحكم بنفوذ تصرف العبد مع الاجازة اللاحقة أيضاً .

ويرد عليه : أن دليل اعتبار الاذن فى تصرفات العبد لاظهور له فى إرادة الاذن السابق .

أما الآية فواضح ، لأن المستفاد منها ـ كما عرفته سابقاً ـ هو عدم نفوذ تصرف العبد ، لكونه مملوكا لايقدر على شىء ، فلابد فى نفوذه من دخل إذن المولى فيه ، ولكن لايستفاد منها أن دخله فيه بأية كيفية ، أهو بالاذن السابق ، أم كان ذلك أعم منه ومن الاجازة اللاحقة ، وعليه فيدور الأمر بين الأقل والأكثر ، فمقتضى القاعدة فى أمثال ذلك هو الأخذ بالأقل ، لكونه متيقن الارادة .

أما صحيحة زرارة فلا يستفاد منها إلا بطلان نكاح العبد وطلاقه من دون اذن سيده بأن يكون مستقلا فى تصرفه .

أما بطلان تصرفه إذا لحقته الاجازة فاستفادته تتوقف على إثبات ظهور لفظ الاذن فى الاذن السابق ، وهو أول الكلام .

وحاصل الوجه الثانى : أن صحيحة زرارة المتقدمة قد دلت على صحة

النكاح والطلاق بالاذن ، وحيث ثبتت بالأخبار الخاصة صحة النكاح بالاجازة اللاحقة فيستكشف من ذلك أن المراد من الاذن فى الصحيحة أعم من السابق واللاحق ، ـ وحينئذ ـ فنلتزم بصحة سائر العقود ـ أيضاً ـ بالاجازة اللاحقة ، لعدم الفارق بين النكاح وبين بقية العقود ، ولازم هذا التعميم وإن كان يقتضى الالتزام بصحة الطلاق ـ أيضاً ـ بالاجازة اللاحقة ، إلا أنه خرج ذلك بالدليل الخارجى .

وتوهم أنه يلزم ـ وقتئذ ـ تأخير البيان عن وقت الحاجة توهم فاسد ، لأن المقصود من الصحيحة هو نفى استقلال العبد فى الطلاق وأنه يبطل بدون إذن سيده ، لا بيان جميع الخصوصيات المعتبرة فى طلاق العبد ، وعليه فكفاية الاذن اللاحق فيه وعدمها أمر خارج عن مقام البيان .

ويتوجه عليه : أنه يمكن نقضه باستظهار عكسه من الصحيحة بأن يقال لما كانت الصحيحة مشتملة على الطلاق ـ الذى لايصح بالاجازة اللاحقة ـ استكشفنا بذلك أن المراد من كلمة الأذن فيها إنما هو الاذن السابق فقط ، لا الأعم منه ومن الاجازة اللاحقة ، وعليه فصحة النكاح بالاجازة اللاحقة إنما ثبت بالدليل الخارجى ، ولا يلزم ـ عندئذ ـ تأخير البيان عن وقت الحاجة ، لأن الامام عليه السلام كان فى مقام بيان حكم النكاح فى الجملة ، لامطلقاً ، وعليه فلا بد من ملاحظة الصحيحة فى نفسها ، إذ لاتعرض فيها لبيان أن المراد من الاذن هل هو الاذن السابق ، أو الأعم منه ومن الاجازة للاحقة ، فتبقى الصحيحة على إجمالها .

الوجه الثالث : استفادة ذلك مما دل (١) على أن اجازة المولى توجب

---

(١) عن زارة عن ابي جعفر (ع) قال : سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه ؟ فقال : ذلك الى مولاه إن شاء فرق بينهما وإن شاء اجاز نكاحهما ، فان فرق بينهما فللمرأة ماأصدقها إلا ان ـ

صحة نكاح العبد الواقع بدون إذنه : وذلك لوجهين :

الوجه الأول : أن مقتضى هذه الأخبار هو صحة ماعقده العبد لنفسه للعموم المستفاد من ترك الاستفصال ، وعلى هذا فلا يمكن حملها على ماإذا عقد غيره له لكي يخرج بذلك عن عنوان عقد المملوك ويدخل تحت عنوان عقد الفضولي الذي لا ربط لصحته - بالاجازة اللاحقة - بصحة عقد العبد باجازة المولى . واذا صح نكاح العبد صحت بقية العقود الصادرة منه بالأولوية .

فالمتحصل من هذه الأخبار هو صحة معاملات العبد إذا اجازها سيده سواء أكان المباشر للصيغة هو العبد ، أم كان غيره ، وسواء أكانت العقود للعبد ، أم كانت لغيره ، وإنما باشرها العبد وكالة . وكل ذلك من ناحية ترك الاستفصال .

الوجه الثاني . أن قوله عليه السلام : « إنه لم يعص الله انما عصى سيده فاذا

- يكون اعتدى فاصدقها صداقاً كثيراً فان اجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول . فقلت لأبي جعفر « ع » فانه في اصل النكاح كان عاصياً ؟ فقال ابو جعفر « ع » : إنما اتى شيئاً حلالا وليس بعاص لله ، وإنما عصى سيده . ولم يعص الله ، إن ذلك ليس كاتيانه ماحرم الله تعالى عليه من نكاح في عدة واشباهه . ضعيف بموسى بن بكر .

وعنه عن ابي جعفر « ع » قال : سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما . قلت : اصلحك الله إن الحكم بن عتيبة وابراهيم النخعي واصحابهما يقولون : إن اصل النكاح فاسد ، ولا تحل له إجازة السيد له . فقال ابو جعفر « ع » : إنه لم يعص الله إنما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز . حسن بابراهيم بن هاشم . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٤٧٨ . الوافي ج ١٢ باب تزويج الاماء ص ٨٨ .

أجازه فهو له جائز ، علة لصحة العقد الصادر من العبد ، ومفاد هذه العلة هو أن المعيار فى صحة معاملة العبد بعد عدم كونها مخالفة لله ـ كالمعاملة على الخمر والخنزير والميتة ونحوها ـ إنما هو وقوعها برضاء المولى ، سواء فيه الرضاء السابق واللاحق .

وعليه فاذا أوقع عقداً بدون رضاء سيده ـ الذى هو معنى عصيانه ـ ثم رضى به سيده صح العقد ، لأن معاملة العبد ـ عندئذ ـ ليست معصية لله حتى يحكم بفسادها ، بل هى معصية لسيده . فيحتاج الى اجازته ، وقد فرضنا تحققها .

واذن فالرواية فى مقام بيان الضابطة الكلية وهى أن كل عقد كان فيه عصيان لله فهو فاسد ، كالعقد على المحارم ، وبيع الخمر والخنزير وكل عقد لم يكن فيه عصيان لله فهو صحيح غاية الأمر أنه يحتاج الى اجازة سيده هذا .

وقد ناقش شيخنا الاستاذ فى الوجه الأول ، وحاصل مناقشته هو أن العبد إذا عقد لنفسه كان مضمون العقد : أعنى به المنشأ متوقفاً على الاجازة

أما الانشاء الذى ـ هو جهة الاصدار ـ فهو معنى حرفى وملحوظ تبعى واذا عقد لغيره فضولا ، أو وكالة كان مضمون العقد راجعاً الى غير المولى ، فلا يرتبط باجازته ، بل المربوط باجازته انما هو جهة الاصدار : أعنى به الانشاء

وعليه فجهة الاصدار معنى اسمى ، وملحوظ استقلالى ، ـ وحينئذ ـ فاذا قام الدليل على اجازة المضمون فى القسم الأول كان ذلك دليلا على إجازة جهة الاصدار فيه ـ أيضاً ـ لكونها ملحوظة تبعاً .

ولكن لا يمكن التعدى من ذلك الدليل الى جهة الاصدار فى القسم الثانى ـ أيضاً ـ لكونه معنى اسمياً ، ومن الظاهر أن قياس المعنى الاسمى بالمعنى الحرفى قياس مع الفارق .

ولكن لاوجه لهذه المناقشة ، بديهة أن كون متعلق الاجازة ملحوظاً للمجيز استقلالا تارة وتبعاً اخرى لايرتبط بجهة الاستدلال .

بيان ذلك : أن العقد الواقع على ملك السيد تتوقف صحته على اجازته واذنه ـ ولو كان صادراً من غير عبده ـ كما أن عقد عبده يحتاج الى ذلك ولو تعلق بمال غيره وعليه فاذا أوقع العبد عقداً على مال المولى ـ كما فى النكاح ـ كان ذلك بمجمعاً للعنوانين ، واذا ثبتت صحة ذلك ـ فيما اذا تعقبته اجازة المولى ـ ثبتت صحة عقده بمال غير المولى اذا تعقبته الاجازة أيضاً .

ثم ان التمسك بهذه الوجوه لاثبات صحة تصرفات العبد بالاجارة اللاحقة انما يفيد فى مرحلة الاثبات بعد فرض الامكان فى مرحلة الثبوت . واذا حكمنا بالاستحالة ثبوتاً من ناحية الانقلاب المحال لم يفد التمسك بها اثباتاً .

وعليه فلايجتمع مااحتمله المصنف فى مطلع كلامه ـ بدءاً ـ من الاستحالة فى مقام الثبوت ، مع حكمه بصحة تصرفات العبد بالاجازة اللاحقة من ناحية الوجوه المتقدمة . واليك لفظه : (وكيف كان فانشاءات العبد لايترتب عليها آثارها من دون اذن المولى : أما مع الاذن السابق فلا إشكال . وأما مع الاجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع ، لأن المنع فيه ليس من جهة العوضين بل المنع من جهة راجعة الى نفس الانشاء الصادر ، وماصدر على وجه لايتغير منه بعده . . . فاذا وقع على وجه يستقل به العبد فلحوق الاجازة لايخرجه عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً) . « ثم انتقل الى مقام الاثبات ، وقال : » الا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى الخ) .

إلا أن يقال : ان غرض المصنف من التمسك بالوجوه المذكورة ـ فى مقام الاثبات ـ هو ان الأدلة الدالة على اعتبار رضاء المولى فى تصرف العبد انما هو بالمعنى الأعم من الرضاء السابق واللاحق ، وعليه فاذا صدر عقد من العبد

من دون رضاء سيده لم يتصف ذلك - بمجرد صدوره بدون اذن المولى - بالاستقلال لكى يلزم من لحوق الاجازة به الانقلاب المحال .

بل اتصافه بالاستقلال مراعى بعدم لحوق الرضاء ، واذا اقتضت العمومات والاطلاقات صحة عقد العبد مع الرضاء اللاحق حكمنا بها من دون استلزامه الانقلاب المحال .

وكيف كان يمكن الجواب عن المناقشة المذكورة : بأن العقد الصادر من العبد له جهتان : جهة الانشاء ، وجهة المنشأ ، ومن الواضح ان المحتاج الى إذن المولى إنما هو المنشأ : أعنى به الاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى ، دون الانشاء : أعنى به ابراز ذلك الاعتبار النفسانى .

ويدل على صحة ذلك قوله عليه السلام فى صحيحة زرارة المتقدمة : (المملوك لايجوز طلاقه ، ولا نكاحه إلا باذن سيده) .

ووجه الدلالة : هو أن الطلاق والنكاح ليسا مجرد الانشاء . بل الطلاق عبارة عن اعتبار حل العلقة المبرز بمظهر خاص خارجى . والنكاح عبارة عن اعتبار العلقة الزوجية فى صقع الذهن المبرز بمظهر خارجى .

وعليه فشأن مانحن فيه شأن ماثبت فى محله من أن صحة نكاح بنت الاخ وبنت الاخت متوقفة على إجازة العمة والخالة ، فان المتوقف على اجازتهما ليس هو صحة الانشاء فقط ، بل صحة مايصدق عليه النكاح بالحمل الشايع

ولا يخفى عليك : أن ماذكرناه - من الجواب عن المناقشة المتقدمة - مبنى على كون صحة إنشاء العبد لغيره وكالة أو فضولا متوقفة على اجازة المولى

أما بناءاً على ماذكرناه - عند التعرض للاية المتقدمة من عدم كون المولى مالكا لانشاء العبد - فانه لاشبهة فى صحة إنشائه لغيره وكالة أو فضولا ، سواء رضى به المولى ، أم لم يرض به ، إذ المولى ليس مالكا لكلمات العبد وألفاظه

لتتوقف صحتها على اجازته .

ثم إنه بقى ـ هنا ـ شيء لم يتعرض له المصنف ، وهو أن اجازة المولى لعقد العبدهل هى كاشفة ، أو ناقلة ؟ .

مقتضى القاعدة أنها ناقلة ، لأصالة عدم تحقق الأثر الى زمان الاجازة ، ولم يرد ـ هنا ـ دليل على الكاشفية لكى يخرج به عن القاعدة المزبورة . كما ورد فى الفضولى .

نعم اذا قلنا بأن الكشف على طبق القاعدة ـ سيأتى الكلام فى ذلك فى البحث عن البيع الفضولى ـ التزمنا ـ هنا ـ بالكشف أيضاً ،

قوله : (فرع لو أمر العبد آمر أن يشترى نفسه من مولاه فباعه مولاه صح ولزم بناءاً على كفاية رضاء المولى الحاصل من تعريضه للبيع من اذنه الصريح ، بل يمكن جعل نفس الايجاب موجبا للاذن الضمنى) .

ولكن نوقش فيه بوجهين :

الوجه الأول : أن عبارة العبد متحدة مع عبارة سيده ، فيلزم من ذلك اتحاد الموجب والقابل . وهذا يوجب بطلان العقد .

ويتوجه عليه ماذكره المصنف ، وحاصله : أن الالتزام بذلك يقتضى المنع ـ أيضاً ـ عن نفوذ عقد العبد لو أذن له سيده سابقا ، وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

ويضاف الى ذلك : أنه لادليل على اعتبار التغاير بين الايجاب والقبول بل يكفى التغاير بينهما اعتباراً .

على أنه لااتحاد فى المقام ، لأن كون العبد مملوكا لمولاه لايقتضى ذلك .

الوجه الثانى : أنه تعتبر ـ فى صحة العقد ـ قابلية كل من المتبائعين للانشاء عند تحقق الايجاب والقبول كليهما ، وعليه فلو كان المشترى عند ايجاب

البائع غير قابل للقبول ، أو خرج البائع ـ حال قبول المشترى ـ عن قابلية ايجاب البيع لم ينعقد العقد بينهما ، لأنه ـ وقتئذ ـ لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر ، فلا تتحقق المعاهدة والمعاقدة بينهما بوجه ، وحيث إن العبد ـ فيما نحن فيه ـ غير قابل للقبول فى زمان الايجاب ـ لعدم كونه مأذوناً فى ذلك من قبل المولى ـ فيحكم ـ حينئذ ـ بفساد العقد .

ويتوجه عليه أنه لا أساس صحيح لهذا الشرط ـ على ماذكرناه فى محله ـ لأن المناط فى تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشترى ـ وعليه فاذا تحقق إنشاء البائع ـ حال كون المشترى نائماً أو غافلا أو مغمى عليه ، ثم التفت المشترى الى هذا الانشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع ـ صدق عليه العقد جزماً ، وحكم بصحته ولزومه ، للأدلة الدالة على نفوذ العقود ولزومها

نعم إذا لم يبق البائع على شرائط الانشاء حين قبول المشترى حكم بفساد العقد لارتفاع التزام البائع بانتفاء الشرط عنه ، وعدم اتصال التزامه بالتزام المشترى .

هذا كله فيما اذا وكل المشترى العبد فى الاشتراء من سيده .

أما لو وكله فى الاشتراء من وكيل المولى فان كان الوكيل وكيلا مفوضا فلا شبهة فى أن شأنه شأن المولى ، فيعود النزاع المتقدم . وان كان الوكيل وكيلا فى خصوص إجراء الصيغة فلا شبهة فى احتياج الاشتراء الى الاجازة من المولى . هذا تمام الكلام فى البحث عن معاملات العبد .

الى هنا تم الجزء الثالث من كتابنا مصباح الفقاهة فى المعاملات ، ويليه الجزء الرابع انشاء الله ، وأوله مبحث البيع الفضولى ، والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين .

قد وقع الفراغ من ذلك سنة ١٣٧٤ هجـ .

محتويات الجزء الثالث

من مصباح الفقاهة

الصفحة

٣ التقريظ .
٤ كلمة المؤلف

المباحث الراجعة الى صيغ العقود

٥ بحث في اعتبار اللفظ فى العقود .
٧ الأصل الأولى فى العقود والايقاعات هل يقتضى الصحة ام يقتضى الفساد ؟ .
٨ الأحكام الوضعية واقسامها .
١٠ عدم جريان البراءة فى الشرطية والسببية والمانعية والجزئية ، لعدم كونها مجعولة بالذات .
١١ هل يجوز التمسك بالعمومات عند الشك في العقود ؟ .
١٢ مقتضى القاعدة هو الحكم بلزوم معاطاة الأخرس .
١٣ اشارة الأخرس وحكمها .
١٥ بحث في مادة الصيغة ، واختلاف الفقهاء فيها .
١٦ مقتضى القاعدة هو انعقاد جميع العقود والايقاعات بكل مايصلح للانشاء .
١٧ جواز الانشاء بالألفاظ المجازية والكنائية .
١٨ لافرق فى ذلك بين كون المجاز قريباً وكونه بعيداً ، كما انه لافرق فيه بين احتفافه بالقرينة اللفظية ، واحتفافه بالقرينة غير اللفظية .

الصفحة

١٩ جواز الانشاء بالألفاظ المشتركة مع احتفافها بالقرائن الحالية .
١٩ دعوى الاجماع على اعتبار اللفظ في انشاء عقد الزواج .
٢٠ هل يجوز انشاء البيع بكلمة بعت ؟ .
٢٠ هل يجوز انشاء البيع بكلمة شريت ؟ .
٢١ هل يجوز انشاء البيع بكلمت ملكت بالتشديد ؟ .
٢٤ هل يجوز إنشاء البيع بكلمت اشتريت ؟ .
٢٥ ماهوا المراد من قوله تعالى : بئسما اشتروا به انفسهم ان يكفروا بما انزل الله ؟
٢٦ دعوى ان الاشتراء من الافتعال ، فلا يناسب استعماله فى الايجاب ، وجوابها .
٢٨ ماهي الفاظ القبول ؟ .
٢٨ جواز القبول بلفظ قبلت ورضيت وتملكت وملكت مخففاً واشتريت وابتعت وشريت .
٣٠ الاختلاف في تعيين الموجب والقابل لأجل ترتب الأثر على كل منهما .
٣١ لايترتب اثر خاص ظاهر على خصوص عنوان البائع .
٣١ دعوى ان كل ـ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ـ اثر ظاهر مترتب على عنوان البائع ، وجوابها .
٣٥ بحث في هيئة الصيغة وعدم اعتبار العربية فيها .
٣٦ قيل : انه لايتحقق مفهوم العقد فى الخارج الا بالانشاء بالألفاظ العربية . والجواب عن ذلك .
٣٧ اذا قلنا باعتبار العربية في الصيغة وجب اعتبارها فى جميع ماهو دخيل في حقيقتها نعم لابأس بذكر شروط العقود بغير الألفاظ العربية .
٣٧ ماهو حكم الانشاء بالعربي الملحون ؟ .

الصفحة

٣٨ هل يعتبر فى العقد علم المتكلم بمعنى الصيغة ؟ .
٤٠ هل تعتبر الماضوية في الايجاب والقبول ؟ .
٤٠ جواز الانشاء بالمضارع والأمر .
٤١ قد ورد فى جملة من الروايات جواز الانشاء بالمضارع .
٤٣ جواز الانشاء بالجمل الاسمية .
٤٤ هل يعتبر في العقود تقديم الايجاب على القبول ؟ .
٤٥ تفصيل المصنف فى ذلك بين الفاظ القبول ، والجواب عنه .
٥١ هل تعتبر الموالاة بين الايجاب والقبول ؟ .
٥٢ اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه .
٥٢ لاصلة لفورية استتابة المرتد باعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه .
٥٣ لاربط للزوم تحريم المأمومين فى الجمعة قبل ركوع الامام بالفورية العرفية .
٥٣ اعتبار الاتصال في الأمر التدريجي الذي اخذ موضوعا للحكم .
٥٤ مااستدل به المصنف على اعتبار الاتصال بين الايجاب والقبول ، وجوابه .
٥٥ مااستدل به المحقق النائني على ذلك ، وجوابه .
٥٦ الاستدلال على عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول بالسيرة ، وبقصة مارية القبطية الموهوبة للنبي (ص) .
٥٧ ويدل ايضاً على عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول امران آخران .
٥٨ هل يعتبر التنجيز فى العقود ؟ .
٥٨ تعليق العقد على الشرط قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمنياً .
٥٩ يجوز للزوجة ان تشترط على زوجها فى عقد الزواج كونها وكيلا فى طلاق نفسها .

الصفحة

٥٩ كلمات الفقهاء حول التعليق في العقود .
٦٠ صرح المحقق القمي بجواز التعليق فى الوكالة .
٦١ ماذكره المصنف من اقسام التعليق في العقود .
٦٢ ماهو حكم التعليق فى العقود ؟ .
٦٢ التعليق على مايتوقف عليه مفهوم العقد .
٦٣ التعليق على ماهو دخيل فى صحة العقد .
٦٤ التعليق على الصفة التي لادخل لها فى تحقق عنوان العقد ولا فى صحته .
٦٦ مااستدل به على بطلان التعليق فى العقود .
٦٦ قيل ان التعليق فى العقود امر غير معقول ، والجواب عنه .
٦٧ الاستدلال على بطلان التعليق بآية وجوب الوفاء بالعقود ، وجوابه .
٧٠ لادليل على بطلان العقود بالتعليق .
٧١ هل يعتبر التطابق بين الايجاب والقبول ؟ .
٧١ التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية عنوان المعاملة ، ومن ناحية المبيع ، ومن ناحية البائع والمشتري .
٧٣ التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية الشروط المذكورة فى العقد .
٧٣ التطابق بين الايجاب والقبول فى اجزاء المبيع والثمن .
٧٤ هل يجوز الانشاء لأحد المتعاقدين حال كون الآخر فاقداً لشرائطه ؟ .
٧٦ بحث استطرادي فى لحوق الرضاء بالبيع الاكراهي .
٧٩ بحث فى اختلاف المتعاقدين في شروط العقد .

مباحث المقبوض بالعقد الفاسد

الصفحة

٨٥ بحث فى المقبوض بالعقد الفاسد .
٨٧ ماهو مدرك الضمان في قاعدة مالايضمن .
٨٧ الاستدلال على الضمان بحديث ضمان اليد ، وجوابه .
٨٩ الاستدلال على الضمان بما ورد فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة وجوابه
٩٠ الاستدلال على الضمان بما دل على حرمة التصرف فى مال الغير إلا بطيب نفسه وجوابه .
٩١ الاستدلال على الضمان بما دل على ان حرمة مال المؤمن كحرمة دمه ، وجوابه
٩٢ الاستدلال على الضمان بما في جملة من الروايات من انه لايصلح ذهاب حق احد وجوابه .
٩٣ الاستدلال على الضمان بما دل على نفي الحكم الضرري ، وجوابه .
٩٥ الاستدلال على الضمان بقاعدة الاقدام ومناقشة المصنف فى ذلك ، والجواب عنها
٩٨ بحث فى بعض الأعمال المضمونة .
٩٩ هل يفرق فى الضمان بين علم الدافع بالفساد ، وجهله به ؟ .
١٠١ هل تضمن العين المستأجرة في الاجارة ؟ .
١٠٢ مااستدل به على ضمان العين المستأجرة ، والجواب عنه .
١٠٣ لاضمان فى العين المستأجرة ، لكونها امانة عند المستأجر .
١٠٤ هل تنتقض قاعدة مايضمن بالصيد الذي استعاره المحرم ؟ .
١٠٧ هل تنتقض القاعدة بالبيع الفاسد ؟ .
١١٠ هل تنتقض القاعدة بحمل المبيع فاسداً ؟ .

الصفحة

١١١ هل تنتقض القاعدة بالشركة الفاسدة ؟ .
١١١ هل تنتقض القاعدة بالنكاح الفاسد ؟ .
١١٢ ماهو المدرك لعكس القاعدة ؟ .
١١٣ الاستدلال عليه بالأولوية ، والجواب عنه .
١١٤ الدليل على عكس القاعدة إنما هو عدم الدليل على الضمان .
١١٤ هل يجوز التصرف فى المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد .
١١٥ هل يفرق في ذلك بين علم الدافع وجهله ام لا .
١١٥ ذهب السيد الى جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد ، والجواب عنه
١١٧ لايجوز الاستدلال على ذلك بما دل على حرمة التصرف فى مال غيره بغير إذنه .
١١٨ هل يجوز التصرف فى المقبوض بالعقد غير المعاوضي الفاسد .
١٢٠ هل يجب رد المقبوض الى مالكه فوراً ام لا .
١٢١ الاستدلال عليه بما دل على حرمةالتصرف فى مال غيره بدون اذنه ، وجوابه
١٢٢ الاستدلال عليه بحديث ضمان اليد ، وجوابه .
١٢٤ ماهو حكم مؤونة الرد فهل هي على القابض ام على المالك .
١٢٥ هل يجب رد المقبوض الى مالكه على وجه الاطلاق .
١٢٧ ماهو حكم المنافع المستوفات ، فهل يحكم بضمانها ام لا .
١٢٧ قد استدل على ضمانها بوجوه : منها حديث ضمان اليد ، وجوابه .
١٢٩ ومنها مادل على ان حرمة مال المؤمن كحرمة دمه ، والجواب عنه .
١٢٩ ومنها مادل على حرمة مال المسلم إلا بطيبة نفس منه ، والجواب عنه .
١٣٠ ومنها قاعدة نفي الضرر ، والجواب عن ذلك .

الصفحة

١٣٠ والصحيح ان يستدل على ضمان المنافع المستوفات بأمرين احدهما السيرة .
١٣١ وثانيهما قاعدة الضمان بالاتلاف .
١٣٣ مااستدل به على عدم ضمان المنافع المستوفات .
١٣٣ قد استدل عليه ابن حمزة بحديث الخراج بالضمان ، وجوابه .
١٣٥ ربما يستنبط ماذهب اليه ابن حمزة من الروايات الخاصة ، وجوابه .
١٣٦ ماهو حكم المنافع غير المستوفات .
١٣٧ نقل الأقوال فى هذه المسألة .
١٣٨ الغاصب يضمن العين المغصوبة بجميع خصوصياتها ، للسيرة العقلائية ، وقاعدة الضمان بالاتلاف ، والأخبار الدالة على وجوب رد المغصوب على المغصوب منه
١٣٩ الغاصب انما يضمن المنافع الفائتة اذا استند فوتها اليه .
١٣٩ ذهب جمع من الأصحاب الى ضمان المنافع مطلقاً ولو كانت فائتة لوجوه . ولكن لايتم شيء منها .
١٤٥ ماهو الدليل على ضمان المثل فى المثلى وضمان القيمة فى القيمي .
١٤٦ قد استدل على ذلك بوجوه : منها حديث ضمان اليد ، والجواب عنه .
١٤٧ ومنها مادل على احترام مال المؤمن والجواب عنه .
١٤٧ ومنها ماورد في الأمة المبتاعة اذا وجدت مسروقة والجواب عنه .
١٤٧ ومنها دعوى الاجماع على ذلك والجواب عنها .
١٤٨ ومنها الاستدلال عليه بآية الاعتداء ، والجواب عنه .
١٥٠ والتحقيق : ان يستدل على ذلك بالسيرة العقلائية .
١٥١ ماهو الفارق بين المثلي والقيمي .
١٥٣ ماهو الضابط فيمايشك في كونه مثلياً او قيمياً .

الصفحة

١٥٤ اذا علمنا بكون شيء مثلياً او قيمياً اخذ به ، وان شك في ذلك فلا بد من الرجوع الى الاصول العملية ، وقرروا ذلك بوجوه .
١٥٤ مدرك القول بضمان المثل فقط .
١٥٧ مدرك القول بضمان القيمة فقط .
١٥٨ مدرك القول بتخيير الضامن بين اداء المثل والقيمة .
١٦١ هل يجب شراء المثل مع قلة وجوده وزيادة قيمته ؟ .
١٦٤ ماهو حكم تعذر المثل ؟ .
١٦٦ هل يجوز للضامن اجبار المالك على اخذ القيمة ؟ .
١٦٦ هل يجوز للمالك اجبار الضامن على اعطاء القيمة ؟ .
١٦٧ ماهو المناط في صدق التعذر والاعواز ؟ .
١٦٩ ماهو حكم سقوط العين عن المالية ؟ .
١٧٠ ماهو حكم التمكن من المثل بعد تعذره ؟ .
١٧٢ هل يضمن القيمي التالف بالقيمة ؟ .
١٧٣ مقتضى القاعدة هو ضمان المثل في القيمي .
١٧٤ مقتضى الروايات هو ضمان القيمة في القيمي
١٧٦ ماهو الملاك في تعيين القيمة في القيمي ؟ .
١٧٦ قد اختلف الأصحاب في ذلك على اقوال شتى .
١٧٨ العبرة في ذلك بقيمة يوم الغصب ، لصحيحة ابي ولاد .
١٨١ الاستدلال بها على ذلك بوجهين ، وتقريب الوجه الأول بأنحاء شتى .
١٨٣ تقريب الوجه الثاني .
١٨٥ مانوقش به على الاستدلال بالصحيحة ، وجوابه .

الصفحة

١٩٢ مااستدل به على الضمان بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف .
٢٠٠ ختام البحث فى القيمي .

مباحث بدل الحيلولة

٢٠٣ مااستدل به على ثبوت بدل الحيلولة .
٢١٠ ماهو مورد بدل الحيلولة ؟ .
٢١١ هل يعتبر التعذر العقلي فى ثبوت بدل الحيلولة ؟ .
٢١٢ ماهو حكم القيمة مع تعذر الوصول الى العين ؟ .
٢١٣ هل يصير البدل المبذول ملكا لمالك العين ؟ .
٢١٦ هل يكون المبدل ملكا للضامن باعطاء البدل ؟ .
٢١٨ بحث في فروع مهمة التي تترتب على ماتقدم .
٢١٩ خلاصة البحث فى بدل الحيلولة .
٢٢١ ماهو حكم تمكن الغاصب من العين بعد اعطاء بدلها ؟ .
٢٢١ ماهو حكم ارتفاع القيمة السوقيه ؟ .
٢٢٢ بحث في اسباب الضمان ، وانها امور اربعة .
٢٢٤ بحث فى حق الاختصاص ووجه ثبوته .
٢٢٩ ماهو حكم المغصوب اذا خرج عن صورتها النوعية ، ثم رجع اليها ؟ .
٢٣٠ ماهو حكم حق الاختصاص بعد اداء البدل ؟ .
٢٣١ هل يعود البدل الى الضامن بعد تمكنه من المبدل ؟ .
٢٣٣ ختام البحث فى بدل الحيلولة .

مباحث تصرفات الصبي

الصفحة

٢٣٤ نقل الأقوال حول تصرفات الصبي .
٢٣٥ بحث فى اسلام الصبي .
٢٤١ هل تصح عبادات الصبي ؟ .
٢٤٤ بحث فى تصرفات الصبي مستقلا .
٢٤٧ هل يجوز تصرف الصبي مستقلا باذن الولى ؟ .
٢٤٧ هل تجوز مباشرة الصبي اجراء العقود ؟ .
٢٤٧ القول بان الصبي مسلوب العبارة لعدة من الروايات .
٢٤٨ منها مادل على انه لاينفذ امر الصبي ، والجواب عنه .
٢٥٠ ومنها مادل على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ، والجواب عنه .
٢٥١ ومنها مادل على ان عمد الصبي وخطأه واحد ، والجواب عنه .
٢٥٦ بحث في ذيل رواية ابي البختري ، وهو قوله (ع) وقد رفع عنهما القلم .
٢٥٨ هل يجوز كون الصبي وكيلا عن غيره فى عقد او ايقاع ؟ .
٢٦١ هل يؤخذ الصبي باتلافه مال الغير ؟ .
٢٦٢ هل ترتفع تعزيرات الصبي بحديث الرفع ؟ .
٢٦٣ بحث فيما يصدر من الصبي من الأفعال التي يعتبر فيها قصد الفاعل .
٢٦٤ هل يصح قبض الصبي ؟ .
٢٦٦ هل تنفذ وصية الصبي ؟ .
٢٦٧ هل يتبع قول الصبي فى الاذن بدخول الدار ؟ .
٢٦٨ هل تنفذ معاملات الصبي فى المحقرات ؟ .

الصفحة

٢٧١ هل يصح طلاق الصبي المميز .
٢٧٤ هل يصح طلاق الغلام البالغ عشر سنين اذا اقر بذلك وامضاه بعد البلوغ

مباحث اعتبار القصد في صحة العقد

٢٧٥ هل يعتبر في صحة العقد القصد الى مدلوله .
٢٧٦ هل يعتبر تعيين المالك فى صحة العقد .
٢٧٨ هل يعتبر في العقود تعيين من له العقد .
٢٧٩ يقع البحث هنا في جهات الجهة الاولى انه اذا كان من له العقد مقصوداً للمتعاقدين فالظاهر ان يحكم بصحة العقد .
٢٧٩ الجهة الثانية ان يقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص وقصد القابل وقوعه لغيره والظاهر ان يحكم ببطلانه .
٢٨٠ الجهة الثالثة هل يجوز توجيه الانشاء الى المخاطب وقبول المخاطب لغيره مع عدم علم الموجب بذلك .

مباحث عقد المكره

٢٨١ بحث فى عقد المكره .
٢٨٣ هل المكره قاصد الى اللفظ دون المعنى .
٢٨٤ الوجوه التي ذكرها الأصحاب لتوجيه ما في المسالك من ان المكره والفضولي قاصدان الى اللفظ ، لا الى مدلوله .
٢٨٧ الوجوه التي استدل بها على بطلان بيع المكره .
٢٨٧ منها الاجماع ، ومنها آية التجارة عن تراض .

الصفحة

٢٨٩ المراد من الرضاء في الآية هو طيب النفس ، لا القصد والارادة .
٢٩١ ومنها مادل على حرمة التصرف في مال غيره الا بطيب نفسه .
٢٩١ ومنها مادل على بطلان طلاق المكره وعتاقه .
٢٩١ ومنها مادل على رفع الاكراه في الشريعة المقدسة .
٢٩٣ ماهو حكم المعاملة الصادرة من المضطر .
٢٩٣ ماهو حكم المعاملة الصادرة من المكره بحق .
٢٩٥ هل يعتبر في الاكراه وجود حامل على المكره عليه .
٢٩٧ هل يعتبر في تحقق الاكراه الوعيد من الآمر .
٢٩٨ هل يعتبر في تحقق الاكراه العلم بترتب الضرر على ترك المكره عليه .
٣٠٠ هل يعتبر في الاكراه عدم امكان التفصي عن الضرر .
٣٠٠ بحث في حقيقة التورية .
٣٠١ التورية تتحقق في الأفعال كتحققها في الأقوال .
٣٠٢ تفصيل المصنف بين المعاملات وغيرها ، حيث اعتبر العجز عن التفصي في حقيقة الاكراه في الثاني دون الأول ، والجواب عنه .
٣٠٤ تفصيل المصنف بين العجز عن التفصي بالتورية وغيرها حيث اعتبر الثاني في مفهوم الاكراه دون الأول ، والجواب عنه .
٣٠٨ بحث في الاكراه على احد الأمرين العرضيين .
٣١٠ الاكراه على احد الأمرين مع كونهما محرمين .
٣١١ الاكراه على احد الأمرين مع كون كليهما عقداً او ايقاعا .
٣١٢ الاكراه على احد الفعلين مع كون احدهما مباحا والآخر معاملة .
٣١٣ الاكراه على احد الأمرين مع كون احدهما معاملة والآخر حراماً .

الصفحة

٣١٤ بحث فى الاكراه على احد الأمرين الطوليين .
٣١٦ ماهو حكم الاكراه على ترك احد الواجبين ؟ .
٣١٨ ماهو حكم اكراه احد الشخصين على فعل واحد ؟ .
٣٢٠ بحث في بيان متعلق الاكراه ، وانه قد يتعلق بالمالك العاقد ، وقد يعلق بالمالك دون العاقد ، وقد يتعلق بالعاقد دون المالك .
٣٢٢ بحث فى الاكراه على بيع عبد من عبدين ، وان العقد الصادر من المكره ـ عند ئذ ـ قد يكون متحداً مع ما تعلق به الاكراه ، وقد يباينه وقد يزيد عليه ، وقد ينقص منه .
٣٢٦ بحث فيما ذكره العلامة في التحرير من انه لو اكره على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق .
٣٣٠ هل يصح عقد المكره بالرضاء المتأخر ؟ .
٣٣٢ كلام المصنف حول آية التجارة عن تراض ، والجواب عنه .
٣٣٤ بحث في حديث الرفع ، وانه لايدل الا على عدم ترتب الأثر على بيع المكره مادام الاكراه ، لاعلى وجه الاطلاق .
٣٣٥ كلام المصنف حول حديث الرفع ، والجواب عنه .
٣٣٧ بحث في ان الرضاء المتأخر كاشف او ناقل .

مباحث معاملات العبد

٣٤٠ بحث فى معاملات العبد .
٣٤١ نقل الأقوال في تصرفات العبد .

الصفحة

٣٤١ ذهب المصنف الى ان تصرفات العبد لاغية على وجه الاطلاق ، واستدل على ذلك بالآية والرواية ، والجواب عن ذلك .
٣٤٥ هل يحكم بنفوذ تصرفات العبد بالاجازة اللاحقة من المولى ؟ .
٣٤٨ الحكم بصحة نكاح العبد ـ الواقع بغير اذن سيده ـ بالاجازة اللاحقة ، لأنه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز .
٣٥٠ الحكم بصحة تصرفات العبد بالاجازة اللاحقة اثباتاً انما هو بعد فرض الامكان ثبوتاً .
٣٥٢ بحث في ان اجازة المولى لعقد العبد كاشفة او ناقلة .
٣٥٢ اذا امر العبد آمر ان يشتري نفسه من مولاه باعه مولاه صح .
٣٥٤ محتويات الكتاب .