

كتاب البيع

من فوائده

القيمة الجيدة العظمى والرجوع إلى الفلك

للبيع الذي الكبر والبركة العظمى

السيد محمد هادي الحسيني الميرزا

للموافقة كريمة

الطبعة الأولى

تكملة

السيد علي الحسيني الميرزا

كتاب البيع

من إبحاث

الفقيه الحق العظيم والأصولي الفاضل

الشيخ الأديب الكبير آية الله العظمى

السيد محمد هادي الحسيني الميلاني

الطبعة سنة ١٣٩٥ هـ

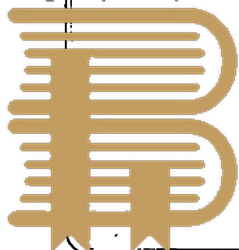
تقديم وشرح

السيد علي الحسيني الميلاني

المجلد الثاني

مركز البحوث الإسلامية

شبكة كتب الشيعة



shiabooks.net

رابطہ پیدل < mktba.net

سرشناسه: حسینی میلانی، علی، ۱۳۲۷ --

عنوان قرارداد: کتاب البیع. شرح

عنوان و نام پدیدآور: کتاب البیع: من ابیحات الفقه

المحقق العظیم والاصولی الفذ المرجع الدینی الكبير
وآية الله العظمى السيد محمد هادی الحسيني الميلاني /

تقرير و شرح علی الحسینی الميلانی.

مشخصات نشر: قم: الحقایق، [۱۳] -

مشخصات ظاهري: ج.

شابک: ج. ۲: 978-600-5348-29-3

وضعیت فهرست نویسی: فیا

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی بر اساس جلد دوم: ۱۳۸۸.

یادداشت: ج. ۲ (چاپ اول: ۱۳۸۸).

یادداشت: کتابخانه.

موضوع: میلانی، محمد هادی. ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳. کتاب

البیع -- نقد و تفسیر

موضوع: خرید و فروش (فقه)

شناسه فهرست: میلانی، محمد هادی. ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳.

کتاب البیع. شرح

رده بندی کنگره: BP/۱۹۰/ک۹۲۱۸۲۰۲۱۸۸

شماره کتابشناسی ملی: ۸۵۲۴۳۹۱



✽ اسم کتاب: کتاب البیع - من أبحاث آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني / ج ۲

✽ تقرير و شرح: السيد علي الحسيني الميلاني

✽ نشر: الحقایق

✽ الطبعة: الأولى، ۱۴۳۱

✽ المطبعة: وفا - قم

✽ الكمية: ۱۰۰۰

✽ رد مک: ۳ - ۲۹ - ۵۳۴۸ - ۶۰۰ - ۹۷۸ 3 - 29 - 5348 - 600 - 978

حقوق الطبع محفوظة للمركز

عنوان المركز: قم، شارع صفائیه، فرع ۳۴، فرع ایرانی زاده، رقم ۳۲، الهاتف: ۷۷۳۹۹۶۸ - ۰۲۵۱
الفاکس: ۷۷۴۲۲۱۲ - ۰۲۵۱

عنوان مركز النشر: قم، شارع صفائیه، مقابل صندوق قرض الحسنه دکتر تبلیغات، الهاتف: ۷۸۳۷۳۲۰ - ۰۲۵۱
عنوان مركز التوزيع في مشهد: شارع الشهداء، خلف حديقة نادري (باغ نادري)، فرع الشهيد خوراکیان، بناية
گنجینه کتاب التجارية، نشر نور الكتاب، الهاتف: ۲۲۲۳۱۳۰ - ۰۵۱۱

عنوان مركز التوزيع في اصفهان: شارع چهارباغ بائین، أمام ملعب تخني الرياضي، المركز التخصصي للحوزة
العلمية في اصفهان، الهاتف: ۲۲۲۳۴۲۳ - ۰۳۱۱

الموقع: www.Al-haqaeq.org - البريد الإلكتروني: Info@Al-haqaeq.org



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

وبعد

فهذا هو الجزء الثاني من (كتاب البيع) من أبحاث السيد الجَدِّ الفقيه المحقق
والاصولي البارِع آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني طاب ثراه، من
«مقدمة في ألفاظ عقد البيع» إلى آخر الأمر السادس من الامور المترتبة على
الماخوذ بالعقد الفاسد.

نقدّمه إلى العلماء الأجلاء والفضلاء الكرام في الحوزات العلميّة، ونسأل الله
التوفيق لإتمامه بعونه وكرمه.

قم - الحوزة العلمية

علي الحسيني الميلاني

مقدّمة

في خصوص ألفاظ عقد البيع

بعد أن فرغ الشيخ من بحث المعاطاة أي البيع الفعلي - وأحكامها وتنبهاتها الثمانية، شرع في أحكام البيع اللفظي، وقبل الدخول في ذلك، ذكر مقدّمة بيّن فيها اللفظ المعبر في البيع اللفظي والأحكام المتعلقة به، فقال رحمه الله:

مقدّمة في خصوص ألفاظ عقد البيع

قد عرفت أن اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود، ممّا نقل عليه الإجماع، وتحقّق فيه الشهرة العظيمة، مع الإشارة إليه في بعض النصوص. أقول:

إن المعاملة الفعلية - أي المعاطاة بقصد التمليك والتملك - يصدق عليها عنوان «البيع» على وجه الحقيقة عند العقلاء، وتعمّه العمومات والإطلاقات في الكتاب والسنة، فهي بيع حقيقة عرفاً وشرعاً. وأمّا قول صاحب الجواهر رحمه الله^(١) بأنهما يقصدان الإباحة فهي تفيد الإباحة لا الملكية، فقد تقدّم الكلام عليه بالتفصيل. وعليه، فما نسب إلى المشهور من أن المعاطاة - وإن كانت بيعاً عقلاً -

ليست ببيع شرعاً، وأنَّ اللَّفْظ معتبر في تحقق حقيقة البيع وأنها مستقومة باللفظ، فلا يمكن المساعدة عليه، بل إنَّ المعاطاة كما أنها بيع عقلاء كذلك هي بيع شرعاً ونافذ ومؤثر أثره [١].

نعم، يمكن دعوى أنَّ المعاطاة وإنَّ كانت مفيدة للملك لكنها فعلٌ، والفعل قاصرٌ عن الدلالة على اللزوم، بخلاف اللَّفْظ.

وتوضيح ذلك: إنَّ البيع باللفظ وبالمعاطاة يشتركان في إفادة الملك، غير أنَّ الأول يدلُّ على إيجاد الملكية بالمطابقة والثاني بمعونة القرائن، وكذا في الالتزام بمضمون المعاملة، لأنَّ ظاهر حال كلِّ من يَعِد وعداً أو يتعهَّد

[١] هذا ردُّ على دعوى الإجماع والشهرة على عدم إفادة المعاطاة للملك.

أما الإجماع، فقد ادَّعاه السيد ابن زهرة في الغنية حيث قال: «واعتبرنا حصول الإيجاب والقبول تحرزاً... عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة ويقول: اعطني بقلًا، فيعطيه. فإنَّ ذلك ليس ببيع، وإنما هو إباحة للتصرف. يدلُّ على ما قلناه: الإجماع...»^(١).

وأما الشهرة، فقد ادَّعاه الشيخ رحمه الله إذ قال: «والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة وإنَّ قصد المتعاطيان بها التملك...»^(٢).

وأما قول الشيخ: مع الإشارة إليه في بعض النصوص، فالمقصود هو الخبر: «إنما يحلُّ الكلام ويحرم الكلام». وفيه كلامٌ سنداً ودلالةً. وتفصيل المطلوب في الجزء الأول.

(١) غنية النزوع: ٢١٤.

(٢) كتاب المكاسب ١/ ٣٨.

بعهدٍ أو يعامل معاملةً هو الالتزام والبقاء على ما وعد أو تعهد، سواء كان ذلك باللفظ أو الفعل، إلا أنهما يفترقان في جهةٍ واحدة فقط، وهي أنه إذا كان البيع أو الوعد والعهد باللفظ، كان مقتضى إطلاقه هو الدوام والاستمرار إلى الأبد، إلا أن يقيد به بأمٍ معين أو يشترط شرطاً يستتبع الخيار، ولذا نقول: ليس له أن يفسخ، والمعاملة لازمة، فالإطلاق اللفظي محكم والظهور الإطلاقي حجة عليه، بخلاف الفعل، فإنه مجمل ولا إطلاق له، لذا يقال: أعطى فندم فرد، وهذا معنى قولنا أن الفعل لا لسان له وقاصر عن الدلالة، ونتيجة ذلك: أن الملكية الحاصلة بالمعاطاة جائزة لا لازمة، وحينئذ، لا حاجة للقول بدلالة المعاطاة على الملكية المتزلزلة الجائزة، إلى الاستدلال بالشهرة المحققة [١].

في كفاية الإشارة من الآخرس

قال الشيخ:

لكن هذا يختص بصورة القدرة، أما مع العجز عنه كالآخرس، فمع عدم

[١] هكذا قال رحمه الله، ولا يتوهم منه القول بعدم إفادة المعاطاة للزوم بعد أن شيد أركانه سابقاً بوجوه كثيرة، وأجاب عن الإجماع بأنه منقول وليس بحجة، وكذا الشهرة، فهو هنا في مقام توجيه القول بعدم بيان الفرق بين العقد اللفظي والفعلي، وقصور الثاني عن الأول في الدلالة، وأنه لا تصل النوبة إلى التمسك بالشهرة مع وجود هذا الاستدلال، إلا أنه قد أجاب عنه - وإن ذكره بعبارة أخرى - بقيام الدليل الشرعي على لزوم المعاطاة إذا افترق المتعاملان، وهو قوله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع، ثم بالاستصحاب، فراجع الجزء الأول: ٢٦٣-٢٦٤.

القدرة على التوكيل... وكذا مع القدرة على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه... بل لفحوى ما ورد....

أقول:

لا إشكال ولا خلاف في كفاية الإشارة من الآخرس، فإنها مفيدة للمعنى كما يفيد اللفظ.

إنما الكلام في كفايتها مع التمكن من التوكيل، لكونه قادراً على التلطف بالتسيب.

قال الشيخ بكفاية الإشارة منه مطلقاً، مستنداً بفحوى الصحيحة الدالة على ذلك في الطلاق^(١)، فكما تكون إشارته مؤثرة في الإيقاعات كذلك في العقود، وحمل النص على مورد عدم التمكن من التوكيل، حمل للمطلق على الفرد النادر.

وأما الاستدلال لعدم اشتراط العجز عن التوكيل بالأصل، أي أصالة عدم الوجوب، فقد أجاب عنه الشيخ: بأن الأصل هو الوجوب، للشك في تأثير الإشارة مع التمكن من التوكيل. وبعبارة أخرى: شك في أن إشارته علة تامة للأثر أو أنها بقيد العجز عن التوكيل مؤثرة، والقدر المتيقن هو الثاني، ومؤثرتها مع التمكن منه مشكوك فيه، والأصل عدم التأثير.

بحث مع المحقق الإيرواني

فقال المحقق الإيرواني:

«لا مانع من هذه الأصالة بناءً على جريان البراءة في الأحكام الوضعيّة،

(١) وسائل الشريعة ٢٢/ ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الرقم: ١.

كما يظهر من استدلال الإمام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه، فينفى بأصالة عدم الوجوب وجوب كل خصوصية شك فيها، بمعنى عدم دخلها في تأثير السبب وعدم كونها من أجزاء السبب، ولا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقق النقل والانتقال، لأن هذا في مرتبة السبب وذاك في مرتبة المسبب، والاستصحاب إنما يقدم على أصالة البراءة حيث يكونان في مرتبة واحدة^(١).

وفيه:

إن الشرطيّة غير قابلة للوضع حتى تكون قابلة للرفع، وكلّما لا يقبل الوضع لا يقبل الرفع، فالشرطيّة هذه وهي في مقام السبب نظير الشرطيّة في مقام المسبب، فكما أن الثانية من الأمور الانتزاعية التكوينية المحضة، ولا تقبل الجعل لا بالأصالة ولا بالتبع - كما قرّرنا في الأصول، خلافاً للمحقّق الخراساني حيث قال بأن الشرطية في المأمور به مجعولة بالتبع^(٢) - كذلك في الأولى، فالشرطية في مقام السبب - وكذا المانع - لا تقبل الوضع والجعل مطلقاً. وعليه، فإنّ شرطيّة العجز عن التوكيل لمّا لم تكن قابلة للجعل فهي غير قابلة للرفع. فالقول بعدم الوجوب - استناداً إلى العمومات والإطلاقات وأصالة عدم التقييد والتخصيص - متين جداً.

وبعبارة أخرى: فإنّ العمومات كقوله تعالى ﴿أَحْلَ اللَّهُ التَّبِعَ﴾^(٣) ونحوه صادقة على بيع الأخرس بالإشارة، ولو وقع الشك في تأثيرها حتى مع

(١) حاشية المكاسب: ٨٩.

(٢) كفاية الأصول: ٤٠٤.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥.

التمكن من التوكيل، كان مقتضى النصوص المشار إليها هو التأثير، والأصل عدم تقييدها بصورة العجز عنه.

فإن كان المراد من الأصل في قوله: «الأصل عدم الوجوب» هو الأصل اللفظي كما ذكرنا، فهو، وإن كان المراد أصالة البراءة عن الشرطية لحديث الرِّفْع^(١)، فهو غير صحيح، لأن الشرطية من الأمور الانتزاعية التكوينية غير القابلة للجعل، فلا تقبل الرفع.

قال الشيخ: الشهرة العظيمة قائمة على اعتبار اللفظ في حقيقة البيع. وقد تقدّم الإشكال فيه، لأن أهل العرف يرون المعاطاة بقصد التمليك بيعاً بالحمل الشائع، وأما شرعاً، فلا دليل على اعتبار اللفظ، بل مقتضى الإطلاقات والعمومات - كتاباً وسنةً - عدم اعتباره في حقيقة البيع، فما هو بيعٌ عند العقلاء بيع عند الشارع.

نعم، يمكن اعتباره في مرحلة اللزوم، وأن الفاقد للفظ لا يكون لازماً على ما تقدّم، وذلك، لأنه لا معنى للزوم الذاتي لعقد من العقود ولا يصح القول به أبداً إلا مجازاً، وإنما يأتي اللزوم في مقام الجعل من ناحية حجية الظهور الفعلي أو المقامي أو الإطلاقي، أو من ناحية التعبد الشرعي، بأن تفيد الأدلة أن ليس للمتعاملين الرجوع والإقالة. وقولهم: ما لا يقبل الإقالة لا يفسخ، إنما هو حكم من ناحية الشرع لا المتعاقدين... وبالجمله، فإنه ليس هناك عقد لازم ذاتاً أصلاً، بل هو بالعرض، إما من ناحية الظهور أو من ناحية الشرع.

(١) كتاب الخصال للشيخ الصدوق: ١٧، باب التسعة، الرقم: ٩، كتاب التوحيد: ٣٥٣، باب الاستطاعة، الرقم: ٢٤.

وعلى هذا، فالمعاطاة تفيد الملكية إلا أنها غير لازمة.
ثم إنَّ الشيخ قد استدلَّ ببيع الأخرس بالإشارة، بفحوى ما دلَّ على صحَّة طلاقه بها، وهي نصوص^(١).
عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها».
وعن السكوني قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ويعتزلها».
وجه الاستدلال: أنه إذا كانت الإشارة تقوم مقام اللفظ في الإيقاعات، ففي العقود بالأولوية.
وقد ذكرنا أن ذلك مقتضى العمومات والإطلاقات والتمسك بأصالة عدم التقييد والتخصيص [١].

[١] وربما تمنع الفحوى لوجود الخصوصية في بابي النكاح والطلاق، وهي التوسعة على العباد، لئلا يقعوا في الحرام، فلا وجه للأولوية.
وفيه: إنَّ التوسعة من أجل المصلحة المذكورة موجودة في النكاح، ولذا يجري فيه عقد الفضولي، أمَّا في الطلاق، فالمجموع فيه بالنظر إلى أحكامه هو الشدة والتضييق، ومحلُّ الاستدلال رواية طلاق الأخرس لا نكاحه، فإذا كان يصح منه بالإشارة مطلقاً ففي البيع بالأولوية.
وربما يقال: إن رواية طلاق الأخرس إنما تفيد صحته، ومورد بحثنا هو اللزوم. ولا يخفى اندفاعه، فإنَّ الاستدلال بتلك النصوص هو قبل أصالة اللزوم.

(١) وسائل الشيعة ٤٧/ ٢٢، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه.

ثم ذكر الشيخ مقتضى الأصل....

وتعرّضنا لإشكال بعض الأكابر القائل بأن الأصل عدم الوجوب بمقتضى صحيحة البزنطي قال: «سألته في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعناق وصدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا. قال رسول الله: وضع عن امتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا»^(١) فقد أجرى الإمام عليه السلام البراءة الشرعية في الأمر الوضعي وهو الطلاق، وعليه، فهي جارية في الشرطية أيضاً، والأصل هو عدم الوجوب.

فأجبنا عن الإشكال بأن الشرطية لا تقبل الوضع فلا تقبل الرفع، وأمّا جريان حديث الرفع في مورد يشك فيه في جعل الشارع حكماً، فذاك أمر آخر، لأن الحكم أمر اعتباري يقبل الجعل من الشارع، ومتى شك فيه جرت البراءة عنه.

والوجه في عدم جريان البراءة في الشرطية ونحوها من الامور الانتزاعية هو: إن الموجودات....

إما خارجية بالأصالة، وهي الجواهر والأعراض، أو بالتبع، وهي لوازم الوجود، كما يقال في الموجودات في عالم التشريع بأن وجوب ذي المقدمة مجعول بالأصالة ووجوب المقدمة مجعول بالتبع.

وأما ذهنية، كالجنسية والفصلية وغير ذلك.

وأما انتزاعية، وهي موجودة في عالم الاعتبار، أمّا في الخارج، فوجود منشأ الانتزاع، كالأبوة والبنوة والفوقية والتحتية.

(١) وسائل الشيعة ٢٣/ ٢٢٦- ٢٢٧، باب جواز الحلف باليمين الكاذبة للنقبة، الرّقم: ١٢.

وأما وضعية توجد في عالم النفس بجعل منها، كالملكية والزوجية والشرطية وغيرها، وهي التي ذهب الشيخ إلى كونها منتزعة، فوق في التكلف في بيان المنشأ لبعضها، ونحن موافقون له في بعض الموارد، وهي التي يرى العرف كونها وضعية لكنها بالدقة العقلية انتزاعية، دون سائر الموارد....

والكلام في الأحكام الوضعية طويلاً وتفصيله في محله، وملخص المختار فيها: أنها أمور اعتبارية لها وجود ادعائي كما في الاستعارات الأدبية، حيث يدعى للشيء الحقيقي وجود اعتباري، كالبياض الذي له وجود حقيقي يدعى له الوجود الاعتباري في القلب فيوصف بالبياض، وكالأسد الذي له وجود حقيقي، يوجد بوجود اعتباري فيقال زيد أسد... وهكذا، فالحكم الوضعي هو الحكم الذي يعتبره من بيده الأمر في كل مورد يصح فيه الاعتبار عقلاء، أما في الخارج فلا يوجد شيء.

وبعد، فقد عدوا السببية والشرطية والمانعية من الأحكام الوضعية، والحق أنه يستحيل أن تكون كذلك، فإنها ليست أموراً جعلية من النفس بل هي انتزاعية، فتقول: العقد سبب للملكية، فينتزع له السببية، دلوك الشمس شرطاً لوجوب الصلاة، فينتزع له الشرطية، الغرر مانع عن الملكية فينتزع له المانعية، وهكذا... حيث أن المنشأ في الرتبة السابقة على الحكم الوضعي كما في الأمثلة المذكورة، أما لو تقدم الحكم، بأن اعتبر الملكية وجعلها عند تحقق الإيجاب والقبول، أو عند عدم الغرر أو عند التقابض في المجلس، فما معنى جعل السببية للعقد؟ لقد ذكرنا ضرورة وجود المصحح للاعتبار ومع عدمه فهو لغو، وحال جعل السببية للعقد بعد اعتبار الملكية وللدلوك بعد

الحكم بوجوب الصلاة، من هذا القبيل، لأن الملكية والوجوب فعل الشارع، ولا تأثير للعقد أو الدلوك في ذلك لولا الإرادة والإعتبار النفساني من الشارع، فما شاع على الألسنة من أن الأحكام الوضعية أموراً مضائية، لأصل له، بل إن الملكية - مثلاً - من الأمور الاعتبارية، وكل أمر اعتباري فهو قائم بنفسه المعتمد، فللشارع في موردها اعتباراً على طبق اعتبار العقلاء.

وبالجملة، الملكية - مثلاً - معلولة للنفس وهي المخترعة لها، وليست معلولة للفظ «بعث»، وإنما هذا اللفظ سبب عقلائي لاعتبار الملكية.

وبعبارة أخرى: إن الحكم سواء التكليفي أو الوضعي، أمر في حيز إرادة الجاعل المعتمد واختياره، فهو أمر اختياري له، وللحكم موضوع والموضوعية لا تقبل الجعل، أما بعد ترتب الحكم على الموضوع، فلعدم المصحح للاعتبار، بل هو لغو، وأما قبل ترتبه عليه، فلأن أثر اعتبار الموضوعية للموضوع هو ترتب الحكم عليه قهراً، لكن الحكم أمر اختياري للحاكم ولا ترتب قهري له على الموضوع، فاعتبار الموضوعية قبل ترتب الحكم لغو كذلك.

الحاصل: إنه لا معنى لاعتبار الموضوعية لما ليس بموضوع، واعتبارها لما كان موضوعاً في نفس الأمر تحصيل للحاصل، واعتبارها لشيء حتى يترتب عليه الحكم، يتوقف على كون الترتب قهرياً، وقد عرفت أنه ليس كذلك، لأن أمر الحكم بيد الحاكم وترتبه على الموضوع تابع لإرادته.

إذا تبين هذا، فكل ما هو سبب للحكم أو شرط له أو مانع عنه - بمعنى التقيد بعده - يكون في مرحلة الموضوع، ولما كان اعتبار الموضوعية لشيء لغو، فلا معنى لمجعولية السببية والمانعية والشرطية، وبذلك تحصل

أنها من الامور الانتزاعية لا الاعتبارية، فليست أحكاماً وضعية.

هذا بالنسبة إلى سبب الحكم أو شرطه أو المانع عنه.

وأما ما كان سبباً للمأمور به أو شرطاً أو مانعاً، فكذلك، لأن الأمر متعلق بالمركب، فكان الركوع الذي هو بعض المركب بعض المأمور به، ويستتبع من ذلك الجزئية له، ولو تقيّد المأمور به بقيّد انتزع من ذلك شرطية له، ولو تقيّد بعدم شيء، انتزع منه مانعيته عنه.

وبعبارة أخرى: لو فرضنا أن المانعية للشيء حكم مجعول اعتباري، فهل المأمور به مقيد بعدمه أو لا؟ إن كان مقيداً بعدمه فجعل المانعية له لغو، وإن لم يكن مقيداً، بذلك فالإتيان بالمأمور به محقق للامتنال، ولا أثر لجعل المانعية كذلك....

وكذلك الشرطية والجزئية....

فالقول بأن الشرطية والسببية والجزئية والمانعية أحكام وضعية، باطل. وكذلك القول بكونها مجعولة بالتبع.

والحاصل: إنها عناوين انتزاعية مطلقاً... وإذا كانت انتزاعية، فهي ليست قابلةً للجعل والاعتبار والوضع، وما ليس كذلك فليس قابلاً للرفع.

ولا بأس ببيان حقيقة الحال في الملكية والزوجية استطراداً، فنقول:

إن الملكية والزوجية، إما من المقولات أو من الامور الاعتبارية أو من

الانتزاعية المحضة.

أما كونهما من المقولات فمستحيل، لأن المقولة ما يقال على الشيء في الخارج، أما بحمل المشتق على موصوفه وهو في الكل، وإما أن يكون له مطابق في الخارج وهو فيما عدا الإضافة، ومن الواضح أن كل عرض فهو

قائم بمعروضه، ولكن الملكية موجودة في الخارج بلا معروض في السلم والنسيئة.

وأما كونهما من الامور الانتزاعية، فما هو منشأ الانتزاع؟ إن كان هو جواز التصرف - وهو الحكم التكليفي - فقد تكون الملكية ولا جواز للتصرف، كملكية الصغير والمجنون، وإن كان هو العقد، فإن المشتق من الملكية لا يحمل على العقد.

فتعين كونهما أمرين اعتباريين ممن بيده الاعتبار، مع وجود المصحح للاعتبار عنده.

هذا هو التحقيق في هذه الامور، خلافاً للشيخ الأعظم والمحقق الخراساني فيما ذهبا إليه في ذلك [١].

[١] قد ذكروا لعدم جريان البراءة عن الشرطية عذّة وجوه:

فالسيد الجدّ قدس سرّه على أنّ الشرطية من الامور الانتزاعية، وحديث الرّفْع لا يرفع الانتزاعات إلا برفع المناسئ لها.

والمحقّق الإصفهاني أفاد: إن هذه الامور الانتزاعية وإن كانت جعلية بالتبع إلا أنها لوازم تكوينية لمجموع تشريعي لأنها لوازم تشريعية له، فالشارع لما جعل اللفظ سبباً للنقل والانتقال بين العوضين خارجاً، كانت شرطية اللفظ من اللوازم التكوينية للجعل المذكور، وحديث الرّفْع لا يرفع اللوازم التكوينية.

وأيضاً، فإن للجزئية والشرطية في الأحكام التكليفية والسببية والشرطية في الأحكام الوضعية مرحلتين، مرحلة الواقع والتكوين كدخل الطهارة في مصلحة الأمر بالصلاة واللفظ في مصلحة اعتبار الملكية، ومرحلة الجعل كشرطية الطهارة للصلاة

بما هي متعلق للطلب، وشرطية اللفظ في الملكية بما هي معتبر من المعتبرات الشرعية، وحديث الرفع لا يرفع الشرطية في مرحلة الواقع^(١).

فأشكل عليه بعض مشايخنا دام بقاء: بأن الشرطية متأخرة عن تعلق الطلب، فهي منتزعة، ولكن الاشتراط من شئون الطلب وأمره بيد الشارع فيتعلق به الجعل، فيكون قابلاً للرفع.

لكن «الاشتراط» اعتبار من الشارع فهو افتراض شيء لشيء، فينتزع منه الشرطية له، وقد ذكرنا أن منشأ الانتزاع يقبل الرفع كما يقبل الوضع، لكن البحث في نفس الشرطية، وكذلك الكلام فيما ذكره في الوجه الثاني من أن المرفوع هو التقييد لا القيدية، لأن محط النظر هو قابلية حديث الرفع لرفع نفس الأمر الانتزاعي، وقد عرفت أنه ليس وضعه بيد الشارع حتى يرتفع بحديث الرفع.

وعلى الجملة، فإن ما ذكره المحقق الإيرواني من دفع بما أفاده المحقق الإصفهاني وتبعه عليه السيد الجّد قدس سرهما.

وقال المحقق الخوئي في الرد عليه: «بأن حديث الرفع - وإن كان يشمل الأحكام الوضعية كشموله للأحكام التكليفية - إلا أنه لا يعم خصوص الجزئية والشرطية والمانعية، ضرورة أن هذه الأمور الثلاثة أمور غير قابلة للوضع، فلا تكون قابلة للرفع إلا برفع منشأ انتزاعها، وعليه، فإذا شك في شرطية شيء أو جزئيته أو مانعيته لم يجوز الرجوع فيها إلى البراءة. (قال): وبيان ذلك إجمالاً: أننا ذكرنا في بحث الاستصحاب من علم الأصول: إن الأحكام الوضعية على ثلاثة أقسام:

والآن نعود إلى كلام الشيخ:

إنه إذا وقع البيع بالمعاطاة مع التمكن من اللفظ، فهل يفيد الملك أو الإباحة؟ قولان، كما تقدم سابقاً بالتفصيل.
وأما إذا وقع مع العجز عنه كبيع الأخرس بالإشارة، فإنه يفيد الملك، وقد استدلل له بفحوى صحة طلاقه بالإشارة، وتشمله العمومات، وتعمه

الأول: أن يكون مجعولاً بنفسه، كالملكية والزوجية والرقية ونحوها....
والثاني: أن يكون الحكم الوضعي راجعاً إلى الحكم نفسه... كالشرطية والسببية والممانعة للوجوب مثلاً... وإذن كلها منتزعة من جعل الحكم ولحاظه مقيداً بقيد وجودي أو عديمي.

والثالث: أن يرجع الحكم الوضعي إلى متعلق التكليف، كالشرطية والجزئية والممانعة للمأمور به، فإنها منتزعة من كيفية الأمر.

(قال): إذا عرفت ما تلوناه عليك: اتضح لك عدم جريان البراءة في الشرطية والسببية والممانعة والجزئية، لعدم كونها مجعولة بالذات، بل هي مجعولة بتبع منشأ انتزاعها، وعليه، فهي غير قابلة للوضع بنفسها فلا تكون قابلة للرفع، سواء قلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعية أم لم نقل بذلك...^(١).

وهذا وجه آخر لعدم جريان البراءة في الشرطية، وإن أشكل عليه شيخنا بأنه ينافي مسلكه في الأصول، فما ذهب إليه المحقق الإيرواني مندفع.

وأما تمسكه باستدلال الإمام عليه السلام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه، فقد أجاب عنه سيدنا الجذ، وكذلك أجاب عنه غيره كالسيد الخوئي.

أدلة اللزوم.

ثم وقع الكلام في صورة التمكن من التوكيل أو التمكن من الكتابة... وسيأتي.

وقد تحصل مما ذكرنا أن اللفظ معتبر في لزوم البيع، وأن الشهرة العظيمة قائمة على عدم اللزوم بدون اللفظ لا على عدم تحقق الملكية [١].
ثم قال الشيخ: إن إشارة الأخرس تقوم مقام اللفظ، وهذا هو الصحيح، لأن المعاملة مطلقاً أمر يخترعه النفس فيحتاج إلى دال ولا خصوصية للفظ، والإشارة المفهمة من الأخرس تدل على ما في ضميره، ويصدق عليها بالحمل الشائع عنوان البيع وتعمه العمومات، حتى مع إمكان التوكيل أو الكتابة، فهي تدفع احتمال دخل عدم التمكن منهما. مضافاً إلى ما ورد في طلاق الأخرس بتنقيح المناط.

قال الشيخ:

فإن حمله على صورة عجزه عن التوكيل، حمل للمطلق على الفرد النادر... وما ذكره هو الصحيح.

وقد اشتملت الروايات على العمل الخارجي - وهو اللف والجذب للقناع - ويدل ذلك على كفاية العمل الخارجي، وهو ما ذكرنا من لزوم الدال، فلا خصوصية للإشارة المفهمة كذلك.

[١] قد تنهنا على أن السيد الجد استدل بوجوه عديدة على لزوم المعاطة.

قال الشيخ:

ثم لو قلنا: إن الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإقادتها الملكية، فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

إن كان يريد من المعاطاة كل ملكية تقع بالفعل في مقابل اللفظ، بأن تكون الإشارة معاطاة مفيدة للملكية اللازمة. ففيه: إن المعاطاة التي كانت محطّ البحث السابق، هي ما إذا كان المعطي قاصداً للتملك بالإعطاء الخارجي، وهنا يكون التملك بالدالّ عليه.

وإن كان يريد منها المعاطاة المصطلحة، بأن يعطي الأخرس عملاً وبلا إشارة مفهومة. ففيه: إن الفعل الخارجي قاصر عن إفادة اللزوم عند المجمعين، وعلى هذا، فلا فرق بين أن يكون قادراً على التكلم أو عاجزاً عنه، وقد أجاد شيخنا الاستاذ في الإشكال على هذا الكلام حيث قال:

«الأخرس كغيره، له عهد مؤكد وعهد غير مؤكد، فالتعاطي منه في الخارج فقط كالتعاطي من غيره عهد غير مؤكد، فله حكمه، والإشارة المفهومة الرافعة للاشتباه منه عهده المؤكد، كاللفظ الرافع للاشتباه الذي يتطرق إلى الفعل نوعاً عهد مؤكد من القادر، فليس مجرد كون الإشارة فعلاً موجباً لكون معاملة الأخرس معاطاة دائماً، أو أن فعله منزل منزلة القول من غيره دائماً، بل له سنخان من العهد كما في غيره، بلحاظ قوة الدلالة على مقاصده وضعفها نوعاً»^(١).

يعني: إن الفعل مجمل يمكن وقوع الاشتباه فيه، بخلاف اللفظ، لأن

الظهور الإطلاقي فيه حجة، لأنه كان قادراً على التقييد ولم يقيّد، والإشارة المفهومة بحكم اللفظ، فإنّ الآخرس قادر على التقييد بالإشارة والمفروض أنه لم يقيّد، فيكون الظهور الإطلاقي لإشارته حجةً كذلك.

هل تكفي الكتابة عن الإشارة؟

قال الشيخ:

والظاهر أيضاً: كفاية الكتابة مع المعجز عن الإشارة... وأنا مع القدرة على الإشارة، فقد رجّح بعض الإشارة، ولعلّه لأنها أصرح... وفي بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس....

أقول:

القائل بتقدّم الكتابة - مع التمكن منها - على الإشارة هو ابن إدريس رحمه الله، لما رواه البزنطي في الصحيح، عن أبي الحسن عليه السلام: «عن الرجل تكون عنده المرأة... يصمت ولا يتكلّم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها، أيجوز أن يطلق عنه وليّه؟ قال: لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك. قلت: فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها»^(١).

ومن الواضح: إنّ الكتابة حكاية عن الألفاظ، وهي دالة بالوضع على المعاني الموضوعية لها، لكنّ الكتابة لا تدلّ على الإنشاء إلا بالقرائن، ومعها

(١) وسائل الشيعة ٢٢ / ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الزمزم: ١.

تكون الكتابة مقدّمة على الإشارة بمقتضى هذه الصحيحة. والله العالم.

وخلاصة المطلب أن الشيخ رحمه الله يرى كفاية الكتابة عند العجز عن الإشارة، لفحوى ما ورد في كتابة الطلاق، وذكر أن بعض الأصحاب رجّح الإشارة على الكتابة لكونها أصرح.

ثم أفاد أن المستفاد من بعض الأخبار تقدّم الكتابة....

أمّا كلمته الأولى:

فقد كان الأولى أن يقول «الإطلاق» ما ورد، لا «لفحوى»، لأن بعض الأخبار الواردة في طلاق الأخرس مطلق بكلّ وضوح، كقوله: «في رجل أخرج كسب في الأرض بطلاق امرأته. قال: إذا فعل في قبل الظهر بشهود وفهم عنه كما يفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنّة»^(١) أي: أعم من كونه عاجزاً عن الإشارة وعدمه.

وفي أخرى: «... لا يكون طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطّه بيده وهو يريد الطلاق أو العتق...»^(٢).

وأمّا كلمته الثانية:

فإن الأصرحية تفيد الأولوية لا التعيين، وقد تقدّم أن الكتابة لا آلية لها للإنشاء - بخلاف الألفاظ - فترجّح الإشارة من هذه الناحية، نعم، قد تفيد القرائن الحالية الحافة بالكتابة الإنشاء والقصد للمعنى، كما تفيد دلالتها على التصديق للخبر إن كانت الجملة المكتوبة خبرية.

(١) وسائل الشريعة ٢٢ / ٤٨، باب جواز طلاق الأخرس بالكتابة والإشارة، الرقم: ٤.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢ / ٣٧، باب عدم وقوع الطلاق بالكتابة...، الرقم: ٣.

وأما الصحيحة المتقدمة الدالة على تقدّم الكتابة، فلا يبعد أن يكون من جهة أن الكتابة نحو وجود للصيغة الخاصة المجمع على اعتبارها وهي «أنت طالق» بخلاف الإشارة، فإنها ليست بوجود للصيغة المعتمدة، ولو تنزلنا، فالقول بذلك في سائر المعاملات قياس.

فالمرجع في البيع بعد إحراز الصغرى عمومات البيع.

ثم إن البحث في ألفاظ العقود يقع في جهات:

الاولى: ما يعتبر في اللفظ المفرد من حيث المادّة، كمسألة اعتبار العربية والصراحة....

والثانية: ما يعتبر في اللفظ المفرد من حيث الهيئة، كمسألة اعتبار كونه فعلاً واعتبار الماضويّة فيه....

والثالثة: ما يعتبر في اللفظ المركب، كمسألة اعتبار تقدّم الإيجاب على القبول، والموالة بينهما....

هل يقع العقد باللفظ الكنائي؟

قال الشيخ:

أما الكلام من حيث المادّة، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنائيات....

أقول:

ذكر رحمه الله كلمات الفقهاء في المسألة، ومجملها عدم كفاية الكناية، وهي استعمال اللفظ في معناه الموضوع له حقيقة، لكن المقصود بالتفهم هو اللازم أو الملزوم. فالمراد الاستعمالي هو المعنى الحقيقي، والمراد الجدّي هو اللازم أو الملزوم، فالاستعمال ليس في الملزوم أو اللازم، ولا

يلزم استعمال اللفظ في معنيين، وهو غير معقول.

ولما كان تحقق المعاملة منوطاً بالدلالة، وهي منوطة بالاستعمال، وهو حاصل في اللازم دون الملزوم وهو الملكية، فالمعاملة باللفظ الكناي غير محققة.

هذا شرح كلامه.

فقال المحقق الخراساني:

«ربما يمكن المناقشة في صدق العقد على ما إذا وقع بالكناية، فإنه عهد مؤكد، ولا يبعد أن يمنع فيما إذا وقع بها، وذلك لسراية الوهن من اللفظ إلى المعنى، لما بينهما من شدة الارتباط بل نحو من الاتحاد»^(١).

وكانه يريد ما ذكرناه، من أن اللفظ قد استعمل في اللازم وأريد منه الملزوم، فالمقصود تفهيمه بالأصالة لم يستعمل اللفظ فيه، والذي استعمل فيه ليس هو المقصود بالأصالة.

وقال العلامة:

«الرابع من شروط الصيغة: التصريح، فلا يقع بالكناية بيع البتة، مثل قوله: أدخلته في ملكك، أو جعلته لك، أو خذه مني، أو سلطتك عليه بكذا. عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأن المخاطب لا يدري بم خوطب»^(٢).

أقول:

لعل المراد أن البيع بالكناية مجاز، إذ البيع يكون باستعمال اللفظ في

(١) حاشية المكاسب: ٢٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ٩ / ١٠.

المعنى الموضوع له المقصود، وهذا هو الذي يصدق عليه عنوان البيع حقيقةً، وعليه، فلو شك في صدقه على الاستعمال الكنائي، لم يصح التمسك بـ ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) ونحوه، لأن إثبات الحكم يدور مدار إحراز الموضوع، وحينئذ يكون استصحاب عدم الملك هو المحكم.

وأما مع فرض صدق العنوان على ما إذا وقع بالكناية، فإنه لا مانعة لعدم الصراحة، لأن المفروض شمول العمومات للصريح وغير الصريح، ولا دليل على اعتبار الصراحة.

وأما قوله: ولأن المخاطب...، فأخص من المدعى، لأن مثل قوله: جعلته لك، يحتمل البيع والهبة وغيرهما، أما لو جاء بكناية لا تفيد إلا البيع، كان المخاطب يدري بما خوطب.

وقال الميرزا الاستاذ:

إنه قد يتحقق الإخبار بالكناية، كما لو قال: «زيد كثير الرماد» وانتقل ذهن المخاطب إلى جود زيد، فكانت الكناية إخباراً عن الجود، لكن الإنشاء إيجاد للمعنى، فإذا أتى بالمعنى الكنائي لم يتحقق الإنشاء للملزوم وإن انتقل ذهن المخاطب إليه، لأن الانتقال إليه أمر والإنشاء له أمر آخر، والبيع إنشاء للملكية، فهو لا يحصل بالكناية، فالألفاظ الكنائية لا تصلح للإنشاء وإن صلحت للإخبار [١].

[١] وفي منية الطالب: «أما صحته بالكناية، فلو قيل: إنها قسم من المجاز كما

أقول:

تارةً نقول: بأن الملكية أمرٌ واقعي، وكلٌّ من نظر العرف والشرع طريق إليه، ومتى وقع الخلاف بين نظرهما كان الشارع مخطئاً للعرف في نظره.

واخرى نقول: بأن الملكية أمر اعتباري لا واقعية له، وحقيقة الأمر الاعتباري من أعمال النفس وهي الموجودة له، وقوامه بنفس المعبر، فالعقلاء يعتبرون الملكية، والشارع يعتبر على طبق اعتبارهم في كل مورد عنده اعتبار.

عرفها بعضهم من أنها ذكر اللّازم وإرادة الملزوم، فحكمها حكمه. ولو قيل: إنها قسم للمجاز كما هو الحق، فإن قوله: «زيد طويل النجاد» استعمل في نفس معناه الحقيقي وألقي معنى اللفظ إلى المخاطب لينتقل منه إلى ملزومه وهو طول القامة، وهكذا في أمثال ذلك من قوله: «زيد كثير الرماد» أو «مهزول الفصيل» فإن الانتقال إلى الجود من دواعي استعمال هذه الألفاظ في معانيها الموضوعية لها لا أنها استعملت في الجود، فالأقوى: عدم صحة إنشاء العنوان بها، فإن إنشاء اللّازم وإيجاده في الإنشاء القولي ليس إيجاده للملزوم عرفاً، وكون الملزوم مقصوداً وداعياً من إيجاد اللّازم لا أثر له، فلو قال كنايةً عن البيع: «ترى خيره» أو في مقام النكاح: «ألف الله بين قلبكما» وأمثال ذلك، فلا أثر له.

وبالجملة: ما لم ينشأ عنوان العقد بما هو آلة لإيجاده عرفاً فلا أثر له، ولا يرى العرف آلة إيجاد اللّازم آلة إيجاد الملزوم^(١).

(١) منية الطالب ١/١٠٦.

وعلى الثاني: فإن البائع يعتبر ويتسبب باعتباره إلى اعتبار العقلاء أو الشارع، وحيثُ، قد يكون فاسداً عند العقلاء، أو عند الشارع وإن كان صحيحاً عندهم.

النظر في أدلة القول بالمنع

وتحقيق الكلام في مسألة تحقق البيع بالألفاظ الكنائية، وهي معنونة منذ القديم، بالنظر في أدلة القول بالمنع وقد قال به جماعة كالعلامة وبعض المتأخرين، وهي أمور:

الأول: إن مقتضى أصالة بقاء الملك هو عدم تحقق البيع فيما إذا لم يصرح بلفظ البيع.

والثاني: إن المخاطب إذا لم يصرح بلفظ البيع - مثلاً - لا يدري بمِ خوطب.

ذكرهما العلامة.

وقد قلنا: إنه لا دليل على اعتبار النصوصية والصراحة، بل اللازم هو الحجة وهو ظهور الكلام. وأما استصحاب بقاء الملك إن كان اللفظ كنائياً، فهو حيث لا يصدق عنوان البيع عند العقلاء، فإذا صدق عليه العنوان حقيقة شملته العمومات. وأما أن المخاطب لا يدري بمِ خوطب، فهو حيث تكون الكناية مجملة، وأما مع كونها ظاهرة في المعنى فهو يدري، والبيع تحقق، لما تقدم من أن المناط هو ظهور الكلام في المعنى المقصود، ولا يعتبر العلم بالمعنى. والثالث: ما ذكره المحقق الخراساني من أن البيع عهد مؤكد، ولا يبعد أن يمنع عن تأكده إذا انشأ بالكناية....

فهو يذعن بحصول الدلالة، لكنّه ينكر التأكد، لما ذكره من الوهن في اللفظ وأنه يسري إلى المعنى، لما بينهما من الاتحاد.

وتقريبه: إنّ البيع له حيثيّة العهديّة وحيثيّة التأكد، فكما لا يكفي مجرد التعهد القلبي بل لابدّ من الدلالة عليه، إذ لا يترتب الأثر على القصد القلبي في معاملة من المعاملات، كذلك لابدّ من الدلالة على تأكده، لما تقدّم من أنّ الدلالة الأصلية للفظ الكنانّي إنما هي في المعنى الموضوع الحقيقي له، وأمّا الملزوم المقصود منه فينتقل ذهن السامع إليه، وتكون دلالة اللفظ عليه تبعيّةً، والدلالة التبعيّة موهونة، وهذا الوهن يسري إلى المعنى فلا يكون الدلالة مؤكّدة، لوضوح منافاة الوهن للتأكد، فلا يتحقق البيع، لضرورة أنه العهد المؤكّد.

أقول:

بعد غصّ النظر عمّا في كلامه من المسامحة، لأنّ البيع مبادلة مال بمال، نعم هو مصداق للعقد، والعقد عبارة عن العهد المؤكّد.

إنما يقال للبيع بأنه عهد، في قبال المقابلة إذ لا عهد فيها، وإنما يقال بأنّه مؤكّد، في قبال العهد الانفرادي مثل الوعد والوعيد، فلا يسمّى بالعقد، بل العقد هو العهد المرتبط بعهدٍ آخر، فيكون بارتباطه مؤكّداً، أي يكون مشدوداً بالآخر ويعضد أحدهما الآخر، ولو فرض عدم صدق «العقد» على «المعاطاة» لكون دلالتها على التأكد بظاهر الحال والقرائن المقاميّة، فإنّ البيع المعاطاتي يكون موهوناً، وأمّا إذا كان البيع لفظياً، فالظهور كلامي، ودلالته على العهد تامّة، وتأكّده حاصل بارتباطه بالعهد الآخر كما تقدّم، فأين الوهن؟ وأمّا التبعيّة التي ذكرناها في تقريب كلامه قدّس سرّه، فالجواب عنها

هو: إنه في مقام الإنشاء يكون المقصود بالأصالة هو التسبب إلى البيع، فالمعنى الملزوم هو المراد الجدّي، وأمّا اللازم أي المراد الاستعمالي فمقصود بالتبع، والمدار على القصد.

فمقام التسبب وترتيب الأثر على عكس مقام الدلالة الاستعمالية، إذ المقصود بالأصالة في هذا المقام هو المراد الجدّي ويكون المراد الاستعمالي تبعاً له [١].

٤ - البيع أمر إنشائي، والإنشاء من وجوه الاستعمال، ومن جهة أخرى، فإن اللفظ الكنائي مستعمل في معناه الموضوع له، ولا يستعمل مع ذلك في البيع، وآلا يلزم استعمال اللفظ في معنيين، فلا يكون البيع منشأ باللفظ الكنائي.

والجواب:

إن هذه مغالطة، فإن الإنشاء المقابل للإخبار من وجوه الاستعمال، لأن الإنشاء على إطلاقه من وجوهه، ولذا يتحقق إنشاء التملك بالمعاطاة، مع أنه ليس من وجوه استعمال اللفظ. هذا أولاً.

وثانياً: إن قولهم «زيد كثير الرّماد» ونحوه إخبارٌ بلا إشكال، وهو يتحقّق

[١] هذا جواب السيد الجدّ طاب ثراه، ويضاف إليه أن ما ذكره من الاتحاد بين اللفظ والمعنى كلام خطابي، بل اللفظ مبرز للمعنى، وحيثُ يلزم أن يكون صالحاً لإبراز ما في ضمير المتكلّم، واللفظ الكنائي يصلح لذلك بل المشهور أن الكناية أبلغ من التصريح، فليس فيه وهنٌ كما ادّعى، على أنه لا برهان على سريّة الوهن من اللفظ إلى المعنى. وهذا ما استفدناه من بحث شيخنا الاستاذ دام بقاه.

باللفظ الكنائي بالضرورة، مع كون الإخبار من وجوه الاستعمال كالإنشاء.
 وثالثاً: إن المستفاد من كلمات الفقهاء، أن للملكية واقعية والعقد آلة
 لتحقيق ذلك المعنى الواقعي ووجوده، ونظر العرف والشرع طريق لمعرفة
 ما هو آلة وما هو ليس بآلة، ولذا يقع الاختلاف بين الشرع والعرف، والشارع
 يحكم بخطأ العرف، وعليه، يجوز أن يقال بأن اللفظ الكنائي ليس آلة.
 أما بناءً على الصحيح من أن الملكية أمر اعتباري، والاعتبار أمر نفساني
 قائم بنفس المعبر، ومع تحققه يصدق عليه عنوان البيع فتعمه العمومات
 والإطلاقات، فإنه متى صدق العنوان مع اللفظ الكنائي فالبيع متحقق.
 والحاصل: إن الأعراض توجد بآلاتها وأسبابها المناسبة لها، فالقلم آلة
 لتحقيق الكم إذا خط به، وكذلك الملكية والزوجية ونحوهما، فإنها تحتاج
 لوجودها في الخارج إلى الآلات المناسبة، فالمعتبر يعتبر الملكية ويتصف
 الخارج بذلك بالآلة، أي أنه يتجلى في الخارج، لأن الآلة - وهو العقد - يحقق
 الملكية - مثلاً - خارجاً. نعم، لو كانت الملكية أمراً واقعياً، أمكن البحث عن أن
 اللفظ الكنائي يصلح لأن يكون سبباً للوصول إلى تلك الحقيقة الواقعية أولاً،
 لكن المبنى غير صحيح.

وعلى الجملة، فإن هذا الإشكال إنما يتوجه على القول بأن الملكية أمر
 واقعي نفس أمري، لا على القول باعتباريتها، والحق هو الثاني.
 ويبقى نسبة القول الأول إلى المشهور، لكن الشهرة الفتوائية غير كاشفة
 عن رأي المعصوم ولا عن حجة شرعية، مضافاً إلى احتمال كون فتواهم
 بذلك من باب الاحتياط أو الأخذ بالقدر المتيقن.
 وأما دعوى الإجماع المنقول في المسألة، فالظاهر قيامه على اعتبار

اللفظ في لزوم، أما اعتبار لفظٍ مخصوص فلا إجماع عليه أصلاً، ولا ريب في العقد اللفظي في أن يكون اللفظ ظاهراً في المراد وكاشفاً عنه، وبذلك يتحقق الإنشاء وإن كان اللفظ كنايةً، إذ المناط ما ذكرناه، وبذلك نجيب عن كلام شيخنا الميرزا قدس سره [١].

الأقوال في ألفاظ العقد من حيث الكناية والمجاز والاشتراك

وبعد، فإن الأقوال في صيغة العقود كما يلي:

١- ما ذهب إليه فخر المحققين من أن كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة بالاستقراء^(١)، فلا بد من الاختصار على المتيقن. وحاصله: إن عدم الكناية هو من باب القدر المتيقن، وعليه، يلزم الأخذ بذلك في كل لفظ شك في تحقق العقد به، كما لو كان مجازاً أو مشتركاً أو غير ذلك.

٢- إنه يعتبر في كل عقد أن ينشأ فيه عنوان المعاملة، بأن يقول في البيع

[١] وقد أجاد مقرر بحثه إذ نقض عليه بقوله بتحقيق البيع بالفعل الخارجي كالتمسك على المال بقصد البيع، والفرق بين القول والفعل لا وجه له^(٢). وأما حلاً، فيرد عليه أنه قال: «ما لم ينشأ عنوان العقد بما هو آلة لإيجاده عرفاً فلا أثر له» فأرجع الأمر إلى العرف، وأهل العرف يرون صلاحية الكناية لتحقيق العنوان المعاملي، وإنكار ذلك بلا وجه.

(١) إيضاح الفوائد في شرح القواعد ١٢/٣.

(٢) منية الطالب ١٠٦/١ و ١٠٧.

بعت، وفي النكاح أنكحت، وفي الإجارة أجرت وهكذا. ولا يبعد أن يكون هذا مراد جامع المقاصد من قوله:

«لأن العقود متلقاة من الشرع، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه»^(١).

٣- إن ألفاظ العقد يجب أن تكون مستعملة في المعاني الحقيقية، وتكون هي المقصود بالأصالة، فيخرج المجاز مطلقاً والكناية، وأما المشترك فلا مانع منه سواء اللفظي والمعنوي، لكون اللفظ مستعملاً في المعنى الموضوع له.

٤- إنه يجوز بالحقيقة والمجاز، سواء كان قريباً أو بعيداً، وسواء كانت القرينة لفظية أو حالية، وإنما لا يجوز بالكناية. وهذا هو القول المنسوب إلى المشهور. ولعل السرف في المنع من الكناية هو: أن المنشأ هو المعنى اللازم، وأما الملزوم وهو المعنى المقصود فلم يُنشأ.

٥- إنه يجوز بالحقيقة والمجاز والكناية، لكن يشترط في المجاز أن يكون قريباً، وكأنه لأن المجاز البعيد غير متداول عند العقلاء في العقود.

٦- إنه يجوز بالحقيقة والمجاز، بشرط أن تكون القرينة لفظية لا حالية. ولا يخفى أن اللفظ في الاستعمالات المجازية مستعمل في معناه الحقيقي ولكن القرينة صارفة عنه ويتعين اللفظ في معناه المجازي.

وهذا ما استقره الشيخ.

٧- إن المعاملة إنما يترتب عليها الأثر شرعاً إذا أمضاها الشارع، فكل

(١) جامع المقاصد في شرح القواعد ٨٣/٧.

لفظٍ وقعت به المعاملة في زمن الشارع وأنفدها فهو المؤثر في تلك المعاملة، فأَيُّ لفظٍ كان متداولاً في عصر المعصوم ولم يردع عنه فهو كافٍ، وأَيُّ لفظٍ لم يثبت كونه متداولاً في ذلك الزمان فلا دليل على وقوع العقد به.

المختار في المسألة

٨- كلُّ لفظٍ صريحٍ أو ظاهرٍ في معنى المعاملة ظهوراً يعتدُّ به العقلاء فهو كافٍ، بلا توقُّفٍ على كونه متداولاً في زمن المعصومين، إذ تكفي العمومات والاطلاقات دليلاً على الجواز ولا حاجة إلى الإمضاء. وهذا هو المختار عندنا.

وتوضيحه بإيجاز هو: أنه لو لم تكن عندنا الإطلاقات والعمومات لكناً بحاجة إلى الإمضاء، وهو دليل لبّي، والقدر المتيقن منه ما كان متداولاً في زمنهم يقيناً، وما لا يقين بتداوله في ذلك الزمان فلا يؤثر.

لكن مقتضى العمومات والإطلاقات كفاية كلِّ لفظٍ له ظهور عقلائي في المعنى، وإنما نقول بضرورة الظهور النوعي العقلائي، لأنه لو لم يكن كذلك - بل كان ظهوره بالقرينة الشخصية - لم يعتد به العقلاء، وحينئذٍ لا يمكن نسبة قبوله إلى الشارع، لأن الإطلاقات والعمومات الشرعية كلّها مخصّصة بالمخصّص اللبّي، فقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ مخصّص أي: أحلَّ الله البيع الذي يعتدُّ به العقلاء، لأن الشارع لا يمضي ما ليس بعقلائي.

وبعبارة أخرى: إن لنا علماً إجمالياً بعدم حليّة بعض البيع شرعاً، فالآية المباركة مخصّصة بالعلم الإجمالي المذكور، وقد تقرّر في محله سريّة إجمال المخصّص إلى العام، فلا تبقى الآية على عمومها.

وكذا الكلام في قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

وقد يقال بسقوط العموم من جهة تخصيص الأكثر، أما بناءً على مسلك القدماء من أن العام المخصّص مستعمل في الخاص مجازاً والمخصّص قرينة على المجاز، فلو قال: أكرم العلماء، ثم جاء المخصّص منفصلاً بأنه: لا تكرم النحويين، فقد استعمل العلماء في ما عدا النحويين مجازاً، وقوله: لا تكرم النحويين قرينة عليه، وحيث أنه يعتبر المناسبة بين المعنى المجازي والحقيقي، فإن كان المخصّص قليلاً، كان معظم الأفراد باقياً تحت العام والمناسبة محفوظة والاستعمال صحيح، وأما لو خرج معظم الأفراد من تحت العام وبقي النادر، انتفت العلاقة والمناسبة بين المعنيين الحقيقي والمجازي، والاستعمال المجازي بدون علاقة غير صحيح، ولذا لا يجوز استعمال العام في الفرد النادر.

وأما بناءً على مسلك المتأخرين - وهو الحق - من أن العام مستعمل في معناه الحقيقي وهو المراد الاستعمالي، وإنما المخصّص مبيّن للمراد الجدّي، فإذا جاء المخصّص أفاد أن ما عداه هو المراد الجدّي، فلامعنى لأن يستعمل المتكلّم العاقل اللفظ العام في العموم ويريد الأفراد النادرة، وهذا معنى قولهم بأن تخصيص الأكثر مستهجن.

نقد الأقوال الأخرى

ذكرنا الوجوه والأقوال في المسألة، وهي في الأغلب مستندة إلى عدم وجود العمومات والإطلاقات القابلة للاستدلال في المقام، فلا مناص من الأخذ بمقتضى الإطلاق المقامي، بتقريب: أن كل عقد متداول في عصر

الشارع لم يردع عنه فهو نافذ عنده وأنه معتبر له على حسب ما اعتبره العقلاء، إذن، لابد من الأخذ بتلك العقود وجعلها القدر المتيقن من الألفاظ المؤثرة، وأما الآيات من قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه، فهي واردة في مقام التشريع لا لبيان الحكم الفعلي، ولا عموم لها ليتمسك به ويرجع إليه. أو من جهة أن اللام في ﴿العُقُودِ﴾ للعهد، أي: العقود المتداولة والمتعارفة بين الناس... فليست الآية دالة على العموم.

أو من جهة أن التمسك بالإطلاق والعموم في الآيات منوط بعدم وجود العلم الإجمالي بالمخصصات والمقيّدات الكثيرة، وآلا يلزم الإجمال في الآيات ولا يبقى لها ظهور يتمسك به.

أو من جهة أن تلك العمومات والإطلاقات مبتلاة بالتخصيص الأكثر، على ما تقدّم.

وبالجملة، فإنّ مناط الأقوال إنكار العموم والإطلاق في الأدلة، وينحصر الدليل بالإمضاء، وعليه، فلا يجوز التعدي عن اللفظ المتداول الممضى شرعاً إلى غيره.

ولنا في جميع ما ذكر بحث.

أما دعوى أن الآيات في مقام التشريع، فقد قرّرنا في الأصول أن ظاهر حال كلّ متكلم كونه في مقام بيان الحكم الفعلي، ومع الشك فإنّ ذلك مقتضى أصالة البيان، وعليه، فمقتضى القاعدة حمل الكلام على إرادة الحكم الفعلي، إلّا أن يقوم دليل على كونه في مقام التشريع، وعدم الدليل كافٍ للحمل على الحكم الفعلي، ومجرّد احتماله لا أثر له.

وأما احتمال كون «اللام» للعهد، فبخلاف ظاهر الكلام كذلك، لأنّ

«البيع» كَلِّي طبيعي، وإذا دخلت اللَّام على الكَلِّي الطبيعي أفادت أنه بما هو ماهية كَلِيَّة مرادٌ للمتكلِّم، وحينئذٍ، فحمل اللَّام على العهد يحتاج إلى قرينة، وعدمها كافٍ للحمل على العموم....
وكذا الكلام في «العقود».

فلاحتمالان مندفعان بعدم الدليل، والظهور في الاطلاق والعموم محكم.

وأما فرضية العلم الإجمالي بالتخصيص، كالبيع الغرري والرئوي وما لا يقدر على تسليمه و... فنقول: إنه من العلم الإجمالي المردّد بين الأقل والأكثر المنفصل، ومقتضى القاعدة المقرّرة فيه هو الأخذ بالقدر المتيقّن وهو الأقل والتمسك في الزائد عنه بالعام والمطلق، فلا شك بعد ذلك في انحلاله، والذي يسري إجماله إلى العام أو المطلق هو غير المنحل.

وأما التخصيص بالأكثر، فهو موهن لا محالة، سواء كان العام مستعملاً في الخاص مجازاً كما عليه القدماء أو في العموم والإرادة الجدّية متعلّقة بما عدا المخصص كما عليه المتأخرون، فالكبرى مسلّمة وتخصيص الأكثر مستهجن على كلّ تقدير، ولكنّ الكلام في الصغرى.

لقد قررنا في الاصول أن تخصيص الأكثر إنما يضرّ بالظهور بناءً على مسلك القدماء، وأما بناءً على ما هو الحق - من أن المطلقات مستعملة في المعاني الحقيقيّة لها وهي الماهيات المطلقة، والخصوصيات القيدية تفاد بالدّوال الشّانوية، فهناك دالّان ومدلولان - فسواء كان المقيد متصلاً أو منفصلاً، فإن المطلق قد استعمل في نفس الطبيعة الكلية، ولا مجازيّة أصلاً، وعليه، فإنّ المقيدّات الكثيرة لا تضرّ بانعقاد الظهور أبداً، لأنّ للمتكلّم أن

يفيد مرامه إلى وقت الحاجة بدوآل متعددة، وفاقاً للشيخ الأعظم الذي قرّر هذا المطلب بأحسن تقرير، وخلافاً للمحقّق الخراساني القائل بانحصار مقام البيان بحال التكلّم، فقد ذكرنا في محلّه أن لا وجه لما ذهب إليه. وبعبارة أخرى: فإن كون المتكلّم في مقام البيان - الذي هو من مقدّمات الإطلااق - مستمرّاً إلى وقت الحاجة، وله أن يبيّن مقصده ومرامه ببيانات ودوآل متعددة.

فظهر أن التقييدات الكثيرة لا تضرّ بظهور الكلام وإفادته للمرام على ما هو التحقيق عند المتأخرين، فإنّ ظهوره محكّم ويرجع إليه فيما عدا ما خرج بالدليل تقييداً من تحت المطلق، والمفروض عدم قيام الدليل على المنع من البيع بالكناية أو المجاز.... هذا كلّ في المطلقات.

إنما الإشكال في العمومات، فإن المفروض كون المستعمل فيه عامّاً، فيضّر تخصيص الأكثر بالعموم لا محالة، لأن «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يقتضي وجوب الوفاء على كلّ متعاملين في كلّ عقدٍ من العقود، لكنّ هناك عقوداً لا يجب عليهما أو على أحدهما الوفاء فيها، كالهبة بغير ذي رحم، وغير المعوّضة وكذا في الوكالة، وفي القرض لا يجب الوفاء على المقرض وفي الرهن كذلك... فالآية مخصّصة بمخصصات كثيرة، لا سيّما بالنظر إلى أفراد العقود الواقعة في الخارج، إذ ما لا يجب الوفاء فيه أكثر ممّا يجب.

وبعبارة أخرى: ليس المراد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عناوين العقود، بل المراد الأفراد الخارجية، فهو عام أفرادى، مثل أكرم العلماء، الذي يعمّ جميع الأفراد، وليس المقصود منه علماء الفقه وعلماء النحو وعلماء

الطب وغيرها من العمومات الأنواعية والأصنافية، لأن ملاك وجوب الإكرام هو حيثية الاتصاف بالعلم، أي فرد كان وبأي عنوان من العناوين، فكذلك «العقود» في الآية، حيث أن وجوب الوفاء مترتب على حيثية العقد بلا نظر لنوعه، من كونه بيعاً أو إجارة أو نكاحاً... وهكذا....

وبالجملة، فلا ريب في أكثرية ما هو خارج مما هو باق تحت العموم.
والتحقيق في الجواب:

إن العام وإن كان أفرادياً والملاك قائم بحيثية «العلم» في مثل: أكرم العلماء، ولكن إن جاء المخصص مخرجاً لعنوان من العناوين، فإن الخارج يكون هو العنوان، فلو قال: أكرم العلماء ثم قال: لا تكرم الصرفيين، خرج هذا العنوان وإن كانت أفراداه أكثر من العلماء في سائر العناوين بأضعاف مضاعفة، وهذا ليس من تخصيص الأكثر المضرّ بظهور العام.

وفيما نحن فيه الأمر كذلك، فإن الخارج من تحت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عناوين قليلة بالنسبة إلى ما يبقى تحته منها، وإن كانت أفراد العناوين الخارجة كثيرة جداً، فمثل هذه التخصيصات لا تضرّ بعموم الآية المباركة والتمسك به.

فتلخص: إن لنا التمسك بإطلاق «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وبعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مضافاً إلى أن لهذه الآية جهة الإطلاق أيضاً، لما ذكرنا في الأصول من أن في العام حيثية الإطلاق إلى جنب حيثية العموم، فإداة العموم تفيد العموم بالنسبة إلى الخصوصيات الأفرادية، وبإطلاقها تفيد الشمول بالنسبة إلى أحوال الأفراد، فقوله: «أكرم كل عالم» يدل على وجوب إكرام جميع أفراد العالم على جميع أحوالهم.

ونتيجة البحث بعد اندفاع الشبهات هو تحكيم العموم والاطلاق في الآيات، فإنَّ اللَّفْظَ - في الكناية - وإنْ كان مستعملاً في المعنى الحقيقي له، ولكنَّ المنشأ المقصود بالأصالة هو البيع، إذ البيع - وهو أمر اعتباري قائم بالنفس - يتجلى باللَّفْظِ الكنائي، وهو كافٍ.

كما أنَّنا لو قلنا في موارد المجازات: بأنَّ اللَّفْظَ غير مستعمل في المعنى المجازي، بل اللَّفْظُ والقرينة معاً يدلَّان على المعنى المقصود، كأن يقال في «رأيت أسداً يرمي» بأنَّ «الأسد» و«يرمي» معاً يدلَّان على الرجل الشجاع، أمكن القول بعدم إنشاء المعنى باللَّفْظِ، وأنَّ القرينة لها دخلٌ في الدلالة عليه، وعليه، فلو كانت القرينة حالية لما تَمَّت الدلالة، فيشترط أن تكون لفظيةً، وهذا ما ذهب إليه الشيخ في المقام.

لكنَّا لا نقول بمدخلة القرينة في الدلالة على المعنى، بل اللَّفْظُ مستعمل واقعاً في الرجل الشجاع، والقرينة «يرمي» قد صَرَفَت اللَّفْظَ عن المعنى الحقيقي الموضوع له وهو الحيوان المفترس، وبذلك ينعقد الظهور لَلَّفْظِ في المعنى المجازي، سواء كانت القرينة حاليةً أو مجازيةً.

وعلى الجملة، فقد أوضحنا دليل القائلين بالاكْتفاء بالقدر المتيقن، أو باعتبار اللَّفْظِ الصريح، أو أنَّ المعبر فقط ما كان متداولاً في عصر المعصوم ووقع موقع الإمضاء، وهو عدم وجود العمومات والإطلاقات، وأثبتنا بعد ذلك العموم أو الاطلاق في الآيات، وتعرَّضنا لمختار الشيخ قدس سره ودليله وبيننا ما فيه.

وأما القول بعدم جواز إنشاء العقد بالكناية، لأنَّ الملزوم المقصود - وهو البيع مثلاً - غير منشأ، فلا يكون للكناية آلية تحقِّق البيع، فقد تقدَّم

الجواب عنه مفصلاً.

وأما التفصيل بين المجاز القريب والبعيد - والمراد من القريب والبعيد، تارة: العلة، لأنها قد تكون قريبة من المعنى الحقيقي وقد تكون بعيدة عنه. واخرى: الاحتياج إلى القرينة، فالقريب ما يحتاج إلى القرينة الواحدة والبعيد ما يحتاج إلى قرائن، وثالثة: الشهرة وغيرها، فالمجاز للقريب هو المشهور والبعيد هو غير المشهور - فالظاهر أنه يبتني على أن المجاز البعيد ليس له ظهور عقلائي، وألا، فالملاك هو الظهور الحجة، ومع قيامها لا يفرق بين العلة القريبة والبعيدة، ولا بين المجاز المشهور وغير المشهور، ولا بين ما يحتاج إلى القرينة الواحدة وما يحتاج إلى القرائن.

نعم، لا بد من الظهور المعتد به عند العقلاء، بحيث يحتجون به لدى الخصومة، وقد ذكرنا ذلك في بيان المختار.

تفصيل الميرزا النائيني

وقد كان للميرزا الاستاذ تفصيل آخر، وهو بتقرير منّا:

إنه إن أنشأ البيع باللفظ المجازي أو المشترك اللفظي، على أن يكون الإنشاء بنفس اللفظ والقرينة دالة على كونه بنفس اللفظ، أو أنشأ باللفظ المشترك وجاء بالقرينة المعينة لأحد المعنيين، فلا إشكال. أما لو كان إنشاؤه على أن المجموع من اللفظ والقرينة هو الدال على المعنى المقصود، لم يكن مؤثراً، وذلك لأن عناوين المعاملات معانٍ بسيطة، والبسائط دفعية الوجود ولا يعقل التدرج في وجودها.

وأما المشترك المعنوي - وهو على التحقيق: استعمال اللفظ في المعنى

الجامع وفهم الخصوصية بدال آخر - فتارة: يكون المشترك الجامع البعيد، وأخرى: يكون الجامع القريب، والخصوصية تارة: هي منوعة وأخرى مصنفة، فقال: إن التملك معنى جامع بين تملك العين وهو البيع وتمليك المنفعة وهو الإجارة، وله خصوصيات، فقد يكون تملك بضمان وقد يكون بدون ضمان، وقد يكون بعوض وقد يكون لا بعوض. فالتملك جنس قريب أو نوع، وهذه الخصوصيات صنفية خارجة عن ماهيته. فإذا: لو قال: ملكتك هذا، فقد وقع الإنشاء، وتلك الخصوصيات خارجة، ولو قال: زوّجتك، فقد أنشأ التزويج، ولكن خصوصية كونه إلى أميد، أو بدون أميد فخارجة عن الماهية.

وعليه، فلو أنشأ البيع بلفظ «التملك» الجنس القريب المشترك بين الخصوصيات، صحّ البيع وتكون القرينة معينة للخصوصية المقصودة. وأما لو أنشأ البيع بلفظ مشترك هو جنس بعيد، كما لو قال: «نقلت»، الذي يعمّ نقل الحجر من مكان إلى مكان، ونقل الإنسان من مكان إلى مكان، ونقل المتاع من مكان إلى مكان، ونقل المال من ملك إلى غيره، كانت الخصوصية البيعية المقصودة مستفادة من دال آخر، وعليه، لم يكن قوله «نقلت» إنشاء للبيع، لأنه إنما يكون إنشاء له إذا قال: «نقلت إلى ملكك» فكانت الدلالة من جهة القرينة، وأما اللفظ المشترك «نقلت» فلم يدل على البيع، فليس إنشاء له.

فهذا وجه التفصيل بين المشترك اللفظي والمعنوي، والتفصيل في المعنوي بين الجنس القريب مثل «ملكك» والجنس البعيد مثل «نقلت»، فالثاني غير محقق للبيع والأول محقق له.

و خلاصة كلامه: إنه وإن كانت عناوين المعاملات مختلفة في النوع، إذ البيع نوع، والإجارة نوع آخر، والهبة نوع ثالث، لكنها مشتركة في الملكية، وهي المعنى الجامع بينها - لكون البيع ملكاً للعين بعوض والهبة ملكاً لها بلا عوض، والإجارة ملكاً للمنفعة - فكانت شبيهة للأصناف بالنسبة إلى النوع الواحد.

وبعبارة أخرى: تارة نلاحظ العناوين بلا جهة جامعة بينها، وأخرى: نلاحظها مندرجة تحت جامع واحد.

قال: إن البسيط دفعي الوجود والتحقق، ولا يعقل التدرجية له في مقام الوجود، وألا يلزم الخلف - فهذا ما أراد إفادته هنا، لأن المعنى البسيط لا بد من صدوره من العلة البسيطة فذاك أمر آخر - وإذا كانت الملكية ماهية مستقلة بسيطة هي بمثابة النوع للأصناف، والخصوصيات المصنفة خارجة عن الماهية، فلو أنشأ هذه الماهية البسيطة الواحدة وكانت خصوصياتها المميزة متدرجة في الإفادة فلا مانع، أما لو أنشأ الجامع البعيد - كما لو قال: بادلت مالي بمالك، المناسب للملكية وغيرها، أو قال «نقلت» المناسب للتملك وغيره كما تقدم - لم تتحقق الملكية، فلو قال بعد ذلك: «بعوض معين» لم تتحقق الملكية كذلك، لعدم إفادتها لها، وإن أراد إنشاء البيع بمجموع «نقلت» و«بعوض معين» لزم التدرج في الوجود، وهو في الأمر البسيط غير معقول.

الجواب عنه

ونقول في الجواب عن التفصيل المذكور إنه:

إن كانت صيغ العقود إيجاداً للملكية العقلية، كما هو الظاهر من

كلماتهم، فما ذكره حق لا محيص عنه، لكون الملكية بسيطةً - بل هي أبسط من المقولات التسع التي هي بسائط في الخارج وإن كانت مركبة بالذقة العقلية في مقام تصوّر ماهيتها - وذلك، لأنها أمر اعتباري، والإعتبار بسيط في جميع شئونه، وقوامه بالاعتبار المحض، والأمر البسيط دفعي الوجود لا يعقل تدرّجه.

وأما بناءً على ما هو الحق من أن الاعتبار أمر قائم بنفس الاعتبار، وهو متعدّد، فتارةً هو البائع بوحده، فإذا قال «بعت» تحقق البيع في اعتباره فقط، ولا وجه لأنّ يقال بأنّ البائع الموجب يوجد الاعتبار العقلاني، بل إن اعتبار العقلاء قائم بنفس العقلاء، فإن كان لهم اعتبارٌ على طبق اعتبار البائع أصبح البيع عقلاً، ثم إن كان للشارع اعتبارٌ على طبق اعتبارهم ترتب الأثر على ذلك الإنشاء شرعاً، وإلا فقد خطأ العقلاء في اعتبارهم.

والحاصل: إنّ هنا اعتبارات، وكلٌّ منها قائم بنفس الاعتبار، من المالك البائع، والعقلاء، والشارع، ولكلٍّ من هذه الاعتبارات أثره المختصُّ به عندما يكون لكلٍّ منها مصحّح.

فظهر: أنه لما أنشأ البائع، فقد أعلن عن اعتباره النفساني، سواء كان إبرازه بلفظ «بعت» أو «ملكيت» أو «نقلت»، لأن اللفظ موجدٌ للملكية حتى يقال بأنّها أمر بسيط ولا يعقل تدرّجه في الوجود، وإنما الحاصل تجلّي البسيط الناشئ في النفس، والتدرّج في التجلّي والإظهار لا مانع منه.

وعلى الجملة: فإنّ هذا التفصيل مبنيٌّ على أن الألفاظ أسباب وآلات لوجود البيع وغيره من الأمور الاعتبارية العقلية، كما عليه المشهور، وقد عرفت أنّ المبنى غير صحيح.

وغاية ما يمكن أن يقال: إنَّ العقلاء قد اعتبروا الآلية للألفاظ لتحقق تلك الأمور الاعتبارية، لأنها آلات حقيقة، وعليه، فلا مانع من اعتبار الآلية للمركب التدريجي.

وعلى كل حال، فالتفصيل المزبور ساقط [١].

[١] أقول: إنَّ التفصيل المذكور موجود في كلا تقريري بحث الميرزا النائيي بألفاظٍ متقاربة^(١)، وأنا ذاكر خلاصة ما جاء في منية الطالب، ليظهر الفرق بين تقريرهما وتقرير السيد الجدّ، رحمهم الله:

أما مقدّمات المطلب، فهذه خلاصة كلّ واحدة منها:

الأولى: إنه لو شك في صدق عنوان من عناوين العقود والايقاعات على لفظ صادر من الموجب والقابل أو الموقع، فأصالة الفساد تقتضي عدم صحته. وأمّا مع صدق العنوان عليه عرفاً فمقتضى الإطلاقات والعمومات عدم اعتبار ما شك في شرطيته في مادة العقود والايقاعات أو هينتهما.

نعم، لو منع من صدق البيع عرفاً على ما إذا أنشأ بغير لفظ الماضي أو بما إذا لم يكن بين الإيجاب والقبول موالاة أو بما أنشأ بالكناية ونحوها أو ادّعى الإنصراف عنها، فلا يفيد الإطلاق.

الثانية: لا شبهة في الفرق بين الحكايات والإيجادات، فإنَّ الحكايات لا يتعلق غرض بها إلّا إظهار ما في الضمير والقاء المقصود إلى المخاطب، فكُلّ لفظ لم يكن خارجاً عن أسلوب المحاور، يصحّ إظهار ما في الضمير به، سواء كان الاستعمال حقيقة أم مجازاً صريحاً أم كناية، كانت قرينة المجاز حالية أو مقالية، كان المجاز بعيداً

(١) منية الطالب ١٠٤/١-١٠٧، المكاسب والبيع ٢٧٦/١.

أو قريباً، وهذا بخلاف الإيجادات، فإنها لا توجد إلّا بما هو آلة لإيجادها ومصادقاً لعنوانها، فلو لم يكن شيء، مصداقاً لعنوان وآلة لإيجاده بل كان للآلة أو ملازمه، لم يوجد الملزوم أو الملازم الآخر به، وإن كان الغرض من إيجاد الآلة أو الملازم إيجاد الملزوم أو الملازم الآخر بحيث كان هو المقصود الأصلي، إذ لا عبرة بالدواعي والأغراض في الإيجادات، فلو قصد البيع وأتى بغير ما هو مصداقه فلا أثر له.

الثالثة: لا شبهة في أنّ البيع بل كلّ عنوان من عناوين العقود والإيقاعات، عنوان بسيط ليس مركّباً من الجنس والفصل، فإذا كان بسيطاً فلا يمكن إيجاد هذا المعنى تدرجاً، بل إما أن يتحقق أنا أو لا يتحقق أصلاً، بل المركب من الجنس والفصل أيضاً لا يمكن أن يوجد تدرجاً، فإنّ تحصّل الجنس إنّما هو بالفصل وتحقّق الهيولى إنّما هو بالصورة، فلا يعقل أن يوجد المادة أولاً ثمّ الصورة. فإذا كان هذا حال المركب الخارجي فكيف بما هو بسيط وما به امتيازه عين ما به اشتراكه، فإنّ السواد الشّديد بعين ما هو لون يكون سواداً أو بعين ما هو سواد يكون شديداً، وهكذا التّملك البيعي والقرضيّ ونحوهما من الهبة والاجارة، يكون التّملك في كلّ منها بعين كونه بيعاً أو قرضاً أو نحوهما، أي لا يكون التّملك في البيع جنساً وبيعته فصلاً بل هو بيع بعين كونه تملكاً، بل لا شبهة أنّ التّملك ليس شيئاً والبيع شيئاً آخر، وإن قلنا بأنّ كلّ واحد من هذه الأمور الأربعة مباين في السّنع مع الآخر، مضافاً إلى أنّ التّملك في جميع هذه الأمور أمر واحد، وإنّما الاختلاف بينها كالاختلاف بين أفراد البيع. وعلى أيّ حال، المعنى المنشأ بلفظ بعث أمر بسيط ليس مركّباً من الجنس والفصل، ولا يمكن أن يوجد تدرجاً كتدرجيّة الباء والعين والنّاء.

وبعد هذه المقدمات (قال) يقع البحث تارةً في صحّة إنشاء العناوين بالكنايات، واخرى بالمجازات، وثالثة بالمشترك اللفظي، ورابعة بالمشترك المعنوي. أما كلامه في الكنايات، فقد تقدّم.

قال: وأما صحّته بالمجاز، فإن كان مجازاً مشهوراً، فالأقوى كفايته دون ما لم يكن كذلك، وذلك لأنّ الشبهة توجب أن لا يحمل اللفظ على معناه الحقيقي أو المجازي، إلّا بانضمام قرينة معيّنة لأحدهما، فعدم حمله على معناه الحقيقي بمجرّد التلفّظ يجدي في وقوعه ولا يلزم إيجاد عنوان البسيط تدريجاً، وهذا بخلاف المجاز الغير المشهور، فإنّه يحتاج إلى قرينة صارفة أيضاً، فحاله أردء من الكناية، لأنّ ما يوجد به بحسب الدلالة التّصوريّة هو معناه الحقيقي وبحسب الدلالة التّصديقيّة معناه المجازي فيتناقضان، وليس باب الإيجاد كباب الحكاية كما عرفت، ولذا قال المشهور بأنّ بعثك بلا نمن وأجرتك بلا اجرة لا يفيدان فائدة الهبة الصّحيحة والعارية كذلك، وليس ذلك مع أنّ القرينة الصّارفة مقرونة باللفظ إلّا لأنّ ما اوجد أولاً بلا مجيئ القرينة كان معانداً لما اوجد ثانياً، ولا يمكن إرجاع ما اوجد عمّا هو عليه في الإيجاديات وإنّ أمكن في الحكايات. نعم، لو قيل بأنّ في باب المجاز لا ينشأ بالقرينة شيء حتى يكون بين القرينة وذي القرينة تناقض، بل عنوان العقد ينشأ بنفس ذي القرينة، والقرينة كاشفة عن المعنى المقصود من ذي القرينة، ولذا التزمنا بصحّة إنشاء العناوين بالمجازات، لصحّ إنشاؤها بالمجاز الغير المشهور أيضاً، سواء كانت قرينته حالية أو مقالية، إلّا أن يمنع كون المجاز الغير المشهور آلة لإيجاد العنوان الذي قصد إيجاده عرفاً، فإنّ مجرّد قصد العنوان من اللفظ مع عدم كون اللفظ آلة لإيجاده لا أثر له، فإنّه في حكم القصد

المجرد، ولذا قلنا في أول المعاطاة بالفرق بين الفعل واللفظ، وإن الفعل لو قصد به التملك يقع به وإن كان مصداقاً للتسليط، وهذا بخلاف قوله سلطتك، وذلك، لأن التسليط الخارجي لو قصد منه البيع يصير مصداقاً لهذا العنوان، لقيام السيرة عليه دون التسليط اللفظي.

وأما صحته بالمشترك اللفظي، فلو كان هناك لفظ مشترك لفظاً بين عنوان عقدين أو عقود، كاشتراك لفظ الشراء بين البيع والاشتراء، فلا مانع عن إنشائه به، لأنه لا يوجب تعيين معناه بالقرينة المعينة أن يوجد العنوان بالقرينة حتى يلزم تدرجية المعنى البسيط، بل العنوان ينشأ بنفس اللفظ والقرينة كاشفة عن وقوع اللفظ في مقام إنشاء هذا العنوان، إلا أن يقال: إن القرينة متمم المراد والمعنى يستفاد من مجموع القرينة وذبيها، كاستفادة موضوع الحكم في العام المخصص من مجموع العام والخاص.

وأما صحته بالمشترك المعنوي، فلو كان مشتركاً بين العقود التملكية كملكت صح إنشاؤها به، ويتعين كل واحد من العناوين المقصودة بالقرينة المكتتفة به، ولا يلزم إشكال إيجاد الأمر البسيط تدريجاً، لأنه لو فرض أن البيع والقرض والهبة والإجارة مفيدة للتمليك والتملك الحاصل بكل منها حاصل بعين ذلك العنوان لا بغيره فلا يلزم التدرجية، فإن البيع بما هو بيع تملك وهكذا الهبة بما أنها هبة تملك، والخصوصيات الخارجية ككون البيع بعوض معين والهبة بلا عوض كالخصوصيات اللاحقة لأفراد البيع، فكما أن هذه الخصوصيات لا توجب اختلافاً في حقيقة البيع ولا تضر ببساطته فإن معنى بساطته بساطة أصل الحقيقة لا مع الشروط المذكورة فيه ولا مع بيان عوضه ومعوّضه ونقده ونسيته، فكذلك تلك الخصوصيات. ولو كان مشتركاً بين العقود التملكية وغيرها من النقل الخارجي كلفظ نقلت، فلا يصح إنشاء التملك

قال الشيخ:

ومع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، وأنه لا يجوز بالألفاظ المجازية، خصوصاً مع تعميمها للقريبة والبعيدة كما تقدم عن بعض المحققين. ولعلّ لما عرفت من تنافي... جمع المحقق الثاني... بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، وهو جمع حسن، ولعلّ الأولى.... أقول:

أخرج المحقق الثاني المجاز البعيد، وأخرج الشيخ المجاز ذي القرينة الحالية، ويسري ذلك إلى المشترك ذي القرينة الحالية. ثم إن جمع الشيخ وإن كان أحسن من جمع المحقق الثاني كما أفاد، لكن الإنصاف أنه مخالف لظواهر كلمات الفقهاء، وقد قدّمنا أنه لا فرق في القرينة بين الحالية واللفظية، لكونها صارفةً عن المعنى الحقيقي، لا دخيلةً في الدلالة على المعنى المقصود.

وتحصّل مما ذكرنا: أنّ المناط قيام الحجة على مضمون العقد، سواء كان صريحاً أو ظاهراً، وسواء كان الظهور بالدلالة المطابقة أو الالتزامية، وسواء كان بالمجاز القريب أو البعيد، وسواء كان بالمشارك اللفظي أو المعنوي، القريب أو البعيد، وسواء كانت القرينة الحالية أو قولية، أو غير ذلك.

العقدي به، لأن ما به امتياز النقل الخارجي عن النقل الاعتباري ليس بعين ما به اشتراكهما، فلا يمكن إنشاء تمام معنى البسيط به، بل ينشأ الجنس العالي أولاً ثم يميز بالفصل، فيلزم التدريجية في الوجود.

نعم، يُعتبر أن تكون الحجة مما يحتج به العقلاء كلهم في محاوراتهم وخصوماتهم، ولا تختص بالشخص وحده.

وذلك، لأنه لما فرض صدق عنوان البيع - مثلاً - عليه بالحمل الشائع الصناعي، فإنه سيكون صغرى للعمومات والإطلاقات، والتي قد عرفت اندفاع الإشكالات عنها.

في ألفاظ الإيجاب والقبول

منها: لفظ «بعث»

قال الشيخ:

منها: لفظ «بعث» في الإيجاب، ولا خلاف فيه فتوىً ونصاً، وهو وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء، لكن كثرة استعماله في البيع وصلت إلى حد تغنيه عن القرينة.

أقول:

ما ذكره من كون البيع من الأضداد موجود في غالب الكتب اللغوية، وقد ظفرت في اثنين منها بزيادة:

أحدهما: المفردات للراغب فإنه يقول: «الشراء والبيع يتلازمان، فالمشتري دافع الثمن وأخذ المثل، والبائع دافع المثل وأخذ الثمن، هذا إذا كانت المبيعة والمشاركة بناض وسلعة، وأما إذا كانت بيع سلعة بسلعة صح أن يتصور كل واحد منهما مشترياً وبائعاً، ومن هذا الوجه صار لفظ البيع والشراء يستعمل كل منهما في موضع الآخر»^(١).

وظاهر كلامه التفصيل.

والثاني: المصباح المنير فقال: «والبيع من الأضداد مثل الشراء، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، ولكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى

(١) المفردات في غريب القرآن: ٢٦٠ «شري».

الذهن بأذل السلعة»^(١).

وستتكلّم فيما بعد على هاتين الكلمتين.
وأما قول الشيخ: بأن كثرة الاستعمال تغنيه عن القرينة، ففيه بحث، وذلك:

لأنه تارة: تبلغ كثرة الاستعمال باللفظ إلى الحقيقة العرفية، فتكون حقيقة ثانوية، ويخرج اللفظ من الاشتراك إلى التعيين.

وأخرى: لا يكون كذلك، بل يشتهر استعمال اللفظ في أحد المعنيين، فيكون المراد من ذلك: شهرة الاستعمال، وفي ذلك إشكال تعرّض له بعض أكابر الأصوليين كصاحب الفصول أو المحقق القمي في قولهم: المجاز المشهور مقدّم على الحقيقة، فقال: لا وجه له [١].

ولكن يمكن أن يقال هنا:

إن كثرة الاستعمال وشهرته يُوجب أنس ذهن السامع بذلك المعنى المشتهر فيه، فلو كان المتكلّم في مقام البيان ولا يريد ذلك المعنى المستأنس، لزم عليه أن ينصّ على نفيه أو يقيم قرينة، فلولم يفعل ذلك ولم

[١] وقد تعرّضوا لهذه المسألة في فصل الحقيقة والمجاز من مباحث الألفاظ، وخلاصة الكلام فيها: إنه لما كان التبادر من علائم الحقيقة، فهل يلزم أن يكون من حاقّ اللفظ أو يكفي كونه بمعونة القرينة أيضاً كما في المجاز المشهور، حيث أنه يتبادر منه المعنى المجازي بسبب الشهرة؟ ثم لو دار الأمر بين حمل اللفظ على المعنى الحقيقي لأصالة الحقيقة أو المجازي للتبادر على ما ذكر، فما هو مقتضى القاعدة؟

ينبّه عليه وأطلق الكلام، كانت قرينة الحكمة معيّنة لإرادة ذلك المعنى المشتهر، ولعلّ هذا هو مراد صاحب المصباح من التبادر.

وثالثة: لو فرض قابليّة «بعت هذا بهذا» للبيع والشراء معاً، لكنّ الإشارة الخارجية توجب التعيّن، لأنّ المشتري يقول: «شريت هذا بهذا»، ولا يكون المقصود من «هذا» ملكه، بل ملكه هو مدخول الباء، ويشهد بذلك كلام الراغب المتقدم.

والذي يؤيد حصول الحقيقة العرفية للفظ «بعت» في المعنى المقابل للشراء: أنا لم نجد استعمال «البيع» في الشراء لا في القرآن المجيد ولا في الأخبار والخطب والاستعمالات الفصيحة، ولو وجد فهو نادر جداً.

وفي مجمع البحرين: «ويقال: البيع الشراء والشراء البيع، لأن أحدهما مربوط الآخر... وفي الحديث: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، يريد بهما البائع والمشتري، فإنه يقال لكلّ منهما بيع وبائع... وفي الخبر: لا يبيع أحدكم على بيع أخيه أي: لا يشتري على شراء أخيه، والنهي إنما وقع على المشتري لا البائع»^(١).

لكنّ الإنصاف: أن «البيعان» من باب التغليب، كما أنّ ما ذكره في معنى الخبر خلاف الظاهر، إذ الظاهر أنّ لا يدخل الإنسان في البيع المتعلّق للغير.

ثم إنّ السيد ذكر في الحاشية: «يمكن أن يقال إنه مشترك معنوي بين البيع والشراء... فيكون بمعنى التملك بعوض»^(٢).

وتقريب كلامه: إن الأمر كلّه بيد البائع، فهو يملك ماله وينقله إلى الغير ويدخل ملك الغير في ملكه، والذي يفعله المشتري هو المطاوعة لما فعله

(١) مجمع البحرين ٣٠٣/٤ «بيع».

(٢) حاشية المكاسب ١/٢١٤.

البائع، وقبوله سبب لأن يكون ماله ملكاً للبائع ويتحقق ملكيته لماله، فكل منهما يملك بعوض، لكن الذي يصدر من البائع هو التملك الصريح ومن المشتري هو التملك الضمني.
لكن فيه:

إن معنى التملك بعوض هو إنشاء الملكية، وهذا لا يكون إلا من البائع، أما المشتري فلا ينشأ، فليس لفظ «البيع» مشتركاً معنوياً، بل هو مشترك لفظي بين الضدين كما ذكر اللغويون، ولعله لذا أمر بالتدبر.
وعلى الجملة، فإن لفظ البيع مشترك لفظي بين الضدين، وأورد كلمات اللغويين، ومتى قالوا في كلمة أنها من الأضداد، فالمراد هو الاشتراك اللفظي، واحتمال كونه مشتركاً معنوياً وكل من البيع والشراء مصداق، قد تقدم ما فيه بعد تقريره، وحاصله: إن المشتري لا ينشأ تملك الثمن، وإنما يقبل ما فعله البائع وهو إدخال ملك المشتري إلى ملكه.
فإن قلت:

مطابقة المشتري للبائع إنما تصدق بأن يفعل ما فعله، فكما ملك ذاك يملك هذا، غير أن البائع يملك المثلث ويتملك الثمن والمشتري يتملك المثلث بعوض، فكل منهما مملك غير أن ذاك يملك الغير والمشتري يملك نفسه، فهما مشتركان في الجامع وهو التملك بعوض.
قلت:

معنى «التمليك بعوض» هو إنشاء تملك الغير بعوض يقبضه، وما يفعله المشتري: تملك لنفس بعوض يدفعه، ولذا، فإن البيع تملك بالعوض، والشراء تملك بالعوض، ولا جامع بينهما.

منها: لفظ «شريت»

قال الشيخ:

ومنها: لفظ «شريت»، فلا إشكال في وقوع البيع به، لوضعه له كما يظهر من المحكي عن بعض أهل اللغة، بل قيل: لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع. وعن القاموس....

أقول:

قال في القاموس: «شراه يشريه، ملكه بالبيع، وباعه كاشتره، فهما ضدان»^(١).

وفي المصباح المنير: «المتاع أشريه إذا أخذته بثمان أو أعطيته بثمان، فهو من الأضداد»^(٢).

وفي مجمع البحرين: «شريت الشيء أشريه شري وشراء، إذا بعته وإذا اشتريته أيضاً، وهو من الأضداد»^(٣).

والقائل بأنه لم يستعمل في القرآن إلا في البيع هو السيد بحر العلوم^(٤).

قال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ...﴾^(٥).

وقال: ﴿الَّذِينَ يَشْتَرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا...﴾^(٦).

(١) القاموس المحيط ٤ / ٣٤٧.

(٢) المصباح المنير: ٣١٢ «شريت».

(٣) مجمع البحرين ١ / ٢٤٥.

(٤) مفتاح الكرامة ١٢ / ٤٩٥.

(٥) سورة يوسف: ٢٠.

(٦) سورة النساء: ٧٤.

وقال: ﴿يَسْمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ...﴾^(١).

قال الشيخ:

وربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفاً في البيع، وكونه محتاجاً إلى القرينة المعينة، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلام القدماء. ولا يخلو عن وجه. أقول:

ذكر ثلاثة أمور (١) قلة الاستعمال (٢) يحتاج إلى القرينة (٣) في الأخبار وكلمات القدماء لم يذكر الشراء بمعنى البيع.

وكيف يقول في الأول «لا إشكال» ثم يقول: «لا يخلو من وجه»؟

أما قلة الإستعمال، فإن أراد المستشكل أن قلة استعمال لفظ الشراء في البيع قد أدّى إلى هجر هذا المعنى، وتعين اللفظ في المعنى المقابل، فتلك دعوى عليه إثباتها، مع أن هذا اللفظ لم يستعمل في القرآن إلا في البيع كما ذكر.

وإن أراد أن استعماله في البيع قليل بالنسبة إلى المعنى الآخر، فإن هذا إنما يثمر في مقام الشهادة أو الإقرار، فإنه إذا شهد بأن زيداً باع المتاع بثمن كذا، أو أقر على نفسه بأنه قد باع المتاع بكذا ثمن، يقع الإشكال في مراده من «البيع»، وأما في مقام البيع والشراء فلا ثمرة لهذا الكلام، إذ يعتبر في البيع عدم الغرر، وذلك يتحقق بتعريف البائع للمثمن والمشتري للثمن، فيُعرفان معرفة رافعة للغرر، وإذا وجدت هذه القرائن وحصل التعريف منهما لما بأيديهما ثم قال البائع: شريت هذا المتاع بكذا، لم يقع الشك في المراد من

لفظ البيع، ولا تؤثر قلة استعماله في هذا المعنى، وتحقق التعيين.

وأما الاحتياج إلى القرينة، فقد تقدم أن ذلك غير مضر.

نعم، لو كانت الصراحة في ألفاظ البيع شرطاً لصحته، لكان لما ذكر وجه، ولكننا قدمنا أن المناط هو حجية اللفظ، سواء كان صريحاً أو ظاهراً بقرينة معينة.

وأما القول بعدم ورود لفظ الشراء بمعنى البيع في الأخبار وكلمات الفقهاء، فغريب، بعد ورود هذا اللفظ للمعنى المذكور في اللغة وتصريح اللغويين بذلك.

وتلخص: لو أن أحداً قال في مقام إيجاب البيع: شريت هذا بكذا، ترتب عليه الأثر، لأن الاستعمال حقيقي، وعلى فرض العدم، فالظهور الحالي والمقامي الحاصل من القرائن - كما ذكرنا - كاف.

منها: لفظ «ملكت»

قال الشيخ:

ومنها: لفظ «ملكت» بالتشديد، والأكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق عليه....

أقول:

كأنه لا خلاف بينهم في تحقق البيع بلفظ ملكت، حتى من القائلين باعتبار الصراحة في اللفظ وضرورة كون الإيجاب في كل معاملة بعنوانها. وأما بناءً على عدم اعتبارها - كما هو المختار - فلا مجال للإشكال في كفاية قوله: ملكت هذا المتاع بكذا.

ثم قال الشيخ:

ويدلّ عليه ما سبق في تعريف البيع: من أنّ التملك بالمعوض المنحلّ إلى مبادلة العين بالمال هو المراد للبيع عرفاً ولغة.

والظاهر أنه مسامحة في التعبير، لأنّ معنى الترادف أنّ يكون الموضوع له لفظ «البيع» هو «التمليك بعوض» أي مركّباً، والحال أنّ معناه وحداني بسيط، والبرهان عليه أنه لو لم يكن كذلك يلزم أن يكون قوله: «بعت المتاع بثمن» مجازاً، لكون البيع مستعملاً في بعض الموضوع له، وهذا ممّا لا يلتزم به أحد.

ولا يتوهم إن «بعت» موضوع للمعنى التركيبي، أعني «التمليك بعوض» على إطلاقه بنحو الإبهام، وأنّ قوله بعد ذلك: المتاع بدراهم - مثلاً - تكرار لرفع الإبهام.

لأنّه فاسدٌ، لأنّ تكرار المبهم والمجمل من أجل البيان، يفتقر إلى كلمة «أي» التفسيرية وما يفيد مفادها مثل كلمة «أعني».

فالحقيقة هي: إن «البيع» موضوع لتمليك خاص، بنحو أنّ التقيد جزء والقيد خارجي، أي: إنّ التملك بقيد تعلّقه بعوض، على أنّ يكون القيد خارجاً عن المفهوم الموضوع له والتقيد به داخلياً فيه.

ثم ذكر الشيخ:

ما قيل: من أن التملك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها.

فيه....

فأجاب: بأنّ هذا التبادر حاصل من الإطلاق والتجرد لا من حاق

اللفظ....

فكأن المايـز بين الهبة والبيع هو النفي والإثبات، فإن ذكر العوض كان بيعاً وإلا فهو هبة، فيكون مجرد عدم ذكره -مع كونه في مقام البيان- قرينة على إرادة الهبة، فلا يتبادر الهبة من لفظ الملكية والتملك، حتى يقال بأن استعمال هذا اللفظ في البيع مجاز.

ثم قال:

إن تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة بنيت صحة العقد على صحة عقد بلفظ غيره مع النية.

أقول:

إن هذا الكلام ناظر إلى قول السيد بحر العلوم: «يشكل الإيجاب بصيغة ملكت... ولا يجدي ذكر العين والعوض، لأن تملكها به قد يكون بالهبة والصلح، إلا إذا قيده البائع به».

وقول صاحب الجواهر تبعاً له: ودعوى كونها حقيقة في التملك مجاناً، واضحة المنع. نعم، قد يشكل ذلك باحتمال غير البيع وإن كان نصاً في الإيجاب، ولا يجدي ذكر العين والعوض لأن تملكها به قد يكون بالهبة والصلح فلا يتعين بيعاً. لكن قد يدفعه التزام تقييده بالبيع فلا إشكال حينئذ، ولعله بذلك يرتفع النزاع...^(١).

فالشيخ يقول بالتعين.

فأشكل عليه السيد:

«أقول: لا فرق بين الهبة المجانية والمعوضة في كونهما من التملك

حقيقةً، وإنما الفرق ذكر العوض وعدمه، فدعوى أن استعماله في خصوص الهبة المعوضة مبني على صحة عقد بلفظ غيره. نعم، في المصالحة يمكن أن يقال بالابتناء المذكور، لعدم دلالة لفظ ملكت على معنى المسالمة المعتبرة في حقيقة الصلح. فتدبر^(١).

وحاصله: الإشكال على ما ذكره الشيخ في الهبة، لأنه إن قال كذلك في الهبة -مطلقاً- لم يكن بلفظ غيره، لأن الهبة تمليك، أما في الصلح فهو موافق للشيخ، لأن الصلح هو المسالمة، فلو صالح بلفظ التمليك كان بلفظ غيره. وهذا الإشكال وإن كان متوجهاً لظاهر عبارة الشيخ، إلا أنه غفلة عن أنه ناظر إلى كلام صاحب الجواهر كما ذكرنا، ولو راجع السيد الجواهر عند كتابته الحاشية هنا لما كتبها.

ثم إن قول السيد: بأن: «ملكك المتاع» وإرادة الهبة استعمالاً حقيقياً. فيه: أنا لو قطعنا النظر عن كون «الباء» للمقابلة دخلت على شيء مجعول بدلاً، كان الحق معه. وبعبارة أخرى: إنه إن قال: «ملكك بعوض» وأراد التمليك مع جعل العوض، سواء كان العوض بدلاً عن المعوض أو عن التمليك، ففي هذه الحالة يصح ما ذكره، لكن هذه الجملة ظاهرة في أن العوض بدلاً عن المبدل لأنه عوض عن التمليك، أما الهبة المعوضة فهي عوض يملك لأنه يبدل، ومع هذا الظهور، لا مجال لإشكال السيد رحمه الله.

الكلام في لفظ «اشتريت»

قال الشيخ:

وأما الإيجاب به «اشتريت» ففي مفتاح الكرامة أنه قد يقال بصحته... لكن الإشكال المتقدم في «شريت» أولى بالجرى هنا... ودفع الإشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه... غير صحيح....

أقول:

الظاهر ورود هذه الصيغة في مقام الإيجاب، كما في مجمع البحرين من أنه: يقال: البيع الشراء والشراء البيع^(١)، وهو منقول عن شرح القاموس^(٢)، وقد قيل في قوله تعالى ﴿بَشَرْنَا نَنَسَرُوا بِهِ أَنْفُسَهُمْ﴾^(٣): أي: باعوا أنفسهم^(٤)، لأن نفس الإنسان بيده لا بيد الغير حتى تشتري.

ولكن الشيخ أشكل بأن استعمال اشتريت في موضع بعث نادر بل أنه غير معهود، ولو قيل بأن تقديم اشتريت على قبلت قرينة على إرادة البيع، فهي قرينة حالية، وقد تقدم اشتراط كونها لفظية. إلا أن يقال بكفاية استفادة المراد ولو بقرينة غير لفظية... وهو مشكل.

أقول:

قد ظهر مما تقدم: أن المناط في المعاملة صراحة اللفظ أو ظهوره ولو

(١) مجمع البحرين ٤/ ٣٠٣: بيع.

(٢) تاج العروس ٥/ ٣٨٤: بيع.

(٣) سورة البقرة: ٩٠.

(٤) مجمع البحرين ١/ ٢٤٤.

بمعونة القرينة، حالية أو لفظية، وعليه، فلا إشكال في المقام.

وقد أشكل بعض الأكابر^(١): بأن الاشتراء من باب الافتعال، وهي هيئة موضوعة لمطاوعة فعل الغير، فلا وجه لاستعمال اشتريت في موضع بيعت، لأنه بمعنى طاوعت فعل الغير، فهو متمحّض في القبول.

لكن المتراءى من الاستعمالات هو: أن هيئة «افتعل» ليست للمطاوعة، بل هي موضوعة لاتخاذ المبدء، إِمَّا أَنْ يَتَّصِفَ بِهِ مِثْلُ اخْتَفَى وَاحْتَبَسَ، وَإِمَّا أَنْ يَصْدُرَ مِنْهُ مِثْلُ اكْتَسَبَ، وَإِمَّا أَنْ يَصْدُرَ مِنَ الْغَيْرِ مِثْلُ ابْتَاعَ وَاتَّهَبَ.

وأيضاً، فقد تقدّم مجئ «شرى» بمعنى «باع»، وقد استعمل كذلك في الكتاب في قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ بل هو بهذا المعنى في كل موارد على ما أفاده السيّد بحر العلوم، فلم لا يكون «اشترى» بمعنى «باع» كذلك؟

إلا أنه يمكن الإشكال من جهة أخرى، وذلك:

إن من وظائف العقلاء حفظ النظام الإنساني وصيانة المجتمع من النزاع والتخاصم، والشارع أيضاً يأمر بذلك ويؤكد عليه، فعلى هذا، فإن ما كان من الألفاظ بعيداً عن الاستعمالات المعهودة والانتقالات الذهنية المتعارفة، بحيث تكون منشأً للتشاجر والتنازع بين الناس، لا يكون مورداً للاعتبار العقلاني والشرعي، وكون «اشتريت» بمعنى «بيعت» من هذا القبيل غير بعيد. وعلى هذا، ففي الإيجاب بلفظ «اشتريت» إشكال، وقوله تعالى: ﴿بِثَمَنٍ

(١) المحقق الإصفهاني في حاشية المكاسب ١/ ٢٧٢.

اشْتَرَوْا...» يحتمل قوياً أن يكون بمعنى اشترى كل منهم نفس الآخر [١]،
لا بمعنى باعوا أنفسهم... والله العالم.
هذا تمام الكلام في ألفاظ الإيجاب.

القبول بلفظ «قبلت» ونحوه

قال الشيخ:

وأما القبول، فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ «قبلت» و«رضيت»
و«اشتريت» و«ابتعت» و«تملكت» و«ملكتم» مخففاً.
أقول:

وحكي عن صاحب المسالك وغيره: أن الأصل في القبول هو «قبلت»
والصينغ الأخرى بدل عنه.

[١] وفي مصباح الفقاهة: إن الإزراء والتوبيخ في الآية المباركة ليس على كل
واحد من اليهود مع قطع النظر عن غيره لكي يتوهم أن لا معنى لنسبة الإشتراء إليهم إلا
بإرادة البيع، وأن كل فرد منهم قد باع نفسه بالكفر والزندقة، بل الإزراء والتوبيخ راجع
إلى جميعهم بلحاظ معاملة بعضهم مع بعض، حيث اشترى جمع منهم دين جمع آخر
بشمن بخس، فصار كل واحد منهم بائعاً من جهة ومشترياً من جهة أخرى.
فلا دلالة في الآية على إرادة البيع من الإشتراء، بل يمكن أن يراد من لفظ الإشتراء
فيها معناه المتعارف. (١)

قلت: وعلى فرضه، فلا إشكال في تحقق القبول بها.
إنما الكلام في مثل: «أمضيت» ونحوه، قال الشيخ:

الكلام في القبول بلفظ «أمضيت» ونحوه

ثم إن في انعقاد القبول بلفظ «الإمضاء» و«الإجازة» و«الإنفاذ» وشبهها وجهين.

وظاهره الإشكال.

فقال السيد:

«الظاهر أن وجه الاشكال استعمال هذه الألفاظ غالباً في مقام إمضاء العقد الواقع مع إيجابه وقبوله كما في إجازة الفضولي... ولكن الحق كفايتها في القبول بعد مساعدة معناها عليه، إذ لا فرق بينها وبين لفظ رضيت كما لا يخفى»^(١).

وأشكل شيخنا الاستاذ بوجهين، الأول:

إن «أمضيت» ونحوه ألفاظ تفيد ترتب الأثر، وترتب الأثر متأخر رتبة عن المقتضي والسبب، ولولا المقتضي فلا أثر ولا ترتب للأثر. هذا من جهة. ومن جهة أخرى: «المضي» و«الإمضاء» مثل «الوجود» و«الايجاد» واحد حقيقةً واثنان اعتباراً.

وعليه، فإذا كان المضي في الرتبة المتأخرة فالإمضاء كذلك، فلا يكون الإمضاء في مرتبة المقتضي، حتى يكون حكم «أمضيت» حكم «رضيت»

حقيقةً، كما ذكر السيد.

نعم، يمكن أن يكون كنايةً، لأنَّ «المضي» من لوازم تمامية المقتضي، وتاميته بـ«قبلت»، فله أن يقول «أمضيت» كناية عن «قبلت» من باب ذكر اللازم وإرادة الملزوم.

والثاني: إن المفروض كون «أمضيت» ونحوه إنشاءً لجزء السبب، ولكنها أمور متزعة من مقام المسبب، فكيف يعقل أن ينشأ بها السبب؟ وتحصل: استحالة أن يكون «أمضيت» بمنزلة «قبلت» و«رضيت» على وجه الحقيقة، نعم، لا مانع من ذلك على وجه الكناية^(١) [١].

[١] أقول: ظاهر سكوته طاب ثراه على كلام شيخه قبله، لكنَّ المحقق الخوئي اعترضه بقوله: «ويرد عليه: أن المعاملة الفضولية والإيجاب الساذج سيان في عدم تأثيرهما في المنشأ مع قطع النظر عن الإمضاء والإجازة والإنفاذ، ففعليّة التأثير فيهما تتوقف على تحقّق الإجازة والقبول، فكما لا مانع من تتميم العقد الفضولي وإضافته إلى نفسه بالألفاظ المذكورة، كذلك لا مانع من قبول الإيجاب بها، وعليه، فيكون مضيّ العقد ونفوذه بنفسه أمضيت وأنفذت وأجزت في كلا المقامين...»^(٢).

ولكنَّ الملاحظ وجود الفرق بين المقامين، ففي مورد الفضولي عقد تام محقّق إلّا أنه صادر من غير المالك، فإجازته وإنفاذه يوجب إضافته إليه ويترتب عليه الأثر، بخلاف المقام، فإنَّ القبول جزء للعقد وبه يتحقّق. وبما ذكرنا ظهر ما في تعبيره عن الإجازة في بيع الفضولي بـ«تتميم العقد».

(١) حاشية المكاسب ١ / ٢٧٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٣ / ٢٨.

فرع

حكم ما لو أوقعا العقد بلفظ مشترك ثم اختلفا

قال الشيخ:

لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول، ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل، إمّا بناءً على جواز تقديم القبول وإمّا من جهة اختلافهما في المتقدم، فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكلٍّ من البيع والاشتراء على واحدٍ منهما.

أقول:

لو تلفّظ كلاهما بلفظ مشترك ولا مايز - كأن يكون ما بيد أحدهما نقداً فيفهم أنه المشتري - فقالا: «شريت» مثلاً، فادّعى كلّ منهما أنه البائع مثلاً، أو ادّعى كلّ منهما أنه المتقدم ولا يبيّن له على دعواه بناءً على وجوب تقدّم الإيجاب على القبول، إمّا بناءً على جوازه، فيقع النزاع ولا أثر للبيّنة، لأنّه تابع للقصد ولا يعلم إلّا من قبله، فما هو الحكم الرافع للنزاع؟

بل يقع النزاع مع وقوع الألفاظ المختصة أيضاً، فيقول أحدهما «بعت» والآخر «قبلت»، ثم يدّعي كلّ منهما أنه القائل «بعت».

قال الشيخ: لا يبعد الحكم بالتحالف.

وأقول:

إن كان ميزان الترافع أن يدّعي كلّ شيئاً لنفسه فينكر دعوى الآخر بالملازمة، فالمورد مصداقٌ له، وحكم التداعي هو التحالف وإذا حلفا

تساقطاً. وأما إن كان الميزان هو الأثر - لا مجرد الدعويين الثبوتيين الدالّين بالملزمة على الإنكار - كما هو المختار في محلّه على ما بهالي، فلا يكون الحكم الكلّي هو التحالف.

وعلى الجملة، فإنه ليس الحكم في جميع الموارد هو التحالف كما ذكر الشيخ قدس سرّه، وتوضيحه:

لو كان بيد أحدهما متاع وبيد الآخر حيوان، فإن قلنا بثبوت خيار الحيوان لكليهما - كما عليه السيد المرتضى^(١) - لا لصاحبه فقط، فهما بالخيار، والنزاع مرتفع، وإن قلنا بثبوت لأحدهما الذي بيده الحيوان، فله الأخذ بالخيار ويرتفع النزاع، وإن قلنا بثبوت للمشتري دون البائع، كان المشتري مدّعياً للخيار والبائع منكرأله، فلا تداعي.

إذن، لا تداعي فيما لو كان أحد العوضين حيواناً.

نعم، لو كان العوضان كلاهما حيواناً، وقلنا بثبوت الخيار للمشتري فقط، وقع التداعي، إذ يدّعي كلّ منهما أنه المشتري.

وأيضاً: إذا تبايعا وتلف مال أحدهما قبل القبض وتنازعا فقال أحدهما: أنا المشتري، ولما تلف الثمن منّي فأنا ضامن ببذله، وقال الآخر: أنت البائع، فالمعاملة باطلة، لأن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع، ابتليت المسألة على ما إذا كان القبض شرطاً ضمنياً للزوم المعاملة، فإذا تعذر تحقّق الخيار لمن لم يقبض، فلا تنازع أصلاً، أو لا بل يبطل العقد ويكون المرجع هو القاعدة المتخذة من الرواية كما في المستدرک: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه

(١) أنظر: جواهر الكلام ٢٣ / ٢٤.

فهو من مال بايعه»^(١) - وهي وإن كانت ضعيفة سنداً، لكن المشهور عملوا بها، وقد قرّرنا في الاصول أن عمل قدماء الأصحاب بخبر ضعيف إن أفاد الوثوق بصدوره ولو مضموناً لا لفظاً، يوجب له الاعتبار والحجية، وعليه، فلو قال من تلف ماله للآخر: أنا المشتري والتالف هو الثمن، فالمعاملة باقية وعلي دفع البدل وأن الذي بيدك ملك لي، فقال: لا، بل أنا المشتري، والذي تلف هو المبيع ومقتضى التعبد بالخبر بطلان المعاملة، كان أحدهما مدعياً للانفساخ والآخر منكراً له.

نعم، هناك نزاع آخر والأمر بالعكس، وهو في الضمان بالبدل - مثلاً أو قيمة - فالذي تلف ماله قبل القبض يدعي الضمان والآخر منكر، إلا أن هذا النزاع متأخر رتبة عن ذلك، فإذا فصل الحاكم بينهما بحسب الموازين ارتفع النزاع الثاني.

وكيف كان، فالمورد من قبيل المدعي والمنكر لا من التداعي.

(١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الرّقم: ١.

مسألة اعتبار العريفة

قال الشيخ:

المحكي عن جماعة... اعتبار العريفة....

أقول:

ذكر وجوهاً:

أحدها: «التأسي» حكاه عن جامع المقاصد، لكن لا يوجد في كلامه عنوان التأسي، فهو يقول:

«ومعلوم أن العقود الواقعة في زمن النبي والأئمة عليهم السلام إنما كانت بالعريفة»^(١).

والثاني: «الألوية» من جهة اعتبار الماضوية في الصحة، فإنه يستلزم عدم صحته بغير العربي بالألوية.

والثالث: «منع صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي».

والرابع: إنه «المتيقن من أسباب النقل».

النظر في أدلة اعتبار العريفة

فنقول:

إنه لو لم تكن عندنا عمومات، فلا مناص من لحاظ كل ما يحتمل دخله في صحة العقد، فلو وقع العقد فاقداً لشيء من ذلك، كان استصحاب عدم

(١) جامع المقاصد في شرح القواعد ٤ / ٦٠.

صحة العقد وعدم تحقق النقل والانتقال هو المحكم. وأما مع وجود العمومات، فكل ما صدق عليه عنوان «العقد» أو «البيع» يكون صحيحاً، وإن كان فاقداً لما يحتمل دخله فيها، ويترتب عليه الآثار.

وأما التأسي، فلا يخفى ما في الاستدلال به، فإن العقود وإن كانت في زمنهم بالعربية إلا أنه لم يرد عنهم الأمر بذلك. نعم، لو أن الامام عليه السلام أجرى العقد باللفظ العربي مع الشخص الفارسي الجاهل بالعربية، أمكن الاستدلال به من باب التأسي، لأن المعصوم كان قادراً على إجراء الصيغة بالفارسية ولم يفعل، ولكن لا دليل على وقوع مثل ذلك.

بل يمكن دعوى القطع بعدم اشتراط العربية، إذ مع شدة الحاجة وكثرة الابتلاء بذلك، لم يرد عنهم عليهم السلام به أمر، كما ورد في الصلاة أن «صلّوا كما رأيتموني أصلي»^(١) بل كان اللازم أن يأمرُوا بتعلّم الصيغة بالعربي، كما أمرُوا بتعلّم القراءة في الصلاة مثلاً... ولا يوجد دليل على شيء من ذلك أصلاً.

وأما دعوى الأولوية، فغريبة جداً، فإن العربية مرتبطة بعالم اللفظ، والماضوية متعلقة بعالم المعنى، فلو أجرى الصيغة بأية لغة اعتبر أن تكون بالماضي، فكيف يدّعي الأولوية والحال هذه؟

وأما منع صدق العقد غير العربي مع التمكن من العربي، فغريب جداً كذلك، فإن صدق الكلّي على مصاديقه أمر واقعي يدور أمره بين الوجود والعدم، ولا يناط بالقدرة وعدمها، نعم، لو أنه قال: لا يجوز العقد بغير العربي مع التمكن من العربي، كان التعبير صحيحاً.

وعلى الجملة، فإن مقتضى العمومات والإطلاقات صحة العقد بأي لسان يصدق فيه عنوان العقد.

نعم، الظاهر عدم صحة النكاح والطلاق بغير العربي مع التمكن منه، للإجماع. قال الشيخ -في النكاح-: «إن عقداً بالفارسية، فإن كان مع القدرة على العربية، فلا ينعقد بلا خلاف، وإن كان مع العجز فعلى وجهين، أحدهما: يصح وهو الأقوى، والثاني: لا يصح»^(١).

وفي التذكرة^(٢): لا ينعقد النكاح إلا بلفظ العربية مع القدرة، فلو تلفظ بالفارسية... عند علمائنا.. وأما إذا لم يحسن العربية فإن أمكنه التعلم وجب... والحاصل: إن المناط صدق عنوان «البيع» و«العقد» و«التجارة»، فإذا تم انطبقت الكبريات الواردة في الكتاب والسنة، من «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وغيرها، وتبقى دعوى انصرافها إلى العربي، إذ المخاطب بها هم العرب، فكان المنصرف إلى أذهانهم أن تكون العقود بالعربية. قال في الجواهر:

«وأما اعتبار العربية للقادر عليها ولو بالتعلم بلا مشقة ولا فوت غرض، فهو مقتضى الأصل، ضرورة عدم الدليل على الاكتفاء بغيرها بعد انصراف الآية وغيرها إلى العقد بالألفاظ العربية، كغير المقام مما علق الشارع الحكم فيه على الألفاظ المنصرفة إلى العربية، خصوصاً بعد أن كان المخاطب والمخاطب عربياً وقد أرسل بلسان قومه...»^(٣).

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٤ / ١٩٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٥٨٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٥٠.

لكنها مندفعة، لأن منشأ هذا الانصراف هو الغلبة في الوجود، إذ لا ريب في أن الغالب على العقود الجارية في تلك الأزمنة هو العربية، وقد تقرّر في الأصول أن مثل ذلك لا يوجب رفع اليد عن مقتضى العمومات والإطلاقات. على أنه قد تقدّم في عبارة الشيخ^(١) اختيار صحة عقد النكاح بغير العربي مع العجز عنه، مع أهمية النكاح كما هو معلوم، وفي عبارة العلامة: «...والأ عقد بغير العربي»^(٢) بل صاحب الجواهر نفسه^(٣) يقول: «الظاهر الاجتزاء بها للعاجز عنها حتى بالتعلّم بلا مشقّة، لفحوى الاكتفاء بإشارة الآخرس، مؤيداً ذلك بعدم العثور فيه على خلاف بين الأصحاب، بل في كشف اللثام...».

فهم يقولون في النكاح بجواز عقده بغير العربي عند العجز منه وإن أمكنه التوكيل، ومعقد الإجماع على عدم الصحة فيه هو صورة التمكن. على أن القول باشتراط العربية مطلقاً، يستلزم الفساد الكثير وشيوع الفحشاء والمنكر.

وبالجملة، فإن عقد البيع بغير العربي جائز وفقاً للشيخ، للعمومات والإطلاقات.

(١) المبسوط ٤/ ١٩٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٨٢/ ٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٢/ ٢٥٠.

هل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّة والهيئة؟

قال الشيخ:

وهل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّة والهيئة بناءً على اشتراط العربي؟
الأقوى ذلك، بناءً على أنّ دليل اعتبار العربية هو لزوم الاختصار على المتيقّن من
أسباب النقل. وكذا اللّحن في الإعراب.
أقول:

تارة: يقصد من اعتبار العربيّة أنّ لا يكون العقد بلغة أخرى غيرها،
واخرى: يقصد من ذلك الصّحّة بحسب لغة العرب وقواعدها.
الظاهر اعتبار عدم اللّحن الموجب لإهمال اللفظ وخروجه عن الألفاظ
العربية المستعملة، بحيث لا يصدق عليه عنوان «العقد» و«البيع» و«التجارة»
وغير ذلك، إذ في هذه الصورة لا تنطبق عليه العمومات والإطلاقات.
وبعبارة أخرى: إنه في العقد اللفظي يعتبر أنّ يكون اللفظ الموضوع
للمعنى المقصود ظاهراً فيه ولو بمعونة القرائن، ولو كان ملحوناً في مادّته أو
هيئته أو إعرابه، لأننا ذكرنا مراراً أنّ المناط هو الصدق العرفي وتحقّق
الصغرى للعمومات والإطلاقات.

وتلخص: أنه لا يعتبر الفصاحة ولا الصّحّة، بل المعبر هو الظهور
وإفادة المعنى بحيث يكون صغرى للكبريات.

هل يعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول؟

قال الشيخ:

ثم هل المعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول كالثمن والمثمن، أم تكفي عربية الصيغة الدالة على إنشاء الإيجاب والقبول...؟ والأقوى هو الأول، لأن غير العربي بالمعدوم....

أقول:

إنما يشبهه بالمعدوم ما يكون لغواً محضاً ولا يفيد معنى أصلاً، أما مع اختياره عدم اعتبار العربية، فأني ضير في انضمام اللفظ غير العربي إلى العربي، وتركب الكلام من لغتين؟ لقد كان هذا الكلام منه بعيداً جداً.

قال:

نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب كما لا يجب في القبول، واكتفي بانفهامها ولو من غير اللفظ، صح الوجه الثاني، لكن الشهيد... نص على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب.

أقول:

إنه يمكن القول - فيما إذا تفاولا من قبل وتعين الثمن والمثمن - بكفاية قول الموجب «بعث» والمشتري «قبلت»، بلا ضرورة لذكر الثمن والمثمن والمتعلقات في الإيجاب والقبول، وعلى فرض الموافقة للشهيد فيذكران، أما اعتبار العربية في ذلك، فبأي دليل؟ والحاقه بالمعدوم بأي وجه؟

هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ؟

قال الشيخ:

هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ...؟ الظاهر هو الأول، لأنَّ
عربية الكلام ليست باقتضاء نفس اللفظ بل بقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له
عند العرب....

أقول:

تارة: هو لا يدري معنى «بعت» من حيث المادة، واخرى: لا يدري معنى
هيئة «بعت». وعلى كل تقدير، تارة يقول: «أبيع» قاصداً معنى البيع، واخرى
يقول: «بعت» بماله من المعنى، وثالثة يقول: «بعت» قاصداً للبيع، مع جهله
بالفرق بينه وبين «أبيع».

فإن كان جاهلاً بمعنى «بعت» من حيث المادة أو الهيئة، غير أنه يقصد
ماله من المعنى في الواقع، فهذا باطل، لا لما ذكره الشيخ، بل لأنه إذا جهل
المعنى الواقعي وقصد المعنى الإجمالي، لم يتحقق إنشاء البيع، إذ البيع عبارة
عن تمليك خاص، وقصد الفرد بقصد الكلّي الطبيعي الجامع بينه وبين غيره
غير معقول، وإنما الجامع بلا خصوصية عدم محض، وحينئذ، فإنه لم يتكلم
بشيء، ولم يتحقق منه إنشاء أصلاً، لأنه لم يتكلم بالعربية كما ذكر الشيخ.
ولو قال «أبيع» قاصداً معنى البيع، لم يتكلم بالعربية كما قال الشيخ، إذ
ليس معناه ذلك، فهو باطل.

ولو قال «بعت» جاهلاً بمعناه مادةً وهيئةً إلا أنه قصد البيع به، فقد تكلم
بالعربية وقصد المعنى الموضوع له اللفظ وهو البيع، فجميع جهات الصحة

موجودة، وقول الشيخ ببطلان هذه الصورة في غير محله، إذ لا دخل لعلمه بكون «البيع» هو المعنى الموضوع له لفظ «بعت»، في صحة العقد، ولذا لا يضّر جهله بذلك ولا يخرج الكلام عن العربية. وبعبارة أخرى: ليس من شرط مصداقية اللفظ العربي - المستعمل في معناه الموضوع له - للعربية، أن يكون المتكلم عالماً بكون ذلك المعنى هو الموضوع له اللفظ الذي تكلم به، نظير ما إذا أكرم زيداً العالم جاهلاً بكونه عالماً، فإنه يصدق عليه عنوان إكرام العالم حقيقة.

فظهر أن الصحيح هو البطلان في الصورة الأولى، لكن لا للعلة التي ذكرها الشيخ، والبطلان في الثانية، للعلة المذكورة، والصحة في الثالثة خلافاً له.

بل يمكن القول بالصحة في الثانية أيضاً، لأن المناط في المعاملات أن ينتقل الطرف إلى المعنى المقصود للمتعامل، وذلك عن طريق التلازم الموجود، فإذا كان المخاطب عالماً بالوضع والملازمة المذكورة، فإنه بمجرد سماعه للفظ ينتقل منه إلى المعنى، لأن العلم بأحد المتلازمين علم بملازمه، وكذا لو لم يكن هناك وضع وعلم بالمعنى الموضوع له، بل استعمل اللفظ مجازاً وكانت دلالاته على المقصود بالقرائن، لوحدة الملاك، وهو أن العلم بأحد المتلازمين علم بملازمه، فإنه يحصل الانتقال إلى المعنى كذلك إذا كان السامع عالماً بالقرائن الملازمة للمقصود.

وعليه، فلو قال «أبيع» ونصب القرينة - لفظية أو حالة أو مقامية - على إرادته معنى البيع، - وكان السامع عالماً بالملازمة كما تقدم - كان العقد صحيحاً وترتب عليه الأثر، وإن كان لم يتكلم بالعربية.

مسألة اعتبار الماضوية

قال الشيخ:

المشهور - كما عن غير واحد - اشتراط الماضوية، بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيك، أو اشتر مني. ولعله لصراحته في الإنشاء.... أقول:

اعترض^(١) على قوله «لصراحته في الإنشاء» بأنه لا فرق بين الماضي والمستقبل في حيثية الإنشاء، لأن الإخبار والإنشاء من وجوه الاستعمال وكيفياته، لأنهما من مداليل اللفظ، فالقول بأن الفعل الماضي صريح في الإنشاء، موهوم لأن يكون الإنشاء مدلولاً له وأن المضارع ليس كذلك، والحال أن الإنشاء لا علاقة له بعالم المعنى الموضوع له اللفظ.

وهذا الاعتراض بظاهره وجيه، ولكن يمكن تقريب كلام الشيخ بحيث لا يرد عليه ذلك، بأن يقال:

قد قرّرنا في الاصول أن الفعل دائماً مركّب من المادّة والهيئة، المادّة معنًى اسمي يدلّ على نفس الحدث، وأمّا الهيئة - وقيام الفعل بها - فتدلّ على النسبة، والزمان خارج عن مفهوم الفعل ومدلوله، أمّا المادّة، فعدم دلالتها على الزمان واضح، وأمّا الهيئة فمعناها نسبي والزمان معنًى اسمي، فلا يعقل كونه مدلولاً للهيئة. وما يقال من أن «فَعَلَ» يدلّ على الماضي و«يَفْعَلُ» يدلّ على الحال والاستقبال، فالمراد منه الدلالة الالتزامية، لأن الزمان داخل في

(١) حاشية المحقق الإصفهاني ٢٧٦/١.

مفهوم الفعل وحقاً معناه.

ثم إنَّ الفعل الماضي تدلُّ هيئته على نسبة المبدء المتحقق الموجود في الخارج إلى فاعله، والمضارع يدلُّ على نسبة تلبس الفاعل بالمبدء، ولذا إن وقع الماضي في حيز الإخبار، حكى عن المادَّة المنتسبة إلى الفاعل نسبة التحقق والوجود، ودلَّ بالملازمة على المضىِّ بالنسبة إلى حال التكلُّم، وإنَّ وقع المضارع في حيز الإخبار، حكى عن تلبس الفاعل بالمبدء إمَّا الآن وإمَّا فيما بعد، ولذا اشتهر كون المضارع مشتركاً بين الحال والإستقبال.

وأما الإنشاء، فإنَّ أنشأ المادَّة المنتسبة بالنسبة التحقُّقية أي الفعل الماضي، فلا زمان لعدم الحكاية، ولذا يكون الماضي صريحاً في الدلالة، وإنَّ أنشأ المادَّة المنتسبة إلى الفاعل بالنسبة التلبسية وهو الفعل المضارع، ناسب الحال والإستقبال، ولتردده بين الزمانين فلا يكون الإيجاد بالفعل، فلذا ليس للمضارع صراحة.

هذا كله على مبنى المشهور.

وأما على مبنى الميرزا الاستاذ، فهئية «يفعل» موضوعة للنسبة التلبسية، وهي ظاهرة في الفعلية، فلو اريد منه الاستقبال فلا بدَّ من الإتيان بالسين أو سوف أو كلمة الغد مثلاً، فالمضارع ليس مشتركاً، ولذا أفاد في البحث بأنه إذا أنشأ الماضي فقد أنشأ النسبة التحقُّقية فهو يفيد التحقق بالمطابقة، وإذا أنشأ المضارع فإنَّ حيثية التلبس ملازمة للتحقق وليست نفس التحقق، فالدلالة التزامية، فالإنشاء بالماضي يكون صراحةً وبالمضارع يكون بالكناية، وحيث أنه لا يرى إنشاء العقد بالكناية، فهو لا يجوزُه بالفعل المضارع.

وبما ذكرنا ظهر مراد الميرزا الاستاذ، وكذا مراد شيخنا الاستاذ وإنَّ كان

ظاهر عبارته مخدوشاً^(١).

[١] أقول: ولا بأس بإيراد نصّ العبارتين، قال الأول: «هيئة الماضي من كلّ لغة موضوعة لنسبة تحقيقيّة، أعني لإيجاد نسبة تحقيقيّة بين الفاعل وبين المادّة، وتلك النسبة معنى حرفي توجد بإيجاد موجودها بتلك الهيئة في موطن الاستعمال، فإن كان الغرض من إيجادها هو الحكاية عن النسبة الواقعة بين الفاعل والحدث في الخارج، تدلّ على وقوعها أي النسبة المحكيّة عنها في زمان متقدّم على الحكاية في الزمانيات، فتدلّ على الزمان الماضي بالدلالة الالتزاميّة العقلية، وإن كان الغرض إيجاد المادّة التي هي معنى اسمي كالبيع في وعاء وجودها وهو عالم الاعتبار، تكون بالصراحة دالة على إيقاعها. وأمّا المضارع، فهو موضوع للنسبة التلبّسية، فدلالته على إيقاع المادّة بها لا تكون على نحو الصراحة، بل هي على نحو من الكناية، لكون التلبّس بالشئ من لوازم تحقّقه فلا يقع بها، لما عرفت من عدم وقوع الإنشاء بالكناية^(١).

وقال الثاني - في التعليق على: لصراحته في الإنشاء -: قد مرّ مراراً أنّ الإنشاء والإخبار من وجوه الإستعمال، وأن معنى «بعت» معنى قابل للإنشاء والإخبار. بل الفرق بين الماضي والمضارع: أن الماضي إذا كان في موقع الإنشاء والمعاملة، فلا محالة يكون منسلخاً عن الزمان الماضي، لأنّ إيجاد شيء في الزمان الماضي محال، فلم يبق إلّا قصد إيجاد الملكيّة، ومع تماميّة العلّة يتحقّق المعلول قهراً. بخلاف المضارع، فإنّ قصد ثبوت الملكيّة حالاً أو استقبالاً معقول فلا موجب لانسلاخ المضارع عن الحال والاستقبال، وحيث أنه مشترك بين الحال والاستقبال، فلا دلالة له بنفسه على ثبوت الملكيّة في الحال، وحينئذٍ، فإنّ كانت القرينة مقاميّة، أمكن الإشكال بعدم تأكيد

(١) المكاسب والبيع ١/ ٢٨٣.

المعاهدة لتقومها إثباتاً بغير اللفظ، وإن كانت القرينة مقالية، أمكن تصحيحه بأن المجموع الدال على المعاهدة لفظ له ظهور نوعي في المراد^(١).

أما كلام المحقق النائيني، فلم يشكل عليه السيد الجد بعد تقريره، اكتفاءً منه بما تقدم من صحة العقد بالكناية، وأما كلام المحقق الإصفهاني، فقد أوضحه بما يندفع به الإيراد على ظاهر قوله بانسلاخ الماضي عن الزمان إذا وقع موقع الإنشاء.

والظاهر أن كلاهما يحاول إثبات الصراحة في الفعل الماضي وعدمها في المضارع، وكأن الأصل في اعتبارها هو كلام العلامة إذ قال في شروط الإيجاب والقبول: «الثاني: الإتيان بهما بلفظ الماضي، فلو قال: أبيعك أو اشتري مني، لم يقع إجماعاً، لانصرافه إلى الوعد، ولو تقدم القبول بلفظ الطلب بأن قال بعني، بدل قوله: اشتريت، فقال البائع: بعتك، لم ينعقد... لأنه ليس صريحاً في الإيجاب، فقد يقصد أن يعرف أن البائع هل يرغب في البيع... نعم، لو قال المشتري بعد ذلك: اشتريت أو قبلت، صح إجماعاً. ولو تقدم بلفظ الاستفهام فيقول: أتبيعني؟ فيقول: بعتك، لم يصح إجماعاً، لأنه ليس بقبول ولا استدعاء^(٢)».

وحاصله: إن الماضي صريح في الإنشاء، أما المضارع ففيه شبهة الانصراف إلى الوعد، وفي الأمر شبهة الاستدعاء، ولذا قال الشيخ «ولعله لصراحته في الإنشاء، إذ المستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب» أي: إذا وقع موقع الإنشاء يكون صريحاً فيه بخلاف المضارع والأمر.

(١) حاشية المكاسب ١/ ٢٧٦.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠/ ٩-٨.

دليل القول بعدم الاعتبار

قال الشيخ:

وعن القاضي في الكامل والمهذب: عدم اعتبارها، ولعله لإطلاق البيع والتجارة وعموم العقود، وما دلّ في بيع الأبق واللبن في الضرع من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دلّ عليه في النكاح. ولا يخلو هذا من قوة.... أقول:

استدلّ للقول بعدم اعتبار الماضيّة بوجوه:

١- إطلاق البيع، وهو قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) والتجارة، وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢) وعموم العقود، وهو قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣).

وكأنّ الأصل في ذلك كله هو وقوع العقود بصيغة الفعل الماضي، وقلة وقوعها بغيره، فلمّا رأوا ذلك علّوه بوجود الضراحة فيه دون غيره، فاعتبروا الماضيّة بل ادّعى عليه العلامة الإجماع.

لكنّ الشبهة في كلّ من المضارع والأمر - بعد التسليم - تندفع بقيام القرينة، فتكون الصيغة حينئذٍ ظاهرة في إرادة الإيجاب، وقد تقدّم كفاية ذلك كما تقدّم صحته بالكناية. هذا بقطع النظر عن العمومات والنصوص الخاصّة. وبما ذكرنا ظهر أنّ الإجماع المذكور ليس بالإجماع الحجّة الكاشف عن رأي المعصوم أو الدليل المعتبر.

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

(٣) سورة المائدة: ١.

٢- ما دلّ في بيع الآبق واللبن في الضرع، وهو نصوص، نذكر بعضها تيمناً:

عن رفاعه، قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام، قلت له: «أصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيتهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها شيئاً، ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإن ذلك جائز»^(١).

وعن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله - قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر ويقول: اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه»^(٢).

وعن سماعة قال: «سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع؟ قال: لا إلا أن يحلب لك منه سكرجة فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في السكرجة وما في ضروعها بثمن مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة»^(٣).

٣- فحوى ما دلّ عليه في النكاح، وهو أخبار، منها:

عن أبان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٣، باب عدم جواز بيع الآبق منفرداً، الرقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٣، الرقم: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٤٩، باب جواز بيع اللبن في الضراع، الرقم: ٢٠. والسكرجة كما في مجمع البحرين: بضم السين والكاف والراء والتشديد: إناة صغير يؤكل فيه الشيء القليل من الادم.

خلوت بها؟ قال تقول: أتزوجك متعةً على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً... فإذا قالت: نعم فقد رضيت، وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها»^(١).

وعن ثعلبة قال «تقول: أتزوجك متعةً على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله نكاحاً غير سفاح...»^(٢).

وعن هشام بن سالم قال قلت: «كيف يتزوج المتعة؟ قال تقول: يا أمة الله، أتزوجك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً...»^(٣).
وإذا جاز ذلك في النكاح ففي غيره بالأولوية.

(١) وسائل الشيعة ٤٣/٢١، الباب ١٨ من أبواب المتعة، الرقم: ١.

(٢) نفس المصدر، الرقم: ٢.

(٣) نفس المصدر، الرقم: ٣.

مسألة لزوم تقديم الإيجاب على القبول

قال الشيخ:

الأشهر - كما قيل - لزوم تقديم الإيجاب على القبول،... ولعلّه الأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة بإطلاق البيع والتجارة في الكتاب والسنة.

أقول:

فيه ثلاثة أقوال:

الأول - وهو الأشهر - عدم جواز تقديم القبول مطلقاً.

والثاني: الجواز. قال به بعض الأكابر.

والثالث: عدم الجواز إن كان بلفظ قبلت ورضيت وبصيغة الأمر، وإن كان بلفظ اشتريت وابتعت وتملكت، فالجواز. واختاره الشيخ.

دليل القول بلزوم التقديم

استدلّ للأول:

بأنّ آية الوفاء^(١) وإن دلّت على الصّحة، لأن وجوب الوفاء يدلّ بالملازمة على الصّحة، إذ لا يعقل الأمر بالوفاء بما هو غير صحيح، لكنّ اللّام في «العقود» للعهد كما يستفاد من كلمات صاحب الرياض أيضاً^(٢)، فتكون

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) رياض المسائل ٨/ ١١٣ - ١١٤.

الآية المختصة بالعقود المتداولة في عصر نزولها، فما لم نتيقن بكون العقد مع تقدّم القبول من العقود المتعارفة في ذلك العصر، لا يمكننا القول بصحته ووجوب الوفاء به، ولعلّ هذا مراد شيخ الطائفة من أنّ البيع مع تقديم الإيجاب «مجمع على ثبوت العقد به»^(١).

وبالجملة، لمّا كانت اللّام للعهد، أي العقود المتعارفة، فإن العقد مع تقديم الإيجاب متيقّن دخوله تحت الآية، وأمّا مع تقديم القبول فمشكوك فيه، فلا دليل على صحته.

وربما يشكل في عموم الآية، بالعلم الإجمالي بالتخصيص، فإنه مانع من التمسك بعمومها، وكذا الكلام في الآية ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) للعلم الإجمالي بالتقييد.

قال الشيخ:

وزاد بعضهم: أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدّم عليه، وأنه تابع له فلا يصحّ تقدّمه عليه.

أقول:

ظاهر العبارة أنه وجهان، أحدهما: الفرعية، والآخر: التبعية، لكنّه في عباراتهم وجه واحد، وكيف كان، فكأن الأصل في المعاملات هو الإيجاب لأنه الأساس، لأنّ الموجب يملّك ماله بعوض، فهو الذي يخرج المال عن ملكه ويدخل مال المشتري في ملكه، والذي يكون من المشتري هو مجرد

(١) كتاب الخلاف ٣ / ٤٠.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

الرضا بما فعله البائع، لذا يكون قبوله فرعاً لإيجاب البائع، والفرع لا يستقدم على الأصل.

ولعل مراد الشيخ من التبعية: أن القبول مضاف إلى البيع، والمضاف تابع للمضاف إليه، كما هو واضح، فلا بد من وجوده حتى يضاف إليه، وعليه، يكون الإيجاب هو المتقدم.

دليل القول بعدم اللزوم

واستدلّ للثاني:

بآية الوفاء، لكون اللام فيها للعموم، وأنه لا وجه لحملها على العهد، وكذا آية الحلّ لكونها مطلقة، فتشمل جميع أفراد البيع، فكلّ عقد صدق عليه عنوان العقدية يجب الوفاء به، وكلّما صدق عليه عنوان البيع فهو حلال يترتب عليه الأثر، والصدق في كليتهما مع تقديم القبول على الإيجاب حاصل.

وعليه، فكلّ ما قام الدليل على خروجه من تحت آية الوفاء تخصيصاً أو آية الحلّ تقييداً، سقط الاستدلال بالآيتين بالنسبة إليه، ويبقى ما عداه مشمولاً لهما، فالعلم الإجمالي منحلّ.

وبفحوى ما ورد في النكاح من تقدّم القبول، لأن النكاح أهمّ من البيع، ولذا ذكر بعض النصوص بالإضافة إلى ما تقدّم:

عن سهل بن سعد الساعدي: «إنّ النبي صلى الله عليه وآله جاء إلى امرأة فقالت: يا رسول الله، إني قد وهبت نفسي لك، فقال: لا إرية لي في النساء، فقالت: زوّجني بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال صلى الله

عليه وآله: يا رسول الله زوّجنيها، فقال: هل معك شيء تصدقها؟ فقال: والله ما معي إلا ردائي هذا. فقال صلى الله عليه وآله: إن أعطيتها إياه تبقى ولا رداء لك، هل معك شيء من القرآن؟ فقال: نعم، سورة كذا وكذا، فقال: زوّجتكها على ما معك من القرآن»^(١).

وعن العلاء بن رزين عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوّجني، فقال رسول الله: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوّجنيها، فقال: ما تعطيتها؟ فقال: مالي شيء. فقال: لا. قال: فأعادت، فأعاد رسول الله الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله في المرة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، فقال: قد زوّجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه»^(٢).

وظاهر كلام الشيخ في المبسوط في باب النكاح عدم الخلاف في صحته بين الإمامية^(٣).

التفصيل بين ألفاظ القبول

قال الشيخ:

والتحقيق: أن القبول: إما أن يكون بلفظ قبلت ورضيت، وإما أن يكون بطريق الأمر والاستيجاب، نحو: بعني، فيقول المخاطب: بعنك، وإما أن يكون بلفظ

(١) مستدرک الوسائل ١٥ / ٦١، باب جواز كون المهر تعليم شيء من القرآن، الرقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٦٢، الباب ١ من أبواب عقد النكاح، الرقم: ٣.

(٣) المبسوط في فقه الإمامية ٤ / ١٩٤.

اشترت وملكت - مخففاً - وابتعت.

فإن كان بلفظ قبلت، فالظاهر عدم جواز تقديمه.

أقول:

ليس منعه من تقديم «قبلت» ونحوه من جهة كونه مطاوعة، بل إنه يصرح بذلك في أواخر كلامه إذ يقول: «المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة وقبول الأثر، فلا».

وانما قلنا ذلك: لأن المحقق الخراساني أشكل على الشيخ [١] بأن القبول إن كان مطاوعة للإيجاب، فلا فرق بين أن يكون بلفظ «قبلت» أو «اشترت»، وإلا فلا فرق كذلك.

ويرد:

إنه لا نظر للشيخ إلى هذه الجهة أصلاً حتى يورد عليه بما ذكر.

[١] في تعليقه مطوَّلة^(١) لخصها تلميذه المحقق الإصفهاني حيث قال: «فهم شيخنا الأستاذ من عبارته هذه أن قبلت ورضيت مشتمل على المطاوعة دون اشترت ونحوه، فإنه لمجرد انشاء ملكية مال البائع بعوض ماله، وحقيقة المطاوعة تستدعي التأخر عقلاً».

فأورد عليه: أن القبول المتقوم به العقد إن وجب تضمنه للمطاوعة مفهوماً، كما في قبلت، أو مصداقاً بأن يقع موقع المطاوعة، فالتقديم محال، إذ لا فرق في استحالة

وستعرض لكلام الميرزا الاستاذ أيضاً.

وتوضح كلام الشيخ في المقام:

إنه يستدل أولاً بعدم الخلاف على عدم جواز التقديم بلفظ «قبلت» قال:
المحكي عن الميسية والمسالك ومجمع الفائدة أنه لا خلاف في عدم جواز
تقديم لفظ «قبلت». وهو المحكي عن نهاية الأحكام وكشف اللثام في باب النكاح،
وقد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين أيضاً. بل المحكي هناك عن ظاهر

تقدم المطاوعة بين أن يكون مدلولاً مطابقاً للفظ أو مدلولاً التزامياً، فإن اللازم المحال
يمنع عن تقديم ما لا بد من ملازمته له. وإن لم يجب تضمنه للمطاوعة بل كفى مجرد
الرضا بالإيجاب، فلا فرق في جواز التقديم باعترافه بين قبلت وغيره.

مضافاً: إلى أن المطاوعة المأخوذة في قبلت ونحوه مطاوعة إنشائية لا حقيقة
حتى يستحيل تقدم قبلت على الإيجاب.

قال المحقق الإصفهاني ما ملخصه: لكن ظاهر كلامه أن المطاوعة غير معتبرة في
قبول البيع لا حقيقة ولا إنشاءً، وسيصرح به فيما بعد، بل غرضه أن المشتري ناقل لماله
كالبائع، فلا بد من تضمن القبول لأمرين: أحدهما: الرضا بالإيجاب، وثانيهما: نقل ماله
بالالتزام في الحال، فقله: اشترت يتضمن الأمرين، وأما قبلت ففيه الرضا بالإيجاب
وليس فيه النقل^(١).

أقول: فهذا تفسير المحقق الخراساني لكلام الشيخ وإشكاله عليه، ثم نقد
الإشكال وبيان ملخص مرام الشيخ، وسيوضحه السيد الجد قدس سره ويستشكل
عليه.

(١) حاشية المكاسب ١/ ٢٧٦.

التذكرة الإجماع عليه.

وظاهره الاعتماد على هذا الإجماع.

واستدل ثانياً بأنه «خلاف المتعارف من العقد».

وهذا -بظاهره- يتنافى ما تقدّم منه من القول بعموم آية الوفاء وإطلاق آية الحلّ وغير ذلك.

ويمكن توجيهه: بأنّ المتعارف عند العقلاء تقديم الإيجاب على القبول، وتقديم القبول على خلاف ديدنهم، وكلّما يرد من الشارع -إمضاء أو تأسيساً- فهو على طبق الموازين العقلانية، خاصّة أن المورد من الإمضاء. وبعبارة أخرى: إذا كانت السيرة العقلانية قائمة على تقديم الإيجاب، وأنّ تقديم القبول على خلاف سيرتهم، فقد تحقّق المخصّص والمقيّد اللبّي للآيتين.

فهذا توجيه كلامه هنا.

واستدلّ ثالثاً: إنّ القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه.

وليس المراد....

بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة.

يعني: إنّ الدلالة الالتزاميّة على طبق اللازم والملزوم، ونقل المشتري ماله إلى البائع بدلالة رضاه بإيجاب البائع دلالة التزامية، إذن، يلزم رضاه بما فعله البائع، ولازم هذا الرضا هو انتقال ماله إليه، وإذا لم يكن إيجاباً من قبل فلا ملزوم، فلا دلالة التزاميّة، فلا نقل في الحال على وجه العوضيّة.

هذا شرح كلامه وبيان مرامه.

ولكن ما الدليل على كون الرضا بالنقل «في الحال»؟

وحقيقة الأمر: أن البائع ملك ماله للمشتري وتملك مال المشتري إنشاءً، فإذا رضي المشتري، يكون ما فعله البائع فعلياً، فالفعليّة تحصل بتماميّة السبب.

وعليه، فإنّ فعليّة البيع وترتب الأثر يدور مدار تماميّة السبب، وهو مركّب من إيجاب البائع المفيد لنقل ملكه إلى المشتري وإدخال مال المشتري إلى ملكه، ورضا المشتري بما فعله البائع، من غير فرق بين تقدّم الإيجاب على القبول وتقدّم القبول على الإيجاب، لأنه إن كان القبول متأخراً فلا كلام، وإن كان متقدماً فهو ينشأ رضاه بمضمون الإيجاب المتأخّر من البائع، فإذا جاء الإيجاب تمّ السبب المؤثر، فما ذكره الشيخ مردود.

وأما ما ذكره من الفرعية، فعجيب منه جداً، نعم، الرضا بشيء فرع له وكلّ مضاف تابع للمضاف إليه، ولكنّ هذا التقدم والتأخر طبعي وهو أجنبي عن التقدم والتأخر الزماني، ولا مانع من أن يكون المتأخر الطبعي متقدماً زماناً، وإن كان تقدّمه بملاك الطبعيّة - بأن يتقدّم المتأخر الطبعي على المتقدّم الطبعي وبالعكس - غير معقول.

فظهر ما في كلام الشيخ كذلك.

قال الشيخ:

ومن هنا يتضح فساد ما حكى عن بعض المحققين في ردّ الدليل المذكور وهو كون القبول فرع الإيجاب وتابعاً له.....

والإنصاف أن ما ذكره بعض المحققين^(١) من أنه ليس تبعية القبول للإيجاب تبعية المعطوف للمعطوف عليه، وتبعية قصد المقدمة لقصد ذي المقدمة، متين، فإنها تبعية طبيعية كما عرفت.

أما قوله:

وإنما هو على سبيل الفرض والتنزيل....

فغير صحيح، فإن القابل لا يجعل نفسه متناولاً، بل الموجب جعل القابل كذلك.

وتلخص:

إننا لا نوافق على قول الشيخ باعتبار النقل في الحال وامتناع التقدم من جهة الفرعية، ولا على قول بعض المحققين من أن التبعية هي على سبيل الفرض والتنزيل.

بحث مع المحقق النائيني

وذهب الميرزا الاستاذ قدس سره إلى عدم جواز تقدم القبول على الإيجاب مطلقاً، وملخص دليله هو:

إن الأمر كله في المعاملة بيد الموجب، ولا يكون من القابل إلا القبول والمطauعة لما فعل الموجب، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن «قبلت» مطاوعة بالصراحة، و«اشتريت» مطاوعة تضمناً، فكلاهما مطاوعة، ولولاها لما تحقق العقد، لأن قوام العقدية هو الإيجاد من طرف والمطauوعة له من

الطرف الآخر والقبول له. وعلى ما ذكر، فالقبول بالنسبة إلى الإيجاب نظير الإنكسار بالنسبة إلى الكسر، فكما لا يتقدم الإنكسار على الكسر، كذلك لا يتقدم القبول على الإيجاب، لأنه قبولٌ للتبديل الحاصل من الموجب، والقبول في حال عدم التبديل غير معقول، لأنه كالانكسار بلا كسر.

إذن، لا يجوز تقدم القبول على الإيجاب، سواء كان بلفظ «قبلت» أو بلفظ «اشتريت» ونحوهما.

أقول:

لا يمكن المساعدة على ما أفاده بوجه، لأن الواقع من طرف البائع هو تبديل ماله بمال المشتري إنشاءً، فإذا تحقق تحقق التبديل إنشاءً وفي عالم الاعتبار كذلك، وأما المشتري، فإنه إنما يقبل ما كان ويرضى به، وليس في طرفه انفعال أصلاً، حتى يشبه القبول بالانكسار، فيقال بعدم معقولية تقدمه على الإيجاب.

وأما أن قبول الشيء يتوقف على وجود ذلك الشيء لا محالة، فهذا حق، إذ لا يصلح المعدوم بقولٍ مطلق لأن يتعلّق به القبول، ولكن متعلّق الرضا هو التبديل أو التبادل بين المالين، فلو تقدّم الرضا وجاء التبديل والعذر والتوبة مثلاً، حيث أن المقصود من قبول العذر هو الرضا بمضمون كلامه في مقام الاعتذار، وإذا كان هذا معنى القبول، فلا فرق بين أن يكون الرضا بشيء موجود بالفعل أو بأمرٍ سيوجد في وقتٍ متأخر.

ولو سلّمنا أن «القبول» مفهوم لا يتعلّق إلا بما هو موجود بالفعل، فإن «رضيت» ليس كذلك، فإنه يتعلّق بما هو موجود بالفعل وبما هو متقدم وبما هو متأخر، فلماذا ينفي جواز تقدم القبول مطلقاً؟

بقي من أدلة الشيخ:

الإجماع على عدم جواز تقدّم «قبلت» ونحوه.
وفيه: إنه ليس من الإجماع الحجة، ويحتمل قوياً استناده إلى الوجوه
الأخرى.

وأما أن التقدّم خلاف المتعارف.

فإن كان نظره إلى أن العمومات والمطلقات إمضاء للعقود المتعارفة،
فيمكن الموافقة عليه، لتأخر القبول عن الإيجاب في العقود المتعارفة،
ولكن لا دليل على دعوى كونها إمضاء للعقود المتداولة فقط، بل هي
عمومات وإطلاقات شاملة لجميع العقود إلا ما خرج بالدليل.

وإن كان نظره إلى مقتضى المطاوعة، فقد عرفت الجواب عنه.

كما تقدّم الكلام على قضية الفرعية بالتفصيل.

كما ظهر أن لا أساس للقول بأن القابل ناقل للمال حالاً، لما عرفت من
أنه لا يكون من القابل نقل لا بالمطابقة ولا بالتضمّن ولا بالالتزام، بل
الحاصل منه هو الرضا فقط.

ولو تنزّلنا وقلنا بأنه ناقل بالالتزام، فالجواب هو: إن المدلول الالتزامي
تابع للدال على الالتزام، وهذا الالتزام ناشئ من رضاه بما فعل البائع، فهو
ليس بناقل بالفعل بل هو ناقل من حين الإيجاب، لو كان ناقلًا.

مضافاً إلى ما تقدّم من أن مقام الإنشاء غير مقام فعلية الأثر، فإذا تقدّم
القبول كان تمامية السبب بمجئ الإيجاب، فيصير الأثر فعلياً.

المختار في المقام

ملخص المختار ومحصل المطلب:

إنَّ العقد ارتباط عهدٍ بعهدٍ، ولولا الارتباط يكون إيقاعاً. فإن كان معاملةً أشرط وجود عنوان العوضيّة والمعوّضية، والمعاوضة تتحقّق من أحدهما وهو الموجب، وأمّا القابل، فليس الصادر منه إلّا الرضا بما فعل الموجب، فيكون رضاه هو الرابط المحقّق لعنوان العقدية، وللمعاوضة الحاصلة من البائع، سواء كانت قبل الرضا أو بعده، فأَيّ مانع من الرضا بالمعاوضة والمبادلة بين الشئنين الحاصلة بعده؟ فكما تقرّر في الواجب المعلق والواجب المشروط صحّة الإنشاء الفعلي للمنشأ المتأخّر - وإنما أنكرنا الواجب المعلق من جهة أن حقيقة الحكم عبارة عن البعث، ولا يعقل وجود البعث في وقت لا يوجد الانبعاث، لكون البعث والانبعاث متضائفين والمتضائفان لا ينفكّان في القوّة والفعلية - نقول: بصحّة الرضا والقبول للمبادلة والمعاوضة الحاصلة فيما بعد.

فالحق: جواز تقدّم القبول على الإيجاب مطلقاً.

الكلام في تقدّم القبول بلفظ الأمر

قال الشيخ:

ومما ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقدّم القبول بلفظ الأمر كما لو قال: بعني هذا بدرهم فقال: بعثك... وأمّا ما يظهر من المبسوط... وأمّا فحوى جوازه في النكاح....

أقول:

خلاصة كلامه: أن طلب الشيء أمرٌ والرضا به أمرٌ آخر، فمجرد الطلب لا يدلُّ على القبول والرضا، فلا يجوز القبول بصيغة الأمر مطلقاً، أما بعد الإيجاب، فلعدم الموضوع بل هو تحصيل الحاصل، وأمّا قبله، فللمحذور المذكور. فلا قابلية لصيغة الأمر للقبول في العقد.

وقد وافقه الميرزا الاستاذ قدس سرّه على المنع، لأن القبول هو المطاوعة، والأمر ليس كذلك كما واضح، فلا يصلح لأن يقع قبولاً. فأمّا ما أشار إليه الشيخ هنا أيضاً من ضرورة كون القبول نقلاً في الحال، وصيغة الأمر لا تدلُّ على ذلك، فقد عرفت أن لا دليل على اعتبار زمان الحال، ولا دلالة للإيجاب ولا للقبول عليه، فلا وجه للقول بأن القبول عبارة عن الرضا بالنقل حالاً.

ثم إن هنا نقاطاً:

(الاولى) إن جميع الصفات النفسانيّة التعلّقيّة من التمني والترجّي والحبّ والعلم وأمثالها، يستحيل وجودها من دون المتعلّق، فلو لا وجود الشيء لما تحقق رجاؤه والعلم به وتمنيّه وهكذا... والمتعلّق لا يعقل أن يكون في الخارج وإنّما هو صورة ما في الخارج، لما تقرر في محله من أن الخارج لا يتقلب ذهنًا والذهن لا يتقلب خارجاً.

وعليه، فالذي يتعلّق به الرضا ليس هو الموجود في الخارج، وإنّما صورة الشيء المطابقة لما في الخارج، وهل يعتبر أن يكون ما في الخارج موجوداً بالفعل حتى يتعلّق الرضا بصورته؟ كلا، لا يعتبر، وإلا لاستحال تمني وترجّي الشيء المتأخر والشوق إليه وهكذا....

(الثانية) إن المشتري لما يقبل فعل البائع، وهو تبديل الشيء بالشيء، هل يقبل التبديل -أي المعنى المصدري- أو التبديل، أي المعنى الاسم المصدري؟ فإذا أمر بالبيع قائلاً «بعتي هذا بهذا»، هل يكون راعياً في التبديل من البائع أو في تبديل ماله بمال البائع؟

الظاهر عدم الفرق، لأن التبديل عين التبديل، إنما يختلف الحال في الغرض، فتارة: يتعلّق بالحيثية الصدورية كما لو قال الأب لولده: صلّ، فإن غرضه متعلّق بإيجاد الولد للصلاة وإن كان مشتاقاً إلى وجودها أيضاً، لا تحاد الوجود مع الإيجاد، وتارة: يتعلّق بأصل الفعل ولا نظره إلى الحيثية الصدورية، كما لو كان عطشاناً وقال لغيره: اسقني، فإن غرضه متعلّق بشرب الماء ورفع عطشه، ولا دخل لصدور السقاية من خصوص الشخص في غرضه، بل تصديّه للفعل مقدّمة لحصول الغرض.

وعليه، فلو أمر بالبيع في مقام القبول، لم يكن فرق بين أن يكون راضياً بالتبديل أو بالتبديل، نعم، ربما يفترق الحال من حيث الغرض، فقد يتعلّق بالحيثية الصدورية أي التبديل من الشخص، إلّا أنها لا تنفك عن المعنى الاسم المصدري وهو التبديل كما تقدّم... وكيف كان، فإنه يدلّ على الرضا بالمبادلة بين الثمن والمثمن.

(الثالثة) قدّمنا أن العقد هو العهد المرتبط بالعهد، وأن رضا المشتري بالمبادلة بين المالين من طرف البائع هو الرّابط بين العهدين، ولا ريب في عدم كفاية الرضا الباطني في تحقق العقد اللفظي، فلا بدّ من إظهاره لفظاً. وهل يعتبر أن يكون هذا الرضا المبرز باللفظ متأخراً عن الإيجاب؟ وهل يعتبر أن يكون بلفظ خاص؟

وهل يعتبر أن تكون دلالته مطابقة؟

الحق: أنه لا دليل على اعتبار شيء من ذلك.

فيجوز أن يكون القبول بصيغة الأمر المتقدم، وتشمله العمومات والإطلاقات [١]، والإجماع المدعى ليس بحجة، وقضية المطاوعة قد تقدم الكلام عليها.

الكلام في تقدم القبول بلفظ اشترت ونحوه

قال الشيخ:

وإن كان التقديم بلفظ اشترت أو ابتعت أو تملك أو ملكت هذا بكذا،

فالأقوى جوازه....

[١] أقول: وكذا الأخبار في باب النكاح، لدالتها على ما نحن فيه بالفحوى. وأما

جواب الشيخ عن الاستدلال بها بقوله: «وأما فحوى جوازه في النكاح، ففيها -بعد الإغماض عن حكم الأصل بناءً على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول، لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبي صلى الله عليه وآله، ويؤيده أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول -منع الفحوى، وقصور رواية أبان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة: نعم، في الإيجاب»، فالإنصاف عدم إمكان المساعدة عليه، لأن احتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبي، مندفع بالأصل، وتأييده بلزوم الفصل، مندفع بأن هذا القدر من الفصل غير قادح، كما أن الإشكال بعدم كفاية قول «نعم» في الإيجاب أول الكلام. وعلى الجملة، فإن ظواهر النصوص المعتمدة محكمة، نعم، الاحتياط بلحاظ مخالفة المشهور في محله.

أقول:

قد منع الشيخ من تقدّم قبلت، لأنّ القبول يتضمّن النقل بالفعل، فلو تقدّم لم يتضمّنه فلا يجوز، ومنع إذا كان بصيغة الأمر، لأنه مجرد طلب وليس بنقل.

أما في اشترت ونحوه فقال: الأقوى جواز تقدّمها، لأنه لما يقول اشترت هذا الكتاب بدرهم، ينشأ تملك مال الآخر وينقل ماله إلى صاحبه بالفعل عوضاً عن ماله الذي أدخله في ملكه، فلما قال البائع «بع»، فقد أخرج كتابه عن ملكه وأدخل الدرهم في ملكه، فإنشأوهما في الإدخال والإخراج متعكسان، فذاك يدخل الكتاب بالصرحة في ملكه ويخرج الدرهم عن ملكه بالالتزام، والبائع يخرج بالصرحة ويدخل بالالتزام.

فهنا إنشاء، والإنشاء المتقدم إنشاء للمعاوضة نظير إنشاء البائع، فكما أن البائع ينشأ ملكية الكتاب معوضاً بالدرهم، كذلك المشتري، غير أنه إن كان متأخراً فهو قبول، لأن عنوان «المطوعة» يتحقق مع التأخر، لأن «الاشتراء» افتعال، وأما مع التقدّم فلا، ولذا قال:

فكل من رضى واشترت بالنسبة إلى إفادة نقل المال ومطوعة البيع عند التقدم والتأخر متعكسان.

ثم تعرّض لسؤالٍ مقدّر هو: إنه إذا كان «اشترت» في صورة تأخره قبولاً، فلم لا يكون قول البائع متأخراً «بعث الكتاب بدرهم» قبولاً للاشتراء المتقدم؟

فأجاب: بأنّ القبول إنما يكون ممّن يخرج العوض عن ملكه، والكتاب معوض، فما قاله بإيجاب لا قبول.

فيتوجه عليه حينئذ الاشكال الذي طرحه بقوله:

فإن قلت: إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله: اشتريت، حتى يقع قبولاً، لأن إنشاء ملكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له، يتحقق فيه معنى الانتقال وقبول الأثر، فيكون اشتريت متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدم....

أي: إنه لما لم يكن «اشتريت» المتقدم مطاوعة، وإنما يكون مطاوعة إذا تأخر، وكان قول الفقهاء بأن «اشتريت» قبولاً محمولاً على غلبة تأخره، بل عن بعضهم أنه ليس قبولاً حقيقة وإنما هو بدل، فهو في صورة التقدم لا يعتبر قبولاً، فهو إيجاب، ولما كان إنشاء البائع إيجاباً وليس بقبول كذلك، كان المتحقق إيجابان، وهذا خلاف الإجماع القائم على اعتبار القبول في كل عقد من العقود، وعلى هذا، فيجب تأثير «اشتريت» حتى يقع قبولاً ليتحقق العقد.

وبعبارة موجزة:

كل عقد لابد فيه من القبول، واشتريت متأخراً قبول دون كونه متقدماً، فلا بد من أن يكون متأخراً.

ووجه قول الشيخ بأن اشتريت المتأخر قبول وإذا تقدم فليس بقبول، مع أن مفاد هيئة الافتعال هو القبول، هو: إن باب الافتعال قبول للمبدء، لكنه ليس دائماً قبولاً للمبدء الذي يوجد الغير، فقد يوجد الشخص نفسه كما في «اختفى» ونحوه، وقد بينا هذا سابقاً بالتفصيل، فقبول المبدء غير قبول المعاوضة.

فأجاب عن الإشكال بقوله:

قلت: المسلّم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأمّا وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمّن للمطوعة وقبول الأمر، فلا.

فالقدر المتيقن من الإجماع هو أن يكون المشتري راضياً بفعل البائع، أي الرضا الناقل للمال. وأمّا اعتبار تلقّي الشيء وإنشاء الانفعال منه، فلا، وهذا قوله:

فقد تبين... ولا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

كان ما ذكرنا شرحاً لكلمات الشيخ.

وبعد ذلك نقول:

أمّا قوله: بأنّ اشتريت المتقدّم وبعث المتأخّر إنشاءً، ولا فرق بينهما إلاّ أنهما متعاكسان من حيث الصراحة والالتزام، ففيه:

إنّه إن كان المشتري بقوله اشتريت يعني: «تملّكت كتابك بعوض مالي» فهو وقول البائع: «بعثت الكتاب بعوض» متباينان، لأنّ ذلك «تملك» وهذا «تمليك»، فالقول بتساويهما وأنّ الفرق في الصراحة والالتزام فقط، غير صحيح.

وعلى هذا الفرض، فإنّ هذا الإنشاء صحيح حتّى بناءً على اعتبار المطوعة، إذ لا محذور من إنشاء المطوعة لفعلٍ قبل وقوع الفعل، وإنما يعتبر التأخّر في المطوعة الخارجيّة.

وبعبارة أخرى:

إن قبول الإيجاب مطوعة، والمطوعة قبول الأمر، لكنّ الذي يرد عليه

الأثر ويقبله في العقد هو المتاع الذي أدخله الموجب في ملكه، فكان المتأثر هو المتاع والأثر دخوله في ملك الموجب الذي هو المؤثر، فالمطauعة كانت للمتاع، وإنما سمي ذلك بالمطauعة، لأن قبول الأثر تكويناً هو المطauعة، وإنما أسند القبول إلى المشتري وسمي مطauعة، لأنه قد وافق على ما فعله الموجب في ملكه، ورضي بما لكنته التي حصلت بسببه، لأن المتاع مضاف إليه، فلما وقع الأثر على المتاع ورضي به مالكة أصبح هو المنفعل والمطauوع له.

ولقد بينا سابقاً: أنه لا تعتبر المطauعة في المعاملة، وأن القبول فيها ليس بهذا المعنى، بل هو الرضا، نظير قبول التوبة والعذر والضيف والوعد ونحو ذلك.

لكن الشيخ لما كان يرى أن القبول هو المطauعة، وأن «اشتريت» ونحوه ليس مطauعة، وأن قول المشتري ذلك مقدماً نظير قول البائع «بعت» على السواء من حيث كونهما تمليكاً، فيرد عليه:

أولاً: إن كان «ابتعت» بمعنى قبول الملكية الحاصلة من الغير، كان مرادفاً لتملكت، ويرد عليه ما ورد عليه، وإن كان بمعنى قبول المبدء، بلحاظ إيجاده هو له - كما في اختفيت واكتسبت مثلاً - كان إيجاباً كإيجاب البائع، والمتحقق إيجابان لا إيجاب وقبول.

وثانياً: إن «تملكت» قبول ومطauعة لما فعله الموجب مطauعة انشائية - والمفروض كون الصيغ الاخرى المذكورة مرادفة له - فقوله: بأنها في حال التقدم ليست بقبول، غير صحيح.

وبعد الفراغ عن النظر في كلام الشيخ نقول:

إن قلت: الإيجابان يصدق عليهما أنهما عقد، لأن المناط هو الارتباط بينهما، وهو موجود في هذين الإيجابين، لكونهما واردين على الشيء الواحد، إذ كلاهما يملكان المتاع المعين بدرهم، فما المانع عن تركب العقد من إيجابين، بعد الجواب عن الإجماع المدعى بعدم حجتيه؟

قلت: إن توارد العهدين على المورد الواحد شيء، وارتباط أحدهما بالآخر بأنفسهما شيء آخر، ولعل إلى هذا نظر المجمعين.
ثم أقول:

إذا كان المحقق لعنوان العقدية هو الارتباط بين العهدين، فإن الرضا المنشأ كاف لحصول الارتباط، فالعقد متحقق وإن تقدم الرضا، لأن هذا الرضا الباطني المنشأ باللفظ مستمر إلى حين الإيجاب اللاحق ومتعلق به، سواء كان إنشاؤه بصيغة الفعل، ماضياً أو مضارعاً أو بصيغة الأمر.

بقي أنه: لو قال المشتري «تملكت كتابك بدرهمي» فقال البائع: «قبلت»، لم يبعد صدق «العقد» عليه - وإن لم يصدق عليه عنوان «البيع» - وحينئذ، ينطبق عليه عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فيكون صحيحاً.

حكم تقدم القبول في العقود الاخرى

قال الشيخ:

ثم إن ما ذكرنا جارٍ في كل قبول يؤدي بإنشاء مستقل كالإجارة... والنكاح.... ملخص ما أفاده بتوضيح منا:

إنه يجري ما تقدم من جواز التقديم، في كل عقد يؤدي فيه القبول

بإنشاء مستقل كالإجارة، بأن يقول مقدماً: استأجرت، فيقول الموجب: أجرت، وكالنكاح، بأن يقول مقدماً: تزوّجت، فيقول ذاك: زوّجت، لأنّ القبول كذلك في الإجارة يتضمن نقل المال بالفعل، وفي النكاح يجعل نفسه بالفعل زوجاً.

لكنّ الشيخ قد أشكل من قبل في جواز التقديم بقوله:
نعم، يشكل الأمر بالمعهود المتعارف... فالحكم لا يخلو من شوب الإشكال.
فنقول:

إنّ كانت صحة هذه المعاملات مستندة إلى السيرة العملية الممضاة، فمن المعلوم أنّ مورد الإمضاء ما كان معهوداً متعارفاً من الصيغة، وهو الإيجاب المقدم والقبول المؤخر، فمورد تقدّم القبول لم يكن متعارفاً، فليس بممضئ من الشارع.
وكذا إن كانت اللام في آية الوفاء للعهد، أو أن الآية مسوقة للإمضاء، وكذا آية الحل....

أما إن كانت اللام للعموم، وكان الاطلاق في آية الحل محكماً، فلا وجه للإشكال، وهذا هو الأقوى كما تقدم، نعم، الإحتياط في محله كما لا يخفى.
وأما المنع، من جهة أنّ القبول مطاوعة فلا يعقل تقدّمه، كما ذهب إليه شيخنا الميرزا، فقد قلنا أنّ هذه المطاوعة إنشائية لا خارجية، فلا مانع من تقدّمه. وأيضاً: القبول هو الرضا، وليس في البين مطاوعة أصلاً.

فتحصل: عدم الإشكال في التقديم في البيع، وكذلك في الإجارة والنكاح بلا إشكال، لأنّ المناط هو الرضا، وهو كما يجوز مؤخراً كذلك مقدماً.

قال الشيخ:

وأما ما لا إنشاء في قبوله إلا قبلت أو ما يتضمنه كارتفعت، فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه... والتحقيق عدم الجواز... وكذا القول في الهبة والقرض....
وملخص ما أفاده بتوضيح منّا:

إن من العقود ما لا يحصل فيه النقل من قبل القابل أصلاً، كعقد الوديعة، حيث لا ينقل المودع شيئاً، والوكالة، إذ ليس فيها نقل، والقرض، إذ لا شيء من ناحية المقترض، والعارية، فإنه يعبر الشيء للانتفاع به ولا يعطي المعبر شيئاً، والهبة غير المعوضة، والوصية... وبالجمله، فإنه لا يقع من طرف القابل نقل في هذه العقود، بل قبوله فيها صرف الرضا.

فهل يجوز تقديم القبول في هذه العقود؟

إن من هذه العقود ما ليس فيه من ناحية القابل إلا القبول، ولا يلزم إلا الرضا، كالعارية والوديعة والوكالة، فيجوز فيها التقدم، كأن يقول: أقبل أن أكون لك وكيلاً، أو يكون هذا الشيء وديعةً عندي، وهكذا... لجواز الرضا بأمر متأخر.

ومن العقود ما يترتب فيه الأثر على العنوان، مثل: المقترض له حكم كذا، المرتهن له حكم كذا، المتبذع له حكم كذا... ففي هذه العقود يعتبر -بالإضافة إلى الرضا- صدق عنوان كونه مقترضاً أو مرتهنّاً أو متبذعاً... ولما كانت هذه العناوين مطاوعة، فلا بد من وجود الرهن أو القرض... حتى يتحقق الصدق، فلا يجوز التقدم.

لا يقال: الأمر في اشتريت -مثلاً- كذلك، فإنه يتحقق هناك عنوان المشتري، وهو لا يصدق إلا مع تقدم البيع.

لِما تقدم من وجود النقل بالفعل هناك، والكلام هنا فيما لا نقل من القابل أصلاً.

فنقول:

قد ذكر أنه في مثل الوكالة والوديعة والعارية، لا يعتبر أزيد من الرضا بالإيجاب، ولذا يعبر عنها بالعقود الإذنية، فيجوز تقديم القبول فيها على الإيجاب.

وفيه نظر، للفرق بين الإذن والوكالة مثلاً، فلو قال: أذنت لك أن تفعل كذا، تحقّق منه الإذن حتى لو لم يقبل الطرف المقابل ولم يفعل ذلك الفعل، بخلاف الوكالة، فإنها إنابة للوكيل في العمل ولا يكفي فيها صرف الإذن والرضا، فكم فرق بينهما؟

وأيضاً، فإن الإذن لا يسقط بالردّ والوكالة تسقط، والوكيل لو عمل وتبيّن كونه معزولاً صحّ عمله، بخلاف المأذون.

وأيضاً: قد تقدم أنّ القبول في العقود نظير قبول التوبة والعذر، وليس بمعنى الانفعال فإنه في الأمور القهرية، ولا تتخلّل الإرادة بين الفعل والانفعال، بل هما واحد في الحقيقة، ينسب إلى أحدهما بالفاعلية وإلى الآخر بالانفعال، وأمّا حيث تتخلّل الإرادة فوجودان، يصدر أحدهما من ذاك ويتحقّق الآخر بإرادة هذا، ففي كلّ مورد تخلّلت الإرادة فلا معنى للانفعال. هذا أولاً.

وثانياً: إن المشتري إنما ينسب القبول إلى نفسه مجازاً، كما تقدّم. وثالثاً: إنه لا مانع من إنشاء المطاوعة وأن تكون فعليتها بعد مجئ الإيجاب، سواء كان العقد من قبيل القسم الأول كالوكالة ونحوها، أو القسم

الثاني كالرهن والقرض والهبة، ولا دليل على فعليّة هذه العناوين في حين الإنشاء.

قال الشيخ:

وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفين... كان البادي منهما موجباً... ثم لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول... وتحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول في الصلح أيضاً غير جائز....

توضيحه:

إنه يعتبر لفظ القبول في المصالحة، لأن المصالحة على قسمين، فمنها: المصالحة غير المعوّضة، ولا يجوز فيه إلا القبول متأخراً، إذ لا يكون شيء من قبل المصالح له إلا الرضا والقبول لما فعله المصالح. ومنها: المصالحة المشتملة على المعاوضة، فإنّ كلّاً منهما يلتزم بشيء، فهما متساويان من حيث الالتزام، ونسبة المصالحة إلى كلّ منهما على حدّ سواء، فأيهما كان البادي فهو الموجب، فلا معنى لفرض القبول المتقدم.

وهل يجوز له أن يقول متأخراً «صالحتك» أو يعتبر لفظ القبول؟ قال الشيخ: لا يجوز، إذ لو قال أيضاً: صالحتك كان إيجاباً آخر، فيلزم تركّب العقد من إيجابين، وقد قام الإجماع على توقف العقد على القبول، وقد ذكرنا سابقاً أنه لا يبعد أن يكون هذا الإجماع برهانياً، لأنّ توارد العهدين على مورد واحد شيء، والارتباط بين العهدين المحقق لعنوان العقدية شيء آخر.

أقول:

إن قال: «صالحتك هذا على أن ذاك لي» فكلام الشيخ متين جداً، وأما إن

قال: صالحتك على أن يكون هذا بعوض هذا، بأن تكون مصالحةً تسدّ مسدّ الإجارة مثلاً من حيث المعاوضة، كما لو قال: صالحتك على أن يكون الانتفاع بداري بكذا درهم، أو: صالحتك على أن تكون لك داري بكذا درهم، ففي هذه الصورة لا مانع من التقدّم على أن يكون قبولاً ولا يكون إيجاباً.

مسألة الموالاة بين الإيجاب والقبول

قال الشيخ:

ومن جملة شروط العقد: الموالاة بين إيجابه وقبوله.

ذكره الشيخ... قال الشهيد في قواعده: الموالاة معتبرة....

أقول:

ذكر الشهيد أن الموالاة بين الإيجاب والقبول مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه، يعني: إن الاتصال هناك منشأ الانتقال إلى اعتبار الموالاة هنا.

واحتمل الشيخ في وجه الاعتبار هناك أنه السبب لخروج المستثنى منه عن حدّ الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقف عليه، فلو قال: «رأيت القوم» ولم يتصل به قوله «إلا فلاناً»، كان كذباً، وإذا اتصل به خرج عن الكذب.

ولقد كان الأولى به أن يقول: إن المتكلم مادام متكلماً لا يستقرّ ظهور كلامه في المعنى المراد، فإذا انتهى استقراره، فلو تكلم بالمستثنى منه فقط انتهى واستقرّ ظهوره، بخلاف ما إذا اتصل به المستثنى، فإن الظهور ينعقد بعد مجيئه، ولذا لو أقرّ قائلًا: «له عليّ مائة إلا خمسة» استقرار الظهور في الخمسة والتسعين، أما لو فصل بينهما استقرار في المائة، فلو قال بعد ذلك «إلا خمسة» عدّ إنكاراً بعد الإقرار، فالمناط وحدة الظهور للكلام، فإذا انعقد أخذ به، وليس المناط خروجه عن حدّ الكذب إلى الصدق.

وبالجملة، إنه مع الفصل ينعقد ظهوران، وهو على خلاف المقصود.

ثم ذكر الشهيد موارد لاعتبار الموالاة في الفقه، منها:
 الفورية في استتابة المرتد، فيعتبر في الحال، وقيل إلى ثلاثة أيام.
 قال الشيخ:

ثم في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسألة توبة المرتد، فإن غاية ما
 يمكن أن يقال في توجيهه إن المطلوب في الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع، فلا بد
 من إعادته في أقرب الأوقات.
 أقول:

لكن العبارة موهمة، وإنما المراد: الموالاة بين توبة المرتد واستتابة
 الحاكم إياه، وألا يقتل فعلاً أو بعد ثلاثة أيام.
 قال الشهيد:

ومنه: السكوت في أثناء الأذان... السكوت الطويل في أثناء القراءة...
 التشهد، ومنه تحريم المأمومين في الجمعة... ومنه الموالاة في
 التعريف^(١)....
 أقول:

وكل ذلك، لأنه لولا الهيئة الإتصالية لما صدق عنوان «الأذان» بل كان
 مجموعة أذكار وأقوال، أو «القراءة» بل كان المقروء آيات متفرقة، وكذا
 التشهد.

وأما مسألة الجمعة، فلأنه يعتبر فيها الموالاة بين تحريم العدد المعين
 من المؤمنين وركوع الإمام، وألا لم يتحقق صلاة الجمعة.

(١) القواعد والفوائد ١ / ٢٣٤، القاعدة رقم: ٧٣.

وكذا الكلام في تعريف الضالة، فلما قيد الشارع التعريف بالمدة الخاصة، اعتبر فيه الموالاة والآل لم يتحقق الامتثال.

قال الشيخ:

حاصله: أنَّ الأمر المتدرج... فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد... ولذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً... وما ذكره حسن لو كان حكم الملك وال لزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً... أما لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجارة عن تراض، فلا يضره عدم صدق العقد.

أي: إنَّ سرَّ اعتبار الموالاة هو: عدم صدق «العقد» بدون الموالاة بين الإيجاب والقبول والاتصال الزماني بينهما.

فأورد عليه بقوله: إنَّ هذا حسنٌ لو كان... أما لو كان منوطاً.

وحاصله: إنَّ اعتبار الموالاة لكي يصدق عنوان «العقد»، يدور مدار الدليل المعتمد في ترتب الأثر على العقد صحةً ولزوماً، فإن كان عموم آية الوفاء فهي لازمة، لأن الموضوع فيها هو العقد وقد اعتبرت الموالاة في صدقه، وإن كان إطلاق آية الحل وموضوعها هو «البيع»، جاز التمسك بها مع صدق البيع وإن لم يصدق «العقد». وأما إن كان عموم قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١)، فموضوع الآية هو «التجارة» وهو صادق مع عدم الموالاة وعدم صدق «العقد».

فأقول:

إنَّ الشَّهيد وغيره من الفقهاء، يعتبرون الموالاة في العقود المعاوضيّة وفي النكاح، وأما في غير المعاوضيّة كعقد الوكالة والعارية ونحوها، فلا، فلو وكلّه الآن فقال الوكيل في الغد: قبلت، صحّ، وكذا لو وهبه الآن فقبل في وقتٍ آخر، وهكذا...، فالقول بأنَّ المناط للموالاة هو صدق عنوان العقد، منتقض بأنَّ تلك المعاملات عقود أيضاً عندهم، ولا يعتبرون فيها الموالاة، فيظهر أن عنوان العقدية غير متوقف على الموالاة.

وأفاد شيخنا الاستاذ رحمة الله عليه في الجواب عن القول بأنَّ التوالي بين الإيجاب والقبول مقوم لصدق العقد، وبدونه لا يصدق:

بأنَّ العهد عبارة عن الالتزام القلبي أو الجعل والقرار المعاملي، وأنَّ العقد عبارة عن ربط أحد الالتزامين بالآخر أو ربط أحد القرارات بالآخر، فحيثيّة العهديّة غير حيثيّة العقديّة، وأنَّ حقيقة العقد هو الربط لا الوصل حتى يؤخذ بمقتضيات الوصل وربط أحد الالتزامين القائم بمحلّ الالتزام القائم بمحلّ آخر بلحاظ ورودهما على أمرٍ واحد وهو كون أحد المالين بأزاء الآخر في الملكية مثلاً، فوحدة الملتمزم به هو الجامع الرابط بين الالتزامين، وهذا المعنى من الربط لا يقتضي إلبقاء الالتزام الأوّل على حاله حتى يكون بعد ورود الالتزام الثاني مربوطاً به، وإلاّ فحقيقة الربط لا تتحقّق بين موجود ومعدوم، وتخلّل زمانٍ طويل أو قصير أجنبيّ عمّا يقتضيه هذا المعنى من الربط^(١).

وحاصله:

إن العقد عبارة عن العهد المؤكد، أي العهد الذي تأكد بالعهد الآخر، أو المشدد، أي العهد الذي شدد بالعهد الآخر، والعهد أمر باطني نفساني لا ربط له باللفظ وبالزمان، إذن، لا بد من الارتباط بين العهدين النفسانيين، وتخلل الزمان أجنبي عن حقيقة العقد، فإذا كان العهد من هذا باقياً، وتحقق من الآخر عهد - ولو بعد زمان - واشتد به وحصل الارتباط بينهما، صدق عنوان العقد.

رأي المحقق الناني

وذكر الميرزا الاستاذ أن العقود على ثلاثة أقسام:
منها: العقود الإذنية، كالوكالة والعارية ونحوهما من العقود التي لا التزام بها.

ومنها: العقود العهدية المعاوضة، كالبيع والصلح.

ومنها: العقود العهدية غير المعاوضة، كالرهن والقرض.

أما القسم الأول، فلا يعتبر فيه الموالاة، بل إن قوامها بالرضا، فمادام موجوداً يكفي وإن وقع الفصل بين الإيجاب والقبول وبلغ ما بلغ، وتسميتها بالعقد مسامحة أو مجاز من باب علاقة المشابهة، فهي خارجة عن عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تخصصاً، ولذا لا يرد الإشكال من خروجها بلزوم تخصيص الأكثر، لعدم كون خروجها تخصيصاً.

وأما القسم الثاني، فيعتبر فيها الموالاة من ناحيتي السبب والمسبب. أما من ناحية المسبب، فلأن البيع مبادلة بين المالين، فكل من البائع والمشتري له إضافة ملكية إلى ما يملكه، فيقع التبادل بين طرفي الإضافة، فيضاف ملك

المشتري وهو الثمن إلى البائع ويحل محله المثلث، وملك البائع إلى المشتري ويحل محله الثمن، على عكس الإرث، حيث يقع التبادل بين المضافين مع حفظ الاضافة والمضاف إليه، أما في الهبة، فالإضافة الملكية تنقطع.

ففي البيع، لما يقع الإيجاب تنخلع الاضافة الملكية من البائع بالنسبة إلى ملكه ويتلبس بكونه مضافاً إلى الثمن، فهو بإيجابه يوجد هذه المبادلة، ولولا اتصال القبول به لم يتحقق، ولم يحل الثمن محل المثلث، وتبقى الإضافة التي خلعتها بلا مضاف إليه، والإضافة بلا طرف محال كالخلع بلا لبس.

أما في النكاح، فهو يوجد العلة في نفس الأمر، فتحتاج إلى طرف، فلولا اتصال القبول يلزم أن توجد العلة في نفس الأمر بلا طرف، وهو محال ممتنع.

وأما من ناحية السبب، فبيانه: إن كل مركب له عنوان واحد وأثر واحد، فلا بد من الاتصال بين أجزائه، ولذا يلزم الاتصال بين حروف الكلمة الواحدة وبين كلمات الكلام الواحد، ولذا يجب التوالي بين أجزاء الصلاة والوضوء والقراءة.. وهكذا كل مركب من الأفعال، ويعتبر الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه من جهة أنه كلام واحد وله ظهور واحد، فلو انفصل فهناك ظهوران، ولذا لو انفصل المقيد عن المطلق، فبناءً على تمامية الظهور في المطلق يكون تقدم المقيد عليه من باب تحكيم أقوى الحججتين، وأما مع الاتصال فالظهور منعقد من أول الأمر في المقيد.

فإذا كان الكلام واحداً، فلا بد من الاتصال، سواء كان من المتكلم الواحد أو من اثنين، وإلا كان هناك عنوانان.

وعليه، فالبيع أمر واحد، والصلح أمر واحد، والنكاح أمر واحد،

والسبب مركّب من إيجاب وقبول، والهيئة الاتصالية بينهما مقومة لوحدة العنوان، فلو لا الموالاة لما تحقق العنوان الواحد، وحينئذٍ فكما لا يصدق «العقد» لا يصدق «البيع» و«التجارة» خلافاً للشيخ، لأن كلاً من العقد والبيع والتجارة أمر واحد.

وأما القسم الثالث، فإنه وإن لم تكن معاوضة فوحدة السبب لازمة، ومن هذه الجهة تعتبر الموالاة، حتى يصدق العنوان الواحد.

فإن قلت: الهدايا قسم من الهبات، وقد ترسل الهدية من مكان بعيد وتصل بعد زمانٍ فيتحقق القبول، وتحصل الهبة المعاطاتية والمعاطاة سبب واحد، فكيف تصح إذا كانت الموالاة معتبرة؟

وكذا في القرض، فلو أرسل المبلغ ووصل بعد مدّةٍ وحصل القبول، فالقرض المعاطاتي حاصل.

فالجواب بوجهين:

أحدهما: أن هناك يداً طويلة وقع التسلم بها، فلم يقع فاصل.

والثاني: إنه لما سلم الهدية إلى الواسطة، جعله وكيلاً عنه في الإيصال، وإذا وصلها تحقق الإيجاب من قبل المرسل بالإعطاء والقبول بالأخذ من طرف المرسل إليه، فلم يقع الفصل بينهما، وقد تقدّم في محله أن قبول المعاطاة ليس بإعطاء الثمن، بل إن إيجابها بالإعطاء والقبول بالأخذ، ودفع الثمن إبراء للذمة.

هذا ما أفاده قدس سره^(١).

(١) وأنظر منية الطالب ١/ ١١١.

النظر فيه

ونقول:

إنه بناءً على أن للملكية واقعية نفس أمرية، وأن البائع موجد لها والعقد آلة، فإن الإيجاد لا ينفك عن الوجود، فلا حاجة إلى القول بعدم انفكاك الخلع عن اللبس وأنه يلزم الانفكاك بين المتضايقين. وأيضاً، فإن البائع لا يوجد الملكية بالمباشرة، وإنما هو إيجاد للسبب وهو العقد، وليس هذا السبب علّة تامة، بل الجزء الأخير هو قبول المشتري، ولو كان الإيجاب علّة تامة لكانت الملكية حاصلة قبل أن القبول، لعدم انفكاك المعلول عن العلّة، وإذا كان كل من الإيجاب والقبول جزءاً من العلّة التامة، فأَيُّ مانع من الفصل بينهما مع جواز الفصل بين أجزاء العلّة التامة؟

هذا كله بناءً على المبنى المذكور المتراءى من المشهور.

وأما بناءً على ما هو التحقيق - من أن الملكية ليست من الأمور المتأصلة في الوجود، بل الملكية والزوجية ونحو ذلك أمور اعتبارية، وكل أمر اعتباري فقوامه نفس المعبر - فالبائع بما أنه أحد العقلاء يعتبر المبادلة الملكية بين المالكين، وهذا الاعتبار يكون موضوعاً لاعتبار العقلاء والاعتبار الشرعي، والملكية العقلانية والشرعية قائمان كذلك بنفس المعبر، لأنهما أمران اعتباريان، فلا يعقل أن يكون الموجب موجوداً لاعتبار العقلاء والشارع، لا بالآلة ولا بالتسيب، بل ليس لإيجابه آلية لاعتبار نفسه أيضاً، لأن ملكيته قائمة باعتباره، وبالإيجاب يُظهر اعتباره.

ثم إنه في أن اعتبار الموجب للمبادلة بين المالكين، يتحقق له اعتبار

الخلع واللبس والإضافة، ويكون اعتبار العقلاء والشرع بعد مجئ القبول، وأما قبله فلا خلع ولبس في اعتبارهما، وإذا كان كذلك، فلا مانع من الفصل بين الإيجاب والقبول، لأن الاعتبار العقلاني والشرعي متوقف على القبول، فمتى تحقق تحقق الاعتباران.

وبما ذكرنا يظهر، أنه ليس هناك ولا آن واحد يكون فيه خلع بلا لبس، أو انفكاك بين المضاف والمضاف إليه، لأنه في ظرف اعتبار الموجب الخلع واللبس متحققان، ومادام لم يأتِ القبول فلا خلع ولا لبس من ناحية العقلاء والشارع.

وعلى هذا، فلو قال الموجب: «بعتك متاعي بكذا» فجعل المشتري يفكر أو يشاور وطالت المدة ساعة، فقال بعد ذلك «قبلت» تحقق البيع وترتب عليه الأثر.

رأي المحقق الإيرواني والنظر فيه

وقال المحقق الإيرواني:

لا فرق بين لفظي البيع والتجارة ولفظ العقد في الصدق مع انتفاء التوالي كالصدق مع التوالي، وكأن توهم الفرق من تخيل أن العقد اسم للفظ أعني المجموع المركب من الإيجاب والقبول، مع أن المنقول عن أهل اللغة أنه العهد أو العهد المشدد. وكأن اعتبار التوالي ناش من اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول، بتوهم عدم حصول المطابقة مع التأخر، لأن الإيجاب أفاد النقل من الحين، فإذا تأخر القبول، فإما أن يكون قبوله قبولاً لتمام مضمون الإيجاب، فيلزم من صحته حصول النقل من حين الإيجاب كما في الإجازة

على القول بالكشف، فيكون النقل حاصلًا قبل حصول تمام العقد وذلك باطل، أو يكون قبولاً لبعض مضمون الإيجاب، أعني النقل من حين تحقق القبول، فيلزم عدم المطابقة بين الإيجاب والقبول، وهذا المحذور وإن كان يعم صورة التوالي أيضاً لتحقيق الفصل هناك أيضاً ولو بيسير، لكن هذا المقدار من التخالف لا يضر بالمطابقة العرفية، فلا يوجب الحكم بالفساد^(١).

وتقريبه: إنه لما يوجب البايع البيع يُوجد التمليك في حين الإيجاب، ويعتبر مجئ القبول في نفس الحين حتى يتحقق البيع، أما لو جاء متأخراً بزمان معتد به، فإن أفاد النقل في حال الإيجاب لزم تحقق النقل قبل القبول وهذا خلف، وإن أفاد النقل في حاله، لم يتحقق التطابق بين الإيجاب والقبول.

وفيه:

إن المراد من المطابقة المعتبرة بين الإيجاب والقبول هو ورودهما على الشيء الواحد بخصوصياته، وهو حاصل هنا، لأن الذي ينشؤه الموجب هو طبعي الملكية، و«الحين» ظرف للإنشاء لا قيد للملكية المتحققة بالإنشاء، إذ الزمان دائماً ظرف للإنشاء لا قيد للمنشأ، وكذلك القبول، فإنه يتعلق بالطبعي، وهذا هو التطابق، سواء اتصل القبول أو انفصل، بمقتضى الاطلاقات.

وأما ما قيل في وجه اعتبار الموالاة، من أن آية الحل في مقام التشريع

(١) حاشية المكاسب: ٩٠.

فلا إطلاق لها لِيَتَمَسَّكَ به، وما قيل في آية الوفاء من أن اللام للعهد، والعقود المعهودة المتعارفة لم يفصل فيها بين الإيجاب والقبول، فلا دليل على جواز الفصل، فقد عرفت الجواب عنهما في البحوث السابقة.

وعلى الجملة، فقد ذكر الشيخ أنه لا يلزم صدق عنوان «العقد»، إذ يكفي صدق «البيع»، فقسّم الميرزا الاستاذ المعاملات إلى ثلاثة أقسام، وأن أيّاً منها يسمى عقداً ويَتَمَسَّكَ بآية الوفاء فيه وأيّاً منها ليس بعقد في الحقيقة، وقد تكلمنا على ما أفاده بالتفصيل.

وما أفاده من اعتبار الوحدة متين جداً بالنسبة إلى فعل الشخص الواحد، فإنّ المشي الواحد من الإنسان مثلاً إنما يصدق إذا لم يتخلّله عدم الحركة المناسب له، فلو تخلّله خرج عن الوحدة وتعدّد، والتكلم الواحد والقراءة الواحدة ونحوهما كذلك، فإنّ التكلم أمر تدريجي، ولا يضرّ بوحدة السكوت الجزئي في الأثناء، أمّا لو سكت سكوتاً صدق عليه عدم التكلم فلا، فلو تكلم بعد ذلك كان كلاماً آخر لا استمراراً للسابق.

إذن، لو كان الفعل من شخص واحد واعتبر فيه الوحدة، لزم أن لا يتخلّله عدم البديل ولا يخرج عن الوحدة.

أمّا لو كان المطلوب تحقيق فعلين من شخصين يوجدان أمراً واحداً، فما الدليل على أن يكون فعل أحدهما متصلاً بفعل الآخر حتى يوجد ذلك الأمر الواحد؟

وقد كان شيخنا الميرزا يعتبر الوحدة الحقيقية، ولذا كان يمثل بالقراءة والأذان والكلام.

رأي المحقق الإصفهاني

أما شيخنا الاستاذ فاعتبر الوحدة العرفية، وهذه عبارته:

«غاية ما يمكن أن يقال في تقريب الموالاة بين الإيجاب والقبول هو: إن الإيجاب والقبول حيث أنهما قائمان بأثر، فلهما بنظر العرف جهة وحدة، فكأن الواحد قائم بأثر واحد، فلا بد من كونهما على نحو من الاتصال العرفي، فكأنه كلام واحد بوحدة اتصالية يقوم بأثر واحد، وعليه، فلا فرق بين دليل الوفاء بالعقد ودليل حلية العقد، فإن المدار ليس على ما يقتضيه عنوان العقد، بل على ما يقتضيه قيام ما هو كالواحد بأثر واحد»^(١).

أقول:

كل مركب معنوي بعنوان واحد ذي أثر واحد، فإن صدق عنوان المركب بمجيء الجزء الأخير منه وإلا لم يصدق عليه العنوان، نعم، يلزم استمرار وجود الأجزاء المتقدمة حتى مجيء الأخير، وعليه، فلما كان للإيجاب والقبول في المعاملات طريقة إلى حصول الأمر المعنوي الذي هو عبارة عن العهد النفساني، فلا بد من بقاء العهد من الموجب حتى يأتي القبول وهو العهد من المشتري، والأثر إنما يترتب بعد مجيئه لأنه الجزء الأخير للعلّة التامة، وإذا كان الأمر كذلك، لم يضر الفصل بين الإيجاب والقبول، سواء كان قصيراً أو طويلاً، فالقول بـ «كأنه كلام واحد...» صرف تشبيه ولا أثر له، بعد وضوح واقع الحال في المطلب، وقد تقدّم أن «اللام» في العقود ليس للعهد،

وَأَنَّ الْإِطْلَاقَ فِي آيَةِ الْحَلِّ تَامٌ [١].

[١] وحاصل إفادته طاب ثراه: اعتبار صدق «العقد» عرفاً، ليشمله العمومات والإطلاقات بعد دفع الاشكال عنها، وقد اشتملت كلماته على الجواب عما استدُلَّ به للقول باشتراط الموالاة، وهي وجوه:

الأول: اعتبار الهيئة الاتصالية، وهو حاصل كلام الشهيد رحمه الله.
والثاني: إن التوالي مقوم لصدق العقد وبدونه لا يحصل، وهو ما أورده المحقق الإصفهاني.

والثالث: ما ذكره المحقق الثاني.

والرابع: ما ذكره المحقق الإيرواني.

والخامس: ما ذكره المحقق الإصفهاني.

وقد تضمن كلامه قدس سره في تعقيبه على كلام الشهيد رحمه الله نقضاً قوياً على القول بالموالاة، وهو أن الفقهاء لا يعتبرون الموالاة في الوكالة ونحوها من العقود غير المعاوضيّة، فالوكالة - مع كونها عقداً - يجوز فيها تأخر القبول عن الإيجاب عند المشهور، فلو كان هناك دليل تام على اعتبار الموالاة، أو كان العرف يعتبرها في صدق عنوان العقد، لما قالوا بذلك.

مسألة التنجيز في العقد

قال الشيخ:

ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنجيز في العقد، بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها....

أقول:

قد نسب إلى المشهور بل ادعي عليه الإجماع: اعتبار التنجيز في العقد وأن التعليق مبطل.

فإن كان المراد كون نفس الإنشاء معلقاً، فإن الإنشاء من أنحاء التكلم الدائر أمره بين الوجود والعدم، إذ الإنسان إما متكلم وإما غير متكلم، فلا يعقل وقوع التعليق في الإنشاء.

ثم إن الإنشاء والمنشأ واحد حقيقة، فإذا لم يكن الإنشاء معلقاً فالمنشأ به غير معلق كذلك، فلا بد من تصوّر التعليق فيما عدا الإنشاء والمنشأ.

ثم إن للتعليق أنحاء، فقد ينشئ الإنسان المفهوم التعليقي ولا يعلم هل يتحقق ذلك المفهوم في الخارج أو لا يتحقق، فيكون التعليق مرتبطاً بتحقق الشيء في الخارج.

وقد يكون التعليق مربوطاً بقصده الجدّي، كما لو قال: «إن كنت صديقي بعثك هذا» و«إن كنت عادلاً بعثك هذا» فالإنشاء والمنشأ فعليّان إلا أن القصد الجدّي معلق.

وقد يكون في آثار مضمون العقد المستقر، كأن يقول: «أنت وكيل في بيع هذا على أن يكون بيعه في وقت رواج هذا المتاع» فهو وكيل له الآن، لكن تصديه للبيع أي الموكل فيه، معلق بالوقت الكذائي. فظهر أن لا معنى للتعليق في الإنشاء والمنشأ، وإنما هو في الجهات المذكورة الخارجة عنهما.

ثم إن الشيخ بعد أن أورد كلمات الأصحاب في أصل الاشتراط وذكر أنه «لا شبهة في اتفاقهم على الحكم» وكلماتهم المختلفة في وجه الاشتراط، قال: «وتفصيل الكلام، أن المعلق عليه: إما أن يكون معلوم التحقق وإما أن يكون محتمل التحقق، وعلى الوجهين، فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل» فهذه أربعة تقادير.

ثم قال:

«وعلى التقادير، فإما أن يكون الشرط مما يكون مصححاً... أو مما يصح... وكون المشتري ممن يصح... وممن يجوز العقد معه... وإما أن لا يكون كذلك». أقول:

كان الأولى أن يقول: الشرط المعلق عليه، إما معلوم التحقق، وإما مجهول التحقق، وظرف التحقق، إما هو الحال وإما هو المستقبل، فهذه أربعة تقادير.

ثم المعلق عليه على التقادير المذكورة، إما هو دخيل في قوام العقد كالقبول، مثل قوله: بعثك هذا إن قبلت، إذ القبول مقوم لماهية العقد، أو هو دخيل في الموضوع كقوله: زوّجتك إن كنت محلاً، فالإحلال من الإحرام دخيل في صحة العقد ومقوم لموضوعه، والمقوم للموضوع تارة: يكون

مقوماً له شرعاً كما ذكر، وأخرى: يكون مقوماً له في نظره واعتباره كقوله: «إن كنت صديقي بعثك هذا». وثالثة: يكون دخيلاً في صحة العقد من جهة شرائط المتعاضين، كأن يقول: إن كنت بالغاً بعثك هذا، إن كنت مالكاً للثمن فقد بعثك مالي به، ورابعة: يكون دخيلاً في صحة العقد من جهة شرائط العوضين، كقوله: بعثك هذا بدارك إن لم تكن وقفاً، وخامساً: لا يكون شيء من ذلك، مثل: بعثك هذا إن كان يوم الجمعة.

فهذه ستة تقادير، وبالنظر إلى الأربعة، فالمجموع أربعة وعشرون تقديراً.

لكن الأولى: جعل التقديرين فيما هو دخيل في الموضوع واحداً، وجعل تقدير ما هو دخيل في صحة العقد من جهة شرائط المتعاقدين، ومن جهة شرائط العوضين واحداً، فتكون التقادير أربعة، والأربعة في الأربعة ستة عشر.

أدلة اعتبار التنجيز

قال الشيخ:

وأما الكلام في وجه الإشتراط.

أقول:

واستدلوا باعتبار التنجيز بوجوه:

الأول: قولهم: لا يعقل التعليق في الإنشاء.

قلت: إن تحقق التعليق في الإنشاء معلوم العدم، ومثل ذلك لا معنى

للبحث عن بطلانه وعدم معقوليته [١].

[١] قال الشيخ:

رَبَّمَا يَتَوَهَّمُ أَنَّ الْوَجْهَ فِي اعْتِبَارِ التَّنْجِيزِ هُوَ عَدَمُ قَابِلِيَّةِ الْإِنْشَاءِ لِلتَّعْلِيقِ، وَبَطْلَانُهُ وَاضِحٌ، لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْإِنْشَاءِ إِنْ كَانَ هُوَ مَدْلُولُ الْكَلَامِ فَالتَّعْلِيقُ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ فِيهِ، إِلَّا أَنَّ الْكَلَامَ لَيْسَ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ الْكَلَامُ فِي قَهْمِهِ... يَصِحُّ انْشَاءُ الْمِلْكِيَّةِ الْمُتَحَقِّقَةِ عَلَى تَقْدِيرِ دُونَ آخَرَ... فَلَا رَيْبَ فِي أَنَّهُ أَمْرٌ مُتَصَوِّرٌ وَاقِعٌ فِي الْعَرَفِ وَالشَّرْعِ كَثِيرًا....

وقال السيد: «التحقيق إن نفس الإنشاء بما هو إنشاء غير قابل للتعليق، إذ هو نظير الإيجاد التكويني، فكما أنه لا يمكن الإيجاد التكويني معلقاً فكذا الإيجاد الإنشائي، بل في الإخبار أيضاً لا يعقل التعليق في نفس الإخبار وإنما يجوز في المخبر به. وأما المنشأ، فيمكن أن يكون معلقاً كالمخبر به، بأن ينشئ الملكية على تقدير كذا...»^(١).

وأجاب المحقق الإصفهاني عن هذا الوجه في حاشية مطولة بما حاصله: إن الإنشاء والإخبار من وجوه استعمال اللفظ في المعنى، فحقيقة الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى بالوجود الجعلي للشيء - في مقابل الوجود الحقيقي له الذي هو عبارة عن الوجود الذهني والوجود الخارجي، غير القابلين للإنشاء - فهو لما ينشئ الملكية مثلاً يوجد التملك بالوجود الجعلي، ثم العقلاء والشارع يرتبان الأثر عليه، ولا يلزم أي محذور. ثم لو علق التملك على قدوم زيد غداً، فقد تحقق المعنى بوجوده الجعلي غير أن التعليق أفاد تأخر التملك عن الإنشاء، فإذا تحقق الشرط تحققت الملكية.

ثم إنه علق على كلام الشيخ من عدم تخلف الكلام الإنشائي عن مدلوله وأنه

(١) حاشية المكاسب ١ / ٤٤١.

الثاني: الإجماع على التنجيز.

قلت: قد يستفاد من كلمات بعض الأعلام أن التعليق يوجب عدم الجزم، وعليه، فإن عدم التنجيز ينحصر بما إذا كان المعلق عليه مجهولاً في الحين أو في المستقبل، فلو علق على ما هو معلوم الحصول كقوله: بعثك هذا إن كان اليوم يوم جمعة، فإن الجزم موجود في ذلك، فليس قولهم بأن التعليق ينافي الجزم على إطلاقه.

وقد يستفاد من كلام بعض آخر: أن التعليق يستلزم انفكاك المنشأ في مقام الفعلية في الخارج عن المنشأ في مقام الإنشاء، فكأنهم يعتبرون عدم الانفكاك بينهما، نظير البحث في الواجب المعلق، بمعنى: أنه إن علق الملكية

لا تعليق في مدلول الكلام، وأن إنشاء الملكية المتحققة على تقدير إنشاء الملكية وهي المعلقة على وجود الشرط فتوجد عنده وإلا فلا، فيدور أمر الملكية الحقيقية بين المتحققة على كل تقدير، بأنه: «إن أريد ما ذكرنا - من التعليق بلحاظ الملكية الاعتبارية، الوجود والعدم، لأن المتحقق سنخان معلق ومنجز كما يدل عليه قوله رحمه الله فيما بعد من أن المعلق هو الأثر الشرعي - فلا كلام، لموافقته لما مر من البرهان والوجدان. وإن أريد من عدم التخلف أن المدلول ثابت، لكنه على قسمين: ملكية متحققة على تقدير وملكية متحققة على كل تقدير، فالملكية المنشأة بالفعل سنخان معلق ومنجز، بأن يكون التقدير من خصوصيات الملكية وشؤونها لا من مبادي وجودها... فمجال البحث معه رحمه الله واسع، لابتناؤه على أن الملكية الحقيقية عين الملكية الإنشائية، فلها سنخان معلقاً ومنجزاً، وقد مر فساده»^(١).

على شيء كأن يقول: ملكتك إن جاء زيد غداً فالملكية تتحقق للطرف بعد حصول المعلق عليه، فانفك التملك عن الملكية، مع أن نسبة أحدهما إلى الآخر نسبة الایجاد إلى الوجود في كونهما واحداً حقيقةً.

وبعبارة أخرى: إن كان التملك قبل مجئ زيد، فهذا خلف، وإن كان بعده، لزم الانفكاك.

لكن هذا المعنى منحصر بما يكون التعليق استقبالياً، أعم من أن يكون معلوماً أو مجهولاً.

إذا عرفت هذا، فإن القدر المتيقن من معقد الإجماع هو مجمع المحذورين، وهو أن يكون مجهولاً استقبالياً. هذا أولاً.

وثانياً: فإن هذا الإجماع نظري وليس بالإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام أو الدليل المعتبر [١].

الثالث: إن العقد المتضمن للتعليق غير مشمول لآية الوفاء.

قلت: كأنه من باب أن كل عام أو مطلق اسند إليه حكم يختص ببعض الأفراد يكون مخصصاً، كما قال الشيخ في مباحث الإستصحاب^(١): أن لفظ

[١] وهكذا أجاب غير واحد من الأكابر، كالسيد والمحقق الخراساني والسيد الخوئي قدس أسرارهم، لكن بعض مشايخنا ذهب إلى أن الإجماع هو العمدة في هذه المسألة، وأنه لا مجال لإسقاطه عن الاعتبار من جهة المدركة أو المنقولة، لكثرة المدعين لها وجلالتهم وقوة كلماتهم، إلا أنه - مع ذلك - لم يجزم بالاشتراط وقال بالإحتياط الوجوبي.

«أحد» وإن كان يعم الأحياء والأموات، ولكن إذا قلت: «لا تضرب أحداً»، فيما أن «الضرب» يقتضي الإيلام، وهو غير متحقق في الميت، كان النهي المذكور مختصاً بالأحياء، فالموضوع وإن كان بحسب الظاهر عاماً أو مطلقاً، يكون مقيداً.

وفيما نحن فيه: إن ظاهر الأمر بالوفاء هو الفعلية، والفعلية تنافي التعليق، فالآية مقيدة بما يكون الوفاء به فعلياً، ولا تشمل العقود التعليقية. وبعبارة أخرى:

سواء كان وجوب الوفاء في الآية حكماً تكليفاً أو وضعياً، فإن الحكم لا يتخلف عن موضوعه، فإن لم يكن في العقد تعليق، فبمجرد تحقق العقد يتوجه إليه الحكم بالوفاء، وإن كان معلقاً على شيء لم يتوجه، فالعقد موجود والحكم غير منطبق، والحال أن الحكم لا يتخلف عن موضوعه، إذن، يجب الوفاء حيث لا تعليق، فالأمر بالوفاء خص متعلقه وحصره بما ليس فيه تعليق. فآية الوفاء لا تشمل العقود التعليقية.

وبعبارة ثالثة:

إن دليل صحة العقد عبارة عن آية الوفاء، وهي لا تعم العقد التعليقي، فلا دليل على صحته، والأصل العدم. وجه عدم عمومها له هو: إن حكم الموضوع إلى الحكم حكم العلة إلى المعلول، ولا يعقل تخلف الحكم عن الموضوع، فإذا تحقق الموضوع يلزم تحقق الحكم.

الموضوع هنا هو «العقد» والحكم «وجوب الوفاء» أي ترتيب الأثر، وهو وجوب مطلق غير مشروط، فلا محالة يكون الموضوع هو العقد غير المعلق، ولو كان معلقاً استحال أن يكون حكمه مطلقاً، فمن عدم تقيّد الحكم

في الآية نستكشف عدم تقيّد الموضوع وهو العقد، وإلا يلزم تخلف الحكم عن موضوعه.

والجواب:

إن هذا مبني على أن يكون المراد من «أؤفوا» ترتيب الأثر، وأما إن كان المراد هو ترتيب المقتضى على المقتضى، فمعنى الآية: هو العمل بمقتضى العقد، فإن كان منجزاً، اقتضى ترتيب الأثر بالفعل، وإن كان معلقاً اقتضى ترتيب الأثر على حسب التعليق ومقتضاه.

فالآية المباركة على عمومها، ووجوب الوفاء مطلق لا مشروط، وقد وقع الاشتباه في معنى «الوفاء» [١].

على أن هناك موارد كثيرة لا يترتب فيها الأثر بمجرد وقوع العقد، ففي بيع الصّرف وكذا في الوقف والهبة مثلاً: لا تحصل الملكية إلا بعد القبض، ولا يقول أحد بأن أدلة هذه الموارد مخصصة لعموم الآية، والسّر في ذلك هو ما ذكرناه من معنى «الوفاء».

الرابع: إن الإنشاءات مبتنية على الجذّ والجزم، والتعليق ينافي الجذّ والجزم.

وهذا الوجه موجود في كلمات جلّ الأساطين.
ولكنّه أخصّ من المدعى كما لا يخفى. ثم إنّه:

[١] وهذا البيان في جواب الوجه الثالث - وهو لصاحب الجواهر رحمه الله - أوفى من جواب الشيخ رحمه الله عنه، وقد اكتفى السيّد الجذّ طاب ثراه بهذا الجواب ولم يتعرض لسائر أجوبة الشيخ، ولعلّه لعدم خلوها من البحث والنظر، فراجع.

تارة: هو متردد في فعله غير جازم به، فهذا باطل، واخرى: هو جاد في فعله بداعي تحقق المعلق عليه، لكنه جاهل بما هو كائن في الخارج، فهذا لا إشكال فيه، فكما يصح الإخبار عن جزم كأن يقول: إن جاء زيد غداً يكون كذا، ولا يدري هل زيد يجيء أو لا، لكنه يعلم بأنه سيكون كذا على تقدير مجيئه، كذلك الإنشاء بقوله: بعثك هذا إن جاء زيد غداً، فهو يبيع عن جدّ وجزم ولكنه لا يدري هل سيجي زيد حقاً أو لا، فإذن، لا تعليق في إنشائه، وجهله بحال المعلق عليه غير مضر [١].

الخامس: إن التعليق عبارة عن التقييد، فلو قال: ملكتك إن جاء فلان غداً، لم يكن قيداً للنسبة، لكونها غير قابلة للتقييد لجزئيتها، والتقييد دائماً يتوجه إلى المعاني الكلية، والمعنى الحرفي جزئي. أو قل: إن النسبة غير ملحوظة باللاحاظ الاستقلالي، فلا تقبل التقييد. مضافاً: إلى أن النسبة قائمة دائماً بطرفيها، فلو تقيدت تقيّد التملك أيضاً، فيكون إخباراً عن أنه سيملك إن جاء فلان غداً، ولا يكون إنشاءً، وعلى فرض كونه إنشاءً يلزم تفكيك المنشأ عن الإنشاء.

والجواب، بناءً على التحقيق من أن المعنى الحرفي لا يقبل التقييد لكونه جزئياً، والنسبة معنى حرفي، وبناءً على التحقيق من أن التعليق غير التقييد: إن لقوله «ملكتك» نسبتين، نسبة إلى البائع نفسه ونسبة إلى المشتري، فإن كان التعليق قيداً للمالك لزم الإشكال، إذ لازمه أن لا يكون التملك فعلياً،

[١] هذا بناءً على اعتبار الجزم بالإضافة إلى القصد، وأما بناءً على عدم اعتباره لعدم الدليل عليه، فالجواب واضح تماماً.

وإن كان قيداً للمشتري، فلا محذور أصلاً، لإمكان كون نفس هذا الجزئي بالذات معلقاً على شيء.

فالبائع يعتبر فعلاً الملكيّة المضافة إلى المشتري إن جاء زيد في الغد، فالتمليك فعليٌّ من قبل البائع، والملكيّة في الغد -على التقدير المذكور- حاصلة فعلاً للمشتري في عالم الاعتبار باعتبار من البائع.

السادس: ما ذكره الميرزا الاستاذ قدّس سرّه من أن التعليق قد يناف به صحة العقد أو الإيقاع، كأن يقول: بعث هذا المتاع إن كان ملكاً لي، اعتقت هذا إن كان عبدي، ففي مثله لا مانع من التعليق، لأنه نظير القضية الحقيقيّة التي أنيط الحكم على ثبوت الموضوع وعلّق عليه، وفيما نحن فيه كذلك، فإن قوام العقد أن يكون المال ملكاً للبائع، وكذا في العتق... فإن طبع المطلب هو وجود الإناطة.

وأما في غير ما ذكر، فلمّا كانت العقود الشرعيّة نظير العهود المتعارفة بين عامّة الناس، فما أمر الله بالوفاء به، وما أحلّه، عبارة عمّا هو متداول بين الناس كافّة، وهو ما ليس بمعلق -وأما ما يكون بين الملوك والدول من العهود التعليقيّة، فذاك نادر - فالآيات ناظرة إلى ما هو متعارف بين الناس، لكونها إمضاءً لها... فالعقود التعليقيّة على خلاف المتعارف والأدلة غير شاملة لها.

وعلاوة على تنزيل الأدلة على ما هو المتعارف، يمكن أن يقال: إن المتعارف هو القدر المتيقن في مقام التخاطب، فلو قال المولى لعبده: إمض إلى السوق، كان المتيقن من الأمور به هو المشي المتعارف، فلا يقال إنه عام ليشمل المشي القهقرائي.

وكذا لو أمره بأكل الطعام، فليس له الأكل من القفاً أخذاً بإطلاق الكلام، وهو يحتمل أن المولى يريد الكيفية المتعارفة من الأكل.
وهنا: القدر المتيقن في مقام التخاطب هو غير المعلق.
والجواب:

إن هذا الوجه يتوقف على تمامية دعوى أن موضوع آية الوفاء ليس إلا العقود المتعارفة، وذلك أول الكلام، بل العموم في الآية المباركة محكم كما ذكرنا مراراً.
وبعد:

فإن الوجه المقامة على بطلان التعليق في العقود منها شرعية، مثل الإجماع، وآية الوفاء بالعقود، بدعوى أن موضوعها العقود المتعارفة والتعليق ليس بمتعارف، فالعقد المعلق غير نافذ شرعاً.
وقد عرفت أن الإجماع المدعى في المسألة ليس بالإجماع الكاشف عن رأي المعصوم أو الدليل المعتبر، فهو ليس بحجة، وأن العموم في الآية المباركة ثابت ولا مجال لرفع اليد عن عمومها.
ومنها: عقلية، مثل أن الإنسان إذا أراد تحقق شيء اعتبر أن يكون الشيء ممكن التحقق حتى تتعلق به الإرادة، ومع جهله بتحقيقه خارجاً لا تكون إرادته له جديّة.

وقد تقدم الجواب عنه.

ومثل: لزوم انفكاك الإنشاء عن المنشأ.

وقد تقدم الجواب عنه كذلك.

ونقول أيضاً:

إن القضايا التعليقية إما شرطية أو غير شرطية، ففي الشرطية: مقدّم وتالي، فإذا قال: إن جاء ابني غداً ملكتك هذا بهذا، فمجنى الولد غداً هو المقدّم والتعليق هو التالي، وهو تابع للمقدّم، فإن كان حالياً فهو حالي وإن كان استقبالياً فهو استقبالي، لكن الكلام في أن أيهما المعلق؟ وإذا كان هو التالي، فإن: ملكتك هذا بهذا الواقع تالياً في هذه القضية، مركّب من المادّة والهيئة، فالمادّة هي التملك، والهيئة هيئة اسناد المادّة إلى الفاعل، واسنادها إلى الطرف المقابل، واسنادها إلى الملك الذي يقع عليه البيع مثلاً وهو المتاع، فأين يقع التعليق على مجنى زيد في الغد؟

إن كان للمادّة، فإن الزمان من الأعراض، فلا يعرض العرض ولا يعرض الأمر الاعتباري بالأولوية، لكن يصح أن يكون مقدّراً للعناوين الاعتبارية بالأفعال، كما إذا قال: «صلّيت في اليوم»، فالصلاة عرض لا جوهر، و«اليوم» مقدّر ومحدّد له، وكذا «تكلم في الليل» و«خطب ساعة» وغير ذلك، فقله: إن جاء ابني غداً ملكتك متاعي، إن كان إنشاء الآن للملكية في الغد، فلا بأس به، فالإنشاء والمنشأ - وهو الملكية في عالم الاعتبار - حاصلاً الآن، وأمّا الملكية الخارجيّة فهي في الغد.

وبالجملة، فإنه قد أنشأ ملكية خاصّة وهي الملكية في الغد، فالملكية الإنشائية فعلية كالإنشاء ولا انفكاك بينهما، وإنما الخارجية غير فعلية، ولو يفرض لها الفعلية يلزم الانفكاك بين الإنشاء والمنشأ - فالإنشاء كالإخبار كأن يقول له: أنت مالك لهذا المتاع إن جاء زيد غداً، فكما يصح هذا القول - والإخبار لا ينفك عن الخبر - فكذلك الإنشاء.

نعم، يتوقف ترتب الأثر الشرعي على هذا الإنشاء على وجود دليل من قبل الشارع، وهو عموم آية الوفاء.

وتلخص: انتفاء محذور الانفكاك.

ومثل: إنه لو علق مضمون العقد بشيء، فإن كان موجوداً بالفعل فخلف، لكونه خلاف مقتضى الإنشاء لأنه قد علقه على الغد مثلاً، وإن كان وجوده بعد حصول الأمر التقديرى، يلزم انفكاك الوجود عن الوجود، وهو مستحيل.

والجواب: إن مضمون العقد «ملكك هذا إن جاء زيد غداً» مشتمل على مادة وثلاث نسب ومتعلقات.

والتعليق، إما يكون في مادة الملكية، وهي من المعاني الكلية، بأن يلحظ الملكية المعلقة وينشئها فتوجد في عالم الاعتبار، فيكون التعليق مضيئاً لدائرة المفهوم الكلّي الواسع اعتباراً، ولا إشكال.

وقد كان منشأ الوهم: إن الإنشاء فعلي والملكية تحصل للطرف في الغد إن جاء زيد، فلزم الانفكاك.

لكنه يندفع بما ذكرنا، من أن الملكية الاعتبارية المنشأة فعلية كذلك، والذي يكون في الغد على التقدير هو الملكية الواقعية الخارجية.

وعلى الجملة، فإن المعبر بإنشائه هو الملكية الخاصة بأي المعلقة على القيد المذكور - وهي موجودة بوجود الإنشاء، لأن الإنشاء والمنشأ واحد في الحقيقة ووجودهما واحد، فلا انفكاك.

وإن كان التعليق للنسبة، فإن كان لنسبة المادة إلى المفعول الأول أو الثاني، فالأمر سهل، إذ يقول: «أنشأت ملكية هذا المتاع لك إن فعلت كذا»

ولامانع منه، إذ المقوم للنسبة هو المضاف وهو الملكية الخاصة، وإن كان
 لنسبة المادة إلى الفاعل البائع، فهو ممتنع، لأن معنى ذلك أن تملكه المتاع
 للطرف الآخر إنما هو في الغد، فكان الإنشاء والاعتبار فعلياً لكن المنشأ
 والمعتبر في الغد، فيحصل الانفكاك، وهو محال، أو يخرج الكلام عن كونه
 إنشاءً ويكون إخباراً.

فظهر أن التعليق إن كان راجعاً إلى المادة أو إلى المفعول، فلا محذور،
 وإنما المحذور في صورة الإسناد إلى الفاعل.

مسألة التطابق بين الإيجاب والقبول

قال الشيخ:

ومن جملة الشروط التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا في المضمون، بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص، من حيث خصوص المشتري أو المثلث أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد. ووجه هذا الاشتراط واضح....

أقول:

ليس المراد المطابقة اللفظية بل المطابقة من حيث المعنى، فلما كان العقد هو العهد المشدود والمرتبط بعهد آخر، فلا بد وأن يتطابق العهدان، إذ العقد في الحقيقة هو التعاقد، ولولا التطابق لم يتحقق التعاقد.

فمقتضى العقد هو التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو قال: بعثك هذا، وقال الآخر بدل قبلت البيع: قبلت الصلح، لم يكن التطابق، بل هما إنشاءان أجنبيان لا ربط لأحدهما بالآخر. إذن، يجب أن يكون الإيجاب والقبول ماهية واحدة.

وأيضاً: يعتبر الوحدة بين العوضين، فلو كان المبيع هو الحنطة ومورد القبول هو الشعير، لم يتحقق العقد؛ ولو باع الحنطة بعشرة دراهم فقال المشتري: قبلت الحنطة بخمسة دراهم، لم ينعقد البيع.

وأيضاً: يعتبر الوحدة في المتعاقدين، فلو قال: بعته من موكلتك بكذا، فقال: اشتريته لنفسي، لم ينعقد.

وهذا في الجملة ضروري، وهو من القضايا التي قياساتها معها، لأن العقد - كما ذكرنا مراراً - هو العهد المؤكد أو المشدد، أي المرتبط بعهد، فهو معاهدة بين طرفين، ولولا المطابقة لم يتحقق المعاهدة، بل هما كلامان أجنيان.

إن كل عقد فهو مركب من الماهية، أي ماهية المعاملة كالبيع والإجارة والنكاح، ومن المتعاقدين، ومما يقع عليه العقد من العوضين كما في البيع، أو لا عوض له كالهبة والوقف والرهن، ومن المتعلقةات.

المطابقة ضرورية في الماهية، فلو قال: «بعتك الجارية بكذا» فكان القبول: «قبلت تزويجها» أو قال: بعتك الدار، فقال: استأجرتها... وهكذا، بطل العقد، لعدم المطابقة بين الإيجاب والقبول في ماهيته.

وأما المتعاقدان، ففيه تفصيل.

فإن كانا ركنين في العقد كما في النكاح والبيع، فلا بد من تعيينهما من حيث الأصول والوكالة والتطابق، فلو قال: بعتك الدار فقال: قبلت البيع لموكلتي، بطل.

وإن لم يكونا ركنين.

فتارة: يصرح من حيث الأصول والوكالة، كأن يقول: بعت هذا لنفسك، فلو قال: قبلت لموكلتي، بطل، أو يقول: بعت هذا لموكلتك، فيقول: قبلت لنفسي، كان باطلاً، فالتطابق في هذه الصورة معتبرة كذلك، ولولاه فلا معاهدة بينهما، والعقد غير متحقق.

واخرى: لا يصرح، وفيه تفصيل أيضاً.

فإن كان المبيع عيناً خارجية، ولا تفاوت في الغرض بين الأشخاص،

كما لو قال: «بعتك هذا» وهو يرى أنه سيقبل لنفسه لكنه قال: «قبلت لموكلّي» صحّ العقد، لأنه لم يصرح بالأصالة والوكالة، ولم يتعلّق غرضه بأن يملك العين لشخص القابل. ولو قال: بعتك هذا، فقال الوكيل: قبلت لموكلّي، كان صحيحاً بالأولوية.

وأما إن كان أحد العوضين في الذمة ولا تصريح من حيث الأصالة والوكالة، كأن يقول: بعتك هذا بكذا في ذمتك، أو يبيع الحنطة التي في ذمته بكذا ثمن نقداً فيقول: قبلت لموكلّي، ففيه إشكال، لأنّ الموجود في الذمة متشخص بها، والشيء في ذمة زيد يغيره في ذمة عمرو، وإن كانا متماثلين في الجنس والخصوصيات، فلم يتوارد الإيجاب والقبول على المورد الواحد.

وأما التطابق في العوضين، فقد يبيع الشيء المعلوم بجميع خصوصياته كأن يقول: بعتك هذه الحنطة بعشرة دراهم، فيقول المشتري: اشتريت نصفها بخمسة دراهم. وقد يبيع الشئيين المتماثلين لاثنين بإيجاب واحد بثمان واحد، يقول: بعتهما هذين الشئيين بكذا، فيقول أحدهما: اشتريت أحدهما بنصف القيمة، وأما الثاني فلا يقبل، وقد يبيع الشيء بثمان فيقبله المشتري بأكثر منه، كأن يقول: بعتك هذا بخمسة دراهم، فيقول المشتري: قبلت بعشرة دراهم. وقد يبيع الشيء المشاع لاثنين، كأن يبيع كمية خاصة من الحنطة لهما بعشرة دراهم، فيقول أحدهما: قبلت هذا النصف المعين بخمسة دراهم، ويقول الآخر: قبلت النصف الآخر بخمسة دراهم. أو قال البائع: بعتهما هاتين الصبرتين مشاعاً بعشرة دراهم، فقبل كل منهما إحدى الصبرتين بخمسة دراهم.

وأما التطابق في الخصوصيات، كأن يبيع مشروطاً لنفسه خيار الفسخ فيقول: بعثك هذا بهذا على أن يكون لي خيار الفسخ، فيقبل المشتري البيع دون الخيار، أو يقول: بعثك هذا بهذا بشرط أن تخيط لي ثوباً، فيقبل البيع بلا شرط.

فالمشهور بين الفقهاء: أن تعذر الشرط أو تخلفه موجب للخيار، فيظهر أن الشرط أمر خارجي لا يوجب تخلفه بطلان العقد، وعليه، فما الدليل على البطلان في هذا الفرض كما اختار الشيخ؟

وأيضاً، فقد اتفقوا على ثبوت خيار تبعض الصفقة للمشتري، فله أن يحتفظ بما يقبل التملك من المبيع ببعض الثمن، وهذا هو مقتضى القاعدة، فلماذا يكون البيع باطلاً إن اشترى النصف بنصف الثمن؟

وبالجملة: إذا كان خيار تخلف الشرط وخيار تبعض الثمن على القاعدة، كان مقتضى تلك القاعدة القول بثبوت الخيار فيما نحن فيه. ولكل من استأدنا هنا بيان:

فقال الميرزا الاستاذ: إن ثبوت خيار تبعض الصفقة فرع لصحة العقد، فلا يكون ثبوته منشأ لصحته [١].

[١] وفي منية الطالب: «ومما ذكرنا ظهر أنه لا بد من اتحاد المنشأ حتى بالنسبة إلى التوابع والشروط، فلو أنشأ أحدهما مع شرط وقبل الآخر بلا شرط، أو باع البائع عشرين وقبل المشتري أحدهما، وغير ذلك مما هو نظير لما ذكرناه، لم يصح أيضاً، لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر، ولا يفيد لصحة العقد المختلف فيه من حيث الإنشاء ثبوت خيار تبعض الصفقة والتوقف على الإجازة اللذان هما من آثار العقد الصحيح، لأنه لا بد أولاً

وقال شيخنا الأستاذ: «صحة العقد في مورد تبعض الصفقة إذا كانت على القاعدة، فلا محالة يتوقف الصحة على وقوع المعاهدة على الفاقد للشرط وعلى بعض الصفقة، وحينئذٍ فالقبول بلا شرط أو قبول النصف بنصف الثمن، لا يمنع عن تحقق المعاهدة، فاللزام تحقق المعاهدة بالإضافة إلى ما يراد الحكم بصحته. فتدبر»^(١).

أي: إن معنى ثبوت الخيار في الموردين هو أن تبعض الصفقة وتخلّف الشرط لا ينافيان تحقق المعاهدة، ولو كانا ينافيان لقالوا بالبطلان، فلماذا تقولون هنا بالبطلان؟

وعلى الجملة، فإن مقتضى القاعدة ثبوت الخيار، كسائر موارد خيار تخلّف الشرط وخيار تبعض الصفقة، فالقول بكون الخيار في تلك الموارد على القاعدة، والقول ببطلان البيع هنا متنافيان، إذ لا فرق بين صورة تخلّف الشرط بعد وقوع البيع، وصورة عدم قبوله من أول الأمر.

وما ذكره الميرزا الأستاذ من أن سبب ثبوت الخيار عند تبعض الصفقة - فيجوز له أن يحتفظ ببعض المال ببعض الثمن - هو وقوع العقد صحيحاً على ذلك البعض الذي يمسكه المشتري، وكذا في مورد تخلّف الشرط، فإن

من صحة العقد باتّحاد المنشأ، بأن يتقبّل المشتري ما يملكه البائع وما لا يملكه كليهما، حتى يتخيّر بين الفسخ والإمضاء لو علم بالحال، فما يترتب على الصحة لا يمكن أن يكون منشأ للصحة...»^(٢).

(١) حاشية المكاسب ١ / ٢٩١.

(٢) منية الطالب ١ / ١١٤.

جواز احتفاظه بالشيء مع تخلف العقد متفرع على صحة العقد الواقع على ذات المبيع.

فيه: إن ثبوت خيار تبعض الصفقة ليس على أثر صحة العقد، بل هو على أثر نفوذ العقد بالنسبة إلى بعض الصفقة وعدم نفوذه بالنسبة إلى البعض الآخر، وهذا بعينه يقتضي ثبوت الخيار فيما نحن فيه، لأن العقد بالنسبة إلى ما قبل نافذ وبالنسبة إلى ما لم يقبل غير نافذ، فلا فرق بين مورد البحث وموارد خيار تبعض الصفقة... وكذا الأمر في خيار تخلف الشرط بلا فرق.

وبعبارة أخرى: منشأ الخيار هو تأثير العقد في البعض، بأن يكون مالكا له لصحة العقد، وعدم تأثيره في البعض الآخر، لعدم كونه ملكا للبائع أو كون فاسداً مثلاً، فالعقد بالنسبة إليه فاسد، وهذا المنشأ بعينه موجود فيما نحن فيه، ولا وجه للقول بالفساد هنا [١].

والتحقيق:

فيما لو باع شيئاً وقبل المشتري نصفه بنصف الثمن، وأمثال ذلك، إنه إذا عرضت صفة على مركب فإنها تنبسط على جميع أجزائه، لأن المركب عبارة عن نفس الأجزاء بالأصل، فكل جزء من أجزائه يتصف بتلك الصفة

[١] أقول: وقال المحقق الإيرواني بالصحة ببيان آخر وهذه عبارته معلقاً على

قول الشيخ «أو توابع العقد من الشروط»: «إذا كان فساد الشرط لا يخل بصحة العقد، فعدم قبول المشتري للشرط الذي تضمنه الإيجاب أولى بعدم الإخلال»^(١).

لا محالة، فإذا باع مجموع الصَّفقة فقد عرضت الملكية على أجزاء تلك الصَّفقة بأسرها، فإذا قبل المشتري بعض الصَّفقة بنصف الثمن ولم يقبل الآخر، لم يصح، لأن ملكية البعض الذي قبله متفرعة على العقد، وتامة العقد موقوفة على قبوله، فلا معنى لتقدّم الملكية على القبول.

وبعبارة أخرى: إن السبب المملّك هو العقد، والذي انبسط على أجزاء المبيع هو التمليك الإنشائي للبائع، لكنّ تملّك المشتري للبعض موقوف على العقد وتامة العقد موقوفة على قبول المشتري، فكيف يكون مالكا للنصف وهو غير قابل للعقد؟

أمّا في موارد خيار تبعض الصَّفقة، فالمفروض تامة العقد، إذ البائع أوجب البيع بالنسبة إلى الصَّفقة كلّها، والمشتري قبل ما فعله البائع، وانبسط العقد على جميع الأجزاء، وحصل التطابق بين الإيجاب والقبول، غير أنّه قد ظهر بدليل شرعي عدم صلاحية نصف المبيع لملكية المشتري، فهو لا يملك هذا النصف ويملك النصف الآخر، وحيث كان من قصده شراء كلّ الصَّفقة لا نصفها، فله الخيار في الالتزام بالعقد وإنفاذ المعاملة بالنسبة إلى النصف، وعدم الالتزام به وفسخه.

فظهر أنّ الصحيح هو البطلان فيما نحن فيه وفاقاً للشيخ، وظهر الفرق بينه وبين موارد الخيار.

هذا بالنسبة إلى خيار تبعض الصَّفقة.

وتلخص:

ضرورة التطابق بين الإيجاب والقبول في الجهة الاولى وهي مادة المعاملة، وإلا لم يتحقق العقد.

وأما في الجهة الثانية، وهي في المتعاقدين، فقد كان لنا تفصيل.
الجهة الثالثة: التطابق فيما يقع عليه العقد سواء المعاوضي وغير
المعاوضي.

إنه لا بد من التطابق في هذه الجهة، والاختلاف من حيث الشخص
والصنف مضر بصحة العقد، لأن عنوان العقدية متقوم بوحدة العهدين،
ولولا توافقهما في العهد فلا يتحقق العقد.

أما لو وقع الاختلاف بينهما من حيث البعض والكُل، فهنا ربما يقال
بالصحة والخيار.

وما يمكن أن يبرهن به على هذا القول هو: إن كل صفة تعرض على
المركب لا محالة تكون عارضة لأجزائه، إذ ليس المركب غير الأجزاء، فلو
باع الدار بمائة دينار فقال المشتري: قبلت نصفها بخمسين ديناراً، صح العقد
وثبت الخيار للبائع، نظير ما لو باع شيئاً وقبل المشتري ثم بان أن بعض الثمن
ليس ملكاً للمشتري، فله خيار تبعض الصفقة كما تقرر في محله.

وفيه: إن المشتري إنما يملك ما أوجب العقد ملكيته له، فالمؤثر هو
الملكية العقدية لا الملكية الإنشائية من ناحية البائع، والملكية العقدية عبارة
عن توافق العهدين على الشيء الواحد، والعهد أمر بسيط، وهو ينحل
انحلالاً عقلياً على كل جزء جزء من المركب ويكون مورداً للعهد، وهذا
التوافق غير متحقق إلا بأحد النصفين، أما النصف الآخر فلا توافق عليه، لأن
عهد البائع بالنسبة إليه ضمني وعهد المشتري استقلالي، وإذا اختلف
العهدان لم يتحقق العقد.

وبعبارة أخرى: العهد الضمني الانحلالي للنصف لا ثبوت له إلا بثبوت

الكل، فلما تعهد البائع بالنسبة للكل فقد تعهد بالنسبة للنصف ضمناً، لكن المشتري بقبوله للنصف فقط تعهد بالنسبة إليه بالاستقلال، فلو أريد إيجاد توافق العهدين بالنسبة إلى هذا النصف الذي قبله المشتري لزم أن يكون من ناحية القبول، ولكن القبول متوقف على تحقق العهد من البائع بالنسبة إليه - لأن القبول فرع الإيجاب - فيلزم الدور.

هذا بالنسبة إلى الجهة الثالثة.

وأما الجهة الرابعة، وهي التطابق في التوابع والخصوصيات [١]، فإن

[١] وقد كانت هذه الجهة محط النظر ومعركة الآراء، حتى أن مثل السيد الخوئي اختلف رأيه فيها، إذ اختار أولاً الصحة^(١) ثم عدل إلى القول بالبطلان قال: «والوجه في ذلك ما نذكره في مبحث الشروط من أن مرجع اعتبار الشرط في العقد إما إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشيء، أو إلى تعليق لزمه على شيء، أو تعليقهما معاً. أما الأول، فكاشتراط شرط في عقد الزواج، أما الثاني، فكاشتراط الكتابة في العبد المبيع، وأما الثالث، فكاشتراط عمل في البيع ونحوه. ونذكر في البحث المذكور أن تعليق اللزوم يرجع إلى جعل الخيار، وجعل الخيار إنما يرجع إلى تحديد المنشأ، وفي جميع ذلك يكون عدم التطابق موجباً للبطلان»^(٢).

وعلى الجملة، فإن التحقيق في المسألة يكون مع لحاظ المبنى في الشروط، من حيث وحدة المطلوب وتعدد، وأن الالتزام العقدي يلزم الالتزام اللزومي أولاً، وأن فساد الشرط مخّل بصحة العقد أولاً، وأيضاً بالنظر إلى صور الشرط.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢ / ١٤٠.

(٢) مصباح الفقاهة ٣ / ٧٣.

للشرايط صوراً، فإن كان المبيع كلياً والشرط منوعاً له، فوقع الاختلاف، بطل العقد، لأن الإيجاب والقبول مع اختلاف العوضين جنساً أو صنفاً أو نوعاً، غير واردين على موردٍ واحدٍ، وهو موجب للبطلان كما تقدم.

وإن كان الشرط أمراً خارجاً، كما لو باع بشرط الخيار وكان قبول المشتري بدون الخيار، وظاهر معنى البيع بشرط الخيار هو نفي ما كان يقتضيه ظاهر حاله من الالتزام بالعقد وعدم الرجوع عنه، لكن المشتري إنما يقبل بلا خيار للبائع، فمقتضى القاعدة صحة العقد، لأن التزام البائع بالعقد خارج عن ماهيته، فالعقد واقع، غير أن المشتري يطلب من البائع الالتزام به وهو لا يريد، فهما متوافقان على العقد ومختلفان فيما هو خارج عن حقيقة. أما لو باعه الدار واشترط عليه خياطة ثوبٍ له مثلاً، فإن كان تملكه منوطاً بالخياطة، فما لم تتحقق لم يجز له التصرف، لكنهم يقولون بصحة العقد، وهذا يكشف عن أن العقد غير منوط بالشرط، فهنا احتمالان:

فالمحكي عن المشهور هو الصحة، لأن المنوط به الالتزام بالتملك هو التزام الطرف الآخر بخياطة الثوب، فإذا التزم صح العقد لتحقيق الالتزام من الطرفين، وأما اختلافهما في الشرط فلا يضر بالعقد لأنه خارج عن حقيقة. لكن الإنصاف أنه بعيد عن ظاهر الكلام، فإن قول البائع: ملكتك هذا بشرط أن تخط لي ثوباً، ظاهر في إناطة التملك، فإذا قال: قبلت من دون الالتزام بالشرط حصل الاختلاف وبطل العقد.

وقد اختار السيد الجد البطلان في الصورة المتنازع فيها، بعد أن وجه القول بالصحة وناقش ما ذكره شيخه النابني في وجه البطلان.

مسألة وقوع كل من الإيجاب والقبول في حال يجوز لكل منهما الإنشاء

قال الشيخ:

ومن جملة الشروط في العقد: أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حالٍ يجوز لكل واحد منهما الإنشاء....
أقول:

يعتبر في صحة العقد: أن يكون كل من المتعاقدين واجداً للشرائط في حال إنشاء الآخر، فإذا أوجب البائع الإيجاب الذي يصح منه في حال، اعتبر أن يكون على ذلك الحال في حين إنشاء الطرف المقابل للقبول، مثلاً: إذا قال بعث ثم نام أو جنّ، فقال الطرف قبلت، لم يؤثر.

وهكذا الأمر بالنسبة إلى الشرائط الشرعية، فلو قال «بعث» وحجر عليه الحاكم الشرعي أو عرض عليه الرقية مثلاً، لم يؤثر قبول القابل.

وهذا من الشرائط العقلية المقومة لماهية العقد، فقد ذكرنا مراراً أن الإنشاء من أطوار استعمال اللفظ في المعنى، والعقد إنشاء من الطرفين، وهو أمر قصدي، فلو كان في حالٍ لا يتمشى منه القصد فلا إنشاء، فإذا قال المجنون أو المغمى عليه أو النائم: «بعث» لم يؤثر.

ومن الشرائط ما هو معتبر في الشرع، كأن يكون بالغاً، فالصغير - وإن أنشأ عن قصد للمعنى - لا يؤثر إنشاؤه، والمفلس ينشئ عن قصد لكن لا أثر له لكونه محجوراً عليه، وكذا السفیه، والرق يتحقق منه الإنشاء وهو قاصد

للمعنى، لكن لا يترتب عليه الأثر شرعاً.

فالشروط إما عقلية وإما شرعية كما أوضحنا.

فكل من الموجب والقابل يعتبر فيه أن يكون عند الإنشاء على حال يترتب الأثر على إنشائه بحسب الشروط العقلية والشرعية، وأن يكون باقياً على تلك الحال حتى إنشاء الطرف المقابل، فإذا تحقق ذلك تحقق العقد. إنما الكلام في أنه هل يترتب الأثر على القبول إن لم يكن القابل واجداً للشروط العقلية والشرعية في حين إيجاب الموجب وإن كان واجداً لها عند القبول، أو لا يترتب؟

مثلاً: لو كان القابل في حال إيجاب الموجب نائماً أو كان رقاً، ثم أنشأ القبول في حال اليقظة والحرية، فهل يؤثر؟ ولو أنشأ الموجب الإيجاب واجداً للشروط ثم فقد بعضها، فهل يؤثر قبول القابل والحال هذه؟

قال الشيخ:

ثم إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والإغماء بل النوم، فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقدة والمعاودة حيثئذ... وإن كان لعدم الاعتبار برضاها، فلخروجه عن مفهوم التعاهد والتعاقد....

فالشيخ يعتبر وجدان الشروط مطلقاً، غير أنه إن كان فاقداً للشرط العقلي، كالنوم والإغماء والجنون... فلعدم تحقق المعاودة، وإن كان فاقداً للشرط الشرعي، فلخروجه عن مفهوم التعاهد والتعاقد عرفاً.

ثم قال:

والأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب

السابق، وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير، فصحة كل من الإيجاب والقبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب وبه يتم معنى المعاقد.

وقد جعل الشيخ المدرك لما ذكره، قول الفقهاء بأن الموجب يعتبر أن يبقى على تعهده، ولذا لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق وبطل العقد، لأن ذلك يفيد أن ما أنشأه الموجب لا بد أن يبقى ويستمر من حينه إلى حين القبول من الطرف.

وتعرض في الأثناء للوصية جواباً لإشكالٍ مقدّر فقال:

«وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصي، فهو شرط تحققه لا ركن، فإن حقيقة الوصية الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، ولو ردّ جاز له القبول بعد ذلك».

وذلك: إنه لو أوصى إلى زيد ولم يعلم بها زيد حتى مات الموصي، فقبلها، صحت الوصية، فكيف ذا والشرائط غير مستمرة إلى وقت القبول؟ فأجاب: بأن حقيقة الوصية: الإيصاء، فهي إيقاع لا عقد، والقبول شرط لصحته، ويشهد بذلك: أنه لو أوصى وصية تمليلية فمات الموصى له قبل القبول، قام وارثه مقامه، مع أن الوارث لم يكن طرفاً للوصية، فمن هنا يستكشف أن الوصية ليست عقداً من العقود، بل القبول من الموصى له أو من وارثه من شروطها.

وتعرض الشيخ في الأخير -بعد ذكر اعتبار استمرار الرضا النفساني من كل من المتعاقدين بدءاً بالإيجاب وانتهاءً بالقبول - للرّضا في مسألة بيع المكره، فقال:

ثم إنهم صرّحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكروه... لأجل الإجماع.
فهذا نقض آخر، لأنه إذا كان الرضا بعد الإيجاب والقبول مؤثراً مع كونه
من الشرائط المعتبر وجودها في العقد، فلم لا يكون حصول الشرائط قبل
القبول مؤثراً؟

وأجاب: بأنه على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.
وقال السيد:

لا دليل على هذه الكليّة، وعدم صدق المعاقدة والمعاودة إنما يتم في
بعض الفروض، كما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل
للتخاطب من جهة الإغماء أو النوم أو الجنون، وأمّا في بقيّة الصّور فنمنع
عدم الصّدق، خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك وأن
المشتري يقبل لا محالة، وكذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقة أو
السفه...^(١)

وحاصله: إنه لا دليل على اعتبار توفر الشرائط في العقد من البدء إلى
النهاية.

وكانه يريد التفصيل بين الشرائط العقلية والشرعية، بالاعتبار في
الأولى فقط، بل يستفاد من كلامه اعتبار وجود الشرائط العقلية في القابل
حين إيجاب الموجب، أمّا الشرعية، فيكفي وجودها حين القبول منه، فلو
أوجب الموجب فنام ووقع القبول في حال نومه صحّ.
وقد وافق مشايخنا الشيخ فيما ذهب إليه، فقال شيخنا الاستاذ:

(١) حاشية المكاسب ١/ ٤٤٦.

«أما عدم الأهلية لما يوجب امتناع تحقق المعاهدة والمعاقدة، كموت الموجب أو نومه أو إغمائه أو جنونه حال قبول القابل مثلاً، فإن مناط عهد كل منهما والتزامه وإن كان حياة المتعهد وعقله ويقظته، وهي مفروضة الحصول هنا، إلا أن مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونهما معاً كذلك في حال الإيجاب وفي حال القبول، إذ معية المتعاقدين ليست معية جسم مع جسم ولا معية حيوان مع حيوان، بل معية شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير ويلتزم له الغير، وآلا فلا ينقدح القصد الجدّي في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو الحمار، وعلمه بالتفاتة فيما بعد لا يصحّ المعاهدة معه فعلاً...».

وحاصله: إن عنوان «المعاقدة» و«المعاهدة» متقوّم بالمعية، وهي ليست خارجيّة بل نفسانيّة وهي العهد، وقوام العهد بالاتفات والإدراك، فلا بد أن تكون بينهما معية في الشعور والإدراك والاتفات من أول العقد إلى آخره، فلو فقد شيء من الشرائط في أحدهما عند إنشاء الآخر، انتفت المعية، والعقد غير متحقق.

قال: «ومنه تبين أن جعل الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع غير وجيه أيضاً، إذ الإجماع لا يجعل غير العقد عقداً، بل عقد حقيقي منوط تأثيره بتبدّل الإكراه بالرضا الطبيعي، فإذا تبدّل دخل في التجارة عن تراض حقيقة»^(١).

وحاصله: إن مؤثرية لحوق الرضا على القاعدة خلافاً للشيخ، لأن

المكره ملتفت إلى المعنى قاصداً له، غير أنه مكره على هذا القصد ولم يصدر منه عن طيب نفس، كما لو كان مضطراً إلى بيع داره مثلاً، حيث أن الرضا العقلي موجود وإن لم يكن عن طيب نفس، فإذا لحقه الرضا أثر أثره، وأما إذا كان مكرهاً على العقد بحيث لا يكون قاصداً للمعنى وكان مجرد قلقلة اللسان، فلا أثر للرضا اللاحق أصلاً.

وقال الميرزا الاستاذ ما حاصله:

إنه كما يكون إنشاؤه في حال فقد بعض الشرائط العقلية لغواً، كذلك يكون بالاعتبار الشرعي إذا أنشأ في حال فقد شيء من الشرائط الشرعية، فبطلان العقد يرجع إلى عدم القصد حقيقة أو تنزيلاً.

وأما لحوق الرضا في بيع المكره فعلى القاعدة [١].

فنقول:

إن مقتضى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وجود العقد وتحققه، والعقد - كما ذكرنا

[١] وفي منية الطالب: «لا فرق بين الموت والجنون ونحوهما وبين الفلاس والرقية ونحو ذلك، لأن المدار في التطابق بين المشتري والبائع حال العقد على اجتماع جميع شرائط الصحة وال لزوم. وبعبارة أخرى: المدار على ما به يصير العقد عقداً. نعم، رضا المشتري حين إيجاب البائع وكذا العكس غير معتبر في صحة العقد والمعاودة، لأن ما يعتبر في صدق العقد هو قصدهما لإيجاد المادة لا رضاها به، فلا يكون صحة المكره إذا لحقه الرضا على خلاف القاعدة»^(١).

مراراً - هو العهد المشدد أو المؤكد أي المرتبط بعهد آخر، إذن، لا بد من العهد من الطرفين والارتباط بينهما، أما اعتبار وجود العهد من كل منهما في حين عهد الآخر، فلا دليل عليه من الآية وغيرها، فلو أوجب البيع مثلاً واجداً للشرائط ولم يكن للقابل عهد أو ما كان واجداً للشرائط، ثم حصل له العهد أو توفرت فيه حين القبول قبل، كان مقتضى القاعدة الصحة، لصدق الارتباط بين العهدين المحقق لعنوان العقدية، ولا يلزم أن يكون الارتباط في زمان واحد. إذن، لا بد من الدقة في هذه الناحية، فإن الارتباط بين العهدين الواجدين للشرائط مقوم للعقد، ولكن لا يلزم أن يكون في زمان واحد، فلو حصل العهد الإيجابي في زمان وبقي مستمراً إلى العهد القبولي الواقع في زمان آخر، لماذا يكون باطلاً؟

تحقيق المقام

وتحقيق المقام بعد رسم مقدمة فيها أمور:

الأول: إن الإنشاء - كما ذكر من قبل - طور من أطوار استعمال اللفظ، وهو من الأمور القصدية.

والثاني: إن العقد، عبارة عن العهدين المؤكد والمشدد أحدهما بالآخر. والثالث: إن ما يصدر من الموجب مسند إلى غيره، وهو إما كاف الخطاب إذ يقول: بعثك، أو اسم صريح مثل: بعث من زيد، أو ضمير كقوله: بعته. فعلى كل حال يحتاج إلى مسند إليه، والبيع وإن كان مبادلة مال بمال، لكن لا بد من وجود من تتحقق المبادلة بين ماله ومال البائع، وأيضاً: تتوقف حلية هذه المبادلة على القبول من الطرف الآخر، فلا ينطبق قوله تعالى ﴿أَحْلَ

اللَّهُ يَبِيعُ» إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْمَبَادَلَةُ بَيْنَ الْمَالَيْنِ بِوُجُودِ الطَّرْفِ الْآخَرِ وَرِضَاهُ بِالْمَبَادَلَةِ... إِذَنْ، لَا بَدْءَ مِنَ الْارْتِبَاطِ بَيْنَ الْعَهْدَيْنِ.

والرابع: قولنا «معاهدة» و«مبايعة» و«معاقدة» متقوّم بالاثنتين كما ذكرنا، ولكن لا يلزم فيه الوحدة الزمانية، فالمفاعلة تصدق مع تعدّد الزمان، فلو كتب أحد الشخصين الآن وكتب الآخر في وقتٍ لاحق، صدق عنوان «المكاتبة» على فعلهما حقيقة، وكذا المكاملة والمخاطبة والمناولة.

إن «المفاعلة» متقومة بالاثنتين مع التطابق بينهما، بأن يكون عهدٌ وعهد، عقد وعقد، تكلم وتكلم، أمّا أن يكونا في زمان واحد، فلا.

والخامس: إن الأوصاف على أنحاء.

فمنها: ما لا يتمشى القصد من المتّصف بها، كالنائم والمغمى عليه والمجنون، فهؤلاء لا قصد لهم ولا يمكن المعاهدة الجديّة معهم.

ومنها: ما يتمشى معه القصد ويمكن المعاقدة الجديّة مع المتّصف بها، ولكن لا اعتبار لذلك شرعاً، كالسفيه، والمفلس، والصبي المراهق، وأمثالهم....

وبعد الفراغ من المقدّمة نقول:

لو أوجب البائع البيع واجداً للشرائط المعتبرة عقلاً وشرعاً فمات، فقد خرج الشيء ملكه ولا أثر لقبول القابل، لعدم الموضوع، وكذا الكافر الحربي إذا استرقّ بعد الإيجاب وقبل القبول، فإنّ المال يكون لمولاه ولا موضوع للقبول حينئذٍ، ولو عرض عليه الإفلاس أو السّفه فكان معجوراً عليه، خرج المال عن ولايته ولا أثر للقبول بعد ذلك.

وبالجملة، فما لم يأت القبول لم يتحقّق العقد، فلو خرج المال عن ملك البائع بسبب من الأسباب كالموت والجنون والرّقية؛ أو خرج عن الطلقة،

فلا أثر للقبول، نعم، لو أجاز الغرماء في بيع المفلس فلا إشكال ظاهراً، وكذا في كل مورد قابل للمحقوق الإجازة.

وعلى ما ذكرنا، فإنه لا يبعد الصحة في صورة النوم، لأنَّ حيثية العهدة قائمة بالنفس الناطقة، والإضافة الملكية موجودة، فيكون القبول اللاحق مؤثراً، بخلاف الإغماء، حيث تزول به العهدة ويبطل العقد، وبخلاف الموت، حيث يخرج المال عن ملكه.

وأما من ناحية المشتري، فلو كان نائماً أو مغمى عليه أو مجنوناً في حين الإيجاب، فافاق بعد تمامية الإيجاب أو استيقظ وقبل، لم يؤثر، لكونه في ذلك الحين فاقداً للصفات الدخيلة في جدية العهد، أما لو كان صغيراً أو مفلساً أو سفيهاً ونحو ذلك مما لا ينافي جدية العهد، ثم كان في حين القبول واجداً للشرائط، فلا دليل على عدم التأثير للقبول.

فالتحقيق هو الفرق بين الصفات المقومة للعهد الجدي وغير المقومة له، فإن كان القابل فاقداً حين الإيجاب لشيء من القسم الأول بطل العقد، وإن كان فاقداً لشيء من القسم الثاني حينذاك وواجداً له حين القبول فالعقد صحيح [١].

[١] وحاصل الكلام هو التفصيل، أما في الموجب، فبين النوم من جهة الإغماء والموت من جهة أخرى، أما النوم فغير قادح لبقاء الالتزام والتعهد معه عرفاً، وأما الموت، فلا يصحّ معه العقد، لأن الميت لا التزام له والمال خارج عن ملكه، فلا يؤثر القبول، خلافاً للمحقق الإيرواني^(١)، وأما الإغماء، فقد حكى الإجماع عن غير واحد

وأما الوصية، فما ذكره الشيخ هو الصحيح، إذ الوصية إيقاع، إذ لو كان عقداً لما كان لقيام الوارث مقام الموصي له وجه، لأنه كان هو طرف المعاملة، فمن قيامه مقامه شرعاً نستكشف أنه إيقاع موجب لحدوث حق للموصي له، وكل حق للميت فإنه ينتقل إلى وارثه.

وأيضاً: يشهد بكونه إيقاعاً أنه لو ردّ جاز له القبول بعد ذلك، ولو كان عقداً فقد تقرر أن القبول بعد الردّ غير مؤثر، غير أننا نضيف نقطة هي: إنه إن كان القبول بعد الردّ في حال حياة الموصي، فما ذكره تام، سواء كانت الوصية عهديّة أو تمليكية، وأما إن كان بعد موت الموصي، فلا يمكنه الردّ إن كانت عهديّة بل هو ملزم بالعمل بالوصية، وإن كانت تمليكية فقبوله بعد الردّ بلا أثر، إجماعاً بقسميه كما في الجواهر^(١)، فلا بدّ من أن يكون مراد الشيخ -من جواز القبول بعد الردّ- أن يكون في حياة الموصي.

على سقوط الشرائط به.

وأما في القابل، فالتفصيل بين الشرائط العقلية والشريعة، كما ذكر السيد الجدل رحمه الله.

(١) جواهر الكلام ٢٨/ ٢٥٤ و ٢٥٩.

فرع

حكم ما لو اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة

قال الشيخ:

لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه....
أقول:

لو اختلفا، فقال أحدهما بفساد العقد بغير العربية والآخر بعدم فساده، أو اعتبر أحدهما الماضوية والآخر لا يعتبر، أو قال بكفاية الكناية في العقد والآخر يعتبر الصراحة، إلى غير ذلك... فثلاثة أقوال:

أولها: فساد العقد، قال به جماعة، لأن العقد أمر واحد متقوم بالطرفين، فلا بد من أن يتفق الطرفان في جهة صحة العقد....

والثاني: صحة العقد، وأن الاختلاف غير مضر.

وثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النقل، كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز العقد بالفارسية.

وهذا الوجه عند الشيخ أردء الوجوه.

قال الشيخ:

والأولان مبنيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية... أم هي أحكام عذرية لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلّد فيها.

والمسألة محررة في الاصول.

أقول:

ذكر قدس سره أن القولين الأولين يبتنيان على ما طرح في الاصول من أن الأحكام الظاهرية هل لها حيثية الموضوعية أو أنها طريقية محضة، بمعنى: هل بقيام الدليل من أمانة أو أصل تتحقق مصلحة ينشأ الحكم على طبقها أو لا؟ فإن كان الأول، فالعقد صحيح، لأن كلاً من المختلفين يستند إلى دليل أو أصل قائم على ما يختاره، فيوجب حدوث مصلحة هي منشأ للحكم الشرعي، فكما أن صلاة المتيّم، بمنزلة صلاة واجد الماء، كذلك يكون الإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته بمنزلة إشارة الأخرس في ترتب الأثر، فالأحكام الظاهرية الثابتة على طبق الاصول والأمارات واقعية ثانوية، نظير الأحكام الثابتة في مورد الاضطراب المفعولة واقعاً، على طبق المصلحة الحادثة، وعليه، فإن لكل المتعاقدين حكماً شرعياً واقعياً، فيكون صحيحاً.

وإن كان الثاني، فالعقد غير صحيح، لأن الأحكام الظاهرية لا توجب مصلحة واقعية، وإنما هي في صورة المخالفة للواقع معذرة، فإذا اختلف المتبايعان كان الحكم الواقعي على ما هو عليه، وهما معذوران فيما إذا خالف عملهما للواقع.

قال المحقق الخراساني: «هذا إذا قلنا بأنها أحكام واقعية مطلقاً ولو في حق من رأى خلافها، ولو قلنا باختصاص ذلك بمن رأى بواقعيتها كما هو الأظهر، فلا يتفاوت كونها أحكاماً واقعية أو عذرية فيما هو المهم في المقام،

وإنما التفاوت بينهما في مقام آخر عند كشف الخلاف^(١).

والحاصل: إنه لو كان حكماً واقعياً ثانوياً فلا أثر له كذلك، فلو حصل ذلك للموجب كان حكماً شرعياً، ولا ربط لذلك الحكم بالقابل، فلا فرق بين القولين في النتيجة فيما نحن فيه.

وما أفاده متينٌ جداً، فإن من قامت لديه الأمانة تكون الأمانة سبباً لقيام المصلحة في المؤدى، وهو مكلف بذلك الحكم ولا ربط له بغيره.

ولكن ليس كلامه على كليته بحسب ما أفاده شيخنا الاستاذ حيث قال: «وتحقيق المقام: أن الملكية إذا كانت من الأمور الواقعية والموضوعات الخارجية، فإن كانت الأمانة حجة من باب الطريقة المحضة فهي لا توجب إلا العذر عند الخطأ، فالتصرف بالعقد الفارسي تصرف في مال الغير؛ وهو حرام، غاية الأمر أنه معذور في هذا التصرف الحرام واقعاً، وإن كانت حجة من باب الموضوعية، فالتصرف وإن كان في مال الغير حقيقة؛ لكنه جائز حقيقة، لكون التصرف بعنوان أنه تصرف في مال الغير بسبب العقد عليه ذو مصلحة غالبية على مفسدة التصرف في مال الغير؛ فلا يكون حراماً واقعاً، وحيث أن الملكية حينئذٍ واقعية ولها سبب واقعي لا جعلي، فالتعبد بالملكية عند العقد الفارسي تعبد بآثارها، وحينئذٍ يمكن الاطلاق والتقييد من حيث الآثار.

فبناءً على الاطلاق يجوز للمعتقد جميع التصرفات المترتبة على الملك، ولا يجوز لغيره التصرف فيه بدون رضاه، وإن لم يعتقد سببية ما يراه

المعتقد سبباً.

وبناءً على التقييد يجوز للمعتقد التصرف فيه فقط من دون حرمة التصرف بدون رضاه لمن لا يعتقد سببته.

وأما إذا كانت الملكية من الاعتبارات - كما قدمنا^(١) - بيانه وشيدنا بنيانه - فأسبابها أيضاً جعلية، فربما يكون ذات العقد العربي - بما هو - ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية من الشارع، وربما يكون العقد الفارسي - لا بما هو؛ بل بما هو عقد قامت الحجّة على سببته شرعاً - ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية شرعاً، فما انتقل إلى المعتقد بالعقد الفارسي ملك شرعاً حقيقة؛ حيث لا واقع للاعتبار إلا نفسه، فيترتب جميع آثار الملك عليه بعد تحقّق سببه في حقّ المعتقد وغيره، وإن كانت لا سببية للعقد الفارسي بالاضافة إلى غير المعتقد، وعليه فليس له كشف الخلاف، بل لا يجوز التسبب به بعد تبديل الرأي، وإلا فالاعتبار لا ينقلب عما هو عليه.

وهذا بخلاف ما عدا الأمور الوضعية كالواجبات التكليفية على الموضوعية، فإنّ مجرد كون صلاة الجمعة التي أخبر بوجوبها العادل - بلحاظ العنوان الطاريء - ذا مصلحة، كما يقتضيه ظهور الأمر بها في البعث الحقيقي المنبعث عن مصلحة في متعلقه ولو عرضاً - لا يقتضي أن تكون المصلحة فيه مصلحة بدليّة عن مصلحة الواقع، فبعد كشف الخلاف يتبيّن بقاء مصلحة الواقع على حاله فيجب تحصيلها، وليس في باب المعاملات مصلحة لازمة التحصيل كي يجري فيها هذا البيان، وتمام الكلام

(١) في رسالة الحق والحكم: ٣٠.

في محلّه»^(١).

وملخصه:

إن الأحكام التكليفية مبتنية على الملاكات، وهي بحسب الأشخاص مختلفة، فبناءً على أن الأمانة سبب موجب لحدوث المصلحة، فإنه يحدث الحكم التابع لها لمن قامت عنده الأمانة، من الوجوب والحرمة والصحة والفساد في الأمور العبادية وجواز التصرف وعدمه... إلى غير ذلك. أما الأحكام الوضعية، فهي اعتبارات، فلو اعتبرت الملكية في موردٍ بسبب قيام الأمانة، فليس هناك واقع في ما وراء الاعتبار، بخلاف الأحكام التكليفية فلها واقع ومقام ظاهر.

وعليه، فإذا قامت الأمانة على حكمٍ وضعي، فبناءً على الموضوعية والسببية يحدث الملاك للاعتبار الشرعي، وحينئذٍ يعتبر الملكية، ولا معنى لانكشاف الخلاف، نعم، لو حصل التبديل في الرأي ينتهي أمد الاعتبار، فللقائل بالموضوعية أن يقول بأن لكل من المتبايعين أن يرتب الأثر على الأمانة القائمة عنده.

فإشكال المحقق الخراساني على الشيخ بالنسبة إلى الأحكام التكليفية وارد، دون الأحكام الوضعية، إذ لا واقعية لها إلا موطن الاعتبار، فإذا تحقق الملاك للحكم مثلاً ثبت الحكم وترتب عليه الأثر.

وعلى الجملة، فقد أفاد الشيخ أن الأحكام الظاهرية إن كانت واقعية ثانوية كالأحكام الاضطرارية، فاختلافهما غير مضر، وإن كانت عذرية

والواقع محفوظ على ما هو عليه، كان اختلافهما موجباً للبطلان.

لكن قد ظهر ممّا ذكرنا: أن الصحيح عدم البطلان على القول الثاني في الأحكام الوضعيّة، فلو كان البائع يرى صحة العقد بالفارسيّة - مثلاً - وأنه موجب للملكيّة والقابل لا يراه وإنما أنشأ رجاءً، فللبائع التصرف في الثمن وليس للمشتري التصرف في الثمن، فالعقد يؤثر أثره لمن قام عنده الأمانة أو الأصل المقتضي لذلك الحكم الظاهري.

وحينئذ نقول:

إن من الأحكام الشرعيّة ما يجب ترتيب الأثر عليه حتى من غير القائل به، مثلاً: لو اشترى شيئاً بالعقد الفارسي، لم يكن لغيره القائل ببطلان العقد بالفارسيّة أن يشتري الشيء من البائع الأول، ولو تزوّج امرأة بعقد يراه صحيحاً، لم يجز للغير القائل ببطلان ذلك العقد أن يتزوّجها....

هذا ما عليه الأصحاب، واستفادوا ذلك من الأخبار في أن كلّ ذي دين يجري عليه حكم دينه^(١) قالوا: المراد من «الدين» فيها هو «المعتقد»، فمن المسلّمات أن المرأة الكتابيّة إذا أسلم زوجها فهي باقية على زوجيّتها، فلا يجوز للمسلم أن يتزوّجها، بل إن مقتضى: ألزومهم بما ألزموا به أنفسهم^(٢): أن عليهم ترتيب الأثر وإن كان بضررهم، مثلاً: لمّا كان العامّة قائلين بالتعصيب، جاز للإمامي إذا كان من عصبة الميت الأخذ من الإرث، وإن لم يكن له ذلك على دين الإمامية إن كان الميت إمامياً.

(١) وسائل الشيعة، الباب ١٠ من أبواب حد المرتد، الرّقم: ١٣ و ١٤ و ٢١ و ٤٨ و ٤٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦ / ٣٢٠، الباب ٣ من أبواب ميراث المجوس، الرّقم: ٢.

وبعد هذه المقدمة نقول:

ذكر الشيخ في المقام ثلاثة وجوه، وجعل الأول والثاني مبنيين على المسألة الأصولية في مباحث الأحكام الظاهرية، والأولى أن يقال: تارة: كل من المتعاملين المختلفين يستند إلى أمانة، وأخرى: يستند أحدهما إلى أمانة والآخر لا يرى حجة تلك الأمانة بل يأخذ بمقتضى الأصل.

والاختلاف في أن الأحكام الظاهرية أحكام حقيقية أو عذرية، يبتني على أن «صدق العادل» ظاهر في وجوب العمل بقوله وترتيب الأثر عليه، وكل حكم شرعي يكشف إناً عن الملاك وهو موجود في نفس المؤدى، ومن جهة أخرى: ليس لنا أن نقول بأن المصلحة في المؤدى تعارض المصلحة الواقعية وتتقدم عليها، فإنه تصويب باطل، فلا مناص للقاتل بالسببية من الالتزام بالترتب بأن يقول: بأن الأحكام الواقعية مجعولة تبعاً لمصالحها، ثم إن الأمانة القائمة للجاهل بذلك الحكم الواقعي، توجب مصلحة يستتبع حكماً ظاهرياً له يجب عليه العمل به مادام جاهلاً بالحكم الواقعي، فالواقع محفوظ وليس ما قامت عليه الأمانة بدلاً عنه، وإنما هو حكم ظاهري يطبقه من قامت عنده في ظرف الجهل، إلى أن ينكشف له الواقع أو يتبدل رأيه.

أو أن «صدق العادل» ليس ظاهراً في وجوب ترتيب الأثر، بل هو حكم من المولى بداعي التنجيز للواقعيات، فإن كان العمل بالأمانة مطابقاً للواقع فهو، وإن كان خالفه كان مؤدى الأمانة عذراً له.

هذا هو مبنى البحث.

وحينئذ نقول: ظاهر تنظير الشيخ القول الأول بإشارة الأخرس، هو أن القائلين يريدون إنه كما أن الشارع اعتبر السببية لإشارة الأخرس، وبإشارته يتحقق العقد وتحصل الملكية، كذلك جعل الأمانة القائمة سبباً للملكية... فإن كان هذا مرادهم، فالقول بصحة العقد متين جداً، إذ الأمانة القائمة دلت على صحة العقد بالفارسية وحصول الملكية به في اعتبار الشارع، والمفروض أنه ليس للطرف المقابل أمانة على خلافها، فهو ينشأ القبول ويترتب الأثر.

نعم، لو كان اختلافهما على أثر قيام الأمانة لكل منهما على خلاف الأخرى، فالأمر مشكل، وقد يستظهر من كلام السيد أنهما تتساقطان. وأما بناءً على القول الثاني، فإما يكون الطرف الآخر معتقداً بالخلاف، فلا يتمشى منه الإنشاء كما هو واضح، وإما يكون فاقداً للدليل على الصحة بالعقد الفارسي - مثلاً -، فإن صدر منه الإنشاء جداً جاز للطرف القائل بالصحة التصرف فيما أخذ، وتصرف الآخر الشاك في الصحة فيما أخذ غير جائز.

تحقيق المقام

وبعد، فإن واقع المطلب هو:

إن مسألة أن الأحكام الظاهرية هل هي أحكام واقعية ثانوية لها السببية في حدوث المصلحة، أو أنها طرق منجزة للواقع عند الإصابة ومعدرة للمكلف عند المخالفة؟ إنما تطرح فيما إذا كان هناك رواية، أما مع وجود العلم فهو حجة غير جعلية، وكذلك الكلام في ظواهر الكتاب والأخبار، فإن حجيتها ليست مجعولة من قبل الشارع، وليس له في موردها حكم مماثل،

بل هي حجة عقلانية أمضاها الشارع، وإنما يختص القول بجعل الحكم المماثل بالأمانة، فلا مجال للبحث عن السببية في العلم والظواهر، وإنما يطرح في مورد يكون للشارع فيه حكم. فهذه نقطة.

ونقطة أخرى: ما ذكرناه من أن الأحكام الظاهرية منشأة للطريقة أو للتنجيز والإعذار، كل ذلك صحيح في عالم الثبوت والتصور، فقله: «صدق العادل» جعل للطريقة أو الحجية أو المنجية والمعدرية لقوله، أما في عالم الإثبات، فلا دليل عليه أصلاً، وغاية ذلك هو الإستظهار، ولذا قلنا في الأصول: إن الأحكام الشرعية الواقعية في عصر الغيبة منجزة، إلا أن للجاهل أحكاماً يجوز له العمل فيها من أجل مصلحة قائمة بذلك، فإنها وإن لم تكن بدلاً عن الواقع - إذ القول بذلك يستلزم التصويب - أحكاماً حقيقية متعلقة بالجاهل بما هو جاهل، فإذا ظهر الإمام عليه السلام ارتفع الجهل، ولم يبق موضوع لتلك الأحكام، وأما أن تلك الأعمال التي أتى بها الجاهل في ظرف الجهل يتدارك بها الواقع أو لا؟ فذاك أمر آخر، ولا يبعد أن تكون واجدة لبعض ملاك الواقع، ويتساهل معه بالنسبة إلى البعض الآخر بقاعدة التسهيل، كما ذكرنا ذلك في الأصول وفي بعض المباحث الفقهية كأحكام الخلل. والحاصل: إن الأحكام الظاهرية هي أحكام حقيقية للجاهل منبعثة من الملاك بنحو الترتب.

والنقطة الثالثة: إنه وإن حاولنا توجيه كلام شيخنا الاستاذ، ولكن الإنصاف أنه لا يمكن المساعدة معه، وذلك: لأن اختلاف المتعاقدين إن كان من جهة أن أحدهما يرى آية الوفاء ظاهرة في العموم وآية الحل ظاهرة في

الإطلاق، والآخر لا يرى ذلك، فالمعاملة باطلة، لعدم الدليل على الصحة، وإن كان من جهة أن أحدهما يعتقد الأمارية في مورد أو الكاشفية للإجماع مثلاً، والآخر لا يعتقد بذلك، ففي هذه الصورة أيضاً تبطل المعاملة، إذن، لا مجال في موارد اختلاف المتعاقدين للبحث عن السببية والموضوعية وأن الأحكام الظاهرية حقيقية أو عذرية، لأن منشأ الاختلاف أحد الأمرين المذكورين على ما ذكرنا.

فنتيجة البحث:

إن كان أحدهما يعتقد لغوية إنشاء الآخر، فلا موضوع لإنشائه، وإن كان لا يعتقد اللغوية، فأنشأ القبول مثلاً، جاز للموجب التصرف دون القابل.

قال الشيخ:

هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر، كالصراحة والعريية والماضوية والترتيب. وأما الموالاة والتنجز وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع....

والحاصل: إن الشرائط منها ما يتعلق بكل من المتعاقدين، ومنها ما يتعلق بكليهما، والتفصيل المذكور يرتبط بالقسم الأول، أما إذا كان اختلافهما في شيء من القسم الثاني فالعقد فاسد، فلو قال الموجب بصحة الإيجاب التعليقي والمشتري ببطلانه، لم يكن القبول منه متمشياً، ولو أن الموجب يرى اعتبار الموالاة والقابل لا يراه، ولذا أخر القبول مدة، لم يجز للموجب ترتيب الأثر على مثل هذا القبول ويتصرف في الثمن، لكون الإيجاب منه باطلاً في نظره على أثر الفصل الحاصل بينه وبين القبول.

أقول:

لكنَّ تخصيص البطلان بالقسم الثاني بلا وجه، فإنه بناءً على الموضوعية والسببية، لو كان الموجب يرى صحة الإيجاب بالكناية فأنشأ والقابل لا يرى صحته، فإنه لا يتمشى منه القبول، والعقد باطل، وكذا لو كان القابل يرى صحة القبول المقدم فأنشأ قبوله، فلو كان البائع لا يرى ذلك لا يتمشى منه الإيجاب، فما ذكره في القسم الثاني جارٍ في الأول كذلك [١].

[١] أقول:

إنَّ محض كلام الشيخ هو: إنَّ اختلاف المتعاملين إجتهاذاً أو تقليداً موجب لبطلان العقد على مبنى الطريقة، وعليها حينئذٍ العمل بما يتفقان عليه في الرأي. وأما على مبنى السببية، فالتفصيل بين الشروط التي لا توجب فساد المجموع كالعريّة مثلاً والشروط التي توجب فساد المجموع كالموالة مثلاً.

فأشكل عليه السيّد الجدّ بعدم الفرق بين القسمين من الشروط بناءً على السببية، وأنَّ العقد باطل على كلّ حالٍ.

وتعرّض طاب ثراه لإشكال المحقّق الخراساني واستوجهه، ثم أشكل عليه بكلام شيخه المحقّق الإصفهاني، لكنه لم يوافق شيخه على رأيه في المسألة.

والسيّد الخوئي، أورد على الشيخ بوجوه ثلثها ما ذكره المحقّق الخراساني، أما

الأوّل فهو:

«إنّه لا وجه لجعل الترتيب مثل الماضوية والعريّة والصراحة، بل هو مثل الموالة والتنجز، بداهة أنَّ التقدّم والتأخّر من الأمور المتضاربة، فإذا تقدّم القبول على الإيجاب فقد تأخّر الإيجاب عن القبول» وأما الثاني فهو: «إنَّ الأحكام الظاهرية

الاجتهادية ليست بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية، وآلا لزم التصويب وهذا ظاهر^(١).

لكنّ الجواب عن الإشكال الأول - وهو في حاشية السيّد وغيره^(٢) أيضاً هو - كما أفاد المحقق الإصفهاني - أنه لا يعتبر عند الشيخ تقدّم الإيجاب وتأخر القبول بما هما تقدّم وتأخر، بل إنّ تقدّم القبول إنما يضرّ عنده من حيث عدم تضمّنه للنقل في الحال، وهذه الخصوصية لا تسري في الإيجاب المتأخر، فإنّه متضمّن للنقل في الحال، تقدّم أو تأخر^(٣).

وعن الثاني: بأنّه - كما أفاد شيخنا دام بقاءه - لم يختَر هنا شيئاً، وإنما أحال إلى ما قرّره في علم الأصول، فالإشكال عليه بما ذكر في غير محلّه. وهكذا تندفع الإشكالات عن كلام الشيخ. وأمّا رأي السيّد الجدّ فيه وفي أصل المسألة، فقد عرفته على ضوء النقاط الثلاثة التي ذكرها.

(١) مصباح الفقاهة ٣ / ٨١.

(٢) حاشية المكاسب للسيد الزيدي ٤٤٩ / ١، حاشية المكاسب للإيرواني: ٩٢.

(٣) حاشية المكاسب ٢٩٧ / ١.

أحكام

المقبوض بالعقد الفاسد

قال الشيخ:

مسألة: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه وكان مضموناً عليه.

أما عدم الملك، فلأنه مقتضى فرض الفساد.

وأما الضمان... فهو المعروف.

أقول:

لو أقدم على معاملة وأجري العقد، ثم تبين فساده وقد حصل القبض،
فللمقبوض أحكام:

الحكم الأول:

عدم المملوكية.

فالمقبوض غير مملوكٍ للقباض، إجماعاً منقولاً ومحضلاً كما في
الجواهر^(١)، لأنه مقتضى فرض الفساد.

الحكم الثاني:

عدم جواز التصرف فيه.

وأما عدم جواز التصرف فيه، فهو المشهور، لأنه ليس بالتصرف المأذون فيه من المالك، لأن البائع إنما سلّمه المتاع من باب أن من باع شيئاً فقد خرج عن ملكه ووجب عليه تسليمه للمشتري، وكان تسلّمه له بعنوان أنه مال نفسه، فلا مورد هنا لقوله عليه السلام: لا يحلّ لامرئ أن يتصرّف في مال غيره إلا بإذنه^(١) حتى يقال بجواز تصرفات المشتري.

ولكن قد ذكرنا في أواخر المعاطاة قاعدةً يمكن القول على أساسها بجواز تصرفاته فيما أخذه بالعقد الفاسد. فراجع.

الحكم الثالث

كونه مضموناً.

قالوا: ويكون مضموناً عليه، سواء أتلّفه أو تلف بتلف سماوي، فهو نظير الغصب، كما صرح به بعض الأكابر^(٢).

(١) وسيأتي نصّه.

(٢) السرانر ٢/ ٢٨٥ و ٣٢٦.

أدلة ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد

وقد استدلل للضمان بوجوه:

الدليل الأول:

الحديث النبوي المشهور: إنه قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١).
ولابد من البحث عنه سنداً ودلالة.

الكلام في سند: على اليد ما أخذت...

أما سنداً، فلا يوجد هذا الحديث في كتبنا الحديثية، بل هو في كتب العامة، وهو عن سمرة بن جندب، وهو ملعون، فإنه ممن حرّص الناس على الخروج لقتل الحسين عليه السلام^(٢)، وهو صاحب النخلة في بيت الأنصاري وقضيته معروفة^(٣).

فالحديث ساقط سنداً بتمام المعنى.

إلا أنه مذكور في كتبنا الفقهية منذ القديم، وقال الشيخ: دلالتة ظاهرة

(١) عوالي اللآلي ١ / ٢٢٤، ٣٨٩.

(٢) هذا - على ما ذكره بعض المؤرخين كابن أبي الحديد - أعظم مساوئه. أما مساؤه الأخرى: كروايته - في مقابل المائة ألف درهم من معاوية أن قوله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يُغْشِيكَ قَوْلَهُ...﴾ نزل في علي، وقوله ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي نَفْسَهُ...﴾ نزل في ابن ملجم، وكذا جنائياته في البصرة وبيعه الخمر... وغير ذلك، فمذكورة بتراجمه في الكتب.

(٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٢٨، باب عدم جواز الإضرار بالمسلم، الرقم: ٣.

وسنده منجبر، بل في عبارة الوحيد البهبهاني^(١): «عمل كل الفقهاء بمضمونها، بل أرسل في بعض الكتب إرسال المسلم، وهو عجيب.

والذي قرّرناه في الأصول: لو أنّ حديثاً اشتهر بين الأصحاب، وعلمنا باستناد المشهور إليه، وأنهم استكشفوا صدوره من المعصوم عليه السلام، فإنّ ذلك يكون منشأ لعلمنا بصدوره ويكون حجة، أمّا لو احتملنا أنهم عملوا به لمطابقته للقواعد، فليس بحجة.

وعلى هذا، فلا دليل على حجّية هذا الحديث، فلا نأخذ به إلّا بقدر ما توافق عليه مع نصوصنا في مختلف الموارد، كما سيأتي.

قال الشيخ:

والخدشة في دلالة: بأن كلمة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي، فلا يدلّ على الضمان، ضعيفة جداً، فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا أُسند الظرف إلى فعلٍ من أفعال المكلفين، لا إلى مالٍ من الأموال، كما يقال: عليه دين، فإن لفظة «على» حينئذٍ لمجرّد الاستقرار في المهدة، عينا كان أو ديناً.

الكلام في دلالة على اليد...

أقول:

أمّا دلالة، فإن «على اليد» ظرف مستقر، وهو مع متعلّقه خبر مقدّم له «ما» الموصولة، فما أخذته اليد ثابت على الذمّة، وليس المراد منها الجارحة، بل المراد هو الاستيلاء.

فقول: إن المعنى هو: أن على المستولي حفظ ما استولى عليه حتى

(١) حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ١٧٣.

يؤدّيه إلى صاحبه، فيجب على ذي اليد حفظ ما أخذ حتى يؤدّيه إلى صاحبه، فمدلول الحديث هو الحكم التكليفي ولا ربط له بالضمان أصلاً، بل جعلوا كلمة «تؤدي» قرينة على أن ذلك هو المراد، لأنه ظاهر في وجود الشيء المأخوذ، أمّا «الضمان» أي دفع المثل أو القيمة فإنما يكون على تقدير التلف. وأجاب الشيخ: بأن كلمة «على» إن دخلت على الفعل أفادت الوجوب مثل: عليه الصلاة، عليه الحج وهكذا، وإن دخلت على موضوع خارجي، فالمراد هو العهدة مثل: عليه دين. والمراد من ما الموصولة في الحديث هو المال الخارجي، فالمال الخارجي الذي هو ملك الغير إذا استولى عليه الشخص، فهو على عهده حتى يؤدّيه إن كان موجوداً بعينه، وإن تلف فالمثل أو القيمة. إن المراد من «على اليد» أي: على المستولي، فأما أن يكون المعنى: على المستولي أداء ما أخذ حتى يؤدي، فهذا غلط، وكذلك جعل المعنى: أن على المستولي ضمان ما أخذ، أو حفظ ما أخذ، أمّا الثاني، فيحتاج إلى التقدير والأصل عدمه، وأمّا الأول، فلأن الضمان غرامة الشيء ببدله، فهو أمر تقديري، وظاهر الحديث هو الفعلية، فعلى اليد ما أخذت، أي بالفعل، فيتعين أن يكون المعنى: أن ما أخذه اليد ثابت ومستقر عليها، أي هو على عهدة ذي اليد المستولي، ولازم ذلك أن يرده ويؤدّيه مادام موجوداً، ولو تلف فالبديل مثلاً أو قيمة، فعلى اليد عهدة ما أخذت، ولازم ذلك إرجاع العين أو بدلها، لكن الصلة دائماً محدّدة وميّنة للموصول [١].

[١] أقول: ظاهره الموافقة مع الشيخ تبعاً لشيخه^(١)، ولم يتعرض لكل

وكلمة «الأخذ» قد تستعمل في الكتاب والسنة في الاستيلاء على الشيء بالقهر والغلبة، كآية المباركة: ﴿لَا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ﴾ و﴿أَخَذَ عَزِيزٌ مُّقْتَدِرٌ﴾ ولو أخذنا بكلام الراغب إذ قال: «الأخذ حوز الشيء وتحصيله، وذلك تارة بالتناول نحو ﴿مَغَازٍ لِلَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ﴾ وتارة بالقهر نحول قوله ﴿لَا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ﴾»^(١).

المحتملات الأخرى في الحديث والجواب عنها، وقد أشار المحقق الإصفهاني إلى ذلك وهذه عباراته:

«ولا يناسب أن يكون المغني وجوب الرد. لكون الغاية حينئذ عقلية لا شرعية تعبدية ولو امضاء....»

ولا يناسب أيضاً: إرادة دفع البدل. إذ لا يجب دفعه ما دامت الغاية ممكنة، ومع عدم إمكانها لا غاية حتى يغني بها، فإما لا مغني وإما لا معنى لأن يغني.

وكذا إرادة الوضع بمعنى الضمان بالقوة، وهو كون دركه عليه مع تلفه. إذ لا ضرر فعلي ولا خسارة فعلية مع إمكان الأداء... وظاهر الخبر فعلية كون المأخوذ على اليد، فلا يصح أن يراد أمر على تقدير التلف....

ربما يتوهم إرادة الحفظ، لخلوه عن المحاذير المتقدمة. إلا أنه خلاف الظاهر، من حيث أن ظاهر الخبر كون نفس المأخوذ على اليد لا حفظه^(٢). أقول:

فإن قلت: إذا كان ظاهر الخبر كون نفس المأخوذ على اليد وأن على الأخذ أن يؤذيها

(١) المفردات في غريب القرآن: ١٢.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٣٠١.

كان الحديث مجملاً، والقدر المتيقن هو صورة القهر والغلبة، فيكون الحديث ظاهراً في الغضب وأجنبياً عن البحث.
وأما قول الشيخ:

ومن هنا كان المتجّه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون، إذا لم تكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز والشعور.

فغريب، لأنّ العهدة أمر وضعي، وهو يقول بأنّ الأحكام الوضعيّة غير مجعولة وإنما هي منتزعة من الأحكام التكليفية، فما قاله هنا ينافي ما قرّره في الاصول. هذا أولاً.

وثانياً: إنه لا تكليف هنا حتى ينتزع منه العهدة على المبنى، أمّا أولاً: فلاّنه نفى دلالة الحديث على التكليف. وأمّا ثانياً: فلاّن الصغير والمجنون غير مكلفين، إلّا أن يُقال: بانتزاعه من التكليف المتوجّه إليهما إذا بلغ الصغير أو عقل المجنون، وهذا أيضاً باطل، لأنّ الأمر الانتزاعي موجود بوجود منشأ انتزاعه، فكيف يكون المنتزع فعلياً ومنشؤه يوجد فيما بعد؟ هذا مستحيل. فما ذكره غير متّجه على مبناه.

نعم، بناءً على القول بأنّ الامور الاعتباريّة جعليّة، أمكن القول بأنّ للشارع أن يجعل العهدة للصغير والمجنون كما يجعلها للمكلف على حدّ سواء.
هذا تمام الكلام في الاستدلال على الضمان بقاعدة اليد.

إلى صاحبها، فمن أين تقولون بدالاتها على ضمان البدل مثلاً أو قيمة في حال تلفها؟ قلت: لا مناص من رفع اليد عن ظاهر الغاية وتوسعة مفادها ليشمل العين والبدل بقرينة الارتكاز العقلاني، لأنهم يرون رفع البدل بمنزلة دفع العين في حال تلفها.

الدليل الثاني: الأخبار الواردة في الأمة المسروقة.

قال الشيخ:

ويدلُّ على الحكم المذكور أيضاً قوله عليه السَّلام -في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري- يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة.

أقول:

فاستدلَّ بما ورد في أنه لو اشترى جارية، ثم علم بعد أن أولدها بكونها مسروقة، فإنها ترجع إلى مالكها ويأخذ الرجل ولده لكن يعطي قيمته لمالك الأمة، وفي بعض الروايات يدفع إليه مالا عوضاً عن انتفاعاته بها واستخدامه لها. وهذا هو النص:

عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجئ مستحق الجارية. فيه: قال يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»^(١).

وعن زرارة: «قلت لأبي عبد الله عليه السَّلام رجل اشترى جارية من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له وأقام على ذلك البيّنة. قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»^(٢).

(١) وسائل الشريعة ٢١/٢٠٥، باب حكم ما لو بيعت الأمة بغير إذن سيدها...، الرّقم: ٥.

(٢) نفس المصدر، الرّقم: ٤.

دلّت هذه النصوص على وجوب تسليم الجارية إلى صاحبها واسترداد الثمن من السارق، ودفع قيمة الولد وأجرة خدمة الجارية إلى مالِكها. وقد ذكر الشيخ وجه الاستدلال بقوله:

فإنَّ ضمان الولد بالقيمة - مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان الأصل بطريقي أولى.
أقول:

وأما الاستدلال بالأخبار الواردة في الأمة المسروقة، من جهة أن ضمان الولد بالقيمة هو من باب التلف، وضمّانه مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأم بطريقي أولى، ففيه:

إن الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد من أيّ جهة كان، فهي مسألة كلية، وقيام الدليل على الضمان من جهة الغصية لا يكون دليلاً على ثبوته في مطلق موارد العقد الفاسد، لاحتمال خصوصيّة في الغصب، وعليه، فثبوت الضمان في قضية الجارية المسروقة لا يكون دليلاً لثبوته في المدعى الكلي، فالأولوية ممنوعة.

هذا أولاً.

وثانياً: وجه استظهار التلف هنا دون الإتلاف، هو أنه لم يتلف شيئاً، وإنما واقع الأمة وحملت منه وولدت، بل المورد كالتالف، قال الشيخ: وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك، فهو كالتالف لا المتلف فافهم.

أي: إنه لما كانت حرية الولد بحكم الشارع يكون كالتالف.
لكن الظاهر أنه إتلاف، لأن في رحم المرأة - كما يقول أهل

الاختصاص - شيئاً إذا ورد عليه ماء الرجل يحصل اللقاح بينهما وتنعقد النطفة، وعليه، فلمّا كانت الأمة مملوكة للغير كان ما في رحمها ملكاً له، فإذا واقع الرجل الحرّ الأمة وأولدها، فقد أتلف ما كان يملكه المالك لها في رحمها. وأمّا بناءً على أنّ الولد مادام في رحمها فهو رق ويكون حرّاً إذا ولد، فالأمر أوضح، إذ كان هذا الرجل الحرّ هو السبب في خروج الولد حرّاً، فيكون متلفاً لمال الغير، فالضمان ضمان الإتلاف، ولا أقل من ترّد الأمر بين التلف والإتلاف.

فلا يتم الاستدلال بهذه النصوص لما نحن فيه.

ثم إنه قد كان في بعض أخبار مسألة الأمة المسروقة «قيمة ما انتفع»، وقد فسّر زارة ذلك بقيمة الولد، وهذا اللفظ أيضاً يؤيد ما استظهرناه من كون المورد إتلافاً، فإنّ الانتفاع بملك الغير قد يستلزم الإتلاف على المالك [١].

[١] وشرح المطلب هو: أن الشيخ استدلّ للضمان في المأخوذ بالعقد الفاسد بهذه الرواية بطريق الأولوية، لأنّه إذا كان ضامناً لقيمة الولد فضمان الأم. أولى بالضمان. فأشكل على الاستدلال بوجوه، الأول: إنها أخض من المدعى. والثاني: منع الأولوية. والثالث: كونها في مورد التلف - وهو محلّ بحثنا - أول الكلام، ولذلك اختلفت أنظار الفقهاء.

فالشيخ على أنّها ظاهرة في التلف، وتبعه المحقق النائيني - وإن خالفه في وجه الاستدلال - حيث قال: «ويدلّ على الحكم المذكور - أعني الضمان - الخبر الوارد في الأمة المبتاعة، حيث أن الحكم بضمان قيمة الولد يدلّ على ضمان الأصل أيضاً، لكون

وتلخص: سقوط الدليلين المذكورين عن الدلالة على الضمان، أما الأول فللسند، وأما الثاني فللدلالة.

ولكن الظاهر كون قاعدة اليد من القواعد المسلّمة عند الفقهاء [١]، فهل استكشفوها من السيرة العقلانية أو من بيانات المعصومين عليهم السلام؟

الولد من تبعات الأصل ومتفرّعاته، فيكون ضمانه تابعاً لضمّانه. وما ذكرنا من الاستدلال بطريق الفرعية أولى ممّا استدلّ به في الكتاب بطريق الأوليّة، لإمكان منع الأوليّة^(١).

والمحقق الإصفهاني على أنها ظاهرة في الإتلاف^(٢) وتبعه السيّد الجدل.

والمحقق الإيرواني على أنها محتملة للتلف والإتلاف كليهما^(٣).

وذكر المحقق الثاني احتمالاً آخر وهو ضمان الاستيفاء، نظير ما إذا أكل خبز الغير مثلاً، فإنه باستيفائه يضمن قيمته (قال): فإن كان من قبيل الاستيفاء فضمان المنفعة المستوفاة لا يستلزم ضمان العين كما هو واضح^(٤).

لكن السيّد الجدل لم يتعرض للاحتمال الأخير، بل إنه بعد التنزّل عن «الاتلاف» جعل الخبر مردداً بينه وبين التلف.

[١] لأنّ ذلك ظاهر كلمة «لقوله صلى الله عليه وآله» ونحوها، خاصّة في كتاب

الغصب:

(١) المكاسب والبيع ١/ ٢٩٧.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٣٠٤.

(٣) حاشية المكاسب: ٩٣.

(٤) المكاسب والبيع ١/ ٢٩٧ - ٢٩٨.

قال الأردبيلي بشرح قول العلامة: والمأخوذ بالعقد الفاسد مضمون:
 المدرك للضمان قاعدة اليد، وقاعدة ما يضمن... ولا دليل عليهما،
 والأصل يقتضي العدم، وهو مع الجهل بالفساد قوي^(١).
 وربما يتخيل هنا - كما قال الميرزا الاستاد في البحث - أن «لا ضرر
 ولا ضرار» كما ينفي الحكم الضروري، يثبت تشريع حكم لولا تشريعه يلزم
 الضرر.

يقول: ابن ادريس: «من غصب صاجة فأدخلها في بنائه لزمه ردّها، وإن كان في
 ذلك قلع ما بناء في ملكه لمثل ما قدّمناه من الأدلة، من قوله عليه السلام: لا يحلّ مال امرئ
 مسلم إلا عن طيب نفس منه، وقوله عليه السلام أيضاً: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(٢).
 ويقول العلامة بوجوب ردّ المغصوب مطلقاً: لقوله صلى الله عليه وآله: على
 اليد...^(٣).

ويقول الشهيد: يجب ردّ المغصوب إجماعاً، لقوله صلى الله عليه وآله...^(٤).
 ويقول صاحب الرياض: «مضافاً إلى عموم: على اليد ما أخذت...»^(٥).
 ويقول صاحب الجواهر: «يجب ردّ المغصوب إلى مالكة إجماعاً، ولقوله صلى
 الله عليه وآله: على اليد...»^(٦).

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٩٢/٨.

(٢) السرائر ٢/ ٤٨٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ٣٣/٢ الطبعة القديمة.

(٤) الدروس ٣/ ١٠٩.

(٥) رياض المسائل ٨/ ٥١٤ و ٩/ ١٦٠.

(٦) جواهر الكلام ٣٧/ ٧٦.

فيقال: إن قاعدة على اليد لولم تشرّع يلزم الضرر.
وفيه:

أولاً: إن مفاد لا ضرر هو النفي، إمّا للحكم الضرري أو للحكم الذي يكون امتثاله ضررياً، وإما نفي للحكم بلسان نفي الموضوع كما عليه الآخوند، وليس بمثبت.
وثانياً: لو كان مثبتاً لحكم لولا تشريعه يلزم الضرر، فهو في موارد ضمان الإلتلاف لا التلف.

هذا، وقد يتوهم دلالة عموم التعليل الوارد في أنّ شهادة أهل ملة غير نافذة لأهل ملة أخرى، إلّا أن لا يوجد شاهد من نفس الملة. «لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد»^(١) على أنه لولا الضمان لذهب حق المسلم.
وفيه: إنه لو كان كذلك لثبت الضمان على كلّ أحد من الناس وإن لم يكن هو المتلف، حتى لا يذهب حق أحد، على أنّ هذه الأخبار واردة في مورد خاص ولا علاقة لها بما نحن فيه.

وكذا ما ورد في أن حرمة المال المسلم كحرمة دمه^(٢).

لأنه إنما يفيد في ضمان الإلتلاف لا التلف.

فالإنصاف: أن لا دليل على الضمان فيما نحن فيه.

إلّا أن يقال باستكشاف رأي المعصوم في المسألة من الإجماع المدعى فيها^(٣)، فصاحب الحقائق - وإن كان يبطل كبرى الإجماع - يقول في بعض

(١) وسيأتي نفي الخبر.

(٢) وسيأتي نفي الخبر.

(٣) المبسوط ٢/ ١٥٠، ٢٠٤ وغيره.

الموارد بأن قول الفقهاء قد يكشف عن رأي المعصوم، من باب أن رأي الرئيس يستكشف من آراء أتباعه.

وتلخص: أن لا وجه للقول بالضمان إلا هذا الذي ذكرناه أخيراً، والإنصاف أنه لا بأس به.

الدليل الثالث من أدلة الضمان:

قاعدة

ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

قال الشيخ:

ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده... فإنه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه.... أقول:

وهذه القاعدة غير واردة في رواية، بل لم توجد بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامة، قال: فإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمان، لأنه قبضه بحكم أنه رهن، وكل عقد كان صحيحه غير مضمون ففاسده كذلك... فلائن من أثبت اليد عليه...^(١).

وفي المبسوط التعليل: بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه... وجب عوض المثل لما تلف في يده...^(٢).

يعني: أنه لما اشترى الشيء، اشتراه بنحو الضمان ببذل المسمى، فالإنسان لما يقدم على المعاملة فهو ملتزم بالضمان، فإذا ظهر فساد العقد

(١) تذكرة الفقهاء ٣٢ / ٢ الطبعة القديمة.

(٢) المبسوط ١٤٩ / ٢.

انتهى المسمى، ولكن أصل الضمان باق، وكذا البائع.
 فلا بد من التحقيق في هذه القاعدة، وقد استدل بها الشيخ رحمه الله تعالى في المقام. لكون المقبوض بالعقد الفاسد من صغرياتها، فهو يريد أن الضمان الثابت بقاعدة اليد ضمان بالاقتضاء لا بالعلية، لعدم وجود الضمان في بعض الموارد مع وجود اليد.

المراد بالعقد في هذه القاعدة

قال الشيخ:

إن المراد بالعقد أعم من الجائز واللازم بل مما كانت فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة والخلع....
 أقول:

إنما احتاج إلى هذا البيان، لأنه عبّر به «كل عقد يضمن...»، ولو عبّر به «كل ما يضمن...» كما في كلام بعض الفقهاء لما احتاج إليه، كما لا يخفى، وعلى كل حال، فالقاعدة تشمل كل العقود، سواء الجائز منها واللازم، بل تشمل ما فيه شائبة الإيقاع كالجعالة، فلو قال: من ردّ عليّ ضالتي فله هذا، ثم تبين أن هذا ملك للغير، فسدت الجعالة وكان ضامناً، لأن الجعالة الصحيحة فيها الضمان، وعليه دفع البدل. أو كان أقرب إلى الإيقاع كالطلاق الخلعي، فلو تبين فساده كانت المرأة ضامنة، لثبوت الضمان في الخلع الصحيح.

فحاصل كلام الشيخ: إن قاعدة اليد اقتضائية ويتوقف تأثيرها على عدم المانع، ففي كل مورد لا يضمن بصحيحه لا يثبت الضمان باليد.

المراد بالضمان

قال الشيخ:

والمراد بالضمان في الجملتين هو درك المضمون عليه، بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه. أقول:

إن كان المراد من هذه الكلية العموم الأفرادي، أي كل فرد من أفراد العقود، يرد عليه الإشكال بأن الفرد المتحقق خارجاً من البيع لا ينقسم إلى القسمين، إلا أن يكون بنحو القضية الشرطية، بأن يقال عن العقد الواقع فاسداً: إنه لو كان صحيحاً لأوجب الضمان، فهذا يوجب الضمان. فالمراد هو العموم النوعي، أو الصنفي.

والمراد من الضمان هو ما ذكره الشيخ مع تعديل للمعبارة، فهو درك المضمون عليه بحيث يكون خسارته ودركه في ماله الأصلي، إذ ليس معنى الضمان كون خسارته... لأنه:

أولاً: المقصود من القاعدة: كل ما يضمن بالفعل... فلو كان معنى الضمان هو الخسارة، كان على تقدير التلف.

وثانياً: إن مادة «ضمن» لغة بمعنى تكفل وتعهد^(١).

وفي الخبر: «ضمنت لمن اقتصد أن لا يفتقر»^(٢).

(١) الصحاح ٦/ ٢١٥٥، لسان العرب ١٣/ ٢٥٧.

(٢) وسائل الشريعة ١٧/ ٦٤، باب استحباب الاقتصاد وتقدير المعيشة، الرقم: ٢.

وفي آخر: «الإمام ضامن للقراءة المأموم»^(١).

فالمعنى هو الكفالة والتعهد، وليس الخسارة كما هو ظاهر كلام الشيخ. فيكون المال التالف ثابتاً اعتباراً في ذمة الضامن.

وعلى هذا، فإن كانت المعاملة صحيحة، فالطرف متعهد وملتزم بدفع الثمن والشارع قد أمضى العوض المسمى، أما لو كانت فاسدة بمعنى أن الشارع لم يمتص بدلية المسمى عوضاً عن مالية الشيء المبيع، فكان على المشتري دفع البديل مثلاً أو قيمة إن كان المبيع تالفاً، وإن كان باقياً وجب عليه إرجاعه بعينه، وقد يجب عليه دفع أقل الأمرين من المسمى والبديل، كما في الهبة المشروطة بالعوض، فلو تلفت العين الموهوبة المشروطة بالعوض، المقبوضة بالعقد الصحيح، ثبت الضمان، قال في المسالك^(٢): عليه دفع أقل الأمرين، واستدل لذلك: بأن المتهم كان مخيراً بين تملك العين الموهوبة ودفع العوض، وبين إمساك العوض وإرجاع العين، والآن حيث أن العين تالفة وهو لا يدفع العوض، فالتخيير باقٍ فإما يدفع العوض وإما يدفع بدل العين، فالمتيقن من ضمان المتهم هو أقل الأمرين.

وبعبارة أخرى: إن سلم المتهم العوض في الهبة المعوضة، كانت العين الموهوبة ملكاً له، وإلا كان للواهب الرجوع في العين، ولو تلفت بيد المتهم والهبة صحيحة، فالبديل المسمى أو الواقعي مخيراً، فله دفع أقل الأمرين. وقال جماعة - واختاره صاحب العروة في فرض المسألة في الهبة^(٣) -

(١) وسائل الشريعة ٨/ ٣٥٣، باب وجوب إتيان المأموم بجميع واجبات الصلاة... الرزق: ١ و ٣.

(٢) مسالك الأفهام ٦/ ٦٣.

(٣) العروة الوثقى ٢/ ١٨١.

بدفع العوض المسمى، لأنه كان مخيراً بين رد العين أو إمساكها ودفع العوض، ومقتضى القاعدة العامة من أنه إذا تعذر أحد العدلين تعيين الآخر، هو وجوب دفع العوض المسمى إذا تعذر رد العين.

لكن فيه: إن القاعدة المذكورة إنما تجري في التخييرات الشرعية، وليس التخيير في المقام شرعياً.

ومقتضى الصناعة العلمية ما ذهب إليه العلامة رحمه الله^(١) من أنه ليس على المتهم دفع شيء، لأنه لم يكن ملزماً بدفع العوض، فإذا لم يدفعه كان للواهب الرجوع في هبته، فلو تلفت العين تلفاً قهرياً انتفى موضوع الرجوع ولا شيء على المتهم.

لكن الظاهر - بناءً على تمامية قاعدة اليد - ثبوت أقل الأمرين من البديل الواقعي وقيمة المسمى لانفسه، لأن الضمان بالمسمى حكم العقد الصحيح، أما أن الواجب أقل الأمرين، فلأن الواهب قد أسقط بهبته الزائد عن البديل الواقعي، فإن كان البديل الواقعي أقل من المسمى فهو، وإن كان المسمى هو الأقل، فالمفروض إسقاط الواهب الزائد.

وعلى الجملة، فالضمان عند الشيخ هو الخسارة، قال:

ثم تداركه من ماله تارة: يكون بأداء عوضه الجعلي... وأخرى: بأداء عوضه الواقعي... وثالثة: بأداء أقل الأمرين... فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي.

أي: إن الاختلاف بين الفقهاء في الغرامة أنها العوض المسمى أو

الواقعي أو أقل الأمرين، لا يضرّ بكون معنى الضمان هو الغرامة والخسارة على تقدير التلف.

أما عندنا، فالضمان هو التكفل والتعهد، والاختلاف في الآثار والأحكام لا يوجب الاختلاف في حقيقة معنى الضمان.

قال الشيخ:

وأما مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له كما يتوهم، فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال إن الإنسان ضامن لأمواله.

وهذا ردّ على ما قيل من أن الضمان في العقد الصحيح هو بالمسمى، فليكن معناه في الفاسد كذلك، حتى يكون في كلتا الجملتين بمعنى واحد. وبطلانه على قولنا في معنى الضمان أوضح، فهو بمعنى التكفل في كليهما، غير أنه في العقد الصحيح بالمسمى وفي العقد الفاسد بالعوض الواقعي وهو المثل أو القيمة، واختلاف الأثر لا يوجب اختلاف المعنى الحقيقي.

قال الشيخ:

فاحتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم يضمن بفاسده هو وجوب أداء العوض المسمى، نظير الضمان في العقد الصحيح ضعيف في الغاية. لأن ضمانه بالمسمى يخرج عن فرض الفساد... نظير المعاطاة على القول بالإباحة.

بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان... فافهم.

أقول:

قد ذكر لضعف الاحتمال المذكور -وهو أن يكون المراد من «الضمان»

في العقد الفاسد هو أداء العوض المسمّى - وجهين:

الأول: إن ضمانه بالمسمّى يخرج العقد عن فرض الفساد.

والثاني: إن معنى الضمان هو الخسارة والغرامة.

والوجه الثاني هو الصحيح عنده. وأمّا الأول، فقد أجاب عنه بأنه: «يكفي

في تحقق فرض الفساد...» ثم جعل المقام «نظير المعاطاة على القول بالإباحة».

وهذا الكلام مخدوش جداً.

أمّا قوله: «لأن ضمانه بالمسمّى يخرج عن فرض الفساد» فهو خلف، لأن

العوض المسمّى إنما يفرض إذا كان العقد صحيحاً، وتعيّن مالية الشيء في

العوض المسمّى لا يكون إلا بإمضاء الشارع الموقوف على صحّة العقد، فهو

ملازم لصحّة العقد، وليس الأمر بيد المتعاملين حتى يتعيّن الآخر للعوضيّة.

وأمّا قوله: «نظير المعاطاة على القول بالإباحة» ففيه: إننا قد ذكرنا في

المعاطاة: أن المتعاطيين يقصدان التملك لكن إمضاء الشارع مشروط

بالتصرّف والتلف، وبدونه فلا ملكيّة شرعاً، فتعيّن أحد العوضين بعد التلف

هو سبب صحّة المعاطاة شرعاً، لا مع فرض فسادها.

وأمّا «الضمان» فقد تقدّم أنه لغة وعرفاً كفالة المال، بأن يتعهّد تسليمه،

نظير كفالة النفس إذ يتعهّد إحضار الشخص، فيكون المال في ضمن عهدة

الضامن اعتباراً، وله آثار، فإن كان موجوداً بعينه سلّمه، وإن كان تالفاً، وجب

عليه دفع البديل المسمّى أو الواقعي أو أقلّ الأمرين على ما تقدّم.

والكلام الآن في عموم القاعدة:

بيان عموم القاعدة

قال الشيخ:

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع، لتكون أفرادها مثل البيع والصلح والإجارة ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، وإنما المقتضي له بعض أصنافه....

فهل المراد من هذا العموم الأنواع، من البيع والصلح والإجارة ونحوها، فكل ما يضمن بصحيحه منها يضمن بفاسده، أو الأصناف، فكل صنف يضمن بصحيحه... أو الأشخاص والأفراد؟

قد قرّرنا في الاصول أن أداة العموم موضوعة لاستيعاب ما هو المكثّر لوجود المدخول وهو الفرد، فمدخول «كل» هو العموم الأفرادي، وذلك، لأن الطبيعة أمر واحد، وإنما تتكثّر بخصوصياتها الوجودية، فمقتضى القاعدة أن تستوعب الأداة جميع الخصوصيات الموجودة خارجاً، ولذا يكون الاستغراق أفرادياً دائماً.

لكن الشيخ ضعف القول بالعموم الأفرادي في القاعدة قائلاً:

وربما يحتمل في العبارة أن يكون معناه: أن كل شخص من العقود... ويضعف....

توضيحه: إن ظاهر العبارة هو لإنقسام العقد إلى الصحيح والفساد بالفعل لأنه منقسم إلى القسمين بالفرض والتقدير.

فالشيخ لا يوافق على العموم الأفرادي، كما لم يوافق على العموم الأنواعي، لأن بعض الأنواع بخصوصيته النوعية غير مقتضى للضمان، وإنما

المقتضي له بعض أصناف النوع، فالصِّلح - مثلاً - لا يوجب الضمان بنفسه، بل الموجب له منه هو المشتمل على المعاوضة.
فالمختار عنده هو الأعم من النوع والصنف.
أقول:

ليس القضية الحقيقية - كما يقولون في المنطق - ما يكون الموضوع فيها شاملاً للأفراد المقدرة الوجود، بل هي لحاظ الكلي الطبيعي بنحو صرف الوجود، فيعم الأفراد الفعلية والأفراد المقدرة الوجود.
ولقد أجاد الميرزا الاستاذ قدس سره إذ قال:

إن الأحكام الشرعية كلها بنحو القضايا الحقيقية، فكل عقد يضمن بصحيحه يعني: كل عقد وجد في الخارج وكان صحيحاً فهو لو وجد في الخارج وكان فاسداً يضمن كما يضمن إذا كان صحيحاً.
وبعبارة أخرى: كل عقد لو وجد صحيحاً وكان موجباً للضمان، فهو لو وجد فاسداً كان موجباً له أيضاً.

فالمناط هو القضية الحقيقية، ولا بحث حيثنذ عن كون العموم أفرادياً أو صنفياً أو نوعياً.

ولذا أشرنا سابقاً إلى أن الأولى - كما في كلمات كثير من الأعيان - التعبير بـ «كل ما كان...» بدلاً عن «كل عقد...»، لكن الشيخ لمّا عبّر بالثاني، احتاج إلى البحث المزبور.

قال الشيخ:

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاء الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط

فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكال....

أقول:

لو باع بلا ثمن أو أجر بلا أجر، فهل يكون ضامناً أو لا؟

قيل: إن عموم القاعدة يشملها، فهكذا بيع أو إجازة لو فرض صحيحاً لم يوجب الضمان لكونه بلا عوض، فهو الآن حيث أنه فاسد لا يوجبه.

واختار الشيخ ثبوت الضمان بناءً على ما ذهب إليه من أن الموضوع في القاعدة هو صنف العقد الذي وجد له بالفعل صحيح وفسد، والبيع من هذا القبيل.

ولكن هذا بعيد جداً، لأنه لا يعقل قصد حقيقة البيع في البيع بلا ثمن، لأن الثمن ركن فيه حقيقةً، فقصد البيع مع كونه بلا ثمن تناقض لا يصدر من العاقل. وكذا الأجرة في الإجازة، فيكون مراده من بعثك بلا ثمن بقرينة «بلا ثمن» هو الهبة، ولو قال: أجرتك بلا أجر، فمراده بقرينة «بلا أجر» هو العارية، ولا ضمان في العارية كما لا ضمان في الهبة.

فسواء قلنا بأن المراد من عموم العقد هو الأفرادي أو الأصنافي، لا وجه للقول بثبوت الضمان في المثالين.

ولو أن العقد لم يكن معاوضياً ولكنه تضمن شرطاً يقتضي المعاوضة، فهل تجري فيه القاعدة؟

قال السيد معترضاً على الشيخ:

بل لا إشكال في أن المراد أعم من أن يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمة الشرط، فإن العقد مع الشرط ومجرداً عنه صنفان متغايران، وبعد

إرادة الصنف من مدخول كل لا يبقى الإشكال^(١).

وأشكل عليه شيخنا الاستاذ:

«المراد من صنف العقد في قبال نوعه وشخصه حصصه الذاتية -أي حصص العقد بما هو عقد- فلا بد أن يكون القيد بحيث لا يأبى المجموع عن صدق العقد عليه، ومن الواضح أن العقد المشترط فيه الضمان عقد وشرط، لأن المجموع عقد، فالقيود الخارجة عن العقد وإن كانت محصورة له إلا أنها تحصره، بحصص مؤتلفه من عقد وغير عقد، والمفروض إسناد الضمان إلى العقد بمجرد^(٢)».

والتحقيق أن يقال:

إن المناط في القاعدة: إن كل يد أوجبت الضمان في العقد الصحيح فهي موجبة له في العقد الفاسد، فالموضوع هو «اليد» لا «العقد»، وعليه، فإن كان الشرط يتعلق باليد، كما لو شرط الضمان في الإجارة بالتلف السماوي -بناءً على صحة هذا الشرط- فإن العين في يد الآخذ وملاك الضمان متحقق، وكذا في العارية المضمونة، وإن كان الشرط غير مربوط باليد، فهو خارج عن محل الكلام.

فلا يمكن المساعدة على كلام السيد، ولا يرد كلام شيخنا على كليته عليه، بل يدور الأمر مدار الملاك وهو «اليد».

انتهى البحث في ألفاظ القاعدة عن «كل» و«عقد» و«ضمن»، والكلام الآن في معنى «الباء».

(١) حاشية المكاسب ١/ ٤٥٦.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٣٠٨.

معنى «الباء» في القاعدة

قال الشيخ:

«ثم إن لفظة «الباء» في «بصحيحه» و«بفاسده» إما بمعنى «في»... وإما لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة، فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض... وأما العقد الفاسد، فلا يكون علة تامة أبداً...»
أقول:

تستعمل «الباء» للظرفية بمعنى «في» فيقال: أقمت بالمكان، وعلى هذا المعنى، فلا يرد على القاعدة أي إشكال، إذ تكون العبارة بناءً عليه: كل عقد يضمن في صحيحه بأي سبب، يضمن في فاسده بأي سبب كان.
إنما الإشكال بناءً على كونها سببية، لأن الفاسد لا يكون سبباً للضمان أبداً، لأن السبب لمليكية العوض المسمى هو العقد، فلو كان فاسداً لا يكون سبباً بوجه من الوجوه، ولو حصل القبض مع ذلك، كان السبب للضمان هو اليد.

ويندفع: بأنه لا ملزم لأخذ السببية بمعنى العلة التامة، بل هي أعم منها ومن الناقصة، لأن من العقود ما لا أثر له في الضمان إلا بعد القبض، كما في السلم والصرف، ففي هذه الموارد لا يكون البيع سبباً، أي ليس علة تامة بل هو جزء للسبب، فالعقد والضمان يؤثران معاً في الملكية.

وأضاف الشيخ: «بل مطلق البيع... وكذا الإجارة والنكاح والخلع...».

فلو باع طعاماً لم يكن المشتري ضامناً للثمن -بالمعنى الذي ذكره- إلا بعد القبض، لأن الطعام قبل القبض في ضمان البائع، فلو تلف كان من ماله،

لقاعدة: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، وينفسخ البيع.
وهكذا سائر العقود المعاوضيّة الصحيحة، وعلى هذا، فالعقد جزء
للسبب.

وأما العقد الفاسد، فقد ذكر لإسناد الضمان إليه وجهين، قال:
«إمّا لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان».
فالعقد الفاسد سبب عادي للقبض، وهو سبب للضمان، وسبب السبب
سبب، فالعقد علّة تامّة للضمان، هذا هو الوجه الأوّل للإسناد.
لكنّه يبتني على أن يكون الدليل لقاعدة ما يضمن... هو قاعدة اليد،
لكون القبض تمام العلّة.

«وإمّا لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علّل الضمان الشيخ
وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه...».
وهذا هو الوجه الثاني.

وهذا يبتني على أن يكون المدرك للقاعدة: قاعدة الإقدام على الضمان.
فإن كان المدرك لقاعدة ما يضمن بصحيحه... الإقدام على الضمان،
وهو إنما يكون بإنشاء العقد المعاوضي، صحيحاً أو فاسداً، فالسببيّة حقيقة
تسند إلى العقد، ولا إشكال فيه. وإن كان المدرك قاعدة اليد، كان إسناد السببيّة
إلى العقد مجازاً، لأنه من إسناد الشيء إلى ما ليس سبباً له.

فإذا كان المدرك قاعدة الإقدام، كان أخذ «الباء» بمعنى السببيّة وجيهاً
جداً، بخلاف ما إذا كان مدركها قاعدة اليد، وهذا ما أفاده المحقق

الخراساني رحمه الله^(١).

لكن الانصاف عدم تمامية ما ذكر، إذ ليس لليد بما هي سببية للضمان، بل هي فيما إذا لم يكن القبض والإقباض مجاناً، وعليه، فالعقد المعاوضي - ولو كان فاسداً - يخرج المعاملة عن المجانية، وعدم المانع جزء من أجزاء السبب، فيصح بهذا اللحاظ إسناد السببية إلى العقد الفاسد.

ولكن هذا كله مبني على ما ذهب إليه الشيخ في معنى «الضمان» من أنه «الخسارة» و«الغرامة». وأما على ما قلناه من أنه بمعنى «الكفالة» و«العهد»، فبمجرد وقوع العقد يكون الثمن في عهدته المشتري، وضمانه ثابت حتى قبل القبض، فلو تلف المبيع قبله انتفى موضوع العهد وانفسخ العقد، لأن الضمان متوقف على القبض، وعليه، فالسببية للعقد في مطلق البيع تامة لاناقصة.

الكلام في مدرك القاعدة

قال الشيخ:

ثم إن المدرك لهذه الكلية على ما ذكره في المسالك... هو إقدام الآخذ على الضمان، ثم أضاف إلى ذلك قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: على اليد ما أخذت حتى تؤدي...^(٢).

أقول:

هذه القاعدة لم يرد بها نص، وقد اختلفت أنظار الفقهاء في بيان مدركها.

(١) حاشية المكاسب: ٣٦.

١ - الإجماع

أما الإجماع - كما في مفتاح الكرامة - فلا يعتمد عليه، لعدم كونه كاشفاً عن رأي المعصوم حتى لو كان محصلاً، فكيف وهو منقول.

٢ - قاعدة الإقدام

وأما قاعدة الإقدام على الضمان، كما استدلل الشيخ في المبسوط وتبعه بعض الفقهاء، فإن أريد أن الإقدام بما هو هو سبب للضمان كما هو ظاهر عباراتهم، فهو ساقط جداً، وإن أريد أن الإقدام على الضمان يرفع مجانية اليد، فهو لا يكون سبباً للضمان إلا بمعنى رافعيته لجهة المجانية فتؤثر اليد أثرها، وهذا هو مرادهم يقيناً، فاليد مقتضية للضمان، ويمنع عنه المجانية، وحيث أن العقد الذي أقدم عليه معاوضي، فالتسليط ليس مجانياً، وحينئذ يثبت الضمان بقاعدة اليد.

قال الشيخ:

وهذا الوجه لا يخلو عن تأمل....

أقول:

أشكل الشيخ على الاستدلال بقاعدة الإقدام بأنه:

أولاً: إنه لا دليل شرعي على الضمان لأنهما أقداً... على ضمان خاص... والمفروض عدم إمضاء الشارع....

وثانياً: إن دليل الإقدام منقوض طرداً وعكساً، لأن معنى قاعدة الإقدام

هو: أنه كلما كان هناك إقدام على الضمان فالضمان ثابت، وكلما لم يقدم فيه على الضمان فلا ضمان، وكلتا الكليتين متقضتان، لأن النسبة أعم من وجه، إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما إذا تلف المبيع قبل القبض في البيع الفاسد، إذ لم يقل أحد بضمان المشتري، لا بالعوض المسمى ولا بالعوض الواقعي، وإن كان مقدماً عليه.

وفيه: [١]

[١] هذه مناقشة الإشكال الثاني، ولم يتعرض للإشكال الأول، وأما ما في تعليقه المحقق الخراساني من أنه «يمكن أن يقال: بأنهما أقدمتا على أصل الضمان في ضمن الإقدام على ضمان خاص، والشارع إنما لم يعض الضمان الخاص لا أصله. مع أن دليل فساد العقد ليس بدليل على عدم إرضائه فافهم لكن لا دليل على كون الإقدام سبباً للضمان أصلاً»^(١) فقد أجاب عنه تلميذه المحقق الإصفهاني بقوله:

«المراد من الإقدام هو الإقدام العقدي، والإقدام العقدي تسبب قصدي لا قهري، وليس المقدم عليه حينئذ إلا مصب العقد ومورده القصدي وهو التملك بالمسمى. وأما انتزاع طبيعي الإقدام من إقدامه الخاص، وطبيعي التعويض من تعويضه الخاص، وطبيعي المعوض والعوض من العوضين المخصوصين، فطبيعيات انتزاعية بوجود مناشئ انتزاعها، لأنها مورد العقد ومصبه القصدي»^(٢).

وأما قوله: «مع أن دليل فساد العقد...» وحاصله: إن الدليل الدال على فساد العقد

(١) حاشية المكاسب: ٣١.

(٢) حاشية المكاسب ٣١٢/١.

إنَّ مراد الشهيد الثاني^(١) تبعاً للشيخ أنَّ الإقدام جزءٌ للعلة لا تمامها، والجزء الآخر هو الأخذ والقبض، ولذا صرَّح بالأخذ وقال: «هو إقدام الأخذ»، وحيث أنَّ المفروض عدم حصوله، فالنقص غير وارد، لعدم ثبوت الضمان بالإقدام وحده.

بل إنَّ كون مرادهم ما ذكرناه هو صريح كلام الشيخ نفسه حيث قال قبل ذلك: «وإما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علَّل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، ولا ريب أنَّ دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه...».

هذا في النقض الأول.

ونقض ثانياً فقال:

وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال: بعتك بلا ثمن أو أجرتك بلا اجرة. نعم، قوى الشهيدان في الأخير عدم الضمان، واستشكل

لا يدلُّ على عدم إمضاء الضمان الخاص أو أصل الضمان، ففيه: أنه إذا دلَّ الدليل على فساد العقد فإنه يدلُّ بالالتزام على عدم الضمان الخاص أي المسمّى. ولو أراد الدلالة على فساد أصل الضمان، فهو موقوفٌ على ثبوته ثم دعوى دلالة فساد العقد على فساده، والحال أنَّ أصل ثبوت الضمان بقاعدة الإقدام أول الكلام كما نصَّ هو عليه أيضاً.

العلامة....

أقول:

ذكر موردين: أحدهما: أن يشترط المشتري - في البيع الفاسد - على البائع أن يكون ضامناً للمبيع إذا تلف، أي في يد المشتري.
إلا أن هذا الضمان إنما جاء من ناحية الشرط، ولا علاقة له بالإقدام وعدمه.

والثاني: البيع بلا ثمن، والإجارة بلا أجر، فإنه فاسدٌ عند الشيخ وموجب للضمان.

إلا أن البيع بلا ثمن يقع على صور:

منها: أن يبيع بشرط سقوط الثمن الثابت به في ذمة المشتري، فالمراد من «بلا ثمن» أي: بلا أداء الثمن، بأن يسقط بعد ثبوته.
ومنها: أن يبيع بشرط أن لا يكون في البين ثمنٌ.
ومنها: أن يبيع بلا ثمن، قاصداً الهبة من البيع.
ومنها: أن يقصد البيع مع قصد عدم الثمن.
والأخير باطل، لأن الثمن ركن، والجمع بين البيع وعدم الثمن تناقض.
والذي قبله صحيح، بناءً على صحة العقد باللفظ المجازي، والمفروض أنه قصد من لفظ «البيع» معنى «الهبة» مع إقامة القرينة على ذلك ولو فرض فساده، إذ لا ضمان في الهبة.
وأما الثاني، فيرجع إلى أحد الأخيرين.
وأما الأول، فلا إشكال في صحته.
فالنقض غير وارد.

٣ - قاعدة اليد

قال الشيخ:

وأما خبر اليد، فدلالته وإن كانت ظاهرة وسنده منجبراً، إلا أن مورد مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة. أقول:

إنه في البيع الفاسد وعدم حصول الملكية، تقع اليد على ملك الغير، وأما الإذن الحاصل، فقد كان إذناً معاملياً والمفروض عدم تأثيره لفساد العقد، ولذا قال بعض الفقهاء: إن المقبوض بالعقد الفاسد بمنزلة الغصب، فلو تلف كان ضامناً له، فصاحب اليد ضامن.

وقد تقدم الكلام في خبر قاعدة اليد سنداً ودلالة. أما سنداً، فقد قلنا بأنه ليس من أخبارنا، وإنما هو من أخبار العامة، وهو عن سمرة بن جندب وهو من الأشقياء الملعونين، ولا ينجبر هذا الضعف بالشهرة بين الأصحاب، لأن جابريتها منوطة بأن نستكشف من عملهم أنهم قد عثروا على قرائن تفيد الوثوق بصدور الكلام عن المعصوم، الذي هو الملاك لحجية خبر الواحد، لكن هذه الكبرى غير منطبقة هنا قطعاً. وأما دلالة، فقد ذكرنا أنه ظاهر في الأخذ لشيء غير معطى، فهو أجنبي عن بحثنا، حيث التسليم من المالك، ولو سلم ورود «الأخذ» لمطلق التسلم أيضاً، كان الحديث مجملاً ولا يتم الاستدلال به في المقام.

نعم، لو قام الإجماع أو السيرة المعتبرة على أن مجرد كون مال الغير في يد الإنسان - ولو قهراً أو خطأ، أو أن مطلق وضع يده على ملك الغير - موجب

للضمان، أمكن الاستدلال بالقاعدة، بأن تكون مقتضية للضمان لولا المانع وهو المجانية، فإذا انتفت المجانية بالدخول على وجه الضمان بمقتضى قاعدة الإقدام، دلت القاعدة على الضمان.

والحاصل: أنا قد بينا مرادهم من قاعدة الإقدام، كما بينا كيفية الاستدلال بقاعدة اليد على الضمان، وقد نفى الشيخ البعد عن ذلك إذ قال في الآخر: ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام... فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال واحترام الأعمال....

وبعد، فما هو المدرك لهذه القاعدة المتداولة على ألسنة الفقهاء؟

٤ - قاعدة السلطنة

الذي يمكن أن يقال هو: إنه لما كان الشرط هو الإلزام والإلتزام، أو كما قال الشيخ^(١) - في الكلام على قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وآله: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) - إن الشرط لغة: مطلق الإلتزام، كانت المعاملة مبنية على الإلتزام بالتملك بعوض من الطرفين، وحيث أن هذا البناء موجود كشرط ضمنى في المعاملة الفاسدة أيضاً، ولما سلم كل منهما ملكه للآخر، فاشتراط البدل والعوض موجود في المعاملة المعاوضة على كل حال، وعدم إمضاء الشارع للعقد الفاسد، إنما يمنع من ترتيب الأثر عليه، فلا يتعين البدل المسمى للبدلية، أما الإلتزام بأصل البدل فباقي على حاله بمقتضى

(١) المكاسب ٥٦/٣.

(٢) وسائل الشريعة ٢٦١/٢١، باب أن من شرط لزوجه أن لا يتزوج عليها... ذيل الرقيم: ٤.

الحديث المذكور.

وتلخص: أن المدرك للقاعدة - سواء كانت المعاملة صحيحة أو فاسدة - ليس قاعدة الإقدام ولا قاعدة اليد، بل هو قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وآله: «المؤمنون عند شروطهم» وليس غيره.

ثم إن الشيخ قد أشكل في الاستدلال بقاعدة اليد بأنها لا تشمل المنافع والأعمال، كمنافع الدار المستأجرة بعقد فاسد، أو أعمال الأجير في الإجارة الفاسدة.

لوضوح أنها لا تقع في حيز اليد، وظاهر قوله: «على اليد ما أخذت» أن يكون الشيء قابلاً للأخذ باليد، مضافاً إلى اعتبار كون الشيء قابلاً للأداء، كما هو ظاهر «حتى تؤدي»، والمنافع والأعمال لا قابلية لها لذلك، لعدم كونها موجودة في الخارج.

فقال المحقق الخراساني:

«مورده وإن كان مختصاً بالأعيان، إلا أن قضية كونها مضمونة ضمان منافعها، ف ضمان المنافع في الإجارة الفاسدة إنما يكون بتبع ضمان العين المستأجرة، وبالجمله، قضية ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونة بها فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها...»^(١).

وفيه:

إنه لا ضمان بالنسبة إلى العين في الإجارة الفاسدة.

(١) حاشية المكاسب: ٣١.

وقال شيخنا الاستاذ:

إن «ما» الموصولة تشمل الأعيان والمنافع والأعمال، و«اليد» عبارة عن الاستيلاء، فعلى المستولي ما أخذ... و«الأخذ» يشمل الكل لأنه مطلق التناول^(١).

وبالجملة، فإن الإشكال يندفع بأن المراد من «الأخذ» هو «الاستيلاء» وهو في كل شيء بحسبه، ومن «الأداء» هو «الخروج عن العهدة»، وبهذا يكون الحديث شاملاً للمنافع والأعمال أيضاً.

إلا أن الشيخ جعل المدرك للقاعدة في المنافع والأعمال أدلة أخرى غير قاعدة اليد، فقال:

اللهم إلا أن يستدل على الضمان فيها بما دلّ على احترام مال المسلم وأنه لا يحلّ عن طيب نفسه، وأن حرمة ماله كحرمة دمه، وأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، مضافاً إلى أدلة نفي الضرر.... أقول:

تقريب الاستدلال بـ«لا يحلّ مال...» هو: أنه قد أسند عدم الحلّية إلى «المال» ولم يقل: لا يحلّ التصرف ونحوه، فالمعنى: إنه ليس مال المسلم طلقاً لغيره، فلا يجوز لأحد التصرف فيه إلا برضاه، وأنه لو لا الرضا فالضمان ثابت.

(١) حاشية المكاسب ١/ ٣١٦.

٥ - قاعدة الاحترام

وأما قاعدة الاحترام، فمستندها الحديث:

عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله وقف بمنى حتى قضى مناسكها في حجة الوداع - إلى أن قال - فقال: أي يوم أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا اليوم، فقال: فأَيُّ شهر أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا الشهر. قال: فأَيُّ بلد أعظم حرمة؟ قالوا: هذا البلد. قال:

فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا...»^(١).

وعن أبي جعفر الباقر عليه السلام عن جابر بن عبد الله الأنصاري في حديث: إن النبي قال: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم...»^(٢).

وعن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر وأكل لحمة معصية لله وحرمة ماله كحرمة دمه»^(٣).

وعن أبي ذر عن النبي صلى الله عليه وآله - في حديث - «يا أباذر، سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر وأكل لحمة من معاصي الله وحرمة ماله كحرمة دمه»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٩ / ١٠، الباب ١ من أبواب القصاص في النفس، الرّقم: ٣.

(٢) بحار الأنوار ٢١ / ٤٠٥.

(٣) وسائل الشيعة ٨ / ٥٩٩، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الرّقم: ١٢.

(٤) وسائل الشيعة ٨ / ٥٩٨، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الرّقم: ٩.

ويمكن الاستدلال بها بوجهين:

أحدهما: إنه لو أُلِف مال المؤمن ولم يعوَّض عنه لزم ضياعه وذهابه هدرًا، وهذا ينافي الاحترام، ولا ريب أن «المال» غير مختص بالأعيان، فممنفعة الدار والدابة مثلاً مال، وكذلك العمل، فإنه مال لأنه يبذل بأزائه المال، وتميل إليه النفس، فلا بد من دفع البذل عنهما وإلا يلزم هتك حرمتهما، فمقتضى احترام مال المؤمن المستوفى من دون رضاه، دفع البذل والعيوض إليه.

والثاني: إن مقتضى تشبيه المال بالدم هو الضمان، فكما لا يذهب دم المؤمن هدرًا وتجب الدية، كذلك ماله ويجب دفع العوض، سواء كان عيناً أو منفعة أو عملاً.

وكذلك الحال في السب والغيبة، فالحكم الوضعي -بالإضافة إلى الحكم التكليفي- ثابت.

وهذا غاية تقريب الاستدلال بقاعدة الاحترام في مسألة المنافع والأعمال، ثم نقول:

تارة: يستأجر الدار بالإجارة الفاسدة ويسكن فيها أو الدابة ويركبها، فلا ريب في الضمان وعليه دفع البذل، كما لو كان العقد صحيحاً، وأخرى: يستأجر ولم ينتفع، فإن كان العقد صحيحاً، فلا كلام في الضمان بأدلة الاحترام، لأنه لا يذهب مال المؤمن هدرًا، وأما إن كان فاسداً، والمفروض أنه لم يذهب شيء من المال هدرًا ولم يكن إتلاف، فلا موضوع لأدلة الاحترام حتى يجب الضمان في دفع البذل.

إذن، في موارد عدم الانتفاع، الإجارة الفاسدة ليست كالإجارة الصحيحة، إذ الضمان ثابت في الصحيحة وإن لم ينتفع ولم يستعمل، أما في الفاسدة إذا لم ينتفع بالشيء ولم يستعمل الأجير فلا ضمان. وتلخص: أن لا كلفة للدليل الإحترام.

ولزيادة التوضيح نقول: إن معنى احترام مال المسلم وعمله هو ثبوت العوض له، وهذا يكون في موردين، أحدهما: أن يأمره بالعمل فيأتي به من غير أن يقصد التبرع بل يقصد العوض، فالأمر ضامن للبدل بلا إشكال. والثاني: أن يقع العقد بينهما صحيحاً، ففي هذه الصورة يضمن المستأجر الأجر المسمى، سواء انتفع أو استخدم الأجير أو لا.

وأما لو وقع العقد فاسداً، فإن حمله على العمل ضمن أجرة المثل دون المسمى، لفساد العقد، وإن عمل الأجير بلا طلب من المستأجر، بل لاعتقاده صحة العقد وأن ذمته مشغولة مثلاً، فلا دلالة لأدلة الاحترام على الضمان. فالقاعدة منتقضة، والصحيح هو التفصيل.

٦ - لا يحل مال امرئ...

وأما ما دلّ على أنه لا يحل مال المسلم إلا عن طيب نفسه، فالذي في وسائل الشيعة باللفظ التالي في خبر:

«لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه منه»^(١).

(١) وسائل الشيعة ٥ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الرقم: ٨، وأنظر: الرقم ٣ من نفس الباب. ونفس المصدر ٩ / ٥٣٩، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الرقم: ٢، و ٢٤ / ٢٣٤، الباب ٦٩ من أبواب الأطعمة للح

والحليّة تارة: تكليفية في مقابل الحرمة التكليفية، وهذا يكون في موارد إسنادها إلى الفعل الاختياري، كأنّ يقال: يحلّ ذلك أن تأكل وتشرب... وهكذا... ولو أسند إلى الأعيان كأنّ يقال: يحلّ لك الماء، احتاج إلى تقدير الفعل الاختياري أي: شرب الماء، وكذلك الحرمة كقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ﴾^(١).

وأخرى: وضعيّة، وذلك يكون حيث تسند إلى الأعيان، ولا يقدر الفعل ولو بأصالة عدم التقدير.

وفي هذه الرواية، قد اسندت الحليّة إلى «المال»، فلو قدر «التصرف» كانت تكليفية، لكن الأصل عدم التقدير.

وإن شئت فقل: إن الرواية تدلّ على عدم الحليّة حيث لا طيب نفس، وعدم الحليّة مطلق يشمل الوضعيّة والتكليفية معاً. والحاصل: إنّ نفس المال له حرمة واحترام.

هذا غاية ما يقال في تقريب الاستدلال بهذه الرواية على ضمان المنافع والأعمال المستوفاة إذا لم يقصد التبرّع.

والإنصاف: عدم إمكان المساعدة عليه، وذلك:

لأن إسناد الحليّة والحرمة إلى الأعيان قرينة على إرادة الحكم التكليفي المتعلّق بها، فلو قيل: يحلّ الماء ويحرم الخمر، أي: شربه، يحلّ الطّعام أو يحرم الطّعام، أي: أكله، وهكذا، في سائر الموارد، إذ يقدر الفعل المناسب في

﴿المحرمة، الرّقم: ٣، وغوالي اللثالي ٣/ ١٨٤ باب الجهاد، الرّقم: ٩. وقد أوردنا التّصوّل في الجزء الأوّل: ٢٤٤-٢٤٥، وبعض أسانيدها معتبر بلا كلام.

(١) سورة النساء: ٢٣.

كُلُّ منها.

هذا كله بناءً على ظاهر الرواية.

وأما بناءً على اللفظ الموجود في كلمات الفقهاء: «إلا عن طيب نفسه» فالإشكال أوضح، لأن ظاهر «عن طيب نفسه» صدور الفعل، فهو دالٌّ على الحكم التكليفي من دون تردد.

٧ - لا يصلح ذهاب حقِّ أحدٍ

وأما الرواية: «لا يصلح ذهاب حقِّ أحدٍ» فهذا نصّها:

عن ضريس قال: سألت أبا جعفر عن شهادة أهل الملل، هل تجوز على رجلٍ مسلم من غير أهل ملّتهم؟ فقال: لا، إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم ولا تبطل وصيّته^(١).

وعن الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله قال: «سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة من غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حقِّ أحدٍ»^(٢). وعن سماعة قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن شهادة أهل الذمّة. فقال:

لا تجوز إلا على أهل ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على

(١) وسائل الشيعة ١٩/٣٠٩، الباب ٢٠ من أبواب أحكام الوصايا، الرقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة، نفس المصدر، الرقم: ٣.

الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد^(١).

تقريب الاستدلال: إن الدار أو الدابة المستأجرة ذات المنفعة، إن ذهبت
المنفعة هدراً - بأن لا يكون في الإجارة الفاسدة ضمان - ضاع حق السلم،
وهذا ما لا يصلح، بمقتضى النصوص المذكورة، فإنها وإن كانت واردة في
مورد الوصية إلا أن ذلك لا يخصصها بل التعليل الموجود فيها معمم كما
لا يخفى، أو أن الإمام قد طبق الكبرى الكلية على مورد الوصية.

وعلى الجملة، فالمنفعة والعمل حق، ولا يصلح ذهاب حق أحد،
فالضمان ثابت في الإجارة الفاسدة كما هو ثابت في الصحيحة.

ولكن فيه نظر:

فإن الكبرى الكلية مسلمة، لكن مردها صورة استيفاء المنفعة أو وقوع
العمل بأمر من المستأجر، وأما لو استأجر الدابة - مثلاً - بعقد فاسد ولم ينتفع
بها أصلاً، لم يتحقق لصاحبها حق كي يلزم من عدم دفع أجره المثل ذهاب
حقه.

وبعبارة أخرى: الذهاب فرع الوجود، إنه لم يتحقق لصاحب الدابة على
المستأجر حق ليكون ضامناً لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، فلا مصداقية هنا
لقاعدة ما لا يضمن... هذا أولاً.

وثانياً: إن العمل فعل اختياري للإنسان، وهو عرض قائم به، فلا يكون
مصدّقاً له «الحق»، كما لا يكون مصادّقاً له «الملك»، ولذا فإن عمل الحر لا
يكون ملكاً له، فلا يقال لمن يتمكن من القيام بأعمال كثيرة أن له ملكاً كثيراً

(١) وسائل الشيعة ١٩ / ٣١١، الرقم: ٥.

كما تقدّم في محلّه.

وعلى الجملة، فإن صدق «الحق» على «العمل» في غاية الإشكال.

٨ - قاعدة لا ضرر

وأما الاستدلال للمقام بأدلة نفي الضرر، من جهة أن عدم الضمان ضرر، فيثبت الضمان في المنافع والأعمال مع فاسد العقد. فلا ريب في ثبوت قاعدة نفي الضرر، وأدلتها متواترة أو مستفيضة^(١)، وفي لفظ: أنه صلى الله عليه وآله قال: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(٢).

ولكن الاستدلال بهاهنا في غير محلّه، وتوضيح ذلك هو:

إن «لا» نافية للجنس، فطبيعي الضرر منفيّ تشريعاً، أما على القول بأن المعنى: كلّ موضوع ضرري فلا حكم له في الشريعة، لأن نفي الموضوع تشريعاً عبارة عن عدم حكمه، فهو نفي للحكم بلسان نفي موضوعه، ونظيره في الكتاب والسنة كثير، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾^(٣)، فلا ربط للقاعدة بما نحن فيه أصلاً.

وأما على القول بأن المعنى: كلّ حكم ينشأ منه الضرر فهو منفي في الشرع - كما هو مختار الشيخ - أي: لا حكم ضرري في الإسلام، فليس في محلّ البحث هنا حكم ينشأ منه الضرر حتى يتمسك بالقاعدة لنفيه.

(١) أنظر ٢٥/٤٢٧، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦/١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث.

(٣) سورة البقرة: ١٩٧.

إلّا أن يقال:

إنّ ما ورد في لسان الشارع من: لا يجب كذا أو لا يحرم كذا أو لا يحلّ كذا، ونحو ذلك، ليس إخباراً عن عدم الحكم، لأنّ الأحكام كلّها عدم في الأزل، بل هو إنشاء لعدم الحكم والتعبد به، ولذا يجري استصحاب العدم الأزلي ويتعبد به، وعلى هذا، فحكم الشارع بعدم الضمان في الأعمال والمنافع المستوفاة بالعقد الفاسد، حكمٌ ينشأ منه الضرر، فهو منفيٌّ بأدلة نفي الضرر، وإذا ارتفع العدم ثبت نقيضه، فالضمان ثابت.

هذا غاية ما يمكن أن يقرب به الإستدلال بقاعدة «لا ضرر».

وخلاصته: إن معنى القاعدة: كلّ حكم ينشأ منه الضرر فهو منفي، وإن عدم الحكم ممّا يمكن التعبد به، ونفيه جعلٌ لعدمه، وتكون النتيجة ثبوت الحكم بالضمان.

وفيه: إنه لا كلام في أنّ عدم الحكم ممّا يمكن التعبد به، ولكنّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، إذ المفروض عدم إنشاء الحكم بعدم الضمان، والقول بأن عدم الحكم من دون إنشائه مجعول، فاسد جداً. هذا أولاً.

وثانياً: ظاهر الرواية: أن المنفي هو الحكم الضروري، لا عدم الحكم الذي ينشأ منه الضرر.

فالقول بعدم حكم الشارع فيما نحن ضرري، فيكون مجرى قاعدة لا ضرر، لا يمكن المساعدة عليه بوجه.

فإن قلت: إنّ الانتفاع بدار الغير أو دابّته - مثلاً - بلا دفع للبدل «ضرار»، وهو منفيٌّ بالحديث الشريف، فيجب التدارك.

قلت: إن مفاد الحديث نفى الضرار، لا نفى الضرار غير المتدارك، وتدارك الشيء غير عدم الشيء.
وتلخص:

عدم الدليل على الضمان في الأعمال والمنافع المستوفاة بالعقد الفاسد، فقاعدة: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده... منتقضة.

وأما بناءً على ما ذكرنا من أن دليل القاعدة هو: قاعدة السلطنة، بالبيان المتقدم، فغاية ما يمكن أن يقال في الأعمال والمنافع هو: إن تسليمه الدار للانتفاع بها، مبني على أن المنفعة المستوفاة ليست مجانية، فمقتضى هذا الشرط الضمني - بعد عدم وجوب دفع العوض المسمى، لفساد العقد - وجوب دفع البذل، فيختص الاستدلال بصورة استيفاء المنفعة أو العمل، وأما حيث لم يتحقق الاستيفاء، فلا دلالة للقاعدة على الضمان [١].

[١] وتلخص: أن الدليل على ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد هو الإجماع وقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ومدركها حديث السلطنة، والسيد الجد لم يناقش في سنده في البحوث السابقة.

وذهب السيد الخوئي رحمه الله إلى أن ثبوت الضمان إنما هو بالإقدام المنظم إلى الاستيلاء من جهة السيرة العقلانية غير المردوعة عن المعصوم، فالإقدام بوحده ليس علّة تامة للضمان لكي يدور الضمان مداره وجوداً وعدماً، وإنما هو متمم لسبب الضمان الذي هو الاستيلاء على مال الغير بلا تسلط من المالك مجاناً، وقد قامت السيرة القطعية العقلانية الممضاة للشارع على أن التسلط على مال الغير تسلطاً غير مجاني موجب للضمان، وحيث أن الشارع لم يمتض الضمان بالمسمى لفساد العقد،

الكلام في الأعمال التي لا يرجع نفعها إلى الضمان

قال الشيخ:

ويبقى الكلام حيثنذ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن ولم يقع بأمره، كالسبق في المسابقة الفاسدة، حيث حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق أجره المثل، خلافاً لآخرين. ووجهه.... أقول:

إن المسابقة عقد مشروع مستقلٌ مبحوث عنه في كتاب السبق والرماية، وهو من العقود اللازمة، يتعاقدان على أن يكون السبق لمن سبق، ويكون السبق من أحدهما أو من كليهما.

فإن كان العقد صحيحاً، فالضمان - وهو كون السبق للسابق - ثابت، وأما إن كان فاسداً، فحكم شيخ الطائفة^(١) وجماعة بأن لا ضمان بالنسبة إلى أجره المثل، فكان ما يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. وذهب العلامة والمحقق الثاني^(٢) وآخرون إلى ثبوته أخذاً بالقاعدة.

فثبت الضمان بالمثل أو القيمة^(٣).

ولكن قد عرفت مما تقدم أن ثبوت قاعدة الإقدام أول الكلام - وهو كاف في سقوط المبنى كما لا يخفى -، وعلى فرض التنزل، فثبوت السيرة العقلانية على ضمان البديل في التسليط بالمسمى وتلف المال بيد المشتري بلا تفريط، أول الكلام كذلك.

(١) أنظر: المبسوط في فقه الإمامية ٣٠٢/٦، شرائع الإسلام ٢٤٠/٢، مسالك الإفتاء ١٠٩/٦ - ١١٠.

(٢) أنظر: تذكرة الفقهاء ٣٥٧/٢، جامع المقاصد ٣٣٧/٨، إيضاح الفوائد ٣٦٨/٢.

(٣) مصباح الفقاهة ٩٦/٣ - ٩٧.

وقد اختار الشيخ القول الأول، فالقاعدة على هذا القول منتقضة، والوجه في ذلك هو:

إن الأدلة التي أقامها الشيخ على الضمان في المنافع والأعمال غير جارية هنا، وذلك، لأن موجب الضمان إما هو الانتفاع بمال الغير فيجب عليه التدارك، وإما أن يأمر الغير على عمل، وعمل المسلم محترم، فتجب عليه أجرته، وإما هو الإجارة أو الجعالة الصحيحة، فيجب عليه دفع العوض المسمى.

والمسابقة الفاسدة ليست بإجارة أو جعالة، ولا يترتب عليها ضمان المسمى لعدم صحتها، والعمل الذي قام به لم يقع بأمر الضامن، وهو لم ينتفع بالعمل. وإذا لا أمر ولا استيفاء للمنفعة ولا عقد يكون مؤثراً في استحقاق الأجرة والعوض، فلا ضمان [١].

[١] لكن في تعليقه المحقق الإيرواني: «المراد بالأمر في المقام بعث الغير نحول العمل لا خصوص الطلب، وهذا حاصل في المسابقة، لتضمنها الالتزام بمال السبق، فإن البعث يحصل بكل من الكلب والوعد بالثواب والوعيد بالعقاب»^(١). وهذا غير واضح، لعدم وجود التزام إلا بالالتزام العقدي، وإذا كان فاسداً لم تبق حرمة لعمله ليستحق شيئاً في مقابله.

وفي تعليقه المحقق الإصفهاني: «ربما يشكل دخول المسابقة في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، إذ لا مالبة للعمل بحيث يتدارك بالعوض في الصحيح

هل يفرّق في الضمان بين علم الدافع وجهله؟

قال الشيخ:

ثم إنّه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، وبين علمه مع جهل القابض، وتوهم أن الدافع.... أقول:

إنما ينتفي الضمان في موارد، كالإذن في التصرف أو الغرور حيث أن المغرور يرجع إلى من غره، وأمّا في العقد الفاسد، فقد يكون كلاهما جاهلين بفساده، أو عالمين به، أو الدافع جاهل والقابض عالم، أو بالعكس. فإن كانا جاهلين، فالضمان ثابت، لقاعدة الضمان بناءً على تماميته، وإن كان الدافع جاهلاً والقابض عالماً، فبطريقي أولى، لأنه يعتقد بصحة العقد فيسلم الشيء، لكنّ الآخذ عالمٌ بالفساد فهو بأخذه يكون ضامناً بلا إشكال. وإن كان الدافع عالماً بالفساد والقابض جاهل، أو كانا عالمين، فقد يقال

حتى يتدارك في الفاسد.

ويندفع: بأن مورد القاعدة هي المعاوضة، وكون العوض عوضاً عن السبق مما لا ريب فيه، غاية الأمر أن بذل العوض لعملٍ تارةً بلحاظ مآليته وأخرى بلحاظ غرض عقلائي أو شرعي ترتب على العمل المبذول بأزائه شيء، ولا مخصص للقاعدة بما إذا كان الداعي إلى التعويض مآلية المعوض، بل مجرد كونه مضموناً بالعوض لأي غرض كان...^(١).

بعدم الضمان:

لأن الإقباض مع العلم بالفساد إذن في التصرف، فلا ضمان حينئذٍ.

أو لأن الإقباض في هذه الحالة أمانة مالكية [١].

أو لأنه لما كان الدافع عالماً والقابض جاهلاً، فإن القابض مغرورٌ من قبل الدافع، والمغرور يرجع على من غره.

لكن ذلك كله توهم.

لأن الأمانة المالكية، إما هي عبارة عن الإيداع أو الإعارة ونحوهما، ولا شيء من هذه العناوين بمقصود للدافع، فلا موضوع للأمانة هنا.

وأما الإذن في التصرف، فإنه من باب الجري على المعاوضة تشريعاً أو من باب عدم المبالاة بالحكم الشرعي، فهو لم يدفع الشيء مجاناً ليكون إعطاؤه إذنًا في التصرف، لأن الإذن في التصرف يكون في حال الدفع مجاناً مع إمضاء الشارع، خاصةً في صورة علمهما بالفساد، فإنه لا يتصور الأخذ إذن الدافع ورضاه بالتصرف.

[١] ولا ضمان حينئذٍ للنصوص الدالة على ذلك، كقوله عليه السلام - في حديث: «إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه إلا أن يكون اشترط عليه»^(١).

وقوله عليه السلام: «لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مؤمناً»^(٢).

وقوله عليه السلام: «ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن»^(٣).

وأما قاعدة الغرور، فإنما تجري في مورد يكون التصرف بتغريب الغير مع الاعتقاد بعدم الضمان، وليس القبض فيما نحن فيه كذلك، بل هو على وجه المعاوضة.

وعلى الجملة، فالضمان ثابت في الصور الأربع، لقاعدة الضمان بناءً على تمامية الاستدلال بها كما عليه الشيخ، أو لقاعدة السلطنة كما هو المختار عندنا، غير أنه لا موضوع لذلك في صورة عدم الانتفاع أو عدم التسبب للفعل.

هذا كله في أصل القاعدة، وقد تبين أن الصحيح جريانها على أساس قاعدة المؤمنون عند شروطهم، في كل مورد يتحقق التصرف في الشيء أو الاستيفاء للمنافع أو التسبب للعمل.

الكلام في عكس القاعدة

قال الشيخ:

وأما عكسها، وهو: إن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فمعناه: إن كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان موده، ففاسده لا يفيد ضماناً، كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربة....

أقول:

هناك عقود ليس في صحيحها ضمان إذا حصل التلف، كالهبة والوكالة والرهن والمضاربة، كذلك في فاسدها، بمقتضى عكس القاعدة، ويعود البحث هنا في معنى «الباء»، والسببية أوفق، أما بناءً على كون المدرك هو قاعدة الإقدام فواضح، وأما بناءً على كونه قاعدة اليد، فإنها قاعدة اقتضائية

والمانع عنها إذن المالك كما تقدم، فعدم المعلول بسبب وجود المانع.

قال:

والعارية غير المضمونة بل المضمونة، بناءً على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج....

أقول:

أما غير المضمونة فواضح، وأما المضمونة، فلا ضمان فيها كذلك، بناءً أن مركز البحث في وجوب الضمان وعدمه عبارة عن نفس العقد، فالمضمونة داخلة في البحث لاندراجها تحت عكس القاعدة وإن كان الضمان ثابتاً فيها، لأن ثبوته بالشرط، وهو أمر خارج عن العقد، هذا ما أفاده. ولكن التحقيق عدم دخول العارية المضمونة في البحث، سواء كان دليل القاعدة هو اليد أو قاعدة الإقدام، على ما تقدم.

الخلاف في ضمان العين المستأجرة

قال الشيخ:

ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً، لأن صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها كما صرح به... إلا أن صريح الرياض الحكم بالضمان... والأقوى عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة ولا متخصصة.

أقول:

قد وقع الكلام بين الفقهاء في ضمان العين المستأجرة بالعقد الفاسد إذا

تلفت إلا أن يشترط على كلام [١] فيه:

فقليل بعدم الضمان، لأن صحيح الإجارة غير موجب للضمان، ففاسدها كذلك بمقتضى القاعدة، وهذا صريح جماعة وظاهر كلام آخرين^(١).

وقيل بالضمان، وهو صريح الرياض، وحكى نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب^(٢)، قال الشيخ: والظاهر أن المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي^(٣).

والمحقق الثاني^(٤) اختلف كلامه، فاختر في بدو النظر الضمان، للفرق بين الإجارة الصحيحة والفاصلة، أما في الصحيحة، فلا ضمان، لأن يد المستأجر أمانية، وأما في الفاسدة، فلأنها عدوانية، والتصرف في العين حرام

[١] هذه إشارة إلى بحثٍ علميٍّ قيم في أبواب المعاملات من الإجارة والعارية وأمثالهما. بعد أن تقرّر أن كلّ شرط خالف الكتاب والسنة فهو ردّ - في أنه هل يجوز شرط عدم الضمان في موردٍ يقتضي الضمان، أو شرط الضمان في موردٍ يقتضي عدمه، أو لا يجوز؟ مثلاً: قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤذي» بناءً على اعتباره سنداً وتمامية دلالة، يقتضي الضمان، فهل يكون اشتراط عدمه في موردّه مخالفاً للسنة، فلا يجوز؟ وقوله عليه السلام: «لا ضمان على الحمال» يقتضي عدم الضمان، فهل يكون اشتراطه في موردّه مخالفاً للسنة، فلا يجوز؟ أو فيه تفصيل؟

(١) أنظر: القواعد ١/ ٢٣٤، تحرير الأحكام ١/ ٢٥٢، التذكرة ٢/ ٣١٨.

(٢) الرياض ٢/ ٨.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠/ ٥٠.

(٤) جامع المقاصد ٦/ ٢١٦.

لأنه غصب فيضمنه.

ثم قال بعد ذلك بعدم الضمان، لقاعدة ما يضمن بصحيحه فقال: إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً للاستيلاء، (قال) ولو شك، فالأصل براءة الذمة من الضمان، ثم نقض القول بالضمان في الإجارة الفاسدة بالرهن الفاسد، وقد قام الإجماع على عدم الضمان في فاسده كما لا يضمن في صحيحه.

قال الشيخ:

لعل الحكم بالضمان في المسألة، إما لخروجها عن قاعدة ما لا يضمن... وإما لأن قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد.

أي: فهي خارجة عن القاعدة تخصصاً أو تخصيصاً.

أما تخصصاً، فلأن القاعدة إنما تجري في العقد بحسب ما تعلّق به، وفي الإجارة يتعلّق العقد بالمنفعة لا بالعين، ف ضمان العين إذا تلفت في العقد الفاسد مستند إلى دليل آخر غير القاعدة، وهو: إن دفع الموجد للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر الانتفاع بها، والمفروض عدم الاستحقاق لفساد العقد، فيده عليها يد عدوان موجبة للضمان.

وأما عدم الضمان للعين في الإجارة الصحيحة، فلأن يد المستأجر يد أمانية ولا ضمان في الأمانة.

وأما تخصيصاً، فلأن القاعدة معارضة في الإجارة الفاسدة بقاعدة اليد، وقاعدة اليد أظهر منها فتقدم عليها.

هذا شرح كلام الشيخ رحمه الله.

وأقول:

إنَّ الإجارة على أقسام:

أحدها: أن تكون العين المستأجرة بيد المالك، كأن يستأجر السيارة لحمل المتاع، والذي يقودها هو المالك لها.

ولا كلام في عدم ضمان المستأجر في هذا القسم.

والثاني: أن يستأجر السيارة، ويقودها شخص آخر بإذن من المالك.

ولا كلام في عدم ضمان المستأجر في هذا القسم أيضاً.

والثالث: أن يستأجر السيارة، ويكون هو القائد لها، وهذا هو محل

الكلام.

قال الشيخ:

مورد العقد في الإجارة المنفعة، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد.....

فقال المحقق الخراساني: «الإجارة عبارة عن إضافة خاصة بين العين

المؤجرة والمستأجر»^(١).

وقال شيخنا الاستاذ: «الإجارة عبارة عن جعل العين في الكراء أو جعل

نفسه بالأجرة ولا يتعدى إلا بالعين، وملك المنفعة لازمها الغالبى...»^(٢).

وما ذكره شيخنا في غاية الدقة والمثانة، وقد أوضحناه في كتاب

الإجارة بالتفصيل.

وعلى الجملة، إنه لو كان مفاد مادة الإجارة عبارة عن تمليك المنفعة،

(١) حاشية المكاسب: ٣٢.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٣٢٨ - ٣٢٩.

كان للضمان وجه، بأن يكون معنى «أجرتك الدار» تملك منفعتها، وهذا صحيح، ولو قال: أجرتك نفسي، يكون معناه: ملكتك منافع نفسي، بأن يقصد العمل، إن صح التعبير عنه بالمنفعة....

ولكن حقيقة الإجارة ليس تملك المنفعة.

وقيل: الإجارة هي التسليط على العين للانتفاع بها بعوض، وهو مختار السيد في العروة^(١)، ولا بأس في هذا القول، لكنه غير جامع للموارد، إذ لا تسليط في مورد الحر المستأجر للعمل كالخياطة مثلاً، فما ذكره يختص بإجارة الأعيان ولا يشمل عمل الحر.

فسواء تكون الإجارة إضافة خاصة كما قال المحقق الخراساني، أو جعل العين في الكراء كما قال شيخنا، أو التسليط على العين للانتفاع كما قال السيد، فإن العين واقعة في حيز المستأجر بواسطة المالك، وهو مأذون في التصرف فيها والانتفاع بها، وحينئذٍ، لا معنى للقول بالضمان.

وما ذكره الشيخ - من أن دفع المالك العين في الإجارة الفاسدة إنما هو من جهة البناء على كون المستأجر مالكا للمنفعة، والمفروض عدم الملكية، لفساد العقد، فيده يد عدوان موجبة للضمان - عجيب جداً، لما ذكرنا مراراً من أن القضية الخارجية تختلف عن الحقيقة، فلو سلم الشيء لغيره بداع من الدواعي، لم يعقل فيه التقدير والتقييد والتعليق، لأن هذه الأمور من أحكام القضايا الحقيقية الكلية لا الخارجية الجزئية، والمفروض هنا أنه قد سلمه الشيء لاعتقاده بكونه مالكا للمنفعة، وما وقع في الخارج لا ينقلب عما وقع

عليه، فهو قد أذن له بالتصرف وإن كان في بنائه وتقديره خطئان، وحينئذٍ لا وجه للضمان.

فالحق هو القول بعدم الضمان في الإجارة الفاسدة [١]، والعلم عند الله.

[١] تبعاً للمشهور كما نسب إليهم المحقق الثاني، وعليه الشيخ رحمه الله، إذ أنه -بعد أن وجه القول بالضمان إما بخروج المسألة عن قاعدة ما لا يضمن تخصصاً فيحكم بالضمان لقاعدة اليد، أو لتقدم هذه القاعدة على قاعدة ما لا يضمن بالتخصيص - اختار عدم الضمان وصرح بأنه «فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة ولا متخصصة»، أما عدم التخصيص، فلأن مورد القاعدة هو مورد قاعدة اليد، فلو تقدمت قاعدة اليد لزم لغوية قاعدة ما لا يضمن، وأما عدم التخصص فلأن مناطه كون مورد قاعدة ما لا يضمن في الإجارة هو المنفعة دون العين، لكن تسليم العين في الإجارة الراجع للضمان في صحيحها حاصل في الفاسد أيضاً، وما ذكره الشيخ في وجه الضمان فقد عرفت الجواب عنه من كلام السيد الجدل، وبذلك يظهر ما في حاشية المحقق الإيرواني معلقاً على قول الشيخ: «والأقوى عدم الضمان» من أنه «لا وجه لتقوية عدم الضمان بعد تمامية دلالة «على اليد» عنده على الضمان، مع كون التسليط في المقام يزعم الإستحقاق لا مجاناً»^(١).

فيرجع الأمر إلى ظاهر حال هذا التسليم، فالسيد الجد على أنه قد أذن للأخذ بالتصرف ولو من باب الوفاء بالعقد والبناء على استحقاق المستأجر، وجب الحكم بعدم الضمان، وقد اختاره السيد الخوئي أيضاً إذ قال: «إن تسليم العين للمستأجر وإن

(١) حاشية المكاسب: ٩٥.

من موارد الإشكال في أطراد القاعدة

قال الشيخ:

ثم إنه يشكل أطراد القاعدة في موارد:

منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحل، بناءً على فساد العارية، فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أن صحيح العارية لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثاني... إلا أن يقال....
أقول:

لا يخفى أنه لا يجوز الصيد للمحرم، ولو اصطاد لم يملك، ولو اصطاد قبل الإحرام ثم أحرم، خرج الصيد عن ملكه وعليه إرساله.
إنما الكلام في استعارته الصيد من المحل.
فعلى تقدير الحرمة، تكون العارية فاسدة، ولو فعل فقد حكموا

كان مبنياً على صحة الإجارة وناشئاً من البناء عليها، إلا أن التسليم قد تحقق في الخارج على الفرض، فلا معنى لتوقفه على صحة الإجارة، فلا محالة يكون البناء على صحتها أو اعتقادها داعياً إلى التسليم الخارجي، وتخلّف الداعي لا يضر بتحقق التسليم أمانة ولا يوجب ارتفاع حكم الأمانة وهو عدم الضمان مع التلف...^(١).

وبذلك يظهر أن لا فرق بين علم الدافع بفساد العقد وجهله به، خلافاً لظاهر كلام

السيد^(٢).

(١) مصباح الفقاهة ١٠٣/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٤٥٨/١.

بضمانه، قال المحقق: لا يجوز للمحرم أن يستعير... ولو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه ذلك^(١).

وقال العلامة^(٢): ولو استعاره وجب عليه إرساله، وضمن للمالك قيمته، ولو تلف في يده ضمن أيضاً بالقيمة لصاحبه المحل، وبالجزاء لله تعالى، بل يضمنه بمجرد الإمساك.

فأشكل الشهيد الثاني^(٣) في ذلك، لأن صحيح العارية لا يضمن به، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. وذهب صاحب الجواهر إلى أنه يضمن إذا أرسل^(٤).

١ - الصِّيد الذي استعاره المحرم

فنقول:

إنه إذا استعار المحرم الصيد من المحل، فإنه يخرج بذلك عن ملك المالك المحل، فكان هناك تضاداً بين يد المحرم وملكية الصيد، فبمجرد تحقق يده عليه يكون من المباحات.

وبتقريب آخر: إذا استعار الصيد وجب عليه إرساله، والإرسال إتلاف، وجواز إتلاف مال الغير يكشف عن عدم ملكه.

إذن، فالاستعارة أوجبت إتلاف مال الغير، والإتلاف يوجب الضمان،

(١) شرائع الإسلام ٤٠٨/٢ - ٤٠٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٠٩/٢.

(٣) المسالك ١٣٩/٥.

(٤) جواهر الكلام ١٦٤/٢٧.

فيكون المورد خارجاً عن البحث، لأن الموضوع لقاعدة ما لا يضمن... هو التلف لا الإلتلاف، فلا تنتقض القاعدة به.

هذا بناءً على أن الاستعارة توجب ذلك، كما قال جمع من الأعلام، بل صرح به الميرزا الاستاذ.

إلا أننا لا نوافق على ما ذكر، لعدم الدليل على وجود التضاد بين يد المحرم وملكية الصيد، حتى لو كانت الملكية للغير، نعم، الدليل على عدم ملكية المحرم لما اصطاده قبل الإحرام موجود.

وأما قضية أن مال الغير لا يجوز إلتافه، فإذا جاز الإلتلاف كشف عن عدم ملكية الغير للشيء، فقضية صحيحة، لكن عدم جواز إلتافه ليس مطلقاً، بل هو مقيد بعدم المجوز له شرعاً، فإذا جاء المجوز جاز ووجب الضمان، لعدم الملازمة بين الحكمين التكليفي والوضعي كما لا يخفى.

هذا كله بناءً على وجوب إرسال الصيد على المحرم وخروجه عن ملكية الغير، على ما تقدم، إذ هو إلتلاف وليس بتلف.

لكن الشيخ حاول تقريب الضمان بنحو يكون مستنداً إلى التلف لا الإلتلاف، وبيان صناعي جميل، فقال:

إلا أن يقال: إن وجه ضمانه -بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته-: إن المستقر عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف.

وتوضيحه:

إن الصيد بيد المحرم عارية واجب الإرسال، وإرساله إلتلاف وهو سبب

ضمان القيمة، فهو قبل التلف حيث أنه مكلف بالإتلاف ضامنٌ شرعاً للقيمة، إذ الضمان أثر لذلك التكليف وهو مترتب من حينه، فضمان القيمة ثابت قبل حصول التلف خارجاً.

أقول:

لا إشكال في أنه لو كلف بإيجاد العلة فالتكليف بالمعلول أيضاً حاصلٌ، لعدم انفكاكه عن العلة، لكن هذا إنما يكون في حال كونهما على نسقٍ واحد، وما نحن فيه ليس كذلك، لأن التكليف بالإتلاف بإرساله فعليٌّ، والضمان موقوفٌ على تحقق الإتلاف، فلا يعقل أن يكون التكليف بالإرسال تكليفاً بالضمان.

جهات البحث في المسألة

ولا بأس بالإشارة إلى جهات البحث في المسألة:

هل استعارة المحرم للصيد فاسدة؟

هل هذا الضمان، ضمان التلف أو الإتلاف أو بدل الحيلولة؟

هل يوجد فرق بين أن يعلم المعير بكون المستعير محرماً وجهله بذلك؟

هل للمحرم أن يرده إلى مالكه أو لا بل يرسله؟

لو رده إلى مالكه تبرأ ذمته من القيمة أو لا؟

الظاهر أنه لم يقل أحد بفساد عارية المحرم، وإنما هو احتمال من الشهيد الثاني، وهو غير بعيد، لا من جهة اقتضاء النهي لذلك، لعدم الخلاف ظاهراً في حرمة استعارة المحرم الصيد، بل لما تقرّر في الأصول من أن النهي

في المعاملة وإن لم يكن موجِباً للفساد إلا أنه ليس على إطلاقه، بل فيه تفصيل، فإن كان النّهي عن إيجاد المعاملة، لم يوجب الفساد بل ربما يقال بأنه يدلّ على الصّحة، وإن كان عن الأثر المترتب عليها، فالمعاملة التي لا أثر لها لا يعقل أن تكون صحيحة.

ولمّا كان المقصود من العارية هو الانتفاع من الشيء، لكنّ المحرم لا يجوز له أن ينتفع بالصّيد، فانتفى أثر العارية، فهي فاسدة.

وأما البحث في جهة الضمان، فالشيخ على أنه ليس ضمان التلف أو الإتلاف بل إنه ضامن للقيمة قبل التلف تشريعاً، لأن التكليف بالسبب الذي يترتب عليه المسبب تكليف بالمسبب، فهو بمجرد الإمساك مكلف بالإرسال، ونتيجة الإرسال ضمان القيمة، فهو قبله مكلف بأداء القيمة للمالك.

وفيه: إن هنا حكيمين، أحدهما فعلي، وهو وجوب الإرسال بمجرد الإمساك على القول به، وهذا حكم تكليفي، والآخر - وهو الحكم الوضعي، أي الضمان بالقيمة - تقديري، فإنه على تقدير الإرسال، إذن، لا يتصور هنا ضمان غير ضمان الإتلاف.

والميرزا الاستاذ ذهب إلى ثبوت ضمان الإتلاف مع وجود الصّيد في يده وقبل حصول الإرسال، قال: إن وضع يده على الصّيد موجب لسقوط ملكيته، فهو بمجرد أخذ الصّيد من المالك مُتلف لملكه لأنه يضاف الملكية، إذ لا فرق في ضمان الإتلاف بين الإعدام الخارجي وإتلاف المالّة^(١).

وكان رحمه الله قد استفاد هذه المضادة من خروج الصيد عن ملك من اصطاده قبل الإحرام ثم أحرم، إذ يدل ذلك على أن الإحرام وكون الصيد مملوكاً لا يجتمعان، سواء كانت الملكية لنفس المحرم أو غيره.

وبالجملة، إن الامساك الذي يتعقبه الإرسال الكاشف عن عدم الملكية -إذ لو كان ملكاً لما جاز إرسال مال الغير- إتلاف، وإن كان موجوداً.

ويرد عليه: إن الاستفادة من النصوص هو تضاد يد المحرم مع كونه مالكاً للصيد، لا المملوكية مطلقاً وإن كان لغيره.

فما ذكره طاب ثراه لا يمكن المساعدة عليه.

وفصل السيد^(١) بين علم المعير بكون المستعير وجهله بذلك، فإنه إذا كان عالماً كان الإتلاف مستنداً إليه، لأنه السبب في ذلك، لأنه سلم الصيد مع علمه بكونه المستعير محرماً وأنه سيرسله، فالبحث عن ضمان المحرم وعدم ضمانه يختص بصورة جهل المعير بكونه محرماً.

وفيه: إن الإسناد إلى السبب يتوقف على أن لا يكون المباشر أقوى منه، والمعير وإن كان سبباً للإتلاف إلا أن المستعير المحرم هو الأقوى، فهو مستند إليه دون المعير، فلا فرق حينئذ بين علم المعير وجهله.

ومن الأصحاب من قال بأنه ضمان بدل الحيلولة الواجب في كل مال امتنع رده إلى مالكة، لأن المورد من هذا القبيل، إذ الصيد بوجوب إرساله شرعاً ممتنع رده، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فيجب دفع بدل الحيلولة. وفيه: إن مورد بدل الحيلولة هو ما إذا وقع مال الغير بيد الإنسان وامتنع

(١) حاشية المكاسب / ١ / ٤٦٠.

ردّه إلى مالكه مع وجوده خارجاً، كما لو وقع في البحر مثلاً، فكان الإنسان حائلاً بين الملك ومالكه، فبدل الحيلولة فرع على ثبوت الضمان، والبحث فيما نحن فيه في أصل الضمان.

وهل يجوز للمحرم أن يرّد الصيد إلى مالكه فيسقط الضمان؟ مقتضى كلام الميرزا الاستاذ قدّس سرّه أنه لا أثر للردّ، لأنّ الصّيد بمجرد إمساك المحرم خرج عن ملكه واستقرّ ضمان الإتلاف على المحرم، فلو ردّه حصل للمالك صيدٌ جديد.

وبعبارة أخرى: المسقط للضمان ردّ الملك، وهذا ليس برّد له. والذي نحن عليه [١]: إنه لا يجوز للمحرم إمساك الصيد، أمّا خروجه عن ملك مالكه وعدم جواز ردّه إليه، فلا دليل عليه، بل هو باق على ملك مالكه، فإن ردّه المحرم إليه فلا ضمان عليه، والإرسال يجب إذا لم يمكن الردّ، فإذا لم يمكن ذلك وأرسله ضمن قيمته بضمان الإتلاف، وعلى هذا، قاعدة ما لا يضمن غير منتقضة. والله العالم.

[١] أقول: قد اشتمل كلامه على فروع:

إنه لا يجوز للمحرم إمساك الصّيد.

أي: سواء كان بيده على وجه الملكية، كما لو اصطاده مثلاً، أو كان لغيره فاستعاره منه.

أمّا عدم جواز الإمساك مطلقاً، فيدلّ عليه من النصوص (١):

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ٣٠، الباب ١٢ من أبواب كفارات الصيد.

ما عن ابن بكير قال: «سألت أحدهما عن رجل أصاب طيراً في الحِلِّ فاشتراه فأدخله الحرم فمات. فقال: إن كان حين أدخله الحرم خُلِّي سبيله فمات فلا شيء عليه، وإن كان أمسكه حتى مات عنده في الحرم فعليه الفداء».

وعن شهاب بن عبد ربّه قال: «قلت لأبي عبد الله، إني اتسحرَ بفراخ أوتى بها من غير مكة فتذبح في الحرم فأتسحر بها. فقال: بنس السحور سحورك، أما علمت أن ما دخلت به الحرم حيّاً فقد حرم عليك ذبحه وإمساكه».

وأما أن المحرم يملك الصيد، فيه نصوص كذلك^(١)، منها:

عن الحلبي عن أبي عبد الله قال: «سألته عن المحرم يضطر فيجد الميتة والصيد، أيهما يأكل؟ قال: يأكل من الصيد، أما يحب أن يأكل من ماله؟ قلت: بلى. قال: إنما عليه الفداء، فليأكل وليفدّه».

وعن يونس بن يعقوب قال: «سألت أبا عبد الله عن المضطر إلى الميتة وهو يجد الصيد. قال: يأكل الصيد. قلت: إن الله عز وجل قد أحل له الميتة إذا اضطر إليها ولم يحل له الصيد. قال: تأكل من مالك أحب إليك أو ميتة؟ قلت: من مالي. قال: هو مالك، لأن عليك فداءه. قلت: فإن لم يكن عندي مال؟ قال: تقضيه إذا رجعت إلى مالك».

وعن علي بن جعفر عن أخيه موسى... «قال: يأكل ويفدّه، فإنما يأكل ماله».

وعن أبي أيوب عن أبي عبد الله... «قال: يأكل ويفدي، فإنما يأكل من ماله».

وأما إن كان عاريةً، فهو باق على ملك مالكه وأخذ المحرم له غير مسقط لملكيته

(١) وسائل الشيعة، الباب ٤٣ من أبواب كفارات الصيد.

٢ - المنافع غير المستوفاة في البيع الفاسد

قال الشيخ:

ويشكل أطراد القاعدة أيضاً في البيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها، فإن هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنها مضمونة في العقد الفاسد.

له، لعدم الدليل على ذلك، لكن إمساكه غير جائز كما تقدم - ولو فَعَلَ عَصَى وليس عليه ضمان - وعليه أن يردّه على ماله إن أمكنه ذلك، ولا شيء عليه، وإلا وجب عليه إرساله، للتّصوُّص^(١) في ذلك، ومنها:

عن معاوية بن عمّار قال: «سألت أبا عبد الله عن طائر أهلي أدخل الحرم حيّاً، فقال: لا يمس، لأن الله تعالى يقول: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾».

وعن قال قال الحكم بن عتيبة: «سألت أبا جعفر... فقال: أما إن كان مستويّاً خلّيت سبيله وإن كان غير ذلك أحسنت إليه حتّى إذا استوى ريشه خلّيت سبيله».

فإن أرسله، وجب عليه ضمان الإتلاف لقاعدة من أتلف.

وإن لم يرسله ولم يردّه إلى المالك، فمات عنده - والمفروض فساد العارية - فلا ضمان عليه، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، بعد سقوط الاستدلال بقاعدة الاحترام ونحوه كما ذكر السيّد الجدّ.

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ٣٠، الباب ١٢ من أبواب كفّارات الصيد.

أقول:

المنافع للعين المستأجرة مثلاً تارةً: متصلة كالصوف ونحوه من الشاة، وأخرى: هي في معرض الانفصال كاللبن، وثالثة: هي في معرض الفعلية بواسطة المستأجر كركوب الدابة وسكنى الدار، ورابعة: هي في حد ذاتها فعلية.

وجميع هذه الأقسام داخلية في البحث.

ثم إنه إن استوفى المستأجر المنافع، فما كان وجوده فعلياً فقد أتلفه، ومقتضى قاعدة الإتلاف هو الضمان بلا كلام، وأما ما لا وجود له بالفعل، فهو بمنزلة الإتلاف إن انتفع به، كالدابة يركبها مثلاً. ففي المنافع المستوفاة إتلاف حقيقة أو في قوة قريبة من الإتلاف.

والشيخ لم يتعرض للمنافع المستوفاة، لوضوح الحكم فيها.

وأما المنافع غير المستوفاة، كأن كان الحيوان سميناً فأصبح مهزولاً أو تلف لبنه وهو بيد المستأجر بعقد فاسد، وكالدار المشتراة ببيع فاسد ولم تسكن من قبل المشتري، فلو ردّ الحيوان أو الدار إلى المالك يضمن تلك المنافع أو لا؟

قال المشهور بالضمن، وأرسله الشيخ إرسال المسلم، فيتوجه الإشكال بأنها ليست مضمونة في العقد الصحيح، فلماذا تكون مضمونة في الفاسد، والقاعدة تقول: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده؟

قال الشيخ:

إلّا أن يقال: إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح والفاسد.

وفيه نظر لأن نفس المنفعة غير مضمونة في العقد الصحيح، لأن الثمن إنما هو بأزاء العين دون المنافع.

أقول:

وما ذكره هو الصحيح.

وقال السيّد: «المنافع وإن لم تكن مقابلة بالمال، إلا أنها ملحوظة في القيمة وزيادة الثمن، وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة...»^(١).

ولكنه وجه خطابي، لأن الواسطة في الثبوت لا يقع في حيّز الثبوت، وكثرة المنافع أو الشروط واسطة في ثبوت إزدياد القيمة المضمونة، فلا يعقل أن تكون هي مضمونة كذلك.

وقال الميرزا الاستاذ: إن الثمن المسمّى في عقد البيع وضمانه في مقابل العين، ومن ملك العين فالمنافع مباحة له بالدليل الشرعي وله التصرف، هذا في البيع الصحيح. أما في البيع الفاسد، فحيث أن العين غير منتقلة إلى المشتري، فلا دليل على إباحة المنافع له، فهو ضامن بالنسبة إليها^(٢).

وتوضيحه: إن للمنافع مالية، وقد قام الدليل الشرعي في العقد الصحيح على جواز الانتفاع بها ولا ضمان، أما في الفاسد، فإن تلك المنافع باقية على ملك المالك تبعاً للعين، وحيث أنها فاتت عليه لكون العين بيد المشتري، فالمشتري ضامن لها.

وفيه: إن جواز الانتفاع في العقد الصحيح غير محتاج إلى الدليل، لأن

(١) حاشية المكاسب ١ / ٤٦١.

(٢) وأنظر منية الطالب ١ / ١٢٦.

العين مملوكة له، ومن ملك شيئاً ملك منافعه، أما إذا كان العقد فاسداً، فالقول بالضمان بالنسبة إلى المنافع غير المستوفاة محتاج إلى الدليل.

وغاية ما يمكن أن يقال هو: إن المشتري بسبب إمساكه للعين قد فوت المنافع على البائع، وهذا بمنزلة الإلتلاف فهو ضامن لها.

والجواب:

أما نقضاً: فبالعين المرهونة بالعقد الفاسد، إذ هي باقية على ملك المالك، وكون المرتهن ممسكاً لها بمثابة الإلتلاف لمنافعها، وكذا في الوكالة الفاسدة والهبة، ولا قائل فيهما بضمان المنافع.

وأما حلاً: فإن إمساك الشيء غير الإلتلاف له، وقوام الإلتلاف هو التصرف، وكونه بمنزلة الإلتلاف مجاز.

وما ذكره المحقق الخراساني من: إن الدليل على ضمان المنافع هو الدليل على ضمان الأعيان، لكون ضمانها من آثار ضمانها ولوازمه، ولا يتفاوت في ذلك بين كونها مستوفاة أو غير مستوفاة، كما لا يخفى^(١).

ففيه: إن هذا عين المدعى.

تحقيق المقام

وأقول: قد تقدّم في الكلام على ضمان المنافع والأعمال في الإجارة الفاسدة، أن الاستدلال على ضمانها بقاعدة اليد أو احترام مال المسلم أو بأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، غير تام، بل قد عرفت عدم تمامية الوجوه المذكورة كذلك.

(١) حاشية المكاسب: ٣٤.

فالمنافع غير المستوفاة غير مضمونة على الأقوى، كما ذهب إليه فخر المحققين^(١). وعلى فرض الشك، فالأصل عدم الضمان.

٣ - حمل المبيع فاسداً

قال الشيخ:

ويمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرح به في المبسوط و... من كونه مضموناً على المشتري، خلافاً للشهيدين و.... مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناءً على أنه للبائع.... أقول:

الكلام في الحمل الموجود حين البيع، وأما ما يكون متأخراً عنه، فهو ملك للمشتري في العقد الصحيح، وللبائع في الفاسد، كما هو واضح. ومنشأ الخلاف في المقام هو: إنه لما باع الحامل، فهل باع الحامل مع الحمل أو أن الحمل باقٍ على ملك البائع؟ فعلى الأول: يكون الحمل مضموناً كالحامل، فإن كان العقد صحيحاً فبالبدل المسمى، وإن كان فاسداً فبالبدل الواقعي. وعلى الثاني، ففي جامع المقاصد^(٢): إنه في المبيع فاسداً غير مضمون فإنه ليس مبيعاً، إذ لا يندرج الحمل في بيع الأم، فيكون أمانة في يد المشتري....

لكن الصحيح هو التفصيل بين علم البائع حين البيع بوجود الحمل

(١) إيضاح الفوائد ٢ / ١٩٤.

(٢) جامع المقاصد ٦ / ٢٢٠.

وجعله به، فإنه إن كان عالماً بالحمل أمانة مالكيّة، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، والأمانة لا تضمن. وإن كان جاهلاً، فالحمل أمانة شرعيّة لا مالكيّة في العقد الصحيح، وإن كان فاسداً وباع نفس الحامل، فالحامل باق في ملكه، وكذلك الحمل يتبعه، وليس بأمانة مالكيّة ولا شرعيّة، وكان ثبوت الضمان مبتنئاً على قاعدة اليد.

فلا الضمان مطلقاً، كما عليه الشيخ وجماعة، ولا عدمه مطلقاً كما عليه الشهيديان وجماعة، بل الحق هو التفصيل [١].

[١] وظاهر المحقق الإصفهاني التردّد في المسألة، فإنه قال: «التحقيق أن الحمل في البيع - كالعين في الإجارة - خارج عن مورد العقد، بل هو أولى بالخروج منها، لأن تسليم المنافع موقوف على تسليم العين مقدّمة لاستيفاء المنافع، بخلاف الحمل فإنه ملازم للمبيع لا مقدّمة تسليمه أو لاستيفاء المنفعة منه. وعليه، فالعقد بالإضافة إلى ضمانه وعدمه لا اقتضاء، فالقول بضمانه بسببه أو القول بعدمه ليس نقضاً على القاعدة. فربما نقول بالضمان في الصحيح والفاقد، لمكان اليد، ولا كاشف عن كون التسليم على الحمل عن الرضا به... وربما نقول بعدم الضمان، نظراً إلى إقدامه على البيع الملازم للتسليم على الحمل...»^(١).

وعن الشهيد توجيه قول القائلين بالضمان بما إذا اشترط دخول الحمل في المبيع^(٢).

(١) حاشية المكاسب ١/ ٣٣٨.

(٢) الدروس ٣/ ١٠٨.

٤ - الشركة الفاسدة

قال الشيخ:

ويمكن النقص أيضاً بالشركة الفاسدة، بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها،
فأخذ المال المشترك حيثئذٍ عدواناً موجباً للضمان.

أقول:

عقد الشركة يتحقق، إمّا بأن يمتزج المالان فيشتركان مشاعاً في
الممتزج، أو بأن يكون نصف ما بيد هذا لذلك ونصف ما بيد ذاك لهذا، فكلُّ
من المالين يكون مشتركاً مشاعاً بينهما، ولكل واحدٍ من الشريكين أن
يتصرّف في كلّ ما بيده، فلو تلف ما بيد أحدهما كلّهُ بتلفٍ سماويٍّ لم يكن
ضامناً إن كان العقد صحيحاً، ويضمن إن كان فاسداً، بناءً على عدم جواز
التصرّف لهما كما قال الشيخ.

وقد استقره في مصباح الفقاهة، وجعل النزاع -بناءً عليه- لفظياً، فإنَّ القائل
بالضمان إنما أراد صورة كون الحمل جزءاً من المبيع، وأنَّ القائل بعدمه إنما أراد صورة
خروج الحمل عنه^(١).

لكنك عرفت من كلام المحقق الإصفهاني أنَّ التحقيق خروجه.

إلّا أن إرادة هذه الصّورة أو تلك موقوفة على العلم بالحمل، فيتوجّه حيثئذٍ
تفصيل السيد الجدل. فتدبر.

(١) مصباح الفقاهة ٣ / ١١٠.

وتحقيق المقام أن يقال:

إن كان نتيجة الشركة: عبارة عن ملكية كل منهما لما كان يملكه الآخر على وجه الإشاعة، ففي هذه الصورة يتوقف تصرفهما على إذن الآخر، لعدم جواز التصرف في المال المشترك إلا مع الإذن ما دام مشاعاً، وعليه، فلو تصرف بلا إذن ضمن، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، لقاعدة اليد المعتمدة عند المشهور، وأما معه، فلا ضمان كذلك وهو واضح.

وإن كان نتیجتها: أن يسلط كل منهما صاحبه على ملك نفسه، فلا ضمان إذا تلف كما هو واضح كذلك، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً.

فظهر ما في كلام الشيخ من قوله: بناءً... حيث أن الحكم عدم الضمان مع عدم جواز التصرف، وكذلك الحال في الوديعة والرهن، لأن الضمان لا يدور مدار جواز التصرف شرعاً وعدمه، بل يدور مدار الإذن والرضا وعدمه.

في مبنى القضية السالبة في القاعدة

قال الشيخ:

ثم إن مبنى هذه القضية السالبة... هي الأولوية....

أقول:

نص عبارة شيخ الطائفة في الرهن^(١) هو: لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه، فكيف فاسده؟

وقد فسر الشيخ كلمة «فكيف...» بالأولوية.

وتوضيحه: إن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفساد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر في الضمان، لأن الضمان: إما من الإقدام والمفروض عدمه، وإلا لضمن بصحيحه، وإما من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، والمفروض أنها لا تؤثر شيئاً.

فظهر الفرق بين مسلكه ومسلك جامع المقاصد الذي تمسك بأصالة عدم الضمان، لأن موضوع الأصل هو الشك في الموجب، ومفاد كلام الشيخ عدم الشك، بل يقطع بعدم الضمان لعدم الموجب له، لأن إحراز عدم العلة إحراز لعدم المعلول.

ثم قال الشيخ:

وجه الأولوية: أن الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال... لكن يخذلها....

توضيحه: إن الضمان في العقود التي يضمن بصحيحها مستند إلى قاعدة الإقدام، لكن يمكن القطع بعدمه في فاسدها، لأن الذي وقع الإقدام عليه - وهو العوض المسمى - غير نافذ، وأما المثل أو القيمة فلم يقدم عليه من الأول، أما التي لا ضمان في صحيحها، فلا ضمان في فاسدها بالأولوية.

لكن الظاهر أن مراد شيخ الطائفة هو: إن الضمان في الفاسد فرع للضمان في الصحيح، فإذا لم يكن في الأصل ففي الفرع بالأولوية.

وقد خدش الشيخ الأولوية بأنه: يمكن أن يقال: بأن حكم الشارع بالصحة فيما لا يضمن بصحيحه هو الموجب لعدم الضمان، أما في الفاسد، فاليد موجودة ولا تسليط من الشارع، فالضمان ثابت.

ومثال ذلك: في الرهن حكم للشارع بتسليط الراهن المرتهن على العين المرهونة، وحكم في الإجارة بتسلط المستأجر على العين المستأجرة، أما في الفاسد من الرهن والإجارة، فلا تسليط من الشارع والعين بيد المرتهن والمستأجر، واليد موجبة للضمان.

وجواب هذه الخدشة في قوله:

فإن قلت: إن الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان إلا أن مقتضى عموم على اليد هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود... وبقي الباقي.

أي: إن موجب الضمان، إن كان قاعدة الإقدام، فهو منتف فيما لا يضمن بصحيحه كذلك في فاسده، لكن هنا موجباً آخر له وهو عموم قاعدة اليد، فمقتضى اليد في الفاسد هو الضمان، فلو تلف الثوب في يد الأجير لغسله لم يضمنه في صحيح الإجارة، أما في فاسدها فمقتضى اليد هو الضمان، وهكذا في الوكالة والعارية، إلى غير ذلك.

فللضمان سببان، أحدهما: الإقدام، وهذا غير موجود في الفاسد مما لا يضمن بصحيحه، والآخر: اليد، وهذا موجود في الإجارة والعارية والوكالة الفاسدة.

فأجاب قائلنا:

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، وهي عموم ما دل على أن من لم يضمنه المالك... فهو غير ضامن. أما في غير التملك بلا عوض - أعني الهبة - فالدليل المخصص لقاعدة الضمان عموم ما دل على أن من استأتم المالك على ملكه غير ضامن... وأما في الهبة الفاسدة، فيمكن

الاستدلال على خروجها....

يعني: إن قاعدة اليد محكمة لكنها مخصصة بالنصوص الدالة على عدم الضمان في الوديعة والوكالة والإجارة:

كقوله عليه السلام: «ليس على مستعير عارية ضمان»^(١).

وقوله عليه السلام: «صاحب العارية والوديعة مؤتمن»^(٢).

وقوله عليه السلام: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»^(٣).

بل في بعضها:

«ليس لك أن تتهم من قد اتهمته، ولا تأتمن الخائن وقد جرّيته»^(٤).

فالشيخ يوافق على عموم قاعدة اليد، ويجب بكونها مخصصة بهذه الأدلة الشرعية، وعمومها يشمل صحيح ما لا يضمن وفاسده أيضاً.

فإن قلت: لا يوجد نص على عدم الضمان في الهدية، فمقتضى القاعدة هو الضمان في الهدية الفاسدة وإن لم يكن في الصحيحة.

فأجاب بعدم وجوب الضمان فيها بدليل الأولوية.

وأشكل المحقق الخراساني^(٥): بأن عدم الضمان في تلك الموارد يختص بالتلف السّماوي، أمّا مع التعدي والتفريط فالضمان ثابت.

وأما الهبة، فعدم الضمان ثابت سواء في التلف والإتلاف، فالاستدلال

(١) وسائل الشيعة ٩٣/ ١٩، باب ثبوت الضمان على المستعير، الرّقم: ٦.

(٢) نفس المصدر.

(٣) نفس المصدر، وأيضاً: ٧٩/ ١٩، باب أن الوديعة لا يضمنها المستودع، الرّقم: ١.

(٤) وسائل الشيعة ٨١/ ١٩، نفس الباب، الرّقم: ١٠.

(٥) حاشية المكاسب: ٣٣.

بالفحوى في غير محلّه، لأن عدم الضمان في الوديعة وغيرها مغايرٌ لعدمه في الهبة.

ولقد كان الأولى أن لا يسلم بعموم القاعدة، لما كررنا من أنها اقتضائية، فتؤثر إن لم يكن هناك مانع، وإذن المالك بالتصرف مانع، وهو بتسليم العين موجود في جميع الموارد المذكورة، ولو قيل بأن إذنه مبني على اعتقاده بصحة العقد، فقد قلنا أنه في القضايا الخارجية لا يكون الاعتقاد مضيقاً، فتخلف الداعي لا يخرج العين عن كونه مأذوناً فيه.

فعلى هذا، فإن المانع عن تأثير قاعدة اليد هو الإذن المالكى، وهو متحقق في الموارد كلها والهبة بلا فرق....

وتلخص: إن ما ذكره في جواب الإشكال من أن قاعدة اليد مخصصة بالأدلة في أبواب العارية والوديعة والإجارة والوكالة، أما في الهبة، فإنه وإن لم يرد نص لكن الحكم جارٍ فيها بالأولوية... مخدوش: بأن القاعدة المذكورة -على القول باعتبارها كما عليه المشهور- اقتضائية، وما دلّ عليه تسليم العين من قبل المالك من الإذن والرضا بالتصرف، مانع عن الاقتضاء، فلا تؤثر قاعدة اليد في الضمان، لا في الهبة ولا غيرها من العقود المذكورة.

وأما إشكال المحقق الخراساني على ما ادّعاه الشيخ في الهبة من الأولوية، فيتلخص في أنه لا يوجد في المورد مناهات الأولوية، لأن عدم الضمان في تلك الموارد كان عبارة عن عدم ضمان التلف، أما ضمان الإتلاف والتفريط فثابت، أما في الهبة، فلا يوجد ضمان مطلقاً، فعدمه في الهبة هو بقول مطلق، أما في تلك الموارد فعدم ضمان خاص، فكيف تكون الأولوية؟

وقد أجاب شيخنا الاستاذ بما حاصله^(١): إن ملاك عدم الضمان في تلك الموارد مستند إلى إذن المالك، فهو يأذن في التصرف في المال بقيد التحفظ على ملكية المالك، فيكون إذنه بالتصرف بقولٍ مطلقٍ كما في الهبة دالاً على رفع الضمان بالأولية.

والإنصاف: عدم إمكان المساعدة على ما أفاده، لأن الواهب لا يأذن بالتصرف، بل يملك العين للمتهب، نعم، يعلم بأنه سيتصرف فيه تصرف المالك في أموالهم. أمّا في سائر الموارد، فإنه إنما يأذن بالتصرف في ملك نفسه، فلا ربط بينهما حتى تتصور الأولوية.

والتحقيق: إن الأخذ في جميع الموارد مأذون في التصرف، فهو غير ضامن في صورة التلف، كما قال الشيخ بالتالي:

فحاصل أدلة عدم ضمان المستامن، أن دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي - أعني المثل أو القيمة - ولا جعلي، فليس عليه ضمان.

ولكنه: إذا قال «وكلتكَ في أن تبيع داري»، ولم يسلطه على الدار خارجاً بل الوكيل أقدم على الأخذ، أو قال له: «أعرتكَ داري» ولم يسلّمه، فهل يكون ضامناً؟ الظاهر أن مثل هذا العقد يدلّ بالملازمة على الإذن في الأخذ، إلا أن يصرّح فيقول: أعرتكَ داري ولا تتصرف فيها إلا أن أسلمها إليك.

فهذا هو الطريق لخروج هذه الموارد ومنها الهبة، وهو خروج تخصصي عن قاعدة اليد بناءً على اعتبارها، لا تخصيصي كما ذكر الشيخ رحمه الله.

الرابع*

من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد:

وجوب ردّه فوراً إلى المالك

قال الشيخ:

والظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه... وبدلّ عليه: أنّ الإمساك آنأماً تصرف في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز، لقوله عزّ وجلّ الله فرجه... ولو نوقش في كون الإمساك تصرفاً، كفى عموم قوله صلى الله عليه وآله: لا يحلّ مال امرئ مسلم....

أقول:

قوله: «على تقدير...» إشارة إلى قول الشيخ وابن ادريس بجواز التصرف فيه [١].

[١] وفصل السيّد فقال: «لا ينبغي الإشكال في عدم جواز التصرف فيه مع جهل الدافع، وأمّا مع علمه فيمكن الإشكال فيه وإن كان باقياً على ملكه، وذلك للإذن فيه في ضمن التملك، ودعوى أنّ الإذن مقيّد بالملكية وهي غير حاصلة، مدفوعة بأنّ القيد ليس إلّا الملكية في اعتبار البائع وهي حاصلة... والحاصل: إنّ المقيد بقيد حاصلي يكون كالمطلق، والإذن فيما نحن فيه كذلك، فإنّ قيده الملكية الواقعية بحسب اعتبار

(*) وهو الثاني في كتاب المكاسب.

المتبايعين والمفروض بناؤهما عليها بحسب إنشائهما... هذا التملك له حيثان، فهو إذن من حيثية وتمليك من اخرى، ولما كان التملك محتاجاً شرعاً إلى صيغة صحيحة والمفروض عدمها، فهو غير مؤثر من هذه الجهة لعدم حصول شرطه، وأما من حيثية الاخرى فهو غير مشروط شرعاً فيجوز العمل به... فيشمله عموم ما دل على جواز التصرف مع الإذن وطيب النفس، وإذا جاز التصرف فلا يجب الرد إلى المالك فضلاً عن كونه فورياً. نعم، لو رجع عن إذنه وطلبه وجب الرد إليه فوراً^(١).

ويرد عليه: أن الدافع إنما سلم الشيء للقابض باعتبار أنه ملك له، لأنه ملك للدافع وقد أذن له بالتصرف فيه، فلا يشمل عموم الأدلة التي أشار إليها. وما ذكره من «أن المقيّد بقيد حاصل يكون كالمطلق» ففيه: إن المقيّد لا يخرج بتحقيق القيد عن البشرية إلى اللا بشرطية، فوجوب صلاة الظهر المقيّد بالزوال لا يخرج عن تقيده بتحقيق الزوال وينقلب مطلقاً بالنسبة إليه، وما نحن فيه كذلك، لأن الدافع إنما رضي ببقاء المال بيد القابض مقيّداً بكون ملكاً للقابض لا بنحو مطلق، بأن يرضى ببقائه عنده وتصرفاته فيه أعم من أن ملكاً له أو للقابض.

وبما ذكر يظهر ما في كلام المحقق الإصفهاني^(٢) وحاصله: إن الدافع المالك راضٍ حين إقدامه على الدفع بتسلط القابض على ملكه، فهو لما أقبضه خارجاً تلك العين قد أذن له بالتصرف فيها، وذلك الإذن باق ما دامت العين باقيةً على حالها إلا أن يرجع المالك عن إذنه.

(١) حاشية المكاسب ١/ ٤٦٣ - ٤٦٤.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٣٤٧ - ٣٤٨.

لابد من البحث في خمسة جهات:

الأول: هل الإمساك يصدق عليه عنوان التصرف؟

والثانية: هل يحرم الإمساك بعد القبض أم لا؟

والثالثة: هل يلزم فساد البيع لعدم إذن المالك بالتصرف أم لا؟

والرابعة: هل يجب الرد أم لا؟

والخامسة: لو احتاج الرد إلى المؤنة فهل تجب على المشتري؟

هل يصدق «التصرف» على «الإمساك»

أما الأولى، فلا وجه لأن يكون الإمساك تصرفاً، إذ «التصرف» تفعل من الصرف، وهو تحويل شيء من مكان إلى مكان أو من حال إلى حال، فلا بد من إحداث تغيير في الشيء، وبقاء الشيء على حاله - وهو الإمساك - ليس بتصرف. نعم، لو طالب المالك به وامتنع المشتري عن تسليمه، فقد ارتكب المحرم، لصدق عنوان الظلم عليه، وهذا لا ربط له بالتصرف.

هل يحرم الإمساك بعد القبض

وأما الثانية، فقد استدلل الشيخ بالخبر عن الإمام عجل الله فرجه^(١).

وذلك: لأن الكلام في أصل تحقق الإذن، لأن المفروض أنه دفع العين في مقابل العوض الذي أخذه منه، فهو إنما دفعها إليه وفاء بالعقد، لكونها ملكاً له، فأبي معنى لأن يرضى ببقاء العين في ملكه ويأذن له بالتصرف فيه؟

(١) وسائل الشيعة، الباب ١ من أبواب الغصب، الرقم: ٤.

وفيه: إن ما نحن فيه - وهو الإمساك - لا يصدق عليه التصرف، فلا وجه لهذا الاستدلال.

ثم استدلّ بعموم الحديث النبوي: لا يحلّ مال امرئ مسلم...^(١)، قال: حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده.

وفيه: أولاً: إنه مرسل. وثانياً: إن الحديث ظاهر في حرمة تملك مال الغير لا جميع الأفعال المتعلقة به. وثالثاً: إن ظاهر «عن طيب نفسه» هو الحكم الوضعي، لأنّ الحليّة معدّة بحرف التجاوز الدالّ على النشو، يعني: أن يكون ناشئاً عن طيب نفسه، وهذا يلائم الحكم الوضعي دون التكليفي، ولا أقلّ من تردّده بين أن يكون تكليفاً أو وضعاً، فيكون مجعلاً ويسقط الاستدلال به.

فإن قلت: هناك رواية معتبرة سنداً والتعديّة فيها بالباء، وهي موثقة سماعة عن أبي عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وآله: «من كانت عنده أمانة، فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبة نفس منه»^(٢) فلا يرد عليها ما ذكر.

قلت: قد أسند «لا يحلّ» في هذه الرواية إلى أمرين هما: الدم والمال، ومن الواضح أن المعنى لا يتم إلّا بتقدير، ولا بدّ من أن يكون المقدّر معنى جامعاً صالحاً للإسناد إلى كلا الأمرين، وعليه، فالمراد من «لا يحلّ» عدم حليّة التضييع وأنه لا يجوز أن يذهب دم امرئ مسلم ولا ماله - إلّا بإذنه -

(١) عوالي اللئالي ١/ ٢٢٣.

(٢) وسائل الشريعة ٥/ ١٢٠، باب حكم ما لو طابت نفس المالك، الرّقم: ١.

هدراً... فلا ربط للرواية بالإمساك أصلاً.

بل يمكن أن يقال: بأن المراد هو الحكم الوضعي، وأن دم المسلم وماله محترّم، كما في الروايات المستفيضة الواردة في أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه.

والحاصل: إنه لا دليل على حرمة الإمساك بما هو إمساك.

هل يلزم فساد البيع لعدم الإذن بالتصرف؟

وأما الثالثة، أما بالنظر إلى نفس البيع، فلا معنى لأن يقال: بأن بيع البائع يستلزم الإذن في ملك نفسه، لأن البيع إعدام للملكية، وبالبيع يخرج المال عن كونه ملكاً للشخص، فلا موضوع للإذن أو عدم الإذن في التصرف فيه. وأما بالنظر إلى أثر البيع وهو تسليم المبيع للمشتري، فإنه لا يخلو أن يكون تسليمه من جهة اعتقاده بصحة البيع، أو يشك في صحة البيع ولا يبالي فيسلم الشيء، أو يعلم بفساده ومع ذلك يسلم.

فإن كان عالماً بفساد البيع أو شاكاً، فإن تسليمه المبيع إذن في التصرف لا محالة، بل إنه في صورة الشك يسلم الشيء وإن كان ملكاً لنفسه لا للمشتري، وهذا في الحقيقة إذن ورضاً بالتصرف كما لا يخفى فضلاً عن الإمساك، سواء كان المشتري عالماً بالفساد أو جاهلاً أو شاكاً، وسواء كان تصرفه في نفس البلد أو في بلد آخر... فلا ضمان على المشتري مطلقاً، ولا وجه لشيء من التفصيلات المذكورة في بعض الكتب.

وإن كان معتقداً بصحة البيع ويسلم الشيء لكونه ملكاً للمشتري،

فلا يخلو المشتري من احدى ثلاث حالات:

فإن كان عالماً بالفساد، لم يجر له الأخذ، لصدق التصرف في مال الغير بلا إذن منه، لأن تسليمه - أي تسليم البائع - لم يكن إذناً في التصرف في ماله، بل كان تسليمًا لمال المشتري إليه، ويكون المشتري العالم بالفساد حينئذٍ غاصباً، والغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال.

ولو تنازعا، فقال البائع المعتقد بالصحة للمشتري: خذ متاعك، وأعطني الثمن، فقال المشتري المعتقد للفساد: ليس هذا المتاع لي، فهل المورد من قبيل التداعي أو المدعي والمنكر؟

وإن كان شاكاً في الصحة والفساد، فكذلك، لأن الأصل عدم كونه ملكاً له فيكون أخذه غصباً.

وإن كان معتقداً بالصحة - كالבائع - فيكون تسليم البائع تسليمًا لمال الغير للغير، وتسلم المشتري تسلمًا لملك نفسه ولا يكون أخذه عدوانياً. ولو زال الاعتقاد بالصحة، إما من كليهما أو من البائع وحده أو من المشتري كذلك، فما الحكم؟

وقبل الورود في بيان الحكم نتعرض لما قاله شيخنا الاستاذ، ولنقدم له مقدمة:

إن القضايا على قسمين: منها حقيقة، وهي أن يتوجه الحكم إلى الكلبي الطبيعي بضميمة صرف الوجود، ولازم ذلك أن نعم الأفراد الموجودة بالفعل والأفراد المقدرة. وهذا هو تعريف القضية الحقيقية عندنا، ونتيجة ذلك: أنه لو قال أكرم العالم، فاعتقد المكلف بأن زيدا عالم وأكرمه، ثم تبين

الخلاف، لم يكن ممثلاً، وكذا لو نذر إكرام العالم، وهكذا... وكذا الحال في الأحكام الوضعية، لأن كل قضية حقيقية تخلف المصداق فيها عن الكلي، لم يتحقق به الامتثال، والأحكام الشرعية كلها من هذا القبيل.

ومنها: خارجية، وفيها تكون العناوين دواعي للتكليف، إذ الوجودات الخارجية جزئية، فلا يعترىها التقييد، لأنه عبارة عن تضيق الدائرة، ولا دائرة للجزئي الموجود في الخارج حتى يقبل التقييد.

فعلى هذا الأساس، قال شيخنا الاستاذ ما حاصله^(١):

إنه إذا كان العقد فاسداً والبائع يعتقد صحته، فإن الداعي له لتسليم المال للمشتري هو اعتقاده بالصحة، والاعتقاد من العناوين، وقد ذكرنا أن تخلف العنوان في الأمور الخارجية لا يوجب تبدل الحكم. هذا حاصل ما أفاده.

لكن يمكن أن يقال: إن فيه تفصيلاً، لأنه إن كان يسلم المال الخارجي للمشتري معتقداً بكونه ملكاً له، ففي هذه الصورة لا يجوز للمشتري الأخذ بالإمساك، وإن كان يسلمه إياه بعنوان أنه ملك لنفسه، ففي هذه الصورة يكون راضياً بأخذ المشتري وتصرفه، وللمشتري أخذه وإمساكه بلا إشكال. وبعد:

فلو زال الاعتقاد بالصحة من كليهما واعتقدا بالفساد، كان على المشتري تسليم المبيع إذا طالب به البائع، وآلاً فلا مانع من إمساكه، لأن أخذه لم يكن عدوانياً والبائع غير مطالب به، نعم، ليس للمشتري أن يتصرف فيه

(١) حاشية المكاسب ١ / ٣٤٨.

لعلمه بفساد العقد وبكون الشيء ملكاً للغير، ولا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه.

والحاصل: إنه لا مانع من الإمساك، إذ الإمساك يحرم في صورتين، أحدهما: أن يكون أخذه عدوانياً والإمساك استمراراً للعدوان، والآخر: أن يطالب البائع ويمتنع المشتري من ردّه.

وإن زال الاعتقاد بالصحة من أحدهما دون الآخر، كان المورد من قبيل التداعي، وبيان الحكم فيه بإيجاز هو:

إنه إن كان الملاك في المدعي والمنكر، أن المدعي هو من كان دعواه على خلاف الظاهر أو الأصل، فإن ظاهر الحال هنا أن كليهما قاصدان للإنشاء وواجدان لشرائط الصحة، كان مدعي الصحة هو المنكر والقائل بالفساد هو المدعي، وكذا الحال بناءً على أصالة الصحة في العقود.

وإن كان مورد النزاع هو ملكية المبيع والتمن، كان من التداعي، فإن كان العالم بالفساد هو المشتري كان النزاع في التمن، وإن كان العالم بالفساد هو البائع، كان النزاع في المبيع، والحكم في التداعي هو التحالف.

هل يجب ردّ المقبوض إلى مالكه

وأما الرابعة، فقد ذكر الشيخ أنه يحرم إمساكه فيجب ردّه، أما نحن، فقد اخترنا عدم حرمة الإمساك إلا في صورتين، فيجب الردّ فيهما دون غيرهما.

وبناءً على حرمة الإمساك، فما الدليل على وجوب الردّ؟

يمكن تقريب ذلك: بأنه إذا كان الإمساك حراماً، فإن مقدّمته ترك الردّ،

ومقدمة الحرام حرام، فيجب الرد.

أو يقال: إذا حرم الإمساك وجب تركه، والردّ مقدّمة للترك، ومقدّمة الواجب واجبة، فيجب الردّ.
أقول:

الأحكام الشرعية كلّها بسائط، فليس الشيء الحرام شرعاً واجب الترك شرعاً أو بالعكس، بأنّ ينحلّ كلّ حكم إلى حكمين، نعم، الحكم الثاني عقلي، من باب نهيه عن المعصية.

وعليه، فإذا فرض كون الإمساك حراماً، لم يكن تركه -أي إرجاع الشيء ورده إلى مالكه- واجباً.

وأيضاً، ليس مقدّمة الحرام حراماً إلا الجزء الأخير من العلة التامة، بخلاف الواجب، فإن جميع مقدماته واجبة، لعدم تحقّق ذي المقدّمة بتخلّف واحدٍ منها.

فالقول: بأن ترك الإرجاع مقدّمة للإمساك فيكون حراماً، باطل.

ثالثاً: ترك الضدّ لا يكون مقدّمة للضدّ الآخر.

وتحصّل سقوط التقريبين، وإن كان الثاني أجود من الأوّل الذي ذكره بعض الأكابر.

وللميرزا الاستاذ بيان آخر لوجوب الردّ، قال رحمه الله:

إن مفاد «على اليد» في دليل قاعدة اليد ليس الحكم التكليفي نظير «عليه الإعادة» و«عليه الوضوء» وأمثال ذلك، لأنّ مدخول «على» إنّ كان فعلاً من

الأفعال كما ذكرنا، وكما في الآية المباركة ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾^(١) دلّ على وجوب ذلك الفعل، وأمّا إن كان أمراً خارجياً، كالمأخوذ في «على اليد ما أخذت» و«عليه الدين»، دلّ على الاستقرار في الذمة، فالحديث المذكور دلّ على الضمان بالمطابقة، وهو يدلّ بالالتزام على وجوب الردّ.

فدلّت قاعدة اليد على وجوب الردّ، بقطع النظر عن البحث السندي فيها.

وفيه:

تارة: الغاية توجب تعنون الموضوع وتحديد به، كقوله: «كُلْ شَيْءٍ طَاهَرٍ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَدْرٌ» فإنه يعني: كُلْ شَيْءٍ لَا تَعْلَمُ قَدَارَتَهُ فَهُوَ طَاهَرٌ حَتَّى تَعْلَمَ قَدَارَتَهُ. واخرى: الغاية مؤكدة للحكم واستمراره، كقوله تعالى ﴿وَأَعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّى يَأْتِيَكَ الْيَقِينُ﴾^(٢) فعبادة الربّ غير منقطعة ولا آناءاً ومستمرة حتى الموت. وثالثة: الغاية رافعة للحكم، كقولنا: «العصير العنبي حرام حتى يذهب ثلثاه» فذهاب الثلثين رافع للحرمة فيه.

وحديث قاعدة اليد من القليل الثاني، يدلّ على استمرار الضمان وثبوته حتى يحصل الأداء والردّ، فأين الدلالة الالتزامية؟

والحاصل: إنّ الضمان لا يدلّ على وجوب الأداء، كما لا يدلّ قولك: «أنت في حماي حتى تسافر» على وجوب السفر.

(١) سورة آل عمران: ٩٧.

(٢) سورة الحجر: ٩٩.

فما ذكره لا يمكن المساعدة عليه [١].

[١] وهذه عبارة مقرر بحثه: «ويدل عليه عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» فإنه وإن لم يكن متعرضاً للحكم التكليفي بالدلالة المطابقة إلا أنه متعرض له بالدلالة الالتزامية، فإن استقرار الضمان على عهدة القابض ملازم لوجوب الرد، لأنه لا أثر لاستقرار الضمان على العهدة إلا وجوب رد العين مادامت العين باقية ورد المثل أو القيمة لو كانت تالفة، فحرمة إمساك مال الغير من غير إذنه ووجوب رده إليه فوراً بالفورية لا إشكال فيه...» (١).

والإنصاف أن ما ذكره السيد الجدي في الجواب هو الصحيح، لا ما ذكره السيد الخوئي من تسليم الدلالة الالتزامية، غير أن الحكم التكليفي المستفاد من الحديث هنا ليس هو وجوب الرد لكي تترتب عليه حرمة الإمساك، وإنما الواجب على القابض هو التخلي بين المال ومالكه.

لأن ما ذكره خلاف ظاهر الحديث جداً، لأن الغاية هي الرد وهو لا يتحقق بالتخلى، وإرجاع الأمر إلى التخلي لا دليل عليه أصلاً.

ولم يتعرض السيد الجدي طاب ثراه لتقريب المحقق الإيرواني الاستدلال بالحديث المذكور، مدعياً أن ذلك أولى من الاستدلال بقوله عليه السلام: لا يحل... قال: «فالأولى تبديل الاستدلال به بالاستدلال بعموم على اليد، فإنه إن لم يكن مقصوراً ببيان التكليف، فلا أقل من أن يعمّ الوضع والتكليف جميعاً، بتقريب: أن موداه وجوب دفع العين مع قيامها ودفع البذل مع التلف» (٢).

(١) منية الطالب ١/ ١٣١.

(٢) حاشية المكاسب: ٩٦.

نعم، في صورة اعتقاد البائع بصحة العقد والمشتري عالم بفساده، وكان تسليم البائع للشيء بعنوان أنه يؤدّي الملك إلى صاحبه، يكون أخذ المشتري غصباً والإمساك استمرار للغصب، والعقل حاكم حيثئذٍ بوجوب الردّ.

على من تكون مؤونة الردّ؟

وأما الخامسة، فقد قال الشيخ:

بل صرح في التذكرة^(١) - كما عن جامع المقاصد^(٢) - أن مؤونة الردّ على المشتري، لوجوب ما لا يتم الردّ إلّا به. وإطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤونة كثيرة، إلّا أن يقيد بغيرها بأدلة نفي الضرر.

وهذا الاستدلال منه هنا عجيب، لأنه يناقض كلامه في معنى الحديث، إذ قال بعد كلام له: «وعلى ذلك، فمعنى «على اليد ما أخذت» أن اليد مكلفة بدفع ما أخذت أو حفظ ما أخذت حتى تؤدّيه، لكن تقدير الدفع باطل لا يلائم الغاية، فيتعيّن تقدير الحفاظ، فحاصل الحديث: وجوب حفظ أموال الناس إذا وقعت تحت...»^(٣).

وأما جواب السيّد الخوئي فغير وافٍ، فراجع^(٤).

(١) التذكرة ١/ ٤٩٥.

(٢) جامع المقاصد ٤/ ٤٣٥.

(٣) حاشية المكاسب: ٩٣.

(٤) مصباح الفقاهة ٣/ ١٢٢ - ١٢٣.

أقول:

إنه في كل موردٍ وجب فيه ردّ المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه وتوقف الرد على بذل المؤونة، فهل على الآخذ بذلها؟ فيه أربعة وجوه أو أقوال:

الأول: وجوب تحمّل المؤونة على المشتري مطلقاً.

والثاني: عدم وجوب تحمّلها عليه مطلقاً.

والثالث: التفصيل بين المؤونة الكثيرة وغير الكثيرة. وعليه الشيخ.

والرابع: التفصيل بين كونها من اللوازم العادية فتجب عليه، وغير العادية فلا تجب. وعليه المحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ.

والعمدة في المقام: قاعدة لا ضرر، فنقول:

إن من الأحكام ما يترتب دائماً على الأمر الضروري، كوجوب الزكاة والخمس مثلاً، أو هو في معرض الضرر، كوجوب الجهاد، ففي هذه الأحكام لا حكومة للقاعدة، لأنه يلزم من حكومتها لغوية تلك الأحكام كما لا يخفى.

ومن الأحكام ما يتوقف ترتبه على الموضوع على مقدمات مستلزمة غالباً لبذل المؤونة، كما في امتثال الحكم بالحج أو أي سفر واجب، ولا لحكومة للقاعدة هنا كذلك، للزوم تخصيص الأكثر المستهجن. بل ربما يكون الحكم كذلك في صورة التساوي بين موارد لزوم المؤونة وموارد عدم لزومها، للزوم الاستهجان في هذه الصورة أيضاً.

وكان الميرزا الاستاذ يصرّح بأنه إذا وجب الردّ، وكان بذل المؤونة

مقدمة له، -ومورد المعاملات غالباً هي الأمتعة المستلزم حملها وإيصالها إلى المالك استيجاراً أو استخدام الوسيلة الموصلة إليه - وجب عليه تحمّل المؤونة، ولا يرتفع الحكم بدليل لا ضرر. نعم، لو لم تحصل الوسيلة إلا بأجرة زائدة على المتعارف أو استلزم الردّ الضرر في بعض الموارد النادرة أكثر من المؤنة المتعارفة، جرت القاعدة.

وهذا واضح على مبناه في قاعدة لا ضرر - تبعاً للشيخ - من أن مفادها نفي الحكم الضرري، وكذا على مبنى المحقق الخراساني - وهو المختار - من أنها تنفي الموضوع الضرري نفياً تشريعياً على التعبير الصحيح.

أما على الأول، فالضرر عبارة عن الخسارة، وسببها فعل المكلف وعمله الخارجي، والحكم الشرعي معدّ للخسارة، وحيث أن العمل الخارجي لا يقبل النفي، فقد نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، ولما كان منطوق الحديث نفي الخسارة، فإرادة نفي السبب من نفي الخسارة، وإرادة نفي الحكم من نفي السبب بعيد جداً.

مضافاً إلى رواية الشيخ الصدوق من أنه قال صلى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(١). فالمراد نفي الحكم الضرري في الشرع، وضرورية الحكم تحقق بوقوع الخسارة، سواء كان بنفس العمل أو بمقدماته.

وهذا تقريب مسلك الشيخ في القاعدة، وعليه يتم القول بوجوب تحمّل المشتري للمؤونة، لكون الردّ مستلزماً لها غالباً، لعدم جواز التمسك بالقاعدة حينئذٍ للزوم تخصيص الأكثر المستهجن، إلا أن تكون المؤونة

زائدة على المتعارف كما تقدم.

وأما على الثاني، فإن كل موضوع ضرري فحكمه مرتفع، لأن ثبوت الموضوع تشريعاً بثبوت حكمه وانتفاؤه تشريعاً بانتفاء حكمه، لأن المولى عندما يريد الشيء في مقام التشريع، يكون وجود الشيء مع إرادته له وجوداً واحداً، فالحكم المنشأ على موضوع يتحد معه في مقام التشريع، ونفي الموضوع تشريعاً عين نفي الحكم، فعدم الموضوع تشريعاً عبارة عن عدم حكمه، وعليه، ففي موارد عدم كون الموضوع في نفسه ضررياً يكون لا ضرر حاكماً، كما في الوضوء والغسل والصوم مثلاً، وأما إن كانت مقدماته ضرورية، فبأي دليل تنفي المقدمات؟

وعلى الجملة، فإن الحكم - وهو الرد - ليس بضرري، والضرري هو المقدمات والمفروض عدم توجه النفي إليها، فلا دليل على نفي وجوب تحمّل مؤونة المقدمات، بل عليه تحمّلها كلها.

التحقيق في المقام

والتحقيق أن يقال:

إنه إن كان المشتري عند أخذ المبيع عالماً بالفساد، كان أخذه غصباً وعدواناً، وكان بقاء المأخوذ في يده استمراراً للمعصية، والعقل مستقل بالتخلص من المعصية، وهو لا يحصل إلا برّد المقبوض إلى مالكه، والمؤونة عليه، قليلة كانت أو كثيرة، متعارفة أو غير متعارفة، لعدم المجال لقاعدة لا ضرر في موارد الحكم العقلي، وما نحن فيه من هذا القبيل. وأيضاً، فإن قاعدة لا ضرر امتنانية، والغاصب يؤخذ بأشد الأحوال.

وأيضاً، فإنها لا تجري في مورد الإقدام، والمفروض إقدام الآخذ على الضرر.

وأما إن لم يكن الآخذ على وجه الغصب، وقلنا بوجوب الرد، لما ذكره الشيخ، أو لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١) أو الخبر في اللَّقْطَة، كقوله عليه السلام: «إذا عرف صاحبه ردّه عليه»^(٢) وقوله عليه السلام في الهبة: «أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها»^(٣). فإن لم يكن الرد محتاجاً غالباً إلى المؤونة وإنما يحتاج إليها في بعض الأحوال والأفراد، أمكن التمسك بالقاعدة، وإن كان مما يحتاج إلى بذل المؤونة غالباً، فلا يتمسك بالقاعدة على المسلكين كما عرفت.

ألهم إلا أن يقال -على الثاني- بأنه لما تكون المؤونة للمقدمات، والقاعدة لا ترفع الوجوب الغيري لها، فهي مرخص في تركها، فإن تركها يلزم الترخيص في ترك ذي المقدّمة. إذن، يرجع الأمر إلى الغلبة. لكن الكلام كلّ في الصغرى، فإن الإنصاف أنه ليست الغلبة في المعاملات مع الأمتعة المحتاج ردّها إلى مؤونة.

تنبيه

إنه بعد أن كان المال باقياً على ملك البائع وعلى المشتري ردّه:

(١) سورة النساء: ٥٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦١، باب حكم صيد الطير، الرّقم: ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٩ / ٢٣٣، الباب ٤ من أبواب الهبات، الرّقم: ٦.

فتارةً: يكون المبيع والبائع في بلدٍ واحدٍ، سواء كان بلد المعاملة أو غيره، ففي هذه الصورة يجب الرد - على ما تقدّم - وعليه المؤونة كما عرفت. وأخرى: يكون البائع في بلد المعاملة والمبيع منقولاً إلى بلدٍ آخر. وفيها أيضاً يجب الرد والمؤونة كذلك.

وثالثة: يكون المبيع في بلد المعاملة والبائع في بلدٍ آخر. ورابعة: يكون المبيع منقولاً إلى بلدٍ آخر، والبائع في مكان آخر غيره. فيقع الاشكال في وجوب تحمّل مؤونة الإيصال إلى البائع في الصورتين الأخيرتين، فنقول: إن كان أخذه بنحو العدوان، فالإيصال واجب مطلقاً، وإلا فقاعدة لا ضرر حاکمة فيهما، لندرتهما.

الخامس*

من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد

حكم المنافع المستوفاة

قال الشيخ:

إنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهما المشتري قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور... ويدل عليه عموم قوله: لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه، بناءً على صدق المال على المنفعة... خلافاً للوسيلة، فنفى الضمان، محتجاً بأن الخراج بالضمان، كما في النبوي المرسل.

أقول:

لو استوفى المشتري منفعة العين والبيع فاسد، كالدار سكنها والدابة ركبها... وغير ذلك، فهل يكون ضامناً؟ المشهور هو الضمان، وعليه دفع القيمة. وعن ابن حمزة التصريح بعدم الضمان إن كانا جاهلين بالفساد، مستدلّاً بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: الخراج بالضمان، وهذه عبارته:

«إذا باع أحدٌ بيعاً فاسداً وانتفع به المبتاع ولم يعلم بفساده، ثم عرفا واستردَّ البائع المبيع، لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولد إن حملت الأمُّ عنده، لأنه لو تلف لكان من ماله، والخراج بالضمان»^(١).

(*) وهو الثالث في كتاب المكاسب.

(١) الوسيلة إلى نيل الفضيلة: ٢٥٥.

وفي المبسوط: فصل في أن الخراج بالضمان، إذا كان لرجل مال فيه عيب، فأراد بيعه وجب أن يبين للمشتري عيبه... فإن لم يبينه واشتراه إنسان فوجد به عيباً، كان المشتري بالخيار... وإن كان حصل نماء وفائدة... فلا يخلو من أن يكون كسباً من جهته أو نتاجاً وثمره، فإن كان كسباً... فإنه يرد المعيب ولا يرد الكسب بلا خلاف، لقوله صلى الله عليه وآله: الخراج بالضمان....

قال: الخراج بالضمان معناه: أن الخراج لمن يكون المال بتلف من ملكه، ولما كان المبيع بتلف من ملك المشتري لأن الضمان انتقل إليه بالقبض، كان الخراج له، فأما النتاج والثمرة فإنهما أيضاً للمشتري...^(١)

فالذي يظهر من الكلمات: أن «الخراج بالضمان» قاعدة كانت متداولة بين الفقهاء، ولذا قال فخر المحققين: إن هذا الحديث من جوامع الكلم. وقال الميرزا الاستاذ بوثوق صدور هذه القضية عن النبي صلى الله عليه وآله، ولا ينبغي الخدشة في سندها^(٢).

في معنى الحديث: الخراج بالضمان

إنما الكلام في معنى هذا الحديث، ففيه احتمالات:

منها: ما ذكره المحقق الخراساني، بجعل الخراج بالمعنى المصطلح عليه شرعاً، وهو ما يضعه الوالي على الأراضي المفتوحة عنوة، قال:

(١) المبسوط في فقه الامامية ٢/ ١٢٦.

(٢) وأنظر: المكاسب والبيع ١/ ٣٣٠.

لاحتمال أن يكون المراد به هو أن خراج الأرض كمّاً وكيفاً على من ضمنها إنما هو بحسب ضمانها^(١).

وهذا بعيد جداً، بالنظر إلى الحديث في سنن ابن ماجه وأبي داود [١]، فالمعنى المذكور غير مطابق للحديث ولكلمات الفقهاء، كالشيخ وابن حمزة والعلامة وغيرهم^(٢).

ومنها: إن «الخراج» بالمعنى اللغوي، و«الضمان» مصدر ضمن يضمن، يعني: إن من ضمن الشيء على الحقيقة فله فوائده وعوائده، فيكون الحديث - على هذا - خاصاً بالمعاملة المعاوضيّة الصحيحة. وهذا هو الذي فهمه المشهور.

ومنها: إن الخراج بالمعنى اللغوي والضمان مصدر، ولكنه أعم من أن يكون ضماناً حقيقياً أو صورياً، فيشمل المعاملة الفاسدة، حيث أنه يضمن

[١] أخرج أبو داود السجستاني، والنسائي، والترمذي، وابن ماجه، وابن أبي شيبة، والحاكم بأسانيدهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة: «إن رجلاً اشترى من رجل غلاماً في زمن النبي صلى الله عليه وآله، فكان عنده ما شاء الله، ثم رده من عيب وجد به. فقال الرجل حين رده عليه الغلام: يا رسول الله، إنه كان استغلّ غلامي منذ كان عنده. فقال النبي صلى الله عليه وآله: الخراج بالضمان»^(٣).

(١) حاشية المكاسب: ٣٤.

(٢) مختلف الشيعة في أحكام الشريعة ١٨١/٥، المهذب البارع في شرح المختصر النافع ٣٨١/٢.

(٣) سنن أبي داود ٣٠٤/٣، سنن النسائي ٢٥٤/٧، سنن الترمذي ٥٨١/٣، سنن ابن ماجه ٧٥٤/٢، المصنف

٣٢٤/٦، المستدرک علی الصحيحین ١٨/٢ واللفظ له، وقد وافقه الذهبي على التصحيح.

الشيء فيها ولكن لا واقعية لذلك لفساد العقد.

فالخراج ملك للضامن بسبب ضمانه - سواء كان واقعياً أو صورياً - لا ثبات له في نفس الأمر.

وهذا ما فهمه صاحب الوسيلة.

ومنها: أن يكون المعنى: أن الخراج بضمان ذلك الخراج، فمنفعة الدار المستأجرة - وهي سكنها - بالضمان أي بالأجرة، ومنفعة البستان المستأجرة - وهي ثمارها - بالضمان أي بالأجرة، ومنفعة الدابة المستأجرة - وهي ركوبها - بالضمان، أي بالأجرة... وهكذا، فالمراد من «الضمان» هو «العوض» لا «العين».

وهذا خلاف الظاهر.

ومنها: إن «الضمان» بالمعنى الاسم مصدري، أي: كلما ضمن الإنسان شيئاً فمنافع ذلك الشيء له، فيشمل المال المنصوب أيضاً. كما هو فتوى أبي حنيفة، وسيأتي الخبر.

ومنها: ما ذكره البعض - ونسبه إلى شيخ الطائفة بالنظر إلى قوله: «لأنه لو تلف» - أن من ضمن شيئاً وتلف، فعليه دفع قيمته أو مثله.

لكن الظاهر أنه ليس مراد الشيخ، بل مراده: أن من أخذ الشيء بعوض تلف، كان تلفه في ملكه، ولو كان معيباً سقط الخيار وله أخذ الأرض، وذلك لأنه قال: معناه أن الخراج....

تفسير المشهور هو الصحيح

أقول:

ومقتضى التأمل هو الأخذ بما فسره به المشهور، فإنَّ الضمان بالمعنى المصدري ظاهر في تحقق الضمان وحصوله واقعاً، وذلك يكون بإمضاء الشارع. وعليه، ففي المعاملة التي ضمن فيها المشتري العين بالعوض المسمى وأمضاها الشارع، تكون المنفعة للمشتري، لحصولها في ملكه، إذ المنفعة تابعة للعين في الملكية، ولو وجب عليه الرد بسبب خيارٍ من الخيارات، لم يرد المنفعة، لأنها كانت ملكاً له واستوفاه.

وعلى الجملة، فقد استدلَّ شيخ الطائفة في المبسوط والخلاف بما روي من أنَّ «الخراج بالضمان» في أكثر من موضع، ممَّا يدلُّ على أنَّ هذه القاعدة متداولة ومسلم بها عند الفقهاء، إنما الكلام في معناها، وهل تشمل ما نحن فيه أو تختص بموارد المعاملات المعاوضة الصحيحة؟ قال ابن حمزة بشمولها لمورد المبيع بالبيع الفاسد، لكنَّ الظاهر هو العدم، لأنَّ «الخراج» هو الفوائد، و«الباء» إمَّا للسببية أو للمقابلة، فإنَّ كانت للسببية فالسبب مقدَّم على المسبب، وإنَّ كانت للمقابلة، فلا بدَّ من فعلية المقابل، وعليه، فلا بدَّ من فعلية الضمان وتحققه حتى يقال بأنَّ الخراج بسببه أو بأزائه، وهذا منحصر بالمعاملة الصحيحة، بخلاف الفاسدة، إذ الضمان فيها تقديرِي. و«الضمان» إذا كان معنىً مصدرياً، فإنه يجتمع مع وقوعه عن الاختيار وعدمه، فلا اختصاص له بالاختيار، لعدم كونه مدلولاً للمادة ولا للهينة، فالضرب - مثلاً - الواقع عن خطأ وإكراه وقهرٍ ضربٌ حقيقَةٌ.

قال الشيخ:

وتفسيره أنَّ من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه، فخرجه له، فالباء للسبيبة أو المقابلة. فالمشتري لما أقدم... وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة مثل قوله... ونحوه في الرهن وغيره.

أشار رحمه الله إلى الرواية التالية:

عن إسحاق بن عمار قال: «حدّثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره، فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه وتكون لك أحب إليّ من أن تكون لغيرك، على أن تشترط لي إن أنا جئت بك بثمنها إلى سنة أن تردّ عليّ.

فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه.

قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة، لمن تكون الغلة؟

فقال: الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله؟»^(١).

وعن إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام:

«عن الرجل يرهن العبد أو الثوب أو الحلّي أو متاع البيت، فيقول صاحب المتاع للمرتهن: أنت في حلّ من لبس هذا الثوب، فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم.

قال: هو له حلال إذا أحلّه، وما أحبّ أن يفعل.

قلت: فارتهن داراً لها غلة، لمن الغلة؟

قال: لصاحب الدار.

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ١٩، باب أن المبيع إذا حصل له نماء... الرّقم: ١.

قلت: فارتهن أرضاً بيضاء فقال صاحب الأرض: إزرعها لنفسك.

فقال: هو حلال، ليس هذا مثل هذا، يزرعها لنفسه بماله، فهو له حلال كما أحلّه، لأنه يزرعه بماله ويعمرها»^(١).
ثم أشكل على هذا التفسير بقوله:

وفيه: إن هذا الضمان ليس هو ممّا أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بأزائه، وإنما هو أمر قهريّ حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم والمغصوب، فالمراد بالضمان الذي بأزائه الخراج: التزام الشيء على نفسه وتقبله له مع إمضاء الشارع له. وربما يستتقضى ما ذكرناه في معنى الرواية بالعارية المضمونة... فتأمل.

أقول:

لا يبعد أن يكون الأمر بالتأمل إشارة إلى أنه في مورد الاستعارة - وإن قلنا بأنها ملك الإنتفاع لا المنفعة - فالرواية قالت: الخراج للضمان، ولم تقل الخراج للضامن، أي: الخراج لا يحتاج إلى البدل، فيعمّ العارية المضمونة، فلا يجب دفع البدل عن المنافع التي ينتفع بها، فالنقض غير وارد.

أو أن المراد - كما قال السيّد رحمه الله^(٢) - هو أن المنافع للمستعير، غير أنها المنافع التي عيّنها المالك، بخلاف الإجارة، إذ للمستأجر أن ينتفع من العين المستأجرة مطلق المنفعة.

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٣٩٢ - ٣٩٣، باب جواز انتفاع المرتهن من الرهن بإذن الراهن، الرقيم: ١.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٤٦٦.

الكلام على قول ابن حمزة

قال الشيخ:

وربما يرد هذا القول بما ورد في شراء الجارية المسروقة....
أقول:

وهذه نصوص الروايات:

عن زرارة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له، وأقام على ذلك البيّنة.

قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»^(١).

ومثله رواية أخرى عن زرارة: «قلت لأبي جعفر: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجئ الرجل فيقيم البيّنة على أنها جاريته لم تبع ولم توهب. فقال: يردّ إليه جاريته ويعوّضه بما انتفع» قال: كان معناه قيمة الولد». وعن جميل بن درّاج عن أبي عبد الله: «في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجئ مستحق الجارية. قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بشمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»^(٢).

وهذه الرواية موردها البيع الفاسد، وقد حكم الشارع بالضمان.

(١) وسائل الشيعة ٢١/ ٢٠٤-٢٠٥، باب حكم ما لو بيعت الأمة بغير إذن سيدها، الرّقم: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢١/ ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبد والإماء، الرّقم: ٥.

وأجاب الشيخ قائلاً:

وفيه: أن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي الموضين من جهة أن مالك العين جعل خراجها له بأزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير.

أي: إنه بتسليم العين قد سلّم جميع المنافع، والبحث في مثل هذا المورد وليس الحال في الرواية كذلك، فلا يتم بها الرد على ابن حمزة. والحاصل: إن هذا الحديث - على تقدير اعتباره بعمل الأصحاب به - يحتاج إلى تقدير حتى يتم معناه وذلك: إن ملك الخراج بسبب الضمان، فالبراء للسببية، والضمان فعلي لا تقديري، وذلك يكون على الحقيقي، وهذا ليس إلا في المعاملة الصحيحة.

فالضمان معاملي، لكن الضمان الحقيقي المتحقق بالفعل، وذلك لا يكون إلا في المعاملة الصحيحة، فالحديث أجنبى عن البحث، والحق مع المشهور في القول بثبوت الضمان.

ولو تنزلنا، وقلنا بعموم الحديث لضمان الغرامة، فهو مخصص بالأدلة.

دليل المشهور

وأما المشهور، فقد استدلل الشيخ لقولهم بعموم النبوي: لا يحل... بناءً على صدق المال على المنفعة.

ولكنّا قلنا أن كلمة «عن» للتجاوز، أي الحلية الناشئة عن طيب النفس، وهذه هي الحلية الوضعية لا التكليفية.

أما في الحديث الذي ذكرناه سابقاً: «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه» فالحليّة فيه تكليفيّة على ما تقدّم.

وعلى كلّ تقدير، فمراد الشيخ من الاستدلال هنا هو: أنّه لولا طيب النفس من صاحب المال فهو باق على ملكه، وحينئذ يكون صغرى لكبرى قاعدة: من أ تلف مال الغير فهو له ضامن، وبهذا الترتيب يتم قول المشهور بالضّمان، لأن طيب النفس مفقود فالملك باق على ملك صاحبه، ومنافعه كذلك بتبعه، وقد أ تلفها المشتري، فهو لها ضامن.

وهذا هو استدلالنا [١].

واستدلّ بعض الأكابر [٢] بقاعدة على اليد، وكيفيّة الاستدلال بتقريبين منّا:

[١] وهكذا يندفع إشكال المحقق الإيرواني إذ قال: المتبادر من إتلاف المال إخراجه عن الماليّة بتضييعه، لا إتلافه في سبيل الانتفاع به كأكل المأكول وشرب المشروب. اللهم إلا أن يقال: إن إتلاف المال على صاحبه يحصل بأكله وشربه. ويدفعه: إن صدق الإتلاف فرع صدق مائة التلف، فإذا لم يكن المأكول تالفاً لم يكن الأكل إتلافاً، إلا أن يراد من الإتلاف هنا خلائيس صاحبه عنه لا الإتلاف الحقيقي المنوط بتحقق التلف. وفيه: إن هذا يحتاج إلى شاهد خارجي، ومجرد الإستحسان لا يجدي في حمل اللفظ عليه بعد كونه خلاف ظاهره^(١).

[٢] قال المحقق النائيني: «المعروف فيه هو الضّمان، وذلك لأجل قاعدة اليد،

(١) حاشية المكاسب: ٩٦.

أحدهما: بالدلالة المطابقة، فإن «ما» الموصولة شاملة للمنافع، ومفاد «على اليد» هو «الضمان» و«الأخذ» هو «التناول» وهو يعم الأمور المعنوية، مثل قوله تعالى ﴿لَا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ﴾^(١) و﴿أَخَذَتْهُ الْعِزَّةُ بِالْإِثْمِ﴾^(٢) والمراد من «اليد» هو الاستيلاء كما في قوله تعالى: ﴿تَبَارَكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمُلْكُ﴾^(٣) وقوله: ﴿بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(٤) ونحوهما، فعلى المتناول بالاستيلاء، أي المستولي ضمان ما استولى على عينا كان أو منفعة.

والثاني: بالدلالة الالتزامية بعد التنزل عن الدلالة المطابقة بأن يقال: إن ضمان العين يستلزم ضمان المنافع، وبعبارة أخرى: ضمان المنافع من آثار ضمان العين، بل إن مالية العين بمنافعها.

ومقتضى الإنصاف عدم تمامية الاستدلال بكلا تقريبيه وذلك:

لأن الموصولة وإن شملت المنفعة، قلنا بعموم «الأخذ» لغير الأعيان، وجعلنا «اليد» بمعنى الاستيلاء، لكن الغاية «حتى تؤدي» أي المأخوذ، وسواء

لصدق اليد على المنفعة بواسطة اليد على العين كما تقدم^(٥) لكن صريح غيره كالمحقق الإصفهاني والمحقق الإيرواني والمحقق الخوئي عدم تمامية الاستدلال بقاعدة اليد في المقام.

(١) سورة البقرة: ٢٥٥.

(٢) سورة البقرة: ٢٠٦.

(٣) سورة الملك: ١.

(٤) سورة البقرة: ٢٣٧.

(٥) المكاسب والبيع ٣٢٩/١.

كانت «حتى» دالة على الاستمرار إلى مجئ الغاية، كما في قوله تعالى ﴿سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ﴾ فالضمان مستمر حتى يتحقق الأداء، أو كانت رافعة لحكم المغني كما في «العصير العنبي إذا غلا يحرم حتى يذهب ثلثاه» فإن هذه الغاية لا تنطبق إلا على العين، لأن الرّكوب والسكنى ونحوهما من المنفعة لا تقبل الأداء.

إن قلت: إذا كانت المنفعة غير قابلة للأداء فهي داخلة في المغني، نظير «كل شيء لك طاهر حتى تعلم أنه قذر» فما لم تعلم بقذارته فهو طاهر، وعليه فما لم يؤد فهو مضمون، فالمنافع مضمونة.

قلت: عدم الأداء عدم الملكة لا سالبه بانتفاء الموضوع، على أن جعل «حتى» هنا بمعناها في الرواية غير صحيح، فهي للاستمرار أو لرافعية الحكم، وعلى كلا التقديرين، تكون القاعدة مختصة بالأعيان الخارجية.

ولنا جواب عن التقريب الثاني بوجه آخر وهو:

إنا نسلم أن المنفعة مقومة لمالية العين ولو لاها فلا مالية لها، وأن ضمان العين في الحقيقة ضمان لماليتها، فالمنافع مضمونة، ولكن هل المنفعة واسطة للعروض أو للثبوت؟ فلما نقول: العين مال، هل وجود المنفعة واسطة لثبوت المالية للعين أو أنها واسطة لعروضها عليها؟

ولكن الجواب: هل المنافع المقومة لمالية العين واسطة في الثبوت، فالعين تكون مالاً بسبب المنافع، أو في العروض فلما نقول العين مال فالمعنى: منافعها مال؟

إن كان الثاني، كان قولنا: الدار مال، الدابة مال... وأمثال ذلك كله، مجازاً،

لأن الإسناد في الوسطة في العروض مجازي دائماً.

فالصحيح هو الأول، أي: إن المنافع تكون سبباً لمالية العين، وعلى هذا، فلا معنى حينئذٍ لإسناد الضمان إلى المنافع.

فالحق: هو الاستدلال بقاعدة الإلتلاف كما ذكرنا [١].

ولكن مقتضى النظر الدقيق أن يقال: بأن البائع حين تسليمه العين إن عالماً بفساد العقد، كان مسلماً لملكه للغير فهو راضٍ بتصرفات الغير فيها ومنها استيفاء المنافع، وإن كان جاهلاً بالفساد - وهو يسلم العين معتقداً بكونها ملكاً للمشتري - كان المشتري ضامناً للمنافع إن استوفاه، ويشهد بذلك ما في ذيل صحيحة أبي ولاد، من قوله: «إني كنت أعطيته...» فقال عليه السلام: «إنما رضي... ولكن إرجع إليه وأخبره بما أفتيتك به، فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك...»^(١).

فالحاصل: إن الاستدلال للضمان في المنافع المستوفاة من باب

[١] ولم يتعرض للاستدلال بقاعدة نفي الضرر، ولعله لوضوح عدم تماميته لأن الواقع على المالك عدم الانتفاع، وصدق الضرر عليه أول الكلام. وأيضاً: إن هذه القاعدة نافية للحكم الضري و ليست مسوقة لإثبات الحكم الشرعي.

كما لم يتعرض للسيرة العقلانية، وقد استدل بها بعض الأعظم كالسيد الخوئي رحمه الله^(٢). ولعله لكونها متوقفة على الإمضاء، وليس دليله إلا ما ذكر، فتدبر.

(١) وسائل الشريعة ١٩/ ١١٩، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، الرقم: ١.

(٢) مصباح الفقاهة ٣/ ١٣٠.

الإتلاف هو الصحيح، وذلك إن كان المالك جاهلاً بفساد البيع.
هذا كله في المنافع المستوفاة.

حكم المنافع الفائتة بغير استيفاء

قال الشيخ:

وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء، فالمشهور فيها أيضاً الضمان... ولعله لكون
المنافع أموالاً في يد من بيده العين، فهي مقبوضة في يده... مضافاً إلى أنه مقتضى
احترام مال المسلم....
أقول:

لو استأجر الدار مثلاً بعقد فاسد ولم يسكنها مدةً، فهل يضمن مثل
أجرة تلك المدة؟ ذكر الشيخ خمسة أقوال:
الأول: الضمان مطلقاً، وكأنه للمشهور.
والثاني: عدم الضمان مطلقاً، وهو لفخر المحققين^(١).

والثالث: الضمان في صورة الجهل وعدمه في صورة العلم، كما عن
بعض شروح الشرائع^(٢).

والرابع: التوقف في صورة العلم بالفساد والضمان في صورة الجهل،
كما استظهره جامع المقاصد والسيد العميد^(٣) من عبارة القواعد^(٤).

(١) ايضاح الفوائد ٢ / ١٩٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣ / ٢٠٦.

(٣) جامع المقاصد ٦ / ٣٢٤ - ٣٢٥، كنز الفوائد ١ / ٦٧٦.

(٤) قواعد الأحكام ١ / ٢٠٨.

والخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس والتنقيح والمسالك...^(١).
والشيخ قال أولاً: التوقّف أقرب إلى الإنصاف، ثم قال في آخر كلامه:
القول بالضمان لا يخلو عن قوّة....

أدلة الضمان

استدل للمشهور:

أولاً: بقاعدة اليد، وحاصله: إن المنافع أموالاً، وهي مقبوضة في يد من بيده العين بتبعها، قال: ولذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل في ضمان المستأجر.

قال: ويتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجمول خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجمول سكنها ثمناً.

فاليد على المنفعة تتحقّق باليد على العين.

فالضمان ثابت فيها بقاعدة اليد.

وثانياً: بقاعدة احترام مال المسلم، المستفادة من النصوص المذكور بعضها في البحوث السابقة، كقوله صَلَّى الله عليه وآله:

«فإن دمائكم وأموالكم حرام...»^(٢).

وقوله صَلَّى الله عليه وآله:

«يا أباذر، سباب المسلم فسوق وقتاله كفر... وحرمة ماله

(١) المسالك ٣/ ١٥٤، الدروس ٣/ ١٩٤، التنقيح الرائع ٢/ ٣٢.

(٢) بحار الأنوار ٢١/ ٤٠٥.

كحرمة دمه»^(١).

وقوله صَلَّى الله عليه وآله:

«... وحرمة ماله كحرمة دمه»^(٢).

قال الشيخ في الجواب:

ولكن يشكل الحكم -بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة- بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان، إلا أن يندرج في عموم على اليد.... أقول:

حاصله -بعد الإشكال في صدق عنوان المال حقيقةً على المنفعة -الإشكال في اندراج المنافع غير المستوفاة في عموم قاعدة اليد، من جهة عدم شمول عنوان «الأخذ» للمنافع، قال:

وحصولها في اليد بقبض العين، لا يوجب صدق الأخذ، ودعوى: أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان، مشكلة.

فهو لا يوافق على جريان القاعدة هنا، لأن «الأخذ» إنما يصدق مع الشيء الموجود في الخارج، وأما منفعة الدار -مثلاً- التي هي عبارة عن حيثة قابليتها للسكنى، فأمر معنوي، والسكنى من الأعراض القائمة بالسكان ولا ربط لها بالدار، وكذا الركوب، فإنه من أعراض الراكب ولا ربط له بالدابة المقبوضة في يد المشتري لها.

(١) وسائل الشريعة ١٢ / ٢٨١، باب تحريم اغتياص المؤمن ولو كان صدقاً، الرّم: ٩.

(٢) نفس المصدر.

وأجاب عن الدليل الثاني قائلاً:

وأما احترام مال المسلم، فإنما يقتضي عدم حلّ التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنما يتحقق ذلك في الإستيفاء.

أي: فكما لا يجوز إتلاف دم المسلم، كذلك لا يجوز إتلاف ماله، ولا ربط لهذه القاعدة بالمنافع غير المستوفاة.

وأما الاستشهاد لقول المشهور بأن إقباض المنفعة بإقباض العين، ولذا يتحقق قبض المنفعة بقبض العين المستأجرة، فتقريب جواب الشيخ عنه: أن الإجارة قد تعلّقت هناك بالعين بمالها من قابلية الانتفاع، ولذا يقال آجرتك الدار ولا يقال آجرتك المنفعة، فالإقباض واقع بما وقع عليه العقد، وهو العين بمالها من حيثية قابلية الانتفاع.

والحاصل: إن تلك الموارد لا تشهد بوقوع المنافع تحت اليد.

أقول:

ولكنّ التحقيق:

أما في قاعدة اليد، فالإشكال ليس من جهة «اليد» و«ما» و«الأخذ»، فإن ذلك كلّه يشمل المنافع، بل الإشكال الوارد من جهة الغاية، لأن قوله «حتى تؤدي» بمعنى: حتى ترجع، وهو صادق في الأعيان الخارجية دون المنافع، فالحديث غير شامل لها من هذه الناحية.

وأما في قاعدة الإحترام، فما ذكره وإن كان متيناً إلا أنه لم يتضح أن يكون ذلك هو المراد، إذ لا يبعد أن يكون المراد من «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» أن العقاب الشديد المترتب على قتله بغير حق، يترتب كذلك على

إتلاف ماله، لأن عليه إن أتلف دفع البدل، أو أنه لكونه دم المسلم أو ماله محترماً، فالرواية ناظرة إلى حيثية المساواة بين ماله ودمه في ترتب العقاب، لا إلى وجوب دفع البدل إن أتلف.

وعلى الجملة، فالقاعدة غير دالة على فتوى المشهور.

ثم إن الميرزا الاستاذ قدس سره استدلل للضمان هنا بقاعدة الإتلاف، بأن المشتري وإن لم يستوف المنافع فقد أتلفها على البائع، بإطلاق القاعدة يشمل ما نحن فيه.

وفيه:

أولاً: إن «الإتلاف» هو إعدام الشيء الموجود، فلا يصدق على مورد البحث، نعم، المشتري قد منع البائع من الانتفاع، وهذه معصية بلا إشكال ولكنه غير الضمان.

وثانياً: إن عبارة «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» ليست بلفظ صادر عن المعصوم، وإنما هي قاعدة متخذة من الحكم بالضمان في موارد معينة، فالتعدي عن تلك الموارد ودعوى الاطلاق في القاعدة غير صحيح [١].

[١] فذكر طاب ثراه ثلاثة وجوه وأجاب عنها، وهي:

١- قاعدة اليد.

٢- قاعدة الاحترام.

٣- قاعدة الإتلاف.

وبقيت وجوه لم يتعرض لها:

الأول: قاعدة لا ضرر، إذ أن الحكم بعدم ضمان القابض المنافع الفاتئة لما قبضه من الأعيان ضرر على المالك.

فأشكل عليه المحقق الخوئي بوجهين، أحدهما: أن الحكم بضمان القابض ضرر عليه، فتقع المعارضة في شمول القاعدة لكلا الطرفين. والثاني: إن القاعدة المذكورة إنما تنفي الأحكام الضرورية، ولا دلالة فيها على إثبات حكم آخر يلزم الضرر من عدم جعله^(١).

وقد قرّب المحقق الرشتي الاستدلال بقاعدة لا ضرر بوجه آخر فقال على ما نقله عنه بعض مشايخنا دام بقاءه في بحثه: إن الأحكام الشرعية منها وجودية ومنها عدمية، وكلّ منهما منه تأسيسيّ ومنها إمضائي، وما دلّ على البراءة الأصلية جاء امضاءً للارتكاز العقلاني، فكانت أصالة البراءة من الأحكام الشرعية العدمية، فالمجموع في مورد حديث الرفع عند الشك في اشتغال الذمة هو الحكم بالعدم والبراءة، وعليه، فإن مقتضى الأصل عدم ضمان المشتري للمنافع الفاتئة على المالك، لكنّه حكم ضرري بالنسبة للمالك ومقتضى قاعدة لا ضرر رفعه، فيثبت الضمان.

ثم أورد على نفسه: بأن قاعدة نفي الضرر لا تجري لذهاب المشهور إلى عدم الضمان في موارد ضرورية، كمسألة ما لو حبس الدابة فمات ولدها، أو حبس الحرّ الكسوب، وأمثالهما، فإن كثرة التخصيص في القاعدة موجب لسقوطها عن الاستدلال بها في المقام.

(١) مصباح الفقاهة ٣/ ١٤٢.

فأجاب: بأن ذلك يوجب التوقف عن الأخذ بها إلا في المورد الذي عمل بها المشهور، وما نحن فيه من ذلك، فكانت دليلاً على ثبوت الضمان فيه.

لكن الاشكال العمدة هو ما تقدّم من أن قاعدة لا ضرر نافية للأحكام الضرورية ولا تصلح لإثبات الحكم.

وأما الاستناد إلى عمل المشهور برواية فإنما هو في مورد تحقّق الظهور للفظ الرواية بعملهم بها، وليس المورد من هذا القبيل كما هو واضح.

والثاني: قوله عليه الصّلاة والسّلام: «لا يحل لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه»^(١).

وفيه ما تقدّم من السيّد الجدّ طاب ثراه في معناه.

والثالث: الإجماع. قال الشيخ في آخر كلامه:

قد عرفت أن التوقف أقرب إلى الإتيان، إلا أن المحكي من التذكرة ما لفظه: إن منافع الأموال من المبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جاريةً أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً أو مملوكاً، ضمن منفعه، سواء أتلّفها بأن استعملها أو فانت تحت يده، بأن بقيت في يده مدةً ولا يستعملها، عند علمائنا أجمع^(٢)....

وأظهر منه ما في السرائر - في آخر باب الإجارة - من الاتفاق أيضاً على ضمان

(١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٦، الباب ١ من كتاب الغصب، الرّقم: ٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٣٨١ الطبعة القديمة.

منافع المنصوب الفائتة، مع قوله في باب البيع: إنَّ الفاسد عند أمحابتنا بمنزلة للشيء المنصوب إلا في ارتفاع الإثم عن إمساكه^(١).

وعلى هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة....

وقد وقع الكلام في استدلال الشيخ بالإجماع في هذا المقام، فقال السيد: الإنصاف أنه لا وجه للقول بالضمان من جهة هذين الإجماعين المنقولين بعد عدم حجية الإجماع المنقول وعدم معلومية الشمول للمقام^(٢).

فأجاب المحقق النائيني بأن اختياره الضمان أخيراً ليس لاعتماده على الإجماع المنقول مع أنه منكر لحجيته في الأصول، بل اعتمد على نقل الإجماع من جهة كشف اتفاق الأعلام على شمول قاعدة اليد والاحترام للمنافع^(٣).

فتعجب تلميذه المحقق من هذا الكلام بأن الشيخ قد ناقش في كلتا القاعدتين صريحاً في صدر كلامه وحكم بعدم إمكان التمسك بهما هنا، ومعه كيف يعتمد عليهما في ذيل كلامه^(٤).

لكن بعض مشايخنا دام بقاءه قرَّب كلام الميرزا رحمه الله بأنَّ الشيخ بعد أن اشكل في الاستدلال بحديث «على اليد» من جهة أنَّ «الأخذ» لا يصدق على المنافع ثم قال: «ودعوى أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة» لم

(١) السرائر ٢/ ٤٧٩ و ٣٢٦.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٤٦٧.

(٣) منية الطالب ١/ ١٣٤.

(٤) مصباح الفقاهة ٣/ ١٤٤.

أقول:

قد يمكن الاستدلال للضمان بقاعدة الحيلولة، فإنها تجري تارةً: في الحيلولة بين المالك وملكه، وأخرى: في الحيلولة دون انتفاعه بملكه، وثالثة: بين العين وماليتها، ورابعة: بين العين وإضافتها إلى المالك.

ولنذكر نصوص بعض الروايات:

عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه. فقال:

إن ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرته، فقال: يقوم قيمةً فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، وإنما جعل ذلك عليه لما أفسده»^(١).

يبطل الاستدلال بالقاعدة، وإنما قال بأن الدعوى المذكورة «مشكلة» ثم أراد رفع الاشكال في الدعوى عن طريق الإجماع، بأن يجعل شاهداً للدعوى بحيث يتم به ظهور لفظ الحديث. وعلى الجملة، فإنه لم يعتمد على الإجماع المنقول ليقال بأنه خلاف ما قرره في الأصول، وإنما اتخذه متمماً لإحراز ظهور «الأخذ» في «الاستيلاء» وأن هذا الاستعمال متعارف بين أهل اللسان.

لكن لو فرض إرادة الشيخ هذا المعنى للقول بالضمان، فإنه غير جازم بذلك وإنما قال: «لا يخلو عن قوة» هذا أولاً. وثانياً: لو سلمنا ذلك كله، فإن الاشكال في الاستدلال ليس من جهة عدم صدق «الأخذ» بل من جهة عدم صدق «حتى تؤدي» كما ذكر السيد الجدل طاب ثراه.

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٦، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرقم: ١.

وعنه عن أبي عبد الله عليه السلام: «في جارية كانت بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبه. قال: إن كان موسراً كلف أن يضمن، فإن كان معسراً خدمت بالحصص»^(١).

دلّت على أن إعدام مالية الشيء موجب للضمان.

وعن سماعة قال: «سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه. فقال: هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه لأنه أفسده على أصحابه»^(٢).

وهذه صريحة في المقصود.

وعن سدير عن أبي جعفر عليه السلام: «في الرجل يأتي البهيمة. قال: يجلد دون الحدّ ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها، لأنه أفسدها عليه، وتذبح وتحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه، وإن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها وجلد دون الحدّ...»^(٣).

دلّت على الضمان بسقوط الحيوان عن المالية، أو بسقوط إضافتها إلى صاحبها.

وعن أحدهما قال: «في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضي على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا، وإن لم يكن قضي طرحت شهادتهم ولم يغرموا الشهود شيئاً»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٨، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرّقم: ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٨، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرّقم: ٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٥٨، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم، الرّقم: ٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٢٦، الباب ١٠ من أبواب كتاب الشهادات، الرّقم: ١.

دلّت على الضمان لكونهم السبب في انقطاع إضافة المال إلى ماله.
فنحن نستفيد من هذه النصوص أن إسقاط المال عن المالّة أو التسبّب إلى انقطاع إضافته إلى ماله، موجب للضمان، وما نحن فيه كذلك، أللهم إلا أن يكون المالك عالماً بالفساد، فلا ضمان حينئذٍ.

أدلة عدم الضمان

قال الشيخ:

فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح، أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر، موافق للأصل السليم. مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده له... مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة...^(١) وكذا صحيحة محمد بن قيس...^(٢). أقول:

أما الأصل، فواضح.

وأما الاستدلال بقاعدة ما لا يضمن... فكان الشيخ أيضاً لا يرتضيه، ضرورة أن القاعدة إنما يستدل بها في وقوع عقدٍ من العقود على شيء، فإن كان العقد ممّا لا يضمن بصحيحه ففساده كذلك، والمنافع لا يقع عليها العقد، فلا وجه للاستدلال بالقاعدة في موردّها أصلاً.

(١) وسائل الشريعة ٢١/ ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبد والإماء، الرّقم: ٥.

(٢) نفس المصدر، الرّقم: ١.

المختار في المقام

فتلخص مما ذكرنا:

أن الاستدلال بقاعدة الائتلاف لضمان المنافع غير المستوفاة لا يتم، لأنها موجودة بالقوة وغير متلفة، وانتفاع المالك غير متحقق حتى يتلف، فهو سالبة بانتفاع الموضوع.

نعم، الذي تحقق إتلافه هو مالية المنفعة، فللبائع بدل الحيلولة بالنسبة إلى تلك المدة التي حال المشتري دون مالية المنفعة فيها، فيضمن بدل مالية الشهر أو الشهرين والسنة أو الستين.

ولا يقال: إن المنفعة موجودة بالقوة، وهي عبارة عن حيثة قابلية العين للانتفاع بها، وهي حقيقة واحدة بسيطة، فكيف تضاف إلى الشهر والشهرين وهكذا؟

لأنها وإن كانت حقيقة واحدة بسيطة إلا أنها تتكرر بالإضافات، فيقال: منفعة يوم، أو شهر، أو سنة، وهكذا، فكل أمر بسيط يتخصص ويتكرر بتكرر الإضافات، نظير النور، فيقال نور الغرفة ونور الشارع وهكذا، وهذا ما يعبر عنه اصطلاحاً بالوحدة في الكثرة، حيث أنه واحد بالحقيقة وكثير بالعرض. فظهر أن الصحيح ثبوت ضمان الإيتلاف للمالية في الزمان المعين، لكن على تفصيل، وذلك:

لأن المتعاملين إما عالمان بفساد العقد أو جاهلان به أو البائع عالم والمشتري جاهل أو بالعكس.

أما إن كانا عالمين أو كان البائع عالماً، فلا شبهة في عدم الضمان، لأن المفروض تسليم البائع ملكه للمشتري مع علمه بالفساد، فيكون إتلاف المالئة مستنداً إليه، سواء كان تسليمه من باب التشريع أو عدم المبالاة بالحكم الشرعي وهو فساد العقد.

وإن كانا جاهلين بالفساد ويعتقدان صحة العقد، فالإتلاف مستند إلى كليهما على حد سواء، غير أنه بالنسبة إلى البائع بالتسبب وبالنسبة إلى المشتري بالمباشرة، وحينئذ يشك في ضمان المشتري والأصل العدم.

وإن كان البائع جاهلاً بالفساد والمشتري عالماً به، فكالصورة الثالثة، حتى لو كان تسليم البائع عن خطأ لا عن اعتقاد بصحة العقد، لأن نسبة الإتلاف إلى كليهما واحدة على كل تقدير.

فما ذهب إليه المحقق الثاني من عدم الضمان مطلقاً هو المتعين من بين الأقوال بحسب القواعد.

ويؤيده ما في صحيحة أبي ولاد الآتية، إذ أن الإمام عليه السلام لم يحكم عليه إلا بضمان الأجرة من الكوفة إلى النيل ومنها إلى بغداد ومنها إلى الكوفة، مع أنه قد فوت على المالك منافع كثيرة في تلك المدة كما لا يخفى [١].

[١] وبقي الكلام في الأخبار. قال الشيخ:

مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة، الساكنة من ضمان غيرها في مقام البيان، وكذا صحيحة محمد بن فيس الواردة في من باع وليدة أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها

وسكتت عن المنافع الفائتة. فإن عدم الضمان في هذه الموارد -مع كون العين لغير البائع- يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى.

أقول:

والحاصل: إن هذه الأخبار تدلّ على عدم الضمان بالإطلاق المقامي، والأوضح دلالة منهما هو الأول لأنه عليه السلام قال فيه: «ويعوّضه بما انتفع» وسكت عما لم ينتفع، لكن الإشكال فيه -بعد إعراض الأصحاب عن هذه الأخبار، إذ قالوا بثبوت الضمان في المقام - عدم تمامية سنده، فأبو عبد الله الفراء لا توثيق له.

السادس*

فيما لو كان القالف مثلياً

قال الشيخ:

إذا تلف المبيع، فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف. إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي.

وقد اختلفت كلمات أصحابنا في تعريف المثلي....

أقول:

إذا تلف المبيع في يد المشتري فالحكم هو الضمان على ما تقدم، والكلام الآن في البدل. يقول الشيخ إنه إن كان مثلياً وجب مثله وإن كان قيمياً وجبت قيمته.

فيقع البحث في جهات:

الاولى: في تعريف المثلي والقيمي، والأقوال في ذلك.

والجهة الثانية: لو اختلف الحال باختلاف الأزمنة والأمكنة، بأن كان مثلياً في مكان أو زمانٍ قيمياً في آخر، فما هو الحكم؟

والجهة الثالثة: لو وقع الشك في شيء بنحو الشبهة الموضوعية أنه مثلي أو قيمي، فما هو مقتضى القاعدة، الاشتغال أو البراءة عن الزائد أو التخيير؟

(*) وهو الرابع في كتاب المكاسب.

والجهة الرابعة: هل الإجماعات المدّعاة في المسألة قائمة على الشبهات الحكمية حتى تكون مؤثرة بناءً على حجّيتها أو على الشبهات الموضوعية، والاجماع فيها بلا أثر؟
قال الشيخ: إن كان مثلياً وجب مثله، بلا خلاف إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي.

وهذه عبارة الإسكافي كما حكاها صاحب الجواهر^(١):

إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضي صاحبه....

ويحتمل أن يكون نظره إلى أن الشيء مركّب من العينية والمالية، فإذا زالت العينية بقيت القيمة، فيكون المتلف ضامناً للقيمة، ولا يكون ضامناً للمثل لكونه وجوداً آخر مغايراً للتالف، نظير ما في قاعدة اليد من وجوب أداء ما أخذ، فلو تلف وجب عليه دفع مالية التالف، وأمّا الفرد الآخر منه فلم يكن مأخوذاً.

لا تعرّض في نصوص الضمان المثل

وقبل ورود في الجهات نقول:

إن الموجود في النصوص هو «الضمان» بألفاظه المختلفة، ولم نجد في شيء منها تعرّضاً للمثل، وإنّما يوجد التعرّض للقيمة في صحيحة أبي ولّاد وموارد قليلة، وهذه طائفة من نصوص الضمان:

محمّد بن عليّ بن الحسين قال: قال عليه السّلام: «إذا استعيرت عارية

بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن»^(١).

عن محمد بن الحسن قال: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام، رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقَّع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله»^(٢).

عن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل تكرى دابة إلى مكان معلوم فنفتت الدابة؟ قال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن، وإن دخل وأدياً لم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن لأنه لم يستوثق منها»^(٣).

عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «رفع إليه رجل استأجر رجلاً يصلح بابيه، فضرب المسمار فانصدع الباب، فضمنه أمير المؤمنين عليه السلام»^(٤).

عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام نحو ما تقدّم عنه، وزاد هنا: «وأما رجل تكرى دابة فأخذتها الذئبة فشقت كرشها فنفتت، فهو ضامن، إلا أن يكون مسلماً عدلاً»^(٥).

فمادة الضمان واردة في نصوص كثيرة، وهي ملقاة إلى العرف، الذي

(١) وسائل الشيعة ١٩ / ٩٧، الباب ٤ من أبواب الوديعة، الرّقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩ / ٨١، الباب ٥ من أبواب الوديعة، الرّقم: ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٩ / ١٢١، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، الرّقم: ٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٩ / ١٤٤، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الرّقم: ٩.

(٥) وسائل الشيعة ١٩ / ١٥٦، الباب ٣٢ من أبواب الإجارة، الرّقم: ٣.

هو المرجع في استظهار مفاهيم الألفاظ وتعيين معانيها، فتشخيص ما يجب على الضامن دفعه بدلاً عن التالف مثلاً أو قيمةً موكول إلى نظر العرف.

تعريف المثلي

قال الشيخ:

فالشَّيْخ... بل المشهور على ما حكى: إنه ما تساوت أجزاؤه من حيث القيمة و... قد عُرِفَ المثلي بتعاريف أخر أعم من التعريف المتقدم أو أخص.... أقول:

قد اختلفت كلماتهم في تعريف المثلي، ولكنها - كما قال المحقق الخراساني^(١) - ليست بتعاريف حقيقية حتى تنتقض طرداً أو عكساً، بل هي بيان للمفهوم العرفي.

فالمشهور - على ما حكى - إنه ما تساوت أجزاؤه من حيث القيمة. وقيل: ما تساوت قيمة أجزائه، كالحبوب والأدهان والتمور والأقطان....

وقيل: ما لو امتزج مالان من شخصين، كانا مشتركين بالتساوي.

وقيل: ما تناسبت أجزاؤه وتقاربت صفاته.

وقيل: هو المتساوي من حيث الأجزاء والمنفعة والمقارنة صفاته.

وقيل: ما يباع بالكيل والوزن.

ثم بيّن الشيخ المراد من «الأجزاء» و«التساوي» في تعريف

(١) حاشية المكاسب: ٣٥.

المشهور قائلًا:

والمراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة. والمراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة... ومن هنا رجّح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيمًا. قال: إذ لو انفصل نقصت قيمته....

فالمراد من الأجزاء هو المصاديق، والمراد من التساوي: أن تكون قيمة نصف الكلّي نصف قيمته، فلو كان صبرةً من الحنطة وزنها عشرة أمانان بقيمة مائة درهم، فقيمة الخمسة منها خمسون درهماً.

وربما قيل: ما تساوت أجزاؤه، أي أبعاده، بمعنى أن تكون الأجزاء متساوية في القيمة مع حفظ جهة الاتصال بينهما، بأن تكون قيمة كل نصف من الأجزاء المتصلة معادلةً لقيمة النصف الآخر مع التحفظ على الهيئة الاتصالية بينهما، ومن هنا رجّح الشهيد الثاني كون المصوغ من الذهب والفضة قيمًا، قال: إذ لو انفصل نقصت قيمته^(١).

التحقيق في المقام

والذي يختلج بالبال في تعريف التالف المثلي أن يقال:
هو ما كان له مماثل في الغالب في جنسه ويتساوى معه في مالهته، فلو تساوى في المالهية ولم يجتمعا تحت جامع لم يكونا مثليين كما لو تساوت مالهية المنّ من الحنطة مع مالهية المنّ من اللحم. ولو كانا من جنس واحد وهما غير متساويين في المالهية، كالحنطة الجيدة والرديئة أو العقيق الكبير والصغير أو حنطة هذا البلد وذاك البلد، لم يكونا مثليين.

(١) مسالك الافهام ٢/ ٢٠٩ الطبعة القديمة.

فالمثلي هو: ماله مماثل يندرج معه تحت جامع قريب ويساويه في المائية من جميع الجهات، بإضافة كلمة «من جميع الجهات» حتى يعمّ الخصوصيات المذكورة.

وربما يشكل بالاختلاف الأزمانى، كما لو أتلّف الحطب في الشتاء، فأراد دفع ما يساويه في الأجزاء والمائية في الصيف، أو أتلّف الجليد في الصيف وأراد دفع ما يساويه في الشتاء، فلا بدّ من إضافة قيد آخر، فكان المختار عندنا في تعريف المثلي هو:

ما كان له في الغالب مماثل يندرج معه تحت جامع قريب ويساويه من جميع الجهات فعلاً.

هذا، وقد اختلفت كلماتهم في المصاديق تبعاً لاختلافهم في التعريف: قال الشيخ:

ويبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم، كالذهب والفضة غير المسكوكين... وكذا الحديد والنحاس....

أقول:

أما الحنطة والشعير من الغلات الأربع فمثليان، وأما التمر والزبيب فإن كان يابسين فكذلك، وإن كانا رطبين فقال بعضهم بكونهما قيمين، وكذا في الدرهم والدينار اختلفوا على قولين، وفي المعادن التي تصنع منها الأشياء من الظروف ونحوها، قال جماعة بكونها قيمة وفصل بعضهم بين الأصول فقال بأنها مثلية وبين المصوغ منها فقال هي قيمة.

والصحيح: إن الظروف المصنوعة في المعامل من المعادن وكذا الأدوات كالسكين والمقص ونحو ذلك، كلّها مثلية، بل كلّ شيء يصنع من

المواد بواسطة الآلات كالثياب وغيرها مثلي، ولا وجه لأن يكون قيمياً.

قال الشيخ:

والحاصل: إن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها، كثيرة، فلا بد من ملاحظة أن الأصل....

أقول:

إنه لما لم يكن المثلي مذكوراً في النصوص وكذا القيمي إلا قليلاً، ولم ينعقد الإجماع على المثلية في كثير من الموارد، فلا محالة يقع الشك وتصل التوبة إلى الأصل:

ف قيل: الأصل في الضمان المثل.

وقيل: الأصل في الضمان القيمة، وهو ظاهر ابن الجنييد، وقد قرّبناه سابقاً.

وقيل: يتخير المالك بين المثل والقيمة.

وقيل: يتخير الضامن.

وقيل غير ذلك.

وسياتي الكلام على الأقوال.

هذا، ومقتضى قاعدة اليد - بناءً على تماميتها - هو ضمان المثل، لأنه إن كان للشيء التالف مثل فأذاه فقد أدى ما أخذ، لأن أداء مثل الشيء بمنزلة أداء نفس الشيء وكأنه لم يتلف من المالك شيء، وعليه، فالأصل في الخروج عن العهدة إعطاء المثل.

والحاصل: إنه لا خلاف بينهم في أن المثلي يضمن بالمثل والقيمي

بالقيمة، فلو كانت هذه قاعدةً فقهيةً، لزم تعريف المثلي والقيمي، ولو أن اتفاقهم على كون الحنطة مثليةً والحيوان قيمياً كشف عن رأي المعصوم عليه السلام أو رواية معتبرة في مثلية هذا الشيء أو قيمة ذلك، كان الاهتمام بالتعريف أكد والدقة فيه ألزم.

ولكن لا كاشفية لمثل هذا الاتفاق عن رأي المعصوم أو النصّ المعتبر أو القاعدة الفقهية، فيكون أمر ضمان الأشياء من حيث المثلية والقيمة موكولاً إلى نظر العرف، وقد حاول الفقهاء التعريف وتعيين ما هو مثلي أو قيمي عرفاً، بلحاظ كونهم أجلاء أهل العرف، فما ثبت أنه عند العرف كذا فهو، وما شك فيه فالمرجع هو الأصل العملي.

هذا، وقد ذكرنا المختار عندنا في تعريف التالف المثلي، وأمّا كلي المثلي فتعريفه: هو ما يندرج تحته أفراد متماثلة متساوية الفائدة، والظاهر رجوع تعريف المشهور إلى هذا الذي ذكرناه، لأن المراد من قولنا «متماثلة» هو المماثلة بقولٍ مطلق، بمعنى أن لا يكون في أحدهما امتياز وخصوصية توجب فيه مزيد المرغوبة والمالية العقلانية بالنسبة إلى الآخر، بأن يكونا متماثلين في الصغر والكبر، والثقل والخفة، واللين والخشونة، والطعم واللون وهكذا... وأمّا الخصوصيات الشخصية فلا يعقل التماثل بين الشيئين فيها كما لا يخفى.

وإذا كان هذا هو المراد، فلا يرد عليه ما ربما يقال:

إنه إن كان المراد من «ما» الموصولة في: «ما تساوت أجزاؤه...» هو النوع، فمن الواضح أن أفراد النوع -وهي أصنافه- غير متساوية في القيمة، فالقول بأن المثلي هو النوع الذي تتساوى من حيث القيمة مخالف للواقع،

وإن كان المراد: هو الصَّنْف، فإن أُريد من «التساوي» التساوي الحقيقي، فإن الواقع في الخارج ليس كذلك، وإن أُريد التساوي التقريبي، فإنه موجود في كثير من القيمات، كالمقطعين من الأرض والفردين من الحيوان وهكذا... أو يقال - وهو للمحقق الأردبيلي - ونقله الشيخ وهو:

«إنه إن أُريد التساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف، إذ ما من شيء إلا وأجزاؤه مختلفة في القيمة... وإن أُريد التساوي في الجملة، فهو في القيمي موجود أيضاً، مثل الأرض ونحوها»^(١).

أو يقال: بانتقاض ما ذكر بآناً قد نجد التساوي في القيمة في الحيوانات. وجه عدم الورد هو: أننا قلنا في التعريف «ما كان له مثل في المماثلة الغالبة». فالموارد النادرة خارجة. هذا أولاً.

وثانياً: قد اعتبرنا التماثل بقولٍ مطلقٍ كما تقدّم.

وثالثاً: مرادنا من «الجامع» هو العنوان الخاص وإن كان جامعاً انتزاعياً كما إذا كانت الحنطة ممّا تسقى سبياً مثلاً... بأن يدخل في الاعتبار كلّ خصوصية لها دخل في المالبية والمرغوبية، ولذا قلنا يندرج تحت عنوان، أي وإن كان انتزاعياً.

رأي المحقق النائيني

والميرزا الاستاذ يعتبر في المثلي أربعة امور:

أحدها: أن يكون مماثله موجوداً بكثرة، فلو لم يكن للشيء مماثل لم يكن للقول بأنه يضمن بمثله معنى، ولو كان عزيز الوجود ولا يمكن

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٥٢٣/١٠.

تحصيله إلا بأضعاف القيمة، لم يضمه لأنه ضرر منفي بالقاعدة.

والثاني: أن لا يكون مما يعرضه الفساد ليومه أو تتغير أوصافه بالهواء، فالعنب والرطب مثلاً يفسد في زمانٍ قليل، فلو اشترى عنباً جديداً بعقد فاسد فأتلفه، لم يجز إعطاء العنب الذي مرّت عليه أيام بدلاً عنه.

والثالث: أن يلزم التماثل في الصفات التساوي في القيمة.

والرابع: أن يكون بالخلقة الأولى الإلهية صورةً ومادةً، كالحنطة والشعير والحبوبات... فلا يكون من صنع الإنسان وإن كان أصله معدناً من المعادن، من غير فرق بين أن يكون مصنوعاً باليد أو بالآلات الصناعية.

وعلى هذا، فكل ما كان للإنسان دخلٌ في صنعه فإنه يكون قيمياً لا مثلياً، إذ يمكن أن تكون مواده الأولى لشخص والهيئة لشخص آخر، كالحنطة تكون لزيد فيطحنها عمرو، أو القطن يكون لزيد فينسجه بكر، فلمن يدفع البذل حتى يخرج من العهدة؟^(١)

أقول:

قد وقع الخلط في كلامه بين الموضوع والحكم، لأنّ كلامنا الآن في معرفة «المثلي»، وأمّا حكم المثلي المشترك بين اثنين فخارج عن البحث. إن «المثلي» عبارة: عمّا يندرج مع مماثله تحت عنوانٍ واحدٍ وكانت المماثلة بقولٍ مطلق، أي في جميع الخصوصيات الدخيلة في الرغبة، فالتعريف يشمل الأشياء المصنوعة، أمّا إذا كانت مشتركةً - بأن كانت المادة لشخص والهيئة لآخر - فذاك لا يخرج عن التعريف، بل يتعلّق بالحكم، وهو غير ما نحن فيه.

كما أنَّ ما ذكره أولاً من أنه يعتبر أن يكون الشيء كثير الوجود، فلو كان عزيزاً واستلزم أداؤه الضرر فهو قيمى وليس بمثلئى، ليس في محله، فإنَّ عِزَّة الوجود لا يخرجُه عن المثلئية، نعم، هل يجب عليه تحصيله بأيِّ ثمنٍ أولاً؟ فهذا حكمٌ آخر وليس الكلام فيه.

إذن، فالقيدان الأول والرابع، يتعلّقان بما هو خارج عن البحث، فلا يعتبران في تعريف المثلئى، وأمّا الثاني والثالث، فمذكوران في تعريفنا. والحاصل: إن المصنوعات اليدوية أو بالآلات، مثلئى، والدراهم والدنانير المسكوكات كذلك، والرطب والعنب مثليان لأن أفراد كلٍّ منهما - حال كونها جديدةً سالمةً - تندرج تحت جامع واحد، وأمّا حال كونها رديئةً غير مرغوبٍ فيها، فلها جامع آخر.

في مقتضى الأصل إذا شك في المثلئية والقيمية

وبالجملة، فإنَّ الفقهاء لا يختلفون في أنَّ ضمان المثلئى بالمثل والقيمي بالقيمة، إنّما الكلام في تطبيق هذا الكلئى على المصداق، فما تبين لنا كونه مثلياً أو قيمياً فهو، وما لم يتبين فالمرجع فيه القواعد والاصول، وفي ذلك احتمالات:

الأول: إن الأصل في كلِّ تالفٍ شك في مثليته وقيميته هو الضمان بالمثل، لأنَّ الشيء المأخوذ يكون في عهدة الآخذ حتى يؤذيه، فإذا تعذر أداء الشيء وجب دفع ما يقاربه في الجهات الشخصية والمالية.

وبعبارة أخرى: إنَّ أداء الشيء الرافع لضمّانه هو أداؤه بشخصه ونوعه وجنسه وماليته، فإذا تلف تعذر أداؤه بشخصه وأمّا سائر خصوصياته

فالمفروض هو القدرة على أدائها، وذلك يتحقق بدفع المثل، إلا إذا قام الإجماع في موردٍ على دفع القيمة.

والثاني: إذا شك في مثلية الشيء أو قيمته، فالأصل هو الضمان بالقيمة، لأن كل شيء فله حيثية العينية وحيثية المالية، فإذا امتنع أداء الشيء بعينه بقي على العهدة ماليته ومع دفع القيمة يخرج الضامن عن العهدة، إلا ما ثبت بالإجماع وجوب دفع مثله.

ويؤيده: ما جاء في النصوص من «يغرم قيمته»^(١) و«يغرم ثمنه»^(٢) ونحو ذلك، وعدم ورود الضمان بالمثل في شيء من النصوص.

والثالث: تخيير الضامن بدفع أيهما شاء.

والرابع: تخيير المالك بالزام الضامن بأيهما شاء.

والخامس: أن يحضر الضامن المثل والقيمة معاً عند المالك، فإذا خلى بينه وبينهما خرج عن العهدة، لكن ليس للمالك أخذ كليهما للعلم اجمالاً بأن أحدهما له والآخر للضامن، فهو لا يستحق إلا أحدهما، وليس «الأحد» المردد، ولا طريق للتعيين إلا القرعة.

والسادس: إذا تصالحا فهو، وألا يرجع الأمر إلى الحاكم، فيتحقق الصلح القهري بينهما.

والسابع: التنصيف، نظير درهم الودعي، فيأتي الضامن بالمثل والقيمة، ويأخذ المالك النصف من كل منهما.

(١) وسائل الشريعة ٩١/٢٩، باب أن من قتل مملوكه فلا قصاص عليه، الرقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ٩٦/٢٩، باب أن المملوك يقتل بالحر ولا يقتل الحر بالمملوك، الرقم: ٣ و ٥.

قال الشيخ:

ولا يبعد أن يقال إن الأصل هو تخيير الضامن... والأقوى: تخيير المالك من أول الأمر... نعم، يمكن أن يقال... التخيير في الأداء... ولكن يمكن أن يقال... هو الضمان بالمثل....

أقول:

قد اختلف كلامه قدس سره، كما هو المشاهد من عباراته، ونحن نبين وجوه الأقوال ونتكلم عليها:

القول بتخيير الضامن

أما القول بتخيير الضامن، فقد استدلل له بأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره.

وهذا الاستدلال على ظاهره غير صحيح، لعدم كون ما يختاره متيقن الوجود أو الثبوت حتى ينفي الزائد عليه بالأصل، فلا بد من أن يكون مراده هو: إن الضامن متيقن باشتغال ذمته بمالية التالف، ثم إذا شك في أنه -بالإضافة إلى ذلك- ضامن لخصوصية المثلية وخصوصية القيمة أولاً؟ فتكون الخصوصيةتان أمرين زائدين، فتجري فيهما البراءة، وحينئذ، يكون مخيراً في دفع أيهما شاء حتى يكون مؤدياً للمالية لعدم إمكان أداء المالية بوحدها.

فقال المحقق الخراساني: «لا يخفى أنه لو كان الضمان بالقيمة في القيميات مجرد إرفاق بحيث لو تمكن من مثل العين التالفة وما يشابهها بحسب الصفات فيها كان له دفعه ولا يتعين عليه قيمته، كان الأمر من باب

الدوران بين التخيير والتعيين، والأصل عدم الخروج عن العهدة إلا بالمعين، للشك في الخروج بدونه، فلا وجه للتخيير، ولو كان الضمان بها فيها على نحو التعيين، كان الأمر من باب الدوران بين المتباينين، ويتعين فيه الاحتياط لا التخيير...»^(١).

وتوضيح التباين هنا هو: إن القيمة عبارة عما يتقدر به مالية الشيء، فهي المالية المقيدة بكذا دينار أو درهم، والمثلية كذلك، فهي عبارة عن المالية المقيدة بكونها مثل التالف، فيكون الأمر دائراً بين المتباينين، والمحكم أصالة الاحتياط لا التخيير.

لكن الميرزا الاستاذ قرب تخيير الضامن: بأنه وإن كان أمره مردداً بين المتباينين، لكن الاحتياط بدفع كليهما متعذر، لكونه معارضاً باحتياط المالك، لتردده بين استحقاق المثل أو القيمة، فلا يجوز له أخذ كليهما ولا أحدهما المعين لاحتمال أن لا يستحقه، والأحد المردد لا واقعية له ولا ماهية، فتنزّل وظيفة الضامن من الموافقة القطعية إلى الاحتمالية، وهذا هو التخيير^(٢).

ويندفع: بأنه لو كان الأداء الرافع للضمان هو الإعطاء والأخذ من المالك، كان لما أفاده وجه، لكن الأداء في الحديث عبارة عن الإقباض، وهو يتحقق بالتخلية بين المال وبين المالك، وإذا فعل ذلك وقال له: إن أحدهما لك والآخر لي، فقد أدى وظيفته وتحقق الغاية في الحديث، لكن ليس

(١) حاشية المكاسب: ٣٥.

(٢) وراجع: منية الطالب ١/ ١٣٧.

للمالك أن يأخذ كليهما معاً، أو أحدهما على ما ذكر، فإن تصالحا فهو، وإلا فالقرعة أو الرجوع إلى الحاكم أو التنصيف، فلا موضوع في المقام للمعارضة.

وأما ما يذكره الفقهاء من عدم تمشي الإحتياط في الأموال بأن يدفع المثل والقيمة معاً، للتعارض بينه وبين قاعدة لا ضرر، ففيه:

أولاً: قد تقرّر في الأصول أن مجرى قاعدة نفي الضرر هو الأحكام الشرعية، ووجوب تحصيل العلم بفراغ الذمة حكم عقلي، والقاعدة لا ترفع الأحكام العقلية.

وثانياً: إن مقتضى الإحتياط هو التخلية بين المالك وبين المثل والقيمة على الترتيب الذي ذكرناه، نعم، لو كان الواجب هو تمليكهما إياه لكان لتوهم المعارضة المزبورة مجال.

فالقول بتخيير الضامن مردود مطلقاً.

وأما ما ذكره المحقق الخراساني من أن المورد من دوران الأمر بين التعيين والتخيير، والأصل فيه هو التعيين، فعليه دفع المثل معيئاً، فنذكر قبل النظر فيه فائدة أصولية هي:

إن دوران الأمر بين التعيين والتخيير على خمسة أقسام:

١- أن يدور أمر تحصيل الشيء وامتناله بين التعيين والتخيير، كما لو أمر بحفظ الأمانة، ولا يدري هل يتحقق الامتنال بوضعها في أي مكان في الدار أو في الصندوق؟ ولا شبهة في أن الأصل هنا التعيين، لأن الإشتغال اليقيني يقتضي البراءة اليقينية.

٢- أن يعلم بوجود شيء، ولا يدري هل الواجب عليه هو الشيء معيّن أو أحد الشيء مخيراً منهما؟ مثلاً: إذا علم بعد رمي الجمرة يوم العيد بوجود شيء عليه بعد الرمي، ولكن هل هو خصوص الحلق أو أحد الأمرين من الحلق والتقصير؟

٣- أن يؤمر بشيء ولا يدري هل له عدل أو لا، كما لو علم بوجود إطعام ستين مسكيناً وجهل هل عتق الرقبة عدل فيكون مخيراً بينهما؟ أو يؤمر بشيء ولا يدري هل الواجب عليه هو الشيء بخصوصه أو الجامع بينه وبين الشيء الآخر؟

٤- أن يخاطب بواجبين ويقع الشك بين أن العطف بينهما كان بالواو حتى يجب عليه كلاهما على وجه التعيين، أو بأو حتى يكون الواجب أحدهما على نحو التخيير.

٥- أن يكون حكمان تعيينيّان ولا يقدر على امتثالهما معاً، فيقع التزام بينهما، وهو يحتمل أهمية أحدهما من الآخر، فإن كانا متساويين فالتخيير، وإن كان أحدهما أهم فالتعيين.

وبعبارة أخرى:

تارة: يدور الأمر بين التعيين والتخيير العقليين في مقام الامتثال والخروج عن العهدة بعد العلم بالتكليف، كما لو أمر بإزالة النجاسة وشك في الامتثال بالغسل مرة أو مرتين، فهنا يجب عليه الإتيان بما يحتمل كونه دخيلاً في تحقق الامتثال، فلا يكتفي بالمرة في المثال أو وضع الوديعة في أي مكان في البيت كما في المثال السابق، بل الأصل هو التعيين.

واخرى: يدور الأمر بين التعيين الشرعي والتخير العقلي، كأن يعلم بأن الواجب عليه في الركوع إما التسبيح معيَّناً وإما مطلق الذكر والتسبيح من مصاديقه فيكون مخيراً عقلاً بينه وبين غيره. فهنا: يوجد القدر المتيقن وهو الأقل، أي: مطلق الذكر، وأما الأكثر أي: الخصوصية، فمشكوك فيها، والأصل براءة ذمته عن الأكثر، وكذا في مثال الواجب بعد الرمي المذكور سابقاً.

وثالثة: يدور الأمر بين التعيين والتخير الشرعيين، وهذا على ثلاثة أقسام: لأنه قد يكون في الشبهة الموضوعية، وقد يكون في الشبهة الحكمية، وقد يكون في الحكمين المتزاحمين مع احتمال الأهمية.

أما الشبهة الموضوعية، كما لو علم بأن المعصية الكذائية موجبة للكفارة وجعل يكون كفارتها هي عتق الرقبة معيَّناً أو أنه مخير بين العتق والإطعام مثلاً؟

وأما الشبهة الحكمية، كما لو أوجب أمرين كالعتق والإطعام وتردد إيجابهما بين كونه بواو الجمع فهما واجبان، أو بأمر فهو مخير بينهما، ومثل ما إذا وجب عليه شيء كالصلاة مع السورة وجعل هل لها عدل وهو الصلاة بلا سورة أو لا؟

وأما الحكمان التَّعْيِينِيَّان المتزاحمان، كما لو قال: إِفْعَلْ هذا، ثم قال: إِفْعَلْ هذا، وكل من الأمرين مطلق، أي سواء فعلت ذاك أو لا، لكنّه غير قادر على امتثال كليهما، فلا بد من رفع اليد عن الإطلاق، فإن كانا متساويين في الملاك، رفع اليد عن إطلاقهما والنتيجة هي التخير، وإن كان ملاك أحدهما أهم من الآخر، قدّم على الآخر وسقط إطلاقه، ومع الشك فمقتضى الأصل تعيين

محتمل الأهمية، لعدم العلم بسقوط إطلاقه والعلـم بسقوط إطلاق الآخر.

وأما في القسمين السابقين، فعلى المبنى في الواجب التخييري:

فإن قلنا: بأن الجامع بين الفردين هو الواجب، رجع الشك إلى وجوب الخصوصية بعد كون الواجب هو الجامع، وتجري البراءة عنها، والنتيجة هي التخيير.

وإن قلنا: بأن هناك واجبين، فيجب كلُّ منهما عند عدم القيام بالآخر - وكأنه قال: إفعل هذا إن لم تفعل ذاك، وإفعل هذا إن لم تفعل ذاك، فهما واجبان مشروطان - فالنتيجة هي التخيير كذلك، لأنه إذا أتى بأحدهما وشك في وجوب الآخر، كان من الشك في أصل التكليف وهو مجرى البراءة.

وإن قلنا: إن هناك واجبين ولكلُّ منهما مصلحة تامة، ولكن هناك مصلحة أخرى هي السبب في جواز ترك كلِّ منهما إلى البدل، فهي مزاحمة للجمع بين مصلحتي الواجبين، فلا مناص من أصالة التعيين، لأنه متيقن بوجوب الفرد ويشك في وجود المصلحة المزاحمة الموجبة لجواز تركه، والأصل عدمها.

وبعد الفراغ عن هذه المقدمة نقول:

إن دوران الأمر بين المثلي والقيمي، سواء كان بنحو الشبهة الموضوعية أو الحكمية، يرجع إلى تعيين المثل أو الجامع بينه وبين القيمة، والأصل البراءة عن التعيين، والنتيجة هي التخيير.

وبهذا ظهر سقوط إشكال المحقق المذكور، وأن هذا هو الوجه الصحيح للقول بالتخيير. والعلـم عند الله.

والتحقيق: أنه لا يمكن القول بتخيير الضامن، أما من جهة أصالة البراءة عما زاد مع تقريبنا لذلك، فلأنه يرد عليه: أن القيمة - على ما في كتب اللغة^(١) - ما يعادل المتاع، أو الثمن الذي يقاوم المتاع، أي يقوم مقامه، وفي القاموس^(٢): قَوِّمَتِ الشَّيْءُ أَي ثَمَّنْتَهُ، فالمراد من «القيمة» هو «الثمن» لا «المال» المطلقة، وعليه، يدور الأمر بين اشتغال ذمة الضامن بخصوص المثل أو الثمن وهو عبارة عن الدرهم والدينار، فهو يدور بين المتباينين، فلا مجال للتمسك بالبراءة.

وأما من جهة ما ذكره شيخنا الميرزا من التعارض بين احتياط الضامن واحتياط المالك، وإذا لا طريق لتحصيل الموافقة القطعية فيتنزل إلى الموافقة الاحتمالية وهي تحصل بإعطاء أيٍّ منهما، فالجواب عنه: إن الموافقة القطعية تحصل بإحضار الفردين عند المالك والتخليّة بينه وبينهما، أما أنه لا يجوز شرعاً للمالك أخذهما أو أحدهما المعين، فلا يكون مانعاً عن حصول البراءة للضامن. وبعبارة أخرى: عدم تمكّن المالك من التصرف شرعاً لا ربط له بتكليف الضامن، فإنه بإحضارهما متيقّن بفراغ ذمته. وبالجملة، فالقول بتخيير الضامن ساقط.

القول بتخيير المالك

وأما القول بتخيير المالك، فقد قال الشيخ:
فإن فرض إجماع على خلافه، فالأصل تخيير المالك... والأقوى تخيير

(١) مجمع البحرين ٣ / ٥٧٠.

(٢) القاموس المحيط ٤ / ١٦٨.

المالك من أوّل الأمر لأصالة الإشتغال، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو عن منع.
أقول:

أمّا الإجماع، فإن كان المراد عدم قيام الإجماع على تخيير الضامن واقعاً، فهذا صحيح، إذ لا يقول أحدٌ بأنّ الحكم الواقعي للضامن هو التخيير، إنما الكلام في مقتضى الأصل العملي، ولا ربط للبحث بالإجماع، على أنه لو فرض، فليس بالإجماع الكاشف.

وبالجملة، فإننا نعلم بأنّ الحكم الواقعي ليس هو التخيير، ولا أثر لدعوى الإجماع، مع أنه ليس بالإجماع الحجّة.

وأما أن الأصل عدم براءة ذمّة الضامن إلّا بما يرضى به المالك.

ففيه: إنّ براءة ذمّته تحصل بإحضار المثل والقيمة عند المالك، فليس طريق تحصيلها منحصراً بتخييره، فالصحيح أن يقال: الأصل عدم براءة ذمّة الضامن إلّا بدفع ما يستحقّه المالك، وهو يحصل بإحضار القيمة والمثل لديه.

وأما التمسك بقاعدة اليد، بتقريب: إن العين وإن تلفت خارجاً لكنّها ثابتة على ذمّة الضامن اعتباراً، فذمّته مشغولة بها، فلو دفع أحد الأمرين - من المثل والقيمة - يقع الشك في الفراغ، فعليه أن يدفع إلى المالك خصوص ما يختاره.

ففيه: إنّ اليقين بالفراغ يحصل بإحضارهما لدى المالك على ما تقدّم.

وقد قرّب شيخنا الاستاذ تخيير المالك. ثم أجاب عنه قائلاً:

إنّ الكلام في إجراء الأصل بالإضافة إلى ما اشتغلت به الذمّة من المثل

بالخصوص أو القيمة بخصوصها، وأمّا ما يرضى به المالك بدلاً عن البذل فهو قد يكون القيمة في المثلي مثلاً، وقد يكون شيئاً آخر غير المثل والقيمة ممّا لا ينضبط تحت ضابط ولا تعيينه محلّ الكلام.

ومن الواضح أن دفعهما معاً مستلزم لأداء ما في الذمة، سواء رضي المالك بأحدهما بالخصوص أم لا، فلا يتوقف القطع بالبراءة بدفع ما يختاره المالك، ونسبة الأصل إلى كليهما على حدّ سواء^(١).

وأقول: إنّه لا بدّ من تقييد رضا المالك برضا الضامن حتى يندفع الإشكال بأنّه إذا كان الملاك رضا المالك، فقد لا يحصل رضاه إلا بدفع كلا الشئين أو شيء آخر غيرهما. ولكن إذا قيد رضاه برضا الضامن رجع الأمر إلى التصالح، وهذا خارج عن البحث.

بل التحقيق في الجواب هو ما ذكرناه من حصول اليقين بالفراغ بإحضار الشئين لدى المالك، على ما تقدّم.

وبالجملة، ليس طريق تحصيل براءة ذمة الضامن منحصرأً بتخيير المالك... فالقول به ساقط كذلك.

القول بضمان المثل

وأما القول بأصالة الضمان بالمثل قال الشيخ: لأنّه أقرب إلى التالف من حيث المالّة والصفات. فلنقدّم قبل الورود في البحث عنه مقدّمة، وهي:

إنّ الشبهات المصدّاقة على أقسام:

(١) حاشية المكاسب ١ / ٣٦٠.

منها: أن يكون المفهوم بيناً والشك في المصداق، كأن يقول أكرم العالم ويشك في أن زيداً مصداقاً لعنوان «العالم» أولاً. فهنا لا يجوز إكرام زيداً تمسكاً بعموم العام، وكذا لو كان عندنا عام بين وخاص بين، فشك في أنه مصداق للعام أو الخاص، فلا يجوز التمسك بالعام، إذ ليس التخصيص إلا أن يكون الباقي تحت العام مقيداً بكونه غير المخصص، لأن حيثية الغيرية هذه قيد للباقي تحت العام برهاناً، إذ لا يعقل كونه مهملاً.

ومنها: أن يكون المخصص للعام مفهوماً مجملاً، وتسمى بالشبهة المفهومية، كأن يقول: كل مكلف يجب عليه التمام، فأخرج المخصص المسافر وكان مجملاً لتردده بين من سافر بريداً أو بريدين، والقدر المتيقن هو من سافر بريدين ويبقى المسافر بريداً تحت العام، أو قال: أكرم الناس إلا الفاسق، وتردد الفاسق بين خصوص مرتكب الكبيرة أو الأعم منها ومن الصغيرة، والقدر المتيقن هو مرتكب الكبيرة وفي غيره يتمسك بالعام، وهكذا في موارد كون المخصص لبياناً، فإن الخارج من تحت العام هو القدر المتيقن ويتمسك بالعام فيما زاد عليه.

وبعد هذه المقدمة نقول:

يمكن تقريب ضمان المثل بوجوه:

بأن يقال: إن الضمان بمعنى الكفالة، والكفيل عبارة عمن يكون ملتزماً بإرجاع الشيء إلى محله أو صاحبه، ولو تلف وهو كفيل وجب عليه إرجاع مثله لأنه بمنزلة إرجاع نفسه وكأنه لم يتلف.

أو يقال: إن ضمان الشيء في المثلي بالمثل وفي القيميات بالقيمة أو

المثل، فلو تلف الشيء وتردّد بين كونه مثلياً أو قيميّاً، كان أمر الضامن مردداً بين التعيين والتخيير، ومقتضى الأصل هو التعيين، فعليه دفع المثل إلّا ما خرج بالدليل.

وبعبارة أخرى: إن مقتضى القاعدة في الضمان دفع المثل، وقد جوز الشارع من باب الإرفاق في القيميّات دفع القيمة أيضاً، وإذا شك في اشتغال ذمته بالمثل أو القيمة فدفع القيمة، كان مقتضى الاستصحاب بقاء الاشتغال، فيتعيّن دفع المثل حتى يتيقّن بالفراغ.

أو يقال: إن أخذ قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» كنايةً عن أنه إذا تلف ما أخذت اليد فعليه خسارته - كما هو الظاهر عند الشيخ - خلاف الظاهر منه، وحمل الكلام عليه خلاف أصالة الحقيقة، لأن مقتضاها هو أن المأخوذ بنفسه على عهدة الآخذ إلى أن يؤدّيه، ولذا نقول ببقاء الشيء على عهده لو تعاقبت الأيدي عليه، لأن المخرج عن العهدة ليس إلّا الأداء إلى المالك.

ثم إن للشيء المأخوذ خصوصيّات، هي خصوصيّة الشخصيّة والصنفيّة والنوعيّة، وصفات يرغب فيها المالك وتؤثّر في ماليّته عنده، فكان مقتضى الحديث استقرار جميع الخصوصيات على ذمّة الضامن، وعليه أن يؤدّي الشيء بجميع خصوصيّاته وصفاته، وحينئذٍ فلو تلف الشيء المأخوذ سقطت خصوصيّة الشخصيّة ولا مصحّح لاعتبار بقائها على عهدة الضامن، لكن سائر الخصوصيّات باقية على العهدة، فهو لا يخرج عنها إلّا بأدائها، والمثل هو الواجد لها، فيجب عليه دفع المثل.

نعم، قام الإجماع في القيميّات على دفع القيمة، وبه ترفع اليد عن

مقتضى القاعدة، لكنَّ القدر المتيقَّن من الإجماع ما كان بيِّن القيمة، أما المشكوك في مثليته أو قيمته فباقٍ تحت القاعدة، لما ذكرناه في المقدمة. هذا غاية ما يمكن أن يقال في تقريب هذا القول بوجوه الثلاثة. ولكنَّ الكلام كلّه في قاعدة اليد، وبعد عدم تمامية سند الحديث لا حاجة إلى البحث عن دلالة، ولا مجال للقول بأنَّ ضعفه مجبور بعمل الأصحاب.

وبذلك يسقط التقريب الثالث.

وأما التقريب الثاني، ففيه:

أولاً: لا دليل على دعوى الإرفاق في القيمات حتى يتمَّ التخيير.

وثانياً: لو سلّمنا التخيير في القيمات، فلمَ لا يكون من باب التخيير بين الكلّي وفرده، حتى يكون من قبيل الأقل والأكثر فتتفنى خصوصية الفرد بالأصل وهي المثلية؟

وأما التقريب الأول، فالجواب عنه: إنَّ المخاطب في روايات الضمان الكثيرة جدّاً والمختلفة مورداً إذ قسم منها في تلف القيمي، وقسم في الدراهم، وقسم منها جاء بعنوان «الثلث» - هو العرف، وقد أوكل فهمها إليه، وأهل العرف لا يفهمون الدقائق المشتمل عليها هذا التقريب. فالقول بأصالة الضمان بالمثل لا دليل عليه.

القول بضمان القيمة

وأما القول بأصالة الضمان بالقيمة، بتقريب: أن المراد من «الضمان» هو ضمان «المالية» ولا دخل للخصوصيات فيه، وإنما هي محققة للمالية

ولا موضوعية لها في الضمان، فالواجب أداء المائنة ودفع القيمة، ولو فرض احتمال وجوب دفع خصوص المثل اندفع بالأصل.

فلا يمكن المساعدة عليه أيضاً، لأن المناط في القيمات هو القيمة السوقية، وهي عبارة عن الدرهم والدينار، لا المائنة المطلقة في ضمن أي شيء كانت، وعليه، فإذا دار الأمر بين المثل والقيمة، كان من الدوران بين المتباينين، فلا مجال للقول بأن الأصل في الضمان القيمة.

القول بالقرعة

وأما القول بالرجوع إلى القرعة، لكونها لكل أمر مجهول، والمضمون به فيما نحن فيه مجهول.

فقد أشكل عليه:

أولاً: بورود التخصيصات الكثيرة على عمومات القرعة وذلك موجب لو أنها، لأن إرادة العموم جداً لا تجتمع مع كثرة التخصيص.

وثانياً: إن مجرى القرعة هو الشبهة الموضوعية المحضة، فلا تعم أدلتها الشبهة المفهومية والموضوعية الناشئة عن الشبهة الحكمية.

وكلاهما مردودان:

أما الأول، فلأنه في كل مورد لم تطبق فيه القرعة توجد أمانة أو أصل فخرج له عن المجهولية، فلا يبقى موضوع للقرعة، فخرج تلك الموارد كلها تخصصي لا تخصصي.

وأما الثاني، ففيه:

أولاً: ربما يكون الشك في المثلية والقيمة في الشبهة الموضوعية

المحضة، فقد يتلف الشيء والضامن والمالك يجهلان أنه مثلي أو قيمي، فالحنطة مثلية والحيوان قيمي، والعلم الإجمالي قائم بتلف أحدهما، فالشبهة موضوعية محضة.

وثانياً: قد ذكرنا سابقاً أنه لم يرد لفظ «المثل» و«المثلي» في نصوص الضمان، حتى يقع الشك في مفهومها، بل الوارد هو «الضمان» بشمئطاته، ومعناه عرفاً هو دفع المثل في المثليات والقيمة في القيميات، فوقع الشك في أن العرف هل يضمّنون بالمثل أو بالقيمة فيما لو جهل بكون التالف من هذا أو ذاك؟ وهذه شبهة موضوعية.

وثالثاً: إن العبرة بعموم العام لا بخصوص المورد، فإذا كان مورد أدلة القرعة هو الشبهة الموضوعية، فإنه لا يخصص عمومها. والحق في الإشكال هو:

إن أدلة القرعة موضوعها مجهولية عنوان الشيء الخارجي كما في قطيعة الغنم مثلاً حيث يكون الفرد الحرام بينها مجهولاً، أمّا فيما نحن فيه فلا ربط للأمر بالخارج، وإنما يريد الضامن أن يعلم ماذا يجب عليه أن يؤدي، وإجراء القرعة لتعيين ما في الذمة غلط. هذا أولاً.

وثانياً: إن موضوع القرعة هو الأمر المجهول، أي: أن لا يكون هناك سبيل إلى معرفة الوظيفة الشرعية، ومع التمكن من معرفتها لا تصل النوبة إلى القرعة، وأصالة الاشتغال - فيما نحن فيه - تعين الوظيفة، إذ مقتضاها هو الجمع بين المثل والقيمة في الأداء، وأمّا عدم جواز أخذ المالك لكليهما فهو أمر آخر.

القول المختار

فالمختار:

إذا دار الأمر بين كون التالف قيمياً أو مثلياً - والمراد من القيمة الدرهم والدينار كما تقدّم - كان من دوران الأمر بين المتباينين، ومقتضى أصالة الاشتغال هو تحصيل البراءة اليقينية، وذلك يكون بإحضارهما معاً عند المالك والتخلية بينه وبينهما، فإذا فعل ذلك برأت ذمته قطعاً، غير أنه لما كان المالك غير مستحقّ لأحدهما، فإنّ تصالحا بشكلٍ من الأشكال فهو، وإنّ تخصّصا، بأن منع كلّ منهما الآخر عن التصرف في ملكه، رجعا إلى الحاكم، وإذا لا دليل على الصّحح القهري فالحاكم يقرع بينهما وترتفع الخصومة.

وأما احتمال التنصيف بحكم الحاكم، نظير درهم الودعي، فبديهي الفساد، لأنّ الحكم بالتنصيف في الدرهم، إمّا هو من جهة كون الباقي مشتركاً بالإشاعة، وذلك مقتضى التنصيف، وإمّا من جهة أنه مقتضى العدل. أمّا حيث يكون هناك مالان أحدهما ملك لهذا والآخر ملك لذاك فلا وجه للتنصيف أصلاً.

عودة إلى كلمات الشيخ

قال:

نعم، يمكن أن يقال - بعد عدم الدليل لترجيح الأقوال والإجماع على عدم تخيير المالك - التخيير في الأداء.

من جهة دوران الأمر بين المحذورين أعني: تعيّن المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضامن الامتناع، وبين تعيين القيمة كذلك، فلا متيقن في

البين ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى.
فتأمل.

أقول:

يمكن تقريب نظيره للمقام بتخير المجتهد في الفتوى: بأن المجتهد لما كان يرى وجوب العمل بخبر الواحد، فإذا وقع التعارض بين الخبرين، أحدهما يأمر والآخر ينهى، يعلم بوجوب العمل بأحدهما ولا يمكن الجمع بينهما، فيدور أمره بين المحذورين فيتخير، كذلك ما نحن فيه.

وأما أمره بالتأمل، فهو إشارة إلى أن دوران أمر المجتهد بين المحذورين يبتني على أن تكون حجية خبر الواحد من باب السببية، يعني: إنه تحدث بقيام الخبر مصلحة تكون السبب لوجوب العمل، فإذا وقع التعارض ولا يمكنه الأخذ بكليهما حكم بالتخير. لكن المبنى غير صحيح، بل حجية الخبر من باب الطريقية، وعليه، فلا موضوع للدوران بين المحذورين، لأن مقتضى الأصل الأولي هو التساقط، ولو قلنا بالتخير فهو من أجل النص لا لدوران الأمر بين المحذورين.

بل، ليس التخير من أجل ذلك حتى على القول بالسببية، لأن معنى السببية هو حدوث المصلحة الملزمة للعمل، فإذا وقع التزاحم بقيام الخبرين بين المصلحتين كان القول بالتخير هو مقتضى القاعدة الأولية بين المصلحتين المتزاحمين.

هذا، ويحتمل أن يكون المراد من قوله «من باب تخيير المجتهد في الفتوى» أن المجتهد يفتي بالتخير، فيكون الأمر بالتأمل - على هذا احتمال -

إشارة إلى أن فتوى المجتهد بالتخيير فيما نحن فيه لا مورد له، لأنه لا دليل على وجوب دفع المثل ولا القيمة على وجه التعيين حتى يدور الأمر بين المحذورين، بل إن الواجب عليه أحدهما، وتحقق البراءة اليقينية بإحضار كليهما لدى المالك، على ما ذكرنا.

الاستدلال لضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بأية الاعتداء

قال:

وقد استدلّ في المبسوط والخلاف على ضمان المثلي والقيمي بالقيمة بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١) بتقريب: أن مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلي والقيمة في غيره.

أقول

استدلّ الشيخ بالآية المباركة لضمان التالف المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة....

والاعتداء هو التجاوز عن الحد، و«الباء» للمقابلة، كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ غَابَتْكُمْ قَفَايُوهَا بِمِثْلِ...﴾^(٢) وقوله: ﴿وَمَنْ غَاقَبَ بِمِثْلِ مَا غُوقِبَ...﴾^(٣) وقوله: ﴿...بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ...﴾^(٤) و«المثل» قال الشيخ في الخلاف بعد الآية: «المثل مثلاً من حيث الصورة ومثل من حيث القيمة، فلما لم يكن للمنافع مثل

(١) سورة البقرة: ١٩٤.

(٢) سورة النحل: ١٢٦.

(٣) سورة الحج: ٦٠.

(٤) سورة الاسراء: ٨٨.

من حيث الصّورة وجب أن يلزمه من حيث القيمة...»^(١) وظاهر عبارته أن «ما» في الآية موصولة.

وتقريب الاستدلال: إن من تعدّى على شيء من أموالكم بالاستيلاء عليه، يجوز لكم التعدي على أمواله، فإذا أتلّف لكم شيئاً من الأموال جاز لكم الاستيلاء على ماله، إن كان مثلياً فبالمثل، وإن كان قيميّاً فبالقيمة، لأن المثل مثلاًن كما ذكر.

المناقشات في دلالتها

وفيه:

إن الأخذ والاستيلاء ليس مماثلاً للإتلاف، إلّا أن يدعى اندراجهما تحت جامع انتزاعي هو الفصل بين المال ومالكه، وفيه ما لا يخفى. هذا أولاً. وثانياً: الوارد في الآية هو «المثل» بقول «مطلق» وهو ظاهر في المماثلة من جميع الجهات، والمثلية في القيمات من وجه، فكيف يتم الاستدلال؟ وثالثاً: إن الآية المباركة متفرعة بـ«الفاء» على الآية السابقة عليها، قال تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشُّهُرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ...﴾ وهي ظاهرة في مقابلة الاعتداء بالاعتداء، فهو قتال مماثل للقتال من حيث الزمان والمكان، أي: فكما أنّهم لم يحافظوا على المحرمات الزمانية والمكانية، كذلك أنتم يجوز لكم ترك المحافظة عليها.

وبعبارة أخرى: هذا التفريع يشهد بكون «ما» مصدرية أي: فاعتدوا عليه

بمثل اعتداءه، وليست موصولة على أن يكون الرابط محذوفاً، أي: بمثل الذي اعتدى به عليكم، وإذا كانت مصدرية فما معنى «الباء» في «بمثل»؟...، ويشهد بذلك ما سبق عليها من قوله تعالى ﴿وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يَقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ...﴾ وأيضاً الخبر:

«عن معاوية بن عمار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام رجل قتل رجلاً في الحل ثم دخل الحرم... قلت: فما تقول في رجل...».

ورابعاً: لو تنزلنا، فلا أقل من ترددها بين المصدرية والموصولة. وخامساً: وعلى فرض كونها موصولة، فإنها تعم العمل، فيكون المعنى: الاعتداء بمثل الذي صدر من المشركين من الاعتداء، فلا دلالة على الضمان.

قال الشيخ:

وربما يناقش في الآية... وفيه نظر.

أقول:

قال السيد:

قال في الحاشية: لأن ظاهرها اعتبار المماثلة في الاعتداء والمعتدى به. قلت: هو كذلك^(١).

وهو يؤيد ما ذكرناه أخيراً.

وتلخص سقوط الاستدلال بالآية للمقام.

قال الشيخ:

نعم، الانصاف عدم وفاء الآية - كالدليل السابق عليها - بالقول المشهور...

فتبيّن أن النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عموم من وجه....
أقول:

ذكر في مادة الافتراق من طرف المشهور: أنه قد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين، ولا يضمن به عند المشهور كما في المثالين:

الأول: لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات. فإنّ مقتضى العرف والآية إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك ولو بأضعاف قيمته ودفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أنّ القائل بقيمة الثوب لا يقول به.

وربما يشكّل عليه، بأنّه إذا كان مقتضى الدليلين تحصيل المماثل من جميع الجهات، فإنّ تحصيله بأضعاف قيمته تحصيل لما يزيد على المثل. ولكنّه غفلة عن المقصود، لأنّ حيثيّة الضمان غير حيثيّة تحصيل المثل، فالذي استقرّ على الذمّة وحصل الضمان به هو مقدار مالّة الثّآلف، وأمّا دفع أضعاف القيمة فلتحصيل المثل الواجب دفعه، وسيأتي توضيح هذا المطلب فيما بعد.

والثاني: لو أتلّف عليه عبداً وله في ذمّة المالك بسبب القرض أو السلم بعد موصوف بصفات الثآلف، فإنهم لا يحكمون بالتهاتر المعنوي كما يشهد ملاحظ كلماتهم في بيع عبد من عبيد.

نعم، ذهب جماعة -منهم الشهيدان في الدروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيمية، لكنّ لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة ضمان القيمي بالمثل....

أقول:

هكذا قال، وليته لم يقله، لأن أداء العين المقترضة إما هو من جهة جواز عقد القرض من طرف المقرض - وإن كان لازماً من طرف المقرض - فإذا أداها كان فسخاً للعقد عملاً، أو لاشتغال الذمة في خصوص فرض القيمي بالأعم من طبعي المال المقرض والقيمة، وحينئذٍ يمكنه رد العين لكونها من مصاديق الكلّي الطبيعي، أما لو كان اشتغال الذمة بالقيمة فلا يصحّ قوله: «لعله من جهة صدق...» لأن ردّ العين ليس بأداء للقيمة، لكونهما متباينين، فلا يتحقّق أداء القرض.

فالدليل لما ذهب إليه الجماعة هو أحد الوجهين اللذين ذكرناهما، لا ما ذكره الشيخ رحمه الله.

هذا إذا كان للتالف مماثل.

قال الشيخ:

وأما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر... ولا يقولون به.

أي: يقولون بأنّ عليه أداء قيمة يوم التلف.

هذا كله في بيان مادة الافتراق في القيميات.

وأما مادة الافتراق في المثليات. قال الشيخ:

وأيضاً، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً،

فمقتضى ذلك عدم جواز إلزام المالك بالمثل... مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض

إلزامه به وإن قوّى خلافه بعض، بل ربما احتمل جواز دفع المثل ولو سقط المثل

عن القيمة بالكلية، وإن كان الحق خلافه.

أقول:

إن مقتضى الدليلين اعتبار المماثلة في الماهية والمالية، وما نقصت قيمته ليس مماثلاً للتالف، فلا يخرج الضامن عن العهدة بأدائه، لكن المشهور لا يقولون باعتبار المماثلة من جميع الجهات، فيكفي للخروج عن الضمان دفع ما نقص قيمته، بل ربما احتل بعضهم دفع المثل ولو سقط عن القيمة بالكلية.

وبالجملة، إن مقتضى الدليلين هو المثل بقول مطلق، لكن المشهور القائلين بأن المثلي يضمن بمثله يريدون المثلية في الجملة، بل بعضهم يحتمل كفاية المثل وإن سقط عن القيمة.

وأشكل السيد^(١) قدس سره بما ملخصه:

إن المثل في الآية المباركة ما يكون مماثلاً في الصورة والماهية، وأما جهة المالية فليست دخيلة في المثلية، ولذا لو كانت العين المأخوذة بالعقد الفاسد موجودة وجب عليه ردها وإن نقصت ماليتها.

وهذا منه عجيب جداً!!

لأن الإعتداء الواقع لم يكن بالنسبة إلى العين بوحدها بل بالنسبة إلى ماليتها أيضاً، فالمعتدي ضامن لكليهما، وأما في المأخوذ بالعقد الفاسد - مثلاً - مع بقاء عينه، فإن العين ترد، لأنه ردٌ للملك سواء نقصت قيمته أو سقطت. فكم فرق بين مفاد الآية المباركة والمثال الذي ذكره؟

بل يمكن أن يقال في صورة بقاء العين - إذا كان نقصان قيمتها على أثر إمساكه العدواني - بالضمان كذلك، لما تقدّم أن إتلاف المالّة موجب للضمان.

فظهر سقوط الإشكال بوجهين.

قال الشيخ:

ثم إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحقّقه، لا يجدي بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً، ففي موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق وعموم الآية، بناءً على ما هو الحق المحقّق من أن العام المخصّص بالمجمل مفهوماً مردّد بين الأقل والأكثر لا يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك.

أقول:

لقد كان الأولى أن يقول: بأنه لا يوجد في المقام مفهوم مخصّص لعموم العام، بل هناك موارد قام الإجماع فيها على القيمة كالحيوان فيكون الإجماع مخصّصاً لعموم الآية المعتبرة للمثلية، وأمّا فيما عداها فلا مخصّص، والمحكم هو العموم.

وبعبارة أخرى: لا يوجد في غير موارد الإجماع مخصّص، لأنه موجود وهو مردّد بين الأقل والأكثر.

حاصل الكلام في المقام

قال:

فحاصل الكلام: إن ما أجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل مع مراعاة

الصفات... مضافاً إلى الخبر الوارد في أن الثابت في ذمة من اقترض دراهم وأسقطه السلطان وروج غيرها، هي الدراهم الاولى.

وما أجمع على كونه قيمياً بضمن بالقيمة بناءً على ما سيجي من الاتفاق على ذلك وإن وجد مثله.... أقول:

نص الرواية: عن يونس قال: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: إنه كان لي على رجل عشرة آلاف دراهم، وأن السلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم أعلى من الدراهم الاولى، ولها اليوم وضیعة، فأني شيء لي عليه، الأولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب: لك الدراهم الاولى»^(١).

وعن العباس بن صفوان قال: «سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم عن رجل، وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع بها شيء، لأصاحب الدراهم الدراهم الاولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال: لأصاحب الدراهم الدراهم الاولى»^(٢).

وأمر الشيخ بالتأمل^(٣)، لعلّه إشارة إلى رواية أخرى في مقابلهما، وهي: عن يونس قال: «كتبت إلى الرضا عليه السلام: إن لي على رجل ثلاثة آلاف درهم، وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام، وليست تنفق اليوم، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟

(١) وسائل الشيعة ١٨/ ٢٠٦، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرقم: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/ ٢٠٧، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرقم: ٤.

(٣) وهذا التأمل موجود في بعض النسخ دون بعض.

فكتب إلي: لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس»^(١).

فيقع التعارض.

وما في الحدائق^(٢) من تضعيف بعض الأصحاب لهذه الرواية، فالظاهر أنه بالنظر إلى طريق الشيخ^(٣)، لسهل بن زياد الضعيف على المشهور، ولكنها في الكافي^(٤) صحيحة بلا كلام.

ولكن قد يجاب عنها - كما في الجواهر - بقصورها عن المقاومة^(٥).

ولعله لإعراض المشهور عنها.

إلا أنا نحتمل إمكان الجمع بينهما - وإن لم يقل به أحد - بأن الوارد في ذلك الخبر «عشرة دراهم» وفي هذا «ثلاثة آلاف»، ولما كان التفاوت في العشرة قليلاً، فقد أهمله الإمام عليه السلام، وأما الخسارة المترتبة في الثلاثة آلاف فلا يصلح إهمالها.

قال:

وما شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف، ومع الاختلاف ألحق بالقيمي. فتأمل.

(١) وسائل الشيعة ٢٠٦/١٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرقم: ١.

(٢) الحدائق الناضرة ١٤٤/٢٠.

(٣) تهذيب الأحكام ١١٧/٧.

(٤) الكافي ٢٥٢/٥.

(٥) جواهر الكلام ٦٦/٢٥.

أقول:

فصل في ما لم يقم الإجماع على قيمته أو مثليته وتردد بينهما، بأنه مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف يلحق بالمثلي، وذلك، لما ذكره من أن المخصص إن كان مجعلاً مفهوماً، مردداً بين الأقل والأكثر، تقدّم على العام في القدر المتيقن، ويتمسك به فيما زاد عنه، وهنا كذلك، لأن العموم المستفاد من الآية المباركة هو أن كل تالف يضمن بمثله، وقد خصّ بالقيمي، لكن مفهومه مردد، فما قام الإجماع على قيمته يخرج عن العام، وما لم يقم فهو باقي تحته.

وأما مع الاختلاف، فيلحق بالقيمي، ولا يتمسك بالعام، لما تقدّم من أن مقتضى الدليلين اعتبار المماثلة من جميع الجهات، فمع الاختلاف في القيمة تنتفي المثلية ولا وجه للتمسك بالعام، وحينئذ، فإن الوجدان العقلي للمالك يقتضي أن يرضى بالقيمة، وإذا دفعها الضامن تيقن بغراغ ذمته. هذا غاية ما يمكن أن يقال بشرح كلامه.

ولكن يرد عليه فيما لو لم يرض الضامن بذلك، وحصل الترافع بينهما، فما الدليل على الإلحاق بالقيمي؟ بل يرجع الأمر إلى الحاكم. فالحق أن يقال بالإلحاق بالقيمي برضاهما.

وتلخص: إن الآية المباركة في مقام إفادة جواز المقابلة بالمثل، ولا دلالة فيها على الضمان أصلاً.

ولو سلمنا دلالتها على وجوب التدارك في صورة الإنلاف، لكن معنى كلمة «المثل» في العرف عبارة عما يماثل الشيء وجوداً، فإذا توفرت فيه

الخصوصيات الوجودية صدق عليه عنوان «المثل»، والمالية أمر اعتباري عقلائي، ولا علاقة له بمفهوم الكلمة.

الاستدلال بالنصوص

وأما إطلاقات الضمان، وهي كثيرة جداً، كقوله عليه السلام في العارية: «المستعير ضامن»^(١).

وقوله عليه السلام في الوديعة وضعها في دار جاره فضاعت: «هو ضامن لها».

وقوله في الدابة اكترها:

«إن جاز الشرط فهو ضامن،... وإن سقطت في بئر فهو ضامن».

وقوله في القصار....

«كل أجير يعطى... فهو ضامن».

وقوله في النجار:

«فضمّنه أمير المؤمنين».

ومن النصوص في ذلك:

عن داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه شيء فهو ضامن»^(٢).

عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا رهنّت عبداً

(١) تقدمت هذه النصوص سابقاً.

(٢) وسائل الشريعة ١٩/١٥٢، الباب ٣٠ من أبواب الإجارة، الرقم: ١١.

أو دابةً فمات فلا شيء عليك، وإن هتك الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن»^(١).
 عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السّلام وعن الحسين بن خالد عن أبي الحسن الرضا عليه السّلام وعن صباح الحذاء وعن إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم موسى عليه السّلام: «في الرّجل يأتي البهيمة فقالوا جميعاً: إن كانت البهيمة للفاعل ذبحت، فإذا ماتت أحرقت بالنار ولم يستفّع بها، وضرب هو خمسة وعشرين سوطاً ربع حدّ الزّاني، وإن لم تكن البهيمة له قومت وأخذ ثمنها منه ودفع إلى صاحبها وذبحت وأحرقت بالنار ولم يستفّع بها وضرب خمسة وعشرين سوطاً، فقلت: وما ذنب البهيمة؟ فقال: لا ذنب لها، ولكن رسول الله صلى الله عليه وآله فعل هذا وأمر به، لكيلا يجتزئ الناس بالبهايم وينقطع النّسل»^(٢).

عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: «سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه فقال: إن ذلك فساد على أصحابه (فلا يستطيعون) بيعه ولا مؤاجرته فقال: يقوم قيمة فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، وإنما جعل ذلك عليه لما أفسده»^(٣).

عن أبي ولّاد عن أبي عبدالله عليه السّلام: «قيمة بغلي يوم خالفته»^(٤).
 علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام قال: «سألته عن بختي مغتلم قتل رجلاً فقام أخو المقتول فعقر البختي وقتله، ما

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٨٨، الباب ٥ من أبواب الرهن، الرّقم: ٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٥٧، الباب ١ من أبواب نكاح البهايم، الرّقم: ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٦، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرّقم: ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٩ / ١١٩، وسيأتي نصّه الكامل في موضعه من الكتاب.

حاله؟ قال: على صاحب البختي دية المقتول، ولصاحب البختي ثمنه على الذي عقر بختيه»^(١).

عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن، ف قيل: يا أمير المؤمنين، لا يدري سفرة مسلم أو سفرة مجوسي؟ فقال: هم في سعة حتى يعلموا»^(٢).

ثم إن المائنة على أنحاء:

منها: أن يكون الشيء في ذاته ثميناً كالجواهر.

ومنها: أن تكون المائنة بحسب القلّة والندرة، كالفاكهة في بداية موسمها.

ومنها: أن يكون تفاوت المائنة بحسب الزّمان، كالملابس الشتوية، فإنها في فصل الشتاء أغلى منها في فصل الصيف، وكذا بالعكس.

ومنها: أن تكون متفاوتة بحسب البلاد، فيكون الثوب مثلاً في مكان أغلى منه في غيره.

ومنها: أن يكون بحسب كونه جديداً أو عتيقاً.

ومنها: أن يكون بحسب الجودة وعدمها.

(١) وسائل الشريعة ٢٩ / ٢٥١، الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان، الرّقم: ٤.

(٢) وسائل الشريعة ٢٥ / ٤٦٨، الباب ٢٣ من أبواب اللقطة، الرّقم: ١.

فلتفاوت القيم أنحاء كثيرة... وعلى الضامن تدارك الخسارة، ويدلّ جماعهم على أنّ المثلي بالمثل على وجوب تدارك المالية في ضمن المثل، والمثلي ما كان له ما يساويه في الإندراج تحت جامع واحد ويساويه في الماليّة ويكون له الغلبة في الوجود.

وأما إذا لم يكن للشيء مثل أو كان نادر الوجود، فالمتفاهم عرفاً دفع الثمن، وهو المتمخّض في الماليّة، وهو الدرهم والدينار.

وأما لو وجد المماثل لكنّ القيمة متفاوتة بحسب الزمان أو المكان، فالواجب دفع القيمة أو المثل مع تدارك التفاوت.

فهذا مقتضى أدلة الضمان، وهي الدليل الوحيد على الوجوب، وهو موكل إلى نظر العرف، وليس نظره إلّا ما ذكرناه [١].

[١] أقول: لقد أجاد فيما أفاد، وقد وفا المقام حقّه بالدقّة في الأدلّة وأتى بما هو فوق المراد، فبيّن حقيقة المثلي والقيمة، وفصل الكلام في مقتضى الأصل، وذكر حقّ المطلب في الاستدلال لما ذهب إليه المشهور من أن ضمان المثلي والقيمي بالقيمة. وقد استدلّ بوجوه أخرى:

منها: النبوي المشهور: على اليد ما أخذت... بتقريب أن المستفاد منه أنّ كلّ ما وقع تحت اليد فهو مضمون، وعلى الضامن أداء ما هو الأقرب إليه، ومن الواضح أنّ الأقرب في المثليات هو المثل وفي القيميّات هو القيمة.

وفيه: إن ظاهر الحديث هو أنّ الشيء المأخوذ في ذمّة الأخذ على يؤدّيه بأن يرجعه إلى مالكه ما دام الشيء موجوداً، وألاّ وجب أداء ما هو الأقرب إليه من جهة الخصوصيّات، لكونها مستقرّة في ذمّة الأخذ كذلك، ولا شك عند أهل العرف في أنّ

الأقرب هو المثل سواء في المثليات والقيميّات، ولو تعدّر المثل في القيمي وصلت النوبة إلى القيمة فيه، فالحديث غير دالّ على ما ذهب إليه المشهور.

وإنما نهتمّ بدلالة الحديث بناءً على الاعتناء سنداً لاشتهاره بين الأصحاب وإلا فيكفي في الجواب عن الاستدلال به ضعف سنده.

ومنها: أدلة احترام مال المسلم وأن حرمة كحرمة دمه.

ولكن لا وجه للاستدلال بها هنا، لعدم ظهورها في الضمان، ولو سلّم، فغاية ما تدلّ عليه هو ثبوت الضمان.

ومنها: الأخبار في شراء الأمة المسروقة المذكور بعضها سابقاً.

وفيه: إن غاية ما تدلّ عليه ثبوت الضمان، أمّا الضمان بأيّ شيء فلا دلالة فيها عليه.

ومنها: السيرة العقلانية، وقد اعتمده في المصباح^(١) لأن العقلاء متفقون على أن الإنسان إذا أخذ مال غيره ووضع يده عليه بغير سبب شرعي ضمنه بجميع خصوصياته الشخصية والمالية والنوعية، وأنه لا يخرج عن عهده إلا برّد عينه إلى مالكه، فإذا تلفت العين وجب على الضامن ردّ ما هو أقرب إليها، ومن الواضح أن الأقرب إلى العين التالفة إنما هو المثل في المثلي والقيمة في القيمي، وعلى هذا فلا يكتفي برّد أحدهما في موضع الآخر إلا برضا المالك، وهذا هو المرتكز في أذهان العقلاء.

لكن الملاحظ عليه: الظاهر أنه ليس من سيرة العقلاء دفع القيمة في القيمي حتى مع التمكن من دفع مثله، فهم يدفعون المثل في المثلي والقيمي بلا فرق، ولا ينتقلون

(١) مصباح الفقاعة ٣/ ١٥٠.

إلى القيمة إذا تمكنا من تسليم مثل التالف القيمي، لأنه مع تسليمه فقد سلم خصوصية المائنة وخصوصية النوعية، أما لو سلم القيمة فقد سلم خصوصية واحدة، وعند دوران الأمر لا يتردد العقلاء في تسليم ذي الخصوصيتين لكونه هو الأقرب إلى التالف.

ومنها: آية الاعتداء. وقد تكلم السيد الجذ على الاستدلال بها.

وانتهى رحمه الله إلى الاستدلال بالنصوص مع الأخذ بنظر العرف، وتبعه بعض مشايخنا دام بقاءه - بعد الرد على سائر الوجوه - فأورد النصوص من كتاب الرهن^(١):

عن أبي قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام: يترادان الفضل. فقال: كان علي يقول ذلك. قلت: كيف يترادان؟ فقال: إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب، رد المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يسوى، رد الرهن ما نقص من حق المرتهن».

وعن إسحاق بن عمار قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم - وهو يساوي ثلاثمائة درهم - فيهلك، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم؟

قال: نعم، لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضعية: قلت: فهلك نصف الرهن. قال: حساب ذلك. قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم».

وعن ابن بكير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرهن، فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدى الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن، أدى إليه صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء».

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٣٩٠، الباب ٧ من أبواب الرهن.

وعن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك، أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان الرهن أقل من ماله فهلك الرهن، أدى إلى صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن يسوى ما رهنه، فليس عليه شيء».

وجه الاستدلال: إن هذه النصوص، إما موردها مطلق يعمُّ المثلي، فتدلُّ على وجوب القيمة في المثلي أيضاً، فتخصّص بالاجماع القائم على المثل في المثلي، وإن كان موردها خصوص القيمي - كما قيل - أي سواء وجد مثله أو لا، فترفع اليد عن هذا الإطلاق بالاجماع ولا يعاب بخلاف الإسكافي.

السابع*

حكم ما لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمنه

قال الشيخ:

ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد. انتهى.

أقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل... فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف... ووجهه: عموم النص والفتوى بوجوب المثل في المثلي.

ويؤيده: فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربما احتل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية، كالماء على الشاطئ والتلج في الشتاء.

١ - كثرة الثمن بسبب زيادة القيمة السوقية

أقول:

لقد استدلّ الشيخ لوجوب الشراء في صورة زيادة القيمة السوقية - ولو بأضعاف قيمة التلف يوم تلفه - بوجهين:

الأول: الإجماع، قال الشيخ في الخلاف: لو غصب ما له مثل، كالحبوب

والأدهان فعليه مثل ما تلف في يده، يشتريه بأي ثمن كان، بلا خلاف^(١).

وفي المبسوط: يشتريه بأي ثمن كان إجماعاً^(٢).

لكن معقد هذا الإجماع هو «العصب» وبحثنا في المأخوذ بالعقد الفاسد، فلا يتم الاستدلال به، إلا بالنظر إلى كلام ابن إدريس حيث قال في المأخوذ بالعقد الفاسد: «إنه يجري مجرى العصب عند المحصلين من أصحابنا»^(٣).

والثاني: عموم النص والفتوى.

ثم أيد ذلك بالأولوية من حكمهم بدفع المثل في صورة تنزل القيمة، إذ الضابط هو المثلية، وإذا كانت المثلية مع التنزل محفوظة، فهي مع الزيادة محفوظة بالأولوية، لأنها في هذه الصورة موجودة مع زيادة.

٢ - كثرة الثمن بسبب عدم وجدانه إلا عند من يعطيه بالأزيد

قال:

وأما إن كانت لأجل تعدد المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس... فالظاهر أن هذا هو المراد بعبارة القواعد... ولكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء... لعين ما ذكر في الصورة الأولى.

فذكر للقول بعدم الضمان في هذه الصورة وأنه ينتقل إلى القيمة

وجهين:

(١) الخلاف ٣/ ٤١٥.

(٢) المبسوط ٣/ ١٠٣.

(٣) السرائر ٢/ ٢٨٥.

أحدهما: إنَّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم.
والثاني: إنَّ الحكم بوجوب شراؤه بأضعاف القيمة ضروري.
ثم حكم مع ذلك بوجوب الشراء، مستنداً بالإجماع وعموم النص
والفتوى، فلا فرق بين الصورتين.

النظر في كلام الشيخ في الصورتين

أقول:

وفيما أفاده نظر من جهات:

أما استدلاله بالإجماع في الصورة الاولى، ففيه:

أولاً: إنَّ الإجماع في المسائل الإجتهدية غير كاشف عن رأي المعصوم.
وثانياً: إنَّ «لا خلاف» لا يصدق عليه «الإجماع».

وثالثاً: إنَّ معقد إجماع الشيخ هو الغصب، وقد ذكرنا أنَّ في الأخذ بالبيع
الفاسد أربعة وجوه، ولا يصدق الغصب إلا في الرابع منها، وهو ما إذا كان
البائع جاهلاً بالفساد والمشتري عالماً به؛ فدعوى الإجماع في الغصب - لو
تمت - لا ربط لها بما نحن فيه على إطلاقه.

ورابعاً: إنه لو أريد تتميم الاستدلال بالإجماع بكلام ابن إدريس - كما

سبق -.

ففيه - بعد تسليم أن قوله «عند المحصلين» يجري مجرى الإجماع - أنَّ
الإجماع دليل لبي، والقدر المتيقن من هذه الدعوى هو: أن المأخوذ بالعقد
الفاسد بمنزلة المغصوب في عدم جواز التصرف.

وأما الاستدلال فيها بعموم النص والفتوى، ففيه:

أما الفتوى، فلا يستدل بها في مسألة من المسائل، كما لا يخفى.

وأما النص، فليس في شيء من نصوص الضمان تعرض للمثل أصلاً، وتبقى الآية المباركة ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١)، وقد تكلمنا عليها بالتفصيل، وحاصله عدم صحة الاستدلال بها لضمان المثل أبداً.

وتلخص: عدم الدليل على ضمان المثل في الصورة الأولى.

وأما تأييد ذلك بالفحوى على ما ذكرنا في تقريبه [١]، ففيه:

إنه ليس الكلام في صدق عنوان المماثلة مع زيادة القيمة السوقية، إذ

[١] وأما القول بأن الوجه لهذه الفحوى هو: أن كل حكم ثبت مع وجود المزاحم له فهو ثابت مع عدمه بالأولوية، وما نحن فيه من هذا القبيل، لأنه في صورة التنزل يقع التزام بين حفظ الخصوصيات النوعية والصنفية وحفظ المالية، فلا بد من رفع اليد عن أحد الطرفين، لكن الشارع حكم بوجوب حفظ الخصوصيات مع وجود المزاحم وهو تنزل القيمة، فكان الواجب دفع المثل وإن نقصت قيمته، فمع ترقى القيمة وعدم المزاحم يكون الواجب حفظ المثلية وعليه دفعه بالأولوية القطعية.

وهذا ما ذكره شيخنا الاستاذ دام بقاءه في مجلس الدرس معتبراً إيّاه وجهاً آخر.

فالظاهر إنه يرجع إلى ما ذكره السيد الجذّ طاب ثراه، غير أنه أوضح معنى ضابطية حفظ المثلية وشرح كونها محفوظة مع تنزل القيمة. فتدبر.

لا ريب في ذلك، بل هو في أنه إذا زادت القيمة السوقية للمثل، فهل يجب شراؤه أولاً؟ وأي ربط لحكمهم بجواز دفع الضامن للمثل إذا تنزلت قيمته وأنه ليس للمالك إلزامه بدفع التفاوت، بمسألة ما إذا زادت قيمته في السوق؟ إنه لا ربط لتلك المسألة بمسألة الزيادة، فضلاً عن الأولوية؟

والحاصل: إن جواز الإكتفاء بدفع المثل إذا نقصت قيمته مسألة، ووجوب شراؤه إذا زادت قيمته أو عدم وجوبه مسألة أخرى. فسقط التأييد كذلك.

لقد تقدّم منا أن المتبع هو الفهم العرفي في كل مورد أو كل الشارع فهم موضوع حكمه إلى العرف، وهذه الكبرى منطبقة على الروايات المتواترة في الضمان بمشتقاته، لأنه لم يرد فيها أي بيان للمراد من «الضمان»، فكان المرتكز عند العرف من هذا اللفظ هو المراد، وقد ذكرنا أن الضمان في اللغة والعرف هو الكفالة، وعليه، فالمتلف كفيل وعهدته مشغولة بإرجاع المتلف إلى صاحبه، فإن كان له مثل وجب عليه دفعه، لأن إعطائه بمثابه إرجاع التالف، وإن لم يكن له مماثل، وجب دفع قيمته.

فقولهم: المثل في المثلي والقيمة في القيمي، متخذ من الفهم العرفي للفظ الضمان الوارد في النصوص والموكول فهمه إلى أهل العرف، وقد بينا معنى «المثل» و«القيمة» أيضاً.

وعليه: فإن الواجب على الضامن حيث يتمكن من «المثل» دفعه، سواء زادت قيمته أو نقصت، وهذا هو الصحيح في الاستدلال في كلتا المسألتين. فإن قلت: الحكم بوجوب شراء المثل بأضعاف قيمته يوم تلفه،

ضرري، فهو منفي بقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

قلت:

أولاً: إنه ينتقض بمورد نقصان القيمة، فإن تجويز دفع المثل في هذه الحالة ضرر على المالك، فتنتفي القاعدة.

وثانياً: إن قاعدة نفي الضرر بمنزلة الشارح للأحكام الأولية، والضرر مانع عن ثبوت الحكم، أما إذا كان الضرر هو المقتضي للحكم، فمثله لا يرتفع بالقاعدة، ولذا يرتفع بها الوضوء الضرري ولا يرتفع بها الزكاة والجهاد ونحوهما... وما نحن فيه من هذا القبيل لا من ذلك [١].

[١] أقول: وما ذكره طاب ثراه هو الصحيح في وجه عدم جريان القاعدة هنا، لا ما ذكره السيد رحمه الله بقوله: «قاعدة لا ضرر غير معمول بها في أمثال المقام، فبناءً على حاجتها إلى الجابر لا يجوز الرجوع إليها في المقام، ألا ترى أنهم لم يحكموا بالضمان فيما لو منعه عن بيع ماله في حال وجود المشتري بالزائد، وكذا لو حبسه عن الكسب، نعم، في حبس العبد ضامن، لأن منافع العبد مال، فيكون من باب التلف. وهكذا في نظائر ذلك»^(١).

وحاصل كلامه أن القاعدة إنما لا تجري هنا بسبب وهن دلالتها لكثرة التخصيصات الواردة عليها، فجريانها يحتاج إلى الجبر بعمل الأصحاب، وهم لا يعملون بها في أمثال المقام.

لكن السيد الجد طاب ثراه أفاد أن الوجه لعدم جريانها فيما نحن فيه هو أن الضرر

(١) حاشية المكاسب ١ / ٤٧٦.

وهذا كله في الصورة الاولى.

وأما في الصورة الثانية، ففي استدلاله -لوجوب الشراء كذلك - بالإجماع والعموم ما عرفت.

أما عدم جريان قاعدة نفي الضرر هنا في نظر الشيخ، فقد قرّبه المحقق الخراساني بقوله:

«وذلك، لأن ضرر الضامن في الشراء بأزيد من ثمنه، يزاحم بضرر المالك في منعه عما يستحقّه من المثل، فيبقى ما دلّ على الضمان بالمثل بلا مزاحم، وعدم العلم باستحقاقه للمثل شرعاً لا ينافي استحقاقه له عرفاً واعتباراً، وهو كاف في صدق الضرر حقيقة»^(١).

وبعبارة اخرى: إن قوله صلى الله عليه وآله: لا ضرر... حكم امتنانٍ لطبيعي الأمة الإسلامية، وترتب الضرر بسببه على بعض أفراد الأمة خلاف الامتنان ومستلزم للتناقض، لأن الموجبة الجزئية نقيض السالبة الكلية، وفيما نحن فيه، جريان القاعدة بالنسبة إلى الضامن ليرتفع عنه وجوب الشراء، يستلزم الضرر على البائع، وذلك مانع عن جريانها في حق الضامن. وربما يقال في تقريب عدم اعتناء الشيخ بقاعدة لا ضرر: بأن هذه

لازم طبعي للضمان، وفي مثله لا يتمسك بقاعدة نفي الضرر. وبعبارة اخرى: فإن خروج محلّ الكلام عن القاعدة تخصّصي لا تخصيصي حتى يقال بأن كثرة التخصيص أوجبت الإجمال فاحتاج إلى الجبر بعمل الأصحاب.

القاعدة لا تشمل ما نحن فيه، إذ لا ضرر في نفس الشراء، وإنما هو في مقدمته، أعني بذل المال، وهو لا يسري إلى ذي المقدّمة^(١).

والإنصاف عدم تمامية هذا الوجه، لأن ارتفاع وجوب المقدّمة يلازم ارتفاع وجوب ذي المقدّمة، والترخيص فيها ترخيص فيه، فإذا لم يجب بذل المال لم يجب الشراء لا محالة.

وبعبارة أخرى: عدم الشيء تارة: يكون بعدم وجود علته، وأخرى: بارتفاع ما يكون علّة لوجوده، وثالثة: بإيجاد العلة لعدمه. ورابعة بعدم وجود حكمه، إذ عدم الموضوع في عالم التشريع يكون بعدم حكمه لاتحادهما فيه، وخامسة: بعدم وجود المقتضي لوجوده، مثلاً: وجوب الوضوء يقتضي وجود الوضوء خارجاً، فإذا كان الوضوء ضرورياً ارتفع وجوبه وبارتفاعه يرتفع الوضوء نفسه.

وعلى هذا، فإذا كانت مقدّمة الحكم المقتضية لوجوده ضرورية وارتفعت بالقاعدة، فذو المقدّمة - وهو الحكم - يرتفع بارتفاعها، لأنّ المقدّمة سبب لذي المقدّمة، وبارتفاع السبب يرتفع المسبّب.

تحقيق المقام

والتحقيق: إنه إن كان انحصار المثل بالفرد بمثابة كونه معدوماً، فوجوب شرائه ساقط - لأنّ المرتكز من أدلة الضمان الملقاة إلى العرف هو الفرد المتداول من المثل - وينتقل الحكم إلى القيمة، وأما إذا لم يصل إلى تلك المثابة، فالشراء بأي ثمن واجب، لا لعموم النصّ والفتوى كما عليه الشيخ،

(١) راجع: حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني: ٩٨.

بل لما ذكرنا مراراً من إيكال الشارع فهم الضمان إلى العرف، ومن الواضح عند العرف أنَّ الأمر بدفع المثل يقتضي كونه متداولاً وألاً تلزم لغويته، فإذا كان متداولاً وجب شراؤه ولو بأضعاف مضاعفة، ولا أثر لقاعدة نفي الضرر، لا لما ذكرنا، بل للفرق بين مقدمة الواجب التكليفي وبين مقدمة الواجب الوضعي، أمّا في الأول، فإذا كانت المقدمة ضرورية انتفى وجوب ذي المقدمة، وأمّا في الثاني فلا، والضمان من هذا القبيل، وكذا الدين، فإنه يجب أدائه وإن كانت مقدّمة ضرورية، لاستقلال العقل بوجوب الخروج عن العهدة، والقاعدة لا ترفع الحكم العقلي. وكذا الكلام في الكفّارات والديات والملكيّة والنجاسة... إلى غير ذلك.

وتلخص: أنه إذا كان المثل إنمّا يوجد عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس، وهو غير متداول في السوق وكان بمثابة المعدوم، فلا تردّد في الانتقال إلى القيمة، لا لقاعدة لا ضرر، بل لما ذكرنا من ظاهر أدلة الضمان بعد إيكال أمره إلى العرف، وأمّا إذا لم يكن بتلك المثابة، فالشراء واجب، لا لعموم النصّ والفتوى - لما عرفت ما فيه - بل لظاهر أدلة الضمان كذلك، وقاعدة لا ضرر غير مانعة عن ذلك، لا لما ذكر، لما عرفت، ولأنّ رفع الحكم مع بقاء موضوعه يستلزم انفكاك المعلول عن العلّة، وهو محال، وما يلزم منه المحال محال.

وهنا بيان آخر، وهو:

إنه إذا توجه الحكم التكليفي الشرعي إلى طبيعة، كأن قال: الصلاة واجبة، فكان فرد منها ضرورياً، ارتفع الوجوب عن الفرد بقاعدة لا ضرر، فهي في الحقيقة مخصصة مانعة، وأمّا لو كان الحكم متوجّهاً إلى موضوع ضرري

استحال ارتفاعه بالقاعدة، لأنَّ الشيء لا يمنع عن نفسه... وعليه، فلا يعقل أن تكون القاعدة مانعةً عن دفع المثل، لأنَّ ضمان المثل ودفعه ضروري.

حكم ما لو سقط المثل عن المالِية في زمن الدفع

بقي قول الشيخ:

بل ربما احتل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالِية، كالماء على الشاطئ والثلج في الشتاء.

أقول:

فيه خلاف، فعن جماعة: تجب قيمة التَّالف في زمانه أو مكانه، وعن آخرين - ومنهم صاحب الجواهر^(١) - القول بوجوب المثل، لأنَّ مالِية الشيء اعتبارية ولا تدخل ضمن الضمان.

وقد أيد بصحيفة العباس بن صفوان: «سأله معاوية بن سعيد عن رجلٍ استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيَّرت ولا يباع بها شيء، ألصاحب الدراهم الدراهم الأولى...؟ فقال عليه السَّلام: لصاحب الدراهم الدراهم الأولى»^(٢).

وفيه نظر، لأنَّ المالِية نقصت لأنها زائلة. هذا أولاً. وثانياً: إنَّ المالِية منظورة في الضمان، وما لا مالِية له لا ضمان له، وما لا مالِية له لا يخرج به عن الضمان.

(١) جواهر الكلام ٩٩/٣٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠٧/١٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرَّمَق: ٤.

حكم مطالبة المالك بالمثل في بلد التلف وغيره

قال الشيخ:

ثم إنه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل، بين كونه في مكان التلف أو غيره، ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا... وفي السرائر: أنه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة وأصول المذهب. وهو كذلك، لعموم: الناس مسلطون على أموالهم.

هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة، وأما مع تعذره فبأني حكمه.

أقول:

قيل^(١): ليس له المطالبة إلا في بلد التلف، إلا أن يكون بلد المطالبة من البلدان التي نقل العين إليها.

ولعله، لأن الضمان يكون مع العين أين ما كانت، فكما لو كان المالك موجوداً في إحدى البلدان التي نقلت إليها وطالبه بها في ذلك البلد، كان على المشتري ردّ العين، وكان عليه دفع مثلها لو تلفت هناك، كذلك للمالك أن يطالبه بالمثل بقيمة ذاك البلد وإن كان التلف في غيره، إذ يكفي كونه بلد الضمان، كما لو سلم المبيع سلماً في غير بلد المعاملة، وإن كان المنصرف إليه تسليمه فيه.

ولكن مقتضى الأدلة هو جواز المطالبة في أي بلد وإن زادت قيمته فيه على بلد التالف، كإطلاق قاعدة السلطنة، فإن الشيء إذا تلف كان للمالك مثله

في ذمة المتلف، فله أخذه متى شاء وأين شاء، لأن معنى الحديث: أَنَّ النَّاسَ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ فِي أَيِّ زَمَانٍ، وَفِي أَيِّ مَكَانٍ، وَكَذَا بَأَيِّ ثَمَنِ، لِأَنَّ مِمَّا ثَلُ الشَّيْءِ مَا كَانَ مُشْتَرَكاً مَعَهُ فِي الْخُصُوصِيَّاتِ، وَأَمَّا مَالِيَّتُهُ فَأَمْرٌ اِعْتِبَارِي خَارِجٌ. بَلْ يُمْكِنُ اِلِسْتِدْلَالُ لَذَلِكَ بِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَمَنْ اِعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ إِذْ لَا رَيْبَ فِي دَلَالَتِهِ عَلَى جَوَازِ التَّقَاصُّصِ، وَحِينَئِذٍ، فَمُقْتَضَى إِطْلَاقِهِ عَدَمَ الْفَرْقِ بَيْنَ مَكَانٍ أَوْ زَمَانٍ وَآخِرٍ.

الثامن*

أحكام تعذر المثل في المثلي

قال الشيخ:

لو تعذر المثل في المثلي، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك، لأن منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر فوجببت القيمة، جمعاً بين الحَقين، مضافاً إلى قوله تعالى ﴿فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾.

أقول:

قال جماعة بالانتقال إلى القيمة مطلقاً، وفصل الشيخ -والحق معه- بين مطالبة المالك وعدم مطالبته، لأنَّ الوجود الخارجي لا دخل له في المثلية حتى يقال بخروج الشيء عن المثلية إذا تعذر المثل في الخارج.

حكم دفع القيمة مع المطالبة

وقد استدللَّ الشيخ على وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك: بأنه مقتضى الجمع بين الحَقين، وبالأية المباركة.

والتحقيق أن يقال: تارة: يتعذر الشيء إلى الأبد، واخرى: يتعذر في زمانٍ خاص دون غيره، وثالثة: يتعذر في مكانٍ دون غيره. وما في جامع

(*) وهو السادس في كتاب المكاسب.

المقاصد^(١) من أن التعذر أمر عرفي، فغريب، إذ لم ترد الكلمة في نص حتى يقال بالرجوع إلى العرف في مفهومها، ورابعة: يتعذر تحصيل الشيء على الضامن وآل فهو موجود في الخارج، وعجزه عن تحصيله قد يكون فعلاً وقد يكون إلى الأبد.

فإن كان الشيء متعذراً إلى الأبد، أو كان الضامن عاجزاً عن تحصيله كذلك، فلا حق للمالك أن يطالب بالمثل، كما لا حق للضامن أن يستمهل، بل يجب عليه دفع القيمة بمجرد المطالبة.

وإن كان الشيء متعذراً في زمان أو مكان، فطالب المالك بالقيمة، واستمهل الضامن حتى يأتي بالمثل في الزمن اللاحق أو من بلد آخر، فلا مجال لشيء من الوجوه المذكورة.

إذن، ليس وجوب دفع القيمة على إطلاقه.

أما الوجه الأول: فالظلم عبارة عن منع الغير عن حقه، فلا بد أولاً من إثبات حق المطالبة بالقيمة - مع تمكن الضامن من دفع المثل - حتى يكون منعه ظلماً، لكن استحقاق المالك لقيمة التالف أول الكلام، لأن الضامن كان بالمثل، وليس له المطالبة بقيمة المثل، لأنه لم يضمن المالية في عرض الخصوصيات، لأن المالية في طولها، والمفروض هو التمكن من تسليم المثل بخصوصياته، فلا تصل النوبة إلى المالية حتى يجوز له المطالبة بالقيمة.

وأما الوجه الثاني، وهو الاستدلال بالآية، لما ذكره الشيخ بقوله:

فإنَّ الضَّامِنَ إِذَا أُلْزِمَ بِالْقِيَمَةِ مَعَ تَعَدُّرِ الْمَثَلِ لَمْ يَعْتَدِ عَلَيْهِ بِأَزِيدٍ مِمَّا اعْتَدَى.
ففيه: إن كانت الآية تدلّ على الضَّمان، كما تقدّم في الفرع الرابع، كان معناها: أنَّ المعتدي ضامن بمثل ما اعتدى، والمفروض عدم تحقق اعتداء آخر يوجب الضمان بالقيمة، فما وجه الاستدلال بها لضمانها؟ وإن كان معناها: تجويز التقاض، بأن يأخذ المعتدئ عليه كما أخذ المعتدي، فمن الواضح أن مورد التقاض هو صورة الامتناع، والمفروض عدمه من الضَّامن غير أنه يستعمل. هذا أولاً.

وثانياً: مقتضى الاستدلال المذكور جواز المطالبة بالقيمة مع وجود المثل -لأنه لم يعتد عليه بأزيد ممَّا اعتدى- ولا يقول به أحد.
فظهر سقوط وجهي الشَّيخ رحمه الله.

وأضاف السيد^(١) دليلين آخرين:

أحدهما: إنَّ المثل عبارة عن الواجد للخصوصيّات والماليّة، وكلّ ذلك مستقرٌّ في ذمّة الضامن وللمالك المطالبة بذلك كلّ، وحينئذٍ، يجوز له رفع اليد عن الخصوصيّات والمطالبة بخصوص الماليّة، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وآله: النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ.

والآخر: صبر المالك حتى يحصل المثل ضرري، فلا يجوز إلزامه به.
لكنّ ما ذكره سهو من قلمه، لأنّه إذا تلفت العين زالت خصوصيّة الشخصية، وأمّا بقية الخصوصيّات الصنفيّة والنوعيّة، فباقية، والماليّة صفة قائمة بالخصوصيّات لأنّها خصوصيّة في عرضها اشتغلت بها ذمّة الضَّامن

(١) حاشية المكاسب ١ / ٤٨٠.

كذلك، فللمالك المطالبة بالمثل ذي المائتة لا المطالبة بالمائتة، إذ لا معنى لأن يطالب بالصفة دون الموصوف.

وبعبارة أخرى: لم يكن المتلف ضامناً للقيمة -أي الدينار والدرهم- إلى جنب المثل، حتى يكون صاحب المال التالف مالكا لها في ذمة الضامن، وإنما هي أمر اعتباري متعلق بالمثل، فهي لم تكن مورداً لسلطنة المالك حتى يستدل بقاعدة السلطنة.

وأما أن صبره ضرري، ففيه: إنه ليس الصبر ضررياً، ولا أن هنا حكماً شرعياً ضررياً، حتى يرتفع بقاعدة لا ضرر على كلا المسلكين فيها، نعم، عليه أن يصبر، لأجل تعذر المثل، والمفروض عدم استحقاقه للقيمة. إن قلت: عدم إيجاب الشارع لإعطاء القيمة ضرري، لأنه يستلزم الصبر وهو ضرر، فينقلب إلى نقيضه وهو وجوب الإعطاء.

قلت: إن القاعدة ناظرة إلى الأحكام وحاكمة على الأدلة، ولم يكن عدم إيجاب القيمة على الضامن حكماً مجعولاً حتى يرتفع بالقاعدة، بل إنه من ارتفاع الحكم بارتفاع موضوعه [١].

هذا كله في صورة مطالبة المالك.

[١] ولم يهتم السيد الجذ طاب ثراه باستدلال السيد قدس سره بالإجماع، وكأنه لعدم ثبوت الإجماع وعدم كاشفيته عن رأي المعصوم أو الدليل المعبر.

واستدل المحقق الخوئي رحمه الله لوجوب دفع الضامن القيمة إذا طالب المالك فقال:

«لا ينبغي الرب في أن المالك له إلزام الضامن بدفع القيمة، لأن الأوصاف

حكم دفع القيمة مع عدم المطالبة

قال الشيخ:

وأما مع عدم مطالبة المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة، لأن المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبة المالك وجمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة وحق الضامن لعدم تكليفه بالمعذور والمعسور، أما مع عدم المطالبة فلا دليل على

النوعية من حقوق المالك على الضامن، وله رفع اليد عن حقه وإسقاطه بقبول غيره بدلاً عنه، كما أن المبيع إذا كان مشتملاً على أوصاف للمشتري رفع اليد عنها ورضاه بالمبيع الفاقد لها، والسيرة العقلانية تساعد ما ذكرناه، فإنهم يلزمون الضامن بدفع القيمة عند إعواز المثل إذا طالب بها المالك»^(١).

وقد اشتمل كلامه على وجهين:

أحدهما، قوله: لأن الأوصاف النوعية....

والثاني، قوله: والسيرة العقلانية....

أما الأول، ففيه: إنه لا ينبغي الربب فيما ذكره كما قال، لكن المدعى جواز إلزام المالك الضامن بدفع القيمة، وهذا الوجه غير وافي بإثبات المدعى كما لا يخفى.

وأما الثاني، ففيه: إن قيام السيرة العقلانية على ما ذكر في المأخوذ بالبيع الفاسد، غير واضح، نعم، هي قائمة في صورة الغصب، وهي القدر المتيقن منها مع الشك. وعلى الجملة، فالوجه الأول غير تام، والثاني محل إشكال وإن ارتضاه بعض مشايخنا دام بقاءه.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ١٩٢/٢.

سقوط حقه عن المثل.

أقول:

هذا يبتني على المسالك في بدلية القيمة عن المثل في القيميات، فإن كان هو تعذر المثل ولو آنأماً، فالبدلية متحققة، لأن المفروض تعذر المثل، وإن كان هو مقتضى أدلة الضمان الموكول فهمه إلى العرف، فإنه إذا كان التعذر عند العرف موجباً للبدلية، فهو التعذر في جميع الأزمنة، دون التعذر فعلاً، ومع فرض التمكن من المثل في وقت آخر لا ينتقل إلى القيمة، وليس للضامن إلزام المالك بأخذها، والله العالم.

فإن قلت:

إن التعذر عبارة عن عدم إمكان الأداء، واعتبار ثبوت ما لا يمكن أدائه على عهدة الضامن واشتغال ذمته به لغو، وحينئذٍ، ينتقل إلى القيمة، فيجوز للمالك المطالبة بالقيمة وللضامن إلزامه بقبولها مع عدم مطالبتها، فلا يبقى للتفصيل بين صورة المطالبة وعدمها وجه.

قلت:

أولاً: إن الاعتبار الوضعي يغير التكليف، فلو تعذر متعلق التكليف لم يعقل فعلية التكليف، لأن الفعلية عبارة عن التحريك وهو والتحريك متضانفان، ولا ينفك أحدهما عن الآخر، كما أن التحريك والحركة واحد حقيقة، فإذا امتنع أحدهما امتنع الآخر، ولذا قلنا باستحالة الواجب المعلق عقلاً. أما اعتبار الحكم الوضعي فعلاً بلحاظ الأثر المترتب عليه فيما بعد، فلا مانع منه.

وثانياً: قد ذكرنا أنَّ الضَّمان بمعنى الكفالة والكون في العهدة، فهو ضامن للعين التالفة، والمعتبر هو كفالتها، ومن الأحكام الشرعية والعرفية في كفالة المثليات هو أنَّ إعطاء المثل بمنزلة إرجاع العين، فالمشتغل به الدَّمة هو الكفالة لا المثل حتَّى يقال بالانقلاب إلى القيمة بسبب التعذُّر.

وتلخّص:

إنه مع إمكان تحصيل المثل في الزَّمان الآتي أو في مكانٍ غيره، ليس للمالك المطالبة بالقيمة، كما أنه ليس للضَّامن إلزامه بأخذها، اللهمَّ إلَّا إذا تراضيا وتصالحا، فذاك أمر آخر.

هذا كلُّه في المتعذَّر فعلاً الممكن تحصيله فيما بعد.

وأما إن كان متعذِّراً إلى الأبد في جميع الأزمنة والأمكنة، والمفروض تمكُّنه من مالِيَّة العين التالفة، وجب عليه دفع القيمة لقيامها مقام المالِيَّة. وحينئذٍ، يقع البحث في أن الواجب دفع قيمة أيَّ يوم.

قيمة أيَّ يوم يدفع؟

قال الشيخ:

المشهور أنَّ العبرة في قيمة المثل المتعذَّر بقيمته يوم الدفع... ويحتمل اعتبار وقت تعذُّر المثل وهو للحلِّي....

أقول:

إذا تعذَّر المثل بقولٍ مطلقي كما هو المختار أو بالفعل كما عليه الشَّيخ، ووجب دفع القيمة، فهل الواجب دفع قيمة المثل المتعذَّر أو العين التالفة؟

الظاهر هو الثاني، لأنه المضمون، فعليه دفع بدله وهو القيمة، وسيأتي توضيحه.

وقيمة أي يوم؟ يوم يدفع؟ يوم التعذر أو يوم المطالبة أو يوم الأداء أو يوم التلف؟

أما يوم الأداء والدفع، فقد ذكر الشيخ دليله بقوله:
لأن المثل ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان ولا دليل على سقوطه بتعذره....

أما الأول، فقد ذكر الشيخ دليله بقوله:

لأنه وقت الانتقال إلى القيمة.

ثم أشكل عليه فقال:

ويضعفه أنه إن أريد بالانتقال انقلاب ما في الذمة إلى القيمة في ذلك الوقت، فلا دليل عليه. وإن أريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمة إلا بالقيمة، فوجوب الإسقاط بها وإن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا أنه لو أخر الإسقاط بقي المثل في الذمة إلى تحقق الإسقاط، وإسقاطه في كل زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان، وليس في الزمان الثاني مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول.

هذا بناءً على أن عليه قيمة المثل المتعذر.

وأما بناءً على التحقيق من أن عليه دفع قيمة العين التالفة، لا المثل المتعذر، إذ الخسارة إنما وردت على العين، وقد وجب عليه دفع المثل بمناسبة أن دفعه بمنزلة إرجاع العين، فهو في الحقيقة ضامن للعين المقبوضة فكان المثل يتدارك به العين التالفة، وإذا تعذر فضمانه بالنسبة إلى

العين باق، فالواجب عليه دفع القيمة -أي الدينار والدرهم - بدلاً عن مالية العين التالفة - بقيمة يوم التعذر....

وهذا بيان مطلب الشيخ، وإن كانت عبارته مشتبهة، إذ قال:

ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدم سابقاً من الآية ومن أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو: وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل، توجه القول بصيرورة التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل، إذ لا فرق... ما نحن فيه.

وقال المحقق الخراساني معلقاً على قول الشيخ: لأن المثلي ثابت في الذمة: هذا على المشهور من اشتغال الذمة بالمثل. وأما على ما هو ظاهر الأدلة، فلأن العين باقية على العهدة إلى ذلك الزمان، فيكون العبرة بقيمة يوم الدفع لأنها قيمة العين لا المثل^(١).

وتقريبه هو: إن العين الخارجية كانت مركبة من الماهية والوجود، فلما تلفت انعدم وجودها، لكن ماهيتها وهي عبارة عن الكلّي الطبيعي موجودة اعتباراً في ذمة الضامن، وحينئذ يكون مكلفاً بإيجاد المصداق للكلّي وهو المثل، لكون التالف مثلياً، ودفعه إلى المالك حتى يخرج عن العهدة، وهذا اللحظ نقول بأن المثلي يضمن بمثله، لكن المثل متعذر والأمر الاعتباري المذكور لا يزال موجوداً، فلا وجه للقول بتبدله إلى القيمة بسبب تعذر المثل، بل إنه إذا أراد تفريغ ذمته وجب عليه دفع قيمة يوم الأداء.

وتلخص إلى هنا:

أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَيْنِ:

أحدهما: قيمة يوم تعذر المثل، وهو الذي حكاه الشيخ عن جماعة.

والثاني: قيمة يوم الأداء، وهو الذي نسبته إلى المشهور.

وهنا قول ثالث - وهو مقتضى التحقيق - وهو: إن بقاء الشيء اعتباراً في الذمة على الوجه المذكور أمراً لا يقبل الإنكار، ولكن هل هذا هو المستفاد من أدلة الضمان؟ إن مدلول تلك الأدلة - كما تقدّم مراراً - هو كفالة من تلفت العين بيده وكونها في عهده، وأن عليه تفريغ ذمته بأدائها إلى مالِكها، فإن كان لها مماثل حصل التدارك بدفعه، ومع تعذره يستدرك التالف بمالتيه وهي عبارة عن الدرهم والدينار المعبر عنها بالقيمة، فالواجب دفع قيمة التالف يوم تلفه.

وهذا ما يفهمه العرف من أدلة الضمان.

قال الشيخ:

ثم إنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ احْتِمَالَاتٍ أُخَرُ... وحاصل جميع الاحتمالات....

أقول:

وملخص الكلام أنه يحتمل أن يكون الواجب دفع قيمة:

- ١ - يوم قبض المبيع، لكونه مبدء الضمان وضع اليد على الشيء.
- ٢ - يوم التلف، لأنه ما دامت العين موجودة فالواجب إرجاع نفسها، ولمّا تلفت ومثلها متعذر، وجب دفع قيمتها يوم تلفها.

٣- يوم التعذر.

٤- يوم المطالبة.

٥- يوم الأداء.

٦- إن الواجب دفع أعلى القيم من حين القبض إلى يوم الأداء.

٧- من حين القبض إلى يوم المطالبة.

٨- من حين القبض إلى يوم التعذر.

٩- من حين القبض إلى يوم التلف.

وقيمة المثل:

هو أعلى القيم من حين تعذره إلى يوم المطالبة، أو إلى يوم التعذر، أو من حين تعذره إلى يوم التلف أو إلى يوم الأداء؟

وهي احتمالات كثيرة، إلا أنه لا حاجة إلى البحث عنها، بعد أن ذكرنا المهم منها والمختار من بينها، وملخص ذلك:

إن المثل إذا تعذر ينتقل إلى القيمة، إما قيمة المثل نفسه أو قيمة التالف، فمقتضى الاعتبار العقلي وجوب دفع قيمة المثل وإن كان بينها وبين قيمة التالف فرق، وذلك، لأن التالف هو الوجود الخارجي للشيء وماهيته موجودة اعتباراً في الذمة، فيجب عليه الوجود الآخر المماثل للوجود الأول الذي تلف، وإذا تعذر الوجود الثانوي وجب عليه دفع قيمته.

ولكن هذا الاعتبار العقلي تام ثبوتاً، أما إثباتاً، فإن تنزيل أدلة الضمان على هذه الدقة العقلية، غير ممكن، بل ظاهراً أن المثل إنما وجب ليتدارك

به الخسارة الواردة بتلف العين، فإذا تعذر ووجب الإنتقال إلى القيمة، فإن الواجب دفعه هو قيمة التالف.

وبعد هذا، فما هو المراد من التعذر أو الفقد أو الإعواز كما في عباراتهم؟

في المراد من التعذر وإعواز المثل

قال الشيخ:

ثم إن المحكي عن التذكرة أن المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد في البلد وما حوله. وزاد في المسالك قوله... وعن جامع المقاصد... ويمكن أن يقال... نعم، لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد.... أقول:

ظاهر الشيخ أن جامع المقاصد أرجع معنى «الإعواز» إلى العرف، ولا تخفى غرابته، لأن الكلمة لم ترد في نص حتى يرجع في مفهومها إلى العرف، لكن الصحيح أن جامع المقاصد يريد الرجوع إلى العرف في معرفة مفهوم «حوالي البلد» لا في مفهوم «الإعواز»، وهذه عبارته: «واعلم أن المراد من تعذر المثل أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه، كذا ذكر في التذكرة، ولم يحد ما حواليه، والظاهر أن المرجع فيها إلى العرف»^(١).

وعلى الجملة، فهنا قولان: أحدهما: أن المراد هو البلد وما حوله مما ينقل عادةً منه إليه، كما ذكروا في انقطاع السلم فيه، وقد أشار الشهيد الثاني

(١) جامع المقاصد ٦/٢٤٥.

بهذا النظر إلى النصوص في السلم، كقوله عليه السلام: الحلبي سنل أبو عبدالله عن رجلٍ يسلم... فسأل صاحب الحق... قال: لا بأس....

والقدرة المتعارفة عبارة عن القدرة في البلد وما حوله، ونقيض ذلك: عدم القدرة على الشيء في البلد وما حوله.

والإنصاف: عدم تمامية الاستدلال بأخبار السلم لما نحن فيه، إذ الظاهر في السلم هو انصراف العقد إلى الكلّي المقدور عليه في البلد وحواليه، لأن القدرة على التسليم من الشرائط، وهي القدرة المتعارفة المذكورة، ولا ربط لذلك بما نحن فيه.

والثاني: إنه غير محدود بحدّ، لأنّ مورد البحث - كما هو ظاهر كلماتهم - هو التعذّر الموقّت لا التعذّر بقولٍ مطلقٍ، وليس في البين نصّ يدلّ على أن المقصود من «المثل» ما يقع تحت اليد بسهولة ولا مؤنة زائدة، بل مقتضى نصوص الضمان في أنّ على الضامن الخروج عن عهدة الكفالة بدفع المثل النازل بمنزلة التالف، هو وجوب تحصيل المثل في أيّ بلدٍ كان أو في أيّ زمانٍ، كما كان مكلفاً بإرجاع نفس العين إن أخذها إلى بلادٍ نائيةٍ، بلا فرق... وقد تقدّم الجواب عن دعوى مانعية قاعدة نفى الضرر عن ذلك.

والقول الثاني هو المختار.

والحاصل:

إن على الضامن أن يرجع العين إلى صاحبها وإن استلزم المؤونة الكثيرة، بل لو فرض إمكان إعادة المعدوم وجب عليه ذلك، وإن تلفت وجب عليه دفع المثل، وإن تعذّر فهو ضامن للمالّة، وهذا حكم وضعي

يجب عليه الخروج عن عهده.

ثم إن الأحكام الوضعية على أنحاء:

فمنها: ما هو مطلق، كالقرض.

ومنها: ما هو مقيد بقيد، كالحلية في الذبيحة، فإنها مقيدة بأن لا يكون الذابح محرماً، ودية القتل مقيدة بأن يكون شبه العمد، وملكية اللقطة مقيدة بأن لا تكون في الحرم... وهكذا....

فالأحكام الوضعية تجعل تارة على الإطلاق واخرى مقيدة.

فهل ضمان المثل مطلق أو مقيد بقيد القدرة؟ وعلى الثاني: فهل المراد القدرة العقلية، بأن يجب عليه تحصيلها بأي مؤونة، أو القدرة المتعارفة، فلو كان مثل العين التالفة عند شخص لا يبيعه إلا بأضعاف، فلا قدرة على شرائه عند العرف، أو المراد هو المتعارف تحصيله ولو من البلاد البعيدة، أو خصوص القدرة في البلد وما حوله؟

إذن، لابد من تحرير المراد من «التعذر» و«الإعواز» وعدم القدرة على المثل، فنقول:

إن الظاهر المتفاهم عرفاً من أدلة الضمان، هو المقدور بحسب المتعارف ولو من البلاد البعيدة، ويقابله الإعواز والتعذر، ولو شككنا في المراد من القدرة هنا، رجع الشك إلى ضمان الزائد على المقدور عليه بالقدرة المتعارفة، والأصل عدمه، فما كان خارجاً عن ذلك فهو المتعذر، وحينئذ، يتدارك العين التالفة بالقيمة، أي بالدينار والدرهم.

وبهذا يرد الاشكال في كلام الشيخ المذكور سابقاً، إذ قال «يجب تحصيل

المثل بأي ثمن كان» مستدلاً بقاعدة السلطنة، لأن موضوعها كون الشيء مالا للناس، وهذا - حيث يكون متعذراً تحصيله عرفاً - أول الكلام.

هل الاعتبار بقيمة بلد المطالبة أو التلف أو الأعلى منهما؟

قال الشيخ:

ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكنه ولو كان في غير بلد الضمان، وكانت قيمة المثل هناك أزيد.

وأما مع تعذره وكون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة، فهل له المطالبة بأعلى القيمتين أم يتعين قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف؟ وجوه.

وفصل الشيخ في المبسوط....».

أقول:

هذا مبني على قول المشهور أن المثل في المثلي، وأنه إذا تعذر وجب عليه دفع البدل، ولكنه لم يذكر في الوجوه بلد الأداء.

وقبل الورود في البحث، نذكر مقدمتين:

الأولى: إن اشتغال الذمة ليس بضمان، فلو اشترى شيئاً نسيئاً فذمته مشغولة بالثمن، لا أنه ضامن له، وفي بيع السلم تشتغل ذمة البائع بالمبيع وليس بضامن له، لأن الضمان - كما تقدم - كون الشيء على العهدة، فإن كان له وجود خارجاً وجب عليه إرجاعه إلى صاحبه، أو إلى محله كمن أخرج شخصاً من بيته ليلاً فهو ضامن بإرجاعه إلى بيته، وكذا المشتري، فإنه يضمن بدل المبيع ببذله المسمى، أو الواقعي - وهو المثل أو القيمة - إن تلف.

والحاصل: إنَّ الكفالة بإرجاع العين أو بدلها وهي الضمان شيء، واشتغال الذمة شيء آخر. وبعبارة أخرى: إنَّ الضمان يتعلّق بالعين، فما دامت موجودةً ويمكن إرجاعها، وجب عليه الإرجاع، وإن كانت موجودةً ولا يمكن إرجاعها، وجب عليه بدل الحيلولة، وإن كانت تالفَةً وجب عليه دفع المثل إن وجد، وإن تعذّر وجب على دفع قيمة العين التالفة لا قيمة المثل.

الثانية: إنَّ التلف من شئون وجود الشيء، والمماثلة تنسب إلى الوجود ويقال وجودان متماثلان، والتمكّن والتعذّر من أحوال الوجود، وكذا المالمية، وعليه، فإذا تلف الشيء كان الثابت في الذمة اعتباراً هو الماهية، فإن كان لها قابلية الوجود في ضمن فردٍ مشابه للتالف، كان التالف مثلياً وإلا فهو قيمي، فالمعتبر في الذمة ليس هو الوجود الخارجي للمماثل، فلا معنى لأن يُقال بأن المثل في الذمة.

وعلى الجملة، فكل شيء إذا تلف انعدم وجوده، فإن كانت ماهيته الطبيعية قابلةً لأن تصدق على أفرادٍ متشابهة، فالتالف مثلي وإلا فهو قيمي. فظهر: إن القول بأن الإنسان يضمن المثل إذا كان التالف مثلياً باطل، لأن المثل هو الموجود المماثل للتالف، والوجود لا يأتي إلى العهدة والذمة.

وعلى هذا، فلو حصل المثل في الخارج، فلا إشكال في وجوب ردّه وبذلك تبرء الذمة، وأما إذا تعذّر المثل واستقرّ في الذمة قيمة التالف، فإن كان التلف في وقت الرخص وجب عليه قيمة ذلك الوقت، وإن كان في وقت الغلاء، وجب عليه قيمة ذلك الوقت، وإن كان في وقت متوسط بين الرخص

والغلاء، وجب عليه قيمة ذلك الوقت.

وبهذا تعرف: أن لا موضوع للوجوه المذكورة أصلاً.

وكذا الكلام في أجره المثل، فلو جلس في دار غيره غصباً، لم ينظر إلى بلد المطالبة أو التلف وغير ذلك، بل ينظر إلى الوقت الذي وقع فيه الغصب وما كان يحصل عليه صاحب الدار لو أجرها في ذلك الوقت.

وكل ذلك لأن الذي يكون على الذمة هو بدل التالف مثلاً أو قيمة، فإذا تعذر المثل وجب دفع قيمة التالف، فإن ذلك هو المخرج عن عهدة الخسارة الواردة على المالك.

حكم ما لو سقط المثل عن المايّة

قال الشيخ:

بقي الكلام في أنه هل يعدّ من تعذر المثل خروجه عن القيمة، كالماء على الشاطئ إذا أتلّفه في مفازة والجمد في الشتاء إذا أتلّفه في الصيف، أم لا؟ الأقوى بل المتعين: هو الأول....

أقول:

قد ذكرنا أن المضمون هو العين إذا تلفت، وقوام معنى الضمان هو التعهّد بتدارك الخسارة المائيّة، وأنّ المعتمد ثبوته في الذمة هو الماهيّة القابلة للصدق على مماثل التالف - لا العين الخارجيّة ولا مثل العين، إذ لا معنى لاعتبار الوجود الخارجي بخارجيّة - وهي المراد من المثل، فالمثلي ما إذا تلف يعتبر في الذمة ماهيّة التي لها مصداق في الخارج، وذلك المصداق

مماثل للتالف، ونحن، وإن قلنا في البحوث السابقة بأنه يجوز عقلاً اعتبار ثبوت الماهية في الذمة وأنه يجب دفع المصداق الخارجي، لكننا ذكرنا أن هذا الأمر العقلي مما لا يتنبه له أهل العرف الذين أُلقيت إليهم نصوص الضمان وهم المخاطبون فيها.

فعلى مسلكنا المزبور - وهو الصحيح - لا مناص من الحكم بوجوب دفع القيمة في مسألتنا، لأن ما لا مالية له لا يتدارك به المال، فلا بد من دفع القيمة، وسيأتي بيان ما يجب دفعه.

وربما يظهر من صاحب الجواهر^(١) الميل إلى كفاية دفع المثل وإن كان ساقطاً عن المالية، لوجوه:

أحدها: إنه قد تقرر عند المشهور أن المثلي بالمثل، فإذا دفعه خرج عن العهدة وإن كان خارجاً عن القيمة، فهو كما لو اشترى عيناً بالبيع الفاسد أو غصبها، فكانت حين الرد إلى مالكةا خارجة عن القيمة، حيث لا إشكال في خروجه عن العهدة بردها إليه كذلك.

والثاني: إن المثل الذي يضمه الضامن هو المماثل للتالف في الذات والصفات، وأما ماليته فلم تكن مضمونة، ولذا يكون دفع المثل مبرراً للذمة وإن كانت قيمته أقل قيمة التالف. وأيضاً: يجب عليه دفعه وإن كانت قيمته أكثر، ولا يجوز له مطالبة الفرق من المالك، فلو كانت مالية التالف مضمونة لطالب المالك بالفرق في الفرض الأول والضامن في الفرض الثاني.

والثالث: ما رواه معاوية بن سعيد في الصحيح: «عن رجلٍ استقرض

(١) جواهر الكلام ٩٩/٣٧

دراهم من رجلٍ وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت، ولا يباع بها شيء،
 لأصاحب الدراهم الأولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال: عليه
 السلام: لأصاحب الدراهم الدراهم الأولى^(١).

فقوله: «سقطت أو تغيّرت» والسقوط المقابل للتغيّر عبارة عن السقوط
 عن المائيّة بالكلّيّة، دليلٌ على أن الواجب دفع المثل وإن خرج عن القيمة،
 والدراهم من المثليات.

والرابع: إنه على فرض الشك في بقاء المثل على الذمة بسقوطه عن
 القيمة يستصحب بقاؤه ويكون إعطاؤه موجباً لفرغ الذمة.

لكن الإنصاف عدم إمكان المساعدة على ذلك، لأنّا لو سلّمنا اشتغال
 الذمة بالمثل، فإنه لا موضوعيّة للمثل، وإنما اشتغلت الذمة به لأجل أن
 يتدارك به المال التالف، ولا معنى لأن يتدارك بما لا مائيّة له، فإذا لم
 يكون مثلاً ذا مائيّة حتّى يحصل به التدارك.

وقياس ما نحن فيه بالمبيع بالبيع الفاسد الموجود فعلاً أو المفصوب،
 في غير محلّه، لأن الضمان هناك ضمان اليد، وعلى اليد ما أخذت حتى
 تؤدّي، فعليه أداء العين المفروضة بقاؤها، سواء كانت باقية على قيمتها أو
 زادت أو نقصت، والضمان فيما نحن فيه ضمان الإتلاف والواجب فيه
 الخروج عن عهدة الخسارة.

وهذا جواب الوجه الأوّل.

وأما الثاني ففيه: إنه قد اشتغلت الذمة بالمثل على وجه الطريقيّة لأداء

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٧، باب حكم من كان له على غيره دراهم... إلخ.

الخسارة لا الموضوعية، وإذا سقط عن المالية لم يتحقق بدفعه تدارك
الخسارة، إذ لا يتدارك المال إلا بالمال.

وقياس ما نحن فيه بصورة نزول القيمة أو صعودها، في غير محلّه
كذلك، لأنّ التدارك في هذه الصورة حاصلٌ لمالية المثل، بخلاف مسألتنا
حيث لا مالية للمثل أصلاً.

وأما الصحيحة، فالمراد من «السقوط» فيها هو الخروج عن الزواج في
السوق، لأنّ الدراهم لا تسقط عن المالية، فسقط الاستدلال بها للمقام.

على أنّ الموضوع في الصحيحة هو القرض، ولا ريب في وجوب
إرجاع الشيء المقرض إذا كان باقياً، سواءً نقصت قيمته أو زادت، ولذا
يمكن القول بأنه لو اقترض ماءً جاز له أداؤه على شاطئ البحر، لكنّ الكلام
هنا في الضمان وتدارك الخسارة، فإنه لا يحصل بما لا مالية له.

وبما ذكرنا يظهر أنّ لا مجال للشك، نعم، لو وصلت النوبة إليه لكان
المحكّم هو الاستصحاب كما ذكر.

هذا كله في أصل المسألة.

قال الشيخ:

والمصرّح به في محكّي التذكرة والإيضاح والدروس: قيمة المثل في تلك
المفازة، ويحتمل آخر مكان أو زمان سقوط المثل عن المالية.

أقول:

إنّ كان الضمان هو ضمان العين وأنّ الواجب هو الخروج، عن العهدة

بالنسبة إليها كما هو المختار، وجب دفع قيمة المثل في المغازة إذا أُتلف الماء فيها، وقيمة الجمد إذا أُتلفه في الصَّيف. وإنْ كان المثل في الذِّمَّة كما عليه المشهور، فالمتعین هو آخر مكانٍ أو زمان سقط المثل فيه عن المالِية، والله العالم.

فروع

قال الشيخ:

لو دفع القيمة في المثلي المتعذر مثله ثم تمكن من المثل، فالظاهر عدم عود المثل في ذمته... هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز. وأما على القول بسقوطه وانقلابه قيمياً....

أقول:

ملخص كلامه: إن لإعطاء القيمة أنحاء:

تارة: المثل باق على الذمة، فلا انقلاب إلى القيمة مطلقاً.

واخرى: انقلاب العين التالفة إلى القيمة.

وثالثة: انقلاب المثل المتعذر إلى القيمة.

أما على الأول، حيث أن المثل باق على الذمة إلى حين المطالبة أو الأداء، غير أن المالك لا يصبر ويرضى بالقيمة، فتقع المعاوضة قهراً بين المثل والقيمة، وإذا تحققت المعاوضة سقط المثل عن الذمة وآلا يلزم الجمع بين البديل والمبدل، وإذا سقط فلا يعود.

وأما على الثاني، فأولى بالسقوط، لأن المدفوع نفس ما في الذمة.

وأما على الثالث، فيحتمل وجوب المثل عند وجوده، لأن القيمة المدفوعة بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي أن حكمه عود البديل عند انتفاء الحيلولة.

لكنَّ المهمَّ هو نصوص الضَّمان، وقد قلنا أنها منزلة على المتفاهم العرفي، وأهل العرف يفهمون من الضَّمان وجوب التدارك، فإنَّ كان المثل متمكناً منه عادةً فهو، وإلا فالقيمة، قيمة العين التالفة في زمن التلف، وعليه، فإذا دفع القيمة كذلك حصل التدارك وخرج عن العهدة، وكذا لو رضي المالك بالقيمة مع عدم تعذُّر المثل.

ويبقى الكلام في النحو الثالث، فنقول:

إنَّ «الضمان» يتحقق بالأطراف الأربعة: العين المضمونة، والضَّامن، والمضمون له، وما به يتدارك الضمان، وبدل الحيلولة بدلاً عن العين المضمونة، إذ به يتدارك سلطنة المالك على ملكه، وفيما نحن فيه بناءً على كون المثل في الذمة، وأنَّه بتعذُّره ينزل منزلة التلف يصير قيمياً -نقول: إنَّ المثل هو ما به يتدارك الضمان، وليس هو المضمون، وحينئذٍ لا معنى لبدل الحيلولة.

فظهر أنَّ الحقَّ في جميع الصُّور عدم عود المثل إلى الذمة.

المحتويات

مقدمة في خصوص ألفاظ المعاملات

٩	في أن المعاطاة بيع
١١	في كفاية الإشارة من الأخرس
١٢	بحث مع المحقق الإيرواني
١٧	موجز الكلام في الأحكام الوضعية
٢٥	هل تكفي الكتابة عن الإشارة؟
٢٧	الخصوصيات المعتبرة في ألفاظ العقود
٢٧	هل يقع العقد باللفظ الكتاني؟
٣١	النظر في أدلة القول بالمنع
٣٥	الأقوال في ألفاظ العقد من حيث الكناية والمجاز والإشترك
٣٧	المختار في المسألة
٣٨	نقد الأقوال الاخرى
٤٤	تفصيل الميرزا النائيني
٤٦	الجواب عنه

في ألفاظ الإيجاب والقبول

- الإيجاب بلفظ بعث ٥٤
- الإيجاب بلفظ شريت ٥٨
- الإيجاب بلفظ ملكت ٦٠
- الإيجاب بلفظ اشتريت ٦٤
- القبول بلفظ قبلت ونحوه ٦٦
- القبول بلفظ أمضيت ونحوه ٦٧
- فسر:
- حكم ما لو أوقعا العقد بلفظ مشترك ثم اختلفا ٦٩

مسألة اعتبار العربية

- أدلة القول باعتبار العربية ٧٢
- النظر في أدلة الاعتبار ٧٢
- هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادّة والهيئة؟ ٧٦
- هل يعتبر عربيّة جميع أجزاء الإيجاب والقبول؟ ٧٧
- هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ؟ ٧٨

مسألة اعتبار الماضويّة

- دليل القول باعتبار الماضوية ٨٠
- دليل القول بعدم الاعتبار ٨٤

مسألة لزوم تقديم الإيجاب على القبول

- دليل القول بلزوم التقديم ٨٧

٨٩	دليل القول بعدم لزوم التقديم
٩٠	التفصيل بين ألفاظ القبول
٩٥	بحث مع المحقق النائيني
٩٨	المختار في المقام
٩٨	الكلام في تقدّم القبول بلفظ الأمر
١٠١	الكلام في تقدم القبول بلفظ اشتريت ونحوه
١٠٦	حكم تقدّم القبول في العقود الأخرى

مسألة الموالة بين الإيجاب والقبول

١١٣	كلام الشهيد الأول
١١٦	رأي المحقق النائيني
١١٩	النظر فيه
١٢٠	رأي المحقق الإيرواني والنظر فيه
١٢٣	رأي المحقق الإصفهاني

مسألة التنجيز في العقد

١٢٥	في أنحاء التعليق
	أدلة اعتبار التنجيز:
١٢٧	الأول: لا يعقل التعليق في الإنشاء
١٢٩	الثاني: الإجماع على التنجيز
١٣٠	الثالث: العقد المتضمن للتعليق لا تشمل آية الوفاء بالعقود
١٣٢	الرابع: التعليق ينافي بالجزم
١٣٣	الخامس: التعليق عبارة عن التقييد وهو لا يتأثى في المعاني الجزئية

السادس: التعليق غير متعارف فلا تشمل الأداة..... ١٣٤

مسألة لزوم التطابق بين الإيجاب والقبول

تحاء التطابق:

التطابق في ماهية المعاملة..... ١٤٠

التطابق بين المتعاقدين..... ١٤٠

التطابق في العوضين..... ١٤١

التطابق في الخصوصيات..... ١٤٢

مسألة وقوع كل من الإيجاب والقبول

في حال يجوز لكل منهما الإنشاء

وجه هذا الاشتراط..... ١٥٠

الجواب عن انتقاضه بالوصية..... ١٥١

الجواب عن انتقاضه بجواز لحوق الرضا لبيع المكره..... ١٥٢

تحقيق المقام..... ١٥٥

فرع:

حكم ما لو اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة..... ١٥٩

فيه ثلاثة وجوه..... ١٦٠

كلام المحققين الخراساني والإصفهاني..... ١٦١

تحقيق المقام..... ١٦٦

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

الحكم الأول: عدم المملوكية..... ١٧٣

- الحكم الثاني: عدم جواز التصرف فيه ١٧٤
- الحكم الثالث: كونه مضموناً ١٧٤

أدلة ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد

- الدليل الأول: الحديث: على اليد ما أخذت ١٧٥
- الكلام في سنده ١٧٥
- الكلام في دلالة ١٧٦
- الدليل الثاني: الأخبار الواردة في الأمة المسروقة ١٨٠
- الإشكال في الاستدلال بتلك النصوص ١٨١
- الإشكال في الاستدلال بقاعدة لا ضرر وغيرها ١٨٥
- الدليل على الضمان هو الإجماع ١٨٥

الدليل الثالث:

قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

- المراد بالعقد في هذه القاعدة ١٩٠
- المراد بالضمان ١٩١
- بيان عموم القاعدة ١٩٦
- معنى «الباء» في القاعدة ٢٠٠
- الكلام في مدرك القاعدة ٢٠٢
- ١ - الإجماع ٢٠٣
- ٢ - قاعدة الإقدام ٢٠٣
- ٣ - قاعدة اليد ٢٠٧

٢٠٨	٤ - قاعدة السلطنة
٢١١	٥ - قاعدة الاحترام
٢١٣	٦ - الأخبار في أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه
٢١٥	٧ - الأخبار في أنه لا يصلح ذهاب حق أحد
٢١٧	٨ - قاعدة لا ضرر
٢٢٠	الكلام في الأعمال التي لا يرجع نفعها إلى الضامن
٢٢٢	هل يفرق في الضمان بين علم الدافع وجهله؟
٢٢٤	الكلام في عكس القاعدة
٢٢٥	الخلاف في ضمان العين المستأجرة
٢٣١	من موارد الإشكال في أطراف القاعدة:
٢٣٢	١ - الصيد الذي استعاره المحرم
٢٣٤	جهات البحث في المسألة
٢٣٩	٢ - المنافع غير المستوفاة في البيع الفاسد
٢٤٢	التحقيق في المقام
٢٤٣	٣ - حمل المبيع فاسداً
٢٤٣	الصحيح هو التفصيل
٢٤٥	٤ - الشركة الفاسدة
٢٤٦	التحقيق في المقام
٢٤٦	في مبنى القضية السالبة في القاعدة
٢٥٠	هل القاعدة مخصصة بموارد العارية ونحوها؟

الرابع من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد:

- ٢٥٢ وجوب ردّه فوراً إلى المالك
- ٢٥٤ هل يصدق «التصرّف» على «الإمساك»
- ٢٥٤ هل يحرم الإمساك بعد القبض
- ٢٥٦ هل يلزم فساد البيع لعدم الإذن بالتصرّف؟
- ٢٥٩ هل يجب ردّ المقبوض إلى مالكه
- ٢٦٣ على من تكون مؤونة الردّ؟
- ٢٦٦ التحقيق في المقام
- ٢٦٧ تنبيه

الخامس من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد:

- ٢٦٩ حكم المنافع المستوفاة
- ٢٧٠ في معنى الحديث: الخراج بالضمان
- ٢٧٣ تفسير المشهور هو الصحيح
- ٢٧٦ الكلام على قول ابن حمزة
- ٢٧٧ دليل المشهور
- ٢٨٢ حكم المنافع الفائتة بغير استيفاء
- ٢٨٣ أدلة الضمان
- ٢٩٢ أدلة عدم الضمان
- ٢٩٣ المختار في المقام

السادس فيما لو كان القالف مثلياً

- ٢٩٧ لا تعرّض في نصوص لضمان المثل

٢٩٩	تعريف المثلي
٣٠٠	التحقيق في المقام
٣٠٤	رأى المحقق النائي
٣٠٥	النظر فيه
٣٠٦	في مقتضى الأصل إذا شك في المثلية والقيمة
٣٠٨	القول بتخيير الضامن
٣١٠	فائدة أصولية
٣١٤	القول بتخيير المالك
٣١٦	القول بضمان المثل
٣١٩	القول بضمان القيمة
٣٢٠	القول بالقرعة
٣٢٢	القول المختار
٣٢٢	عود إلى كلام الشيخ
٣٢٤	الاستدلال لضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بآية الاعتداء
٣٢٥	المناقشات في دلالتها
٣٣٠	حاصل الكلام في المقام
٣٣٤	الاستدلال بالنصوص

السابع: حكم ما لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمنه

٣٤١	١ - كثرة الثمن بسبب زيادة القيمة السوقية
٣٤٢	٢ - كثرة الثمن بسبب عدم وجدانه إلا عند من يعطيه بالأزيد
٣٤٣	النظر في كلام الشيخ في الصورتين

٣٤٨	تحقيق المقام
٣٥٠	حكم ما لو سقط المثل عن المائنة في زمن الدفع
٣٥١	حكم مطالبة المالك بالمثل في بلد التلف وغيره

الثامن: أحكام تعذر المثل في المثلي

٣٥٣	حكم دفع القيمة مع المطالبة
٣٥٧	حكم دفع القيمة مع عدم المطالبة
٣٥٩	قيمة أي يوم يدفع؟
٣٦٤	في المراد من التعذر وإعواز المثل
٣٦٧	هل الاعتبار بقيمة بلد المطالبة أو التلف أو الأعلى منهما؟
٣٦٩	حكم ما لو سقط المثل عن المائنة
٣٧٤	فرع
٣٧٦	المحتويات