تحقيق وتقريرات
في باب
البيع والخيارات

الجزء الأول

البيع


بسم الله الرحمن الرحيم

تحقيقٌ و تقريراتٌ

فى باب البيع

آية الله العظمى السيد محمد كاظم الشريعتمدارى



المجلد الأول

باهتمام آية الله

الشّيخ حسين حقّانى الزّنجانى

حقاني زنجاني، حسين، ١٣١٣ -
تحقيق وتقريرات في أبواب البيع والخيارات؛ تقريرات دروس آية الله العظمى السيد كاظم الشريعتمداري/ المؤلف حسين حقاني الزنجاني.- قم: نشر تولاّ، ١٣٨٨.
٧ ج.
شابك: دوره: ٣-٠٧١-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج١: ٠-٠٧٢-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٢: ٧-٠٧٣-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٣: ٤-٠٧٤-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٤: ١-٠٧٥-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٥: ٨-٠٧٦-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٦: ٥-٠٧٧-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨؛ ج٧: ٢-٠٧٨-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨.
فهرستنويسي بر اساس اطلاعات فيپا.
مندرجات: ج١: بيع؛ ج٢: في عقد الفضولي والرد والاجازة والنقل؛ ج٣: في التحير وشرايطه واحكامه والعقد المجاز وفروعات عقد الفضولي؛ ج٤: في أولياء العقد وشرايط العوضين وبيع المباحات قبل حياضتها والأراضي المفتوحة عنوة وبيع الموقوفة و ...؛ ج٥: في بيع العين المرهونة واشتراط القدرة على التسليم والعلم بقدر الثمن والمثمن و...؛ ج٦و٧: في الخيارات.
١. معاملات (فقه). ٢. خيارات. ٣. فقه جعفري — قرن ١٤. الف. شريعتمداري، كاظم، ١٢٨٢-١٣٦٥. ب. عنوان
BP ١٩٠/٣ت٧ح/ ٢٩٧/٣٧٢
١٣٨٨ شماره كتابشناسي ملي: ١٧٨١٣٦٩

تحقيق وتقريرات في أبواب البيع والخيارات

البيع (١)

تقريرات دروس فقه آية الله العظمى السيد كاظم الشريعتمداري

المؤلف: آية الله الشيخ حسين حقاني الزنجاني
الناشر: مؤسسة نشر تولاّ
الطبعة الاولى ١٤٣٠ - ١٣٨٨ - ٩٧٨-٩٦٤-٢١٩-٠٧١-٣
المطبعة: نگين الكمية: ١٠٠٠ نسخة
عدد الصفحات: ٤٤٨ ص. حجم الغلاف: كبير
رقم الإيداع الدولي [دوره (١-٧)]: ٣-٠٧١-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨ (ISBN Set.)
رقم الإيداع الدولي [ج١]: ٠-٠٧٢-٢١٩-٩٦٤-٩٧٨ (ISBN)

جميع حقوق الطبع محفوظة ومسجّلة للناشر

انتشارات تولاّ
هاتف محمول: ٠٩١٢١٥٣٦٠٢٥
هاتف أرضي: ٨٨٢٣٥٣٥

فهرس المطالب

تمهيد ٩

الكلام فى البيع

فى تعريفِهِ ١٥

الكلامُ فِى المعٰاطٰاةِ ٢٢

تنبيهات المعاطاة ٤٩

اعتبارُ اللّفظِ فى البيعِ ٩٢

الكلام فى معاملات الصّبى ٣٢٦

اَلْاِخْتِيٰارِ ٣٩٣

اَلْبَحْثُ فى التّورية ٤٢١

بسم الله الرحمن الرحيم

١٣٩٥/٣٤ ×٢٣

الحمد لوليه والصلاة والسلام على صفوة انبيائه وخلفائه محمد وآله .

اما بعد: فانه لما كان شرف كل علم بشرف موضوعه وشرف غايته المتوخاة منه ، فان من اشرف العلوم واجلها علم الفقه اذ هو نور لمن يستضيئ به ونجاة لمن يتمسك بعراه ودليل لمن يعتمد عليه .

وممن بذل جهده الأكيد وصرف شطراً من عمره في حل مشاكله وترتيب مسائله ودراسة مباحثه صاحب الفضيلة حجة الاسلام الحاج الشيخ حسين الحقاني الزنجاني حفظه الله فبلغ الغاية والأمنية في التوسع في مجال الفقه بعد ان حضر دروسنا سنين عديدة وحرر كثيراً مما القيناه من ابحاثنا على المستوى الرفيع في الجامعة العلمية بقم المقدسة .

وقد اطلقت النظر على ما كتبه من مباحث الطهارة فوجدت فيه دليلاً على عمق صاحبه وحسن بيانه وروعة اسلوبه وافياً لما حققناه وجامعاً لما قررناه .

فأشكره تعالى على الائه واسأله ان يوفق الجميع لخدمة شريعته



تمهيدٌ

تميّز علم الفقه من بين العلوم الاسلاميّة من علم الكلام و الفلسفة و علم اصول الفقه و سائر العلوم الاسلاميّة تميّزاً ليس نظيره لسائر العلوم، بل العلوم الاسلاميّة.

لأنّ علم الفقه هو، علم يبحث عن الاحكام الشّرعية الاسلاميّة و المبادى و ادلّة الاحكام الا لهيّة و تحقيقها و دراستها و يبحث عن وظائف الانسان فيما يرتبط بنفسه فى المجتمع و الأسوة و حتّىٰ فى اَعماله الشّخصيّة و حالاته المختلفة و حتّىٰ علم الفقه له ارتباطٌ قريب بكيفيّة الحياة بعد هذه الدّنيا فى عالم البرزخ و يوم القيامة و يعيّن هذا العلم، الوظائف و انجاز الاعمال التّى تحتاجها الحياة بعد هذه الدّنيا الفانية.

و هذا العلم انّما يعبّر بوضوحٍ، ارتباط العلمى و الرّوحى للعباد مع خالقهم و كذا الاحكام و المسائل المتعلّقة بهم.

من مميّزات الفقه الاسلامى، هو ما اذا عُمِلَ بالقوانين و اقوال الفقهاء بالدّقة، يسبّب التّنمية و الرُّقىٰ و التّعالى و تكامل ارواح البشريّة و فى النّتيجة هو موجبٌ، لسعادة البشريّة فى الدّنيا و الآخرة.

لأنّ من البديهى، لوتريد الحياة الانسانيّة، السّعادة و الصّحّة فى الجسم و الرّوح، فى الأُسرة و فى المجتمع الّذى يعيش فيه، لابدّ لها ان تستفيد من الاوامر و القوانين السّماويّة الصحّيحة غير المحرّفة. و هذا لا يمكن حصوله الاّعن طريق الارتباط بالمسائل المرتبط بالفقه و الفقاهة و المعرفة باوامر السّماويّة. و هذه المعرفة تحصل بالدّقّة اذا يستفيد من المستندات الصّحيحة و السّديدة و غير قابلة للانكار، التّى

وصلت الىٰ البشر و مجتمعاته البشريّة المختلفة، عن طريق الوحى فقط.

لهذا، ما كانت المسائل الفقهيّة مولودة للفكر البشرىّ بل يلزم ان تكون من ناحية ربّ العالمين الّذى هو خالق كلّ مخلوقات و له صفات و كمالات لا نهاية لها و هنا يستفاد فى علم الفقه من المصادر الاصليّة التّى ترتبط بذاته الكريم.

من جملة هذا الوسائل المعتبرة و الاساسيّة هو القرآن الكريم الّذى يحتوى علىٰ قوانين الحياة الماديّة و المعنويّة فى شئون الحياء البشريّة و مجتمعات البشريّة كلّها، و هذا الكلام الالهى وُصِلَ الىٰ النّبىّ الاعظم من طريق الوحى، طبقاً للآيات القرآنيّة، منها: **«اليوم اكملتُ لكم دينكم و اتممت، عليكم نعمتى و رضيت، لكم الاسلام ديناً»**[1]

فالقرآن الحكيم كان واحداً معتبراً من المصادر الا صليّة لعلم الفقه و مصدره الثّانى هى آلاف الرّوايات و الاحاديث المنقولة من الرّسول صلى الله عليه و آله و الائمّة المعصومين عليهم السلام من طُرق صحيحة و معتبرة و حقّاً لأىّ علم من العلوم البشريّة حتّىٰ العلوم الاسلاميّة، هذه المميّزات؟

لو استفيد من هذه المميّزات فى حقل العلم و العلم، كانت وجودها كلّها بلاشكّ ناشئة من الوحى و ارتباط انبياء اللّه و المعصومين عليهم السلام بخالق الكائنات كلّها ولكنّ اللّه تبارک و تعالىٰ خَلَقَ الانسان بنحوٍ جَعَلَ فى باطنه العقل و الدّراية و الفكر التّى تتناسب مع هذه المميّزات. لاجل هذا ما اعظم العلم و عمل الفقهاء و العلماء الّذين كانت دراستهم، التّحقيق و الاجتهاد فى القرآن و الرّوايات و دراستها و الاستفادة من مصادر الوحى؟

ولا يقدر كلّ فرد ان يقبل هذه المسئوليّة العظيمة و الخطيرة و انجازها.

و من ثمَّ يلزم ان تكون الافراد لانجاز هذه الوظيفة، أناسٌ طيّبون و عدولٌ و فيهم قداسةٌ و اصحاب آراءٍ فى الاحكام الالهيّة و مضطلعين فى الدّقائق القرآنيّة و الآيات و الرّوايات و سائر المصادر الاسلاميّة.

---

١. المائدة / ٣.

لذلک، ينبغی للفقهاء، الیٰ جانب التّخصّص و الاجتهاد، ان يتّصفوا بـالنّزاهـة و الصّداقة و الدّقة فی الفهم و غيرها تعتبر من المسائل المهمّة و ابرزها ادارة المجتمع الانسانی من طريق استنباط الاحكام الشّرعيّة و الوظائف العـلميّة مـن المـصادر الاصليّة من الوحی و القرآن و السنّة و الاجماع و غيرها الّتی يقوم بانجازها، فقهاء الاسلام الكبّار.

الشّروط و المميّزات الّتی ذُكرت، لم تكن موجودةً فـی اَیِّ عـلمٍ مـن العـلوم الاسلاميّة الاُخریٰ لأنّ بامكان الافراد ان يكونوا فلاسفة او متكلّمين و حتّیٰ يقوموا بالتّدريس و مع ذلک لم يكن لديهم واحدةٌ من مميّزات علم الفقه.

مضافاً الیٰ أنّ المعرفة بالاصول و القواعد و المـميّزات لعـلم الفـقه و القـرآن و الاحاديث المعتبرة، تزيد فی التّبحّر و الفائدة الوجوديّة للإنسان فی العلم المرتبط بنفسه فی الفلسفة و الكلام و علم اصول الفقه، تعتبر اعـتزازاً و امـراً مـفيداً الذّی يسبّب التّنْمية و الوَعْی و الإزدهار.

حاصل الكلام، وجود هذه المميّزات فی بعض النُّبَلاء من النّاس تُسبّب ان تكون ادارة شئون المجتمع الانسانی كلّها بيد الفقهاء و يُشرفون علی شئون ذلک المجتمع و اِعمال النّاس فی مِهَنهم المختلفة فی حياتهم. لأجل ذلک لم يستغن كلّ طـالب علمٍ الّذی يدخل فی الحوزات العلميّة من سير الدّراسة الفقهيّه و المعرفة بالمبادی الفقه الاسلامی و القرآن الكريم و الاحاديث.

بناءً علی هذا، اَنَا ايضاً دخلتُ الحوزة العلميّة بقم منذ اربعة و خمسين سنة فی زمنِ آية اللّه البروجردی و آية اللّه حجّت‌ﷺ و بعد قضاء عشر سنواتٍ فی مراحل الابتدائيّة من الصّرف و النّحو و المنطق و الفلسفة و علم الكلام و الاسـتفادة مـن محضر الاساتذة الكبار من جملتهم السيّد حاج محمّد حسين طـباطبائی، تـهيّئتُ نفسی لاشتراک فی الدّورس الخارج للفقهاء العـظام آنـذاک مـن جـملتهم امـام الخمينیﷺ قائد الاعظم للثّورة الاسلاميّة فی ايران و آية اللّه الحاج شـيخ هـاشم آملی الّلاريجانی و آية اللّه السيّد كاظم شريعتمداریﷺ.

لهذا، اشتركتُ فى حلقات الدّرس فى «علم اصول الفقه» للامام الرّاحل فى مسجد السّلماسى بقم مدّة طويلة و فى حلقات درس المكاسب له الىٰ موضوع عقد الصبّى حتّى زمن اِبعاد الامام الخمينى من ايران و اشتركتُ ايضاً فى حلقات الّدرس لآية اللّه حاج شيخ هاشم آملى الآريجانى الّذى كان هو من ابرز تلامذة آية اللّه حاج آقا ضياء بالنّجف الاشرف، من مباحث الاستصحاب الىٰ الاستصحاب دورة كاملة من الاصول باللّغة العربيّة الّتى تكون موجودة حاليّاً. و كذلک استفدتُ من حلقات الدّرس آية اللّه شريعتمدارى منذ ثلاث و عشرين سنة الّذى اشتهر فى الفقه و الفقاهة فى مدرسة الفيضية و البَناء التّحتانيّة لمكتبتها و فى مسجد اعظم و لم اكن اغيب حتّىٰ يوماً واحداً و كنتُ أُبّدل دروسه الفارسيّة باللّغة العربيّة بعد انتهاء الدّرس.

و اَشْرِطَتُها موجودة حاليّاً. منذ استفادة من الدّرس الخارج له مدّة ثلاث و عشرين سنة حصلتُ على دورة كاملة فى الفقه من بيع المكاسب الىٰ نهاية الخيارات و مباحث الطّهارة و الصّوم و الزّكاة و الخمس و الّتى بالغت علىٰ اكثر من سبع مأة دفتر ذاتَ مأتَى ورقة باللّغة العربيّة الموجودة حاليّاً و الجدير بالذّكر و هوﷺ نفسه فى حياته، قرأ كثيراً من تلک المباحث الفقهيّة و قام بدراستها و تصحيحها و فى النّتيجة اعطانى اجازة الاجتهاد الّتى تعرض علىٰ القرّاء الاغرّاء فى هذا المقدّمة و الّتمهيد.

و من الرّائع، قام مكتب الاعلام الاسلامى فى الحوزة العلميّة بقم و المركز الّذى كان مسئولاً عن دراسة و تعيين مراتب العلميّة للطّلاب، من هذا المركز و الجامعات و اعضاء الحكومة الاسلاميّة، بدارسة كَميّةٍ كبيرةٍ من هذه الكُرّاسات (الدّفاتر) و كان تحت اشراف الشّيخ العبائى آنذاک، ثمّ ارسلوا إلَىَّ اجازةِ اجتهادٍ عن حوزة العلميّة غير الاجازة الاوُلىٰ و الّتى كانت موجودة الآن.

اَشكراللّه سبحانه و تعالى ان وفّقنى لِكَىْ اَقومَ بتهيئة هذه الدّروس فى تلک الازمنة الّتى قَلَّ ما تكون اجهزة السّجيل و البثّ و التّحقيق و الدّارسة، و لم اكن

اغيب حتّىٰ يوماً واحداً و كنت اَسْهَرُ اللّيالی الی ساعتين او ثلاث ساعاتٍ بعد منتصف اللّيل و اشتغل بهذه الدّراسات و الآن بحول اللّه و توفيقه بعد دراستها من جديد و بدقّة كاملةٍ اُقدّمُها لكم ايّها القرّآء الاعزّاء و الافاضل و العلماء، رويداً رويداً.

و الملاحظة الّتی يلزم ذكرها فی نهاية هذه المقدّمة هی انّ المباحث الّتی تبرز فی عِدّة اجزاء مرتبطة بالبحث الخيارات و المسائل المتعلقّة بها و الّتی كانت تعتبر دروسه الاخيرة فی الفقه طيلة ثلاث و عشرين سنة و الّتی يبدأ بطبعها حتّىٰ يساعدنا التّوفيق فی طباعة بقيّة المطالب و الدّروس المرتبطة بالبيع و مباحث الطّهارة و الخمس و الزّكوة و الصّوم و المباحث المتعلّقة بالدّروس الفقهيّة و الاصوليّة للإمام الرّاحل و دورة كاملة فی اصول الفقه لآية الله حاج شيخ هاشم آملیﷺ، شيئاً فشيئاً، نقدّمها للعلماء و الافاضل فی الحوزة العلميّة بقم.

و السّلام حسين الحقانی الزّنجانی

يوم ٧ مهر المطابق ليوم ١٧ من رمضان المبارک سنه ١۴٢٨ هـ ق

اَلْكَلامُ فِى الْبَيْعِ

يَقَعُ الْكَلامُ فى البيعِ فى مقاماتٍ شتّىٰ:

اَلْاَوَّلُ فى تعريفِهِ؛ اِخْتَلَفُوا فى تعريفِهِ علىٰ انحاءٍ:

فمنهم مَنْ قالَ: اِنَّهُ انتقالُ عينٍ من شخصٍ الىٰ غيرِهِ بعوضٍ مُقدَّرٍ علىٰ وجهِ التّراضِى كما حُكِىَ عن المبسوطِ و التّذكَرةِ و القواعِدِ و نهايةِ الاحكامِ و تلخيصِ المرامِ.

و عن آخرين: اَنَّهُ العقدُ المركَّبُ من الايجابِ و القبولِ الدّالَيْنِ علىٰ الانتقالِ كما صَرَّحَ به الوسيلةُ و المختلفُ وَ اُدَّعىٰ العلاّمةُ، الاجماعَ عليه.

عن جامعِ المقاصدِ و بعضٍ آخر اَنَّهُ نَقْلُ العين بالصّيغةِ المخصُوصَةِ و نُقِلَ عَن المصباح: اَنَّهُ مبادلةُ مالٍ بمالٍ و هذا يدلّ علىٰ سِنْخِ المعنىٰ لا اَن يكون قصدُهُ، التّعريفَ بحيثُ يكونُ جامِعاً و مانِعاً.

قال الشّيخُ(ره): اَلْاَولىٰ تعريفه بِاَنَّهُ: «**انشاءُ تمليكِ عينٍ بمالٍ**» فلايلزم عليه شئٌ ممّا يَرِدُ علىٰ التّعاريفِ السّابِقَةِ؛ ثُمَّ تَعَرَّضَ(ره) للامورِ الّتى يُمْكِنُ اَنْ يُورِدَ بها علىٰ مختارِه فى تعريفه طرداً و عكساً.

منها: شمولُهُ التّمليکَ بالمعاطاةِ مع اَنَّ المشهورَ بل، الاجماعَ علىٰ انّها ليست بيعاً.

و منها: صدقُهُ علىٰ الشّراءِ **حيثُ** اِنّ المشترى بقبولِهِ البيعَ، يَمْلِكُ مالَهُ بعوضِ المبيع.

و منها: عَدَمُ شمولِهِ، بيعَ الْدَّيْنِ علىٰ مَنْ هو عليه **لِاَنَّهُ** لايجوزُ تمليكُ الانسانِ مالاً علىٰ نَفْسِهِ.

و منها: انتقاضُهُ بالصّلحِ علىٰ العينِ بمالٍ و بالهبَةِ المعوّضَةِ.

ثمّ اَجابَ(ره) عن هٰذِهِ الايرادات، بما هو مذكورٌ فى المتنِ، فراجِع.

و لايخفىٰ علىٰ القارِئُ المتأمِّلِ، ما فى هٰذه الْاَجْوِبَةِ من الضّعفِ و المناقِشَةِ **و نحن نكتفى** هنا بالتّعرّضِ ببعضِها: و هو اَنَّهُ (ره) اَجاب عن انتقاضِهِ بالصّلحِ، علىٰ العينِ بمالٍ بِاَنَّ: **«الْصُّلْحَ و لو تَعلّق بالعين، لَيْسَ هو و حقيقتُهُ، التّمليكُ علىٰ وجهِ المقابَلَةِ و المعاوِضَةِ بل معناه الاصلِيُّ، هو الْتَّسالِمُ».**

هذا الجوابُ، لايخلو عن اشكالٍ بل منعٍ لِاَنّهُ (ره) حيثُ ترىٰ: عُرِّفَ الصّلْحُ بمطلقِ التّسالُمِ و تفسيرُهُ بهذا المعنىٰ او بما يقارِبُهُ، ممّا يُسْتَفادُ من كلماتِ آخَرِينَ كالشّهيدِ الثّانى فى المسالِكِ و صاحبِ الجواهر فى الجواهر و غيرهم **و قالوا:** لايُعْتبَرُ فى مفهومِ الصّلْحِ، سَبْقُ النّزاعِ او تَرَقُّبِهِ وَ اِن كانَ الاصلُ فى شرعِيَّتِهِ، رَفْعَ التّخاصُمِ اِلاّ اَنَّهُ من قبيلِ الحكمِ و الصّلحِ، لايُشْتَرطُ بِهِ.

و نحنُ نقولُ: لانُسَلِّمُ ذلك فَاِنَّ مفهومَ الصّلحِ و معناه كما فُسِّرَ فى اللّغَةِ: اَلْسِّلْمُ، ضِدُّ الْحَربِ و الخصومَةِ و يَشْهَدُ به مواردُ و استعمالاتُهُ فى الآياتِ و الرّواياتِ و ليس فى البينِ، ما يَدُلُّ علىٰ كونِ مفهوم الصّلحِ، مطلَقَ التّوافُقِ وَ الْتّسالُمِ.

فما تَغارَفَ عندَ بعضِ النّاس: اَنّهُمْ اذا ارادوا بيعاً او معامِلةً اُخرىٰ، قد يقولون الىٰ كلمة الصّلْحِ من غيرِ نزاعٍ محقِّقٍ او مترقّبٍ.

غَيْرُ صحيحٍ و لم يأتِ صاحبُ الجواهِرِ و لا الشّهيد الثّانى(ره) بشيءٍ سمينٍ و انّه يُغنى من الجوعِ؛ **علىٰ اَنَّ لازِمَ ذلك،** كوْن الصّلحِ فرعاً للعقودِ كما عن المبسوط لا اصلاً برأسه كما هُوَ المشهورُ و المنصورُ **اِذمِنَ المعلوم:** عدمُ لزومِ انشاءِ مفهومِ التّسالُمِ فى مقامِ الصّلحِ فَاِنَّهُم قالوا: اِنَّ مثل: **«لَكَ ما عِنْدَك ولِىَ ما عندى»،** ليس فيه انشاءٌ لمفهومِ الصّلحِ بل هو تسالمٌ بالحملِ الشّايع فَاِذَنْ كلُّ عقدٍ من العقود، مصداقُ التّسالُمِ و التّوافُقِ فهو اذْنُ صُلحٍ فالبيعُ تسالمٌ و الاجارَةُ، مصداقٌ آخَر لِلْتّسالُمِ و

التّوافُقِ **و هكذا مع** اَنَّهُمْ انكروا الفرعيَّةَ اَشَدَّ الاِنْكار.

و منه يُعْلَمُ: ورودُ النّقضِ علىٰ تعريفِ البيعِ، بالصّلحِ علىٰ ما اختارُوه فی تفسيرِ الصّلحِ فاذا قَالَ: «**صالحتُ الدّارَ بكذا**» يعنی: «وافقْتُكَ علىٰ اَنْ تكونَ الدّارُ مِلكاً لک و الثّمنُ ملكاً لی، فهو مَلِکَ الدّار بالثّمنِ و لاينفع كونُ مفهومِ الصّلحِ بمعنىٰ الموافِقَةِ فانّ البيعَ ايضاً مسالِمَةٌ و موافقةٌ».

و الّذی يُسَهِّلُ الامرَ وَ يُغنينا عن البحثِ عن اِطّرادِ التّعاريف المذكورَةِ للبيعِ و انعكاسِها و عن اِطالَةِ الكلامِ فی النّقضِ و الابرامِ فيها، **انَّ تعاريفَ الفاظِ** المعاملاتِ كما قُرِّرَ فی الاصُولِ، من قبيلِ شرحِ الاسمِ لِاَنّها من الامورِ العرفيَّةِ المعلومةِ ارتكازاً و ليس المقصودُ، الحدُّ الحقيقِيّ.

و من جُملَةِ هٰذه الالفاظِ، لفظُ البيع **حيثُ** اِنَّ معناه العرفِيِّ، معلومٌ لنا كالوِجدانيّاتِ و لانُشُكُّ فيه و البحثُ عن تَعريفِهِ، اِنَّما هُو لِتَعيينِ سنخِ المعنىٰ فی الجمُلَةِ، **لاِلتعيينِ حقيقتِهِ و تحديدِهِ علىٰ طريقَةِ اهلِ الميزانِ** و ليست له حقيقةٌ شرعِيَّةٌ و لامُتَشَرِّعَةٌ كما اِعترَفَ به الشّيخُ(ره) فی المتن و لو فرضنا تحقّقَ حقيقةٍ شرعيّةٍ، فهو فی مثلِ الصّلاةِ و الصّومِ و الحجِّ و غيرِها ممّا كانت من قبيل العباداتِ الشّرعيّة.

وَ اَمّا فِيمٰا كانَ عُرْفِيّاً كالمعاملاتِ فليست لها حقيقةٌ شرعِيَّةٌ و لامُتَشَرِّعَةٌ بلا اشكالٍ فيه.

ثمّ: اِنّ المرادَ من العينِ التّی وَرَدَتْ فی تعريفِهِ، ما يَشْمَلُ العينَ الشّخصِيِّ و الكلِيِّ المستقرِّ فی الذّمةِ كالدّين و الكلیِّ فی الْمُعَيّنِ فی مقابلِ المنفعَةِ لا المرادُ منها: ما كان موجوداً فی الخارج.

و من هنا يُقالُ: اَنَّ اِطلاقَ البيع علىٰ المنفعَةِ كما فی بيع الاراضي الخراجِيَّةِ، اطلاقٌ مسامِحِيٌّ بشهادَةِ صحّةِ السّلبِ التّی هی علامةٌ مِنْ علاماتِ المَجازِ ولكن يَصِحُّ كونُ الْثّمنِ من قبيلِ المنفعةِ بل من بعضِ اقسامِ الحقِّ.

فمن العجب، ترديدُ الشّيخِ(ره) فی وقوع عَمَلِ الحرِّ ثمناً، لِلشّكِّ فی كونِ عَمَلِهِ

مالاً مع أنَّهُ لايَنْبَغِى الشّكُ فى كونِهِ مالاً.

نعم: ليس عملُ الحُرِّ مِلكاً قبلَ وقوعِ المعامِلَةِ عليه و كم فرقٍ بـين المـلكِ و المالِ؟ و النّسبةُ بينهما، اعمُّ مِن وجهٍ.

و من المعلوم: أنَّ المعتبرَ فى البيعِ، المالِيَّةُ لا الْمِلكيَّةُ كما فى بيعِ الكلىِّ فى الذّمّةِ و لايُنافى ما قلناه، الرّوايةَ الواردةَ مثلَ: «**لابيعَ اِلاّ فى مِلكٍ**» و نحوِهِ لما سَنَذكُرُ بيانُه انشاء الله تعالىٰ فى المباحثِ الآتِيَةِ.

مسألةٌ: هل البيعُ اسمٌ للصّحيحِ منه ام للاعَمِّ منه وَ مِنَ الفاسِدِ؟

بعد الفراغِ عن تعريفِ البيع، ينبغی البحثُ عن اَنَّ البيعَ علیٰ ایِّ معنیً من المعانی المذکورَةِ سابقاً؟ **هل هو اسمٌ للصّحيحِ مِنه ام للاعمّ منه و من الفاسِدِ؟ المشهورُ کما قُرِّرَ** فی محلّه، ذَهَبَ الیٰ انّ اَلفاظَ المعاملاتِ، اسامٍ للصّحيحة منها بمعنیٰ انّ البيع مثلاً، وُضِعَ لِاِنْشاءِ تمليکِ عينٍ بمالٍ علیٰ الوجهِ الصّحيحِ بحيثُ تَنْدَمِجُ شروطُ الْصِحَّةِ کلّها فی تعريفِهِ و يکونُ تقديرُ التّعريفِ هکذا: **«البيعُ، انشاءُ تمليکِ عينٍ بمالٍ اذاکان مَوجِباً لِلصِّحَّةِ».**

و من هنا يقالُ: اِنَّ قَيْدَ تعقّبِ انشاءِ القبولِ، من جملةِ الشّرائطِ المُندَمجةِ فيه فلايحتاجُ الیٰ ذکرِهِ عليٰحدّة کما فَعَلَهُ بعضٌ **و ذلک** لِاَنّ البيعَ حينئذٍ، لايُسمّیٰ بيعاً اِلاّ عُقِّبَ بانشاءِ القبولِ.

و هذا القولُ المنقولُ من المشهُور، لايخلُوعن اشکالٍ فی العباداتِ و المعامِلاتِ اَمّا فِی العباداتِ فَهُوَ اَنَّ الْشَکَّ فی الشّرائِطِ وَ الْاَجْزاءِ علیٰ القولِ بالاَعمِّ، **يَرْجِعُ الیٰ شکٍّ** واقعٍ بينَ الاقلِّ و الاکثرِ الّذی تجری فيه اَصالةُ البراءةِ.

و علی القولِ بالصّحَّةِ، يکونُ الشّکُ فی الشّرائِطِ وَ الْاَجزاءِ من قبيلِ الشّکِ فی المحصَّلِ لِاَمرٍ بسيطٍ فيلزَمُ القولُ بِالْاِشتغلالِ **مَعَ اَنَّهم** ايضاً **قالُوا هنا:** بجريانِ اَصالَةِ البراءَةِ **و امّاکونها** من قبيلِ الشّکِ فی المُحصَّلِ **فَلَاِنَّ** الجامعَ بين افرادِ الصّحيحِ، لابُدَّ و اَنْ يکونَ بسيطاً و المصاديقُ، من قبيلِ الْمُحَصَّلِ و جوابُ هذا الاشکالِ، مذکورٌ فی الکُتبِ خُصوصاً الکفاية؛

و امّا فی المعاملاتِ فهو اَنَّهُ يجوزُ للاعمِّي، التّمسّکُ بالْاِطلاقاتِ فی مواردَ الشکِّ فی الجزئِيَّةِ و الشّرطِيَّةِ دونَ من ذَهَبَ الیٰ کونها اَسامٍ للصّحيحةِ **حيثُ اِنَّهُ** لايجوزُ له التّمسّکُ بالاطلاقاتِ فی مواردِ الشّک فی الشّرائط و الاجزاءِ **لِاَنَّ** الشّکَ فيها **حينئذٍ**، ملازمٌ للشّکِّ فی الصّحَّةِ، الملازِمِ للشَّکِ فی صدقِ الاطلاقات و عدمِ التّمسّک بها فی مواردِ الشّکِ **فيها مع اَنَّ الفقهاء عملوا بالاطلاقات** من صدرِ الْاِسلامِ

اِلىٰ زمٰاننا هذا فى هٰذه الموارد.

و اُجيبَ عنه بأَجوبةٍ اَوْجَهُهٰا، ما يُستفادُ من الشّيخِ فى المكاسبِ و المحقّقِ الخراسانىّ(ره) فى الكفايَةِ و هو اَنَّ للبيعِ معنىً واحدٌ عند العرفِ و الشّرعِ و هو ما كان صحيحاً مُؤثِّراً فى الواقع **فلا اِختلافَ فى مفهومِ البيع و انّما الاختلافُ فى المصاديقِ و المحقّقاتِ** فكلُّ ما صَدَقَ عليه البيعُ عرفاً، حلالٌ و واجبُ الوفاءِ **اعنى اِنَّ البيعَ** الصّحيحَ العرفِىَّ، صحيحٌ عند الشّرعِ اِلّا ما خَرَجَ عنه.

فان قيل: ليس مثلُ البيعِ موضوعاً لمفهوم الصّحيحِ بالحملِ الْاَوَّلِىِّ و انّما هُوَ موضوعٌ لما هو صحيحٌ بالحملِ الشّايعِ **فاذا فُرِضَ** اَنَّ مصادِيقَ الصّحيحِ عند العرف، لاتَصْدُقُ علىٰ الصّحيحِ عند الشّرعِ كليّاً **فلازِمُهُ**، اختلافُ المفهومِ فى الشّرعِ و العرفِ و يَلْزَمُهُ عدمُ جوازِ التّمسّكِ بالاطلاقاتِ للشّكِ فى صدقِ المفهومِ.

قُلنا: قد اَجٰابوا عن ذلک بِاَنَّ الاختلافَ فى المصاديقِ، اِشتباهٌ من العُرفِ و تخطئةٌ من الشّارعِ فى المصداقِ **اعنى:** اِنّ المفهومَ، واحدٌ عند العرفِ و الْشَّرْعِ **ولكنَّ** العرف يخطَئُ فَيَظنُّ ما لَيْسَ بمؤثّرٍ، مُؤثّراً و الشّارعُ يَكْشِفُ خطٰائه و يَرُدُّ عنه فلايُضرّ التَّمسُّکُ بالاطلاقاتِ.

و فيه: اَنَّ ذلک، لَيْسَ من التّخطِئَةِ فى المصداقِ فى شئٍ كما لايخفىٰ **مع انّه يمكن** تقريبُ توجيهٍ آخر للاخذِ بالاطلاقاتِ و هو اَنَّ الاِطلاقاتَ، مُنَزَّلةٌ علىٰ نَظَرِ العرفِ و تشخيصِهِ و هو مُتّبعٌ اِلاّ فيمٰا قٰامَ الدّليلُ علىٰ خِلٰافِهِ.

اِعْتَرَضَ السّيّدُ(ره) عليه فى الحاشيَةِ بما حاصلُهُ: اَنَّ التّخطِئَةَ فى المصاديقِ، اِنّمٰا تَصِحُّ فى الواقعيّاتِ و الاحكامِ الوضعِيَّةِ اِن كانت من الواقعيّاتِ كما اذا ذَهَبَ اِلَيْهِ الشّيخُ(ره) و المحقّقُ الخراسانىّ(ره) فى قسمٍ منها، **فتصحّ الْتَّخْطِئَةُ فيهٰا و اَمّا فى الاعتباريّاتِ** كَالْمِلْكِيَّةِ و نحوها فلامعنىٰ لِلْقولِ بالتّخطِئَةِ فى المصٰاديقِ فيها **لِاَنّهٰا** ليست لها واقعيّةٌ اِلاّ الاعتبارُ فالاعتبار، واقعِيَّتُها.

هذا الاعتراضُ مع كونه وجيهاً فى نفسه، مدفُوعٌ فى هذا المورد بِاَنَّ الْتَّخْطِئَةَ فى الاعتباريّات، ربّما تَرْجِعُ الىٰ التّخطِئَةِ فى المصٰاديقِ كالتّعظيمِ و التّكريمِ اللّذانِ

يختلف موارِدهُمٰا.

و بعبارَةٍ أُخرىٰ، الاعتباريّاتُ اِن كانَت من قَبيلِ الْأَسبٰابِ و المسبّبٰاتِ و المحصّلات، فَتَتَجِّهُ تخطِئَةُ الْشَّرْعِ بعضَ مواردِها **فيحصُلُ الاختلافُ بينَ الشّرعِ و العرفِ** فی مواردَ التّعظيمِ الّذی هو معنیً اعتباریٌّ.

نحنُ نقُولُ: اِنَّ الْاِشكالَ المذكورَ و جَوابَهُ و الجوابَ عن جوابِهِ كُلَّها، مَبنِيٌّ علیٰ انّ لِلبيعِ حقيقَةٌ شرعِيَّةٌ **و ذلك** لِاَنّهُ علیٰ فرضِ ثبوتِ الحقيقةِ الشّرعِيَّةِ لالفٰاظِ المعاملات، ينبغی البحثُ عن اَنَّ الحقايِقِ الشّرعيَّةِ، هل هی بعينها، المعٰانِی العرفيَّةُ ام لا؟ **مع اَنّا**اَشْرنا سٰابقاً الیٰ اَنَّ الفاظَ المعاملاتِ، اسامٍ للصّحيحَةِ ای اَسٰامٍ للصّحيحَةِ العرفيَّةِ، **غايةُ الامرِ،** ربّما يریٰ العرفُ منها، سبباً مُحَصّلاً ما ليس كذٰلک فی نَظَرِ **الشّارِعِ فَيَظْهَرُ الاختلافُ حينئذٍ** بين العرفِ و الشّرعِ، من هٰذه الْجَهَةِ.

و لايخفیٰ: اَنَّ ما قلناه، ظاهِرٌ من كلماتِ الفقهاءِ العِظام كالشّيخِ و العلاّمَةِ و غيرهمٰا فقالَ الشّيخُ(ره) كما نقلناه سابقاً: **«اِنَّ البيعَ، لَيْسَتْ له حقيقةٌ شرعِيَّةٌ و لامُتَشَرِّعَةٌ».**

و العلاّمةُ(ره) فی بعضِ تأليفاته حيثُ قال(ره): **«لايَحِلُّ لِلخَمّارِ، ثَمَنُ الخمر اذا عَلِمَ المشترِی اَنَّ الخمرَ حرامٌ و لايجُوزُ بيعُهُ و لاشِرائُهُ لِاَنَّهُ اَذِنَهُ فی اَلْاِتلافِ و سَلَطَّهُ عَلَيْه».**

و هذا القولُ منه(ره)، يَبنی علیٰ اَنَّ للبيعِ، معنیً شرعِيّاً.

و يشهَدُ علیٰ ذلك بعضُ الاَخبارِ ايضاً مثل: **«لاتَبِعْ مٰا لَيْسَ عِنْدَكَ»** و **«نَهیٰ النّبیُّ ﷺ عن بَيْعِ الغَرَرِ»** و نَحْوِهما من الاخبارِ، تركناها حَذَراً عن اِطالَة الكلامِ، فی صِحَّةِ هذه الحكايَةِ ثُمَّ فی دلالته علیٰ المقامِ، **تأمّل** فليراجِعْ.

الكلامُ فِى المعاطاةِ، عَوِيصَةٌ اِخْتَلَفَت آراءُ الأَعْلامِ فى حلِّها وَ تَوْجِيهِها:

وَ هِىَ اَنَّهُمْ حَكَمُوا بِاَنّها، تفيدُ الاباحَةَ بدونِ الملكِ، قَبلَ التّلفِ و حصولِهِ بعدَهُ **و هى تُنافى** القاعدَةَ المُسلَّمَةَ عندهم من تبعيّةِ العقودِ، لِلْقُصُودِ.

و ذلك لِاَنَّ ما قَصَدَ المتعاطيانِ و هو التّمليكُ، لم يحصلْ و مٰا حَصَلَ، لم يَقْصُدْهُ المتعاطيانِ.

و توضيحُها كما عن جامِعِ المقاصِدِ: اَنَّهُ حيثُ كانَ مقصودُ المتعاطِيَيْنِ و هو التّمليكُ فاذا لم يَحْصُلْ فلامَنشأَ لِلَاباحَةِ التّصرفِ **لِاَنّ** الاباحةَ، اِن كانت مِنَ المالكِ فهى خلافُ الفرضِ لانَّ المفروضَ انّه صَدَرَ منه التّمليكُ لا الاِباحَةُ و اِن كانت مِنَ الشّارِعِ فَيحتاجُ اِلىٰ دليلٍ لم يُثْبَتْ و مجرَّدُ التّسليطِ ايضاً، لايوجبُ الاِباحَةَ كما فى بيعِ المجهولِ و غيره **فمِنْ اَيْنَ جائَتِ الاباحَةُ و ما منشَأُ الحكمِ بالاباحَةِ؟.**

و يُشَدِّدُها مٰا صَرَّحُوا: بلزومِ الصّيغَةِ فى مُطْلَقِ العقودِ فاذا اُهْمِلَتْ هنا، اَلصّيغَةُ (الايجاب و القبول) **فعلىٰ القاعِدَةِ، تكونُ باطِلَةً** و اذا كان شأنها كذلك، **فكيف حَكَمُوا بِاِفادَتِها،** اِباحةَ التَّصَرُّفاتِ؟

وَجَّهَها المحقّقُ الْكَرَكِيُّ(ره) و صاحِبُ الجواهرِ(ره) بما لم يرضَ بتوجيهِهِما، الشّيخُ ورَدَّهمٰا و ذَكَرَ(ره) توجيهاً آخر ثُمَّ ضَعَّفَهٰا و رَجَّحَ ثانياً ما ذَهَبَ اليه المحقّقُ(ره) وَ اِخْتٰارَهُ.

توجيهُ الْمُحَقِّقِ (ره)، مَبْنِيٌّ علىٰ التّصرّفِ فى حكمِ الفقهاء و ابقاء الموضوع و هو قصدُ المتعاطِيَيْنِ، التّمليكَ علىٰ حالِهِ و هو انّهم اَرادوا بِالاِباحَةِ، المِلكَ المتزلْزلَ**فحينئذٍ** لامُنافاةَ بينَ حُكمِ الشّارِعِ بالملكِ المتزلزِلِ و قَصْدِ المُتعاطِيَيْنِ، الْتَّمليكَ.

وجّهَها صاحبُ الجواهِرِ بعدَ اِستبعادِ توجيهِ المحقّقِ الكركِيِّ (ره): بِاَنَّ مَحَلَّ النِّزاعِ فى المعاطاةِ و اَنَّ مرادَهم منها، انّما هُوَ المعاطاةُ المقصودَةُ بها الاباحَةُ لا المعاطاةُ المقصودَةُ بها، التّمليكُ حتّىٰ يَرِدَ الاشكالُ الْمَذْكُورِ.

ثمّ طَعَنَ (ره) علىٰ من جَعَلَ ذاک، محلَّ النّزاعِ **حيثُ قالَ (ره):**

«اِنَّ القولَ بِالْاِباحَةِ الخاليَةِ عن الْمِلْكِ مع قصدِ الْملْک، ممّا لايُنْسَبُ اِلىٰ اَصاغِرِ الْطَّلَبَةِ فضلاً عن اَعاظِمِ الاصْحابِ وكُبَرائِهِمْ».

اجابَ الشّيخُ (ره) عنها: بِاَنَّ توجِيهَ الْمُحَقِّقِ الثّانی، بعيدٌ عن مَساقِ كلماتِ الفقهاء كالشّيخِ فی المبسوطِ و الخلافِ و الْحِلّیِّ فی السّرائِرِ و ابن زُهْرَة فی الغُنيةِ و العلاّمَةِ فی التّذكِرَةِ كما اَنَّ جعلَ محلِّ النّزاعِ فيها، ما اذا قَصَدَ بها الاباحِةَ دون التّمليكِ **كما عن الجواهرِ، اَبْعَدُ بل صَرَّحَ بِاَنَّهُ: «لايكادُ يوجدُ فی كلامِ اَحدٍ منهم، ما يَقْبَلُ الحملَ علىٰ هذا المعنىٰ» ثمّ نَقَلَ (ره) «كلماتَ جماعةٍ ممّن ظَفَر علىٰ كلماتهم لاثبات بُعْدِ توجيهِ الْاِباحَة بالمِلْكِ المتزلزِلِ و اَبعديَّةِ حملِ كلماتِهِم علىٰ ما حَمَلَهَ صاحبُ الجواهر».**

وَجْهُ التخلّصِ عنها فی نَظَرِ الْمُحقّقِ النّائينیّ (ره):

ذَكَرَ المحَقِّقُ النّائينی، وَجْهاً فی التّخَلُّصِ عنِ الاشكال المذكُورِ، بما لايخلُو عن ضعفٍ و حاصِلُهُ: عدمُ المنافاةِ بين ما قَصَدَ بها المُتعاطيان، التّمليکَ و حُكْمِ الشّارِعِ بِالاِباحَةِ **بانّ: له نظائرَ فِی الْفِقْهِ.**

منها: اِنّ الشّارِع حَكَمَ بِاَنّ الملكيّة، لم تَحْصُلْ قبلَ القبضِ فی بيعِ الْسَّلَم وَ الْصَّرفِو تحققُ التّمليكِ، مشروطٌ بِشَرطٍ هو مُتَاَخِّرُ الحصولِ **مع انّ المتبايِعَيْنِ، قَصدا التّمليکَ من حينِ العقدِ.**

منها: اَنّ الشّارعَ، رَتَّبَ علىٰ النّكاحِ بقصدِ الْتَّمَتُّعِ اذا نَسِيا، ذِكْرَ الاَمَدِ وَ الاجل، النّكاحِ الدّائمیَّ و ذكر(ره) نظائِرَ اُخرىٰ غيرهما لِلاستيناسِ و تأييد دعواه، تركناها حِفظاً لِلْاِخْتصارِ فراجِع تقريراتَهُ.[1]

وجهُ الضّعفِ اوّلاً: اَنَّ حُكمَ الشّارِعِ بحصولِ الملكيَّةِ بعد القبض فی بيع السَلَّم وَ الْصَّرْفِ و صيرورةُ العقدِ عقداً دائِمِيّاً فی صورةِ نسيانِ الاَجَلِ وَ الاَمَدِ خَرَجَ بالدّليلِ

١- ص ۴۶.

فلايجوز قياسُ غيرِهِ عَلَيْهِ.

ثانياً: اِنَّ الزّوجِيَةَ سواءٌ كانت فى عَقْدِ التّمتّعِ او الْنِّكاحِ الدّائِمِىّ، تَقْتَضِى الدّوامَ **و حينئذٍ** اذا أورِدَتِ الصّيغةُ مُجرّداً عن الْاَمَدِ فصيرورةُ العقدِ عقداً دائِمِيّاً، اِنّما هُوَ بقائُهُ علىٰ طَبْعِهِ الاَوَّلِىِّ.

فَالْاَولىٰ فى الْتَّخَلُصِ عن هٰذه الْعَوِيصَةِ اَنْ يُقالَ: اِنَّهُم لمّا حَكَمُوا بلزومِ الْصّيغَةِ فى كلِّ عقدٍ لازمٍ **فلابُدَّ لهم** اَنْ يَحْكُموا ببطلانِ الخالِي عن الصّيغَةِ اعنى المعاطاةَ و لو كانَ المقصودُ بهٰا، التّمليكَ كما هو الغالِبُ.

و نعنى بالبطلانِ، عدمَ حصول الْمِلكِيَّةِ **و انّما حَكَمُوا** باباحَةِ التصّرفاتِ **لِاَنَّ** الحكمَ فى كلِّ عقدٍ فاسدٍ، لم يكنْ اِذْنَ المالِكِ، مُقيّداً بالصِّحَةِ الشّرعِيَّةِ **و فى المعاطاةِ،** ليس الْاِذْنُ المالِكىُّ مُفيداً فى الغالِبِ.

و يُعلمُ من ذلك، اَنَّ حكمَ المشهورِ بالاباحَةِ، مبنىٌّ علىٰ فسادِ المعاطاة و عدم تقييد الاذنِ المالِكِىّ، بـالّصحَّةِ الشّـرعِيَّةِ **فـافهم وَ أغْـتِنمْ** و بـه تَـقْدِرْ عـلىٰ حَـلِّ الاشكالاتِ الواردَةِ و يُعلَمُ ضعفُ اَغْلَبِ الكلماتِ الوارِدَةِ فى البابِ.

هَلْ تَصِحُّ المعاطاةُ و تُفِيدُ الْمِلْكِيَّةَ ام لا؟

قبلَ البحثِ عن ادلَّةِ صِحَّتِها و افادَتِها الملكيّةَ، يُمْكِنُ اَنْ يُقالَ فيها:

يَلْزَمُ هنا تقديمُ امرينِ:

الامرُ الاَوَّلُ: اَنَّ الاصلَ الاَولیّ الَّذِی هو الْمَرجَعُ فیمٰا اِذا شُكَّ فی صِحّتِها و افادَتِها ما هُوَ؟

اَلْاَمرُ الثّانی: اَنَّ الاقوالَ فی المسألَةَ ماذا؟

امّا الاصلُ الاوّلیُ فی المعاطاةِ **بل** فی مطلقِ المعاملاتِ فی مواردِ الْشَكِّ فی صِحَّتِها و بطلانِها **فهو البطلانُ** ای استصحابُ بقاء الملكِ علیٰ مِلْكِ مالِكِه و عدمِ انتقاله الیٰ الغيرِ.

ولكن، اِنْقَلَبَ هذا الاصل اِلیٰ اصلٍ ثانویٍّ و هو الْصِّحّةُ **نظراً الیٰ** الاطلاقاتِ الواردَةِ من الآياتِ مثل: **«اَوْفُوا بِالعُقُودِ»، «اَحَلَّ اللهُ البَيْعَ و حَرَّمَ الرِّبٰا»** و نحوهما.

و من الاخبار، عدّةٌ من الرّواياتِ تَمَسَّكَ بها بعضُهُمْ مثلَ قولِه ﷺ: **«... و اذا افترقٰا، وَجَبَ البيع»** و نحوه.

و لايخفیٰ عليك اَنَّ الاصلَ الثّانَوِیَّ، يُقدّمُ علیٰ الاصلِ الاوّلیِّ حكُومةً او وُروداً كما ذُكِرَ فی محلّه.

ولكنّ المهمَّ هنا: **اَنْ يُعْلَمَ اَنَّ الاطلاقاتِ و الادِلّةَ اللّفظِيّةَ هل تَشْمَلُها بعمومِها ام لا؟ و هل يصدُقُ عنوانُ العقدِ و البيعِ و التّجارَةِ علیٰ المعاطاةِ كما يَشْمَلُ الواقِعُ بالصّيغَةِ ام لا؟** سيأتی فی المباحثِ الآتيةِ ما يُوضِحُه.

امّا الاقوالُ فی المعاطاةِ فهی سِتّةٌ بل سبعةٌ:

القولُ الاوَّلُ: القولُ بالفسادِ كما عن العلاّمَةِ فی النّهايَةِ.

القولُ الثّانی: القولُ المشهورُ و هِیَ افادتُها اباحَةَ جميع التّصرّفاتِ حتّیٰ التّصرّفاتِ المتوقِّفَةِ علیٰ الملكِ بحيث يُملكُ آناً ما قبلَ التّصرّفِ.

القولُ الثّالِثُ: انّها تُفيد الْاِباحَةَ لامطلقاً بل فيما لايَتَوَقَّفُ علیٰ الملكِ كما عن

حواشي الشّهيد الثّانى علىٰ القواعد.

القولُ الرّابِعُ: أنّها تُفيدُ الملكيّةَ؛ **غايةُ الامر** ليس فيها لزومٌ كما عن المحقّقِ الثّانى و ذَهَبَ اليه جمعٌ من المتأخّرينَ كشيخنا الانصارى (ره) و السّيّد(ره) فى العروةِ.

القولُ الخامِسُ: أنّها تُفيدُ الملكيّةَ اللاّزِمَةَ **ولكن** بشرطِ كونِ الدّالِ علىٰ التّراضِي فيها لفظاً؛ حُكِيَ هذا عن بعضِ مُعاصري الشّهيدِ الثّانى.

القولُ السّادِسُ: أنّها تُفيدُ الملكيّةَ اللاّزِمةَ مطلقاً اى من غير شرطٍ و قيدٍ كما هو ظاهِرُ المفيدِ و اِخْتارَهُ الكاشانىّ(ره) فى المفاتيح و مالَ اليه المحقّقُ الاردبيلىّ(ره) فى شرح الارشادِ و الشّهيدُ الثّانى(ره) فى المسالِكِ حيثُ قال(ره):

«ما اَحْسَنَهُ وَ اَمْتَنَهُ، دَليلُه اِنْ لم يَنْعقِدِ الاجماعُ علىٰ خِلافِهِ».

و قال السيّد(ره) فى الحاشِيَةِ و هنا **قولٌ سابعٌ و** هو أنّها معامِلَةٌ مستقِلَّةٌ مفيدَةٌ لِلْمِلْكِيَّةِ و ليست بيعاً.

اَجْوَدُ الاقوالِ: القولُ السّادِسُ **وَ اِسْتَحْسَنَ الشّيخُ(ره)** افادَتَها الْمِلْكِيَّةَ و صَرَّحَ(ره) بأنّها ينطبقُ علىٰ القواعِدِ و هكذا اِفادُتها اللّزومَ مع ترديدٍ و تشكيكٍ فيه.

فالحاصلُ: أنَّ هنا مَسْأَلتانِ:

المسألة الْأُولىٰ: اَنَّ المعاطاةَ هل تُفِيدُ الملكيّةَ ام لا؟

المسألةُ الثّانِيَة: علىٰ فرض اِفادتِها الملكيّةَ هل تُفيد اللّزومَ ام لا؟

اُسْتُدِلَّ علىٰ افادتها الملكيّةَ بامورٍ:

منها: العموماتُ و القواعِدُ العامَّةُ من الآياتِ و الاخبارِ.

و من الآياتِ، قولُهُ تعالىٰ: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]

الشّيخُ(ره) لم يذكرها فى المتنِ من جملةِ الآياتِ الدّالّةِ عليها.

و لَعَلَّ وجهَهُ: تشكيكُهُ(ره) فى كونِها عقداً لِظهورِ اطلاقِ العقدِ فى البيعِ بالصّيغةِ **فالمعاطاةُ حينئذٍ، خارِجةٌ عن عمومِ: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.**

١- سورة المائدة، آية ١.

و منها: قولُهُ تعالیٰ: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ...﴾.[١]

و منها: قولُهُ تعالیٰ: **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾**[٢]

فی دلالةِ هذه الآيات تقريبان:

التّقريبُ الاوّلُ: دَلالَتُها علیٰ صِحَّةِ بيعِ المعاطاةِ و اِفادتها الملكيّةَ بالمطابقَةِ فيما اذا قلنا: بِاَنَّ الحِليَّةَ و نحوَها، من الاحكامِ تَعَلّقَتْ علیٰ ذاتِ البيعِ و نفسِ المعامِلَةِ كما اَنَّ حرمَةَ الرّبا و النّواهي المتعلّقَةِ علیٰ نفسِ المعاملاتِ، تدلّ علیٰ الفسادِ.

التّقريبُ الثّاني: دلالَتُها عليها بالملازِمَةِ.

و بيانه اَنَّها تُدُلُّ بالمطابِقَةِ علیٰ اِباحَةِ التّصرّفاتِ حتّیٰ المتوقِّفَةِ علیٰ الْمِلْكِ كالبيعِ و العتقِ و الوطيِ.

و من المعلوم: اَنَّ اباحَةَ هٰذه التّصرّفاتِ، انّما تَسْتلزِمُ صِحَّةَ المعاطاةِ و افادَتها الملكيّةَ بالتّلازُمِ الواقِعِ بينهما.

و توضيحُهُ: اَنَّ هٰذه الآيَةَ الشريفَةَ: **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** المحلّیٰ بالالفِ و اللاّمِ تَدُلُّ علیٰ اَنَّ العهدَ الواقِعَ بين المتعاقِدَيْنِ، واجبُ الوفاءِ وَ هُوَ ملازِمٌ لِصِحَّةِ العقدِ لِاَنَّ الاحكامَ التّكليفيَّةَ، مُلازِمةٌ للاحكامِ الوضعيّةِ.

وكذلك قولُهُ تعالیٰ: ﴿...إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ تَدُلُّ علیٰ حِلِيَّةِ التّصرّفاتِ بالمطابِقَةِ الاّ اَنَّهُ تلزمُ منها صحّةُ التّجارَةِ عرفاً.

و امّا قوله تعالیٰ: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ فهو وَ اِن كانَ ظاهِرُها دالّاً بالمطابِقَةِ علیٰ حِلِيَّةِ نفسِ البيعِ لاالتّصرّفات المترَتِّبَةِ عليه **الاّ انّه** يَتِمُّ الاستدلالُ بها بالملازِمَةِ الواقِعَةِ بينها عرفاً فَاِنَّ حِلِيَّةَ ذاتِ البيعِ، ملازِمٌ لِحِلَيَّةِ التّصرّفاتِ و حِلِيَّتُها كاشِفَةٌ عن صِحَّةِ البيعِ.

١- سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

٢- سورة النّساء، الآية ٢٩.

الشّيخُ(ره) لم يَتَمَسَّكْ بقوله(ص): «النّاسُ مُسَلّطُونَ علىٰ اَموالهم»، علىٰ افادِتِها، الْمِلْكِيَّةَ و انّما تَمَسَّكَ بها فى إفادَتِها، اللّزومَ.

وَ وَجْهُهُ كما قالَ الشّيخُ (ره) اَنَّ «عمومَهُ باعتبارِ اَنواعِ السّلطَنَةِ، فهو إنّما يُجدِى فيما اذا شُكَّ فى اَنَّ هذا النّوعَ من السّلطَنَةِ، ثابِتَةٌ للمالک و ماضيةٌ شَرْعاً فى حَقِّهِ ام لا؟ وَ اَمّا إذا قطعنا بأَنَّ سلطنَتَهُ، خاصّةٌ كتمليک ما له لِلْغَيْرِ، نافِذَةٌ فى حَقِّهِ ماضِيَةٌ شرعاً **لكن** شُكَّ فى اَنَّ هذا التّمليکَ الخاصَّ هل يَحْصُلُ بمجرّدِ التَّعاطِى مَعَ القصدِ ام لابدّ من القولِ الدّالِ عليه فلايجوزُ الاستدلالُ علىٰ سَبَبيّةِ المعاطاة فى الشّريعَةِ للتّمليکِ بعُمُومِ تَسَلُّطِ النّاسِ علىٰ اموالهم».

اِعْتَرَضَ السّيّد(ره) عليه «بانّ المرادَ من النّوعِ، ليس النّوعَ المنطقىَّ بل هو اَعَمُّ مِنْهُ و من الصّنفِ»[1] فاذا شَكَكْنا اَنَّ هذا التّمليکَ الخاصَّ هل يَحْصُلُ بمجرّدِ التّعاطِى ام لا؟ يجوز التّمسّک بعمومِ: **«النّاس...»** و اثباتُ صِحَّةِ بيعِ المعاطاةِ بِها.

يمكن اَنْ يُجابَ عنه(ره) بِاَنَّ مقصودَ الشّيخِ (ره) ليس علىٰ ما فَهِمَهُ السّيّد(ره) من كلامِهِ **و ذلک لِانَّ** مقصودَه (ره) مِنَ الانواعِ المسبّباتِ و هى الآثارُ المترتِّبَةُ علىٰ الاسبابِ كَالصِّيَغِ و الالفاظِ **فمعنىٰ** قولِهِ(ره): **«اَلنّاسُ مُسَلَّطُونَ...»** اَنَّ المسبّبات كالنّقلِ و الانتقالِ الّذى يَحْتاجُ فى حُصولِهِ الىٰ الْاَسبابِ وَ الطُّرُقِ، موكولَةٌ الىٰ المالِکِ و هو مُسَلَّطٌ عليها.

وَ اَمّا اسبابُها الْمُمَلِّكَةُ و طُرُقُها، فلم تُجعَلْ فى اختيارِ المالکِ حتّىٰ يُؤَدِّيَها بَاَىِّ سببٍ شاءَ كما اَنَّهُمْ قالوا: **«اَلطَّلاقُ بيدِ مَنْ اَخَذَ بالسّاقِ»** و مرادُهم اَنَّ ايجادَ المعنىٰ المسبّبِي من الطَّلاقِ بيدِ الزّوجِ و اختيارِه **ولكن** لايجوزُ له اَنْ يَجْرِيَهُ باىِّ وَسيلةٍ شاءَ و اىِّ صيغةٍ ارادَها.

بالجملةِ، معنىٰ قوله: **«النّاس...»** اَنَّ المُلاّکَ تجُوزُ لَهُمْ انواعُ التَّصرّفاتِ فى اموالِهِمْ و امّا الاسبابَ و الطّرقُ الموجِدَةُ بجوازِ هذه التّصرّفاتِ فَهِىَ بيدِ

١- الحاشية، ص ۶۹.

الشّارعِ و اختيارِه و هذا هو المقصودُ من قولهم: اِنَّ قولَهُ(ص): «النّاس...» ليسَ مُشرِّعاً. **و ان شئتَ**، قلتَ: ليس معنیٰ قولِهِ(ص): «**النّاسُ...**» **اِلاّ** مٰايُرادِفُ مفهومَ الْمٰالِكيَّةِ.

مِنْ جُمْلَةِ مَا اُسْتُدِلَّ علىٰ صِحَّةِ بيعِ المعاطاةِ و افادَتِها الْمِلْكيَّةَ، السّيرَةُ المستَمِرَّةُ علىٰ ترتيبِ آثارِ الملكِ من العتقِ و الوطيِ و الايصاءِ و توريثِهِ و غيرِها مِنَ الآثارِ علىٰ الْمَأْخُوذِ بالمعاطاةِ و لايَفْرقُونَ بينَه و بينَ المأخوذِ بِالصّيغَةِ فى ترتيبِ الآثارِ المترَتِّبَةِ علىٰ الْمِلْكِ.

وَرَدَّها الشّيخُ: «بِأَنَّها كسائرِ سيراتِهِمَ النّاشِئَةِ عن الْمَسامِحَةِ و قلّةِ المبالاتِ فى الدّينِ ممّا لاتُحصىٰ فى عباداتِهِمْ و معامِلاتِهِمْ و سياساتِهِمْ كما لايخفىٰ فلا اعتبارَ بها كما اَنَّ عادَتَهُمْ الجارِيَةَ علىٰ المحرّماتِ كالغيبَةِ و الكذبِ النّاشِئَةِ عن عَدَمِ الْمُبالاتِ، لا اِعتبارَبِها».

فيه اوّلاً: اَنَّ حُجَيَّةَ السّيرَةِ ممّا لاخلافَ فيه فى الْجُمْلَةِ.

و يَشْهَدُ عليه العرفُ وَ الْمُتَدَيِّنونَ فى امورهم فى مواردَ كثيرَةً.

و ثانياً: اِنَّ المعاطاةَ ممّا جَرىٰ عليه بناءُ العقلاءِ علىٰ العملِ بها مِن زمانِ النّبىِّ ﷺ الىٰ زماننا هذا و يَتَصَرَّفُونَ فى الْهَدايا و الْعطايا، تَصَرُّفَ المُلاّكِ من دونِ اجراءِ الصّيغَةِ فيها و هذا القدرُ، كافٍ فى صِحَّتها حيثُ لم تَكُنْ المعاملاتُ، تَوْقِيفيَّةً و لايحتاجُ الىٰ اذنِ الشّارعِ بالخصوصِ كما صَرَّحَ السّيّدُ(ره) فى رَدِّهِ(ره) حيثُ قالَ:

«بِاَنّ الانصافَ اَنَّهُ ليسَ كذلِكَ بل هى علىٰ وجهٍ يَحْصُلُ منها، القطعُ بكونِ الحكمِ كذلك و اَنَّ الامامَ عليه السلام لم يَرْدَعْهُم لِكَونِهِ راضِياً بذلك».[1]

و بالجملةِ، قيامُ السّيرَةِ المستمِرَّةِ علىٰ صِحّتها ممّا لاينْبغِىَ الخلافُ فيه.

نعم: يمكن اَنْ يقالَ: اِنَّ استفادةَ العمومِ من الآياتِ المذكورَةِ و القولَ بشمُولها بيعَ المعاطاةِ، محلُّ تأمّلٍ **لِاَنَّ** هٰذه الآيات، ليست فى مقامِ التّقنين حتّىٰ يُتَمَسَّكَ بعمومِها علىٰ صِحَّتِها و افادَتِها الْمِلْكِيَّةَ بل هى ارشادٌ لماجَرَتْ مِنَ الوقايعِ و الحوادثِ الجارِيَةِ فى زَمَنِ النّبىِّ ﷺ بينَ الْمُسلمينَ وَ الْمُشركينَ و اهلِ الكتابِ فَوِزانُها، و زانُ هٰذهِ الآيَةِ الشّرِيْفَةِ:

١- الحاشية، ص ٧٠.

﴿كُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا﴾[١] فی كَوْنِها تَوْطِئَةً لِلْحُكْمِ الآخر فلايَبْعُدُ اَنْ يَقالَ: اِنَّ قولَهُ تعالیٰ: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[٢] تَوْطِئَةٌ لقوله تعالیٰ: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[٣] اِذْ لاتَحْتاجُ الْحِلِيَّةُ اِلیٰ بيانٍ.

علیٰهذا، قولُهُ تعالیٰ: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٤] ذُكِرَتْ توطِئَةً للآياتِ الآتِيَةِ بعدَها و لَيْسَتْ فی مقامِ التّقنين هذا اوّلاً:

و ثانياً: هِیَ راجِعَةٌ الیٰ الْعُهُودِ و الوقايعِ الْحادِثَةِ فی زَمَنِ النّبیِّ ﷺ بينَ الْمُسلمينِ وَ الْمُشركينَ و اهلِ الكتابِ.

و امّا قوله تعالیٰ: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[٥] فَهِیَ فی مقامِ بيانِ الْفَرقِ بينَ حكم الرّبا و البيع و اَنَّ البيعَ محلَّلٌ وَ الْرِّبا مُحَرَّمٌ لا فی مقام بيانِ انّ كلِّ ما يَصْدُقُ عليه البيعُ فهو يكُونُ سبباً لحصولِ الملكِ او لِاِحرازِ اَنْ لاشَرْطَ له شَرْعاً.

اَمّا قَوْلُهُ تعالیٰ: ﴿...تِجارَةً عَنْ تَراضٍ...﴾[٦] فَهِیَ فی مقامِ بيانِ اَنَّهُ يجوزُ الْاَكْلُ بالاسبابِ الجائِزَةِ الغيرِ الباطِلَةِ عرفاً دونَ الاسبابِ الْباطِلَةِ كذلک وَ اَمّا اَنَّ كلَّ سببٍ عُرْفِیٍّ، مُمْضاةٌ فی نَظَرِ الشّارع و بعبارةٍ اُخریٰ: كلُّ نوعٍ، سببٌ لِلْتَّمليكِ عُرفاً يَجُوزُ اَلْاَكْلُ بجميعِ افرادِهِ شَرْعاً فهو لَيْسَ بصددِ بيانِه.

ولكن يومئذٍ، انّ عَمَلَ عُلَماء الاسلام، علیٰ الْتَّمَسُّكِ بالْعُمُوماتِ من زَمانِ الشّارعِ الیٰ زمانِنا هذا كما اِدّعاهُ الشّهيدُ الثّانی فِی بَعضِ كَلِماتِه.

١- سورة اعراف، آية ٣١.

٢- سورة البقره، آية ٢٧٥.

٣- اَلْمَأخذ السّابقِ (سورة البقره، الآية ٢٧٥).

٤- سورة مائده، آية ١.

٥- سورة البقره، آية ٢٧٥.

٦- سورة النّساء، آية ٢٩.

اَلْمُعاطاةُ هل هى تُفيدُ اللّزومَ ام لا؟

فَلْيَعلَمْ اَنَّهُ بناءً علىٰ القولِ بانّها تُفيدُ الْمِلكيَّةَ، يَقَعُ البحثُ فى انّها هل هىَ، لازِمَةٌ مطلقاً كما هو ظاهِرُ المفيدِ او بشرطِ وقوعِ مقاولةٍ من المتعاطِيَيْنِ فى البين كما حُكِى عَن بعض معاصرى الشّهيدِ(ره) و عليه جمعٌ من متأخّرِي المتأخّرينَ او جايِزَةٌ مطلقاً فيجوزُ رجوع كلِّ واحدٍ من المتعاطِيَيْنِ فى ماله كما ذَهَبَ اليه اكثرُ مَنْ قال بكونها مفيدَةً للملكِ؟ **فيه وجوهٌ بل اقوالٌ.**

لايخفىٰ اَنَّ البحثَ فى لزوم المعاطاةِ و عدمِها، قبلَ ذهابِ العينينِ او اِحْداهما او قبلَ تحقُّقِ غيرهما من الملزِماتِ و اِلاّ فلزومُها بعدَ تحقّقِ واحدٍ من الملْزِماتِ كَما سيأتى بيانُها ممّا لاخلافَ فيه.

وَ اسْتُدِّلَ علىٰ اللّزومِ بالاصلِ و العموماتِ من الآياتِ و الاخبارِ:

امّا الاصلُ فهو استصحابُ بقاءِ الملكيَّةِ بعد الرّجوع و الفسخِ **و ذلك** لِاَنَّ المعاطاةَ، بيعٌ رُتِّبَتْ عليها آثارُهُ و من جملتِها، حصولُ الملكيَّةِ.

فحينئذٍ اذا شُكَّ فى اَنَّ الْاَثَر و هو المِلكيَّةُ و النّقلُ و الانتقالُ هل هو باقٍ ام لا؟

يُستصحبُ وَ يُقالُ: ببقاء الملكيَّةِ.

و الشّيخُ(ره) تَمسَّكَ به فى بابِ الخياراتِ و فى ما نحن فيه **حيثُ** قال(ره): «لااشكال فى اَصالَةِ اللّزومِ فى كلِّ عقدٍ شُكَّ فى لزُومِهِ شرعاً **وكذا لو** شُكَّ فى اَنَّ الواقِعَ فى الخارِجِ هو العقدُ اللاّزِمُ او الجايِزُ كالصّلحِ من دونِ عوضٍ و الهبَةِ.

نعم: لَوْ تَداعَيا، اُحْتُمِلَ التّحالُفُ فى الجملةِ (كما لو تداعَيا فى تعيينِ العقدِ الواقعِ بين كونِهِ صلحاً او هِبَةً بحيثُ يكونُ غَرَضُهما، تعيينَ الخصوصِيَّةِ منهما، يُحْكَمُ بِالْتَّحالُف).

وَ اُوردَ عليه اشكالانِ: الاوّلُ: اَنَّ هذا الاستصحابَ، مُعارِضٌ بِمثلِهِ و هُوَ استصحابُ بقاءِ عُلْقَةِ المالِكِ الاوّلِ و هو يُقَدَّمُ عليه **لِاَنَّ** هذا، اصلٌ سببيٌّ و ذاكَ مُسَبَّبِيٌّ لِاَنَّ منشأَ الشّكِ فى كونها لازِمَةً او جايِزَةً، الشّكُ فى بقاءِ عُلْقَةِ المالِكِ و

عدمِهِ فَاِذٰا اِسْتَصْحَبَ علقةَ المالِكِ، يُرتَفَعُ الشّكُ فی الْمُسبّبِ.

الاشكالُ الثّانی: اَنَّ الامرَ فی الملكِيّةِ الحاصِلَةِ فی المعاطاةِ، دائِرَةٌ بين كونِها متزلزِلَةً او مستَقَرّةً **و الاوّلُ** منها، قد زٰال برجوعِ المالِكِ الْاَوّل **و ثانيهما:** ايضاً كانَ مشكوكَ الْحُدُوثِ من الاوّلِ و الاصلُ، يَقْتضِی عدمَ حدوثِهِ فلايَنْفَعُ الاستصحابُ.

اجيبُ عن الاوّلِ: بِاَنَّ المرادَ من بقاءِ العُلقةِ اِن كانَ بعضُ آثارِ الملكِ **فمعلومٌ** اَنَّهُقد زالَ وَ اِن كانَ المرادُ منه جوازَ الرّجوعِ **فمن المعلوم:** اَنَّهُ ينافِی فرضَ الملكيّةِاذ لامعنیٰ لِجوازِ الرّجوعِ حينَ كان مالِكاً **وكونُ جوازِ الرّجوعِ، من جُمْلَةِ آثار تِلكَ الْعُلْقَةِ، غَيرُ معلومٍ.**

و بِالْجُمْلَةِ، قد زالتِ الْعُلقَةُ المالكِيّةُ و ما يَتَفَرّعُ عليها، من الاحكامِ و الآثارِ و لم تَكُنْ مَعها، علقةٌ اُخریٰ حتّیٰ يُشَكَّ فی بَقائِها و يُسْتَصْحَبُ حتّیٰ يكون حاكِماً علیٰ اَصالَةِ اللّزُومِ.

و اَمّا عنِ الثّانی كما عن الشّيخِ(ره) فهو اَنَّ الملكِيّةَ، حقيقةٌ واحِدَةٌ فالمِلكيّةُ اللازِمَةُ و الجايِزَةُ، ليستا حقيقَتَيْنِ مُختَلِفَتيْنِ **بل** الاختلافُ بينهما فی السّببِ المُلِّكِ و هو حكمُ الشّارِعِ بجوازِ الرّجوعِ فی الجايزِ و بِعَدَمِهِ فی اللاّزِمِ فانقسامُ الملكِ الیٰ الْمُتَزَلْزِلِ و المستَقِرِّ، ليسَ باعتبارِ اختلافٍ فی حقيقةِ الملكِ بل باعتبارِ حكمِ الشّارِعِ فی بعضِ الموارِدِ كالهبةِ بجوازِ الرّجوع **هذا اوّلاً:**

و اَمّا ثانياً: علیٰ فرض الاختلافِ فی حقيقةِ الملكِ و كونِ الجايزِ و اللاّزِمِ باعتبارِ اختلافٍ فی حقيقتَهِ فَيُمْكِنُ جريانُ الاستصحابِ هنا و لو كان امرُهُ، مُرَدَّداً بينَ مقطوعِ العدمِ و مشكوكِ الحدوثِ.

و اِلیٰ هٰذا اَشارَ الشّيخُ(ره) بقوله: «مُضافاً الیٰ امكانِ كِفايَةِ تحقّقِ القدرِ المشتركِ فی الاستصحابِ المعبّرُ عنه باستصحابِ القسمِ الثّانی.

و اجابَ السّيّدُ(ره) عن الشّيخِ(ره) اوّلاً:

بِاَنَّ الاختلافَ، بينهما اختلافٌ واقِعٌ فی حقيقَتِهِما وَ اِنْ كانَ ذلک لِاَجلِ الاختلافِ فی السّبَبِ الموجِبِ لِاختلافِ الْاَحكام.

و معلومٌ: اَنَّ مجرّدَ اِختلافِ السّـبَبِ اذا لم يَكُـنْ مـوجِباً لِاخـتِلافِ المسـبَّبِ، لايوجِبُ الاختلافَ فى الاحكامِ.

و بناءً عليه، الملكيّةُ الجايِزَةُ فى الهبَةِ مثلاً فى نظرِ العُرفِ، غَيْرُ الملكيّةِ اللاّزِمَـةِ الحاصلَةِ فى البيعِ و يترتَّبُ عليهما الآثارُ المختلِفَةُ كما اَنَّ حَدَثَ الجنابَةِ و حَدَثَ البولِ و النّومِ، يختلفانِ فى الآثارِ و الاحكامِ.

و ثانياً: علىٰ فَرْضِ كونهما حقيقَةً واحِدَةً، لااقلَّ مِن كونهما فردينِ من الملكيَّةِ **و حينئذٍ** يَكْفِى فى الاشكالِ، التّعدّدُ الفردِيُّ كما فى مثالِ الحيوانِ المردَّدِ بين زيدٍ و عمروٍ فى الدّارِ اذا كانَ قاطِعاً بخروجِ احدِهما المعيّنِ، فهوَ مقطوعُ الزّوالِ و كونُهُ فى ضِمنِ الحصَّةِ الاُخرىٰ، مشكوكٌ من اوّلِ الامرِ.

و عليه، يكونُ استصحابُ الملكيَّة مِنَ الْقِسْمِ الثّانى من اَقسامِ استصحابِ الكلىِّ **لِاَنَّ** الفردَ، مردّدٌ بين الباقى و الزّائلِ.

و ضعفُهُ ظاهِرٌ خصوصاً فيما ذَهَبَ اليه(ره) من جوازِ جريانِ الاستصحابِ فـى الفردِ المردَّدِ كما هو صريحُ كلامِهِ(ره) فى موضعٍ آخَر حيثُ قال (ره) فى الحاشِيَةِ:

«ثمّ اِنّ التّحقيقَ، امكانُ استصحابِ الفردِ الواقِعِىِّ الْمُردَّدِ بينَ الفردَينِ فلاحاجَةَ الىٰ استصحابِ القدرِ المشترَكِ حتّىٰ يُسْتَشْكَلَ عليه بما ذكرناه».

لازمُ قولِهِ(ره)، جريانُ استصحابِ الحَدَثِ بعدَ رؤيَةِ الماءِ التّى يُشّكُ فى انّه مَنّىٌ حتّىٰ يكونَ مُحدِثاً او مَـذْىٌ حـتّىٰ يكـونَ طـاهِراً **مـع اَنَّـهُمْ (ره)** صـرّحوا بِـاَنَّ الاستصحابَ، لم يَجُزْ فى الفردِ المردَّدِ بينَ مُتَحَقِّقِ الوجودِ و مشكوكِهِ كما يكـونُ كذلک فى مواردِ الشّبهاتِ المفهوميّة مثل ما اذا كان الغروبُ مثلاً مردَّداً بين الاستتارِ و ذهابِ الْحُمرَة فلاتجرِى اصالَةُ عدمِ تحقّقِ الغروبِ **لِاَنَّ** الغروبَ بالحملِ الشّايعِ، معلومُ التّحقُّقِ و العدمُ فَاِنَّ اِستتارَ القُرصِ قد تَحَقَّقَ و ذهابُ الحمرَةِ، لم يَحْصُلْ بعدُ و الاَثرُ الشّرعىُّ مُرتَّبٌ علىٰ المصداقِ و هو غَيرُ مَشْكوكٍ فيه.

وَ اَمّا تطبيقُ مفهومِ الغروبِ علىٰ اىِّ بَلَدٍ فلا اَثَرَلَهُ.

فَظَهَرَ ممّا ذكرنا: اَنَّ الاِشكالَينِ المذكورِينِ علىٰ اصالَةِ اللّـزُومِ، لايَـرِدانِ حـيثُ

يكونانِ غَيْرَ تامّيْنِ.

نَعَمْ: يمكِنُ اَنْ يَرِدَ علىٰ الشّيخِ(ره) بِاَنَّ المُستفادَ من كلامِهِ(ره)، جوازُ جـريانِ الاصلِ فی الشّبهاتِ الحكمِيَّةِ كما اَنَّهُ يَجرِی فی الشّبهاتِ المصداقِيَّةِ **مَعَ اَنَّ** جريانَ الاصولِ الشّرعِيَّةِ فی الْشَّبَهاتِ الحكمِيَّةِ، **لايَخْلُو عـن اشكـالٍ حـيثُ** اِنَّ ارجـاع الامام عليه السلام، «النّاسَ» الىٰ اِجراءِ الاصولِ مع كونِ بـابِ العـلمِ مَـفْتُوحَاً فـی عَـصْرِ المعصُومينَ عليهم السلام، بعيدٌ جِدّاً.

نَعَمْ: يَجْرِی الاستصحابُ فی موارِدَ الشّبهاتِ المصداقِيَّةِ فيما اذا اِخْتَلَفَ فی موردٍ من مواردِ جوازِ الرّجوعِ او الملكِ هل هُوَ باقٍ ام لا؟

و من هنا يقالُ: اَنَّ المرادَ من الاصلِ الذّی وَرَدَ فی تعريفِ المُـدّعِي و الْـمُنْكِرِ: «المُدّعِی من كان قولُهُ مخالِفاً للاصلِ...»، يكونُ هذا النّحوُ من الاصلِ الجارِی فی مواردِ الشّبهاتِ المصداقِيَّةِ.

و ربّما يُسْتَدَّلُ علىٰ اللّزومِ بالعموماتِ مِنَ الآياتِ و الاخبارِ، فَـمِنَ الآيـات قَـوْلُهُ تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[1] بتقريبِ اَنَّ الرّجوعَ، لَيْسَ تجارَةً و لايَكونُ عن تراضٍ فلايَجوزُ اكلُ المالِ بمجرّدِ الرّجُوعِ بعدَ كونِ المعاطاةِ بيعاً يُفِيدُ الملكيَّةَ.

وَ مِنها: قولُهُ تعالىٰ: **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** بعمومِها الازمانِيِّ **بـناءً** عـلىٰ اَنَّ مـوضوعَ وجوبِ الوفاءِ، الوجودُ آناً ما الّذی هو عبارةٌ عن العقد السّببِيِّ الذّی هو المدارُ فی ترتّبِ الاحكامِ و الآثارِ عليه وجوداً و عدماً فَيُتَمَسَّک بعمومها فيما اذا شُكَّ فی اَنَّ الملكيَّةَ **هل هِیَ باقٍ فی الآياتِ اللاّحِقَةِ اَمْ لا؟**

وَ اَمّا اِذا كانَ موضوعُهُ، الوجودَ الاستمرارِیَّ و هو عبارَةٌ عَن العقدِ المُسَبَبِیِّ فهو يزولُ بمجرّدِ الشّكِ فی البقاءِ **فحينئذٍ** لامجالَ للاستصحابِ لعدمِ تيقّنِ الموضوعِ.

هنا يبقىٰ مجالٌ للسّؤالِ و هو انّه لِمَ لم يتمسَّكِ الشّيخُ(ره) بهٰذه العموماتِ فـی بابِ الخياراتِ لاثباتِ لزومِ العقدِ اللّفظِیِّ مع تمسّكِهِ(ره) بها فـی بـابِ المـعاطاةِ؟

١- سورة النّساء، آية ٢٩.

ماالفرقُ بين البابيَنِ؟ و ما النّكتَةُ هنا تَقْتَضِى التّفكيكَ بينهما فى التّمسّكِ بها؟

يُمكِنُ الجوابُ عنه: بِاَنَّ الفرقَ بين البابَيْنِ فى التّمسّكِ بها، ناشٍ عن الفرقِ فى معنىٰ الجوازِ فى البابينِ.

و بيانُ الفرقِ بينهما: اَنَّ الجوازَ فى بابِ الخياراتِ من قبيلِ الحقِّ و هو لايُنافِى طبعَ البيعِ و هو اللّزومُ و كونُهُ امراً جِدّياً فلايَحْتاجُ فى اثباتِ اللّزومِ فى بابِ الخياراتِ الىٰ التّمسُّكِ بِالعموماتِ بخلافِ بابِ المعاطاةِ **حيثُ** اِنَّ الجوازَ فيها، من قبيلِ الحكمِ لا الحقِّ **فيحتاجُ** اثباتُ لزومها اِلىٰ العموماتِ.

و لذا مَنْ اِسْتَقَّر رأيُه فى الجوازِ فى المعاطاةِ ذَهَبَ الىٰ كونِها مُفيدةً للاباحَةِ ايضاً.

من جملةِ الْاَدِلَّهِ التّى اُستدِلَّ به علىٰ اللّزومِ كما تَمَسّكَ به الشّيخُ(ره) هنا و فى بابِ خيارِ المجلسِ قولُه ﷺ: «**البيّعانِ بالخيار مٰا لم يَفْتَرِقٰا فاذٰا اِفْتَرقٰا وَجَبَ البيعُ**».

و تقريبُ دَلالَتِهٰا عليه، اَنَّ كُلَّ ما يصدقُ عليه البيعُ، هو لازمٌ و كان واجبَ الوفاءِ اِذا اِفترَقَ الْمُتَبايعانِ عن مجلسِ العقدِ.

و معلومٌ: اَنَّ المعاطاةَ ايضاً، بيعٌ فتدخُلُ فى عمومِهِ فالمتعاطِيانِ، بيّعانِ بالخيارِ ما لم يفترِقٰا فاذا اِفْتَرَقٰا وَجَبَ البيعُ و كما اَنَّ الافتراقَ، مُلْزَمٌ فى العقدِ اللّفظِيِّ **وكذلك** فى العقدِ الغيرِ اللّفظِيِّ و هُوَ الْمعاطاةُ.

وَ دعوىٰ احتمالِ التّخصيصِ فيه و القولِ بِاَنَّ جميعَ البيوع فيمٰا اِذا اِفْتَرَقٰا، يكونُ واجبَ الوفاءِ الاّ فى المعاطاةِ.

مدفوعَةٌ بِاَصٰالَةِ عدمِ الْتَّخْصِيصِ.

نَعَمْ: اُورِدَ عَلَيْهِ تارَةً: بِاَنَّ اللّزومَ المستفادَ منه، لزومٌ حَيْثِيٌّ يعنى بِالنّسبَةِ الىٰ خيارِ المجلسِ لابِالْنِّسبَةِ الىٰ جميعِ اقسامِ البيعِ علىٰ جميعِ الحيثيّاتِ **فَمَعنىٰ قولِهِ** ﷺ: «**اذا اِفْتَرقٰا، وَجَبَ البيعُ**»، اَنَّهُ ليسَ خيارُ المجلسِ **حينئذٍ.**

فيهِ: مُضافاً الىٰ اَنَّهُ خلافُ اِطلاقِ الخبرِ المذكورِ **حيثُ** اِنَّ الافتراقَ، سببُ اللّزومِ مُطلقاً وَ اَنَّ اِستثناءَ الحيوانِ الّذى وَرَدَ فى ذيلِ بعضِ الاخبارِ، قرينةٌ بارِزَةٌ علىٰ اَنَّ الحكمَ فيه، ليسَ حُكماً حَيْثِيّاً **بَلْ** هو حكمٌ عامٌّ يوجبُ اللّزومَ فى صورَةِ الْاِفْتراقِ

فِی جمیعِ البیوعِ علیٰ جمیعِ الحیثیّاتِ.

اُخریٰ بِاَنَّ الظّاهِرَ منه اَنَّ مَنشأَ اللّزُومِ، انّما هُوَ الْاِفْتِراقُ فلادَخْلَ لِذهابِ العینینِ او اِحداهُما او غیرِهِما مِنَ الْمُلْزِماتِ فی لُزومِهٰا اَصْلاً **مع اَنَّ الالتزامَ بِهِ مُشکلٌ** لِمٰا سیجئُ بیانُهُ اِنشاء.... مِن اَنَّ المشهورَ **بل** ادَّعوا علیه الاجماعَ، اَنَّ المعاطاتَ، لاتَلْزَمُ قبلَ التّلفِ و لو علیٰ الْقَوْلِ بِالملکیَّةِ.

مِنَ الْاَدِلَّةِ الدّالَّةِ علیٰ لُزومِ المعاطاةِ قولُهُﷺ: «**اَلْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شروطِهِمْ...**» **و تقریبُ دلالتِهِ علَیْهِ**، اَنَّ الشّرطَ فِی اللُّغَةِ کما عَنِ الصِّحاحِ بمعنیٰ مُطلقِ الالتزامِ **و معلومٌ:** اَنَّ المعاطاةَ، ایضاً نَحوُ التزامٍ فَیَشْمَلُهٰا.

هذا الخبرُ وَ اِنْ کانَ مفادُهُ، الحکمَ التّکلیفیَّ فی صُورَةِ الْجُمْلَةِ الخبریَّةِ اِلاّ اَنَّهُ یدلُّ علیٰ الحکمِ الوضعِیِّ و هو اللُّزومُ کما فی قولِ القائلِ: «**اِنَّ الْمُؤْمِنَ لایَزْنِی**» و نَحوِهِ لمٰا قلناه سابقاً فی قولِهِ تعالیٰ: «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» و «**وَأَحَلَّ اللهُ الْبَیْعَ**» و نحوهما **مِنَ اَنَّ** الْاَمرَ المتعلَّقَ علیٰ ذاتِ المعامِلةِ، ارشادٌ الیٰ الحکمِ الوضعِیِّ. **و بهذا** یَنْدَفِعُ ما قیلَ مِنْ عدمِ دلالتِهِ علیٰ ما نحن فیه بِصِدَدِ اِثباتِهِ و هو اللّزومُ **حیثُ** اِنَّهُ یدلُّ علیٰ الحکمِ التّکلیفِیِّ لا الحکمِ الوضعِیِّ.

نَعَمْ اُورِدَ علیه الاشکالُ: بِاَنَّهُ لایَشْمَلُ نَحوَ البیعِ و المزارِعَةِ و نَحْوُهمٰا مِنَ الالتزاماتِ الْبَدویَّةِ **و ذلک لِاَنَّهُ** لیسَ المرادُ من الشّرطِ، کلِّ عهدٍ و عقدٍ و التزامٍ حتّیٰ یقالَ بِاشتمالِهِ لها **بَلْ المرادُ منه**، شرطٌ فی ضِمنِ عقدٍ یجبُ الوفاءُ بِهِ.

و لذا قالَ بعضُ اهلِ اللّغَةِ کما عن القامُوسِ بِاَنَّ الْشَّرطَ: «**التزامٌ فی البیعِ و نحوِهِ» ای اِلتزامٌ فِی اِلتزامٍ.**

وَ مِنْ هُنا یقالُ: اِنَّ الْبیعَ و المزارعةَ و الاجارةَ و نحوِها، لیست بِشرطٍ بِمعنیٰ «**اِلتزامٌ فی اِلتزامٍ**» بل هی مِنَ الالتزاماتِ البدَویَّةِ فلایَشْمَلُ قولُهُﷺ: «**اَلْمُؤْمِنُونَ...**»، الالتزاماتَ الْبَدْوِیَّةَ من البیعِ و المزارِعَةِ و نَحوهِمٰا.

و لذا صَرَّحَ الشّیخُ(ره) فی بابِ الخیاراتِ: اَنَّ المرادَ من الشّرطِ، اِلتزامٌ فی التزامٍ و حَمَلَ(ره) الاطلاقاتَ الوارِدَةَ، علیٰ هذا المعنیٰ.

وَ يُؤَيِّدُهُ قولُ علىٍّعليه السلام فى دُعاءِ النّدبَةِ: «بعد اَنْ شَرطتَ فى هٰذِهِ الدّنيا الْدَّنِيَّةِ» و قولُ الامامِ علىِّ بنِ الحسينِ**عليه السلام** فى صَحِيفَتِه الْشَّريفَةِ:

«لَكَ يا ربِّ: شَرْطِى، اَنْ لاٰ اَعُودَ عَلىٰ مَعْصِيَتِكَ».

يمكنُ اَنْ يُجابَ عنه بِانَّ دلالَة قولِهِ**عليه السلام**: **«اَلْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شروطِهِمْ...»** علىٰ لزومِ الوفاءِ بِالْالتزامِ فى ضمن الالتزامِ دون الالتزامِ الابتدائِيَّةِ، **بعيدٌ عن مساقها و ذلك** لِاَنَّ الوفاءِ بمطلقِ الالتزاماتِ و العملِ بها، مِنْ لوازمِ الايمان كما تُرشِدُ اليه كَلِمَةُ **«اَلْمُؤْمِنُونَ»** فى الخبرِ المذكُورِ.

و مِنْ ثُمّ صَرَّحَ الشّيخُ(ره) فى بابِ الشّروطِ بِاَنَّ اطلاقَ الشّرطِ، يصِحُّ علىٰ العهدِ الابتدائِىِّ و الالتزامِ الْبَدْوِىِّ كما اُطْلِقَ علىٰ العهدِ و النّذرِ وَ الْحَلفِ بالطّلاقِ و نحو ذلك **و لذا يُحْتَمَلُ** اَنْ يكونَ مرادُ القاموسِ و من تَبِعَهُ من **«الالتزامِ فى البيعِ و نحوِه»** الالتزامَ الحاصِلَ فى البيعِ يعنى اِنَّ الالتزامَ الحاصِلَ بالبيعِ و نحوِهِ، مصداقٌ للشّرطِ فيكونُ هذا تأييداً لِلصِّحاحِ و مَنْ حَذٰا حَذْوَهُ.

فَظَهَرَ ممّا ذكرنا: اَنَّ القولَ بدلالَةِ قولِهِ**عليه السلام**: **«اَلْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شروطِهِمْ»** علىٰ لُزُومِ الوفاءِ بالالتزامِ فى ضمن الالتزامِ دونَ الالتزامِ البدوِىّ.

بعيدٌ جِدّاً كما افادَهُ السّيّد(ره) فى الحاشِيَةِ **حيثُ** قالَ فى بابِ الشّروطِ: بِاَنَّ الالتزامَ الابتدائِىَّ ايضاً يَشْمَلُهُ عمومُ الحديثِ فقولُ المشهورُ فى عدمِ شمولِهِ الالتزامَ البدوىَّ لو ثَبَتَ، مخالِفٌ لِمٰا ذكرناه.

ثُمَّ: اِنَّ من جملةِ القواعِدِ التّى كانت مُعتبرَةً عندَ القدمٰاء و يُمكِنُ اَنْ يَتَمَسَّكَ لهٰا لاثباتِ لزومِ المعاطاةِ، **قولُهم: «عَدَمُ الدّليلِ، دَليلُ العدم».**

و المرادَ منه اَنَّهُ: لو كان من الشّارع نهىٌ فى المسألَةِ، لَنُقِلَ وَ اَشْتَهَرَ فبانَ فحيثُ لم يَرِدْ نهىٌ منه**عليه السلام** فَيُسْتَكْشَفُ منه اَنَّ حُكْمَها، الجوازُ؛

هٰذِه القاعِدَةُ و اِنْ لم تَكُنْ علىٰ اِطلاقِها و كلِيَّتِها، صحيحَةً اِلاّ اَنّهٰا تَمَسَّكَ بِهٰا السّيّدُ(ره) و جَعَلَهٰا دليلاً آخَر علىٰ لزومِ المعاطاةِ **بتقريبِ اَنَّ** المعاطاةَ من المسائلِ التّى كانت مورداً لِلْاِبتلاءِ كثيراً مٰا فلو كان لِلشّارعِ نظرٌ مخالِفٌ فيها لَنُقِلَ و اَشْتَهَرَ

فَبَانَ فحيثُ لم يَرِدْ رَدْعٌ من الشّارِعِ هنا فَيُعْلَمُ منه اَنّها تُفِيدُ اللّزُومَ كسايرِ الْبُيوعِ و العقُودِ.

نَحْنُ نقولُ: اِنّ هٰذا الوجَهَ و اِن كانَ لايخلُو عن وَجهٍ **الاّ اَنَّ مَرْجَعَهُ اِلىٰ الْسيرَةِ و بناءِ العُقَلاءِ** حيثُ كانت حُجَّةً ما لم يَرِدْ رَدعٌ من الشّارِعِ فلايكونُ دليلاً بِرأسِهِ.

اَدِلَّةُ القائِلِينَ بعدمِ اللُّزُومِ

اُسْتُدِّلَ علىٰ عدمِ لزومِ المعاطاةِ بامورٍ:

منها: الاجماعُ المُدّعىٰ عن بعض الاساطينِ فى شرحِ القواعِدِ؛ و يُسْتَأْنَسُ من كلامِ الشّهيدِ الثّانى فى المسالِكِ ايضاً حيثُ اَنّهُ(ره) بعدِ نقل قول من اِعْتَبَر مطلقَ اللّفظِ فى اللّزُومِ قالَ(ره) فى المسالِكِ: **«هٰذا اَحْسَنُهُ وَ اَمْتَنُ دَلِيلُهُ اِنْ لَمْ يَكُنْ اِجْماعٌ علىٰ خِلافِهِ»**.

و عن الغنيةِ، دعوىٰ الاجماعِ علىٰ عدمِ كونِها بيعاً و القدرُ المتيقَّنُ منه، عدمُ اللّزومِ **و عن جامِعِ المقاصِدِ: «يعتبرُ اللّفظُ فى العقودِ اللاّزِمَةِ بالاجماعِ» وكذلك** عَنْ جمع آخَر مثلِ كاشفِ الغطاءِ و غيرِه.

نَعَمْ: يَظْهَرُ من كلِماتِ بعضِ الفقهاءِ: اَنَّ الْمَسْأَلَة خلافِيٌّ كما صَرَّحَ العلاّمَةُ(ره) فِى الْتّذكِرة و بعضِ كتبِهِ الآخَر حيثُ قالَ(ره): **«اَلْاَشْهَرُ عِندَنا اَنَّهُ لابُدَّ مِنَ الصّيْغَةِ»**.

و انتَ كما ترىٰ تُؤمِى عبارتُهُ(ره) علىٰ وُجودِ الخلافِ المعتَدِّ بهِ فى المَسأَلَةِ بحيثُ يكونُ الخلافُ فِي الْمَسأَلَةِ، مَشْهوراً غيرَ اَشْهَرَ.

و صَرَّحَ صاحبُ الحدائِقِ و المحقِّقُ الاردبيلِيُّ و المحقِّقُ الكاشانِيُّ و جمعٌ من علماءِ بحرين ايضا: علىٰ اَنَّ الحقَّ، عَدَمُ اِعتبارِها فى اللّزُومِ.

و منها: اَنَّ الْاِجماعَ المذكُورَ، كان مُبَنيّاً علىٰ ما هُوَ القدرُ المشترَكُ مِنَ الاقوالِ المذكورَةِ وَ لَعَلَّهُ مأخوذٌ منها بمدلولِها الالتزامِيِّ، **حيثُ تكونُ** الاقوالُ المذكورَةُ فى بابِ المعاطاةِ، غَيْرَ قولِ المفيدِ(ره) الْقائِلِ باللّزُومِ، مشترَكُونَ فى نفيِ اللّزومِ **و هو لو صَحَّ:** فكما اَنَّ نفىَ الثّالثِ و المدلولِ الالتزامِيِّ فى تعارُضِ الخبرينِ و الشّهاداتِ و البيّناتِ حجّةٌ، فكَذٰلِكَ، المدلولُ الالتزامِيُ بالنّسبَةِ الىٰ هذه الاقوالِ.

و فيه: اَنَّ اِتّخاذَ القدرِ المشترَكِ، انّما هو فيما كانت السّالِبَةُ، بانتفاءِ المحمولِ **و لكن** قولُ المشهورِ فى نَفْيِ اللّزومِ، سالِبَةٌ بانتفاءِ الموضُوعِ **حيثُ** ذَهَبُوا اِلىٰ الاباحَةِ المجرَّدَةِ دونَ الْمِلْكِيَّةِ.

و بهذا ظَهَرَ ضعفُ ما قالَ(ره) بعدَاَ سْطُرٍ بعدَ نقلِ كلامِ الشّهيدِ الثّانی فی المسالک و تأييدِه بِاَنَّهُ فی غايةِ المتانَةِ من اَنَّ: «الاجماعَ و ان لم يَكُنْ مُحقَّقاً علىٰ وجهٍ يوجبُ القطعَ اِلاّ اَنَّ المظنونَ قَوِيّاً تحقُّقُه علىٰ عدمِ اللّزومِ...»[1]

و لايخفیٰ عليكَ اَنَّ هذا القولَ منه عجيبٌ جِدّاً لِاَنّ المقطوعَ منه مخدوشٌ كما ذكر(ره) فضلاً عن مظنونِهِ.

وَ بِالجملةِ، رفعُ اليدِ عن البيانِ الاَوّلِ و الاخذُ بهذا الوجْهِ كما عن السّيّدِ(ره) فی الحاشِيَةِ من قبيلِ الاكل مِنَ القفا.

وَكيفَ ماكانَ: اِنَّ الشّيخَ(ره) اَيَّدَ ما ضَعَفَّهُ سابقاً بقولِهِ: «**نَعَمْ يُمكِنُ اَنْ يقالَ بعدَ ثبوتِ الاِتّفاقِ المذكُورِ، اَنَّ اصحابَنا بينَ قائلٍ بالْمِلْكِ الجايزِ و بينَ قائلٍ بعدَ الملكِ رأساً فالقولُ بالملكِ اللاّزِمِ، قولٌ ثالِثٌ فَتَاَمَّلْ**».[2]

و لعلَّ الامرَ بالتّأمّلِ، اِشارَةٌ الىٰ دفعِ هذا نقضاً وَ حَلّاً:

و اَمّا نقضاً فَهُوَ اَنَّهُ بناءً عليه يلزَمُ اَنْ يكونَ القولُ بالملكيّةَ، احداثُ قولٍ جَديدٍ **و ذلك** لِاَنَّ القولَ بِالملكِيَّةِ، حَدَثَ من زمانِ المحقِّقِ الثّانی(ره) و لم يَكُنْ من جُمْلَةِ الاقوالِ الموجُودَةِ.

فَحينَئِذٍ يردُ عليه بانّه لِمَ لَمْ يُحْسَبْ هذا خَرْقاً للاجماع؟

وَ اَمّا حَلّاً فهو اَنَّ حدوثَ الاقوالِ و كثرتَها، اِنّمٰا هُوَ مِنْ لوازمِ الاختلافِ فی المسائِلِ الْخِلافِيَّةِ **فعليه** احداثُ الاقوال فی هذه المسألة كاحداث الاقوال فی جميع المسائل الخلافيّة، احداثُ قولٍ فی موردٍ لم يقولوا بالفصلِ لا مِن قَبيلِ الاجماعِ المركَّبِ و هو القولُ بِعَدمِ الفصلِ كما صَرَّحَ به المحقِّقُ الخراسانیّ(ره) فی نَظائِرِ الْمَسأَلَةِ فی مواردَ عديدَةٍ من الْكِفايَةِ.

و من جملةِ الادّلةِ التّی اُستُدِلّ بها علىٰ عدمِ اللّزومِ، غَيرُ واحدٍ مِنَ الْاَخبارِ.

كالخبرِ الواردِ فی بيعِ المُصْحَفِ: «لاتَشْتَرِ كتابَ الله عَزَّوَجَلَّ **ولكن** اِشْتَرِ الحديدَ و

۱- الفرائد، ص ۸۶

۲- الفرائد، ص ۸۶

الورقَ و الدّفتينِ و قُلْ: اِشتريتُ هذا بِكَذا وَ كَذا».[۱]

و نحوُهُ، ماوَرَدَ فى بيعِ المرابِحَةِ مثلُ ما رُوِىَ: «عن جرّاح المَدائنِى قال: قال ابوعبدالله عليه السلام: **«اِنّى اَكْرِهُ البيعَ به ده يازده و ده دوازده وَلٰكِن اَبِيعُهُ كَذا وَكَذا»**[۲] و غيرهما من الأخبارِ كالوارِدَةِ فى بيعِ الآبقِ مع الضّميمَةِ و فى بيعِ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ و فحوىٰ الاخبار الوارِدَةِ فى النّكاحِ المشتمِلَةِ جميعاً علىٰ الايجابِ **بِلَفْظِ «المُضارِعِ»** و بلفظِ: «نَعَمْ» و «القبولِ بالأمْرِ» كما سيجئُ ذكرُها اِنشاء... فى بابِ الشّروطِ.

مِنها: اَلسِيَّرةُ مِنَ التُّجارِ و اَهْلِ السّوقِ علىٰ عدمِ الاكتفاءِ فى المعاملاتِ الْخطيرَةِ بمجرَّدِ التّعاطِى وَ التَّراضِى.

نَعَمْ: رَبَّمَا يَكْتَفُونَ بالتّعاطِى وَ اَلتّراضِى فى الْبُيُوعِ الْمُحَقَّرَةِ و يُنْكِرونَهُ علىٰ مَن اِمْتَنَعَ عنِ الرّجوعِ مع بقاءِ العينينِ.

رَدَّ السّيّدُ(ره) هذه الادِلَّةَ الثَّلاثَةَ بما هُوَ لَفْظُهُ:

«اَلتَّحقِيقُ، عدمُ الاشتراطِ لما مَرَّ مِنَ الْعُموماتِ و عدم المُخَصِّصِ اذ الاجماعُ، غَيْرُ معلومِ التّحقُّقِ و الاخبارُ المشارُ اِليها، لادلالَةَ فيها مَعَ اَنَّها معارِضَةٌ بما اَشرِنا اِلَيْهِ**مضافاً الىٰ** خُلُوِّ النّصوصِ علىٰ كثرتِها عَنْ ذٰلِكَ وَ مَعَ اَنَّهُ لو كانَ لبانَ اِلاّ اَنَّ الاحتياطَ لاينبغى تركُهُ...».[۳]

نَقُولُ: تأييداً لِلْسَّيّدِ و توضيحاً لكلامِهِ(ره): اَنَّ الادِلَّةَ المنقُولَةَ مِنَ **الشّيخِ(ره)كُلَّها محلُّ نَظَرٍ:**

امّا الاجماعُ فقد تقدّم الكلام فيه و اَمّا العباداتُ السّابِقَةُ المنقولَةُ مِنَ الْاَعلامِ علىٰ فَرْضِ دلالَتِها عَلَيْهِ فَهِىَ دالَّةٌ عَلىٰ الْاِجماعِ الْحَدْسِىِّ و هو لم يَحصُلْ و لم يَنْطَبِقْ علىٰ ما نَحْنُ فيه **سِيّما** مع ذهابِ غير واحدٍ مِنْهُمْ(ره) علىٰ خلافِهِ كالاردبيلىّ(ره) و الفيضِ الكاشانِىِّ(ره) و المحَقِّقِ الخراسانىّ(ره) و بعضِ عُلَماءِ بَحْرَينِ كما ذكرناه

۱- حاشية السّيّد(ره)، ص ۷۶.

۲- المأخذ السّابق.

۳- الحاشية، ص ۷۴.

سابقاً وَ اَمّا الاخْبارُ الوارِدَةُ فَهِیَ لَیسَتْ فی مقامِ بیان لزومِ الْاَلْفاظِ وَ الْاَقْوالِ و اَجزائِهِما و عَدَمِ کِفایَةِ التّعاطِی بَلْ هی فِی مقامِ الدّلالَةِ علیٰ اَنَّ الموارِدَ الضّرُوریِّ مِنَ المعامِلاتِ التّی لایُمْکِنُ بیانُ شرایطِها و خُصُوصِیّاتِها اِلّا بِالالفاظِ، یَجِبُ بیانُها و اَدائُها بها دونَ التّعاطِی.

فبناءً علیه، یکونُ الحَصرُهنا، حصراً اِضافِیّاً بالنّسبَةِ الیٰ موارِدِ الحاجَةِ الیٰ القولِ و اللّفظِ.

وَ مِنَ الواضِحِ: اَنَّ الحاجَةَ کذلک فی مواردِ الضّروریّ مِنَ المعامِلاتِ، لایُنافِی کفایَةَ المعاطاةِ فیما لَمْ یَحْتَجْ فیه اِلیٰ القولِ بل کُلُّها او جُلُّها ناظِرَةٌ الیٰ مضمونِ البیعِ و اَنَّ مضموناً مِنهُ صَحِیحٌ و مضموناً مِنهُ غَیْرُ صَحیحٍ لا فی مقامِ بیانِ لزومِ الالفاظِ.

و اَمّا السیرَةُ فَهِیَ تجری فی بعضِ اقسامِ الْاُمُورِ الْخَطیرَةِ کَالْمُسْتَغِلّاتِ **و مَنْشَأُ ذلک،** احتیاطُ التُّجّارِ فی حفظِ اَمْوالِهِمْ وَ احکامِ الْسِّجِلاتِ.

فَهِیَ اِنّما تَحْتاجُ فی لُزُومِها اِلیٰ الاقوالِ وَ الْاَلفاظِ لافی مثلِ مالِ التّجارَةِ کما یشهَدُ عَلَیْهِ الْعُرفُ و فتاویٰ الفقهاء رضوانُ اللهِ علیهِمْ.

من جُمْلَةِ الادلَّةِ التّی اِسْتَدَلَّ بها صاحبُ الرّیاضِ علیٰ عدمِ اللّزومِ ما رُوِیَ: «عن ابن ابی عمیر عن خالد بن الحجّاج او ابن بُخیج[1] قال: «قلتُ لابی عبدالله علیه السلام: الرّجلُ یجئیُ فیقولُ: اِشْتَرِلی هذا الثّوبَ وَ اَرْبَحُکَ کذا و کَذا، قال: اَلَیْسَ اِنْ شاءَ، تَرَکَ وَ اِن شاءَ اَخَذَ **قلتُ: بلیٰ قال علیه السلام: لابأسَ به اِنَّما یُحَلِّلُ الْکَلامُ وَ یُحَرِّمُ الْکَلامُ»**[2]

وَ نَحْوُهُا ما وَرَدَ فی کتابِ المزارعَةِ مِثلِ ما عنِ الحلبیِّ قالَ: «سَئَلَ ابُوعَبدالله علیه السلام عن الرّجُلِ یَزْرَعُ الْاَرْضَ فَیَشْترِطُ لِلْبَذْرِ ثُلثاً و لِلبَقَرِ ثُلثاً قال: لایَنْبَغِی اَنْ یُسمّیٰ شیئاً فَاِنّما یُحرِّمُ الکلامَ».[3]

۱- هو بالباء المضمومة و الخاء المعجمة و الیاء ثمّ الجیم و عن العلاّمةِ فی ایضاحِ الاشتباه (خالد بن نجیح بالنّون المفتوحة و الجیم و الحاء المهملة).

۲- الوسائل، ج ۲، الباب ۸ من ابواب احکام العقود، الحدیث ۵.

۳- الوسائل، ج ۲، الباب ۸ من ابواب المزارِعَة، الحدیث ۴.

و غيرها مِنَ الرّواياتِ الوارِدَةِ فى بابِ المزارِعَةِ تـركناها لِـلْإختصارِ فَـراجِـعْ.

الرّوايَةُ المروِيّةُ عن «ابن ابى عمير» وَ اِنْ كانَ فيها: «**خالد بن بخيج**»، مجهولاً علىٰ ما هو المنقولُ عن المجلسِيِّ فى حواشى الكافي اِلاّ اَنَّها تُحسَبُ صحيحاً لوجُودِ: «**ابن ابى عُمَيْر فى سندِها**».

وَ بِالْجُمْلَةِ، لاكلامَ فى سندِها، اِنّما الْكَلامُ فى دلالَتِها **لِاَنَّ** الاعتمادَ علىٰ ظاهِرِها، يُفيدُ عدمَ صِحَّةِ المعاطاةِ فضلاً عَنْ لُزُومِهِ و اَنَّها وَرَدَتْ لبيانِ صِحَّةِ البيعِ الْكُلِيِّ و بطلانِ بيعِ ما ليسَ عندَهُ و البِطلانِ بالبيعِ الشّخصِيِّ **و ذَكَرَ الشّيخُ(ره)** فى هذه الرّوايَةِ، احتمالاتاً اربَعَةً و احتمالٌ واحِدٌ مِنها، له مِساسٌ مع ما نَحْنُ فيه و هو دليـلُ مَـن اِسْتَدَلَّ علىٰ عدمِ اللّزُومِ بهٰذه الرّوايَةِ **و امّا الاحتمالاتُ الأُخرىٰ الباقِيَةُ فَهِيَ** اَجنبِيَّةٌ عمّا نَحْنُ فيه.

فَمِنْ جُمْلَةِ الاحتمالاتِ: اَنَّ المرادَ من الكلامِ، الذّى وَرَدَ فى الخبرِ، اَللَّفظُ الدّالُ علىٰ التّحريمِ و الْتّحليلِ و اَنَّهُ مُؤَثِّرٌ فى الْحِلِيَّةِ وَ الحرمَةِ و له موضوعِيَّةٌ فِى الْتّأثيرِ.

و بناءً علىٰ هٰذا الاحتمالِ، لااعتبارَ بِمُجَرِّدِ القصدِ و التّعاطِي وَ لاتُفِيدُ المـعاطاةُ شيئاً مِنَ الاباحَةِ و التّمليكِ.

و ثانيها: اعتبارُ الكلامِ بمعنىٰ اللّفظِ مَعَ مضمونِهِ و دخالَتُهِ فى الْتّحريمِ و التّحليلِ، دخالةٌ طَرِيقِيَّةٌ بحيثُ لو اُدِّىَ المضمونُ الواحِدُ بلفظٍ، يكونُ مُحَلِّلاً و لو اُدِّىَ بلفظٍ آخَر، يكونَ مُحَرِّماً كما اَنَّ قولَ القائلِ: «**مَتّعتُكَ**»، يُوجِبُ حصولَ العلاقَةِ الزّوجِيَّةِ فَهُوَ مُحِلِّلٌ دونَ هذا القولِ: «**مَلَّكْتُكَ**» **او** «**سَلَطْتُكَ**» وَ نَحوهِما.

ثالِثُها: اَنْ يَكونَ الْتّحرِيمُ و التّحلِيلُ، بِاعتبارِ وُجودِ الكلامِ و عَـدَمِهِ او بِـاعتبارِ وُقُوعِهِ فى مَحَلِّهِ او غَيْرِ مَحَلِّهِ بحيثُ يكونُ كلامٌ واحدٌ مُحِلّاً و عَدَمُهُ مُـحرِّماً او يكون مُحَلِّلاً اذا وَقَعَ فى محلٍّ او مَحرّماً اذا وَقَعَ فى محلٍّ آخَر.

وَ رابِعُها: اَنَّ نوعاً مِنَ الكلامِ كالمقاوَلَةِ و المواعِـدَةِ مُـحِلّلٌ و نـوعاً آخَـر مِـنْهُ كالايجابِ قبلَ الاستيجابِ و بَيْعِ مٰا لَيْسَ عنده، مُحَرَّمٌ **و علىٰ هذا الاحتمال**، تَكُونُ اَلْإلفُ و اللاّمُ الدّاخِلَةُ علىٰ قوله ﷺ «**الكلام**» لِلْعَهْدِ.

هٰنا، اِحتمالٌ خامِسٌ ذَكَرَهُ صاحبُ الجواهر و المحقّق الاِصفهانِیّ وَ الْمُحَقِّقُ الخراسانیِّ و بعضٌ آخَر و هو اَنّ البیوعَ الصَّحِیحَةَ، تُحَلِّلُ البایعَ فیمٰا اِنْتَقَلَ الیه الثّمَنُ و تُحَرِّمُ التَصَرُّفَ فیما اِنتَقَلَ عَنهُ الیٰ المشتری و کَذٰلِک تُحَلِّلُ المشتری، اَلتَّصَرُفَ فیمٰا اِنْتقَلَ الیه مِنَ المبیعِ و تُحَرِّمُ التَّصَرُفَ فیما اِنتَقَلَ عنهُ الیٰ البٰایعِ و قد کانَ حلالاً قبلَ البیعِ.

و الشّیخُ(ره) بعدَ ذکرِ الاحتمالاتِ الاربعَةِ فی المتنِ، رَجَّحَ الاحتمالَ الثّالِثَ مِنْ بینِها، وَ اِخْتٰارَهُ وردَّ البٰاقِی و علیٰ مختارِه(ره)، لامِساسَ لِهٰذه الرّوایَةِ مَعَ ما نَحْنُ بصددِ اِثباتِهِ و هو عَدَمُ اللُّزُومِ.

و یبقیٰ هنا مجالٌ لِلسُّؤال و هو اَنَّ اَیَّ احتمالٍ من الاحتمالاتِ الْمَذکورَةِ، یَکونُ مراداً مِنَ الرّوایَةِ و ایُّها لایکونُ مراداً منها؟.

حاصِلُ الجوابِ عنه اَنَّ الْاِحتمالَ الْاَوَّلَ، غَیرُ مرادٍ مِنَ الرّوایَةِ کما عن الشّیخِ(ره) لعدمِ ارتباطِهِ لِمٰا تَدُلُّ علیه الرِّوایَة من عَدمِ جوازِ ایجابِ البیعِ قبلَ الْشِّراءِ من مالکِهِ الاصلِیِّ مع اَنَّ الظّاهِرَ، قولُه علیه السلام: **«اِنّما یُحلِّلُ الکلامَ و یُحَرِّمُ الکلامَ»** کالتّعلیلِ له **مَعَ اَنَّ** دلالةَ هذه الرّوایةِ علیٰ عدم اِفادَةِ المعٰاطاةِ، الاباحة و لا التّملیک الَّذِی یَلْزَمُ علیٰ هذا الاحتِمالِ، خلافُ المشهورُ کما اَنَّ تطبیقَ هذا القولِ: **«اِنَّمٰا یُحَرِّمُ الکلامُ»** علیٰ ما وَرَدَ فی باب المزارِعَةِ ایضاً **لایَخْلُو عن غُمُوضٍ.**

اَضٰافَ الشّیخُ لِاِثباتِ عدم کونِهِ مراداً منها، اَنَّهُ یَلْزَمُ تَخصیصُ الْاَکْثَرِ **و هُوَ لایَخْلُو عن ضَعْفٍ** کما سَتَعرِفُ وجهَهُ عن قریبٍ.

و قال الشّیخُ(ره): اِنّ الاحتمالَ الثّانی ایضاً؛ غَیرُ مرادٍ مِنها لِاَنَّهُ لیس هنا مضمونٌ واحدٌ **بل** مَضْمُونانِ: اَحَدُهُما، المقاوِلَةُ وَ الْمُراضٰاةُ وَ هُوَ مُحِلِّلٌ لِلْمُعٰامِلَةِ **و ثانیهما:** اِیجٰابُ البیعِ قَبلَ الاستیجابِ و هو مُحَرِّمٌ لها.

و بالجملة: اِنَّ هٰذا القولَ، لایَنْطَبِقُ علیٰ موردِ الرِّوایَةِ.

وَ لایَجُوزان یکونَ الْمرادُ مِنَ الرّوایَةِ، اَلْاِحْتمالُ الرّابِعُ اَیْضاً لِاَنَّ المواعِدَةَ و المراضاةَ، لاتَکُونُ مُحِلّلَةً بشئٍ کما اَنَّ ایجابَ البیعِ قبلَ الاستیجابِ الذّی کانَ

فاسداً، لايُحَرِّمُ شيئاً فَبقىٰ مِنَ الْاحتمالاتِ الْاَرْبَعَةِ، الْاِحْتِمالُ الثّالثُ الَّذى اِختارَهُ(ره) من بينِ هٰذه **خِلافاً للسّيّد(ره) حيثُ اِختارَ الاِحْتِمالَ الْاَوَّلَ** و جَعَلَهُ اَظْهَرَ الاحتمالاتِ الْاربَعَةِ حيثُ قال(ره) فى الحاشِيَةِ:[1]

«الانصافُ: اَنَّ الْمعنىٰ الْاَوَّل، اَظْهَرُ مِن سايرِ المحتَمِلاتِ بِالنِّسبَةِ الىٰ صَدرِ الْخَبَرِ ايضاً مُضافاً الىٰ كَوْنِهِ مِنْ حيثُ هو كذٰلك...».

ثُمَّ رَدَّ دَلالةَ هٰذه الرّوايَةِ علىٰ عدمِ اللّزومِ فى آخَر كلامِهِ(ره) بِقَوْلِهِ:

«فَالْاَوْلىٰ فِى رَدِّ الاستدلالِ بِالْخَبَرِ اَنْ يقالَ: اِنَّ ظاهِرَهُ، مخالفٌ لِلْاِجماعِ لِاَنَّ الْمَفْرُوضَ اَنَّ المغاطاةَ، مُفيدةٌ لِلْاِباحَةِ بِالاجماعِ».

يَرِدُ علىٰ السّيّد(ره): اَنَّ دعواه، مَحَلُّ تأمّلٍ: اَمّا دعوىٰ كونِ الخبَرِ، مُخالِفاً لِلْاِجْماعِ فَهُوَ مُشكِلٌ جِدّاً لِاَنَّ الْمُجْمِعينَ، عَمِلُوا بِهٰا فى هذا البابِ و بابِ المزارِعَةِ **و غَيْرِها مِنَ الابوابِ.**

وَ اَمّا اِختيارُهُ(ره) اَلْاِحْتِمالَ الْاَوَّلِ من بينِ سايرِ المحتَمِلاتُ فَهُوَ ايضاً لايَخْلُو عَنْ اشكالٍ لِاَنَّهُ لم تُفْرَضْ فيها اِشارَةٌ الىٰ التّعاطى وَ الْعَمَلِ حتّىٰ يُسْتدَلَّ بِاَنَّ الكلامَ دونَ العملِ و التّعاطِى، مُحَلِّلٌ او مُحرِّمٌ؟ **بَلْ** صَدرُهُ و ذَيْلُهُ، كَلاهُمٰا مِن قبيلِ الكلامِ فَلامِساسَ لهٰا لِما نَحْنُ فيه **وَ مَع ذلك كَيْفَ يجُوزُ القولُ بكونها مُخالِفاً لِلْاِجْماعِ؟**

وكذلك، اِختيارُ الشّيخِ(ره) اَلْاِحْتِمالَ الثّالِثَ وَ تَأْييدَهُ لَهُ بعيدٌ بَلْ لايَخْلُو عن منعٍ وَ اِن كانَ الاحتمالُ الاوّلُ اَبْعَدَ **و ذلك لِاَنَّ** اِستنادَ التّحليلِ او الْتَّحْريمِ الىٰ وجودِ الكلامِ و عدمِهِ، بعيدٌ جِدّاً كما صَرَّحَ به المحقّقُ النّائينى(ره) فى الْتَّقريراتِ بِقَوْلِهِ:

«اَلا تَرىٰ اَنَّه لايَصِحُّ اَنْ يُقالَ: اِنَّ الْتَكَتُّفَ مثلاً شَرْطٌ لِلصّلاةِ بِاِعتبارِ عدمِهِ و الوضُوءُ مثلاً، شَرْطٌ لهٰا بِاِعتبارِ وجُودِهِ».

و هٰكذا كونه مُحِلّاً او مُحرِّماً باعتبار الْمَحَلِّ و غَيْرِهِ، غَيْرُ ظاهِرٍ وكانَ بعيداً لِاَنَّ عدمَ الحِلِيَّةِ، باعتبارِ عدمِ حُصُولِ الْاِيجابِ الْصَّحِيحِ لاالْاِيجابِ الفاسِدِ فَلايَكُونُ الاِيجابُ الواقِعُ فِى غَيْرِ مَحَلِّهِ، مُحرِّماً.

۱- ص ۷۵.

مضافاً الیٰ ذلک کلّه، یَرِدُ عَلَیْهِ(ره) بِاَنَّهُ لم یُعْلَمْ ما وَجْهُ لزومِ تخصیصِ الْاَکْثَرِ **بَناءً** علیٰ الاحتمالِ الْاَوَّلِ؟ لِاَنَّ اَفرادَ الْمُخَصِّصِ، یکونُ کلُّ واحدٍ منها، مُوجِباً لتخصیصٍ علیٰحدّة فی قولِهِ ﷺ: **«اِنَّما یُحَلِّلُ الْکَلامِ» بل** هنا، تخصیصٌ واحِدٌ، **غایَةُ الامرِ**، لَهُ افرادٌ کثیرَةٌ فی الْحُرْمَةِ و هو بِمُجَرَّدِهِ، لایَقْتَضِی کِثْرَةَ التّخصیصِ کما اَنَّ کِثْرَةَ افرادِ الْفُسّاقِ من افرادِ الْعُدولِ، لایُوجِبُ القولَ بِاَنَّ تخصیصَ العامّ به، تخصیصُ الْاَکْثَرِ.

و یُمکِنُ اَنْ یجابَ عن ما اَفادَ صاحبُ الجواهر(ره) و المحقّقُ الاصفهانِی(ره) و غیرُهما مِمَّنْ حذا حذوهما فی معنیٰ الرّوایة ایضاً: بِاَنَّ هذا الاحتمالَ اِن رَجَعَ الیٰ اَحَدِ الاحتمال الْسّابِقَةِ فَقَدْ تَقَدَّم الکلامُ فیها تَفصِیلاً و الکلامُ هُوَ الکلامُ **وَ اِلّا فنقولُ: اِنَّهُ مخالِفٌ لمدلولِ الرّوایَةِ صَدراً حیثُ** اِنّ صَدرَ الْرِّوایَةِ، فی مقامِ بیانِ صِحَّةِ المواعَدَةِ و المقاوَلَةِ و عدمِ صِحَّةِ الایجابِ قبلَ الاستیجابِ **و معه کَیْفَ یُساعِدُهُ اَلْقوْلُ: بِاَنَّ البیوعَ الصّحیحَةَ، تُحِلّلَ التّصرُّفَ فیما اِنْتَقَلَ الیٰ البایعِ و یُحرِّمُ التّصرُّفَ فیما اِنتَقَلَ عنه من المبیعِ...؟**

وَ اَنْت کما تریٰ اَنَّ الصّدرَ وَ الْذَّیْلَ، لایَتَلائِمانِ معاً فی هٰذهِ الرّوایَةِ و فیما وَرَدَ فی بابِ المزارعَةِ من قَولِهِ ﷺ: **«لایَجُوزُ لِلزّارِعِ اَنْ یَقُولَ ثُلثاً لِلبَذْرِ و ثُلثاً لِلْبَقَرِ بل یَقُولُ: اَدْفَعُ لک کَذا و کذا ثُمَّ قالَ** ﷺ**: اِنَّما یُحَرِّمُ الْکَلامَ»** کما لایخفیٰ وَجْهُهُ علیٰ القارئِ الْمُتَأَمِّلِ.

فَالْاَوْلیٰ اَنْ یُقالَ: اِنَّ الْمُتَعیِّنَ هُوَ الْاِحتمالُ الثّانی بتقریبٍ آخر مَعَ توسّعٍ فیه وَ اِنْ اَبَیْتَ عن کَوْنِهِ، الاحتمالَ الثّانی فَاجْعَلْهُ اِحتمالاً آخَر فی قِبالِهِ **وَ هُوَ اَنَّ الْوُصُولَ اِلیٰ** ما قُصِدَ منَ الْکَلامِ الذّی لُوحِظَ طَرِیقاً الیه، لَهُ طریقانِ: **طَریقٌ یُوجِبُ الْبُطْلانَ** فَلایَجُوزُ تَمَلُّکُ الْسِّلْعَةِ وَ الْاِنتِفاعُ بها و هو اِیجابُ الْبَیْعِ فی مالِ الْغَیْرِ قَبْلَ شِرائِهِ مِنْ مالِکِه.

و طریقٌ یُوجِبُ الْصِّحَّةَ وَ بِهِ یَحْصُلُ تَمَلُّکُ الْسِّلْعَةِ وَ الْاِنْتفاعُ بها.

فحینئذٍ یکونُ الْحَصْرُ فیها، حَصْراً اِضافیّاً بملاحِظَةِ مَوْرِدِ الرّوایَةِ فَلا اِرتِباطَ لِلْحَدِیثِ بابِ المعاطاةِ.

هذا تَمامُ الْكَلام فى الْاِحتِمالاتِ فى هٰذهِ الرِّوايَةِ وَ ما قِيلَ او يُمْكِنُ اَنْ يُقالَ فيها مِنَ الْاِشْكال وَ الْخَدْشَةِ.

و اَمّا الْكَلامُ فى فِقْهِ الرّوايَةِ فَهُوَ اَنَّ نِسْبَةَ التّحليلِ و الْتَّحْرِيمِ الىٰ الْكَلامِ عَلىٰ ايِّ احتمالٍ مِنَ الْاِحتِمالاتِ الْمَفْرُوضَةِ، ليست نِسْبَةً حقيقيّةً **بل** تَكُونُ مَجازيّاً بِـالْدِّقَةِ الْعَقْلِيَّةِ.

و ذلك لِاَنَّ حُرْمَةَ بيعِ ما ليسَ عِنْدَهُ مَثَلاً، ليسَ لِاَجْلِ كَوْنِهِ مِنْ قَبيلِ الْكَلام و المقاوَلَةِ **بَلْ لِاجلِ كَوْنِهِ** ملِكاً لِلْغَيْرِ وَ اَنَّ اَكْلَ مالِ الْغَيْرِ، حرامٌ لايجُوزُ الْتَّصَرُفُ فِيهِ وَ بقىٰ علىٰ حُرْمَتِهِ الْاَوَلِيَّةِ فَكَونُ الْكَلامِ مُحرِّماً بِاِعتِبارِ اَنَ الْاِيجابَ قَبْلَ الْتَمَلُّكِ، صارَ مانِعاً مِنَ الْتَّحْلِيلِ بَعْدَ تَحَقُّقِ مُقْتَضِيهِ **فَبقىٰ** علىٰ تَحْريمِهِ الْاَوَلِيِّ.

وَ اَمّا عُرْفاً فَتَجُوزُ نِسْبَةُ التّحليلِ وَ الْتَّحْرِيمِ اِلىٰ الكلامِ **بِحَيْثُ** يكونُ الْكَلامُ مُقْتَضِيهِ، ذلك فَعَلَيْهِ هِيَ اَجْنَبِيَّةٌ عَمّا نَحْنُ فِيهِ.

تنبيهات المعاطاة

التّنبيهُ الاوّلُ: هل يعتبرُ فی المعاطاةِ ما يُعْتَبَرُ فی البيع بالصّيغة من الشّرائطِ و الاحكامِ ام لا؟

يَخْتَلِفُ حكمُ المسألةِ: بحسب المبانی المتصوّرة فی المعاطاة:

اَمّا بناءً علىٰ ما قُصِدَ بها التّمليكُ ففی جريان الشّرائط و عدمه فيها، احتمالاتٌ ثَلاثةٌ:

الاوّل: جريانها هنا مطلقاً.

الثّانی: عدمُ جريانها فيها مطلقاً.

الثّالث: الحكمُ فی جريانها فيها بناءً علىٰ افادتها الملكيّةَ و عدم جريانها فيه بناءً علىٰ افادتها الاباحة.

و يمكن التّفصيلُ هنا بين الشّرائط الّتی ثبت اعتبارها من النّصِ فتجری الشّروط فيها و الاّ لم تفد عند الشّارعِ الاّ الاباحة و بين الشّرائط الّتی ثبت اعتبارها فيها بالاجماع فلاتجری فيها **حيث** يكون دليلاً لُبّيّاً و يجب الاخذ بالقدر المتيقّن منه و هو العقد اللاّزم و العقد اللّفظیّ.

مبانی هٰذه الاحتمالات الثّلاثة:

مبنیٰ الاحتمال الاوّل و هو القول بجريانها فيها مطلقاً كما هو مختار الشّيخ(ره) **حيث** قال(ره) فی المتن: «**الاحتمال الاوّل، لايخلو عن قوّةٍ**» انّها بيعٌ عرفاً و شرعاً تترتّب عليه الآثارُ.

و يدلّ عليه قولُهُ تعالىٰ: ﴿**أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ**﴾[1] و ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ و نحوهما من العمومات.

هذا بناءً علىٰ القول بافادتها الملكَ و امّا علىٰ القول بافادتها الاباحةَ شرعاً **فهی بيعٌ** عرفاً **لانّ** موضوع ادلّةِ هٰذه الشّرائط، البيوعُ العرفيّةُ و لميكن فرقٌ بين البيع

۱- سورة البقرة، الآية ۲۷۵.

بالصّيغةِ و المعاطاةِ اِلاّ فى الصّيغةِ فيعتبرُ فيها مايعتبر فى البيعِ بالصّيغة من الشّرائط و الاحكام.

و مبنىٰ الثّانى: انّ الْمِنْساقَ من ادلّةِ الشّرائط و هو الظّاهر من النّصِ و الفتوىٰ، اَنَّ موضوعَها، البيعُ اللاّزمُ لاالبيعُ مطلقاً حتّىٰ يشمل البيعَ الجائزَ.

هذا، علىٰ القول بافادتها الاباحَةَ، واضحٌ لِامْريَةَ فيه **حيث** لم‌تكن بيعاً فى نظر الشّرعِ و المتشرّعَةِ و امّا علىٰ القول بالملک **فلانّ المطلقَ**، ينصرف الىٰ الفرد الاظهر و هو البيعُ بالصّيغةِ فالمعاطاةُ المفيدةُ للاباحةِ، خارجةٌ عن مسٰاقها.

و مبنىٰ الثّالث: الْتّفصِيلُ بين الشّرائطِ الّتى ثَبَتَ اعتبارُها بالنّص الّذى كان لهٰا اطلاقٌ و عمومٌ فتجرى فيها و بين ماثبت اعتبارها بالدّليل الْلُّبِيِّ الّذى لا اطلاقَ فيه فيؤخذ منه القدرُ المتيقّنُ و هو العقد اللاّزم **فلاتجرى فيها.**

هذا كلّه بناءً علىٰ ما قُصِدَ بها الملکُ و امّا المعاطاةُ المقصودةُ بهٰا الاباحةُ المفيدَةُ للاباحة ايضاً شرعاً كمٰااِحْتَمَلَهُ صاحبُ الجواهرِ(ره) و اشرنا اليه سابقاً **فالقاعدةُ تقتضى**، عدمَ اِعتبارِ جميعِ شرائطِ البيعِ فيهٰا مطلقاً **حيث لم‌يكن بيعاً لاعرفاً و لاشرعاً ولكنّ** الشّيخ(ره) تَردَّدَ هنا فقال ماحاصِلُه:

«**اِنَّ ادِلّةَ هذه الاباحَةِ الْعَوَضِيَّةِ** من خصوصٍ او عمومٍ، ان كان من قبيلِ قوله ﷺ: «**اَلْنّاسُ، مُسَلَّطُونَ عَلىٰ اَمْوالِهِمْ**» من الادلّةِ الغيرِ الْبيِّنَةِ فمقتضىٰ القاعدة، عدم الاشتراط فيها اِلاّ ماخرج بالدّليل و ان كان من قبيلِ الاجماعِ و السّيرةِ من الْاَدلَّةِ الْلُّبِيَّةِ، كان مقتضىٰ القاعدة، الاشتراطَ اِلاّ ما خَرَجَ عنه بالدّليلِ.

اَلثَّمَرَةُ بين المبانِى الْمَذكورَةِ:

قبل ذكر المختار فى المسألة و مايَرِدُ علىٰ الشّيخِ فى هذا التّنبيه، يلزم بيانُ الْثَّمَرةِ، بين المبانى و الاقوالِ الْمَذْكُورةِ هنا.

تَظْهَرُ الفايدةُ بين المبانى و الاقوال المذكورة فى ترتّبِ احكامِ البيعِ بالصّيغةِ فيها و عدمه **و مُحَصَّلُهُ:** اَنَّهُ لاشَكَّ فى عدمِ جريانِ احكامِ البيعِ بالصّيغة فى المعاطاة الّتى قُصِدَتْ بها الاباحةُ المجرّدةُ **لانّها** ليست بيعاً لاعرفاً و لاشرعاً فلم‌يكن الْمُبِيحانِ بِبَيِّعينِ كما انّه لاشكّ فى جريانها فيها اذا قَصَدَ المتعاطيان، التّمليكَ و حَكَمَ الشّارعُ به ايضاً **لانّها** بيعٌ عرفاً و شرعاً فيترتّبُ عليه اَحْكامُهُ مطلقاً **و امّا اذا** كان المرادُ منها، المعاطاة الّتى قُصِدَ بها التّمليكُ و حَكَمَ الشّارعُ فيها بالاباحةِ **فيحتمل عدمُ** جريانها فيها **لانّها** ليست بيعاً شرعاً و ان كانت بيعاً عرفاً **لانّ** موردَ جريانِ الاحكامِ، البيعُ الْلّازِمُ لا الْجايِزُ.

و يحتمل جريانها فيها ايضاً **لِاَنَّ** الادلّةَ العامَّةَ مثل قوله تعالىٰ:

﴿اَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ و **﴿... تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾** و نحوِهما، مُنَزَّلَةٌ علىٰ البيعِ العرفىِّ و المعاطاةُ علىٰ هذا التّصوير ايضاً، بيعٌ عرفاً فتجرى فيها احكامُهُ.

و يجرى الرّبا فى المعاطاة علىٰ المبانى الثّلاثةِ المذكورةِ **بناءً** علىٰ اَنَّ موضوعَ جريان الرّبا، مطلقُ المعاوضةِ كما هو التّحقيقُ.

و لذا قالوا: اِنَّ الرّبا، تجرى فى الصّلح بل الغرامات و غير ذلک من العناوين الّتى كان فيها نوعُ معاوضةٍ.

و امّا الخيارات فهى تجرى فيها بناءً علىٰ كونها بيعاً فَيَصِحُّ اِسْقاطُها و المصالحةُ عليها قبلَ اللّزومِ.

غاية الامر، يظهر اَثَرُهُ بعد اللّزومِ **و لاتجرى** فى المعاطاة الّتى قُصِدَتْ بها الْاِباحةُ لما قلنا من عدم كونه بيعاً.

و دعوىٰ: انّ موردَ جريانِ الخيارات، البيعُ الذّى طبعُهُ، اللّزومُ **لانّها** شُرِّعَتْ لاجلِ

التّخلّصِ عَن الْمَخْمَصَةِ و المُعْضَلَةِ الحاصلةِ من لزومِ العقد فی بعض الموارد فلاتجری الخیاراتُ فی المعاطاة المحکومَةِ بالجوازِ و لو حکمنا بالملکیّةِ.

مدفوعةٌ بانّ لازمَ هذا الکلام، ان لاتجتمع الخیاراتُ فی بیعٍ واحدٍ **لانّ** حصولَ واحدٍ من الخیارات فی البیع کخیارِ المجلسِ و نحوهما، کافٍ فی التّخلّص عنها و لایحتاجُ الیٰ ازیدَ من خیارٍ واحدٍ مع انّه یجوز اجتماعها فی موردٍ واحدٍ لتعدّد اسبابه و هو شایعٌ عرفاً.

یمکن اَنْ تُبْتنیٰ المسألَةُ **علیٰ ما هو المرادُ من الخیار و انّ معناه ماذا؟**

هل هو، حلُّ الْعقدِ الّذی یتعلّق علیٰ الامرِ السّببیِّ کما یستفادُ هذا من بعضِ کلماتِ الشّیخ(ره) او تُرادُ منه الملکیّةُ، الّذی یرجِعُ الیٰ العقدِ الْمُسَبَّبیِ؟

و علیٰ الاوّل، تجری الخیاراتُ فی جمیع اقسامِ المعاطاة حتّیٰ علیٰ الاباحَةِ **لانّها** حینئذٍ، اباحةٌ باباحةٍ و هو عقدٌ و عنوانٌ مستقلٌّ کساير العناوینِ الفقهیّةِ **و امّا علیٰ الثّانی** فلاتجری فی المعاطاة الّتی قُصِدَتْ بهٰا الاباحةُ المجردّةُ بلا اشکالٍ فیه **حیث** لم تحصل الملکیّةُ فهی سالبةٌ بانتفاءِ الموضوعِ **وکذلک** فی المعاطاة الّتی قُصِدَبها التّملیکُ و حَکَمَ الشّارعُ فیها بالاباحةِ کما انّه لااشکالَ فی جریانها فی المعاطاةِ التّی قُصِدَبهٰا التّملیکُ شَرْعاً لحصولِ الملکیّة هنا شرعاً.

نحن نقولُ: ما ذكره الشّيخُ(ره) فی هذا التّنبيه، لايخلو عن نظرٍ فی مواردَ:

منها: اَنَّ التّفصيلَ فی جريانِ الْشَّرائطِ فی الاباحة بالعوض، بين الادلّة الْلُّبِيَّةِ و غيرها، لامجالَ له بعد فرضه(ره) انّها، لم‌تكن بيعاً لاعرفاً و لاشرعاً **فلاتجری** شّرائِطُهُ فيها مطلقاً و الاّ ليلزمُ جريانُ شرائطِ كلِّ عقدٍ فی كلِّ عقدٍ من العقود و يلزم جريان شرائط الاجارة و الصّلح و نحوهما ايضاً فی المعاطاة مع انّه باطلٌ بالبداهَةِ **و دعویٰ** جريانها فيها فقط دون ساير العقود من الاجارة و الصّلح و غيرهما بعد فرض عدم كونها بيعاً مطلقاً، **ترجيحٌ من دون** مُرَجِّحٍ و هو باطلٌ ايضاً هذا اوّلاً:

و امّا ثانياً: فلانّ السّيرة، لم تتحقّق فی المعاطاة الّتی قُصِدَتْ بها الاباحةُ فضلاً عن الاخذ بالقدرِ المتيَقَّنِ **بل** ان قلنا بتحقّقها فانّما هی فی المعاطاة الّتی قُصِدَ بها التّمليكُ لاغير.

و ثالثاً: الاخذ بالقدر المتيقَّنِ، انّما يصحّ فی صورة الشّک و لاشکّ لنا فی عدم جريانِ الشّرائطِ فی الاباحَةِ بالعوض **حيث** لم‌تكن بيعاً شرعاً و لاعرفاً.

و دعویٰ انّه يلزم حينئذٍ، عدمُ جريانِ الرِّبا فی المعاطاة **لانّ** الفرض، عدم كونها بيعاً مطلقاً مع انّهم حكموا بجريانِهِ فيها.

مَدْفُوعَةٌ: بانّ موضوعَ جريان الرّبا، المعامِلَةُ و المعاوِضَةُ، مطلقاً لا البيع فقط كما قيل **و من هنا:** يجری الرّبا فی الصّلح كما ذكرناه سابقاً.

و رابعاً: اِنَّ قوله ﷺ: **«اَلنّاسُ مُسَلَّطُونَ عَلیٰ اَمْوالِهِمْ»**، لايجوز التّمسّکُ بها فی المقام **لانّها** لم‌تكن مُشرِعَةً فهی لاتُجدی فی تشريع هذه الاباحة بالعوض كما اِعْتَرَفَ الشّيخُ(ره) فی المتن فی مواردَ متعدّدةٍ.

فالتّحقيقُ فی المسألة: انّ هذا النّوع من المعاطاةِ و الاباحَةِ بالعوض، معاملةٌ مستقلّةٌ تدلّ علیٰ اعتبارها، العموماتُ مثل قوله تعالیٰ:

﴿... تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ و **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** و غيرهما من الادلّة العامّة فلاتعتبر فيها شرائطُ البيع مطلقاً.

و منها: انّ قولَه(ره): بجريان الشّرائِطِ فی المعاطاة المقصودَةِ بها التّمليكُ المفيدةُ

للاباحة شرعاً؛ **لامجال لَه لانّ** موضوعَ ادلّةِ اعتبارِ الْشَّرائِطِ ما هو المؤثِّرُ شرعاً فلاتجرى فيها حيثُ لايكون بيعاً شرعاً و ان كان بيعاً عرفاً **و دعوىٰ** السيّرة هنا، **لايُغنى** من الحقّ شيئاً **لانّ** القدر المتيقّن منها، المعاطاةُ الّتى تفيد التّمليكُ شرعاً.

و لايخفىٰ عليک انّ المعاطاةَ الّتى قُصِدَ بها التّمليكُ المفيدة للتّمليک شرعاً، تعتبر فيها الشّرائطُ لكونها بيعاً شرعاً.

غاية الامر، انّها غيرُ لازمٍ فترديدُ الشّيخِ(ره) هنا النّاشى من احتمال انصراف البيع الىٰ الفرد اللاّزم، **غيرُ وَجيهٍ حيث** انّ اللزّوم، امرٌ خارجٌ عن مفهومِ البيع و متأخّرٌ عنه بمراتِبَ فلامَنْشَأَ للانصرافِ.

و من هنا يظهر ضعفُ ما افاده المحقّقُ النّائينى(ره) من جريانها فيها مطلقاً **و توجيه كلام القوم** بحيثُ لايَرِدَ عليه(ره) الاشكالُ.

و حاصِلُهُ: انّ المعاطاة، بيعٌ عرفاً و شرعاً و حَصَلَتِ الملكيّةُ فيها مشروطاً بشرطٍ متأخّرٍ و هو التّلفُ و التّصرّفُ و نحوهما من المُلزماتِ كما انّ القبض، شرطٌ فى حصول الملكيّةِ فى الصِّرْف و الْسَّلَم، فمٰا قَصَدَ المتعاطيان فقد حصل مشروطاً بشرطٍ متأخّرٍ فلاتَنْخَرِمُ قاعدة: «**العقودُ، تابعةٌ للقصودِ**» **و لايُنافيه حكمهم (ره)** بالاباحَةِ شرعاً و كونه من قبيل قول الشّارع بحقِ المارّةِ **لانّ** حُكْمَهُمْ(ره) كذلک، قبل حصول الشّرط لابعده.

وجهُ الضّعفِ: اَنَّ القول بانّ تلف العينين، يوجب الملكيّةَ، لم‌يدلّ عليه دليلٌ.

وَزِدْ علىٰ ذلک: اَنَّ كون التلّف مُمَلِّكاً و التّالِفُ مَملوكاً، **ليس له** معنىً محصّلٌ؛ **و دعوىٰ** حصولِ الملكيّةِ آناً مٰا قبل التّلفِ، هو ايضاً بعيدٌ عن مَساق العرفِ فليس التّلفُ كالقبضِ.

و لو صِرْنا اليه فى بعض المقاماتِ مثلِ: «**تَلَفُ الْمَبيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ**»، فانّما هو من بابِ الضّرورةِ بعد ورودِ الدّليلِ علىٰ كونه من مالِ البائعِ.

فَالْاَوْلىٰ: ماذكرناه سابقاً من اَنَّ الْرِّضا و الاباحَةِ، لمّا كان غَيْرَ مُقيّدٍ بصورةِ حصول التّمليکِ كما فى المقبوضِ بالعقدِ الفاسِدِ، **ففقدانُ بعضِ الشّرائط، لايُضِرُّ** فى

حُصولِ الاباحَةِ فِى المعٰاطاةِ.

و امّا القولُ بانّ مانحن فيه، من قبيلِ الحكم بعدمِ حصولِ الملكيّةِ قبلَ القبضِ فى الصّرفِ و الْسَّلمِ **فمدفوعٌ** بانّه لدليلٍ خاصٍّ لم‌يرد هو فيما نحن فيه **فقياسُ ما نحن** فيه علىٰ مٰاوَرَدَ فيه نصٌّ خاصٌّ، **قياسٌ** مع الفارقِ.

التّنبيهُ الثّانى: هل يُعتبرُ فى المعاطاةِ، تحقّقُ الاعطاءَ من الطّرفين ام يكفى فيها تحقّقُ الاعطاءِ من طرفٍ واحدٍ؟ بل يمكن اَنْ يقالَ: بعدمِ اِعتبارِ الاعطاءِ فى تحقّقها اصلاً ام لا؟.

المستفادُ من كلماتِ الفقهاء و مصبُّ كلماتِهِمْ(ره)، اعتبارُ تحقّقِ الاعطاءِ من الطَّرَفَيْنِ و عدم صدق المعاطاة على غيره **و هذا** هو الْمَنْشَأُ لِترديدِ بعضٍ كالشّيخِ(ره) و غيره فى عدمِ كفايةِ الاعطاءِ من طرفٍ واحدٍ فى تحقّقها.

قيل: بعدمِ اعتباره كما لايَبْعُدُ القولُ به لصدقِ عنوانِ البيع عليه و قيامِ الفعلِ الواحدِ، مقامَ الْفِعلين.

فعليه، الاعطاءُ من طرفٍ واحدٍ و الاخذ من طرفٍ آخَر لقصد التّمليک الذّى هو بمنزلةِ القبولِ، **كافٍ** فى ترتّب حكم المعاطاة عليه.

بالجملة، هذا الموردُ ايضاً، بيعٌ لصدقِ مناطِهِ و هو التّمليکُ من الطّرفين وَ اِنْ لم ينطبقْ عليه اسمُ المعاطاةِ **لانّه** لم‌يدلّ دليلٌ من السُّنةِ و الكتاب على لزومِ صدقِ عنوانِ المعاطاة فى ترتّب الاحكام عليها. **بل يمكن اَنْ يقالَ:** اِنَّهُ فى المعاطاة، بين الطّرفين ايضاً حصولُ الملكيّةِ بالاعطاءِ الاوّلِ و الاخذِ و الاعطاءُ الثّانى، لادخلَ له فى صدقِ البيعِ.

و عليه، تجوز المعاطاةُ بِنَسيئَةٍ و عليه العرفُ و عملُهُ.

و لافرقَ بين النّسيئةِ و النّقدِ فى صدقِ عنوانِ البيع.

و لا وجهَ للقولِ بانّ المعاطاة الّتى تحقّق فيها التّعاطى من الْطَّرفين هو الاصلُ و هو القدرُ المتيقّنُ منها و غيرُها، غَيرِ متيقّنٍ.

و ممّا ذكرنا من كفايةِ صدقِ عُنوانِ البيع فى تحقّقها و ترتّب احكامه، يظهر انّ المقاوِلَةَ و الصّيغة الغيرِ الْمُعتبرَةِ فى البيعِ، تكفى فى المعاطاةِ و ان لم‌يتحقّقِ الاعطاءُ اصلاً **بل يكفى** التعهّدُ الْقَوْلِيُّ و البرقيّاتُ و الامضاءُ من الْطَّرَفينِ فى صدق البيع.

و الفصلُ بين الاعطاء و الاخذ و بين الامضائين و... **لايُضِرُّ** فى صدقِ الْتَعَهّدِ و

المقاولة **لما قلناه** من انّ المدارَ فى المعاطاةِ، صدقُ عنوانِ البيع سواءٌ تَحقَّق الاعطاءُ او لم يتحقّقْ اصلاً.

ثمّ: اِنّ الشّيخَ(ره) ذَكَرَ من امثلةِ المعاطاة، وضعَ الفلوسِ فـى المكـانِ الْـمُعَدِّلَهُ للّسِقّاءِ و الاجرةَ فى كوزِ الحمامىِّ مع التّرديد النّاشى من صدقِ المعاطاة فـيمٰا اذا لم يتحقّقِ الانشاءُ من طرفٍ واحدٍ فضلاً عن الطّرفين.

و لذا ذكروا فى تصحيحِ هٰذه الامثلةِ و غيرِها وجوهاً:

منها: كونُ المشترى وكيلاً من طرفِ البايعِ بان يَجْعَلَ الجنسَ فى معرضِ الْاِعطاء كما اَنَّ عدمَ تعيينِ الثّمنِ فى المحقّراتِ غالباً و عدم السّؤالِ عن مقدار الثّمن و الاخذِ بالنّسيئة، يكونُ من قبيلِ الاذنِ الضّمنىِّ فى نظرِ العرف.

فيه: اَنَّ التّوكيلَ فى هذه الموارِدِ، ليس بمعهودٍ **مع انّه** من قبيلِ توكيلِ الفردِ المبهمِ المعلومِ عدمُ جوازِه و لزومُ تعيّنه.

و يمكن اَنْ يجابَ عنه: بانّ الاذنَ الضّمنِىِّ فى الْتَصرُّفِ فى هذه الموارد، **شايعٌ** و عَمِلَ العرفُ به سواءٌ قلنا: اَنَّهٰا من قبيلِ التّوكيلِ ام لا؟ بل سَمِّ ماشئتَ من التّوكيلِ و غيره.

و منها: اَنّ هذه الامثلَةَ و نظائِرَها، ليست من قبيل المعاملاتِ **بل** هى من قـبيلِ الاباحةِ بالضّمانِ كما اِعْتَرَفَ به صاحبُ الجواهرِ فى نظير المقام **و هذا ايضاً** ضعيفٌ لما قلناه سٰابقاً من صدق عنوانِ البيع فيها.

و منها: ما ذُكِرَ سابقاً من القولِ بالتّوسّعِ فى معنىٰ المعٰاطاةِ و اَنَّ مجرّدَ الايصٰالِ كافٍ فى تحقّقها.

اَلتّنبيهُ الثّالِثُ: بما ذا يُتَمَيَّزُ المشترى من البايعِ فى المعاطاةِ؟

هذه المسألَةُ لها صورٌ مختلفةٌ ذِكرها الشّيخُ(ره) فى المتن:

الصّورةُ اَلْاُولىٰ: انّه قد يكون اَحَدُ المتبادلينِ من قبيلِ النّقودِ و الدّنانيرِ و آخَرُهُمٰا يكون جنساً و متاعاً، **يُعَبّرُ عن الاوّلِ** بالثّمنِ و صٰاحِبُه هو المشترى **و عن الآخرِ** بِالْمُثْمَنِ و المبيعِ و صٰاحِبُهُ هو البٰايعُ.

الصّورَةُ الثّانِيَةُ: اَنَّ كليهما من قبيلِ المتاع **ولكن** يُقَدّرُ احدُهمٰا عوضاً عن الدّرهمِ و الدّينارِ و هو الْثَّمَنُ و صاحِبُهُ هو المشترى و الآخَرُ هو الْمُثْمَنُ و صاحِبُه هو البٰايعُ.

الصّورةُ الثّالِثةُ: ما اذا كان الْثَّمَنُ وَ الْمُثْمَنُ من قبيلِ الجنسين **ولكن** لم يلاحظْ كونُ احدِهما مكانَ احد النّقدين.

قال الشّيخُ(ره) هنا احتمالاتٌ اربعةٌ:

الاحتمالُ الاوّلُ: اَنَّ المُعْطِى اوّلاً هو البٰايعُ لصدقِ تعريفِ البايع عليه لغةً و عرفاً و المُعْطِى ثانياً هو المشتَرِى لكونه قابلاً عرفاً **وَ اُختارَهُ الشّيخُ** من بينِ الاحتمالات الاربَعَةِ.

و الاحتمال الثّانى: انّ كلّاً منهما، بايعٌ و مشترٍ لصدقِ البيع و هو مبادلةُ مالٍ بمالٍ و الشّراءُ و هو تركُ شىءٍ و الاخذُ بغيرِه فى مقابِلِه.

اِعْتَرَفَ الشّيخُ بانّه بناءً علىٰ الاحتمال الاخير، لايَتَرَتَّبُ عليهما احكامُ البٰايع و المشترى لانصرافهما فى ادلّة الاحكام الىٰ من اِخْتَصَّ بصفةِ البٰايع و المشترى فلاتشمَلُ مورداً كانا بايعاً و مشترياً بالاعتبارِيَنِ الْمُخْتلِفَيْنِ.

الاحتمالُ الثّالِثُ: انّها مصالَحةٌ معاطاتِيٌّ **و ذلك** لانّ المصالِحَةَ هو التّسالُمُ و التّراضى و هو قديحصل فيما نحن فيه بناءً علىٰ ما سيأتى من جريانِ المعاطاةِ فى كلِّ عقدٍ من الصّلحِ و غيره.

و الاحتمالُ الرّابعُ: انّها معاوِضَةٌ مستقِلّةٌ من دون اَنْ يدخلَ فى تحتِ عنوانٍ عن العناوينِ الفقهيّةِ المتعارِفَةِ بناءً علىٰ انّه لم يتحقّقْ فى كلِّ تسالمٍ، معنىٰ المصالِحَةِ بل

يعتبر فيه اِنشاءُ الْتّسالُم و التّوافُقِ بين الْمُتصالِحَيْنِ **مع اَنَّهُ** مفقودٌ هنا.

نحن نقول: يلزم ان يُقرَّرَ اَنَّ محلَّ البحثِ فی هذه المسألةِ هل يكون تَمَيُّزَ البايعِ عن المشترى فی مقامِ الثّبوتِ و بالنّسبة الیٰ الواقع و نفس الامر **ام فی مقام** الاثباتِ و تعيينِ كُلٍّ منهما فی مقامِ الظّاهِرِ؟ **فَاِنْ كانَ المرادُ**، البحثُ عنه فی مقامِ الثّبوتِ كما هو المستفادُ من مطاوی كلماتِ الشّيخ(ره) **فالامرُ واضحٌ حيث** انّ من ينشأ الْتّمليكَ، يكون هو البايعُ فی نَفْسِ الامرِ و الواقِعِ **و من يَنْشَأُ التَّملكَ** فهو المشترى.

و لافرق هنا بين المعاملَةِ الفعليّةِ كما يظهر من تعريفِ الشّيخ، البيعَ كما ذكرناه سابقاً من انّه: «اِنشاءُ تمليكِ عينٍ بَعَوَضٍ».

و من المعلوم: اَنَّ المعاطاة ايضاً، بيعٌ و لافرق فی اِنشاءِ التّمليک بين اللّفظیِّ و غيره **و ان كان مراده(ره)**، البحثُ فی مقام الاثبات و تعيّنها بالنّسبةِ الیٰ الغيرِ.

فيرد عليه مضافاً الیٰ اَنَّ هذه الوجوهَ المذكورَةَ، غير وافٍ بالمراد، **انّها لايخلو عن اشكالٍ فی مواردَ:**

منها: اَنَّ قوله(ره) فی الْصُّورةِ الثّانيةِ: «**لو قُدِرَ واحدٌ منها بقيمةٍ فَهُوَ الْثَّمَنُ وَ صاحِبُهُ هُوَ الْمُشْتَرِی» غَيْرُ وجيهٍ لِاَنَّ** المعاملات الدّائرةَ بين الجنسينِ، تُقوَّمُ بالنّقودِ و الاثمانِ و لايحصل التّبادلُ بينهما الاّ بهذا **فالقولُ** بملاحظة كلٍّ من الجنسينِ او واحدٍ منهما من دونِ ملاحظةِ تقويمٍ فی البين، لايصحّ.

و منها: اَنَّ الاحتمالَ الاوّل من الصُّورةِ الثالثةِ، الّذی اختاره الْشَّيخُ(ره) من بينِ الاحتمالاتِ الثّلاثةِ، **لايخلُو عن ضعفٍ حيث** انّه قد يتّفقُ عكسُهُ كما اذا كان المُعطِی اوّلاً هو المشترى لا البايعُ سواءٌ كان الثّمنُ من النّقودِ او الاجناسِ؟

و منها: اَنَّ الاحتمالَ الْثّالِثَ و هو كونُ كلٍّ منهما بايعاً و مشترياً باعتبارينِ مختلفينِ، **لايَصِّحُ اِلاّ** بناءً علیٰ جوازِ استعمالِ اللّفظ فی اكثرَ من معنیً واحدٍ **حيث** يُقْصَدُ بقوله: «**بعتُ**» تمليكُ ماله بعوضٍ و تَمَلّكُ مالِ الآخر بعوضٍ **مع انّه** واضحٌ اَنَّ الشّیءَ الواحِدَ، لايمكنَ اَنْ يُمْلَكَ بوجهينِ فلابدّ من ارادة احد المعنيين.

اَلتّنبيهُ الرّابعُ: الوجُوهُ المتصوّرَةُ فى المعاطاةِ:

تُتَصَوَّرُ المعاطاةُ بحسبِ قصدِ المتعاطيين، **علىٰ وجوهٍ اربعةٍ؛**

قال الشّيخ(ره): لابَحْثَ و لااِشكالَ فى حكمِ القسمينِ منها كما انَّ فى القسمينِ الآخرينِ منها، اشكالٌ مُختصٌّ بكلٍّ منهما يأتى بيانه.

الوجهُ الاوّلُ: ما اذا قَصَدَ المتعاطيان، التّمليكَ و التملّكَ بالاِعطاء الاوّلِ و الاخذِ من الآخر الّذى هو بمنزلةِ القبول فلايكون الدّفعُ الثّانى، اِنشاءَ تمليكٍ بل رفعُ لمٰا اِلْتَزَمَهُ علىٰ نفسه بازاءِ ماتَمَلَّكَهُ فلو ماتَ الآخِذُ قبل دفع ماله، مٰاتَ بعد تمامِ المعٰاطاةِ **فيكونُ** اطلاقُ المعاطاةِ من حيثُ تحقّقِ المعامِلَةِ بالعطاءِ دون القبولِ **لا من** حيثُ حصولِ التّعاطىٍّ من الطّرفين و مثله، لفظُ المصٰالِحَةِ و المسٰاقاتِ و المزارعَةِ و نحوها من الالفاظ.

الوجه الثّانى: ما كان فيه اعطاء ان و تحقُّق القبولِ بالعطاءِ الثّانى فلو مات المشترى او ماتَ او جنّ قبلَ الْاعطاءِ الثّانى، فيبطلُ العقد لعدمِ تماميّةِ المعٰامِلَةِ و عدمِ لحوقِ القبولِ بخلافِ الوجهِ الْاَوّلِ.

و قد فَرَضَ الشّيخُ(ره) كونَ هٰذين الاعطائين، تمليكين مع اَنَّهُ لم يُعلمْ ما وجهُ هذا التّصويرِ للشّيخِ(ره)؟

و اعجبُ منه قولُه(ره): **«هذا بعيدٌ عن معنىٰ البيع و قريبٌ من الهبةِ الْمُعَوَّضَةِ».**

توضيح كلام الشّيخ و الاشكال فيه: اَنَّ الهبةَ المعوّضَةَ، تُتَصَوَّرُ علىٰ وجوهٍ بعضهٰا صحيحٌ و بعضها باطِلٌ.

منها: ما يقال: **«ما وهبتُ هذا المالِ فى مقابل ذلك المال»** و هذا باطِلٌ.

و منها: قولك «وَ هَبْتُ ذلك بشرطِ انْ تَهَبَ لى هذا الشّىءَ مثلاً» و هو يَصِحُّ، **غاية الامر،** لو تَخَلَّفَ عن الشّرطِ فله خيارُ تخلّفِ الشّرطِ.

و منها: انّه قد تكون الهبةُ بداعيِ العوضِ اوِ لِرجاءِ المثوبَةِ.

و منها: انّه قد يكون هبةً بهبةٍ **و هو محلّ كلامٍ هل هو صحيحٌ ام لا؟**

و مراد الشّيخ(ره) من قوله: **«هذا قريبٌ مِنَ الْهِبَةِ الْمُعَوَّضَةِ»** هذا القِسْمُ من الهبةِ كما صرّح(ره) فی المتن مع اَنَّ كونه من هذا القبيل و دخوله تحتها موضوعاً، محلُّ اشكالٍ كمٰا اَنَّ اَصْلَ صِحَّةِ هذا القسمِ من الهبةِ ايضاً، **لايخلُو عن اشكالٍ** كما قُرِّرَ فی محلّهِ **و ذلك** لانّه يُستَشمُّ فی جعل هبةٍ فی مقابل هبةٍ، كونُ فعلٍ فی مقابلِ فعلٍ آخر فليس فيه التّمليكُ الْمَجٰانیّ و لاتتحقّق فيه هبةٌ فی مقابلِ هبةٍ.

اللّهم الاّ اَنْ يُقالَ: انّما نحن نجعل من قبيل الهبة بداعيِ الْعِوَضِ لا الفرض الّذی كان محلاً للبحث.

الوجه الثّالث: اَلْاِباحَةُ بالعوضِ الّذی سمّاه صاحبُ الجواهر(ره) الاباحَةَ بالضّمانِ و هو اَنْ يَقْصُدَ الاوّلُ اباحةَ مالِهِ علیٰ الآخر و بقبولِ الآخَرِ لها، يَتَحَقَّقُ التّمليكُ الضّمنیُّ لِلثّمَنِ منه **و اشكالُهُ، الجمعُ** بين الْعِوَضِ وَ الْمُعَوَّضِ **حيث** يكونُ آخِذُ الثّمنِ، مالكاً لهٰذا **و هذا، لايجوز** كما سيأتی بيانه فی المباحثِ الآتيةِ.

الوجهُ الرّابعُ: اَنْ يَقْصُدَ كلٌّ منهما الْاِباحَةِ بالاباحَةَ او الاباحة بداعيِ الاباحَةِ دون التّمليكِ بازاءِ التّمليكِ.

و اشكاله انّهما كيف يُبيحانِ جميعَ التّصرّفاتِ حتّی المتوقِّفَةِ علیٰ الْمِلكِ **و كيف تَحْصُلُ الْمِلكِيَّةُ مع اَنَّ مقصودَهُمٰا، الاباحَةُ؟**

دعویٰ: اَنَّ تقديرَ الملكيّةِ هنا كمواردَ اُخریٰ، بَحَثُوا عنها فی الفقه كقولك: **«اَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنّی» وَ اِشْتَرِبه لِنَفْسِك طعٰاماً» و «بِعْ مٰا لَيْسَ عِنْدَك»** و هكذا مثل: عِتقِ العمودينِ و تصرّفِ ذی الخيارِ فيمٰا اِنْتَقَل عنه و نحوها.

مدفوعةٌ كما قال به الشّيخُ(ره) بانّه قياسٌ معَ الفارقِ **لِاَنَّ** الفارِقَ بينهما، اَنَّ الملكيّةَ لابُدَّ و اَنْ تكونَ متحقّقةً اِمّٰا من ناحيةِ المالك و اِمّٰا من ناحيةِ الشّارعِ **امّا الاوّل** فهو يحتاجُ الیٰ قصدِ المالك و لو ضمناً و تقديراً و هو مفقودٌ فيما نحن فيه كمٰا لايخفیٰ.

و دعویٰ تحقّقها تبعاً لقاعدةِ التّبعيّةِ ايضاً **مدفوعةٌ** بانَّ: قاعدةَ التّبعيّة فی الادلَّةِ الخاصَّةِ، مَسَلَّمَةٌ **لانّها** لو لم‌يقل بها، يكونُ الكلامُ لغواً كما اَنَّ آنِيَةَ الخمر اذا اِنْقَلَبَ

خِلّاً، تكونُ طاهرةً و الحجرُ الّذى يُغْسَلُ الميّتُ عليه بعدَ تماميّةِ الْغُسْلِ، يصيرُ طاهِراً.

و امّا فى الادلّة المطلقة مثل قولك: **«الاشياءُ كُلّها طاهِرةٌ»** فلايمكن القول: بانّ آنية الخِلّ طاهرةٌ.

و معلومٌ اَنَّ ما نحن فيه ايضاً من قبيلِ الكلامِ المطلقِ فلايُمْكِنُ القولُ بالتّبعيّةِ فى الملكِ فيما نحن فيه كَاَنْ يقولُ: **اَبَحْتُ لكَ كلَّ تصرّفٍ كيف شئتَ» لانّه** لو لم‌يَقُلْ بذلك، لايكون لغواً بل يَخْرُجُ عن الْاِطلاقِ **و امّا فى مسألة: اَبَحْتُ لكَ هذا اَنْ تَشْترى به طعاماً لنفسك»** فلو عُلِمَ انّه لم‌يَقْصُدِ الْمِلْكِيَّةَ فهو باطلٌ و ان لم‌يعلم ذلك فيحملُ علىٰ الملكيّةِ آناً ما صوناً للكلامِ عن اللّغويّةِ و قوله: **«اَعْتِقْ عَبْدَكَ عنّى»** ايضاً كذلك.

و بالجملة، لم‌يُنْشَأِ التّمليكُ عن البايعِ فيما نحن فيه و لو ضمناً و تقديراً بخلافِ الْاَمْثِلَةِ السّابِقَةِ.

و امّا الدّليلُ الشّرعِيُّ فهو اِمّا دليلٌ خاصٌّ او جمعٌ بين الادلّةِ.

معلومٌ: انّه لم‌يكن دليلٌ خاصٌّ فى البينِ و الجمعُ بين الادلّة ايضاً، انّما هو فى نحو العمودين حيث وَرَدَ: **«لاعِتْقَ اِلاّ فى ملكٍ».**

و دَلَّ الدّليلُ علىٰ صحّةِ شرائِهِما و انعتاقهما علىٰ المشترى **فالجمعُ بين هذه الادلّةِ** يقتضى كونَ العمودينِ قبلَ الْاِنعتاقِ آناً ما مِلكاً للمُعتِقِ **و امّا فى ما نحن فيه** فلم‌يَقُمْ دليلٌ شرعِيٌّ علىٰ الملكيّةِ التّقديريّةِ.

و غايةُ ما يمكن اَنْ يدّعىٰ من الدّليلِ الشّرعِيِّ، عليه الجمعُ بين قولِهِ عليه السلام: **«اَلنّاسُ مُسَلّطُونَ علىٰ اَمْوالِهِمْ»** و **«لابَيْعَ اِلاّ فى مِلْكٍ»** كالجمعِ بين قوله: **«لاعِتْقَ اِلاّ فى ملكٍ»** و غيره.

و هو ايضاً مدفوعٌ بما قلناه سابقاً من انّ قوله صلى الله عليه و آله: **«اَلنّاسُ مُسَلّطُونَ...»** ليس مُشَرِّعاً.

و خلاصةُ اِشكالِ الشّيخ(ره) علىٰ الوجه الرّابع، اَنَّ القولَ: باباحَةِ جميعِ التّصرّفاتِ

حتّیٰ المتوقِّفَةِ علیٰ الملک، مخالفٌ لما تسالموا علیه من لزومِ دخولِ الثّمنِ فی ملکِ مَنْ خَرَجَ المبیعُ عن مَلْکِهِ کما صَرَّحَ به العلاّمةُ(ره) فی القواعِدِ.

و لایکفی قولهٗ ﷺ: «اَلنّاسُ مُسَلَّطُونَ» فی حصولِ الملکیّةِ **حیث** اِنَّ المالِکَ وَ اِنْ اَذِنَ فی التّصرّف الاّ انّ اِذنَهُ، لیسَ بمُشرّعٍ و لایترتّب علیٰ اذنه اثرٌ شرعاً اِلاّ اذا اَمْضاه الشّارعُ.

نَقُولُ: یُمکِنُ تجدیدُ النّظرِ فی کلماتِهِ(ره) فی هذا التّنبیه فی موارِدَ:

منها: انّ قوله(ره) فی مثالِ: «**اِشْتَرِ به لِنَفْسک طعاماً**» من الحکم بالْمِلکیّةِ، التّقدِیرُ آناً مّا قبل الشّراءِ دونَ ما نحن فیه، **مَحَلٌّ تأمّلٍ لِانَّ** النّظرَ فی المعاملاتِ العرفیّةِ فی الْثّمَنِ الیٰ الکلّیِ والیٰ ما فی الذمّةِ و لایلاحظ فیه شخصُ الْاَثْمانِ و خصوصیّاتها بخلافِ الْمُثْمَنِ **حیثُ** اِنَّهُ شخصِیٌّ غالباً و اعطاءُ الدّرهمِ و الدّینارِ من بابِ تحقّقِ المصداقِ لِلْکُلِیِّ **و لذا** لو اِشْتَریٰ و اَدّیٰ ثَمَنَهُ ممّا تَعَلَّقَ به الخمسُ او الزّکوةُ من الحقوقِ الواجِبَةِ فلاتَبْطُلُ المعامِلَةُ لِاَنّها وَقَعَتْ علیٰ الذّمّةِ و اِعطاء هذا الْثَّمَنِ، من بابِ اداءِ المصداقِ بل یُمْکِنُ اَنْ یقالَ: انّه لو اَشارَ فی المعامِلَةِ الیٰ عَیْنِ الْثَّمَنِ الّذی هو مالُ الغیرِ، لاتَبْطُلُ المعامِلَةُ بها **لانّ الثّمنَ**، فی الواقعِ، هو کُلِّیُ الْنَّقَدِ المفروضِ لاشخصُ الثّمنِ الموجُودِ فی المعامَلَةِ **و بناءً علیه** لو قال: «**اِشْتَرِ به لِنَفْسک طعاماً**» او قالَ: «**اِعْطِ اللّباس للخیّاطِ و اَنَا اُعطِی اُجرتَه**» او قال: «**اَبَحْتُ لک کلَّ تصرّفٍ کیف شئتَ؟**».

فلا اشکالَ فی هذه الْاَمْثِلَةِ **لانّ** الثّمنَ فی نظرِ العرفِ، مِراتِیٌّ و لاتلاحَظُ الشّخصیّةُ حتّیٰ یُشْکِلَ بانّه کیف تَحْصُلُ الملکیّةُ مع اَنَّ الثّمنَ لیس مِلکاً له؟ و اَنَّ قولهٗ ﷺ: «**اَلنّاسُ مُسَلّطُونَ...**»، لیس مُشرِّعاً فلایحتاجُ الیٰ التّقدیراتِ و التّکلّفاتِ التّی اِرْتَکَبَها الشّیخُ(ره) من تقدیرِ الملکیّةِ آناً مّا و غیره **بل** نَلْتزِمُ بِاَنَّ الثّمنَ، فی ذمّته و اِعطاءُ شخصِ المالِ من بابِ اِعطاءِ المصداقِ و لاینافی مع قوله: «**اِشْتَرِ به لِنَفْسک طعاماً**».

منها: انّ قوله(ره): «**یُشْکِلُ الْاَمْرُ فی الْاِباحَةِ بالعوضِ من جَهَةِ خروجِهِ عن**

المعاوضاتِ المعهودَةِ شَرْعاً و عرفاً مع التأمّلِ فى صِدقِ التّجارَةِ عليها فضلاً عن البيعِ...» ايضاً مَحَلُّ اِشكالٍ لِاَنّهُ مَبْنِيٌّ علىٰ ماذَهَبَ اليه العلاّمَةُ(ره) فى القواعد و من تَبَعَهُ من لزومِ دخولِ العوضِ فى مِلْكِ من يَخْرُجُ الْمُعَوَّضُ عن مِلكِهِ **مع انّه لم**يَدُلّ عليه دليلٌ شَرعيٌّ **و ما دلّ علىٰ صحّة البيع، من قبيل** قولِهِ تعالىٰ: ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ و نحوه من العمومات، المراد منه، البيعُ العرفيّ و هو يصدق علىٰ المبادِلَةِ بين المالين من حيثُ الْاِباحَةِ من اَحَدِ الطّرفينِ او كليهما ايضاً **و الىٰ هذا اَشار اليه** السّيّد(ره) فى الحاشية.[1]

و هو فى غايَةِ المتانَةِ حيث قال(ره): **لايَضِرُّ ذٰلِكَ لِاَنّهُ تَشْمَلُهُ العموماتُ** من قوله تعالىٰ: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ و قوله عليه السلام: «اَلنّاسُ مُسَلَّطُونَ...» و «الْمُؤْمِنونَ...» و نحوِها من العموماتِ.

و دعوىٰ اِنصرافها الىٰ المعهود كما ترىٰ، فهو نوعٌ من العقد بل من التّجارة فلا وَقَعَ لِهذا الاشكالُ اَصْلاً». **بناءً عليه،** يكون هذا النّوعُ من الْاِباحَةِ بالعوضِ، نوعاً من الْصُّلْحِ او معاوضةً مُستَقلّةً تشمله العموماتُ المذكورَةُ.

و منها: اَنَّ المعاملات المعمولةَ عندَ الْعُرفِ و الّتى كانت موردَ فتوىٰ الفقهاءِ، هى ما قُصِدَ بها التّمليک **فالبحثُ** عمّا لَيْسَ بمحلِّ الابتلاء كثيراً **و الخارج** مِنْ مَصبِّ فتاوٰاهم، ليس فيه كثيرُ فايدةٍ.

و منها: اَنَّ الظّاهِرَ من كلماتِ الشّيخِ انّه(ره) رَدَّدَ فى صحّةِ الاباحَةِ بالعِوَضِ ترديداً اكثرُ من ترديدِهِ فى الْاِباحَةِ **مع انّه لاموردَ له بل الامر بالعكس لانّه لم**توجد له امثلةٌ عرفيّةٌ كما اَنَّ للاباحَةِ بالعوضِ، نظائِرُ و كثيرةٌ و امثلةٌ عَديدَةٌ، ذَكَرَ صاحبُ الجواهِرِ(ره) بَعْضها كَاَخْذِ الماءِ من دَكَّةِ اَلسّقّاءِ و غيره و راجِعْ.

و منها: اَنَّ تَمَسُّكَهُ(ره) بقولِهِ عليه السلام: **«النّاسُ مُسَلّطون»** فى اِثباتِ لزومِ الْاِباحَةِ بالعوضِ علىٰ تقدير صِحَّتِه، مُنافٍ لما تَقَدَّم منه(ره) من انّه ليس بمُشَرِّعٍ.

۱- ص ۷۹.

ورَد علیٰ ذلک اَنَّ قوله(ره) ایضاً: «اَلْاَقویٰ فیها، اللّزومُ» لیسَ بصحیحٍ حیثُ کان ما ذکره(ره) هنا من الحکمِ باللّزومِ، یُنافِی ما تَقَدَّم مِنهُ(ره) سابقاً من عَدَمِ الْـجَزْمِ باللّزومِ فی مُطلَقِ المعاطاةِ.

التّنبيهُ الخامِسُ: هل المعاطاةُ تَجْرِى فى جميعِ العقودِ و الايقاعاتِ ام لا؟

هنا وجوهٌ بل اقوالٌ: قولٌ باختصاصِ الجريانِ بالبيعِ للسّيرَةِ وَ الْاِجْماعِ الْمُدَّعىٰ اختصاصُهُ بِهِ.

قولٌ: بجريانِهِ فى غيره ايضاً لا للاجماعِ و الْسِّيرَةِ بل لدلالةِ ادلّةٍ اُخرىٰ عامَّةٍ مثلِ قَوْلِهِ تعالىٰ: ﴿... **تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**﴾ و ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ و قولِهِ ﷺ: «**اَلنّاسُ، مُسَلَّطُونَ عَلىٰ اَمْوالِهِمْ**» بناءً علىٰ صِحَّةِ الْاِسْتدلالِ به هنا و غيرِها من الْاَدِلَّةِ العامَّةِ؛ **هذا هو الظّاهِرُ** من كلماتِ اكثرِ الفقهاءِ، منهم(ره) الشّيخُ(ره) فى المتنِ.

لايخفىٰ عليك انّ جريان المعاطاة علىٰ القول الثّانى، يَتَوَقَّفُ علىٰ حصولِ هذه الْشَّرائِطِ الْثَّلاثَةِ:

اَلْشَّرْطُ الْاَوَّلُ: اَنْ يكونَ جريانُها فى غيرِ البيعِ من العناوينِ الفقهيّةِ علىٰ طِبْقِ القاعدة بحيثُ يكونُ الْفِعلُ بِنَفْسِهِ، مِصداقاً لهٰذه العناوينِ اِلاّ اَنْ يَدُلَّ دليلٌ خاصٌّ علىٰ اعتبارِ الصّيغَةِ فى موردٍ.

الشّرطُ الثّانى: اَنَّ العقدَ، لم تكن فيه خصوصيّةٌ تُنافِى فى جريانها فيه.

الشّرطُ الثّالِثُ: انّه يَلْزَمُ فى الصّغرىٰ اى العقد، حصولُ فعلٍ يَتَحَقَّقُ به العقدُ عرفاً **فاذا اِخْتَلَّ بعضُ** هذه الشّرائط الثّلاثة فى موردٍ، يُشْكِلُ جريانُها فيهِ.

فعليه، جريانها فى بعضِ الْعُقُودِ، لايخلُو عن اشكالٍ صغرىً و كبرىً.

ذَكَرَ الْشَّيخُ(ره) منها موردَيْنِ:

الاوّلُ: اَلْوَقْفُ وَ وَجْهُ الاشكالِ فيه اَنَّ بناءَ الوقفِ علىٰ اللّزومِ و الدّوامِ بالاجماع و هو يُنافِى الْتَّزَلْزُلَ و الجوازَ الّذى عليه بناءُ المعاطاة **فاذا** صار الوقفُ بجريانِ المعاطاةِ فيه جائزاً، خَرَجَ عن كونه وقفاً، **يُمْكِنُ الجوابُ عنه بِوَجْهَيْنِ:**

اَلْوَجْهُ الاوّلُ: اَنَّ دعوىٰ الاجماعِ علىٰ اِعتبارِ الْصَّيْغَةِ فى لزومِ الوقفِ كما كانَ فى لزومِ البيعِ ايضاً.

دعوىً ضعيفةٌ لادليلَ عليها كما لايخفىٰ **بل** قد وَرَدَ الْاِجْماعُ وَ الْسِّيْرَةُ علىٰ

جريانها فيه فی موارِدَ كثيرةٍ كوقفِ المساجدِ و المدارسِ وَ الْقَناطِرِ و وقفِ البوريا و الوقفِ لمصرفٍ خاصٍّ كتعزية سيّدِ الشّهداءعليه السلام و نحو ذلک من الموارِدِ.

و من المعلوم ايضاً: انّ مانحن فيه، لَيْسَ ممّا وَرَدَ فيه نصٌّ وَ لَمْيَصِلْ عَلَيْنا حتّىٰ يقالَ: بحكايةِ الاجماعِ عنه و اعتبارُهُ مِن هٰذه الْجَهَةِ.

اَلْوَجْهُ الثّانی: اَنَّ الدّوامَ و اللّزومَ المدّعىٰ فی الوقفِ، انّما هو فی مقابلِ الجنسِ فی مثلِ الْسُّكنىٰ وَ الْصَّدَقاتِ الجاريةِ و غيرِهِما.

فمعنىٰ الدّوام فيه و منشأُ اللّزومِ فيه، اَنَّهُ لَيْسَ من الصّدقاتِ المعمولَةِ الْمُتَداوِلَةِ فی الايدی و انّه لَيس من الجنس فی مثل السّكنىٰ و غيره.

و من هنا يقال: اِنّ اللّزومَ و الجوازَ، لَمْيَدْخُلْ فی مفهومِ الوقفِ حتّىٰ يَرِدَ الاشكالُ الْمَذْكُورُ.

وَ الْاِشْكالُ الثّانی: اَنّ فی الرّهنِ الّذی يكونُ معناه، حصولَ الوثيقَةِ فی يدِ المرتَهِنِ للوثوق و الاطمينانِ، **دلالةً** علىٰ لزومه من قِبَلِ الرّاهنِ **بحيثُ** لايَجُوزُ فَسْخُ الرّاهنِ و استردَادُهُ لِمنافاتِهِ للوثوقِ.

و معلومٌ: اَنَّ الْمُعاطاةَ تُنافِی اللّزومَ.

و ايضاً جريانُ المعاطاةِ فی الرّهن، يُنافِی لما اطبقوا عَلَيْه مِن تَوَقُّفِ صِحَّةِ الْعُقودِ اللاّزمَةِ علىٰ اللّفظِ وَ الْصّيْغَةِ كما اِسْتَشْكَلَ به المحقّقُ الثّانی ايضاً فی «جامع المقاصد» علىٰ ما حُكِیَ عنه(ره).

يُجابُ عَنْهُ اوّلاً: اَنّ هذا التّعريفَ، تعريفٌ له بِالْغايَةِ و الفايدَةِ لابمعناهُ الحَقِيقِیّ.

و ثانياً: يُمْكِنُ اَنْ يقالَ: اِنّ القولَ باقتضاءِ طبع الرّهنِ، اللّزومَ، ليس معناه، اَنَّ كُلَّ موردٍ من مواردِ الرّهن، يقتضی اللّزومَ **بل يمكن** اَن يَحْصُلَ اللّزومُ بالْتّصرفِ فی العينِ المرتَهِنَةِ بَعْضاً او كُلّاً، فَيَصِيرُ بمنزلةِ قبضِ العينِ فی البيعِ.

ثمّ: اِنَّ المحقّقَ الثّانی علىٰ ما حُكِیَ عنه(ره)، ذَكَرَ فی جريان المعاطاةِ فی ساير العقودِ من الاجارَةِ وَ الْهِبَةِ، **وجهاً** حيثُ قالَ(ره):

«اِنَّ الآمِرَ اذا اَمَرَ اَحَداً بِعَمَلٍ علىٰ عِوَضٍ مُعيّنٍ فَعَمِلَهُ، اِسْتَحقَّ الْاُجْرَةَ و لَوْكانَتْ

هٰذه فاسدةً لَمْ يَجُزْ لَهُ الْعَمَلُ و لم يَستَحِقْ اُجْرَةً مَعَ عِلْمِهِ بِالْفِسادِ و ظاهِرُهُمْ، اَلْجَوازُ و كذا لو وَهَبَ بغير عَقْدٍ فَاِنَّ ظاهِرَهُمْ، جوازُ الْاِتلافِ و لوكانت هِبَةً فاسِدَةً، لم يُجِزْ بل مَنَعَ مِنْ مُطْلَقِ التَصرُّفِ وَ هُوَ مُلْحَظٌ وَجِيهٌ انتهىٰ».

اَشْكَلَ الشّيخُ عليه: بِاَنَّ لازِمَ جريانها فيهما، اَلْحُكْمُ بِكَوْنِ المأمورِ، مالِكاً، اَلْاَجْرَ المُعَيَّنِ علىٰ الآمِرِ و كونِ الآمرِ مالكاً، العمَلَ المُعَيَّنَ علىٰ المأمورِبه **مع انّا لم** نَجِدْ مَنْ صَرَّحَ به فى المعاطاةِ.

يمكن اَنْ يَردَ علىٰ الشّيخِ(ره) بِاَنَّ الْاِشكالَ عَلَيْهِ(ره) مَبنِيٌّ علىٰ تَحَقُّقِهٰا بِالْاَمْرِ وَ الْاِيتمارِ **معَ انّ مُتَعلَّقَ** المعاطاةِ فى نظرِ المحقّقِ الثّانى، عَمَلُ العامِلِ الذّى هو بمَنْزِلَةِ الْاِيجابِ وَ اِعطاءِ الْاُجْرَةِ فى مقابِلِ عَمَلِهِ، بمنزلَةِ قُبُولِهِ **و حينئذٍ**، المناسبُ لمبنىٰ المحقّقِ(ره) و نظره(ره) كونُ الْعَمَل مُتَحَقِّقاً به المُعاطاةُ وَ الْاُجْرَةُ الْمُؤَدّاةُ، اُجْرَةُ المسمّىٰ لا اُجْرَةُ الْمِثْل كما قال به الشَّيخُ(ره) **فلايَرِدُ الْاِشكالُ، حينئذٍ علىٰ مبناه(ره).**

و امّا قوله(ره) «لم يَجُزْ بِهِ الْعَمَلُ» فَلَعَلَّ مَقْصُودَهُ(ره)، اَلْعَملُ بِعُنوانِ الوَفاءِ بِالْاِجارَةِ.

فَلايَتَوَجَّهُ الايرادُ عَلَيْهِ بِاَنَّ: «فَسادَ الْمُعامِلَةِ، لايُوجِبُ مَنْعَهُ عَنِ الْعَمَلِ».

نَعَم: لو كان نَظَرُهُ(ره) من الْاَمرِ، الايجابَ، فَيَرِدُ عليهِ مضافاً الىٰ ما ذَكَرَهُ الشّيخُ(ره) اَنَّهُ خارِجٌ عن محلِّ الكلامِ **لانّ** مَحَلَّ الْكَلام فى العملِ دونَ القولِ **و امّا مَسْأَلَةُ الْهِبَةِ** فَما اِستفادَهُ المحقّقُ الثّانى(ره) من ظاهر كلماتِ القوم بناءً علىٰ مذهَبِهِ فى المعاطاة، كانَ صحيحاً لِاَنَّ الاباحِةَ فى المعاطاة الجارِيَةِ فى البيعِ و الْهِبَةِ كِلَيْهِما فِى نظرِهِ(ره) محمولٌ علىٰ الْمِلْكيَّةِ المتزلْزِلَةِ و اَمّا اِشكالُ الشّيخِ(ره) علَيه، يَتَوَجَّهُ بناءً علىٰ المبنىٰ المشهورِ فى البيعِ و الهبةِ و هو(ره) لَمْ يَقْبَلْهُ فِيهِما.

ثمّ: ذَهَبَ الشّيخُ(ره) الىٰ انّ المعاطاةَ، لم تَجُزْ فى النّكاح **لانّه** يُعْتَبَرُ فى المعاطاةِ كما ذكرناه سابقاً مِنَ الْعَمَلِ وَ الْفِعْلِ بحيثُ يَتَحَقَّقُ به العقدُ كما اَنّ فِى الْعَقْدِ بالصّيغَةِ، لايَجُوزُ ايجادُهُ بِاَىِّ عقدٍ **بل** تُعْتَبرُ فيه الْاَلْفاظُ التّى يَتَحَقَّقُ بها العقدُ.

وَ مِنَ المعلومِ: اَنَّ العملَ فى النّكاحِ الْمُعاطاتِىّ، ضِدُّ النِّكاحِ **حيث** يكون مصداقاً

لِلْزِّنا بِالْحَمْلِ الشّايعِ **وكذلك** لاتَجْرِى فى الْضِّمانِ وَ الْوَصِيَّةِ **وكذلك فِـى** الْـعِتْقِ خصوصاً الْمُدَبِّرَ و هو العِتْقُ بعدَ الوفاةِ؛ **و السرّ فى** عدم جريانها فى هٰـذه المـوارِدِ المذكورة و غيرِها، عَدَمُ كونِ عملٍ فى البينِ فيها بحيثُ اَنْ تَتَحَقَّقَ به الْمُعاطاةُ.

يمكن الاشكالُ عليه(ره) بِاَنَّ اللّازِمَ فى المعاطاةِ، تَحَقُّقُ الْفِعْلِ الْمُنْشَأِ بِهِ العقدُ **و امّا الْفِعْلُ الّذى هو مِنْ مُتَفَرِّعاتِ العقدِ فَلا و عليه** يُمْكِنُ الْقَوْلُ بِتَحَقُّقُ نوعٍ من الفعلِ و لو كان من قبيلِ الاشارةِ و الكنايةِ و نحوها فى الضّمانِ وَ الْوَصِيَّةِ وَ الْعِتْقِ وَ النِّكاحِ و غيرِهِ من الموارِدِ و يُنْشَأُ مِنْهُ تِلْكَ العقودُ عُرْفاً.

و عليهذا، لايَنْحَصِرُ الْعَمَلُ فى تَحَقُّقِ النِّكاحِ المعاطاتىّ بِـالْعَمَلِيّاتِ الخـاصَّةِ و نَحْوِها المعهودَةِ حتّىٰ يَكُونَ من مصاديقِ الزّنا **بل** يَكْفِى فيه نوعٌ مِـنَ الْـعَمَلِ و لو بالاشارَةِ.

اَلتَّحْقِيقُ فى الْمَسْأَلَةِ: اَنَّ المعاطاةَ، تَجْرِى فِى الْاَمْثِلَةِ المذكُورَةِ كُلِّها و تَـحَقَّقَتِ الشّرائِطُ الثَّلاثَةُ السّابِقَةُ المذكورَةُ فيها لِصِدْقِها عَلَيْها عُرْفاً و شهادَةُ عَمَلِ الْعُرْفِ علىٰ الْجَريان فيها.

فَتَحَصَّلَ من جميع ما ذكرناه فى هذا التّنبيه: اَنَّ الْاَقْوىٰ، جريانُ الْـمُعاطاةِ فـى جميع الْعُقُودِ وَ الْاِيقاعاتِ لِاَنّها مُعاملةٌ مُطابِقَةٌ لِلْقَواعدِ الموجودَةِ و تَشْمَلُها القواعدُ العامَّةُ مِن قَوْلِهِ تعالىٰ: **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** و **﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾** و **﴿... تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾** من العمومات **اللّهم الاّ اَنْ** يَتَحقَّقَ الْاِجْماعُ فِى مِثْلِ النِّكاحِ.

اَلتَّنْبِيهُ السَّادِسُ فى مُلزِماتِ المعاطاةِ

المشهور بل الاجماعُ علىٰ انّ المعاطاةَ، غَيْرُ لازِمَةٍ فى الجملَةِ؛

ثمّ يقع البحثُ فى مُلزِماتها وَ اِنْ تَلَفَ العينانِ او احدايهما او بعضهما علىٰ المبنيينِ المذكوريَنِ فى المعاطاة من الملكِ و الاباحَةِ، هل يوجب كونها لازمةً كما فى الهبَةِ ام لا؟ كما فى الخيارات؟

ادّعىٰ الشّيخُ(ره) قيامَ الاجماعِ علىٰ اَنَّ تَلَفَ العينينِ علىٰ القولِ بافادتها الملكَ، يوجب اللّزومَ **ولكن** لم‌يثبت قيامه علىٰ لزومها فيما اذا تَلَفَتْ احدٰيهُمٰا او بعضُهُمٰا علىٰ القولِ.

و حينئذٍ ينبغى البحثُ فى اَنَّ القاعدةَ هنا ماذا تَقْتَضِى؟

هل القاعدةُ، تقتضى اَنْ يكونَ تلفُ العينينِ او بعضُهٰا، مُلزِماً لهٰا وَ اَنَّ هذا المورد هل يدخلُ تحتَ قاعدةِ: «**ما اذا خُصِّصَ العامّ**» فى زمانٍ و شُكَّ فى تخصيصه فى الزّمانِ الثّانى؟ هل المرجعُ **حينئذٍ** عمومُ العامِّ من: «اَوْفُوا...» و نحوه فيما اذا كان له عمومٌ اَزْمٰانِيٌّ بحيثُ يكون مُكثِّراً لِاَفرادِ العامِ او المرجعُ، استصحابُ حكمِ الْمُخَصِّصِ؟ ام لاتدخل فيها اصلاً؟

صَرَّحَ الشّيخُ(ره) بانّه لايجرى استصحابُ الجوازِ هنا بعد التّلفِ كما اَنَّهُ يَجرِى فى باب الخيارات، استصحابُ بقاءِ خيارِ الغبن و العيبِ فيما اذا شُكَّ فى بقائهما فى الآنِى الثّانى **وكذلك** يَجرِى استصحابُ حُكمِ الحيضِ فى صورةِ الْطُّهر و عدم الغُسلِ بعدُ **لِاَنَّ** الزّمانَ، ليس مُكثِراً لِاَفرادِ العامِّ.

وجه عدم جريانه هنا: عَدَمُ بقاءِ موضوع الاستصحاب فى المعاطاة **و ذلك لِاَنَّ** موضوعَهُ اِمّا جوازُ الرّجوعِ فى العينِ كما هو كذلك فى الهبَةِ او جوازُ ترادِّ الْعَيْنَيْنِ؟ **و علىٰ كلا التّقديرين** لايبقىٰ موضوعُ الاستصحابِ بعدَ التّلفِ كما لايخفىٰ.

بل يُمْكِنُ اَنْ يقالَ: اِنَّ مجردَ الشّكِ فى اَنَّ موضوعَهُ هل هو العقدُ او ترادُّ العينينِ‌او الرّجوعِ فى العين، كافٍ فى عدمِ جريانه حيثُ لم يَحْرَزْ موضوعُهُ؟

يبقىٰ هنا مجالٌ لِلسّؤالِ و هو انّه ما الفرقُ بينَ المعاطاةِ و الخياراتِ حيث يجرى الْاِستصحابُ فی الخياراتِ دون المعاطاةِ؟

يمكن اَنْ يجابُ عنه(ره) بانّ الجوازَ الذّی فی الْعُقودِ الجايِزَةِ و منها المعاطاة، انّما هو من قبيلِ الحكمِ و قُصورِ الْمُقْتَضِی.

اَمّا الخِياراتُ فی بابِ البيعِ الجايِزِ و نحوِهِ، فانّما هو مِنَ قبيلِ الحقِّ.

و توضيحه اَنَّ البيعَ، طبعُهُ علىٰ اللّزومِ و الدّوامِ كما كان كذلک فی النّكاحِ و غيره و الجواز الّذی تَعلَّقَ علىٰ ما كان طبعُهُ، اللّزومَ و الدّوامَ، يكونُ مِن قَبيلِ الحقِّ كما اَنَّ الْجَوازَ الّذی يَتَعَلَّقُ علىٰ العقودِ الجايزهِ الّتی طَبْعُهٰا علىٰ الجواز بمعنىٰ قُصورِ الْمُقْتَضِی و عدمِ بلوغِهِ بعدُ الىٰ حدِّ اللّزومِ، يكونُ من قبيلِ الحكمِ.

و ممّا ذكرناه يظهر: انَّ مٰا قال به السّيّدُ(ره) فی الحاشيةِ فی وجهِ الفرقِ بينَ الحكمِ و الحقِّ من اَنَّ التّعبيرَ اِنْ كانَ من قبيلِ هذا القولِ «**لَهُ ذٰلِكَ وَ هٰذا حَقٌّ لَهُ**» و نحوه فهو حقٌّ و الاّ فهو حكمٌ.

لايخلو عن مسامِحَةٍ و ذلک لِاَنَّکَ عرفتَ اَنَّ الفرقَ بينهما، فرقٌ جوهَرِیٌّ و هو اَنَّما كان من العقودِ طبعُهٰا علىٰ اللّزومِ فهو حقٌّ و ما كان طبعُهُ علىٰ الجوازِ و كان من قبيلِ الْمُقتَضِی، فهو حكمٌ **لِاَنَّ** ما كان طبعُهُ، اللّزومَ فالجوازُ فيه من قبيلِ المانعِ فلابدّ ان يكون لِاَجلِ حقٍّ ذي الخيارِ فی حلِّ العقد بخلاف الجوازِ فی العقودِ الجايزَةِ **لِاَنَّهُ** بمعنىٰ قُصورِ مقتضىٰ العقدِ و عدمِ وُصولِهِ الىٰ حدِّ اللّزومِ و سيجیٔ فيمٰا بعدُ زيادةُ توضيحٍ فی الفرقِ بين الحقِّ و الحكمِ و ما فی كلامِ الشّيخِ(ره) من الاشكالِ حيثُ جَعَلَ جوازَ المعاطٰاةَ، من قبيلِ الحكمِ بغيرِ اِخْتلافٍ.

اَلْحَقُّ فى المسألَةِ:

الحقُّ اَنَّهُ يجرى استصحابُ جوازِ المعامِلَةِ فيما اذا كانَ مَوضوعُهُ، تَرادُّ الْعينينِ ايضاً **لِاَنَّهُ لم** يكنْ فرقٌ بين ترادِّ العينينِ و فَسْخِ العقد خلافاً لما ذَهَبَ اليه المشهورُ و صَرَّحَ به شيخنا الانصارىّ(ره) فى المتن.

و توضيحُهُ: اَنَّ العقدَ، نوعانِ: عقدٌ تكوينِىٌّ و هو الالفاظُ المخصوصَةُ الدّالَةُ علىٰ معانيها غَيْرُ قارَّةٍ **و هذا يُسمّىٰ بالعقدِ السَّبَبِىِّ.**

و عقدٌ اِعتبارِىٌّ قارٌّ باقٍ الّذى **يُسَمّىٰ بالعقدِ الْمُسَبَّبِي** كالملكيّة التّى تَتَرَتَّبُ علىٰ العقدِ الْسَّبَبِىِّ.

و بهذا ظَهَرَ الفرقُ بين هٰذينِ النّوعينِ من العقدِ **حيثُ** يكونُ امراً تكوِينِيّاً غَيْرَ قارٍّ بحيثُ وُجِدَ وَ يَنْصَرِمُ و يَنْقَضِى اَمَدُهُ.

و لايخفىٰ: اَنَّ فسخَ العقدِ و ترادَّ العينينِ كليهما، يتعلّقانِ علىٰ العقدِ الْمُسَبَّبِي و هو ما كان باقياً و اَمراً اِعتبارِيّاً لاالْعَقدُ السَّببِىُ الغيرِ القارِّ.

و ذلك لِاَنَّ المرادَ من الْترادِّ، ليس الترادُّ الخارِجىُّ حيثُ لايكفى فى تحقّقِ الفسخِ مطلقاً **بل** المرادُ منه، التّرادُّ فى الملكيّةِ.

و لامعنىٰ له الاّ فسخُ المعاهدة الاولىٰ و فسخُ العقدِ الْمُسَبَّبِي سواءٌ تَحَقَّقَ التّرادُّ باللّفظِ او غيرِهِ كما هو كذلك فى فَسخِ العقدِ ايضاً.

علىٰهذا: لا فَرْقَ بين فسخِ العقدِ و ترادِّ العينينِ فى اَنَّ كليهما يتعلّقانِ بالعقدِ **غايةُ الفرقِ بينهما** اَنَّهُ يُمْكِنُ اَنْ يكونَ بقاءُ العينينِ، يكونُ شرطاً فى تَحقُّقِ التّرادّ كما اَنَّهُ يمكِنُ اَنْ يكونَ كذلك فى بابِ الخياراتِ.

و هذا، لايَمْنعُ من جريانِ استصحابِ جوازِ المعامِلَةِ فيما اذا كانَ، موضوعُهُ، ترادَّ العينين ايضاً. **نعم:** بناءً علىٰ ما قلناه يلزمُ كونُ المعاطاةِ، جايزةً حتّىٰ بعدَ تلفِ العينينِ ايضاً **مع انّه** خلافُ الاجماع.

یُمْکِنُ التّخلّص عنه بِوَجهینِ:

اَلْوَجْهُ الاوّل: اَنَّهُ یُمکِنُ اَن یَتَمَسَّکَ فی کونِ المعاطاة لازماً بعد تَلفِ العینینِ، بعمومِ العامّ فی جمیعِ الصُّوَرِ و علیه عَملُ العلماءِ الیٰ زمانِ الشّیخ(ره) **وَ اَمّا الشّیخُ(ره)** فهو لم یَتَمَسَّکْ بالعامِّ نظراً الیٰ مبناه(ره) و هو اَنَّ الزّمانَ، ظرفٌ للحکمِ لا اَنَّهُ مُکثِّرٌ لِاَفرادِ العامِّ.

و یُمْکِنُ الجوابُ عنه(ره) بما ذَهَبَ الیه المحقِّقُ الخراسانی(ره) فی الْکِفایَةِ **من اَنَّ التّخصِیص** فی العامِّ المُخَصَّصِ بتخصیصٍ مُنفصلٍ، انّما هو فی مقام الجِدِّ فَاَصالَةُ الاستعمالِ، لاتُطابِقُ اَصالَةَ الْجِدِّ و الارادَةِ فی موردِ التّخصُّصِ وَ اَنَّ العمَلَ فی الازمانِ و الحالاتِ، باقٍ فی مقامِ الاستعمالِ.

و ذلک لِاَنَّ التّخصیصَ، رفعُ الیدِ عن الحجیَّة لِاَرفَعُ الیدِ عن الظّهُور.

علیٰهذا، یُتَمَسَّکُ لِاِثباتِ اللّزومِ فیها بقوله تعالیٰ: **«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فیما اِذا شَکَکْنا فی اَنَّ المعاطاةَ بعدَ تَلَفِ العینینِ هل تَکُونُ لازمةً ام لا؟**

و لایجوز لنا اَلتَّمَسُّکُ باستصحابِ حکمِ المُخَصِّصِ و هو جوازُ المعاطاةِ بعدَ التّلفِ **لِاَنَّ** العامَّ، باقٍ علیٰ ظاهره فی العمومِ؛ هذا من جهةِ الکبریٰ.

الوجهُ الثّانی: اَنَّ المعاطاةَ، لیست من قبیلِ ماخَرَجَ عن تحتِ العامِّ حتّیٰ یقالَ بجریانِ استصحابِ الجوازِ فی ترادِّ العینینِ **بل هی** من قبیل ماخَرَجَ عنه فی حالٍ فهو یَشْبَهُ بِالْاِطلاقِ الْاَحْوالِیِّ.

وَ مِنَ الْمُسَلّمِ اَنَّهُ یجوزُ التَّمسّکُ بعمومِ العامِّ فیما اذا خَرَجَ من تحتِهِ فی حالٍ مِنَ الاحوالِ و هذا ایضاً من جهَةِ الْصُّغْریٰ.

و خلاصةُ التَّخَلُّصِ: اَنَّ کونَ مسألَةِ لزومِ المعاطاةِ بَعْدَ تلفِ العینینِ، مورداً مِنْ موارد قاعدةِ: «ما اِذا خَرَجَ موردٌ عن تحتِ العامّ فی زمانٍ فَشُکَّ فی دخوله تحتَهُ فی الزّمانِ الثّانی وَ اَنَّهُ هل یَدْخُلُ فی عمومِ العامّ او یُسْتَصْحَبُ حکمُ الْمُخَصِّصِ؟ **ممنوعٌ صغریً وکبریً** کما شرحناه سابقاً **فَتَأَمَّلْ فیه.**

هذا کلّه علیٰ القولِ بافادتها الْمِلْکیَّةَ **و امّا علیٰ القولِ بافادتها الاباحَةَ شرعاً** کما

عن المشهورِ فَاِنْ تَلَفَتِ العينانِ، تكون لازمةً سواءٌ قلنا بـلزومِهٰا حـينئذٍ ابـتداءً او بتبدّل الاباحَةِ بالملكيَّةِ و هى تقتضى اللّزومَ.

اِدَّعىٰ الشّيخُ(ره) الاجماعَ علىٰ اللّزومِ فى هذه الصّورةِ ايضاً.

و لايخفىٰ اَنَّ صورةَ الْاِباحَةِ تنقسِمُ علىٰ قِسْمَيْنِ:

القسمُ الاوّلُ: اَنَّ المتعاطِيَيْنِ، قَصَدٰا الاباحَةَ كما عن الجواهر(ره).

اَلْقِسمُ الثّانِى: انّ المتعاطِيَيْنِ قَصَدٰا، الملكيَّةَ **ولكنّ** الشّارعُ اِعْتَبَر، الْاِباحَةَ.

ولكن الشّيخُ(ره) لم‌يُعَيِّنْ فى المتنِ اَنَّ مرادَه(ره) من الاباحَةِ، ايُّهما كان؟ **و نحن نبحثُ هنا مِنْ كِلا اَلْفَرْضَيْنِ:**

امّا علىٰ القولِ بالاباحَةِ فَاِنْ قَصَدَ المتعاطيانِ، الاباحَةَ فيمكِنُ جريانُ استصحابِ الْسَّلْطَنَةِ السّابِقَةِ بعدَ التّلفِ كما نَقَلَهُ الشّيخُ(ره) فى المـتنِ عـنِ بـعضِ مشـايِخِهِ و ارتضاه **فعليه** لاتكونُ المعاطاةُ، لازِمةً.

و مضافاً الىٰ ذلک، قامَ الاجماعُ علىٰ عدمِ اللّزومِ بايِّ معنىً يرادُ منها و لايَـرِدُ علىٰ هذا النّحو من الاستصحاب مٰاوَرَدَ علىٰ استصحابِ جوازِ المـعامِلَةِ اذا كـان موضوعُهُ، تَرادُّ الْعَيْنَيْنِ كما لايخفىٰ علىٰ المتأمّلِ.

نعم: يمكن اَنْ يُعارِضَ باصٰالَةِ براءةِ ذمّتِهِ عن مثلِ التّالِفِ عنده او قيمَتِهِ **اَللّٰهُمَ اِلّا** اَنْ يُقالَ: بِاَنَّ اِسْتِصحابَ بقاءِ الْسَّلْطَنَةِ علىٰ المالِ الذّى كانَ اصلاً سَبَبِيّاً، حاكمٌ علىٰ اَصٰالَةِ براءةِ ذمّتِهِ التّى كانت اصلاً مُسَبَبِيّاً **لِاَنَّ** الْشَکَّ فى الضّمٰانِ، ناشٍ من الشّکِ فى السّلطنَةِ.

و وَجَّهَ بعضٌ عدمَ اللّزومِ بِاَنَّ العقودَ الْاِذْنِيَّةِ كالتّوكيلِ و غيره، لاتَقْبَلُ اللّزومَ اِلاّ علىٰ نحوِ شَرْطِ النّتيجَةِ.

و من هنا قيل: اِنَّ الْاِباحَةَ، لاتَقْبَلُ اللّزومَ اصلاً و لامعنىٰ للقولِ بانّه جايزٌ او لازمٌ اِلاّ اَنْ تَتَبدَّلَ الاباحَةُ بِالْمِلكيّةِ.

هذا خلاصَةُ كلامِ الشّيخ(ره) فى هذا المقام.

اِشْكالُ المحقّقِ النّائينيِ علىٰ الشّيخ و ما فيه:

اَشْكَلَ المحقّقُ النّائِينى(ره) علىٰ ما ذكره الشّيخُ(ره) فى هذا التّنبيهِ.

اوّلاً: اِنَّ ما ذكره(ره) هنا من عدمِ لزومِها، يُنافِى مٰا قالَ(ره) به فى التّنبيهِ الرّابعِ فى الْاِباحَةِ بالْعِوَضِ بعد ذكرِ الاقوالِ الثّلاثَةِ فيها مِنْ اَنَّ: «**الاقوىٰ فيها، اللّزومُ**».

و ثانياً: اِنَّ حكومَةَ اَصالَةِ بقاءِ السّلطنةِ علىٰ اَصالَةِ البراءَةِ، انّما تَتِمُّ اذا كانَ مفادُ اصالَةِ بقاءِ الْسّلْطَنَةِ و اثرِها الشّرعِيِّ، رفعَ البراءةِ او اثباتَ ضِدِّها اى الاشتغالُ وَ اِلاّ فمجرّدُ السّبَبِيَّةِ و المسبيَّةِ، لااَثَرَ لَهُ **و لاشبهةَ** اَنَّ اَثَرَ اَصالَةِ بقاءِ سلطنةِ مالكِ العينِ الموجودة، ليست اشتغالَ ذمّتِهِ بالمثلِ او القيمةِ او عدمِ خلوِّ ذمّتِهِ عنهما؟.

بل اَثَرُها الشّرعِيُّ، هو رجوعُ العينِ الىٰ مِلكِهِ لو فَسَخَ[1]

حاصلُ هذا الاعتراضِ اَنَّ المسبّبَ هنا، ليسَ من الآثارِ الشّرعِيَّةِ للسّببِ **بل** من اللّوازمِ علىٰ اَصالَةِ البراءَةِ من الضّمانِ فلايَثْبُتُ استصحابُ بقاءِ السّلطَنَةِ، الضّمانَ حتّىٰ يكون حاكماً.

و يمكن اَنْ يجابَ عنه(ره): اَمّا عَنْ اِعتراضِهِ الاوّلِ فهو اَنَّ الشّيخَ(ره) صَرَّحَ فى الامرِ الرّابعِ بِاَنَّ الاقوىٰ، اللّزومُ او الجوازُ من الطّرفينِ لِاَصالَةِ السّلطنَةِ فلايكونُ، ماصَرَّحَ به هنا منافياً لِمٰا صَرَّحَ به هناك **هذا اَوّلاً:**

و امّا ثانياً: فَلِاَنَّ محلّ البحثِ فى الامرِ الرّابعِ اَنَّ الْاِباحَةَ بالعوضِ هل هى لازمةٌ من ابتداءِ الامر ام لا؟

و امّا هنا فيقع البحثُ بناءً علىٰ الجوازِ كما هو المشهورُ فى انّها هل تَلْزَمُ بالتّلفِ ام لا؟

و بالجملة، محلُّ البحثِ فى الامر الرّابع، غَيْرُ مَحلِّ الكلامِ فى المقام.

و امّا عن اعتراضه الثّانى فنجيبُ عنه(ره) نقضاً و حَلّاً.

و امّا نقضاً فَلِاَنّهم اِعترَفُوا بحكومَةِ استصحابِ بقاءِ الخيارِ علىٰ اَصالَةِ براءة الذّمّةِ فى صورةِ تلفِ العينينِ او احداهما **مَعَ اَنَّ** المسبّبَ هنا ايضاً، لم‌يكن من آثارِ السّببِ.

١- التّقريرات، ص ٨٧.

و اَمّا حَلّاً فَلاِنَّ الضّمانَ و اشتغالَ الذِّمَّةِ بالمثلِ او القيمَةِ، من آثارِ الفسخ و من لوازمِ جوازِ التّرادِّ لامجرّدِ السّلطنةِ علىٰ التَّصَرُّفِ.

فحينئذٍ اذا لوحِظَتْ اَصالَةُ بقاءِ السّلطنَةِ من حيثُ كونها سلطنةً علىٰ جميعِ التّصرفاتِ الّتى منها حَلُّ عُقْدَةِ المعاملَةِ و التّرادِّ، **يكون** ضمانُ البدلِ، من آثارِ مُطلَقِ الْسَّلْطَنَةِ علىٰ العينِ الموجودةِ.

فعليه يكونُ استصحابُ بقاءِ السّلطنَةِ حاكماً علىٰ اَصالَةِ براءةِ الذِّمَّةِ **لِاَنَّ** الْشَّكَّ بالضّمانِ، ناشٍ عن الشّكِ فى السّلطنَةِ.

نعم: يمكن اَنْ يقالَ: اِنَّ المستصحَبَ و اِنْ كانَ هو بقاءُ السّلطنَةِ لاكونه مالاً لهُ اِلاّ اَنَّ قولَهُ ﷺ: **«اَلنّاسُ مُسَلَّطُونَ عَلىٰ اَموالِهِمْ»**، انّما هو مَفهُومُ المالِ و المالِكِيَّةِ و توضيحٌ للموضُوعِ.

و من المعلوم: اَنَّ المالِيَّةَ مِنْ مُقَوِّماتِ السّلطنَةِ و حيثُ لم‌تَبْقَ الماليّةُ كما هو المفروضُ، لم‌يحصُلِ السّلطنَةُ.

فحينئذٍ، لايجرى الاستصحابُ لِاَنَّهُ لم‌يبقَ موضوعٌ هنا بِحرمانِهِ.

فروعٌ:

هنا فروعٌ و مسائلُ، يَرجِعُ البحثُ عنها الىٰ انّها هل هی فی حَكمِ التَّلَفِ ام لا؟

منها: ما اذا كانت اِحدىٰ العينينِ، دَيْناً فی ذِمَّةِ المتعاطِيَيْنِ.

يَقَعُ البحثُ عنها فی مَسأَلتينِ:

اَلأُولىٰ: اَنَّ المعاطاةَ هل تجری فی بيعِ ما فی الذِّمَّةِ علىٰ مَنْ هو عليه ام لا؟

الثّانيةُ: اَنَّ البيعَ فی الذِّمَّةِ هل هو بيعٌ و يصدقُ عليه تعريفُهُ ام لا؟

محصّلُ الكلام فی المسألةِ الأُولىٰ انّه: يُشْكِلُ جريانها فيه **لِاَنَّ** التّعاطی، هنا لم‌يحصلْ **حيثُ** اِنَّ اَحَدَ الطّرفينِ، لم‌يكنْ قائلاً لِلتّعاطِی لِحصُولِهِ فی الذِّمَّةِ.

نَعَمْ: بناءً علىٰ ما قرّرنا من عدمِ لزومِ صدقِ التّعاطِیِّ لِعَدَمِ ورودِ هذا العنوانِ فی كتابٍ و لا فی سُنّةٍ **بل** المدارُ، صدقُ عنوانِ البيعِ و التّجارَةِ فلا اشكالَ فی كونِهِ بحكمِ المعاطاةِ **و حاصلُ الكلامِ فی المَسأَلةِ الثّانيةِ:** انّهُ يمكنُ اَنْ يقالَ فيها ايضاً: اِنَّ البيعَ فی ذِمَّةِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ، لا يصدقُ عليه تعريفُ الشّيخِ(ره) البيعَ بانّه اِنشاءُ تمليكِ عَينٍ بعوضٍ **لِاَنّ** التّمليكَ فی الذِّمَّةِ، لامعنىٰ له.

و دَفَعَهُ الشّيخُ(ره) فی اوّلِ كتابه فی ضِمنِ تعريفِ البيع بِاَنَّ ما فی الذِّمَّةِ، يُمْلَكُ آناً مّا فيسقُطُ فهو كالتّلفِ و لااستمرارَ له لِاَنَّهُ غَيْر معقولٍ.

و لكن اجيبَ عنه بِاَنَّ المحالَ، محالٌ مطلقاً سواءٌ كان آناً مّا او بنحوِ الْاِسْتِمْرارِ فاذا فرضنا كونَ الملكيَّةِ فی الذِّمَّةِ مَحالاً **فلا فرقَ** فيه بين كونه حدوثاً او بقاءً.

فَالاَوْلىٰ فی الجوابِ عنه، ما ذَهَبَ اليه السّيّدُ(ره) فی الحاشِيَةِ بِاَنَّ معنىٰ البيعِ، مبادلةُ مالٍ بمالٍ لا إنّه اِنشاءُ تمليكِ عينٍ بعوضٍ.

و من الواضح: اَنَّ المبادِلَةَ **تارةً** تكون بِنَحْوِ الملكيَّةِ **و تارة اُخرىٰ** بنحوِ الاِسقاطِ وَ الْاِبراءِ و نَحوِهِما.

و لذا صَرَّحَ السّيّدُ(ره): اَنَّ قولَ القائلِ: **«اِشْتَرِ بهذهِ الدَّراهِم طعاماً لِنَفْسِكَ»** لااشكالَ فيه و لا يحتاجُ الىٰ تكلّفٍ و توجيهٍ و تعبيرٍ كما اِرْتَكَبَهُ الشّيخُ(ره) **فَظَهَرَ ممّا**

ذكرناه اَنَّ بَيْعَ المعاطاةِ علىٰ ما فِي الْذِّمَّةِ يصدُقُ عليه البيعُ و يسقُطُ عن الْذِّمَّةِ و يصيرُ بحكمِ التّالِفِ و يصيرُ لازِماً **و مع ذلك** اِحْتَمَلَ الشّيخُ(ره) العودَ ايضا بالفسخ.

و لَعَلَّ مَنشَأُ احتمالِ العودِ فى الذِّمَّةِ اَنَّ كونَ شئٍ كالحنطَةِ و غيرِها فى الذِّمَّةِ، امرٌ اعتبارِيٌ قائمٌ بِاِعتبارِ المُعْتَبِرِ **فَلَهُ** اَنْ يَعْتَبِرَهُ فى كلِّ زمانٍ شاءَ **فمعنىٰ** وجودِهِ فى الْذِّمّة، ليس هو ايجادُ الوجودِ الخارجِيِّ حتّىٰ يقالَ بِاَنَّهُ من قبيلِ اِعادَة المعدومِ و هو محالٌ فَيُمكِنُ فسخُ المعامِلَةِ و عودُ المبيعِ الىٰ الْذِّمَّةِ باعتبارِه كذلک.

و التّحقيقُ اَنْ يُقالَ: اِنَّ الْاَصْلَ فى المعاطاةِ، اللّزومُ كما صِرنا اليه سابقاً فحينئذٍ اِنْ وُجِدَ اجماعٌ علىٰ خلافِ الاصلِ فَيُتَّبَعُ وَ اِلاّ يبقىٰ الاصلُ علىٰ قُوَّتِهِ **و عليه** اثباتُ كونِ بيعِ مٰا فِى الْذِّمَّةِ لازماً، لا يَبْنِى علىٰ البحثِ **من اَنَّهُ هل هو فى حُكْمِ الْتَّلَفِ ام لا؟ بل** مجردُّ الشّكِ وَ الْاِختلافُ فى هٰذه الْمَسْأَلَةِ، يكفِينٰا فى الْتَّمسُّكِ بالاصلِ الْاَوَّلِيّ **لِاَنَّ** المتيقَّنَ من الْاِجماعِ، جوازُ المعاطاةِ، غير مَفروضِ المقامِ.

هذا كُلُّه علىٰ القولِ بالملكِ وَ اَمّا علىٰ القولِ بِالْاباحَةِ فقد قٰالَ الشّيخُ(ره): **«الظّاهِرُ، اَلْحُكمُ كذلك علىٰ القولِ بالاباحَةِ فافهم».**

و مرادُهُ(ره) انّه تجوزُ اباحَةُ مٰا فِي الْذِّمَّةِ و تسقُطُ **وَلٰكِن يُمْكِنُ اَنْ يقالَ:** «اِنَّ الحكمَ علىٰ القولِ بالاباحَةِ لَيْسَ واضحاً كما هو واضحٌ علىٰ القولِ بالملكِ».

و من هنا قالوا: فيه وجهانِ بل قولانِ:

القولُ الاوّلُ: اَنَّهُ تجوزُ اِباحَةُ مٰا فِي الْذِّمَّةِ.

القولُ الثّانِي: التّرديدُ فى ذلک و التّوقّفُ فيه.

و منشأُ التّرديدُ و التّوقُّفِ اَنَّهُ لامعنىٰ لِاباحَةِ التّصرّفاتِ الّتى لم‌يَكُنْ مَتَعلُّقُها موجودةً فى الخارج **اِلاّ اَنْ يقالَ:** اِنّ اباحَةَ ما فِي الْذِّمَّةِ بمعنىٰ الْاِبراءِ و الاسقاطِ و نحوهِمٰا و لَعَلَّهُ(ره) اَشٰارَ الىٰ ما قلناه بقوله(ره) **«فافهم».**

و منها: مٰا لو نُقِلَ العينانُ او اِحْداهُمٰا بعقدٍ لازِمٍ؛ قد صَرَّحَ الشّيخُ(ره) بِاَنَّهُ ايضاً كالتّلفِ **لانّه** لايُمْكِنُ التّرادُّ الذّى هو موضوعُ جوازِ المعٰاطاةِ سواءٌ قلنا فيها بالملكِ او الاباحة؟

وَ اَمّا لو نُقِلَ بالعقدِ الجايزِ فقد صَرَّحَ الشّيخُ(ره) هنا ايضاً باللّزومِ.

و لكن لايخفیٰ: اَنَّ ملاکَ العقدِ اللّازِمِ، ليسَ بموجودٍ هنا **فهو ليس** كالتّلفِ **لِاَنَّ** فی العقدِ الجايزِ، يُمْكِنُ استردادُ العينينِ **حيثُ** فُرِضَ العقدُ جايزاً **و له حينئذٍ اختيارُ** الفسخِ فَلَيْسَ ما نُقِلَ بالعقدِ الجايزِ كالتّالفِ.

و منها: ما لو نُقِلَ العينانِ بعقدٍ لازمٍ الیٰ الغيرِ ثُمَّ فَسَخَ و معنیٰ الفسخ ايضاً **حلُّ العقدِ و ليس معاملةً برأسِها فَيَقَعُ البحثُ حينئذٍ فی جوازِ التّرادّ و عدمِهِ؟**

وَ اخْتارَ الشّيخُ(ره) فی المتنِ، عَدَمَ جوازِ التّرادِّ سواءٌ قلنا فی المعاطاةِ بالملكِ او الاباحَةِ؟ **و هو الاقویٰ** ولكن لا لما عليه الشّيخُ(ره) من اَنَّ التّرادَّ، لمْيُعْلَمْ نوعُهُ بِاَنَّ موضوعَ الجوازِ، هل هو مطلقُ التّرادِّ حتّیٰ يجری استصحابُ الجوازِ ام موضُوعَهُ، ما هو المحقّق من التّراد و هو التّراد قبل الفسخ و قبل خروج الملک عن ملک مالكه حتّیٰ لايجری...؟ الیٰ آخر كلامه(ره) فراجع.

لانّ الجواز، زال بالعقد و تخلّل العدمُ فی البين **و عليه** لايجوز القول بجواز التّراد للاستصحاب.

و وجه الاشكال فی تعليل الشّيخ(ره) فی عدم الاسترداد، ان لم‌يرجع الیٰ ما قلناه من التّعليل الحقيقیّ، انّ القول بجواز البيع بعقدٍ لازمٍ او جايزٍ، انّما يصحّ فيما اذا كان الجواز الحاصل فی المعاطاة من قبيل الحكم لا الحقّ و الاّ لايجوز النّقل الیٰ الغير مطلقاً لانّ العين ليست بِطلقٍ بل تعلّق عليها حقّ الغير فلايجوز بيعها و نـقلها الیٰ الغير.

مِنْ جملةِ الفروعِ: ما لو بَاعَ ثالثٌ، العينَ فضولةً فهنا فروضٌ اربعةٌ، الْاِثنانِ منها فى حكم التّلف و الآخرانِ منها: ليسافى حكمه؟

توضيحُهُ: اَنَّ المالِكَ الثّانى اذا اَجازَ بيعَ الفضولىِّ، يقع البيع الثّانى صَحِيحاً لازِماً وَ اِجازَتُهُ، نافِذَةٌ بغيرِ اِشكالٍ فهى بمنزلَةِ البيع من قِبَلِه.

وكذلك اذا اَجازَهُ المالِكُ الْاَوّلُ **لِاَنّ** له استردادُ العينِ و اجازتُهُ كاشَفَهُ: عن الاسترداد ثُمَّ اِمضاؤُهُ، **هذا كُلُّهُ علىٰ القولِ بالملكيَّةِ.**

و امّا علىٰ القول بافادتها، الاباحَةَ فالاَمرُ بالعكسِ فاذا اَجازَهُ المبيحُ فهو بمنزلةِ اجازةِ المالكِ الثّانى فى الفرضِ الْاَوّلِ و يجرى عليه حكمُهُ و هو وقوعُ البيعِ لازماً و كون اجازتِهِ، نافِذَةً بلا اشكالٍ.

و غايةُ الفرقِ بينهما: اَنَّ اجازةَ المبيحِ المالكِ، اِنَّما هو فسخُ العقدِ الاوّلِ و هدمُهُ بخلافِ الفرضِ الاوّلِ حيثُ اِنَّ المالِكَ الثّانِي، اَمْضاهُا فَتَصيرُ المعاطاةُ لازمةً **فاذا اَجازَهُ المباحُ له فهو** بمنزلةِ اِجازَةِ المالكِ الْاَوّلِ فاجازتُهُ بمنزلةِ البيعِ فَيُكْشَفُ عن مالكيّتِهِ له آناًما قبلَ الاجازَةِ.

و مع ذلك لايخلو عن بحثٍ و هو انّه اذا اَجازَهُ المباحُ له وَرَدَ المُبيحُ، يَقَعُ البحثُ فى اَنَّ ردَّهُ هل هو مؤثّرٌ فى المعاطاة نفياً او اثباتاً ام لا؟

قد حَكَمَ الشّيخُ(ره) بانّه كما اَنَّ الردَّ من المالِكِ الْاَوّلِ و الثّانى، نافِذٌ علىٰ القولِ بالملكِ **كذلك ردُّ المُبيحِ** لانّه مالِكٌ حقيقةً فَرَدُّهُ مؤثّرٌ فيها نفياً او **اِثباتاً مع اَنَّ** تأثيرَ الردِّ فى المعاطاةِ، غَيْرُ معلومٍ لا نفياً و لا اثباتاً.

و امّا اذا فرضنا: انّ المباحَ له، رَدُّ بيعِ الفضولِىِّ **فحينئذٍ:** اِنْ قلنا بِاَنَّ رَدَّهُ، بمنزلَةِ رَدِّ المالِكِ و هو بمنزلَةِ التَّصرّفاتِ المالِكىِّ و هو داخِلٌ فى الْتَصرُّفاتِ الّتى اَجازَهُا المالِكُ الْاَوَّلُ فَرَدُّه، نافِذٌ و الاّ فلا **وَ اِنْ قلنا:** بِاَنَّ اجازةَ المبيحِ، اَلتَّصرُفاتَ فى العينِ المباحِ له، لاتَشْمَلُ مثل الردِّ **حيث** لم‌يكن بمالكٍ واقعاً و هى من شؤُونِ المالكيَّةِ فَرَدُّ المباحِ له، البيعَ، ليس بنافذٍ.

من جُمْلَةِ الفروعِ: ما لو رَجَعَ المالِكُ الْاَوَّلُ فَاَجازَ الثّانی فقد اَفادَ الشّيخُ(ره): بِلَغْوِيَّةِ الرّجوعِ اذا قلنا بِاَنَّ الاجازةَ كاشِفَةٌ و مَعَ ذلك اِحْتَمَلَ(ره) لَغْوِيَّةَ الاجازة ايضاً لانّه رجوعٌ قبل تصرّفِ الآخَرِ فَيَنْفُذُ و تلغُو الاجازَةُ.

هذا كلّه بناءً علىٰ كونِ الاجازَةِ كاشِفَةً **و اَمّا** بَناءً علىٰ كونِها ناقِلَةً فالامرُ بالعَكسِ يعنى تَلْغُو الاجازَةُ بلا اشكالٍ فيه.

و لايخفىٰ عليك انَّ ما نحن فيه و هو رجوعُ الْاوّلِ وَ اِجازَةُ الثّانى، يكون مِنَ قبيلِ تعدُّدِ الاسبابِ الْمُتَضادَّةِ و تعارُضِها.

والْقاعِدَةُ فى هذه الموارد اى الاسبابِ و العِللِ الشّرعِيَّةِ المتماثِلَةِ او المتّضادَةِ، من قبيلِ ولاَيةِ الْجَدِّ و الابِ علىٰ الابن و نحوهما، تقتضى تقديمَ ما هو الْسّابِقُ. **فعليه**، يلزم تقديمُ الرّجوعِ علىٰ الاجازَةِ.

ولكنّ الشّيخ(ره) كما ترىٰ قد صَرَّحَ بسبقِ الاجازَةِ علىٰ الرّجوع و حَكَمَ بلغويّةِ الرّجُوعِ **بناءً** علىٰ القول بالكشفِ فى الاجازَةِ و بلغويّة الاجازة علىٰ القولِ بالنّقلِ.

و بما ذكرناه يظهر ما فى كلام الشّيخ(ره) من الاشكال كما لايخفىٰ علىٰ القارىء المتأمِّلِ ذَهَبَ السّيّدُ(ره) فى الحاشيَةِ[1] الىٰ تعيّنِ لغويّةِ الاجازَةِ حيثُ قالَ(ره): «**بل هو المتعيَّنُ لِاَنَّ الاجازَةَ، انّما تكون كاشفةً اذا كانت صحيحةً و بعد رجوعِ الاوّلِ، لامحلَّ لها لتكونَ كاشفةً او ناقِلَةً و للمسألةِ، نظائرُ تأتى فى مسألةِ اِجازَةِ الفضولىِّ انشا...**».

رَدَّهُ بعضُ المعاصِرينَ:[2] بِاَنَّ هذا القولَ منه(ره)، انّما يَصِحُّ علىٰ القولِ بالكشفِ الغيرِ الحقيقىِّ فى الاجازَةِ و امّا علىٰ القولِ بالكشفِ الحقيقىّ فلاحيثُ قال(ره): «احتمالُ الرّجوعِ بل تَعَيُّنُه، خلافُ فرضِ الكشفِ.

نعم: لو كان المرادُ من الكشفِ، غيرِ الحقيقىِّ، كان الاحتمالُ مُتَعَيَّناً و لَغَتِ الاجازةُ لِاَنَّها من غيرِ المالكِ».

١- ص ٨٣.

٢- فى نهج الفقاهة، ص ٨٦.

و يُمْكِنُ اَنْ يقالَ: اِنَّ نظرَ السّيّدِ(ره) من لغويّةِ الاجازَةِ، اَنّهٰا شرطٌ متأخِّرٌ و موَثِّرٌ فى العقدِ السّابقِ و هو يُمْكِنُ فى الشّرعِيّاتِ.

فعليه، لامعنىٰ للاجازَةِ بعدَ ردِّ المالكِ، البيعَ و الرّجوعِ فى العينِ سواءٌ قلنا بِاَنَّ الاجازَةَ، كاشِفَةٌ حقيقةً او غير حقيقةٍ.

و بذلك يَظْهَرُ اَنَّ تفصيلَ بعضِ المعٰاصِرِينَ فى الاجازَةِ، لايَخلُو عن اشكالٍ.

بَقِیَ هنا فرعانِ آخَرانِ بَحَثَ الشّیخُ(ره) عن کلِّ واحدٍ منهما علیحدّة و حَکَمَ فیهما بِحکمَیْنِ مختلفین و کانّه(ره) لم یَرَ بینهما ارتباطٌ اَصْلاً مع انَّهُما لایخلُو عن ارتباطٍ.

احدُهُما: اَنَّهُ لواِمْتَرجَتِ العینانِ او العینُ الواحِدَةُ المأخوذَةُ بالمعاطاة بِمِلْکِ الغیر، هل یُوجِبُ کونَ المعاطاةِ لازمةً ام لا؟

هل هو فی حُکمِ التّلفِ ام لا؟.

و ثانیهما: اَنَّهُ لو تَصَرَّفَ فی العینِ المأخوذَةِ بالمعاطاةِ تصرفاً مُغَیِّراً للصّورَةِ کَطِحنِ الحنطةِ و قَطعِ الثّوبِ و نحوهما هل هو فی حکمِ التّلفِ ام لا؟

المستفادُ من کلامِ الشّیخِ(ره) فی المتنِ، الفرقُ بینهما و اَلْحُکمُ باللّزومِ و سقوطُ الرّجوع فی مَسأَلةِ المزجِ بناءً علیٰ القول بالملکِ **لِاَنَّ** الغیرَ، کان مُستَحِقّاً فی الممتزجِ و تَعَلُّق علیه حقُّ الغیرِ و لایجوزُ التّرادُّ لِعدمِ بقاءِ موضوعِهِ **حیثُ** لایُمْکِنُ ترادُّ العینینِ هنا.

و امّا السّیّد(ره) فقد صَرَّحَ بعدم الفرقِ بینهما فی اللّزوم و عدَمِهِ **حیثُ قالَ(ره)** فی الحاشیةِ:[1] «الانصافُ، اَنَّهُ لافَرْقَ بینَ صُورَةِ المزجِ و صورَةِ التّغییرِ فلاوَجْهَ للجزمِ باللّزومِ فی الأُولیٰ علیٰ القول بالملکِ و ذکرِ الوجهینِ فی الثّانِیَةِ **اذ** فی الْأُولیٰ ایضاً، یُمکِنُ اجراءُ استصحابِ جوازِ التّرادِّ بناءً علیٰ کون الموضوعِ المعتبرِ فی الاستصحابِ، عرفیّاً فَتَدَبّرْ».

لایخفیٰ علیک: اَنَّ الشّیخَ(ره) وَ اِنْ بَحَثَ عن هٰذینِ المسألتَینِ علٰیحِدَّة **ولکنّهما لایخلُو عن** ارتباطٍ بینهما **حیثُ** اِنَّ الامتزاجَ فی نفسه نوعُ تغییرٍ **فحینئذٍ** یؤولُ البحثُ فیهما الیٰ اَنَّ موضوعَ الاستصحابِ هل یکونُ بعینه، موضوعَ التّرادِّ فی التّغییرِ مطلقاً یعنی مع جمیع اوصافِهِ و عوارضِهِ و من جُمْلَتِها، اَلتَغَیُّرُ ام یکون ذات التّرادِّ؟

و من هنا قال الشّیخُ(ره) فی اللّزوم: وجهانِ مبنیّانِ علیٰ اَنَّ الموضوعَ فی الاستصحابِ، عُرْفِیٌّ او دلِیلیٌّ؟ امّا اِذا قلنا بِاَنَّ الموضوعَ علیٰ نحوِ: «**اَلْماءُ الْمُتَغَیِّرُ**

١- ص ٨٣.

نَجِسٌ» هو المٰاءُ، يجرى الاستصحابُ لِبقاءِ الموضوعِ فى صورةِ الشكّ فى تغييره **و اَمّا اذا قلنا:** بِاَنَّ الموضوعَ، هو الْمُتَغيِّرُ فلايجرى الاستصحابُ **لِاَنَّهُ** لم يبقَ موضوعُهُ فى الحالِ.

المستفادُ من كلامِ الشّيخِ(ره) الفرقُ بينهما حيثُ قالَ(ره): بِاَنَّ الموضوعَ للاستصحابِ اِنْ كانَ عُرْفِيّاً، يجرى الْاِسْتِصحابُ لبقاءِ ذاتِ الموضوع وَ اَمّا ان كان موضوعُهُ، دَلِيلِيّاً **فلايجْرِى** لِاَنَّ ما كانَ فى مَعْقَدِ الدّليلِ هو الحِنطَةُ فزالَ بالتّغييرُ فلم‌يبقَ الموضوعُ **حينئذٍ حتّىٰ** يُستصحبَ فى صورةِ الشكِّ فى التّغيّرِ.

امّا وجهُ نظرِ السّيّد(ره) فى عدم الفرقِ بين المسألتين فهو اَنَّ المرادَ من الْتَّرادِّ الذّى كان موضوعُ الاستصحابِ، هو التّرادُّ المِلكِيُّ و هو لايتفاوَتُ فى المزجِ و غيرِهِ **حينئذ،** ليست صورةُ الْاِمْتِزاجِ و التّغييرِ كالتّلفِ و ليسَ هذا من قبيلِ الشّركَةِ ايضاً لِاَنَّ الشّركةَ، انّما تَتَحَقّقُ فى ما اذا اِمْتَزَجَ شئٌ مع آخَرٍ بحيثُ لم‌يُمْكِنْ فصلُهُ و الامرُ هنا، ليس كذلك.

بالجملة؛ لم يَكُنْ عِندَه(ره) فرقٌ بين مسألَةِ الامتزاجِ و التّغييرِ فى اللّزومِ و غيرِهِ كما اَنَّهُ لاَفَرْقَ فى الهبَةِ و تعلُّقِ حقِّ الْدُّيانِ بالعينِ فى لَزومِ بقاءِ الموضوعِ بينَ الامتزاجِ و التّغييرِ ثبوتاً و نفياً.

نَعَمْ: يُمكنُ للشّيخِ(ره) الذّهابُ الىٰ اللّزومِ فى كلتا الْمَسْأَلَتَيْنِ و هو لم‌يَكُنْ مُخالِفاً لمبناه فى المعاطاةِ المقصودةِ بها التّمليكُ **حيثُ ذَهَبَ** فيها اِلىٰ اللّزومِ و اَنَّهُ مطابِقٌ للاصلِ و لايَخْرجُ عنه الاّ بدليلٍ خاصٍّ دَلَّ عليه.

هٰنا نُكتةٌ: و هی اَنَّ الجوازَ فی المقام هل هو من قبيلِ الحكمِ و من قبيلِ جـوازِ الرّجوعِ ام من قبيلِ الحقِّ؟.

المستفادُ من كلامِ الشّيخِ(ره) فی المتن اَنَّـهُ مـن قـبيلِ الحكـم فـلايقبلُ النّـقلَ والمصالِحَةَ و الارثَ و نحو ذلک كما اَنَّ المستفادَ ايضاً من ذكرِهِ(ره) المسألَةَ فی ذيل مُلْزِماتِ المعاطاةِ، اَنَّ موتَ اَحَدَ المتعاطيينِ كانّه يوجبُ اللّزومَ. **و بما ذكـرناه سابقاً** يَظْهَرُلک الفرقُ بين الحقِّ والحكمِ مفهوماً.

و امّا تمييزُ مضاديقهما فمشكلٌ و مع ذلک كيف يـجوز القـولُ بِـاَنَّ الجـوازَ فـی المعاطاةِ، من قبيلِ الحكمِ بغيرِ اختلافٍ حيثُ لم‌يدلّ دليلٌ واضِحٌ علىٰ كونه حكماً.

نعم: عمدةُ الدّليلِ الدّالِ علىٰ ذلک، انّما هو قصورُ الْمُقتضِی فی‌المعاطاةِ بخلافِ العقدِ اللّفظیِّ **حيثُ** اِنَّ مقتضاه و هو اللّزوم، تامٌّ.

و امّا جَعْلُ الشّارعِ، حقَّ الخيارِ فی بعضِ الموارد فهو عرضٌ لمصالِحَ متعدّدَةٍ و هو من قبيلِ قصورِ المانع.

ولكن هذا الدّليلُ، لايخلو عن نقضٍ و هو اَنَّ خيارَ تخلّف الوصف و الشّرط فی موارد ثبوتهما مع كونهما حقّاً كما اِعْتَرَفَ به الْاَعلامُ، نَشَأَ عن قصورِ الْمُقْتَضِی **لِاَنَّ دَليلَ** الخيارِ فيهما و هو قولُهُ تعالىٰ: **﴿أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ﴾**، لايوجِبُ اَنَّ فاقِدَ الوصفِ، لازِمُ الوفاءِ فَمِلاكُ كونِهِ حقّاً يَتِمُّ فيهٰا.

و مثلُ هذا النّقصِ بعينه، يجری فی خيارِ الغبنِ **ايـضاً حـيثُ** اِنَّـهُ لم‌يـدلّ عـلىٰ اعتبارِهِ، دليلٌ خاصٌّ **بل غايةُ ما يَدُلُّ عليه، دليلُ «لاضرر»**.

و من الْبيِّنِ اَنَّ **دليلَ «لاضرر»**، يَنْفِی الْحُكْمَ و هو اللّزومُ و هو لايُثْبِتُ الخيارَ و الحقَّ.

فالتّحقيقُ: اَنَّ الْمُقْتَضِی، يَتِمُّ فی المعاطاةِ ايضاً كالعقدِ اللّفظیِّ لِمٰا صِرنا اليه من انّها بيعٌ و يصدقُ عليه اسمُ البيعِ و التّجارَةِ و نحوهمٰا من عناوينِ الادلَّةِ فَـتَشْمَلُهٰا الادلَّةُ العامَّةُ مثلُ **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** و **﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾** و **﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾** و نحو ذلک.

فحينئذٍ، الانصافُ اَنَّ القولَ بِاَنَّ الجواز فى المعاطاةِ من قبيلِ الحكمِ، مُشكِلٌ لِاَنَّ تشخيصَ مصاديقِ الحقِّ و الحكمِ، لايخلو عن غُمُوضٍ و اشكالٍ.

مضافاً الىٰ ذلك يَتَوَجَّهُ عليه اشكالُ السّيّدِ(ره) فى الحاشيةِ[1] علىٰ قوله(ره) فى الذّيلِ: «**بل هو على القولِ بالاباحَةِ، نظيرُ الرّجوعِ فى اِباحَةِ الطّعامِ بحيثُ يُناطُ الحكمُ فيه بالرِّضا الباطنىّ بحيثُ لو عُلِمَ كراهَةُ المالِكِ باطناً، لم يجز له التّصرفُ**» **بِاَنَّ الظّاهِرَ، اَنَّ** الْاِباحَةَ علىٰ القولِ بها ازيَدُ من هذا **حيثُ** اِنّها اباحَةٌ شرعيَّةٌ معامِلِيَّةٌ كيف؟ و الاّ فلم يَكُنْ وجهٌ باللّزومِ بالتّلفِ.

و ايضاً وَجَبَ اَنْ تَبْطُلَ بالموتِ و الجنونِ و نحوهما معَ اَنَّهُ(ره) ذَهَبَ الىٰ لزومِ المعاطاةِ بموتِ اَحَدِ المتعاطِيَيْنِ كما يكونُ كذلك فى سايرِ الاباحاتِ و العارِيَةِ و الوكالَةِ وَ الْهِبَةِ.

١- ص ٨٣

اَلتَّنبيهُ السّابِعُ: هل المعاطاةُ تصيرُ بيعاً بعد التّلف ام معاوضةً برأسِها؟

نَقَلَ الشّيخُ(ره) فی المتنِ، عبارةً من الشّهيدِ الثّانی(ره) فی المسالِكِ.

و حاصلُهُ: اَنَّ المعاطاةَ قبلَ تلفِ العينينِ او احدِهِما، لم‌تَكُنْ بيعاً و اَمّا بعد التّلفِ **فهل تصيرُ بيعاً او معامِلَةً مستقلّةً ففيهِ احتمالانِ:**

احتمالٌ بصيرورتِها بيعاً بعدَ التّلفِ **لِاَنَّ** المعاوضاتَ، محصورَةٌ و ليست المعاطاةُ احدٰهما **وكونُها** معاوضةً برأسِها، يحتاجُ الیٰ دليلٍ لم‌يَقُمْ هنا.

احتمالٌ بكونها معاوضةً برأسِها **لِاَنَّ** ما ليس ببيعٍ قبلَ التّلفِ، كيف يصيرُ بيعاً بعدَ التّلفِ؟ فحيثُ لم‌يكن داخِلاً تحتَ احدِ العناوينِ الفقهيّةِ المعهودَةِ فلابدّ ان تكون معاوضةً مُستقِلّةً من الاوّلِ.

و بهذا ظَهَرَ ضعفُ ما قالَ السّيّدُ(ره) فی ردِّ هٰذين الاحتمالينِ: بِاَنَّهُ اذا لم‌تكنِ المعاطاةُ بيعاً حينَ وقوعِها بناءً علیٰ القول بالاباحَةِ فكيف يصير بيعاً او معاوضةً بعدَ التّلفِ؟.

و وجهُ الضّعفِ: اَنّها علیٰ القولِ بكونها معاوِضَةً مستقِلّةً، كانت معاوضةً مستقِلّةً من الاوّلِ لا انّها تصيرُ معاوضةً بعدَ التّلفِ.

ثمّ قال الشّهيدُ(ره): «تَظْهَرُ الفائِدَةُ، فی ترتّبِ الاحكامِ المختصّةِ بالبيعِ عَلَيْها و عدمِ تَرَتُّبِها...»

و توضيحُ كلامِهِ(ره) و ما يَرِدُ عليه(ره)، يَتَوَقَّفُ علیٰ بَسْطِ الكلامِ فی اَقْسامِ الخياراتِ و اَنَّ موضوعَها ماذا؟ و اَیُّ قسمٍ منها يجرِی فيها و اَيُّها لايَجْرِی فيها؟

الخياراتُ تنقسِمُ علیٰ ثلاثَةِ اقسامٍ:

قسمٌ منها: ما يترتّب علیٰ مُطلقِ المعاوِضَةِ كخيار الغبن **لِاَنَّ** دليلَ جَعْلِهِ، انّما هو قولُهُ ﷺ: **«لاضَرَرَ و لاضِرارَ فِی الْاِسلامِ»** و كخيارِ العيب علیٰ كِلا المبنيينِ فی بابِ المعاطاةِ من صدقِ البيعِ عليها او عدَمِهِ؟، **هذا بناءً** علیٰ القولِ بكونِ دليلِهِ هُوَ **«لاضَرَرَ»** و الاجماعُ المُدّعیٰ فيه و اَمّا اِنْ كانَ دليلُهُ هو الرّواياتُ الواردَةُ فيه فلايكون موضُوعُها، المعاوِضَةَ **بل** يَخْتَصُّ بالبيعِ **و اَمّا خيارُ المجلسِ** فهو ليسَ بجارٍ

فى المعاطاةِ سواءٌ قلنا بكونها بيعاً او معاوضةً مستقِلّةً.

و وجهه: اَنَّ المتعاطِيَيْنِ مادامَ حاضِرَيْنِ فى المجلسِ، لم‌تكن المعاطاةُ ببيعٍ و اَمّا بعدَ التّلفِ و كونِها بيعاً، فَلَيْسَ مجلسُ المعامِلَةِ باقياً.

و لَعَلَّ نَظَرَ الشّهيدِ(ره) فى انتفاءِ خيارِ المجلسِ فى المعاطاةِ، ما ذكرناه مِنَ الْوَجهِ.

و امّا خيارُ الحيوانِ ففيه احتمالاتٌ ثلاثَةٌ:

الاحتمالُ الْاَوَّلُ: اَنَّ خيارَ الحيوانِ، جارٍ فى المعاطاةِ من حينِ العقدِ لكونها بيعاً و يَشْمَلُها ايضاً قولُهُﷺ: «**اَلبَيِّعَانِ بالخيارِ ما لَمْ يَفْتَرِقا...**» و لو بِالمُشارِفَةِ.

الاحتمالُ الثّانى: انّه جارٍ فيها من حينِ التّلفِ لكونها بيعاً بعدَ التّلفِ لاقبلَهُ.

الاحتمالُ الثّالِثُ: عدمُ جريانِهِ مطلقاً و اختارَهُ الشّهيدُ الثّانى فى المسالِكِ **حيثُ** قال(ره): «**اَلْاَقْوىٰ، عدمُ ثبوتِ خيارِ الحيوانِ هنا، بناءً علىٰ انّها ليست لازمةً**».

و امّا خيارُ العيبِ و الغبنِ فهما يجريانِ فى المعاطاةِ علىٰ رأيِ الشّهيدِ الثّانى(ره).

لايخفىٰ عليک اَنَّ كلامَ الشّهيدِ(ره) لايخلو عن اشكالٍ فى موارِدَ:

منها: اَنَّ قولَهُ(ره): و هو عدمُ كونِ المعاطاةِ بيعاً، اجماعِيٌّ، **لايخلو عن اشكالٍ لِاَنَّ المسألَةَ،** مِنَ المسائلِ العرفِيَّةِ و ليست بموردِ الاجماعِ و لايجوز القولُ ايضاً بِاَنَّ الاجماعَ يَكْشِفُ عن كونِها فى العرفِ كذا.

اللّهمّ اِلاّ اَنْ يُقالَ: بانّ المرادَ من البيعِ، البيعُ الشّرعىُّ لا العرفِىُّ **مَعَ اَنَّهُ بعيدٌ جِدّاً** لِما قلناه سابقاً كِراراً منْ اَنَّ البيعَ، ليست له حقيقَةٌ شرعيَّةٌ و لو قلنا بثبوتِ الحقيقةِ الشّرعِيَّةِ، فهو انّما يكونُ فِى العباداتِ مثلِ الصّلاةِ و الصّومِ و نحوهما لافى المعاملاتِ اِلّاْ اَنْ يقال: اِنّ مَعْقَدَ الاجماعِ، عدمُ ثبوتِ الملكيَّةِ **و هو ايضاً لايجوز لِاَنّ** مسألَةَ ثبوتِ الملكيَّةِ و عدمِها، اختلافِيٌّ لااجماعِيٌّ.

منها: اَنّ مرادَ الشّهيدِ(ره) من المعاطاةِ، انّه كانَ المرادُ منها، المعاطاةُ التّى قُصِدَتْ بها الاباحِةُ.

فمن المعلوم: انّها ليست ببيعٍ مطلقاً لاقبل التّلف و لابعده.

فحينئذٍ، ليس هنا احتمالُ كونِها بيعاً بعدَ التّلفِ؛ **غايةُ الامرِ**، تَصيرُ لازماً بعدَ التّلفِ **فبناءً** عليه لامجالَ للبحثِ من جريانِ الخياراتِ او عدمِهِ هنا **لِأنّها** ليست بِبيعٍ فلابدّ مِنَ الالتزامِ بكونها معاوِضَةً مستَقِلّةً خارِجَةً عن عناوينِ العقودِ المتعارِفَةِ بمنزلَةِ استيفاءِ المالِ او العمَلِ بالامرِ المعامِلِيِّ الموجِبِ لِتَقديرِ الْمِلكِ آناًما.

وَ اِنْ كانَ مقصودُهُ منها، المعاطاةَ التّى مُفيدةً للملكِ المتزلزِلِ فَقَدْ مالَ الشّيخُ(ره): اَنَّ هذا المورِدَ، خارِجٌ عن محلِّ كلامِهِ(ره) اِذِ الظّاهِرُ اَنّها عندَ القائِلينَ بالْمِلكِ المتزلزِلِ، بيعٌ بلا اشكالٍ فى ذلک و تلحَقُها احكامُ البيعِ الاّ ماخَرَجَ عنه بالدّليلِ **وَ اِنْ كانَ** مرادُهُ(ره) بها، المعاطاةُ التّى قُصِدَبها التّمليکُ ولكنّها تُفيدُ الاباحَةُ شَرْعاً **فهى بيعٌ عرفِيٌّ** من الاوّلِ لايُؤَثِّرُ الاّ بعدَ التّلفِ و اَنَّ الْتَّلَفَ شرطٌ لِلزومِها.

و بالجملَةِ، ليست هنا معاطاةٌ لم‌تكن قبلَ التّلفِ، بيعٌ و بعدَهُ تصيرُ بيعاً.

اَلتَّنبيهُ الثّامِنُ: اَنَّهُ لا اشكالَ فى تحقّقِ المعاطاةِ فيما اِذا تَحَقَّق انشاءُ التّمليكِ او الاباحَةِ بالفعلِ و هو قبضُ العينين.

و لايخفىٰ: اَنَّ التّعاطِى مِنَ الطّرفينِ، محتاجٌ اِلىٰ طرفينِ كلٌّ منهما يُعطِى الآخِرَ. **و امّا اذا حَصَلَتِ المعاطاةُ بالقولِ** الذّى لم‌يكن جامِعاً شرائِطَ اللّزومِ كالماضَوِيَّةِ و تَقَدَّمُ الايجابِ علىٰ القبولِ مثلاً **فحينئذٍ:** اِنْ قلنا بِعدَمِ اشتراطِ اللّزومِ بشىءٍ زائدٍ علىٰ الانشاءِ اللّفظِي فلا اِشكالَ فى صيرورةِ المعامِلَةِ بذلك اى بالعقدِ الفاقِدِ لِبَقِيَّةِ الشّرائِطِ المعتبرَةَ فى البيعِ، عقداً لازِماً.

وَ اِنْ قلنا باعتبارِ امورٍ زائدٍ علىٰ اللّفظِ كالعربيَّةِ و الماضِوَيَّةِ و تقديمِ الْاِيجابِ علىٰ القبولِ مثلاً **فهل يَرْجِعُ ذلك الانشاءُ** القولِىُّ اِلىٰ حكمِ المعاطاةِ مطلقاً سواءٌ تقابَضا ام لم يَتَقابَضا او بِشرطِ تحقّقِ قبضِ العينِ مَعَهُ اولا يَتَحَقَّقُ بهِ مطلقاً؟ اى لاتَتَحَقَّقُ المعاطاةُ من العقدِ المشتَمِلِ علىٰ اللّفظِ فقط و كان ناقصاً من بقيّةِ الشّروطِ.

فالاحتمالاتُ فى الْعَقْدِ الفاسِدِ ثلاثَةٌ:

الاوّلُ: وقوعُ التّعاطِي بمجرّدِ العقدِ سواءٌ حَصَلَ التّقابُضُ ام لم‌يَحْصُلْ؟

الثّانى: وُقُوعُ التّعاطِى بالتّقابُضِ سواءٌ حَصَلَ انشاءٌ ثانَوِىٌّ ام لم‌يَحْصُلْ؟

الثّالثُ: وقوعُ المعاطاةِ بالتّقابُضِ معَ اِنشاءٍ ثانَوىٍّ.

و الظّاهِرُ: اَنّ الشّيخَ ﷺ **قد اختارَ الاخيرَ و هو الْاَرْجَحُ.**

و تفصيلُ الكلامِ اَنَّ المتعامِلَينِ بالعقدِ الفاقِدِ لبعضِ الشّرائِطِ اِمّا اَنْ يَقَعَ تقابُضُهُما بغيرِ رضىً من كلٍّ منهما فى تصرّفِ الآخر **بل** حَصَلَ قهراً عليهما او علىٰ احَدِهِما و اِجْباراً علىٰ العملِ بمقتضىٰ العقدِ الفاسِدِ فلااشكالَ فى حرمَةِ التّصرُّفِ فى المقبوضِ علىٰ هذا الوجَهِ.

وكذا اِنْ وَقَعَ اى يَحْرُمُ التّصَرُّفُ اِنْ وَقَعَ التّقابُضُ علىٰ وجهِ الرّضا النّاشِىءِ علىٰ بناءِ كلٍّ منهما علىٰ مِلكيَّةِ الآخَرِ اعتقاداً او تشريعاً كما يَحْرُمُ التّصرُّفُ فى كلِّ قبضٍ وَقَعَ علىٰ هذا الوجهِ **لانَّ** حيثيَّةَ كونِ القابِضِ مالكاً مستحِقّاً لما يَقْبَضُهُ، جَهَةٌ تقييدِيَّةٌ مأخوذَةٌ فِى الرِّضا، يَنتفِى بانتفائِها اى يَنتفِى هذا الرّضا بانتفاءِ هٰذه الحيثيَّةِ و الجهَةِ

التّقييديَّةِ فی الواقِعِ كما فی نظائِرِهِ **و هذان الوجهانِ ممّا لا اِشْكالَ** فيه فـی حُـرْمَةِ التّصرُّفِ فی العوضِيْنِ.

كما انّه لا اشكالَ فی الجوازِ اذا اَعْرَضا عن اَثَرِ العقدِ الفـاسِدِ و تـقابَضا اِنْشـاءَ التّمليكِ لِيَكُونَ مٰعاطاةً صحيحةً عقيبَ عقدٍ فاسِدٍ.

و اَمّا اِن وَقَعَ الرّضا بالتّصرُفِ بعدَ العقدِ من دونِ اِبتناءِ هذا الرِّضا علىٰ استحقاقِهِ بالعقدِ السّابِقِ و لاقَصْدَ لِاِنشاءِ تمليكٍ **بل** وَقَعَ الرّضا بـالتّصرُفِ مُـقارِناً لِاِعـتِقادِ الْملكيّة الحاصِلَةِ بحيثُ لولاها، لكانَ الرّضا ايضاً موجوداً، كانَ المقصودُ الاصلِيُّ مِنَ المعامِلَةِ، التّصرفُ.

فرعٌ: اعتبارُ اللّفظِ فى البيعِ.

اعتبارُ اللّفظِ فى البيعِ **بل** فى جميع العقودِ، ممّا نُقِلَ عليه الاجماع المدّعىٰ من قِبَلِ ابن ادريس فى الغنية كما نَقَلَهُ الشّخُ(ره) عنه و ادّعىٰ العلاّمَةُ فى التّذكرةِ، الشُّهرةَ العظيمةَ مع الاشارَةِ الىٰ اعتبارِ اللّفظ فى البيعِ فى بعضِ النّصوصِ.

و لايخفىٰ: اَنَّ اعتبارَ اللّفظِ فى البيعِ بل فى مطلقِ العقود، يَخْتَصُّ بصورةِ القدرَةِ عليه.

و امّا مع العجزِ عن ايتانِ اللّفظِ كالاخرسِ فمع عدمِ القدرَةِ علىٰ التّوكيلِ، لا اشكالَ و لا خلافَ فى عدمِ اِعتبارِ اللّفظ و قيامِ الاشارَةِ مقامَهُ. **وكذا** لا اشكال فى عدمِ اعتبارِ اللّفظِ فى البيعِ مع القدرَةِ علىٰ التّوكيل لا لِاَجلِ عدمِ اعتبارِ اللّفظ فى البيعِ فى صورةِ القدرة علىٰ التّوكيل بل لاجلِ اَصالةِ عدم وجوبِهِ كما قيل **لِاَنَّ** الوجوبَ بمعنىٰ الاشتراطِ كما فيما نحن فيه و هو البيعُ. **فَتَحَصَّل:** اَنَّ عدمَ اعتبارِ اللّفظِ فى البيعِ مع القدرَةِ علىٰ التّوكيلِ، هو الاصلُ بل لفحوىٰ ما وَرَدَ: من عدمِ اعتبارِ اللّفظِ فى طلاقِ الاخرسِ فَاِنَّ حَمْلَهُ علىٰ صورةِ عجزِهِ عن التّوكيلِ، **حملٌ** للمطلقِ علىٰ الفردِ النّادرِ معَ اَنَّ ظاهِرَ اكثرِ الفقهاءِ، عدمُ خلافِهِمْ فى عدم وجوبِ التّوكيلِ علىٰ الاخرسِ و اِن كانَ قادراً علىٰ التّوكيلِ. **و الظّاهِرُ ايضاً، كفايةُ الكتابَةِ فى الاخرَسِ فى البيعِ، الكتابَةُ مع العجزِ عن الاشارَةِ** لفحوىٰ ماوَرَدَ من النصّ فى الحديثِ ۴: «عن يونس فى رجلٍ اخرسٍ كَتَبَ فى الارضِ بطلاقِ امرأَتِهِ قالَ: اذا فَعَلَ فى قبلِ الطّهرِ بشهودٍ و فُهِمَ عنه كما يُفْهَمُ عن مِثْلِهِ و يريدُ الطّلاقَ، جازَ طلاقُهُ عَلىٰ السُّنّةِ». **مع اَنَّ** الظّاهِرَ من كلماتِ الفقهاء، عدمُ خلافِهِمْ فى كفايَةِ الكتابَةِ علىٰ طلاقِ الاَخرسِ. **و امّا مع القدرَةِ** علىٰ الاشارَةِ فقد رَجَّحَ بعضٌ، الكتابَةَ **ولَعَلَّ** تقديمَ الاشارَةِ علىٰ الكتابَةِ فى طلاقِ الاخرَسِ لِاَنّها صَرَّحَ فى الانشاءِ من الْكِتابَةِ. و فى بعضِ رواياتِ الطّلاقِ، ما يَدُلُّ علىٰ العكسِ اى ما يدلّ علىٰ ترجيحِ الكتابَةِ علىٰ الاشارَةِ **و الىٰ ذلك** اى العكس، ذَهَبَ الْحِلّي (ره) هناک.

فرعٌ: الكلامُ فی الْخُصُوصِيّاتِ المعتبَرةِ فی اللّفظ من الماضَوِيَّةِ وَ الْعَرَبِيَّةِ و تَـقدِيمِ الايجابِ علىٰ القبولِ.

توضيحُهُ: اَنَّ الكلامَ **تارةً** يَقَعُ فی مواردَ الالفاظِ من حيثُ اِفادَةِ المعنىٰ بالْصَّراحَةِ و الظّهورِ و الحقيقَةِ و المجازِ و هو استعمالُ اللّفظِ فی غيرِ ما وُضِعَ له كاستعمالِ لفظِ الأَسَدِ فی الرّجلِ الشّجاعِ بقرنيةِ **«يَرْمِی»** مثلاً و يُعَبّرُ عن هٰذهِ القـرِينةِ بـالصّارفةِ لصرفِها اللّفظَ عن معناهُ الحقيقِیِّ و مثلِ المجازِ، الكنايةِ و هو ذِكْـرُ اللاّزِمِ و ارادَةُ الملزومِ كقولک: **«زيدٌ، طويلُ النّجادِ»** المرادُ منه، طولَ قامَتِهِ فَاِنَّ طولَ النّجادِ، كنايةٌ عن طولِهِ حمائِلَ سيفِهِ الذّی هو لازمُ طولِ القامَةِ **و الكنايَةُ** ايضاً علىٰ قسمين: **اَلْجَلِيَّةِ وَ الْخَفِيَّةِ؛**

و سيأتی الاشارَةُ الیٰ ذلک فيما بعدُ.

و اُخریٰ فی هيئةِ كلٍّ من الايجابِ و القبولِ من حيثُ اعتبارِ كـلِّ واحـدٍ مـن الايجابِ و القبولِ،

بالجملة، اَلْفِعْلِيَّةُ و كونُهُ بالمٰاضِی كَالعربِيَّةِ و الفارسِيَّةِ و غير ذلک من اللّغاتِ.

و يَقَعُ الكلامُ ثالثةً فی هيئةِ تركيبِ الايجابِ و القبولِ من حيثُ التّرتيبِ يـعنی تقديمُ الايجابِ علىٰ القبولِ و الموالاة يعنی اِتْباعُ القبولِ للايجابِ من دون فـصلٍ معتدٍّ به بينهما **هذا كُلُّهُ،** فی الخصوصيّاتِ المعتبرَةِ فی اللّفظِ **و امّا الكلامُ من حيثُ المادّةِ فالمشهورُ،** عدمُ وقوع العـقدِ بـالكناياتِ كـما صَـرَّحَ الفـقهاءُ بـذلک مـثلُ العلاّمَةِ(ره) فی التّذكرةِ بقوله: «اَلرّابعُ من شُروطِ الصّيغَةِ، التّصريحُ ای الاتيانُ باللّفظِ الصّريحِ الدّالِ علىٰ البيعِ فلايَقَعُ بالكتابةَ بِيعٌ البتّةً مثل قوله: **«اَدْخَلْتُهُ فِی مِلْكِكَ»** لاَنَّ قوله: **«اَدْخَلْتُه فی مِلكِكَ»** اعمُّ من البيعِ و الامرِ بالاخذِ، اعمُّ من البيعِ و التّسـليطِ علىٰ المالِ، اعمُّ من البيعِ و الهبَةِ المعوّضَةِ و غيرِ المعوّضَةِ و الاجـارَةِ و الاعـارَةِ فيكونُ من الكناياتِ.

و المرادُ بالصّراحَةِ فى بابِ الطّلاقِ و غيرِهِ من العقودِ، ما كانَ موضوعاً بعنوانِ ذلک العقدِ **لغةً** كما فى وضع البيعِ: «مبادِلَةُ مالٍ بمالٍ» **او شَرعاً** كما فى وضعِ الصّلاةِ، للماهِيَّةِ المجعولَةِ من الشّارعِ شاملةٍ للاجزاءِ و الشّرائطِ بتمامِها.

و المرادُ مِنَ الكنايةِ، ما اَفادَ لازِمَ العقدِ بحسبِ الوضعِ **و هى علىٰ قسمينِ:**

جَلِيَّةٌ و هى ما كانت الواسطَةُ فيها قليلةً **و خَفِيّةٌ**، ما كانت الواسِطَةُ فيها كثيرَةً مثلِ: «**اِنَّ زيداً كثيرُ الرَّمادِ**» اى اِنّ جُودَهُ و سخاوَتَهُ كثيرٌ.

هنا مجالٌ للسّؤالِ؟ هل يلزم فى البيعِ و غيرِهِ من العقودِ، لفظٌ مخصوصٌ او يَكْتَفىٰ فيها لِكلِّ لفظٍ؟

يُجابُ عن هذا السّؤالِ: بِاَنَّ الظّاهِرَ من النّصوصِ المتفرّقَةِ فى ابوابِ العقُودِ اللاّزمَةِ و الفتاوىٰ هو الاكتفاءُ بكلِّ لفظٍ له ظهورٌ عرفىٌّ من دونِ فرقٍ بين قولِهِ: «بعتُ و مَلَكْتُ» و بين قوله: «نقلتُ الىٰ مِلْكک او جعلتُهُ مِلكاً لَکَ بكَذا.»

كما هو الظّاهِرُ من جماعةٍ من متأخِّرِي المتأخّرينَ كالمحقّقِ الاردبيلى(ره) **و حُكِيَ ذلک عن** جماعَةٍ اُخرىٰ مثل المحقّقِ و تلميذِه فى كاشِفِ الرّموزِ **حيثُ** اِختارُوا عن بعضِ مشايخِهِ **بل** هو ظاهِرُ العلاّمَةِ(ره) فى التّحريرِ **حيثُ قال: «اِنَّ الايجابَ وَ هُوَ اللّفظُ الدالُّ علىٰ النَّقْلِ مثل «بِعْتُکَ او مَلّكتُكَ و...»**

هذا كُلُّه كلماتهُمْ فى الاكتفاءِ بكلِّ لفظٍ فى البيعِ دون لفظٍ يَخُصُّهُ.

و امّا فى غير البيعِ، فظاهِرُ جماعةٍ فى القرض، عدمُ اختصاصِهِ بلفظٍ خاصٍّ مثل قول المُقرِضْ: «تَصَرَّفْ فيه او اِنْتَفِعْ به و عَلَيْکَ رَدُّ عِوَضِه» كما يُقالُ بذلک فى الرّهنِ: اِنَّ ايجابَهُ يُؤدِّىٰ بِكُلِّ لفظٍ يَدُلُّ عليه مثل قوله: «**هٰذِهِ وَثِيقَةٌ عِنْدَكَ**» كما صَرَّحَ بذلک الشّهيدُ الأَوَّلُ فى الدّروسِ و تجويزُهُ بقولِهِ: «**خُذْهُ اَوْ اَمْسِكْه بمالك**» كما جَوَّزَ جماعَةٌ: وقوعَ النّكاحِ الدّائمِ بلفظِ التّمتّعِ مَعَ اَنَّهُ ليسَ صريحاً فيه بِاَنْ تَقُولَ المرأَةُ: «**مَتَّعْتُكَ نَفْسِى**» او يَقُولَ وكيلُ اَلْمَرْأَةِ: «**متّعتُ نفسَ مُوَكِّلَتى لَكَ**» كما جَوَّزَ جماعَةٌ، الوقفَ بلفظِ: «حرمتُ و تصدّقتُ» مع القرينَةِ الدّالّةِ علىٰ اِرادَةِ الوقفِ مثل اَنْ لايباعُ و لايورثُ.

وَ مِنْ هنا يُعْلَمُ اَنَّهُ: لايجوزُ اَنْ يُسْنَدَ الىٰ العلمٰاءِ، وجوبُ اِيـقاعِ العـقدِ بـاللّفظِ الموضُوعِ لَهُ كمٰا فى البيع: «**بِعْتُكَ**» و فى الاجـارَةِ: «**آجَـرْتُكَ**» و فـى القـرضِ «**اَقْرَضْتُكَ**» و فِى الْهِبَةِ: «**وَ هَبْتُك**» و فى النّكاحِ الدّائمِ: «**زَوَجْتُكَ او اَنْكَحْتُكَ**» و فِى الموَقَّتِ: «**مَتَعْتُكَ**» و غيرها من العقودِ حيثُ قالَ(ره): «بعضُ الاعـلاٰمِ: عَـمِّمِ المنعَ حتّىٰ بالمجازاتِ القريبَةِ».

فَرْعٌ: لو اَوْقَعَ البايعُ و المشترِى، العقدَ بِالألفاظِ المشترَكَةِ بينَ الايجابِ و القبولِ ثُمَّ اختلفا فى تعيين القابل و الموجب بِاَنْ يَدّعِى كلٌّ واحدٍ منهما: اَنِّى موجِبٌ و يُنْكِرُ القبولَ.

فلازِمُهُ اِنكارُ الاِيجابِ لِصاحبِهِ اِمّا بناءً علىٰ جوازِ تقديمِ القبولِ و اِمّا من جَـهَةِ اِختلافِهِما فى المتقدَّمِ بِاَنْ يَحْلِفَ المدّعِى علىٰ اِنكارِ تَقَدُّمِ صاحِبِهِ فى الايجابِ كما اَنَّ صاحِبَهُ يُحْلِفُ علىٰ اِنكارِ تقدّمِ صاحِبِهِ فى الايجابِ.

حكمُ المسألَةِ اَنَّهُ لايَبْعُدُ الحكمُ بالتّحالُفِ ثُمَّ عَدَمُ ترتّبِ الآثارِ المختصَّةِ لكلٍّ من البيعِ و الاشتراءِ علىٰ كلِّ واحدٍ من البايعِ و المشتري لا البايعُ وحدَهُ و لا المشترِى وَحْدَهُ كما تَوَهَّمَتْ هذه اللّفظَةُ.

مسألةٌ: هَلْ تُعْتَبَرُ الْعَرَبِيَّةُ فى العقدِ؟

المحكيُّ عن جماعةٍ منهم السّيّدُ عميد الدّين و الفاضلُ المقدادُ و المحقّقُ الثّانى و الشّهيدُ الثّانى، اعتبارُ العربيَّةِ فى العقدِ للتّأسّى بِالرّسُولِ الاعظمِ صلى الله عليه وآله لِلأَمْرِ مِنَ اللهِ عَزَّوَجَلَّ فى ذلک بقوله تعالىٰ: **﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾**.[1]

و توضيحُهُ: اَنَّ الرّسولَ صلى الله عليه وآله كان يُوقِع العقودَ بالعربيَّةِ فلابُدَّ مِنَ الْتَّأَسِّى بِهِ فى اِيقاعِ العقودِ و الايقاعاتِ، بالعربيَّةِ لِيتحقَّقَ التّأسِّى كما فى جامعِ المقاصِدِ: «اِنَّ عَدمَ صحّتِهِ بالعربِىِّ غَيْرِ الماضى، يَستلزِمُ عدمَ صِحَّتِهِ بغيرِ العربِىِّ بطريقٍ اَوْلىٰ».

و الشّيخُ(ره) لم يَقْبَلْ كِلا الدّليلَيْنِ «و صرّح: و فى الوجهَيْنِ و هما التّأسِّى و قياسُ الأَوْلَوِيَّةِ، مٰا لا يخفىٰ».

ثُمَّ صَرَّحَ(ره): «و اَضْعَفُ من الوجهَينِ المذكورَيْنِ، منعُ صدقِ العقدِ علىٰ غيرِ العربِىِّ مَعَ التّمكُّنِ مِنَ العربِىِّ. ثُمَّ قال(ره): «وَ الاقوىٰ صِحَّتُهُ بغيرِ العربِىِّ».

١- سورة الاحزاب، آية ٢١.

مَسألةٌ: هَلْ يُعْتَبَرُ عدمُ اللَّحْنِ من حيثُ المادَّةِ و الهيئَةِ بناءً علىٰ اِشتراطِ العربِيّ؟

قال الشّيخُ(ره): الاقوىٰ، اعتبارُ عدمِ اللّحنِ من حيثُ المادَّةِ وَ الْهَيْئَةِ **بناءً** علىٰ اَنَّ دليلَ اِعتبارِ العربيَّةِ، هو لزومُ الاقتصادِ علىٰ الْمُتَيَقّنِ من اسبابِ الْـنَّقْلِ **و لاشكَّ انَّ** القدرَ المتيقّنَ من اسبابِ النّقلِ، هو العربِيُّ الفصيحُ.

وكذا يعتبرُ عَدَمُ اللّحنِ فى حركاتِ اواخر الكلماتِ فى الفاظِ العقدِ اى الاعرابِ **و حُكِيَ عن فخرِالدّين**، الفرقُ بينَ ما لو قالَ: «بِعْتُكَ بفَتْحِ الباء» و بين مٰا لو قال: «جَوَّزتُكَ» بدلَ «زَوَّجْتُكَ» فصَحَّحَ الاوّلَ دونِ الثّانِى الاّ مَعَ العجزِ عـن الْـتَّعَلُّمِ و التّوكيلِ فى الثّانى و هو قولُهُ: «جوزّتُكَ» بَدَلُ «زوّجتُكَ» و لَعَلَّهُ لِعدمِ معنىٰ صحيحٍ فى الاوّلِ الاّ البيع بخلافِ التّجويزِ فَاِنَّ له معنىً آخَر و هو الجوازُ بمعنىٰ الامكانِ و بمعنىٰ عدمِ الحظرِ فاستعمالُهُ فى التّزويجِ، غَيْرُ جائِزٍ.

و من هنا اى مِنْ اَنَّ لِلبيعِ، ليسَ معنىً آخر، لو قال: «**بِعْتَكَ**» بفتح التّاء بخلافِ: «جوّزتُكَ» بدلَ «زوَّجْتُكَ» فانّ له معنىً آخر، **يَظْهَرُ اَنَّ** اللّغاتَ الْـمُحَرَّفَةَ، المـرادُ منها، الكلماتُ اللّغويةُ لا اللّغاتُ الأَجْنَبِيّةُ فى قبالِ اللّـغَةِ العـربِيَّةِ، لابَأْسَ بـهٰا اذا لم يتغيّرْ بها المعنىٰ.

مسألةٌ: هَلْ الْمُعْتَبَرُ، عربيّةُ جميعِ اَجزاءِ الايجابِ و القبُولِ كـالثّمنِ وَ الْـمُثْمَنِ ام تَكفِى عربيّةُ الصّيغَةِ الدّالَةِ علىٰ اِنشاءِ الايجابِ و القبولِ حتّىٰ لو قال: «بِعْتُکَ»: «اين كتاب را به ده درهم» كفىٰ؟.

الاقوىٰ عندَ الشّيخ(ره) اعتبارُ جميعِ اَجْزاءِ الايجابِ و القبولِ **لِاَنَّ** غَيْرَ العـربِىِّ كالمعدومِ فَكَاَنَّهُ لم‌يُذْكَرْ فِى الْكَلَامِ.

و لايخفىٰ علىٰ القارئِ الْكِرامِ اَنّ ما افادَهُ الشّيخُ(ره) هنا مِنْ اِعتبارِ العربيَّةِ فـى جميعِ اجزاءِ الايجابِ و القبولِ، **لايَخْلُوعن اشكالٍ حيثُ** اِنّ البايعَ لو كان مِصْرِيّاً و العملةَ المتداوِلَةَ فيمٰا بَيْنَهُمْ، هى الجِنَيْةَ المصرىّ و هى كلمةٌ اجنبيّةٌ فماذا يَقُولُ عندَ البيعِ، مكانَ الجنية: لو كان البيعُ بعشرةِ جنيٰهاتٍ؟

نعم: لو لم يُعْتبَرْ ذِكْرُ متعلّقاتِ الايجابِ من دونِ اَنْ يُذْكَرَ فى البيع، الثّمَنُ لفظاً كما لم‌تذكر متعلّقاتُ القبولِ فى البيعِ لفظاً **حيثُ اِكْتَفُوا** عن الذِّكرِ بالتّفهيمِ و التّفاهُمِ فيمٰا بينهم و لو بالاشارَةِ كما لايجبُ فى القبولِ و اكتفىٰ بانفهامِهٰا و لو مِنْ غيرِ اللَّفظِ، صَحَّ الوجهُ الثّانى و هو الْاِكتفٰاءُ بعربيةِ الصّيغةِ دونَ بقيّةِ الاجزاءِ **ولكن** الشّهيد(ره) **نَصَّ فى «غاية المراد»** فى مسألةِ تقديمِ القبولِ، علىٰ وجوبِ ذكـرِ العـوضينِ فـى الايجابِ، فَمِنْ هذا القولِ تُستفادُ عربيّةُ جميعِ اَجزاءِ الايجابِ و القبولِ.

فَرْعٌ: هل يُعْتَبَرُ كونُ المتكلّمِ، عالِماً تفصيلاً بمعنىٰ اللّفظِ؟ اى بلفظِ الايجابِ و القبولِ و جميعِ مشتقّاتهما بِاَنْ يكونَ فارِقاً بينَ معنىٰ: «بِعْتُ» و «اَبِيعُ» و «اَنَا بايعٌ» او يَكْفِى مُجَرَّدُ علمِهِ بِاَنَّ هذا اللّفظَ، يُسْتَعْمَلُ فى لُغَةِ العربِ لِإنشاءِ البيعِ؟

وَ الظّاهِرُ من الشّيخِ(ره) هو الاوّلُ و هو كونه عالِماً تفصيلاً بِلَفْظِ الايجابِ و القبولِ و جميعِ مُشتقّاتِهِما **لِاَنَّ** عَرَبِيَّةَ الكلامِ، ليست باقتضاءِ نفسِ الكلامِ بل يَقْصُدُ المتكلِّمُ من الكلامِ، المعنىٰ الّذى وُضِعَ له عندَ العربِ **فَلا يُقالُ:** اِنَّهُ تَكَلَّمَ و اَدّىٰ المطلبَ علىٰ طبقِ لسانِ العربِ الاّ اذا مَيَّزَ بينَ معنىٰ **«بِعْتُ»** و **«اَبِيعُ»**و «اَوْجَدْتُ البيعَ» و غيرها. **بناءً علىٰ هذا،** لاتكفى مَعْرِفَةُ اَنَّ **«بِعْتُ»**، مرادِفٌ لِقولِهِ **«فروختم»** حتّىٰ يُعْرَفَ اَنَّ الميمَ بالفارسِىّ، عَوَضٌ عن تاء المتكلّم فَيُمَيَّزُ بين «بعتُک» بالضمِّ و بعتَ بفتح التّاء.

و صَرَّحَ الشّيخُ(ره) اَنَّهُ لاينبغى تركُ الاِحتياطِ وَ اِنْ كانَ فى تعيّنِ معرفَةِ الايجابِ و القبولِ و متعلّقاتِهِما و جَميعُ مشتقّاتِهِما، **نظرٌ و اشكالٌ.**

و وجهُ النّظرِ: اَنَّ العرفَ يَحْكُمُ بِاَنَّ المتكلِّمَ بالعربِىِّ وَ اِنْ لم‌يَفْهَمْ معناه:

يَصْدُقُ عليه اَنَّهُ تَكَلَّمَ بالعربيّةِ **و لذا اى** و لِاَجْلِ اَنَّ فى تعيّنِ الايجابِ و القبولِ نظرٌ و اشكالٌ، صَرَّحَ بعضُ الفقهاءِ بعدمِ اعتبارِ هذا، ولكن نَصَّ بعضٌ علىٰ عَدَمِهِ.

مَسْأَلَة: هَلْ يَجُوزُ ورودُ الايجابِ بلفظِ المضارِعِ ام لا؟

اَلْمَشهورُ كما عن الشّيخِ(ره) و غيرِ واحدٍ مِنَ العلماءِ، اشتراطُ الماضَوِيَّةِ **بَلْ** «فی التّذكرةِ»، الاجماعُ علىٰ عدمِ وُقُوعِهِ بلفظِ **«اَبِيعُكَ» او «اِشْتَرِ مِنّی» و لَعَلَّهُ** لصراحَةِ الماضِی فی الانشاءِ، اذ المستقبَلُ مثلُ قولِک: «اَبِيعُکَ»، اشبَهُ بِالوَعْدِ والامرُ مِثْلُ قولِک: «اِشْتَرْ مِنّی» اِستدْعاءٌ لايجابٌ. **مع اَنَّ قصدَ الانشاءِ** بالمستقبل ای بصيغةِ المضارِعِ كما فی قولک: «اَبِيعُکَ»، خلافُ المتعارَفِ.

و لكن عن القاضِی فی الكامِلِ و المهذّبِ، عدمُ اعتبارِ الماضَوِيَّةِ.

وَ لَعَلَّهُ لاِطلاقِ البيعِ والتّجارَةِ علىٰ غيرِ الماضِی و عمومِ العقُودِ و هو قولُهُ تعالىٰ: **«و اَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ»** <1> و «اَوْفُوا بِالعُقُودِ»،<2> **حيثُ** اِنَّ العمومَ فی الآيتينِ الشّريفتَيْنِ يَشمَلُ العقدَ الصّادِرَ بصيغَةِ المضارِعِ والامرِ و كذلک يَدُلُّ عليهِ مٰادَلَّ فی بيعِ الآبِقِ عَلىٰ اَنَّ معناهُ، الهروبُ بلا مُبَرِّرٍ و مُجَوِّزٍ و يَقالُ: «اَبَقَ الْعَبْدُ مِن مولاه ای هَرَبَ مِنْ سيّدِهِ مِن غيرِ خَوْفٍ منه كما فی وسائِلِ الشّيعَةِ الجزء ١٢، ص ٢٦٢ـ الباب ١١ـ الحديث ١ـ٢ ماهذا نَصُّهُ:

عَنِ الامامِ ابی الحسنِ موسیٰ عليه السلام قلتُ لَهُ: اَيصْلَحُ لِی اِنْ اَشْتَرِیَ من القومِ، الجارِيةَ الآبِقَةَ وَاُعْطِيهِمْ الْثَّمَنَ واَطْلُبُها اَنَا؟

قال عليه السلام: لايَصْلَحُ شراؤُها اِلاّ اَنْ تَشترِیَ مِنْهمْ مَعها ثَوْباً او مَتاعاً فَتَقُولُ لَهُمْ: «اَشْتری مِنْكُمْ جارِيَتَكُم فلانَةً وَ هذا الْمَتاعَ».

فالشّاهِدُ فی لفظةِ «اَشْتری» حيثُ وَقَعَ الايجابُ بها بلفظِ المستَقْبَلِ و كذلک تَدُلُّ علىٰ عدمِ اعتبارِ الماضَوِيَّةِ فی الايجابِ ما وَرَدَ فی اللّبنِ فی الضّرْعِ من الايجابِ بِلفظِ الامرِ فی وسائِلِ الشّيعَةِ الجزء ١٢، الباب ٨، الحديث ١ـ٢ عن سماعَةٍ قال: سألتُ عن اللّبنِ يُشترىٰ و هو فی الضّرعِ فقالَ: لا، اِلاّ اَنْ يَحْلُبَ لک من اَسْكُرُجةٍ

١- سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

٢- سورة المائدة، الآية: ٨٩.

فيقولُ: اِشتَرْ مِنّى هذا اللّبَنَ الّذى فى اسكرُجةٍ و ما فى ضُرُوعِها بثمنٍ مُسمّىٰ فَاِنْ لم يَكُنْ فى الضّرع شىءٌ، كانَ ما فى الأَسْكِرجةِ». الشّاهِدُ فى لفظةِ **«اِشْتَرْ»** حيثُ وَقَعَ الايجابُ بها بلفظِ الامرِ **وَكذلك يَدُلُّ عليه فحوٰى** مادَلّ عليه فى النّكاحِ كما فى وسائلِ الشّيعَةِ الجزء ١٤ـ ص ۴۶۶ـ الباب ١٨، هذا نُصُّه:

عن ابى بصيرٍ عن ثَعْلبةٍ قالَ: تقول: «اَتَزَوَّجُكَ» علىٰ كتابِ اللّـهِ و سُـنَّةِ نَـبِيِّهِ نكاحاً غيرَ سفاحٍ و علىٰ اَنْ لاتَرثِينىَ ولا ارثِك كذا و كذا يوماً بِكذا وَ كَذا دِرْهَماً و علىٰ انّ عليك العِدَّة»، فالشّاهِدُ فى لفظةِ **«اَتَزَوَّجُكَ»، حيثُ** وَقَـعَ الايـجابُ بـهٰا بِصِيغَةِ المضارِعِ.

والشّيخُ(ره) بعدَ بيانِ ماتَقَدَّم من الكلامِ، صَرَّحَ بِاَنَّ القولَ بعدمِ اعتبارِ الماضَوِيَّةِ فى العقودِ، لايَخْلُو من قُوَّةٍ لو فُرِضَتْ صراحَةُ المضارِعِ فى الاِنْشـاء عـلىٰ وَجـهٍ لايحتاجَ الىٰ قرينَةِ المقامِ.

ثُمَّ قالَ(ره) فِى ذيلِ كلامة: فَتَاَمَّلْ وَ لَعَلَّهُ اشـارِةٌ الىٰ وَهْـنِ اِشـتراطِ صَـراحَـةِ المضارِعِ فى الانشاءِ علىٰ وَجْهٍ لايحتاجُ الىٰ قَرِينَةٍ.

مَسْأَلَةٌ: هل يُقَدَّمُ الْقبولُ عَلىٰ الايجابِ فی مقامِ اِجراءِ العقدِ؟ اَلأَشْهرُ كما عَنِ الشّيخِ(ره) لُزومُ تقديمِ الايجابِ علىٰ القبولِ و به صَرَّحَ فی الخلافِ والوسيلَةِ والسّرائِرِ والتّذكِرَةِ كما عَن الايضاحِ و جامعِ المقاصِدِ.

وَ لَعَلَّ تقديمَ الايجابِ علىٰ القبولِ، هُوَ اَلأَصْلُ الَّذِی هُوَ الاِسْتصحابَ ای استصحابُ بقاءِ كلٍّ مِنَ العوضينِ فی ملكِ مالكِهِ عند الشّكِ فی سببيَّةِ الايجابِ المتأخِّرِ عن القبُولِ بعد حَملِ آيةِ وجوبِ الوفاءِ و هو قولُه تعالىٰ: «اَوْفُوا بالعُقُود» علىٰ الْعُقودِ المتعارَفَةِ كاطلاقِ البيع والتّجارَةِ فی الكتاب و السُّنَّةِ، **حيثُ** يُحملُ البيعُ والتّجارَةُ علىٰ ما هو المتعارَفُ فی الخارجِ و هُوَ تَقديمُ الايجابِ علىٰ القبول عندَ نزولِ الآيَةِ فی ذلک العقدِ.

وَ زادَ بعضُ الفقهاءِ فی المقامِ دَلِيلاً آخَر و هُوَ اَنَّ القبولَ، فرعُ الايجابِ كما فی الاخذِ والاعطاءِ **حيثُ** اِنَّ الاخذَ فرعُ الاعطاءِ فلا يَتَقدَّمُ القبولُ علىٰ الايجابِ و اَنَّهُ تابعٌ له فلا يَصِحُّ تقدّمُهُ عَلَيْهِ.

و حُكِیَ عَنْ «غايةِ المراد» عن الخلافِ، الاجماعُ علىٰ تقديمِ الايجابِ علىٰ القبولِ؛ **اِعْتَرَضَ الشّيخُ(ره) فی المكاسبِ** علىٰ الاجماعِ المدّعىٰ فی «غايةِ المراد» عن الخلافِ، فَيُرِيدُ بِهِ اَنْ ينفی الاجماعَ بِقولِهِ(ره) لَيسَ فی الخلافِ فی مسألَةِ تقديمِ الايجابِ علی القبولِ: «اِلاّ اَنَّ البيعَ مع تقديمِ الايجابِ، مُتَّفَقٌ عليه فيؤخَذُ بِهِ» ای بهذا الاتّفاقُ فی تقديمِ الايجابِ علىٰ القبولِ حينَ التّعامُلِ فَيَكُونُ صحيحاً بالاتّفاق **فهذا الاتّفاقُ** يَدُلُّ علىٰ صِحَّةِ البيعِ اِذا تَقَدَّمَ الايجابُ علىٰ القبولِ و ليس اِجماعاً علىٰ وجوب تقديمِ الايجابِ علىٰ القبُولِ.

خالَفَ مع هذا القولِ، الشّيخُ الطّوسِیّ فی المبسوطِ فی بابِ النّكاحِ حيثُ قالَ: «بجوازِ تقديمِ الايجابِ علىٰ القبولِ وَ اِن وافَقَ الخلاف فی البيعِ حيثُ قالَ هنا: بوجوبِ تقديمِ الايجابِ علىٰ القبولِ والبيعُ يُذكرُ قبلَ النّكاحِ فی الكتبِ الفقهِيَّةِ الاّ انّه(ره) عَدَلَ عن وجوبِ تقديمِ الايجابِ علىٰ القبولِ فی بابِ النّكاحِ **ولايخفیٰ** اَنَّ ما نَقَلَهُ شيخنا الانصارِی(ره) عن الخلافِ بقوله: «اِنَّ الْبَيْعَ مع تقديمِ الايجابِ، مُتّفَقٌ

عليه فَيُؤْخَذُ به»، لايَدُلُّ علىٰ رأيِ الشّيخِ فى وُجوبِ تقديمِ الايجابِ علىٰ القبُولِ.

بل ظاهِرُ كلامِ الشّيخِ الطّائفَةِ، عدمُ الخلافِ فى صِحَّةِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ بينَ الامامِيَّةِ **حيثُ** إنَّهُ بعدَ ما ذَكَرَ اَنَّ تقديمَ القبولِ بلفظِ الامرِ فى النّكاح: بِاَنْ يَقُولَ الرّجُلُ «زَوِجنِّى فلانَةً» جائِزٌ بلا خلافٍ، قالَ: اَمّا البيعُ فَاِنَّهُ اذا قالَ: بِعْنيهٰا فَقالَ: بِعْتكهٰا»، صَحَّ عِندنا و عندَ قومٍ من المخالِفينَ **و قالَ قومٌ منهم:** «لايَصِحُّ حتّىٰ يَسْبَقَ الايجابُ».

هذاكلامُهُ(ره) فى المبسوطِ الجزء ۴، ص ۱۹۴ فراجع.

كيف ماكانَ نِسبةُ القولِ الأَوَّلِ و هو وُجُوبُ تقديمِ الايجابِ علىٰ الْقَبولِ، الىٰ المبسُوطِ مستندَةٌ الىٰ كلامِهِ فى بابِ البيعِ **و خلاصةُ هذا الكلامِ:** اَنَّ هذا الوجُوبَ المستَنَدَ الىٰ «الشّيخِ الطّائفَةِ»، اِنّما هُوَ فى كتابِ البيعِ من المبسوطِ لا فى كتاب النّكاحِ من المبسُوطِ فاِنَّهُ فى نِكاحِ المبسُوطِ، عَدَلَ عن وجوبِ تقديمِ الايجابِ علىٰ الْقَبول و قالَ بِصِحَّةِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ **كالمحقِّقِ(ره) فى الشّرايعِ والعلاّمَةِ** فى التّحريرِ والشّهيدين فى بعضِ كُتبِهِما و جماعةٌ مِمَّنْ تأخّر عنهما لِلعموماتِ الْسَّليمَةِ عمّا يَصْلَحُ لِتَخصيصِهٰا **و هو قولُهُ تعالىٰ: «اَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ»،** و **«اَوْفُوا بِالْعُقُودِ»** و **«تجارةً عَنْ تراضٍ»** و **لِفَحوىٰ الدّالّ علىٰ** جوازِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ فى النّكاحِ الثّابتِ بالاخبارِ مثل: خبر اَبانَ بنِ تِغْلَب الواردِ فى كِيفيَّةِ الصّيغَةِ المشتَمِلِ علىٰ صِحَّةِ تقديمِ القبولِ بقولِ الرّجلِ الَّذى هو القابِلُ لِلمرأَةِ: اَتَزَوَّجُكَ مُتْعَةً علىٰ كتابِ اللّهِ و سُنَّةِ رسولِ اللّهِ ﷺ الىٰ اَنْ قالَ عليه السلام: فَاِذا قالَتْ: «نَعَمْ، فَهِيَ اِمْرَأَتُكَ و اَنْتَ اَوْلىٰ النّاسِ بها»[1] **ولايخفىٰ:** اَنَّ المرادَ من الفحوىٰ، هى الأَوْلَوِيَةُ المأخوذَةُ فى بابِ النّكاحِ فَاِنَّهُ لَمّا جازَ فى الأِعراضِ الّتى اهتمّ بها الشّارِعُ المقدَّسُ اهتماماً بالِغاً تقديمَ القبولِ علىٰ الايجابِ فَبِطريقٍ اَوْلىٰ يَجُوزُ فى بقيّةِ العقودِ والايقاعاتِ.

وكذلك يَدُلُّ علىٰ ما قلناه، حديثُ سهلِ السّاعِدِىّ المشهُورِ فى كُتُبِ الفريقَيْنِ

۱- وسائل الشّيعة، الجزء ۱۴، ص ۴۶۶ـ الباب ۱۸ـ الحديث ۱.

كما قِيلَ، المشتمل علىٰ تقديمِ القبولِ من الزّوجِ بلفظِ: «**زَوِّجْنِيها**»، هذا نَصُّهُ: «رَوىٰ سهلُ السّاعِدِی: اِنَّ النَّبِیَ ﷺ جَاءَتْ اليه اِمرأَةٌ فقالتْ:

يا رسولَ اللّهِ اِنّی قَدْ وَهَبْتُ نَفسِی لَکَ.

فقالَ: لا اَرَبَةَ لی فی النّساءِ.

فقالت: زَوّجْنِی بِمَنْ شِئْتَ من اَصْحابِکَ.

فقالَ: رَجُلٌ فقالَ: يا رسول اللّهِ زَوّجنيها.

فقال: هل مَعَکَ شیءٌ تصدِقُها؟

فقال: واللّهِ ما مَعِی الاّ رِدائی هذا.

فقالَ: اِنْ اَعطَيْتَها ايّاها تبقیٰ ولا رداءَ لک.

هل مَعَکَ شیءُ مِنَ القرآن؟

فقالَ: نَعَمْ، سورَةٌ کذا...

فقال: زوّجتُکَها علیٰ ما مَعَکَ مِنَ الْقُرآنِ».

اَلتَّحقيقُ فِی الْمَسْأَلَةِ: عِنْدَ الشّيخِ(ره) اَنَّ القبولَ اِمّا اَنْ يكونَ بلفظِ «**قَبِلْتُ**» و «**رَضيتُ**».

وَ اِمّا اَنْ يكونَ بطريقِ الامرِ والاستيجابِ نحو «**بِعْنِی**» فَيَقُولُ المخاطَبُ: «بعتُکَ».

وَ اِمّا اَنْ يكونَ بلفظِ: «اِشْتَرَيْتُ و مَلِكْتُ مُخفّفاً و ابتعتُ» فَاِنْ كانَ بلفظِ «قبلتُ» فالظّاهِرُ عَدَمُ جوازِ القبولِ وفاقاً لما عرفتَ فی صَدرِ المسألَةِ و هی مَسْأَلَةُ لزومِ تقديمِ الايجابِ علیٰ القبولِ حيثُ نَقَلَ الشّيخُ(ره) عن بعضِ الفقهاءِ بقولِهِ: انّ القبول فَرعُ الايجاب و انّه تابعٌ له فلا يَصِحُّ تقديمُهُ عليه **بَلِ المحكّیُ عن الميسَةِ** (و هی مدينةٌ واقعةٌ فی لبنان) والمسالِكِ و مجمعِ الفائِدَةِ لِلْمُحَقِّقِ الاردبيلیّ(ره): انّه لاخلافَ فی عدمِ جوازِ تقديمِ لفظِ «قبلتُ» و هو المحكّیُ عن «نهايةِ الاحكام» و عن الفاضلِ الهندی فی «كشفِ اللّثامِ» فی بابِ النّكاحِ و قَدْ اِعترَفَ بعدمِ تقديمِ القبولِ علیٰ الايجابِ اذا كان بلفظِ «**قَبِلْتُ**»، غيرُ واحدٍ من متأخّرِیّ المتأَخِّرينَ

ايضاً.

بَلْ اَلْمَحِكِّيُّ هناك عن ظاهرِ التّذكرَةِ، الاجماعُ عليه.

يدلُّ علىٰ عدمِ جَوازِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ اذا كانَ بلفظِ **«قَبِلْتُ» مضافاً اِلىٰ اَنَّهُ** لاخلافَ فى عدمِ جوازِ تقديمِ القبولِ على الايجابِ كذلک كانَ تقديمُ القبولِ على الايجابِ، خلافُ المتعارَفِ من العقدِ، و اَنَّ القبولَ الّذى هو اَحَدُ رُكْنَى عقدِ المعاوِضَةِ، فرعُ الايجابِ فلايُعْقَلُ تقدّمُهُ عَلَيهِ. **ولايخفىٰ اَنَّ المرادَ من القبولِ الّذى هو ركنُ** العقدِ، ليسَ مجرّدَ الرِّضا بالايجابِ سواءٌ تحَقَّقَ قبلَ ذلک ام لا؟

بَلِ الْمُرادُ منه الرِّضا بالايجابِ علىٰ وجهٍ يَتَضَمَّنُ اِنشاءَ نقلِ مالِهِ فى الحالِ الىٰ المُوجِبِ علىٰ وجهٍ الْعِوَضِيّة **لانَّ** المشترى ناقِلُ ثَمنِهِ اِلىٰ البايعِ كما ينقُلُ البايعُ الْمُثْمَنَ اِلىٰ المشترى و هذا لايتحقّق الّا مَعَ تأخّرِ الرِّضا عن الايجابِ **اِذْ مع تقدّمِهِ لايَتَحَقَّقُ** النّقلُ فى الحالِ فَاِنْ رَضِىَ بمعاوضَةٍ ينشأها الموجبُ فى المستقبَلِ، لم يُنْقَلْ فى الحالِ مالُه الّذى هو الثَّمَنُ الىٰ المُوجِبِ بخلافِ من رَضِىَ بالمعاوضَةِ الّتى اَنشَأها الموجبُ سابقاً و هى صُورَةُ تقدّمِ الايجابِ علىٰ القبولِ فَاِنَّهُ يَرْفَعُ بهذا الرِّضا المتعَقَّبِ للايجابِ الّذى يَظْهَرُ بالقبولِ، يَدَهُ من مالِهِ و يَنْقلُهُ الىٰ غَيْرِهِ علىٰ وجهِ الْعِوَضِيَّةِ.

وَ مِن هنا اى بالفرقِ بين الرِّضا السّابِقِ الّذى يَحْصُلُ بتقديمِ الايجابِ علىٰ القبولِ و بينَ الرِّضا اللّاحِقِ الّذى يَحْصُلُ بتأخيرِ القبولِ عن الايجابِ، يتَّضِحُ فسادُ ما حُكِىَ عن بعضِ المحقّقينَ فى رَدِّ الدّليلِ المذكورِ و هُوَ كونُ القبولِ، فرعَ الايجابِ و تابعاً له، اَنَّ تَبَعِيَّةَ القبولِ للايجابِ بكونه فرعاً له، ليستْ مِن قَبيلِ تَبَعِيَّةِ اللّفظِ لِلّفظِ لتبعيّةِ الصّفةِ للموصوفِ والمعطوفِ للمعطوفِ عليهِ وَالتّأكيدِ لِلْمُؤَكّدِ والبدل للمُبدّلِ منه حتّىٰ لايجوزُ تقديمُهُ علىٰ الايجابِ **وكذلک ليست** تبعيّةُ القبولِ للايجابِ مِن قبيلِ تبعيّةِ القصدِ للقصدِ كتبعيّةِ قصدِ التقرُّبِ بِالْمُقَدَّمَةِ لقصدِ الوصولِ بها الىٰ ذى المقدّمَةِ بحيثُ لولا هذا القصدُ لم يتأتّ ذاک القصدُ **بل** تبعيّةُ القبولِ للايجابِ على سبيلِ الفرضِ وَالتّنزيلِ **حيثُ** يَجْعَلُ القابِلُ نفسَهُ مُتَناوِلاً لما يُلْقىٰ اليه مِنَ الموجِبِ

والموجِبُ يجعلُ نَفْسَهُ مُناوِلاً لِما يُلقىٰ اليه من القابِلِ.

فالحاصِلُ: اَنَّ التّبعيّةَ هنا ليست تَبَعِيّةَ حقيقةٍ واقعيّةٍ بل تبعيّةً فرضِيَّةً تنزيلِيَّةً فلامحذورَ فی تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ كما كان يلزم المحذورُ فی تقديمِ الصّفَةِ علىٰ الموصوفِ او المعطوفِ علی المعطوفِ عليه او البدَلِ علىٰ المبدَلِ منه.

فعلىٰ هذا، يَصِحُّ تقديمُ القبولِ ولو بلفظِ «قبلتُ» و «رَضِيتُ» اِنْ لم‌يكن اِجماعٌ علىٰ خلافِهِ، هذا ما افاده بعضُ المحقّقينَ فی رَدِّ القائِلِ بِعَدمِ جوازِ تقديمِ القبول علی الايجابِ لِكَوْنِ القبولِ فرعاً للايجابِ.

و وجهُ فسادِ ما ذَكَرَهُ بعضُ المحقّقينَ: اَنَّ الرِّضا بما يَصْدُرُ مِنَ الموجِبِ فی المستقبلِ من نقل مالِهِ بِازاءِ مالِ صاحبِهِ، ليسَ فيه انشاءُ نقلٍ من القابِلِ فی الحالِ بل هو رضاً منه بِالانتقالِ فی الأِستقبالِ.

وَ خُلاصتُهُ اَنَّهُ ليسَ فی الرِّضا الحاصِلِ من القابِلِ فی صُورَةِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ فی قبالِ مايَصْدُرُ عنِ الموجبِ فی المستقبَلِ مِن نقلِ مالِهِ الىٰ القابِلِ اِزاءَ نَقلِهِ مالَهُ اليه، اِنشاءُ نقلٍ من القابِلِ فی الحالِ الحاضِرِ بل الرِّضا الحاصِلُ من القابِلِ، الرِّضا بالانتقالِ فی زَمَنِ الاستقبالِ و عندَ مايَصْدُرُ الانتقالُ مِنَ الموجِبِ، لايُوجَدُ رضاً من القابِلِ لهذا الانتقالِ فَكَيْفَ يَتَصرَّفُ القابِلُ فی هذا المالِ الّذی لم‌يَحْصُلْ به الرِّضا فی زَمَنِ الانتقالِ؟

و ليس المرادُ مِنَ الرِّضا، الرّضا بشیءٍ تابعٍ لتحقّقِهِ فی المستقبَلِ اوّلاً قبلَ الرّضا به حتّىٰ يَحْتاجَ الىٰ توضِيحِهِ بما ذَكَرَهُ مِنَ المثالِ الّذی اَتىٰ به بعضُ المحقّقين فی رَدِّ تَبَعِيَّةِ القبولِ للايجاب بِقوله: اَنا راضٍ بما تُعْطِينی و قابِلٌ لِما تَمْنَحنِی **بل المرادُ،** الرّضا الّذی يُعَدُّ قبولاً و رُكناً فی العقدِ.

وَ مِمّا ذكرنا اَنَّ المرادَ مِنَ الرّضا، هُوَ الرّضا الواقِعُ احدُ رُكنیَ العقدِ الّذی يَحْصُلُ به النّقلُ و هو القبولُ اللّفظِیُ الْمُنْشَأُ بلفظِ: «قبلتُ» او «رَضِيتُ» والّذی يُعَدُّ قبولاً و ركنا فی العقدِ، **يَظْهَرُ الوجَهُ:** فی المنعِ عن تقدّمِ القبولِ بلفظِ الامرِ كما لو قال: «**بِعْنِی هذا بِدَرْهِمٍ**» فقال: «**بِعْتُكَ**» لاَنَّ فی قولِهِ: «**بِعْنِی**» دلالةُ المعاوِضَةِ عَلىٰ الرِّضا

بالاستقبالِ من دونِ دلالةٍ لهذه «المعاوضَةِ» علىٰ نَقْلِ مالهِ فى الحالِ الىٰ البايعِ **لكن لم**يَتحقَّقْ بمجرّدِ الرّضا بالمعاوِضَةِ المستقِلَّةِ، نقلٌ فى الحالِ للدّرهَمِ الىٰ البائعِ كما لايخفىٰ.

خلاصةُ هذا الكلام أنَّهُ كما لايجُوزُ تقديمُ القبولِ علىٰ الايجابِ فى البيعِ اذا كان القبول بلفظ «قَبِلتُ» لِلْمِلاكِ الّذى ذكرناه آنِفاً **وكذلك لا** يجُوزُ تقديمُهُ عَلَيهِ اذا كان بلفظِ الامر و ان كان بغيرِ لفظِ «قبلتُ».

وَ مِنْ هنا يريدُ شيخُنا الانصارِى(ره) اَنْ يَرِدَ علىٰ ما افادَهُ شيخُ الطّائِفَةِ فى المبسوطِ من اِتّفاقِ الفقهاء(ره) علىٰ صِحَّةِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ اذا كان بلفظِ الامرِ فى البيعِ **وَ وَجهُ الرَدِّ اَنّ** اكثرَ فقهاءِ الامامِيَّةِ ذهبُوا الىٰ عدمِ جوازِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ اذا كانَ بلفظ الامرِ فذهابُ الاكثرِ ممّا يُوهِنُ الاتّفاقَ المذكورَ.

هذا اَوّلاً و ثانياً: دعوىٰ الشّيخِ الطّائِفَة فى جوازِ تقديمِ القبولِ على الايجابِ اذا كان بلفظِ الامرِ، بوقوعِهِ فى النّكاحِ ففى البيعِ بطريقٍ اَوْلىٰ مردودٌ **لِاَنَّ الاوّلوِيَّة المذكورَةَ المستفادَةَ مِنَ النّكاحِ ممنوعةٌ لِاَنَّ** صِحَّةَ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ فى النّكاحِ اذا كانَ بلفظِ الامرِ لامرينِ:

الاوّلُ: اِستحياءُ المرأَةِ فى الدّورِ السّابقِ فى الاِبتداء بالايجابِ فَاِنّها كانت تَتَميَّزُ بِحَياءِ البالِغِ فلاتُقدِمُ المرأةُ علىٰ الايجاب فلذا جَوَّزَ الشّارِعُ جوازَ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ فى النّكاحِ.

الثّانى: اَنَّ الزوّاجَ امرٌ مرغوبٌ جِدّاً لكونه باعِثاً لبقاءِ النّسلِ و مَوجباً لِدفعِ الْعَنَتِ والشّهوَةِ ولذا حَثَّ الشّارِعُ الاعظَمُ لاَمرِ الزوّاجِ حَثّاً بالِغاً فوقَ ما تتصوّره عقولُنا قال ﷺ: اذا تَزَوَّجَ الْرَّجُلُ، اَحْرَزَ نِصْفَ دِينَهُ فليتقّ النّدَفِى النّصفِ الآخَرِ.[1]

فى وسائلِ الشّيعَةِ الجزء ١٤ـ ص ٢ـ٦ـ الباب ١٧ـ الحديثِ ٢.

قال ﷺ: «امّا عَلِمْتُمْ اِنّى اُباهِى بِكُم، الأُمَمَ يومَ القيامَةِ حتّىٰ بالسِّقْطِ» **وَ هذانِ الامرانِ لايوجدانِ** فى البيعِ، و بقيّةُ العقودِ حتّىٰ يَجُوزَ تقديمَ القبولِ علىٰ الايجابِ

١ـ مستدرک وسائل الشّيعة ج ٢، ص ٥٣٠ـ٥٣١، ابواب مقدّمات النّكاح ـ الباب الاوّل ـ الحديث ١ـ٢.

اذا كان بلفظِ الامرِ و ان لم‌يكن بِلَفظِ «**قبلتُ**».

و يؤيّد ما اَفادَ الشّيخُ(ره) من عدم كونِ القبولِ، لفظَ الامرِ فى قولِ الرّجلِ «زَوِّجْنِيها يا رَسُولَ الله» بِاَنَّهُ لولاه يلزمُ الفَصلُ الطّويلُ بينَ الايجابِ والقبولِ **و خلاصته اَنَّهُ لو قلنا** اِنَّ القبولَ هو لفظُ الامرِ، يَلْزَمُ الفصلُ الطّويلُ بينَ الايجابِ الصّادِرِ من الرّسولِ الاعظمِ ﷺ و بينَ القبولِ و هو غَيرُ جائزٍ لاَنَّهُ مُفسِدٌ للعقدِ.

الاختلافُ الواقِعُ فى صِحَّةِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ بلفظِ الامرِ:

فى صِحَّةِ تقديمِ القَبُولِ بلفظِ الامر، اختلافاتٌ كثيرَةٌ بينَ كلماتِ الأَصْحابِ: **فقال الشّيخُ الطّائِفَهُ فى المبسوطِ:** اِن قالَ: «بِعْنيهٰا بِالفٍ» فقالَ: «بِعْتُ» صَحَّ.

ثُمَّ صَرَّحَ بعد ذلک: اَنّ الأقوىٰ عندِى، أَنَّهُ لايَصِحُّ حتّىٰ يقولَ المشترِى بعدَ ذلک: «اشتريتُ».[1] وَ اِختارَ شيخُ الطّائِفَةِ عدمَ صِحَّةِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ فى كتابِهِ «الخلاف» **و صَرَّحَ بِعَدمِ جوازِ التّقديمِ،** اَلسَّيِّدُ ابنُ زهره فى كتابه **«اَلْغُنْيَةُ»** و قال: وَ اِعتبرْنا حصولَ الايجابِ من البايعِ والقبولِ من المشترِى خَدَراً عن القولِ بِانعقادِهِ بالاستدعاء مِنَ المُشترِى و هُوَ **اَنْ يقولَ: «بِعْنيه بِاَلفٍ»** فيقولُ: **«بِعْتُكَ»** فَاِنَّهُ لايَنعَقِدُ حتّىٰ يقولَ المُشترِى بعدَ ذلک: **«اِشتريتُ او قبلتُ».**

وَ صَرَّحَ ايضاً بعدمِ جواز التّقديمِ، ابنُ ادريس فى السّرائر و الوسيلةِ.

و عن جامعِ المقاصِدِ: اَنَّ ظاهِرَ هَم انّ عدمَ جوازِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ، اِتّفاقِيٌ و حُكِيَ الاجماعُ عن ظاهرِ الغنية ايضاً او صَرِيحِهٰا و عن المسالکِ، اَنَّ عدمَ التّقديمِ هو المشهورُ بين فقهاءِ الامامِيَّةِ **بل قِيلَ:** اِنّ هذا الحكمَ، ظاهِرُ كُلِّ مَن اِشْتَرَطَ الاِيجابَ والقبولَ.

و مع ذلک صَرَّحَ الشّيخُ فى المبسوطِ فى بابِ النّكاحِ بجوازِ التّقديمِ بلفظِ الامرِ بالبيع.[2]

وَ كذا اِذا تَقَدَّمَ الايجابُ على القبولِ فى البيعِ صَحَّ بلاخلافٍ وَ اَمّا اِنْ تَأَخَّرَ الايجابَ و سَبَقَ القبولُ فاِن كانَ فى النّكاحِ فقالَ الزوّجُ: **«زَوِّجْنيهٰا»** فقالَ: «زَوَّجْتُكها»، **صَحَّ. و حُكِيَ جوازُ التّقديمِ بلفظِ الامرِ عن القاضِى** فى «الكامل» **بَلْ** يُمْكِنُ نسبةُ جوازِ تقديمِ القبولِ اذا كانَ بلفظِ الامرِ علىٰ الايجابِ، اِلىٰ كُلِّ مَنْ جَوَّزَ تقديمَ القبولِ علىٰ الايجابِ بقولٍ مطلقٍ و تَمَسَّكُوا له فى النّكاحِ بروايَةِ: **«سهلِ السّاعِدِى»** المعبِّرُ فيهٰا عَنِ القبولِ، بِطَلَبِ التّزويجِ.

١- المبسوط ج ٢، كتاب البيع ص ٨٧

٢- المبسوط الجزء ٤، ص ١٦٤ كتابُ النّكاحِ.

والشّيخُ(ره) بعدَ ذِكرِ نظراتِ الفقهاءِ من النّافيينَ والمُثبِتينَ حولَ تـقديمِ القـبولِ على الايجابِ، صَرَّحَ بِاَنَّ الاقوىٰ، المنعُ اى منعُ تقديمِ القبولِ اذا كانَ بلفظِ الامـرِ علىٰ الايجابِ فى البيعِ لما عَرَفْتَ مِنْ اَنَّ القبولَ الّذى هُوَ اَحَدُ رُكنىَ المعاوضةِ، فرعُ الايجابِ فلايُعْقَلُ تقدُّمُهُ عليهِ وَ لاَنَّ تقديمَ القبولِ اذا كانَ بلفظِ الامرِ علىٰ الايجابِ بمعنىٰ دلالَةِ طلبِ المعاوضَةِ عَـلىٰ الرِّضـا بـهٰا **ولكـن لم**يَـتَحَقَّقْ بِـمُجَرَّدِ الرِّضـا بالمعاوضَةِ المستقبلَةِ نقلٌ فِى الْحالِ **لِلدِّرهَمِ الىٰ البايعِ.**

و من الواضح انّنا نحتاجُ الىٰ قبولٍ فى البيعِ يحصُلُ بـه نـقلُ الحـالِ حـالاً ثـمّ قال(ره): لوقلنا بِكِفايَةِ التّقديمِ بلفظِ «قَبِلْتُ»، يُمكِنُ المنعُ فى القبولِ اذا كان بِلَفظِ الامرِ **بناءً** علىٰ اِعتبارِ المٰاضَوِيَّةِ فيما دَلَّ «علىٰ القبولِ» **و من الواضـح: اَنَّ** صِـيغَةَ الامرِ، **ليست مِن صِيَغِ الماضِىّ.**

ثمّ قالَ الشّيخُ(ره): اِنّ هذا كُلَّهُ بناءً علىٰ المذهبِ المشهورِ بين الاصحابِ مـن عدمِ كفايةِ مُطلَقِ اللّفظِ فى لزومِ العقدِ **بَلْ** لابُدّ من الفاظٍ مـخصُوصَةٍ فـى العـقودِ بشُروطٍ مَخصوصَةٍ و عدمِ القولِ بِكَفايَةِ مطلقِ الصِّيغَةِ فى الملكِ كما فـى صـورَةِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ.

و امّا علىٰ ما قوّيناه سابقاً فِى مَسأَلَةِ المعاطاةِ مِن اَنَّ البيعَ العرفِىَّ، موجبٌ للملكِ و اَنّ الاقوىٰ اعتبارُها وَ اِن قُلنا بالاباحَةِ لاِنّها بيعٌ عرفِىٌّ وَ اِن لم يُفِدْ شرعاً الاّ الاباحَةَ و اَنَّ الاصلَ فى الملكِ، اللّزومُ، فاللاّزمُ، الحكمُ باللّزومِ فى كلِّ عقدٍ سواءٌ تَقَدَّمَ فيه القبولُ علىٰ الايجابِ ام تَأَخَّرَ، لم يَقُمْ اجماعٌ علىٰ عدمِ اللّزومِ و هو ما اذا خَـلَتِ المعامِلَةُ عَنِ الاِنْشاءِ باللّفظِ رأساً وَ بِالكُلّيَّةِ او كان اللّفظُ المنشأُ بِهِ المعامِلَةُ ممّا قامَ الاجماعُ علىٰ عدمِ افادتها اللّزومَ و امّا فى غيرِ ذلک يعنى فى غَيْرِ المعامِلَةِ الحاوِيَةِ للفظٍ قام الاجماعُ علىٰ عدمِ اعتبارِهِ فيها فالاصلُ اللّزومُ.

هذا كلّه فيما اذا كانَ القبولُ علىٰ وجهِ طلبِ البيعِ كقولک: «**بِـعْنِى**» **حـيثُ اِنَّ** القبولَ هنا بلفظِ البيعِ، قد صَرَّحَ الشّيخُ(ره) هنا نقلاً عن شيخِ الْطّائِفَةِ فى المبسوطِ بِصِحَّتِهِ **بل يَظْهَرُ** من المبسوطِ، عدمُ الخلافِ فيه بيننا وَ حُكِىَ جوازُ تقديمِ القبولِ اذا

كانَ بلفظِ الامرِ علىٰ الايجابِ.

وَ اِنْ كانَ التّقديمُ بلفظِ «اِشْتَرَيْتُ او «اِبْتَعتُ» او «تَـمَلَّكْتُ» او «مَـلِكْتُ» هـذا بدراهِمَ مثلاً كثيرةٍ او قليلةٍ فحكمُهُ ماذا؟

الاقوىٰ عندَ الشّيخِ(ره) جوازُهُ **لِاَنَّ «اِشتريتُ» او «اِبـتعْتُ»** او «تَـمَلّكْتُ» فـى الواقعِ و نفسِ الامرِ انشاءٌ به يَنْشَأُ القابِلُ مِلكيَّةَ المبيعِ لِنفسِهِ، ازاءَ ما يُعطيهِ لِلبايعِ عوضاً عن المبيعِ كما يَنْشَأُ البايعُ، ملكيَّةَ مالِهِ لصاحِبِهِ الّذى هو المشترى القابِلُ.

فَفِى الْحَقيقَةِ كلٌّ من البايعِ والمشترى يَنْشَأُ مالَهُ، اِزاءَ ما يَنْشَأُهُ الآخر عند تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ **و فى الواقعِ** لِكُلٍّ واحدٍ من البايعِ والمشترِى، اِنشاءانِ: انشاءُ تمليكِ مالِهِ لصاحِبِهِ و انشاءُ تَمَلُّكِ مالِ صاحِبِهِ لِنفسِهِ.

فَلِلبايعِ ادخالٌ و اخراجٌ: ادخالُ مِلكِهِ الىٰ مِلكِ المشترِى و اخراجُ الثّمَنِ عـن ملكِ المشترِى و ادخالُه فى مِلكِهِ.

وكذا المشترى الّذى هو القابِلُ له ادخالٌ و اخراجٌ ايـضاً: و ادخـالُ مـلِكِهِ الىٰ ملكِالبايع و اخراجُ ملكِ البايعِ عن مِلكِهِ و ادخالُهُ فى مِلْكِهِ.

ولكن فرقٌ بينَ الادخالِ من ناحِيَةِ البايعِ والادخالِ من ناحِيَةِ المشترِى وَ هُوَ اَنَّ الادخالَ من ناحِيَةِ البايع يُفْهَمُ من ذكرِ الْعِوَضِ بقولِهِ: **«بِعْتُكَ دارى بمأةِ دينارٍ» وَ اَمّا من ناحِيَةِ المشترِى** فَيُفْهَمُ من نفسِ الفعلِ و هو اخذُهُ الدّارَ و رِضاؤُهُ بـهٰا بِـالسِّعْرِ الْمُعَيَّنِ.

والاخراجُ بعكسِ الاِدخالِ من ناحِيَةِ البايعِ وَ المشترِى فى صورَةِ تقديمِ القبُولِ علىٰ الايجابِ لوكان القبولُ بلفظِ **«اِشْتَرَيْتُ»** مثلاً فيكونُ الاخراجُ من ناحِيَةِ البايعِ بالفعلِ اِى بِفِعْلِه و هو اعطاؤُهُ الدّارَ و تَسليمُها للمُشترِى فَيُفْهَمُ بنفسِ الْفِعلِ.

و امّا مِن ناحِيَةِ المشترِى فَيُفْهَمُ بِذِكرِ العوضِ فى قولِهِ: **«اِشتريتُ بكذا»** عندَ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ **وَ يُمكِنُ** اَنْ يرادَ من الفعلِ فى قولِهِ: **«وَ فِى القبولِ، مَفْهُومٌ مِنْ نَفسِ الفعلِ»** صِيغَةُ الماضِى الّتى تأتِى فى الايجابِ و بقولِهِ: **«اِشتريتُ كَذا و بـعتُ كَذا».**

و حينَ ما قلنا: اَنَّ لِكُلٍّ من البايعِ والمشترِی اِدخالٌ وَ اِخراجٌ وَ اِنشاءانِ: انشاءُ تمليكٍ وانشاءُ تَمَلُّكٍ، فليسَ فی حقيقَةِ الْاِشتراءِ من حيثُ هُوَ، معنیٰ القبولِ **ولكن فيما** نَحْنُ فيه و هو وقوعُ القبولِ بلفظِ: «**اشتريتُ**»، لم يكن مؤخّراً عن الايجابِ حتّیٰ يَتَحَقَّقَ مفهومُ المطاوِعَةِ فيه لِيَتأَخَّر بل وَقَعَ مُتَقَدِّماً عليه فلايَلْزَمُ المحذُورُ المذكُورُ و هو اَنَّهُ كيف يُعْقَلُ تقدّمُهُ علیٰ الايجابِ؟ اِذ هُوَ فرعُهُ **و هذا المعنی و هو وقوعُ القبولِ** عقيبَ الايجابِ، مفقودٌ فی الايجابِ المُتأخِّرِ **لِاَنَّ** المشترِی، انّما يَنْقُلُ مالَهُ الیٰ البايعِ بالالتزامِ الحاصِلِ من جعلِ مالِهِ عِوَضاً والبايعُ اِنّما يَنْشَأُ انتقالَ الثَّمنِ اليه كذلک ای بالالتزامِ الحاصِلِ من جَعْلِ مالِهِ عِوَضاً عَنِ الثَّمَنِ وانتقالِهِ الیٰ المشترِی.

كما صَرَّحَ فی النّهايَةِ والمسالِكِ علیٰ ما حُكِیَ مِن انّه ليسَ فی حقيقَةِ الْاِشْتِراءِ وَ زَميلاتِهِ، معنیٰ القبولِ اصلاً اذا وَقَعَ القبولُ بها و تَقدّمَتْ علیٰ الايجابِ لاَنَّ القبولَ فی الحقيقَةِ، ما لايُمْكِنُ الابتداءُ بِهِ و لفظُ «**اشتريتُ**» يجوزُ الابتداءُ بِهِ.

و لايخفیٰ عليك اَنَّ مرادَ صاحِبَ النّهايَةِ والمسالِكِ من قولِهِما: «**اِنَّ اشتريتَ، ليس قبولاً حقيقةً**»، لايُنافِی قولَنا فِی «اِشتريتُ»: من انّه يَتَحَقّقُ مفهومُ القبولِ فيه اذا وَقَعَ عقيبَ تمليكِ البايعِ لاِنّا قُلنا: اِنّ لفظَةَ «**اشتريت**» بما هُوَ هُوَ، ليس فيه معنیٰ القبولِ لا اِذا وَقَعَ عقيبَ تَمليكِ البايعِ فَاِنَّهُ اذا وَقَعَ عقيبَ ذلک، فيه مَعنیٰ القبولِ كما اَنّ «**رَضيتُ بالبيع**،» ليس فيه انشاءٌ لنقلِ مالِهِ الیٰ البايعِ الّا اذا وَقَعَ مُتَأخِّراً **وَ لِاَجْلِ اَنَّ «رضيتُ»** بما هُوَ هُوَ مع قطعِ النّظرِ عن وقوعِهِ عقيبَ الايجابِ، ليس هو انشاءٌ لنقلِ مالِهِ الیٰ البايعِ **قلنا:** لا يَجُوزُ تقديمُهُ علیٰ الايجابِ.

فكلٌّ مِن «رَضِيتُ» و «اِشْتَرَيْتُ» بِالنّسبَةِ الیٰ اِفادَةِ نقلِ المالِ وَ مُطاوِعَةِ البيعِ عندَ التّقدّمِ وَ التّأخّرِ، مُتَعاكِسانِ يعنی اِنَّ لِكُلٍّ واحدٍ من لفظةِ «**اِشتريتُ**» **و «رَضِيتُ»**، معنيين: معنیً مطابِقِیٌّ و معنیً التزامِیٌّ فَيَتعاكْسانِ فی صورَةِ تقدُّمِ كُلِّ واحدٍ منهما علیٰ الايجابِ و فی صورَةِ تأَخُّرِهِما عنه.

و معنی التّعاكُسِ، اَنَّ لفظَةَ «اِشتريتُ» بالمطابِقَةِ، تَدُلُّ علیٰ اِنشاءِ انتقالِ مالِ

البايعِ الىٰ نَفْسِهِ اذا تَأَخَّرَ عن الايجابِ و بالالتزامِ، يَدُلُّ علىٰ القبولِ لو تَأَخَّرَ عَنهُ.

و امّا لفظةُ «رِضيتُ» فَبِالالتزامِ تَدُلُّ علىٰ اِنشاءِ انتقالِ مالِ البـايعِ اِلىٰ نَـفْسِهِ لو تَأَخَّرَ عن الايجابِ و بالمطابِقَةِ تُدُلُّ علىٰ القبولِ لو تَأَخَّرَ عنه.

وَ هٰذا معنىٰ التَّعاكُسِ فى «اِشتريتُ» و «رَضِيتُ» فى صـورَةِ تأخُّـرِ هـما عـن الايجابِ **و اَمّا فِى صُورَةِ تَقَدُّمِ لفظةِ:** «اِشتريتُ» علىٰ الايجابِ فَبِالمطابِقَهِ، تَدُلُّ علىٰ الانشاءِ، و ليس فيها معنىٰ القبولِ اصلاً حتّىٰ اِلتِزاماً.

وَ امّا فِى صُورَةِ تَقَدُّمِ لفظةِ «رضيتُ» علىٰ الايجابِ فَبِالمطابِقَهِ، تُدُلُّ علىٰ القبولِ و ليس فيها معنىٰ الاِنشاءِ اصلاً حتّىٰ اِلتزاماً.

و هذا، معنىٰ التّعاكُسِ فى لَفْظَةِ «اِشتريتُ» و «رضيتُ» فِى صُورَةِ تقدّمِهِما علىٰ الاِيجابِ.

اشكالٌ وَ جوابٌ

اَمّا الاِشكالُ فهو اَنَّ الاجماعَ علىٰ اِعتبارِ القبولِ فی العقدِ، يُوجِبُ تأخيرَ قَـوْلِهِ: «اِشْتَريتُ» حتّىٰ يَقَعَ قبولاً **لِاَنَّ** اِنشاءَ مالِكِيَّتِهِ لمالِ الغيرِ اذا وَقَعَ عقيبَ تمليكِ الغيرِ لَهُ، يَتَحَقَّقُ فيه معنىٰ الانتقالِ، و قبولُ الاثَرِ فيكونُ «اشتريتُ» مُتَأَخِّراً التزاماً بِالاَثَرِ عقيبَ اِنشاءِ التّأثيرِ من البايعِ بخلافِ ما لَو تَقَدَّمَ فَاِنَّ مجرَّدَ اِنشاءِ المالِكِيَّةِ لمـالٍ، لايُوجِبُ تحقّقَ مفهومِ القبولِ اى كما اَنَّ مجرّدَ نِيَّةِ تَملُّكِ المـباحاتِ، او اللّـفظَةِ، لايُوجِبُ مِلْكِيَّتَهٰا **بل** لابُدَّ فی صِدقِ تَملُّكِها من حِيازتِها بتحجيزِ ما حٰازَهُ.

لِاَنَّ «اللّفظَةَ» اذا كانت منَ المسكوكاتِ و كانت اَقَلَّ من درهَمٍ، يجُوزُ تَـملُّكُها بِشَرطِ اِخذِهِمٰا لابمجرَّدِ نِيّةِ التّملّكِ فَاِنَّهُ لاقبولَ فی **«اِشْـتَرَيْتُ»** لَـو تَـقَدَّمَ عـلىٰ الايجابِ بمجرَّدِ اِنشاءِ المالِكِيَّةِ لمالٍ رأساً.

والجوابُ عنه اَنَّ الْمُسَلَّمَ من الاجماعِ هُوَ اِعتبارُ القبولِ مِنَ المشترِى بـالمعنىٰ الْشّامِلِ للرّضا بالايجابِ ولابُدَّ مِن اَنْ يكونَ القبولُ جامِعاً.

وَ اَمّا وُجوبُ تَحَقُّقِ مفهومِ القبولِ الْمُتَضَمِّنِ للمطاوَعَةِ و قبولِ الاَثرِ فَلَيْسَ هناك اجماعٌ بل الاجماعُ قائِمٌ علىٰ اِعتبارِ القبولِ مِنَ المشترِى بالمعنىٰ الشّامِلِ لِـلْرِّضا بالايجابِ **فَقَدْ تَبيَّنَ مِن جميعِ ما** نقلناه حولَ القبولِ اذا كانَ بلفظِ **«اِشْتَرَيْتُ»** فـی صورَةِ تقدُّمِهِ علىٰ الايجابِ، اَنَّ اِنشاءَ القبولِ لابُدَّ اَنْ يَكُونَ جامِعاً لِـتَضَمُّنِ انشـاءِ الْنَّقْلِ وَ لِلرّضا بِانشاءِ البايع تَقَدِّمَ القبولُ او تَأَخَّرَ؟

ولايُعْتَبرُ فی القبولِ، انشاءُ الاِنفعالِ الّذی هو التّأثُّرُ حتّىٰ لايجُوزُ تَـقَدُّمُهُ عـلىٰ الايجابِ بل فيه انشاءُ النّقلِ وَ الرِّضا بِانشاءِ البايعِ.

فَقَدْ تَحَصَّلَ مِمّا ذُكِرَ مِن اَنَّ القبولَ، عبارَةٌ عن اِنشاءِ النّقل وَ الْرِّضا بِانشاءِ البايعِ وَ اَنَّهُ ليسَ فيه اِنشاءُ اِنفعالِ نقلِ البايعِ، صِحَّةَ تَقديمِ القبولِ اذا كان بِلفظِ **«اِشْتَريتُ»**، وفاقاً لِمَنْ عَرَفْتَهُ **بَلْ** هُوَ ظاهِرُ اطلاقِ الشّيخِ فی الخلافِ، **حيثُ اِنَّهُ** لم يتَعَرَّضْ الّا لِلْمَنعِ عن الانعقادِ بالاستيجابِ والايجابِ.

وَ ظَهَرَ مِمّا ذَكرناهُ عَدَمُ الملازِمَةِ بينَ المَـنعِ عـن وقـوعِ العـقدِ بِـالاستيجابِ وَ

الايجابِ و بينَ المنعِ عن تَقديمِ مثلِ «**اِشتريتُ**» و كذا قالَ السّيّدُ ابن زهرةِ(ره) فى الغنيةِ حيثُ اَطْلَقَ اعتبارَ الايجابِ و القبولِ و لم يَتَعَرّضْ لعدمِ جوازِ تقديمِ القبُولِ علىٰ الايجابِ.

وَ اِحتَرَزَ «السّيّدُ ابن زهرةِ» بقولِهِ: يُعْتَبَرُ الايجابُ و القبولُ فى العقدِ، عن اِنعقادِهِ بالمعاطاةِ وَ بِالاِستيجابِ وَ الايجابِ فَاِنَّهُ لايرىٰ انعقادَه بـهٰا وَ لا بِـصُورَةِ الطّـلبِ كقولک: «**بِعْنِى**» فَيَقُولُ البايعُ: «بِعْتُکَ» وَ كذا ظاهِرُ اِطلاق الحلبىّ(ره) فى الكافى **حيثُ لم**يَذْكُرْ تقديمَ الايجابِ من شروطِ الاِنعقادِ.

و حاصلُ الكلامِ اَنَّ الْمُصَرَّحَ بِعَدمِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايـجابِ اذا كـانَ بـلفظِ «**اِشتريتُ**» فيما وَجَدْتَ من القدماءِ، الحلبىُّ(ره) و ابنِ حمزة، **فَمِنَ التّـعجُّبِ** بـعدَ تصريحِ هذين العَلَمَيْنِ من فقهاءِ الْاِمامِيَّةِ فقط بِعَدَمِ جوازِ التّقديمِ، كَيْفَ يَدَّعِى شَيْخُ الطّائِفَةِ، الاجماعَ علىٰ عَدَمِ جوازِ التّقديمِ وَ اَنَّهُ يلزمُ تقديمَ الايجابِ عليه؟

مَعَ اَنَّ شَيخَ الطّائِفَةِ، لم‌يَكْتُرْ علىٰ اِستدلالِهِ عـلىٰ عَـدَمِ كـفايَةِ الاسـتيجاب و الايجابَ فى العقدِ بقوله: «ما عداه مُجمعٌ علىٰ صِحَّتِه» اى مـاعدا الاسـتيجاب و الايجاب و لَيسَ علىٰ صِحَّتهِ دليلٌ اى علىٰ صِحَّةِ الاستيجابِ و الايجابِ.

اى مَعَ اَنَّهُ لم يَزِدْ علىٰ الاستدلالِ بِعَدَمِ كِفايَةِ الاستيجابِ و الايجابِ بِاَنَّ ما عداه مُجْمَعٌ علىٰ صِحَّتِهِ و ليس عَلىٰ صِحَّتِهِ دليلٌ.

وَ صَرَّحَ الشّيخُ(ره) فى جوابِ شَيْخِ الطّائِفَةِ فى الخلافِ بقوله: «وَ لَعُمرى اَنَّ مثلَ هذهِ الاجماعاتِ الْمُدّعاةِ، ممّا يُوهِنُ الاعتمادَ علىٰ الْاِجماعِ المنقولِ وَ قَدْ نَبّهنا علىٰ امثالِ ذلک فى موارِدَ.»[١]

١- راجِعْ (فرائد الاصول- الرّسائل لِشيخِنا الانصارىّ(ره) مبحثَ الاجماعِ فانّک تجد هناک لئالى مُنَتَثِرَة.

ثُمَّ اِنَّ الشّيخَ(ره) بعد ذكرِ المطالبِ السّابقِه اِستدرَكَ عمّا اَفادَهُ من جوازِ تقديمِ القبولِ على الايجابِ اذا كانَ **بلفظِ «اِشتريتُ»** وَ انّهُ لامانِعَ بذلک ولايَلْزَمُ منهُ محذورٌ اَصلاً وَ اَبداً **و خلاصةُ كلامِهِ(ره):** اَنَّ المتعارَفَ فی عرفِ المتشرِّعَةِ والمتداوَلِ فيما بينهم، هُوَ تقديمُ الايجابِ علىٰ القبولِ فكيف يَصِحُّ القولُ بتقديمِهِ عَلَيْهِ وَ رَفعُ اليدِ عن هذا المتعارَفِ وَ انخرامِ القاعِدَةِ العرفِيَّةِ الشّرعِيّةِ؟ وَ صَرَّحَ بقولِهِ: «نَعَمْ يُشْكِلُ الامرُ: بِاَنَّ المعهودَ المتعارَفَ مِنَ الصّيغَةِ، تقديمُ الايجابِ و لافرقَ بينَ المتعارَفِ هُنا وَ بَيْنَهُ فی الْمَسأَلَةِ الآتِيَةِ و هو الوصلُ بين الايجابِ والقبولِ؟ فَاِنَّ حكمَ العرفِ واحِدٌ فِی مَسأَلَةِ تقديمِ الايجابِ علىٰ القبولِ وَ الْمَسأَلَةِ الآتِيَةِ الّتی هی لزومُ الوصلِ بين القبولِ و الايجابِ حكما اَنَّ حكمَهُ فی هذه المسأَلَةِ قاضٍ كذلک حكمُهُ فی مسأَلَةِ تقديمِ الايجابِ على القبولِ، ماضٍ و فاضٍ.

وَ مِن هنا، الحكمُ بجوازِ تقديمِ القبولِ علىٰ الايجابِ اذا كانَ القبولُ **بِلَفظِ «اِشْرَيْتُ»**، لايَخْلُو عن شوبٍ و اشكالٍ.

مِن هنا يَرُومُ الشّيخُ(ره) اَنْ يحتاطَ فی جوازِ تقديمِ القبولِ عَلىٰ الايجابِ وَ يَكفِ عن ذلک وَ اِن كانَ بلفظِ «اِشتَريتُ» و هو الحقُّ فی المقامِ فَاِنَّهُ لا يَصِحُّ تقديمُ القبولِ عَلىٰ الايجابِ مطلقاً سواءٌ كانَ **بلفظِ «اِشتَريتُ» ام** بلفظٍ آخَر فی جميعِ العقودِ **لِاَنَّ** العقدَ، مركّبٌ مِن شيئينِ: هما رُكنانِ رَكينانِ فی تَحقُّقِهِ فی الخارجِ اِذْ بدونِهما لايَتَحَقَّقُ مفهومَهُ خارِجاً.

وَ الْشَّيْئانِ هُما: اَلايجابُ والقبولُ **وَ بِهٰذا يُفْرَقُ** بين العقدِ و الايقاعَ **لِاَنَّ** الايقاعَ صادِرٌ عن واحِدٍ و العقدُ عن اِثنينِ يكونُ مُتَقَوِّماً بالقبولِ اى مطاوِعَةُ فعلِ الايجابِ و تَسَلّمِ ما فَعَلَهُ الموجبُ فالتّفاوُتُ بينهما، ذاتِيٌّ جوهَرِيٌّ.

وَ هذا المعنىٰ لايُفْرَقُ بين اَنْ يكونَ القَبُولُ بلفظ **«اِشتريتُ»** اَوْ بلفظِ **«قَبِلْتُ»** لِاَنَّ «اشتريتُ» مُتَضَمِّنٌ لِشَيْئَينِ كَلَفظِ **«قبلتُ»**، اَحَدُهُما: مطاوِعَةَ ما اَنْشَأَهُ البايعُ بِقَوْلِهِ: «بِعْتُکَ دارِی بِاَلْفِ دينارٍ مَثَلاً» و ثانيهما: اِنشاءَ القابِلِ ما عِنْدَهُ لِلبايعِ وَ تَمليكِهِ لَهُ فَبِتَحَقُّقِ هٰذينِ، يَتَحَقَّقُ العقدُ فی الخارجِ بحيثُ لولاهُما، لما تَحَقَّقَ العقدُ فی الخارجِ.

مَسْأَلَةٌ: هَلْ يجرِى كُلُّ ما قيلَ فِى «اِشْرَيْتُ»، فى كلِّ قبولٍ فِيهِ اِنشاءٌ؟ ام لا؟

قال الشّيخُ(ره): اِنَّ ما ذَكَرْنا مِن اَنَّ **«اِشْتَرَيْتُ»** فيه اِنشاءُ انتقالِ مالِ البايع الىٰ نَفْسِهِ عِوَضاً عَمّا يَنْقُلُه الىٰ البايع فَيجُورُ تقديمُهُ علىٰ الايجابِ؛» جارٍ فِى كلِّ قبولٍ يُؤَدِّى بِاِنشاءٍ مستقلٍّ كالاجارَةِ الّتى يُؤَدّىٰ قبولُها بِلَفظِ **«تملّكتُ منك مَنفعَةً كذا»** او «مَلِكْتُ» وَ كالنِّكاحِ الَّذِى يؤدّىٰ قَبولُها بِلَفظِ **«نَكَحْتُ» وَ «تَزَوَّجْتُ»**.

وَ اَمّا ما لا اِنشاءَ فى قَبُولِهِ الّا «قَبِلْتُ» او ما يَتَضَمَّنُهُ القبولُ «كَارْتَهَنْتُ»

فَقَدْ يُقالُ: بجوازِ تقديمِ الْقَبُولِ فِيهِ، اذ لا اِلْتِزامَ فى قَبُولِهِ لِشَىءٍ كما كانَ فى قبولِ البيعِ، اِلْتِزامُ بنقلِ مالِهِ الىٰ البايعِ **بل لايُنْشِىءُ** بِالرَّهْنِ او بما لا اِنشاءَ فى قبولِهِ الّا قَبِلْتُ، معنىٰ غيرِ الرِّضا بِفِعْلِ الْمُوجُبِ.

وَ قَدْ تَقدَّمَ اَنَّ الرِّضا بِشَىءٍ لايَسْتَلْزِمُ تحَقُّقُهُ قَبلَهُ، فَقَدْ يَرضىٰ الانْسانُ بِالأمرِ الْمُسْتقْبَلِ فَيجُوزُ تَعَلُّقُ الرِّضا بِاَمرٍ مُتَرَقِّبٍ كما يجُوزُ تَعَلُّقُهُ بِاَمرٍ مُحَقَّقٍ فَيَجُوزُ اَنْ يَقُولَ: «رَضِيتُ بِرَهْنِكَ هذا عِندِى» فيقولُ: **«رَهَنْتُ»**.

نَظَرَ الشَّيخ(ره) فِى الْمَسْأَلَةِ، عدمُ الْجَوازِ **لِاَنَّ** القبولَ، انّما يَتَحَقَّقُ فِى الْخارِجِ بَعدَ تحقّقِ عُنوانِ المُرْتَهِنِ فَاِذا تَحَقَّقَ هذا، تَحَقَّقَ ذٰلكَ **فَكَيْفَ** يُمكِنُ تَقدِيمُ القَبولِ فيه علىٰ الاِيجابِ؟

وَ لايخفىٰ عَلىٰ الْمُتَأَمِّلِ اَنَّهُ لايَصْدُقُ الاِرتِهانِ علىٰ قَبُولِ الشّخصِ اِلّا بَعْدَ تَحَقُّقِ الْرَّهْنِ **لِاَنَّ الاِيجابَ وَ هُوَ قولُ الرّاهِنِ: «رَهَنْتُ دارِى عِندَكَ»،** اِنشاءٌ لِلْفِعلِ وَ الْقَبُولِ و هُوَ قولُ المُرْتَهِنِ: **«قَبِلْتُ الرَّهْنَ»** اِنشاءٌ لِلانْفِعالِ.

وَ كَذا لايجوزُ تَقدِيمُ الْقَبُولِ علىٰ الايجابِ فى الْهِبَةِ وَ الْقَرْضِ **لِاَنَّهُ** لايَحْصُلُ مِنْ اِنشاءِ القولِ فيهما، اِلْتزامٌ بشىءٍ و انّما يَحْصُلُ بِالْقَبُولِ، اَلرِّضا بِفِعلِ الْمُوجِبِ فَقَطْ وَ هُوَ قَوْلُ المُقْرِضِ: **«اَقْرَضْتُكَ»** و قولُ الواهِبِ: **«وَ هَبْتُكَ»**.

وَ نحوُ القرضِ وَ الْهِبَةِ فى عَدَمِ جوازِ تقديمِ القبولِ عَلىٰ الاْيجابِ، قَبُولُ الْمُصالِحَةِ علىٰ اِسقاطِ حَقِّهِ فى قَوْلِهِ: **«صالَحْتُكَ علىٰ اِسقاطِ حَقّى»** فَاِنَ الْقَبُولَ فى مِثْلِ هٰذِهِ الْمُصالِحَةِ، لايَتَحَقَّقُ الّا بَعْدَ تَحَقُّقِ فِعلِ الْمُوجِبِ وَ هُوَ قولُ القائِلِ: **«صالَحْتُكَ علىٰ**

اِسقاطِ حَقّی» فَالْمُرادُ مِنَ الْمُصالِحَةِ، الْمُتَضَمِّنَةِ لِلتَّمْلِيكِ بِلا عِوَضٍ كما فِی قَوْلِكِ: «**صالَحْتُكَ عَلیٰ تَمْلِيكِ دارِی لَكَ بِلا عِوَضٍ**» فَإِنَّهُ لايَجُوزُ فيه تَقدِيمُ الْقَبُولِ.

اَمّا الْمُصالِحَةُ الْمُشْتَمِلَةُ علیٰ الْمُعاوِضَةِ كما فِی قَوْلِكَ: «صالَحْتُكَ عَلیٰ تَمْلِيكِ دارِی لَكَ بِاَلْفِ دِينارٍ» فكانُ البادِیءُ مِنهُما مُوجِباً يَصْدُقُ الموجِبُ عَلَيهِ لغةً وَ عُرْفاً **حيثُ** اِنَّ الْاِيجابَ فی اللُّغَةِ، مايُوجِدُ الْمُعامِلَةَ فِی العقدِ و هنا لمّا كانَ البادِیءُ مِنَ الْمُتَصالِحينَ، يُوجِدُ الصُّلْحَ علیٰ شَیءٍ يُقالُ لَهُ: اَلْمُوجِبُ».

هذا فِی اللُّغَةِ **وَ اَمّا فِی الْعُرْفِ فَكَذلِكَ حيثُ** اِنَّ الْمُتَقَدِّمَ عِندَ الْعُرْفِ هُوَ الْمُوجِبُ؛ **وَ مِنَ المعلومِ** وَ الواضِحِ، يَلْزَمُ كونُ الْاِلْتِزامِ الحاصِلِ مِنَ الآخَرِ، بِلَفْظِ الْقبُولِ لِما اِنْعَقَدَ الاِجْماعُ علیٰ تَوَقُّفِ العقدِ علیٰ الْقَبُولِ وَ لَوْ قالَ اِيضاً: «**صالَحْتُكَ**» كانَ ايجاباً آخَر فَيَلْزَمُ تركيبَ الْعَقْدُ مِنْ اِيْجابَيْنِ فَيَلْزَمُ خُلُوُّ العقدِ حينئذٍ مِنَ القبولِ منْ كُلٍّ منهما.

فَتَحَصَّلَ مِنْ جَميعِ ما قلنا: اَنَّ تقديمَ الْقَبُولِ فی الْصُّلْحِ اِيْضاً غَيْرُ جائِزٍ اِذْ لاقَبُولَ فِيهِ بِغَيْرِ لَفظِ «قَبِلْتُ» و «رَضِيْتُ» **وَ لاشَكَّ اَنَّ** كَلِمَتیْ «**قَبِلْتُ و رَضِيتُ**»، لابُدَّ اَنْ تَكونا مَسْبُوقَتَيْنِ بِشَیءٍ قَبلَهُما تُعْبَران عَن رضاً بذلِكَ الشّیءِ فَيَلْزَمُ **حينئذٍ اَنْ** يَكُونَ اَلْقَبُولُ، فَرعَ الايجابِ و مُطاوِعاً له فَلايُعْقَلُ تَقَدُّمُهُ عَلیٰ الايجابِ.

و قد عرفتَ سابقاً اَنَّ «**قَبِلْتُ**» **و** «**رَضِيتُ**» مع الْتَّقْدِيمِ، لايَدُلُّ عَلیٰ اِنشاءٍ لِـنَقْلِ الْعِوَضِ فِی الحالِ.

مَسْأَلَةٌ: فِى اَقْسامِ الْقَبُولِ فى الْعُقُودِ

اَلْقَبُولُ فِى الْعُقُودِ اَرْبَعَةُ اَقسامٍ:

اَلْقِسْمُ الأَوَّلُ: كونُ الْقَبُولِ نَظِيرَ الاِلْتزامِ الحاصِلِ مِنَ الْمُوجِبِ كَالْمُصالِحَةِ الْمُشتَمِلَةِ عَلىٰ الْمُعاوِضَةِ.

اَلْقِسمُ الثّانِى: اَنَّ الاِلْتزامَ فيه مغايِرٌ للالتزام مِنَ المُوجِبِ.

اَلْقِسمُ الثّالِثُ: ما تُعْتَبَرُ فيه المطاوَعَةُ كالارتهانِ وَ الاِتّهابِ وَ الاِقتراضِ.

اَلْقِسمُ الرّابِعُ: مايُعْتبَرُ فيه الرِّضا بِالاِيجابِ فَقَط كالوِكالَةِ وَ العارِيةِ والمضارَبَةِ **و توضيحُ الاقسامِ الاربَعَةِ وَ تَوْجِيهِها:** اَنَّ القبولَ اِمّا اَنْ يكونَ اِلتِزاماً بِشَىءٍ مِنَ القابِلِ كنقلِ مالٍ عنهُ او زَوجَتهِ **وَ اِمّا اَنْ لايكونَ فيه** سِوىٰ الرِّضا بِالاِيجابِ **وَ الأَوَّلُ و هو** كونُ القبُولِ، اِلتزاماً بشىءٍ مِنَ الْقابِلِ علىٰ قِسمَيْنِ لاَنَّ الالتزامَ الحاصِلَ مِنَ القابِلِ: اِمّا يكونُ نَظِيرَ الالتزامِ الحاصِلِ مِنَ الموجِبِ كَالْمُصالِحَةِ.

او مُتَغايِراً كَالاِشتراء **فَاِنَّ** الاِشتراءَ وَ اِن كانَ فيه التزامٌ ولكنّ الالتزامَ فيه مُغايِرٌ لِلاِلتزامِ مِنَ المُوجِبِ؛ **اذا** المُوجِبُ بايعٌ والقابِلُ مشترٍ والمعامِلَةُ بيعٌ وَ شَراءٌ.

والثّانى ايضاً وَ هُوَ الْقَبُولُ الّذى ليس فيه سِوىٰ الرِّضا بالايجابِ فَقَطْ وَ لايَكُونُ فيه التزامٌ بِشَىءٍ اَبَداً، علىٰ قِسْمَيْنِ: لاَنَّهُ اِمّا اَنْ يُعْتَبَر فيه عنوانُ المطاوِعَةِ كَالاِرتهانِ وَ الاِتّهابِ وَ الاِقتراضِ فَاِنَّ هٰذِهِ العقُودَ، مُعْتَبرةٌ فيها عُنوانُ المطاوِعَةِ فَلايَصِحُّ تقديمُ قَبُولِها علىٰ اِيجابِها.

وَ اِمّا اَنْ لايَثْبُتَ فيه اعتبارٌ ازيدُ مِنَ الرِّضا بالايجابِ كَالوكالَةِ وَ العارِيَةِ وَ شَبْهِهِما كالمضارِبَةِ **فَاِنّها** بِمُجرَّدِ الرِّضا مِنَ العامِلِ، يَتِمُّ العقدُ فَيُؤَثِّرُ اَثَرَهُ فَيَنْصَرِفُ العامِلُ فيما اَعْطاه الْمُضارِبُ وَ عَيَّنَ لَهُ فى كَيفِيَّةِ التَّصرُفِ فَيكونُ لِلضّارِبِ مِنَ الارْباحِ ما تُقَرَّرُ بَيْنَهُما مِنَ الثُّلُثِ اَو النِّصْفِ اَوِ الرّبعِ.

لايخفىٰ علىٰ القارِىءِ الْكِرام اَنَّ تَقْدِيمَ القبُولِ علىٰ الايجابِ، لايكُونُ اِلّا فِى القسمِ الثّانِى مِنْ كلٍّ مِنَ القسمَيْنِ **اَحَدَهُما:** اِلاِلْتزامُ فيه مُغايِرٌ لِلاِلْتزامِ مِنَ المُوجِبِ.

و ثانيهما: اِلْتِزامٌ فيه الرِّضا بِالاْيجابِ فَقَطْ.

ثُمَّ اِنّ مُغايِرَةَ الالتزامِ فی قبولِ البيعِ لاِلتِزامِ اِيجابِهِ، اِعتبارٌ عُرْفِیٌّ فَكُلُّ مَن اِلْتَزَمَ بِنَقْلِ مالِهِ عَلىٰ وَجهِ العِوَضِيَّةِ لمالٍ آخَر، يُسمّىٰ مُشْتَرِيّاً وَ كُلّ مَنْ نَقَلَ مالَهُ عَلىٰ اَنْ يَكُونَ عِوَضُهُ مالاً مِنَ الآخَر، يُسمّىٰ بايِعاً **و بعبارةٍ اُخرىٰ كُلُّ** مَن مَلَّكَ مالَهُ بـغَيرِهِ بعوضٍ فهو البائِعُ و كُلُّ من مَلَكَ مالَ غيرِه بِعِوَضِ ماله فهو الْمُشْتَرِی و الّا فَكُـلٌّ منهما فِي الْحَقِيقَةِ يَمْلِكُ مالَهُ غَيْرُهُ بِإزاءِ مالِ غيرِه و يَملِكُ مالَ غَيرِه بِإزاءِ مالِهِ.

مَسْأَلَةٌ: مِن جُمْلَةِ شُروطِ الْعَقْدِ، اَلْمُوالاةُ بينَ اِيجابِهِ و قَبُولِهِ يعنى اَلْمُتابِعَة بَيْنَ الايجابِ وَ الْقَبولِ من دونِ فصلٍ مخلٍّ بِحَيْثُ يُقالُ: اِنَّ هذا القَبولِ، لِلْايجابِ الْمُتَقدِّمِ.

ذَكَرَهُ شيخُ الطّائِفَةِ: فِى المبسوطِ فى بابِ الْخُلعِ ثُمَّ العلّامَةُ وَ الشّهيدانِ وَ المُحَقِّقُ الثّانى وَ الشَّيخُ المِقدادُ(قُدِّسَ سِرُّهُمْ).

قالَ الشّهيدُ فى قواعِدِهِ: «اَلْمُوالاةُ مُعْتَبَرَةٌ فِى الْعَقدِ وَ نَحوِهِ كَالْمُوالاةِ فى اَجْزاءِ الْصَّلاةِ وَ اَركانِها وَ اَفعالِ الْغُسْلِ وَ افعالِ الْوُضُوء مِنَ الْغَسْلَتَيْنِ وَ اَلْمَسْحَتَيْنِ.

الموالاةُ فِى العقدِ وَ اعتبارَها فِيهِ قَدْ اُخِذَتْ مِن اِعتبارِ الاِتّصالِ بَيْنَ الْمستثنىٰ وَ الْمُستثنىٰ منه فى قولك: **«جاءَنى القومُ اِلّا زَيدٌ»** فَكَما اَنَّهُ لابُدَّ مِنَ الاتّصالِ هنا مِنْ دونِ فَصْلٍ طَويلٍ مُخِلٍّ كذلك لابُدَّ مِنَ الاتّصال بَينَ الْاِيجابِ وَ الْقَبُولِ فى عَقْدِ الْنِّكاحِ وَ لايُفْصَلُ بيْنَهما لا بِزَمانٍ وَ لا بِكَلامٍ.

ثمّ لايخفىٰ اَنَّ الْظّاهِرَ من قولِ الشّهيدِ(ره) وَ هِى مَأْخُوذَةٌ مِن اِعتبارِ الاِتّصالِ بينَ المُستثنىٰ والمُستثنىٰ منه، اَنَّ حُكمَ العقدِ فِى الاِتّصالِ بينَ الايجابِ وَ الْقَبولِ، قَدْ اُخِذَ مِنْ لُزومِ الاِتّصالِ بين المُستثنىٰ والمُستثنىٰ منه فيكونُ قياساً بِحُكْمِهِما **فَكَيْفَ يُمْكِنُ** حينئذٍ اَنْ يُؤَخَذَ حكمٌ شَرْعِيٌّ مِن حُكْمٍ اَدَبِيٍّ عَرَبِيٍّ؟

بِالاِضافَةِ الىٰ اَنَّ ثبوتَ الْحُكمِ فى المقيس عَلَيْهِ، محلُّ اشكالٍ فِيه نَظَرٌ.

وَ قالَ بعضُ العامّةِ: لايَضُرُّ قولُ الزّوجِ بعدَ الايجابِ اى بعد ايجابِ الزّوجَةِ بِقَولِها: زَوَّجْتُ نَفْسِى لَكَ بِالْمَبلغِ المعلُومِ او يقولَ وَكيلُها: زَوَّجْتُ نَفْسَ مُوَكِّلَتِى لَكَ بِالمَبْلغِ المَعلُوم، اَلْحَمْدُ لِلّهِ وَ الصّلاةُ علىٰ رَسُولِ اللهﷺ: قَبِلتُ نكاحَهَا.

و من مواردِ اَلْمُوالاةِ: الفورِيَّةُ فِى اِستتابَةِ المرتَدِّ فَيُعتبرُ فِى الحالِ.

و معنىٰ الْفُورِيَّةِ فى اِستتابَةِ المُرتَدِّ، اَنَّهُ بعدَ اَنْ اِسْتَتَبَ المُرتدُّ تَجِبَ عَلَيهِ فَوراً التّوبَةُ فَاِنْ لم‌يَتُبْ فوراً يُقْتَلُ خلافاً لِمَنْ قال: بِعَدَمِ وجوبِ قَتْلِهِ انْ لَم‌يَتُبْ فَوراً **بَلْ** يُمْهَلُ اِلىٰ ثَلاثَةِ ايّامٍ ثُمَّ يُقْتَلُ.

وَ مِنْ جُملَةِ الْمُوالاةِ:

۱ـ السّكوتُ الطّويلُ المُخِلُّ اَثناءَ الأَذانِ فَاِنْ كانَ كَثيراً يَبْطُلُ.

۲ـ اَلسُّكوتُ الطّويلُ المُخِلُّ فِی قراءَةِ فاتِحَةِ الكتابِ اَوِ السُّورَةِ بناءً علىٰ وُجوبِهِما فِی الْصَّلاةِ.

۳ـ كذا تَجِبُ المُوالاةُ بينَ اجزاءِ الْتَّشَهُّدِ و بينَ الْتَّشَهُّدِ وَ بَقِيَةِ اَفعالِ الْصَّلاةِ المجاوِرَة لِلتَّشهُّدِ.

٤ـ مِنَ الْمُوالاةِ، تَحريمُ المَأْمُومِينَ فِی الجُمعَةِ قبلَ الْرُّكُوعِ فَاِنْ تَعَمَّدُوا اَو نَسُوا حتّیٰ رَكَعَ فَلاٰ جُمْعَةَ.

وَ اِعتَبَر بعضُ الْعامَّةِ: تَحريمَ المَأمُومِينَ معَ الامامِ قبلَ الفاتِحَةِ و من جُملَةِ الْمُوالاةِ: تَعريفُ الضّالةِ وَ اللُّقَطَةِ فَاِنَّهُ يَجِبُ التَّعريفُ عنهما حولاً كاملاً مُرَتَّباً مُوالِيّاً لِلدَّفَعاتِ بحيثُ يعدُّ التّعريفُ البَعدِّي تَكْمِلَةً للتّعريفِ الاَوَّلِ و هٰكذا بِحَيثُ لايَنْسیٰ اَنَّهُ تِكرارٌ وَ الْمُوالاةُ فِی سَنَةِ التّعريفِ.

فلو رَجَعَ بِاَنْ لم‌يَعْرِفْ حَوْلاً كامِلاً او اَخَلَّ بِالمُوالاةِ فِی اَثناءِ الْمُدَةِ، اِستَوْنَفَ لِيَتوالیٰ.

و حاصلُ الكلام اَنَّ الأَمر المُتَدَرِّجَ شَيئاً فَشَيئاً اذا كانَتْ له صُورَةٌ اِتِّصالِيَّةٌ فِی الْعُرفِ فَلابُدَّ فی تَرَتُّبُ الحكمُ المُعَلَّقِ عَلَيْهِ فی الشَّرْعِ مِن اِعتبارِ صُورَتِهِ الاِتّصالِيَّةِ فَالعَقدُ المرَكَّبُ من الايجابِ وَ اَلقَبولِ القائِمِ بِنَفْسِ المتعاقِدَيْنِ بِمَنزِلَةِ كلامٍ واحدٍ مُرتَبِطٍ بَعضُهُ ببعضٍ فَيُقْدحُ تَخَلُّلُ الفصْلِ المُخِلّ بِهَيْئَتِهِ الاتّصالِيَّةِ **وَ لِاَجلِ اَنَّ العَقْدَ،** بِمَنزِلَةِ كلامٍ واحدٍ، لا تَصْدُقُ المعاقِدَةُ اِذا كان الفصلُ مُفرِطاً فی الطّولِ كَسَنَةٍ اَو اَزْيَدَ.

لايخفیٰ اَنَّ الفصلَ هكذا بينَ الايجابِ و القبولِ، لايصدُقُ عليه الْعَقدُ اَصْلاً و لايساعِدُ عليه العرفُ و لايُعْتَرفُ بِهِ.

و القاعِدَةُ الكلّيَّةُ فی حصُولِ المُوالاةِ، عَدَمُها فيما لَهُ هَيْئَةٌ اِتّصالِيَّةٌ و هو نَظَرُ العرفِ فَاِنَ بعضَ افرادِ العرفِ يریٰ هذا مُوالاةً وَ لايَریٰ ذاكَ مُوالاةً.

وَ المُوالاةُ، فی كلِّ امرٍ بِحَسَبِهِ، فَيجُوزُ الفصلُ بينَ كلٍّ مِنَ الايجابِ و القبولِ بِما لايجُوزُ بينَ الكلماتِ، الْفَصلُ بما لايجُوزُ بينَ الحُروفِ كما فی الاذانِ و القِراءَةِ فَاِنَّهُ

يَجُوزُ الفصلُ بين: «**حَيّ علىٰ خَيْرِ الْعَمَلِ الاوَّلِ وَ الثّانى**» بِمِقدارٍ لايَصْدُقُ الفَصْلُ الطَّوِيلُ المُخِلُّ **لِاَنَّ** دائِرَةَ المُوالاةِ، اَوْسَعُ هنا مِنْ دائِرَةِ الفَصلِ بينَ كلماتِ الْفُصُولِ **وَ كذلك** دائرةُ المُوالاةِ بينَ كلماتِ الفصولِ اَوسَعُ مِنْ دائِرَةِ المُوالاةِ بينَ حروفِ الكَلِماتِ و هكذا دائِرَةُ بقيّة **فُصولِ الأَذانِ.**

رأىَ الشّيخِ(ره) فِيمٰا اَفادَهُ الشّهيدُ الأوّلُ: اَنَّ ما ذَكَرَهُ(ره) حَسَنٌ لو كان حكمُ المِلكِ وَ اللُّزومِ فِى المُعامِلَةِ مَنوطاً بِصِدقِ الْعَقدِ عُرفاً كما هُوَ مُقتَضىٰ التّمسُّكِ بِآيَةِ الوَفاءِ بِالعُقُودِ وَ بِاِطْلاقِ كَلِمٰاتِ الاَصْحابِ فى اِعتبارِ العقدِ فِى اللّزوم **بَلِ** المِلْكِ.

اَمّا لَوكانَ العقدُ مَنوطاً بِصِدقِ البَيْعِ اَوِ التِّجارَةِ عَن تراضٍ فَلايَضُرُّهُ عَدَمُ صِدقِ العقدِ عُرفاً **وَ امّا جَعْلُ الْمَأخَذِ اى** جعلُ الدَّليلِ فِى وُجوبِ المُوالاةِ، اِعتبارَ الاِتّصالِ بينَ الاستثناءِ وَ المُستثنٰى منه **فَلاَنَّ** وجوبَ الاِتّصالِ بينَ المُستثنىٰ وَ المُتثنىٰ منه هُوَ الْمَنْشَأُ للقولِ بوجوبِ المُوالاةِ بينَ الايجابِ وَ القَبولِ فى العقُودِ.

وَ قَدْ اَيَّدَ الشّيخُ(ره) بِكلامِ العلّامَةِ لمّا وَجّهَهُ مِن كلامِ الشّهيد فيما اَفادَهُ مِنَ اَنَّ الْمَأْخَذَ فى وُجوبِ المُوالاةِ هُوَ وُجوبُ الاتِّصالِ بينَ المُستثنىٰ وَ المُستثنىٰ منه اِىْ صَرَّحَ العلّامَةُ «فِى الْقواعِدِ» اَكْثَرَ مِن مَرَّةٍ فِى مَجالاتٍ مُتَعَدِّدةٍ: «اِنَّ الأَساسَ لِوُجوبِ المُوالاةِ فِى الأَشياءِ الْمُرابِطَةِ مِنَ الاقوالِ وَ الأَفعالِ، هُوَ وُجوبُ الاِتّصالِ بينَ المُستثنىٰ وَ المُستثنىٰ منه فَاِنَّ هذا الاِتّصالَ، صارَ مَنْشأً لِوُجوبِ الْمُوالاةِ فى تِلْكَ الأَشياءِ فَجِعَلَ اَصلاً وَ اَساساً لَهُ.

وَ يُحتَمَلُ بَعيداً اَنْ يكونَ الْوَجهُ، فِى كَونِ وُجوبِ الاِتّصالِ بينَ المُستثنىٰ وَ الْمُستثنىٰ منه، صارَ اَساساً لِوجوبِ المُوالاةِ فِى الأَشياءِ الْمُتَرابِطَةِ **لِاَنَّ** الاِستثناءَ يكونُ اَشَدَّ رَبْطاً وَ اِتّصالاً بِالمُستثنىٰ مِنه مِنْ بَقِيَّةِ اللّواحِقِ الّتى هِىَ الأَشياءُ الْمُتَرابِطَةُ المذكورَةُ مِنَ الاقوالِ و اَلأفعالِ كالمفعولِ بِالنّسبَةِ اِلىٰ الفعلِ وَ الحالِ بِالنّسبَةِ الىٰ ذِى الحالِ وَ المُضافُ بِالنِّسبَةِ اِلىٰ الْمُضافِ اليه **لِاَنَّ** الاِستثناءَ لو لم‌يُذْكَرْ لَبَقِىَ المُستثنىٰ منه علىٰ كِذْبِهِ...فَصِدْقُ المُستثنىٰ منه مُتَوَقِّفٌ عَلىٰ ذِكرِ الاِستثناءِ حَتّىٰ يَخْرُجَ المُستثنىٰ منه عَن صِفَهِ الكذبِ.

فرعٌ: ما هُوَ المِعيارُ فی وجوبِ المُوالاةِ؟

قالَ الشّيخُ(ره): اَنَّ الْمِيزانَ والمعيارَ فی وجوبِ الْمُوالاةِ، مَوكُولٌ الیٰ الْعُرفِ كما فِی الْصَّلاةِ وَ القِراءَةِ وَ الاذانِ و نحوِها ممّا يَتَطَلَّبُ فيه الاِتّصالُ بنظرِ العرفِ **و يظهرُ من روايَةِ «سهل السّاعِدِیّ»** المتقدّمَةِ فِی مسألَةِ تقديمِ الْقَبولِ، جوازُ الفصلِ بين الاِيجابِ و القَبُولِ بكلامٍ طويلٍ اَجنبیٍّ، بناءً علیٰ ما فَهِمَهُ جمْعٌ مِنَ اَنّ القبولَ فيها قولُ ذلِكَ الصّحابِیِّ: «زَوِّجنيها» و الايجابَ، قولُهُ ﷺ بعدَ فصلٍ طَويلٍ: «**زَوّجْتُكَها** بما مَعَكَ مِنَ الْقُرآنِ» و المستفادُ منها اَنَّ الفصلَ الطّويلَ لايكونُ مُوهِنا وَ اِشْكالاً فِی الرّوايَةِ و اَنَّها قُوِيَّتْ بِعَملِ الاصحابِ وَ اِن كانَتْ قاصِرَةً سَنَداً و دَلالَةً.

و حاصلُ الكلامِ اَنَّ المُوالاةَ عِندَ الْفُقَهاءِ من جملَةِ شرائطِ العقدِ و اَنَّ الموالاةَ بينَ الايجابِ والقبولِ و عَدَمِ كونِ الأَجنَبِیِّ بينهما **مُعتَبَرٌ، اِنّما ذَكَرَهُ شَيْخُ الطّائِفَةِ فِی المبسُوطِ** وَ تَبعَهُ العلّامَةُ والشّهيدُ الثّانِی وَ المُحقِّقُ و هذا الشَّرطُ لم‌تَرِدْ عَلَيْهِ رِوايَةٌ ولا اَصْلٌ فيه و دليلُ الْفُقَهاءِ فی اعتبارِهِ انّما هو الْعُرْفُ.

قالَ الشّهيدُ(ره) فی القواعدِ: «يُعْتَبَرُ المُوالاةُ فی العقدِ» والاصلُ فِيهِ اعتبارُ اِتّصالاتٍ و موالاةٍ بينَ المُستثنیٰ والمُستثنیٰ منه تَوَسُّعاً، وَ اِن كانَ تَطْبِيقُهُ علیٰ ما نَحْنُ فيه و استفادَةُ الفروعِ منه، لايَخْلُو عَن اِشكالٍ و غُمُوضٍ.

بِالجُملةِ، الاتّصالُ بينَ الكلماتِ والكلماتِ، مُعتَبَرٌ وَالايجابُ والقبولُ اِيضاً كَذلِكَ و تُعْتَبرُ الوحدَةُ والاتّحادُ بَينَهُما والتّفرِقَةُ بينهما مُضِرٌّ **و قال الشّيخُ(ره)**: اِنَّهُ نوعٌ مِنَ المُوالاتِ بينَ اَجزاءِ الْكَلامِ وَالْسُّؤالِ وَالْجَوابِ الّتی تُعْتَبَرُ فيها وحدةُ تعبيرٍ. **اِعْتَرَضَ الشّيخُ(ره) بعدَ ذِكرِ كلماتِ الفوق:** بِاَنَّ الموالاةَ يُعْتَبرُ فيما اذا كان دَلِيلُنا: «**اَوْفُوا بِالْعُقُودِ**»وَ اَمّا فی غيرِهِ مثلِ: «**اَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ**» الّذی لم يَكُنْ هنا عنوانُ العقدِ الَّذِی فيه يُعْتَبَرُ نوعُ الوَحْدَةِ والموالاةِ فی مفهومِ العقدِ، فلا. **فالاصلُ فيه**، العرفُ وَاِعتبارُ الموالاتِ تَخْتَلِفُ بِالنِّسبَةِ الیٰ الامكِنَةِ وَالازمِنَةِ و رُبَّما يكونُ الموالاةُ مانِعاً فی بَعضِ الموارِدِ و فِی بَعضِها غَيرُ مانعٍ **وَ لِذا لم** يَذْكُر اكثرُ الفقهاءِ مَسألَةَ الموالاةِ.

اَلْكَلامُ فِى تَنْجِيزِ الْعَقْدِ فى الْعُقُودِ اللّازِمَةِ بَلِ الْجائِزَةِ.

اَلتَّعْلِيقُ كَالشَّرطِ وَ غَيرِهِ مثلِ «بِعتُكَ يَومَ الجمعَةِ»، مُضِرٌّ بِالعقدِ سَواءٌ كانَ الْتَّعْلِيقُ مُصرِّحاً او كانَ لازِمُهُ، التَّعليقَ مثلِ: **بعتُك يَومَ الجمعةِ».**

كثيرٌ مِنَ الْعُلَماءِ لم يَذْكُروهُ وَ عِدَّةٌ مِنهاكالشّيخِ وَالعلّامَةِ والشّهيدِ وَالْمُحَقِّقِ(ره) ذَكَرُوهُ.

هَلِ الجزمُ، شَرْطٌ اَم الْتَّعلِيقُ مانِعٌ؟ هَلِ الْتَّعلِيقُ فى صُورَةِ الجَهالَةَ مَمْنُوعٌ او فى صورةِ اَلعِلمِ؟ هَلِ التَّعلِيقُ ممنوعٌ مُطلقاً ام اِذا لم تَكُنْ صِحَّةُ العَقْدِ مَوْقُوفَةً عَلَيْهِ فَصَحِيحٌ؟

قَدْ نُقِلَ عن الْعَلّامَةِ(ره) أَنَّهُ اذا قالَ «اَنْتَ وكيلِى فِى اَنْ تَبِيعَ مالِى يَوْمَ الْجُمُعَةِ» فَهُوَ باطِلٌ **لاِنَّ** «يومَ الجمعَةِ» جُعِلَ قِيداً للوِكالةِ وَالبيعَ كانَ تَعلِيقاً لِيَومِ الجمعَةِ.

وَ اَمّا اذا قالَ: اَنتَ وَكِيلِى فى مالى وَ قالَ بَعدَ هذا: لا تَبِعْ مالِى اِلّا فِى اَلْيَوْمِ الفِلانِى فالوكالَةُ مُطلَقٌ لاتعليقٌ هنا وَ كلامُهُ البعدِىُّ، طَرِيقُ البيعِ فَهذا العقدُ صَحِيحٌ.

نُقِلَ الاجماعُ عن فَخرِ المحقِّقِينَ، بِالبُطلانِ فِى الْتَّعلِيقِ كما عَنِ المُحَقِّقِ الثّانى(ره)و ذُكِرَ أَنَّهُ «لاخِلافَ» فِى كَلِماتَ الفقهاءِ **وَ لكن** لَيسَ فِى هذه اَلْكَلِمَةِ اِشعارٌ بالاجماعِ؛ **ذَكَرَ الشّيخُ(ره) بِاَنَّ «كَلِماتَ الْفُقهاءِ»** يَرجِعُ اِلىٰ اُمورٍ كمالِيَّةٍ نَذْكُرها بِاجمالٍ:

اَلأَوَّلُ: اَنَّ الْتَّعليقَ اِمّا بالحالِ اَوْ بِالاستقبالِ وَ كِلاهُما اِمّا يَتَعَلَّقُ بِالْحالِىِّ الْمَعْلُومِ تَحَقُّقُه ام يَتَعلَّقُ بِالأَمرِ الْمَجهُولِ تَحَقُّقُه.

وَ فِى الْصُّوَرِ الاَربَعَةِ اِمّا يكونُ التّعليقُ مُصرَّحاً به ام لا؟ وَ علىٰ كلِّ تَقْدِيرٍ، اَلْمُعلَّقُ عَلَيْه اِمّا دَخِيلٌ فِى صِحَّةِ العقدِ شَرْعاً او عُرْفاً ام لا؟

وَ بِالمألِ تَصِيرُ الاحتمالاتُ اِلىٰ سِتّةِ عَشَرَ اِحتمالاً.

وَ فى جَمِيعِ الْصُّوَرِ وَالاِحتِمالاتِ، اَلْصُّوَرُ الَّتِى كانَ الْتَّعْلِيقُ، بِالأمرِ الحالِىِّ الْمُتَحَقِّقِ، فِهِىَ صَحِيحَةٌ لااِشكالَ فيها وَ اَمّا الصّورُ الّتِى كانَ اَلتعلِيقُ فيها بِالأَمرِ

الاِسْتِقبالِیِّ فَباطِلَةٌ مُطْلَقاً.

وَ اَمّا الْمَشْکُوکُ الْمُتَحَقَّقُ الحالِیُّ اوِ الاِسْتِقبالِیُّ ممّا تَتَوَقَّفُ صِحَّةُ الْعَقْدِ عَلَیها مُطلَقاً فَمَحَلُّ الْکَلامِ وَ اَمّا مَشْکُوکُ الْمُتَحَقِّقِ فِی الحالِیِّ وَالاِسْتِقبالِیِّ مِمّا لَمْ تَتَوَقَّفْ صِحَّةُ العقدِ عَلَیها فَلاٰ اِشکالَ فِی بُطْلانِهِ.

هذا من حیثُ الْفَتاویٰ وَ اَمّا مِنْ حَیثُ الأَدِلَّةِ فَلَیْسَ هنا دَلیلٌ اِلاّ الاِجماعِ وَ یَلْزَمُ اَخْذُ الْقَدرِ الْمُتیَقَّنِ وَ هُوَ اَیضاً لم یَکُنْ له دلیلٌ هنا.

وَالأَدِلَّةُ الْمَنقُولَةُ مِنَ الفُقهاءِ ضَعیفَةٌ فِی نَظَرِ الشّیخِ(ره).

مَثَلاً مِنْ جُمْلَةِ الادّلة: اِنَّ تَعْلیقَ الإنشاءِ مَحالٌ؛ قالَ الشّیخُ(ره) هنا: نَعَمْ تَعْلیقُ **الإنشاءِ مَحالٌ عَقْلاً و امّا تعلیقُ الْمُنْشَأِ کالمِلْکیَّةِ فَلَمْ یَکُنْ** مَحالاً وَ واقِعٌ فِی الْشَّرْعِ بِظاهِرِها کما یُقالُ فِی الْوَصیَّةِ: اِنَّ دارِی لِزَیْدٍ بَعْدَ وَفاتِی، اِذا مِتُّ فَدارِی لِزَیدٍ؛ کما وَرَدَ فی الواجِبِ الْمَشرُوطِ وَالْمُعَلَّقِ: اِذا دَخَلَ الوَقتُ وَجَبَ الطُّهُورُ وَالْصَّلاةُ.

اَمّا مَحالیَّةُ تعلیقِ الإنشاءِ فَلاِنَّ الْتَّعلیقَ فِی الأُمورِ الْتَّکْوِینِیَّةِ مَحالٌ بِالْحَمْلِ الشّایعِ وَ شَأْنُهُ کَشَأْنِ سایرِ الْتَّکوِینیّاتِ.

وَ اَمّا الْتَّعلیقُ بِالْمُنشَأِ فَلاٰ یَسْتَحِیلُ **لِاَنَّهُ** تَعلیقٌ بِالاَمرِ الاِعْتِبارِیِّ.

اِعْتَرَضَ السّیّدُ(ره) علیٰ الشّیخِ(ره) بِاَنَّ الوُجُوبَ و التّعیّنَ اِیضاً مِن احکامِ الْمُنْشَأِ فَیَلْزَمُ جوازُ التّعلیقِ فِی الوجوبِ مَعَ اَنَّک نفیتَ صِحَّتَهُ فی بابِ الواجبِ المشرُوطِ فِی تَقریراتِکْ.

یُمْکِنُ اَنْ یجاب عَنِ السّیّدِ(ره) بِاَنَّ دلیلَ الشّیخِ فی الواجبِ الْمَشرُوطِ اَنَّ الْجُزْئِیَّةَ لاتَقْبَلُ الْتَّعلیقَ **لِاَنَّ** مدلولَ الهیئَةِ، **جُزئِیٌّ اَمّا هُنا اَنَّ الْمِلْکِیَةَ اِی الْمُنشَأ فَاَمْرٌ کُلِیٌّ اِعتبارِیٌّ یَقْبَلُ** الْتَّعلِیقَ **لِاَنَّ** مَفهومَه، مَفهومُ الثّمَنِ وَ هُوَ یَرجعُ اِلیٰ المادَّةِ وَ هُو الْبَیْعُ.

اَلدَّلیلُ الثّانی الَّذی اِعْتَمَدَ عَلَیْهِ صاحِبُ الجواهِرِ فِی المَقامِ هُوَ قَولُهُ تعالیٰ: **«اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» حیثُ اِنَّ الْمُرادَ مِنَ** الْعَقدِ الّذی یَلزَمُ عَلیهِ الوفاءُ، اَلْعَقدُ المُنْجَزُّ لا الْمُعَلَّقُ **لِاَنَّ** العقدَ الْمُعَلَّقَ، لم یَکُنْ لازمَ الوَفاءِ فَوراً بِمُجَرَّدِ انعقادِ الْعَقْدِ.

رَدَّهُ الشّیخُ(ره) بِاَنَّ دَلِیلَنا لایَنْحَصِرُ «بِاَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مِثلُ «اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ» و

نَحْوُهُ مِمّا لم يَشْمَلْ عَلىٰ الوَفاءِ فيهٰا.

مُضافاً اِلىٰ ذلك، لَيْسَ فِى الوَفاءِ، مٰا يَدُلُّ عَلىٰ اَنَّ الوَفاءَ، اِنَّما يَتَعَلَّقُ اِلىٰ الْمُنَجَّزِ وَ لَيْسَ فِى مادَّةِ الوَفاءِ، ما كانَ ضِدّاً لِلتّعليقِ كما يَشْهَدُ لِذلِكَ سايِرُ اِستعمالاتِ الوَفاءِ كما فِى الْعَهدِ اَوِ الْنَّذْرِ **لِاَنَّ** المرادَ مِنَ الْعَهدِ و غيرِه، سَواءٌ كانَ مُعَلّقاً او مُنَجَّزاً، لازِمُ الوَفاءِ وَ هٰكَذا الكلامُ فِى عُمومِ الأَدِلَّةِ الاِمْضٰائِيَّةِ مثلِ **«اَحَلَّ اللّٰهُ البيعَ» وَ «تِجارَةً عَنْ تراضٍ» و «اَوْفوا بِالْعُقود»** فَمَضْمُونُها اَنَّ العقدَ بِاَىِّ نحوٍ وَقَعَ فِى الخارِجِ، وَاَمْضٰاهُ الشّارِعُ اِنْ كانَ مُنْجَزّاً فَهُوَ مُنَجَّزٌ وَ اِنْ كانَ مُعَلَّقاً فَمُعَلَّقٌ.

اَلدَّليلُ الثّالِثُ: اَنَّ الْمُعامِلاتَ اى اَلاَسْبابُ وَ الْعِلَلُ الشَّرعِيَّةُ لِلْمِلْكِيةِ مَثَلاً تَوْقِيفِيَّةٌ اى لَيْسَتْ قابِلَةً لِيَدِ الْجَعْلِ مِنْ غَيْرِ مُشَرِّعِهٰا وَالْمُتَيَقَّنُ مِنَ الْمُعامِلاتِ، اَلْعُقودُ الْمُنَجَّزَةُ وَ اَمّا الْمُعَلَّقَةُ فَمَشْكُوكَةٌ.

رَدَّهُ الشّيخُ(ره) بِاَنَّ الأَدِلَّةَ الْمَذْكُورَةَ بِمُقتضىٰ كَوْنِها جَمْعاً هُوَ الْمُسْتَفادُ مِنَ الأَلِفِ وَلامِ الْجَمْعِ فِى مِثلِ: «العِقُود و...»، يَشْمَلُ الْمُعَلَّقَ وَالْمُنَجَّزَ.

وَ خُلاصَتُهُ اَنَّ دَلِيلَ **«وَ اَحَلَّ اللّٰهُ البيعَ»** و **«اِنَّ النّاسَ عَلىٰ اَمْوالِهِمْ»**، و **«تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»** و **«اَوْفُوا بِالْعُقُودِ»** وَ بَقِيَّةِ الأَدِلَّةِ الوارِدَةِ فِى الْعُقودِ كافٍ لِتَوقِيفِيَّةِ الاَسبابِ مِنْ غَيْرِ اِحتياجٍ لها بِالتَّمَسُّكِ بِتَنْجِيزِ الْعُقُودِ.

وَ هذا لاينافى تَوْقيفِيَّةَ العباداتِ **لِاَنَّ** هنا وَرَدَتْ دلائلُ علىٰ اِطلاقِها.

نُقِلَ عَنِ الْعَلّامَةِ وَالشَّهيدِ(ره) دليلٌ آخَر فِى الْمَقامِ وَ هُوَ اَنَّ الْحَزْمَ وَالاِحْتِياطَ يُعْتَبَرُ مُراعاتُهُ فِى الْعَقْدِ فَهُوَ يُنافِى الْتَّعْلِيقَ.

اُجِيبَ عنه بِاَنَّ المرادُ مِنَ الْحَزمِ ماذا؟ وَ اِنْ كانَ الْمُرادُ مِنْهُ اَلْحَزْمُ بِالاِنْشاءِ فَهُوَ حاصِلٌ لاتَعلِيقَ هُنا وَ اِنْ كانَ الْمُرادُ مِنْهُ، اَلْحزمُ بِالْمُنْشَأِ فَهُوَ جايزٌ بِالأَطْلاقاتِ الْمَذْكُورَةِ فِى البابِ.

لنا دليلٌ آخَر فِى بُطلانِ بيعِ الْمُعلَّقِ وَ هُوَ اَنَّ الْمُرادَ مِنَ الأَدِلَّةِ الاِمْضائِيَّةِ، اَلْعُقودُ الْمَعمُولَةُ بينَ العُرفِ **والسِّرُّ فى ذلك** لِخُصُوصِيَّتِهِ فِى مَفْهُومِ اَلْبَيعِ وَالنِّكاحِ **لِاَنَّ** المُرادَ مِنَ البيعِ، اَلتَّسَلُّطُ وَالتَّمْلِيكُ **وَ مِنَ الواضِحِ اَنَّهُ لاتَسَلُّطَ** فيما كانَ مُعَلَّقاً عَلىٰ شَىءٍ

مُطلَقاً حتّىٰ فِيمٰا يُعْلَمُ حُصُولُهُ عُرفاً فَلَمْيَكُنْ بِيعُ الْمُعَلَّقِ؛ بَيْعاً عُرفاً فَلَمْ يَدْخُلْ فِـی الْمُطْلَقاتِ **وَ اَمّا فِيمٰا قالَ بِهِ** الْشَّيْخُ فِی الْبُطلانِ مِنَ الاِجماع فَقَدْ قُلنٰا فِـيهِ بِـاَنَّ مِـنَ الْمُسَلَّمِ لَمْيَكُنْ فِی الاِجمٰاعِ مٰاوَصَلَ اِلَيْهِمْ وَ لَمْيَصِلْ عَلَينٰا مَعَ وُجودِ الاِخْـتلافاتِ اَلْكَثِيرَةِ فی الْمَسْأَلَةِ.

نَعَمْ: يُمكِنُ اَنَّ بيعَ الْمُعَلَّقِ مِمّا تَوَقَّفت صِحَّةُ البيعِ عَلَيهِ اَنْ يكونَ صَـحيحاً **لِاَنَّـهُ** المعمولُ **وَ مِن هُنا يَجُوزُ** تَصحِيحُ الأَدِلَّةِ الّتی ذَكَرَها اَلشّيخُ وَ رَدَّهٰـا، بِـالْرُّجوعِ الیٰ الدّليلِ الْعُرفیِّ الّذی قلناهُ.

مِن فُروعاتِ مَسألَةِ التعليقِ اِذا لَمْ يَكُنِ العقدُ معلّقاً فِى الظّاهر، اِنَّـمـا الـتَّعليقُ فـى الواقعِ فَقالَ الشّيخُ(ره): لَمْ يَكُنْ هذا قادِحاً مِثلَ: **«بِعْتُكَ هٰذِه الدّارَ بِكذا»** وَ اِن كانَتْ صِحَّةُ العقدِ موقُوفَةً علىٰ الرِّضا **وَ لٰكن** هُوَ الامرُ الشّرعِىُّ لا اِنشاءُ المُنشِى وَالْمُنْشِى لاتعليق فى عقدِهِ لافى اِنشـائِهِ وَ لافِـى مـنشآتِهِ، **حـينئذٍ تـحقُّق** البـيعِ، بـاعتبارِ المتعاقِدَينِ عُرفاً وَالقادحُ مِنَ التّعليقُ، التّعليقُ الواقعُ فى انشاءِ المتعاقِدَينِ لا فِـيمـا اِعْتَبَرَ الشّارعُ فى صِحَّةِ العقدِ كالاجارَةِ وَامضاءِ الشّارِعِ.

نَعَمْ: رُبَّما يُشْكِلُ الامرُ فى فَقدِ الشّروطِ المُقَوِّمَةِ كعدمِ الزّوجِيَّةِ اَوِ الْشَّكِ فيها عِنْدَ اِنشاءِ الطّلاقِ فَاِنَّهُ يَتَحَقَّقُ الْقصدُ اِلىٰ الطّلاقِ مُنَجّزاً مِن دونِ العلمِ بالزّوجيَّةِ مَع الْشَّكِ فِى الْزَّوجِيَّةِ او عَدمِ الزّوجِيَّةِ فَاِنَّهُ لايُحْكَمُ بِوُقُوعِ الطّلاقِ لو طُلِّقَ مُعَلّقاً.

وَكذا يُشْكِلُ الامرُ فِى مِثلِ الْرَّقَبَةِ فَاِنَّهُ لايُحْكَمُ بِالْعِتْقِ لو اِعْتَقَ مُعَلَّقاً.

وَ حينئذٍ اى حينَ اِن كانَ الشّرطُ مِنَ الشّروطِ المُقوِّمةِ لِلعقدِ كَالزّوجِيَّةِ فَاِدا مَسَّتِ الحاجَةُ الىٰ شىءٍ من ذلک لِلاحتياطِ وَ قلنا بِعدمِ جوازِ تَعليقِ الانشاءِ علىٰ ما هُوَ شرطٌ فيه فَلابُدَّ مِن اِبرازِهِ بِصورَةِ الْتَّنْجيزِ وَ ان كانَ الواقِعُ مُعَلّقاً او يُوَكِّلُ غيرَ الجاهِلِ بالحالِ بِاِيقاعِهِ ولا يَقْدَحُ فيه تعليقُ الوِكالَةِ واقعاً علىٰ كونِ الْمُوَكِّلِ مالِكاً لِلْفِعْل **لِاَنَّ** فسادَ الوِكالَةِ بِالْتَّعليقِ، لايوجِبُ اِرتفاعَ الاذنِ الّا اَنَّ ظاهِرَ الشّهيدِ فى القواعِدِ، اَلْجَزمُ ببطلانِ العقدِ فيما لو زوَّجَ اِمرأةً يُشَكُّ فى انّها مُحَرَّمَةٌ عليه فَظَهَرَ حِلُّها **و عَلَّلَ ذلک اى** بطلانَ العقدِ علىٰ اِمرَأةٍ يُشَكُّ فى زَوْجِيَّتِها فَظَهَرَ حِلُّها، بِعَدمِ الجزمِ حالَ العقدِ.

قالَ: وَ كذا الاِيقاعاتُ كما لو خَالَعَ اِمرأةً او طَلَّقَها وَ هُوَ شاكٌّ فى زَوجِيَتِها اَوْ وَلِىُّ نائِبُ الامامِ عليه السلام قاضِياً لايَعْلَمُ اَهلِيَّتَهُ وَ اِن ظَهَرَ اَهلاً.

ثُمَّ قالَ: وَ يَخْرُجُ مِنَ الْجَزمِ ببطلانِ العقدِ بيع مالِ مُوَرِّثِه، لِظَنِّهِ حَياتَهُ فَبانَ مَـيِّتاً **لِاَنَّ** الجزمَ هنا حاصِلٌ علىٰ خُروجِ بيعِ مالِ مُوَرِّثِه ظنّاً منه حياتُهُ فَبانَ مَيِّتاً، عـن بُطلانِ العقدِ علىٰ مَنْ زَوَّجَ امرأةً يشُكُّ فى زَوّجِيَتِها.

خلاصةُ الكلامِ: انّه فرقٌ بينَ العقدِ عَلىٰ اِمرَأةٍ يَشُكّ فى زَوجِيَّتِها فَظَهَرَ حِلُّها وَ بينَ مال مُوَرِّثِه ظنّاً منه حياتَهُ فَبانَ مَوتُه اِذ فى الأَوَّلِ لايوجَدُ الجزمُ بِالزّوجِيَّةِ حالَ العقدِ

فَالاِنشاءُ یکونُ مُعلّقاً علیٰ شَیءٍ مَشکُوکِ الوقوع فَالأَثَرُ الشّرعیُّ الّذی هیَ الزّوجِیَّةُ، مَشکُوکُ الحصولِ مِن بدایَةِ الامرِ وَ حینَ الوقُوعِ.

وَ فِی الثّانی: اَلجَزمُ بِالأَثَرِ الشّرعِیِّ، موجُودٌ مِن بدایَةِ العقدِ وَ صُدورِهِ فلایکونُ العقدُ مُعلّقاً علیٰ شَیءٍ مَشکُوکِ الحصُولِ حینَ وُقوعِ العقدِ الّا خصوصیّة المالِکِ مِنْ أَنَّهُ الوارِثُ او المورِّثُ غَیرُ مَعلومَةٍ عِند العقدِ و عدمُ معرفَةِ الخصوصِیَّةِ، غیر مُضرٍّ بالعقدِ.

مِن جُملَةِ شُروطِ العقدِ، اَلتَّطابُقُ بينَ الايجابِ وَالقبولِ من حيثُ البايعِ وَالمشترِى وَالثَّمَنِ وَالْمُثْمَنِ.

لَو اِختلَفَ البايعُ وَالمشترِى فى المضمُون بِاَنْ اَوْجَبَ البائعُ، البيعَ علىٰ وجهٍ خاصٍّ من حيثُ خُصوصِ المشترِى بِاَنْ خاطَبَ زَيداً بالبيعِ فقالَ: بِعْتُكَ فَاَجابَ عمروٌ بالْقَبولِ، او المثمن بأَنْ قالَ: «**بِعْتُكَ الدّارَ**» فقالَ المشترِى: «**قَبِلتُ الْبُستانَ**» او الْثَّمَنَ بِاَنْ قالَ البايعُ: «**بِعتُكَ الدّارَ بالفِ دينارٍ**» فقالَ المشترِى: قَبِلْتُ بِاَلفِ جَنِيَّةٍ او توابعِ العقدِ من الشّروطِ بِاَنْ قالَ البايعُ: «**بِعْتُكَ الدّارَ بالفٍ بشرطِ اَنْ تُخِيطَ لِى ثَوبِى**» فقالَ المشترِى: «**قبلتُ بِلا شَرْطٍ**» فَقبِلَ المشترِى علىٰ وَجهِ آخَر، لمْيَنْعَقِدْ فى جميع هٰذهِ الصّوَرِ الّتى خَالَفَ قبولُ المشترِى مع البايعِ او كانَ المشترِى غَيرَ الّذى اَوقَعَ البايعُ معه العقدَ، وَ يكونُ العقدُ باطِلاً لِلزومِ التّطابُقِ بينَ الايجابِ والقبولِ.

و وَجهُ التّطابُقِ بينَ الايجابِ والقبولِ واضِحٌ و هُوَ مَأخوذٌ مِن اِعتبارِ القبولِ وَ هُوَ الرِّضا بالاِيجابِ بل مِن نَفْسِ اِعتبارِ المعاهِدَةِ وَالْمُعاهِدَةِ بِحيثُ لو لَزِمَ فى العقُودِ، اِيجابانِ، لَلَزِمَ التَّطابُقُ ايضاً اِذ لم يتوارَدِ الانشاء انِ علىٰ مَوردٍ واحدٍ لِما كانا مُتَعاهِدَينِ و لامُتَعاقِدَينِ بل لِكلٍّ منهما عهدٌ غَيرُ مربوطٍ بالآخَرِ.

والاعتبارُ، بِالقصدِ العهدِىِّ العقدِىّ لا بالقصدِ الخاصِّ الّذى لمْيَقْعِ العهدُ والعقدُ عَلَيهِ فَاِذا قالَ: «**بعتُ مِنْ مُوَكِّلِكَ**» وَ لمْتَقُمْ قَرِينةٌ علىٰ خلافِ القصدِ العهدِىِّ المنكشَفِ بالعقدِ اللّفظِىّ، لمْيَصِحِّ القبولُ نَفسُهُ وَ اِن كانَ الغرضُ النوعِىُّ مُتَعَلِّقاً بِمبادِلَةِ مالٍ بمالٍ اِلّا اِذا كانت قرينةً نوعِيَّةً متّبعةً فى صَرفِ اللّفظِ عن ظاهِرِهِ.

ولكن لايخفىٰ عليك: اَنَّ صِحَّةَ العقدِ المشروطِ عِندَ تعذّز الشّرطِ او فَسادِهِ و كذا صِحَّةَ العقدِ فى موردِ تبعّضِ الْصَّفقَةِ اذا كانت علىٰ القاعِدَةِ، فَلا مُحالَةَ تَتَوَقَّفُ علىٰ وقوعِ المعاقِدَةِ علىٰ الفاقِدِ للشّرطِ و عَلىٰ بعضِ الْصَفْقَةِ **و حينئذٍ** فالقبولُ بلا شرطٍ او قبولُ النّصفِ بنصفِ الْثَّمَنِ، لايَمْنَعُ عن تَحَقُّقِ المعاقِدَةِ فلازِمُ تحقّقِ المعاقِدَةِ بِالاصالَةِ الىٰ مايُرادُ الحكمُ بِصحَّتِهِ فَتَدبَّرْ.

فَحينَ اِن كانَ مَبدَأُ التّطابُقِ بينَ الايجابِ والقبولِ، مأخوذاً مِن اِعتبارِ القبولِ الّذى

هو الْرِّضا بالايجابِ الصّادِرِ مِنَ الموجِبِ، فَلِلّازِمُ، التّطابُقُ بَينَهُما حَرفيّاً من جَميعِ الجوانِبِ وَالجهاتِ.

فان كانَ الايجابُ مُشتَمِلاً علىٰ ثَمَنٍ مُعَيّنٍ، معلومِ القَدَرِ و الجنسِ وَالوَصفِ مُقيّداً بشرطٍ مَعلومٍ سواءٌ ذُكِرَ فی مَتنِ العقدِ ام فی خارِجةٍ؟ فلابُدَّ مِن اِشتمالِ القبولِ علىٰ ذلک الايجابِ بِتمامِ خُصُوصيّاتِه و جُزئيّاتِه **لِاَنّهُ** بمعنىٰ الرّضا وَالرِّضا لابُدَّ اَنْ يكونَ رضاً بذلک الايجابِ.

لو قال البايع: «**بِعْتُهُ مِنْ مُوَكّلِكَ بكذا**» فقال: «اشتريته لنفسی، لم‌ينعقد العقد».

لعدم التّطابق بين الايجاب والقبول، اذ الايجاب وقع علىٰ الموكّل والقبول وقع لنفس الوكيل.

ولو قال البايعُ: «بعتُ هذا مِن مُوَكِّلِكَ» فقالَ الموكِّلُ الّذی كانَ حاضِراً عِندَ اِجراءِ العقدِ غَيرِ المخاطَبِ: صَحَّ هذا العقدُ للتّطابُقِ بينَ الايجابِ وَالقبولِ.

وكذا صَحَّ العقدُ لو قالَ البايعُ للوكيلِ: «**بِعْتُ فَاَمَرَ الموكّلُ وكيلَه بِالْقَبولِ**».

وَلَوْ قالَ البايعُ: «بِعْتُکَ العبدَ بِكَذا» فقال: «**اِشْتَرَيتُ نِصْفَه بِتمامِ الثَّمَنِ اَوْ اِشْتَرَيتُ تمامَ العبدِ بنصفِ الثّمَنِ**» لم‌يَنعقِدْ مِثلُ هٰذهِ المعامِلَةِ الّتی وَقَعَ القبولُ فيها عَلىٰ شَراءِ نِصفِ العبدِ بِتمامِ الْثَّمَنِ اَوْ بِنِصفِ الْثَّمَنِ لعدمِ التّطابُقِ بينَ القبولِ وَالايجابِ **لِاَنَّ** البايعَ اَوْقَعَ البيعَ علىٰ تمامِ العبدِ بِتمامِ الْثَّمَنِ لا عَلىٰ نِصفِهِ بِتَمامِ الْثَّمَنِ حتّىٰ يَقُولَ المُشترِی: «**قَبِلْتُ نِصْفَهُ بِتمامِ الثّمَنِ**» فَاخْتَلَفَ الايجابُ وَالقَبولُ مِنْ حيثُ الْمُثْمَنِ **وَلااَوْقَعَ العقدَ علىٰ تمامِ العبدِ** بنصفِ الْثَّمَنِ حتّىٰ يَقولَ المُشترِی: «**قَبِلتُ تمامَ العبدِ بِنِصفِ الْثّمَنِ**» فَاخْتَلَفَ الايجابُ والقبولُ من حيثُ الْثَّمنِ.

وَ كذا لايَنْعَقِدُ العقدُ لو قالَ البايعُ: «**بِعْتُکَ بِمَأَةِ دِرْهَمٍ**» فقالَ المُشترِی: «**قَبِلْتُ بعشرَةِ دَنانيرَ**» لِاختلافِ الايجاب والقبولِ من حيثُ الْثَّمَنِ وَ اِن كانت عَشْرَةُ دنانيرَ تُساوِی مَأَةَ دِرْهمٍ.

لو قالَ البايعُ لِلاثنينِ: بِعْتُكُما العبدَ بالفٍ فقالَ اَحَدُهما: «**اِشْتَرَيْتُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ الْثَّمَنِ**» لم‌يَقَعْ العقدُ لِاختلافِ الايجابِ والقبولِ من حيثُ الثّمنِ وَالْمُثْمَنِ اِذِ البيعُ وَقَعَ

علىٰ تمامِ العبدِ بالفِ دينارٍ والقبولُ وَقَعَ مِن اَحَدِ الاثنين علىٰ نصفِ العبدِ بـنصفِ الْثَّمَنِ.

لو قالَ كلُّ واحدٍ مِنَ الاِثنينِ الَّذَينِ قالَ البايعُ لهما: بِعتُكما العبدَ بِاَلف دِيـنارٍ»، «اِشتريتُ نصفَ العبدِ بِنصفِ الثَّمَنِ»، لايَبْعدُ الجَوازُ وَ صِحَّةُ العقدِ **لِاَنَّ** الغرضَ مِن بيعِ العبدِ هُوَ بيعُهُ بِقَدْرٍ معيّنٍ وَ هُوَ اَلفُ دينارٍ وقد حَصَلَ الْغَرَضُ بِشراءِ كُلِّ واحدٍ مِـنَ الاِثْنينِ، نِصفَ العبدِ بِنصفِ الْثَّمَنِ المُعيَّنِ فَطابَقَ القبولُ الايجابَ، لايَبْعُدُ الجـوازُ اِذِ الاِختلافُ اِنَّما هُوَ بِمُجَرَّدِ العبارَةِ وكذا الحالُ فِى المثالِ الآخَرِ.

وَ نَحوُ الْفَرضِ السّابِقِ فِى الجَوازِ و صِحَّةِ العقدِ لو قالَ البايعُ: **«بعتُكَ العبدَ بِمَأَةٍ»**. فقالَ المشترِى: **«اِشْتَرِيتُ كلَّ نصفٍ منه بِخَمسينَ»**.

ولايخفىٰ اَنَّ فى جَوازِ مثلِ قَوْلِ البايعِ: **بِعتُك العبدَ بِمَأَةٍ فَقالَ المشترِى: اِشْتَريتُ كلَّ نِصفٍ منه بخمسينَ**، اِشكالٌ وَ نظرٌ عِندَ الشّيخِ(ره).

وَجهُ الاشكالِ اَنَّ الظّاهِرَ مِنَ الايجابِ هنا هُوَ اِيجابُ البيعِ عَلىٰ مَجموعِ الْـعَبدِ عَلىٰ وجهِ الاستقلالِ لا علىٰ وَجهِ التّضمينِ وَالْقَبولِ لابُدَّ اَنْ يَقَعَ طِبقاً لِهذا الايجابِ.

وَ مِنَ الواضِحِ اَنَّ القبولَ هنا قد وَقَعَ عَلىٰ المَجموعِ علىٰ وَجْهِ اَلتَّضَمُّنِ لا عـلىٰ وَجهِ الاستقلالِ.

اَجابَ السَّيِّدُ(ره) عَنِ الْشَّيخِ بقوله: «وَ فِيهِ اِشكالٌ» بِاَنَّ الْصِحَّةَ هُوَ الأَقوىٰ.

قالَ الآخُوندُ الخراسانىّ فِى حاشِيَتِهِ عَلىٰ المكاسِبِ فى ذَيْلِ قولِ الشّيخِ(ره): اَنَّهُ مِنْ جُملَةِ شُروطِ العقدِ، اَلتَّطابُقُ، وَ هٰذا نَصُّهُ:

«ضَرورَةَ اَنَّهُ لولا الْتَّطابُقُ لَمَا قَصَدا اَمراً واحِداً بل لِكلّ مهمٍّ و قـصدٍ فـلايكونُ بينهما عقدٌ **نَعَمْ:** لو كانت الخُصُوصِيَّةُ الّتى اِختلفا فيها بحسبِ القصدِ، غَيْرُ مُهِمَّةٍ لَهُما وَالمهمُّ كانَ الجامِعُ المقصودُ لَهما لابأسَ لِعدمِ التّطابُقِ فَلَوْ قَصَدَ الموجِبُ، البيعَ من القابِلِ وَقَدْ قَصَدَ قَبُولَهُ لِمُوَكِّلِهِ، صَحَّ العقدُ فَاِنَّ مُهِمَّ الموجِبِ، لَيْسَ اِلّا تمليكُ مالِهِ من الأَعَمِّ مِنَ الشّخصِ وَ مُوكِّلِهِ وَ انّما قَصَدَهُ لاَجلِ اَنَّهُ اِعْتَقَدَ اَنَّهُ قَصَدا الشِّراءَ لِنَفْسِهِ و هذا بِخلافِ عَقْدِ المزاوَجَةِ فَاِنَّهُ لابُدَّ فيه مِنْ تعيينِ الزّوجِ وَ اَنَّهُ له او لِمُوَكِّلِه؟

«فَإِنَّهُ المُهمُّ فيه كَالْعِوَضَينِ فِی الْبَيْعِ».

قالَ الْمُحَقِّقُ الخوانسارِیّ فِی مُنْيَةِ الطّالبِ، اَلْمَطالِبَ الْتّالِيةِ:

١ـ «اِعتبارُ الْتَّطابُقِ مِنَ الْقَضايا الّتی قِياساتُها مَعَها **لِاَنَّ** العقدَ عبارَةٌ عن امرٍ وجدانیٍّ مُتَحَصّلٍ بينَ الايجابِ والقبولِ فَلَوْ اَنْشَأَ اَحَدَهُما البيعَ وَالآخرُ قَبِلَ بِعُنوانِ الْهِبَةِ، لم يَتَحَصّلْ معنیٰ واحِدٌ مِنهما لِعَدَمِ ارتباطِ كلام اَحَدِهما بِالْآخَرِ.

٢ـ لو لم تَكُنِ الخُصوصِيَّةُ الّتی اختلفا فِيها، رُكناً فِی الْمُعامِلَةِ ولايُوجِبُ اِختلافاً فِی العقدِ مِثلُ كونِ المخاطَبِ هو المُشترِی او كونِهِ وَكيلاً منه، فَلا بَأْسَ بِعَدمِ الْتَّطابُقِ، هذا بِخلافِ عَقْدِ المُزاوَجَةِ.

٣ـ مِمّا ذكرنا ظَهَرَ اَنَّهُ لابُدَّ مِن اِتّحادِ الْمُنْشَأِ حتّیٰ بِالنّسبةِ الیٰ التّوابِعِ وَالْشُّروطِ.

٤ـ لا يُفيدُ لِصِحَّةِ العقدِ الْمُخْتَلِفِ فيهِ، مِن حَيثُ الانشاءِ، ثُبوتُ خيار تَبَعُّضِ الْصَّفْقَةِ وَالتَّوقّفُ عَلیٰ الاجازَةِ اللّذَيْنِ هُما مِن آثارِ الْعَقدِ الصَّحيحِ **لاَنَّهُ** لابُدَّ مِنْ صِحَّةِ العقدِ، اِتّحادُ الْمُنْشَأِ بِاَنْ يَتَقَبّلَ المُشترِی ما يَمْلُكُه البايعُ وَ ما لايَمْلِكُهُ كِلاهُما حَتّیٰ يَتَخَيَّرَ بينَ الفَسخَ والاِمضاءِ لو عَلِمَ بالحالِ فَمِمّا يَتَرَتَّبُ عَلیٰ الْصِّحَةِ، لايُمْكِنُ اَنْ يكونَ مَنْشَأً لِلْصِحَّةِ.

٥ـ نَعَمْ: فِی بَعضِ الأَمْثِلَةِ تُمْكِنُ دَعویٰ تَطابُقِ الاِنْشائَيْنِ كما لو قالَ: «**بِعْتُكَ الكتابَ بِدِرْهَمٍ وَالثوبَ بِدِرهمٍ**» فقال: «**قبلتُ الثّوبَ بِدرهَمٍ**» لاِنَّهُما عَقدانِ مُستَقلّانِ وَ كَيْف كانَ لا اِشكالَ فِی الكبریٰ.

قالَ الحكيمُ(ره) فِی نَهْجِ الفِقاهَةِ ص ١١١ ما هذا نُصُّه:

اَلْخُصُوصِيّاتُ المذكورَةُ فِی الْعَقْدِ هٰكذا:

مِنها: ما يفوتُ بِفواتِها العقدُ كَخُصُوصِيَّةِ الْثَّمنِ وَ اَلْمُثْمَنِ.

وَ مِنها: مٰا لايكونُ كذلک كخُصُوصِيّةِ وَصفِ الْمَبيعِ وَ وَصفِ الْثَّمَنِ وَ خُصُوصِيَّةِ الْشَّرطِ **بناءً علیٰ اَنَّ** بطلانَ الْشَّرْطِ، لايقتضی بُطلانَ العقدِ.

فَالأَوَّلُ لابُدَّ مِنَ الْمُطابِقَةِ فيه بينَ الايجابِ وَالْقَبولِ **لِاَنَّ** تَخَلُّفَهُ قَصداً، مُوجِبٌ لِفَواتِهِ وَالْمَفروضُ اَنَّ فَواتَهُ مُوجِبٌ لِبُطلانِ العقدِ.

وَ اَمّا الثّانى فَقَدْ يُشْكِلُ وُجوبُ الْمُطابِقَةِ بينَهُمٰا فِيه **اِذ غايَة ما** يَقتَضِى ذلک، فَوائتُهُ وَالْمفروضُ اَنَّ فَواتَهُ، لايُوجِبُ بطلانَ العقدِ لِتقوّمِ العقدِ لِغَيْرِهِ وَ تَخَلُّفُهُ لايَمْنَعُ مِنْ صِدقِ العقدِ بِالنّسبَةِ الىٰ غَيْرِهِ **اِذِ الْوَجْهُ**، فِى عَدَمِ فَواتِ العقدِ لِفَواتِهِ، اَنَّهُ مَنشأٌ بِنَحْوِ تَعَدُّدِ الْمَطلُوبِ فَاِذا فٰاتَ العقدُ بالاضافَةِ الىٰ بَعضِ مَراتِبِهِ، اَمْكَنَ اَنْ يَصِحَّ بِالاِضافَةِ الىٰ آخر وَالانحلالُ الىٰ هٰذهِ المراتبِ، اِنَّما هُوَ بِتَوَسُّطِ اِنحلالِ الايجابِ **فَاِنَّ القبولَ** كما عرفتَ آنِفاً لَيْسَ الّا القبولَ بِالايجابِ وَاِمضائِهِ فَاِن كانَ الايجابُ مُنْحَلاً اِلىٰ مراتِبَ مُتَعَدِّدةً كانَ القبولُ تابِعاً لَهُ وَ اِن لم يَكُنْ مُنْحَلاً كانَ القبولُ كَذٰلِکَ فَاِذا كانَتْ الْعُمدَةُ فِى اِنحلالِ العقدِ هو اِنحلالُ اِيجابِهِ فلامانِعَ من اَنْ يَكُونَ القبولُ مُتَعَلَّقاً بِبَعضِ مراتِبِ تلک المراتبِ وَ يَكونُ العقدُ مُتَحَقِّقاً بالْنِّسبَةِ اليها وَ اِن لم‌يكُنْ مُتَحَقِّقاً بِالنِّسْبَةِ اِلىٰ البعضِ الآخَرِ مَثلاً اِذا بٰاعَ الفرسَ وَالحِمارَ لَهُ بِدِرهَمَينِ فَقَبِلَ احدَهُما بِدِرْهَمٍ فَقَدْ تَحَقَّقَ العقدُ بِالْنِّسْبَةِ اِلىٰ اَحَدِهِما وَ بَطَلَ بِالنّسبةِ الىٰ الآخَرِ وَ مِثْلُهُ مالوبٰاعَ الْفَرسَ لَهُ بِعَشْرَةٍ فَقَبِلَ: نِصْفَهُ بِخَمْسَةٍ او باعَ الدّابّة له بِشَرطِ خِياطَةِ الْثّوبِ فَقَبِلَ بلا شَرْطٍ.

بِالجُمْلَة؛ اَلْبَناءُ عَلىٰ تَعَدُّدِ المطلوبِ بِالْنِّسبَةِ الىٰ بَعضِ الْخُصُوصيّاتِ، يَسْتَدعِى جَوازَ الْمُخالِفَةِ بينَ الايجابِ والقبولِ بِالْنِّسبَةِ اِليها فَيَصِحُّ العقدُ بِالاِضافَةِ الىٰ مَوْرِدِ الْتّطابُقِ وَ يَبْطُلُ بِالاِضافَةِ الىٰ مَوردِ التّخالُفِ فَاِنْ اُريدَ بِاِعتِبارِ الْتّطابُقِ، اِعتبارُهُ بِالْنِّسبَةِ اِلىٰ اِعتبارِهِ بِالْنِّسبَةِ اِلىٰ تَمامِ مراتِبِ العقدِ فَهُوَ فى مَحَلِّهِ وَ اِنْ اُريدَ بِالاِضافَةِ اِلىٰ جَمِيع مَراتِبِ العقدِ فَهُوَ غَيرُ ظاهِرٍ **بَلْ مَمْنُوعٌ اَللّٰهُمَّ اِلّا اَنْ يُقالَ:** اِنَّ اِنحلالَ الاِيجابِ اِنَّما يَتَرَتَّبُ الأَثَرُ بِشَرْطِ الْقَبُولِ **وَ بِعِبارَةٍ اُخرىٰ**، الاِنحلالُ الّذى يَكونُ مَوْضُوعاً لِلأَثرِ، اِنّما يكونُ لِلْعَقْدِ لالِلاِيجابِ نَفْسِهِ و هذا لايَخْلُو عَن وَجْهٍ.

ثُمَّ اِنَّ اِعتِبارَ خُصُوصِيَّةِ المشترِى وَالبائِعِ، اِنَّما يَكونُ فِى ظرفٍ يكونُ العِوَضُ ذِمِيّاً **لِاَنَّ** اِختلافَهُمٰا يُوجِبُ اِختلافَ مٰا فِى ذِمَّتِهِما و اَمّا اِذا كانَ الْعِوَضُ خارِجِيّاً كما لَوْ اِعتَقَدَ البائِعُ اَنَّ الْثَّمَنَ الْمُعَيّنَ لِزَيدٍ، كانَ لِعمرٍو فَقالَ مُخاطِباً زَيداً: بِعْتُکَ الْفَرَسَ بِهذا الْثَّمَنِ فَقَبِلَ عمروٌ، صَحَّ **لِاَنَّ** الْخُصُوصِيَّةَ المذكورَةَ لَيْسَتْ مِن مُقَوِّماتِ الْمُعامِلَةِ كَمٰا سَيَجِئُ الْتَّنْبِيهُ عَلَيْهِ فِى بَيعِ الغاصِبِ اِذا اَجٰازَه المٰالِکُ.

مِنْ جُمْلَةِ الشُّروطِ فِی العقدِ، وُقوعُ کلٍّ من اِیجابِهِ و قَبولِهِ فی حالٍ یَجُوزُ لِکُلِّ واحِدٍ منهما الاِنشاءُ فَلَوْ کانَ المُشترِی فی حالِ ایجابِ البائعِ غَیْرَ قابِلٍ لِلقَبولِ او خَرَجَ البائعُ حالَ القبولِ عَنْ قابِلِیَّةِ الایجابِ، لَمْ یَنْعَقِدْ.

ثُمَّ اِنَّ عَدَمَ قابِلِیَّتِهما اِنْ کانَ لِعَدمِ کَوْنِهِما قابِلَیْنِ لِلتَّخاطُبِ کَالْمَوتِ وَالْجُنونِ وَالاِغماءِ **بِلِ النَّوْمِ، فَوَجْهُ الاِعتبارِ،** عَدَمُ تَحَقُّقِ معنیٰ المعاقِدَةِ وَالمُعاهِدَةِ حینَ کانَ البایعُ وَالمشترِی مَجْنونَیْن اَوْ مَیِّتَین او نائِمَیْنِ.

هنا وَهْمٌ وَ هُوَ اَنَّهُ لو کانَتِ القابِلِیَّةُ، شَرْطاً فِی الْمُوجِبِ وَالْقابِلِ و اَنَّ الْمَوتَ، مانِعٌ عَن تَحَقُّقِ المعاهِدَةِ وَالمُعاقِدَةِ فیما بَیْنَهُما فَما تَقُولُونَ فی قبولِ المُوصیٰ له بعدَ موتِ الْمُوصِی و قبل قَبُولِهِ مَعَ اَنَّ الفُقَهاءَ قالوا بِصِحَّةِ قبولِ المُوصیٰ له بعدَ مَوتِ المُوصِی؟

وَ جوابُ الْوَهْمِ اَنَّ الْقَبولَ فِی الْوَصِیّةِ، شَرْطٌ لِتَحقُّقِ الاِیصاءِ لا اَنَّهُ رُکْنٌ لها **لِاَنَّ** حَقیقَةَ الْوَصِیَّةِ هو الاِیصاءِ مِن دونِ اَنْ یَکُونَ القبولُ مِنْ مُقَوّماتِ الْوَصِیّة و اَرْکانِها فَلایَلْزَم وُقُوعُ الْقَبولِ مِنَ الْمُوصیٰ له علیٰ وَجْهٍ لا یَصِحُّ مِنهُ الاِنشاءُ.

اَمّا اَنَّ حَقیقَةَ الْوَصِیَّةِ الْعَهْدِیّةِ، اِیصاءُ الْغَیرِ **غایةُ الامرِ له** رَدُّهُ لا اَنَّهُ یَتَعاقَدُ مَعَهُ علیٰ عملٍ، فَهُوَ ممّا لاتَنْبَغِی الْشُّبهةُ فِیهِ **وَ لذا** لاریبَ فِی تَحَقُّقِ الْوَصِیَّةِ بِالْحَملِ الشّایعِ وَلَوْ مَعَ عَدَمِ التفاتِ الْوَصِیِّ فَقَبُولُه، قبولُ الْوَصِیَّةِ وَ رَدُّها رَدُّهُ.

وَ اَمّا الْوَصِیَّةُ التَّملیکیَّةُ فَحَقیقَتُها جَعْلُ شَیءٍ مِلْکاً لِغَیرِه بعدَ مَوْتِهِ لا الْمُعاقِدَةِ مَعَ الغیرِ عَلیٰ الْمِلکِیَّةِ **غایةُ الامرِ اَنَّ** اِدخالَ شیءٍ فی مِلکِ اَحَدٍ مِنْ دونِ رضاهُ، نَحْوُ سَلْطَنَةٍ عَلیٰ الغیرِ وَ لَیْسَت مِنْ شُئونِ الْسَّلْطَنَةِ عَلیٰ المالِ، اَلْسَّلْطَنَةُ عَلیٰ الْغَیرِ **فَلامُحالَةَ** یَتَوَقّفُ نُفُوذُ الْتَّملیکِ عَلیٰ رِضاهُ اَوْ عَلیٰ رَدِّهِ عَلیٰ الخلافِ.

وَ مِنَ الواضِحِ، اَنَّ مُجَرَّدَ الْتَّملیکِ اَلْمَنُوطِ بِالرِّضا، لایَسْتَدعِی شُعُورَ الْمُتَملِّکِ بِهِ حالَ اَلتَمَلُّکِ وَ اِنّما کانَ هذا المعنیٰ مِنْ شؤُونِ المعاهِدَةِ مَعَ الْغَیْرِ **فَاِنْ اُریدَ مِنْ** عَقْدِیَّةِ الْوَصِیَّةِ اَنَّها تُعاقِدُ مَعَ الْغَیْر عَلیٰ مِلْکِیَّةِ شَیءٍ فَهُوَ مَمْنُوعٌ **بَلْ** حَقیقَتُها، تَملیکُ الْغَیْرِ فَهِیَ مِنْ هٰذِهِ الْحَیْثِیَّةِ کَالاِیقاعاتِ.

وَ اِنْ اُریدَ مِن عَقْدِیَّتِها، تَوَقُّفُ تَأثیرِها عَلیٰ رِضا الْمُوصیٰ له فَهُوَ لایُوجِبُ تَحَقُّقَ

الْمُعَاقِدَةِ مَعَ الْغَيْرِ فَتُفَارِقُ الاِيقاعاتَ فِى هٰذِهِ الْجَهَةِ **فَهِىَ فِى الْحَقِيقَةِ** بَرْزَخٌ بينَ الْعَقدِ مَعَ الْغَيرِ وَالاِيقاعِ الْمَحْضِ.

وَ عَلَيْهِ يَنْبَغِى حَمْلُ قَوْلِهِ(ره) اَنَّ الْقَبُولَ، شَرْطٌ لارُكنٌ، اِىْ لَيْسَ مُقَوِّماً لِلْعَقْدِ **حَيْثُ اِنَّهَا** لَيْسَتْ مُعاقِدَةً مَعَ الْغَيرِ **بل** شَرْطٌ لِنُفُوذِ اِنشاءِ الْمِلْكِيَّةِ وَ اِلّا فَلافَرَقَ مالَهُ مِساسٌ بالعقدِ بما هُوَ عَقْدٌ، بَيْنَ الرُّكنِ وَالشَّرطِ.

وَ لِذا اَخَذُ الرِّضا فِى مَفْهومِ التَّعاقُدِ طَبْعاً، لادَخْلَ له بالْقَبولِ الْمُقَوِّمِ لِلْعَقْدِ وَ لاَجْلِهِ، جَعْلُ الْحُكمِ فِى الْمُكرَهِ، عَلىٰ خِلافِ الْقاعِدَةِ.

وَ كذا لَوماتَ الوَصِىُّ قَبْلَ الْقَبولِ، قامَ وارِثُهُ مَقامَهُ اِذْ لَوْ كانَتِ الْوَصِيَّةُ مُعاقِدَةً مَعَ الغيرِ فَهِىَ مُعاقِدَةٌ مَعَ المُورِّثِ دُونَ الوارِث فَقَبولُ الوارِثِ اَجْنبِىٌّ عمّا تَتَقَوَّمُ بِهِ الْمُعاهِدَةُ وَالْمُعاقِدَةُ **وَ اَمّا بَناءً عَلىٰ اَنَّها تَمليكٌ مَحْضٌ لامُعاقِدَةٌ عَلىٰ الْمِلْكِيَّةِ** فَطَرَفُ الْمِلْكِيَّةِ وَ اِن كانَ هُوَ المُورِّثُ لِكَنَّهُ قَدْ اُسْتُفِيدَ مِنَ الأَخبارِ اَنَّ لِلْمُوصىٰ له حقُّ الْقَبولِ الَّذِى هُوَ شَرْطُ تَحَقُّقِ الْمِلْكِيَّةِ فَيَنْتَقِلُ مِنْهُ اِلىٰ وارِثِهِ فَبِقَبُولِهِ يَنْتَقِلُ الْمِلكُ اِلىٰ الْمُوَرِّثِ وَ يُتَلَقّىٰ الْمِلْكُ مِنَ المُورِّثِ كما فِى حَقِّ الْخِيارِ وَ لايُمْكِنُ اجراءُ هٰذا البيانِ فِى الْمُعاهِدَةِ مَعَ المُوَرِّثِ اِذْ قَبولُ الوارِثِ لا تُحَقِّقُ المُعاقِدَةَ مَعَ المُوَرِّثِ فَاِنَّهُ قبولٌ مِنْ غَيْرِ طَرَفِ المُعاقِدَةِ ولامُعاقِدَةَ مَعَهُ **فَتَدَبَّرْ.**

وَلَوْ رَدَّ الْوَصِىُّ الْوَصِيَّةَ، يَجُوزُ له القبولُ بَعْدَ الرَّدِّ، **هٰذا بناءً عَلىٰ ما سَيَأْتِى مِنْهُ(ره)** اَنَّ الْقابِلَ كَرَدِّ الْمُوجِبِ، مُوجِبٌ سُقُوطَ اِيجابِ الْمُوجِبِ عَنْ كَوْنِهِ مُعاهِدَةً وَ مُعاقِدَةً مَعَ الْغَيْرِ بِخِلافِ ما كانت الْوَصِيَّةُ تَمليكاً فَقَطْ فَاِنَّ الرَّدَّ قَبلَ تَرَقُّبِ حُصُولِ الْمِلْكِيَّةِ بِلا اَثَرٍ فَلهُ الْقَبولُ الْمُحَقِّقُ لَها بِخِلافِ الرَّدِّ فِى الْمُعاهِدَةِ وَالْمُعاقِدَةِ فَاِنَّهُ مُبطِلٌ لِلْمُعاقِدَةِ بِما هِىَ مُعاقِدَةٌ وَ هِىَ فِعلِيَّةٌ وَ اِن لَمْ يَكُنْ اَثَرُها فِعلِيّاً.

وَ اِنْ كانَ عَدَمُ قابِلِيَّةِ الْمُتَعاقِدَيْنِ لِعدَمِ الاِعتبارِ بِرِضاهُما، فَهُوَ لاَجلِ خُرُوجِهِ وَجْهٌ عَن مَفْهُومِ الْتَّعاقُدِ وَالتَّعاهُدِ **لاَنَّ** الْمُعْتبَرَ فِى مَفْهُومِ الْتَّعاهُدِ وَالتَّعاقُدِ عُرْفاً، رِضا كلٍّ مِنْهُما لِما يَنْشَأُهُ الآخَرُ حِينَ اِنشائِهِ فَمَنْ يَعْرُضُ له الحجرُ بِفَلسٍ او سَفَهٍ اورِقٍّ او قَرْضٍ او مَرَضٍ اَوْ مَوتٍ وَ هٰذهِ الموارِدُ مِمّا لايُعْتَبَرُ فِيها لِلمُتَعاقِدَيْن رضاهُما.

وَ قالَ الآخوندُ الخُراسانيُّ(ره) فِی حاشِيَتِهِ فِی الْمَقامِ اَنَّهُ لايَخْفیٰ اَنَّ الرِّضا مِمّايُعْتَبَرُ فِی صِحَّةِ الْعَقْدِ وَ تَأْثيرِهِ شَرْعاً وَ عُرْفاً لا مِمّا يُعْتَبَرُ فِی تَحَقُّقِهِ وَ اِنّما الْمُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَصْدُ لِطيبٍ كانَ اَوْ كُرهٍ مِنْهُ.

نَعَمْ: فی تَحَقُّقِ الْاِكراهِ فِی مِثْلِ الْعَقْدِ مِمّا يَتَقَوَّمُ ما يُقْصَدُ بِحَيْثُ يَأتِی.

و بالجملة، لايَنْبَغِی الْاِشكالُ فِی اِنعقادِهِ فِيما اِذَا قَصَدَ الْتَّوَسُّلَ اِلیٰ تَحَقُّقِ مَضْمُونِهِ وَلو كانَ عَن كُرهٍ **غايةُ الامر، عَدَمُ** تَرتُّبِ الْأَثَرِ عَلَيْهِ ما لَمْ يَلْحَقْهُ الْطِّيبُ وَالرِّضا، فَلاتَكُونُ صِحَّةَ بَيْعِ الْمُكْرَهِ اِذا لَحِقَهُ الرِّضا، عَلیٰ خِلافِ القاعِدَةِ لِلاِجْماعِ.

وَالأَصْلُ فی جَميعِ ذلك اَنَّ الْمُوجِبَ لَوْ فَسَخَ قَبلَ القبولِ، لَغِیَ الايجابُ السّابِقُ و كَذا لو كانَ الْمُشترِی فِی زَمانِ الْاِيجابِ غَيْرَ راضٍ اَوْ كانَ مِمَّنْ لايُعْتَبَرُ رِضاهُ كَالْصَّغِيرِ، فَصِحَّةُ كلٍّ مِنَ الايجابِ وَالْقبولِ، يكونُ مَعْناهُ قائِماً فِی نَفْسِ الْمُتَكَلِّم مِنْ اَوَّلِ الْعَقْدِ اِلیٰ اَنْ يَتَحَقَّقَ تَمامُ الْسَّبَبِ وَ بِتَمامِ الْسَّبَبِ يَتِمُّ مَعنیٰ الْمُعاقِدَةِ فَاِذا لم يَكُنْ هذه المعنیٰ و هُو قيامُ الْاِيجابِ وَالقبولِ بِنَفْسِ الْمُتَكَلِّمِ مِنْ بِدايَةِ الْعَقْدِ اِلیٰ اَنْ يَتَحَقَّقَ تَمامُ الْسَّبَبِ، قائماً فِی نَفْسِ اَحَدِهِما اَوْقامَ وَ لم يَكُنْ قِيامُه مُعْتَبَراً كما لو كانَ مَحْجُوراً عَلَيْهِ اَو مُفَلِّساً اَوْ مَجْنُوناً، لَمْ يَتَحَقّقْ مَعنیٰ الْمُعاقِدَةِ.

ثُمَّ اِنَّهُمْ صَرَّحُوا بِجَوازِ لُحُوقِ الرِّضا لِبَيْعِ الْمُكْرَه وَ مُقتضاهُ، عَدَمُ اِعتبارِهِ مِنْ اَحَدِهِما حِينَ الْعَقْدِ **بل يَكْفِی** حُصُولُهُ بَعدَهُ فَضْلاً عَن حُصُولِهِ بَعْدَ الْاِيجابِ وَ قَبْلَ الْقَبولِ.

اَللّٰهُمَّ اِلّا اَنْ يَلْتَزِمَ بِكَونِ الْحُكْمِ فِی الْمُكْرَهِ عَلیٰ خِلافِ القاعِدَةِ اذ القاعِدَةُ تَقْتَضِیٰ فِی الْمُتَعاقِدَيْنِ اَنْ يَكُونَ الرِّضا حاصِلاً وَ مَوجُوداً مِنْ بِدايَةَ الْعَقْدِ، لِاَجلِ الْاِجماعِ.

فَرْعٌ: لَو اخْتَلَفَ المُتعاقِدانِ اِجتهاداً اَوْ تَقليداً فِى شُروطِ الصِّيغَةِ فَهَلْ يَجُوزُ اَنْ يَكْتَفىٰ كُلٌّ مِنهما بما يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُهُ اَم لا؟

فِيهِ وجوهٌ ثَلاثَةٌ:

وَ توضيحُهُ اَنَّ صُوَرَ المسألَةِ، اَربعَةٌ:

اَلأُولىٰ: كونُ المتعاقِدَيْنِ، مُجتَهِدَينِ.

الثّانِيَةُ: كونُهُما مُقَلِّدَيْنِ.

الثّالِثَةُ: كونُ البايعِ مُجتَهِداً وَالمشترِى مُقلِّداً.

الرّابِعَةُ: كونُ المشترِى مُجْتَهِداً وَالبايعُ مُقَلِّداً.

وَالوُجُوهُ الثّلاثَةُ فى الصُّوَرِ الاربعَةِ اَنَّ فَرْضَ الْمَسأَلَةِ فِى اِختلافِ المُتعاقِدَينِ اِجتهاداً او تَقْلِيداً اَنَّ المُوجِبَ مِمَّنْ لايَرىٰ الْعَرَبِيَّةَ فِى الْعَقْدِ اِجتهاداً.

وَالْمُشترِى يَشْترِطُ الْعَرَبِيَّةَ فيه اِجتهاداً اَوْ تَقليداً **فَهَلْ يَجُوزُ** لِكُلٍّ منهما اَلْعَمَلُ بِرَأيِهِ فَيُوقِعُ البايعُ العقدَ بِالفارسِيَّةِ مَثَلاً وَالمُشترِى يَقْبَلُهُ بِالْعَرَبِيَّةِ بِاَنْ قال الْبايعُ: «فروختم» اَلْمُشترِى يقولُ «**قَبِلتُ**»؟.

فَالأَقوالُ فِى هٰذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلاثَةٌ:

اَلأَوَّلُ: جَوازُ ذٰلِكَ وَ صِحَّةُ الْعَقْدِ فِى حَقِّهِما.

الثّانى: عَدَمُ جوازِ ذٰلِكَ وَ عَدَمُ صِحَّةِ العَقْدِ فِى حَقِّهِما وَالْقَوْلُ بِالْبُطلانِ مُطلَقاً.

اَلثّالِثُ: عَدَمُ كونِ العقدِ الْمُرَكّبِ مِنهما، مَمّا لاقائِلَ بِهِ يعنى القولُ بِالْصِّحَةِ اذا لم يَتَرَكَّبْ مِنَ العقدِ الّذى لا قائِلَ بِهِ كما لو قالَ المُشترِى بجوازِ تقديمِ الْقَبُولِ عَلىٰ الايجابِ **لِكَنَّهُ** لايجوزُ العقدُ بِالفارسِيَّةِ.

وَ قالَ البايعُ: بجوازِ العقدِ بالفارسِيَّةِ فَقَدَّمَ المُشترى اَلْقَبُولَ بِاللّفظِ العَرَبِىِّ عَمَلاً بِمَذهَبِهِ وَ اَوْجَبَ البايعُ، البيعَ بِالفارسِيَّةِ عَمَلاً بِمَذْهَبِهِ **فَحَصلَ هنا عَقْدٌ** فارْسِىٌّ مَقَدَّمٌ فيه القبولُ عَلىٰ الايجابِ.

وَ مِنَ الواضِحِ اَنَّ القائِلَ بِاشتراطِ العَرَبِيَّةِ يَعْتَبِرُها فِى جميعِ الْعَقْدِ الْمُرَكَّبِ من

الايجابِ وَالْقَبولِ وَ لايَرىٰ الْعَقدَ المُشتَمِلَ اِيجابُهُ عَلىٰ الفارسِيَّةِ عَقْداً عَرِبِيّاً فَيَحْكُمَ بفسادِ هذا العقدِ اِجتهاداً او تَقليداً كما اَنَّ القائِلَ بِوُجُوبِ تَأْخيرِ القَبولِ عَنِ الايجابِ يَرىٰ فَسادَ العقدِ اِذْ تَقَدَّمَ فيه القبولُ علىٰ الاِيجابِ فَالْعَقْدُ يَكُونُ فاسداً عَلىٰ كِلاَ الْمَذْهَبَينِ.

اَلْوَجهُ الثّالِثُ عِندَ الشّيخِ(ره) اَزْدَءُ الوُجُوهِ الثَّلاثَةِ.

وَجهُ الأَردِبيَّةِ: اَنَّ الاِجماعَ الّذِى لم‌يَتَوارَدْ فِيهِ اَقوالُ الْمُجمِعينَ عَلىٰ عُنوانٍ واحِدٍ بل كُلُّ واحدٍ، اَفتىٰ بِغَيرِ ما افتىٰ به صاحِبُهُ، مِمّا لايَعْقُدُ بِهِ لتَخطِئَةِ كُلِّ واحدٍ مِنَ الْمُفْتِيينَ صاحِبَهُ.

وَ اَمّا الْوَجهُ الأَوَّلُ والثّانى مِنَ الوجُوهِ الثّلاثَةِ فِى اِختلافِ الْمُتَعاقِدَينِ اِجتهاداً او تَقْلِيداً **فَمَبنِيّانِ علىٰ الْقَوْلِ** بِكَونِ الأَحكامِ الظّاهِرِيَّةِ الّتى اِجْتَهَدَ فيها المُجتَهِدُ كالاحكامِ الواقِعيَّةِ الاِضطِرارِيَّةِ فى اَنّها مُجْزِيَةٌ فِى الواقِعِ وَ مُسقِطَةٌ لِلتّكلِيفِ بمعنىٰ اَنَّها بمنزلَتِها فى تَحَقُّقِ الْسَّبَبِيَّةِ لِلمُجْتَهِدِ ظاهراً بِحيثُ تَكونُ سَبَباً له كَالْواقِعِ وَ اَنّها مُؤَثِّرَةٌ فى تَرَتُّبِ الأَثَرِ الشّرعِيِّ كَالنَّقْلِ وَالانتقالِ فِى المِلْكِ اَوِ الزَّوْجِيَّةِ فِى اَلمَرأَةِ مَثَلاً **كما اَنَّ الأَمْرَ بِالْتَّيَمُّمِ** فى حَقِّ مَن كانَ مُتَلَبِّساً بِشَرائِطَ مُخْتَصّةً لهُ اِذ لَيْسَ فى الواقِعِ حينئذٍ مُكَلَّفا بِالْتَّيَمُّمِ وَ ليس هناک امرٌ آخَر فِى الواقِعِ وَقَدْ اِمتَثَلَ بما هُوَ مأمورٌ بِهِ فَلابُدَّ مِنَ سُقُوطِهِ عَن ذِمَّتِهِ.

فَعَلَيْهِ لَو عامَلَ المُجْتَهِدُ معامِلَةً عَلىٰ طِبقِ اِجتهادِهِ فَيَكُونُ ما تَعامَلَ عَلَيْهِ مِلْكاً لَهُ وَ يَجُوزُ لِلآخِرينَ شَراؤُهُ وَالْتَّصَرُّفُ فِيه بِاِذْنِهِ.

وَكذا لَو تَزَوَّجَ اِمْرَأَةً وَ كانَ العقدُ بِالفارْسِيَّةِ **بَناءً** عَلىٰ اِجتهادِهِ جوازَهُ بها، فَالْمَرأَةُ تَكُونُ زَوْجَةً له شَرْعاً فَلايُجُوزُ لِمُجْتَهِدٍ آخَر تَزْوِيجُهَا وَالْعَقْدُ عَلَيها وَ اِن كانَ يَرىٰ الْعَقْدَ بِالفارْسِيَّةِ باطِلاً.

وَ اَمّا اِذا قُلنا: اِنَّ الأَحكامَ الْظّاهِرِيَّةِ الَّتِى اِجتهَدَ فيها الْمُجتَهِدُ، لاتَكُونُ كَالاَحْكامِ الْواقِعِيَّةِ الاِضطرارِيَّةِ فِى الاِجزاءِ.

بَل اِنَّها كَالاَحكامِ الواقِعِيَّةِ فِى مُجَرَّدِ الْمَعذُورِيَّةِ و رَفْعِ الْعِقابِ عَنِ الْتَّصَرُّفِ فى

مالِ الْغَيْرِ **فَحِينَئِذٍ** لامَجالَ لِلامتِثالِ وَ سُقُوطِ الْتَّكلِيفِ عنه **لِاَنَّ** الشّارِعَ اِنّمٰا اَرادَ الوٰاقِعَ فَاِنْ اَصابَهُ اَحَدٌ، فَذاكَ وَ اِلّا كانَ مَعذوراً لِعَدمِ تَمَكُّنِهِ مِنَ الْوُصُولِ اِلىٰ الواقِعِ وَ مِنَ الواضِحِ، قُبحُ الْتَّكلِيفِ بمٰا لايُطاقُ.

فَمَبنىٰ الْقَوْلِ بِبُطلانِ العقدِ مُطلقاً اَنَّ الأَحكامَ الْظّاهِرِيَّةَ، مُعَذِّرَةٌ لا اَحكامٌ واقِعِيَّةٌ وَالْمَباحِثُ الّتى قالوا فِى الجمعِ بَيْنَ الحكمِ الظّاهِرِىِّ وَالواقِعِىِّ وَ غَيرِها، سٰاقِطَةٌ لايُعْتَنىٰ بِهٰا.

وَ اَمّا مَبنىٰ الْقَوْلِ بِالْصِّحَةِ فَهُوَ اَنّ الاحكامَ الظّاهِرِيَّةَ، اَحكامٌ واقِعِيَّةٌ ثانَوِيَّةٌ كما قالَ الشّيخُ(ره) فِى الْفَرائِدِ: بِاَنّهٰا تُسَمّىٰ حُكْماً واقِعِيّاً، ثانَوِيّاً وَ اَمّا واقِعِيَّتُها فَلَتَحَقُّقِها بِحُكْمِ الْشّارِعِ وَ اَمّا ثانَوِيَّتُها فَلِتَأَخُّرِها عَنِ الواقِعِىِّ الأَوَّلِىِّ بِمَرْتَبَتَيْنِ كَاِشارَةِ الأَخرَسِ الَّذِي يَعْجُزُ عَنِ الايجابِ بِالْعَرَبِيَّةِ وَالْقَولُ بِالْفارِسِيَّةِ: ايضاً بِمَنْزِلَتِهِ.

وَ اَمّا مَبنىٰ الْقَوْلِ الْثّالِثِ فَهُوَ الْتَّفصِيلُ بِينَ الْطُّرُقِ وَالامارٰاتِ الَّتِى يُوجِبُ الْتَّعَذُّرَ وَ هِيَ تَقْتَضِىٰ البطلانَ وَ بَيْنَ الأُصُولِ الّتى تُوجِبُ الْحُكْمَ وَ هِيَ تَقْتَضى الْصِّحَةَ.

اِعْتَرَضَ اَلسَيِّدُ(ره) فى الحاشِيَةِ عَلىٰ الشّيخِ(ره) **اَوَّلاً:** اَنَّ طَرْحَ الْشَّيْخِ؛ اَلْمَسأَلَةَ بِالْنَّحْوِ الّذِى عَرَفْتَهُ، لايُساعِدُ الْقَواعِدَ الْمُقَرَّرَةَ فِى عِلْمِ الأُصولِ **لِاَنَّهُ** يُوجِبُ هذا، اَلْتَّصوِيبَ وَالْمَوْجُودُ فِى كلِماتِ الأُصُولِيّنَ اَنَّ الاحكامَ الْظّاهِرِيَّةِ، اَحْكامٌ شَرْعِيَّةٌ اَو اَعْذارٌ.

وَ ثانِياً: اَنَّ الْسَّيِّدَ(ره) قالَ فِى اَلْعُروَةِ فِى بابِ الاجتهادِ وَالْتَّقليدِ، بِبطلانِ الْعَقْدِ الواقِعِ بِينَ الْمُتعاقِدَينِ اَلَّذيْنِ **اَحَدُهُما** قائِلٌ بِبُطلانِ الْبَيْعِ اِذا ادّاهُ بِالْفارِسِيَّةِ **وَ ثانِيهِما** مَعَ اَنَّهُ اَدّىٰ اِيضاً بِالْفارْسِيَّةِ، اِعْتَقَدَ بِالصِّحَةِ لاَنَّ البيعَ عَقْدٌ تَشرِيكِىٌ قائِمٌ بِينَ الْمُتعاقِدَينِ.

يُمكِنُ اَنْ يُعْتَرَضَ عَلىٰ الْسَّيِّدِ(ره) بِاَنَّ مُرادَ الْشَّيخِ(ره)، عَيْنُ ما قالَ بِهِ الْسَّيِّدُ(ره) **لِاَنَّ** الْمُرادَ مِنَ الْحُكْمِ الظّاهِرِىِّ الثَّنَوِىِّ، مٰا كانت لهٰا حَقِيقَةٌ وَ كانت حُكْماً ثَانَوِيّاً لاَنَّ الشّارِعَ حَكَمَ بها فَهِيَ اَحكامٌ واقِعِيَّةٌ عِندَ الشّارِعِ **غايةُ الامرِ تكونُ** ثانَوِيّةً شرِّعَتْ فى زَمِينة الْشَّكِ فَالتَّعبيرُ بِالواقِعِيَّةِ الاِضطرارِيَّةِ، لا اَشكالَ فيه بَعدَ كَوْنِ المرادِ منها بَيِّناً واضِحاً **لِاَنَّ الحكمَ الاِضطِرارِىَّ** اَيضاً حُكْمٌ واقِعِىٌّ ثانَوِىٌّ وَالجهاتُ اَلْمُشْتَرَكَةُ بَيْنَ الاضطرارِيَّةِ وَالثّانَوِيَّةِ وَالواقِعِيَّةِ، واحِدَةٌ.

مَسْأَلَةٌ: ما هُوَ حَلُّ العِوَيصَتَيْنِ فِی مَسْأَلَةِ ما اِذا اِخْتَلَفَ المتعاقِدانِ اِجْتِهاداً اَوْ تَقلِيداً فی شُرُوطِ الصِّيْغَةِ؟

تَوضِيحُ الكلام: اَنَّ ترتيبَ الْثَّمَرَةِ فی المَسأَلَةِ الْمَذكورَةِ، يَحتاجُ اِلیٰ بيانِ مُقَدِّمَةٍ و هِی اَنَّ نَظَرَ الشّيعَةِ فِی الْاَفعالِ الاِختيارِيَّةِ، اَلتَّخطِئَةُ وَ لازِمُها نَفْیُ الاِجزاءِ كما صَرَّحَ به عدّةٌ مِنَ الفُقهاءِ وَ مِنهم اَلشّيخُ(ره) كما اَنَّ لازِمَ القولِ بِالتّصويبِ، الاِجزاءُ **لاَنَّ** بَناءَ القولِ بِالتّخطئَةِ، كشفُ الخلافِ كما اَنَّهُ عَلیٰ القولِ بِالْتَّصويبِ، انقلابُ الْمُوضُوعِ وَ مَعَ ذٰلکَ اَنَّ جمعاً مِنَ الفقهاءِ مَعَ اَنَّهُم قالوا بِالْتَّخطِئَةِ فی الافعالِ الاِختيارِيّهِ، قالوا بِالاِجزاءِ ايضاً وَ اَدَّعَوْا عليه السّيرَةَ وَالاِجماعَ.

من هنا يَقَعُ الكلامُ فی اَنَّهُ كيفَ التّوفيقُ بينَ الاِجزاءِ وَالقولِ بالْتَّخطِئَةِ؟ هذاَ اَوَّلاً و ثانياً: مَعَ ذلک قالوُا بما قالَتِ الْمُصَوِبَّهُ مِنُ اَهْلِ الْسُنَّةِ فی حُجِيَّةِ الْظَّنِ فی جَوابِ اِنكارِ **«اِبن قِبَةَ»** عَنِ الشّيخ بِانّه لايبعدُ اَنْ تَكونَ مصلحةٌ فی العملِ بقول العادِلِ:اِنَّهُ لَيس هذا الكلامُ الّا قولَ المصوِّبَةَ.

الشّيخُ(ره) فِی الفَرائد فی مقامَ رَدِّ هاتينَ العويصَتَينِ قالَ ثَلاثَةُ فروضٍ:

الفرضُ الاَوَّلُ: التّصويبُ اَلاَشْعَرِیُّ الّذی فيه لاحكمٌ لِلّه واقعاً **و من المعلوم:** اَنَّهُ باطلٌ عقلاً وَ شَرعاً لِاَنَّهُ يَسْتَلْزِمُ الدّورَ كما قُرِّرَ فی عِلْم الكلام.

الفرضُ الثّانی الّذی قالت به فرقَةُ الْمُعْتَزِلَة مِنَ الْمُتَكَلِّمِينَ و هُوَ اَنَّ لِلّهِ حُكْمٌ فِی الواقع و يَشْتَرِكُ فيه العالِمُ والجاهِلُ و لٰكِن لافعلِيَّةَ له، اَلْفِعلِيَّةُ تَتَحَقَّقُ بِالاِمارَةِ سواءٌ كانَتَ مُخالِفَةً لِلواقعِ ام لا؟ وَ هذا، لا اشكالَ فيه عَقلاً وَ لا يَلْزَمُهُ الدّورُ.

وَكلامُ الآخوندِ الخُراسانِّی(ره) فِی هذا المورِدِ يَشْبَهُ التّصويبَ الّذی ذَهَبَتْ اليه المعتزِلَةُ **حيثُ** اِنَّ المعتزِلَةَ ايضاً قائِلونَ لِلْمَصْلَحَةِ فِی الْمُتَعَلَّقِ مَعَ كسرٍ وَانكسارٍ.

وَ لايَجُوزُ لِلشّيخِ الطُّوسِی(ره) اَنْ يَكونَ مرادُه كلٍّ واحدٍ مِنَ الفرضيْنِ المذكورِيْنِ وَلابُدَّ مُرادُ الشَّيخ الطُّوسِیِّ منه، الْمَصلَحةُ السُّلُوكِيَّةُ وَ هُوَ اَنَّ لِلّهِ حكمٌ يَشْتَرِكُ فيه العالِمُ وَالجاهِلُ ولَهُ فِعلِيَّةٌ ايضاً وَلٰكن سُلوكُ الْاَمارَة له، مصلحَةٌ تُدارِكُ الفائتة عن الواقِعِ وِلا تَزاحُمَ بَينَ الواقِعِ وَالْمَصْلَحَةِ الْسُّلوكِيَّةِ وَلا يَقَعُ بَينَهُمٰا كَسْرٌ وَاِنكسارٌ.

وَ مِن هنا يُعْلَمُ اَنَّ القولَ بِاَنَّ الاِجزاءَ فى بَعضِ الصُّوَرِ، ما تَتَدارَكُ الامارَةُ، المصلحَةَ الفائِتَةَ فى الواقِعِ اوَ بَعضِها، بَناءً علىٰ السَّببِيَّةِ، يَبْتَنِي علىٰ الْكَسْرِ وَالانكسارِ وَ فَرْضُ المَصلَحَةِ فى المُتَعَلَّقِ لا فى السّلوكِ، هو لايُصحُّ كما صَرَّحَ به الآخوندُ(ره) **لانّهُ** يُناسِبُ التّصويبَ المُعتَزِلِيَّ لاالتّصويبَ الشّيعِيِّ.

وَ حيثُ اِنَّ الاِجزاءَ يؤدِّى اِلىٰ التّصويبِ الباطِلِ، ذَهَبُوا اِلىٰ عَدَمِ الاِجزاءِ فِى الشّبهاتِ الحُكمِيَّةَ وِ جَريانِهِ فِى الشّبهاتِ الموضُوعِيَّةِ وَ هُوَ يَصِحُّ كما عَنِ الآخوندِ و غيره.

هذا التَصَوُّرَ، بحَسَبِ الثّبوتِ وَ اِن كانَ الدّليلُ عَلىٰ خلافِهِ فى الاثباتِ مُوجوداً و لَعَلَّ مرادَ الشّيخ(ره) فى المكاسب فى هذه المَسألهِ، هذا النّحوُ مِنَ الكلامِ المذكورِ هذا كُلُّهُ فيما لو قُلنا بِاَنَّ الاماراتِ فيها مَصْلَحَةٌ وَ مبنى آخَر فِى الاماراتِ وَ هُوَ اَنَّها طُرُقٌ صِرْفَةٌ وَ اَنّها اِمضائِيَّةٌ لاتَعَبُّدِيَّةٌ وَ ليس لِلشّارع هنا جعلٌ خاصٌ وَالاماراتُ فى نَظَرِ العُقلاءِ طرُقٌ عِلميٌّ لا غَير، لاَمَصلَحَةَ فيها بِالخُصوصِ وَ هُوَ مُختارُ المُحَقِّقينَ فى تَبَدُّلِ الرّأيِ.

وَ بناءً علىٰ الطّرِيقِيّةِ، اِقوالٌ ثَلاثَةٌ:

قولٌ بِعَدَمِ الاِجزاءِ مُطلَقا **اِلاّ** اِن يَسْتلزمَ العسرَ وَالحَرَجَ الغالِبيَّ كما صَرَّحَ به الشّيخُ(ره) فى موردِ العُسْرِ والحَرَجَ **لاَنَّ** الاماراتَ، طُرُقٌ صِرْفيٌّ.

وَ مَنْ قالَ: بِاَنَّ الاحكامَ الظّاهِرِيَّةَ، حُكمٌ، يَختارُ التَّصوِيبَ الشِّيعِيَّ وَلا يجُوزُ اِدّعاءُ الْسِّيرَةَ او الاجماعِ علىٰ الاِجزاءِ.

قولٌ بِالاِجزاءِ مُطلقاً مَعَ مَبناهُ وَ اَمّا القولُ بِالاجزاءِ مُطْلَقاً فَمُوافِقٌ لِلْقاعِدَةِ كما اِختار السَّيِّدُ(ره) هنا هذا القول و من جُمْلَةِ الدّلائلِ عَلَيْهِ: اَنَّهُم اِستدَلّوا بالاِجماعِ اَوْ بِالْسّيرَةِ او غَيرِ ذلک.

مَبنىٰ السّيّدِ فى الاجزاءِ مَعَ اَنّهُ(ره) صَرَّحَ بِاَنَّ حُجِيَّةَ الاَماراتِ من بابِ الْطَّرِيقَيّةِ اَنَّهُ قالَ: بِاَنَّ الاِجزاءَ عَلى القاعِدَةِ، تُساوِى الْظَّنينَ وَلَو تَبَدَّلَ الرّأىُ وانكَشَفَ الخلافُ وَلو تَبَدَّلَ المجتَهِدُ هل هنا الاِجزاءُ ام لا؟

فيهِ وَجهانِ بل قَولانِ:

اَلْقَولُ الاَوَّلُ: حملُ كلٍّ مِنَ المتعاقِدَينِ، عَمَلَ الآخَرِ عَلىٰ الْصِّحَةِ مَعَ اَنَّ دَليلَهُما و مناطَهُما و... واحِدٌ فَلَمْ يَكِنْ دَليلٌ عَلىٰ بُطلانِ عَمَلِ الآخرِ فَعِلمِهُما مُجْزٍ وَلو بِالنِّسْبَةِ الىٰ الآخَرِ.

وَ هذا هُوَ المرادُ مِنْ قَولِ السَّيِّدِ(ره): «تُساوِى الْظَّنينَ فَعْليْه يَعْمَلُ كلُّ واحِدٍ مِنَ المُتعاقِدَينِ بِما يَقْتَضيهِ مَذْهَبُ الآخَر وَ هذا فِىالكُبرىٰ.

اَلقَولُ الثّانى: اَنَّ الاَماراتَ فِى الْمَدلّولاتِ المُطابِقيَّةِ وَالْإلتِزامِيَّةِ ايضاً حُجَّةٌ مثلِ اَنَّ مِن لوازمِ القولِ بِاَنَّ التّسبيحاتَ الاَربعَةَ، يَلْزَمُ اَنْ يُقالَ بِالثَّلاثَةِ بحيثُ اَنَّ مَنْ قالَ بواحِدٍ منها، لايكتَفِى وَ لازِمُهُ، بُطلانُ الفَريضَةِ وَ عَلَيْهِ، العقدُ والبيعُ فى ما نَحْنُ فِيهِ ايضاً كَذلِك.

وَجهانِ آخَرانِ:

اَلْوَجْهُ الاَوَّلُ: اَنَّ ما كانَ الْدَّليلُ فيه، اَلْاصُولُ فَهُوَ مُجْزٍ **لاَنَّ** الاصولَ، اَحْكامٌ **وَ اَمّا ماكانَ** الدَّليلُ فيه الاَماراتُ فَلا تُجْزى **لِاَنَّ** جَعلَ الْحُجِيَّةِ، لا يستلزِمُ جَعْلَ الاَحكامِ الْتَّكليفِيَّةِ فِهِىَ اِعذارٌ صِرْفٌ وَلَوْ كانُ المُسْتَلْزِمُ لِلْجَعلِ، ليسَ فِى الاحكامِ الْنَفْسِيَّةِ.

هذا الْوجه اَمْتَنُ وَ لِكنَّ الْعَملَ بِهِ مُشكِلٌ لِاَنَّهُ لَمْ يُعلَمْ اَنَّ دليلَ حُكمِ اَلْمُجْتَهِدِ فِى صُورَةَ تَبَدُّلِ رأيِهِ وَ كَشْفِ الْخِلافِ ماذا؟ هَلْ هُوَ الامارَةُ اوِ الاُصُولُ؟ حَتّىٰ يُعْمَلَ بِمُقتضىٰ هذا الوَجْهِ.

اَلْوَجهُ الثّانى: اَنَّ الاِجماعَ فِى اَنَّ الاَخبارَ بِما فِى اَيدِينا حجّةٌ وَ سِيرَةُ الْعُلماءِ هنا ثابِتٌ، لم يَكُنْ مُعْتَبَراً فى مِثلِ تَبدُّلِ رأى المُجتَهِدِ وَ كَشفِ الْخِلافِ وَ فِى تَبَدُّلِ الْمُجْتَهِدِ.

بِالْجُملَةِ، دليلُ اِعتبارِ حُجَيَّةِ الْاَخبارِ وَ سايرِ الْاَماراتِ، لَيْسَ حُجَّةً فِى كُلِّ لوازمِ الاَماراتِ **بل** فِى اللّوازمِ الْبَيِّنَةِ، حُجَّةٌ وَ فِى غَيْرِها لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ.

اِعتراضُ السيِّدِ صُغْرَوِيّاً فِى مَسْأَلَةِ البيعِ بقَولِهِ: «لا يَخفىٰ...» يَرِدُ عَلَيْهِ ما صَرَّحَ(ره) فِى بابِ الْجَماعَةِ وَ قَبلَهُ مِن اَنَّ صَلاةَ المَأْمُومِ صَحِيحٌ فِيما اِذا اِعْتَقَدَ بِاَنَّ

عملَ الْاِمامِ فِی الْصَّلاةِ، باطِلٌ لِاَجلِ القَوْلِ بِالْتَّسبيحِ الواحِدِ وَ تَركِ الْاِحتياطِ وَ هذا المورِدُ بِعَيْنِهِ مِثلُ ما نَحْن فيهِ، فَالحُكمُ بِالْصِّحَةِ فِی الجماعةِ وَ صِحَّتِها وَالْحُكمُ بِالْبُطلانِ فی البيع بِينِهُما تَهافُتٌ صَرِيحٌ مِنَ اَنَّ مِلاكَهُمٰا واحِدٌ وَالْجَماعَةُ اِيْضاً مِثلُ البيعِ لافَرقَ بِينَهُمٰا مِنْ حَيثُ الْمِلاكِ وَالمَدارِ.

بَقِیَ هنا ثَلاثُ مَسائِلَ:

اَلْاُولیٰ: اَنَّهُ قالَ الْشَّيْخُ(ره): بِاَنَّ القولَ الثّالِثَ، هُوَ اَرْدَئُها كما صَرَّحَ بِذلِكَ الْشَّيخُ فی المكاسبِ وَ لايَخْفیٰ اَنَّ عَدمَ القولِ بِالثّالِثِ، لايُوجِبُ الْاَردَئِيَّةَ وَ لَيسَ هذا مِنَ الاِجمٰاعِ الْمُرَكَّبِ وَالاجماعِ بِعدَم اَلقولِ الثّالِثِ وَ اِلاّ اَلْاَقوالُ فِی الْمَسائِلِ الْمُختَلِفَةِ فِی المباحِثِ الْفِقْهِيَّهِ لَمْ تَبْلُغْ اِلیٰ الثّلاثَةِ فَصاعِداً هذا اَوَّلاً:

و ثانياً: اِنَّ هذا، مِن قَبيلِ الْظَّنين وَلايُنكِرُ اَحَدُ الْمُتَعاقِدَينِ، اِعتقادَ الآخَر واقِعاً جَزْماً.

والثّانية: اِنَّ الّذی له مبنیٰ علميٌّ، اَنْ يُغَيّرَ عُنوانُ المَسْأَلَةِ بِاَنَّ الاحكامَ اَلْاِجتهادِيَّةَ هل هی احكامٌ شَرعِيَّةٌ اَوْ اَعذارٌ وَ اِلاّ تَرديدُ الْحُكْمِ الظّاهِرِیِّ بِيْنَ الْحُكْمِ الواقِعِّی وَالعُذْرِ، لايُجُوزُ الْتَّرديدُ فِيهِ بِاَنَّهُ حُكْمٌ ام لا؟.

وَلايَخْفیٰ اَنَّ هذا، لَيْسَ مُناقِشَةً لَفْظِيَّةً بل مَعْنَوِيَّةً.

اَلثّالِثُ: اَنَّهُ صَرَّحَ الْشَّيخُ(ره) بِاَنَّ الْاَحكامَ الْاِجتِهادِيَّةَ بَناءً عَلیٰ اَنّها حُكْمٌ واقِعیٌ، يَصِحُّ فِی مِثل الجُنونِ وَالْنَّوم مِمّا لَمْ يَكُنِ البطلانُ يَسرِی اِلیٰ الْعَمَلِ الآخَرِ فَهُوَ، مِنْ جَهَةِ فُقدانِ الشَّرطِ وَلا يَصِحُّ فِيما اِذا يَسْرِی البُطلانُ اِلیٰ الطَّرَفِ كما فی الْمُوالاةِ و كما فِی الْتَّعليقِ.

بِالْجُمله: هذا كُلُّهُ اذا كانَ بطلانُ الْعَقدِ عِندَ كُلٍّ مِنَ المُتَخالِفَيْنِ مُسْتَنَداً اِلیٰ فِعلِ الآخَرِ كَالصَّراحَةِ وَالْعَرَبِيَّةِ وَالماضَوِيَّةِ وَالْتّرتيبِ يعنی تقديمُ الايجابِ عَلیٰ القَبولِ.

وَ امّا الْمُوالاةُ وَ هُوَ اتّصالُ القبولِ بِالايجابِ وَالتّنجيزِ و هو خُلُّوْ العَقدِ عَنْ الْتَّعليقِ وَ بَقاءُ المتعاقِدَينِ علیٰ صَفحَة صِحَّةِ الانشاءِ و هو كونُ المتعاقِدَينِ واجِدَينِ بِجميعِ شَرائِطِهِما اِلیٰ اِنتهاءِ العقدِ **فَالظّاهِرُ** اَنَّ اِختلافَهُمٰا، يُوجِبُ فسادَ الْمَجموعِ **لاَنَّ**

الْاِخلالَ بِالمُوالاةِ اَوِالْتَّنْجيزِ اَوِ البَقاءَ علىٰ صِحَّةِ صَفْحَةِ اِلانشاءِ، تُفْسِدُهُ عبارَةَ مَنْ يَراها شُروطاً فَاِنَّ الْمُوجِبَ اِذا عَلَّقَ مَثَلاً اَولَمْ يَبْقَ عَلىٰ صِفَةِ صِحَّةِ الانشاءِ الىٰ زَمانِ القبولِ بِاِعتقادِ مَشْرُوعِيَّةِ ذلک، لَمْ يَجُزْ مِنَ القائِلِ بِبُطلانِ هذا، تعقيبَ هذا الايجابِ بِالْقَبولِ **لِاَنَّ** عِبارَتَهُ: «**اَصْبَحْتُ**» فاسِدَةٌ فَاتباعُها بِالْقَبولِ لااَثَرَ لَهُ وكذا عبارَةُ القابِلِ و هو المشترى مثلاً «اصحبتُ» فاسدةٌ اذا لا يرىٰ الموالاة شرطاً و الموجب يراه شرطاً.

ثُمَّ اِنّ الْشَّيْخَ(ره) فِى ذيلِ هذا الْكَلامِ صَرَّحَ بِقَوْلِهِ فَتَاَمَّلْ؛

لَعَلَّ وَجْهُ التَأمُّل اَنَّ اِعتقادَ الْقابِلِ عَدَمَ فَواتِ الْمُوالاةِ، كافٍ فِى صِحَّةِ الْعَقْدِ **لِاَنَّ** الْمُوالاةَ مِنْ فِعْلِهِ وَالْاِيجابُ قَدْ وَقَعَ صَحيحاً وَالمُوالاةُ شَرْطٌ فِى صِحَّةِ القَبُولِ لا الْاِيجابِ فَالتّراضِى، يكونُ مِنْهُ، لا مِنَ الْمُوجِبِ كِي تَجِبَ عَلَيهِ مَعَ تراضِى الْقَبُولِ اعادَةُ الايجابِ.

مَسْأَلَةٌ: مٰا لَوْ قَبَضَ ما اِبْتاعَهُ بِالْعَقْدِ الفاسِدِ هَلْ يَملِكُهُ وَكانَ مَضمُوناً عَلَيْهِ اَمْ لا؟

قالَ الْشَّيخُ(ره): اِنَّهُ لَوْ قَبَضَ مَا اِبتاعَهُ بِالْعَقْدِ الفاسِدِ، لَمْ يَمْلِكْهُ وَ كانَ مَضْمُوناً عَلَيْهِ اَمّا عَدَمُ كَوْنِهِ مَمْلوكاً فَلاَنَّه مُقتضىٰ فَرضِ الْفَسادِ.

وَ اَمّا الْضِّمانُ اى ضِمانُ ما اِبتاعَهُ بِالْعَقدِ الفساد، بمعنىٰ كَوْنَ تَلَفِهِ عَلَيْهِ وَ هُوَ اَحَدُ الْامورِ الْمُتَفَرِّعَةِ عَلىٰ الْقَبضِ فَالْعَقْد الفاسُدُ فَهُوَ المعروفُ وَالْمَشهُورُ عِندَ الاَمامِيَّةِ وَادِّعىٰ الشَّيخُ(ره) فِى بابِ الْرَّهنِ وَ فى مَوضِعٍ مِنْ البَيْعِ، اَلاِجْماعَ عَلَيْهِ صَرِيحاً عَلىٰ الضِّمانِ عَندَ التَّلَفِ وَ يَتْبَعُهُ تَلَفُ بَعضِهِ، وَتَبَعَهُ فى ذلک، اَلْشَّيْخُ جَعفر كاشِفُ الغِطاءِ(ره) فى شَرحِ الْقواعِدِ، وَابنُ ادريس فِى السّرائرِ: بِاَنَ البيعَ الفاسِدَ يَجْرِى عِنْدَ الْمُحَصِّلينَ مَجرىٰ الْغَصْبِ فِى الضِّمانِ بِمَعنىٰ اَنَّهُ كُلَّما يَجْرِى عَلىٰ الْغَصْبِ فِى الْعَيْنِ المَغصُوبَةِ مِنَ الضِّمانِ، يَجرِى فِى الْمَأخوذِ بِالْعَقدِ الفاسِدِ.

وَ فِى مَوضِعٍ آخَر مِنَ الْسَّرائِرِ نَسَبَ **«ابنُ ادريس»** الْضِّمانَ الىٰ اَصحابنا الاِمامِيَّةِ فَتَدُلُّ هذه النِّسْبَةُ علىٰ دَعوىٰ الاجماع بِالْجُمْلَةِ.

وَ يَدُلُّ علىٰ ضِمانِ مٰا اِبتاعَهُ بِالْعَقْدِ الفَاسِدِ، النَّبَوِىُّ الْمَشْهُورُ: **«عَلىٰ الْيَدِ مٰا اَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّى»**.

فِى دَلالةِ النَّبَوِي المشهُورِ، الْخَدَشَةُ بِاَنَّ كَلِمَةَ **«عَلىٰ»** فِى الْحدَيثِ النَّبوِىِّ، ظاهِرَةٌ فى الْحكمِ التّكليفىِّ وٰ هِىَ حُرمَةُ التَّصرّفِ وَ وجُوبُ الْرَدِّ اِلىٰ صاحِبِ الْعَيْنِ فَلا يَدُلُّ عَلىٰ الضِّمانِ الَّذِى هُوَ الْحُكْمُ الوضْعِىُّ بِمعنىٰ وُجوبِ المثلِ اوِ الْقيمَةِ وَ لٰكِنَّ الخَدشَةَ المذكورَةَ ضَعِيفَةٌ جِدّاً **لِاَنَّ** ظُهورَ الْنَّبوِي المشهُورِ فى الحكمِ التّكليفِى اِنّما هُوَ اذا اُسنِدَ الظّرفُ وَ هِىَ **كَلِمَةُ «عَلىٰ اليَدِ ما اَخَذَتْ» اِلىٰ فِعلٍ مِن** اَفعالِ الْمُكَلِّفينَ كَقَولِهِ تعالىٰ: **«وَ لِلّٰهِ عَلىٰ النّاسِ حِجُّ البيتِ مَنِ اسْتَطاعَ اِلَيهِ سَبيلاً»** فَاِنَّ الظّرفَ وَ هِىَ كَلِمَةُ **«عَلىٰ النّاسِ»** قَدْ تَعَلَّقَتْ بِاَفعالِ الْمُكَلِّفينَ وَ هُوَ الحَجُّ فَدَلَّ علىٰ الْحُكْمِ التّكليفِىّ و هو وُجوبُ الْتَشَرُّفِ لِبَيتِ اللهِ عِندَ الْاِستطاعَةِ المالِيَّةِ وَ الْبَدَنِيَّةِ و... لا اِلىٰ مالٍ مِنَ الْاَموالِ كما فِيما نَحْنُ فيه **حَيْثُ اِنَّ** الْظَّرفَ وَ هُوَ **«عَلىٰ الْيَدِ»** قَدْ تَعَلَّقَ بِالمالِ فَيَدُلُّ عَلىٰ الْحُكْمِ الْوَضعِىِّ وَ هُوَ الْضِّمانُ.

كما يُقالُ: «**عَلَيْهِ دِينٌ**» فَاِنَّ لَفْظَةَ «عَلىٰ» حِينَ اَنْ تَعَلَّقَ الْظَّرفَ بالمالِ عَيناً كانَ كَالاَعيانِ الخارِجِيَّةِ او دَيْناً، عِندَ تَلَف العينِ اَوِ الاِسْتِدانَةِ.

وَ مِن هُنا اى مِنْ اَنَّ الظّرفَ اذا تَعَلَّقَ بالمالِ، مُوجِبٌ لِلضّمانِ وَ هُوَ الْحُكْمُ الْوَضْعِيُّ **يُستَدَّلُ بِذلِكَ** عَلىٰ ضِمانِ الْمَجنُونِ وَالصَّغِيرِ وَ كانَ الْمُتَّجَهُ، صِحَّةَ الاستدلالِ به عَلىٰ ضِمانِ الْصَّغير.

لايخفىٰ: اَنَّ خِطابَ الضِّمانِ فى الْحَديثِ الْشَّرِيفِ، يَتَوجَّهُ اوّلاً عَلىٰ المَجنُونِ وَالصّغيرِ **وَلٰكِن الْمُكَلَّفُ** بِالاَداءِ الّذِى هُوَ الْحكمُ التّكليفىُّ وَ هُوَ الوَلِىُّ اِذا كانَ مَوجوداً وَالحاكِمُ الشّرعِىُّ او مَنْ نَصَبَهُ هُوَ اِذا لم تَكُنِ الوَلِىُّ مُوجوداً بَلِ الْمَجنونُ، اذا لم تَكُنْ يَدُهُما لِعَدَمِ الّتَميزِ وَ الْشُعُورِ بِمَعنىٰ اَنَّ ضَعْفَ يَدِهما لِاَجلِ اَنَّهُما لايُمَيِّزانِ ولا يُشْعِرانِ.

وَ يَدُلُّ علىٰ الحكم الْوضعىِّ الَّذِى هُوَ الضِّمانُ ايضاً قولُه عليه السلام فِى الْاَمَةِ الْمُبتاعَةِ اذا وُجِدتْ مَسروُقَةً بَعدَ اَنْ اَوْلَدها الْمُشتَرِى، اَنَّهُ يَأخُذُ الجارِيَةَ صاحِبُها وَ يَأْخُذُ الْمُشترِى الَّذى اَولَد الاَمَةَ، وَلَدَهُ بِالقِيمَةِ[1] فَاِنَّ ضِمانَ الْوَلَدِ بِالقِيمَةِ مَعَ كَونِ الوَلَدِ نِماءً، لم يَستَوفِهِ المُشترِى، يَسْتَلْزِمُ ضمانَ الاصلِ وَ هِىَ الْجارِيَةُ الْمسْروُقَةُ المُسْتَوْلَدَةُ بِطَرِيقٍ اَولىٰ.

دَفعُ وَهْمٍ

حاصْل الوهمِ اَنَّ مَدارَ الْبَحثِ وَ الْكَلامِ فِى الْتَّلَفِ: فى اَنَّهُ هَلْ يُوجِبُ الضِّمانَ كَالْتَّلفِ السَّماوِىِّ اَمْ لا؟

اَصلُ الاِتلافِ مِمّا لاشَكَّ فِى اَنَّهُ مُوجِبُ الضِّمان.

و مِنَ الواضِحِ اَيضاً اَنَّهُ يَكُونُ المشترِى مُتْلِفاً لِلنِّماءِ فَيَكُونُ ضامِناً لَهُ فَيَكُونُ الاِسْتِشهادُ بِالرِّوايَةِ خارِجاً عَمّا نَحْنُ بِصَدَدِهِ.

اَجابَ الْشَّيْخُ(ره) عَنْ هٰذا الْوَهْمِ بِاَنَّ اِستيلادَ الاَمَّةِ المَسْروُقَةِ لَيْسَ مِنْ قَبيلِ اِتلافِ الّنِماءِ حَتّىٰ يَكونَ الْمُشتَرِى مُتلِفاً **بل** مِنْ قَبيلِ اِحداثِ نِماءٍ فى رَحمِ الاَمَةِ،

۱- وسائل الشّيعة جلد ۱۴، ص ۵۹۲ـ الباب ۸۸ـ الحديث ۳.

غَيْرِ قابِلٍ لِلْمِلكِ لِصاحِبِ الّنِماءِ فِيكونُ بِمنزِلَةِ التّالفِ لا الْمُتلِفِ فَالاِستدِلالُ بِالحَديثِ لايَكونُ خارجاً عن مَوردِ الْبَحْثِ.

قالَ الشَّيُخُ(ره) فِى ذَيلِ هذا الْبَحثِ بِقَوْلِهِ: «فَافْهَمْ» وَ لَعَلَّهُ أُشارَةٌ اِلىٰ اِمكانِ صِدقِ الاِتلافِ هُنا عُرفاً **لِاَنَّ** المشتَرِى قَدْ اِستَولَدَها وَ اَخَذَ مِنها الوَلَدَ وَ اَشغَلَ رَحِمَها بِتَرْبِيَةِ ما وَضَعَهُ فِيهِ فَهُوَ مِن قَبيلِ زَرعِ الْحَبِّ فِى اَرضِ الْغَيْرِ.

مَسْأَلَةٌ: قاعِدَةُ كُلِّ عَقْدٍ يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفاسِدِهِ وَ ما لَايُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ، لايُضْمَنُ بِفاسِدِهِ.

اِنَّ مَسأَلَةَ ما لَوْ قَبَضَ ما اِبتاعَهُ بِالْعَقْدِ الفاسِدِ المذكورَةِ تَفصِيلُها سابِقاً مِنَ جُزئِياتِ القاعِدَةِ المَعرُوفَةِ: «**كُلُّ عَقْدٍ يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفاسِدِهِ**» **الخ.**

وَ هٰذِهِ القاعِدَةُ اِیْ قاعِدَةُ: كُلُّ عَقْدٍ يُضْمَنُ الخ اَصلاً وَ هُوَ ما يُضْمَنُ بِصَحيحِهِ يُضْمَنُ بِفاسِدِهِ وَ عَكْساً وَ هُو ما لا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ، لايُضْمَنُ بِفاسِدِهِ، صَرَّحَ الشّيخُ(ره) بِقَوْلِهِ: «وَ اِن لَم اَجِدْها بِهٰذِهِ العِبارَةِ فِى كَلام مَنْ تَقَدَّمَ عَلىٰ الْعَلّامَهِ(ره)» اِلاّ اَنَّها يَظْهَرُ مِنْ كَلِماتِ الْشَّيْخ(ره) فِى الْمَبسوطِ **حِيثُ** اِنَّهُ(ره) عَلَّلَ الضِّمانَ فِى غَيْرِ واحِدٍ مِنَ العقودِ الفاسِدَةِ بِاَنَّهُ دَخَلَ اَىْ اَقْدَمَ الْمُشترى عَلىٰ الْشِّراءِ بِشَرطِ اَنْ يَكُونَ الْمُثْمَنُ مَضْمُوناً عَلَيْهِ فَيَكُونُ هو الضّامِنُ لِلْثَّمَن اذا تَلَفَ، عَلىٰ اَنْ يَكونَ المالُ مَضْمُوناً عَلَيْهِ وَ حاصِلُ مَا اَفادَهُ الشَّيْخُ(ره) فِى الْمَقامِ اَنَّ قَبْضَ الْمالِ مُقدِّماً عَلىٰ ضِمانِهِ بِعِوَضٍ واقِعِيٍّ وَ هُوَ الْمِثْلُ اَوِ القيمَةُ او جَعلِيٌّ وَ هُوَ الْمُعَيّنُ مِن قِبَلِ المُتبابِعَيْنِ الْمُعَبَّرَ عَنهُ بِالمُسمّىٰ، مُوجِبٌ للضّمانِ.

وَ هذا الْمَعنىٰ اى اِلْاَقْدامُ علىٰ ضِمانِ المقْبوضِ بِعَوَضٍ واقِعِيٍّ او جَعْلِيٍّ لو تَلَفَ و ظَهَرَ مُستَحِقّاً لِلْغَيْرِ، يَشْمَلُ الْمقبوضَ بِالْعقُودِ الفاسِدَةِ الّتى تُضمَنُ بِصَحِيحِها.

ذَكَرَ شَيخُ الطّائِفَةِ ايضاً فِى مَسأَلَةِ عَدمِ الضّمانَ فَى الْرَّهنِ الفاسِدِ، اَنَّ صَحِيحَهُ، لايَوجِبُ ضِمانَ الْمُرْتَهِنِ لِلرَّهينَةِ اذا لم يَكُن مُفرِطاً فَكَيفَ يُضْمَنُ بِفاسِدِهِ؟

لايخفىٰ اَنّ عَدَمَ الْضِّمانِ فى الرَّهنِ الفاسِدِ، يَدُلُّ عَلىٰ الْعَكسِ الْمَذكورِ اِیْ اِنَّ صَحِيحَهُ، لايُضْمَنُ.

خُلاصَةُ هذا الْكَلامِ: اَنَّ عِلَّةَ عَدمِ الْضِّمانِ فى الْرَّهنِ الفاسِدِ، اِنّما جاءَتْ مِنْ قِبلَ عَدَمِ الضِّمانِ فى الْرَّهنِ الصَّحِيحِ اِذا لم يَكُنِ المُرتَهِنُ مُتَعَدِّياً فِى الْرَّهينَةِ اَوْ مُفرِطاً فَهٰذِهِ العِلّةُ، صارَتْ سَبَباً لِعَدَمِ الضِّمانِ فِى المَقبوضِ بِالْعَقدِ الفاسِدِ الّذى هُوَ عَكْسُ القاعِدَةِ الْمَذْكُورَةِ وَ هُوَ: «**ما يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ، يُضْمَن بِفاسِدِهِ**».

ثُمَّ صَرَّحَ الْشَّيخُ(ره) بِاَنّى لَمْ اَجِدْ مَنْ تَأمَّلَ فى القاعِدَةِ المذكورَةِ اَصْلاً وَ عَكْساً و

هُوَ: «كُلُّ عَقْدٍ يُضَمَّن بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفاسِدِهِ» وَ «كُلُّ عَـقْدٍ لايُـضْمَنُ بِـصَحِيحِهِ لايُضْمَنُ بِفاسِدِهِ، عَدا الشَّهِيدِ الثّانى(ره) فى المَسالِكِ فِيما لَوْ فَسَدَ عَقْدَ اَلسَّبْقِ فَهَلْ يَسْتَحِقُّ السّابِقُ أُجَرُةَ المِثلِ ام لا؟

فَهذِهِ العبارَةُ مِنْ شَيْخنا الشّهيدِ الثّانىﷺ تَدْلُّ عَلىٰ تَوَقُّفِهِ فى القاعِدَةِ المـذكورَةِ اَصلاً وَ عَكْساً **لانّه**(ره) لم‌يَحْكُمْ بِضِمانِ اُجْرَةِ الْمِثْلِ وَلا بِعدَمِ الضِّمانِ فى عَقدِ الْسَّبْقِ إذا كانَ فاسِداً.

وَكيفَ كان، لا نُطيلُ الْكَلامَ حَوْلَ القاعِدَةِ الْمَذكورَةِ اَصْلاً وَ عَكْساً مِن حَيثُ الْنَّفِي وَالْاِثباتِ، اِنّما الْمُهِمُّ لنا بيانُ مَعنىٰ القاعِدَةِ اَصلاً وَ عَكْساً ثُمَّ بيانُ الْمَدْرَكِ فِيهِا لِتَمْيِيزِ ما كانَ داخِلاً فِى عُمُوم: **«عَلىٰ الْيَدِ ما اَخَذَتْ»**، عَمّا كانَ خارِجاً عَنْهُ.

فَالْكَلامُ فِى هذِهِ القاعِدَةُ تَحتاجُ اِلىٰ ذِكرِ مَقامَيْنِ:

اَلْاَوّلُ: بيانُ مَعنىٰ الْقاعِدَةِ اَصْلاً وَ عَكْساً.

الثّانِى: بيانُ مَدرَكِها.

ما مَعنیٰ الْقاعِدَةُ اَصْلاً وَ عَكْساً؟

تَوضِيحُهُ: اَنَّ المُرادَ مِنَ الْعَقدِ فِی الْقاعِدَةِ الْمذكورَةِ اَصْلاً وَ عَكْسا، اَلْاَ عَمُّ مِـنَ الجائِزِ وَاللاّزِم **بَلِ** المُرادُ مِنَ العقدِ، مَعناهُ الواسِعُ كما فِی قَولِ القائِلِ:

«كُلُّ مَنْ وَجَدَ ضالّتی فَلَهُ عِنْدِی دينارٌ واحِدٌ» اِذِ القَبولُ فِيهِ، لايَحتاجُ اِلیٰ لفظٍ مَخصُوصٍ **بَلِ** الاِقدامُ عَلیٰ تَحصيلِ الضّالَةِ، قَبولٌ فِيهِ شائِبَةُ الاِيقاع اَوُ كـانَ العـقدُ اَقرَبُ اِلیٰ الاِيقاعِ كما فِی الطَّلاقِ الْخُلْعِیِّ اَلَّذِی هُوَ الطّلاقُ بِالعِوَضِ فَاِنَّ الْخُلْعَ، اَقْرَبُ اِلیٰ الاِيقاعِ مِنْ قُربِهِ اِلیٰ الْعَقْد.

اَمّا كونُهُ اَقْرَبَ اِلیٰ الاِيقاعِ فَلِكَونِهِ كَالطَّلاقِ فِـی الاِنشـاءِ بِـقَولِ الخـالِعِ: **«اَنْتَ مُخْتَلِعَةٌ اَوْ خَلَعْتُ فِلانَةً»** وَ اَمّا كَونُهُ عَقداً فَلاِحتياجِهِ اِلیٰ الْطَّرَفَينِ.

فَالمُرادُ بِالضِّمان فِی الجُمْلَتَينِ فی القاعِدَةِ المذكورَةِ هُوَ كـونُ دَرَكِ المَـضمُونِ عَلیٰ التّالِفِ بِمَعنیٰ كونِ خَسارَتِهِ و دَرَكه فی مالِ الضّامِنِ مِن غَيْرِ هذا المالِ التّالِفِ. فَاِذا تَلَفَ، وَقَعَ نقصانٌ فِی المالِ الْاصلِیِّ بِوُجوبِ تَـدارُكِ المَـضمُونِ مِـنَ الْـمالِ الاصلِّی وَ امّا مُجَرَّدُ كونِ تَلفِهِ فِی مِلْكِهِ بحيثُ يُتْلَفُ مَمْلوكاً له كَمٰا يُتَوَهَّمُ، فَلَيْسَ هذا معنیً لِلضّمانِ اَصلاً فلا يُقالُ: اِنَّ الانسانَ ضامِنٌ لِاموالِهِ.

اَقْسامُ التَّدارُكِ مِاذا؟

اَقْسامُ التّدارِكِ عِندَ الْشَّيخُ(ره) علىٰ ثَلاثةِ اَقسامٍ:

تارَةً: يكونُ بِاَداءِ عِوَضِهِ الْجَعلِيّ و هُوَ الْثَّمَنُ المُسمّىٰ الَّذى تراضىٰ هُوَ اى الضّامِنُ وَالمالِكُ علىٰ كونِهِ عِوَضاً وِامْضاءِ الشّارِعِ كما فِى المضمونِ بسَبَبِ العَقْدِ الصَّحيحِ.

وَ اُخرىٰ: بِاَداءِ عِوَضِهِ الواقِعِيِّ وَ هُوَ الْمِثلُ اَوِ الْقيمَةُ وَ اِنْ لم يَتراضَيا عَلىٰ الْمِثلِ اَوِ الْقِيمَة؟

وَ ثالِثَةً: بِاداءِ اَقَلِّ مِنَ العِوَضِ الواقِعِيِّ وَالجَعلِيِّ كما ذَكَرَهُ بعضُ الْفُقَهاءِ فِى بَعضِ المقاماتِ مثلِ تَلَفِ المَوهُوبِ بِشرطِ التّعويضِ قبلَ دفعِ الْعِوَضِ اذا كانَ الْعِوَضُ الواقِعِيِّ الَّذى هُوَ الْمِثلُ اَوِ الْقِيْمَةُ، اَقَلَّ مِنَ الْعِوَضِ الجعلّى، يُعطِى لِلواهِبِ اِزاءَ هِبَتِهِ التّالِفَةِ و اذا ثَبَتَ اَقَلُّ الْاَمرَينِ فِى الْعَينِ الْمَوهُوبَةِ التّالِفَةِ **فالمرادُ** بِالضِّمانِ فى هٰذِهِ الْعَينِ الْمُوهُوبَةِ التّالِفَةِ بِقَولٍ مُطلَقٍ اى مِن غَيْرِ تَقييدِ التّدارُك بِالقِيمَةِ الواقِعِيّةِ وَ هُوَ المثلُ اَوِ القيمَةُ او بِالجَعلِيِّ وَ هُوَ المُسمّىٰ **لِاَنَّ** هذا هُوَ الْتّدارُكُ بِالعِوَضِ الواقِعِيِّ.

وَ لِاَجلِ اَنَّ الْتّدارُكَ بِالْعِوَضِ الواقِعِيِّ هُوَ التّدارُكُ حَقِيقَةً لَو اِشتَرَطَ ضِمانَ العارِيَةِ لَزِمَتْ غرامَةُ مِثلها اَوْ قِيمَتها.

وَ لم يَرِدْ فِى اَخبارِ ضِمانِ المضموناتِ مِنَ المَغصُوباتِ وَ غيرِها عَدا لَفْظُ الضِّمانِ بقولٍ مُطلقٍ فَيُحْمَلُ علىٰ العِوضِ الواقِعِيِّ وَ هُو الْمِثلُ اَوِ الْقيمَةُ.[1]

عَنِ الحلبىِّ عَن اَبى عَبدِالله عليه السلام: قالَ:

«صاحِبُ الْوَدِيعَةِ وَالبِضاعَةِ مُؤْتَمِنانِ».

وَ قالَ: لَيْسَ علىٰ المُستَعيرِ عارِيَةً الضِّمانُ وَ صاحِبُ العارِيةِ وَالوَدِيعَةِ، مُؤْتَمِنٌ»[2].

ـ عَنْ سَماعَةِ بنِ مهران عَن اَبى عَبدِالله عليه السلام قالَ: قُلتُ له: اَلرَّجُلُ يَكونُ عِندَهُ مالُ

۱- وسائل الشّيعة جلد ۱۳، ص ۲۳۷ـ الباب الاوّل ـ الاحاديث: الحديث ۶.

۲- وسائل الشّيعة جلد۲، ص۵۸، الباب۲ـ الحديث۵.

اليَتيمِ فَيَتجِرُّبه اَيَضمِنُهُ؟ قالﷺ: نَعَمْ، قلتُ: فَعَلَيهِ الزَّكاةُ.

فَقالَ ﷺ: لا، لَعُمرى لا اَجْمَعُ عليه خِصْلَتينِ: الضّمانَ وَالزَّكاةَ.

لا يخفىٰ اَنَّ الشّاهِدَ فيها، **فِي كَلِمَةِ «الضّمانِ»** حيثُ ذُكِرَتْ مطلقةً غيرَ مُقَيَّدةٍ بِالمُسمّىٰ اَوِ الواقِعِ: و هُوَ الْمِثلُ اَوِ القيمَةُ.

وَ اَمّا تَدارُكُ التّالِفِ بِغَيرِ عِوَضِهِ الواقِعىِّ **فَلابُدَّ** مِن ثُبوتِهِ من طَريقٍ آخَر مِثلِ تَواطُؤِ المُتعاقِدَين بِالايجابِ وَالقَبولِ علىٰ غيرِ العِوَضِ الواقِعِىِّ وَ يَمضىٰ الشّارِعُ هذا الْعِوَضَ الّذى تَواطَيا عليه، بِالْعَقدِ الصَّحيحِ.

فَاحتمالُ اَنْ يَكونَ المرادُ بِالضّمانِ فِى قولهم: «**يُضْمَنُ بِفاسِدِهِ**» هُوَ وجُوبُ اَداءِ العِوَضِ المُسمّىٰ بِالعقدِ الفاسِدِ الّذى ظَهَرَ فَسادُهُ لَهُما، نظيرُ الضّمانِ فى العَقدِ الصّحيحِ».

ضَعيفٌ فِي الغاية اى ليسَ وَجهُ ضَعفِ وجوبِ اَداءِ الْعِوَضِ المسمّىٰ فِى العقدِ الفاسِدِ، لِاَجَلِ اَنَّ ضِمانَ العوضِ المُسمّىٰ فِى الْعَقْدِ الفاسِدِ، يُخرِجُ العَقدَ الفاسِدَ عَن فرضِ كونِهِ عَقداً فاسِداً **لانّهُ** يَكفِى فِى تحَقُّقِ فَرْضِ الفَسادِ، بقاءُ الْعِوَضَيْنِ علىٰ مِلكِ مالِكِها وَلايُنافِى الفسادُ، تَعَيُّنَ الضّمانِ بِالمُسمّىٰ.

وَ اِن كانَ عِندَ تلفِ الْعِوَضِينِ، يَتَعَيَّنُ الآخَرُ لِلْعِوَضِيَّةِ وَ هُوَ المُسمّىٰ فِى العَقدِ الفاسِدِ فاِن كانَ المُسمّىٰ التّالِفُ، هُوَ الثَّمَنُ فيكونُ المُثْمَنُ المُسمّىٰ هُوَ الْعِوَضُ عن الثَّمنِ وَلايُنافِى ذلک كُونَ العقدِ فاسِداً.

نظيرُ المعاطاةِ لبقاء العوضينِ علىٰ مِلكِ مالكهما، فى العقد الفاسِدِ علىٰ الْقَولِ بالاباحَةِ وَ اَنَّ الضّمانَ يكونُ بالعوضِ الواقِعِىِّ.

وَ حاصلُه اَنَّ ما نُحن فيه كالمأخوذِ بالمعاطاةِ علىٰ القولِ بالاباحَةِ فى انّه باقٍ علىٰ مِلكِ مالكِهِ وَ عند تَلَفَ احدِهِما يُضْمنُ بِالعوضِ الواقِعِىّ الّذى هُوَ المثلُ او القيمَةُ و وَجهُ الضّعفِ فى الاحتمالِ المَذكورِ، لِاَجْلِ ماعرفتَ معنىٰ الضّمانِ و هو العوضُ الواقِعىُ الّذى هو المَثلُ او القيمةُ و اَنَّ العقدَ الصّحيحَ انّما صارَ المسمّىٰ فيه عِوَضاً لِامضاءِ الشّارِعِ ذلکَ والعقدُ الفاسِدُ، لم يَمضِهِ الشّارِعُ فَليسَ فيه ضِمانُ

المسمّىٰ فَيُرجَعُ فيه اِلىٰ العوضِ الواقِعِيِّ كما عرفتَ و اَنّ التّدارُكُ بِالمسمّىٰ فى العقدِ الصّحيحِ، لِاِمضاءِ الشّارِعِ ما تواطَأ علىٰ عِوضِيّتِهِ **لا لِاَنَّ** معنىٰ الضّمانِ فى الصّحيحِ مغايرٌ لِمعناهُ فى الفاسِدِ حتّى يُوجِبَ تغايُرَ الضِّمانِ فى العقدينِ تَفكِيلاً فِى العبارَةِ.

والمقصودُ مِن هذا الكلامِ، هو اَنَّ الحكمَ فى العقدِ الصّحيحِ بِضِمانِ المُسمّىٰ عِنْدَ تلفِ العينِ وَ ضِمانِ العوضِ الواقعِّي الّذى هو المثلُ او القيمةُ فى العقدِ الفاسِدِ، ليسَ لِاَجلِ تغايُرِ معنىٰ الضِّمانِ وَ مَفهومِهِ فِى العقدِ الصّحيحِ والفاسِدِ بحيثُ تَتَفَكَّكُ عبارَةُ الضِّمانِ فى العقدين **بل** لِاَجلِ اِمضاءِ الشّارِعِ، المسمّىٰ فى العقد الصّحيحِ بسببِ تَواطُؤِ المتعاقدينَ عَلىٰ ذلک وَ عدمُ اِمضاءِ الشّارِعِ فِى العقدِ الفاسِدِ.

و قالَ الشّيخُ(ره) فى ذَيلِ كلامِهِ فى المقام بِقولِهِ: «**فَافْهَمْ**»

لَعلّهُ اشارَةٌ الىٰ انّ الضَّمانَ الصّحيحَ وَ ان كانَ المُسمّىٰ و ضمانُ الفاسِدِ وَ اِن كانَ العوضُ الواقِعِيُّ الّذى هو المَثَلُ او القيمةُ **لكنّه** مع ذلک لايُوجِبُ تفكيكاً و اِختلافاً فى معنىٰ الضّمانِ.

نكتةٌ

وَ هی اَنَّ مقصودَ الشّيخ(ره) اَنَّ العمومَ المستفادَ من هذه القاعِدَةِ بواسطَةِ **كلِمَةِ «كُلّ»**، باعتبارِ العمومِ فی اَنواعِهِ حتّیٰ يقالَ: بِخروجِ جميعِ اَفرادِ العارِيَةِ من الذّهبِ والفضَّةِ والمشترط فيها الضّمان و غير المشترط، عَن اِطارة الضِّمانِ **لِاَنَّ** نوعَ العارِيَةِ، لايُضمَنُ بصِحيحِهِ حتّیٰ بفاسِدِهِ.

بل العمومُ المذكورُ بِاعتبارِ اَصنافِهِ **حيثُ** اِنَّ بعضَ الانواع مِن العقودِ مُشتَمِلُ عَلیٰ اَصنافٍ بعضُها لايُضْمَنُ بِصحِيحِها فالفاسِدُ من هذا الصّنفِ لايُضْمَنُ ايضاً و بعض الاصناف يُضمن بصَحيحِها فالفاسِدُ من هذا الصّنف يُضْمَنُ ايضاً كما مَثّلنّاه بالعارِيةِ و كذلک الهبة فَاِنّها عَلیٰ صِنْفَينِ:

اَلْمُعَوَّضَةِ وَ غَيْرِ الْمُعَوَّضَةِ، **فَالمُعوَّضَةُ** يُضْمَنُ بِصحِيحها فَاِذاً يُضْمَنُ بفاسِدِها.

وَ غَيرُ الْمُعَوَّضَةِ لايُضْمَنُ بِصَحِيحها فَكذلِک لايُضمَنُ بفاسِدِها.

وكذا الكلامُ فی الهبَّةِ المُعوّضَةِ وَ كذا عارِيةُ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ.

نَعَمْ: ذَكَروا فِی وجهِ عدمِ ضِمانِ الصّيدِ فی المُحرِمِ الّذی اِستعارَهُ المُحرِمُ، اَنَّ صَحِيحَ العارِية لايُوجِبُ الضِّمانَ فَيَنبغی اَن لايُضمَنَ بفاسِدِها وَ هِیَ اِستعارَةُ المُحرِمِ للصّيدِ حالة الاحرامِ **حيثُ** اِنَّ الصّيدَ محرّمٌ عليه فلا يَمْلِكُهُ.

وَ لَعلِّ مُرادُ الفقهاءِ منَ العارِيَةِ، عارِيةً غَيرِ الذّهب والفِضَّةِ وَ غَيرِ المَشروطِ ضِمانُها.

لايَخفی: اَنَّ المتبادَرَ من اِقتضاءِ الصّحيحِ للضّمانَ، اقتضاؤُهُ له بِنَفْسِهِ فلو اِقتضاه الشّرطُ المُتَحَقَّقُ فی ضِمنِ العَقدِ الصّحيحِ كما فِی العارِيةِ المشترط فيها الضّمانُ ففی الضّمانِ بالفاسِدِ من هذا الفرد المشروط فيه الضّمانُ تَمَسُّكاً بهذه القاعِدَةِ و هی «كُلُّ عقدٍ يُضْمَنُ بِصَحيحِهِ يُضمنُ بِفاسِدِه» الخ.

اِشكالٌ كما لو اَستأجَرَ اجارَةً فاسِدَةً كما لو اختلَّ بعضُ شُروطِ العقدِ وَ اِشْتَرَطَ فيها ضِمانَ العين وَ قلنا بِصِحَّةِ هذا الشَّرْطِ و هو ضمانُ العين بدون تَعَدٍّ و **تفريطٍ فهل تُضمنُ العينُ** المُستأجِرَة الّتی شَرَطَ ضِمانَها، بهذه الاجارَة الفاسِدَةِ الّتی فَقَدَ فيها

بعضُ الشّروطِ؟ لِاَنَّ صَحيحَ عَقدِ الاجارَة الّتى شُرِطَ فيها ضمانُ العَيْنِ، يُضمَنُ، فَهَلْ فسادُه الّذى شُرِطَ فيه الضّمانُ يُضْمَنُ؟ او يَرْجِعُ اِلىٰ اَصْلِهِ و هو اَنَّ صَحيحَ الاجارَةِ لا يُضمَنُ كذلک فاسِدُها وَلو لِاَجْلِ الشَّرْطِ ام لا؟.

وكذا عارية الذّهبُ والفِضَّةِ المَضْمُونَةِ اذا فَسَدَتْ، تُضْمَنُ كما اَنَّ صَحيحَها يُضْمَنُ؟

وَ يَظْهَرُ من صاحِبِ الرّياض، اِختيارُ الضِّمانِ بفاسِدِ العارِية مطلقاً سواءٌ اِشْتَرَطَ فيها الضَّمانَ ام لا؟ بقوله عليه السلام «**علىٰ اليَدِ ما اَخَذَتْ حتّىٰ تُؤَدِّى**» تَبَعاً لِظاهِرِ المسالکَ و من قَبيلِ العاريةِ المضمونَةِ فى اَنَّها مُوجِبَةٌ للضِّمانُ، الْهَبَةُ المُعَوَّضَةُ.

ربّما يُحْتَمَلُ فى القاعِدَةِ المعروفَةِ و هى. «كُلُّ عَقدٍ يُضْمَنُ» الخ اَنْ يَكونَ معناها اَنَّ كُلِّ شَخصٍ من العُقُودِ يُضْمَنُ به لو كان صَحيحا، يُضْمَنُ بِه مَعَ الفَسادِ.

و رُتِّبَ علىٰ هذا المعنىٰ المحتمل، عَدَمُ الضّمان اى عَدَمُ ضِمانِ العينِ المستأجَرَةِ اذا لم يتعدّ فيها و لم يفرط بشرطِ اَنْ لا اجرةَ **فَاِنَّ** هذا الشَّرطَ، فاسِدٌ لِاِبتناءِ الاِجارَةِ علىٰ الاُجْرَةِ كما اَختارَ الشّهيدان عَدَمَ ضمانِ العينِ المستأجِرَةِ فى الاجارَة الفاسِدَةِ بالشّرطِ المذكورِ او باعَ بلا ثَمَنٍ اى رَتَّبَ علىٰ المبيع بلا ثَمَنٍ، عدم الضّمانِ **لِاَنَّ** البَيعَ، فاسِدٌ لِاِبتنائِهِ علىٰ الثَّمَنِ كما اَنَّ عَدَمَ ضِمانِ العين المَبيعَةِ بِلا عِوَضٍ، احدُ وَجْهِىَ العَلاّمَةِ فى القواعِدِ.

لايخفىٰ: اَنَّ اِحتمالَ تعلّقِ الضِّمانِ بشخصِ العقدِ لابنوعِهِ او صِنفِهِ **ضَعيفٌ بِاَنَّ** الموضوعَ هو العقدُ الّذى وُجِدَ له، بِالفعلِ صَحيحٌ و فاسِدٌ لا مايُفْرَضُ تارَةً صَحيحاً و اخرىٰ فاسِداً **فَالْمُتَعَيَّنُ** بمقتضىٰ هذه القاعِدَةِ بِاَنَّ المُرادَ «**بِكُلِّ عقدٍ يُضمنُ بِصحيحِهِ، يُضمَنُ بفاسِدِهِ**»، كلُّ شَخصٍ مِنَ الْعقودِ، الضِّمانُ فى مَسألَةِ البَيْعِ **لِاَنَّ** البَيْعَ الصَّحيحَ، يُضْمَنُ بِهِ. **نَعَمْ ما ذَكَرَهُ** بَعْضُ الفقهاء و هو شَيخُ الطّائِفَةِ من الْتّعليلِ لِهٰذِه القاعِدَةِ بِقوله: لِاَنَّهُ اَدْخَلَ اى اَقْدَمَ عَلىٰ الضِّمانِ فِاِنَّهُ جَعَلَ الاقدامَ علىٰ الشّىءِ، عِلَّةً للضِّمانِ، لايجْرى فى هذا الفرعِ **فَعَلَيْهِ** لايَشْمَلُ هذا التّعليلُ ضِمانَ البيع بلا ثَمَنٍ، **لكنّ** الكلامَ فِى معنىٰ القاعِدَةَ لا فى مَدْرَكِها و هى قاعِدَةُ الاقدامِ كما ذَكَرها الشّيخُ او قوله صلى الله عليه و آله «**علىٰ الْيَدِ ما اَخَذَتْ...**».

فَرْعٌ: اِنَّ معنیٰ لفظَةِ الباءِ فِی «بِصَحِیحِهِ وَ بِفاسِدِهِ» ماذا؟ هَلْ هِیَ بِمَعْنیٰ «فـی» او بمعنیٰ مُطْلَقِ السَّبَبِیَّةِ او الْعِلَّةِ التّامَّةِ؟

مِن المعلوم: اَنَّ لفظةَ «الباءِ» فی «بَصَحِیحِهِ» و «بِفاسِدِهِ»، اِمّا بِمعنیٰ «فی» بِـاَنْ یُرادَ کلّما تَحَقَّقَ الضِّمانُ فی صَحیحِهِ، تَحَقَّقَ فِی فاسِدِهِ وَ اِمّا لِمُطْلَقِ السَّبَبِیَّةِ الشّامِلِ للنّاقِصَةِ ای تُوجِبَ الضِّمانَ بعد التَّقابُضِ فَهوَ جُزءُ السَّبَبِ فَتَکونُ الباءُ سببیّةً ناقِصَةً لا الْعِلَّةَ التّامَّةَ **لِاَنَّ** العقدَ الصّحیحَ قد لا یُوجِبُ الضِّمانَ اِلاّ بَعْدَ القبضِ کما فی السَّلَمِ والصَّرْفِ **بل** مُطلقَ البَیعِ **حیثُ** اِنَّ المَبیعُ قبلَ القبضِ مَضمونٌ عَلیٰ البائعِ بِمَعنیٰ اَنَّ دَرَکَهُ عَلیهِ وَ یَتدارَکُهُ بِرَدِّ الثّمنِ اِلیٰ المُشتری.

قال الشَّیخُ(ره) فی ذَیلِ کلامِهِ: **«فَتَامَّلْ»** وَ لَـعَلَّ وجـهَ التّأمُّـلِ اَنَّ **«البـاءَ»** فِـی «بِصَحِیحِهِ»، علّةٌ تامَّةٌ لِلضِّمانِ فلا یُنافِیها تَوَقُّفِ الصِّرْفِ ِ وَالسَّلَمِ عَلیٰ القَبضِ فی الضِّمانِ.

وَکذا الاجارَةُ والنِّکاحُ وَالْخُلعُ فَاِنَّ المالَ فی ذلک کُلِّه، مَضمونٌ علیٰ من اِنْتَقَلَ عنه اِلیٰ اَن یَتَسَلَّمَهُ مَن اِنْتَقَلَ اِلیهِ وَ اَمّا العقدُ الفاسِدُ فَلا تَکونُ عِلّةً تامَّةً اَبداً **بَل یُفْتَقَرُ** فی ثُبوتِ الضِّمانِ اِلیٰ القَبَضِ وَ قبلَ القبضِ لاضِمانَ فَجَعْلُ الفاسدِ سبباً **اِمّـا لِاَنَّـهُ** المَنشأُ لِلقبضِ علیٰ وَجهِ الضِّمانِ الّذی هُوَ سببٌ لِلضَّمانُ و **اِمّا لِاَنَّهُ** سـببُ الْـحُکْمِ بالضِّمان بشَرْطِ القبض لا مُجَرّداً عَنهُ.

و لاجل مدخلیّة القبض فی الضّمان فی العقد الفاسد، **علّل الشّیخ** و غیره، الضّمان بدخوله علیٰ ان تکون العینُ مضمونةً علیه.

ولاریب انّ سببیّة کلمة «الباء» للضّمان فی العقد الصّحیح والفاسد، انّما هی بنحو الاقتضاء **لا انّها علّةٌ تامّةٌ له** و انّ العقد الفاسد بشخصه، لایکون علّةً تامّةً للضّمان ما لم یکن معه قبضٌ فالقبضُ و العقد الفاسد کلاهما یکونان دخیلین فی الضّمان طولیّاً فقبل القبض لایکون ضمانٌ.

والغرضُ من کون الباء سبباً للضّمان فی العقد الصّحیح والفاسد بنحو الاقتضاء **لا انّها علّةٌ** تامّةٌ له و انّ العقد الفاسد بشخصه، لایکون علّةً تامّةً للضّمان ما لم یکن معه

قبضٌ و انّ القبض والعقد الفاسدَ كلاهما يكونان دخيلين فى الضّمان طوليّاً بحيث لايكون ضمانٌ قبلَ القبضِ، **انّ ذلك كلّه** دفع ما يتوهّم انّ سبَبَ الضّمان فى الفاسد هو القبضُ لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد علىٰ الصّحيح فى سببيّة الضّمان؟ و يقال: «**كلّما يُضمن بصحيحه، يضمن بفاسده**».

دَفْعُ توهّمٍ؟

و ممّا ذكرناه من انّ القبض، دخيلٌ فى الضّمان و انّ العقد، سببٌ للضّمان، ظهر فسادُ توهّم اَنّ ظاهر القاعدة و هى انّ «**كلّ عقد يضمن بصحيحه، يضمن بفاسده**»، عدم توقّف الضّمان فى الفاسد الىٰ القبض **لانّ** الضّمان فى الصّحيح، غير متوقّفٍ علىٰ القبض **فلابدّ من** تخصيص القاعدة فى العقد الفاسد باجماعٍ و نحوه مثل الشّهرة او الاتّفاق او عدم وجود الخلاف و...

مسألةٌ: مَدْرَكُ قاعدةِ: كلّ عقدٍ يُضْمَنُ بِصَحِيحِه، يُضْمَنُ بِفاسِدِه» و «كلّ عقدٍ لايُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لايُضْمَنُ بفاسده»،

اَلْمَدْرَكُ لها شيئان: ذكرهما الشّيخ(ره) فی المتن و هما:

۱ـ الاقدام علىٰ الشّئی.

۲ـ قوله ﷺ: «علىٰ اليد ما اَخَذَتْ حتّىٰ تؤدّی».

امّا الاوّل فقد ذكره شيخ الطّائفة و هو اوّل من تَكَلّمَ و جاءَ بـه و اَدْخَـلَهُ فـی القواعد الفقهيّة و صار اصلاً من الاصول و تَبَعَهُ عـلىٰ ذلک، المـتأخّرون و مـنهم الشّهيد الثّانی ذكره فی المسالک فی مسألة الرّهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الاجل.

والظّاهر انّ شيخنا الانصاری تَبَعَ فی استدلاله بالاقدام، الشّيخ فـی المـبسوط حيث علّل الضّمان فی موارد كثيرةٍ من البيع والاجارة الفاسدين بدخوله عـلىٰ ان يكون المال مضموناً عليه بالمسمّىٰ فاذا لم يسلم له المسمّىٰ، رَجَـعَ الىٰ المـثل او القيمةِ؟.

امّا المدرک الثّانی فهو الحديث و هو قوله ﷺ «عـلىٰ اليـد مـا اخـذت حـتّىٰ تؤدّی»[۱] ثمّ انّ الاستدلال بالحديث يقتضی البحث فيه من جهاتٍ لابأس باشارةٍ اجماليّةٍ اليها:

الجهةُ الاُوْلىٰ: بيان الفرق بين هذه اليد الواردة فی قوله ﷺ: «**علىٰ اليد ما اخذت** حتّىٰ تؤدّيه» **و بين اليد الّتی جَعلها** الشّارع احدىٰ الامارات كما جعل البيّنة والسّوق منها.

الفرق بينهما واضحٌ حيث انّ البحث عنها بحثٌ عن حجيّتها و امارّيتها بمعنىٰ انّ الشّارع كما جعل البيّنةَ والسّوق حجّةً فی انّ بهما تثبت الزّوجيّة والملكيّة والتّذكيّة والطّهارة و غير ذلک من الامور الانتزاعيّة **كذلک جعل اليد حـجّةً و امـارةً عـلىٰ**

۱- راجع (مستدرک وسائل الشّيعة) جلد ۳، ص ۱۴۵ـ الباب ۱ـ كتاب الغصب/ الحديث ۴

الامارات المذكورة.

فالبحث عن هذه اليد، بحثٌ عن ثبوت المذكور لها اى هل تثبت الملكيّةُ او الزّوجيّةُ او التّذكية او الطّهارةُ بهذه اليد الواضعة علىٰ ما يكون تحت تصرّفه ام لا؟ **فمآل البحث عنها الىٰ البحث** عن اماريّتها لاغير.

فالمراد من هٰذه اليد معناها، العامّ و هى السّلطنة والسّلطةُ والسّيطرةُ والاستيلاءُ و ليس المراد منها، اليد الغاصبةَ او المأذونةَ او الشّرعيّةَ او المالكيّةَ.

و امّا البحث عن اليد فى قوله ﷺ: «علىٰ اليد ما اخذت حتّىٰ تؤدّى» فبحثٌ عن انّ هٰذه اليد الّتى ليست يداً مالكيّة ولا مأذونةً من قِبَل مالكها، هل توجب الحكم الوضعىّ الّذى يراد منه الضّمان لو تصرّفت فيما تحت تصرّفه و سلْطته و استيلائه عند تلفه او لا تُوجب الّا الحكمَ التّكليفىّ فقط و هو وجوب الرّد الىٰ صاحبه؟

والمراد باليد هنا، ليست اليد الجارحة **بل** الاستيلاء **لانّه** ربّما يكون الآخذ غير قابلٍ لاَخْذِه، الشّىءِ بالجارحةِ.

و بهذا المعنىٰ يصّح ان يقالَ: انّ الامر، ليس بيدى ولو كان بيدى، لكنتُ اَفْعَلُ كذا فالمراد منها، الاستيلاء التّكوينىّ او الاعتبارىّ **لانّه** من صفات المتولّى فاذا قَبِلَ: علىٰ اليد كذا اى علىٰ المستولى كذا.

و بهذا المعنىٰ قال الله عزّوجلّ ردّاً علىٰ اليهود لعنهم الله تعالىٰ: **بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ، حيث قالوا يَدُالله مَغْلُولَةٌ غُلَّتْ اَيْديهِمْ و لُعِنُوا بما قالُوا»،** اذا اليهود ارادوا من الغلّ، القدرةَ والاستيلاءاى ليس للّه عَزّوجَلّ الاستيلاء والقدرة علىٰ الرّزق فاجابهم الله عَزّوجَلّ: انّ قدرة الله واسعةٌ ليس فيها تضييقٌ فهو يُنْفِقُ حسب المصالح كيف اَرَادَ و شَاءَ.

فالموضوع فى تلك اليد، اماريّتُها والموضوع هنا، الضّمان و عدمه.

الجهة الثّانية فى اعراب الحديث:

توضيحه انّ «علىٰ الْيَدِ» ظرفٌ مستقرٌّ مرفوعةٌ محلًا خبرٌ للمبتدأ المتأخّر و هى كلمة ما الموصولة فى الحديث **فتقدير الجمله هكذا:**

«الّذی اخذت الید، ثابتٌ او مستقرٌّ فی ذمّة الانسان حتّیٰ یُؤدِّیَهُ» و قال بعضٌ: انّ الظّرف هنا، لغوٌ متعلّقٌ بافعال العموم و هو الکون والوجود والحصول والثّبوت **ولکنَّ الاوّل** اوفقُ بالمُتَفاهَمِ الْعُرفیِّ والمعنیٰ: انّ الّذی اخذته الید ثابتٌ و مستقرّ علیها الیٰ اَنْ تؤدّیه.

و وجه الاوفقیّة، انّ الظّرف لوکان لغواً لاحتاجَ الیٰ التّقدیر والاصل، عَدَمُهُ و بالاضافة الیٰ انّه ﷺ فی مقام بیان ردّ مال الغیر الیٰ صاحبه و ایضاً له الیه لا انّه فی مقام حفظه عن التّاف والضّیاع.

الجهةُ الثّالثة فی قوله ﷺ: **«علیٰ الید ما اَخَذَتْ»** الخ. انّ مدّة الاستیلاء الحاصل علیٰ الشّیء الّذی یکون تحت تصرّفه و استیلائه، الیٰ الوقّت الّذی لم یؤدّه الیٰ صاحبه.

و امّا اذا ادّاه فقد ارتقع ذاک الاستیعلاء فالاستیلاءُ محدودٌ بغایةٍ معیّنةٍ و هی مدّةُ تصرّفهِ بالعین المستولیٰ علیها فقط.

بعد ذکر هذه الجهات الثّلاثة فاعلم انّ المأخوذ الّذی اصبح تحت تصرّف الآخذ اِمّا غصباً او بدون اذن المالک او الشّارع یکون فی عهدة الآخذ و ذمّته الّتی یراد منها عالم الاعتبار لاعالم الخارج **لانّ** العالم الخارج، ظرف و وعاءٌ للموجود الخارجیّ **فاذا قیل:** ذمّة الشّخص او عهدته مشغولةٌ یراد منها الاعتبارات الشّرعیّة او العقلائیّة بالنّسبة الیه.

فالّذی یراد من الحدیث الشّریف: «علیٰ الید ما اخذت حتّیٰ تؤدّی»، انّ المال المأخوذ جبراً او بدون رضیً مِنْ مالکه او بدون اذنٍ من الشّارع، فهو ثابتٌ بوجوده الاعتباری فی ذمّة الشّخص و عهدته ولایرتفع الّا بعد ادائه الیٰ صاحبه اذا کانت العین موجودةً و الّا بعد اداء مثلها او قیمتها اذا کانت تالفةً **لانّه** بمجرّد التّلف، لایرتفع الموجود الاعتباریّ عن ذمّة الشّخص عهدته.

ثمّ انّ هذه الجهات والمراتب، لیست بحکم العقل فقط **بل العرف** یحکم بذلک ایضاً فانّه بعد اَنْ حَکَمَ بالضّمان یَحْکُم اوّلاً بردّ العین اذا کانت موجودةً و یردّ مثلها

اذا تلفت و يردّ مثلها اذا تعذّر المثل.

الیٰ هنا کان الکلام فی العین و امّا المنافع لو کانت لها فنقول:

هی علیٰ قسمین: «المستوفاة و غير المستوفاةِ».

امّا المستوفاة فلا شکّ فی ضمانها و انّها فی ذمّة المُستوفِی **لانّها** تعدّ من الاموال **فلابدّ من** تداركها لانّه لا فرق فی الاموال بين كونها عيناً او منفعةً **بل** فی غالب الاشياء تكون ماليّةُ العين بواسطةِ المالية المنافع **اذ** فی الحقيقة لو لا للعين من منافعَ، لما بَذَلَ المالَ بازائها.

امّا غير المستوفاة فالضّمان فيها مشهورٌ و هو الاقویٰ لتفويتها علیٰ صاحبها **بناءً علیٰ انّ** التّفويت من موجبات الضّمان و اسبابه عند العقلاء **حيث** انّهم يرون انّ تفويت مال الغير موجبٌ للضّمان.

هذا کلّه فی المنافع اذا کانت متّحدةً و امّا اذا كانت للعين منافعُ متضادّةٌ **فهل يضمن جميعها اذا تلفت سواءً** استوفيت ام لم تستوفِ او يضمن اكثرها مالاً او يضمن احدها.

الوجه الاوّل و هو الاقدام علیٰ الضّمان الّذی ذکره شيخ الطّائفة، لايخلو عن تأمّلٍ لانّهما انّما اقدما و تراضيا و تواطأ بالعقد الفاسد علیٰ ضمانٍ خاصٍّ و هو المسمّیٰ لا الضّمان بالمثل او القيمة.

والمفروضّ، عدم امضاء الشّارع لذلك الضّمان الخاصّ لفساد العقد فالضّمان الخاصّ قد انتفیٰ بحكم الفرض.

و مطلق الضّمان و هو الْمِثْلُ والقيمه لايبقیٰ بعد انتفاء الخصوصيّته و هو ضمان المسمّیٰ الّذی اعترف به المتعاقدان حتّیٰ يتقوّم بخصوصيّةٍ اُخریٰ فالضّمان بالمثل او القيمة ان ثبت فحكمٌ شرعیٌّ تابعٌ لدليله فان وُجِدَ دليلٌ نحكم بالضّمان ان لم يوجد لم نحكم و ليس ممّا اقدم عليه المتعاقدان.

هذا کلّه و هو انّ الضّمان المخصوص قد ارتفع بفساد العقد والضّمان المطلق لم يقدما عليه **مع انّ** مورد العقد الفاسد، هو الاقدام علیٰ الضّمان كما افاده الشّيخ(ره)

اعمّ من وجهٍ بين الاقدام والضّمان من النّسب الاربعة و عمومٌ و خصوصٌ من وجهٍ لهما مادّة الاجتماع و مادتا افتراقٍ **اذ قد** يكون الاقدام موجوداً ولاضمانَ كما قبل القبض وقد لايكون اقدامٌ فی العقد الفاسد مع تحقّق الضّمان كما اذا شرط فی عقد البيع، ضمان المبيع علیٰ البائع اذا تلف فی يد المشتری كما اذا قال: «**بعتك بلا ثمنٍ او آجرتك بلا اجرةٍ**» فانّ عقد البيع بلا ثمنٍ والاجارة بلا اجرةٍ، فاسدٌ فالضّمان موجودٌ والاقدامُ ليس موجوداً.

نعم قوّیٰ الشّهيدان فی‌الاجارة بلا اجرة، عدم الضّمان و استشكل العلّامة فی مثال البيع فی باب الْسِّلَم، فی الضّمان فی الْسِّلَم.

حاصل الكلام انّ دليلَ الاقدامِ مع انّه مطلبٌ يحتاج الیٰ دليلٍ لم‌نحصّله، منقوضٌ طرداً و عكساً **اذ قد**يكون الاقدام موجوداً ولاضمانَ الیٰ آخر قول الشّيخ(ره) فی ص ۱۶۴ من المكاسب.

اشكال الشّيخ علیٰ الاستدلال بقولهﷺ: «**علیٰ اليد مٰا اَخَذَتْ**» **الخ.** بالقاعدة المذكورة بانّ قوله ﷺ: «**علیٰ اليد ما اخذت**»، الخ ليس له عمومٌ حتّیٰ يشمل الاعيان والمنافع **بل** مختصٌّ بالاعيان فلايشمل المنافع كالاجارة والاعمال المضمونة فی‌الاجارة الفاسدة **اللّهم الّا** اَنْ يُسْتَدَلَ علیٰ الضّمان فی المنافع و فی الاعمال المضمونة فی الاجارة الفاسدة بادلّة اربعة:

الدّليل الاوّل، مادِّل علیٰ احترام مال المسلّم و ضمان المنافع والاعمال المضمونة فی الاجارة الفاسدة.

الدّليل الثّانی قولهﷺ: «**اَلْمُسْلِمُ اَخُو الْمُسْلِمِ، لا يُحِلُّ مالُهُ الّا عَنِ طَيْبِ نَفْسٍ منه**».

الدّليل الثّالث قولهﷺ: «**حُرْمَةُ مٰالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِه**».

الدّليل الرّابع: الحديث الوارد عن الحلبیّ عن ابی عبداللّهؑ **قال: سألته هل تجوز شهادة اهل ملّةٍ علیٰ غير اهل ملّتهم؟** قال: نعم، اذا لم يوجد من اهل ملّتهم،

جازت شهادةُ غيرهم، انّه لايَصْلَحُ ذهابُ حَقِّ اَحَدٍ»[۱]

مضافاً الیٰ ما ذکرنا من الادلّة الّتی هی الاخبار المشار الیها، لنا دليلٌ آخر علیٰ ضمانِ المنافعِ والاعمال المضمونةِ فی الاجارة الفاسدةِ و هی ادلّةُ نفی الضّرر الوارد فی قوله ﷺ: «**لاضَرَرَ وَلاضِرارَ**» فکلّ عملٍ وَقَعَ من عاملٍ لاحد بحيثُ يَقعُ بامره و تحصيلاً لغرضه فلابّد من اداء عوضه لقاعدتی الاحترام و هو انّ «**حرمة ماله کحرمة دَمِه**» کما اشرنا اليه سابقاً و «قاعدة نفی الضّرار».

مراد الشّيخ الطّائفة من الاستدلال علیٰ الضّمان بالاقدام ماذا؟

لايبعد ان يکون مراد شيخ الطّائفةَ من الاستدلال علیٰ الضمان بالاقدام والاشکال عليه: انّ العين والمنفعة اللّتين تسلّمهما المتعاقدان، لم‌يکونا مجّاناً و تبرّعاً حتّیٰ لايقضی احترامهما بتداركهما بالعوض کما فی العمل المتبرّع به والعين المدفوعة مجّاناً او امانةً فليس دليل الاقدام دليلاً مستقلاً فی عرض دليل: «**علیٰ اليد ما اخذت حتّیٰ تؤديّه**» **بل هو** بيان لعدم المانع عن مقتضیٰ اليد فی الاموال کما فی المنافع فی الاجارة الفاسدة واحترام الاعمال المضمونة فی الاجارة الفاسدة.

نعم: ذکر الشّهيد الثّانی کلاً من الاقدام واليد، دليلاً مستقّلاً **بحيث** کان کلّ واحدٍ منها دليلاً مستقّلاً فی عرض الآخر **فحينئذٍ** يبقیٰ الاشکالان السّابقان: **احدهما:** النّقص بانّ الاقدامَ قد يکون موجوداً و لاضمانَ.

و ثانيهما: الاعتراضُ بانّ دليلَ الاقدام مع انّه مطلبٌ يحتاج الیٰ دليلٍ لم نحصّله، منقوضٌ طرداً و عکساً.

و حين ان قلنا: انّ قاعدةَ الاقدام منقوضةٌ طرداً و عکساً و انّه لادليلَ علیٰ انّ الاقدام سببٌ للضّمان، يبقیٰ الکلام فی بعض الاعمال المضمونة الّتی لايرجع نفعها الیٰ الضّامن ولم‌يقع بامره کالسّبق فی المسابقة الفاسدة **حيث حَکَمَ** الشّيخُ والمحقّقُ و غيرهما بعدم استقحاق السّابق اجرةَ المثل شرعاً **لانّه** لم‌تکن مُمضاةً من قِبَلِ الشّارع خلافاً لبعض الفقهاء **حيث** قالوا باستحقاق السّابق اجرةَ المثل.

۱- وسائل الشّيعة، جلد ۱۳، ص ۳۹۰ـ الباب ۲۰ـ الحديث ۳.

وجه عدم استحقاق السّابق اجرة المثل انّ عمل العامل، لم‌يعد نفعه الیٰ الآخر ولم‌يقع بامر الدّافع ايضاً **لانّ الاجارة** كانت فاسدة والعملُ الصّادر من السّابق، ليس له احترامٌ.

فاحترام الاموال الّتی منها الاعمال، لايقضی بضمان الشّخص له و وجوب عوصه عليه **و حاصله انّ** هذا العمل، ليس كالعمل الّذی استوفاه الآمِرُ و استفاد منه **لانّه** ليس فيه نفعٌ يعودُ الیٰ باذلِ المال و انّه لابّد فی صحّة بذل المال من وجود نفعٍ يعود الیٰ الباذل حتّیٰ لايكون اكلُ المالِ اكلاً بالباطل.

و لاجل انّ العمل الّذی هو السّباق، ليس فيه نفعٌ يعودُ الیٰ الباذل، كانت مشروعيّتُهُ علیٰ خلاف القواعد المقرّرة فی الفقه **لانّ** المقرّر فی الفقه انّه لابدّ فی صحّة البذل، مِنْ وجود نفعٍ يعودُ الیٰ الباذل و تمام الكلام فی باب السّبق والرّماية فراجع.

ثمّ: انّه لافرق فيما قلناه من الضّمان فی العقد الفاسد الّذی يُضْمَنُ بصحيحه، بين جهل الدّافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابضِ فَهُنا صورٌ اربعةٌ:

الاوّل: كون البايع والمشترى عالِمَيْنِ بالفساد.

الثّانی: كونهما جاهِلَيْن بالفساد.

الثّالث: كون البايع عالماً بالفساد والمشترى جاهلاً به.

الرّابع: كون المشترى عالماً بالفساد والبايع جاهلاً به.

والشّيخﷺ افاد الضّمان فی جميع الصّور **و لكنّ** الاِنصاف، عدم الضّمانِ فی صورة علم الدّافع بالفساد و جهل القابض به.

ربّما تُوَهِّمَ انّ الدّافع فی صورة جهل القابض بفاسد العقد، هو الّذی سَلَّطَهُ علیٰ تلف المال فلا ضمان علیٰ القابض **و لكن هو فی نظر الشّيخ(ره) مدفوعٌ باطلاق النّص و هو «عَلیٰ اَلْيد ما اَخَذَتْ حتّیٰ تُؤديه»** فانّه مطلقٌ ليس فيه تقييدُ الضّمان بصورة الجهل **و يؤيّده فتوىٰ علماء الاماميّة فانّهم** فی مقام الفتوىٰ، يفتون بالضّمان مطلقاً سواءٌ أكان القابض عالماً ام جاهلاً.

وهمٌ آخر وَ دَفْعُهُ:

خلاصة الوهم انّ القابض الجاهل، مغرورٌ بجهله بِفساد العقد فلا يشمله الضّمانُ **لانّ** الضّمان، مقيّدٌ بِعَدَمِ الغَرَرِ.

قد اجاب الشّيخ(ره) عنه بانّه أَقْدَمَ علىٰ الضّمان قاصداً.

وكذلك ربّما يُوْهَم انّ الدّافع العالِمَ بالفساد، هو الّذى سَلَّطَ القابضَ علىٰ مـاله **فالمال، حينئذٍ يكون عنده امانةً مالكيّةً فلا يكون ضامناً له.**

و اجاب عنه الشّيخ ايضاً بانّ تسليط الدّافع العالم، لايجعله امانةً مالكيّةً **لانّه** دَفَعَهُ علىٰ انّه ملكُ المدفوع اليه **لا انّه** امانةٌ عنده او عاريّةٌ **و لاجل انّ** الدّافع، انّما دَفَـعَ المالَ الىٰ القايض **بناءً** علىٰ انّه مِلْكُ المرفوعِ اليه لا امانةٌ عنده او عاريّةٌ، لايجوز له التّصرّف فيه والانتفاع به.

هذا كلّه، انّما كان فى الكليّة من جانب الطّرد فى اصلها و هو انّ: «كلّ عقد يضمِن بصحيحه يضمن بفاسده».

امّا الكلام فى عكسها و هو انّ «ما لايُضمَنُ بصحيحه لايُضْمَنُ بفاسدِه» بـمعنىٰ انّ كلِّ عقدٍ لايُفيد صحيحُه، ضمانَ موردِه، ففاسدُهُ ايضاً لايُفيدُ ضماناً **كما فـى عـقد الرّهن حيث** انّ المرتهن لايَضْمِنُ الوثيقةَ اذا تلفت اذا لم‌يكن بتعدٍّ او تفريطٍ **و مثل الوكالة حيث** انّ الوكيل لايَضْمَنُ ما فى يده اذا تَلَفَ عنده اذا لم يكن بتَعدٍّ **كالمضاربة حيث انّ** العامل لايَضْمَنُ المالَ اذا تَـلَفَ عـنده اذا لم‌يكـن بـتعدٍّ **و كـالعاريّة غـير المضمونة بل المضمونة حيث** انّ المستعير لا يَضْمَنُ العاريةَ غـير المشـروطة ولا الذّهب والفضّة اذا تَلَفَ عنده اذا لم‌يكن بتعدٍّ و تفريطٍ **بناءً علىٰ انّ المـراد** بـافادة الصّحيح للضّمان افادتُه بنفسه لا بامر خارجٍ عنه كالشّرط الواقع فى متن العقد كما فى العارية المضمونة **حيث** انّ الضّمان فيها جاءَ من ناحية الشّرط فانّ طبيعة العارية بنفسها لاتقيّد الضّمان لولا ا لشّرط و غير ذلک من العقود اللاّزمة والجائزة.[1]

١ـ راجِعْ حَولَ الرّهن والوكالة والمضاربة والعادية كتاب (اللّمعة الدّ مشقّية) المجلد الرّابع، كتاب الرّهن و كتاب الوكالة و...

ثمّ: انّ مقتضیٰ عکس القاعدة الّذی هو: «**ما یُضْمَنُ بِصَحیحه، لایُضْمَنُ بفاسده**»، عدمُ ضمان العین المستأجرة فاسداً **لانّ** صحیح الاجارة، غیرُ مفیدٍ لضمانها کما صرّح العلّامة(ره) بعدم ضمان الاجارة الفاسدة، فی القواعد و ابن ادریس فی السّرائر و حُکِیَ ذلک عن التذکّرة و باقی فقهاء الامامیّة(ره) انّهم قالوا: بعدم الضّمان فی الاجارة ولم یُقَیِّدُوها بالصّحیحة او الفاسدة کما قَیَدَ العلاّمة وابن ادریس، عدم الضّمان فی الاجارة الفاسدة **و لکن** صریحُ الرّیاض، الحکم بضمان الاجارة الفاسدة و حَکیٰ صاحبُ الرّیاض فی الرّیاض عن بعض الفقهاء، نسبةَ ضمانِ الاجارة الفاسدة الیٰ اصحابنا الامامیّة **و ظاهر کلام الشّیخ(ره)** انّ المَحْکیّ عنه هو المحقّقُ الاردبیلیّ(ره) فی مجمع الفائدة **و یتعجّب الشّیخ(ره) من نسبة** المحقّق الاردبیلیّ(ره) ضمانَ الاجارة الفاسدة الیٰ اصحابنا و من نسبة المحقّق الثّانی عدمَ ضمان الاجارة الفاسدة الیٰ اصحابنا **و یقول: کیف التّوفیق بین هاتین النّسبتین المتهافتتین؟ و ایضاً قال الشّیخ(ره)** فی ذیل کلامه: ما اَبْعَدَ بین کلام المحقّق الاردبیلی من نسبة الضّمان الیٰ الاصحاب و بین ما عن جامع المقاصد **حیث قال** فی باب الغصب: انّ الّذی یلوح من کلام الاصحاب هو عدم ضمان العین المستأجرة فاسداً باستیفاء المنفعة.

و قال المحقّق الثّانی صاحب جامع المقاصد: الّذی ینساق الیه النّظر هو الضّمان لانّ التّصرّف فی العین المستأجرة فاسداً، حرامٌ **لانّه** غَصْبٌ فَیُضمَنُه ثمّ قال المحقّق الثّانی: «الّا انّ کون الاجارة الفاسدة لایضمن بها کما لایضمن بصحیحها، منافٍ للضّمان فی الاجارة الفاسدة فیقال: انّه دَخَلَ فی عدم الضّمان بهذا الاستیلاء و ان لم یکن مستحقّاً بلاستیلاءٍ لفساد الاجارة والاصل براءة الذمّة من الضّمان فلاتکون العین بالاستیلاء مضمونةً و لولا اصل البراءة من الضّمان لکان المرتهن ضامناً مع فساد الرّهن **لانّ** استیلاء المرتهن علیٰ العین المرهونة لفساد الاجارة، بغیر حقٍّ و هو باطلٌ.

و لعلّ حکم المحقّق الثّانی فی مسألة اجارة الفاسد بقوله: «**والّذی ینساق الیه النّظر** هو الضّمان» اِمّا لخروجها عن قاعدة «**ما لایُضْمَنُ بصحیحه، لایُضْمَنُ بفاسدِه**»

لانّ المراد بالمضمون، مورد العقد و مورد العقد فى الاجارة، المنفعة **فالعين** ترجع فى حكمها الىٰ القواعد **و هو الضّمان و حيث** كانت فى صحيح الاجارة، امانةً مأذوناً فيها شرعاً و من طرف المالک، لم‌يكن فيه ضمانٌ.

و امّا فى فاسد الاجارة، فدفعُ الموجر للعين، انّما هو للبناء علىٰ استحقاق المستأجر لها، الحقّ، الانتفاعُ فيه والمفروضُ، عدم الاستحقاق، فيده عليها يُدعدوانٍ موجبةٍ للضّمان **هذا كلّه، الوجه الاوّل لخروجها عن قاعدة: «ما لايضمن»** و امّا الوجه الثّانى للضّمان فى العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة فلانّ قاعدة: «ما لا يضمن» معارضةٌ هنا بقاعدة اليد و هو قوله ﷺ: **«علىٰ اليدِ ما اَخَذَتْ حتّىٰ تؤدّى»**.

الاقوىٰ فى نظر الشّيخ، عدم الضّمان. فالقاعدة المذكورة و هو **«ما لايُضْمَنُ بصحِيحِه لايُضْمَنُ بفاسده»**، لاتكون مُخصَصّةً بالعين المستأجرة بالاجارة الفاسدة و كذلک لاتكون متخصّصةً اى ليس لها خروجٌ موضوعىٌّ.

اشكالُ اطرّاد قاعدة: «مٰا لٰايُضْمَنُ بِصَحيحِهِ لايُضْمَنُ بِفاسدِهِ» فی مواردَ:

من جملة الموارد الّتی لاتأتی القاعدة المذكورة فيها، الصّيد الّذی استعاره المُحرِّمُ من اَلمُحِلّ **بناءً** علیٰ فساد العارية فی حالة العارية فانّ الفقهاء حكموا بضمان المُحَرِّم له، بالقيمة **مع انّ** صحيح العاريةِ لايُضْمن.

نٰاقَشَ الشَّهيد الثّانی فی ضمان عارية المُحرِّم الّتی هی فاسدةٌ بالقيمة علیٰ تقديري الصحّةِ والفسادِ **الّا ان يقال:** إنّ وجه ضمانه بعد البناء علیٰ انّه يجب علیٰ المُحرَّمَ ارساله و اداء قيمته، انّ المستقرّ علی المُحرَّم، زعماً علیٰ انفه بعد العارية، هی القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابتٌ قبل التّلف بسبب وجوب الاتلاف و هو وجوب ارسال الصّيد الّذی حَصَلَ للمُحرّم بعد اخذه من المحلّ.

منها: انّه يشكل اطرّاد قاعدة: **«مٰا لٰايُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ، لايُضْمَنُ بفٰاسِدِه»** ايضاً فی البيع فاسداً بالنّسبته الیٰ المنافع الّتی لم‌يستوفها فانّ هذه المنافعَ و هی المستوفاةُ غَيْرُ مضمونةٍ فی‌العقد الصّحيح المقتضی لعدم الضّمان فی العقد الفاسد ايضاً **مع انّ** المنافع الغير المستوفاة، مضمونةٌ فی العقد الفاسد فَانْخَرْمت القاعدةُ المذكورة **الّا ان يقال:** انّ الضّمان فی البيع الصّحيح والفاسد، بمعنیٰ انّ ضمان المنافع يكون تابعاً لضمان العين فی العقد الصّحيح والفاسد.

فی ما قيلَ من انّ ضمان العين يستتبع ضمانَ المنافع، نظرٌ و اشكالٌ **لانّ** نفس المنفعة، غَيْرُ مَضمونةٍ بشیءٍ فی العقد الصّحيح **لانّ** الثّمن، انّما هو بازاء العين دون المنافع.

منها: نقضُ القاعدة المذكورة و هی **«مٰا لٰايُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لٰايُضْمَنُ بِفٰاسِدِه»** بالحمل الموجود فی الامَة المبيعة بالبيع الفاسد **فانّ** الحمل، لَو تَلَفَ عند المشتری بعد تسلّمه الامة، يكون مضموناً عليه **مع انّ** الحمل غير مضمونٍ فی البيع الصّحيح **بناءً علی انّ** الحمل الّذی كان موجوداً فی رحم الامة عند الشّراء، للبايع.

خلافاً للشّهيدين والمحقّق الثّانی تبعاً للعلاّمة فی القواعد مع انّ الحمل، غير

مضمونٍ فى البيع الصّحيح بناءً علىٰ انّه للبائع.

و عن الشّهيد فى الدّروس، توجيه كلام العلاّمة القائل بعدم ضمان الحمل علىٰ اشتراط المشترى مع البايع، دخولَ الحمل فى البيع **بان يكون له**، و حين الاشتراط من قِبَل المشترى يكون الحمل له و حين الاشتراط من قِبَل المشترى لانقضَ علىٰ القاعدة و يكون الحمل له.

و منها: انّه يمكن نقضُ قاعدةِ: «مٰا يُضْمَنُ بصحِيحِه يُضْمَنُ بفاسده»، بالشّركة الفاسدة **بناء على انّه** لايجوز التّصرّف بها فاخذ المال المشترک حين فساد الشّركة عدواناً، موجبٌ للضّمان.

مسألةٌ: ما هو مبنیٰ و مأخذُ عکس القاعدة و هو «مـا لایُـضْمَنَ بِـصَحِیحِه لایُـضْمَنُ بفاسِدِهِ؟»

قال الشّیخ الطّائفة(ره) فی المبسوط انّ مبنیٰ القاعدة المذکورة هی الاولویّة **و حاصلها انّ الرّهن(ره)** لایضمن بصحیحه فکیف بفاسده؟ **و توضیحه انّ** الصّحیح من العقد اذا لم‌یقتضِ الضّمانَ مع امضاء الشّارع له فالفاسدُ الّذی هـو بـمنزلة العـدم، لایؤثّر **فی الضّمانَ لانّ اثر الضّمان اِمّا من** الاقدام علیٰ الضّمان والمفروض عدمه و الّا یضمن بصحیحه **و اِمّا من حکم** الشّارع بالضّمان بواسطة هٰذه المعاملة الفـاسدة والمفروض انّها لاتؤثّر شیئاً.

و اولویّة عدم الضّمان فی الفاسد انّ الصّحیح اذا کان مفیداً للضّمان، امکـن ان یقال: انّ الضّمان من مقتضیّات الصّحیح فلا یجری فی الفاسد لکونه لغواً غیرَ مؤثّرٍ علیٰ ما سَبَقَ بیانه من انّه اَقْدَمَ علیٰ ضمان الثّمن والمثمن والشّارع لم یمضه فیرتفع اصلُ الضّمان و هو مطلق الضّمان **لانّه** بعد عدم ثبوت ضـمان الخـاصّ مـن قِـبَلِ الشّارع، فلایبقیٰ مجالٌ للضّمان اصلاً.

و لکن هذا الوجه للاولویّة مخدوشٌ بانّه یجوز ان تکون صحّة الرّهن والاجارة المستلزمة لتسلّط المرتهن والمستأجر علیٰ العین شرعاً، مؤثّرةً فی رفـع الضّـمان بخلاف الفاسد الّذی لایوجب تسلّطاً لهما علیٰ العین فلا اولویّة.

ان قلت: انّ الفاسد و ان لم‌یکن له دخلٌ فی الضّمان **الّا انّ** مقتضیٰ عموم: **«علیٰ الید...»** هو الضّمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود الّتی تکون مواردها غـیر مضمونةٍ علیٰ القابض و بَقِیَ الباقی و هی العقود الفاسدة الّتی یکون صحیحها غیر مضمونة ففاسدها مضمونةٌ.

قلتُ: ما خرج عن الضّمان به المـقبوض، بـصحاح تـلک العـقود، یَـخْرُجُ بـه المقبوض بفاسدها **و هی عمومُ مادلّ علیٰ** انّ من لم یضمنه المالک، سواءٌ مَلِکُ ایّاه بغیر عوضٍ او سلّطه علیٰ الانتفاع به او استأمنه منه عـلیه لحـفظه او دفـعه الیـه

لاستيفاء حقّه او العمل فيه بلا اجرة او معها او غير ذلک **فهو غير ضامنٍ.**

و امّا فى غير التّمليک بلا عوضٍ اعنى الهبة فالدّليل المخصّص لقاعدةِ الضّمان، عموم مادلّ علىٰ انّ من استأمنه المالک علىٰ ملکه غَيْرُ ضامنٍ **بل** ليس لک ان تتهمّه.

و امّا فى الهبة الفاسدة فيمکن الاستدلال علىٰ خروجها من عمومِ: **«عَلىٰ الْيَدِ مٰا اَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤدِيَه»** فانّ العموم، لايشمل الهبة الفاسدة لخروجها عنه بواسطة الاولويّة الّتى ذكرها الشّيخ فى المتن فلاضمان فيها.

فرع: من الامور المتفرّعة علیٰ عدم تملّک المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب ردّ المأخوذ بالعقد الفاسد فوراً ففوراً فی کلِّ لحظةٍ و آنٍ الیٰ المالک **والظّاهر** انّ وجوب الردّ الیٰ صاحبه فوراً ففوراً ممّا لاخلاف فيه علیٰ تقدير عدم جواز التّصرّف فيه کما يظهر من **«مجمع الفائدة» بل** صرّح العلّامة فی التذکّرة کما عن جامع المقاصد انّ مؤنة الردّ، علیٰ المشتری بوجوب ما لايتمّ الّا به **فانّ بذل** المؤنة لايصال المأخوذ بالعقد الفاسد، مقدّمةٌ لوصول المأخوذ الیٰ صاحبه فالردّ واجبٌ و کذلک مقدّمته و هو بذل المؤنةِ.

و اطلاق وجوب ما لايتمّ الّا به الّذی هو صرف المؤنة، يشمل ما لو کانت فی ردّه مؤنةٌ کثيرةٌ الاّ اَنْ يقيّد وجوب الردّ بعدم احتياجها الیٰ مؤنةٍ زائدةٍ کثيرةٍ بادلّةِ نفی الضّرر.

و يدّل علیٰ وجوب ردّ المأخوذ بالعقد الفاسد الیٰ صاحبه، انّ الامساک آناماً تصرّف فی مال الغير بغير اذنه فلايجوز بقوله(عج): **«لايجوز لاحدان يتصرّف فی مال غيره الّا باذنه».**[1]

و لو نوقش فی کون الامساک تصرّفاً، کفیٰ عمومُ قوله ﷺ عليه: **«لايحلّ مالُ امرءٍ مُسلمٍ لاخيه الّا عن طيب نفسه» حيث** يدلّ علیٰ تحريم جميع الافعال المتعلّقة بمال امرءٍ مسلم الّتی منها کونه فی يده.

فمندفعٌ بانّه انّما ملکه ايّاه عوضاً ای عند ما ملکه عوضاً عمّا يملکه المشتری، فاذا انتفت صِفَةُ العوضيّة لفساد العقد المستلزم لعدم تملّک کلٍّ من المتعاقدين، الثّمنَ والمثمن انّما هو باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً.

والمفروض انّ کون المدفوع علیٰ وجه الملکيّة المجّانيّة ممّا لم‌ينشئها المالک **بل** المالک، اَنْشَأَ الملکيّةَ المعوّضة و کون المدفوع مالاً للمالک و امانةً فی يد القابض حتّیٰ يکون امانة مالکيّة ايضاً ممّا لم‌يؤذّن فيه و لو اذن له بعد فساد العقد والحال انّ الاذن الجديد لم‌يحصل و لم‌يثبت، فهو استيداعٌ جديدٌ کما انّه لو ملکه

۱- وسائل الشّيعة ج ۱۷، ص ۳۰۹ـ الباب ۱ـ الحديث ۴.

مجّاناً كانت هبةً جديدةً.

الّذى يظهر من الشّيخ الطّائفة من المبسوط، عدم الاثم فى امساكه معلّلاً بانّه قَبَضَهُ باذن **مالكه وكذا فى السّرائر ناسباً** عدمَ الاثم فى امساك المأخوذ بالعقد الفاسد الىٰ الاصحاب و هو ضعيفٌ و نسبته الىٰ عموم الاصحاب، غيرُ ثابتةٍ **لانّ** شيخ الطّائفة وابن ادريس ذهبا الىٰ عدم الاثم فى امساكه.

ولاتبعد ارادة صورة جهل القابض بالفساد حيث لايعاقب الجاهل فلو كان(ره) هناك اثمٌ لَعُوقِبَ و ان كان الجهل لايمنع من الضّمان بناءً علىٰ مبنىٰ شيخنا الانصارىّ.

مسألة: فی حكم المنافع المستوفاة و ضمانها، المورد الثّالث من الامور المتفرّعة علىٰ المقبوض بالعقد الفاسد، انّه لو كان للعين المبتاعة، منفعةٌ استوفاها المشترى قبل الردّ، كان عليه عوضها علىٰ المشهور.

قال الشّهيد فی الحاشيّه انّه: لا اشكال فی اصل الحكم و عمدة الدّليل عليه حديثُ: «**علىٰ اليد...**» مع الالتزام **بانّ** المراد من الموصول فيه، خصوص الاعيان بقرينة الاخذ والاداء.

و توهّم عدم دلالته حينئذٍ كما صَدَرَ عن المصنّف، **يندفع** ببسط الكلام اجمالاً فی معنىٰ الحديث زيادة غيرما مرّ فی السّابق فنقول: **لاريب** فی اختصاص الموصول بالعين الشّخصيّة الخارجيّه الّتی لها اضافةٌ الىٰ غير الاخذ موجودة فی زمان الاخذ وما بعده غير منفعة عنه بالاخذ و تعلّق لها به كذلک بنحوٍ من الانحاء اِمّا بنحو التّمام والكمال و من جميع الجهات او بنحوٍ دون ذلک كاختصاصه بالانتفاع بها فی زمان خاصّ **او دون ذلک ايضاً** كما فی الموقوفات العامّة كالمدرسة والمسجد والخان و نحو ذلک **امّا كونه عيناً** فبقرينة الصّلة و هو الاخذ اذا الظّاهر انّه يعتبر فی الحقيقة، وجود المأخوذ فی الخارج حقيقةً و امّا ارتباطه بالغير بنحوٍ من الانحاء المذكورة فلاجَلِ الاخبار عنه بكونه علىٰ اليد اذ كون الشّی علىٰ اليد المعبّر عنه بالضّمان، لابّد فی تحقّقه **مضافاً الىٰ** الضّامن والمضمون من المضمون له...

بل ظاهر ما تقدّم من السّرائر فی نقل الشّيخ(ره) عنه فی ص ۱۴۱ بقوله: «و فی السّرائر: **انّ البيع الفاسد يجرى عند المحصّلين مجرىٰ الغصب فی الضّمان و كونه بمنزلة المغصوب، الاتّفاق علىٰ الحكم**».

و يدّل علىٰ وجوب عوض المنافع المستوفاة علىٰ القابض، عموم قوله: «**لايحّل مالِ اُمْرَءٍ مسلمٍ لاخيه الاّ عن طيب نفسه**» بناءً علىٰ صدق المال علىٰ المنفعة ولاجل صدق المال علىٰ المنفعة يجعل ثمناً فی البيع و صداقاً فی النّكاح.

اَقولُ: اعتبار الماليّة فی الاوّل لا ريبَ فيه الّا انّ صحّةَ جعلها ثمناً فی البيع، ممكن المنع كما مرّ فی اوّل البيع، كما انّ جعلها صِداقاً لاريب فيه الّا انّ اعتبار

الماليّة فيه ممنوعٌ **خلافاً** للوسيلة فَنَفىٰ الضّمان عن المنافع المستوفاة فى المقبوض بالعقد الفاسد **محتجّاً** بانّ الخراج، بالضّمان اى المنافع فى مقابل ضمان العين.

قال فى الوسيلة فى ذيل فصل عقده لبيان البيع الفاسد ما هذا لفظه:

«اذا اوقع احدٌ بيعاً فاسداً و انتفع به المبتاع ولم‌يعلما بفساده ثمّ عَرَفا و استردّ البايع المبيع، لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به او استرداد الولدان، حملت الامّ عنده و ولّدت **لانّه** لو تلف، لكان من ماله والخراج بالضّمان فان غَصَبَ انسانٌ او سَرَقَ مال غيره اوامة غيره او حيوان غيره و باع من آخر ثمّ استخراج مالكه من يده شرعاً و كان المبتاع عارفاً بالحال، لم‌يكن له الرّجوع علىٰ البايع و ان لم يكن عارفاً كان له الرّجوع عليه بالثّمن و بما غَرُمَ للمالک» انتهىٰ كما فى النّبويّ المرسل، هذا الحديث مرويٌّ فى كتب اخواننا السّنّة، رواه احمد و ابوداود والتّرمذىّ والنّسائى وابن ماجة وابن حيّان و قالوا انّه حديثٌ صحيحٌ و لم‌يُروَ عن طرقنا الاماميّة كما قال شيخنا الممقانى(ره): «لم نعثر علىٰ ذكره فى كتب الاخبار المأثورة عن طرق الخاصّة اى الشّيعة الاماميّة».

قال فى غوالى اللّئالى: «وُروِىَ عنه ﷺ انّه قضىٰ بانّ الخراج، بالضّمان ثمّ قال: و معناه انّ فرداً مثلاً، يشترى العبد فيغتّله حيناً ثمّ يظهر عيب به فيردّه بالعيب انّه لايردّ ما صار اليه من غلّته و هو الخراج **لانّه** كان ضامناً له و لو مات انتهىٰ.

حاصله: انّ الخراج، غلّة العين المبتاعة عبداً كان اوامةً او ارضاً او داراً و قوله ﷺ: **«فيغتّله»** اى تحصل منه غلّته‌اى انتفاع منه.

و لعلّ ما ذكره من المعنىٰ قد استفاده من وروده فى مورد شراء العبد المعيب المطّلع علىٰ عيبه وردّه بالعيب بعد استعماله مدّةً كما ستطلّع عليه فيما بعد انشاء... مع فهم المثاليّة من العبد لكلّ مبيعٍ. **تفسير معنىٰ الخراج بالضّمان،** انّ من ضمن شيئاً و تقبّله لنفسه فخراج منافع الشّىء الّذى ضمنه، تكون له اذا كانت له.

فالباء فى كلمة «بالضّمان» الواردة فى الحديث النّبوى: الخراج بالضّمان سببيّة، اى سبب كون المنافع للمشترى هو ضمان الشّىء او المقابلة فالمشترى لمّا اَقْدَمَ

علیٰ ضمان المبيع و تقبّله علیٰ نفسه بتقبيل البايع و تضمينه ايّاه علیٰ ان يكون الخراج له مجّاناً، كان اللاّزم من ذلک انّ خراجه له علیٰ تقدير فساد كما انّ الضّمان عليه علیٰ تقدير فساد العقد ايضاً.

اقول فی تفسير الحديث و معناه: انّ الخراج بالضّمان، احتمالاتٌ اربعةٌ: **الاوّل ان يراد من الضّمان** مطلق الضّمان، سواءٌ كان باقدامٍ و اختيارٍ منه و من مالک المال على هذا الضّمان ام لا؟ **و سواءٌ** حصل نفسُ ما اقدما عليه **ام** حصل ضمانٌ آخر، ذهب اليه ابوحنيفه فَحكَمَ بعدم ضمان منافع المغصوب.

الثّانی: ان يراد من الضّمان، الضّمان الخاصّ المقيّد بقيد انّه اقدم عليه الضّامن بتضمين المالک سواءٌ امضاه الشّارع كما فی البيع الصّحيح ام لا؟ كما فی البيع الفاسد **و هذا المعنیٰ** ذهب اليه ابن حمزة و اليه اشار(ره) بقوله و تفسيره يعنی، معناه عند ابن حمزة: انّ من اَقْدَمَ علیٰ ضمانِ شیءٍ و تقبّله لنفسه يتضمّن المالک فالخراج والمنافع له مطلقاً سواءٌ امضیٰ الشّارعُ هذا الضّمان ام لا؟.

و معلوم انّ المشتری فی المقام، اَقْدَمَ علیٰ ضمان البيع بتضمين البايع ايّاه علیٰ ان يكون خراجه له مجّاناً و نتيجةُ هذا الكبریٰ والصّغریٰ و لازمهما: انّ خراجه له مطلقاً حتّیٰ علیٰ تقدير الفساد كما انّ ضمانه عليه كذلک.

الثّالث: ان يراد به الضّمان المقيّد بقيدين: **احدهما** الاقدام عليه **والآخر** امضاء الشّارع له و الیٰ هذا المعنیٰ ذهب المشهور و اليه اشار صاحب غوالی اللّئالی فی مقام الايراد علیٰ ابن حمزةٍ بقوله: «و فيه الیٰ ان قال: فالمراد بالضّمان الّذی بازائه الخراج، التزام الشّیء علیٰ نفسه و تقبّله له مع امضاء الشّارع له.

الرّابع: ان يراد بالضّمان، ضمانُ خصوصِ الارض المفتوحة عنوةً فيكون الخبر من اخبار الخراج والمقاسمة سيق لبيان مقدار الخراج و حاصل مضمونه علیٰ هذا انّ الخراج ای منافع الارض الّتی يجب علیٰ العامل ادائها الیٰ الوالی من حيث المقدار كثرةً و قلّةً، انّما بالضّمان ای بحسب تقبيله و تضمينه من الوالی فلاربط له حينئذٍ بهذه المسأله الّتی نحن فيها.

ولايخفىٰ انّ الظّاهر هو الاوّل لظهور اللّام فى الجنس او الاستغراق ولا دليلَ علىٰ رفع اليد عنه والتّصرّف فيه باحد الوجوه الثّلاثة الاخيرة الّا الاوّل.

منها: الاجماع علىٰ ضمان المنافع فى المغصوب و لصحيحة ابى ولاّد الآتية **حيث** قال عليه السلام فيها فى ردّ ابى حنيفة بعدم ضمانها فيه: «و مثل هذه الفتاوىٰ ممّا تحبس السّماء مائها والارض نباتها».

ثمّ انّ ممّا ذكرناه ظهر انّ ضمان العين لايجتمع مع ضمان الخراج.

و مرجع عدم اجتماع ضمان العين و ضمان الخراج الىٰ انّ الارباح والفوائد تكون بازاء غرامة العين و ضمانها فلايكون ضمان آخر للفوائد.

و هذا المعنىٰ اى انّ الغنيمة والفائدة بازاء ضمان العين، يستفاد من عدّةٍ من رواياتٍ وردت فى مقام الاستشهاد علىٰ كون منفعة المبيع فى زمن الخيار للمشترى

منها: عن اسحاق بن عمّار قال: حدّثنى من سَمع اباعبدالله عليه السلام و سأله رجلٌ و انا عنده فقال: رجلٌ مسلمٌ احتاج الىٰ بيع داره فجاء الىٰ اخيه فقال: ابيعک دارى هذه و تكون لک احبّ الىّ من ان تكون لغيرک علىٰ ان تشترط لى إنْ انا جئتک بثمنها الىٰ سنةٍ ان تردّ علىّ فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثمنها الىٰ سنةٍ ردّها عليه».

قلتُ: فانّها كانت فيها غلّة كثيرةٌ فاخذ الغلّة لمن تكون الغلّة؟

فقال: الغلّةُ للمشترى اَلاٰ تَرىٰ انّه لو احترقت لكانت من ماله؟[1]

نحو هذا الحديث الوارد فى انّ المنافع المستوفاة، لاتضمن لانّها بازاء ضمان العين، ورد فى باب الرّهن اليک نصّ الحديث:

«عن اسحٰاق بن عمّار عن ابى ابراهيم موسىٰ بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرّجل يرهن العبد او الثّوب، او متاع البيت فيقول صاحب المتاع للمرتهن: انتَ فى حلٍّ فى لبس هذا الثّوب فَأَلْبَسَ الثّوبَ و اَنْتَفَعَ المتاعَ و اسْتَخْدَمَ الخادمَ.

قال: هو له حلالٌ اذا احلّه و ما احبّ ان يفعل.

قلت: فارتهن داراً لها غلّةٌ لمن الغلّة؟. قال: لصاحب الدّار.

١- وسائل الشّيعة ج ١٢، ص ٣٥٥ـ الباب ٨ـ الحديث ١.

فقال: هو حلالٌ ليس هذا مثل هذا بزرعها لنفسه بما له حلالٌ كما احلّه **لانّه يزرع** بماله و يعمرها.[۱]

لايخفیٰ انّ هذا الحديث يدّل علیٰ انّ المنافع والارباح تكون ازاءَ ضمانِ العين.

اشكالٌ

فی الاستدلال بالحديث النّبویّ، الخراجُ بالضّمانِ، علیٰ عدم ضمان المنافع المستوفاة، **نظرٌ و اشكالٌ.**

وجه النّظر انّ ضمان العين فی العقد، ليس ضماناً أقْدَمَ عليه المتبايعان بطيب نفسها **لانّهما** انّما اقدما علیٰ المعاملة ظنّاً منهما صحّتها و انّهما ليسا ضامنين **بل الضّمان** للعين فی هذا العقد، حَصَلَ من الشّارع قهراً عليهما و رغماً علیٰ انفسهما **فلايكون** الخراجُ ازاءَ الضّمان و انّما ضمان العين فی العقد الفاسد كما عرفت، امرٌ قهریٌّ حَكَمَ به الشّارعُ كما حَكَمَ بضمان المقبوض بالسّوم و هو اختيار المشتری السّلعة عند شرائها فلو تلفت بوقوعها من يده او بطريقٍ آخر، لكان المشتری ضامناً لها و كما حَكَمَ الشّارعُ بضمان المقبوض فی المغصوب فَإنّ من غَصَبَ شيئاً يكون ضامناً له مهما بَلَغَ الامر و كلّف و يؤخذ باشدّ الاحوال.

فالمراد بالضّمان الّذی بازائه، الخراج، التزامُ الشّیءِ علیٰ نفسه و تقبّله له مع امضاء الشّارع له **و من الواضح** انّ الشّارع لم يمض هذا الضّمانَ المتولّدَ من العقد الفاسد حتّیٰ تكون الارباح والمنافع المعبّر عنها بالخراج فی ازاء ضمان العين.

ربّما ينتقض ما ذكرناه و هو انّ ضمان العين فی العقد الفاسد ليس ضماناً اقدم عليه المتعاقدان بطيب نفسهما بل هو ضمانٌ حَصَلَ قهراً عليهما من الشّارع، فی معنی الرّواية المرسلة المرويّة عن طرق اخواننا السنّة: الخراج بالضّمان، بالعارية المضمونة و هی المشترطة، و عارية الذّهب والفضّة **حيث** انّه اقدم علیٰ ضمانها، مع انّ خراجها ليس له، لعدم تملّكه للمنفعة و انّما تملك الانتفاع الّذی عيّنه المالك.

قال الشّيخ(ره) فی ذيل كلامه: فتامّل؛ و وجه التّامل: انّ الخراج بالضّمان فی

۱- وسائل الشّيعة ج ۱۳، ص ۱۳۰ـ الباب ۸ـ الحديث ۱.

العقد الفاسد فى مقابل انّ العين ملكٌ له، و من امواله فى حال الانتفاع الّذى هو سببٌ لكون تلفها منه بخلاف العاريّة المضمونة فانّ ضمانها ليس من باب انّ العين فيها ملك للمستعير حتّى يملك المنافع بازاء ضمان العين.

والحاصل انّ دلالة الرّواية و هو الخراج بالضّمان **حيث** انّ كلامنا فى المقبوض بالعقد الفاسد: فى انّه لو كانت للعين منافعُ مستوفاةٌ هل يضمنها كلّ واحدٍ من المتبابعين لو كانت للثّمن والمثمن منافعُ، لاتقصر عن سندها فى الوهن فلايترك **لاجل رواية: الخراج بالضّمان الّتى** هى قاصرة سنداً و دلالةً، لاترفع اليد عن القواعد المسلّمة فى الفقه، و قاعدة ضمان مال المسلم، هذه احدىٰ القواعد المسلّمة و احترامه و عدم حلّة الّا عن طيب النّفس ايضاً، من القواعد المسلّمة فمع هذه القواعد المسلّمة الدّالة علىٰ ضمان الاموال كيف يمكن رفع اليد عنها والعمل بتلك المرسلة؟

و ربّما يردُّ هذا القول و هو قول صاحب الوسيلة من عدم الضّمان فى المنافع المستوفاة، بما ورد فى شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد و عوض اللّبن **بل** عوض كلّما انتفع و اليك نصّ الحديث:

عن زرارةٍ قال: قلتُ لابي عبداللهعليه السلام: «رجلٌ اشترىٰ جاريةً من سوق المسلمين فَخَرَجَ بها الىٰ ارضه فولدت منه اولاداً **ثمّ انّ** اباها يزعم انّها له و اقام علىٰ ذلك البيّنةَ.

قال: «يقبض وَلَدَهُ و يدفع اليه الجاريةَ و يعوضه فى قيمة ما اصاب من لبنها و خدمتها».

فالرّواية هذه، تردّ المرسلة المذكورة: من انّ الخراج بالضّمان **حيث** انّها حكمت بردّ الجارية الىٰ مالكها و بتعويض الرّجل الّذى اولدها قيمةُ الولد واللّبن و جميع ما استفاد من خدماتها فلو كان الخراج بالضّمان كيف يحكم الامام**عليه السلام** فى الرّواية بذلك؟.

ولايخفىٰ انّ فى هذا الردّ، انّ اللّازم فى البيع الفاسد الحاصل بين مالكى

العوضين، من جهة انّ مالک العين جعل خراجها له بازاء ضمانها بالثّمن، لا ما كان فساده من جهة التّصرّف فی مال الغير.

و اضعف من هذا الرّد، الردّ المرسلة المذكورة: الخراج بالضّمان بصحيحة ابی ولّاد[1] المتضمّنه لضمان منفعة المغصوب المستوفاة ردّاً «علیٰ ابی حنيفة القائل» بانّه اذا تحقّق ضمان العين ولو بالغصب، سقط كرهاً كما يظهر قول ابی حنيفة من تلک الصّحيحة و هو انّه: اذا تحقّق ضمان العين ولو بالغصب، سَقَطَ كرهاً **لانّ** الخراج بالضّمان **وجه الاضعفيّة انّ** الصّحيحة، واردةٌ فی الغصب مجرّدةً عن عنوان البيع و كلامنا فی ضمان المقبوض بالعقد الفاسد فلا مساس للصّحيحة بما نحن بصدده، فبينهما بونٌ بعيدٌ.

نعم: لو كان القول المذكور و هو سقوط ضمان المنافع المستوفاة، بضمان العين لانّ الخراج، بالضّمان كما افاده صاحب الوسيله ای لو كان قوله، بعدم الضّمان مطابقاً مع قول (ابی حنيفة) فی عدم الضّمان، كانت الصّحيحة المذكورة ردّاً له **لكن** قوله مخالفٌ لقول ابی حنيفة **لانّ** ابا حنيفة يقول بعدم الضّمان مطلقاً سواءٌ أكان عدم الضّمان فی الغصب ام فی المقبوض بالعقد الفاسد و صاحب الوسيلة يقول: بعدم الضّمان فی المقبوض بالعقد الفاسد فقط فلا تشمله الصّحيحة الواردة فی الغصب فقط و كذلک الرّواية الواردة فی شراء الجارية المسروقة.

هذا كلّه ای ما قلناه من ضمان المنافع او عدم الضّمان كلّه كان حول المنافع المستوفاة امّا الكلام فی المنافع غير المستوفاة و احكامها:

و من جملتها، المنفعة الفائته بغير استيفاءٍ، المشهور فيه ايضاً، الضّمان **قال ابن ادريس بقوله:** انّ البيع الفاسد، يجری عند المحصّلين مجریٰ الغصب **قال الشّيخ(ره) فی المقام:** لعلَّ ضمان المنافع غير المستوفاة، لاجل صدق المال عليها فهی، تحت يده و تصرّفه فكما تكون العين مضمونةً، كذلک المنافع.

و لاجل صدق المال علیٰ المنافع غير المستوفاة و انّها فی يده و تحت تصرّفه،

۱- وسائل الشّيعة ج ۱۷، ص ۳۱۳ـ الباب ۷ـ الحديث ۱.

يجرى علىٰ المنفعة حكم المقبوض اذا قبض العين فتدخل المنفعة فى ضمان المستأجر و يتحقّق قبض الثّمن فى الْسِّلَمِ بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً وكذا الدّار المجعول سُكنٰاها ثمناً.

و بالاضافة الى ما ذكرناه فى ضمان المنافع غير المستوفاة من انّها اموالٌ فتكون مقبوضةً بقبض العين، لنا دليلٌ آخر علىٰ ضمانها و هو انّ الضّمان مقتضىٰ احترام اموال المسلم **اذكونه** فى يد غير مالكه مدّةً طويلةً من غير اجرةٍ، منافٍ للاحترام.

ولكن يشكل الحكم و هو ضمان المنافع غير المستوفاة بعد تسليم كون المنافع اموالاً حقيقةً **اذا لم نسلّم انّ** المنافع غير المستوفاة تُعَدّ اموالاً حقيقةً و علىٰ فرض تسليم انّها اموالٌ حقيقةً، يشكل الحكم بضمان المنافع غير المستوفاة بانّ مجرّدَ كونِ المنافع غير المستوفاة، اموالاً حقِيقةً، لايكفى فى تحقّق الضّمان **الّا ان** يندرج ضمان المنافع غير المستوفاة، تحتَ قاعدةِ: **«عَلىٰ الْيَدِ مٰا اَخَذَتْ حتّىٰ تؤدّى»** بناءً علىٰ انّها قد اخذت من صاحبها حال كونها تابعةً للعين فى اخذها ولا اشكال فى عدم الشّمول **كلمة «اَخَذَتْ»** الواقعه فى قوله ﷺ: «عَلىٰ الْيَدِ مٰا اَخَذَتْ حتّىٰ تُؤَدِيَّه»، المنافع غير المستوفاة **لانّها** ليست مأخوذةً بالاستقلال و انّما اُخِذَتْ تبعاً للعين فالاخذ، لايشملها.

لايقال: انّ **عمومَ «علىٰ اليد»** سواءٌ أكان الاخذ، بالاستقلال ام بالتّبع، يشملها فالضّمان، ثابتٌ لها.

فانّه يقال: هذا العموم المدّعىٰ خلافُ ظاهرِ اللّفظ اذ لفظ **«الاخذ»** ظاهرٌ فى الاخذ الاستقلالىّ، لاالتّبعىّ فالعموم، لايشمل المنافعَ غيرَ المستوفاةِ.

دفعُ وهمٍ

حاصل الوهم انّ المنافع قد حَصَلَتْ فى اليدِ و ان كانت بتبعيّة العين فيصدق الاخذُ **فاجاب الشّيخ(ره) عن هذا الوهم:** انّ الحصول فى اليد، لايوجب صدقَ الاخذِ حتّىٰ يشمله حديثُ: **«علىٰ اليد ما اَخَذَتْ» الخ.**

و دعوىٰ انّ الاخذ هنا، كنايةٌ عن الاستيلاء والسّلطنة لا الاخذ باليد الجارحة و

هذا الاستيلاء حاصلٌ علىٰ المنافع غير المستوفاة بسبب القبض.

مدفوعةٌ بانّ الظّاهر من الاخذ هو الاخذ باليد الجارحة.

ولايخفىٰ علىٰ القارئ الكرام انّ قاعدة احترام مال المسلم تقضى علىٰ عدم جواز التّصرّف فی ماله و عدم جواز اتلافه بلا عوضٍ **و لكن** هذه القاعدة، تأتی فی المنافع المستوفاة لافی غير المستوفاة.

فالحكمُ بعدم الضّمان مطلقاً سواءٌ كان البايع عالماً بالفساد ام لا؟ كما عن الايضاح او مع علم البايع بالفساد كما عن بعضٍ آخر، موافقٌ للاصل السّليم و هی براءة ذمّة القابض عن الضّمان و هذا الاصل، سالمٌ عن معارضةِ شئٍ معه.

استدلالٌ آخر للشّيخ(ره) علىٰ عدم ضمان المقبوض بالعقد الفاسد فی المنافع غير المستوفاة، **بانّه** قد يُدعّىٰ شمول قاعدة: **«مٰا لٰايُضْمَنُ بِصَحيحَةٍ، لٰايُضْمَنُ بفٰاسِدِه»** للمقبوض بالعقد الفاسد.

و من المعلوم انّ صحيح البيع، لايوجب ضماناً للمشترى للمنفعة **لانّها** للقابض مجّاناً والثّمن المقبوض بالعقد الفاسد، لايتوزّع قسمٌ منه علىٰ المبيع و قسمٌ منه علىٰ المنفعة **بانْ يقال:** انّ قسماً منه بازاءِ المثمن و قسماً منه بازاء المنفعة، فالّذی بازاء المنفعة، يؤخذ منه و ان لم يستوفها.

وهمٌ و دفعٌ

حاصل الوهم انّ عدم ضمان المنافع غيرِ المستوفاةِ لو كان لاجل القاعدة المذكورة: **«مٰا لٰايُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لٰايُضْمَنُ بِفٰاسِدِه»** فلماذا يحكم بضمان المنافعِ المستوفاةِ مع انّ صحيحَ البيع، لايوجب ضماناً للمشترى فی المنافع؟

جوابُ الوهم المذكور حاصَلُهُ: انّ الضّمان هنا لاجل انّ القابض، قد اتلف المنافع باستيفائها ففوتها، علىٰ مالكها فالضّمانُ لاينافی القاعدة المذكورة: **«مٰا لٰايُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لٰايُضْمَنُ بِفٰاسِدِه» لانّ هذه** القاعدة موردها، التّلف لا الاِتلاف.

دليلٌ آخر للشّيخ علىٰ عدم ضمان المنافعِ غير المستوفاةِ.

و هو دلالة الاخبار الواردة فى ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقه[١] المبيعة السّاكتة عن ضمان غيرها **مع انّ** الامام عليه السلام فى مقام البيان فلو كانت المنافع غير المستوفاة مضمونةً كالمستوفاة لَبَيَّنَ حكَمها كما بَيَّنَ حكمَ المستوفاةِ **و من الواضح انّ** تأخير البيان عن وقت الحاجة، غير جائزٍ.

و كذا تدلّ علىٰ ذلک «**صحيحة محمّد بن قيس**» الواردة فيمن باع وليدة ابيه بغير اذنه فقال عليه السلام: «**الحكم ان يأخذ الوليدة و ابنها**»[٢] **و سَكَتَ عن المنافعِ الفائتةِ فانّ عدم الضّمان** فى هذه الموارد مع كون العين لغير البايع **حيث** انّ الامَّةَ فى الموردين، غير ملكِ البايع، يوجب عدم الضّمان هنا بطريق اَوْلىٰ و هو المقبوض بالعقد الفاسد **حيث** انّ المبيع، ملكٌ للبايع الّا انّ البيع، فاسدٌ.

والانصافُ انّ للتوقّف فى المسألة و هى مسألة ضمان المنافع الغيرِ المستوفاةِ، فى المقبوض بالعقد الفاسد والتّنقيح، مجالٌ كما فى المسالک تبعاً للدّروس.

ولم يذكر الشّيخ(ره) هنا، الوجهَ فى رفع اليد عن الاصل او التّوقّف عن العمل به ليكون التّوقّف مقتضىٰ الانصاف.

١- وسائل الشّيعة ج ١٢، ص ٥٩٢ـ الباب ٨٨ـ الحديث ٣ـ١.

٢- وسائل الشّيعة ج ١٢، ص ٥٩٢ـ الباب ٨٨ـ الحديث ٣ـ١.

الاقوال فى ضمان المنافع غير المستوفاة:

ربّما يظهر من القواعد فى باب الغصب عند التّعرّض لاحكام البيع الفاسد، الاشكال والتّوقّف بصورة علم البايع.

وعن فخر المحقّقين: حمل الاشكال فى العبارة علىٰ مطلقِ عدم الاستيفاء.

بِاَنْ تَوَقّفَ فى عدم ضمان المنافع المستوفاة سواءٌ كان البايع عالماً بالفساد ام جاهلاً؟ **فتحصّل من ذلك كلّه انّ** الاقوال فى ضمان المنافع غير المستوفاة خمسةٌ:

الاوّل: الضّمانُ مطلقاً سواءٌ أكان البايع عالماً بالفساد ام لا؟ و كانّه قولُ اكثر الفقهاء.

الثّانى: كما عن الايضاح مطلقاً سواءٌ أكان البايع عالماً بالفساد ام لا؟.

الثّالث: الضّمان الّا مع عالم البايع كما عن بعض منقولٍ من الشّرايع اى فى صورة علم البايع بالفساد.

الرّابع: التّوقّف فى صورة علم البايعِ بالفساد كما استظهره جامع المقاصد والسّيّد العميد من عبارة القواعد.

الخامس: التّوقّف مطلقاً سواءٌ أكان البايع عالماً بالفساد ام جاهلاً؟

كما عن الدّروس والتّنقيح والمسالک و محتمل القواعد كما يظهر من فخر الدّين.

والشّيخ(ره) من بين الاقوال المذكور صرّح: بانّ التّوقّف، اقربُ الىٰ الانصاف **والمحكّىٰ عن العلّامة فى التّذكرة:** انّ منافع الاموال من العبد والثّياب والعقار و غيرها مضمونةٌ بالتّفويت والفوات تحت اليد العادية فلو غَصَبَ عبداً او جاريةً او ثوباً او عقاراً او حيواناً مملوكاً، ضَمِنَ منافَعِهُ سواءٌ اتلفها بانْ استعملها او فاتت تحت يده بانْ بقيت مدّةً فى يده لايستعملها عند علمائنا اجمع كما ذكر العلّامه(ره) فى تذكرة الفقهاء، كتاب الغصب، البحث الثّالث ص ٣٨٠ فراجع.

ولايبعد ان يراد باليد العادية، مقابل اليد الحقّة و هذه اليدُ العاديةُ تشمل يدَ المشترى الّذى اِبتاعَ شيئاً بالعقد الفاسد خصوصاً مع غلبة المقبوض بالعقد الفاسد علىٰ بقيّة الضّمانات. ولا سيّماً مع جهل البائع به.

وَاظْهَرُ مِن قول العلّامة فى التّذكرة من ضمان المنافع غير المستوفاة، قولُ ابـن ادريس فى السّرائر فى آخر باب الاجارة من الاتّفاق ايـضاً عـلىٰ ضـمان مـنافع المغصوب الفائتة مع قوله فى باب البيع: انّ البيع الفاسد عند اصحابنا بمنزلةِ الشّىء المغصوب الّا فى ارتفاع الاثم عن امساكه انتهىٰ.

و من هنا، عَدَلَ الشّيخ(ره) عمّا افاده من التّوقّف من عدم ضمان المـنافعِ غـيرِ المستوفاةِ علىٰ قول العلّامة فى التّذكرة وابن ادريس فى السّرائر من ضمان المنافع الفائتة الّتى لم‌يستوفها القابضُ و صَرَّحَ بان القول بالضّمان لايخلو عن قوّةٍ و ان كان المترائىٰ من ظاهر **«صحيحةِ ابى ولّاد»** اختصاصَ الضّمان فى المغضوب بـالمنافعِ المستوفاةِ من البغل المتجاوز به الىٰ غير محلِّ الرُّخصة **الّا** انّا لم‌نجد احـداً عَـمِلَ بمورد الرّواية الّتى وردت فى الغصب فى المنافعِ المستوفاةِ **بل الفقهاء** عَمَّمُوهٰا حتّىٰ فى المنافع غيرِ المستوفاةِ.

الرّابعُ من الامورِ المتفرّعةِ علیٰ المقبوض بالعقد الفاسد:

ما اذا تلف المبيعُ فان كان مثليّاً، وجب مِثْلُهُ بلاخِلاف فيه الاّ ما يُحكیٰ عن ظاهر الاِسكافی **حيث** لم يذهب بوجوب المثل فی المثلیّ اذا كان التّالفُ مثليّاً **بل** قال: ان تَلَفَ المضمونُ، ضَمِنَ قيمَتهُ او مِثْلَهُ اِن رَضِیَ صاحبهُ فهو حكمٌ بضمان القيمة ابتداءً.

تعريف المثلیّ

قد اختلف كلمات اصحابنا فی تعريف المثلیّ:

فالشّيخ(ره) و ابن زهرة و ابن ادريس و المحقّق و تلميذهُ و هو صاحب «كاشف الرّموز» و العلاّمة و غيرهمﷺ ارواحهم **بل** المشهور علیٰ ما حكی، ذهبوا الیٰ انّه ما تساوت اجزاؤه من حيث القيمة و المراد باجزائه، ما يصدق عليه اسم الحقيقة.

و المراد بِتساوِي الاجزاء عند الشّيخ(ره)، هو تساويها من حيثُ القيمةِ ای لو كان الكلُّ قيمته عشرة دنانير فَرضاً، لكان كلُّ جزءٍ من اجزائه متساوٍ مع الجزء الآخر فی القيمة بالنّسبة الیٰ قيمة الكلّ بمعنیٰ قيمة كلِّ بعضٍ بالنّسبة الیٰ قيمة البعض الآخر كنسبة نفس الابعاض من حيث المقدار ای كما انّ نسبة البعص الیٰ الكلّ متساويةٌ، كذلک نسبةُ قيمةِ كلِّ بعضٍ الیٰ بعضٍ آخر متساويةٌ.

و لاجل انّ المراد من تساوی الاجزاء، هو تساويها من حيث القيمة، قيلَ فی توضيح هذا المعنیٰ، انّ المقدارِ منَ المثلی كطن مثلاً، يساوی قيمةً معيّنةً كعشرةِ دنانير مثلاً فنصف ذاک المقدار، يساوی نصف تلک القيمة و النّصف هی خمسةُ دنانير.

من هنا، رَجَحّ الشّهيد الثّانی كونَ المصوغ من النّقدّين، قيميّاً و قال الشّهيد الثّانی(ره): انّ الدّليل علیٰ انّ المصوغ من النّقدين قيميٌّ، نقصان قيمته لو انفصل و صار نصفين **فانّه** فی هذه الحالة، لايشتری بقيمته الواقعيّة قبل الفصل و القطع قال الشّيخ(ره) انّ: ما افاده الشّهيد الثّانی انّ المصوغ من النقديّن قيميٌّ اذ لو انفصل،

نَقَصَتْ قيمته و هذا يوجب ان لايكون الدّرهمُ الواحد مثليّاً اذ لو انكسر نصفين، نقصت قيمته نصفه عن نصف قيمة المجموع **الآ ان يقال:** انّ الدّرهم مثليٌ بالنّسبة الىٰ نوعه و هو الصّحيح **و لاجل انّ** الدّرهم، مثليٌ اذا اضيف الىٰ نوعه لا الىٰ جنسه حتّىٰ يعدّ قيميّاً لايُعَدُّ الجريش الذّى هو طحين الحنطة غير ناعمٍ مِثلاً للحنطة **لانّه** ليس من نوعها **لانّها** بعد الجريش، خرجت عن نوعها فلايعدّ من المثليّات.

و من هنا، اى من اجل انّ الدّرهم اذا اضيف الىٰ نوعه يُعَدُّ مثليّاً، **يظهر انّ** كلّ نوعٍ و هو الكليّ الذّى يُطْلَقُ علىٰ الافراد المتّفقة الحقيقة، من انواع الجنس الواحد و هو الكلّى الّذى يُطْلَقُ علىٰ الافراد المختلفة الحقايق **بل** كلّ صنفٍ و هى الافراد من النّوع من اصنافِ نوعٍ واحدٍ، مثليٌ بالنّسبة الىٰ افراد ذلک النّوع او الصّنف؟.

فلايرد ماقيل من انّه اِنْ اريد التّساوى بالكلية فالظّاهر، عدم صدقه علىٰ شىءٍ من المعرِّف **اذ ما من** مثلي الآوجزاؤه مختلفةٌ فى القيمة كالحنطة **فانّ** قفيزاً من حنطة، يساوى عشرةً و من اخرىٰ يساوى عشرين و ان اريد التّساوى فى الجملة فهو فى القيّمى موجودٌ كالثّوب و الارض **لانّ** المحقّق الاردبيلى(ره) دَفَعَهُ بما انّ كون الحنطة مثليّةً معناه انّ كلّ صنفٍ منهما متماثلٌ للاجزاء اى الكميّات و متَساوياً فى القيمة لابمعنىٰ انّ جميع ابعاضِ هذا النّوع اى افراد الحِبات، متساويةٌ فى القيمة.

فاذا كان كلّ صنفٍ منها، متماثل الاجزاء و متساوياً فى القيمة، كان المضمون بعضاً من صنفٍ فالواجب دفعُ مساويه من هذا الصّنف و هو ما كان المضمونُ بعضاً من صنفٍ لا القيمة و لابعض من صنفٍ آخر.

ولكنّ الانصاف انّ كون الحنطة مثليّةً بمعنىٰ انّ كلِّ صَنفٍ منها مثماثلُ الاجزاءِ و متساوٍ فى القيمة، خلافُ ظاهرِ كلماتهم **لانّهم** يُطلِقُونَ المثلىّ علىٰ جنسِ الحنطة و الشّعير لاعلىٰ الصّنفِ من الحنطة و الشّعير و نحوهما كالارز و بقية الحبوب مع عدم صدق تعريف المثلىّ و هو ما تساوت اجزاؤه عليه، فانّ هذا التّعريف، لايكون شاملاً لجميع افراده مع انّ شمول التّعريف لجميع الافراد، هو المراد.

و اطلاقُ المثلىّ علىٰ الجنس و هو جنسُ الحنطةِ او جنسُ الشّعير او جنس

الحبوب باعتبار مثليّة انواعه او اصنافة و هى الحنطة الشّماليّة او الجنوبيّة و ان لم‌يكن بعيداً **الاّ انّ** انطباق تعريف المثليّ و هو انّ المثلى، ما تساوت اجزاؤه، علىٰ الجنس باعتبار مثليّة انواعه او اصنافه **بعيدٌ لانّه علىٰ** الاعتبار المذكور، تلزم المسامحة فى التّعريف لاحتياجه الىٰ اضمارٍ فى نظم الكلام **لانّ** التّقدير يكون هكذا: «المثليُّ، ماتساوت اجزاء انواعه او اصنافه».

و من المعلوم انّ البناء فى التّعريف علىٰ عدم المسامحة فيها مهما امكن.

الاّ ان يهملوا خصوصيّاتِ الاصناف الموجبة لزيادة القيمة او نقصانها كما التزم بعضُ الفقهاءِ، اهمالَ الخصوصيّات فى الاصناف.

غايةُ الامر، وجوب رعاية خصوصيّات الاصناف عند اداء المثل عوضاً عن التّالف او القرض **و هذا ابعد لانّ** الخصوصيّة الصّنفيّة لو كانت ملحوظةً حالةَ العقد فلابدّ من مراعاتها حين الاداء فلاوجه لاهما لها.

اشكالٌ آخر فى تعريف المثلى.

و هو عدم اطرّاد التّعريف و شموله لجميع افراده اى لاتكون جامعةً للافـراد و لامانعةً للاغيار **لانّه** ان اريد تساوى الاجزاء من صنفٍ واحدٍ كالحنظة الجنوبيّة و... من حيث القيمة تساوياً حقيقيّاً، قلّ مايتّفق ذلک فى الصّنف الواحد من النّوع **لانّ** اشخاص ذلک الصّنف، لاتكاد تتساوىٰ فى القيمة لتفاوت تلک الاشخاص بسبب الخصوصيّات الموجبة لزيادة الرّغبة و نقصانها كما لايخفىٰ.

و ان اريد تقارب اجزاء ذلک الصّنف من حيث القيمة و ان لم‌تتساووا حقيقةً ما تحقّق ذلک فى اكثر القيميّات، **فاذاً** لايكون التّعريف مانعاً للاغيار **لانّ** لنوع الجارية اصنافاً متقاربةً فى الصّفات الموجبة لتساوى القيمة **و بهذا الاعتبار** و هـو تـقارب الصّفات الموجبة لتساوى القيمة، يصحّ السّلم فيها **و لاجل وجود صفات متقاربة فى القيميّات**، اِختار العلاّمةُ(ره) فى باب القرض من التّذكرة عـلىٰ مـاحكى عـنه، انّ مايصحّ فيه السّلم من القيميّات، مضمونٌ فى القرض بمثله **لانّ** مثله، موجود فيضمن بمثله و لايجوز تبديله بالقيمة و ان كان قيميّاً لعدم براءة ذمّته.

و قد عَدّ الشّيخ(ره) الطّوسى فى المبسوط، الرّطب و الفواكه من القيميّات **حيث** انّ الرّطب و الفواكه، متقاربة الاصناف **مع انّ** كلّ نوعٍ من الرّطب و الفواكه، مشتمل علىٰ اصنافٍ متقاربةٍ فى القيمة **بل** متساويةٌ عرفاً.

ثمّ: لو فرض انّ الصّنف المتساوى من حيث القيمة فى الانواع القـيّمية، عـزيزُ الوجود بخلاف الانواع المثليّة، لم‌يُوجِبْ ذلک، اصلاحَ طردِ التّعريف.

نعم: يوجب عزّة وجود الصّنف المتساوى الاجزاء من حيث القيمة و قلّة الفرق فى المثلىّ و القيمىّ فى حكمة الحكم بضمان المثل فى المثلىّ و بضمان القيمة فى القيمىّ، **الفرق بين النّوعين** فى حكمة الحكم بـضمان المـثلىّ بـالمثلىّ و القـيمىّ بالقيمة.

تعاريفُ أُخَر للمثلی:

قد عُرّفَ المثليّ بتعاريف أُخَر اعمّ من التّعريف المتقدّم و ما تساوت اجزاؤه من حيث القيمة او اخصّ:

قد عَرّفَ العلاّمةُ، المثليّ فی التّحرير بانّه ماتماثلت اجزاؤه و تقاربت صفاته **و لايخفی انّ هذا التّعريف** اعمُّ من تعريف المثليّ **«بانّه ما تساوت اجزاءه»، لانّ** تماثل اجزائه و تقارب اوصاف الاجزاء، قد يوجد ان فيما لاتتساویٰ قيمة اجزاءه كما فی النّحاس الموجود فی بلاد الهند و الموجود فی بلاد ايران فانّهما مع اتّفاقهما فی المقدار و الصّفة، تراهما يختلفان فی القيمة.

عن الشّهيد الاوّل فی الدّروس و الرّوضة البهيّة: «انّه المتساوی الاجزاء و المنفعة، المتقارب الصّفات».

الظّاهر انّ هذا التّعريف اخصُّ من تعريف العلاّمة **حيث** انّه بعد اعتبار المساواة فی القيمة كما كان هناک، اعتبرت المساواة فی المنفعة ايضاً و تقاربه فی الصّفات.

***

فی نظر الشّيخ(ره) انّ تعريف الدّروس، المثليّ بقوله:

«انّه المتساوی الاجزاء و المنفعة، المتقارب الصّفات»، اقرب التّعريفات الیٰ السّلامة **و عن غاية المراد:** بانّ المثليّ، ما تساوت فی الحقيقة النّوعيّة لا فی الحقيقة الصّنفيّة **و عن بعض العامّة نقل:** «انّه ما قُدِّرَ بالكيل او الوزن».

و عن آخر منهم انّه: «زيادة جواز بيعه سلماً» و عن ثالثٍ عن العامّة انّه: زيادة جواز بيع بعضه ببعضٍ الیٰ غير ذلک ممّا حكاه العلاّمة فی التّذكرّه عن العامّة.

فرعٌ: هل كان للفظ المثلىّ، حقيقةٌ شرعيّةٌ ام لا؟

صرّح الشّيخ فى المكاسب: انّه ليس للفظ المثلىّ حقيقةٌ شرعيّةٌ و لامتشرّعةٌ **و ليس المراد منه، معناه** اللّغوى **اذ** المراد بالمثل لغة، المماثل **فان اريد من** جميع الجهات فغير منعكسٍ اى غير شاملٍ **للافراد و ان اريد من** بعضها فغير مطردٍ اى غير مانعٍ للاغيار و ليس فى النّصوص حكمٌ يتعلّق بعنوان المثلىّ حتّىٰ يبحث عنه.

نعم: وقع هذا العنوان فى معقد اجماعهم علىٰ انّ المثلىّ، يضمن بالمثل و غيره بالقيمة **و من المعلوم انّه** لايجوز الاتّكال فى تعيين معقد الاجماع علىٰ قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقين و حين عدم وجود حكمٍ فى النّصوص لخصوص المثلىّ، ينبغى ان يقال: كلّما كان مثليّاً باتّفاقٍ المجمعين فلا اشكالَ فى ضمانه بالمثل للاجماع، و يبقىٰ ما كان مختلفاً فيه بينهم كالذّهب و الفضّة غير المسكوكين فانّ صريح الشّيخ(ره) الطّوسىّ فى المبسوط كونهما من القيّميات و ظاهر غيره كونهما مثليّين.

وكذا الحديد و النّحاس و الرّصاص فانّ ظاهر عبائر المبسوط و الغنية و السّرائر، كونها قيّميّةً **و عبارة التّحرير صريحةٌ فى** كون اصول الحديد و النّحاس و الرصّاص مثليّةً و ان كان المصوغ منهما قيّمياً.

و قد صرّح شيخ الطّوسى فى المبسوط، يكون الرُّطَبُ و العِنَب قيميّين و التّمر و الزّبيب، مثليّين و قال فى محكى المختلف: انّ فى الفرق بين الرّطب و العنب فى انّهما قيميّان و بين التّمر و الزّبيب فى انّهما مثليّان **بل** صرّح بعضُ من قارب عصرنا يكون الرّطب و العنب مثليّين **و قد حُكِيَ عن** موضعٍ عن جامع المقاصد انّ الثوب، مِثلِيٌّ و المشهور خلافه.

و ايضاً فقد مثلوّا للمثلىّ بالحنطة و الشّعير و لم‌يعلم انّ المراد نوعهما او كلّ صنفٍ و ما المعيار فى الصّنف؟ و كذا اختلف الفقهاء فى التّمر فى انّه مثلىٌّ او قيميٌّ؟.

فرعٌ: الاصل عند الشّکّ فی الضّمان بالقيمة لاغير ماذا؟

قد وَقَعَ الكلامُ عند الفقهاء بانّ الاصل الّذی يرجع اليه عند الشکّ، فی الموارد التّی لم‌يتحقّق فيها اجماعٌ علیٰ انّ الشّیٔ مِثْلیٌّ ام لا؟

اِمّا الضّمان بالمثل او القيمه او تخيير المالک او الضّامن بين المثل و القيمة؟

قال الشّيخ(ره): انّه لايبعد ان يقال: انّ الاصل هو تخيير الضّامن و هو التّالف لاصالة براءة الذّمة عمّا زاد علیٰ مايختاره فَاِنْ فُرِضَ اجماعٌ علیٰ خلاف ضمان الضّامن فالاصل، تخييرُ المالک لاصالة عدم براءة ذمّته بدفع ما لايرضیٰ به المالک **و المراد من الاصل هنا، هی** الاصول العمليّة و الاصل العمليّ هنا، له اربعُ احتمالاتٍ:

الاوّل: الضّمان بالمثل لاغير و وَجْهُهُ: انَّه من قبيل الاقّل و الاكثر فی انّه يجب الاتيان بالاكثر حتّیٰ تبرأ ذمّته.

الثّانی: الضّمان بالقيمة لا غير. وَ وَجْهُهُ هو الوجه الاوّل مع القول بجريان البراءة فی المثل.

الثّالث: تخيير المالک بالمثل او القيمة؟ و وجهه، قاعدة اشتغال ذَمّة الضّامن المعبّر عن هذه القاعدة بالاستصحاب.

الرّابع: تخيير الضّامن بالمثل او القيمة؟ و وجهه عدم وجوب الموافقة القطعيّة فی المتباينين بناء علیٰ عدم تأثير العلم الاِجماليّ الّا فی حرمة المخالفة القطعيّة **و لنا بالاضافة** الیٰ الاصل العمليّ الدّال علیٰ ضمان الضّمان، دليلٌ آخر و هو قوله ﷺ: **«عَلیٰ الْيَدِ ما اَخَذَتْ حتّیٰ تؤدّی»** فانّ مقتضاه، عدم ارتفاع الضّمان بغير اداء العين، خرج ما اذا رَضِیَ المالکُ لشیءٍ آخر و هو المثل او القيمة فَاِنْ رَضِیَ المالکُ بذلک، يخرج اشتغالُ ذمّة الضّامن عن مصداق الحديث حتّیٰ يؤدّی.

رأی شيخنا الانصاری فی المورد الّذی يشکّ فی مثليّة الشّیء بعد عدم قيام الاجماع علیٰ مثليّته، تخييرُ المالک من اوّل الامر لِاَصالة اشتغال ذمّة التّالف بالمثل او القيمة؟ و المراد من الاصل هنا، استصحاب اشتغال ذمّة التّالف بالمثل او القيمة

قبل التّلف و عند التّلف و تخيير المالک الاخذ بالمثل او القيمة، لشکّ فى زوال ذمّة التّالف عن المثل فنستصحب الاشتغالَ بالمثلِ لو اختار المالک المثل او القيمةَ لو اختار القيمة.

وهمٌ و دفعُه:

حاصل الوهم انّ الضّامن عند اختيار المالک، المثلَ تجرى براءة ذمّته عنه فيُعْطِى للمالک القيمةَ او المثلَ لو اختار المالکُ القيمةَ.

اجاب الشّيخ(ره) عن هذا الوهم بانّ استصحاب اشتغال ذمّة الضّامن، حاکمةٌ علىٰ اصالة براءة فلامجالَ لها هنا.

نعم: يمكن ان يقال بعد عدم الدّليل لترجيح احد الاقوال بتخيير الضّامن فى اداء بدل التّالف عند الاداء من المثل او القيمة من جهة دوران الامر بين المحذورين: اعنى تعيّن المثل بحيث لايكون للمالک مطالبة القيمة و لا للضّامن الامتناع و بين تعيين القيمة بحيث لايكون للمالک حقّ المطالبة بالقيمة ابداً و لاللضّامن حقّ الامتناع عن دفع المثل فلا متيقّن فى البين و ليس فى المقام دليلٌ **و لايخفىٰ عليک انّه** لايجوز للضّامن، اصالة براءة ذمّته عن المثل لو اختار المالکُ، المثل و لا اصالة براءة ذمّته عن القيمة لو اختار المالکُ القيمةَ عند تشاحّهما و تنازعهما علىٰ المثل او القيمة فليس له دفعُ القيمة الىٰ المالک لو طالب المثلَ بدعوىٰ اصالة البراءة عنه و لا له دفع المثل الىٰ المالک لو طالب القيمة بدعوىٰ اصالة البراءة عنها.

و ما نحن فيه و هو تشاحّ المالک و الضّامن علىٰ المثلِ او القيمةِ من قبيل تخيير المجتهد فى الفتوىٰ فکما انّ المجتهد عند تعارض الخبرين الدّال احدهما علىٰ الوجوب و الآخر علىٰ الحرمة مثلاً، يضطرّ الاخذَ باحدهما و الافتاءُ علىٰ طبقِهِ لقوله عليه السلام: «**اذاً فتخيّر**». كذلک فى ما نحن فيه، يضطرّ الضّامنُ الاخذَ باحدهما: المثلَ، او القيمةَ لدوران امره بين المحذورين الذّى ذكرناهما **لانّه** ان لم‌نقل بتخيير الضّامن، يدورُ الامرُ بين محذورين.

قال الشّيخ(ره) هنا: فتامّل؛

قد ذكروا فی وجه التّأمّل وجوهاً:

افاد السّيّد الطّباطبايی اليزدیّ فی تعليقته علیٰ المكاسب ص ۹۷، انّه اشارةٌ الیٰ انّ تخييرَ المجتهد فی الفتویٰ، انّما هو لاجلِ تعارض الخبرين لا فی مثل المقام الذّی هو لاجل المحذورين المذكورين.

و افاد الشّيخ المامقانی(ره) فی تعليقته فی المكاسب فی ص ۳۰۱: انّ وجه التّامّل، منعُ قيامِ الاجماع علیٰ عدم تخيير المالک الذّی هو من مقدّمةِ مقدمّاتِ مطلوبه الذّی هو تخيير الضّامن فی الاداء.

و لعلّ وجهُ التّأمّل اشارةٌ الیٰ انّ هذا، مبنیٌّ علیٰ امرين **احدهما:** عدم ثبوت التّرجيح لاحد هذه الاقوال المذكورة سابعاً.

و الثّانی: قيام الاجماع علیٰ عدم تخيير المالک.

ثمّ قال الشّيخ(ره): «ولكن يمكن ان يقال: انّ القاعدة المستفادةَ من اطلاقات الضّمان فی المغصوبات و الامانات المفرط فيها و غير ذلک هو ضمانُ الضّامنِ بالمثل **لانّه** اقربُ الیٰ التّالف **من حيث** الماليّة و الصّفات ثمّ بعده، قيمة التّالف من النّقدين و هما الذّهب و الفضّة و شبههما **لانهما** اقربُ الیٰ التّالف من حيث الماليّة **لانّ** ماعدا النّقدين يلاحَظُ مساواتُه للتّالف بعد ارجاعه اليهما و لاجل الاتّكال علیٰ هذا الظّهور و هو امكان استفادة ضمان الضّامن بالمثل من الاطلافات الواردة فی ضمان المغصوبات، لاتكاد تظفر علیٰ موردٍ واحدٍ من هذه الموارد المشكوكة التّی لم‌يقم اجماعٌ علیٰ مثليّتها، علیٰ كثرتها قد نصّ المشهور فيه علیٰ ذكرِ المضمون بالمثل او القيمةِ **بل** كلّها الاّ ماشَذّ و نَدَرَ، قد اطلق فيها الضّمان من غير ذكر المثل او القيمة، فلو لا الاعتماد علیٰ ما هو المتعارف و هو حكم العرف بضمان التّالف فقط، لم‌يحسن من الشّارع اهماله فيه موارد البيان.

قد استدلّ شيخ الطّائفة فی المبسوط و الخلاف علیٰ ضمان المثلیّ بالمثل و

القيميّ بالقيمة بقوله تعالىٰ: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[١] **بتقريب** انّ مماثل مٰا اعتدىٰ، هو المثلُ فى المثليّ و القيمةُ فى غيره.

وهمٌ و دفعٌ:

حاصل الوهم انّ الحكم بوجوب دفع المثل فى المثليّات و القيمةِ فى القيّميات، مختصٌّ بالاتلاف عدواناً فلاتشمل التّلفَ و كلامُنٰافى التّلف لا فى الاتلاف.

اَجٰابَ الشّيخُ عن هذا الوهم بانّ الفقهاء فى هذه المسألة بين قائلٍ بعدم الضّمان مطلقاً لافى التّلف و لافى الاتلاف و بين قائلٍ بالضّمان مطلقاً سواءٌ فى التّلف و الاتلاف و ليس هنا لک قولٌ بالفصلِ بالضّمان فى الاتلاف و عدم الضّامن فى التّلف.

ربّما يناقش فى دلالة الآية الشّريفة بانّ مدلولها، اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء بمعنىٰ انّه لو كان مقدار الاعتداء درهماً فاللاّزم، الاعتداء علىٰ المعتدى بهذا المقدار لاغير لا المعتدىٰ به و هو المثل فى المثليّات و القيمة فى القميّات.

فيه نظرٌ و وجه النّظر: انّ الآية ظاهرةٌ فى مقدار الاعتداء و المعتدىٰ به كليهما و ليس لها اختصاص فى مقدار الاعتداء فقط.

نعم: الانصاف، عدم وفاء الآية الشّريفة كالدّليل السّابق عليها، و هو انّ القاعدة المُستفادةَ من اطلاقات الضّمان فى المغصوبات الخ، بالقول المشهور و هو وجوب المثل فى المثليّاتُ و القيمىّ فى القيميّات **لانّ** مقتضىٰ الآية الشّريفة و الدّليل السّابق، وجوبُ المماثلة العرفيّة فى الحقيقة و الماليّة.

و هذا و هو وجوب المماثلة العرفيّة فى الحقيقة و الماليّة، يقتضى اعتبارَ المِثْلِ حتّىٰ فى القيميّات سواءٌ وُجِدَ المثلُ فيها ام لا؟.

و امّا مع وجود المثل فيها كما لو اتلف ذراعاً من كرباسٍ طولُه عشرون ذراعاً متساويةً من جميع الجهات فانّ مقتضىٰ العرف و الآية، الزامُ الضّامن بتحصيل ذراعٍ آخر من ذلک و لو بأَضْعافِ قيمته و دفعُه الىٰ مالکِ الذّراعِ المُتْلَفِ **مع انّ** القائل بقيمة الثّوب، لايقول بالزام الضّامن بتحصيل ذراعٍ آخر من نفسِ نوعيّةِ الكرباس و

١- البقرة، الآية ١٩٤.

دفعه الیٰ صاحبه **وكذا لو اتلف عليه** عبداً و له فی ذمّة المالک بسبب القرض او السَلَّم **بناءً علیٰ** جواز الاقراض و السَّلَفِ فی العبد، عبدٌ موصوفٌ بصفات التّالف **فانّهم** يحكمون بالتّهاترِ القهریِّ كما يشهد بعدم حكم الفقهاء بالتّهاتر القهریِّ، ملاحِظةُ كلماتِ الفقهاءِ فی بيع عبدٍ من عَبْدَيْنِ **حيث** انّ الفقهاء ذكروا مسألةَ اِتلافِ عبدٍ من زيدٍ فی مسألةِ بيع عبدٍ من عبدين فالفقهاء فی تلک المسألة، لم يحكموا بالتّهاترِ القهریّ فی مسألة اتلاف العبد.

نعم: ذهب جماعةٌ منهم الشّهيدان فی الدّروس و المسالک الیٰ جواز ردّ العين المقترضة اذا كانت قيميّةً **لكن** لعلّه من جهة صدق اداء القرض باداء العين لا من جهة ضمان القيمیّ بالمثلِ **و لاجل** انّ صدق القرض باداء العين لا من جهة ضمان القيمیّ بالمثل، اتّفق فقهاء الاماميّة علیٰ عدم وجوب قبول غير العين المقترضة و ان كان مماثلاً لها من جميع الجهات.

و امّا مع عدم وجود المثل للقيمیّ التّالف، فمقتضیٰ الدّليلين و هما: الآيةُ الكريمةُ و القاعدةُ المستفادةُ من اطلاقات الضّمانِ فی المغصوبات و هو ضمان الضّامن، عدمُ سقوطِ المثل من الذمّة بالتّعذّر كما لو تعذّر المثلُ فی المثلیّ فی انّه لايسقط المثل عن الذمّة بسبب تعذّره فی الخارج فيضمن بقيمته يوم الدّفع كالمثلیّ و لايقولون بضمان القيمة فی يوم الدّفع.

و ايضاً فلو فُرِضَ نقصانُ المثلِ عن التّالف من حيث القيمة، نقصاناً فاحشاً فمقتضیٰ النّقص الفاحش، عدم جواز الزام المالک بالمثل لاقتضاء الدّليلين و هما: الايّةُ الشّريفةُ و الدّليلُ السّابقُ المشارُ اليه، اعتبارَ المماثلة فی الحقيقة و الماليّة **مع انّ** المشهور كما يظهر من بعض الزام المالک بالمثل و ان قوَیّ بعضٌ خلافَ عدم وجوبِ الزام المالک بالمثل و هو الزام المالک بالمثل.

ولكن الشّيخ قال: بانّ الحقّ، خلافُ ما افاده البعضُ من وجوب الزام المالک بالمثل و ان سقط المثل عن القيمة **بل** الواجب، دفع قيمةِ هذا المثل السّاقط عن القيمة **فَتَبَيَّن ممّا ذكرناه انّ النّسبة** بين مذهب المشهور و هو وجوب المثل فی

المثليّات و القيمة فى القيّميات و مقتضىٰ العرف و الآية، عمومٌ من وجهٍ.

و بيانه انّه مادّة الافتراق من جانب الآية و الدّليل السّابق بان يكون المشهور موجوداً و هما ليس بموجودين كما لو فُرِضَ نقصانُ المثلِ عن التّالف نقصاناً فاحشاً **من حيث القيمة** بحيث سَقَطَ عن الماليّة.

فالمشهورُ، يحكم بوجوب دفع هذا المثل الىٰ المالک و الزامه باخذه.

و الآية الشّريفة و الدّليلِ السّابق، يحكمان بعدم وجوب دفعه اليه و عدم الزام المالک باخذه **لانّهما يعتبران** المماثلة فى الحقيقة و الماليّة.

و امّا مادّة الاجتماع كما فى الحنطة و الشّعير فانّ الآية و الدّليل السّابق، تحكمان بوجوب دفع المثل عنهما لو تلفا **لانّهما** مثل التّالف فى الحقيقة النّوعيّة الصّنفيّة و فى الماليّة.

فَتَحَصَّلَ: انّه يضمن بالمثل بمقتضىٰ الدّليلين و هما: الآية الشّريفه: و الدّليل السّابق **و لايضمن** بالمثل عند المشهور كما فى المثالين المتقدّمين و هما: اتلاف ذراعٍ من كرباسٍ طوله عشرون ذراعاً متّحدة الجهات و الصّفات، و اتلاف عبدٍ لزيد و بذمّة الْمُتْلِفِ عبدٌ من عمروٍ موصوفٌ مع التّالف بكلّ الصّفات و الجهات.

حكم الموارد المشكوكة فى مثليّتها:

ثمّ انّ الاجماع علىٰ ضمان القيميّ بالقيمة علىٰ تقدير تحقّقه، لايُجْدِى بالنّسبة الىٰ ما لم يجمعوا علىٰ كونه قيّمياً.

ففى موارد الشّک، يجب الرّجوع الىٰ المثل بمقتضىٰ القاعدةِ المستفادةِ من الاطلاقات الواردةِ فى ضمان المثل و عموم قوله تعالىٰ:

﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[1] **حيث** انّ الآية، عامّةٌ تَحكُمُ بوجوب دفع المثل عن التّالفِ مَطلقا سواءٌ أكان فى المثليّات ام فى القيّميّات؟ و سواءٌ وجد المثل ام لا؟ الاّ فيما سقط المثل عن القيمة رأساً كما فى الثلّج فى الشّتاء.

١- البقرة، الآية ١٩٤.

ولكن العمومُ المذكور خُصِصّ بالاجماع **فانّ الاجماع** قامَ علىٰ ضمانِ القيمة فی القيّميّات **و مع ذلك** يلزم الرّجوع الىٰ المثل فی الموارد المشكوكة فی مثليّتها بمقتضىٰ العموم فی الآية الشّريفة و ان خُصِّصَ العمومُ **و توضيحهُ** انّ العمومَ المذكور و ان خُصِّصَ بالاجماع و مقتضاه و ان كان عدم الرّجوع الىٰ العموم فی الموارد المشكوكة و علم الحكم بوجوب دفع المثل فيها لا فی المثليّات و لا فی القيميّات **ولكنّه** قرّر فی علم الاصول: **انّ العامّ اذا خصّص بالمجمل مفهوماً كما فيما نحنِ فيه حيث** انّ القيميّ مردّدٌ بين الاقلّ و الاكثر فيقصر فی التّخصيص فيه علىٰ القدر المتيقّن من قيميّته و هو مٰا أُجْمِعَ علىٰ انّه قيميٌّ فيبقىٰ الباقی تحت العموم المذكور و هو وجوب دفع المثل فی التّالف سواءٌ أكان مثليّاً ام قيّمياً؟.

هذا فی الشّبهات المفهوميّة كما فی المقام حيث انّ مفهوم القيميّ، مجملٌ مردّدٌ بين الاقلّ: و هو مورد الاجماع المحقّق و بين الاكثر و هو مطلق ما قيل: انّه قيميٌّ و ان اختلف فيه **و لنا بالاضافة الىٰ الاجماع المذكور علىٰ** وجوب دفع المثل عن التّالف و ان نقصت او سقطت قيمة المثل عن قيمة التّالف يوم الدّفع او مكان الدّفع، الخبر الوارد فی انّ الثّابت فی ذمّة من اقترض دراهم و اسقطها السّلطان و اليك نصّ الحديث:

«عن يونس قال: كتبتُ الىٰ ابی الحسن الرّضاﷺ انّه كان لی علىٰ رجلٍ دراهِمَ و انّ السّلّطان، اَسْقَطَ تلك الدّراهم و جاءت دراهمَ اَعْلىٰ من تلك الدّراهم و لهم اليوم وضيعةٌ فایُّ شیءٍ لی عليه: الأُولىٰ التّی اسقطها السّلطان او الدّراهم التّی اجازها السّلطان؟ فكَتَبَ عليه السّلام: الدّراهم الأُولىٰ».[1]

١- وسائل الشّيعة جلد ١٢، ص ٤٨٨، الباب ٢٠ ـ الحديث ٢.

الخامس: من الامور المتفرّقة علىٰ المقبوض بالعقد الفاسد.

مسألةٌ: عدم انتقال المثل الىٰ القيمة وَ اِنْ سَقَطَ عن الماليّةِ **ذكر العلاّمة فى القواعد: «انّه لو لم يوجَدِ المثل الاّ باكثرَ من ثمنِ المثل، ففى وجوب الشرّاء تردّدٌ».**

ولكن نظرُ الشّيخ(ره) انّ كثرة الثّمن ان كانت لزيادة القيمةِ السّوقيّة للمثل بان صارت قيمة التّالف يومَ تلفِهِ فالظّاهر انّه لا اشكال فى وجوب الشّراء اى شراء المثل و ان كانت قيمته اضعافَ قيمة التّالف.

و لاخلافَ فى وجوب شراء المثل و ان ترقّب قيمتُه كما صرّح شيخ الطّائفة(ره) به فى الخلاف **حيث قال:** اذا غصب ماله مثل الحبوب و الادهان فعليه مثل ما تلف فى يده، يشتريه بايّ «ثمنٍ كان بلاخلافٍ» و فى المبسوط: **«يشتريه بايِّ ثمنٍ كان اجماعاً».**

و دليلُ وجوب شراء المثل بايّ ثمنٍ كان، عمومُ النصِّ **و هى آية: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾**[1]

و وجه العموم: انّ الآية الشّريفة: **«عامّة تشمل ما نحن فيه». و تدلّ علىٰ ما ذكر** الفتوىٰ بوجوب المثل فى المثليّ.

و تؤيّد وجوبَ دفع المثل و شرائه بايّ ثمنٍ كان، الاوّلويةُ الواردةُ فى حكم الفقهاء بعدم انتقال المثليّ الىٰ القيمة عند تنزّل قيمة المثل عن التّالف عند الدّفع.

فاذا كان الحكم كذلك عند التّنزّل، فبطريق اَوْلىٰ لاينتقل المثل الىٰ القيمة عند ترقيّ القيمة بزيادة القيمة السّوقيّة.

و وجه هٰذه الفحوىٰ انّ حَكْمَ الفقهاء بعَدم الانتقال الىٰ القيمة، عند التّنزّل، لازِمُهُ عدم مراعاة **«قاعدةُ لاضَرَر و لاضِرار»** بالنّسبة الىٰ ضرر المالك.

فهذا القاعدة اَوْلىٰ بعدم المراعاة بالنّسبة الىٰ الوارد علىٰ الضّامن **بل ربّما اِحْتَمَل** بعضُ الفقهاء عدمَ الانتقال الىٰ القيمة مع سقوط المثل فى زمان الدّفع عن الماليّة كالماء علىٰ الشّاطئ و الثّلج فى الشّتاء.

١- البقرة، الآية ١٩٤.

و امّا ان كانت كثرةُ الثّمنِ لاجل تعذّر المثل و عدم وجدانه الاّ عند من يعطيه بازيدَ ممّا يَرْغَبُ فيه النّاس مع وصف الاعواز بحيث يعدّ بذل ما يريد مالكه، بازائه ضرراً عرفاً، **فالظّاهر انّ** هذا هو المرادُ بعبارة القواعد: انّه لو لم‌يوجد المثل الاّ باكثر من ثمنِ المثل ففی وجوب الشّراء تردّدٌ **لانّ** الثّمن فی الصّورة الاولیٰ و هی كثرة الثّمن لزيادة القيمة السّوقيّة، ليس بازيدَ من ثَمن المثل **بل** هو ثمن المثل و انّما زاد علیٰ ثمن التّالف يوم التّلف فحين ان لم‌يكن الثّمن بازيدَ مِن ثمن المثل يمكن التّردّد فی الصّورة الثّانيّة و هی ماكانت كثرة الثّمن لاجل تعذّر المثل و عدم وجد انه الاّ عند من يعطيه بازيدّ ممّا يرغب فيه النّاس.

و المراد من التّردّد، هو التّردّد فی وجوب شراء المثلِ بایّ ثمنٍ كان فانّ فی الصّورة الثّانية، لايمكن الحكم قطعيّاً بوجوب الشّراء بخلاف الصّورة الْأُوْلیٰ **فانّه** يُحكم فيها بوجوب الشّراء مهما بَلَغَ الامرُ و كَلّفَتِ القيمةُ **كما قيل:** من انّ الموجود باكثرَ من ثمن المثلِ كالمعدوم كالرّقبة فی الكفّارة و الهدی و انّه يمكن معاندة البايع و طلب اضعاف القيمة **و امكان طلب البايع**، اضعاف قيمة المثل و امكان انّه يعاند فی ذلک، ضررٌ علیٰ المتلف الضّامن و هو منفیٌّ بقوله ﷺ: **«لاضرر و لاضرار»**.

ولكنّ الاقویٰ مع امكان معاندة البايع و مطالبته باضعاف قيمة المثل، وجوب الشّراء وفاقاً للتّحرير كما عن الايضاح و الدّروس و جامع المقاصد **بل** اطلاق السّرائر و نفی الخلاف المتقدّم فی نقل الشّيخ **عنه حيث** صرّح(ره) «انّه لاخلافَ فيه» لعين ما ذكر الشّيخ(ره) فی الصّورة الأُولیٰ بانّ وجهه، عموم النّص و الفتویٰ.

فرعٌ: ثمّ انّه لافرق فى جواز مطالبة المالك بالمثل، بين كونه فى مكان التّلف او غيره و لافرق ايضاً كون قيمته فى مكان المطالبة ازيدَ من قيمةٍ فى مكانِ التّلف ام لا؟ **وفاقاً** لظاهر المحكّى عن التّحريّر و التّذكّرة و الايـضاح و الدّروس و جـامع المقاصد.

و فى السّرائر، عدم الفرق فى جواز مطالبة المالك بالمثل الّذى يـقتضيه عـدل الاسلام و الادلّة و اصول المذهب.

و ما افاده ابن ادريس فى السرّائرّ: من انّ عدم الفرق فى جواز مطالبة المالك، هو الّذى يقتضيه عدل الاسلام و الادلّة و اصول المذهب لعموم: **«النّاسُ مُسَلّطُونَ عَلىٰ اَمْوٰالِهِمْ».**

و لايخفىٰ انّ وجوبَ دفعِ المثل، انّما هو فى بلد المطالبة و اَمّا مع تعذّره فسيأتى الكلام فيه فيما بعدُ.

السّادس من الامور المتفرّعة علىٰ المقبوض بالعقد الفاسد، ما لو تَعَذّرَ المثلُ فی المثلیّ فمقتضیٰ القاعدة ماذا؟

البحثُ هنا یقتضی فی مقامین:

الاوّل: فی الحکم الوضعیّ و هو انتقالُ حقِّ المالک الیٰ القیمة عند تعذّرِ المثلِ لو طالب بحقّه.

الثّانی: الحکم التّکلیفی و هو وجوب الدّفع الیٰ المالک.

لاشکّ فی وجوب المبادرة الیٰ الحکم التّکلیفیّ الّذی هو الدّفع سواءٌ طٰالَبَ المالکُ ام لم یطالبْ **و لذا لواخرّ، عَصیٰ.**

و هذا هو الفرق بین الدّین و الغصب، **حیث انّ المدین،** لاتجب علیه المبادرة الیٰ دفع الدّین لو لم‌یطالب الدّائن طَلَبَهُ بخلاف الغاصب **فانّه** تجب المبادرة الیٰ الردّ و الدّفع الیٰ المالک، سواءٌ طالَبَ ام لا؟

مسألةٌ: لو تَعَذَّرَ المثلُ فى المثليّ فمقتضىٰ القاعدة وجوبُ دفعِ القيمة مع مطالبة المالک **هذا بناءً علىٰ** مختار الشّيخ(ره): من انّ امساک الغصب حرامٌ و لو كان آناًما **بناءً على انّ** المقبوض بالعقد الفاسد، يجرى مجرىٰ الغصب بخلاف مذهب ابن ادريس **حيث** انّه نَفىٰ الاثمَ عن الامساک و ان قال بوجوب الدّفع الىٰ المالک فمنعُ المالک ظلمٌ و الزام الضّامن بالمثل منفىٌ بالتعذّر **فوجبت القيمه** جمعاً بين الحقّين و هما: حقّ المالک بوجوب دفعه اليه عند مطالبته و حقّ الضّامن بعدم جواز الزامه بالمثل.

و الحكم الوضعىّ و هو انتقال حقِّ المالک الىٰ القيمة فلا اشكالَ فى تحقّقه عند المطالبة **و امّا فى غير صورة المطالبة** فلا يُنْتَقَلُ حقُّه الىٰ القيمة لثبوت المثل فى ذمّته **و المراد من يوم** المطالبة هو يوم الدّفع **و الاّ** فمجرّد المطالبة، لايكون مبرّراً لانتقال حقّه الىٰ القيمة بل المثل ثابتٌ فى ذمّته لاشتغالها به فلا تبرأ ذمّته الاّ بالاداء بالمثل.

و ممّا ذكرنا يظهر انّ مقتضىٰ القاعدة، هو وجوب دفع القيمة الىٰ المالک عند تعذّر المثل لو طٰالَبَ.

و لنا مضافاً الىٰ مقتضىٰ القاعدة، دليلٌ آخر علىٰ وجوب دفع القيمة الىٰ المالک لو طٰالَبَ عند تعذّر المثل و هو قوله تعالىٰ:

﴿**فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...**﴾ فانّ الضّامن اذا ألْزِمَ بالقيمة مع تعذّر المثل، لم‌يعتد عليه ازيدَ ممّا اعتدىٰ الضّامنُ علىٰ الْمُعْتَدِى و هو المالک **و امّا مع عدم مطالبة المالک** فلا دليلَ علىٰ الزامِ المالک بقبول القيمة **لانّ** ذمّته مشغولةٌ بالمثلِ فلا تبرأ الاّ بالاداء بالمثل و المتيقّن، انّ دفع القيمة، علاجٌ لمطالبة المالک و جمعٌ بين حقّ المالک بتسليطه علىٰ المطالبة و حقّ الضّامن، بعدم تكليفه بالتّعذّر و المعسور **و امّا** مَعَ عدمِ المطالبةِ، فلا دليلَ علىٰ سقوط حقّه عن المثل.

و ما ذكره الشّيخ(ره) من عدم الدّليل علىٰ الزام المالک لقبول القيمة عند تعذّر المثل لو لم يُطالِبْ، **انّما يظهر من** المحكّى عن التّذكرة و الايضاح حيث ذكرا فى ردّ بعضِ الاحتمالات الآتية فى حكم تعذّر المثل، **ما لفظه:**

«اِنّ المثل لايسقط بالاعواز و هو تعذّر المثل، اَلاٰ ترىٰ انّ المغصوب منه لو صَبَرَ الىٰ زمانِ وجدان المثل، مَلِكَ المطالبة و انّما المصير الىٰ القيمة وقت تغريمها و هو يوم الدّفع المعبّر عنه بيوم المطالبة».

و لكن اَطْلَقَ كثيرٌ من الفقهاء: الحكمَ بالقيمة عند تعذّر المثل.

و لعلّهم يريدون صورة المطالبة **و الّا فلا دليل علىٰ الاطلاق** و حتّىٰ و لم‌يطالبِ المالكُ بحقّه **و يؤيّد ماذكرنا من انّ المراد من تعذّر** المثل هى صورة المطالبة لامجرّد التّعذّر، **انّ المحكىّ** عن الاكثر فى باب القرض: انّ المعتبر فى المثلىّ المتعذّر قيمته، يوم المطالبة.

نعم: عَبَّرَ بعضٌ من الفقهاء بيوم الدّفع، عن يوم المطالبة **و الشّيخ(ره) قال فى ذيل كلامه هنا، فليتأمّل وَ وَجْهُ** التّأمّلِ انّ المراد بيوم الدّفع فى تعبير هذا البعض هو يوم المطالبة و لو لاهذا، لمّا صَحَّ القَولُ بانتقال حقّ المالك الىٰ القيمة بمجردّ المطالبة.

***

كيف ماكان فلنرجع الىٰ حكم المسألة و هو انتقالُ حقِّ المالك الىٰ القيمة عند تعذّر المثل لو طٰالَبَ المالكُ بحقّه **فنقول:**

انّ المشهور انّ العبرة فى قيمة المثل المتعذّر بقيمته، هو يوم الدّفع، لانّ المثلىّ، ثابتٌ فى الذّمّه الىٰ ذلك الزّمان و هو يوم الدّفع و لادليل علىٰ سقوطه بتعذّره كما لايَسْقُطُ الدّينُ بتعذّرِ ادائِه.

و قد صرّح بما ذكرناه من انّ العبرةَ فى قيمة المثل المتعذّر، قيمةُ يومِ الدّفع، المحقّق الثّانىّ(ره) و قد عرفتَ عند قول الشّيخ سابقاً، ما ذكرنا من المحكىّ عن التّذكرّة و الايضاح من قولهما: **«انّ المثل، لايسقط بالاعوازِ».**

و يحتمل اعتبارُ وقت تعذّر المثل و هو للحلّى(ره) فى البيع الفاسد و التّحريّر فى باب القرض و هو المحكّى عن المسالك **لانّ** وقت تعذّر المثل، وقت الانتقال الىٰ القيمة **و يضعّفه انّه** ان اريد بالانتقال، انقلابُ ما فى الذّمّة الىٰ القيمة فى ذلك الوقت فلا دليلَ عليه.

و ان اريد عدمُ وجوبِ اسقاط ما فى الذمّة **الاّ بالقيمة**، فوجوب الاسقاط بالقيمة و دفعها الىٰ مالكها و ان حدث يوم التّعذّر مع المطالبة الاّ انّه اخّرَ الاسقاط، بـقىٰ المثل فى الذمّة الىٰ تحقّق الاسقاط.

و اسقاطُ المثلِ فى كلّ زمان باداء قيمته فى ذلک الزّمان و ليس فى الزّمان الثّانى مكلّفاً بما صدق عليه الاسقاط فى الزّمان الاوّل و هو يوم التّعذّر و يوم المطالبة.

و لايخفىٰ علىٰ القارىءَ الكرام: انّه لو استندنا فى لزوم القيمة فى المسألة الىٰ ما تقدّم سابقاً من الآية: ﴿**فَاعْتَدُوا الخ**﴾ و من انّ المتبادر من اطلاقات الضّـمان، هـو وجوبُ الرّجوع الىٰ اقربِ الاموال الىٰ التّالف بعد تعذّر المثل، انّـما تـوجّه القـول بصيرورة التّالف قيميّاً بمجرّد تعذّر المثل و ان لم‌يطالبِ المالکُ **اذ لافرقَ** فى تعذّر المثل بين تحقّقه ابتداءً كما فى القيميّات و بين طروّه بعد التّمكّن كما فى ما نحن فيه و هو تعذّر المثل.

و دعوىٰ اختصاص الآية و اطلاقات الضّمان بالحكم بالقيمة بتعذّر المثل ابتداءً، **لايخلوعن تحكمٍّ.**

مسألةٌ: بيان احتمالات اعتبار وقت تعذّر المثل:

الاحتمالُ الاوّلُ ان نقول باستقرار المثل فی الذّمّه بمجرّد تعذّر المثل و عدم وجوده فی الخارج اصلاً او مع وجوده **ولكن** يباع بقيمةٍ راقيةٍ عاليةٍ جدّاً الیٰ اوان الفراغ منه بدفع القيمة و هو الّذی اختار الشّيخ(ره) تبعاً للاكثر من اعتبار القيمة عند الاِقباض ايِ اقباضُه الیٰ المالكِ.

و ذكره فی القواعد، خامسَ الاحتمالاتِ.

الاحتمالُ الثّانی، القول بصيرورة المثل قيميّاً عند الاعواز.

و اذا صار المثل قيميّاً عند الاعواز و تعذّره فی الخارج فَاِمّا يقالُ: انّ المثل المستقرّ فی الذمّة، قيميٌّ فتكون القيميّةُ، صفةً للمثل بمعنیٰ انّه: لو تلف، وجبت قيمته و اِمّا يقال: بانّ المغصوب، انقلب قيميّاً بعدَ اَنْ كان مثليّاً عند تعذّره فی الخارج **فان قلناه الاوّل** و هو انّ المثل المستقرّ فی الذّمّة قيّميٌ فانِ جعلنا الاعتبار فی القيميّ، بيوم التلّف كما هو احدُ الاقوالِ، كان المتعيّنُ، قيمةَ المثل يوم الاِعواز كما صرّح به فی السّرائر فی البيع الفاسد و صاحب التّحرير فی باب القرض **لانّه يوم تلف القيميّ.**

و ان جعلنا الاعتبار فی القيميّ بزمان الضِّمان و هو يوم الغصب كما هو القول فی القيميّ، كان المُتَجَّهُ اعتبار زَمانِ تلف العين **لانّه** اوّل ازمنةِ وجوب المثل فی الذّمّة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه.

و هذا و هو انّ الاعتبارَ فی القيميّ من زمان الضّمان الّذی هو يوم الغصب، مبنیٌّ علیٰ القول بالاعتبار فی القيميّ بوقت الغصب كما عن الاكثر.

و ان جعلنا الاعتبار فی القيميّ باعلیٰ القِيَمِ من زمان الضِّمان الیٰ زمان التّلف كما حِكُیَ عن جماعةٍ من القدماء فی الغصَبِ، كان المُتَجَّهُ باعلیٰ القيم من يوم تلفِ العين الیٰ زمان الاِعواز.

و ذُكِرَ هذا الوجهُ فی القواعد، ثانی الاحتمالات.

و ان قلنا: انّ التّالف، انقلب قيميّاً، اُحْتُمِلَ الاعتبارُ، بيوم الغصب كما فی القيميّ

المغصوب و الاعتبار بالاعلىٰ منه الىٰ يوم التّلفِ و ذُكِرَ هذا، اوّلَ الاحتمالات فى القواعد.

و ان قلنا: انّ المشترک بين العين و المثل صار قيميّاً يجبئُ احتمالُ الاعتبار بالاعلىٰ من يومِ الضِّمان الىٰ يومِ تعذّرِ المثل لاستمرار الضّمان فيما قبله من الزّمان اِمّا للعين و اِمّا للمثل فهو مناسبٌ لضمان الاعلىٰ من حين الغصب الىٰ التّلفِ و هذا ذُكِرَ فى القواعد ثالثَ الاحتمالات **وَ احْتُمِلَ الاعتبار** باعلىٰ القِيَمِ من يومِ الغصب الىٰ دفع المثل.

وَ وَجَّهَ العلاّمةُ و ولدُهُ فخر المحقّقين، احتمالَ الاعتبار باعلىٰ القيم فى محكّى التّذكّره: بانّ المثلَ لايَسقُطُ بالاِعواز اى بمجرّد الاعواز، لاينقلب المثلُ الىٰ القيمةِ **و قالا(ره) اَلاٰ ترىٰ** انّه لو صَبَرَ المالکُ الىٰ زمان وجدان المثل، استحقّه فالمصير الىٰ القيمة عند تغريمها و هو يوم دفعِ القيمة الىٰ مالک العين و اقباضها له **و الحال انّ القيمة** الواجبة علىٰ الغاصب، بعد القول بانّ المصير الىٰ القيمة، هو زمن تغريمها و هو اعلىٰ القيم من يومِ التلّفِ و من يوم الدّفع.

فاذاكانت قيمةُ يومِ التلّف، اعلىٰ من قيمةِ يومِ الدّفعِ، تُعطىٰ للمالک قيمةُ يومِ التّلف **لانّ** الغاصبَ، يؤخَذُ باشدِّ الاخَوال.

و اذاكانت قيمة يوم الدّفع، اعلىٰ من قيمة يوم التلّف، تُعْطىٰ للمالک قيمةُ يومِ الدّفع لِعينِ الملاک فى الاوّل.

و حاصلُ تَوجيهِ مٰا افاده العلاّمة فى التّذكرة و فخر المحقّقين فى الايضاح: انّ وجوب دفع قيمة المثلىّ يعتبر من زَمَنِ يوم التغّريم الّذى هو يومُ الدّفعِ او وجوبُ مُبْدَلِ العين و هو يوم غصب العين التّى هى الْمُبْدَلُ و القيمة، هى البدل.

و المراد منها، الغصّبية التّى قبضت بالعقد الفاسد **بناءً على انّ** المقبوض بالعقد الفاسد، يجرى مجرىٰ الغصب كما افاده ابن ادريس(ره) **فيجب اعلىٰ القيم** من يوم التّغريم الّذى هو يومُ الدّفع او يوم غصب العين **قال الشّيخ(ره) فى ذيل كلامه هذا: «فافهم»، لعلّه** اشارةٌ الىٰ ضعفِ المبنىٰ الّذى هى صيرورةُ القدر المشترک، قيميّاً.

بعد ما عرفتَ ما ذكرنا، فاعلم انّ المناسب لاطلاق كلام الفقهاء بضمان المثل فی المثليّ، انّه مع تعذّر المثل، لايسقط المثلُ عن الذّمّة، **غاية الامر** يجب اسقاط المثل مع مطالبة المالک، **فالاعتبار،** بما هو اسقاطٌ حين الفعل و هو يومُ المطالبة فالذّمّة تُبْرَأُ عند ما طَالَبَ المالکُ وادّیٰ الغاصب **و امّا لو لم يطالب** فلا تبرأ ذمّة الغاصب عن المثل **بل** المثل، ثابتٌ فی ذمّتة بقاعدة الاشتغال اذ بمجرد تعذّر المثل و عدم المطالبة، لاينقلب المثلُ الثّابت فی ذمّة الغاصب الیٰ القيمة.

فلاعبرةَ بالقيمة الاّ يومُ الاسقاط و هو يومُ الدّفع و عند المطالبة و تفريع الذّمّة **و امّا بناءً علیٰ ما ذكره الشّيخ(ره) من انّ** المتبادر من ادلّةَ الضّمان، التّغريم بالاقربِ اِلیٰ التّالف فالاقرب، يقدّم المثلُ علیٰ القيمة، مع تيسّره و مع تعذّره ابتداءً كما فی القيميّ بان لايوجد المثل اصلاً و ابداً بعد اَنْ تلفت العينُ، او بعدِ التّمكّن كما فی نحن فيه بان كان مثل العين التّالفة موجوداً **لكنّه** تعذّر وجوده بعد ذلک، كان المتعيّن هو القيمة، فالقيمة، قيمةٌ للمغصوب من حينٍ صارَ قيميّاً و هو حال الاِعواز سواءٌ كان الاعوازُ ابتداءً ام بعد التّمكن من المثل.

فمالُ الاعواز، معتبرٌ من حيث انّه اوّلُ ازمنةِ صيرورةِ التّالف قيميّاً لا من حيثُ ملاحظة القيمة قيمةً للمثلِ دون العين ای و ان قلنا باعتبار حال الاعواز **ولكن مع ذلک نقول:** اِنّ القيمة بدلٌ عن العين التّالفةِ لاعن المثل المتعذّر وجودُه.

فعلیٰ القول باعتبار يوم التلّف فی القيميّ و هو تلف العين، توَجَّهَ، ما اختار المحقّق الحلّی(ره) و هو الاعتبار بقيمة يوم تعذّر المثل و اعوازه و لو قلنا بضمان القيميّ باعلیٰ القيم من حين الغصب الیٰ حين التّلف، عند انقلاب المثل قيميّاً عند تعذّر المثل كما عليه جماعة من القدماء، تَوَجّهَ ضمانَ التّالف فيما نحن فيه و هو تعذّر المثل المعبّر عنه بيومِ الاِعواز، با علیٰ اِلْقَيمِ من حين الغصب الیٰ زمان الاِعواز.

لانّ العينَ كما اذاكانت موجودةً و ترقّت قيمتُها **ولكن** تَعَذَّر اداؤها الیٰ صاحبها لمانعٍ آخر غير التّلف **لكان هذا الارتفاع و التّرقيّ،** مضموناً علیٰ الغاصب، كذلک ما نحن فيه الّذی تَعَذَّرَ المثلُ فيه بعد اَنْ كان موجوداً، يجب علیٰ الغاصب، اعطاءُ اعلیٰ

القيم الىٰ صاحبِ العين مهمٰا بَلَغَ الامرُ و كُلّفَ، حتّىٰ يتوجّه نحو الغاصب اعلىٰ القيم من يومِ الغصب الىٰ يوم الدّفع **لانّ** بذلک، يرتفع ضمانُ القيمة السّوقيّة فاستقرار ارتفاع القيم، انّما يحصل بتلف العين و المثل.

فان قلنا: انّ تعذّر المثل، يُسْقِطُ المثل كما انّ تلف العين، يُسقِطُ العينَ، تَوَجَّهَ القولُ بضمان القيمة مِن زمنِ الغصب الىٰ زمنِ الاِعواز و هو يوم تعذّر المثل المعبّر عنه بيومِ الدّفع.

و هو اصّحُ الاحتمالاتِ فى المَسألةِ عند الشّافعية علىٰ ما قيل.

و ان قلنا: انّ تعذّر المثل، لايُسقِطُ المثلَ و ليس كتلف العين فى انّه يسقط العينَ عن ردّها، كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذّر المثل ايضاً، مضموناً فَيَتَوَجَّهُ ضمانُ القيمةِ من حين الغصبِ الىٰ حينِ دفع القيمةِ و هو المحكّىُ عن الايضاحِ.

و هو عند الشّيخ(ره) اوجهُ الاحتمالات علىٰ القول بضمان ارتفاع القيمة مراعىً بعدم ردّ العين و المثل.

نكتةٌ هنا:

الظّاهرُ من كلام العلاّمهِ، اختصاصُ هذه الاحتمالات المذكورة بما اذا طَرَءَ تعذّرُ المثلِ بعد وجود المثل فى بعض ازمنة التّلف لا ما تَعَذَّرَ فيه المثلُ ابتداءً كما قال(ره) فى القواعد فى كتاب الغصب فى الرّكن الثّالث بقوله: «**و لو تَلَفَ المثليُّ فى يد الغاصب و المثلُ موجودٌ فلم يغرمه حتّىٰ فَقَدَ ففى القيمة المعتبرة احتمالاتٌ**».

و عن جامع المقاصد: انّه يتعيّن حين اَنْ طَرَءَ المثل و هو كان موجوداً بعد تلف العين، قيمةُ يومِ التّلفِ.

و وَجَّهَ الشّيخُ(ره)، كلامَ العلاّمةِ فى جامع المقاصد بقوله: «لعلِّ هذا الوجوب **لاجل انّ الغاصبَ بعد تعذّر** المثل، لم‌يكن التّكليف الّذى هو وجوبُ دفعِ المثلِ الىٰ المالک، منجزّاً عليه فى وقتٍ من الاوقات لاستلزامه الْحَرَجَ».

ثمّ قال(ره): يمكن ان يخدش فيما افاده صاحب جامع المقاصد: من انّ مفهوم المثل، لم‌يكن مقيّداً بالتّمكّن فى بداية اشتغال الذّمّة به اى قبل فقدانِ المثل بعد اَنْ

كان موجوداً كما انّ التّمكّن من المثل، لم‌يكن شرطاً فی استدامته الیٰ زمن الاداء **فالتّمكّن، خارجٌ** عن مفهومه اصلاً كما اعترف(ره) بذلک مع طروِّ التّعذّر بعد التّلف **و لاجل انّ التّمكّن من** المثل، ليس شرطاً لحدوث المثل ابتداءً فی الذّمة كما لم‌يكن شرطاً فيها استدامةً، لم‌يذكر احدٌ من الفقهاء التّفصيل المذكور و هو وجود المثل و عدمه فی اقراض المثلیّ بأَنْ يقولَ: انّ المقترض، اذا تَمكَّنَ من المثلِ، ثَبَتَ فی ذمّته، المثلُ و استقرّ عليه و وَجَبَ دفعُهُ الیٰ صاحبه و اذا لم يتمكّن منه، لم‌يثبت فی ذمّته المثلُ فلا مَدْخِليّةَ للتّمكّن مِن المثل فی تعلّقه بالذّمّة ابتداءً **و بالجملة، يقال:** انّ اشتغال الذّمّة بالمثل ان قُيِّدَ بالتّمكّن، لَزِمَ الحُكمُ بارتفاعه بطرّو التّعذّر و ان لم‌يكن الاشتغالُ مقيّداً بالتّمكّنِ من المثل، لَزِمَ الحُكم بحدوثِ المثل عند تعذّر المثل من بدايةِ الامر **اِلاّ اَنْ يُقالَ:** انّه لو قيل بظهور ادلّة وجوب المثل بصورة التّمكّن من المثل و ان لم‌يكن الوجوب مشروطاً بالتّمكن عقلاً فلاتشمل صورةَ العجز عنِ المثلِ؛

نعم: اذا طَرَأَ العجزُ فلادليلَ علیٰ سقوط المِثْلِ و اِنقلابِه قيميّاً.

و قد يورد علیٰ صاحب جامع المقاصد(ره) علیٰ ما افاده من تعيّن قيمة يوم التّلف علیٰ الغاصبِ حين اَنْ تَعَذَّرَ المثلُ و هو كان موجوداً، بانّ اللّازمَ **ممّا ذكره، انّه لو ظَفَرَ** المالکُ بالمثلِ قبل اخذِ القيمةِ، لم‌تكن له المطالبةُ مع انّه لم يكن احدٌ اَنْ يَلْزِمَهُ.

لايخفیٰ انّ ما اورده علیٰ المحقّقِ الكركیّ، فيه تأمّلٌ و اشكالٌ **و وجه التّأمّل: انّ** عدم تنجّز التّكليف علیٰ الغاصب، بسببب تعذّرِ المثل عليه، لايكون منافياً بوجود اصل التّكليف فليس فی الجمع بينهما مانعٌ اذ التّكليفُ بالمثلِ مشروطٌ بوجوده فمتیٰ وُجدَ، لزمه اداؤه.

فرعٌ: ما المراد من اِعواز المثل؟

المحكيُّ عن التّذكرة: انّ المراد بِاِعوازِ المِثل، اَنْ لايوجد فى البلد و ما حوله **و زاد فى المسالك قوله:** «ممّا ينقل عادةً منه اليه اى من حول البلد الىٰ البلد **كما ذكروا فى** بيع الْسَّلَمِ و الْسَّلَفِ الّذى يكون الثمنُ فيه نقلاً و المثمنُ مؤجّلاً» محدوداً بوقتٍ معيّنٍ فَاِنَّ المِلاكَ فى عدم وجود المثمن فى بيع الْسِّلَمِ هو عدم وجوده فى البلد و حواليه و المكان الّذى يُنقل منه الىٰ البلد.

و عن جامع المقاصد: «الرّجوع فى الاِعواز، الىٰ العرف فانّ العرفَ ايُّ شىءَ حَكَمَ فى ذلك، فهو المتّبع ليس الاّ».

و يمكن ان يقال: انّ مقتضىٰ عموم وجوب اداء مال النّاس و تسليطهم علىٰ اموالهم اعياناً كانت ام فى الذّمّة كما فى قوله عليه السلام: «**المغضوبُ كُلُّهُ مردودٌ**»، وجوب تحصيل المثل كما كان يجب ردّ العين اينما كانت و لو كانت فى تحصيلها مؤونةٌ كثيرةٌ **و لاجل انّه يجب** تحصيل العين اينما كانت و لو كان تحصيلها يلزم مؤونةً كثيرةً، كان يجب تحصيلُ المثل بايّ ثمنٍ كان و ليس فى وجوب تحصيل المثل بايّ ثمنٍ كان، تعيّنُ التّكليف بالشّىء الّذى ذكره العلاّمة فى التّذكّرة بقوله: «المراد بِاِعواز المثل اَنْ لايُوجَدَ فى البلد و ماحوله **بل** لابدّ علىٰ الغاصب تحصيلُهُ مهما بَلَغَ الامر حتّىٰ فى بلدٍ آخر او فى دولةٍ اُخرىٰ».

لايخفىٰ عليك انّ الكلام كان فى التّعذّر الذّاتىّ بان لم‌يوجد المثلُ اصلاً و اسالاً و امّا لو لم‌يوجد لاجل عدم الامكان علىٰ ايصاله بأَنْ كان تحت يدِمَنْ لايمكن اخراجُهُ منه، فحكمه، حكمُ التّعذّر الذّاتىّ.

نعم: لو انعقد الاجماعُ علىٰ ثبوت القيمة عند الاِعواز، تَعَيَّنَ ما عن جامع المقاصد كما نقل الشّيخ عنه: انّه تتعيّن حينئذٍ قيمةُ يومِ التّلف.

كما انّ المجمعين اذا كانوا بين مُعَبّرٍ بالاِعواز و مُعَبّرٍ بالتّعذّرِ، كان المتيقّن، الرّجوعَ الىٰ الاخصّ و هو المتعذّر **لانّه** المجمعُ عليه، فبين الاِعواز و التّعذّر، عمومٌ و خصوصٌ مطلقٌ، اذ كلّما صَدَقَ التّعذّرُ، صَدَقَ الاعواز و ليس كلّما صَدَقَ الاعوازُ

صَدَقَ التّعذُّر فالاخصّ، من جانب التّعذّر.

نعم: وَرَدَ فی بعض اخبار الْسَّلَم، انّه اذا لم‌يقدر المسلم اليه و هو بايع السّلعةِ سلفاً و سلماً علىٰ ايفاء المَسلَم فيه و هی السّلعة، تَخَيَّر المشترى.

و من المعلوم انّ المراد بعدم القدرة، ليس التّعذّر العقلیّ المتوّقف علىٰ استحالة النّقل من بلدٍ آخز و هو الّذی سلم الثّمن الىٰ البايع الّذی هو المسلم اليه **بل الظّاهرُ منه عرفاً** ما عن التّذكّرة و هو اَنْ لايوجد المثلُ فی البلد و ماحوله و هذا و هو انّ الحكم فی باب السَّلَّم و هو التّخيير بين الفسخ و الصّبر اذا علّق علىٰ عدم القدرة، ينزل علىٰ الموضوع العرفیّ دون العقلیّ، يُسْتَأْنَسُ به للحكم فيما نحن فيه و هو انّ تعذّر المثل، ينزل علىٰ الموضوع العرفیّ دون العقلیّ.

مسألة فى تعيين قيمة المثل مع فرض عدم وجوده.

ثمّ انّ فى معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه، اشكالاً من حيث انّ العبرة بفرض وجوده اى الاعتبار و المعيار فى قيمة المثلىّ، يدور مدارَ وجوده و لو فى غايةِ العزّة كالفاكهة فى اوّل زمانها، او آخره او وجود المتوسّط؟

و توضيحه انّه اِنْ وُجِدَ تعرّف القيمة و تقدّر ثم تُعطىٰ الىٰ صاحب العين التّالفة و امّا اذا لم‌يوجد المثل فمن اين تُعرفُ قيمتُه؟

ففى هذه الصّورة، اختلفت الآراءُ فى اعتبار القيمة و معيارها:

قال بعضٌ: انّ الملاكُ، هو اوّل زمان وجوده.

و قال آخر: الملاكُ آخر زمان وجوده.

و قال ثالثٌ: الملاكُ، اوساط زمان وجوده.

اختار الشّيخ(ره): اوّل زمان وجودِ المثل كما فى الفاكهة العزيزة الوجود، القليلة النّادرة فلو تلفت و لايوجد مثلها فالواجبُ علىٰ الغاصب دفعُ قيمتها يومَ بدايةِ وجودِهٰا.

نعم: لو الجأ الغاصب الىٰ شرائه لغرضٍ آخر، بَذَلَ ذلک كما لو فَرَضَ الجمد فى الصّيف عند مِلک العراق بحيث لايعطين الاّ اَنْ يبذله بازاءِ عِتاق الخيل و شبهِهٰا فانّ الرّاغب فيه الثّلج و الجمد فى العراق، **من حيث** اِنّه راغبٌ، لايبذل هذا العوض بازائه و انّما يبذله من يحتاج اليه لغرضٍ آخر كالاِهداء الىٰ سلطان قٰادَمَ الىٰ العراق او معالجة مشرفٍ علىٰ الهلاک و نحو ذلک من الاغراض.

و لاجل انّه لو اجبر الغاصب الىٰ شراءِ المثل لغرضٍ آخر، لو وَجَدَ هذا الفرد من المثل، لم‌يقدح فى صدق التّعذّر فكلّ موجودٍ، لايقدح وجودهُ فى صدقِ التّعذر.

فرعٌ: اذا تَعَّذَر المثلُ وكانت قيمة المثل فی بلد التّلف، مخالفاً فی بلد المطالبة هل له المطالبة با علیٰ القيمتين من بلد التّلف و من بلد المطالبة ام تتعيّن قيمة بلد المطالبة ام بلد التّلف **فيه وجوهٌ؟**

فَصَّلَ شيخ الطّائفة فی المبسوط فی باب الغصب: **بانّه ان لم يكن فی نقله مؤونةٌ فانّه كالنّقديّن فله المطالبة بالمثل سواءٌ كانت القيمتان مختلفتين ام لا؟**

و ان كانت فی نقله موؤنةٌ فان كانت القيمتان، متساويتين، له المطالبة ايضاً **لانّه** لاضَرَرَ عليه فی ذلک و الاّ فالحكم اَنْ يأخذ قيمةَ بلد التّلف او يصير حتّیٰ يوفيه فی ذلک البلد.

ثمّ قال شيخ الطّائفة: انّ القرض كالغصب فی جميع ما قيل فيه.

و حكی نحو الكلام فی القرض كالكلام فی الغصب عن القاضی ايضاً.

مسألةٌ: خروج التّالف كالماء علىٰ الشّاطىء اذا اتلفه فى مفازة و الجمد فى الشّتاء اذا اتلفه فى الصّيف هل يُعَدُّ من تعذّر المثل ام لا؟

الا قوىٰ بل المتعيّن عند الشّيخ(ره) هو خروج المثل عن القيمة كالماء علىٰ الشّاطىء و الثّلج فى الشّتاء.

بل حُكِيَ عن بعضٍ نسبةُ هذا الخروج الىٰ الاصحاب و علماء اخواننا السّنّة فيكون اجماعيّاً.

و المصرّح به فى محكّى التّذكرة و الايضاح و الدّروس: قيمة المثل فى تلك المفازة.

فرعٌ: لو دَفَعَ القيمَة فی المثلیّ مثلَهُ ثمّ تَمَكّن من المثل هل يعود المثل فی ذمّته ام لا؟

الظّاهر، عدم عود المثل فی ذمّته وفاقاً للعلاّمة(ره) و من تَأَخَّرَ عنه ممّن تعرّض للمسألة **لانّ** المثل، كان ديناً فی الذّمّة، سقط باداء عوضه مع التّراضی فلايعود كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده.

و عدم عود المثل بعدِ وجوده و بعد اداء عوضه، مبنیٌّ علىٰ مختار الشّيخ من عدم سقوط المثل عن الذّمّة بالاِعواز ای بمجرّد الاِعواز لاينقلب المثل الىٰ القيمة.

و امّا بناءً علىٰ القول بسقوط المثل بمجرّد اِعواز المثل و انقلابه قيميّاً **فان قلنا:** انّ المغصوب، انقلب قيميّاً عند تعذّر مثله، المثل عند اِعوازه و انقلابه قيميّاً اَوْلىٰ بالسّقوطِ عن الذّمّة عن المثل الّذی لاينقلب قيميّاً بمجرّد الاِعواز **لانّ** المدفوع و هی القيمة، نفس ما فی الذّمّة.

و ان قلنا انّ المثل بتعذّره النّازل مَنْزِلَةَ التّلف، صار قيميّاً، احتمل وجوب المثل عند وجوده **لانّ** القيمة حينئذٍ، بدلُ الحيلولةِ عن المثلِ.

و سيأتی انّ حكمه، عود الْمُبْدَلِ و هو المثلُ عند انتفاء الحيلولة.

السّابع من الامور المتفرّعة على المقبوص بالعقد الفاسد: لوكان التّالف، المـبيعُ فاسداً قيميّاً هل هو مضمونٌ بالقيمة ام لا؟.

قد حُكِيَ الاتّفاقُ علىٰ كونه مضموناً بالقيمة و تدلّ عليه الاخبار المتفرّقة فـى كثيرٍ من القيميّات.[١]

اليك نصّ الحديث الاوّل من باب ٢٣، ص ٣٧٢:

«عن السكّونى عن ابى عبدالله عليه السلام: انّ اميرالمؤمنين عليه السلام سُئِلَ عن سفرة وجدت فى الطّريق مطروحةً، كثير لحُمها و خبزُها و جبنها و بيضها و فيها سكّينٌ.

فقال اميرالمؤمنين عليه السلام: يُقوَّم ما فيها ثمّ يؤكَل **لانّه** يفسد و ليس له بقاءٌ فان جاء طالبها، غرموا له الثّمنَ.

فقيل: يا اميرالمؤمنين لايُدرىٰ: سُفْرَةُ مسلمٍ او سُفْرَةُ مجوسىٍّ؟

فقال عليه السلام: «هم فى سعةٍ حتّىٰ يعلموا».

من الواضح انّ الشّاهد فى قوله عليه السلام: **«فان جاءَ طالبُها غَرَمُوا لها الثَّمنَ» حيث دلّ علىٰ** انّ الموجود فى السُّفْرَةِ المأمور باكله، يُدفَعُ الىٰ صاحبها ثَمَنُها بعد الاكل **لانّه من القيميّات.**

الحديث الرّابع:[٢] عن ابى جعفر عليه السلام: قال: «قضىٰ اميرالمؤمنين عليه السلام فى عبدٍ كان بين رجلين محرّر احدهما نصفُه و هو صغيرٌ و اَمْسَكَ الآخر حتّىٰ كَبُرَ الّذى حُرّرَ نصفُه».

قال عليه السلام: يُقوّم قيمة يوم حُرِّرَ الاوّل و امر الاوّل ان يسعىٰ فى نصفه الّذى لم‌يحرّر حتّىٰ يقضيه».

و الشّاهد فى قوله عليه السلام: «تقوّم قيمة يومٍ حُرِّرَ الاوّلُ **حيث** اَمَرَ بتقويم نصف العبد الّذى لم‌يحرّر و هو من القيميّات.

فحينئذٍ لاحاجة لنا الىٰ التّمسّك بصحيحة **«ابى ولّاد»** الآتية فى ضمان البغل و

١- وسائل الشّيعة، جلد ١٧ كتاب اللّقطة، ص ٣٤٣ الى ٣٧٣.

٢- وسائل الشّيعة، الجزء ١، ص ٢٦ ـ الباب: ١٨.

لابقوله عليه السلام: «**من اعتق شِقصاً من عبدٍ قُوِّمَ عليه**» **بل الاخبار كثيرة**[١] **بل قد عرفتَ: انّ** مقتضىٰ ادّلة الضّمان فی القيميّات، هو دفعُ القيمةِ الىٰ صاحب المال و انّ القيمة تكون مضمونةً بحسب المتعارف.

الاّ انّ المتيقّن من هذا المتعارف، ما كان المثل فی القيميِّ معتذراً بناءً علىٰ ما افادَه الشّيخ من قوله: **هذا يقتضی اعتبار المثل حتّىٰ** فی القيميّات فعليه يكون وجوب دفع القيمة عند تعذّر المثل لامطلقاً حتّىٰ و ان وُجِدَ المثلُ.

نعم: يمكن دعوىٰ انصراف الاطلاقات الواردة فی خصوص بعض القيميّات كالبغل و هی «**صحيحة ابی ولاّد**» فی قوله عليه السلام: «**قَيْمَةُ بغلٍ يومَ خالَفْتَهُ**» و العبد و هی الاخبار الواردة اليها فی العبيد و نحوهما لصورة تعذّر المثل كما هو الغاصب.

ولكن لايخفىٰ منع انصراف اطلاقات المذكورة الواردة فی القيمة **حيث** لو رجعت اليها، لم‌تجد انصرافاً منها الىٰ تعذّر المثل فقوله عليه السلام: «**مَنْ اَعْتَقَ شِقْصاً من عبد قوّم عليه**» اعمّ من تعذّر المثل و غيره.

فالمرجعُ هو الاجماع كما يستظهر فی وجوب القيمة فی القيميّ و ان فرض تيسّر المثل للقيميّ كما فی «**من اتلف عبداً من شخصٍ باعه عبداً موصوفاً بصفاتِ ذلك العبد بعينه**» و كما لو اتلف عليه ذراعاً من مأةِ ذراع كرباس منسوجٍ علىٰ طريقة واحدةٍ لاتفاوت فی اجزاءه اصلاً.

ثمّ يقع البحث علىٰ تقدير ثبوت الاجماع و وجوده هل يشمل هذا الاجمال، المورِدَ الّذی يكون مماثلاً مع التّالف فی جميع الصّفات او لايشمله؟

قال الشّيخ(ره): انّ فی شمول الاجماع لصورة تيسّر المثل من جميع الجهات فيه تأمّلٌ خصوصاً مع الاستدلال علىٰ وجوب دفع القيمه الىٰ صاحب المال فی القيميّ كما فی الخلاف و غيره بقوله تعالىٰ: ﴿**فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**﴾ علىٰ انّ القيمة، مماثلةٌ للتّالف فی الماليّة **فانّ** ظاهر كون القيمة مماثلةً للتّالف فی الماليّة، جَعْلُهَا من باب الاقرب الىٰ التّالف بعد تعذّر المثل **كيف ماكان سواءٌ** أكانت

١- مستدرک وسائل الشّيعة ـ المجلد الثّالث، ص ٤٠ ـ الباب ١٦.

القيمة مماثلةً للتّالف فى الماليّة ام لا؟

فقد حُكِيَ الخلافُ فى وجوب دفع القيمة فى القيميّ فانّ الاسكافيّ علىٰ مايُنْسَبُ اليه يقول: «**بضمان المثليّ فى القيميّ» فى الخلاف و صاحب الشّرايع فى باب القرض افادا** فى كتاب القرض: **انّ ضمان القيميّ بالمثل.**

و ناقَشَ شيخنا الانصارى فى المكاسب مع هٰؤلاءِ الاعلام فقال(ره): ان ارادوا ذلک مطلقاً حتّىٰ مع تعذّر المثل، فتكون القيمةُ عندهم بدلاً عن المثل حتّىٰ يترتّب علىٰ كون القيمة **بدلاً عن المثل لاعن العين**، وجوب قيمة يوم دفعها كما ذكروا وجوب دفع قيمة يوم التّلف فيما تعيّن القيمة و هو القيميّ، احتمالاً فى مسألة تعيّن القيمة مع كون هذا الاحتمال متفرّعاً علىٰ القول بتعيّن القيمة فى القيميّات.

فتردّ ما افاده شيخ الطّائفة و الاسكافى و المحقّق من انّ ضمان القيميّ بالمثل، اطلاقاتُ الرّواياتِ الكثيرةِ فى موارد كثيرةٍ.

منها: «صحيحةُ ابى ولّاد» الواردة فى المقام و قد مضت الاشارة اليها سابقاً فالشّاهد فى قوله عليه السلام: «**نعم: قيمةُ بغلٍ يومَ خالَفَتْهُ» حيث حكم بضمان البغل بالقيمة لكونه من القيميّات.**

و منها: رواية العبد الواردة فى المقام و قد مضت الاشارة اليها سابقاً و الشّاهد فى قوله عليه السلام: «**من اَعْتَقَ شِقْصاً مِنْ عَبدٍ قُوِّمَ عليه» حيث** حكم بضمان العبد بالقيمة لكونه من القيميّات.

و منها: مادلّ علىٰ انّه اذا تلف الرّهن بتفريط المرتهن، سَقَطَ من ذمّته بحساب ذلک فلو لاضمان التّالف بالقيمه، لم‌يكن وجهٌ لسقوط الدّين بمجرّد ضمان التّالف».[1]

و منها: قد مضت الاشارة اِلىٰ كثيرٍ منها فى الهامش ٨ ص ٢٥٨ من المكاسب **هذا كلّه اذا اراد** الاسكافى و الشّيخ و المحقّق، ذلک مطلقاً حتّىٰ مع تعذّرِ المثل **و امّا اذا ارادوا انّه** مع تيسّر المثل يجب المثل، لم‌يكن نظرهم بعيداً **نظراً الىٰ ظاهر**

١- وسائل الشّيعة، الجزء ١٧ من ص ٣٤٧ ـ ٣٧٣.

آية: «الاعتداء» و «نفی الضّرر» لانّ خصوصيّات الحقائق قد تقصد فانّ المثلَ، اقربُ الیٰ التّالف لكونه مشتملاً علیٰ تلک الخصوصيّات الموجودة فی العين و هٰذه الخصوصيّات، مقصودةٌ و مطلوبةٌ عند اهلها **اللّهم الآان يحقّق** و ان تيسّر المثل و لو من جهة انّ ظاهِرَ كلمات هؤلاء و هو الشّيخ(ره) و الاسكافی(ره) و المحقّق(ره)، اطلاقُ القولِ بضمان المثل **حيث** انّ هؤلاء الاعلام، اَطْلَقوُا القولَ بضمانِ المثل فی تلف العين و لم‌يقيّدوه بالتّيسّر و عدمه.

فيكون الفصل بين التّيسّر بان يقال بوجوب المثل فی القيمیّ عند تيسّر المثل **و عدمه بان** يقال بعدم وجوب المثل فی القيمیّ عند تعذّر المثل قولاً ثالثاً فی مسألة المقبوص بالعقد الفاسد اذا كان المقبوض قيميّاً **و القول الاوّل:** هو وجوب دفع المثل عن القيمیّ مطلقاً سواءٌ تعذّر المثل ام تيسّر؟ و القول الثّانی: عدم وجوب دفع المثل عن القيمیّ مطلقاً سواءٌ تيسّر المثل ام تعذّر؟.

مسألةٌ: اختلاف الفقهاء فى تعيين القيمة فى المقبوضِ بالبيعِ الفاسدِ.

الفقهاءُ اختلفوا: فى تعيّن القيمةِ فى المقبوض بالبيع الفاسد **فالمحكيُّ فى غاية** المراد عن الشّيخين و أتباعهما، تعيّن قيمة يوم التّلف و عن الدّروس و الرّوضة: نسبته الىٰ الاكثر.

و الوجهُ فى تعيّن قيمة يوم التّلف علىٰ ما نَبَّهَ عليه جماعةٌ منهم العلاّمة فى التّحرير: انّ الانتقال الىٰ البدل الّذى هو المثل، انّما هو يوم التّلف **فانّ** انتقال العين الىٰ المثل، عند تلف العين فالواجب علىٰ الضّامن، هو دفع قيمة يوم التّلف.

و ربّما يورد علىٰ القول بتعيّن قيمة يوم التّلف، انّ يوم التّلف يوم الانتقال الىٰ القيمة انتقال العين أمّا كون المنتقل اليها قيمَة يوم التّلف فلا.

و يُدْفَعُ هذا الايرادُ بانَّ معنىٰ ضمان العين عند قبضه، كونهُ فى عهدته و معنىٰ كونه فى عهدته، وجوب تداركه ببدله عند التّلف حتّىٰ يكون عند التّلف كأنّه لم يتلف و تداركه ببدله و هى القيمة، علىٰ هذا النّحو و هو حتّىٰ يكون عند التّلف كانّه لم يَتْلُفْ، بالتزامِ مالٍ معادلٍ للمثل بأنْ يقومَ هذا المالُ مقامَ المثل و ينوب عنه عند تعذّره، قائمٌ مقامَه.

و ممّا ذكرنا فى معنىٰ الضّمان من انّ ضمان المثلىّ المتعذّر، قيمتُه يوم الدّفع و انّه المعيارُ و الاعتبارُ، **ظَهَرَ انّ** الاصلَ فى ضمان التّالف، ضمانُه بقيمته يومَ التّلف لا يوم الدّفع و الاقباض فَإنْ خَرَجَ المغصوب من ضمان قيمة يوم التّلف مثلاً فبدليل خارجٍ و هو انّ الغاصب يؤخذ باشدّ الاحوال **و الحاصلُ انّ** الاصل الاوّلى و القاعدةَ المسلّمةَ فى الضّمان، هو ضمانُ يوم التّلف لا يومُ الدّفع و الاقباض و خَرَجَ عن هذا الاصل، ضمان الغصب **فانّ الضّمان** فيه ضمانُ يوم الدّفع و الخروج انّما هو، لاجلِ دليلٍ خارجيٍّ كما عرفته آنفاً.

نعم: لو تمّ ما افاده ابن ادريس(ره) من انّ المقبوض بالعقد الفاسد، يجرى مجرىٰ الغصب فى الضّمان لَألْحقنا المقبوض بالعقد الفاسد بالغصب لو ثبت انّ الضّمان بيوم القبض و الدّفع فترفع اليد عن الاصل المذكور فى المقبوض بالعقد الفاسد **ولكن**

تبقیٰ بقيّة الضّمانات تحت ذلک الاصل **و هو انّ ضمان** التّالف، بقيمة يوم التّلف.

بل يمكن ان يقال: اذا ثَبَتَ فی المغصوب، الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو ظاهر «صحيحة ابی ولاّد» الآتية، كشف ذلک و هو ثبوت اعتبار يوم الغصب فی الغصب، عن عدم اقتضاء اطلاقات الضّمان لاعتبار قيمة يوم التّلف.

اذ حين ثبوت اعتبار يوم الغصب فی الغصب، يلزم ان يكون المغصوب عند كون قيمته يومَ التّلف، اضعاف ما كانت يومَ الغصب، غيرَ واجبِ التّدارک عند التّلف و وجه الملازمه انّه لو لم‌نقل بالكشف المذكور، لَزِمَ كونُ الغاصب، احسنَ حالاً من القابض فی العقد الفاسد.

نعم: لو فُرِضَتْ دلالةُ الصّحيحة، علیٰ وجوب اعلیٰ القيم، اَمْكَنَ جعلُ التزام الغاصب بالزّائد علیٰ مقتضیٰ التّدارک، مؤاخذةً له باشقِّ الاحوالِ.

فالمهمُّ انّه حين انّ تفاوت مقتضیٰ الاصل فی باب الضّمان باختلافَ معنَیٰ الصّحيحة كما عرفت لانّ مفادها، لو كان ضمان الغصب من حين الغصب كما فی قوله عليه السلام: «نعم: قيمةُ يوم خالَفَتْهُ»، يلزم تمشيةُ هذا الضّمان فی جميع الضّمانات الّتی منها المقبوض بالعقد الفاسد و لو كان مفادها ضمانَ اعلیٰ القيم من يوم الغضب و من يوم التّلف، لكان ضمان التّالف القيميّ، هو الضّمان بيوم التّلف و من يلزم صرفَ الكلامِ فی معنیٰ «صحيحة ابی ولاّد» ليلحق به البيع الفاسد و هو المقبوض بالعَقد الفاسد اِمّا لما ادّعاه الحلّی و هو ابن ادريس **حيث قال:** انّ المقبوض بالعقد الفاسد، يجری مجریٰ الغصب كما نقله عنه الشّيخ(ره) و اِمّا لكشف الصّحيحة عن معنیٰ التّدارک و الغرامةِ فی المضمونات و كون العبرة فی جميع المضمونات سواءٌ أكانت بالعقد الفاسد او بغيره، بيوم الضّمان كما هو احد الاقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد.

مسألةٌ: تحقیقٌ حولَ صحیحةِ ابی ولّاد

انّ «**صحیحة ابی ولّاد**» لها احکامٌ کثیرةٌ و فوائدُ خطیرةٌ فلا بأس بذکرها جمیعاً و ان کان الغرض متعلّقاً ببعضها.

روىٰ شیخ الطّائفة فی الصّحیح عن ابن محبوب عن ابی ولّاد قال:

«اکثریتُ بغلاً الیٰ قصر بنی هبیرة (و هو کان عاملاً عند بنی امیّة فی اواخر حکومتهم و دولتهم و القصر، واقعٌ فی غرب الحلّة، تبعدُ عن الحلّة، عشرین کیلومتراً و تَبعُدُ عن الکوفة بستّةٍ و ستین کیلومتراً عن طریق البّر) ذاهباً و جائیاً بکذا و خرجتُ فی طلب غریمٍ لی فلمّا صرتُ الیٰ قُرْبِ قنطرةِ الکوفة خبّرتُ انّ صاحبی (و هو المدین) تَوَجَّهَ نَحوَ النّیل (و هی قریةٌ کانت للکوفة) فتوجّهتُ نحوَ النّیل فلمّا اتیتُ النّیل خُبرت انّه (ای المدین) تَوَجَّهَ الیٰ بغداد فَاَتْبَعْتُهُ فَظَفْرتُ به و فَرَغْتُ (ای اخذتُ منه طلبی) فیما بینی و بینه و رجعتُ الیٰ الکوفة و کان ذهابی و مجئی، خمسةَ عشرَ یوماً فَاَخْبَرْتُ صاحب البغل بعذری واردتُ اِن اَتحلَّلَ منه فیما صنعتُ و اُرْضِیه فبذلتُ له خمسةَ عشرَ درهماً فابیٰ اَنْ یَقْبَلَ فتراضینا (ای انا و صاحب البغل رضینا بحکم ابی حنیفة و قضائه) بابی حنیفة و اَخْبَرْتُهُ (ای اباحنیفة) بالقصّة و اَخْبَرهُ الرّجل فقال (ابوحنیفة:) لی ما صنعت بالبغل؟.

فقلت: قد رجعته سلیماً قال (صاحب البغل لابی حنیفة) نعم: بعد خمسة عشر یوماً قال (ابوحنیفة خاطب صاحب البغل) فما ترید من الرّجل (ای المستأجر) قال (صاحب البغل لابی حنیفة) ارید کریٰ بغلی فقد حَبَسهُ علیّ خمسة عشر یوماً فقال (ابوحنیفة لصاحب البغل) انّی: ما اری لک حقّاً **لانّه** اکتراه الیٰ قصر بنی هبیرة فخالف فرکبه الیٰ النّیل و الیٰ بغداد فَضِمنَ قیمة البغل (لو تلف البغل کان المستأجر ضامناً لقیمته) و سَقَطَ الْکِریٰ فلمّا رد البغل سلیماً و قبضته، لم‌یلزمه الکِریٰ (لانّ الخراج، بالضّمان فالمنافع المستوفاة من البغل فی قبال ضمان العین و هو البغل).

قال (المستأجر) فخرجنا من عنده (ای عند ابی حنیفة الّذی قضیٰ بالحکم) و جَعَلَ صاحبُ البغل یسترجع (ای یقول: اِنّا لِلّهِ و اِنّا اِلَیْه رٰاجِعُونَ) فَرِحمتُ (ای کَسَرَ

قلبی و شَفَقْتُ علیه) ممّا افتیٰ به ابوحنیفة و اعطیته شیئاً و تحلّلت منه و حجَجتُ تلک السّنّة فاخبرتُ ابا عبدالله عليه السلام بما افتی به ابوحنیفة.

فقال (الامام الصّادق) عليه السلام: فی مثل هذا القضا (و هو انّه لاشیءَ لصاحب البغل سویٰ قیمةِ البغل لو تَلَفَ و انّ المنافع المستوفاة فی قبال ضمان البغل لو مات بناء علیٰ انّ الخراج، بالضّمان) وَ شِبْهِهِ، تَحْبِسُ السّماء، ماءَها و تمنع الارضُ، برکاتها!

قال (المستأجر) فقلتُ لابی عبدالله عليه السلام: فما ترىٰ انت؟ قال (الامامِ الصّادق عليه السلام للمستأجر) اَرىٰ له علیک مثل کِریٰ البغل ذاهباً من الکوفة اِلی النّیل و مثل کریٰ البغل من النّیل الیٰ بغداد و مثل کِریٰ البغل من بغداد الیٰ الکوفة و تُوَفِّیهِ (ای تعطی هذه الاجور لصاحب البغل) ایّاه، قال (المستأجر): قلت: جَعَلتُ فداک قد عـلّفته بدراهِمَ فَلِیَ علیه (ای علیٰ صاحب البغل، الدّراهم الّتی صَرَفْتُهٰا فی تعلیف البغل) علفه؟

قال (الامام الصّادق عليه السلام: لایجوز لک ان تأخذ من صاحب البغل، اجورَ تعلیف البغل **لانّک غـاصبٌ فـالمنافع لاتکـون ازاءَ هـذه الدّراهـم المـصروفة)** لا، لانّک غاصبٌ.

فقلتُ (ای المستأجر الغاصب قال الامام الصّادق عليه السلام): أرأیت لو عَصَب البـغل (ای هَلَکَ و اِنْکَسَرَ) او نَفَقَ (بمعنیٰ الهلاک و خروج الرّوح) الیس کان یلزمنی؟ (ای أَلیست قیمةُ البغل، کانت لازمةً علیّ لو هَلَکَ و مٰاتَ) قال (الامام الصّادق عليه السلام: نعم: کان یلزمک قیمةُ بغلٍ من الیوم الّذی خالفت مدّة اجارتک و هی من قصر بنی هبیرة اذ کانت الاجارة المتّفق علیها من الکوفة الیٰ القصر المعهود فـمازاد عـنها و هـی المسافة من القصر الیٰ بغداد و من بغداد الیٰ الکوفةِ کانت باطلةً لانّها لم‌تقع باذنٍ و اجازةٍ من صاحب البغل فتکون مغصوبةً فجیب علیٰ الغاصب دفعُ اجرةِ المثل).

قلت (للامام الصّادق عليه السلام) فَاِنْ اصاب البغلَ کسرٌ او بَرَدٌ (ای قرحة تـوجد فـی الدّابة) او عَقَرَ (بمعنیٰ جَرَحَ).

فقال (الامام الصّادق للمستأجر) علیک قیمةُ ما بین الصحّة و العیب یومَ تردّه

عليه (اى يوم تردّ البغلَ علىٰ صاحبه فَإنْ كانَ فيه احدُ المذكوراتِ من الكسرِ و الدَبَر و العَقَرَ، عليک ما بين القيمة الصّحيحة و المعيبة).

قلتُ (اى قال المستأجر للامام الصّادق عليه السلام) فَمَنْ يَعْرِفُ ذلک؟ (اى قيمة ما بين الصّحيحة و الفاسدة).

قال (الامامُ الصّادقُ عليه السلام للمستأجر): انت و هو إمّا يحلف هو علىٰ القيمة (اى يحلف صاحب البغل علىٰ القيمة الصّحيحة او المعيبة) فيلزمک، فان ردّ (صاحب البغل)، اليمينَ عليک فحلفتَ علىٰ القيمة (اى القيمة الصّحيحة او المعيبة) لَزِمَکَ ذلک **او يأتى** صاحبُ البغلِ بشهودٍ يشهدون: انّ قيمة البغل حين اِكتریٰ كذا و كذا فَيَلْزَمُکَ، قلتُ (للامام الصّادق عليه السلام): انّى اعطيتُه دراهمَ و رَضِىَ بها و حَلَّلَنِى قال (الامام الصّادق عليه السلام): انّما رَضِىَ فَاَحّلَکَ حين قضىٰ عليه (ابوحنيفة) بالجور و الظّلم **ولكن** اِرْجَعْ اليه و اَخْبِرهُ بما اَفْتَيْتُکَ به فان جعلک فى حلٍّ بعد معرفته (اى بعد ان عَرَفَ صاحَبُ البغل انّ له عليک اجرةُ المنافع المستوفاة من قصرِ بنى هبيرة الىٰ بغداد و منها الىٰ الكوفة فَإنْ وَهَبَکَ من تلک الاجور فانت فى حلٍّ من ذلک و لاشیءَ عليک و ان لم‌يَهَبْکَ فالواجبُ عليک دَفْعُها اليه فهو قبل معرفته بهذه الفتيا، لايجوز عليک ان لاتُخْبِرَه بها) فلاشیءَ عَلَيْکَ بعدِ ذلک» الخ.

اليک تمام الحديث:

قال ابو ولاّد: فلمّا انصرفتُ من وجهى ذلک لقيتُ المُكارِى فَاَخْبَرْتُهُ بما افتانى به ابوعبدالله عليه السلام و قلتُ له: «قل ما شئتَ حتّىٰ اُعْطِيَکَهُ فقال: قد جبّبت الىّ جعفر بن محمّد و وقع فى قلبى، له التّفضيل و انت فى حلٍّ و ان اردتَ ان ارد عليک الّذى اخذت منک، فَعَلْتُ.»[1]

اُستُدِّلَ لاعتبار يوم الغصب فى المقبوض بالعقد الفاسد بصحيحة ابى ولاّد و لم يستدّل القدماء بها كما نقله الرّياض فى كتاب الاجارة الباب: ۱۰ الحديث ۱.

ذكر فى هذه الرّوايه: انّ المدار، يوم المخالفة و تارةً، يوم الردّ و ثالثةً، يوم

۱- التّهذيب الجزء ۷، ص ۲۱۵ ـ ۲۱۶ ـ الحديث ۹۴۳ / ۲۵.

الاِكتراء **و استدلّ السّيّد به للفرع** الفقهیّ كما هو: «انّ رجلاً اذا اِكترىٰ الىٰ مقصدٍ خاصٍّ فخالفه، يجب عليه الكراءان...» لايخفىٰ انّ هذا مخالفٌ للرّواية.

محلّ الاستشهاد اى محلّ الشّاهد من «صحيحة ابى ولّاد» علىٰ مدّعانا من انّ الاعتبار فی ضمان القيميّات بالقيمة، انّما هو بقيمة يوم الغصب، ثلاثة فقراتٍ:

الفقرةُ الاُوْلىٰ قوله عليه السلام: «نعم: قيمةُ بغلٍ يوم خالَفَتْهُ الىٰ مابعد يومِ خالفته الّذی هو تمام الحديث، تحتمل فی هذه الجملة، احتمالاتٌ ثلاثةٌ:

الاحتمال الاوّل: انّه يستفاد منها اعتبار يوم المخالفة **لانّ «اليوم»** قيدٌ للقيمة باضافة القيمة المضافة الىٰ البغل الىٰ اليوم بان اضيفت القيمةُ مرّةً الىٰ البغل و ثانيةً الىٰ اليوم.

و قد اُشْكِلَ عليه بانّ هذا النّوع من الاضافة، لم‌يعلم له نظيرٌ، كيف تسوغ اضافةُ شیءٍ واحدٍ مرّتين لعدم مساعدة القواعد العربيّة علىٰ ذلک؟ **حيث انّ كلمة «قيمة»** مضافةٌ مرّةً ثانيةً الىٰ اليوم بعد ان اُضيفت مرّةٌ اُوْلىٰ الىٰ البغل و حاصل الاعتراض انّه كيف تسوغ اضافة شیءٍ واحدٍ مرّتين لعدم مساعدة القواعد العربيّة علىٰ ذلک؟

ولكن يحتمل تقدير مضاف آخر قبل اليوم، اضيف اليه.

الاحتمال الثّانی انّ كلمة «اليوم» قيدٌ للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الىٰ البغل.

رُدَّ هذا ايضاً لانّ الاختصاص معنیً حرّفیٌ لايجوز تعلّق شیءٍ علىٰ المعنىٰ الحرفیّ و امّا تعلّقه **«بنعم»** علىٰ تسليم صحّته، يَهْدُمُ الاستدلالُ بها **لانّه** تدلّ الرّواية علىٰ اصل الضّمان **و لذا** ردّه الشّيخ بقوله: «و امّا ما احتمله جماعةٌ من تعلّق الظّرف بقوله عليه السلام: «نعم» مقام قوله عليه السلام: «يلزمک» يعنی تلزمک يوم المخالفة قيمةُ بغلٍ، **فبعيدٌ جدّاً.**

و اِحْتَمَل بعضٌ، تعلّقَهُ للبغل و هو بعيدٌ و احتمل ايضاً اضافةَ المضاف و المضاف كاضافة **«عبدالله»** بالمجوع الىٰ كلمة **«كالابن»**، بعيدٌ عرفاً **و علىٰ ردّ الشّيخ بانّ سؤال السّائل** ليس من اصل الضّمان **بل** السّائلُ، انّما يسئل عمّا يلزمه بعد التّلف

بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة، زمانَ حدوثِ الضّمان الخ.

و ردّ أشكالِ حاصِلُهُ انّ: طريق السّؤال و الجواب فى الرّوايـة، يـرشدنا الىٰ انّ الكلام فى اصل الضّمان **حيث** انّ اباحنيفة، اثبت الضّمان و اسقط الكراء و جواب الامام الصّادق عليه السلام ناظرٌ الىٰ ردّه **فيحتمل** تَعَلُّقُهُ بقوله عليه السلام **«نعم يلزمك»** قويّاً و امّـا قول السّيّد(ره) فى تعلّقه علىٰ قوله **«عليك»** لايخلو عن اشكالٍ **لانّ** استقرار القيمة علىٰ الذمّة، بعد التّلف لايوم المخالفة.

من المسلّم انّ حكم الامام، الضّمان المستفادُ من طريق السّوال و الجواب مـع قطع النّظر عن **كلمة «نعم»** و الاشكال فى كلمة **«نَعَم»** من جهة النّحويّ و لايهمّنا بعد حكم الامام عليه السلام بالضّمان و التّصريح بانه **«يلزمك»** بانّه هل الاستفهام، التّقريريّ او الارتكازيّ؟ و **بعد «نعم»** ايّ شيءٍ وقع **لانّ** الامام عليه السلام صرّح بانه «يلزمك».

أحْتُمِلَ أيضاً تعلّقُهُ لافعال العموم.

نحن نقول: انّ ردّ الشّيخ، عدمَ تعلقِّه **«بنعم»** و انّ اصل الضّمان، هو مسلّمٌ **ولكن القول بانّ** سقوط الكراء فى الرّوايه، محلّ البحث و انّ ردّ الامام عليه السلام يرجـع اليـه، **مردودٌ ايضاً لانّ** طريق السّؤال و الجواب فى الصّحيحة، يُعْطِى انّ الكلام، فى اصلِ الضّمان ردّاً لابى حنيفة.

و امّا ما احتمله جماعة و منهم السّيّد(ره) من تعلّق الظّرف بقوله عليه السلام: **«نعم»**، القائم **مقام** قـوله عليه السلام: **يـلزمك يـعنى** «تـلزمک يـوم المـخالفة قـيمةُ بـغلٍ، اذاً صـارت الاحتمالاتُ فى متعلّقِ الظّرف ثلاثةً:

الاوّل: تعَلُّقهُ بكلمةِ «قيمة».

الثّانى: تعلّقه لكلمة «اختصاص».

الثّالث: تعلّقه بكلمة «نعم» المُقامِ مقامَ **«تلزمک».**

فالشّيخ اختار الاوّل و الثّانى منها.

و امّا الإحتمال الثّالث فى نظر الشّيخ(ره) فبعيدٌ جدّاً **بل** غير ممكنٍ **لانّ** السّائلَ، انّما سَأَلَ عمّا يلزمه بعد التّلف بسبب المخالفة بعد العلم بكـون المـخالفة، زمـانَ

حدوثِ الضّمان و هو يوم الغصب كما يدلّ **علىٰ «عما يلزمه»**، أرأيت: لو عطب البغلُ او نَفَقَ اليس كان يلزمى؟ فقوله: **«نعم»** يعنى يلزمک بعد التّلف بسبب المخالفة قيمةَ بغلٍ يوم خالَفْتَهُ.

و بالجملة، استدلاّل الشّيخ(ره) فى عدم تعلّقه بكلمة **«نعم يلزمک»** و دفاع السّيّد(ره) عن تعلّق الظّرف: **يوم خالفته**، و بكلمةِ **«نعم...»** مخدوشٌ **الفقرة الثّانية من محلّ** الاستشهاد فى صحيحة ابى ولاّد قوله عليه السلام: **«او يأتى صاحبُ البغل بشهودٍ يشهدون: انّ قيمةَ البغل حين اِكترىٰ، كذا و كذا فيلزمک»**.

ادّعىٰ الشّيخ(ره) بانّ اثباتَ قيمة يوم الاِكتراء من حيث هو يوم الاكتراء، لاجَدْوىٰ فيه لعدم الاعتبار به **فلابدّ** ان يكون الغرض منه، اثبات قيمة يوم المخالفة و هو يوم الغصب **بناءً** علىٰ انّه يوم الاكتراء **لانّ** الظّاهر من صدر الرّوايه انّه خَالَفَ المالکُ بمجرّد خروجه من الكوفة.

و من المعلوم انّ اكتراء البغل لمثل تلک المسافة القليلة، انّما يكون يوم الخروج او فى عصر اليوم السّابق.

و معلومٌ ايضاً، عدم اختلاف القيمه فى هذه المدّة القليلة.

الفقرة الثّالثة: قوله عليه السلام فى جواب السّؤال عن اصابة العيب: **عليک قيمةُ ما بين الصحّة و العيب، يوم تردّه».**

قال الشّيخ(ره): انّ كلمة «يوم» فى قوله عليه السلام **«يوم تردّه»** متعلّقٌ الىٰ **«عليک»** اى الواجب عليک، قيمةُ الفرق فى يوم تردّ البغل الىٰ صاحبه، لاقيدٌ للقيمة و **لايجوز احتمال كونه قيداً للقيمة اذ** لاعبرةَ فى ارش العيب بيوم الردّ اجماعاً **لانّ النّقص الحادث، تابعٌ** فى تعيين يوم قيمته لاصل العين فكما انّ العين تكون مضمونةً من يوم الغصب كذلک الفرق بين الصّحيح و المعيب يكون مضموناً من يوم الغصب فالمعنىٰ: **«عليک اداءُ الارشِ يوم ردّ البغلة».**

ثمّ لايخفىٰ عليک انّه ليس المراد من الفرق بين قيمة الصّحيحة و المعيبة، ملاحظة النّسبة من الثّمن كما فى ارش التّفاوت **بل** المراد، هو التّفاوت العرفىّ.

و يحتمل كون كلمة «يوم» الواردة فى «صحيحة ابى ولاّد» قيداً للعيب.

و المراد من العيب الوارد فى قول الامام عليه السلام، العيب الموجود فى يوم الردّ لاحتمال ازدياد العيب الىٰ يوم الردّ فهو مضمونٌ دون العيب القليل الحادث اوّلاً و هو يوم الغصب.

و ردّه الشّيخ(ره) بقوله: يحتمل ان يكون العيبُ قد تناقص الىٰ يوم الردّ و العبرة حين اَنْ نقص العيبُ الىٰ يوم الرّد، بالعيب الموجود حال حدوثه **لانّ** المعيب لو ردّ الىٰ الصّحّة او نقصٍ، لم‌يسقط ضمان ماحَدَثَ منه و ارتفع، علىٰ مقتضىٰ الفتوىٰ.

فهذا الاحتمالُ اى احتمال انّ **كلمة «يوم»** قيداً للعيب، ضعيفٌ من جهة انّ العيب لو ردّ الىٰ الصّحّة او نقص، لم‌يسقط ضمانُ ماحَدَثَ منه و ارتفع كما انّ احتمال كون كلمة **«يوم»** قيداً للقيمة ضعيفٌ ايضاً فتعيّن تعلّق الظّرف الّذى هى كلمة **«يوم»**، بقوله عليه السلام: **«عليك»**.

و المراد بقيمة ما بين الصحّة و العيب، قيمةُ التّفاوت بين الصّحّة و العيب و لاتعرّضَ فى الرّواية، ليوم هذه القيمة، فيحتمل يوم الغصب.

و يحتمل يوم حدوثِ العيب الّذى هو يوم تلف، وصف الصحّة الّذى يكون وصف الصّحّة بمنزلة جزء العين فى باب الضّمانات و المعاوضات فكما انّ الجزء من الشّىء اذا تَلَفَ، يكون المُتْلِفُ ضامناً له **كذلك** وصف الصّحّة الّذى بمنزلة جزء العين اذا تَلَفَ يكون المُتْلِفُ ضامناً له كما فى ما نحن فيه و هو البغل المستأجر **فانّه** لو اصابه مرضٌ فنقصت قيمتُه عن القيمة الصّحيحة بسبب المرض، يكون الغاصب ضامناً لنقصان الصّحّة.

و حيث عرفتَ سابقاً ظهور الفقره السّابقة: هى قوله عليه السلام: **«نَعَم قيمةُ بغلٍ يوم خالَفَتْهُ»** علىٰ انّ الاعتبار فى الضّمان، بيوم الغصب **و وجه الظّهور، انّ** المستأجر خالَفَ عقدَ الاجارة من بداية السّير **لانّه** حين ماعرف انّ صاحبه هَرَبَ، توجّه نحو النّيل و عرفتَ ايضاً انّ ظهور الجملة اللاّحقة له و هو قوله عليه السلام: **«عليك»** قيمة ما بين الصّحّة و العيب يوم تردّه: فى يوم المخالفة و هو يوم الغصب، فى اعتبار يوم

الغصب، تعيّن حمل هذا و هو انّ ضمان قيمة ما بين الصّحّة و العيب، علىٰ يوم المخالفة الّذی هو يوم الغصب.

قال الشّيخ(ره): انّه يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصّحيحة من انّ المعيار فی الضّمان بيوم المخالفة، ببيان انّ مبنیٰ الحكم الّذی هو الضّمان علىٰ ما هو الغالب المتعارف ای الضّمان، مبنیٌّ علىٰ هذا و هو انّ الغالب، عدم اختلاف قيمة البغل من يوم الاكتراء الىٰ يوم الردّ الّذی كانت مدّتُه خمسة عشر يوماً فلافَرَقَ بين يوم المخالفة و بين يوم الاكتراء من هذه النّاحيّة **اذ فی** المدّة اليسيرة الّتی خمسةُ عشر يوماً قَلّ مايتّفق تغييرٌ من حيث الزّيادة و النّقيصة فی سعر البغل الّذی استؤجر، اذاً يكون الاعتبار بيوم الاكتراء.

وهمٌ و دفعٌ

حاصل الوهم: انّه اذا كان المعيار هو يوم الاِكتراء و انّه لافرقَ بينه و بين يوم المخالفة، **فلما ذا** عبّر عليه السلام عنه بيوم المخالفة فی قوله: «**نعم: قيمة بغلٍ يوم خالفته**»؟

جواب الوهم انّ السرّ فی ذلک، هو دفع ما يتوهّمه العوامُ من ذوی البغل **حيث** انّهم يرون انفسهم متضرّرين بموت بغلتهم او اصابته بمرضٍ او نَفَقَ او كسر **لانّه** بهذا العارض، قد خسر المبلغ، الّذی به اشترىٰ البغل فجبراً و تداركاً لهذا الخسارة، يُطالِبُ بقيمة يوم الاشتراء. **فالامامُ** عليه السلام دفعاً لهذا الوهم قال: «**نَعَم قيمةُ بغلٍ يوم خالَفْتَهُ**» **و يؤيّد عدم الفرق بين** المخالفة و يوم الاكتراء فی قوله عليه السلام: «**حين اِكترىٰ كذا وكذا**» فانّ فی هذا التّعبير، اشعاراً بعدم عناية المتكلّم و هو الامام عليه السلام **حيث انّه** لايَعتِنی بيوم **المخالفة من حيث انّه** يوم المخالفة لعدم موضوعيّته **بل له** الطّريقيّة فقط **الاّ ان يقال: انّ** السرّ فی التّعبير عن يومِ المخالفة بيوم الاكتراء مع انّ المناطَ و الملاكَ، هو يوم المخالفة، هی سهولُة الاستشهاد علىٰ تعيين قيمة البغل عند تلفه او ورود نقصٍ عليه باقامة البيّنة و اهل الخبرة على انّ سعر البغل يوم الاكتراء كان كذا و كذا لوجود البغل فی يوم الاكتراء بمحضرٍ من المُكارين **بخلاف** يوم المخالفة فانّه

من الصّعب جدّاً الاستشهادُ به علىٰ تعيين القيمة باقامة اهل الخبرة **لانّ سِعْرَ قيمة يوم المخالفة** لايَطّلِعُ عليه احدٌ سوىٰ المستأجر **فلذا** عَبّرَ بيوم الاكتراء و ان كان يوم المخالفة هو المناط.

سرّ التّعبير بردّ المالک، اليمين الیٰ الغاصب

و لايخفیٰ انّ السرّ فی التّعبير عن يوم المخالفة بيوم الاکتراء هی سهولةُ الاستشهاد باقامة البيّنة کما انّ اليمين جُعِلَ سهولةً لقطع مادّةِ النّزاع **فانّ** عند مايحلف صاحب البغل علیٰ قيمة البغل، تنقطع الخصومة و لاتبقیٰ مادّة النّزاع **ثمّ انّ** ردّ اليمين، توجّه نحو الغاصب فاليمين بما هو يمينٌ جُعِلَ تسهيلاً علیٰ النّاس لقطع دابرا النّزاع.

قال الشّيخ(ره) فی ذيل کلامه هذا: «فتأمّل»

و لعلّ الامر بالتّامّل لاجل انّ تکليفَ صاحب البغل باقامة البيّنة مع حکمه عليه السلام بتوجّه اليمين نحوه، طبقاً للقاعدة المعروفة: **«البيّنةُ للمُدَّعی و اليمينُ علیٰ مَنْ اَنْکَرَ»** **حيث** انّ صاحب البغل منکرٌ لما يدعيّه الغاصب، لاينطبق ای لايجتمع.

يؤيّد عَدَمَ الفرق بين يوم المخالفة و بين يوم الاکتراء ايضاً، قولُهُ عليه السلام:

فيما بعدُ، فی جواب قول السّائل: **«و من يعرف ذلک»**، قال عليه السلام: **«انت و هو** اِمّا ان يحلف هو علیٰ القيمة فيلزمک فان ردّ اليمين عليک فحلفت له لزمه اويأتی صاحب البغل بشهودٍ يشهدون: انّ قيمة البغل يوم اِکْتریٰ کذا و کذا فيلزمک **فانّ العبرة** لو کانت بخصوص يوم المخالفة، لم‌يکن وجهٌ لکون القول قولَ المالک مع کون القول، قول المالک، مخالفٌ للاصل.

ثمّ هنا اشکالٌ ثانٍ ای بالاضافة علیٰ انّ تقديم قول المالک مخالفٌ للاصل لما عرفت، **هنا اشکالٌ** آخر و هو انّ من کان القولُ قولَه فلا وَجَهَ لقبولِ بيّنته **لانّ** البيّنة، حينئذٍ تکون لصاحبه و هو الغاصب طبقاً للقاعدة المعروفة: **البيّنةُ للمدّعی و اليمينُ علیٰ مَنْ اَنکَرَ.**

حُمِلَ الحلف هنا ای فی مثل هذا النّزاع، علیٰ الحلف المتعارف و هو الحلف بالرّسول الاعظم و الائمّة المعصومين صلوات الله عليه و عليهم اجمعين او بسيّدنا العبّاس صلوات الله عليه کما هو المتعارف عند عامّة النّاس من الشّيعة الاماميّة.

و التّعبير برّد المالك، اليمينَ علىٰ الغاصب **من جهة** انّ المالک، اَعْرَفُ بقيمة بغلةٍ فكان الحلفُ حقّاً له ابتداءً، خلافُ الظّاهر اى حملُ الحلفِ علىٰ الحلف المتعارف عند النّاس، خلافُ الظّاهر **بل** الظّاهر: انّ المراد من الحلف هو الحلف المتداول عند القضاة و المحاكم الشّرعيّة.

و لايخفىٰ انّ هذا الظّاهر، خلاف الظّاهر اذا الظّاهر انّ المراد من الحلف، هو الحلف المتعارف عند النّاس.

و ايضاً لايخفىٰ انّ قبول بيّنة المالک و الحكم بكون القول قولَهُ فى صورة تنازع المالک و الغاصب علىٰ قيمة البغل **بناء علىٰ** اعتبار يوم الغصب و انّه المعيار و المناط **و امّا بناءً علىٰ** اعتبار يوم التّلف و انّه المعيار فى ضمان القيميّات، فاليمين، تتوجّه علىٰ المالک عند التّنارع.

و لاشكّ حين اَنْ كان المالکُ و الغاصبُ بمختلفَيْن علىٰ تنزّل القيمة فى يوم التّلف و متّفقَيْنِ علىٰ ثبوت القيمة فى يوم التّسلم، انَّ القول قولُ المالک و يكون سماعُ البيّنهِ من المالک و انّ القولَ قولهُ **حينئذٍ** فى صورة كون المالک و الغاصب علىٰ بقاء قيمة البغل فى يوم التّلف و اختلافهما عليها فى يوم التّسلّم.

فتكون روايةُ «ابى ولاّد» قد تكفّلت لحكم صورتين من صور تنازعهما **فتوضحها:** انّ صورتنازع المالک و الغاصب علىٰ قيمة البغل اربعةٌ كمايلى:

الأوّلىٰ: اتّفاق المالک و الغاصب علىٰ قيمة البغل، يوم التّسلّم و اختلافهما عليها يومُ التّلف بِاَنْ يَدعّى المالکُ، الزّيادةَ فى يوم التّلف و الغاصبُ ينكر زيادةَ القيمة.

الثّانية: اختلاف المالک و الغاصب علىٰ قيمة البغل يوم التّسلّم بِاَنْ يَدّعيِ المالکُ زيادةَ القيمة و الغاصبُ ينكر زيادتَها و اتّفاقهما عليها، يوم التّلف.

الثّالثة: اختلاف المالک و الغاصب علىٰ قيمة البغل يوم التّسلّم و يوم التّلف بان يَدعِى المالکُ زيادةَ القيمة فى يوم التّسلّم و يومِ التّلف و الغاصبُ يدّعى خلافها.

الرّابعة: عدمُ اختلاف المالک و الغاصب علىٰ قيمة البغل لايوم الغصب و لايوم التّلف لعدم تفاوت القيمة فيهما.

الشّيخ(ره) افادَ اَنَّ الصّحيحة، مُتَكفّلَةٌ لصورتين من الصّور الاربعة **و هما: الصّورة الْأُوْلىٰ و الصّورةُ الثّانيةُ** و قد عُلِمَ حكمُهما من توجّة اليمين علىٰ المالک فی الصّورة الْأُوْلىٰ و من اثبات البيّنته علىٰ المالک فی الصّورة الثّانيّة.

حكم دعوىٰ المالک زيادةَ قيمةِ يوم التّلف عن يوم المخالفة.

قال الشّيخ(ره): انّ حكم هذا ـ يعنی حلف الغاصب، يعلم من حكم عكس الصّورة الثّالثة و هی الصّورة الْأُوْلىٰ فكما انّ الصّورةَ الْأُوْلىٰ يحلف المالکُ فيها كذلک هنا يحلف المالکُ فيكون القولُ قولَه.

هذا كلّه، علىٰ تقدير كون العبرة فی القيمة، بيوم المخالفة و امّا اذا كان الملاک و المعيار، يومَ التّلف فلابدّ، من حمل الرّواية الصّحيحة و هی **«صحيحة ابی ولّاد» لانّ** فی الصّورة الْأُوْلىٰ الّتی كان المالک و الغاصب، مُختلفَيْن فی زيادة قيمة البَغل يومَ التّلف و مُتّفِقَيْنَ فی بقائها عليها يوم التّسلّم بِاَنْ يَدِعّی المالکُ زيادةَ القيمة يوم التّلف و الغاصبُ يُنْكِرُها كانت القاعدةُ الفقهيّة تقضی علىٰ انّ البيّنة للمدّعی و اليمينُ علىٰ مَنْ انكر.

و هنا نریٰ انّ الصّحيحة، حُكِمَتْ بحلف المالک الّذی هو المُدعّی فی قوله عليه السلام: **«امّا ان يحلف هو فيلزمک خلافاً للقاعدة الفقهيّة المذكورة».**

فقال الشّيخ(ره): فلابدّ من حمل الصّحيحة حينئذٍ علىٰ صورة اتّفاق المالک و الغاصب علىٰ قيمة البغل فی يوم التّسلم و اختلافهما علىٰ قيمته فی يوم الغصب بِاَنْ ادّعیٰ الغاصبُ نقصانَها عن يومِ المخالفة عمّا اتّفقا عليه و ادّعیٰ المالکُ بقاءَها علىٰ ما كانت عليه يومَ المخالفةِ.

فحينئذٍ، يكون المالک منكراً فيجب عليه اليمين لموافقة قوله لاصالة عدمَ النّقصانِ **هذا من طرف دلالة الصّحيحة** علىٰ حلف المالک الّذی هو المُدِّعیٰ و قدعرفتَ توجيهها **و هكذا الصّحيحة** تصرّح باتيان صاحب البغل بشهودٍ يَشهدون فی قوله عليه السلام: **«او يأتی صاحب البغل مع انّه منكرٌ لما يدّعيه الغاصب».**

فالقاعدة الفقهيّة و هی البيّنُه للمُدِّعی و اليمينُ علىٰ من انكر، تَحْكُمُ بوجوب

الحلف علىٰ المنكر و البيّنته علىٰ المدّعى.

و هنا نرىٰ عكس ذلك حيث نرىٰ انّ المالک **مع انّه منكرٌ**، يقول الامام عليه السلام: **«يأتى صاحبُ البغلِ بشهودٍ يشهدون انّ قيمة البغل يومَ اِكترىٰ كذا و كذا» فلابدّ فى توجيهها** من حملها علىٰ صورة اتّفاق المالک و الغاصب علىٰ قيمة البغل فى يوم التّلف الموافق ليوم المخالفة فادّعىٰ الغاصبُ نقصان القيمة فى يوم المخالفة عن قيمة يوم المتّفق عليه و هو يومُ التّسلم و ادّعىٰ المالک مساواتهما **فحينئذٍ، يكون** المالک مدّعياً لمخالفة قوله للاصل الجارى و هى براءةُ ذمّة الغاصب عن الزّايد فتجب عليه البيّنةُ فطٰابَقَتِ الصّحيحةُ، القاعدةَ الفقهيّة.

قال الشّيخ(ره): انّ الحمل المذكور سابقاً بعيدٌ للزوم حمل الرّواية علىٰ الفرد النّادر **و ابعدُ من حمل «صحيحة ابى ولاّد»** علىٰ التّعبّد بأنْ نقولَ: انّ توجُّهَ اليمين نحوَ المالک **مع انّه** مدّعٍ، تعبّدٌ محضٌ و جعلُ الحكم فى الدّابة المغصوبة او مطلقاً اى فى الدّابة و غيرها، كان مخالفاً للقاعدة المتّفق عليها نَصّاً و فتوىً و هى كون البيّنةِ علىٰ المُدعّي و اليمينُ علىٰ من اَنكر كما حُكِيَ عن شيخ الطّائفة فى بابى الاجارة و الغصب من انّ البيّنة للمُدِعّي و اليمينُ علىٰ من انكر.

و اضعفُ من هذا القول عند الشّيخ(ره) و هو حمل الصّحيحة علىٰ التّعبّد، الاستشهادُ بالرّواية علىٰ اعتبار اعلىٰ القيم من حين الغصب الىٰ التّلف كما حُكِيَ عن الشّهيد الثّانى(ره) اذ لم‌يُعْلَمْ للقول باعلىٰ القيم، وجهٌ صحيحٌ.

و من هنا صرّح الشيخ(ره) بانّى لم‌اظفر بمن وجّه دلالةَ **«صحيحة ابى ولاّد»** علىٰ انّ الاعتبار باعلىٰ القيم من حين الغصب الىٰ يوم التّلفِ.

نعم: استدلّ الفقهاء علىٰ هذا القول بانّ العين، مضمونةٌ فى جميع تلک الازمنة الّتى منها زمان ارتفاع قيمته.

ثمّ اُشْكِلَ عليه بانّ ضمان العين المضمونة: فى زَمن ارتفاع قيمتها ان اريد به، وجوبُ قيمة ذلک الزّمان اى زمانُ الارتفاع، لو تلف فيه مُسلّمٌ اذ تداركه، لايكون الاّ بذلک **ولكن** المفروض انّ العين المضمونةَ، لم‌تتلف فى زمن اعلىٰ القيم.

و ان اريد بضمان اعلیٰ القيم من يوم الغصب الیٰ يوم التّلف، استقرار قيمة ذلک الزّمان و هو زمان اعلیٰ القيم، عليه فعلاً و ان تنزّلت بعد الارتفاع، **فهو** ای کونه اعلیٰ القيم مخالفٌ لما تسالَموُا عليه من عدمِ ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين و ان اريدَ استقرارُ القيمة العالية و ثبوتَها علیٰ الغاصب بمجرّد ارتفاع القيمة **ولكن** الاستقرار متوقّفٌ علیٰ تلف العين، فهو ای استقرارُ اعلیٰ القيم و ان لم‌يكن مخالفاً للاتّفاق الّذی هو عدم وجود شیءٍ علیٰ الغاصب لوردّ العين **الاّ انّه** مخالفٌ لاصالة براءة ذمّةِ الغاصب عن اعلیٰ القيم **لانّ** الاصل، براءة ذمّته عنه و ليس هنا دليلٌ شاغلٌ يصرفنا عن اصالة البراءة.

نعم: هناک شیءٌ ذَكَرَهُ صاحبُ الرّياض عن العلاّمة المجلسی قَدَّسَ اللهُ نفسهما و طَيّبَ روحَهُما و هو انّ الغاصب، لو لم‌يَسْلِمْ اعلیٰ القيم الیٰ المالک، لكان ضرراً علیٰ المالک و الضّرر هذا، منفیٌّ بقوله ﷺ: **«لاضَرَرَ و لاضِرارَ» فلابدّ** للغاصب من دفع اعلیٰ القيم من حين الغصب الیٰ حين التّلف للمالک حتّیٰ لايتوجّه نَحْوَهُ ضررٌ **فيما حكاه صاحب الرّياض عن العلاّمةِ المجلسی، نظرٌ و اشكالٌ.** كما اِعْتَرَفَ به بعضُ من تَأَخَّرَ.

وجه النّظر: انّ «قاعدة نفی الضّرر» متساويةٌ مع صورة تلف العين.

نعم: يمكن توجيه ما افاده الشّهيد الثّانی من اعتبار اعلیٰ القيم من يوم الغصب اذا ارتفعت قيمتُها فی زمانٍ و صارت ماليّتُها مقوّمةً بتلک القيمة فكما انّه اذا تَلَفَتْ حين اَنْ صارت ماليّتُها مقوّمةً بتلک القيمة المرتفعة، يجب تداركُها بتلک القيمة المرتفعة الّتی صارت ماليّتها مقوّمةً بها.

فكذا اذا حِيلَ بين العين المغصوبةِ و بين المالک حتّیٰ اتلفت فيجب تداركُ تلک القيمة المرتفعة ايضاً **اذ لافرق** مع عدم التّمكّن من العينِ المغصوبةِ بين اَنْ تَتْلُفَ او تبقیٰ؟

نعم: لو ردّت العينُ فحينئذٍ تتدارک تلک الماليّة المرتفعة بنفس العين المردودة و ارتفاع القيمة السّوقية، امرٌ اعتباریٌّ لايضمن بنفسه لعدم كونه مالاً و انّما هو مُقَوِّمٌ

لماليّة المال و به تمايَزَ الاموالُ كثرةً و قلّةً.

و حاصلُ توجيه الاستدلال المتقدّم عن الشّهيد الثّانى، انّ للعين فى كلِّ زمانٍ من ازمنةِ تفاوتِ قيمته، مرتبةٌ من الماليّة اُزِيلَتْ يُد المالكِ منها و انقطعت سلطنتُه عنها **فَإنْ** ردّت العينُ فلا مالَ سواها يُضمَنُ و ان تَلَفَتْ، استقرّت عُليا تلك المراتب و هى المراتب الزّائلة عنها يدُ المالكِ و المنقطعةُ عنها سلطنتُه، و من تلك المراتب هو، تلفُ قيمةِ العينِ المرتفعةِ لدخول الادنىٰ تحت الاعلىٰ.

نظير ما لو فرض للعين، منافعُ متفاوتةٌ متضّادةٌ **حيث** انّه يضمن الاعلىٰ منها و لاجل استقرار المراتب الزّائلة عن تحت يد المالك بواسطة الحيلولة الّتى صارت سبباً للضّمان و اَنَّ الادنىٰ داخلةٌ تحت الاعلىٰ، اِسْتَدَّلَ العلاّمةُ فى التّحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: **«لانّه زمان ازالة يد المالك» توضيحُ ما افاده العلاّمة فى التّحرير فى هذا** المقام، اَنَّ كلّ زمانٍ من ازمنةِ الغصب قد اُزِيلَتْ فيه يُد المالكِ من العين علىٰ حسب ماليّته ففى زمانٍ، اُزِيلَتْ من مقدار درهمٍ و فى زمانٍ آخر، عن درهمين و فى ثالثٍ عن ثلاثةٍ فاذا استمرّت الازالةُ الىٰ زمان التّلف اى تلف العين، وجبت غرامةُ اكثرِ ماليّةِ العينِ التّالفةِ و اكثر ماليّة العين، هو اعلىٰ القيم.

قال الشّيخ(ره) فى ذيل كلام العلاّمة: «فتأمّل».

لَعَلَّ وجهَ التّأمّلِ هو منع كون الواجب علىٰ الغاصب، غرامَة قيمةِ وقتِ تلفِ العينِ.

***

اِسْتَدَّلَ ابن ادريس فى السرائر و غيرها علىٰ هذا القول و هو اعلىٰ القيم من يوم الغصب الىٰ يوم التّلفِ، باصالة الاشتغال، لاشتغال ذمّة الغاصب بحقّ المالك و لاتَحصل البراءَةُ اِلاّ بالاعلىٰ.

و قد يجابُ عن اصالة اشتغال الذمّة بانّ الاصل فى المقام، البراءَة **حيث** انّ الشّكّ فى التّكليف، بالزّائد.

نعم: لابأسَ بالتّمسّك باستصحاب الضّمان المستفاد من حديث علىٰ **«اليد...»**

الكلام فيما حكى عن شيخنا المفيد فی ضِمانِ القيمة بيوم الرّفع.

ثمّ انّه حُكِيَ عن المفيد و القاضی و الحلبی: الاعتبارُ بيوم البيع فيما كان فساده من جهة تفويض تعيين الثّمن الىٰ حكم المشترى و قضاوته فيه و لم‌يُعْلَمْ لِهٰذا التّفويضِ له وجهٌ و لعلّ هؤلاٰء الاعلام يقصدون من يوم التّفويض، يومَ اقباض السّلعة الىٰ المشترى لغلبة اتّحاد زمان البيع و القبض.

قال الشّيخ(ره) فی ذيل كلام الاعلام: «فافهم»، لعلّه اشارةٌ الىٰ اَنَّ ارادةَ هٰؤلاء الاعلام، القبضُ من البيع، بعيدةٌ.

فرعٌ: إنَّهُ لا اعتبارَ بزيادة القيمة بعدَ تلفِ العين علىٰ جميع الاقوال؛ **الاقوالُ هنا ثلاثةٌ:**

الاوّل: عدم اعتبار زيادة القيمة بعد تلف العين **لان** تَلَفَهَا، لايَبْقىٰ مجالاً للزّيادة و هذا، ما اختاره الشّيخ(ره).

الثّانى: اعتبارُ الزّيادة و ان تلفت العينُ، لقاعدةِ اشتغالِ الذمّة بضمان العين حتّىٰ يُؤَدِّىَ مِثْلَهَا ان كانت مثليّاً و قيَمَتهَا إنْ كانت قيميّاً.

هذا ذهب اليه المحقّقون الاعلام.

الثّالث: ما افادّه المحقّق فى الشّرايع و قد ذكره الشّيخ فى متن المكاسب بقوله: إلاّ أنَّهُ تردّد فى عدم اعتبار زيادة القيمة بعد التّلف فى الشّرايع.

و لعلّ وجهُ تردّدِ المحقّق فى عدم اعتبار زيادة القيمة كما قيل من جهةِ **احتمالِ كون القيميّ** مضموناً بمثله و دفع القيمة **انّما هو لاسقاط المثل** عند الاِعواز و مطالبةِ المالك.

ولكنّه مردودٌ عند الشّيخ حيث قال: انّ دفع القيمة انّما هو لاسقاط المثل، مخالفٌ لاطلاق النّصِ الّذى هى آية الاعتداء: **﴿فمن اعتدوا الخ﴾**.[1]

و امّا مع عدم وجود المثل للقيميّ التّالف فمقتضىٰ الدّليلين، عدمُ سقوط المثل من الذّمّة بالتّعذّرِ.

فرعٌ: ضمان التّالف هل هو بيوم الغصب او بيوم التّلف او باعلىٰ القيم حسب الازمنةِ؟

صَرَّحَ الشّيخ انّ هذا، محلُ الخلاّفِ **و امّا** اذا كان ارتفاع القيمة، بسبب الامكنة كما اذا كان محلّ الضّمان بعشرةٍ و فی مكان اَلتّلف، بعشرين و فی مكان المطالبة، بثلاثين **فالظّاهر** عند الشّيخ(ره): اعتبار محلّ التّلف **لانّ ماليّةَ الشّیء** بحسبِ الاماكن و تدارک الماليّة و تدارک الماليّة، انّما يكون بحسب يوم تَلفِ الشّیء.

و لايخفیٰ انّ ما ذكرنا من الخلاف، انّما هو فی ارتفاع القيمة السّوقية النّاشئةِ من تفاوت رغبة النّاس و امّا اذا كان ارتفاع القيمة السّوقية حاصلاً من زيادةٍ فی العين، **فالظّاهرُ** كما قيل، عدمُ الخلافِ فی ضِمانِ اعلیٰ القيم و فی الحقيقة، ليست قِيَمُ التّالفِ مختلفةً و انّما زيادتها فی بعض اوقات الضّمان **لاجل زيادة القيمة** الحاصلة فی التّالف النّازلة منزلةَ الجزء التّالف.

نعم: يجری الخلافُ من انّ الاعتبار بيوم الغصب او بيوم التّلف او بيوم اعلیٰ القيم، فی قيمة هذه الزّيادة الفائتة؟ فانّ الاعتبار بيوم فواتها او يوم ضمانها او، اعلی القيم؟

فرعٌ: حكمُ تعذّر الوصول الىٰ العين، حكمُ تَلَفِ العينِ.

ثمّ: انّ فى حكم تلف العين فى جميع ما ذُكِرَ من ضِمان المثل او القيمة، حكمُ تعذّر الوصول اليها و ان لم‌تَهْلُكْ كما لو سُرِقَتْ او غُرِقَتْ او ضاعت او اَبقت كما اذا كان المبيعُ بالعقد الفاسد، عبداً فَاَبَقَ فَالْاِبَاقُ حَصَلَ بعين العبد.

لانّ حكم تعذّر الوصول الىٰ العين، حكمُ تلفِ العين فكلّما يجرى فى التّلف، يجرى هنا من دون فرقٍ بينهما لِمَا دَلَّ علىٰ الضّمان بهذه الامور و هى السّرقةُ و الغرقُ و الضياعُ و الاباقُ فَاِنَّ هذه الامورَ اَسبابٌ للضّمان فى باب الامانات المضمونة كما فى تعليقة العلاّمة الممقانىﷺ علىٰ المكاسب فقد اَسْهَبَ الكلامَ (طٰابَ ثراه) فى هذا المقام و ذَكَرَ لكلّ واحدٍ من هذه الامور زيادةً علىٰ ذلک، امثلةً.

بالجمله، فى هذه الصّور المفروضة، كانت العينُ و لم‌تكن تالفةً حقيقيّاً **ولكن** العين الموجودة كذلک، لم‌تعتبر فيه الماليّةُ فكانت فى حكم التالّف و وردت رواياتٌ متفرّقةٌ فى الابواب المختلفة **و من جملتها:** ماوردت فى باب الوديعة مثل: **«اذا ضاعت او سَرَقَتْ او هَلَكَتْ فهو ضامنٌ لو كان مُفرِّطاً او مُفرِطاً»** و انت كما ترىٰ انّ: **«ما لو سرقت او «ضاعت»** فهو يوجب الضّمان و الرّوايات فى هذا الباب، كثيرةٌ و كان الحكمُ فى الجمله، ممّا لا اشكالَ فيه يعنىٰ فى الموارد الّتى لم‌تتلف العينُ **ولكن** كانت فى حكم التّالف عرفاً و صَدَقَ عليه الاتلاف بتحقّق الضّمان و ايضاً، تدلّ عليه الرّوايات الخاصّة فى الموارد المتفرّقة فى باب الودعىّ و غيره.

انّما الاشكالُ فى انّه هل يلزم تخصيصُ الحكم، فيما لم‌يكن امكانُ عودِ المال و لم‌يكن امكانُ الاصابة بالمال فى البين يعنى هل يشمل الحكم حتّىٰ فى الموارد الّتى يعلم الوصول اليه فى مدّةٍ مثل السّنة مثلاً **و بعبارةٍ اُخرىٰ:** هل موارد الرّوايات و الادلّة، مايمكن الوصولُ اليها بعد مدّةٍ طويلةٍ بحيثُ يتضرّر المالکُ بالصّبر الىٰ آخر المدة؟ **بل** بعض الفقهاء لم‌يشترط المدّةَ الطّويلةَ ايضاً احتمالاً او قويّاً و قالوا بذلک و لوكانت المدّةُ قصيرةً **و الحاصلُ انّه وقع البحثُ** فى انّ الضّمان الّذى ورد فى مثل الضّياع و السّرقة و غيرهما من الموارد الّتى كانت العينُ باقيةً و لم‌يمكن الوصول

اليها هل يشمل مناطاً و ملاكاً و قاعدةً، الموارد الّتی كانت العينُ باقيةً ولكن كان الوصول اليها متعذّراً فی الحال لافی المآلِ؟ و هذا مايُعْبَر عنه ببدل الحيلولة فلو قلنا بالضّمان فی هذه الموارد فهو ليس لاجل تلف العين بالمرّة **حيث** انّها لم تتلف بعدُ و ليس ايضاً لاجل تعذّر الوصول اليها **لانّ** الفرض، انّ العين يمكن الوصولُ اليها **بل** لاجل الحيلولة بين المالک و العين فی مدّةٍ طويلةٍ او قصيرةٍ **و بعبارةٍ اُخرىٰ** يـقع الكلام فی انّ ضماناً باسم «ضمانِ الحيلولة»، موجودٌ فی باب الضّمانات ام لا؟ **و نحن ان قلنا** بالضّمان فی هذيْن الموردين فهو ضمانُ الحيلولة و بدلها **و ان قلنا بعدم الضّمان** فی هذين الموردين فمعناه، عدمُ كونِ ضمانٍ باسم ضمان الحيلولة.

قال الشّيخُ(ره) هنا وجهان:

فان كان النّظر بالنّصوص، فيلزم لنا القول بعدم بدل الحيلولة يعنی ان كان الموارُ علىٰ النّصوص فهی مخصوصةٌ بالضّمان فی الضّياع و السّرقه و الاباق و الغـرق و غيرها من الامثلة الّتی يتعذّر الوصول اليها الىٰ الابد عادةً او مقيّدةً بعدم الرّجاء الّذی اعمُّ من اليأس و يصدق التّلفّ فی هذين الفرضين.

فلا تشمل النّصوصُ هذا النّوع مَن بدل الحيلولة **و اَمّا ان كـان المـدار، فـتوی الفقهاء كما انّ الفقهاء فی** باب كتاب الغصب، فَرَضُوا بانّ الغاصب اذا غَصَبَ لوحاً من الغير و وَصَلَهُ فی سفينة فمقتضیٰ اطلاق الفتویٰ فی باب الغصب فيما اذا غصب لوحاً من الغير و وَصَلَهُ فی سفينة، فاذا لم‌يكن نَزَعَ قَلْعَهُ، هذا اللّـوح المـغصوب، لم‌يُوجِبْ ضرراً فی السّفينة، يجب نزعه و ردّه الىٰ صاحبه ان كان موجوداً **و امّـا لوخيف من نزع اللّوح** المغصوب، غَرْقَ مـالٍ لغـير الغـاصب، اِنْـتَظَرَ الىٰ ان يـبلغ السّاحلَ حتّیٰ ينزعه و يجب فی صورة عدم النّزع الىٰ ان يبلغ السّاحلَ، ردُّ قيمته للحيلولة **و الشّيخ(ره) صرّح بانّ** له اطلاقٌ يوجب ردَّ قيمته سواءٌ كانت المدّة طويلةً للاجتناب عن تضرّر المالک بانتظاره الىٰ ان يـبلغ الىٰ السّـاحل او تكـون المـدّة قصيرةً؟

بالجملة، ان كان النّظر بالنّصوص و الاخبار فهی فی موردٍ يصدق عليه التّـلف

عرفاً.

و ان كان النّظرُ باطلاق الفتاوىٰ فهو يقتضى امكانَ بدل الحيلولة مطلقاً و لو كانت المدّةُ قصيرةً.

هل كان لهذا الفتوىٰ دليلٌ يؤيّده ام لا؟ قلنا: انّ الاخبار الخاصّة، تَشْمَلُ هذه الصّورةَ.

و الشّيخ(ره) ذكر هنا دليلاً و السّيّد(ره) اضاف دليلين آخرين و بعضُ آخر، دلائلُ اُخرىٰ تبلغ الادّلةُ الىٰ الاربعة او الخمسةِ.

و دليل الشّيخ(ره) لتصحيح هذه الفتوىٰ، قاعدةُ السّلطنة و هو قوله ﷺ: **«النّاسُ مُسَلّطُونَ عَلىٰ اَمْوالِهِمْ...»**

ذكر الشّيخ(ره) فى تقريب الاستدلال، تقريباً لم يتوجّه المحشّون اليه و ذكروا فى توجيهه، تقارِيبَ اُخرىٰ غَيرَ تقريبِ الشّيخ(ره).

تقريب الشّيخ انّ المالَ بموجب ادلّة الضّمان و قاعدة **«علىٰ اليد ما اَخَذَتْ حتّىٰ تؤديّه»** علىٰ عهدة الغاصب **و معلومٌ انّ** المالَ اذا كان علىٰ عهدة المديون، وقعت عهدةُ الغاصب ضامناً فللمالك اَنْ يُطالِبَهُ بفكّ العهدة و بتخليتها و ادائها فاذا طالَبَ المالكُ الخروجَ عن عهدة المال و قال الضّامن، لم يكن عندى، المالُ و كانت تالفةً، اَنْتَقَل الىٰ القيمة **فهذا** جمعٌ بين الحقّين **فحقُّ المالكِ** بمطالبته مالَهُ الّذى فى عهدة الغاصب **و حقّ الغاصب،** عدم تكليفه بما لايطاقُ خصوصاً بعد انتقال البدل الىٰ ملك الضّامن الغاصب بعد وصول المبدل و حكم البدل كما سيجئى: انّ الآخِذ كان مالكاً للبدل **ولكن** ملكُهُ للبدل، كان موقّتاً فاذا اَتىٰ الضّامنُ المالَ وردّه الىٰ مالكه، يلزم للمالك ردّ البدلِ الىٰ الضّامن **فحينئذٍ** لامانعَ من ردّ الغاصب، البدلَ و العوضَ موقّتاً منه مادامَ كان المبدلُ فى استيلاء الغاصب و كان المبدلُ تحت يده فهو جمعٌ بين الحقّين.

بالجملة، الشّيخ(ره) جَعَلَ مأخذ المطالبة، كونَ المال فى عهدة الغاصب **لانّه** معلومٌ انّ دلالة قاعدة السّلطنة، ليست بالتّبادر الاوّل و فى بادى النّظر **لانّ** «النّاسُ

مُسَلّطُونَ عَلیٰ اَمْوٰالِهِمْ» لاعلیٰ اَبدالِ اموالهم **لانّه** یبقیٰ سؤالٌ هنا و هو السّلطنة علیٰ الاموال کیف یوجب اخذ البدل مع بقاء المال و وجوده؟ **و لذا** یحتاج فعلُ «**قاعدة السّلطنة**» علیٰ بدل الحیلولةِ الیٰ الطّلب و بذلِ عنایةٍ و لطفٍ و قریحةٍ و بنظمِ مقدّماتٍ ینتج بدلَ الحیلولة **و لذا** قال الشّیخ(ره) انّ المال کان علیٰ عهدة الغاصب و لیس مجرّد انّ الغاصب، غَصَبَ المالَ و کان مُکلّفاً بردّ المال المغصوب الیٰ صاحبه، کافیاً **بل هنا** کان اعتباراً وضعیّاً و هو انّ المال فی عهدة الغاصب بادلّة الضّمانات **و معلومٌ انّ** للمالک ان یُطالِبَ عن الضّامن ان یخرج عن عهدته و ان یتخلّص من عهدته فاذا کانت العین، لم‌تکن موجودةً و تعذّر الوصول الیها فیطالب بدله و هذا کما قلنا فی باب المثلیّ المتعذّر مثلُه **حیث** ینتقل الیٰ البدل مثلاً لو غَصَبَ الحنطةَ و تلفت و استقرّ المثلُ فی ذمّة الغاصب و اَطٰالَ مدّة التّلف ثمّ تعذّر المثلُ **فحیث** کان المثل فی عهدة الغاصب و یُطالِبُ المالکُ، المثلَ و قال: «اَعْطِنِی حنطتی» قال الضّامن: «لاحِنطَةَ عِندیٰ»، قال المالک: «**اَعطِ بدله**» و کذلک نقول فیما نحن فیه.

و هذا کسایر الدّیون و الغرامات الّتی کانت فی ذمّة احدٍ لم‌یکن له فی الخارج مصداقٌ فالدّاین یُطالِبُ الخروجَ عن عهدة المدیون **و حیث** تَعَذَّرَ الوصولُ الیٰ نفس المال فینتقل الیٰ البدل و هذا تقریب الشّیخ فی التّمسّک: «**بقاعدة السّلطنة**» و قوله ﷺ: «**النّاسُ مُسَلّطُونَ عَلیٰ اَمْوٰالِهِمْ**».

و السّیّدُ(ره) اَضاف دلیلین آخرین:

الاوّل: دلیل: «لاضرر و لاضرار» حیث انّ انتظار المالک، مدّةً حتّیٰ یمکن له الوصولُ الیٰ عینه، ضررٌ علیٰ المالکِ، یُجْبَرُ هذا الضّررُ ببدلِ الحیلولة.

الثّانی: قاعدة «**علیٰ الید مٰا اَخَذَتْ حتّیٰ تؤدّیه**» بتقریب انّ الضّامِنَ له مسؤلیّةٌ فی قبال العین و کانت تلک العینُ فی عهدةِ الغاصبِ **فحیث** تَعَذَّرَ الوصولُ الیها یجب جبرانُه بالبدل کما انّ: «قاعدة علیٰ الید...» لم تدلّ بالمطابقة علیٰ انه یجب المثلُ فی المثلیّات و القیمةُ فی القیمیّات و کذا فی مورد فرض البدل **لانّ** هذا کلّه، لازم المعنیٰ البسیط لقاعدة: «**علی الید...**» فاذا کانت العینُ علیٰ عهدة الضّامن یعنی

كانت له المسؤليّةُ فى قبال الجريانات الواردة علىٰ العين اى ان كانت له منافعُ تلفت، كانت هذه المنافعُ علىٰ عهدة الغاصب و جعلنا بدلَ الحيلولة فى رديفِ ما لم‌يكن فى قاعدة «**علىٰ اليد...**» صريحاً **ولكن** يدلّ عليه بالمدلول الالتزامىّ فالبدل الحيلولةُ ايضاً فليكن من قبيل ذاک.

كما انّ الشّيخ(ره) قال فى قولهﷺ: «**النّاس مُسَلَّطُون علىٰ اموالهم**» بعد كونه فى العهدةﷺ يجوز للمالک ان يُطالبه بالخروج عن العهدة.

و تمسّک بعضٌ آخر من الفقهاء بقاعدة الاتلاف: «مَنْ اَتْلَفَ مالَ غيره فَهُوَ لَهُ ضامِنٌ» بتقريب انّ الغاصب و لو لم‌يتلف المالَ ولكنّه أَتْلَفَ سلطنةَ المالِکِ علىٰ المال الّذى هو المقصود من المال.

السّيّد(ره) ذَكَرَ دليلَ الشّيخ و تمسّكه بقاعدة السّلطنة، بتقريبين آخرين: **التّقريب الاوّل: انّ** المالک، يُطالِبُ مالَهُ من الغاصب و قال: «**اَعطِنِى مالِي**» **و حيث** تعذّر الوصولُ اليه حيث لم‌يكن المالُ عند الغاصب، أُنْتُقِلَ الىٰ بدله.

التّقريب الثّانى: انّه كان للمالک جنبتين وجهتين:

الأولىٰ: شخص المال.

الثّانية: ماليّته **و من الواضح انّ** المالک مُسَلّطٌ على شخصِ المال و ماليّته كليهما و يجب للضّامن ردُّ شخصِ المال و ماليّتهِ **و حيث** لم‌يكن شخصُ المالِ موجوداً عند الغاصب و تَعَذَّرَ الوصولُ اليه، فيُردُّ ماليّةُ المال و هو بدله.

نحن نقول: انّ هٰذه التّقريبات الثّلاثه، غيرُ كافيةٍ و لاتُغنِى من جوعٍ!

و امّا قول المالک للضّامن: «اَعطِنِى مالِى» فهو لايتمشّى الارادةَ الجدّية علىٰ الاِعطاء **حيث** لم‌يكن المال موجوداً او كان متعذّرَ الوصولِ اليه فعلاً **و المطالبةُ الّتى** كانت حقَّ المالک شرعاً هى مطالبةٌ كانت ممكنةً فى الخارج، فشىءٌ لايمكن للضّامن ردّهُ فى الخارج، كيف يطالبه و كيف يتمشّىٰ منه القصدُ اليه و الجدّ له؟ **فحيث** لم‌يتمشّ منه الجدُّ، لم‌يكن له حقٌّ شرعىٌّ فى المطالبة و لاتجوز له المطالبةُ.

و امّا القول بانّ للمال جنبتين وجهتين، جهةٌ شخصيّةٌ وجهةٌ ماليّةٌ **و حيث** كانت

جهة الشّخصيّة متعذّرةً هنا، تجوز له مطالبةٌ جنبيّةٌ ماليّةٌ **فهو مردودٌ لانّ** معنیٰ **«اَلنّاسُ مُسَلِطُّونَ عَلیٰ اَمْوالِهِمْ»** له معنیٰ واضحٌ عرفیٌّ كما ذكرنا سابقاً من انّ **«اَلنّاسُ مُسَلِطُّونَ»**، بمنزلة اِعطاء حكم بيّنةٍ برهانٍ و كان هو مفهومُ الماليّة **يعنی:** انّ الّذی كان مالكاً، فهو مُسَلَّطٌ علیٰ المال يعنی اَلْمِلاكُ هو قوله ﷺ: **«اَلنّاسُ مُسَلِطُّونَ عَلیٰ اَمْوالِهِمْ» و لذا** صرّح الشّيخ فی موضعٍ آخر بانّ قوله ﷺ: **«اَلنّاسُ مُسَلِطُّونَ عَلیٰ اَمْوالِهِمْ»** ليس مُشرّعاً و انّه ناظرٌ الیٰ ما قلناه من تَسَلُّطِ المالک علیٰ اموالهم فيما اذا جاز له التّصرف شرعاً و ليس هنا تشريعُ حكمٍ جديدٍ يجوزُ للمالک و كان للمالک تسلّطٌ واحدٌ علیٰ العين و المال **فليس هنا تسلّطان:** تسلّطٌ علیٰ شخصِ المال و تسلّطٌ آخر له علیٰ ماليّته و صفاته و غيرها.

و القول بتعدّد التسلّط للمالک علیٰ مٰالِه من حيثُ شخصِ المال او ماليّته او بلحاظِ اوصافه و صفاته، كان امراً فلسفيّاً و ليس امراً عُرْفِيّاً.

و ان فُرِضَ انّ للمال جنبتان و حَيْثيّتانِ او حيثياتٌ عديدةٌ كما هو امر فلسفیٌّ **لقلنا فی** جوابه كما عن بعض المحقّقين، بانّ المالکَ، مالکٌ للمٰاليّةِ الّتی كانت فی حصّةِ هذا الفرد **بناءً** علیٰ انّ الكِلّیَ الطّبيعیَّ كانت له حِصَصٌ فاذا كان المالک مالكاً لهذا الفرد مثلاً فهو مالکٌ لحصّةٍ من الماليّة الّتی كانت موجودةً فی هذا الفرد **لا انّه مالک** لحصّةٍ من الماليّة الّتی كانت فی ضمنِ فردٍ آخر.

ولكن نحنُ كما قلنا انّ قوله ﷺ: **«اَلنّاسُ مُسَلِطُّونَ عَلیٰ اَمْوالِهِمْ»** له معنیً عُرفیٌّ واضحٌ و لايستفاد منهُ ذلک المعنیٰ و لايمكن استفادة بدل الحيلولة من قوله ﷺ: **«اَلنّاسِ...»** و لو ارتكبنا بتكلّفاتٍ بَعيدةٍ **وكذا فی التّقريب الّذی ذَكَرَهُ الشّيخ(ره)** من انّ المال، **حيث** كان فی عهدة الغاصب فله ان يطالبه بالعهدة.

يقول ايضاً:

اوّلاً: المراد من العهدة هنا، غيرُ عهدةِ المثل الّذی كان فی الذّمّة **لانّا** قلنا سابقاً: انّ الاعيانَ الخارجيّة، كانت له معنیً من العهدة و كليّاتُ الذِّمم كانت له معنیً آخر من العهدة فاذا قلنا بانّ الكلیَّ فی الذّمّة كان المديون، ضامنا له، معناه انّه يملک

المالک، ذلک الکلیّ فی ذمّته **و اَمّا** اذا قلنا بانّ العین الخارجیّة، کانت فی العهدة، لیس معناه انّه یملک العین الخارجیّة فی ذمّته **بل معناه** انّ له التّعهّد و المسؤلیّة فی قبال هذا العین و اَمّا مطالبتُهُ، خلاصَ العین وردَّها، فالجوابُ عنه هو الجواب **حیث** قلنا: انّ المطالبةُ امرٌ و استدعاءٌ و طلبٌ و معلومٌ انّ الامر، لایتعلّق بغیر المقدور و لایتمشّیٰ القصد الیه و لایجوز القول بانّ: «**اِعط العینَ الّتی فی تعهّدک**» بمعنیٰ من التّعهّد **لانّ** العینَ الّتی لم تکن قابلةً للتّسلیمِ فعلاً، کیف یطالبه؟.

فبناءً علیه، احد ادلّةِ بدلِ الحیلولة الّذی کان هو قاعدة السّلطنة، «**اَلنّاسُ مُسَلِطُّونَ عَلیٰ اَمْوالِهِمْ**» و قُرِّبَ بتقاریبَ ثلاثةٍ: فاحدُهٰا من قِبَلِ الشّیخ(ره) و التّقریب الثّانی و الثّالث منها، منِ قبل السّیّد(ره) لاتدل دلالةً ظاهرة علیٰ بدل الحیلولة لو لم‌یکن معلومَ العدم.

فرعٌ: هل يقيّد تعذّرُ الوصولِ الیٰ العين بما اذا حَصَلَ البأس من الوصولِ الیٰ العين او بعدم رجاء وجدان العين او يشمل تعذّرَ الوصول الیٰ العين ما لو عَلِمَ وَجدانه فی مدّةٍ طويلةٍ يتضرّر المالک من انتظارها و لو يشمل تعذّر الوصولِ الیٰ العين حتّیٰ و لو كانت مدّةُ الوصولِ اليها قصيرةً؟ فيه وجوهٌ.

الظّاهرُ مِن الوجوه المذكورة عند الشّيخ(ره)، اختصاصُ تعذّرِ الوصول الیٰ العين باحد الاوّلين عملاً بظاهر ادلّةِ ما ذِكْرَ مِنَ الامور.

و لكن ظاهِرُ اطلاق الفتاویٰ الاخير ای اختصاص حكم تعذّر الوصول الیٰ العين، بالاخير و هو ما اذا كانت مدّة الوصول الیٰ العين قصيرةً مختصرةً كما يظهر ذلک من اطلاقانهم انّ اللّوح المغصوب فی السّفينة اذا خيف من نزعه غرقَ مالٍ بغير الغاصب، انتقل الیٰ قيمته بأنْ تبقیٰ اللّوحة فی مكانها من دون ان تقطع الیٰ ان تبلغ السّفينةُ، السّاحلَ ثمّ تدفع قيمتها الیٰ مالكها و لو كانت مدّةُ البلوغ الیٰ السّاحل قصيرةً.

فمن هذا الاطلاق، تستفاد مدّة الوجيزة فيما نحن فيه و هو تعذّر الوصول الیٰ العين و انّه تدفع قيمتها الیٰ مالكها.

و يؤيّد القولَ الاخير و هو الانتظار الیٰ مدّةٍ وجيزةٍ حتّیٰ يمكن الوصولُ الیٰ العين المتعذّر الوصول اليها، انّ فيه جمعاً بين الحقّين و هما حقُّ المالكِ و حقُّ الغاصبِ **اذ لو اجبر الضّامن** علیٰ الشّراء بالمثل و العين، موجودةٌ و لم تتلف **لكن** الوصول اليها متعذّرٌ، لكان ضرراً عليه و هو منفیٌّ بقوله ﷺ: «**لاضَرَر و لاضِرار**» بعد فرض رجوع القيمة الیٰ ملک الضّامن فيما لو اعطی الضّامن قيمةَ العين المتعذّر الوصول اليها الیٰ المالک عند التّمكّن من العين فانّ تسلّط النّاس علیٰ مالِهم الّذی فُرِضَ كونه فی عهدته، يقتضی جوازَ مطالبة الخروج عن عهدته عند تعذّر نفسه.

نعم: لو كان زمان التّعذّر قصيراً جدّاً بحيثُ لايحصل صدقُ عنوانِ الغرامةِ و التّداركِ علیٰ اداء القيمة، يشكل الحكم بالانتظار ای القول الاخير.

و وجه الاشكال انّه لاجل تسلّط النّاس علیٰ اموالهم فاللاّزم، مطالبةُ المالكِ

الضّامنَ بالقيمة حين التّعذّر من الوصول الىٰ العين المُقتَضِى هذا التَعذّر، للانتقال الىٰ القيمة و **لاجل انّ** الحصول علىٰ العين، امرٌ ممكنٌ فلاتنتقل العينُ الىٰ القيمة بمجرّد التّعذّر علىٰ الوصول اليها و لاسيّما، المدّةُ وجيزةٌ جدّاً فلايجبر الضّامن بدفع القيمة **بل علىٰ المالك** الانتظار حتّىٰ يتمكّن الضّامن علىٰ الحصول عليها.

ثمّ الظّاهرُ من حديث **«علىٰ اليد ما اخذت حتّىٰ تؤدّيه»** و من اطلاق فتاوىٰ الفقهاء فى هذا المقام، عدم اعتبار التّعذّرِ المسقطِ للتّكليف **بل** لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السّعى فى مقدّماته، لم تسقط القيمة زمانَ السّعى.

اى يجوز دفع القيمة الىٰ المالک فى خلال مدّة السّعى للوصول الىٰ العين المتعذّر الوصول اليها **ولكن** ظاهِرُ كلمات بعض الفقهاء، التّعبير بالتّعذّر و هو اوفقُ باصالة عدم تسلّط المالک علىٰ ازيدَ من الزامه بردّ العين.

و صرّح الشّيخ(ره) فى ذيل كلامه بقوله: **«فتامّل»** و لعلّه اشارةٌ الىٰ انّه لا اعتبار باصالة عدم تسلّط المالک بعد وجود العموم فى قوله ﷺ: **«النّاسُ مُسَلّطُونَ عَلىٰ اَمْوالِهِمْ»** سواءٌ أكان فى زمن تعذّر العين ام فى زمن السّعى؟.

و لعلّ المراد بالتّعذّر الوارد فى كلمات الفقهاء، التّعذّر فى الحال و ان كان التّعذّر فى الحال لاجل توقّفه علىٰ مقدّماتٍ يتأخّر لِاَجلِ هذه المقدّمات، ذو المقدّمة و هو الوصولُ علىٰ العين بعد اَنْ كانت متعذّر الوصول اليها.

فرعٌ: انّ ثبوت القيمة مع تعذّر العين، ليس كثبوتها مع تلفها فی كون دفع القيمة حقّاً للضّامن؛ فلايجوز للمالک، الامتناعُ من اخذ القيمة لو دفعها الضّامن فی صورة تلف العين **بل** للمالک حقُّ الامتناع من اخذ القيمة فی صورة تعذّر العين و يصبر الیٰ زوال العذر كما صرّح الشّيخ فی المبسوط بانّ للمالک، حقّ الامتناع من اخذ القيمة فی صورة تعذّر العين.

و تدلّ علیٰ انّ للمالک حقُّ الامتناع، قاعدَةُ **«تسَلّط النّاسُ عَلیٰ اَمْوالِـهِمْ...»** و كما انّ تعذّر ردّ العين فی حكم التّلف، فكذا خُروجُهُ عن التّقويم بحيث سقطت العين عن الماليّة رأساً كاللّحم يتعفّن و الفاكهة تفسد **فانّ العينَ حينئذٍ**،كالتّالف.

فرعٌ: ثمّ انّ المالَ المبذولَ و هى القيمة الّتى تكون بدلاً عن العين المتعذّر الوصول اليها، يملكه المالک بلاخلافٍ كما فى المبسوط و الخلاف و الغنية و السّرائر **و ظاهِرُ هؤلاء الاعلام الّذين** قالوا فى كتبهم: المبسوط و الخلاف و الغنية و السّرائر بلاخلاف، قصدهُمُ عدمُ الخلاف بين المسلمين و ليس قصدهم اختصاص عدم الخلاف بالشّيعة الاماميّة.

و لعلّ الوجه فى تملّک المالک، المالَ المبذول بدلاً عن العين المتعذّر الوصول اليها، **انّ التّدارک،** لايتحقّق الاّ بتملّكه للمال المبذول بدلاً عن العين المتعذّر الوصول اليها، **و لولا ظهور الاجماع فى الملكيّة و هو قول صاحب** المبسوط و الخلاف و الغنية و السّرائر حيث قالوا: لاخلاف فى تملّک المال المبذول فانّ ظاهر هذا النّفى، الاجماع على الملكيّة، و ادلّة الغرامة و هى ادلّة وجوب اداء ما اتلف او بحكم الاتلاف كالتّعذّر فانّها ظاهرٌ فى انّ المبذول يُمْلَكُ، **لاحتملنا ان** يكون المبذولُ بدلاً عن العين المتعذّر الوصول اليها، مباحاً له اباحةً مطلقا و ان لم‌يدخل فى ملكه نظير الاباحة المطلقة فى المعاطاة علىٰ القول بالاباحة المطلقة حتّى المتوقّفة علىٰ الملک فى المعاطاة و يكون دخول المبذول بدلاً عن العين المتعذّر الوصول اليها فى ملكه، مشروطاً بتلف العين.

حُكِيَ عن المحقّق القمىّ فى اجوبة الجزمُ لِاحتمالِ دخول المبذول بدلاً عن العين فى ملک المالک علىٰ نحو الاباحة المطلقة بحيث يجوزله اَنْ يتصرّف فيها ايِّ نحوٍ شاءَ و ان كان دخولُهُ فى ملكه متوقّفاً علىٰ تلف العين.

علىٰ كلِّ حالٍّ سواءٌ قلنا: انّ البدل المبذول، علىٰ نحو الاباحة المطلفة ام يتملّكه المالک بلاخلاف؟ لاتنتقل العين الىٰ الضّامن فهى غرامةٌ لاتلازُمَ فيها بين خروج المبذول و هى القيمه الّتى تكون بدلاً عَن العين المتعذّر الوصول اليها عن ملكه و دخول العين فى ملک الضّامن اى لامنافاةَ بين هذا الخروج و بين هذا الدّخول.

و هذه القيمة المدفوعة للمالک بدلاً عن العين، ليست معاوضةً حتّىٰ يقال انّ لازم المعاوضة الجمع بين القيمة و المُعَوّضِ و هى العين عند المالک **لانّ** القول ببقاء

العين علىٰ ملک المالک، لازمُهُ، هذا الجمع.

فالمبذولُ عند تعذّر الوصول الىٰ العين لاسبابٍ ذُكِرَتْ سابقاً، **كـالمبذولِ مـع تلفِ** العين فی عدم البدل للمبذول حتّىٰ يجمع بين العوض و المعوّض عند المالک.

قد استشكل فی عدم انتقال العين الىٰ الضّامن و انّها غرامـةٌ، المـحقّق الثّـانی و الشّهيد الثّانی **فقال المحقّق الثّانی فی مَحكیّ جامِعه:** انّ فی القول بانّ العين، لاتنتقل الىٰ الضّامن **اشكالاً و هو انّه كيف** تجب القيمة و يملكها الآخذ و تبقىٰ العين عـلىٰ ملک الآخذ الّذی هو المالک؟

مع انّ جعلَ القيمة فی مقابل الحيلولة لامفهومَ له و لايتضحّ مـعناه اذ الفـقهاء، يجعلون القيمة بدلاً عن نفس العين لاعن الحيلولة **و مضافاً الى ذلک انّ** لازم هذا القول، عدم عود البدل الىٰ الضّامن عند عود العينِ الىٰ المالک **لانّه** بدلٌ عن الحيلولة لاعن العين حتّىٰ يرجع برجوع العين.

و قال الشّهيد الثّانی: «انّ عدم انتقال العين الىٰ الضّامن و انّها غرامةٌ **لايخلو عن اشكالٍ من حيث** اجتماع العوض و المعوّض و هما: القيمة الّتی بدلٌ عنِ العـين و العين المتعذّر الوصول اليها **ثمّ** اَضافَ الشّهيد الثّانی(ره): «انّه لو قيل بحصول العين للضّامن و مَلِکَ القيمة للمالک متزلزلاً بمعنىٰ انّ ملكيّةَ كلٍّ واحدٍ من العين و القيمة تحصل لكلّ منهما بتلف احدىٰ العينين او بالتمكّن من ردّ العـين فـنزولُ المـلكيّه حينئذٍ، و توقّفُ تملّک المغصوب منه للبدل علىٰ اليأس مـن العـين و ان جـازله التّصرف، كان وجهاً فی المسألة ای فی مسألة تعذّر الوصول الىٰ العين».

وَ اسْتَحْسَنَ صاحبُ الكفاية (الآخوند) القولَ بتملّكِ كُلٍّ واحدٍ من الضّامن، العينَ و المالکِ، البدِلَ علىٰ نحو التّزلزل و توقّفِ تملكِ المالک البدلَ علىٰ اليأس مـن الحصول علىٰ العين.

و قال شيخنا الانصاری(ره) فی مسألة تعذّر الوصول علىٰ العين، انّ معنىٰ ضمان العين، ذهابُهٰا من مالِ الضّامن و لازمُ ذهابِ العين مـن مـال الضّـامن بـعد القـول بوجوب دفع القيمة عن العين المتعذّر الوصول اليها، اقامةُ مقابِلِهٰا من مال مـقامها

ليصدق ذهابها من كيسه **فحينئذٍ** يصدق انّ العين، ملكٌ للضّامن قد خرجَتْ عن مِلْكِ المالک.

ثمّ: انّ ذهابَ العين ان كان علىٰ وجه التّلف الحقيقىّ او العرفىّ كاللّحم، بقىٰ مدّة فجاف فانّه خَرَجَ عن الملكيّة عرفاً **ولكنّه** لم يتلف حقيقةً **لانّه** يمكن اطعامه للجوارح، وجب قيام مقابلها من ماله، مقامَها فى الملكيّة.

و ان كان الذّهابُ بمعنىٰ انقطاع سلطنته عنها و فوات الانتفاع به فى الوجوه الّتى بها قوامُ الملكيّه، وَجَبَ قيام مقابلها، مقامها فى السّلطنة لا فى الملكيّة ليكون مقابلاً و تداركاً للسلّطنة الفائتة فالتّداركّ، لايقتضى ملكيّةَ المتدارک و هى العينُ المنقطعة عنها السّلطنة فى الصّورة المنقطعة عنها السّلطنة.

نعم: لمّا كانت السّلطنة المطلقة المتداركة للسّلطنة الفائته، متوقّفةً علىٰ الملک لتوقّف بعض التّصرفات كالعتق و البيع و الوطى و الوقف علىٰ الملک، وَجَبَ تملّكه للمبذول تحقيقاً لمعنىٰ التّدارک و الخروج عن العهدة.

و علىٰ ايّ تقديرٍ فلاينبغى الاشكالُ فى بقاء العين المضمونة علىٰ مَلكِ مالكها انّما الكلامُ فى البدل المبذول.

و لاكلامَ ايضاً فى وجوب الحكم بالاباحة و بالسّلطنة المطلقة علىٰ العين المبذولة المتعذّر الوصول اليها.

و بعد الحكم بالاباحة فى المال المبذول و بالسّلطنة المطلقة علىٰ العين، يرجع محصّلُ الكلام **حينئذٍ** الىٰ انّ اباحة جميع التّصرفات حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملک هل تستلزم المِلْکَ من حين الاباحة او يكفى فى الملک، حصولُه من حين التّصرف؟

توضيح الكلام فی بدل الحيلولة:

بدل الحيلولة، عبارةٌ من انّ العين الّتی، كانت مورداً للضّمان، لم‌تكن تالفةً **ولكن** كانت متعذّرة الوصول فی الحال و بعد مُضیِّ مدّةٍ و لو كانت قصيرةً، مُتَيَسِّرَةُ الوصول **و حيث** كانت متعذّرَ الوصول، يلزم ردّ بدلٍ يُسمّیٰ بدلَ الحيلولة يتصرّف المالكُ فيه تصرّفَ الْمُلاّكِ فی اموالهم حتّیٰ التّصرّفات المتوقّفة علیٰ الملک **و قال بعضُ الفقهاء** الّذی اَشْكَلَ فی المسألة، انّ البدلَ مِلكٌ للمالكِ و يَمْلِكُ المالكُ البدلَ و مع كونه مالكاً للبدل، كان ملكاً للعين الّتی حالَ بينه و بين عينها.

و هذا اشكالُ الجمع بين العوضِ و المُعَوّضِ سيأتی بيان الكلام فيه **فيما بعدُ فحينئذٍ** يقع البحثُ فی انّ دليل بدل الحيلولة ماذا؟.

ذكرنا سابقاً: انّ ادلّتها اربعةٌ: **«قاعدةُ السّلطنةِ» و «قاعدة لاضرر» و «قاعدة علیٰ اليد...» و «قاعدة الاتلاف».**

قد ذكرنا سابقاً ايضاً تقريب الشّيخ(ره) عن قاعدةِ السّلطنة و ذكرنا ايضاً الجوابَ عن هذا التّقريب فراجع.

امّا «قاعدةُ لاضرر» الّتی استدلّ بها السّيّد(ره) و غيره فتقريبها: انَّ قَطْعَ سلطنةِ المالک من العين مدّةً و اتلافها و انتظار المالک الیٰ وصوله اليها، ضررٌ علیٰ المالک و تدفعه **«لاضرر»** فيلزم اخذ البدل فی مدّة الحيلولة بينه و بين عينه.

و قد اوردت علیٰ التّمسّک بقاعدة «لاضرر»، علیٰ اثبات بدل الحيلولة، اشكالاتٌ من المحقّقين **و عمدتها** الاشكالُ المعروفُ الّذی ذكرناه و هو انّ المتأخّرين من المحقّقين قالوا: بانّ **«لاضرر»**، جملةٌ منفيّةٌ لاجملةٌ اثباتيّةٌ و بدل الحيلولة كان اثباتاً يعنی يجب عليه اداء بدل الحيلولة و **«لاضرر»** يدفع **«يَجِبُ و يَحْرُمُ» ولكن** لايُثْبِتُ «يَجِبُ و يَحْرُمُ» **يعنی: «قاعدة لاضرر»**، ترفع الاحكامَ الاثباتيّة و لاتثبت حكماً وضعيّاً او تكليفيّا؟

بالجملة، اِنّ قاعدة «لاضرر» سواءٌ قلنا بانّها رفع الحكم بلسانِ رفع الموضوع او قلنا بانّها ناظرةٌ الیٰ اطلاقِ الاحكام و عمومها المجعولةِ من الشّارع، فمفادُه، **انّ** كلِّ

حكمٍ من الوجوب و الحرمة، يلزم منه الضَّرر و معلوم انّ المجعولات الشّرعيّة، كلَّها من قبيل الاثبات و كلُّ حكم من الوجوب و التّحريمِ و الوضعيّ، يأتى منه الضّرر و يتولّد منه الضّرر **فهو مدفوعٌ و امّا اثباتً «لاضرر»**، الحكم الوجوديّ و الثّبوتى الّذى لم‌يكن مجعولاً من الشّارع فهو خارجٌ عن دائرة **«قاعدة لاضرر»**.

و بالجملة، انّ **«قاعدة لاضرر»**، فى كلِّ موردٍ، شأنها نفى الاحكام الثّبوتيّة و لايُثبِت احكاماً وجوديّة، وضعيّاً ام تكليفيّاً؟ و شأنها، تقييد «لاضرر»، اطلاقُ الاحكام بصورةِ عدم الضّرر يعنى كلُّ حكمٍ فى الشّريعة، كانت مطلقةً او عامّاً، لاتشمل صورةَ تولّد الضّرر منه **و بعبارة اُخرىٰ، «قاعدة لاضرر»** كانت حاكمةً علىٰ ادلّة الواجبات و المحرّمات و يلزم تقييد اطلاق هذه الادلّة بغير صورةِ نشو الضّرر و تولّده و هذا كلامٌ قيل فى هٰذا المورد و اشباه المورد **و ذكرناه ايضاً** فى مواردَ متعدّدةٍ من هذا القبيل و كانت هٰذه الشّبهة، شايعةً كثيراً ما فى اَلْسِنَةِ المتأخّرين.

ولكن التّتبّعُ فى موارد روايات **«لاضرّر»**، يُكَذِّبُ هذا الاِدّعاء و يَرُدُّهُ و لم يتوجّه القائلون بهذه الشّبهة بموارد و ورود **«لاضرر»** يَبْلُغ الىٰ مأةِ رواياتٍ من جملتها الّتى كانت مشهورةً: رواية **«سمرة بن جندب» الّتى** وردت فى آخرها: انّ النّبى ﷺ قال للانصاريّ: **«اِذْهَبْ فَاقْلَعْهَا وَ اَرْمِ وَجْهَهُ فانّه لاضَرَرَ و لا ضِرارَ علىٰ مُؤمنٍ»**.

انت كما ترىٰ: انّ علّةَ قولِ النّبى ﷺ **«اِذْهَبْ الخ»**، علّته قوله عليه السلام: **فانّه لاضَرَرَ و لاضرارَ** و كانت علّةُ جواز القلع، **«لاضَرَرَ و لا ضِرارَ فى مُؤْمِنٍ»**.

و منها: ما ورد فى باب الشّفعة، حديثاً مستفيضاً مشهوراً و عملوا به و وَرَدَ بطُرُقٍ متعدّدةٍ: **«قضىٰ رسولُ الله بالشّفعة بين الشّركاء فى الارضين و المساكين»** و قال ﷺ: **«لاضَرَرَ و لا ضِرارَ علىٰ مؤمنٍ»**: «لايُعطىٰ عينُ الثّمن الىٰ المشترى فهو احقُّ بها و تُمْلَكُ الارضُ الّتى اِشتراها و حقُّ الشّفعة اعلىٰ من حقّ الخيار» و دليله قولُه ﷺ: **«لاضَرَرَ و لا ضِرارَ»** و غيرهما من الموارد و من جملتها انَّ الفقهاء، تمسّكوا فى باب خيار الغبن بحيث «لاضرر» و غيرها من الرّوايات الّتى وردت **«قاعدةُ لاضرر»** فيها فى موردٍ خاصٍّ اثبتت حكماً وجوديّاً فاذا كان البناء علىٰ كون **«لاضرر»**، نافيةً

لامُثبِتةً، **يشكل الامرُ فی** مواردَ كثيرةٍ كقاعدة **«عدم العسر» حيث قال الله تعالیٰ** فی كتابه العظيم: **﴿يُرِيدُ اللهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾**[1]

و من الواضح انّ قوله: **﴿يُرِيدُ اللهُ بِكُمْ الْيُسْرَ﴾** انّما هو اثباتٌ و قوله: **﴿ما يُرِيدُ اللهُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾** كان نفياً.

بالجملة، تتبّعُ **موارد «لاضرر»** و الاخبار الواردة فيها **«لاضرر» و «قاعدةِ لاحرج» و «قاعدةِ رفع العسر»** يُعطينا انّ **«لاضرر»**، ليس فی موارده فرقٌ بينَ مواردِ الثّبوت و بين موارد النّفی **و يمكن** لقاعدة **«لاضرر»**، اثبات الحكم الثّبوتیّ ايضاً.

و بهذا يدفع الاشكال المذكور و لو كان اشكالاً مشهوراً و شايعاً.

و من جملة الاشكالات الّتی وردت علیٰ **«قاعدة لاضرر»** انّ النّسبةَ بين موارد بدلِ الحيلولة و الضَّرَرِ، **اعمٌّ من وجهٍ لانّه** يمكن ان لايتضرّر المالكُ من انقطاع سلطنته علیٰ ملكه **و ربّما يمكن** ان يتضرّر **ولكن** كان الضّرر ساعةً او ساعتين و نحوهما.

نقول: انّ هذا الاشكال ايضاً غير واردٍ **لانّ** المراد من الضّرر الّذی يكون فی قاعدة **«لاضرر»** ليس ضرراً شخصيّاً بحيثُ لايؤثّر الضّرر **حيث كان** متموّلاً **و مع ذلك خيار الغبن بل** المقصودُ من الضّرر، الضّرر الماليّ فی نفسه و كون شخصٍ كان متموّلاً او فقيراً و غيرهما من الموارد الخاصّة، لم تكن منظورةً فی جريان **«لاضرر» بل** كان المراد من الضّرر، ما كان بطيعه ضررٌ و لو كان الضّررُ فی مورد شخصٍ كان متموّلاً، ليس بضرر مهمّ و كان له اَنْ يتحمّل فی هذا الضّرر **فالمدار فی قاعدة «لاضرر»، الضّررُ الماليُّ فی نفسهٍ لا الضّرر الحاليّ** و هذا، ما صرّحوا به فی باب **«قاعدة لاضرر» حيث قالوا: «ماكان ضرراً فی الغالب للغالب»** و هٰذه عبارة الشّيخ(ره) فی الشّبهة غير المحصورة **حيث** تَمَسَّكَ فی هذا الباب **بقاعدة «لاضرر»** و قال: المراد من الضّرر، **«ماكان ضرراً فی الغالب للغالب» و «ماكان حَرَجاً فی الغالبِ لِلغالبِ».**

۱- سورة البقرة، آية ۱۸۵.

بناءً عليه لا اشكالَ فى انّ قطعَ سلطنةِ المالک من ماله، بملاحظةِ نفسه و لو خُلِّيَ و طَبْعَهُ، ضررٌ فلايجوز القول: انّ بين موارد «بدل الحيلولة» و «قاعدة لاضرر»، كان عموماً من وجهٍ.

و من جملة الاشكالات علىٰ التّمسّک بقاعدة «لاضرّر» علىٰ ضمان بدل الحيلولة **انّه ان** كان المالک ممنوعاً من التّصرف فى امواله بحبسٍ او غيره، يَلْزَمُ الحكمُ بمقتضىٰ «**قاعدة لاضرر**»، ردّ بدل تمام امواله اليه فى السّجن و التّسليم اليه **و هذا ايضاً لايصحّ و اِن** كان قائِلُهُ، المحقّقُ الاصفهانى(ره) **و ذلک بانّ** فى موردٍ كان اموالُه ممنوعاً من التّصرف فيه بالحبس و غيره، لايقول العرفُ بِاَنَّ اموالَه كانت تالفةً «**بل**» يقولون: انّه كان محبوساً **و بالجمله**، حبسه و كونه ممنوعاً من التّصرف فى امواله لاجل الحبس، ليس ضرراً ماليّاً عرفاً.

و من جملة الاشكالات علىٰ «قاعدة لاضرر»، هو الّذى قال السّيّد(ره) بانّ «**لاضرر**»، لايُعيِّنُ البدلَ **غاية الامر ان** كان هذا حكماً ضرريّاً، يلزم دفعه بلاضرر.

و يُتصوّر دفعُ هذا الضرّر علىٰ نحوين:

نحوٌ بطريق البيع و الشّراء و انّ المالک بَاعَ العينَ الغائبة فى مقابل شىءٍ للغاصب و نحو اعطاء البدل و ردّ البدل، فحينئذٍ، البدل لايَتَعَيَّنُ **بل** تتعيّن المعاملة مثل الاجبار علىٰ اكل طعام الآخر فى حال المخمصة فاذا قلنا بتجويز الشّارع الاكل له، ان يأكل مجانّاً او يجب لَه ان يَشْترى و اَكَلَ فَاَكْلُهُ مجاناً خلافُ القاعدة **و فى ما نحن فيه ايضاً** اخذُ البدل و الْمُبْدَلِ و كونه مالكاً لهما، خلاف القاعدة فاذا كان المالک محروماً عن التّصرف فى ملكه و لم‌ينتظر الىٰ وصوله يأخذ القيمة بالبيع و الشّراء و هذا اشكال، اوردَه السّيّد(ره) علىٰ التّمسّک بقاعدة «لاضرر» فى بدل الحيلولة.

اَوْرَدَ المحقّقُ الاصفهانى عليه بانّ «**لاضرر**» **و «النّاس مُسَلطّونَ»** معناهما، تسلّط المالک علىٰ ماله و مِلْكِه و لايدلّ علىٰ جواز اجبار الغير علىٰ المعاملة و البيع و الشّراء.

نحن نقول: انّ ايراد المحقّق الخراسانى علىٰ السّيّد غير واردٍ **لما قلنا:** من انّ

«**لاضرر**» يفيد ايضاً اثباتَ الحكم الوجوديّ و الثّبوتيّ **فقاعدة «لاضرر»، يفيد** ردَّ البدلِ اذا وقعت الحيلولةُ بَيْنَهُ و بين ماله الّتی حدثت من ناحية الغاصب.

و هذا لا اشكالَ فيه **و انمّا الكلام انّ ردّ** البدل فيما اذا كان الغاصبُ مالكاً للمُبْدَلِ او كان الْمُبْدَلُ ايضاً ملكَ المالک و بَقِیَ المبدلُ و البدلُ علیٰ ملكه و كلام السّيّد(ره): انّ الغاصبَ اذا رَدَّ البدلَ الیٰ المالک فهو بحيث لم‌يكن الغاصب مالكاً للبدل و لا الْمبْدَلِ. **فالمقصودُ من التسلّط** علیٰ معاملة الغير، العقد و اجراء الايجاب و القبول **بل المقصودُ انّ** البدل حيث كان ردّه واجباً علیٰ الغاصب **هل** يجب بحيث يصير المبدلُ ملكَ الضّامنِ او يصيرُ واجباً بحيثُ كان البدلُ و الْمُبْدَلُ مالَ الضّامن؟

فالظّاهر انّ ايراد المحقّق الاصفهانی(ره) علیٰ السّيّد(ره) غير واردٍ.

و امّا حقّ المسأله فهو انّ «لاضرر» ان كان فيها ايرادٌ و لاتنطبق فيما نحن فيه **فهو لاجل انّ** قواعد الباب، لايُولِّدَ الضّرر حتّیٰ يتمسّک بقاعدة «لاضرر» **لانّ القواعد** فی اموال المضمونة، اَنَّ المال اذا كان مغصوباً فالضّررُ الماليُّ الّذی يتوجّه علیٰ المالک من جهة الغصب، يلزم للضّامن.

فبناءً عليه ان كانت المحروميّةُ من المال، فهی قيّمةُ ماليّةٌ مثل المنافع المتّصلة و المنفصلة، فيلزم جبرانها بادلّةِ الضّمانات.

و بالجملة، قاعدة «علیٰ اليد» و «من اتلف...» يدلّان علیٰ اَنَّ كلَّ ضررٍ ماليٍّ يتوجّه لمالک العين، يلزم جبرانه للضّامن. **فعليه،** المحروميّة من التّصرف فی المال **ان كان يُحْسَبُ** ضرراً ماليّاً فيلزم للضّامن جبرانه فلاضرر غيره حتّیٰ يحتاج الیٰ الجبران **و ان لم يكن ضرراً ماليّاً بل ضرراً** عِرضيّاً **فهذا** ليس منظور **«لاضرر» فالمدار فی قاعدة «لاضرر» و «علی اليد...»** و قاعدة **«الاتلاف»**، الضرّر الماليّ و القيمة الماليّة. **فان كان الضرّر،** محروميّةَ المالک عن ماله فله اعتبارٌ ماليٌّ و كانت له اجرةٌ عادةً فيلزم جبرانه قطعاً و لايحتاج الیٰ البدل و ان لم‌يكن موجباً للضّرر الماليّ، فكان‌الضّرر، ضرراً عِرضيّاً فلم‌تدخل هذه الملاحظة فی قاعدة **«لاضرر»** و لا فی **«قاعدة علیٰ اليد...»** و «قاعدة الاتلاف»، فَتَحَصَّلَ انَّ ادلّة الضّمان مطلقاً، فی مورد الضّرر الماليّ.

وجوهُ اِثباتِ بدل الحيلولة

ذُكِرت لاثبات بدل الحيلولة عند تعذّر الوصول الىٰ العين، وجوهٌ:

منها: قاعدة السّلطنة **و منها: قاعدة لاضرر و منها:** قاعدة **«علىٰ اليد...»** و منها قاعدة: **«الاتلاف» قلنا سابقاً:** انّ فى دلالة اغلب هٰذه الادلّة، اشكالٌ مثلاً **«قاعدة علىٰ اليد»** راجعةٌ الىٰ تلفِ العين او المنفعة و تلف وصف الصحّة و تلف المال و ما هو مقصودٌ من المال؛ **و امّا فى موردٍ لم‌يتلف** من العين شيءٌ مع الحكم باخذ المنافع المستوفاة و غيرها من الضّامن، فليس هنا شيءٌ حتّىٰ تدّل قاعدة **«علىٰ اليد»** علىٰ الضّمان فيه **وكذلك: «قاعدة الاتلاف» حيث** انّ المال اِمّا عينٌ او صفةٌ او منفعةٌ متّصلةٌ او منفصلةٌ و كلُّ ذٰلِكَ لو تلفت، **فهى لها** ضمانٌ و اَمّا لو فُرِضَ انّ كلَّ واحدٍ منها، لم‌يتلف **و لكن** تلف من تلك الخصوصيّات فلها حسابٌ خاصٌّ و ضمانٌ خاصٌّ فاثباتُ ضمان غير هذا، بمقتضىٰ قاعدة: **«مَنْ اَتْلَفَ مالَ الْغَيْر فَهُوَلَهُ ضامِنٌ» فهو محلّ اشكال لانّه لم** يتلفْ هنا شيءٌ حتّىٰ نقول باعطاء البدل.

فبناءً عليه، لاتدلّ: **«قاعدة علىٰ اليد...» و «من اتلف...»** علىٰ المطلوب و قلنا سابقاً: انّ قاعدة **«السّلطنة»** كذلك **لانّ «قاعدة السّلطنة»** ليس معناها الاّ فى حدودِ معنىٰ المالكيّة و الماليّة و لم‌يثبت منها شيءٌ غير اثبات سلطنة المالك علىٰ ملكه **و هذا معنىٰ قولهم(ره):** انّ «قاعدة السّلطنة»، ليست مُشرِّعةً يعنى اذا شككنا فى مشروعيّة شيءٍ فقاعدة السّلطنةِ لايُثبِتُها **فحينئذٍ** اذا شككنا فى جواز اخذ البدل فلا يُثْبِتُ قاعدةُ السّلطنة، ذلك.

و امّا «قاعدة لاضرر» فقد قلنا: انّها اوجَهُ من ساير الادّلة؛

و الاشكالات الّتى اوردوا عليها، فاكثرها ظاهرٌ اَنّها لاترد **و من ذلك** ما قيل: من انّ النّسبة بين بدل الحيلولة و **«قاعدة لاضرر»**، اعمُّ من وجهٍ كما ذكرناه سابقاً **و من ذلك،** ما قيل كما عن المحقّق الاصفهانى(ره) انّها، تعارِضُ بمثلها و هو انّ حقَّ المالكِ فى التّصرف و منعه من التّصرف فيه، ضررٌ عليه.

و من ذلك ما قيل: بانّ **«قاعدة لاضرر»** هنا معارِضٌ مع الضّرر المتوجّه علىٰ

الضّامن **لانّ** الضّامن اذا يَرِدُّ البدلَ الیٰ المالک فهو ضررٌ علیٰ المالک و ان ردّه فهو ضررٌ علیٰ الضّامن فيتعارضان؛

قلنا سابقاً: انّ باب تعارض الضّررين، لايَرْتَبطُ بما نحن فيه و محلُّ البحث، ليس التّعارض من باب انّه اَقْدَمَ علیٰ الضّمان حتّیٰ يقال: انّه اَقْدَمَ علیٰ ضمان العين لا علیٰ ضمان البدل و ليس الكلامُ هنا، الاقدامَ **بل الكلام فی** انّ المتعدّی اذا تَصرَّفَ فی مال الغير عدواناً و اتلفه ماذا حكمه؟

و ليس فی هذا، الضّامن لانّ الامرَ دائرٌ بين ضرر الضّامن و ضرر المالک **حيث** انّ الضّامنَ مُقَصِّرٌ **حيث** تَصَرَّفَ فی مال الغير و اَتْلَفَهُ كما انّ تعارض الضّررين ليس فی باب ضمان العين و ضمان المنافع المستوفاة و لايرد هذا القول بانّ قيمة المنافع غير المستوفاة اذا ردّها الضّامن فهو ضررٌ علیٰ الضّامن و ان لم يردّه فهو ضررٌ علیٰ المالک و ليس هذا من باب انّ الضّامن اَقْدَمَ على الضّامن **بل** طبع القضيّة، يقتضی الضّمان **حيث** انّه تَصَرَّفَ فی مال الغير وَ اَتْلَفَهُ و لم‌يرد هنا تعارض الضّررين.

بناءً عليه، ان كان هنا بدل الحيلولة و كان هذا من مقتضيات التّصرف فی العين فهو لايحسب من باب تعارض الضّررين و لايدخل فی بابه.

امّا القول بانّ «قاعدة لاضرر» تُنفی الاحكامَ الوجودية ليست هی مربوطةً بالاحكام العدميّة فقد قلنا فی جوابه: انّ هذا، خلاف مورد استدلال الاخبار بقاعدة «لاضرر» **فبناءً** علیٰ الاخبار الواردة فيها **«لاضرر»**، لافَرْقَ فيهٰا بين رفع الاحكامِ الوجوديّةِ و اثباتها فما يتوقّف عليه رفع الضّرر فهو مجعولٌ و مشروعٌ.

فبناءٍ عليه ان كان فی باب بدل الحيلوله، دليلٌ فهو لايبعد ان تكون قاعدة **«لاضرر» ولكن** شبهةُ **«لاضرر» انّ** الفقهاء فی باب المعاملات فيما اذا تمسّكوا بقاعدة **«لاضرر»** صرّحوا غالباً بهذه النّكتة و هی انّ المدار فی قاعدة **«لاضرر»**، الضّرر المالیّ لا الضّرر الحالیّ و الفرض انّ الضّرر المالیّ للمالک، كان اُجْبِرَ هنا **لانّه** لم‌يتلف مالُهُ واقعاً و لو فُرِضَ تلفُ المنافع فلهٰا ضمانٌ وَ اِنْ وَرَدَ فيه عيبٌ و نقصانٌ، اُجْبِرَ و يجب جُبْرانُه **غاية الامر: انّ** المالک كان ممنوعاً من التّصرف فی عينه، فهو

لايُحْسَبُ ضرراً ماليّاً بعد الجبران بالكراء و الاجرة و الارش حتّىٰ تشمله **«لاضرر»** كما انّ **«قاعدة الاتلاف» و «قاعدة علىٰ اليد»**، لاتشملان بدل الحيلولة لما قلنا من انّه ليس ضرراً ماليّاً و اذا كان فيه نقصٌ ماليٌ و ضررٌ ماليٌّ فهو اُجْبِرَ باخذ الاجرة و جُبرانه لايحتاجُ الىٰ اثباتِ بَدلِ الحيلولةِ.

بناءً عليه، لبدل الحيلوله، موردٌ فى غير صورةٍ كانت العينُ مع بقائها فى حكمِ التّلف عرفاً كما فى موارد السّرقة و الضّياع والاباق والغرق و غيرها من الفروض الّتى وردت فى موردها، الاخبارُ.

و امّا القولُ ببدل الحيلولة فىالموارد الّتى كانت العينُ باقيّةً و لكن كان الوصول اليها متعذّراً و يمكن تيسّرُهُ فيما بعدُ خصوصاً فيما اذا كانت المدّة قصيرةً كما مالَ اليه الشّيخ(ره)، الضّمانَ فى المدّة القصيرة ايضاً **فهو فى غاية الاشكال.**

نعم: يمكن ان يقال اذا كانت مدّةُ الحيلولةِ بينه و بين مالكه، طويلةً بحيث يتضرّر المالكُ من انتظارها، يثبت بَدَلُ الحيلولةِ عرفاً و لايبعد كون المال فى هذه الصّورة، بمنزلةِ التّلفِ و فى حكم التّالف **حيث** إنّا اذا راجعنا الىٰ وجداننا و الىٰ العرف بين ايدينا فالقول بانتظار المالك الىٰ ان يصل الىٰ ماله، ضررٌ عليه عرفاً فَـيَثْبُتُ بـدلُ الحيلولةِ **حينئذ عرفاً لانّ** العرفَ فى باب المعاملات، باقٍ علىٰ قوّته مادام لم‌يـردع المالكُ كما هو شأن ساير العقود ان قلنا انّ بناءَ المعاملات والعقود علىٰ العرف كما اِسْتَدَلَّ المحقّقُ الحائرى(ره) بمشروعيّة خيار الغبن بانّه امرٌ عرفيٌّ و من الاحكام العرفيّة فيعتبر.

و بناءً علىٰ انّه ضررٌ عرفاً والعرف يُنادى ببدلِ الحيلولةٍ فى صورة كـون مـدّة الانتظار الىٰ الوصول طويلاً، يدخل فى ادلّة الضّمانات ايضاً **لانّ** ادلّة الضّـمانات، محمولةٌ علىٰ فهم العرفِ و حُكْمِهِ فَيَدْخُلُ فى مدلول **«علىٰ اليد» حيث** انّ **«عـلىٰ اليد»** يثبت الضّمان فى حدود العرف و يدخل تحت قوله ﷺ: **«النّاسُ مسلّطون علىٰ اموالهم» لانّ** السّلطنة، كانت مقرّرةً فى حدود العرفيّات و تدخل تـحت قـوله عليه السلام **«لاضرر ولاضرار» لانّ** كون شيءٍ ضرراً عرفيّاً، تدخل تحت «لاضرر».

بالجملة، هذا المبنیٰ مسلّمٌ انّ ما کان معمولاً عند العرف العامّ و حَکَمَ به، یَدْخُلُ تحت الاطلاقات والعمومات.

ولذا یمکن ان یقال: انّ نَظَرَ من تَمَسَّکَ بقاعدة **«لا ضرر»** و قاعدة **«علیٰ الید»** و قاعدة **«السّلطنة»** کما عن الشّیخ(ره)، کان فی بادی النّظر، هذا الفرض ثمّ توسّعُ نظرٍ بمقتضیٰ توسّع الاعتبار فی سایر الفروض ایضاً **مع انّ** الادلّة لاتوافق اثباتَ بَـدَلِ الحیلولة الاّ فیما اذا کانت المدّةُ طویلةً بحیث یتضرّر المالکُ بالانتظار الیٰ ان یصل الیٰ ماله و یدخل هٰذا الفرضُ تحت الاطلاقات.

بناءً علیه، بدل الحیلولة فی فرض کون المدّة طویلةً، یدلّ علیه دلیلُ **غایة الامر**، سنقول فیما بعدُ فی طرح الاشکال انّ القول بانّ المالک، یَملِکُ البـدلَ وَالْـمُبْدَلَ والعوضَ والمعوّضَ، لایخلو عن منعٍ بناءً اذا اخـذ المـالکُ، البـدلَ مـن الضّـامن مایخرج الْمُبْدَلُ عن مِلْکِهِ و لو کان ملکاً موقّتاً **حیث** انّ اخذ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ ایضاً، اجحافٌ و تعدٍّ علیٰ الضّامن و لاینقضي تعجّبی من جواز الجمع بین البدلِ والمُبدلِ فاداءُ البدل کان من باب الاداء بغیر جنسه و کان هذا مثل ما لو تلف احد، العـینَ المثلیّ وَاسْتَقَرَّ المثلُ فی ذمّته ثمّ تَعَذّرَ المثلُ فله انیأخذ قیمةَ المثلِ المتعذّر فقالوا انّ اخذ المثل مع بقاء المثل فی ذِمّته کان من باب الوفاء بغیر جنسه و فیما نحن فیه ایضاً الوفاءُ من باب الوفاء بغیر جنسه **فقول السّیّد(ره)** فی اشکال **«لاضرر»**.

وَ اَشْکَلَ السّیّد(ره) بانّ التّمسّک **«بلاضرر»** جیّدٌ اِلاّ انّه لاتُعیّنُ **«لاضرر»** البـدلَ الغرامی الّذی هو قول المشهور من انّ البـدل والمـبدل، مـال المـالک بـل تـعَیَّنَ «لاضرر»، البدلَ المعاملیّ **لانّه** مقتضیٰ القاعدة **لانّ** البـدل المـعاملیّ، کـان بـیعاً و معاملةً و صلحاً و وفاءً یعنی البدل الّذی قالوا بالجمع بینه و بین المـبدل، لاتُـعیّنَ **«لاضرر»** هذا النّوعَ من البدل **بل** تُعَیّنُ **«لاضرر»**، بدلاً کان نوعاً من المعاملة والوفاء کما فی الوفاء بغیر جنسه و اُجْبِرَ بالقیمة و هو نوعٌ من المعاملة و هذا ایضاً یُجْبَرُ.

فیعلم ممّا ذکرنا انّ استدلال السّیّد **«بلاضرر»** فی اثبات بدلِ الحـیلولةِ یَـصحُّ و اشکال المحقّق الاصفهانی علیه، غیر واردٍ.

فرعٌ: هل للضّامن، الزامُ المالکِ بقبولِ بدلِ الحیلولة ام لا؟

قال الشّیخ(ره): لیس للضّامنِ حقُّ الزامِ المالک بقبول بدل الحیلولة **و لکن** للمالک ان یُطالِبَ بدلَ الحیلولةِ من الضّامن **و هذا بعینه** مثلُ ضمان المثلیّ اذا تَعَذّرَ المثلُ فلِلْمالک مطالبةُ قیمةِ المثلِ المُتعذّر و لیس للضّامن، الزامُ المالک بقبول قیمة المثلِ الْمُتعذّر **لانّ** حقّ المالکِ تَعَلّقَ علیٰ المثل والانتقال الیٰ القیمة من باب مطالبةِ المالک، المثلَ **فحیث** اذا لم یطالبه المالکُ لاعیناً و لا قیمةً فلیس دلیلٌ لجواز الزام الضّامن، المالکَ لقبول قیمةِ المثل.

بالجملة، فی باب الدُّیون کما انّه یجب علیٰ المدیون، ردُّ الّدین فی موعده کذلک یجبُ علیٰ الدّائن، قبولُ دینه فی موعده و اذا لم یقبله فی موعده، یَجِبُ علیٰ المدیونِ، ردّهُ الیٰ الحاکم او عدول المؤمنین اذا لم یکن الحاکم موجوداً و اذا لم یکن عدولُ المؤمنین ایضاً موجوداً فَألْقیٰ مٰالَهُ بین یدیه فاذا تلفت، صار غیر مضمونٍ علیه **و هذا حکم** المداینات و لیس هذا الحکم فی باب المداینات، فیما نحن فیه **فلِلْمالک اَنْ** یُطالِبَ بالبدل و له ان لایُطالِبَ **و لکن** لیس للضّامن، حقُّ الزام المالکِ بالبدل.

الشّیخ(ره) ذکر فی آخر البحث بانّ النّاس، مسلّطون علیٰ اَمْوالهم و کان الزام الضّامن بردّ البدل، علیٰ خلاف سلطنة المالک.

لایخفیٰ انّ ذکر **«النّاس مُسَلّطُون الخ»** هنا، لایخلو عن مناقشةٍ و اشکالٍ **لانّ** هذا الرّدّ، مخالفٌ مع ایّ سلطنةٍ للمالک؟

المشهور قالوا: انّ الْمُبْدَلَ باقٍ فی ملک المالک و یضمن الضّامنُ البدلَ ایضاً فالزامُ الضّامنِ، المالکَ بقبول البدل مع بقاء الْمُبْدَلِ ایضاً فی ملکه هل هو مخالفٌ لسلطنة المالک علیٰ المبدلِ؟

الجوابُ هنا النّفْیُ حیث انّ المالک، یَمْلِکُ الْمُبْدَلَ والعینَ فالزام الضّامن المالکَ بقبول البدْلِ لایُخالف سلطنةَ المالک علیٰ المبدلِ و العینِ.

نعم: ان کان الزامُ الضّامنْ المالکَ بقبوله بمعنیٰ خروج الْمُبْدَلِ عن ملکه، **یمکن**

القول حينئذٍ علىٰ انّه مخالفٌ سلطنة المالک علىٰ العين و اَمّا حيث كانت العين باقيّةً فی ملک المالک فكان اداء البدل، اضافةً و غرامةً.

فَتَحَصَّل ممّا ذكرناه انّ للشّيخ(ره) هنا، مدّعاةً و دليلً:

المدّعیٰ: انّ المديونَ، ليس له حقُ الزامِ المالک بقبول البدل **لانّ** ذمّة المديون، مَشْغُولَةٌ بالْمُبْدَلِ ولم يكن ذمّته مشغولةً بالبدل و ليس شيئان فی ذمّته: **البدل والمبدل** و انّما يصير البدل مشغولةً فی ذمّته بالمطالبة و مادامَ لم‌يُطالِبِ الْمُبْدَلَ، ذِمَّتُهُ تنحصر بالمبدلِ لا البدل **فليس** للضّامنِ، الزامُ المالکِ، بمجرّد انّه يمكن ان تكون ذمّته مشغولةً به و له شأنيّةُ ان يكون فی ذمّته **و امّا دليله علىٰ ذلک** فقاعدة السّلطنة يعنی: انّ للمالک، السّلطنة علىٰ ماله فله ان لايقبل البدَلَ.

يمكن ان يرد اشكالٌ علىٰ الدّليل والمُدّعیٰ و امّا علىٰ الدّليل فهو ان لم يوجّه بوجهٍ، يُشكِلُ **و ذلک لانّ** ردّ البدل الیٰ المالک بناءً علىٰ المشهور و علىٰ رایّ الشّيخ، يجب ان كان موجباً لخروجِ المُبدلِ عن ملک المالک.

فللتّمسّک بقاعدة السّلطنة حينئذٍ مجالٌ لانّ الضّامن الّذی رَدّ البدل، اراد تملّكه اَلْمُبْدَلَ والمالک ايضاً ادّعیٰ انّ المبدل، مالی و اَنَا مسلّطٌ للمبدلِ فسلطنتی، توجب اَنْ لا اَقْبَلَ البدلَ منه و ان لا اُخْرِجَ ملكی عن سلطنتی **و لكنّ الشّيخ** والمشهورَ ذهبوا الیٰ انّ اخذ البدل و عدم اخذه، لايؤثّر فی بقاء اَلْمُبْدَلِ فی ملک المالک فاخذُ البدل، لايستلزم التّصرّفَ فی المبدلِ حتّیٰ توجب السّلطنةُ علیٰ المبدل اَنْ لايلزم باخذ بدلِ ماله.

و من جهةٍ اُخریٰ، اجراءُ قاعدةِ السّلطنة فی نفس البدل، لايصحّ **لانّه** قبل اخذ البدل و قبوله، لم‌يكن هو مالُه حتّیٰ يقال بجريان: **فاعدة السّلطنة فيه** يعنی ليس البدلُ ما لَه بعدُ **حتّیٰ** يجری فيه: «**النّاسُ مُسَلّطُونَ...**» و نحن نسئل عن الشّيخ(ره) انّه هل تجری قاعدة السّلطنة. اِمّا فی المبدل او البدل؟

و مِن الواضح انّ جريانها فی كليهما، لايصحّ و امّا فی المبدلِ فلانّ البدلَ، باقٍ

علىٰ حاله سواءٌ قبل البدل من الضّامن ام لا؟ فلم يتحقّق فى الواقع عَمَلٌ علىٰ خلافِ سلطنة المالک عليه فهو لم‌يضرّ بعد كونه مالا له حتّى يجرى فيه قوله‌ﷺ: **«النّاس مُسلّطون علىٰ اموالهم»**.

و بهذا ظهر انّ صورة هذا الدّليل، لايخلو عن اشكالٍ اللّهمّ الّا ان يوجّه هذا الدّليلُ بانّ المالک، قَطَعَ سلطَنَتهُ فى ملكه عند التّعذّر فله ان يُطالب سلطنةً بدلَ سلطنةٍ علىٰ ماله بمقتضىٰ **«النّاس مسلّطون علىٰ اموالهم...»**.

بعبارةٍ اُخرىٰ: قاعدةُ السّلطنةِ علىٰ الْمُبْدَلِ، يوجب البدلَ و مطالبتَهُ **فالمالکُ اِن** اَعْمَلَ قاعدةَ سلطنته علىٰ ماله، فيتولّد منه البدلُ فان لم يعملها، لم‌يتولّد منه البدلُ فالزام الضّامن بِاِعمالِ قاعدةِ السّلطنة و تولّد البدل منها، فهو خلافُ قاعدُة السّلطنة علىٰ الْمُبْدَلِ.

و يُرشدُ الىٰ هذا، استدلالُ الشّيخ(ره) علىٰ اثبات بدل الحيلولة بقاعدة السّلطنة **بتقريب** انّ المالکَ مُسَلّطٌ علىٰ ماله اَنْ يُطالِبَ ماله **فحيث** لم تمكن عينُ ماله فيطالِبُ ماليّته وَاَخْذَ البدل.

بناءً عليه، حدوثُ البدل و اشتغالُ البدل و لزومه، يحتاج اِلىٰ اِعمال قاعدةِ السّلطنة فى الْمُبْدَلِ بِاَنْ يُطالِبَهُ ماليّة المبدل و الزام الضّامن، الملک بمطالبة الضّامن الماليّة علىٰ خلاف قاعدة السّلطنة علىٰ المبدل.

و هذا، غايةُ توجيهٍ يمكن ذِكْرُهُ هنا ولايبعد ان يكون مراد الشّيخ من كون الزام الضّامن االمالکَ بقبول البدل، خلافُ قاعدةِ السّلطنة و هذا الّذى قلناه، انّما هو بقرينة كلامه(ره) فى استدلاله لقاعدة السّلطنة و الاّ ظاهِرُ صورة اِستدلاله، لايساعد مع ما وجّهناه.

امّا الكلامُ بالنّسبة الىٰ اصلِ المدّعىٰ و اصلِ البدل فنقولُ:

انّ الشّيخ(ره) اِسْتَدَلَّ لاثبات بدل الحيلولة، بقاعدةِ السّلطنة.

و اَمّا هنا ذَكَرَ(ره) اَدِلّةً اُخرىٰ:

منها: قاعدةُ «علىٰ اليد ما اخذت حتّىٰ تؤدّيه» و كذا قوله‌ﷺ: **«مَنْ اَتْلَفَ مالَ**

الغير فهو له ضامنٌ» و قوله ﷺ **«لاضرر ولاضرار»**.

والشّيخُ(ره) لم‌يذكرها فی صدور البحث فی مقام الاستدلال لبدل الحيلولة وَ اِقْتَصَرَ علىٰ قوله ﷺ: **«النّاسُ مسلّطون علىٰ اموالهم»** فی توجيه الجمع بين العوض والمعوّضِ كما سيجئی بيانه فيما بعدُ و ذَكَرَ(ره) بياناً يعلم منه انّه(ره) يَتَمسّک ايضاً لاثبات بدل الحيلولة بقاعدة **«علىٰ اليد...»** و قاعدة: **«الاتلاف»** و ساير ادلّة الضّمانات.

بناءً علىٰ التّمسّک لاثبات بدل الحيلولة بقاعدة **«علىٰ اليد»**، يتغيّر الوضع الّذی قال به الشّيخ **حيث** انّ البدلَ لايتولّد بالمطالبة و لايحدث بها بالنّظر الىٰ قاعدة **«علىٰ اليد»** حتّی يقال بانّ البدلَ، يحتاج الىٰ مطالبة المالک فله ان يطالب ماله فليس لنا الزامُ المالک لمطالبة ماله والانتقال بماليّته.

امّا قاعدةُ «علىٰ اليد» مثل التّلف الحقيقیّ والتّلف الحكميّ و فی تعذّر الوصول، فلحنها لحنٌ واحدٌ و فی كلّ هذه الثّلاثة، اشتغال الذّمّة. فقاعدة **«علىٰ اليد»**، ان كان مدلولها فی التّلف اشتغالٌ فكذلک فيما نحن فيه يعنی بدون طالبة المالک يضمن الضّامنُ فكما انّ فی التّلف الحقيقیّ، لايحتاج الىٰ مطالبة المالک، كذلک فيما نحن فيه **حيث** انّ الضّمان، حكمٌ شرعیٌّ مجعولٌ يعنی **«علىٰ اليد ما اخذت... الخ»** البدلُ الحقيقیّ والبدلُ الحيلوليّ فالبدل الحيلوليّ، تمليکٌ فاذا كان تمليكاً ولم‌يحتجْ الىٰ المطالبة فللمديون اَنْ يُلزمه عليه و كذلک قاعدة: **«من اتلف...» فاذا قلنا بجريان** قاعدة الاتلاف فی هذا المورد كما تمسّكوا بها فالضّامن يَضْمَنُ بدلَ الحيلولة من دون حاجةٍ الی مطالبة المالک فاذا كان فی عهدة الضّامن و كانت ذمّته مشغولةً له، فله ان يلزمه.

و امّا مسألةُ «قاعدة لاضرر» فالتّقاريب مختلفةٌ و بعضٌ قَرّبَها هكذا:

بانّ صَبْرَ المالک اِلیٰ ان يتيسّر الوصُولُ الىٰ الْمُبْدَلِ، هو ضررٌ عليه **و تقريبٌ آخر بانّ** ذمّة الضّامن ان لم‌تكن مشغولةً علىٰ القيمة فهی ضررٌ عليه **والقائلون** بالتّقريب الثّانی قالوا بانّ قاعدة لاضرر، تقتضی انّ العينَ، مادامت ممكنةً، كان البدل فی ذمّة

الضّامن **لانّه** ان لم‌يكن البدلُ فى ذمّته، فهو ضررٌ علىٰ المالكِ.

فانت كما ترىٰ: انّ مدار المسألة انّه هل للضّامنِ‌ان يُلزِم المالكَ او ليس له ذلک علىٰ تشخيص نحو الحقّ، و هل يكون سنخه، سِنخَ اشتغال الذّمّة من دونِ احتياج الىٰ المطالبة يعنى كانت الذّمّةُ، ثابتةً بنفسها فله اَنْ يُطالِبَ بتفريغ ذمّته فله ان يُلزم الطّرف لقبول الدّينِ والبدلِ و امّا اذا كان سنخ الحقّ علىٰ نحوٍ يحدث بالمطالبة فهو مادام لم يطالِبْه، لم يكن شيءٌ فى الذّمّة فشأنه ان يطالب و ليستقرّ فى الذّمّة و مجرّدُ الشّأنيّة، ليس مُصحّحاً لِلالزام و اذا كانت الذّمّةُ مشغولةً فعلاً فهو مُصحّحٌ للالزام.

بالجملة، ان كان نظر الشّيخ(ره) فى الاستدلال ببدل الحيلولة، قاعدة السّلطنة فقط كما اِقْتَصَرَ بها فى اوّل البحث والمسألة، فيصحّ استنتاجه(ره) و ليس للضّامن حقُّ الالزام و امّا بالنّظر الىٰ ما ذَكَرَهُ فى ذيل الكلام، من كلام يبتنى علىٰ التّمسّک لاثباتَ بدل الحيلولة بقاعدة **«علىٰ اليد...» و «قاعدةً الاتلاف» والتّمسّک بادلّة مطلق الضّمانات،** فهذه الادلّة لو تمّت دلالتها، انّما تثبت اشتغالَ ذمّة الضّامن ولو لم‌يُطالِبِ المالکُ عن الضّامن.

فمقتضىٰ هٰذه الادلّة انّ سنخ الحقّ، ليس من قبيل الحقوق الّتى تَحْدِثُ بالمطالبة **بل** كان من قبيل الحقوق الّتى يحصل لولا المطالبة ايضاً، **بناءً عليه فله** ان يلزمه.

بالجملة، كلام الشّيخ(ره) بالنّظر الىٰ صدر كلامه الّذى هو(ره) تمسّک فى اثبات بدل الحيلولة بقاعدة السّلطنة فقط، **قولٌ صحيحٌ** و امّا بالنّظر الىٰ ذيل تحقيقاته **حيث** تمسّک فى اثبات البدل بقاعدة **«علىٰ اليد...»** فلايصحّ كلامه **لانّه** بالنّظر الىٰ قاعدة **«علىٰ اليد...»** له ان يلزمه.

مسألةٌ: اذا اَخَذ المالکُ البدلَ هل المالکُ، مالکٌ **للبدلِ ام لا؟ و هل يبقیٰ الْمُبْدَلُ فی ملکه مع کونه مالکاً للبدل ايضاً ام لا؟**

المذهب المشهور: انّ المالک، يَملِکُ البدل و ارسلوه ارسالاً مسلّماً.

و امّا الْمُبْدَلُ فهو ايضاً باقٍ علیٰ ملک المالک فهو مالکٌ للبدل والْمُبدَلِ معاً فقد جُمِعَ بين العوض والمعوّض **و هذا غير صحيحٍ.**

الشّيخ(ره) اشار فی ضمن کلامه بانّ: اخذ البدل، من باب التّغريم و من قبيل دية القتل والکفّارات و من قبيل دية الجنايات و ليس هذا عوضاً عن البدلِ حتّیٰ يَلْزَمَ اشکالُ الجمع بين العوض والمعوّض.

وَ اِعْتَذَر المحقّقُ الثّانی عن هذا الاشکال نقلاً عن بعض بانّه بـدلُ الحـيلولة و لم يتضحّ معناه **لانّ** المال باقٍ علیٰ ملک مالکه والفعلُ والعملُ ايضاً لم‌يکن مورداً للضّمان و ليست للحيلولة قيمةٌ و ماليّة مضافاً الیٰ ماليّةِ اصل المال.

والمحقّق القمّی(ره) اَجابَ عنه: بانّا لا نُسلّمُ انّ المالک، مالکٌ للبدلِ والمبدلِ معاً.

و نحن نقول: انّ التّصرّف فی البدل يباح و يجوز للمالک من غير کونه مالکاً له و انّما کان المالکُ، مالکاً للْمُبْدَلِ فقط.

و امّا المحقّق الثّانی(ره) فی جامع المقاصد والشّهيد الثّانی(ره) فـی المسـالک عنونا المسألةَ:

بانّ الظّاهر انّ البدلَ والمبدلَ کليهما باقيان فی ملِکِ المالکِ و قالا: بانّ الاشکال يجب حلّه بِاخذ احد هذين الطّريقين:

اِمّا القول بانّ المالک، يملک البدلَ والمبدلُ ينتقل الیٰ الضّامن **غاية الامـر** هـذا النّقلُ والانتقالُ کان موقّتاً بحيثُ اذا ردّ الضّامن البدلَ الیٰ مالکه، فله ان يأخذ بَدَلَهُ فالبدل، البدل الموقّتی مادام ممتنعاً.

و امّا القول بعدم حصول الملکيّة للبدل کما ذهب اليه المحقّق القمّی(ره) و انّـه يباحُ له التّصرف **لانّ** مفادَ ادلّةِ الضّمانات، اداءُ العوض و دفع الخسـارة و جـبرانُ

مافات و تداركه، فلا تدلّ ادلّةُ الضّمانات علىٰ ملكيّةِ الاصل والفرع.

قال الشّيخ(ره)؛ الّذى ينبغى اَنْ يقالَ: انّ مقتضىٰ ادلّة الضّمانات انّ الغاصبَ، ضامنٌ للعين يعنى يلزم عليه ان يقيم عيناً اُخرىٰ مقامَ العين المغصوبة **فحينئذٍ** اذا كانت العينُ المغصوبةُ او المضمونَةُ **تالفةً فمعناه** انّه تلفت العينُ بالمرّة و ذهبت ملكيّتُهُ و سلطنَتُهُ و تلزم اقامةُ عينٍ مقامَ العين المضمونة من جميع الجهات حتّىٰ يكون مالكاً عليها كما كان مالكاً علىٰ العين من قبلُ و ليس هنا اشكالٌ.

و امّا اذا كانت العينُ موجودةً **و لكن** لم تكن، متيسّرة الوصول **فحينئذٍ** ملكيّتُهُ باقيّةٌ حتّىٰ يحتاج الىٰ اقامة ملكٍ، عوضَهُ **بل** زالت السّلطنة يعنى كان ممنوعَ التّصرفِ و يلزم اعطاء عينٍ تُجبِرُ هذه التّصرفاتَ المحرومةَ والممنوعةَ و يتصرّف فيها تصرّفاتاً بدل التّصرّفات فى ملكه.

بناءً عليه، مجرّد اخذ بدل الحيلولة و اقامةُ سلطنةٍ مقامَ سلطنته و اقامةُ سلطنةٍ حاضرةٍ مكانَ سلطنةٍ مفقودةٍ، **لايوجب الملكيّة بل** يوجب اِباحة التّصرف.

نعم: بعضُ التّصرفات، يتوقّف علىٰ الملك فيجب اعطاءُ هذه السّلطنة ايضاً **لانّه** يجب ان تكون دائرةُ سلطنتِه بمقدار سلطنته علىٰ ملكه؛

بناءً عليه، يكون هو مالكٌ علىٰ البدل آناماً قبل الملك او من الاوّل علىٰ الخلاف الّذى سَبَقَ فى باب المعاطاةِ فتعود المسألة الىٰ انّ مفهوم بدل الحيلولة، لايقتضىٰ الملكيّة **و لكن** حيث كانت له اباقة التّصرف له مطلقاً **فهو** يتوقّف علىٰ الملك سواءٌ كان آناماً قبل التّصرف او من الاوّل.

و هذا محصّلُ حلّ الشّيخ(ره) الاشكالَ المذكور **و انت كما ترىٰ انّ** هذا الحلّ لايرفع الاشكالَ و لايُغْنِى ولايُسْمِنُ من جوعٍ **حيث** انّ اقامة البدل، مقام العين المضمونة، تقتضىٰ كونه مالكاً من الاوّل او آناً ما قبل التّصرف **فحينئذٍ،** الاشكالُ باقٍ فى الواقع و ليس الكلامُ فى تصوير المسألة و انّ منشأ الجمع بين العوض والمعوّض ماذا؟ **بل** المقصودُ انّ جواب اشكال الجمع بين العوض والمعوّض ماذا؟

ظاهر فتوىٰ المشهور، انّ بدل الحيلولة، يملكه المالكُ **و مع ذلك** يبقىٰ الْمُبْدَلُ

فی ملكِهِ والجمع بين ملكيّة البدل والمبدلِ، يوجب اشكالَ الجمع بين العوضِ والمعوّض، و ذُكِرَ فی حلّه طريقان و امّا طريق حلّ الشّيخ فكان طريقاً ثالثاً.

طريق القول بانّ البدل، ليس بمملوكٍ للمالک **بل هو** اباحةٌ مطلقةٌ و ملكيّة البدل انّما يحصل فی صورة تلف المبدل او وصل المبدل بحدّ اليأس منه.

و هٰذا احدُ الطّرفينِ اللّذَيْنِ ذكرها المحقّق القمیّ(ره) و جامع المقاصد.

طريقٌ و احتمالٌ انّ البدل كان بدلاً و مملوكاً **و لكنّ** الْمُبْدَلُ، لم يبق فی ملكيّة المالک **و حيث كان المالكُ،** مالكاً للبدل يخرج المُبْدَلُ عن ملكه **غاية ما فی الباب:** انّ ملكيّة البدلِ والمبدلِ يعنی هذه الوضعيّة و هذه المعاملة القهريّة، لاتستقرّ **بل تكون** ملكيّةً متزلزلةً فاذا، وجد المبدلُ فللمالک، حقُّ استرداد المبدلِ و ردّ البدل الیٰ مالكه.

و امّا الشّيخ(ره) فقد ذكر طريقين فی حلّ الاشكال فيحتمل ان يكونا طريقاً واحداً والفرق بينهما فی التّقريب و من قبيل الاجمال والتّفصيل.

ذكر الشّيخ(ره) طريقَ حلّ قبل الورود باشكال المسألة نَقَلَ عن المحقّق القمیّ و جامع المقاصد بانّ البدل، ليس له معنیٰ العوض **بل له** معنیٰ الغرامة **حيث** كان باب الضّمانات والتّغريمات بابين مختلفين نظير التّغريم فی جناية النّفس و الجناية فی الاموال المسمّیٰ بالدّيّة و ليس له احكامُ المعاوضة **حيث** انّه ليس فيه، مفهومُ المعاوضةِ.

والتّقريبُ الّذی ذكره الشّيخ فی ذيل كلامه: بقوله: «**الّذی ينبغی ان يقال الخ**».

حاصِلُه انّ: معنیٰ الضّمان، انّ كلّ خسارة يرد علیٰ ملک الغير، يذهب من كيس الغاصب و من مال الضّامن **و لازمه،** التّدارک فان كان تلفاً حقيقيّاً و ذهبت الماليّةُ والملكيّةُ والسّلطنةُ و غيرها، يلزم له اعطاء عينها، للمالک، اقيمت مقامَ العين التّالفة من جميع الجهات و من جميع الجوانب و يكون مالكاً لها و مسلّطاً عليها كتسلّط المُلّاک عليهم و جواز اَنحاءِ التّصرفات له فيها جايزٌ **و امّا اذا** لم تكن تالفةً حقيقيّةً و لم تذهب الملكيّةُ والماليّةُ و انّما الفائتةُ، السّلطنة علیٰ ذلک المال فيلزم للضّامن ردّ

العين الّتى كانت قائمةً مقامَ عينِ المالک فى السّلطنة فقط كما فى موارد بدل الحيلولة و يتصرّف فيه كُلّ التّصرفاتِ **غاية الامر**، بعضُ التّصرفات يتوقّف علىٰ الملكيّة كالبيع والوطىء فى الجارية و غيرهما ممّا يتوقّف التّصرف فيه علىٰ الملكيّة سواءٌ كانت الملكيّةُ حاصلةً آناماً قبل البيع او حاصلةً من الاوّل علىٰ الخلاف المذكور فى باب المعاطاة من انّ اباحة التّصرفات حتّىٰ البيع **هل** تستلزم الملكيّةَ من الاوّلِ او لاتستلزم الاّ ملكيّةً آناماً قبل البيع؟

فكان القول بالملكيّة هنا، لازمُ التّداركِ الّذى لايتمّ التّدارک الاّ بالملكيّة **فالملكيّةُ** فى باب بدل الحيلولة ان قلنا بها، لم تكن ملكاً ابتدائيّاً يعنى لم‌نَرِدْ هنا انّ: ملكيّة المالک مع انّها حاصلةٌ و مع ذلک، جعلت الملكيّة ثانياً له حتّىٰ يقال: انّ الملكيّة الحاصلةَ، لم‌تعطىٰ ملكيّةً اُخْرىٰ؟

بل نقول هنا: انّ فى الابتداء يجب تدارک الفائت و هو السّلطنة و من افرادها، السّلطنة علىٰ البيع والوقف والعتق **بحيث انّه** لا بَيْعَ ولا عِتْقَ ولا وَقْفَ الاّ فى ملكٍ.

فاِعمالُ هذه السّلطنتات، يتوقّف علىٰ الملكيّة قبلاً؛

غاية الامر، البحثُ الّذى كان فى هذا النّوع من الموارد فيما اذا لم‌يكن الشخّصُ مالكاً و لكن له التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملک و يلزم كونه مالكاً قهراً فى زمانٍ هل يجب تقدير الملكيّة من الاوّل او آناماً قبل البيع؟ **وقد مرّ فى بيان ذلک** انّ الملكيّة للبدل علىٰ ما ذهب اليه الفقهاء، نَشَأً من جراء البحث **لا انّ العناية** كانت علىٰ ملكيّة البدل من الاوّل بانّ ملكيّة المبدل، لم تكن فائتةً **بل** باقيةً **و مع عدم** كونها فائتةً و كانت معوّضة لو كان للمعوّض الموجود عوضاً حتّىٰ يقال: بانَّ هذا، جمعٌ بين العوض والمعوّض **بل** لو قالوا: بالتّدارک يعنى تدارک السّلطنة الفائتة المطلقة و هى لاتتمّ الاّ بتقدير الملكيّة فى الجملة او مطلقاً فلو قيل بالملكيّة فهو ليس قولاً ابتدائيّاً **بل** لانّ التّدارک لايتحقّق الاّ بها لا انّه موردٌ للعناية ابتداءً.

و قول الشّيخ(ره): انّ اعطاء البدل من باب التّغريم و ان كان منطبقاً مع المطلوب **و لكن** يقع البحث فى انّ البدل **هل هو** تغريمٌ حقيقةً و كان هو مثل الدّية و كان من

باب ضمان الاموال و من باب الخسارات والتّغريمات او هل هو مثل الكفّارة فی بعض المعاصی و مثل كفارة اتلاف مال الغير فيلزم ردّ عوضه و هل هو كالعوض؟

لانّ حرمة مال المؤمن كحرمة دمه و لايكون هذا المال مجّاناً **حيثِ** ورد فی قوله تعالیٰ: «**لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل**» فيلزم ردّ عوضه و مفهوم الضّمان عرفاً ليس الاّ معنیٰ اعطاء البدل والتّدارک و تُنْزَلُ الاطلاقات علیٰ ما هو المعنیٰ العرفیّ فليست ادلّة الضّمانات مثل الكفّارات والتّغريمات و ليس مثل احكام ستّين مسكيناً او صوم شهرين متتابعين فاداء المال فی باب الضّمانات كان له مفهوم انقضاء و كان يوماً بدلَ يومٍ و مالاً بدل مالٍ.

بالجملة، **الظّاهر** انّ البدل الّذی يسمّیٰ بالغرامة والتّدارک لايرفع الاشكالَ المذكور **حيث** انّ مفهومه، مفهومُ التّعويض والمقصود من التّعويض هنا، ليس ايجاباً و قبولاً و معاوضةً و معاملةً **بل** المقصودُ منه انّ اداءُ المال هنا للمالک، كان عوضاً للمال التّالفة و كان هو نوعاً من الوفاء.

عليهذا، طريقُ الحلّ ينحصر علیٰ ما قال به المحقّق الثّانی والشّهيد الثّانی.

نحن نقول: انّ ثبوت بدل الحيلولة فی موردٍ كان للعين الموجودة حكم التّالف و لم‌يعتبر له اعتبارُ الملكيّةِ كما لو سَرَقَ او غَرَقَ او اَبَقَ اوضاع، فی هذه الموارد، اِنْحَلّ الاشكالُ **لانّ** المُبْدَلَ، لم‌يكن له اعتبارُ الملكيّة و امّا فی سٰاير الموارد ايضاً فلا دليلَ علیٰ ثبوت بدل الحيلوله اِلاّ فی موردٍ خاصّ و فی هٰذا المورد الخاصّ، يملک المالکُ، البدل ملكيّةً متزلزلةً و اذا رَدّ الغاصبُ، المبدلَ تسلّم المالکُ البدلَ اليه كما اذا قلنا بعين هذا فی التّلف الحقيقی بانّ فی باب التّلف الحقيقیّ و ان كان صحيحاً بانّ المأخوذ بدل التّالف بحيثُ لو اعٰادَ التّالِفُ فرضاً ليجبُ ردُّ بدله الیٰ الضّامن.

والشّيخ(ره) اضاف مصداقاً آخر لبدل الحيلولة و هو لم‌يذكر فی كلمات الفقهاء فی ذيل بدل الحيلولة بحيث يحسب من افراده و لكن حدوث الاشكال (اشكال الجمع بين البدل و المبدل) علیٰ تسَلسلِ الافكار، اوجب هذا الفكر بانّ فی صورة لم‌يكن كلامٌ من بدل الحيلولة و كان تلفاً حقيقيّاً و غاية الامر، بقت من العين التّالفة،

اشياءُ لم يكن مالٌ **و لكن** يقع احتمال الملكيّة او اولويّتها؟ و لذا ينبغى طرح هذا الاشكال فى هٰذا و حلّه بالطّريق الّذى حللنّاه فى ما نحن فيه.

و توضيح ذلك انّه لو توضوّء احد بماء المغصُوب جهلاً ثمّ التفت الىٰ كونه غصباً بعد تماميّة الوضوء، يكون الوضوء صحيحاً قطعاً و ان كانت لهذا الماء المستعمل، قيمةٌ يجب ردّ قيمته الىٰ صاحبه او ردّ مثله و ان التفتَ فى اثناء الوضوء، يكون الوضوء باطلاً و لايجوز اتمامُه بهذا الماء المغصوب و ان تمّت الغسلات ولم‌يشرع بالمسّ الّذى كان بالرّطوبة الّتى لم‌تكن لها القيمة ثمّ التفت الىٰ كون الماء مغصوباً **فحينئذٍ** كان الوضوء صحيحاً تأهليّاً الىٰ المسُّ، هل يجوز له المسّ بهذه الرّطوبة؟

فيه وجهان: وجهٌ بجواز المسّ، حيث انّ الماء كان تالفاً و كان المّسُ، نداوةً و رطوبةً لا ماءً و ليست لها قيمةٌ و ماليّةٌ و لم‌يكن قابلاً للاستردادِ **و حينئذٍ** لايتحقّق فيه مفهوم الغصب و يجوز له المسُّ لهٰذه الرّطوبة عاملاً حيث انّه لم‌يكن غصباً هذا كما عن المحقّق الاردبيلى(ره) و صاحب الجواهر(ره) **و لكن** قال بعضٌ من الفقهاء كالشّيخ(ره) بعدم جواز المسّ بهٰذه الرّطوبة ولو كان الماء تالفةً و يجب له ردّ بدل الحيلولة و لكن هٰذه الرّطوبة كانت ماله ولو قلنا بانّها لم‌تكن ملكه و قلنا سابقاً انّ الفرق بين المال والملك اعمّ من وجهٍ لانّ المال، ما يُبدَلُ بازائه الثّمن والملك كان نحو اختصاص بالمملوك والاختصاص لايحتاج الىٰ الماليّة.

بالجملة، قلنا: انّه كان تالفاً و يجب اداء العوض **ولكن** مع ذلك ان كان المعوّض باقياً علىٰ الملكيّة لصحّحنا الجمعَ بين ملكيّة البدل والمبدل **و لكن** هُنا الّذى اخذنا عيناً و اخذنا بدل الحيلولة فى مقابلها و سقطت عن الماليّة و لم‌تبق العينُ هنا و لم تبق هنا نداوةٌ لنداوة الاناء، لم يكن قابلاً للاسترداد والماليّة.

قال الشّيخ: نعم لم‌تكن لها ماليّةٌ **و لكن** لها ملكيّةٌ و صاحب المال يملك الرّطوبةَ الباقيّةَ و كما انّ التّصرف لايجوز فى مال الغير، لايجوز فى ملك الغير فلايجوز المسحُ به بنداوة ذلك الماء المغصوب الاّ باذن مالكه.

والشّيخ(ره) اورد هٰذه المسألة فى ذيل مسألة بدل الحيلولة توسّعاً لانّ التّلف

الحقيقىّ، ليس من الحيلولة بشىءٍ **حيث** انّ الفرض انّ الماء، كان تالفاً **و لكن** الفرق بين هٰذه المسألة و بدل الحيلولة انّ فى بدل الحيلولة، حفظت ماليّة المُبْدَلُ و ملكيّته معاً و كان المالك، مالكاً للبدل ايضاً و امّا هنا لم‌تكن ماليّةٌ بالنّسبة الىٰ المبدل و لكنّه باقٍ ملكيّته فكما نقول فيما اذا بقت الملكيّة والماليّة انّ المالك، يملك البدل والمبدول و كذلك نقول فيما اذا ذهبت الماليّة و بقت ملكيّة المُبْدَل، فيملك البدل الّذى هو مالٌ و ملكٌ و يملك المبدل ولو كان ذلك المبدل، غير مالٍ.

والشّيخ(ره)، بناءً علىٰ المبنىٰ الّذى اتّخذ فى باب بدل الحيلولة و جوّز الجمع بين البدل والمبدل حتّىٰ فى موردٍ بقت ماليّةُ المبدلِ، **ذَكَرَ هٰذه** المسألة الّتى ليست من باب بدل الحيلولة و كان من التّلف الحقيقىّ فى ذيل بدل الحيلولة من باب فردٍ من افراد بدل الحيلولة مع انّ الفقهاء لم يذكروا هذه المسألة فى ذيل بحث بدل الحيلولة حيث كانت من افراد التّلف الحقيقىّ **و لكن** حيث كان مبنىٰ هذه المسألة متّحداً مع مسألة بدل الحيلولة، فهٰذه المسألة كانّها كانت من فروع مسألة بدل الحيلولة و من مصاديقها للجهة المذكورة.

مسألة: اذا خاط الخيّاطُ ثوباً بخيوطٍ مغصوبةٍ فهنا فرضان:

الاوّل: انّ المالک اذا طالب خيوطه يمكن نزعها سالماً و ردّها عليهُ قابلاً للاستفادة، **فلا اشكال** فى جواز مطالبة ماله و خيوطه كما اذا وقعت خَشبةٌ فى بناء عموداً بحيث يمكن قلعها سالماً و ردّها الىٰ صاحبها و هكذا كلُّ شيءٍ يمكن نزعه و ردّه سٰالماً الىٰ صاحبه كاللّوح المغصوب فى السّفينة مثلاً بحيثُ بَقَتِ السّفينةُ سٰالمةً من الغرق مثلاً فى السّاحل.

و امّا فيما اذا لم يمكن نزعُ الخيوطِ و غيرها، سالماً والفرضُ انّ نزعها معيوباً و غير سالمٍ، لا قيمة بها فى السّوق و يوجب تلف ما كان موجوداً قابلاً للاستفادة فى الثّوب المخيط من دون استفادةٍ للمالک ايضاً.

فحينئذٍ هل يجوز للمالك ان ينزع الخيوطَ الّتى لايمكن نزعها سالماً بمقتضىٰ قوله ﷺ **«النّاس مسلّطون علىٰ اموالهم» ام لا؟**

قال العلاّمة فى القواعد: انّه يجوز له النّزع لو لم تحصل الخيوط سالمةً و يجب للخيّاط اطاعة امر المالک و نزعها عن الثّوبِ افساد الخيوط **و مع ذلك** يجب علىٰ المالک، اعطاءُ قيمة الخيوط لمالكه و يضمن الخيّاط قيمة الخيوط.

عبارةُ العلاّمة فى القواعد قريبٌ بهذا المضمون: **«الخيوط تُفسَدُ بنزعها والمالك** اذا طلب ذلک يجب النّزعُ و لَوادّىٰ الىٰ سلب قيمته و فقده **و مع ذلك يجب** عليه اداء كمال القيمة للمالک».

والمحقّق الثّانى: قال فى شرح عبارة **«القواعد»** بانّه لايخرج الخيط بالنّزع عن ملک مالكه يعنى مع انّ الخيّاط، يجب ردّ كمال قيمة الخيط علىٰ المالک يَـمْلِكُ المالکُ قيمةَ الخيْط و نفسَ الخيوط ولو كان مسلوبَ المنفعة.

فيعلم من هذا، انّ المال المغصوب، فى حكم التّالف و حتّىٰ يؤخذ تمام القيمة **و مع ذلك** يبقىٰ ملک المالک علىٰ المعوّض ولو خرج عن كونه مالاً و كان ملكاً فقط **و لازم هذا القول** هنا، عدم الجواز ايضاً فى مسألة الوضوء الّذى مَسَحَ بماءٍ مغصوبٍ **لانّه** كانت الرّطوبةُ، ملكاً للغير.

و امّا المحقّق الاردبيلیّ(ره) فقال فی شرح الارشاد انّ التّحقيق انّه:

لايجب امتثالُ امر المالک فی نزع الخيوط اذا يمكن للمالک، استرداده سالماً **لانّه** اسرافٌ للمال و كانت حقوقُ المالكيّة فی حدود المشروع فلايُسمَعُ قوله فی اِفساد المال و ازالته **و لذا صرّح المحقّق الاردبيلیّ(ره):** انّ وجوب النّزع هنا، ليس بمعلوم **بل** عدمه، معلومٌ **بل** يمكن ان يقال: انّ الغاصب، يَمْلِكُ الخيوطَ **حيث** انّ الخيوط، لايمكن استرداده سالماً و يجب علیٰ الخيّاط، اعطاءُ قيمتِه و بَدَلِهِ و عَوضِهِ و لايجوز الجمع بين العوضُ المعوّضِ فاذا عَوّض الخيوط فالغاصبُ يملک الخيْط **بناءً عليه** يمكن ان يقال بجواز الصّلاة فی الثّوب المغصوب خيوطه.

الكلامُ فى موجباتِ الضّمان:

ذكر الشّيخ(ره) انّ: موجبات الضّمان امورٌ:

منها فرض: التّلف الحقيقىّ والاتلاف الحقيقىّ.

منها: فرض تعذّر الوصول اليه اى بين العينِ و صاحب العين مع بقائها و ملكها و ماليّتها والضّمان هنا، بدل الحيلولة.

و منها: ذهاب الماليّة و بقاء الملكيّة و هو فرض خروج العين عن الماليّة والتّقويم **و سقوط العين عن** الماليّة والتّقويم له شكلان و صورتان:

تارةً: بقاء العين علىٰ حالها **و غاية الامر** سقطت العينُ عن الماليّة باعتبار قيمة السّوق و هو ليس محلّ الكلام.

و اُخرىٰ: بقاء العين و عدم اختلافٍ فى القيمة السّوقيّه **و لكن** حَصَلَتْ لهٰذه العين مثلاً حالةً لاقيمةَ لهٰا مع هٰذه الحالة كتفرّق الماء المجتمع و مثل الكتب **حيث** تفرّق صفحاتها و نحوهما **و هنا:** سقطت العينُ عن الماليّة لا باعتبار تنزّل السّوق **بل** باعتبار زوال الاوصاف و اجزاء العين.

و قال الشّيخ(ره): انّه لا اشكال فى ضمانها، المثلُ فى المثلىّ والقيمة فى القيمىّ و قال(ره) فى باب بدل الحيلولة بالجمع بين العوض والمعوّض و هذا علىٰ عقيدة الشّيخ لابأس فيه حيث انّ عنوانَهُ، عنوانُ الغرامة **و لكن** هذا الفرض معلومٌ انّه ليس من قبيل الحيلولة **بل** من قبيل التّلف الحقيقىّ ولم‌تبق العين حتّىٰ الملكيّة ايضاً كما اذا اشتعله النّار و صار دخاناً و صَعَدَ **و لكن** هنا، الفرض انّ هذا انكسر و لكن بقت الاجزاء المتفرّقه لها كالكتب الّتى بقت صفحاتها المتفرّقة و كالماء الّذى غَسَلَ معه صورتَه و بدنه **و مع ذلك** بقت رطوبته بعدُ **هل** يكون هذا مثل بدل الحيلولة فيما اذا مَلِكَ البدل والمبدلَ معاً؟

و قال الشّيخ بجواز الجمع بين العوض والمعوّض كما عن بعضٍ ايضاً فكذلك هنا يجوز بالأَوْلىٰ **لانّ** فى باب بدل الحيلولة بقتِ الملكيّةُ بالنّسبة الىٰ المبدل و كذلك، الماليّة **فحيثُ** اذا كان المبدل بواسطة الحيلولة، كان مضموناً و يجوز اخذ

البدل من جميع الجهات قلنا انّه مالكٌ للبدل والمبدل جميعاً فتبقىٰ ملكيّتُهُ و ماليّتُهُ معاً و لم يحصل فيه فرقٌ فی العين مع حالها السّابق و فی الفرض الثّالث الّذی ذهبت الماليّة و بقت الملكيّة، القول بعدم المنع فی الجمع بين العوض و المعوّض كان بالاولىٰ.

بناء عليه: اذا توضؤّ بالماء المغصوب جهلاً و غفلةً بالموضوع ثمّ التّفت بعد الغسلات و قبل المسح: انّ الماء، مالُ الغير فتلفت فهو ضامنٌ له و يجب اداء مثله او قيمته فاذا ادّی مثله او قيمته فالرّطوبة يدخل فی مال من؟ و ملک من؟

فاذا جوّزنا الجمع بين العوض والمعوّض فقلنا بوجوب اداء مثل الماء **و مع ذلك** يملک هذه الرّطوبات الباقيّة فی الاعضاء.

فبناء عليه، المسح بتلک الرّطوبات يحتاج الىٰ اذن مالک هذه الرّطوبات بحيث اذا لم يأذن لها، يبطل الوضوء **حيث** لايجوز مسح الرّأس و الرّجل مع الماء الجديد **بل** يجب المسح بنداوة هذا الوضوء و الفرض انّه مال الغير والغير ايضاً لا يُجيزه **و امّا اذا** قلنا بانّ الجمع بين العوض والمعوّض، لايجوز فاذا ادّی الضّامنُ الغرامة، يملک المبدلَ فاذا كان هنا مالكاً ففی هذا الفرض ايضاً كان مالكاً بالاولىٰ فليست الرّطوباتُ الباقيّةُ مالَ المالک الاوّل فله جايزٌ ان يَمْسَحَ بها.

و منها: ای القسم الرّابع من موجبات الضّمان، ذهابُ الماليّة والملكيّة معاً و بقاء الاولويّة **و ذلك** مثل اذا غَصَبَ خِلاًّ او عصيراً وَانْقَلَبَ خمراً فی يدِ الغاصب و معلومٌ انّ الخمر ليست له ماليّةٌ شرعاً و يجوز اراقته ليست له الملكيّة اتّفاقاً **و لكن** يحتمل بقاء الملكيّة فی الرّطوبة الباقية او قطعات الاناء المكسور كما عن بعض **لانّه** معلومٌ انّ الخمر غير قابلٍ للملكيّة شرعاً و ان كان هنا شیءٌ فهو الاولويّة بالنّسبة الىٰ المالک فلذا عنون الشّيخ(ره) المسألة هكذا:

ثمّ انّ هناک قسماً رابعاً **و هو انّه هل يجب** ردّ هذا الخمر المُنْقَلِبِ من العصير، الىٰ المالک ام لايجب؟.

قال الشّيخ(ره): انّ العلاّمة عَنْوَنَ هذه المسألة فی القواعد: بانّه لو غَصَبَ خمراً و

صار خلاًّ بيده هل يجب ردّه الىٰ المالک ام لا؟ **ثمّ ردّ فيه و اَشْكَلَ عليه.**

وجه التّردید، لميذكره العلاّمة **و لكن** الشّيخ ذَكَرَ منشأه بانّه هل يجرى الاستصحاب فيه ام لايجرى؟ محلٌّ للكلام **لانّه** لم‌يكن دليلٌ يشمل اطلاقه هذا المورد او عمومه **لانّ الادلّة** مثل: **«لا يَحِلُّ مالُ امرء الاّ بطيبِ نفسه»** و **«لايجوز لاحدٍ، التّصرّف فی مال غيره الاّ برضاه»** ممّا يدلّ علىٰ انّ عدم الحلّ و عدم الجواز، معلّقةٌ علىٰ مال الغير و مال امرؤٍ مثل **«حرمة مال امرء»** و مثل حرمة دمه و نحوها ولاتصدق هذه العناوين من: مال الغير و مال امرؤٍ، فيما نحن فيه **لانّ** الفرض فيما نحن فيه، لم‌يكن مالاً و لاملكاً.

ثمّ قال الشّيخ(ره): انّ استصحاب بقاء و جوب الرّدّ، يجرى هنا و **وجهٌ بعدم** جريان الاستصحاب **لانّ** بقاء الموضوع من الشّرائط العامّة لجريان الاستصحاب مثلاً لايجرى الاستصحاب فی باب الاستحالة لزوال الموضوع كما اذا صار الماء النّجس، دخاناً و كما صارت العين النّجس، دخاناً مثل الدّهن اذا اِشْتَعَلَ و صار دخاناً لتبدّل الموضوع و عدم بقائه و فيما نحن فيه كان الموضوع، العصير و كونه خمراً.

و من الواضح عدم بقاء الموضوع والحكم، تعلّق علىٰ الملكيّة الزّايلة فاستصحاب بقاء الرّدّ فرع بقاء الموضوع والموضوع كان عصيراً والفرض انّه ما بقى العصيرُ و زال الملكُ و سقطت الماليّة و ارتفعت فلايجرى الاستصحاب.

و من جهة اخرىٰ، اُخْتُلِفَ فی بقاء الموضوع هل يكون بقاء الموضوع بنظر العقل؟ فان كان المعيار، نظر العقل يلزم عدم جريان الاستصحاب بنظر العقل فی اكثر الموارد و ان كان المعيار ما اخذ فی الادلّة موضوعاً و هو المأخذ فَاِنْ بَقىٰ هذا الموضوع، يجرى الاستصحاب و ان ارتفع، لايجرى الاستصحاب **و يمكن** ان يقال انّ معيار بقاء الموضوع، فی الاستصحاب، نظر العرف.

والفرق بين بقاء الموضوع بنظر العرف مع انّه يلزم استفادة العرف، الموضوعَ من الادلّة ايضاً، هو الفرق بين هذا القول: **«الماءُ المتغيّرُ نَجسٌ»** و بين: **«الماء، نجسٌ اذا**

تَغَيّر» فانّ المناط، الموضوع فی لسان الدّليل، و بـه: يـحصلُ الفـرقُ، بـين هٰـذين العبارتين: ففی العبارة الاولیٰ **«الماء المتغيّر نجسٌ»** لو زال تغيّره مـن قِـبَل نـفسه، لايجری الاستصحاب اذ زال الموضوع **لانّ** الموضوع، الماء المتغيّر مادام متغيّراً فلو زال تغيّره فلايمكن الاستصحاب بخَلاف ما اذا قيل: **«الماء نجسٌ اذا تغيّر» لانّ هنا** بقیٰ الموضوع و هو الماء بنظر الدّليل فاذا زال التّغيّر، ذهب شرطه و امّا الموضوع فی لسان الدّليل فكان باقياً و امّا اذا قلنا انّ المراد من الموضوع، بقاء الموضوع فی نظر العرف لابنظر الدّليل فلا فرق بين هذين العبارتين من هذه الجهة **لانّ** فی نظر العرف، معروضُ النّجاسة، نفسُ الماء سواءٌ قيل فی الدّليل: **«الماء المتغيّر نجسٌ»** او قيل: **«الماء نجسٌ اذا تغيّر»** فمعروض النّجاسة، عين معروض التّغيّر فی نظر العرف ولو قال الدّليل: الماء المتغيّر...

اختار هذا النّظَر والرّأیَ، الشّيخُ(ره) والمتأخّرون من العلماء و قالوا بـانّ بـقاء الموضوع بنظر العرف لابنظر الدّليل.

علیٰ هذا، عنوانُ الدّليل فی قوله عليه السلام: **«لايحلُّ مالُ امرؤٍ الاّ بطيب نفسه»**، هو مثل عنوان المتغيّر **لانّ** معروض الحكم ذات هذا.

و معلومٌ انّ الفقهاء تعرّضوا انقلاب العصير الیٰ الخمر و انقلاب الخلّ الیٰ الخمر فی باب الانتقال لا فی باب الاستحالة يعنی الفرق بين الخمر والخلّ او مع العصير، ليس فرقاً بين الحقيقتين **بل** تفاوتهما مثل ذات تعرضها الاحوال **فبناءً عليه،** ليس بابه باب الاستحالة.

ثمّ قال الشّيخ(ره): انّ مؤيّد جريان الاستصحاب و وجوب الرّدّ و اخذ الموضوع من العرف لو عاد هذاالخمر وانقلب خلاًّ، انّه لا اشكال فی وجوب ردّ الخـلّ الیٰ مالكه **و عُلِمَ من هذا،** انّ علاقة المالک، لم‌ينقطع عنه و كان باقياً بعدُ و غاية الامر، عَرَضَ مانعٌ فاذا زال المانع، فيجب ردُّهُ الیٰ مالكه.

اورد السّيّدُ عليه اشكالين:

الاوّل: عدم جريان الاستصحاب كما قلناه **لانّ** الادلّة، عُلّقتْ علیٰ المـلكيّة و

زالت قطعاً و ليس مشكوک فلايجری الاستصحاب.

نقول: بناءً علیٰ ما ذكرنا سابقاً، لم يرد هذا الاشكال عليه لما قلناه كما حقّق الشّيخ(ره) و غيره من انّه يمكن ان يذهب عنوان الدّليل و شرطه **و مع ذلك** نشكّ فی انّه علّةٌ محدّثةٌ او مُبْقيةٌ و بعبارةٍ اُخریٰ: هل الشّرط، حيثيّةٌ تقييديّةٌ او تعليليّةٌ؟ هل الحكمُ، قائمٌ بذلک العنوان ام العنوان سببٌ **لانّ** يكونَ هذا المورِدُ محكوماً بهذا الحكم؟

والاشكال الثّانی: للسّيّد علیٰ الشّيخ(ره) انّه قال الشّيخ: انّ هنا قسماً رابعاً و هو ما ذهبت الماليّة والملكيّة مع بقاء الاولويّة و مع بقاء الاولويّة، نشكّ فی انّه هل يجب ردّه الیٰ المالک ام لا؟ **مع انّ الاولويّة** ان كانت باقيّةً، فلا شكّ فی الردّ **فيجب** ردّ مورد الاولويّة الیٰ المالک **والشّيخ(ره)** لِمَ ردّد فی مسألة وجوب الردّ مع تقييد كلامه ببقاء الاولويّة؟ **و هذا القيد،** لم‌يكن مذكوراً فی عنوان القواعد، الّذی كان مأخذ المسألة **بل،** انّما الشّكُ فی الاولويّة فی انّه هل حصلت هنا ام لا؟ يعنی، المالک بعد زوال ماليّته و ملكيّته علیٰ الخمر **هل يبقیٰ له الاولويّة ام لا؟** فاذا فرضنا بقاء الموضوع، فيجب ردّه و لاموجبَ للشّكّ فی الرّدّ و اذا لم‌تكن اولويّةً، لم‌يجب ردّها.

بالجملة، مبنیٰ المسألة، الشّک فی الاولويّة و ينبغیٰ تحقيق هذه المسألة وقد ذكرها السّيّد فی حاشيته علیٰ المكاسب تفصيلاً.

حاصل كلامه(ره) انّ فی هذه المسألة وجهان:

وجهٌ قال بعضٌ فی امثال المقام ببقاء **الاولويّة و بعضّ آخر بعدم بقائها و من قال ببقائها،** قالوا: بانّ الاولويّة والاحقيّة من مراتب المِلک فاذا زال بعض مراتبها، بقت مراتبُ اُخرُ **بعبارةٍ اُخریٰ قالوا:** انّ الملک والحقّ كليهما من مقولة السّلطنة **غاية الامر،** سلطنةٌ اشدُّ و اَقْویٰ والحقُّ والاولويّة، اضعفُ منه **فمن كان مالكاً** يعنی له السّلطنة الشّديدة فتدخل فيها السّلطنة الضّعيفة ايضاً **يسمّیٰ بالحقّ** فاذا ذهبت مالكيّته، بَقَتْ له الاولويّةُ والحقُّ.

ردّ السيّدُ هذا الوجه بانّ القول بانّ الحقّ والاولويّة والملک من المراتب الشّديدة والضّعيفة من السّلطنة، لا يُعنىٰ من ذلک انّ الاولويّة، كانت حاصلةً، فى ضمن الملكيّة **بل** مرادهم انّهما من سنخٍ واحدٍ و من سنخ السّلطنة كما قيل: انّ الاستحباب مرتّبةٌ ضعيفةٌ من الوجوب و ليس المراد منه انّ فى كلّ وجوبٍ، كان الاستحبابُ موجوداً و كلّ وجوب، يشمل علىٰ الاستحباب **لانّهما** يباينان جدّاً فكلُّ موردٍ كان فيه الوجوبُ ليس فيه الاستصحاب بل نسبة الاستصحاب والوجوب معاً، ليس مثل نسبة الوجوب والتّحريم والوجوب والكراهة و انّ الاستحباب والوجوب كليهما، طلبٌ و من سنخ الطّلب.

الملكيّةُ الحقيّةُ فيما نحن فيه من هذا القبيل يعنى مع القول بانّ الحقيّةَ، مرتبةٌ ضعيفةٌ من الملكيّة لايُعنىٰ من ذلک انّ كلّ من كان مالكاً فهو ذو حقٍّ ايضاً و انّه دَخَلَ الحقُّ فى الملک.

بناءً عليه اذا زال مِلكُ المالكِ فاذا قلنا بانّ الحقّ هو الملكُ فهو يحتاج الىٰ دليلٍ مثل ما لو زال الوجوبُ فالقولُ بالاستحباب لَيحتاجُ الىٰ دليل و مجرّدُ كونها مرتبتين: شديدةً و ضعيفةً فهو ليس دليلاً علىٰ انّه اذا زال الوجوب بقىٰ الاستحبابُ و ما نحن فيه من هذا القبيل.

ثمّ قال السّيّدُ(ره): التّحقيقُ انّ الاولويّة هنا باقٍ لا لاجل ما قلناه **بل لجهةٍ اُخرىٰ و هى** انّ من آثار ملكيّة سابقةٍ انّه لو زال الملک بَقَتْ الاولويّةُ، مثلاً اذا انكسر الاناءُ الّذى كان مالكاً له و سَقَطَ عن القيمة فالقول بكون المالكِ، له اولويّةٌ لهذه القطعات المكسورة، من آثار الملكيّة السّابقة **لا انّ** الاولويّةَ كانت مقارنةً للملكيّة ولا انّها داخلةٌ فى مفهوم الملكيّة **بل هى** حادثةٌ بعد الملكيّة و من آثارها كما كان كذلک فى عكس المسألة كما اذا غَصَبَ الغاصبُ، البذرَ فكان المحصولُ مالَ صاحبِ البذر كما لو غَصَبَ بيضاً فحصَل منه فرخاً فهو مالُ صاحبِ البيض **لانّه** مالُهُ تجلّىٰ بهذا الشّكل فى سلسلة التّكامل.

بالجملة، لم تُقْطَعْ علاقةُ الملكيّةِ من مالكه و لو ظهرتْ و حَدَثَتْ له احوالٌ متعدّدةٌ

و كانت العلاقة الملكيّة تتبدّل بالاولويّة و تحدث بعد زوال الملكيّة، الاولويّة.

والسّيّد(ره): لم يَقُمْ دَليلاً علىٰ هذه الدّعوىٰ و انّه كيف تؤثّر الملكيّةُ فى بقاء الاولويّة و زوالها؟

والمحتملُ قويّاً: انّ نظره(ره) الىٰ العرف والعادة **و الاّ** لم‌يقم عليه دليلٌ من الكتابُ والسّنّة كما انّ فى باب بيع العذرات كذلك.

الوجه الثّانى: انّ الملك الّذى كان امراً بسيطاً فهو زَالَ فلا دليلَ علىٰ حدوثِ الحقّ بعدَه **والسيّد(ره) رَدَّ هذا الوجه** بانّ الحقّ و لو لم‌يكن فى ضمن الملك ولم‌يكن مقارناً له ايضاً **و لكن** بعد زوال الملكيّة، بَقَتِ الاولويّةُ بحالها كما انّه قال بعضٌ فى باب الميتة والعذرات والدّم و ساير الاشياء الّتى لم‌تكن ملكاً بانّها لم‌تكن مالاً و لم‌تكن لها ماليّةٌ و لم‌يكن لها بيع الاعيان النّجسة **و لكن** للمالك، حقُّ الاختصاص لها **و مع ذلك، القولُ** بصلح هذا الحقّ على شيءٍ، لايخلو عن اشكال **لانّه** لايبعد شمولُ الرّوايات الواردة فى انّ **«ثَمَنُ الْعَذَرَةِ سُحْتٌ»** هذا المورد ايضاً **لانّ** هذا ايضاً، ثمنُ العذرةِ فتكون الرّوايةُ اعَم من كون العذرةِ، ممكوكةً او العذرة المحقوقة ولها الاولويّة.

نعم: له ان يأخذ شيئاً لرفع اليد عن العذرة **لانّ** له ان يأْذَنَ ان يدخُلَ فى منزله و له حقُّ عدم رفع اليد عن العذرات فاخذ المال يجوز فى مقابل هذا الرّفع.

و فى ما نحن فيه ايضاً اذا قلنا بانّ الاولويّةَ للخمر، باقٍ للمالك، لاتجوز المعاملةُ علىٰ هذه الاولويّة و امّا اخذ المال علىٰ رفع اليد عنه **فلا مانعَ منه و مع ذلك** اشكالٌ فيه ينشأ من انّ الادلّة مثل: **«ثَمَنُ العَذَرةِ سُحْتٌ» هل يشمل** حتّىٰ هذا الاحتيال الشّرعىّ ايضاً ام لا؟.

و بالجملة، قال السّيّد(ره): انّ الاولويّةَ هنا، اولويّةٌ حادثةٌ لا اولويّةٌ مُندَمِجَةٌ فى ضمن الحقّ ولا الاولويّة المقارنة فى ضمن الملك ولا الاولويّة المقارنة مع الملك **بل اولويّةٌ** حادثةٌ بعد الملك لكونها من آثار الملك والسّيّد(ره) لم‌يذكر وجهاً و دليلاً علىٰ كونها من آثار الملك و لايحتمل كون نظره(ره) بناءُ العرفِ كما فى امثال

المقام كذلک.

نحن نقول: انّ الاولويّة الّتی قالوا بها فی الموارد المتفرّقة، لها فرقٌ مع الاولويّة الّتی قلنا فيما نحن فيه **لانّ** الاولويّة الثّابته فيما نحن فيه، انّ المالک اذا ازاد تخليل خمره، فهذه الارادة، ارادةٌ مشروعةٌ و لايجوز ايجاد المزاحمة معها **فاذا فرضنا:** انّ الخمر هنا كان فی يد الغاصب و مع ذلک اَرَادَ تخليله **فيمكن** القولُ بعدم جواز المزاحمة مع تخليله **و لكن وَقَعَ البحثُ** فی انّ الاولويّة والحقّ هل كان مثل عروض الملک علیٰ المملوک و لايريد بعروض الملكيّة علیٰ المملوک، العروض الاصطلاحیّ حيث كانت الملكيّةُ من الامور الاعتباريّة و لم‌تكن من المقولات و ليست من الامور الاعتباريّة و لم‌تكن من المقولات وليست من الامور التّكوينيّة؟

فلو كانت عارضةً فهی عارضةٌ علیٰ المالک لا علیٰ المملوک **حيث** انّ المملوک متعلّقُ الاضافة مثل المطلوب **و لكن قيل كونها** عارضةً علیٰ المملوک مسامحةً **يعنی** انّ الملكيّة، امرٌ اعتباریٌّ فی المملوک.

بعبارةٍ اُخریٰ، قد يكون الحقُّ من قبيل عروض الملک علیٰ المملوک مثل العين المرهونة فله حقّ علیٰ العين المرهونة.

وفی باب الخيارات بَحَثُوا: فی انّ الخيار هل تعلّق علیٰ العين او العقد؟

فمن قال بتعلّقه علیٰ العين فلايجوزُ التّصرفُ فی العين الخياریّ لِمَنْ لاخيارَ له **لانّه** تصرّفٌ فی متعلّقِ حقّ الغير فلايجوز بيعُه او اتلافُه.

و من قال بتعلّق الخيار علیٰ العقد، يجوز به التّصرفُ فی ثمن البيع **و مع ذلک له** حقُّ الفسخ و يأخذ المثل او القيمة.

و بالجملة، المقصود انّ الحقّ والاولويّة قد تعرض للاعيانِ مثل العين المرهونة **و امّا فی مثل** المسجد فجواز من جَلَسَ فی مكان شخصٍ كان حالساً سابقاً، **فهو مَبْنِیٌّ** علیٰ سنخ هٰذه الاولويّة.

فحينئذ، يقع الكلام فی الاولويّةِ الّتی حَصَلَتْ فی المباحات فی الاراضی والمساجد و غيرهما، علیٰ ایّ سنخٍ من الاولويّةِ؟

فتارةً يمكن ان يقال: انّ الجالس السّابق فى المسجد، هو بالنّسبة الىٰ المكـان الّذى كان جالساً فيه بالنّسبة الىٰ الّذى جَلَسَ فى مكانه بعداً فهو احقُّ بالنّسبة الىٰ المكان المتعلّق الىٰ العين يعنى مع انّ المسجد، لم‌يكن مالَ شخصٍ و ملكاً لشخصٍ و كان مكاناً متعلّقاً لِلّٰه تعالىٰ، له حقٌّ متعلّقٌ علىٰ العينِ فله فى هذا المكان حقّ فلو تَصَرّفَ احدٌ، هٰذا المكانَ فهو تَصَرّفٌ فى حقّ الغير فجلوسه حرامٌ و صلاته باطلةٌ.

و تارة اخرىٰ يقال: انّ المسجد ليس من الاشياء الّتى لاحدٍ فيه حقٌّ و كان ملكاً له **بل** له مرتبةٌ ضعيفةٌ من الملكيّة المسمّىٰ بالاولويّة **حيث** كان المسجد حرّاً و فكّاً و حلالاً **ولم‌يكن متعلّقاً** لاحدٍ و لم‌يكن ملكاً لاحدٍ فليس لاحدٍ حقٌّ علىٰ العين **بل** مزاحمة شخصٍ آخر الىٰ مَنْ جَلَسَ سابقاً فيه، لايجوز و كان ظلماً فلو فعل الحرامَ و عصىٰ و رَفَعَهُ و رَدّهُ من ذلک المكان وصلّىٰ، تجوز صلاته ولو كان عاصياً بالطّرد؛

مال اليه صاحب الجواهر (ره) حيث قال: ليس لنا القول بانّ من سَبَقَهُ الىٰ مكانٍ من المسجد، انّ له حقّاً مثل الحقّ المالىّ بحيثُ اذا تَصَرّفَ شخصٌ آخر فيه، **كان تصرّفاً فى حقّ الغير** و كان قابلاً للمصالحة والبيع **و لكن** لاتجوز المزاحمة له.

فحينئذٍ، يجب ان يعلم انّ الاولويّة الّتى كانت فى الخمر، الّتى لم‌تكن لها ماليّةٌ و ملكيّةٌ و وَرَدَ النّهىُ عنها، **هل تكون من قبيل اولويّة** المسجد بحصول المناطِ فيها؟

و هل يمكن ان تنتسب لمالكِ الخمر، مرتبةً ضعيفةً من الملک و هو الحقُّ؟

و هل يمكن استفادته من الادلّة؟ او يقال: انّ الاولويّة هنا بمعنىٰ انّـه لاتـجوز مزاحمته؟

مسألةٌ: قال الشّيخ(ره) فی القسم الرّابع و هو ما لو ذهبت الملكيّة والماليّة و انّما بقت الاولويّةُ كما لو غَصَبَ عصيراً فصار فی الغاصب خمراً هل يجب ردّه الیٰ مالكه ام لا؟

قال الشّيخ(ره): أُشْكِلَ هنا فی وجوب النّظر الیٰ القواعد والاشكال فی انّه هل يجری الاستصحاب ام لا؟.

وجهُ الاشكال: انّه من جهةٍ كان ردّ الاستصحابِ واجباً قبل زوال ماليّته و ملكيّته والآن يشكّ و يستصحب.

و من جهةٍ اُخریٰ يقال: انّ وجوب الردّ كان بعنوان الملكيّة والماليّة و حيث ذهبت الملكيّة والماليّته فمٰا بَقیٰ لِلاْستصحاب، موضوعٌ.

ثمّ قال(ره): اللّهمَّ اِلاّٰ اَنْ يُقالَ بكفاية بقاءِ الموضوع العرفیّ فی الاستصحاب **و يؤيّده** انّه لوعٰادَ هذا الخمرَ و صٰارَ خِلاًّ فلا اِشكالَ فی وجوب الاسترداد الیٰ مالكه و لايجوز القول بانّ العصير اذا صار خلّاً، انقطعت العلّامة بينه و بين المالک و ما صٰار الخمر خلاًّ و كانت موهبةً جديدةً و امراً جديداً كان فی يد الغاصبِ و هو للغاصب **حيث** انّه معلومٌ انّ العصيرَ اذا كان مغصوباً و صٰار خمراً ثمّ بعد مدّةٍ صٰار خلاًّ يجب ردُّ الخمر الیٰ المالک و ليس له وجهٌ الاّ بقاء العلاقة، والعلاقة، توجِبُ وجوبَ الردّ.

اشكال الايرادين للسّيّد علیٰ الشّيخ(ره):

اَشْكَلُ السّيّدُ(ره) علیٰ الشّيخ ايرادين:

الايراد الاوّل: انّه يجری الاستصحابُ **لانّه** معلّقٌ علیٰ الملكيّة.

و قلنا فی جوابه سابقاً: انّه يجب البحثُ فی موضعه **بانّ** بقاء موضوعٍ هل هو بالنّظر الیٰ الدّليل و لسانه او بنظر العرف؟ فان كان بالنّظر الیٰ العرف، فمجرّدُ زوالِ العنوان الّذی اُخِذَ فی الادلّة، ليس مانعاً من جريان الاستصحاب مثل ما كان فی باب: «**اَلْمٰاءُ الْمُتَغَيِّرُ نجسٌ**» مع انّ المأخوذَ فی موضوعِ الادلّة، عنوانُ المتغيّر **اذ**

التّغيّر، حَصَلَ من قِبَلِ نفسه **و مع ذلك** قلنا ببقاء الموضوع و انّ هذا الماءَ كان فى زمانٍ تُغَيّره نجساً والآنَ الّذى زال تغيّرُه بنفسه اذا شُكّ فيه، فيجرى فيه استصحاب بقاء النّجاسة **ولايجوز القول بانّه**، ليس الموضوع المعتبرُ فى الدّليلِ والماء المتغيّر، باقياً، قُرّرَ هذا فى باب الاستصحاب فى مسألة بقاء الموضوع.

نعم: قد يكونُ العنوانُ الزّايلُ، زائداً و كان فى نظر العرف، مُقَوّماً بحيثُ يَحْسَبُ العرفُ زوالَه مثلَ زوالِ الموضوع.

و بالجملة، الامر، موكولٌ بنظر العرف و تشخيصه و بقاءِ كونه هذا و اتّحاد القضيّة و المتيقّنة و المشكوكة، بنظر العرف بِاَنْ يكونَ بقاءُ الحكم، بقائَه و نفىُ الحكم، ارتفاعُهُ، فى مثل هذه الموارد، يجرى الاستصحاب و كان الموضوع المأخوذ، فى الدّليل باقياً بعنوانه او لم‌يكن باقياً بعنوانه **بل** الكلام فى انّه لِمَ فرضناه بقاءً، **هل هو** ابقاءٌ اسماً ام لا؟ **فان** كان الحكم مرتفعاً فهو يُسمّىٰ ارتفاعاً ام ليس كذلك بل حكم جديد لموضوع جديد؟

و بهٰذه المباحث الّتى ذكرت فى باب الاستصحاب من انّ الموضوع، بنظر العرف كما قال به المحقّقون و **فرّعوا عليه:** بانّ زوالَ العناوين المأخوذة فى الادلّة، ليس مانعاً من جريان الاستصحاب بعد بقاء الموضوع عرفاً، ليس ايراد السّيّد (ره) علىٰ الشّيخ (ره) وارداً.

نعم: يمكن ان يرد اشكالٌ علىٰ جريان الاستصحاب **و لكن** ليس هذا الاشكالُ، الاشكالَ الّذى اورده السّيّد(ره).

امّا الايراد الثّانى عليه، فهو انّ الشّيخ مع بقاء الاولويّة، يَشُكُّ فى الوجوب فى مثل الخمر **مع انّه معلومٌ** انّه مع فرض الاولويّة، يجب ردّ البدل و لاشكّ هنا **فان كان ايراد** السّيّد (ره) علىٰ الشّيخ وارداً فمعناه انّه خطاءٌ للشّيخ فى امرٍ واضحٍ **و نحن لانتصوّر** ورود ايراد السّيّد(ره) علىٰ الشّيخ **لانَّ** سنخ الاولويّة هنا لو قلنا بها، ليس علىٰ سنخ اولويّةٍ يدخل فيها وجوبُ الردّ و حرمة التّصرف **و كان هذا امراً واضحاً لانّ** الاولويّة الّتى كانت فى المباحات و الاوقاف العامّة مثل المساجد، ليس

معناها انّه يحدث للاولیٰ حقٌّ فی العين بحيث يسقط عن الطّلق مطلقاً و تَعَلّقَ حقُّ الغير عليها **فلو تصرّف** فيها احدٌ فهو تصرّفٌ فی حقّ الغير و كان غاصباً **و الاكثرُ لم‌يقولوا** به فی باب المساجد **بل** مفهومُ المسجدِ مفهومٌ لايجوز ان يكون متعلّقاً لحقّ الغير و لو فی شبهٍ منه بحيث يسقط عن كونه طلقاً **و ليس هذا** مثل العين المرهونة و هذا بعيدٌ فی مثل المسجد **لانّه** لايساعد مع مفهوم المسجد **بل** حقُّ الغير علیٰ المسجد معناه، انّه لايجوز دفعه و مزاحمته و مدافعته و طرده **حيث** انّ الطّرد، هو ترجيحٌ من دون ترجيحٍ وَقَعَ من الافراد و ليس معناه، ايجاد حقّ له فی مكانٍ من المسجد كحقّ المالک علیٰ داره و ملكه **حيث** انّه لم‌يدلّ عليه دليلٌ خاصٌّ.

فمعنیٰ اَلْحَقّيةِ فی المساجد، كونه احقّ فی الفعل و الجلوس و غيره لا انّ له حقٌّ علیٰ العين و كان سنخ هذا الحقّ فی المسجد مثل سنخ بقاء اولويّة المالک فی الاعيان التّالفة لو قلنا ببقائها و معناه انّه لايجوز مزاحمة المالک فی القطعاتِ المكسورةِ.

بالجملة، لم‌يدخل وجوبُ الردّ و حرّمة التّصرف فی مفهوم الاولويّة.

و بهذا يُعْلَمُ انّ ايراد السّيّد(ره) علیٰ الشّيخ، غير واردٍ و لاينبغی للشّيخ (ره) هذا النّوعُ من الخطاء و الاشتباه و انّه بعيدٌ عنه (ره).

و تحقيقُ السّيّد و استفادة الاولويّة له وجهٌ **و لكن** يجب ان تكون نتيجة هذا التّحقيق استفادة الاولويّة بمعنیٰ عدم جواز المزاحمة لانه بمعنیٰ وجوب الردّ او حرمة التّصرّف فيه.

فرعٌ: فى بابِ بدل الحيلولة، ثلاثةُ حالاتٍ و بكلّ واحدٍ منها احكامٌ مختلفةٌ **و ان لم يكن** بعض احكامها مختلفاً فلا اقلّ، يختلف وضوحاً و خفاءً **و لهذا،** وقع البحثُ عن هٰذه الحالات و المسائل عليٰحدّة.

فلو غَصَبَ احدٌ عينَ شخص و كانت هذا العينُ متيسّرة الوصول مدّةً ثمّ صٰار متعذّراً ثمّ انّ بعد التّعذّر، بعد مدّة، اَعْطىٰ بدلاً حيلوليّاً و بعد اداء بدل الحيلولة، مَضت مدّةٌ **فحينئذ** تَحْدُثُ حالتان:

اَلْاولىٰ: انّ المُبْدَلَ بعد اداء البدلِ فى مدّةٍ مَضتْ، يكون تالفاً **و اُخرىٰ** لم يكن المبدلُ تالفاً **بل** صٰار المتعذّرُ متيسّراً.

هذه الحالاتُ وَقَعَتْ مورداً للبحث:

منها: ما اذا كان المبدلُ مغصوباً و لم يحصل التّعذّر و كان متيسّراً و يمكن ردّ العين، فحُكمُه واضحٌ **حيث** انّه يجب ردّه الىٰ مالكه و ليس فيه البحث عن بدل الحيلولة.

منها: مالو تعذّرت العينُ مدّةً و كان متعذّر الوصول، يجب **حينئذٍ** ردُّ البدلِ و يومَ وُجوبِ البدلِ، يومُ التعذّر **و لكن** ان يمتنعُ من ردّ البدل رأساً و امتنع من ردّه مدّةً ثُمّ اعطىٰ البدلَ الىٰ مالكه، **فحينئذٍ** لردّ البدلِ حالتان:

اَلأُولىٰ بعد التّعذّر **والثّانيّة** اداءُ البدلِ بعد التّعذّرِ.

والشّيخُ(ره): بَحَثَ عن استحالة الحالة الاخيرة وَ وَجْهُ بحثِ الشّيخِ(ره): انّ حكمَ هٰذه الحالةِ اوضحُ من الحالة السّابقة.

قد يقع البحث فى الحالة الاخيرة بعد تعذّر العين و اداءِ البدل فى حكم الزّيادة المتّصلة او المنفصلة والمنافع الحاصلة للمُبْدَلِ.

بناءً علىٰ قول الاكثر من انّ المالك مالكٌ للبدل والمبدل، يلزم تَعلّقُ الزّيادةِ المتّصلة والمنفصلة والمنافع كُلُّها للبدل والمبدل و هذا امرٌ بعيدٌ.

و امّا مَنْ قال: بانّ الغاصب اذا رَدّ البدلَ فهو مالكٌ لِلْمُبْدَلِ كما اخترناه فامرُهُ سهلٌ **هنا لانّه** معلومٌ انّ تمامَ المنافع الحاصل للمبدلِ، مالُ الغاصب الىٰ الغاصب بعد ردّ

البدل ولو موقّتاً مادامَ التّعذّرِ باقياً بعدُ.

و امّا بناءً علیٰ كون البدلِ والمبدلِ ملكاً للمالكِ، فلا يخلو عن اشكال لمّا صَرّحَ الشّيخُ(ره) بِاَنّهُ لاتجوزُ للمالكِ ملكيّةُ البدلِ والمبدلِ كلّيهما. **لانّه** غيرُ ممكنٍ فالمالكُ اذا اَقْبَضَ البدلَ فالضّامنُ يَخْلُصُ عن غرامته **فردّ الضّامن** البدل، يُوجِبُ خروجَ ذمّته عن المبدلِ و لو موقّتاً.

بالجملة، قال الشّيخ(ره): مع انّا قلنا انّ المالكَ، كان مالكاً للبدلِ والمبدلِ **و لكن ردُّ البدلِ** من الضّامن الیٰ المالكِ كان بعنوان الغرامةِ والجبر للضّرر فلايجوز اخذ الغرامة عن الضّامن جديداً.

و لكنّ العلاّمةُ(ره): اَفْتیٰ فی التّذكرةِ، عكسَ قول الشّيخ(ره) **حيثُ قال:** بانّ منافع المبدلِ والبدلِ مالُ المالك **و شيخُ الطّائفة(ره):** قال فی المبسوطِ بانّ المالكَ، كانَ مالكاً منافع الْمُبْدَلِ ايضاً بعد اَنْ قوّیٰ خلافه اوّلاً و تَوَقّفَ جامعُ المقاصدِ فی موردٍ و صَرّحَ فی موردٍ آخر بوجوب ردّ منافعِ المبدلِ ايضاً الیٰ المالكِ و هذا، **لازمُ المبنیٰ الضّعيف الّذی اُختيرَ.**

والسّيّدُ(ره) كان موافقاً لِقولِ الشّيخ(ره) و قال: انّه لاتجوز للمالك مطالبةُ منافع المبدلِ مع قبض البدلِ بعنوانِ الغرامة **ثمّ ذَكَرَ(ره) كلاماً يُشَدّدُ الاشكالَ** و هو انّ منافعَ المبدلِ مع انّه مالُ المالكِ **و مع ذلك** لاتجوز مطالبتها من الضّامنِ و هذا، **يوجب تشديدِ** الاشكالِ **حيث** انّه مجالٌ للسّؤال عنه(ره) بانّه: **اذا قَبِلْتَ** انّ منافع الحاصل للمبدلِ، كان ملِكاً للمالك حتّیٰ بعدَ دفع الغرامة ايضاً **فلِمَ لم تَجُزْ** له حقُّ المطالبة بعد الاعتراف بانّه ماله؟.

و لو سلّمنا: عدمَ جواز مطالبة المنافع من الضّامن **فكيف** يجوز للضّامن عدم ردّ المنافع الیٰ المالك **حيث** انّه لم يكن ماله و يجب ردّه الیٰ صاحبه ولايجوز التّصرّف فی مال الغير؟

والحاصلُ: انّ الّذين قالوا بانّ المالكَ يَمْلِكُ البدلَ والمبدلَ، وقعوا فی اشكالٍ يشكلُ التّخلّصُ عنه **حيث** انّهم اِن قالوا بانّ المالكَ يَملِكُ منافعَ المبدلِ والبدلِ

فمعلومٌ انّه خلاف الوجدان و خلاف الادلّة كما صرّحوا بـه **لانّ** لازمَ هٰـذا، كـونُ الضّامنِ ضامناً و علىٰ عهدته، اكثرُ غرامةٍ من المبدلِ **و هذا،** لايسـتفادُ مـن ادلّـة الضّمان **و مضافاً اليه،** الضّامنُ هنا اعمُّ من الغاصبِ **بل** فى الضّمانات كـلّها، بـينهما تساوٍ سواءٌ كان غاصباً او غير غاصبٍ.

و ان قلنا بانّ استفادة المالک من منافع البدلِ، يستلزِمُ كونَ المنافع مالَ الغاصبِ **فيرد حينئذٍ** بانّه لِمَ ماقَبِلْتَ هذا الكلامَ فى اصل البدلِ والمبدلِ و لِمَ ما قلتَ: انّ لازمَ ملكيّة المالک، البدلَ، مالكيّةُ الضّامنِ علىٰ المبدلِ؟

و لذا الشّيخ(ره): بعد نقل المسألة عن المبسوط والتّذكرة و جامع المقاصد **صَرّحَ بانّ** القولَ بمالكيّة المالک، منافِعَ الْمُبْدَلِ، بعد استفادة المالک عن البدلِ، **لايخلو عن اشكالٍ** و هو انّه لم‌يطرحْ(ره) جوانبَ المسألةِ و اطرافَهٰا **و مضافاً الىٰ ذلک** يمكن اَنْ تختلفَ منافعُ البدلِ والمبدلِ **و يمكن ان يكون** للمبدلِ، منافعُ منفصلةٌ ولم تكن للبدلِ منافعُ البدلِ والمبدلِ **و يمكن ان يكون** للمبدلِ منافعُ منفصلةٌ و لم‌تكن للبدلِ منافعُ منفصلةٌ مثلاً **وكذلک يمكن** اختلافهما فى المنافع المتّصلة **حيث** إنَّ البدلَ، اعـطىٰ للمالک قبل حدوثِ المنافع للمبدلِ.

بالجملة تحصل العويصة والاشكال للقائلين **بانّ** منافع المبدل والبدل لكـليهما مضافاً الىٰ تعلّق البدلِ والمبدلِ الىٰ المالک، مال المالک **كيف** يجوز تـعلّق مـنافع البدل الّذى هو ملكٌ للمالک، الىٰ الضّامن؟

مسألةٌ: هل كان حكم التّعذّر مثل حكم التّلف من جميع الجهات ام لا؟

قلنا سابقاً: اَنّ بعد تعذّر وصول العين و لزوم البدلِ تحدثُ حالاتٌ مختلفةٌ منها ما ذكرناه سابقاً من انّ الضّامن بعد اداءِ البدل لايضمن الزّيادات المنفصلة والمـتّصلة والمنافع.

و منها: انّه **هل كان** حكمُ التّعذّرِ، مثلَ حكمِ التّلف من جميع الجهات؟

الشّيخ(ره) قال: يُستفادُ من تعبيرِ الفقهاء من ذكر التّعذّر مقارناً لمسألة التّلف و ذكرهما فی سياقٍ واحدٍ، انّ حكمَ التّعذّر، حكمُ التّلفِ من جميع الجهات فی المِثْلِيّ والقيمة فی القيّمی عند التّلف او تعذّر الوصول اليه.

و هذا القولُ منهم يُوهِمُ انّ حكم التّعذّر، حكمُ التّلفِ من جميع الجهات.

و قلنا سابقاً فی باب التّلف: انّ الاحتمالاتَ هنٰا ثلاثةٌ:

الاوّلُ: الضّمانُ يوم الغصب بالمخٰالفة.

الثّانی: قيمةُ يومِ التّلفِ.

الثّالث: اعلیٰ القَيَمِ من يومِ الغصب الیٰ يوم التّلفِ.

و اذا قلنا: انّ التعذّر، بمنزلة التّلف فی جميع الجهات، يلزم تطبيقُ هٰذهِ الاقـوالِ الثّلاثةِ علیٰ فرض التّعذّر بهذا النّحو بانّه لم‌يفرق يومُ الغصبِ فی هٰذه المسألة ای فی فرض التّعذّر **و اَمّا يومُ التّلفِ** فی مسألة التّلف، بمنزلةِ يوم التّعذّر فی هذه المسألة و اعلیٰ القِيَمِ فی باب التّلف، بمنزلةِ اعلیٰ القِيَمِ من يوم الغصب الیٰ يوم التّـعذّر فـی ضمانه بالمثل او القيمة من اَعلیٰ القِيَم من يومِ الغصب اِلیٰ يوم التّعذّر.

و هذا، تصوّرٌ و تفكّرٌ اُستُفِيدَ من باب مقارنة التّلف مع التّعذّر فی باب موجبات الضّمان فی الغصب و فی باب المقبوض بالعقد الفاسد.

والشّيخُ(ره) صَرّحَ بانّهم طرحوا مسألةَ التّعذّر والتّلف معاً و اَحْدَثَ هٰذا التّـوهمَ بالمقارنة بينهما فی الحكم **و لكنّه ليس بصحيحٍ لانّ** تعذّر الوصول، ليس مثَل التّلفِ من هذه الجهة ولو كان مِثْلَهُ فی ساير الجهات **لانّه** يصحّ ان يقال بعد التّلف: بـعدم ضمانِ اعلیٰ القِيَم **و لكن** ادامةُ التّعذّرِ من يوم التّعذّر الیٰ يوم اداء القـيمة، يـوجبُ

ضمانَ اعلىٰ القيم **و و وجه الفرق بينهما** فى ضمان اعلىٰ القيم، انّ يوم التّلف فى التّلف الحقيقىّ، يوم الانتقال بالقيمة و كان ضامناً له بالقيمة فى الذّمّة بحيث اذا امتنع المالكُ مِن اخذِ القيمةِ يُجْبَرُ عليه و يُلْزَمُ به **حيث** انّه اشتغل ذمّته بالقيمة **و امّا فى باب بدل الحيلولة** فلم يكن المالكُ ملزماً لقبول بدل الحيلولة **لانّ** البدل، ليس دَيْناً فى ذمّة الضّامن **بل** الضّامنُ فى عهدته و ذمّته، العينُ لا البدلُ والبدلُ يَحْدثُ بالمطالبة و قبل المطالبة، لم‌يحدث البدل.

بعبارةٍ أُخرىٰ، الفرقُ بينهما: انّ فى التّلف الحقيقىّ، الانتقالُ بالقيمةِ عزيمةٌ **و لكن** فى باب تعذّر الوصول، رخصةٌ **و فرق واضحٌ بين العزيمةِ والرّخصة حيث** انّ فى العزيمة، تَلَفَتِ العينُ حقيقةً والذّمّة انّما اشتغلت بحيث اذا امتنع عن قبول القيمة يُجْبَرُ عليه بخلاف باب البدل فاذا رَدّ الضّامنُ القيمةَ، لم‌يكن المالكُ مجبوراً بقبول البدل **لانّ** القيمة، لم تكن فى الذّمّة **بل،** لاينتقلُ الىٰ القيمة الاّ بالمطالبةَ و اِعمالِ قاعدةِ السّلطنة **(النّاسُ مسلّطونَ علىٰ اَمْوالِهِمْ...)** فما دام لم‌يطالب، ليست القيمة فى الذّمّة، انّما الذّمّةُ، العهدةُ علىٰ العين.

فعليه، التّوهُّمُ المستفادُ مِنْ كلماتِ الفقهاء، **لايصحّ بل** يُضْمَنُ فى باب التّعذّر اعلىٰ القِيَمِ من يوم الغصب الىٰ يومِ التّعذّر بوجهين:

الوجه الاوّل: انّ مناط ضمان القيمة فى التّلف الحقيقىّ، غيرُ مُناطِ ضمان القيمة فى باب التّعذّر يعنى: مختلفان فى نحو اشتغال الذّمّة بالقيمة فى باب التّلف والتّعذّر **حيث** انّ الضّمان فى باب التّلفِ الحقيقىّ يعنى الذّمّةُ فى باب التّلف الحقيقى، مُشتَغلٌ قطعاً و امّا فى باب التّعذّر، فلم‌تكن الذّمّة مشتغلةً بعد الاّ بعد المطالبة به فما دامَ لم‌يطالبه، لم‌تكن الذّمّةُ مشغولةً بها.

الوجه الثّانى: بروز التّناقض والتّعارض حيثُ انّ فى باب تعذّر الوصول الىٰ اَنْ يَرْفَع البدلَ، قالوا: بانّ تمام الزّيادات المتّصلة والمنفصلة والمنافع و... يضمن الضّامن بها كما فى اصل العين **فهذا** دليلُ انّ ضِمانَ العينِ بعد التعذّر، له ادامةٌ بعدُ فاذا اَدامَ ضمانُ الزّيادات المتّصلة والمنفصلة والمنافع المستوفاة و غير المستوفاة فَلِمَ لم‌يُدِمْ

ضمانَ القيمة السّوقيّة؟ فهو نوعٌ تناقضٍ.

و بملاحظة هٰذين الوجهين والدّليلين قال الشّيخ(ره): انّ مسألة تعذّر الوصول و مسألة التّلف وجدت هذا التّوهّم كما عن بعضٍ قال: «لا يُضْمَنُ اعلىٰ القيم بعد يومِ التّعذّر الىٰ يومِ دفع القيمة كما لاتُضْمَنُ بعد التّلف، القيمةُ الىٰ دفع القيمة.

و ردّه الشّيخ: بانّ هذا، تشبيهُ يومِ التّعذّر بيومِ التّلف من بعض الجهات **من حيث ايجابه** الضّمانَ **و من حيث** ايجابَه اداءَ القيمة.

و امّا فی اداء القيمة، فقيمةُ ايّ يوم **هل يمكن** دفع اعلىٰ القيم او سقوطه كما فی التّلف الحقيقيّ ام لا؟

فلنا اَنْ نقول: انّ هذا التّوهّم كان صحيحاً و يمكن لنا الجوابُ عن الايرادين المذكورين **والسّرّ فی ذلك** والدّليل علىٰ ذلک: انّ فی التّلف الحقيقيّ معنىٰ الضّمان، انّه لو تَلَفَ، يجب مثله و قيمته و مادام لم‌يطلب بعدُ، تَعَذّر الوصولُ **فلم‌يكن حينئذٍ** اعلىٰ القيم حتّىٰ اعلىٰ القيم قبل التّعذّر فی الذّمّة، يعنی كان فی نظر الشّيخ، مسلّمٌ انّ من قال: باعلىٰ القِيَم فی التّلف الحقيقيّ، يلزم القول باعلىٰ القِيَمِ الىٰ يوم التّعذّر **و غايةُ الامر،** ضمانُ زمانٍ بعد يوم التّعذّر، محلٌّ للكلام.

و نحن نقول: انّ قبل يوم التّعذّر ايضاً، لم‌يكن الضّمانُ مقبولاً فی نظرنا **لانّ** اعلىٰ القِيَم و يوم الغصب و يوم التّلف، كلّها فی مورد التّلف مادامَ لم‌يَطْلُبْ **و هٰذا حكمٌ** تعليقيٌّ بانّه لو تَلَفَ ايُّ شیءٍ، يُضْمَنُ؛

والعين فيما نحن فيه، لم‌تكن تالفةً بعدُ و كانت العينُ فی الذّمّة **والآن حيث** ادّىٰ القيمةَ تعامل العين و معلومٌ انّه يجب ردُّ قيمةِ يومِ الاداء والدّفع.

و نحن نقبل منكم: انّ نَظَرَ الفقهاء فی هذا التّشبيه، ليس باثبات اعلىٰ القِيَمِ الخاصّ **و نقبل** من الشّيخ(ره): انّ النّظر فی التّشبيه، ليس بنفی اعلىٰ القيم **حيث** انّه لم‌يكن مورداً للتّوجّه **بل** موردُ التّوجّه، اداءُ القِيَمِ كما تدلّ عليه قاعدةُ السّلطنة.

و هذا الّذی قلناه، عين المبنىٰ الّذی ذكره الشّيخُ فی باب المثل.

و عين المبنىٰ الّذی ذكره السّيّد(ره) فی باب العين.

و بهذا ظهر: انّ الدّليلين المذكورين كلاهما، غيرُ تامّين و تشبيهُ ضِمانِ القيمة السّوقيّة، بضمانِ المنافع المتّصلةِ والمنفصلةِ، **ليس بصحيحٍ لانّ الفرض،** المنافع المتّصلة والمنفصلة ليس بصحيحٍ لانّ الفرض، المنافع المتّصلة و المنفصلة و انّها فاتت و تلفت **و لكن** العينَ لم تَتْلُفْ بعدُ فِضمانُ القيمة السّوقيّة فی اعلیٰ القيم، معلّقٌ علیٰ التّلف **فبناءً عليه** المدارُ، علیٰ قيمة الدّفع **لانّ** المناطَ هنا، اِعمالُ قاعدةِ السّلطنة الّتی تقتضی ضمانَ البدلِ و يوجب السّلطنة علیٰ اخذ البدل و اخذ العوض **ولا قلتم:** انّ التعذّر هنا، بمنزلة التّلف **فكما انّ** التّلف، يوجب القولَ بالمثل والقيمةِ فكذلک فی التّعذّر **وكما انّ** فی التّلف الحقيقیّ، كان اعلیٰ القيم و كذلک فی التّعذّر؛

فبناءً عليه، ان كان الامرُ ملاحظةَ المناط، فمناطُ ضمانِ البدل، اعمالُ قاعدةِ السّلطنة **لا انّ** التّعذّر، كالتّلف يعنی التّوسعة فی قاعدة: **«علیٰ اليَدِ ما اَخَذَتْ...»** و فی القول بانّه: لو تعَذّرَ او تَلَفَ، يجب مثلُه او قيمتُه، الشّيخ(ره) تَمَسّکَ بقاعدة السّلطنة و ذَكَرَ فاعدةَ **«علیٰ اليد...» مضافاً الیٰ ذلک قلنا:** انّ تمسّک بعضٍ بقاعدةِ **«من اتلف...» و قاعدةِ:** «عَلیٰ الْيَدِ...» **لايصحّ** الاّ ان يقال: بانّ الضّمان حيث كان امراً عرفيّاً معمولاً، يدخل تحت قاعدة **«علیٰ اليد...»** كما انّ الشّيخَ اَوّلَ ظاهِرَ عبارةِ الفقهاء و جَعَلَ مناطَ الضّمانين، اِثنينِ و **حيث** كان المناطُ، اثنين فيلزم ادامة اعلیٰ القيم الیٰ التّعذّر.

و نحن نقول ايضاً بالطّريق الّذی قال به الشّيخ و اخذنا ايضاً بالمناط: **هل هنا وردت آيةٌ** و روايةٌ بهذا المضمون **بانّ** البدل، فی باب التّعذّر كالتّلف و كان عمومُ التّشبيه ام ليس كذلک؟ **بل هی،** قاعدةٌ مُسْتَنْبَطةٌ **حيث** انّكم قلتم: انّ الذّمّة، لم تكن مشغولةً بالقيمة فی تعذّر الوصول **و نحن نقول ايضاً** و نقبل هذا منكم **و لكن** انتم قلتم: بانّ ضمان العين، كانت له الادامة و لم يكن بعدُ مبدّلاً بالقيمة **فحينئذٍ،** اذا قلنا بالبدل اذا رددنا العينَ، لم يكن اعلیٰ القِيَم فی البين **حيث** كانت العينُ موجودةً، يلزم ردُّ هذا العين **فبناءً عليه،** لايحتاجَ هنا الیٰ اعلیٰ القيم و ساير الاقوال **و هنا،** انّما كانت قيمةُ يومِ الدّفع و هذا عينُ المبنیٰ الّذی قال الشّيخ(ره) به فی باب المثل و عين

المبنیٰ الّذی ذکره السّیّد(ره) فی مورد العین ولو اشکلنا علیه و قال السیّد(ره): بانّ مادام کانت العینُ باقیةً، لم‌تکن متقلّباً بالمثل والقیمة حتّیٰ فی المثلیّ والقیمیّ، یلزم و یجب ردّ قیمة الدّفع حین الدّفع و هذا، بعینه یجری هنا ایضاً.

بالجملة، کلامُ الشّیخ(ره) لایخلو عن اشکالٍ والایرادان المذکوران منه(ره) غیر تامٍّ و تشبیهُ الضّمانِ السّوقیّةِ علیٰ الضّمان بالمنافعِ المتّصلةِ والمنفصلة، لایصحّ **لانّ** الفرض انّ المنافع المتّصلة والمنفصلة، کانت فائتةً و تالفةً و غایةُ الضّمانِ، التّلفُ **و امّا العینُ** فلم‌تتلفْ بعدُ، فضمان القیمة السّوقیة لِاعلیٰ القیم للعین، کان معلّقاً علیٰ التّلف.

هذا اوّلاً و ثانیاً: اذا کانت العینُ متعذّرةَ الوصولِ و اعطیٰ الْبَدَلَ وَ مضیٰ مدّةً صار المتعذّرُ، متیسّراً ردّها.

فی حالة التّیسّر بعد التّعذّر والفرج بعد الشّدّة، تتوجّه هنا مسائلُ:

منها: انّه هل یجب علیٰ الضّامن، السّعیُ فی ردّ العین ام لایجب؟ القولُ بِعَدمِ الوجوبِ، لیس قولاً معروفاً **و لکن** تعرّضوا لاحتمال عدم الوجوب باحتمالِ انّه اَعْطیٰ البدلَ و خَرَجَ عن عهدة الضّمان بالمُبْدَلِ والآن حَصَلَ التّیسّرُ فلا یلزم السّعیُ بعد ردّ البدل والخروج عن عهدة العین.

ولکن الفقهاء، جعلوا وجوبَ السّعی فی ردّ العینِ مُسَلّماً **حتّیٰ** اذا احتاجَ الیٰ مقدّماتٍ من مؤنةٍ قلیلةٍ او کثیرةٍ فیجب تحصیلها من باب المقدّمة الواجبة و استردادها الیٰ صاحبها.

و امّا ردّ البدل مع وجوبِ السّعیِ والتّدارک، **فلا اشکال علیه کما** قال الشّیخُ(ره): بانّ معنیٰ الفراغ عن الضّمان، انّه لو تَلَفَ فی حال التّعذّر، لم‌یکن علیه الاّ البدلُ و ایضاً بناءً علیٰ ما اختاره الشّیخ(ره) من انّ فی ایّام التّعذّر، لم‌یکن علیه الاّ البدلُ و ایضاً بناءً علیٰ ما اختاره الشّیخ(ره) من انّ فی ایّام التّعذّر لیس له حقُّ مطالبةِ الْمُبْدَلِ والزّیادات المتّصلة والمنفصلة **و امّا** اذا تَیَسَّر له فلیس له حقُّ مطالبتهِ العین و لم‌یکن معلوماً عندهم **بل** مقتضیٰ دلیلِ **«علیٰ الید...»** ضمانُ العینِ وَالْمُبْدَلِ.

و هذا المطلبُ من الشّيخ(ره) ايضاً فيه مواردُ للملاحظةِ يُوجِبُ ان يكون كلامُهُ(ره) مُختلّ النّظام:

منها: اَنّ فى باب اثبات وجوب ردّ المبدل، لايَحْتاجُ الىٰ طىّ هذا الطّريق الطّويل والصّعب **حيثُ** انّ الشّيخَ(ره) تَمَسَّكَ هنا **علىٰ «قاعدة اليد»** مرّتين و وقع فى تكلّفِ انّه كيف يجوز ان يردّ البدل والمبدل مع انّ علىٰ مبنى الشّيخ كان له طريقٌ سهلٌ؟

لانّ عقيدة الشّيخ(ره): انّ مِلكيةَ الْمُبْدِلِ والبدلِ باقٍ والجمعُ بين العوض والْمعَوَّضِ، لااشكالَ فيه كما ذكرناه سابقاً.

فَمَنْ قالَ بكونِ المبدلِ مملوكاً للمالكِ فَمِنْ احكامِه، انّه مادام كانُ متعذّراً، كان له العُذْرُ و اَمّا اذا كان متيسّراً، يجبُ ردُّه اليه و هذا، من آثار الملكيّة.

فالقولُ بمالكيّة البدلِ والمبدلِ، لايكفى فى هٰذه التّكلّفاتِ **حيث** انّ من احكام الملكِ انّه لو تَيَسّرَ يلزم ردُّهُ **هٰذا اوّلاً:**

و ثانياً: اِنّ محلّ البحثِ، فى وجوب الردّ يعنى فى الحكم التّكليفىّ **و لكن** كلامُ الشّيخِ فى عنوانِ المسألة يَنْتَهِى الىٰ انّ قوله عليه السلام: **«عَلىٰ الْيَدِ ما اَخَذَتْ...»**، يدلّ علىٰ الضّمان **مع** انّ الكلام، ليس فى الضّمان حتّىٰ انّ الشّيخَ نفىٰ الضّمانَ فى المسألةِ الآتيةِ: **«و مادامَ لم يردّ العين الىٰ مالكه فهنا، مجرّد حكمٍ تكليفىٍّ»** و هذا احد الاشكالات، الموجبُ لكونِ كلامه(ره)، مختلَّ النّظامِ.

والشّيخُ(ره) بعدَ اَسْطُرٍ فيما بعدُ **قال:**

اِنّ مع تيسّرِ الوصولِ، قبل ردّ العين بعدُ، لم تكن ملكيّةُ الغرامة، زايلةً يعنى يملك الضّامنُ البدلَ ولم يَحْصُلْ ضمانُ العينِ بعدُ، و تمسّك هنا، علىٰ قاعدةِ: **«عَلىٰ اليد...»** وَ يَثبتُ الضّمانُ.

يَرِدُ علىٰ هذا التّمسّك، اشكالاتاً:

منها: انّه اِن كان الكلامُ ابتداءً فى وجوب الرّدّ و هو الحكم التّكليفىّ فكيف اقامَ الشّيخُ(ره) الدّليلَ علىٰ الحكم الوضعىّ؟

و منها: انّه(ره) نفىٰ القولَ بضمانِ الْمُبْدَلِ والدّليل الّذى اقام عليه بعد اسطرٍ.

و قال: بعدم الضّمانِ صراحةً، مادامَ لم‌ترد العين و كان هذا مورداً للتّعجّب من الشّيخ(ره) **و وجهُهُ:** انّ الّذی اَثْبَتَهُ سابقاً **كيف** ينفيه لاحقاً بعد اَسْطُرٍ؟

و منها: ما اَشْكلَ الشّيخُ به علیٰ السّيّد(ره) من انّ التّمسّک علیٰ قاعدة: **«علیٰ اليد...»** يَكفی مرّةً واحدةً **و هذا، ايرادٌ نظریٌّ و لكن الّذی** قلنا من الاشكالين السّابقين، راجعٌ الیٰ كيفيّة تأليفِ المسألة و راجعٌ الیٰ ظهورِ المسألة و خروجها **و لعلّ هذا** حَدَثَ من اختلاف النّسخ **و الّا** لاتنبغیٰ نسبة هذا الاشكال البيّن الیٰ الشّيخ(ره).

حاصل الكلام و خلاصة كلامه(ره): انّه(ره) قال بوجوب ردّ البدل و امّا اذا رَدَّ البدل فمعناه انّه لو تلفت العينُ، هذا بدله و ليس ضماناً جديداً **و هٰكذا،** الزّيادات المتّصلة والمنفصلة **فبناءً عليه،** مقتضیٰ قاعدة **«علیٰ اليد...»**، الضّمانُ **و قلنا فی جوابه اوّلاً:** انّ مسألة وجوب الردّ، مسألةٌ سهلةٌ علیٰ مبنیٰ الشّيخ و لا حاجة الیٰ اطالة الاستدلال والورود فی التّكلّفات **لانّ** الفرض علیٰ مبنیٰ الشّيخ(ره)، انّ المبدلَ، باقٍ علیٰ ملكيّة المالک و اذا تيسّر وصوله يجب ردّه ولايحتاج الیٰ اكثر توضيحٍ، **هذا اوّلاً:**

و امّا ثانياً: انّه(ره) عَنْوَنَ فی ابتداء البحث، وجوبَ الردّ و فی آخر المسألة، الضّمانَ و اَقامَ الدّليلَ علیٰ الضّمان.

و ثالثاً: انّ الضّمان ايضاً، لم‌يكن موردَ قبوله(ره) و نفاه بعد اَسْطُرٍ.

و رابعاً: الاشكالُ علیٰ السّيّد(ره) فيما تَمَسّکَ بقاعدةِ **«علیٰ اليد»**، كافٍ مرّةً واحدةً و لايحتاج الیٰ تكرارها.

قلنا: انّ فی باب بدل الحيلولة، حالاتٌ مختلفةٌ بحثنا عن بعضها:

منها: ما قلناه سابقاً انّه اذا اَعْطیٰ البدلَ الیٰ المالک، يخرج عن ضِمان العين موقّتاً بمعنیٰ انّه لايَضْمِن الزّيّاداتَ المتّصلةَ والمنفصلةَ والمنافِعَ حتّیٰ لو تلفت العينُ الّتی كانت متعذّرةَ الوصول، ليس له ضمانٌ جديداً و يستقرّ ملكُ المالكِ علیٰ البدلِ بطّاً و جزماً و لامطالبةَ للْمُبْدِل **حينئذٍ لانّ** الفرض، انّ المالکَ اَخَذَ بدلَ المبدلِ و اَخَذَ

عوضَ المنافع و اَخَذَ عَوضَ الزّيادة المتّصلة والمنفصلة.

بِعبارةٍ أُخرىٰ،كان جميعُ شؤنِ العينِ متداركاً فليس ضمانٌ اصلاً بعد اعطاء البدلِ حتّىٰ لوتَلَفَتِ العينُ فلا حُكْمَ هنا **و انّما حكمه** انّه تستقرّ ملكيّةُ المالكِ علىٰ البدلِ و هٰذا قد سَبَقَ منّا.

و فى مقابل هذا الفرض، فرضٌ آخر واحتمال آخرُ و هو ما اذا لم يُؤْتِ البدلَ الىٰ المالک بعدُ **قلنا هنا ايضاً:** انّ حكم انتقال ضمان العين بالبدل، كان فيما اذا عَمِلَ بالحكم يعنى اذا اَعْطىٰ الضّامنُ القيمةَ و قَبِلَها المالکُ و مٰادامَ لم‌يَعْمَلْ به، فمجرّد الحكم بوجوب القيمة، ليس مثل نفس العين **حيث** انّ مجرّدَ الحكمِ بوجوب القيمة، كان دليلَ تحوّلِ العين بالقيمة و كان دليلاً علىٰ كون الذّمّة، مشغولةً بالقيمة دون العين، والذّمّةُ منتقلةٌ من العين الىٰ القيمة **ولكن** سنخ وجوب اداء القيمة ليس علىٰ سنخٍ يوجِبُ تحوّلَ الضّمان **بل** مادامَ لم‌يُعطِ القيمةَ، كان ضِمانُ العين باقيّةً بعدُ.

و رتّبنا علىٰ هذا: انّه و لو كان تعذّر وصول البدلِ حاصلاً **و لكن** الزّيادات المتّصلةُ والمنافعُ لترقّى القيمة السّوقيّة بناءً علىٰ اعلىٰ القيم، كُلُّ ذلکَ مضمونٌ بخلاف الفرض السّابق يعنى فرض اعطاء البدل... **فبناءً عليه** فى الفرض الّذى لم‌يُعطِ البدل ولو وجب اداء البدل، كان ضمانُ العينِ باقياً بعدُ.

و امّا الحالةُ الثّالثةُ فهى حالةُ تعذّر الوصولِ الىٰ العين و وجوب اداء البدل و قبول المالک البدلَ، عوضَ العين **و لكن** حَصَلَ بعد تعذّر الوصول، تيسّره **و هذه الحالةُ**، لها احكامٌ:

منها: انّه يجب السّعىُ فى ردّ العين الىٰ المالک وقد تقدّم البحث عنه اجمالاً حتّىٰ قلنا: اذا اِحتاجَ ردُّ البدلِ الىٰ اعمالِ مقدّماتٍ من باب ما لايتمّ الواجب الاّ بها، يجب العملُ بهذه المقدّمات وقد سَبَقَ البحثُ عنها.

و منها: انّ بدليّة البدل من الْمُبْدَلِ فى عرفِ العادةِ كبدليّة المٰالک، من المالک، كان مادامیّاً ولو كان مُتَضمّناً للنّقل والانتقال فى الحقيقة **و لكن** كان ذلک النّقل والانتقال، عَرَضيّاً ثانويّاً و فى الحقيقة والابتداء، قام مالکٌ، مكانَ المالک و قام المملوکُ

مكانَ المملوكِ **و هذا غيرُ** ما وَرَدَ بيعٌ علىٰ عينٍ اعتبرت هذه العين الّتی هی مـالُ الغير، للغير مثل عمروٍ و كان النّقلُ بالذّاتِ وابتدائيّاً، لا بالعرض، فحُكمُ ما كان النّقلُ ابتدائيّاً غير الموارد الّتی كان النّقلُ فيها ثانويّاً من قيامِ مالكٍ مكانَ مالكٍ آخـر و قيام مملوكٍ مكانَ مَمْلوكٍ آخرَ و كان النّقلُ والانتقالُ ايضاً قهراً و طبعاً لا انّه حَصَلَ نقلٌ و انتقالٌ ابتداءً **فبناءً عليه**، يكون بينهما فرقٌ اعتباراً وَ اوجَدَ الحالةَ المـادامـیّ، علىٰ العينِ **و هذا كذلك** فی التّلف الحقيقیّ فاذا اَخَذَ المالكُ العوضَ فيما اذا كان التّلف حقيقيّاً ثمّ صارت موجودةً بقدرة الله و قذفه البَحر الىٰ السّاحل فيأخُذُ المالكُ عينَ مالِه و يستردّ بدلَ مالِه للضّامن **والآن** كان الكلامُ فی حكم الحالة المادامیّ و انحصار البحث والتّحقيق عنه.

و بالجملة، قد بحثنا عن ثلاثَ مسائلَ: فرض اعطاء البدل و فرض قبل اعطاء البدل و هذان الفرضان، فيما اذا حصل التّعذّر و كانت له الادامة و امّا الفرض الثّالث فهو التّعذّر بتبدّلٍ الىٰ التّيسر فعليه احكام **منها:** يجب علىٰ الغاصب الضّامن، السّعی فی استرداد العين الىٰ المالک و قد تقدّم البحث عنه.

و منها: ما اذا حَصَلَ التّيسّر للعين، يقع البحث فی انّه بمجرّد حصول التّيسّر هل يتغيّر الوضع؟ و انّه لايكون المالک، مالکَ البدل والغرامة من تاريخ التّيسّر **حيث** اِنّ البدلَ، انّما هو فی صورة التّعذّر و كان فيما اذا صَدَقَ عليه، لا اقل، التّلف الموقّت والتعذّر؟ و اذا تبدّل التّعذّر الىٰ التّيسّر فصار ردُّهُ الىٰ المالكِ ممكناً فلا دليلَ حينئذٍ للقول بكونه مالكاً للبدل بعد التّيسّر؟.

بالجملة، هنا ای فيما اذا حَصَلَ التّيسّرُ بعد التّعذّر، بعدَ اِعطاءِ البدل و كان المالكُ، مالكاً للبدلِ، وجهان:

الوجه الاوّل: انّه يتغيّر الوضع بمجرّد حصول التّيسّر و لم‌يكن المالكُ، مالكاً من هذا التّاريخ، مالكاً للبدل والبدلُ يَنْتَقِلُ الىٰ ملكِ الضّامن؛ والضّامنُ، كـان ضـامناً للعين من زمانِ تيسّرِ الوصول بمثله او قيمته يوم الغصب او يوم التّلف او اعلىٰ القيم علىٰ الاقوالَ الّتی ذكرناها فی التّلف.

غاية الامر، اذا قلنا بهذا الاحتمال و قلنا انّه ضِمانٌ جديدٌ **فمن المعلوم** انّ الضّمان الجديد هنا، غير يومِ الغضبِ و غير يوم الضّمان **بل** يومَ تيسّر الوصولِ فكان تاريخ يوم الغصب هنا، يومَ تيسّرِ الوصولِ لا اليوم الّذى غَصَبَ العينَ.

الوجه الثّانى الّذى اختاره الشّيخ: انّ الوضع لاتغيّر بعد التّيسّر و مالكُ البدل والغرامةِ، كانَ باقياً عليه و لم‌تخرج الغرامةُ عن ملكه و باقيةً بعدُ **لانّ** اخذَ المالكِ البدلَ، ليس لاجل عدمِ قدرة الضّامن لِلْمُبْدَلِ و عدمِ التّيسّر **بل** اخذُ البدلِ، من باب كونه محروماً من العين و انّه انقطعت سلطنته علىٰ العين يعنى كان المالكُ مُسَلّطاً علىٰ التّصرّف فى عينه و كان مالكاً لعينه و كانت عينُه مالاً له و كانت هنا، الملكيّةُ باقيّةً بعد التّيسّرِ **و لكن** زالت سلطنتُهُ علىٰ العين والبدلُ، عَوضُ السّلطنةِ الزّائلةِ والفائتةِ **و مجرّدُ انّ** الغاصب الضّامن، كان قادراً علىٰ استرداد العين، لا يُغَيّرُ حاليّةَ المالكيّةِ **و هى** انّه به صار مستحقّاً لمالكيّة البدل **و تلك الحالةُ**، لاجل محروميّته عن سلطنته علىٰ عينه والمحروميّةُ كانت باقِيّةً بعدُ **ولايلزم من ذلك**، الجمعُ بين العِوَضِ والْمُعَوّضِ **حيث** تَيَسّرَ الوصولُ الىٰ عينه و كونه مالكاً للبدل ايضاً **و هذا معنىٰ الجمع بين العوض والمعوّض لانّ** بدلَ الحيلولة، ليسَ بدلاً عن العين و بدلاً عن مالكيّته للعين **لانّ** العينَ موجودةٌ و باقيّةٌ و لايكون بدلاً عن مالكيّتها **لانّ** الفرض انّ ماليّتها ايضاً محفوظةٌ **بل** كان بدلاً عن السّلطنة الفائتة و كانت المحروميّة عن السّلطنة، باقيّةً بعدُ فليس هذا، جمعٌ بين العوض والمعوّض **فاذا** شككنا هنا، يجرى استصحابُ بقاءِ الحالةِ اَلْاُولىٰ **و توضيحة، انّ المالك** كان مالكاً للبدلِ و مالكاً للغرامةِ و شككنا فى قدرة الضّامنِ علىٰ الاسترداد يعنى يُشكّ فى كون تعذّر الوصول علّةً محدّثةً و مبقيةً ام كانت علّةً محدثةً؟

و منشأ هذا الشّك: انّ نَحْوَ عليّة تعذّرِ الوصولِ هل هو مثلُ عليّة التّغيّر علىٰ الماء المتغيّر **فيستصحب بقاء الحالة الْاُوْلىٰ** ام لا؟

والشّيخ(ره) بناءً علىٰ هذا، ذَكَرَ مَطلبين:

المطلب الاوّل: انّه قال(ره): **الحقُّ انّ المالكيّة علىٰ الغرامة، كانت محفوظةً و**

دليله، الاستصحابُ.

المطلب الثّانی: انّه لايلزم الجمع بين العوض والمعوّض **لانّ** البدلَ، ليس بدلاً من العين و لابدلاً عن مالكيّة العين ولا بدلاً عن ماليّتها **بل** كان بدلاً عن سلطنته علىٰ العين والفرض انّها لم‌تكن موجودةً بعدُ، **هذا خلاصة كلام الشّيخ(ره).**

يرد علىٰ الشّيخ(ره): بانّ علىٰ مبنائنا، ليست السّلطنةُ، منشأً لِلْبَدلِ عن السّلطنة الفائتة عن المالک **بل البدلُ،** بدلٌ عن العينِ الْمُبْدَلِ **لانّ** قاعدة «علىٰ اليد...» مربوطةٌ بالعين كساير ادلّة الضّمانات الّتی مربوطةٌ للعين فان كان بدلاً عن العين فالقاعدة، تَقْتَضِی انتقالَ ملكيّة البدلِ الیٰ الضّامن و مجرّدُ المحروميّة، غير كافيّةٍ فی مالكيّة البدل فَلِم لم‌يكن فی مواردَ كانت متيسّرةَ الوصول من الاوّل و لم‌يتعذّر بعدُ، حُكْمَ بدلِ الحيلولة كما اذا كانت العينُ مغصوبةً و كانت متيسّرةَ الوصولِ اليها و كانت العينُ المغصوبةُ فی داره مثلاً بحيث كان المالک محروماً مدّةً فی التّصرّف فی عينه ثمّ يُسلّمُ اليه بعدَ سنةٍ مثلاً فلم‌يحكموا هنا بالبدل مع انّه كان محروماً عن السّلطنة علىٰ عينه مدّةً؟

و بالجملة، انّ مسألة الانتقال الیٰ البدل، كان حُكْمَ التّعذّر **من حيث** انّ التّعذّر كالتّلف و لو موقّتاً فاذا غُيّرتْ هٰذه الحالةُ و كانت متيسّرَ الوصولِ، كيف يجوز القولُ بحفظ مالكيّة المالكِ علىٰ البدل؟ مع انّهم لم‌يقولوا بالبدل فيما اذا كانت العينُ مغصوبةً و كانت مدّةً فی يد الغاصب، متيسّرَ الوصول اليها **و قالوا** بردّ العين **و حيث** كانت هنا الشّبهة قال الشّيخ(ره): بجريان الاستصحاب فی موارد الشّكّ **و لكن** يرد هنا: انّ الاستصحاب انّما، يجری فی مواردَ الادلّةِ الاجتهاديّةِ و ادلّةِ الضّمانات ولا يُجْدِی فی مواردَ يكون دليلها، العرف و عاداته.

الوجه الثّالث: قد ذكرنا الوجهين فيما ذكر الشّيخ(ره) فيما اذا حَصَلَ التّيسّرُ بعد التّعذّر بعد اعطاء البدل و كون المالک، مالكاً للبدل.

هنا وجهٌ ثالثٌ و هو انّ الضّامن، يجب عليه ردُّ الْمُبْدَلِ **و لكن** ليس له حقُّ مطالبة الغرامة و لايستردّ البدل و كان للمالک البدل والمبدل.

و وجهه، انّ البدل بدلٌ عن المحروميّة عن السّلطنة فى ايّامِ الحرمان والفرض انّ المحروميّة قد وَقَعَتْ يعنى اخذُ البدلِ لاجل عدم وجوب انتظار المالک لحصول العين، فمالكيّته للبدل لاجل المحروميّة مدّة فى عينه والمحروميّة ايضاً اتّفقت وقد وقعت والواقع لاينقلب عمّا هو عليه فاذا ردّ الضّامن، المبدلَ لايجوز له استردادُ البدل **لانّ** المحروميّة قد وقعت و كانت واقعةً **كما انّ** وجه الاجارة قد يقع فى مقابل السّكنىٰ فاذا تحقّقت السّكنىٰ يجب ردّ وجه الاجارة فيجب ردّ العين و وجه الاجارة كلاهما.

فبناءً عليه، يجب تحصيل العين و ردّها الىٰ مالكها و لايجوز له استرداد البدل.

قال الشّيخ(ره): انّ هذا الاحتمال، ضعيفٌ الىٰ الغاية جدّاً **لانّ** البدل، لم‌يكن بدلاً عن محروميّة مدّةٍ كان محروماً عن التّصرف فى عينه **بل** كان بدلاً عن مطلق السّلطنة يعنى كانت السّلطنةُ، بدلَ السّلطنة فالمحروميّة ان كانت الىٰ الابد فالبدليّة ايضاً كانت الىٰ الابد و ان كانت المحروميّة الىٰ مدّةٍ، كانت البدليّة الىٰ هذه الماليّة المحروميّة منه فهو بدلٌ من مطلق السّلطنة لا عن السّلطنة الموقّتة.

ولا يخفىٰ انّ هذا الاحتمال كما قال الشّيخ، ضعيفٌ فى الغاية **و لكن** ضَعْفُهُ علىٰ المبنىٰ الحقّ **و امّا علىٰ مَبنى** الشّيخ(ره) فى باب بدل الحيلولة، ليس ضعيفاً فى الغاية **لانّ الشّيخ(ره)** صَرّحَ بانّ البدل، لم‌يكن بدلاً عن العين **بل** بدلاً عن السّلطنة المحرومة منها **والشّيخ(ره)** لم يقل و لم‌يصرّح بانّ السّلطنة علىٰ البدل كانت سلطنةً علىٰ الْمُبْدَلِ **بل** كانتِ العينُ نَفْسُها بدلاً عن السّلطنة **يعنى** جعلُ الشّيخ(ره) السّلطنةَ بدلَ السّلطنةِ، فهو كان له وجهٌ **و لكن** قال الشّيخ(ره): انّ نِيابَةَ سلطنةٍ عن سلطنة كانت مستلزمةً لمالكيّة العين سواءٌ كان حين التّصرّفات المتوقّفة علىٰ الملک او من الاوّل؟ و اختار الشّيخ(ره): انّه من الاوّل.

بالجملة، قولُ الشّيخ فى كونه ضعيفاً فى الغاية **لاجل** انّ اشكال الجمع بين العِوَض وَالْمُعَوّضِ، كان احسّ و هو خارجٌ عن ادلّة الضّمانات قطعاً **لانّ** ادلّةَ الضّمانات، لاجل نفى الغرامة والخسارة لا اريدَ من الخسارة، نحن نقول فيه انّ:

هذا المطلب، كان من الاوّل ايضاً، **غاية الامر**، قول الشّيخ بين العوض والمعوّض فی الابتداء كان فی صورة تعذّر الوصول و لم‌يكن الجمع بين العوض والمعوّض بهذا الوضوح **بعبارةٍ اُخرىٰ** قول الشّيخ(ره) بتضعيف ما فی النّهاية مبنیٌّ علىٰ كون مسألة الجمع بين العوض والمعوّض و امّا مسألة التّعذّر والتّيسّر لا دخالةَ فی هٰذه المسألة.

مسألةٌ: هل يجوز حبس العين و حفظها حتّىٰ اخذ البدل من المالك ثمّ ردّها الىٰ مالكها او لَهُ حبسُ العين و حفظها حتّىٰ تسلّمها الىٰ مالكه حين تسلّم البدل من المالك ام ليس كذلك بل كانت وظيفته، ردَّ الْمُبْدَلِ الىٰ المالك ثمّ تَسَلّم الْبَدَلَ منه؟

قال الشّيخ(ره): ليس له حبسُ العين و مطالبةُ البدل من المالك حتّىٰ يستردّ الْمُبْدَلَ الىٰ مالكه بعد اخذ البدل او اخذه مقارناً مع اخذ المبدل **بل** يجب علىٰ الضّامن تحصيلُ العين و ردُّها اليه و استرداد البدل من المالك.

ثمّ صَرّحَ(ره) انّ هذا، ليس حُكماً مربوطاً بباب المعاوضة **لانّ** الفرض، انّه مالكٌ للعين والبدل **اللّهمّ الاّ** ان يُقالَ: انّه صُوّر هنا نوعُ معاملةٍ بنحو اَنّ السّلطنة علىٰ البدل، بدلُ السّلطنةِ علىٰ الْمُبْدَلِ و من هذه الجهة، كانت معاوضةٌ فى البين **فله** حبسُ المبدل **لاجل** اخذ سلطنة البدل من المالك.

و نحن لاجل توضيح كلام الشّيخ (ره) نُقدّمُ مقدّمةً و هى انّه هنا كان حكمٌ مختصٌّ بباب المعاملات والمعاوضات و ليس هذا حكمَ كلّ الاموال خرج عنها باب المعاوضات، مثلاً اذا كان لزيد فى ذمّة عمروٍ ديناً و كذلك لعمروٍ فى ذمّة زيد ديناً فلا ارتباط بين هٰذين الدّينين و كاناً حكمين مستقلّين بحيث يجب علىٰ كلّ واحدٍ منهما ردُّ دينه و كانا تكليفين مستقلّين كما اذا كان فى ذمّة الانسان صومٌ و صلاةٌ و لايجوز حبس احدهما فى مقابل الآخر **الاّ** علىٰ شرائط التّقاص فيما اذا امتنع اَحَدُهمٰا من اِعطاء دينه والفرض انّ الكلام ليس فى بحث التّقاص **بل** كانا كلاهما، فى مقام ردّ الدّين **و لكنّ** الكلام هنا انّه يلزم التّقارن بينهما او يجوز تأخّرُ فى‌البين؟

الحقّ فى المسألة انّه يلزم عملُ كلّ واحدٍ منهما علىٰ تكليفهما من دون مراعاة التّقدّم والتّأخير **الاّ ان** يمتنع اَحَدُهمٰا عن ردّ ما فى الذّمّة و حَصَلَ شرائطُ التّقاص الّذى لا اختصاص لهذا المال الّذى فى ذمّة احدهما.

هذا، بخلاف ما فى باب المعاوضات **حيث** قالوا: يتقابضان معاً و يتردّان معاً **و لايجوز لاحدهما** حقُّ مطالبة التّقدّم حتّىٰ قالوا فى باب النّكاح: انّ الصّداقَ ولو لم‌يكن عوضاً و لم‌يصدق مفهومُ المعاوضة فيه، مع ذلك للزّوجة ان تمتنع من تسليم

نفسها حتّیٰ تقبض الصّداق.

انّما الاشكالُ و منشأهُ انّ: التّغريم **هل** يدخل فی باب المعاوضات ام ليس بابه، بابَ المعاوضات ولو كان فيه نوعُ معاوضةٍ؟ مثلاً قالوا: انّ الرّبا يجری فی كلّ المعاوضات فی المكيل والموزون علیٰ ایّ نحوٍ بعنوان الهبة المعوّضة والمصالحة والبيع والشّراء بازيدَ منه و كان حراماً **حيث** يصدق الرّبا **و مع ذلك** قال بعضٌ من الفقهاءِ انّه، لامانع من الرّبا فی الغرامات **حيث** انّ الغرامات، ليس بابها باب المعاوضة و لو كانت عوضاً **و لذا** ذكر المحقّق(ره) فی الشّرايع فی باب الاجارة: «**لو اَتْلَفَ ثوباً** كانت قيمته درهمين و صالَحَهُ علیٰ درهمٍ، صحّت المعاوضة».

«**والسّيّد** فی ملحقات العروة فی باب الرّبا صرّح بانّ الرّبا فی باب الغرامات والضّمانات، لا مانع منه».

و معلومٌ ان الضّمانات لهاجهتان: جهةُ المعاوضة فيها بملاحظةٍ و عدمُهٰا بملاحظةٍ اُخریٰ، **و يقع البحثُ** حينئذٍ، انّ ایّ ملاحظةٍ اقویٰ من اُخریٰ **هل** يكون فی الضّمانات مفهومُ المعاوضة و تجری فيها احكامُ المعاوضات و من احكامها، لزوم التّردّد و عدم سبق احد الردّين علیٰ الآخر، ام ليست الضّمانات من قبيل المعاوضة الاختيّاريّة بل معاوضةٌ قهريّةٌ حَكَمَ بهٰا الشّارعُ؟ بانّ العينَ اِنْ كانت باقيّةً، يلزم ردُّ العين **و حيث** لم‌تكن العين موجودةً فَحَكَمَ الشّارعُ بالبدل فليست الحالةُ الّتی موجودةً فی المعاوضات، موجودةً هنا؟

و هذا هو الاقویٰ لانّ عمدةَ ادلّةِ الاحكام فی المعاوضات مبنیٌّ علیٰ العهد والقرار والعملِ بمفهومِ العقد والوفاءِ به و هی سابقةٌ علیٰ العقد.

والفرض انّ: فی مفهوم العهد والبناء، ليست علیٰ كلّ واحدٍ من المتعاقدين مزيّةٌ و حقّ التّقدّم **بل** مفهومُه مبادلةُ العوضين والقولُ بتقدّمِ اَحَدِهمٰا علیٰ الآخرِ، خلافُ العهدِ والعقد **و بالجملة**، الحكمُ بانّ المتعاقدين، يتردّان معاً، لازمُ المعاملةِ والمقاولة والبناء علیٰ العقد.

فعليه، ان كان بَيْنَ المتعاقدين، معاوضةٌ من دون مقاولةٍ مثل الصّلح القهریّ الّذی

اِلْتَزَمَ الفقهاء عليه فى مواردَ و مثل الغرامات الّتى كانت محلاً للكلام هنا، فلم يأتِ المطلبُ السّابقُ فى هذه الموارد.

و علىٰ هذا قال الشّيخ(ره): ليس له حبسُ العين اوّلاً حتّىٰ يأخذ العين.

و وجهه: انّ عقيدةَ الشّيخ(ره) فى باب بدل الحيلولة انّ المالک، جَمَعَ بين العوضِ والمعوّضِ والبدلِ والْمُبْدَلِ فى الملكيّة و ليس هذا من موارد المبادلة والتّراد فى مقام البيع والشّراء فيمٰا اذا كان كلُّ واحدٍ منهما مالكاً للمبيع او العوض.

و من المعلوم فيما اذا كان المالکُ مالكاً للبدلِ والمبدل، لايجوز حبسُ احدهما و ردّ الآخر فليست هٰذه المسألةُ من صغريات باب المعاوضة **و علىٰ هذا،** المبنىٰ، لايشمل معاملةً **لانّ** الفرضَ انّ المالک، مالکٌ للعينِ والبدلِ فلم يصدقْ مفهومُ المعاوضةِ هنٰا.

اللّهمّ الآ آنْ يقالَ: بانّه يصحّ صدقُ المعاوضةِ مع كونه مالكاً للبدلِ والمبدلِ باعتبار صدق السّلطنتين **حيث** كان المالکُ مسلّطاً علىٰ العين قبل المعاملة **والآنَ،** كان محروماً منها **و لكنّ** السّلطنةُ علىٰ البدل كان بدلاً من سلطنة علىٰ المبيع فحصلت المعاوضةُ بين السّلطنتين فالسّلطنةُ علىٰ البدل عوضٌ عن السّلطنةِ عن الْمُبْدَلِ **عليهٰذا،** يجوز للضّامن، حفظ الْمُبْدَلِ حتّىٰ يأخذ السّلطنةَ علىٰ البدل من المالک **فله** ان يحبس المبدلَ **لانّ** حبسَهُ، متضمّنٌ لحبس سلطنتهٰا و لحبس المعوّض.

و قال الشّيخ(ره): و مع ذلك ليس له حقُّ الحبسِ يعنى مع حصول مفهومِ المعاوضة فيمٰا اذا كان اِعطاء البدلِ من باب المعاوضة بين السّلّطنتين والفرض انّ حكمَ الْمعٰاوضةِ، التّرادُّ معاً **و لكن مع ذلك،** ليس حكمُ المعاوضةِ هنا والشّيخ(ره) لم يذكر وَجْهَهُ **و لكن يمكن** ان يقال: انّ وَجْهَهُ امرانِ:

الوجهُ الاوّلُ، الوجهُ الّذى قلناه فى اوّل البحث و هو انّ عمدة الدّليل الّذى قالوا فى باب المعاوضات للتّرادّ معاً، هو دليلٌ مبنىٌّ علىٰ المقاولة يعنى يستفاد هذا، من مقاولةِ الطّرفين فى التّراد، والملكيّةُ اِنْتَزَعَتْ من التّحويل الدّائمىّ بين العوضين **فبناءً**

عليه، ليس تعهّدُ احدِهما، تحويلَ شيءٍ مُقَدّماً علىٰ الآخر فلازمُهُ، التراّدّ معاً **حيثُ** لاترجيح بينهما فی البين، هذا مطلبٌ مبنیٌّ علىٰ المعاوضةِ.

و اَمّا المعاوضةُ الّتی تحقّقت من دون اِبْتِناءٍ علىٰ المقاولةِ مثل موارد الصّلح القهریّ و باب الضّمانات، فلم يأتِ هنا حكمُ المعاوضةِ الاختيّاريّةِ لِما ذُكِرَ توضيحُهُ سابقاً **و لكن لم يُعْلَمْ** مِن كلامِ الشّيخ(ره) اَنْ يَكُونَ مرادُه هٰذا الوجه ولم‌تدّلْ قرائنُ من كلامه عليه.

الوجه الثّانی: انّه لامجالَ من القول بعدم جواز حبسه ولو قلنا بانّه نوعُ معاوضةٍ **لانّ** الشّيخ(ره) قال: اذا تَيَسّرَ الوصولُ بعد التّعذّر و بعد رفع البدلِ هل تُسْلَبُ مالكيّةُ المالک علىٰ البدلِ بمجرّد التّيسّر؟ **و هل يملك الضّامنُ**، البدلَ **حينئذٍ** و يَضْمَنُ علىٰ الْمُبْدَلِ جديداً ام ليس كذلک **بل** تبقىٰ مالكيّةُ المالک علىٰ البدلِ ما لم‌يردّ الضّامنُ العينَ؟

والشّيخ(ره) اختار الثّانی، يعنی اِختار الشّيخُ: انّ بعد تيسّر الوصولِ و ان كانت وظيفةُ الضّامنِ تسليمَ العين الىٰ المالک **و لكن** مادامَ لم يُسَلّمْها الىٰ المالک تبقىٰ مالكيّةُ المالكِ علىٰ العين و كان مالكاً للبدلِ ايضاً **فَعُلِمَ** منه انّ:

اداءُ العينِ شرطُ ملكيّةِ البدلِ و مادام لم يردّها الىٰ المالكِ، لايَمْلِكُ البدلَ **فاذا كان** غيرَ مالكٍ للبدلِ **الاّ بعد تسليم العين** فلماذا يحبس العينَ فی الموارد الّتی كان له الحبسُ فيما اذا كان للحابس حقٌّ ثابتٌ يحبس فی مقابلِ استيفاء هذا الحقّ؟ **و لكنّ** المفروضُ هنا: انّ الحقّ يأتی بعد التّسليم والحقّ الّذی يأتی بعد التّسليم، لايُمْكِنُ حصولُهُ قبلَ التّسليمِ و هذا، يُستفادُ من كلام الشّيخ(ره).

فَتَحَصّلَ ممّا ذكرناه انّ: للضّامنِ بعد تيسّرِ الوصول هل له حبسُ العينِ حتّىٰ يأخُذَ البدلَ مُقدّماً او مقارناً؟

و بعبارةٍ اُخرىٰ: هل يأتی حُكْمُ المترادّانِ هنا ام لا؟

قلنا: انّ هنا مُلاحِظَتانِ:

اَلأُوْلىٰ: انّ البدلَ والمبدلَ **حيث** كانا ملكَ المالكِ **فليس هذا** من صغرياتِ

المعاوضة.

الثّانيّةُ: انّ البدلَ، كان بدلاً للسّلطنةِ و لو كان له مفهومُ المعاوضةِ **و لكن** حكـمُ المعاوضةِ، الّذى قالوا به من التّرادّ معاً، انّما كانَ حكماً متعلّقاً علىٰ المعاوضات الّتى مبنيّةٌ علىٰ المقاولة **و هذا،** يُسْتَنْبَطُ من معنىٰ المقاولةِ بالشّرح الّذى قلناه **و امّا فى المعاوضات** الّتى تتحقّق قهراً و لم‌تكن مبنيّةً علىٰ حكم الشّرع والمُـقٰاولةِ، فـليس الحكمُ هنٰا **و امّا فى المعاوضات** الّتى تتحقّق قهراً ولم‌تكن مبنيّةً علىٰ حكم الشّـرع والمُقٰاولة، فليس الحكمُ هنٰا من قبيل ما يترادّان معاً **ولذا نرىٰ** فى مثل الصّداقِ الّذى لم‌يكن فيه مفهومُ المعاوضَة، قالوا: للزّوجةِ ان يمتنع من تسليمِ نفسَها حتّىٰ تأخذ الصّداقَ.

علىٰهذا: هٰذا الوجهُ ولو كان متضمّناً للمعاوضة و يُتَخَيّلُ فى بٰادِى النّظر، جريانُ حكمِ المعاوضات هنٰا **و لكن،** لم‌يجر اِمّٰا لاجلِ ما قلناه من انّه حكمٌ قهرىٌّ شرعىٌّ او لاجلِ مبنىٰ الشّيخ من انّ مالكيّةَ المالكِ للبدلِ، كان باقياً حتّىٰ يأخـذ الْـمُبْدَلَ، و لامجٰالَ علىٰ هذا المبنىٰ، التّرديدُ الّذى يُستفادُ من الشّـيخ فـى المسألة **حـيثُ** انّ اللاّزمَ القطعىّ لهٰذا المبنىٰ، انّه ليس الحبسُ حتّىٰ يأخذ العينَ.

و امّا بناءً علىٰ ما ذكرنا من انّه ليس هنا، الجمعُ بين العوضِ والْمعَوّضِ وَ مَنْ كانَ مالِكاً لِلْمُعَوّضِ، كانَ مالكاً للبدلِ.

فعليه، كانت شبهةُ الْحَبْسِ، اقوىٰ مِن مَبنىٰ الشّيخ **و لكن** يأتى المذكور، هنا بانّ حكم باب المعاوضات، انّما هو فـى مـواردَ المـعاوضات الاخـتياريّة و امّـا فـى المعاوضات القهريّة، فلايأتى الحكم المذكور.

مسألة: قال الشّيخ(ره): انّه اذا تَيَسّرَ الوصولُ الیٰ العينِ بعد اعطاءِ الحيلولةِ و اَرادَ الغاصبُ ان يَستَرِدَّ العينَ **هل له حقٌّ حبس العينِ** و ردُّها اليه بعد مطالبة البدل و اخذه؟

قال الشّيخ(ره) فی جوابه: انّه ليس له حبسُ العينِ **ثمّ** بَحَثَ(ره) من انّه لو قلنا بجواز الحبس و جَرىٰ فيه حكمُ المعاوضاتِ، تقع هنا مسألتانِ:

اَلْاُوْلیٰ: انّ الحبس هل يُحْسَبُ غصباً ام لا؟

الثّانية: انّه هل يوجب الضّمانَ ام لا؟

نظر الشّيخ(ره): انّ الحبسَ، ليس بغصبٍ و انّه لايُوجِبُ الضّمانَ اَمّا عدم كونه غصباً علىٰ مبنىٰ الشّيخ(ره) فهو انّه كان حبساً بحقٍّ **حيثُ** قال(ره) بجواز الحبس و اذا جاز الحبسُ، فهو ليس بغصبٍ **حيثُ** لم‌يكن فيه تعدّياً لحقّ الغيرِ **حيث** قالوا: **«انّ الغصبَ، الاستيلاءُ علىٰ مالِ الغير عدواناً والفرض انّه لم‌يكن الحَبسُ، عدواناً بل الحبسُ، بالحقّ فلايجرى فيه احكامُ الغصبِ» و لكن** مع ذلک، يُوجِبُ الضّمانَ **لانّه** قَبَضَ لمصلحةِ نفسه ولم‌يكن مُحسِناً.

كما فی الوديعة: **«ما علىٰ المحسنين من سبيلٍ»**[1] ولو كان الحبسُ بحكمِ الشّارعِ **و لكنّ الحكمَ** التّكليفیّ، لايكون رافعاً للحكم الوضعیّ و لايكون رافعاً للضّمان.

و لذا قالوا فی باب الضّمانات كُلّها: **اذا قَبَضَ مالَ الغيرِ و لو بجوازِ مصلحةِ نَفْسِهِ، لايُوجبُ اَنْ يَرْفَعَ الضّمانَ.**

بعبارةٍ اخرىٰ: الامانةُ المالكيّةُ، تُنافِی الضّمانَ **و لكنّ** الاماناتَ الشّرعيّةَ، لاتنافی مع الضّمان.

حيث قلنا بالضّمان، لو فرضنا انّ العينَ تالفةٌ و يجب حينئذٍ عليه، اداءُ القيمةِ **هل القيمة هنا،** قيمةُ يومِ الغصبِ او قيمةُ يومِ التّلفِ او اعلىٰ القيم؟ ام ليس كذلک **بل** قيمةُ يوم الحبسِ؟ المختارُ هنا، قيمةُ يوم الحبس **لانّ** يوم الحبس، يومُ الضّمانِ **حيثُ** انّ ضمان يوم الغصب، ارتفع باعطاء البدل **و هذا** ضمانٌ جديدٌ مبداهُ يومَ

١- سورة التّوبة، الآية ٩١.

الحبس.

فبناءً عليه اذا قلنا فى باب الضّمانات، بضمان يوم الغصب نقول هنا: بِأَنَّهُ ضـامنٌ قيمةَ يومِ الحبس لايومِ الغصب و امّا اذا قلنا بضمانِ اعلىٰ القِيَمِ هنا، يلزم ان يكونَ مَبْدَأُ اعلىٰ القيم، يومَ الحبسِ لايومَ الغصب.

من هذه المطالب الثّلاثة، اثنين منها: **الاوّل والثّانى** لا كلامَ فيه ولا اشكـال لو قلنا بجواز الحبس **حيثُ** لم يكن غصباً **ولو قلنا بجواز الحـبس** و قـلنا بـالضّمان، فمَبداءُه يومَ الحبسِ ولا اشكالَ فيه ايضاً؛

انّما الكلامُ فى كونه ضامناً لو قلنا بجوازِ الحبسِ بعدَ قبولِ الكلّيّات السّابقةِ من انّ الْمُحْسنَ المحضَ، ليس ضامناً و مَنْ قَبَضَ لمصلحةِ نفسه، كان ضامناً له و بعد قبولِ انّ اكثر الفقهاء ذهبوا الىٰ انّ تجويز الشّرع، لايكون ملازماً لرفع الضّمان **حيث** يمكن اَنْ يُجوّزَ الشّارعُ، اكلَ مالِ الغير فى المخمصةِ و هو لاينافى مع الضّمان **و لكن فيما نحن فيه،** حدوثُ الضّمانِ بالحبس، محلُّ اشكال **بناءً علىٰ مبنىٰ** الشّيخ(ره) مـن انّ بمجرّد تيسّر العين، لا تنتقل الغرامةُ الىٰ الضّامن **بل** انـتقال الغـرامـة الىٰ الضّـامن، يحتاج الىٰ دفع العين فما دامَ لم‌يَدْفَع العينَ الىٰ مالكه، لايَملِكُ الضّامنُ، الغرامةَ **بل** يملكها المالكُ ايضاً بعنوانِ انّه بدل العينَ و بعنوان ضمان العين فماذامَ كان المالكُ، مالِكاً للغرامة، خَرَجَ الضّامِنُ عن عهدة ضِمانِ العين والضّمانُ يَحْدُثُ **حيث** يَملِكُ الضّامنُ، الغَرامَةَ والفرضُ علىٰ القول بجواز حبس العين، لم‌نَقُلْ بِاَنّ كلّ ما جاز له حبسُ العين، مَلِكَ الغرامةَ قبل دفع العين و لم‌نَلْتَزِمْ به **فحينئذٍ،** بناءً علىٰ فرض بقائه علىٰ مالكيّة الغرامة و بناءً علىٰ بقاء مالكيّة الغرامة، خَرَجَ الغاصبُ عن عهدةِ ضمانِ العين بدفع الغرامةِ و بمالكيّة المالك للغرامة و مع فرض هذا المعنىٰ، لايـمكن ان يكون الغاصبُ، ضامناً جديداً **و هٰذا امرٌ عجيبٌ** و هذا اضطرابٌ فى كلامه(ره)؛

اذا فرضنا كونه ضامناً و فرضنا: انّ العين كانت تالفةً، فيلزم عليه اداءُ القيمةِ **هل يكون هو المالك،** للغرامةِ الْأُوْلىٰ و ايضاً هذه القيمة؟ و معلومٌ انّه ليس كذلك.

بالجملة، المقصود انّ المالكيّة علىٰ الغرامة، كانت مستدامـةً و مـعنىٰ مـالكيّته

للغرامة، خروجُه عن عهدة ضِمان العين و مع فرض الخروج عن عهدة ضمان العين، لايمكن ان يأتی ضماناً آخراً جديداً.

ثمّ قال الشّيخ(ره): انّ حكم الغصب، لافرق بينه و بين غير الغصب ولو ذكرت هٰذه الاحكامُ الّتی قلناها، فی باب الغصب.

فما يتوهّم من انّ ما نحن فيه، الضّمان، والضّمان اعمّ من الغصب **فَذِكرُه(ره) فيما نحن فيه لايخلو عن اشكالٍ.**

مدفوعٌ بانّ الاحكامَ الّتی قالوا فی باب الغصب، انّما هی **لاجل** كون الغصب مورداً للضّمان و لادخالة لخصوصيّة الغصب فی الضّمان و لو فرضنا دخالته فهو فی تعيين يوم القيمة بناءً علیٰ **«صحيحة ابی ولّاد»** وليس فی غير ذلک، فرقٌ بين الغصب و غيره.

ثمّ قال الشّيخ(ره): انّ كلمات الفقهاء فی باب المسائل المتفرّعة علیٰ الضّمان فی باب الغصب، **لايخلو عن اضطرابٍ.**

فروعٌ: ذكرها السّيّد(ره) فى حاشيته علىٰ المكاسب نتعرّض لها لكثرةِ فوائدِها.

المقصودُ من ذكر هذه الفروع، انّه اين يكون تلفاً؟ و اين تكون حيلولةً؟ و ايُّ موردٍ ليس تلفاً و لاحيلولةً **واختلف الانظار فيها** تلفاً او حيلولةً او غيرُهمٰا من المطالب:

منها: انّه لو عٰامَلَ احدٌ، اَحَدَ الاعيانِ عنده و بٰاعَ للغير و سلّم اليه ثمّ. **اقرّ:** انّ هٰذا المالَ، كان مالَ زيدٍ و اَنَا بعتُ مالَهُ غَصْباً او نسياناً او جهلاً او بترقّب الاجارة من ملكه.

نقول: انّ هذا الاقرارَ لهاجهتانِ: اقرارٌ فى حقّ نفسه و اقرارٌ فى حقّ غيره **«والاقرارُ فى حقوق الغير علىٰ انفسهم جايزٌ»** و معنىٰ هذا الاقرار، اَنّ هذا المالَ، ليس مالى **بل** مالَ زيدٍ ولازمُهُ انّ هذه المعٰامِلةَ، كانت باطلةً و اَنّ المالَ الْمَبْيعَ، ليس مالُ المشترى و يجب استردادُه و ردُّه الىٰ مالكه الاصلىّ **و هذا** بالنّسبة الىٰ المشترى، اقرارٌ فى حقّ الغير **فبناً عليه،** لايجوز اخذ العين من المشترى بمجرّد اقرار المالك السّابق و هو ذواليد السّابق و ردّه الىٰ المالك و هو لايجوز بحسب ظاهر الشّرع **لانّ** الفرض، هو ذواليد و كان محكوماً بالملكيّة و بٰاعَ الىٰ المشترى و كان المشترى مالكاً له بحسب ظاهر الشّرع.

والاقرار بعد ذلك بانّ هذا المال، مالُ الغيرِ، **معناه** انّ المشترى ليس بمالكٍ و هذا، اقرار فى حقّ الغير و ليس مسموعاً من هذه الجهة و تبقىٰ العينُ فى تصرّف المشترى.

و من جهةٍ اُخرىٰ إنّ معنىٰ الاقرار، انّ هذا المٰالَ، مالُ الغيرِ و كان المالُ، ملكَ الغير **و حيث** لم يمكن استرداد هذا المال من المشترى بحسب ظاهرَ الشّرع، فيلزم علىٰ المقرّ، ردُّ قيمةِ هذا المال الىٰ المالك الاصلىّ و هذا العوض، بدلُ الحيلولةِ **حيث** كانت العينُ موجودةً فى يد المشترى **و لكن** لايجوز استردادُهُ و ردُّهُ الىٰ المالك الاصلىّ بحسب ظاهر الشّرع **فيلزم** علىٰ المقرّ البدلُ و هو بدل الحيلولة.

جَعَلَ الشّيخُ(ره) هذه المسألةَ فى الفرائد من امثله باب انّه قد يتولّد من العلم

الاجمالیّ، العلم التّفصیلیّ و قال: «**لو اقرّ احدٌ، بعینٍ لزیدٍ ثمّ اَقَرَّ**» بکونها مالَ عمروٍ، ثمّ اَقَرَّ بکونها مالَ بکرٍ فتؤخذ العینُ الیٰ المقرّ له الاوّلِ و یُعطیٰ للمُقَرّ لهُ الثّانی، البدلَ من المثل او القیمة.

معلومٌ انّ الاقرار الثّانی، لیس بنافذٍ بالنّسبة الیٰ الْمُقرّ له الاوّلِ و لایجوز استردادُ العینِ من المقرّ له الاوّلِ **لانّه** نافذٌ بالنّسبة الیٰ نفسه و کانت العینُ بمقتضیٰ الاقرار علیٰ المقرّ له الاول، تکون متعذّرةَ الوصولِ بالنّسبة الیٰ المقرّ له الثّانی فیأخذ البدل.

منها: اذا خَلَطَ الغاصبُ العینَ المغصوبة الیٰ مالِ الغیر مثل انّه خَلَطَ الخیطةَ المغصوبةَ مع خیطته و هکذا...، قال بعضُ الفقهاء: بحصول الشّرکة بینهما و بعضُهم قال: اِنّ حَکْمَهُ، حَکَمُ التّلفِ فَیجِبُ ردّ بدل الحیلولة؛

توضیحُهُ انّهم(ره) قالوا: اِنْ کانَ الخلطُ بِغیر جنسٍ، یجب ردُّ البدلِ و ان کان الخلطُ من جنسه سواءٌ کان مساویاً معاً فی المقدار او احدهما اعلیٰ من الآخر او الادونُ علیٰ خلافٍ فیه، قالوا: بالشّرکةِ فی غیر الْاَدْوَنِ و لیس هنا، البدلُ.

قال السّیّد(ره): التّحقیق انّ فی جمیع الاقسام، تتحقّق ترکةٌ بینهما و لم‌یُحْسَبْ جمیعهٰا تالفاً **لانّها** کانت موجودةً **و دعویٰ** الاستهلاک **مدفوعةٌ لِاَنَّ** الاستهلاکَ فی موردٍ کان الخلیطُ قلیلاً و لم‌تکن استحالةً ایضاً **و قولُ السّیّدِ(ره) هنا** متینٌ **حیث** کانت هنا شرکةٌ و قولُ من قال فی الخلط بغیر الجنسِ، البدلُ **لیس بشیء غایة الامر اذا** حَدَثَ و حَصَلَ فیه نقصٌ فله اخذ الارش.

منها: ما اذا احدثت هیئةً و حالةً فی مال الغیر کما عنونوه فی باب الخیارات.

مثلاً: اَحْدَثَ فی الارض الّتی مقبوضة بالعقدِ الفاسد، بناءً او صیّر الثّوب لباساً.

فحینئذٍ اذا کان عالماً بانّ هذا، لیس مالَه **و مع ذلک** اَحْدَثَ فیه حدثاً و تصرّف فیه و کان غصباً فهو من قبیل هذا القول: «**لیس لِعِرقٍ ظالمٍ، حقٌّ** فلیست فیه الحرمةُ» و هذا، لیسٍ محلاً للکلام.

و امّا لو عامَلَ مع انّه لم‌یکن عالماً بالغصب و فساد المعاملة ولم‌یعامل بعنوان الغصب قال المشهور: بالشّرکة بالنّسبة کما یکون کذلک فی باب الخیارات ایضاً

يعنى قُوّمَتْ المادّةُ والصّورةُ و وقعتِ الشّركةُ بينهما فان كانت قيمةُ المادّةِ، عشرةَ دنانير والصّورةُ خمسةَ دنانير فيكونان شريكين اثلاثاً **و لكنّ** ظاهر الكلمات، الشّركة بينهما فى العين.

و كان هنا للسّيّد(ره) و غيره من الفقهاء، تحقيقٌ و هو انّ الشّركةَ هنا من قبيل الشّركه بحسب القيمةِ **يعنى** كانت العينُ مالَ صاحبِ العينِ والهيئةُ مالَ الضّيع والفاعلِ كما قالوا: مَنْ فَعَلَ فِعلاً كان ذا اثرٍ كان الاثرُ مالَ المُؤثّرِ والفاعلِ **و ذلك لانّه** لا دليلَ علىٰ الشّركة فى العين الّتى كانت مالاً للغير **مع انّ الفاعل** انّما اَحْدَثَ فيه حَدَثاً و صَنَعَ فيه صنعةً **فبناءً عليه** كانت الشّركةُ، من قبيل الشّركة بحسب القيمة و هذا، نوعٌ خاصٌّ فى الشّركةِ.

كما وَرَدَ فى الاخبار: «اذا بَاعَ اَحَدٌ ثوباً بثلاثين و بَاعَ الآخرُ بِعشرينَ فَاشْتَبَهَا قال عليه السلام: انّ الثّوبين بيّعاً و قسّم الثّمن بالنّسبة بينهما» و ما نحن فيه ايضاً من هذا القبيل يعنى بُيِعَتِ العينان فتوزّع القيمة بين قيمةِ اصلِ العين و قيمةِ الضّيعة و رَدّها الىٰ صاحب الضّيعة **فعليه، لايجوز القول بانّ** صاحب الضّيعة، كان مالكاً جزءً من عينه من باب بدل الحيلولة **بل** تبقىٰ مالكيّتُها علىٰ المادّةِ والهيئتِه علىٰ حالها **والقائلون بالشّركة فى العين**، لم يتصوّر والمالِكيّةَ للعين او الصّورةِ والضّيعة الممتازة عنهما **حيث** تكون الهيئةُ، تابعةً للمادّة و بمنزلة العَرَضِ فى مقابل الجواهر والمالكيّةُ راجعةٌ الىٰ المصنوع بتلك الضّيعة لا انّها للمادّة والصّنعة.

نحن فككّناهما و لكن نقول انّ مجرّد التّبعيّة فى الوجود لايستلزم التّبعيّة فى المالكيّة نعم لاتتقوّم الصّنعة بدون المادّة **و لكن** هذا لايستلزم كون مالكيّته ايضاً تابعةً **و هذا** مبنىٰ تصوّر السّر قفلىّ **بانّ** مالكيّة المادّة مع مالكيّةِ عوارضِ المادّة و حالاتهما، قابلةٌ للتّفكيك فتكون المادّةُ مملوكةً لشخصٍ والهيئةُ مملوكةً لآخرٍ **و هذا**، احدُ طُرقِ تصحيح السّر قفلىّ، كما تكون الاراضىّ الّتى كانت مزروعةٍ بشخصٍ آخر غير المالك و كان حقُّ السّعيِ و غيره علىٰ المستأجر، مبناه ما قلناه من تفكيكِ مالكيّة المادّةِ عن مالكيّة الهيئةِ **و يمكن** ان يكون للمادّة، مالكٌ والهيئة

لها مالکٌ آخر.

بالجملة، التّحقيق الّذی ذکره السّيّد(ره) هنا و فی باب الخيارات متينٌ جدّاً **حيث** يمکن ان يکون للمادّة مالکٌ والهيئة لها مالکٌ آخر و ان قلنا بالشّرکة هنا، المقصودُ، الشّرکةُ بحسبِ القيمة **و لاينافی عدم** ذکر الفقهاء، هذا النّوعَ من الشّرکةِ (شرکة المادّة والهيئة) من اقسام الشّرکة فی باب الشّرکة **حيث** انّ ذکر الفقهاء، انّما هو بمقتضیٰ الابتلاء فی عصرهم.

فعلیٰ هذا، لو احدث صَنْعَةً او ضَيّعةً فی المالِ المأخوذِ بالعقد الفاسد جهلاً او فی المأخوذ بالعقد الخيارىّ ثُمّ فَسَخَ، کانت الهيئةُ لها الحرمة و کان مالکاً لنتيجةِ عمله والمالکُ الاصلیُّ ايضاً، کان مالکاً للمادّة و بنتيجة الشّرکة تحسب القيمة و اذا امکن وقوعُ المعاملةِ علیٰ الهيئة والمادّة علیٰحدّة فيجوز و لايتنافيان **و بناءً عليه**، لايکون هذا الفرضُ من افرادِ بدلِ الحيلولةِ او التّلف الحقيقیّ.

من جملة الموارد الّتی تُوهّمُ کونه من قبيل بدل الحيلولة، انّه لو اَحْدَثَ فی العين، التّغييرات غيرَ تعييرِ الضّيعة مثل ان تصير الحنطةُ طحناً والطّحن صار خبزاً و مثل ان يصير البيضُ فرخاً و مثل ان يصير البذرُ خبطةً مثلاً.

هل يکون هذا من قبيل التّلف و ماذا حکمه؟

خالف الشّيخُ و بعضُ القدماء مع المشهور.

قال الشّيخ(ره) فی باب الغصب: «لو غَصَبَ بذراً فَزَرعَهُ، کان الزّرعُ للغاصب و يضمن مثل قيمة البذر».

و من المعلوم من الکلام السّابق: انّه(ره) اَحْسَبَهُ من باب التّلف او من باب بدل الحيلولة وَ کذٰلک اذا غَصَبَ البيضَ و صيّره فرخاً، يکون الفرخ للغاصبِ حتّیٰ کان محصولُ البذر المغصوب، مال الغاصب.

و امّا ما قال بعضٌ من انّ الزّرع، للزّارع مع انّ نظرهم، ما يشمل للغصب ايضاً فهو مبنیٌّ علیٰ فتویٰ غير المشهور **والشّيخ(ره) حيث** اَصّرَ فی هٰذه الفتویٰ، **صرّح** بانّ من

قال بخلافه فهو مُكابِرٌ يعنى القول بانّ البيض عينُ الفرخ **حيث** كان البيضُ للمالكِ فالفَرخُ ايضاً للمالك، كان مكابراً **و امّا صاحب الجواهر(ره) فهو** حيث عَنْوَنَ المسألةَ قال: علىٰ عكسه و هو انّه(ره) قال: بانّ هذه المسألة، كانت واضحةً بحيثُ يكون البيضُ عينَ الفرخ (واللّهستةُ عين النّخل) **والمسألة واضحةٌ** لاتحتاج الىٰ اطالة الكلام اكثر من هذا.

بالجملة، بناءً علىٰ عقيدة الشّيخ(ره)، هذا النّوعُ من التّعبيرات الّتى كانت من قبيل التّعبيرات الاستحاليّة بمعنىٰ التّلف والاتلاف، يلزم ردّ البدل **و امّا بناءً** علىٰ القول المشهور، فليس هنا موردُ البدل **حيث** كانت العينُ محفوظةً و انّما حَصَلَ فى صورتها، تغييرٌ.

من جملة المسائل الّتى عَنْوَنَ السّيّد(ره) فى آخر بحث الضّمان،[1] مسألةُ تَرَتُّبِ الايادى و تعاقبها فى مسألة الحيلولة **و حيث** لم تكن مهمّةً، نحن لم نتعرّض لها هنا.

و منها: مسألة ما اذا اختلف الذّمّيان فى الخمر والنحزير و رَجَعا الىٰ المحاكم الاسلاميّ **هل يمكن للحاكم الاسلامى،** اخذ الخمر، من احدهما و اعطائه الىٰ الآخر ام يجب الحكم بالبدل؟

هذه المسألةُ ايضاً حيث كانت مبنيّةً علىٰ مسائِلُ اُخرىٰ، خارجةً عن ما نحن فيه، اغمضنا عن البحث عنها هنا، بَقَتْ من المسائل السّبعةِ المبحوثةِ للسّيّد فى آخر بحث الضّمان، مسألةٌ **و هى** و ان لم تكن من جملة مسائلِ بدلِ الحيلولة و لكنّه(ره) باعتبار باب الضّمان، عَنوَنَها.

و هى انّها فيما اذا حُكِمَ بالمثل والقيمة **فحينئذٍ** اذا اَعْطىٰ المثلَ او القيمة اكثر او النّقصَ هل يجوز هذا ام لا؟

١- السّيّد(ره) عَنْوَنَ فى آخر بحث الضّمان، سبعةَ مسائلَ وقد بحثنا عن هذه السّبعة اربعةً منها.

اَلْاُولىٰ: مسألة الاقرار.

الثّانيّة: مسألة الخلط.

الثّالثة: احداث الصّيغة.

الرّابعة: التّغيير فى الهيئة والمادّة مثل ان يصير البيض فرخاً او البذر زرعاً.

مثلاً اذا تَلَفَتْ مأةُ مَنٍّ من الحنطة الجيّدة و لم‌يمكن ردّ مثلها جيّداً بعنوان الضّمان **و لكن** اراد ان يعطيه اَكْثَر من الحنطة التّالفة، من الحنطة الادنیٰ او المتوسّطة؟

هذا، فی بادی النّظر، كان رِباً **لانّه** اعطیٰ اَكْثَر ممّا كان فی ذمّته **او بالعكس حيث** تَلَفَتِ الحنطةُ المتوسّطةُ او الادنیٰ و اراد اَنْ يعطيَهٰا ببدلها من الحنطة الجيّدة، انقص ممّا فی ذمّته **هل هی صحيحةٌ ام لا؟ هذه المسألةُ،** مبتنيَّةٌ علیٰ انّ دائرة الرّبا علیٰ ایّ حدٍّ من الحدود؟

و معلومٌ انّ الرّبا يحصُلُ فی موردين:

الاوّل فی مورد القرض.

الثّانی: فی موارد البيع.

و معلومٌ انّ حصولَ الرّبا فی مورد القرض، ليس له شرطٌ **بل** كلُّ قرضٍ اُشْتُرِطَ بشرطِ الزّيادة، فهو رباً محرّمٌ **سواءٌ** كانَ متّحدَ الجنسِ او مختلِفَةُ **و سواءٌ كان** من المكيلِ او الموزونِ او من غيرِهمٰا و انّما شرطُهٰا، شرطُ الزّيادة و انّما الرّبا، من قبيل الشّروط و امّا فی باب البيع فيكون الرّبا فيه، مع تحقّق الشّرطين: كونه مكيلاً او موزوناً او متّحد الجنس **و لكن** اختلف الفقهاء فی انّ حكم الرّبا هل يختصّ بباب البيع ام يجری فی كلِّ معاوضةٍ؟

المشهور، انّه لم‌يختصّ بباب البيع و يجری فی كلّ معاوضةٍ **و لكن** نسب الیٰ العلّامة(ره) و ابن ادريس(ره)، الخلافُ فی المسألة و رأيُهُمٰا(ره) انّه يختصّ بباب البيع و لايجری فی الصّلح ولا فی‌الهبة المعوّضة و لادليلَ علیٰ التّجاوز من البيع الیٰ غيره من العقود **و لكن المشهورُ اعتقدوا:** انّه لايختصّ بباب البيع **بل** فی كلّ معاوضةٍ تجری و يكون حراماً **حيث** كانت ادلّته مطلقُ «**الذّهب بالذّهب بالمثل، لايزداد واحدٌ** منهما علیٰ الآخر» و مثله: «الحنطةُ بالحنطة او الشّعير بالشّعير لايزداد واحدٌ منهما علیٰ الآخر».

ولم‌يرد فی الاخبار: بيعُ الذّهبِ بِالْذّهَبِ او مصالحةُ الذّهَبِ بالذّهَبِ.

بل ورد: «الذّهب بالذّهب» يعنى فى كلّ موردٍ حصل فيه المقابلةُ، **بناءً عليه،** يجرى الرّبا فى مطلق المعاوضات كما عن المشهور.

و لكن مع جريانه فى مطلق المعاوضات و ذهاب المشهور الىٰ جريانه فيها، وقع اختلافٌ بين الاعلام فى موارد:

منها: موارد الابراء اى الابراء بالابراء يعنى ابراءُ عشرةِ دنانير فى مقابل خمسةِ دنانير.

و منها: باب الاقالة؛ قالوا: انّ الاقالة بالوضيعة كانت بـاطلةً و لو كـانت الاقـالةُ بالوضيعة، كانت مورداً للنّهى **و لكن** فى الرّبويّات كانت مـوجبةً للـرّبا **لانّ** مـعنىٰ الاقالة بالوضيعة، اعطاء الاكثر و اخذ الانقص، فبعضٌ من الاعلام جَوّزَهٰا و بعضٌ لايُجوّزُهٰا.

و تمسّک مَنْ لا يُجوّزُهٰا بانّ دليلَ الرّبا، **«الذّهب»، «الحنطة بالحنطة»** و تمسّک من جوّزها بانّ هى ولو كانت معاوضةً فى عالم اللبّ **و لكن** الاقالة بمعنىٰ التّفاسخ والفسخ، حلُّ العقدِ و حلُّ العقدِ و حلُّ المعاوضةِ فليست بمعاوضةٍ ولو ترجـع الىٰ المعاوضة لُبّاً فلا تجرى فيه.

و منها: مسألةُ الوفاءِ و مسألةُ الغرامةِ و مسألَةُ القسمةِ:

قال بعضٌ من العلماء(ره): بجريان الرّبا فى القسمة، نظراً الىٰ انّ القسمةَ كانت فى الواقع معاوضةً **و لكن** الفقهاء من الشّيعة قالوا: بانّ القسمةَ، تمييزُ الحقوق و تشخيص الحقّ و لَوِاسْتَلْزَمَ المعاوضةَ **و لكن** ليس اعتبارها، اعتبارَ المعاوضةِ **و مرجـع هـذا الاختلاف،** مٰا ورد من انّ **«اَلذّهَبَ بـالذّهبِ»**و انّ القـول بـانّ الرّبـا يـجرى فـى المعاوضات و كان حراماً هل المقصُود منه، كلُّ معاوضةٍ و لو آلَ امرُهُ الىٰ معاوضةٍ و لو لم‌تكن معاوضةً صورةً **و لكن** هى فى اللبّ معاوضةٌ و آلَ امرُهُ الىٰ المعاوضة **ام ليس كذلك بل** المُرادُ مـن المـعاوضة، المـعاوضة الّـتى كـان اعـتبارها، **«الذّهب بالذّهب» «والحنطةُ بالحنيطة»** يعنى كانت مبادلةً و ليست القسمةُ مبادلةً و معاوضة **بل،** هى تمييزُ الحقوقِ و تشخيصُه **وكذلك** الابراء بالابراء، ليس معاوضةً و كذلک

الاقالة **بل** فسخُ المعاوضةِ والخيارُ حلُّ العقدِ و ليس نفسَ العقد و لو كانت هذه الامورُ بالدقّة الفلسفيّة، كانت نوعاً من المعاوضة **وكذلك** مسألة الوفاء والغرامة.

و هما: وقعتا مورداً لبحث الفقهاء؛ الوفاءُ مثلُ: ان يعطىٰ بعوضِ مأةٍ من مٰا فى الذّمّةِ، مأتين وفاءً و هذه، كانت معاوضةً و من جهةٍ اُخرىٰ كانت وفاءً يعنى: اداء ما استقرت فى الذّمّة بسببِ المعاوضةِ و ليست هى بنفسها معاوضةً.

نعم: يصحّ ما قلنا بانّ ذمّته كانت مشغولةً للغير و ما ادّىٰ من العين، عوضٌ عن ما فى ذمّته **و لكن** حقيقَتُهٰا و واقعُهٰا، اداءُ مصداقِ ما فى الذّمّة.

فالوفاء، يعنى تطبيق الكلّى علىٰ مصاديقه، لا ايجادُ هذا بهذا **حتّىٰ** تكون معاوضةً **و هكذا فى الغرامة** يعنى: ما كانت فى الذّمّة مشغولةً بالتّغريم سواءٌ كانت مِثلاً او قيمةً **والآن** يريدُ اَنْ يُؤدّىَ اكثرَ ممّا كانت الذمّة، مشغولةً لهٰا او انقصَ، **قالوا:** انّ الرّبا لايجرى هنا و لامانِعَ من اداءِ الاكثرِ او الانقصِ فى مقابل الدّين.

قد وردت الرّوايةُ فى باب من كان غارماً الىٰ الغير مثلاً الفَ دنانير.

ثمّ قال المديونُ: انا اُعْطِى تسعة مأة دنانير حالاًّ، اَطْبَقَ النّصُّ و الفتوىٰ علىٰ جواز ذلک و لو وَجّهَ بعضٌ من العلماء بانّ هذا، لايُنافى مع عموم جريان الرّبا فى كلّ معاوضةٍ **لانّ** الّذى من الرّبا كان منهيّاً، هو الّذى اَقْدَمَ الدّائنُ و صاحبُ المالِ بالرّبا لا المديون والمغروم و هو ليس من الرّبا المحرّم.

كيف ماكان، انّ فى هذه المسألة الّتى اَطْبَقَ النّصُّ والفتوىٰ علىٰ جوازها، يُؤدّى المديونُ، انقصَ ممّا كان فى ذمّته وفاءً و عَلِمَ منه انّ الرّبا، لايجرى فى باب الوفاء، **بعبارةٍ اُخرىٰ:** يكون الوفاءُ، تطبيقَ الكلّىِ علىٰ الفرد سواءٌ كان تطبيقاً حقيقيّاً او ادعائيّاً حتّىٰ الوفاء بغير الجنس **و هذا** ولو كان معاوضةً فى الواقع **و لكن** حقيقتها، اداء الدّين و ما فى الذمّة و هو نوعٌ من الاداء عرفاً و ليس بمعاوضةٍ **و لذا** لاتجرى احكام المعاوضة هنا.

كيف ماكان، فى المسألة الّتى عنونها السّيّد(ره) و هى من قبيل الغرمات، شبهةُ الرّبا.

لايخفىٰ عليك: انّ المحقّق الثّانى(ره) ذَكَرَ عبارتين مختلفتين فى الشّرايع؛ **عبارةً** فى باب القرض **و عبارةً** فى باب الغصب.

و ما يستفاد من عبارته(ره) فى الشّرايع فى باب القرض: انّ الرّبا، لايجرى فى هذه الموارد من الغرامة و غيرها **و امّا العبارة الّتى** ذكرها فى باب الغصب فصريحها، جريان الرّبا فى باب الغرامة.

العبارة الّتى قال بها فى باب القرض، حاصلها انّه: **لو تَلَفَ ثوباً كانت قيمته درهمين** فصٰالَحَ عنِ الدّرهمين بدرهم فلا يأس فيه و لامانِعَ منه، و ليس من الرّبا **لانّ** بٰابَهُ، بابُ الغرامةِ و كان فى الحقيقة اعطاءُ درهمٍ من الدّرهمين من باب الوفاء.

بالجملة، قال السّيّد(ره) فى الحاشيّة بنحو الاجمال: بانّ الرّبا، لايجرى فى باب الغرامات **لانّ** اداء الغرامة و باب التّغريمات، ليس من باب المعاوضات **ولو يمكن ان** يقالَ: انّ فى اللبّ والواقع، معاوضةٌ **و لكن** عنوانُ التّغريم والغرامة والوفاء، **ليست من عناوين المعاوضةِ فَتَحَصّلَ ممّا ذكرناه:**

انّ قول السّيّد(ره)، عدم جريان الرّبا فى الغرامة **و قلنا:** انّ مبنىٰ المسألة انّ الرّبا علىٰ نوعين: الرّبا فى القرض و هو ليس له شرطٌ اصلاً و انّما مناطُ حرمته، **الاشتراط** و انّما الرّبا، من قِبَلِ الشّروط.

الرّبا فى البيع و كان هنا شرطان: **الاوّل:** كون الثّمن والمثمن من جنسٍ واحدٍ **و ثانيهما:** كونهما من المكيل والموزون فاذا حَصَلَ الشّرطا ان المذكوران فى كلّ معاوضةٍ، يجرى الرّبا فيها.

اختلف المشهور و غير المشهور فى انّ الرّبا هل يختصّ بالبيع ام يجرى فى كلّ معاوضةٍ؟ قلنا: انّ العلّامة(ره) وابن ادريس(ره) قالا: بانّه يختصّ بالبيع **و غيرهما** قالوا: بجريانه فى المعاوضات كلّها **لانّ** ادلّته كانت عامّةً: «**اَلذَّهَبُ بِالذَّهَبِ**»، «**اَلحِنطَةُ بِالْحِنطَةِ...**»، «**السّويقُ بالسّويقِ**» لايزدادُ واحدٌ.

قال العلّامة(ره) فى مقابل هذه الادلّة: انّها ينصرف الىٰ البيع **لانّه** الفرد الشّايع.

و لكنّ المشهور قالوا: بعدم انصراف هذه الادلّة الىٰ البيع و ان كان فيه انصرافٌ و

لكنّه انصرافٌ بدويٌّ لا يُعْبَأُ به و كان منشأهُ غلبةُ الوجود لاغلبة الاستعمال.

بناءً علىٰ قول المشهور من جريانه فی المعاوضات كلّها: وَقَعَ فی بعض العقود خلافٌ آخَر سواءٌ كان خلافاً صغرويّاً او كُبرويّاً مثل القسمة والاقالة والوفاء والغرامة والابراء بالابراء و بحثوا عنها فی الادلّة انّه: **بناءً** علىٰ جريانه فی عمومِ المعاوضة هل يجرى فی هذه الموارد ام لا؟

منشأ الاشكال والاختلاف فی توسعة ادلّةٍ و عُمومِهٰا مثل: «**اَلذَّهَبُ بِالْذَّهَبِ**».

والاغلبُ: انّ «اَلذَّهَبَ بِالذَّهَبِ» فی عالم الاعتبار و معنىٰ هذا: انّ اعتبارَهُ، الاعتبارُ المعاوضیّ فلاتشمل القسمةَ حينئذٍ و لا الوفاء و لا الغرامة و لا الاقالة و لا الابراء بالابراء **و لكن** اذا كان المرادُ من قوله عليه السلام: «الذّهَبُ بالذّهَبِ» يعنی هذا فی مقابل هذا و لو كان لُبّاً فيشمل هذه المذكورات **و اَمّا ان كان المُرادُ منه**، الاعتبارَ المعاوضیّ يعنی الذّهبُ بإزاءِ الذّهبِ و... لايشمل الغرامات كما صرّح بذٰلک السّيّد فی الحاشيّة.

والبحثُ عن المباحث اَكْثَرُ من هذا، و انّما هو فی باب الرّبا فراجع.

الکلامُ فی شروط المتعاقدین الکلام فی معاملات الصّبی

مَسْأَلَةٌ: قال الْشَّيْخُ(ره): المشهورُ کما عن الدّروسِ وَ الکفایَةِ، بطلانُ عَقْدِ الـصَّبِي، بل عَنِ الْغُنْيَةِ: الاجماعُ علیه وَ اِن اَجازَ الْوَلِيُّ و فی کنز الْعِرفانِ: نِسْبَةُ عَدَمِ صِحّةِ عَقْدِ الْصَّبِيِّ اِلیٰ اَصحابِنا و ظاهِرُ هذه الْنِّسْبَةِ، ارادَةُ الْتَّعمِيمِ لِصُورَةِ اِذنِ الْوَلِيِّ.

وَ عَنِ الْتَّذْكِرَةِ: اَنَّ الْصَّغِيرَ، مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِالْنَّصِ وَ الْاِجمَاعِ سواءٌ أَكانَ مُمَيِّزاً ام لا؟ فی جمیع التّصرفات اِلاّ مٰا اُسْتُثنِیَ کِعباداتِهِ وَ اِسْلامِهِ وَ اِحرامِهِ وَ تَدبيرِهِ وَ وَصِيّتِهِ و ایصالِ الْهَدِيّةِ وَ اِذنِهِ فِی الْدُّخُولِ علیٰ خلافٍ فی ذلک ای فِی اِذْنِ الْصَّبِی لِدُخولِ الآخَرِين فِی الدّارِ مثلاً فَاِنَّهُ محلُّ الْخلافِ بینَ فُقهاءِ الْاِماميّةِ فی الْجَوازِ وَ الْعَدَمِ.

وَ الْبَحثُ عن عَقْدِ الْصَّبِيِّ عن جهاتٍ ثَلاثَةٍ:

اَلْاُوْلیٰ: فی تَصَرُّفاتِ الْصَّبِيِّ فِی اَموالِهِ مِن بيعٍ وَ شِراءٍ و اِعطاءٍ و هِبَةٍ و وَقْفٍ و عِتْقٍ **هذا، ممّا لااشکالَ فی** عَدَمِ جوازِ التّصرفاتِ فيها و انَّهُ کَالْسَّفِيهِ و الْمُفَلَّسِ فی کونه مَحْجُوراً عَلَيْهِ و اَنَّها لاتَنْفُذُ.

اَلثّانِيَةُ: فی تَصَرُّفاتِهِ بِاذنِ الْوَلِيِّ و قد ذَهَبَ الْمَشهُورُ اِلیٰ عَدَمِ نُفُوذِ تَصَرُّفاتِهِ **بل** اُدُّعِیَ الاِجماعُ علیه.

الثّالثة: فی اِنشاءاتِهِ وَ قُصُودِهِ.

لاشَکَّ فی بُطلانِ مایَنْشَأُهُ الصَبِّیُ و یَقْصُدُه **وکذا** لاشَکَّ فِی اَنّ اِنشائَهُ وَ قصدَهُ کَلاٰ اِنشاءٍ فَهُوَ کَالْهازِلِ وَ الْنّائِمِ.

فَاِذاوَكَّلَ من قِبَلِ الْبالِغِينَ فِی اِجراءِ عَقْدٍ او وَكَّل شَخْصاً فی عَقْدِ نِكاحٍ او وَكَلَّهُ الولِیُّ فی اِجراءِ الصّيغَةِ عَلیٰ اَموالِهِ و وَقَعَ العقدُ فقد بَطَلَ.

و البحثُ هنا عَن الجهَةِ الْثّالِثَةِ الّتی عَقَدَ لها الشّيخُ هذا العنوانَ و قال: **«الْمَشْهُورُ کما عَنِ الْدُّروسِ وَ الْكِفايَةِ، بطلانُ عَقْدِ الْصَّبِيِّ».**

نَحْنُ نَقُولُ: البحثُ هنا فی معاملاتِ الْصَّبِي اَمّا عِبادَةُ الْصَّبِي وَ اِسلامُه و اَفْعالُهُ غَيْرُ المُعامِلاتِ فَلَهٰا بَحْثٌ آخر فِی مَحلٍّ آخَر.

يُمْكِنُ الْتَّصَوُّر اَنَّ الْصَّبِيَّ عَلیٰ اَنحاءٍ: الصبّیُ هُوَ الْمُراهِقُ، اَلْمُمَيِّزُ وَ العاقِلُ.

يُمْكِنُ اَنْ يُقالَ: اِنَّ هذا الْنَّوْعَ من الْصَّبِي كانَ مِثلَ الْبالِغينَ و كانَ مُسْتَقِلّاً فِی الْتَصَرُّفاتِ تَصَوُّراً **وَ اِلاّ لَيْسَ** فِی اَقْوالِ الْشِّيعَةِ قَوْلاً علىٰ هذا و لو كانَ فی العامَّةِ، بعضُ الْاَقوالِ فی هِنا.

و معلومٌ انّ هذا المعنىٰ، لَيْسَ فِی الْصَّبِي، وَ لَيْسَ هُوَ مَحَلُّ الْكَلامِ **وَ اَمّا الْمَعْنِيانِ الْآخَرانِ، فَهُما** مَحَلُّ الْكَلامِ:

اَحَدُهُمٰا: اَنَّ الْصَّبِیَ **حيثُ** لم‌يَكُنْ مُستقِلّاً فی الْتَصَرُّفاتِ وَ لَيْسَتْ تَصَرُّفاتُه نافِذَةً **هَلْ لِلْصَّبِي** مع اذن الولیّ ان يُعامِلَ و كان نافِذاً؟ او عامَلَ الصّبیُ معاملةً ثمّ اَجاز وليُّهُ هذه المعاملةَ؟ **و بالجملة، هل تكون تصرّفاته بالاذن السّابق او اللاّحق هل تكون نافذة ام لا؟.**

يعنی هل يمكن: ان يكون تصرّف الصّبی جزءً مؤثّراً مثلَ بيعِ الفضولی مالَ الغيرِ **حيث** يكون عَمَلُهُ مثلَ تنظيم السّند و غيره و المؤثّر كلُّ التّأثيرِ، انّما هو المالِكُ الاصليّ؟

و ثالثها: انّه هل يكون الصّبیُ، مسلوبَ العبارةِ و عبارتُه كلا عبارةٍ مثلُ عبارةِ النّائم مثل اَنْ يقولَ النّائم: «**بعتُ و قبلتُ**» و كان مثلُ عبارةِ المجنون ام كان عبارته، عبارةً غاية الامر، لاتنفذ تصرّفاته.

فعليه، يقع البحث فی انّه اذا كان الصّبیُ وكيلاً عن الغير فی اِجراء الصّيغة هل يصحّ هذا ام لا؟.

فمحلُّ الخلافِ فی معاملات الصّبی، المورد الثّانی و هو انّ الصّبی بعد عدم كونه مستقلّاً فی التّصرّفات **هل** يجوز تصرّفاته باذن الولیّ و اجازته ام لا؟.

و المورد الثّالث و هو انّه علىٰ فرض عدم صحّته **هل** يكون مسلوبَ العبارة ام لا؟.

و امّا الادلّة الّتی وردت فی هذا الباب فهی علىٰ ثلاثةِ انحاءٍ و كانت فی كلام الشّيخ(ره) مورداً للبحثِ:

النّحو الاوّل: ماورد فی باب بلوغ الصّبی و انّه متىٰ تجوز تصرّفاته فی البيع و

الشّراء؟

النّحو الثّانى: ماوردت رواياتٌ فى رفع القلم: «**رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثلاثةٍ: عَنِ الصَّبِيّ حَتّىٰ يَحْتَلِمَ وَ عَنِ النّائِمِ حَتّىٰ يَسْتَنْقِذَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حتّىٰ يُفِيقَ**».

النّحو الثّالث: رواياتٌ دلّت علىٰ انَّ عَمْدَ الصّبي خَطَأٌ و انّ عمد الصّبى و خطأه سنخٌ واحدٌ و سنخٌ آخر انّ: عمدَ الصّبىّ و خطأَهُ واحِدٌ تحملةُ العاقلة **و روايةٌ اُخرىٰ** وردت فيها انّ: «عمدَ الصّبىّ خطأً تَحْمِلُة العاقلةُ **و قَدْ رُفِعَ عنه الْقَلَمُ**».

حكمُ **بعضِ مراتبِ معاملاتِ** الصّبي، مُسَلّمٌ لا اشكالَ فى انّ الصّبى ليس مثل البالغين فى المعاملات و ليس مُستَقِلّاً فيها من دون اجازةِ الولىّ و اطّلاعه **و هذا مورد الاتّفاقِ بين الفقهاء** و لاكلامَ فيه **و انّما البحثُ** فى مرحلتين:

المرحلة الْأُوْلىٰ: انّ الولىّ اذا اَذِنَ او اَجازَ للصّبى اَنْ يُعامِلَ **هل تصحّ معاملاتُه ام ليس اذن الولىّ ايضاً مُفيداً؟ وكذلك يقع البحث فى انّه اذا عامَلَ الصّبىُ معاملةً ثمّ اِطّلَعَ الولىُّ وَ اَجازَهُ هَلْ يَشْمَلُ عَدمُ نفوذِ تصرّفاته و معاملاته هذه الصّورة ايضاً** يعنى حتّىٰ صورةِ مداخلة الولىّ ايضاً و اذنه سابقاً او لاحقاً و لاتصحّ تصرّفاته مطلقاً ام كانت تصرّفاته صحيحةً اذا اَجازه وليّه؟

المرحلة الثّانية: انّه علىٰ فرضِ عدم جواز تصرّفاته من حيثُ هو تصرّفٌ حتّىٰ فى صورة اذن الولىّ و اجازته هل يكون الصّبىُ مسلوبَ العبارةِ ايضاً و كانت عبارتُهُ كَلاٰ عبارةٍ **بحيثُ** انّ الصّبى لم‌يُرِدِ المعاملةَ: **بل** تَعامَل المتعاملان **ولكن** يُجعل الصّبىُ وكيلاً لِإجراءِ العقد؟ هل يجوز ان يقع الصّبىُ مجرياً للصّيغة لاغير، فاذا كانت عبارته كلاٰ عبارةٍ، لايجوز ان يجرى الصّيغة ايضاً و اذا لم‌يكن كذلك فيجوز كونه وكيلاً بمجرّد ايقاع العقد؟

و الشّيخ(ره) لم يُوضِحْ فى بحثِ عقد الصّبى: انّ محلّ الكلام و موردَ البحثِ **هل هى المرحلةُ الثّانيةُ ام المرحلةُ الثّالثةُ وكانت بالنّسبة الىٰ كلتا المرحلتين دلالةٌ؟**

فقال فى بعض العبارات: انّه لايدلّ علىٰ عدمِ جواز التّصرف اذا اجاز الولىُّ و اَذِنَهُ و يُعْلَمُ منه: انّ المرحلةَ الثّانيةَ كانت مورداً لاثبات الشّيخ(ره) و قال(ره) فى

بعض عباراته: انّه لايدلّ علىٰ سلبِ عبارةِ الصّبیّ و يُعْلَمُ منه: انّ موردَ النّظر **المرحلةُ الثّالثة و يمكن ان يقال:** انّ هاتين المرحلتين بينهما، ملازمَةٌ كما لايبعد، **حيثُ** انّا اذا فرضنا: انّ الوليّ اَذِنَ فی المعاملة او اجاز المعاملةَ ممّا بعدُ **فحينئذٍ** اذا قلنا: بانّ الوليّ لاتصحّ له الاجازةُ حتّیٰ اذا اَذِنَ ممّا بعد، فيعلم منه: انّ الصّبی كان مسلوبَ العبارةِ **لانّ** الفضوليّ فی عقد الفضوليّ حيث قلنا: بانَّ المالِكَ اذا اجازه ممّا بعد، يقع صحيحاً كَاَنْ اَوْجَدَ ظاهرَ العقد و ليست لَهُ دخالةٌ فی النّقل و الانتقال **بل** فِعلُهُ، بمنزلةِ تنظيم السّند **ولكن** اذا قلنا: بانّ اجازةَ الوليّ اذا صحّح عقدَ الفضوليّ **فمعناه:** انّ الفَضوليَّ حيث نَظَّمَ صورةَ المعاملةِ و قال عبارةً و قَصَدَ الانشاءَ و حَضَرتْ صورةُ العقد و باقی اموره يوجد باجازة المالك **فحينئذٍ** اذا قلنا بانّ الفضوليّ، ليس بصحيح، **معناه:** انّ عبارتَهُ كلاٰ عبارةٍ و ليست عبارته صحيحةً.

فحينئذٍ اذا قلنا: انّ الصّبی اذا اَجْرىٰ عقداً و قَصَدَ الانشاءَ و اَنْشَأَ بالعربيّة و المٰاضی مثلاً **و بالجملة**، راعیٰ جَميعَ شرائطِ صحّة العقد **ثمّ** جٰاءَ الوليُّ و اَجازَهُ فاذا قلنا: انّ عَقْدَهُ، لايصحّ مع اجازته ايضاً **فلامعنیٰ** له الاّ سلبُ العبارةِ **و الحاصلُ: انّه لم يُعْلَمْ** عقيدةُ الشّيخ(ره) من كلماته: بانّ مورد النّظر للشّيخ(ره)، **هل المرتبةُ** الثّانية من نفوذ تصرّفات الصّبی؟ يعنی ليست تصرّفاتُه صحيحةً لا اِستقلالاً و لاضِمناً و لاجزءاً، ام كان الصّبیُ بالكليّة و المرّة، مسلوبَ العبارةِ؟ قلنا: اِنّه يُعْلَمُ من بعض كلمات الشّيخ(ره): انّ مورد النّظر، المرحلةُ الثّانيةُ و يُعْلَمُ من بعضِ كلماته(ره) الآخر: انّ سلب العبارة ايضاً، موردٌ للنّظر و كانت هاتانِ المرحلتان و المطلبان، امراً واحداً.

و وجهُ انّه لم يُصرّحْ(ره) فی كلماته و لم يتضحّ انّ اَيَّهما من هاتين المرحلتين، كان مورداً للنّظر، **انّه لعلّ** كان بينهما ملازمةٌ عنده(ره) **و ذلك لانّ** عقد الصّبیَ اذا لم يكن صحيحاً باجازة الوليّ فنتيجته، سلب عبارة الصّبی **و لايجوز** القولُ بانّ فی كلام الشّيخ(ره)، اختلاطٌ و لم يُنَقّحْ موردُ النّزاعِ.

دليلُ المراحلِ الثّلاثةِ لعقد الصّبى:

دليلُ تلكَ المراحلِ الثّلاثةِ: الرّوايات الّتى كانت علىٰ ثلاثةِ انحاءٍ و الشّهرةُ و الاجماعُ المنقولُ.

نَقَلَ الشّيخُ(ره) الشّهرةَ عن الشّهيد الاوّل عن الدّروس و نَقَلَ الاجماعَ عن الغنية **و مورد الاجماع و الشّهرة،** انّ تصرّفاته، لايصحّ وَ اِنْ اجازه الوليُّ **و يدلّ عليه الاجماع** و استظهر الشّيخ فى ذيل البحث من هذه العبارة انّه: يعلم منها انّ الصبّى كان مسلوبَ العبارة و ليست الادلّةُ وافيةً علىٰ سلب العبارة **الاّ ان** يستفاد كونه مسلوبَ العبارة من الشّهرة و الاجماع **حيث** استظهر(ره) من عبارة الغُنية من انّ تصرّفاته، لايصحّ وَ اِنْ اَجازه الوليّ **و يدلّ الاجماعُ** علىٰ انّ الصّبىّ، كان مسلوبَ العبارةِ و لو شَكَكَّ الشّيخُ(ره) و تردّد فيما بعدُ فى هذا القول **و استظهر(ره) من قول** مثل المحقّق و العلاّمة فى القواعد و التّذكرة و المحقّق الاردبيلى(ره) و فخر المحقّقين فى مسألة: انّ عبادات الصّبى هل تكون شرعيّةً ام تمرينيّةً؟ انّ هذا، محلُّ الخلافِ، و انّ الاجماع، ليس قويّاً **خصوصاً** اجماعُ الغنية لااعتبارَ به **حيث** اِدّعىٰ السّيّد ابوالمكارم(ره) فى الغنية فى اكثر المسائل، الاجماعَ **و هٰذه الاجماعات المدّعاةُ،** كثيرةٌ فى كتابه فى المسائل الّتى يعلم انّه ليس فيها اجماعٌ فى البين و هذا يكون سبباً للشّبهة مضافاً الىٰ انّها محلُّ الخلافِ.

نقول: مضافاً الىٰ الشّهرة المدّعاة و الاجماعات المنقولة، لنا ثلاثةُ انواعٍ من الرّوايات، و الفقهاء، استدلّوا فى المقام، بنوعين من الرّوايات و الشّيخ(ره) بنوعٍ ثالثٍ ثمّ اضافَهُ الىٰ النّوعين الاولّين.

نوعٌ من الرّوايات، ماوَرَدَ فى باب بلوغ الصّبى مثل «صحيحة چمران»:

«... الجارية، لايجوز اَمْرُهٰا و لايُدْفَعُ اليهٰا مالُهٰا حتّىٰ تبلغ تسع سنين و الغلام، لايجوز اَمْرُهُ فى البيع و الشّراء و لايُدْفَعُ مالُه اليه الاّ بعد اَنْ يَبْلُغَ خمسة عشر سنة».

و الشّاهدُ فيها، قولُهُعليه السلام: «لايجوز امرُهْ فى البيع و الشّراء بانّ الجاريةَ اذا لم تصلْ

الیٰ تسعةِ سنین و الغلامُ ماداٰمَ لم یَصلْ الیٰ حدّ البلوغ، لایجوز امرهما فی البیع و الشّراء مطلقاً ای لاٰ استقلالاً و لاضمناً و لاجزءً و لو کان عبارةً. و لایجوزُ امرهمٰا بجمیع مراتب الجواز من الاستقلال و کونه شرطاً او جزءاً».

فبناءً علیه، یکون هٰذا دلیلاً علیٰ عدم جواز امرهِمٰا علیٰ ایّ نحوٍ من التّصدّی حتّیٰ بنحو التّصدّی فی اجراء الصّیغة ایضاً.

نوعٌ آخر من الرّوایات، روایاتُ «رفع القلم» کما ورد قوله علیه السلام: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاٰثَةٍ: عَنِ الْصَّبِیّ حَتّیٰ یَحْتَلِمَ و عَنِ النّائمِ حتّیٰ یَسْتَنْقِدَ و عَنِ المَجْنُونِ... حتّیٰ یُفیقَ».

و المرادُ مِنْ رفعِ الْقَلَمِ، رفعُ قلمِ التّشریع و التّکلیف من قبیلِ الاحکامِ التّکلیفیّ و الوضعیّ من الصحّةِ و وجوبِ الوَفاء و حلیّةِ البیع **فعلیه** بیعُهُ لیسَ بَیْعاً و لاتجارتُهُ تجارةً.

النّوع الثّالث من الرّوایات، الواردة فی انّ عَمْدَ الصّبیّ و خَطَأُهُ واحدٌ **قال الشّیخ(ره)**: انّ الاصحاب و لوذکروا هٰذا النّوعَ من الرّواياتِ فی باب الجنایات **ولکن لیس هنا** دلیلٌ علیٰ انّها مخصوصةٌ بباب الجنایات **بل هی** مطلقةٌ و کانت اعمَّ یعنی فی کلّ موردٍ کانت للقصد دخالةٌ فکان قصدُهُ کلاٰ قصدٍ و العقود ایضاً من جملة الموارد الّتی کانت للقصد هنا دخالةٌ **و لذا** قال الفقهاء: انّ العقود، تابعةٌ للمقصود **فالقصد** و العمدُ کانَ داخلاً فی ماهیّة العقود فاذا کان عمدُهُ کَلاٰ عمدٍ و قصدُهُ کَلاٰ قصدٍ فهو کان فی جمیع الابواب حتّیٰ فی باب العقود.

و امّا نقل الفقهاء، هذه الرّوایةَ فی باب الجنایات، فلیس هو دلیلَ الاختصاصِ.

و یشهد علیٰ ذلک انّ شیخَ الطّائفةِ فی باب محظوراتِ الاحرامِ و محرّماتِه غیر الصّیدِ قال: کان لعمده، کفارةٌ دون سهوه **ولکن** فی الصّید کان لعهده و سهوه، کفّارةٌ، **غایة الامر** لیست للسّاهی حرمةٌ **ولکن له** ایضاً الکفّارةُ **ثمّ اَضافَ(ره) فی غیر** الصّید من المحرّمات: انّ الصّبی لو اَحْرَمَ باذنِ ولیّه و اَرْتَکَبَ اَحَدَ محرّماتِ الاِحْرام عمداً بحیث اذا اِرْتَکَبَ البالغُ کانت له الکفارةُ ولکن لیست للصّبیّ کفّارةٌ **و ذلک لانّ** عمد

الصّبىّ و خطأه واحدٌ و تَمَسَّكَ هنا بهذا الحديث الشّريف و كان(ره) تَعَدّىٰ من باب الجنايات الىٰ بابِ الاحرام و استفادَ من الحديث معناً عامّاً؛ **فهذا الحديث اذا** كان مخصوصاً بباب الجنايات فِلَم تمسّک شيخ الطّائفة(ره) فى باب محرّمات الاحرام فى باب وجوب الكفّارة بهذا الحديث؟

فهذا دليل بانّه لااختصاص لهذا الحديث بباب الجنايات.

و امّا ماوَرَدَ فى بعض الرّوايات بهذا النّحو: «عَمْدُ الصّبىّ و خَطَاءُهُ واحِدٌ تَحْمِلُه العاقِلَة، او عمد الصّبىّ خَطأٌ تحمله العاقلة» فيمكن اَنْ يُسْتَظهرَ من قوله عليه السلام: **«تَحْمِلُهُ العاقِلَةُ»** انّه راجعٌ الىٰ باب الجنايات **ولكنّهُ مدفوعٌ** بان المقصودَ من قوله عليه السلام: **عَمْدُ الصّبىّ و خَطَاءُهُ واحِدٌ»** الاطلاقُ و المقصودُ من هذا الحديث، عمد الصّبىّ و خَطَاءُهُ واحدٌ تحْمِلُهُ العاقلةُ مقيّداً و لم‌يعلم هنا، حصولُ شرائطِ حَملِ المطلق علىٰ المقيّد **و لعلّ كان** من قبيل المطلق و المقيّد المثبتين **حيث** كان فى حملِ المطلق علىٰ المقيّد، فى المطلق و المقيّد المثبتين، شرطٌ و هو اتّحاد المطلوب **و لم‌يعلم هنا اتّحادُ** المطلوب كما انّه اُضِيفَتْ فى بعض الرّوايات، فَقْرَةٌ اُخرىٰ **و هو اَنَّ «عَمْدُ الصّبىّ و خَطَاءُهُ تَحْمِلُه العاقِلَةُ و قد رُفِعَ عنه القلم».**

و من الواضّح: انّ اضافة هذه الجملة، دليلٌ علىٰ اَنَّ حتّىٰ فى الرّواية الّتى كان فيها: **«عَمْدُ الصّبىّ، خَطَأ تَحْمِلُه العاقِلَةُ»**، كان اعمّ و ليس قولُه عليه السلام: **«تَحْمِلُه العاقِلَةُ فيه»** دليلاً علىٰ اختصاص هذا بباب الجنايات **بل** كان دليلاً علىٰ انّ **«عَمْدُهُ، خَطأٌ»** كان اعمّ و كذلک رَفْعُ القلم، كان اعمّ و كانت لِكليهما دلالةٌ **لانّه** وردت فى هذه الرّواية، ثلاثةُ جملاتٍ: **«عَمْدُ الصّبىّ، خَطَاءٌ»**، **«تَحْمِلُه العاقِلَةُ»**، **«قد رُفِعَ القلَمُ عنه»** **فَذِكْرُ الجملةِ الاخيرةِ: «قد رُفِعَ القلَمُ عنه»** بعد الجملتين السّابقتّين، لادليلَ لهما و لاَوْجَه لهما **الاّ** ان تكون علّةً للحكمين السّابقين و بمنزلة العلّةِ لهما او كانت بمنزلة المعلول لهما.

اذا كانت هى بمنزلة العلّة لهما، فمعناها: انّ عِلّةَ كونِ **«عَمْدُ الصّبىّ، خَطأً» و «تَحْمِلُه العاقِلَةُ»** هذا القول و هو **«قد رُفِعَ القلَمُ عنه».**

و اذا كانت هی بمنزلة المعلول **فمعناه** انّه **حيث** كان عَمْدُ الصّبیِ بمنزلة الخطاء و الصّبیّ لم يصل علىٰ حدٍّ كان عمده، عمداً و ليست له هٰذه الصّلاحية، ليس له تكليفٌ و قد رُفِعَ عنه القلم **يعنی** الخصّوصية الملحوظة فی الصّبیّ ای الحالة الطّبيعيّة للصّبی و عدم صلاحيّته لكون عمده، عمداً حقيقةً، كان سبباً لرفع التّكليف عنه.

بالجملة، يتبادر الىٰ الذّهن، الارتباطُ بين قوله عليه السلام: «**عَمْدُ الصّبیّ خَطأٌ، تَحْمِلُه الْعَاقِلَةُ**» مع قوله عليه السلام: «**قد رُفِعَ القَلَمُ عَنْهُ**» و ليس مثل وضع الحجر جنب الحجر؛ **و كان بينهما رابطةُ** العلّية و المعلوليّة و هذه الرّابطة تُعطِی معناً اوسعاً لكليهما **لانّ** معنیٰ «**عَمْدُهُ، خَطأٌ**» هنا، ثلاثةُ انواع من الجنايات، الجنايةِ العمديّة و الجناية شبيه العمد و الجناية الخطائيّ **و امّا** الجناية الّتی كانت شبيهةً للعمد كانت هی نصفَ العمد و مركزاً من العمد و غير العمد، فجناية الصّبی، ليس له حكمُ العمد فليس له قصاصٌ و ليس له حكمُ شبيهُ العمدِ **لانّ الدّية، ليست فی ماله لانّ** فی شبيه العمد كانت الدّيّةُ فی ماله و ليس هنا، الدّية فی ماله **بل** الدّيّةُ علىٰ العٰاقِلَةِ **فيعلم منه: انّ** معنیٰ عَمْدِ الصّبی خطأٌ **يعنی انّ** الصّبی، ليس مأخوذاً بالقصاص و لا مأخوذاً بالمال.

و جملةُ «**قد رُفِعَ عَنْهُ الْقَلَمُ**» معناه انّ قلمَ النّفس و قَلَمَ المالِ كليهما، كانا مرتفعين عنه **فلو اَقَرَّ الصّبیُّ علىٰ نَفْسِه علىٰ مالٍ**، ليس له هذا فی ذمّته.

و بالجملة، الالتزاماتُ الماليّةُ للصّبیِ سواءٌ كانت بنحوِ المعاملةِ او بنَحوِ الاقرار و الاِخبار بایّ شكلٍ كانت، كان التزامه كَلاٰ اِلتزام سواءٌ اَذِنَ له الْوَلّیُ و اجازه ام لا؟ **و هكذا**، تكون اجازةُ الولّیِ فی الجناية **حيث** انّ اجازةَ الْوَلّیِ للصّبی للجنايةِ، لاتُوجب حصولَ حكمٍ للصّبیِ.

فالحاصلُ انّ قوله عليه السلام: «**قد رُفِعَ عَنْهُ القَلَمُ**» اِن كانَ علّةً لقوله: «**عَمْدُهُ، خَطَاءُهُ**» و معنیٰ «**عَمْدُهُ خَطَاءُهُ**» انّه ليست له مؤاخذةٌ نفسيّة و لامؤاخذةٌ ماليّةٌ، فيلزم ان يكون معنیٰ رفعِ القلمِ، القلم الّذی يوجب المؤاخذةَ النفسيّةَ او الموجب للمؤاخذةِ الماليّةِ **حيث** لم تكن فی حقّه **فليست** فی باب الجنايات ايضاً و لافی باب البيع و لا فی غيرها و لو اَذِنَ له الوليُّ ايضاً فتدلّ علىٰ انّه مسلوبُ العبارة.

انت كما ترىٰ: انّ قوله عليه السلام: «**رُفِعَ عَنْهُ القلَمُ**» الّذى لم يقبل الشّيخ(ره) ان يكون بمجرّدِها دليلاً علىٰ سلبِ عبارة الصّبى، كان دليلاً علىٰ سلبِ جميعِ مراتبِ جوازِ التّصرّفِ **ولكن** حيثُ وَقَعَ دليلاً و علّةً **و من المعلوم** انّ العلّية، لا تستقيم الاّ بالتّوسعة، حَصَلَ له معنىً وسيعٌ **وكذلك** و ان كان المعلول «**عَمْدُهُ، خَطَأٌ**» كان مورداً خاصّاً **و يمكن** ان يكون مختصّاً بالجناية فى نفسها **ولكن** بقرينة العلّة، يُعْلَمُ انّه كان معناه عامّاً و معناهُ اَوْسَعُ.

خلاصة الكلام: انّ الفقرتين من الرّوايات الواردة فى عقد الصّبى، كانت لهما قرينةٌ تُخَصِّصُهُا بباب الجنايات **ولكن** هذا، ليس دليلاً علىٰ انّ الفقرة الْاُوْلىٰ و هى قوله عليه السلام: «**عَمْدُ الصّبىّ و خَطَأُهُ واحِدٌ**» تختصّ بباب الجنايات كما انّ الشّيخ(ره) استدلّ بها فى باب كفّارات الاحرام **مضافاً الىٰ ذلك، من مقارنة «رُفِعَ عَنْهُ القلَمُ» مع «عَمْدُهُ، خَطَأٌ»** الّتى بينهما رابطةٌ عليّة، يُعْلَمُ انّ «**رُفِعَ عَنْهُ القلَمُ**» الّذى لم يَقْبَلِ الشّيخُ علىٰ كونه دليلاً علىٰ سلبِ العبارة بمجرّدها، يكون دليلاً علىٰ سلب العبارة ايضاً.

حدودُ حِجْرِ الصّبیّ

هل الصَّبِیُّ، لیس له حقُّ التّصرفِ حتّیٰ لو اَذِنَ له الولیّ و اجازه او تصحّ تصرّفاته فی صورة الاذن و الاجازة؟ و علیٰ فرض عدم صحّته، وَقَعَ الکلامُ فی انّ الصّبی، کان مسلوبَ القصد و الارادة و مَسْلُوبَ العبارةِ و کان قصدُهُ کَلاٰ قصدٍ و عبارتُهُ کَلاٰ عبارةٍ ام لا؟

و بعبارة اُخریٰ: هل هو، بمنزلةِ المجنون حتّیٰ یکون مَسْلُوبَ العبارةِ او بمنزلةِ السّفیهِ حتّیٰ لایکون مسلوبَ العبارة **بل** لیس له حقُّ التّصرف الْمٰالِیّ؟

من الواضح: انّ عبارة السّفیه، تُعْتَبرُ فی غیر المٰالیّات **و امّا فی المٰالیّات** ایضاً فیصحّ اذا کان عن اذنٍ و اجازةٍ و اذا کان السّفیه وکیلاً عن الطّلاق و النّکاح و غیرهما عن الغیر فلامانع منه.

بالجملة، مسألةُ کونِهِ مَسْلوبَ العبارةِ او مَسْأَلةُ التّصرفِ مع اِذْنٍ من الوَلِیِ و الاجازةُ عنه، محلُّ الْکَلاٰمِ.

نَسَبَ الشّیخ(ره) الیٰ المشهور **بل** ظاهرُ اِجماعِ الغنیة: انّ الصّبیَّ، مسلوبُ العبارةِ و صاحب الجواهر(ره) اَصَرَّ فیه اصراراً شدیداً وَ اَلْحَقَهُ بالبدیهیّاتِ و الضّروریاتِ **حیثُ** اَشٰارَ الشّیخُ(ره) الیه فی عبارته: «**وَ اِنْ اَطْنَبَ فیه بعضُ المعٰاصِرین وَ اَلْحَقَهُ بالبدیهیّات**».

ولکنّ المسألةُ، بدیهیّةٌ عنده مثل کونها عند صاحب الجواهر و فی مقابلهما، المحقّقُ الاردبیلیّ(ره) فی شرح الارشاد **حیث** اَنْکَرَ(ره) کونَ الصّبیِ مسلوبَ العبارةِ و ذَهَبَ الیٰ جواز تصرّفاته باذن الولیّ و اِجازتِه حتّیٰ قال: «**جَرَتْ عَلَیْهِ اَلْسیرَةُ**» **و هٰکذا بعضُ آخر من الفقهاء،** ذکروا فی المسألة، بعضَ التّشکیکّاتِ و صَرَّحَ(ره) انّ ایضاً الاختلافَ **فی انّ عبادات الصَّبیّ وَ اِسْلامَهُ هل هی شرعیّةٌ اَمْ تَمْرینیّةٌ؟** دلیلٌ علیٰ انّ المسألة، لم تکن اجماعیّاً و لیست المسألَةُ علیٰ دَرَجَةٍ فَرَضَهٰا صاحبُ الجواهر(ره) **لانّ** الصَّبِیّ اذا فُرِضَ کَوْنُهُ مسلوبَ العبارةِ یلزم اَنْ یکونَ مسلوبَ العبادة من الصّلاة و غیرها فاذٰا فُرِضَ کونُ الصّبیّ مسلوبَ العبادة اجماعیّاً،

يلزم كون بطلان عبادته ايضاً اجمٰاعيّاً.

و حيث لم يكن بطلان عباداته اجماعيّاً بل يكونُ عقيدةُ المحقّقين بانّ عـباداتَ الصّبىّ شرعيّةٌ فلاٰ مجال للقول بانّ المسألة، اجماعيّةٌ تلحق بـالبديهيّات و كـونها ضروريّةً و اَنَّهُ لاٰمجالَ لقوله(ره): «**اِنَّ اسْلَامَهُ ايضاً صحيحٌ**».

و امّا اسلامُ علىٍّ عليه السلام فلعلّه من خواصّه عليه السلام.

هذه العبارةُ من صاحبِ الجواهر(ره) عجيبٌ جدّاً **لانّ** اثبات الخّواص، منحصرٌ للنّبىّ صلى الله عليه و آله و امّا غيره صلى الله عليه و آله فليس له خواصٌّ يعنى لم‌يكن لغيره صلى الله عليه و آله اَلْحُكْم الاِسْتِثْنٰائىّ.

و من الواضح: انّ اسلامَ علىٍّ عليه السلام ما يَفْتَخِرُ به الاسلامُ و الشّيعةُ و هذا، لاينٰافى معَ القول: بانّ صحّة اسلامِ علىٍّ عليه السلام، لايكون علىٰ طبق القاعدة **حيث** انّ القـاعدة تقتضى ان لايصحّ اسلام علىّ عليه السلام **ولكن** هٰذا لاجل مقام علىٍّ عليه السلام و مَنٰاقِبِه قُبِلَ.

بالجملة، كون الصّبى مسلوبَ العـبارةِ، مـن الواضـحات و البـديهيّات و كـونُهُ اجماعيّاً، لم‌يكن صحيحاً كما صَرَّحَ به الشّيخ(ره) **بل** المسألةُ محلُّ خلافٍ **ولكن** عقيدةُ المحقّقين و من جملتهم المحقّق الاردبيلىّ(ره) انّه لم يكن مسلوبَ العبارة.

ادلّةُ كونِ الصّبیّ، مسلوبَ العبارة:

قلنا سابقاً: انّه اُستُدِلَّ علیٰ كونه مسلوبَ العبارة بوجوهٍ ثلاثةٍ:

الوجه الاوّل: روايات البلوغ **حيث** ورود فيها:... اذا بَلَغَ جازَ اَمْرَهُ فی البَيْعِ و الشّراءِ».

تدلّ هٰذه الرّوايةُ باطلاقها علیٰ انّ اَمْرَهُ، لم‌يكن صحيحاً و لم يكن نافذاً قبل البلوغ سواءٌ كان مستقلّاً فی التّصرف او كان مجرياً للصّيغة، سواءٌ اَذِنَ له الوليُّ ام لا؟

اَجابَ الشّيخُ عنه: بَاَنَّ جوازَ الامر، كان ظاهراً فی الاستقلالِ، **بعبارةٍ اُخرىٰ،** تكون هذه الرّوايات فی حدّ اليُتم و الْبُلوغِ يعنی كما انَّ الْصَّبِیَّ اذا كان يتيماً، لايتصرّف استقلالاً **فكذلك** الصّغيرُ اذا لم يَبْلُغْ بعدُ.

و هٰذِهِ، لاتُنافِی صحّةَ تصرّفاتِه فی صِغَرِه اذا اَذِنَ له الوليُّ و اَجازَهُ **كما انّ** بيعَ الفضوليّ موقوفٌ علیٰ اجازةِ المالک و كذلک لاينافيه وقوعُ الصّبیّ وكيلاً مأذوناً فی اجراء الصّيغة **لانّ** مُجَرَّد كونِهِ مُجْرِياً للصّيغةِ، لايصدق عليه فی هٰذه الحالةِ، انّه جايز اَمْرُهُ فی البيع و الشّراء **و هذا خلاصةُ كلامِ الشّيخ فی المقام نحن نَقُولُ تأييداً** للشّيخ(ره): انّ المسألةَ، اوضحُ من ذلک **لانّ** الرّوايات، كانت فی مقامٍ يُشكِلُ القولَ بارتباطِ هٰذه الرّوايات مَع مُدّعیِ الْمُستَدِلّ **لانّ** الرّوايات، ناظرةٌ الیٰ الآية الشّريفة، هی هٰكذا:

﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[1]

و لايخفیٰ انّ فی هذه الآية الشّريفةِ بَحْثٌ بِاَنَّ قوله تعالیٰ: ابتلاءُ اليتامیٰ بايكالِ البيع و الشّراء عَلَيْهِمْ **هل** يكونُ قبل البلوغ ام لا؟.

قالوا: انّ ابتلائهم قبل البلوغ فاذا كان كذلک **كيف** يكونوا مَسْلُوبَ العبارةِ قبل البلوغِ و كيف لاتصحّ معاملاتهم؟.

١- سورة النّساء، آية ٦.

و قالوا فى جوابه: انّ صحّة معاملاتهم باذنِ الولىّ و اجازَتِهِ، فَيُعْلَمُ منه انّه لا اقلّ من ان تكون معاملاتهم صحيحةً باذنِ الولىّ و اجازته كَمَا نَبْحَثُ منها فيما بعدُ.

و بالجملة، انّ الآية الشّريفَة، تكون فى مقامِ بيانِ اَنَّ حِفْظَ اموالِ الصّبىّ عند الولىّ، انّما هو بملاحظه كونهم صغيراً و عدم كونهم رشيداً علىٰ المشهور **و اذا رُفِع** هذان المانعان يعنى صاروا بالغاً و صاروا رشيداً، يجب دفع اموالهم اليهم فالرّواية، راجعةٌ الىٰ دفعِ الاموال و جوازِ امرهم فى البيعِ و الشّراءِ، **بعبارةٍ اُخرىٰ**، المقصودُ من الآية الشّريفة اَنَّ دفعَ اموالِهم اليهم انّما هو، فيما اذا جٰازَ لهم البيعُ و الشّراءُ فى اموالهم و ليست الآيةُ الشّريفة فى مقام اَنَّ اَىَّ موقعٍ تصحّ عبادةُ الصّبىِّ او يصحُّ بيعُهُ و شرائُهُ و كانت عبادتُهُ عبادةً و تصرّفه تصرّفاً.

الرّواياتُ الواردةُ فى مورد الصّغير و افعالِه، ذُكِرَتْ فى باب الحجر و البيع و الوصيّة و الطّلاق و الجنايات و العبادات و نذكرهنا بعضاً **منها** الّذى ذَكَرَه الشّيخ(ره) و كان مَحَلّاً للشّاهِدِ ايضاً.

منها: ما نُقِلَ فى وسائل الشّيعة فى باب التّجارة ج ۲ـ الباب ۱۴:

«محمّد بن يعقوب عن محمّد بن يحيىٰ عن احمد بن محمّد، عن ابن محبوب، عن عبدالعزيز العبدىّ، عن حمزة بن حمران، عن ابى جعفر عليه السلام عن حديثٍ اَنَّهُ قال عليه السلام:

«الجاريةُ اذا تزوّجت و دَخَلَتْ بهٰا و لهٰا تسع سنين... ذَهَبَ عنها اليُتم و دفع اليهٰا مالها و جٰاز اَمْرُهٰا فى الشّراء و البيع، قال عليه السلام:

«و الغلام لايجوز امره فى الشّراءِ و البيع و لايخرج عن اليُتمِ حتّىٰ يبلغ خمس عشرة سنةٍ او يُحْتَلِمَ او يُشْعِر او يَنْبُتَ قُبل ذلک».

انت كما ترىٰ: انّ عمدةَ النّظر فى الرّواية المذكورة الىٰ دفع الاموال اليهم، و انّهٰا ناظرةٌ الىٰ الآية الشّريفة و اَنَّ وقوعَ اموالهم الىٰ الفهم، صورةُ كونِ الصّبىّ رشيداً و انّه يَقْدِرُ علىٰ التّصرف فى اَمْواله و فى هذه الصّورة، جٰاز امره فى البيع و الشّراء و ليست الرّواية فى مقام بيان بيع اموال الغير **حيث** انّ بيع مال الغير بالوكالة و الاجازة

فهی لم‌تكن مَطْرحاً فی هذه الرّواية و امّا المسألة الّتی تكون مطرحاً لنا هنا و هی انّ صَنْعَةَ الصّبیّ فی مال نفسه او غيره **هل تكون** مثل صَنعة السّايرين ام لا؟ فلم‌تكن مورداً للبحث فی الرّواية.

بالجملة، مضافاً الیٰ قول الشّيخ اَنَّ المقصودَ من جواز الامر للـصّبیِ، النّـفوذُ و الاستقلالُ **نقول:** انّ مرمیٰ هٰذه الرّوايات، لم‌تكن ما كان مورداً للنّظر لنا من المقصد **بل** الآيةُ الشّريفة مثل قوله تعالیٰ: ﴿**وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ**﴾[1] يعنی: لايجوز دفع مال اليتيم اليه حتّیٰ اذا بَلَغوا و كانوا رشيداً و اذا بَلَغُوا و كانوا رشيداً، جٰاز اَمْرُهُمْ فی البيع و الشّراء.

الحديث الثّانی: «عنه، عن احمد بن عيسی، عن محمّد بن عيسیٰ، عن منصور، عن هشام، **عن ابی عبدالله**عليه‌السلام **قال:** انقطاعُ يُتمِ اليتيمَ بالاحتلام و هو رُشْـدُهُ و اِنِ اِحْتَلَمَ و لم‌يونَس منه رشدُهُ و كان سفيهاً او ضعيفاً، فَلْيُمْسِكْ عنه وليُّهُ مالَهُ» **انت كماتریٰ:** تدلّ هذه الرّواية ايضاً علیٰ اِمساک مالِ اليتيم قبل رشده.

الحديث الثّالث: عن عدّةٍ من اصحابنا، عن احمد بن محمّد بن عـيسیٰ، عـن الوشّاء عن عبدالله بن استان، عن ابی عبدالله‌عليه‌السلام قال: اذا بَلَغَ رُشدُهُ ثلاثَ عشرَ سنةٍ و دَخَلَ فی الاربعةِ عشرة، وَجَبَ عليه مٰا وَجَبَ علیٰ المسلمين، اِحْتَلَمَ ام لم‌يَحْتَلِمْ و كُتِبَتْ عليه السّيّاتُ و كُتِبَتْ لَهُ الْحَسَنٰاتُ و جٰازَ له كُلُّ شیءٍ اِلاّٰ اَنْ يكون ضعيفاً او سفيهاً».

فتَحَصَّلَ ممّا ذكرنا انّه لاتدلّ رواياتُ اليتيم و حدُّ البلوغِ و الرّوايات الّتی ورد فيها انّ بعد البُلوغِ، جٰازَ امرُهُ فی البيعِ و الشّراءِ، علیٰ ما نحن فيه **بل** تدلّ علیٰ انّ اليَتيمَ، كانَ محجُوراً فی مالِهِ وَ لايجُوز له التّصَرفُ فی ماله و اذا بَـلَغَ و وَصَـلَ الیٰ حـدّ الرّشدِ، يَجِبُ دفعُ اَمْوالِهِ له **و حينئذٍ** جٰاز امرُهُ فی البيع و الشّراء و هذا المرمیٰ، غير مرمیٰ بحثِنٰا.

بالجملة، هذه الرّوايات فی حدود محجوريّة السّفيه وَ اَمْوالِهِ **حيث** لايُدْفَعُ اليه

١- سورة النّساء، آية ٥.

مالُهُ و لايجور امرُهُ فى البيعِ و الشّراءِ حتّىٰ اِنْتَقَلَ من السَّفَهِ الىٰ الرُّشْدِ **هذا كلّه، راجعٌ الىٰ الطائفة الأُوْلىٰ عن الرّوايات.**

امّا الطّائفة الثّانية من الرّوايات فَهِيَ رواياتُ رَفْعِ القَلَمِ:

هٰذه الرّوايات، نُقِلتْ علىٰ عباراتٍ مختلِفةٍ فى مواردَ متعدّدةٍ **ولكنّها** قريبةٌ معاً فى المعنىٰ.

منها: «رُفِعَ القَلَم عن ثلاثةٍ: عن الصّبي حتّىٰ يَحْتَلِمَ و عن المجنون حتّىٰ يُفِيقَ و عن النّائم حتّىٰ يَسْتَيقِذَ».

مفادُ هٰذه الرّواية: انّ قلَمَ التّشريع كان مرفوعاً فى مورد الصّبى فَلَمْ يجرِ فى حقّه، قَلَمُ الوجوب و لاالاستحباب و لاقَلَمُ الكَراهةِ و لاقَلَمُ صحّةِ العقد كما انّ معاملات البالغين، شاملةٌ لقلم التّشريع و اطلاق قلمه **ولكنّها** لم‌تكن شاملةً لِاَفعال الصّبي فمعاملاتُ الصّبى، كان صحيحاً شَرْعاً لو كان علىٰ اَدْنىٰ مراتبِ الصّحة و لو كان مجرّدُ اِجراء الصّيغة **ولكن** لم يجرِ فيها قَلَمُ التّشريعِ **و اذاكان** هٰذا صحيحاً، لم‌يكن اسلامُه و عباداتُه شرعيّاً **فهو** مثلُ المجنون.

و الشّيخ(ره) اَجابَ عن هذا، بوجوهٍ ثلاثةٍ:

اَلْوَجْهُ الاوّلُ: انّ المقصود من القلم، لم‌يكن قلَمَ التّشريع **بل** المرادُ منه، قلم المؤاخذة لما يفعله الصّبىُ و اذا كانت الْمُؤاخِذَةُ مرفوعةً عن الصّبي فموجباتُها ايضاً مرفوعةٌ فكلُّ فعلٍ كانت المؤاخذة له فى البالغين، لم‌يكن هذا، للصّبىّ و هذا، لايدلُّ علىٰ انّ اِسْلامَهُ، ليس بصحيحٍ و ليس دليلاً عَلىٰ انّ عباداتَهُ، لم‌تكن شرعيّاً و لايكون هذا دليلاً علىٰ بُطلانِ تصرّفات الصّبىّ باذن وليّه **وكذلك** لايكونُ دليلاً علىٰ عدم جواز كونه مُجرياً للصّيغةِ.

و اَوْرَدَ عليه المحقّقُ النّائينىُ(ره) و بعض الحواشى ايضاً بانّه: لم‌يُعْلَم كونُ المرادِ من الْقَلَمِ، قلَمَ المؤاخذةِ و لاشاهِدَ له **بل** القلمُ المرفوعُ منه، قَلمُ التّشريع **ولكن لايخفىٰ عليك: انّ** هذا الايراد منهم(ره) علىٰ **الشّيخ، مدفوعٌ** لما ذكرناه من الرّوايات الواردة فيها مثل هذه العبارات: «كُتِبَتْ عَلَيْه الحسناتُ و كُتِبَتْ له

السّيّئاتُ».

و ذلك لانّ هٰذه الرّوايات، تُؤَيِّدُ قَوْلَ الشّيخ(ره) بانّ المرادَ من القلم المرفوع عن الصّبىّ، قَلَمُ الكتابةِ و قَلَمُ ثَبْتِ الْاَعْمٰالِ و المؤاخذة.

فقولُ المحقّق النّائينى و... بِاَنَّ قولَ الشّيخ(ره) لاشٰاهِدَ لَهُ، **مردودٌ** فهٰذا الجوابُ هو العمدةُ فى المقام.

الوجه الثّانى: انّ المشهور بين العلماءَ اَنّ الفرقَ بين الصّبىّ و البٰالِغين فى الْاَحكامِ التّكليفيّة و لافَرْقَ بين الصّبىّ و غيرِهِ فى الاحكامِ الوضعيّة.

وَ الْاَحكٰامُ الوَضعيّةُ، كانت مجعولةً فى موردِ الصّبىّ ايضاً فيصحّ اَنْ يكونَ الصّبىُّ وارِثاً و مالِكاً و تجوز له الزّوجةُ و مُحْدِثاً و نَجِساً و طٰاهراً.

بالجملة، الاحكامُ الوضعيّةُ سواءٌ كانت من قبيل الملكيّةِ و الاِعتباراتِ العقديّةِ وَ اَلْاِرثيّ او كان من قبيل الطّهارةِ و النّجاسةِ و الحدثِ و غيرهٰا.

بناءً عليه، لايُلاٰئِمُ هٰذا معَ رفعِ مطلقِ قَلَمِ التّشريع فلا مٰانِعَ من كون عَقْدِ الصّبىّ، موجباً لِلْمِلكيّة **ولكن،** لم‌يكن مُوجباً لوجوب الوَفاء يعنى لم‌يكن له حكمُ الوضعىّ **ولكن** له حكمُ التّكليفىّ.

فبناءً عليه، اذا سَلّمنا انّ المراد من القَلَم هنا، رَفْعُ قَلَمِ التّشريع **فنقول:** انّ بناءً علىٰ القولِ المشهور، رَفْعُ قَلَم التّشريع، يَختصُّ بالاحكٰام التّكليفيّةَ لا الوضعىّ **فلا مانع** من القول بانّ عَقْدَ الصّبّي، مُؤَثّرٌ حتّىٰ فى حقّ نَفْسِه و موجباً لِاِعتبار الحكم الوضعىّ **غاية الامر** ليس له الحكمُ التّكليفىّ الىٰ زمانِ بلوغِهِ **و السّرُ فى ذلك انّ** الاحكامَ الوضعىّ، انّما هى، اعتباراتٌ و اَمّا الْحُكمُ التّكليفىّ فهو من قبيلِ الاقتضاء او البَعْثِ و الزّجرِ و الاستدعاءِ، و الصّبىُّ لم‌يكن قابلاً لِلاِسْتدعاءِ منه و امّا الحكُمُ الوضعىُّ فهو حُكمٌ اعتبارِىٌ **فعليه يُعْتَبَرُ** فى مورد الميّتِ فضلاً عن الصّبىّ **حيث يُعْتَبَرُ** كونُ الميّتِ محدَّثاً و يُعْتَبَرُ كونُ بدنه نجساً و يُعتبرُ كونُهُ مالكاً للثُّلُثِ.

الوجهُ الثّالثُ: انّا اذا سلّمنا انّ قَلَمَ التّشريع تكليفاً او وضعاً اذا كان مرفوعاً عنه **فقلنا** انّهُ يُرْفَعُ فى مُعاملات نَفسه و فى حقّ نَفْسِهِ لافى حقّ غيره **فلا مٰانِعَ** من توجّه

الحکم الوضعیّ و التّکلیفیّ بالنّسبة الیٰ معاملاتِ الصّبی بالنّسبة الیٰ الغیر **یعنی** انّ قَلَمَ التّشریع، مرفوعٌ فی حقّ نفسه فیما اذا اِنْتَقَلَ الصّبیُ مالَهُ و زَوَّجَ الصّبیُ نَفْسُهُ و طَلَّقَ زَوجَتَهُ. و امّا فی مورد کان عملُهُ موجباً للحکم الوضعیّ فی حقّ الغیر، لم‌یکن لقوله «**رُفِعَ الْقَلَمُ**» هٰذا الایجابُ.

الطّائفةُ الثّالِثَةُ من الادلّةِ الواردةِ فی باب عمد الصّبیّ.

و هی رواياتٌ: «**عَمْدُ الصَّبِي خَطَأٌ**»، «**عَمْدُ الصّبیّ و خَطَأُه واحِدٌ**» «عَمْدُ الصّبيّ، خَطَأٌ تَحْمِلهُ الْعاقِلَةُ»، «**عَمْدُ الصّبیّ، خَطأٌ تَحْمِلهُ الْعاقِلَةُ و قَدْرُفِعَ عنها اَلْقَلَمُ**».

و الشّیخ(ره)، اَجابَ عن الطّائفتين من هذه الطّوائِفِ الثّلاثَةِ، **و هما:** رواياتُ جوازِ امرِ الصّبیّ و رواياتُ رَفْعِ الْقَلَمِ عن الصّبیّ و صرّح(ره) **بانّهما: لاتدلّان** علىٰ سَلْبِ عبارة الصّبيّ.

ثمّ تردّد الشّیخ(ره) فی الحكم المذكور: **هل هو مشهورٌ او اجماعیٌّ ام لا؟** ثُمَّ نَقَلَ دليلاً من قِبَلِ القائلين بكون الصّبیّ مَسْلُوبَ العبارةِ و قال (ره): يُمكنُ اَنْ يُستَدَّلَ علىٰ سلبِ عبارة الصّبیّ برواية: «**عَمْدُ الصّبیّ و خَطَاءُهُ واحِدٌ**» **بانّ** هذه الرّوايه و لو نقلها الاصحابُ فی باب الجنايات **ولكن** لادليلَ علىٰ انّها مُخْتَصَّةٌ ببابِ الجناياتِ **بل** هی مُطْلَقَةٌ من هذه الجهة فكان عَمْدُ الصّبیّ و خَطَاءُهُ، واحِداً مطلقاً سواءٌ كان فی باب الجنايات او الكفّارات و باب العقود و الايقاعات.

بعبارةٍ اُخریٰ: كلُّ بابٍ متقوّمٍ بالقصد و العمد، يكون عَمْدُهُ كَلاٰ عَمْدٍ و قَصْدُهُ كَلاٰ قَصْدٍ **و معلومٌ انّ** العقودَ و الايقاعات بالكليّة، مُتَقَوِّمةٌ بالقصدِ و العمدِ **حيثُ** اذا لم يُقْصَدِ الانشاءُ، لم‌يكن عَقْدُهُ صحيحاً فالصّبِیُّ اذا كان مسلوبَ الْقَصْدِ و الارادةِ فهو مسلوبُ العبارةِ.

هنا: من الفقهاء، اوردوا فی بعض الحواشی ايراداتاً علىٰ الشّيخ فی هٰذا المقام **ولكن** بنظرنا، هٰذِه الايراداتُ، غَيْر تامّةٍ نَشَأَتْ من عدمِ التّوجّه الكامل **لنكتةِ** كلام الشّيخ(ره) كما سيجئی انشاء الله فيمٰا بعد.

بالجملة، حاصلُ كلام الشّيخ(ره) فی المقام: انّ عَمْدَ الصّبیّ خَطَأٌ فی كُلّ عَقْدٍ مطلقاً و لادليلَ علىٰ اختصاصه بباب الجنايات كمٰا تَمَسَّكَ شيخُ الطّائفةِ بهٰذه الرّواية فی باب كفّارات الاحرام.

ثمّ: عَدَلَ الشّيخُ(ره) عمّا قال(ره) به فی باب رَفْعِ الْقَلَم بمعونة هٰذه الرّواية **توضيحه: انّ** الشّيخ(ره) قال: انّا قلنا اَنَّ رَفْعَ القلم، لايَدُلُّ علىٰ المَطلوبِ.

ولکن یُعْلَمُ من رفع القلم الّذی ذُکِرَ بعدَ قولهِ﵇: «**عَمْدُه، خَطَأٌ**» لاجل ارتباط صدر الرّوایه مع ذیلها و لاجل الارتباط بینَ الحکم و رَفعِ الْقَلَم: **انّ** الرّفع، هنا اَعَمُّ **یعنی:** یدّل علیٰ سلبِ العبارةِ **و ذلک لانّه** وَرَدَ فی حدیث: «**ابوالبختری**» فی کتاب قُرب الاسناد هکذا: «... اَلْمَجنُونُ الّذی لایُفِیقُ و اَلصَّبیُّ الّذی لم‌یَحْتَلِمْ او لم‌یَبْلُغْ، فَعَمْدُهما خَطَأٌ تَحْمِلُه العاقلةُ وَ قَدْ رُفِعَ عنهما اَلْقَلَمُ».

قال الشّیخ(ره) انّ هذه الجملة: «**قَدْ رُفِعَ عَنْهما اَلْقَلَمُ**» کانت مُرْتَبطَةً معَ الجملتین المذکورتَیْنِ سابقاً و هما: «**عَمْدُهُما خَطَأٌ**» **و** «**تَحْمِلُهُ الْعاقِلَةُ**» فهو یعنی: رَفعُ القَلم اِمّا یکون علةً او مَعْلولاً للحکم فَاِنْ کانَ رَفْعُ الْقَلَم معلولاً فهو معلولٌ لَقوله﵇: «**عَمْدُهُما خَطَأٌ**» و اِن کان رَفْعُ الْقَلَمَ عِلَّةً فهو علّةٌ لقوله﵇ «**تَحْمِلُهُ الْعاقِلَةُ**».

النُّكْتَةُ هنا:

يلزم التّوجّه بهذه النّكتة: بانّ «رَفْعَ الْقَلَمِ» ان كان مربُوطاً لقوله: **«عَمْدُهُمَا خَطَأٌ»** فهو معلولٌ لهُ لاِلقَولِه: **«تَحْمِلُهُ العَاقِلَةُ»**.

و ان كان علّةً فهو علّةٌ لقوله: **«تَحْمِلُهُ العَاقِلَةُ»** لا لقوله: **«عَمْدُهُمَا خَطَأٌ»** و الشّيخ(ره) لم‌يتعرّض سرّ هذه النّكتة فی المكاسب.

و السّرّ فی ذلك انّه(ره) صرّح سابقاً: انّ المراد من رَفعِ الْقَلَم، رَفْعُ المؤاخذة لارفع قَلَم التّشريع و اَشَارَ(ره) هنا ايضاً فی ذيل هذا المَطلبَ: انّ المراد من «رَفْعُ الْقَلَمِ»، رفعُ قلمِ المؤاخذةِ لا التّشريع.

و اذا كان المراد منه، رَفْعَ قلمِ المؤاخذة، يكون المرادُ من قوله‌عليه‌السلام: **«عَمْدُهُمَا خَطَأٌ»** يعنی: كان فی نظر الشّارع، عَمْدُهُ بحكم الخطاء يعنی كان حُكْمُ العَمْدِ و الْخَطَاء، علیٰ السّواءِ فی عالم التّشريع و امّا قوله‌عليه‌السلام **«رَفْعَ الْقَلَمِ»** فهو راجعٌ الیٰ ما بعد التّشريع و كان راجعاً الیٰ كتابة السّيّئات **فحيثُ** كانت مَرْتَبَةُ **«رَفْعِ قلمِ المُؤاخذَةِ»** متأخّرةً **«عَمْدُهُمَا خَطَأٌ»** متقدّمَةً **لايمكن** اَنْ يكونَ قولُهُ‌عليه‌السلام **«رُفِعَ عنهما الْقَلَمِ» علّةً** لقوله **«عَمْدُهُمَا خَطَأٌ» لانّ «عَمْدُهُمَا خَطَأٌ»**، راجعٌ الیٰ عالم التّشريع و الجعل و امّا رفع القلم فهو راجعٌ الیٰ كتابة السّيّئات الّتی تكون مرحلةً بعد التّشريع **فلاٰ يَجُوزُ** اَنْ يكونَ علّةً له **فحينئذٍ**، ان كان قولُهُ‌عليه‌السلام **«رُفِعَ عنهما الْقَلَمِ»** معلولاً **فهو معلولٌ** لقوله «عَمْدُهُمَا خَطَأٌ».

و اَمّا اِنْ فَرَضْنَا كونَ قولِهِ **«قَدْ رُفِعَ عَنْهمَا اَلْقَلَمُ»** علّةً فهو علّةٌ لقوله‌عليه‌السلام: **«تَحْمِلُهُ العَاقِلَةُ»** بتقريبِ اَنَّ الْصَّبیّ **حيثُ** رُفِعَ عَنْهُ قَلَمُ المُؤاخِذَةِ فَيُؤاخَذُ عنِ العاقلةِ **حيث** لايُؤاخَذُ الصّبیُّ بشَیءٍ.

عليهذا؛ يَظْهَرُ ضعفُ بعضِ الايراداتِ الواردَةِ عَن السّيّد فی الحاشية فی المقام و من جملتها انّ قوله‌عليه‌السلام: **«رُفِعَ عَنْهُما الْقَلَمِ»** بمنزَلةِ تقريب: **«عَمْدُهُمَا خَطَأٌ»** و بمنزلة عَطْفِ البيان و التّفسيرِ لَهُ كما قال به المحقّق الايروانیّ(ره) و غيرهُمَا من الفقهاء ايضاً.

وَ وَجْهُ الضّعفِ: انّ هٰذا، انّما يصحّ فيمٰا اذا كان المرادُ مِنَ الْقَلَمِ، قَلَمَ التّشريعِ و اَمّا بناءً علىٰ ما قال الشّيخ به من انّ المراد من رفع القلم، قلم المؤاخذة فلايمكن فرض عطف البيان و التّفسير عنه هنا.

و من جملة الايرادات الواردة علىٰ الشّيخ(ره) انّه لا دَليلَ علىٰ كون قوله عليه السلام: **«قَدْ رُفِعَ عَنْهمٰا اَلْقَلَمُ»** علّةً لقوله **«قَد تَحْمِلُهُ العٰاقِلَةُ» لانّ** الصّبىّ اذا لم‌يكن مأخوذاً بالدّية، فلِمَ تكون الدّيةُ علىٰ العاقله؟ و لِمَ لم تُؤْخَذْ الدّيَةُ عن العابرين مثلاً؟، فلِمَ لَمْ يُؤْخَذْ مِن بَيْتِ المال و عن عدول المؤمنين؟ **وَ وَجْهُ ضَعْفِهِ: انّه** مِنَ المُسلّم فى باب الدّيات و كانت فى الرّوايات مُتصَرَّحةً **بانّ** الدّمَ، لايَجُوزُ اَنْ يَذْهَبَ هَدَراً **فـالامرُ، دائرٌ** بين كون دية الصّبىّ، عليه او علىٰ عاقلته **فحينئذٍ**، ان كان من قبيل العمدِ و شَبيهِ الْعمدِ فالدّيةُ من مٰال نفسه و ان كان من قبيل الخطاءِ، فَعلىٰ العاقلةِ.

و لم يَرِدْهنا، كلامٌ عن بيتِ المٰال و عدولِ المؤمنين و العابرين و غيرهم فى البين و هذا، من مسلّمات باب الدّيات.

هكذا: لم يَرِدْ علىٰ مَطْلبِ الشّيخ(ره) ايرادٌ آخر من السّيّد(ره) فـى الحـاشية **و حاصلُهُ: انّ** قولَ الشّيخ(ره) باطلاقِ **«عَمْدُهُمٰا خَطَأٌ»** لو كان صحيحاً و يشمله كُلُّ عَمْدٍ و قصدٍ، لكان الامرُ مُشكلا فى الابواب الأُخَر من الصّوم و غيره حيث يلزم اَنْ يكونَ افطارُ الصّبىّ، عمداً بمنزلةِ السّهو يعنى: لايُوجبُ بطلانَ صومه اذا اَفْطَرَ عمداً **لانّه** لم‌يكن للصّبىّ عمدٌ فكلُّ عَمْدِهِ بمنزلة السّهو **و هكذا فى باب الصّلاة يلزم** القول بعدم بطلان صلاة الصّبى اذا تكلّم عمداً فى اثناءِ الصّلاة **لانّ** عَمْدَ الكلام، موجبٌ للبطلان لاسَهْوَهُ و ليس للصّبىّ، عمدٌ و هكذا.... مَعَ اَنَّ الالتزامَ به، مشكلٌ **بل** يَلْزَمُ القولُ بِانَّ اسلامَ الصّبىّ ايضاً مقبولٌ **حيثُ** انّه مربوطٌ بالقصد **و هكذا** يلزم ان لاتصحّ عباداتُهُ **لانَّ** كلَّ عبادةٍ تحتاج الىٰ القصد و العمدِ **بل** يلزم اَنْ لايكونَ حيازُ المبٰاحات من قِبَل الصّبى و التقاطهما، صحيحاً **حيث** تحتاج الحيازات و الالتقاط، الىٰ قصدِ التّملك فلَيس للصّبىّ، قصدٌ **مع انّ** المشهور، انّ حيازاته و التقاطه، كان صحيحاً.

بالجملة، هٰذه الايراداتُ كُلُّهٰا **لم تَرِدْ لانّ** الشّيخ(ره) صَرَّحَ بانّ المرادَ من الْقَلَمِ،

قَلَمُ المُؤاخِذَةِ **و من المعلوم: انّ** هذه الموارد، لم‌تكن راجِعةً الىٰ قَلَمِ المؤاخذةِ فهٰذه الْاَمْثِلَةُ كُلُّها، خارجةٌ من باب المؤاخِذاتِ هٰذا اوّلاً:

و ثانياً: انّ القائلين برفع قلم التّشريع عنه قالوا: برفع قلم التّشريع فی موردٍ كانَ فی الرّفعِ، امتنانٌ و امّا اَلْقَلَمُ الّذی كان فی رفعه، ضِدُّ الامتنان فلاٰ **حيث** لم‌يكن فی عدم كون الصّبي مالكاً للمباحات بالحيازة، امتنانٌ علىٰ الصّبیّ **ثمّ بعدَ** وجودِ الرّابطةِ العلّيّةِ بين هٰذه الْجُمَلاٰتِ، صَرَّحَ الشّيخُ(ره): بانّ المقصودَ من رَفْعِ القلمِ، لم‌يكن مؤاخذةً اُخْرَوِيَةً فقط و ليس المقصودُ، المؤاخذّات الّتی لم‌تشمل المالَ **بل** المقصودُ منه، المؤاخذاتُ مُطْلقاً **حتىٰ** تَشْمَل المؤاخذات الماليّةَ ايضاً **و ذلك لانّ** قوله‌ﷺ: **«رُفِعَ الْقَلَمُ»** ان كان معلولاً لقوله‌ﷺ: **«عَمْدُهُمَا خَطَأٌ»** و قوله‌ﷺ ايضاً ذكر فی رواية ورد فيها: قوله‌ﷺ: **«تَحْمِلُهُ الْعاقِلَةُ»** و ان كان هو، علّةً لقوله‌ﷺ: **«تَحْمِلُهُ الْعاقِلَةُ» ولكن** قوله‌ﷺ: **«عَمْدُهُمَا خَطَأٌ»** و الديّة، للعاقلة **حيث** «رُفِعَ عنه الْقَلَمِ» و هٰذه الامُور كُلُّها مربوطةٌ برفع القلم عنه.

فمن هنا يعلم: انّ قولنا من انّ المراد من رَفْعِ القلم، رَفْعُ قَلَمِ المؤاخذة، كان له انصرافٌ الىٰ المؤاخذة الاخرويّة و المؤاخذة الدّنيويّة مثل القصاص و الحدّ و قال الشّيخ: انّ هنا نُكْتَةٌ يلزم التّعرّضُ بها **و هی** اَنَّ قَصْدَ الصّبیّ، لم‌يكن له تعقيبٌ ماليٌّ اَصلاً فلو اقرّ الصّبیُّ بمالٍ علىٰ ذمّته للغير، لم‌يكن لاقراره اَنْ يؤاخَذَ عَلَيْهِ **لانّه** لم‌تكن له مؤاخذةٌ ماليّةٌ ايضاً **و الشّيخ(ره) اِسْتَفادَ** هٰذه النّكتةَ من المقارنة و الرّابطة العليّة و المعلوميّة الموجودة فی الرّوايات المذكورة **حيث** انّ قوله‌ﷺ: **«رُفِعَ الْقَلَمُ»** اِنْ لَمْ يُقارِنْ معَ قولِهِﷺ: **«عَمْدُهُمَا خَطَأٌ»** و قولِهِﷺ: «تَحْمِلُهُ الْعاقِلَةُ»، لم يَجُزِ القولُ بِاَنَّ رَفْعَ القلم، شاملٌ للمؤاخذاتِ الماليّة.

فالحاصلُ: انّ المستفادَ من هذه الرّوايات انّ رَفْعَ القلم، كان مطلقاً و كان اَعَمَّ من المعاملات و الافعال الّتی تُوجِبُ التّعقيبَ الماليَّ سواءٌ فَعَلهَا الصّبیُّ مِن عند نَفْسِه او بِاِذْنِ الوَلِیّ **فمفهومُهُ:** اِنّ الصّبیَّ **حيث** لم‌يكن قابلاً للتّعقيب الماليّ فَكُلُّ عَملٍ يوجِبُ التّعقيبَ الماليَّ فَهُوَ عَمَلٌ كَلاٰ عملٍ و عَمْدُهُ كَلاٰ عَمْدٍ و رَفْعِ الْقَلَمِ عنه **و من المعلوم:**

انّ علّة عدم التّعقيب، كونُ عَمْد الصّبيّ يُحْسَبُ خَطَأً و عَمْدُهُ كَلاٰ عَمْدٍ.

و من الواضح: انّ المسألة، لم تكن مربوطةً باستقلال الصّبى او عدمه **بل** مربوطةٌ الىٰ اَنَّ عَمْدَهُ كَلاٰ عَمْدٍ و قَصْدُهُ كَلاٰ قَصْدٍ وَ اِرٰادَتُهُ كَلاٰ اِرٰادَةٍ **حتّىٰ** لو اذن له وَلِيُّهُ ايضاً فَعَمْدُهُ كَلاٰ عَمْدٍ حتّىٰ فى المعاملات و فى العقودِ و الايقاعات **فَعِبٰارَتُهُ** كَلاٰ عِبٰارَةٍ **لانّ** الدّلالةَ، تابعةٌ للارادة **فحيثُ** كانت ارادةُ الصّبيّ كَلاٰ اِرٰادَةٍ فَلاٰ اَثَرَ للدّلالة علىٰ شىءٍ اصلاً.

هذا، خلاصةُ تحقيق الشّيخ(ره) و استَفٰادَتُه عن مقٰارِنَةِ قوله عليه السلام: «رُفِعَ القَلَمُ» مع قوله عليه السلام: «**عَمْدُهُمٰا خَطَأٌ**» و غير ذلک من الاقوال الواردة فى الرّوايات.

الايراداتُ و الاشكالاتُ الواردَةُ علىٰ تَقريبِ الشّيخِ:

اَلْاِيرادٰاتُ الّتی قِيلَتْ او يمكنُ اَنْ يقالَ علىٰ هذا التّقريب، **هی وُجُوهٌ:**

منها: ما قيل فی المقام و هو لايَبْعُدُ اَنْ يَرِدَ علىٰ الشّيخِ(ره) و هو انَّ كونَ عَمْدِ الصّبیّ خطأً، كان تنزيلاً و التّنزيلُ، انّما يَصِحُّ اذا كان للمنزّلِ و الْمُنْزَلُ عليه، اثرٌ و التّنزيلُ، بلحاظِ ذلک الاثر، مثلاً اذا قيل للطّوّافِ فی البيت، صلاةٌ فَهُنٰا: تكون الصّلاةُ مُنَزَّلا عليه و الطّوّاف منزّلاً و وَجَهُ التّنزيلِ ايضاً، اَحَدٌ من آثار الصّلوة.

فعليه، تقريبُ الشّيخ(ره)، يصحّ اذا كان لعمدِ البالغ، اَثَرٌ شرعاً و يترتّب علىٰ الخطأ ايضاً اَثَرٌ شرعاً **حتّىٰ يقال:** انّ اَثَرَ الْعَمْدِ و الخطاءِ فی مورد الصّبیّ، سيّآن و عَمْدُهُ، خَطَاءٌ **و هذا** يختصّ بباب الجنايات و باب كفّارات الاِحْرام و كُلُ بٰابٍ، كان لِعَمدِهِ اَثَرٌ و لَخْطَائِه اثرٌ آخر شرعاً.

و امّا فی مثل العقودِ و الايقاعاتِ الّذی كان امرها، دائراً بين النّفی و الاثباتِ، فليست العقودُ ان يكون لِعَمدِهٰا، حُكمٌ وَ لِخَطَائِهٰا، حُكمٌ آخر **بل اذا** قُصِدَتِ العقودُ فلهٰا اثرٌ و اذا لم‌يُقصَدْ، فليس لهٰا اثرٌ.

و نزيد علىٰ ذلک: انّ قول الشّيخ(ره) بعدمِ حَمْلِ الْمُطْلَقِ علىٰ المُقَيَّدِ، خلافُ السّيرةِ المستمرّةِ بين الفقهاء.

و السّيرةُ الْمُسْتَمِرَّةُ بين الفقهاء فی المثبتين، حملُ مُطْلَقِهما علىٰ مُقَيّدِهِمٰا **و فی مٰا نحن فيه** ايضاً كَذٰلِکَ و لَيْسَتْ فی المقام، خصوصيّةٌ حتّىٰ لم‌يحمل الْمُطْلَقُ علىٰ المُقيّدِ **و ذلک** واضحٌ لمن تَتَبّعَ الكُتُبَ و الأَبوابَ المُختلفةَ.

و قد ورد فی الاخبار و الاحاديث كما عن السّيّد(ره) بانّ اَخْبٰارَنا بعضُهٰا يُفَسِّرُ بعضاً **فعليه،** الرّوايةُ الّتی وَرَدَ فيهٰا قولُهُ عليه السلام: **«عَمْدُ الصّبیّ، خَطأٌ تَحْمِلهُ الْعٰاقِلَةُ»** تفسيرُ الرّواية الْاُخریٰ الّتی وَرَدَ فيهٰا: **«عَمْدُ الصَّبِي خَطأٌ»** و **«عَمْدُ الصّبیّ و خَطَاءُه، واحِدٌ»** فيحملُ الْمُطْلَقُ علىٰ المُقَيّدِ.

من الايرادات الّتی تَرِدُ علىٰ تقريب الشّيخ(ره) **فهو انّه** اِن سَلَّمْنٰا تَوَسُّعَ الشّيخ(ره) و هو كونُ المؤاخذةِ، اعَمَّ مِنْ مُؤاخِذةٍ ماليّةٍ او جنائيّةٍ.

نَقُولُ: اِنّ مسألةَ الْعِوَضِ فى بابِ المعاملات، ليس مِنْ بابِ المؤاخذةِ و العقوبةِ و الغرامةِ و الحدّ و الكفّاراتِ و غيرِها.

فبناءً عليه، لا نَقْبَلُ تَوَسُّعَ الشّيخ فى باب المؤاخَذة، فَلوْ شَمِلَ رفعُ القلمِ بـقرينة مقارنته مَعُ قولِهِ **«عَمْدُهُ خَطَاءٌ»**، المؤاخذةَ المالِيّةَ كما لايبعد و لو لم‌يقرن قولُهُ عليه السلام **«رَفْعُ الْقَلَمِ» مع قوله** عليه السلام**: «عَمْدُهُ خَطَأٌ» و امّا التّعدّى** منه الىٰ بابِ معاملاتِ الصّبىّ و القول بانّ الصّبىَّ، لم‌يكن مؤاخَذاً فى باب المعاملات ايضاً و انّه ليس الْصَّبىُّ، قابلاً لِاَخذِ ثمنِ الجنس اذا عامَلهُ الْصّبِىُّ تمسّكاً بقوله: **«رُفِعَ الْقَلَمُ»** فهو لايَصِّحُ.

فبناءً عليه، لايستفاد منها: انّ قَصْدَ الصّبىّ فى باب المعاملاتِ، كان كَلاٰ قصدٍ **و رد علىٰ ذلك** انّ هنا: مطلبٌ ذَكَرَهُ الشّيخُ(ره) و المحشّون **ولكـن** لم‌نَـقْبَلْهُ **و حـاصلُ المطلبِ المذكورِ، هو** انّهم ذكروا: انّ العمدَ مع القصد، مترادفان كما هو الظّاهِرُ من كلام الشّيخ(ره) **ايضاً مع انّ** العمد فى الخطاءِ ولكنّ القصدَ لم‌يكن مُقابلاً للخطاءِ و لو يمكن انّ بين العمد و القصد، اعمُّ مِن وَجْهٍ **ولكن** كانت خُصُوصِيَّةٌ فى معنىٰ العمد، لم‌تكن مأخوذةً فى معنىٰ القصد فاذا قلنا: انّ عَمْدَهُ كَلاٰ عمدٍ فلاٰيَلْزَمُ مِنْهُ كونُ قَصْدِه فى باب الانشاءات كَلاٰ قصدٍ **و لايَخْفىٰ:**

انّ فى باب الانشاءات كليّةً، يكونُ الاثرُ راجعاً الىٰ العنوانِ من البيعِ و الشّراءِ و الاجارةِ **و غاية الامر،** معلومٌ: انّ كلَّ فعلٍ، يحتاج الىٰ القصدِ و لايختصّ بـالعقود و الايقاعات.

و لذا قال «ابن فَهَد»: انّ الله تعالىٰ اِنْ كَلَّفَنا بايجادِ عملٍ من دونِ قصدٍ، لكـان تكليفَ مالاٰيطاق **حيث** لايمكن لنا عَمَلٌ و تكليفٌ من دون قصدٍ.

بالجملة، الموضوع ان كان بيعاً او غيره، كان له اثرٌ و ليس عنوانُ الْعَمَلِ، القصد بخلاف باب الجنايات **حيث انّ** العمد، كان مورداً لِاَثَرٍ شَرْعىٍّ كما فى قوله تعالىٰ: **﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا﴾.**[1]

فعليه، قياسُ قصدِ باب الْاِنشاءِ علىٰ القصدِ فى باب الجنايات و جَعْلُ الْعَمْدِ مع

١- سورة النّساء، آية ٩٣.

الْقَصْدِ مُرادِفاً، بَعيدٌ و لٰايَنْطَبِقُ علىٰ الْمَوازينِ الشّرعيّةِ.

علىٰ هذا، ما نُقِلَ عنِ العلاّمةِ(ره) فی التّذكرة تفريعاً عَلىٰ ما ذَكَرَهُ الشَّيْخُ مِنَ المبنىٰ من انّ قَصْدَهُ كَلاٰ قَصْدٍ و عَمْدُهُ كَلاٰ عمدٍ و كانت عبارته مسْلُوبَةً، **لايصحّ و مَعَ ذلكَ** لايَخْلوعن عَجَبٍ و غَرابَةٍ ايضاً **حيث** يوجب الْاِشْكالَ فی الْاَمْرِ.

حٰاصِلُ ما نُقِلَ من العلاّمة فی التّذكرة كما أُيِّدَ مِن قِبَلِ كثيرٍ من العلماء و نُقِلَ فی اكثرِ الْكُتُبِ و اُفتِيَ به، انّ كلَّ فعلٍ كان اَثَرُهُ مَبْنيّاً علىٰ القصد و كٰانَ صادِراً عَنِ الصَّبيّ، لم‌يَكُنْ مُؤَثّراً، مثلاً كان القبضُ فی ابوابِ العقودِ، كانَ مُؤثّراً و كٰانَ بعضُ الموارِدِ، شَرْطَ الصحّةِ و فی بعض الموارِدِ شَرْطَ اللّزومِ فاذا قَبَضَ الْشَّخصُ العاقِلُ البٰالِغُ، كانَ صحيحاً و امّا اذا قَبضَهُ الصَّبيُ فلاٰ اِعتبارَ له.

عليهٰذا قبضُ الصّبيّ المالَ بعنوان الهبّة او الْهَدِيَّةِ و غيرِهِما، كان بلاٰ اَثَرٍ و لو اَذِنَ له الوَلِيُّ و اَعْطٰاه نفسُ وليّهِ ايضاً **لانّ** قَصْدَهُ كَلاٰ قصدٍ و قَبْضَهُ كَلاٰ قبضٍ.

و هذا الامرُ، مضافاً الىٰ كونه امراً مُشكِلاً، كانَ خِلاٰفَ الاحتياطِ ايضاً **لانّه** اذٰا قَبَضَ الْصّبيُ هِبَةً او هِبَةً مِنْ وَلّيٍ او غيره فَاِنْ قلنا انّه ليس هذا المٰالُ، للصَّبيِ، يَلْزَمُ انتقالُ هذا المالِ الىٰ مالِ الواهب و الىٰ ورثةِ الواهِبِ فالانتقالُ خلافُ الاحتياطِ اِن كٰان مالَ الصَّبيّ فی الواقعِ.

عَليهٰذا: لامانع من القول بكون قبضه، قبضاً و كان له اَثَرُ الْقَبْضِ **حيث** لم‌تشمل اَدِلَّةُ دالّةٌ علىٰ رفعِ مؤاخذتِهِ، مِثْلَ هٰذه الموارِدَ مِن الهبةِ و الهديّةِ.

قال السّيّد(ره) فی باب الهبة: انّه وردت السّيرَةُ وَ وَرَدَتْ فی بابِ كفّاراتِ الزّكوة و هكذا قال به صاحبُ الجواهر(ره) و لو اَوَّلَ صاحِبُ الجواهر(ره)، هٰذِهِ الرّوايات.

حاصلُ مَضْمونِ هذه الرّوايات، **انّه** يجوز اَدٰاءُ الزّكوة للصّبيّ و الْاَيْتٰامِ و يجوز اداءُ الكفّارةِ علىٰ الصَّبيّ.

تأويلُ صاحب الجواهر(ره) انّ المراد من جواز اداء الزّكوة و الكفّارة علىٰ الصَّبيّ، انّه يجوزُ اَدٰاءُ بطريقٍ شرعيٍّ و هو ادائُهُ الىٰ وَلِيّهِ **ولكن** هٰذا، خِلاٰفُ مِنْسٰاقِ الرّوايات.

بالجملة، الدّليل الّذى يدلّ علىٰ عدم جواز مؤاخذةِ الصّبي، لا يَدُلُّ علىٰ عـدم جوازِ الافعالِ و الامور الّتى كان علىٰ نَفْعِ الصَّبىّ مِثلَ قَبضِ الصّبىّ علىٰ نَفْعِهِ باذنِ الوّلىّ فالقولُ بعدمِ جواز تلك الامورِ، مشكلٌ.

ثمّ ذَكَرَ العلاّمةُ(ره) هنا فرعاً اَشْكَلُ منه و هو الدّائنُ اذا قالَ لِلمَدْيونِ اَدّدَيْني علىٰ الدّائنِ فَاَدّىٰ الْمَدْيونُ، المالَ علىٰ الصَّبىّ، قال(ره): اِنَّ ذِمّةَ المديونِ، ليس بَرِيْئاً فاذا اَتْلَفَ الصَّبِيُّ المالَ فذمّته، ليست، ضامِنَةً فَذَهَبَ مِن كيْسِ المديونِ بخلاف ما اذا قالَ صاحبُ المالِ للوَدَعِيّ: اَدّ و ديعَتي لهٰذا الصّبيّ، فى هذا المورد و لو لم‌يكن القبض صحيحاً **ولكن** ليس للوَدَعِيّ ضِمانٌ.

بالجملة، اذا قالَ الدّائنُ علىٰ المديونِ: اَدِّ مالي الىٰ الصّبىّ فَاَدّاهُ الىٰ الصّبىّ فلاتُبْرَأُ ذِمّة المديونِ و لايَضْمِنُ الصَّبِيُّ و يَذْهَبُ المالُ هَدَراً.

اَمّا عدمُ كونِ الصّبىّ ضامناً **لانّ** المديونَ، ضَيَّعَهُ باداٰئه الىٰ الصّبيّ و اَمّا عدمُ كونِ ذِمَّةِ المديونِ بَرِيئاً **فلانّ** المالَ، كان موجوداً فى ذمّتِهِ كُلّياً و معنىٰ البراءةِ، تَشَخُّصُهُ فى الفرد.

و من المعلوم: انّ تَشَخُّصَهُ فى الفردِ فى باب المدائنات، يحتاجُ الىٰ قبضٍ صحيحٍ **و حيث** لم‌يَتَمشَّ اَلْقَبضُ الصَّحِيحُ مِنَ الصّبىّ فما اَدّاهُ الىٰ الصّبىّ، لم‌يكن مُتَعَيَّناً فى كونه دَيْنَ الدّائنِ **حيث** لم‌يَكُنْ بالقبضِ اليه، مالُ الدّائنِ حتّىٰ تَبَرَّأَ **ذمّته.**

و قال الشّيخ(ره): اِنّ هذا، مثل مٰا اذا قالَ الدّائِنُ للمديون: **«اَلْقِ مٰالِي فى البحرِ»** فى كون ذمّته، لم‌تكن بريئةً **لانَّ** ما القٰاه الىٰ البحر مالُ المديونِ و لم‌يكن مالَ الدّائنِ بعدُ، اِلّا بِقَبْضٍ صحيحٍ وَ اِلقٰائُهُ الىٰ البحر، لم‌يكن قبضاً.

فالصّبيُّ كالبحر فى عدم القبض لهما.

لايخفىٰ: انّ هذا الفرع، اَشْكَلُ مِنَ الْفَرْعِ الْاَوَّلِ، اوّلاً:

اَنَّ الْقَوْلَ فى اِلقاء مالِ الدّائن الىٰ البحر فضلاً عن قولِ الدّائنِ للمديونِ بِاَدٰاءِ مالِهِ الىٰ الصّبى، تَوْكيلٌ فى التّعيّن يعنى: تعيينُ كونِ المٰالِ مالَ الدّائنِ ثمّ اِلقٰائُهُ الىٰ البحر اَوِ الْاِعطٰاءِ الىٰ الصّبىّ كما قال به السّيّد(ره) و غيره.

و ثانیاً نقول: اِنّ الاداءَ قد یَتَحَقَّقُ بقولِ المالکِ بالِقاءِ هذا المٰالِ الیٰ الْبَحْرِ او «اَدِّ الیٰ الصَّبیِّ» و لامعنیٰ لِلاَدٰاءِ الاّ هٰذا و هذا، قبضٌ فی الواقع.

بعبارةٍ اُخریٰ: انتم ترونَ اَنَّ التَّخْلِیَةَ، تُحْسَبُ قبضاً فی باب البیع **وَ یَصْدُقُ هذا النّحوُ** مِنَ الْقَبْضِ فی قوله علیه السلام: «**تَلَفُ الْمَبیعِ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ مٰالِ بٰایِعِهِ**».

بالجملة، دائرةُ الردّ وَ الْاَدٰاءِ، دائرةُ العرفِ فَیَصْدُقُ القبضُ بقولِ المٰالِکِ بِاِلْقاء مٰالِهِ الیٰ البحر او الْاَدٰاءِ الیٰ الصَّبیِّ فَهُوَ القَبْضُ عرفاً.

و هٰکذا، یُشْکِلُ التزامُ الفتویٰ الثّالثِ وَ الْفَرْعِ الثّالثِ للعلاّمةِ(ره) **و هو انّه** اذا کان للصَّبیّ مٰالٌ و اَدّیٰ وَلِیُّ الصّبیّ، المٰالَ الیٰ الصَّبیّ لَیَذْهَبَ الیٰ الدّارِ اَو الْمَنْزِلِ، کٰانَ الْوَلیُّ ضامناً للمٰالَ اذا تَلَفَ عِنْدَهُ **لِاَنَّهُ ضَیَّعَهُ.**

و لایخفیٰ: انّ هذا، اَشْکَلُ من الفرعین السّابقین **لانّه** کَیْفَ یَصْدُقُ بـالاداءِ، انّـه ضَیَّعَهُ مع عِلْمِ الْوَلِیّ بِانّ الصَّبِیّ، حَفِظَهُ وَ ذَهَبَ الیٰ الدّار.

قال الشّيخ: اَنَّ هنا مَوْرِدانِ لايُلائِمانِ مَعَ الْمَبْنىٰ و كانا ناقِضَيْنِ لِهٰذا الْمَبْنىٰ **وَ هُوَ اَنَّ الشّيخ(ره)** اِسْتَفادَ من مقارنة قوله عليه السلام: **«رُفِعَ الْقَلَمُ»** مع قوله عليه السلام: **«عَمْدُهُ خَطَأٌ تَحْمِلُهُ الْعاقِلَةُ»** اَنَّ الْمُؤاخِذَةَ اَعَمُّ مِنَ الْمُؤاخِذَةِ الْمالِيَّةِ و تَشْمَلُها.

المورد الاوّل: مٰا ذُكِرَتْ فى كلماتِ الْفُقَهاءِ و الاخبارِ، تعزيزاتٌ و تَنْبِيهاتٌ و شديداتٌ لِلصَّبىّ فى بعضِ المعاصِى و فى بعضِ موارد الاختلاف ما يَراهُ الحاكِمُ اَوِ الوَلِىُّ، اَلصَّلاحَ اَنْ يُعَزِّرُ الصَّبىّ كما اذا تَكَرَّر الصَّبىّ، السّرْقَةَ و شَهادَتُهُ كِذْباً.

هُنا مَجالٌ للسُّؤالِ: بانَّ القول بانّ اَفْعالَ الصّبىّ لَمْ تَكُنْ مورداً لِلْمُؤاخِذَةِ و التّنبيهِ مطلقاً، **كيف** توافق معَ التّعزيراتِ الوَارِدَةِ فى الشّرعِ و الثّابِتَةِ فى الفتاوىٰ؟

اَلْمَورِدُ الثّانى: مورد الضّمانات من المنافعِ و العين و ضِمانِ الارشِ و الْجُزْءِ و ضِمان البعضِ و تَرَتُّبِ الْاَيادِى و التّعاقب، قِيمِيّاً اَوْ مِثْلِيّاً و غير ذلكَ **حيث اِنَّ** الصَّبىّ كانَ ضامناً اذا تَلَفَ مالُ الغيرِ و يُؤْخَذُ من مالِهِ و لايُنْتَظَرُ الىٰ بلُوغِه وَ يُطالَبُ مِنْ وَلِيِّهِ فَاِنْ كانَ للصّبىّ مالٌ عندَ وَلِيِّهِ فَيُؤَدِيّهِ **و اذا** لم يكن لَهُ مالٌ يَبْقىٰ فى ذِمَّتِهِ الىٰ اَنْ تَيَسَّرَ.

و هذا، يُنافِى الْقَوْلَ بِرَفْعِ ايّ مؤاخذةٍ مالِيّةٍ عنِ الصّبىّ؟

و لايَجُوزُ القَوْلُ بانّ الْمَبْنىٰ المذكورِ، يُخَصَّصُ بهٰذيْنِ الْمَوْرِدَينِ **لانّ** رَفْعَ الْقلَمِ عن ثلاثة، آبٍ عن التّخصِيصِ **حيثُ اِنَّ** الرَّفعَ، بِملاحظَةِ الصّباوةِ و الجنون و... كانّهُ يُعَلَّلُ بِالصّباوَةِ **و من الواضح:** انّ الصّباوة، دَوْرَةٌ لاتُناسِبُ مَعَ الْتَّكلِيفِ فَهُوَ آبٍ عن التّخصيصِ.

مضافاً الىٰ ذلك اَنَّ حُكْمَ: «رُفِعَ الْقَلَمُ» حُكْمٌ اِمْتِنانِىٌّ **و من المعلوم:** اَنَّ الْاَحْكامَ الْاِمْتِنانِيَّةَ، لاتَقْبَلُ التَّخصيصَ.

وَ لِذا سَعىٰ الشّيخ(ره) اَنْ وَجَّهَ كُلَّ واحدٍ مِنَ الْمَوْرِدَينِ عَلىٰ نحوٍ لايَرِدَ الْاِشْكالُ علىٰ مَبْناهُ وَ صارَ الخروجُ عنه تَخَصُّصاً لاتخصيصاً.

تَوْجِيهُ الشّيخِ، الْإِيرادَيْنِ المَذْكُورَيْنِ:

اَمّا عن تَعْزيراتِ الصَّبيّ فَالمُتَبادَرُ مِنْ رَفْعِ الْقَلَمِ، اَلقَلَمُ الموضوعُ عـلىٰ البـالِغِينَ يعنى: رُفِعَتْ عن الصّبيان، التَّكالِيفُ الّتى وَرَدَتْ فِى مـوردِ البـالِغينَ **وَ لا يُـنافيه** اَنْ يكون لِلّصبيّ، احكامٌ و التَّكالِيفُ بعُنْوانِ الصّبا‌وَةِ.

و هٰذا القولُ منه(ره) هنا اِشارَةٌ الىٰ تَحْقِيقٍ فى جوابِ الْاِشْكالِ الّذى وَرَدَ فـى باب قوله عليه السلام: «**رُفِعَ عَنْ اُمَّتى تِسْعَةٌ: اَلْخطاءُ وَ النِّسْيانُ وَ مالايَعْلَمُونَ وَ ما لايُـطِيقُونَ و...**».

و الاشكال المذكور انّه: لايَجُوزُ الْعَمَلُ بعُموم **حديثِ الرّفع حيث** يَلْزَمُ مِنَ الْعَمَل بِهِ تَخصيصُ الْاَكْثر **لاَنَّ** لِلْخَطاءِ آثارٌ مِنَ الدِّيَةِ وَ الْكَفّارةِ اذا قَتَلَ شَخْصاً خَطأً او اَتْلَفَ مالَ الغيرِ خَطَأً فَلَهُ الضّمانُ اَوْ اَضافَ فى الصَّلٰوةِ شَيْئاً اَوْ اَنْقصَ فيها شَيْئاً، كـان له سَجْدَتي الْسَّهْوِ **وكذلك** لِلّنسيانِ، آثارٌ مُخْتَلِفةٌ.

بالجملة، هٰذه العَناوِينُ التِّسْعَةُ، لها آثارٌ لايجوز القولُ بِاَنّها مَرْفُوعَةٌ.

وكَذٰلِكَ لِقَوْلِهِ: «ما لايَعْلَمُونَ» آثارٌ و منها اَنَّهُ كُلُ شىءٍ فيهِ حَلالٌ و حرامٌ فهو، لَكَ حَلالٌ و يجرى فى موردِها اَصْلُ الاستصحابِ فِى الموارِدِ الْمَشكُوكَةِ **وكذلك، تَتَرتَّبُ احكامٌ** مختلفةٌ علىٰ قاعِدَةِ الفراغِ و التّجاوز و قاعِدَةِ اليدِ وَ الْاَمارات **حيث** كانتْ هٰذهِ الامورُ مِن اَحكام الشَّكِ مِثلُ ما: «**اذا شَكَكْتَ فى الصَّلاٰةِ بَيْنَ الثّـلاثَةِ وَ الْاَرْبَعَةِ فَابْنِ علىٰ الْاَكْثرِ**» اَوْ يُقالُ: «اِنْ شَكَكْتَ فى الصَّلٰوةِ فِى اَيَّةِ رَكْعَةٍ فَيُعِد» و نحوِ ذلك.

فحينئذٍ، اِن قلنا بتَخْصِيصِ حَديثِ الْرَّفْعِ، **فَمَعْلُومٌ انَّهُ** لا يَجُوزُ **حَيْثُ** انّ لِسانَهُ، آبٍ عن التّخصيصِ **و مُضافاً الىٰ ذٰلك،** كانَ هٰذا مِن قبيلِ تخصيصِ الْاَكْثرِ.

تَحْقِيقُ الشّيخِ(ره) فى ردّ هذا الاشكالِ: اَنَّ الافعالَ الّتى كانت فى ضـمنِ هٰـذه الْعَناوِينِ التِّسْعَةِ يعنى: اَلْفِعلُ الّذى لايُعْلَمُ حُكمُهُ وَ اَلْفِعْلُ الّذى نُسِـىَ مَـوْضُوعُه او حُكْمُهُ و الفعلُ الّذى نُهِىَ عنه و اَخطَاَ فيه او اُكْرِهَ عَلَيْهِ اَو اِضْطُرَّ اِلَيْه، لَهُ آثارٌ ثلاثَةٌ و المرفوعُ بحديثِ الرّفع، كان واحداً من هٰذهِ الثَّلاثَةِ.

فبناءً عليه، الموارد الّتى فُرِضَتْ، لم‌تَكُنْ تخصيصاً حتّىٰ يَلْزَمَ الْاِشكالُ **بل** تخصُّصاً.

و هٰذِهِ الآثارُ الثّلاثُة هٰكذا:

فى الادلّةِ الشّرعيّةِ تارةً: تترتّبُ الآثارُ عَلىٰ الفعلِ بشرطِ هٰذهِ العَناوينِ يعنى بشرط الخَطاءِ وَ النّسيانِ و بِشَرْط الجَهلِ.

و تارةً اُخرىٰ: تترتّب الآثارُ الشّرعِيّةُ علىٰ الافعالِ و شرطِ عدمِ هٰذه العناوين يعنى: بشرطِ لا.

و ثالثةً: تَتَرَتَّبُ الآثارُ الشّرعيّةِ علىٰ الافعالِ لا بشرطِ هٰذهِ العناوين و لابِشَرطِ عَدِمها.

و امّا الْاَفْعالُ الّتى يترتّبُ عليها الْاَثَرُ بشرطِ لايعنى: تَرَتُّبُ الْاَثَرِ علىٰ الفعلِ بشرطِ لاخَطاءِ مثلُ قَوْلِه عليه السلام: «**فَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً» حيث** تَرَتَّبَ الْاَثَرُ علىٰ **الْعَمْدِ و معلومٌ: انّ** هٰذا الْحُكمَ، لم‌يكن صورةَ الخَطاءِ وَ انْتِفائُه عَقْلِيٌّ لايحتاجُ الىٰ حديثِ الرّفع و التّنزيل **لانّ** اِنتفاءَ كُلّ حكمٍ عِنْدَ انتفاءِ مَوْضُوعِهِ، عَقْلِيٌّ لايحتاجُ الىٰ فعلٍ آخَر.

و هكذا فى مثل قوله عليه السلام: «**مَنْ زادَ فى صَلاتِهِ رَكْعَةً عَمْداً فَعَلَيهِ الْاِعادَةُ».**

و معلومٌ: انّ هٰذا الْحُكْمَ، لم‌يَكُنْ مُتَرتّباً فى سَهْوِه و لايَحْتاجُ فى فَهْمِهِ الىٰ حديثِ الرّفعِ فَكُلُّ حكمٍ يَتَرتّب علىٰ الافعالِ بشرطِ عدمِ هٰذه العناوين، لم‌يَكُنْ مشمولاً لحديثِ الرّفع **لانّ** انتفاء تِلْكَ الاحكامِ عِنْدَ وُجُودِ هٰذِه العناوين التّسعة، انتفاءٌ عَقْلِيٌّ و ليس بانتفاءٍ شرعيٍّ و بِتَنْزيلٍ عَقْلىٍّ فلايحتاجُ الىٰ حديث الرّفْعِ حينئذٍ.

و هكذا الآثارُ المترتّبة علىٰ الافعالِ بشرطِ هٰذهِ العناوين، لَمْ‌تَكُنْ مَرْفُوعةً بحديثِ الرّفعِ اذ الموضوعُ جالِبٌ لِحُكمِهِ لارافِعٌ له يعنى: ظاهِرُ عُنوانِ «**ما لايَعْلَمُونَ**» فى حديثِ الرّفع، رافعٌ لِحُكْمِهِ يعنى كان لِلحُكمِ اقتضاءٌ و الخطاءُ مانِعُهُ و رافِعُه **فحديثُ الرّفعِ**، ينحصرُ بالْاَحكامِ الّتى كان لها اِقتضاءٌ فى نفسها و عُروض

هٰذهِ العناوين، يَرْفَعهٰا يعنی: كانتِ الْاَحكامُ، و الافعالُ، اللّٰابِشَرط و امّا الاحكام الّتی تَتَرَتَّبُ علیٰ نَفْسِ هذه العناوين، فَكٰانَتْ هٰذه العناوينُ كالموضوعِ لِتِلْكَ الاحكامِ.

و معلومٌ: انّ كلَّ موضوعٍ، مقتضٍ لجلبِ الْحُكْمِ لاٰ انّـه رافِـعٌ لِـلْحُكْمِ **و ظـاهِرُ الحديثِ** اَنَّ عُروضَ هٰذه العناوين، يَرْفَعُ حكماً بحيثُ لو لم‌يَعْرُضْ، لمٰا كٰانَ مُرتَفَعاً.

فبناءً عليه، الاثرُ المرفوعُ بحديثِ الرّفعِ من هذه الآثار المترتّبة الثّلاثة، يَنْحَصِرُ علیٰ قسمٍ واحدٍ و هو الآثارُ المترَتّبَةُ علیٰ الافعالِ لاٰبِشَرْطِ وجود هٰذه العناوين و لابشرطِ عدمِ وجود هٰذه العناوين يعنی المترَتّبَةُ علیٰ الافعٰالِ اللّٰابِشَرْط.

و يُقالُ عينُ هذا الكلام الّذی فی حديث **«رُفِعَ عَنْ اُمَّتی تِسْعَةٌ»** فی ما نحن فيه و هو رفعُ القلم عن ثلاثةٍ **و عليهٰذا: انّ** الصَّبيّ و البالِغَ وَ الْمَجْنُونَ و العٰاقلَ و النّائِمَ و المستَيقِنَ، كانت عناوينَ مُخْتَلِفَةً **فتارةً:** تترتّب علیٰ الافعٰال لابشرطِ هٰذه العناوينِ و لابشرطِ عَدِمهٰا يعنی يَتَرَتَّبُ الاثرُ علیٰ نَفْسِ الْفِعلِ غَـيْرَ مـلحوظٍ فـيه البـلوغ او الصِّغَرُ و....

و اُخریٰ: آثارٌ تَتَرَتّبُ عَلیٰ عُنْوانِ البالغ يعنی يَتَرَتَّبُ الْاَثَرُ علیٰ الفعلِ بشَـرْطِ لايعنی بشرطِ عدمِ الصِّغَرِ وَ الْجُنُونِ و اَلنَّوْمِ.

و ثالثةً: آثارٌ مترتّبةٌ علیٰ الافعال بِشَرْطِ هٰذه العناوين يـعنی بشـرطِ الصِّـغَرِ وَ الْجُنُونِ و اَلنّوم.

و معلومٌ: انّ الآثارَ المترتّبَةَ علیٰ الافعال بِشَـرْطِ لاٰ **فَـهِیَ** مُـرْتَفِعَةٌ بـالنّسبةِ الیٰ الصّغير **ولكن** ارتفاعه عَقْلِیٌّ لايحتاجُ الیٰ حديثِ الرّفع.

فالمرادُ من رَفْعِ الْقَلَمِ عن الصَّبیّ، رَفْعُ القلمِ الموضوعِ علیٰ الافـعال لابشـرطِ البلوغ و لابشرطِ الصّغَرِ و امّا الآثارُ المترتّبَةُ علیٰ البالغين **فلاٰتَحتاجُ** الیٰ حـديثِ الرّفع **فهی لم** تَكُنْ مشمولةً لحديث الرّفعِ **و ايضاً** الآثارُ الّتی كـانت مُـرَتَّبَةً بِـعنوانَ الصّغير، لم‌تكنْ مَشْمولةً لِحديثِ الرّفعِ **بل** انّما الآثارُ المترتّبةُ علیٰ الافعٰالِ لاٰبشرطٍ بالشّرح الّذی ذكرناه، كانت مرفوعةً لحديثِ الرّفعِ **لما قلنا** من انّه يُستَفٰادُ من كلام الشّيخ(ره) اَنَّ حديثَ الرّفع لِاَجْلِ بيانِ المانع عن تأثير الْمُقتَضِی يعنی فُرِضَ فـی

موردِ حَديثِ الرَّفعِ اَنَّ لِلْاَحكام، مُقْتَضِياتٌ تَرْفَعُهَا الْعَناوِينُ المأخوذةُ فى الحديثِ و لايجوز ان تكونَ تِلْكَ المقتضياتُ، عينَ تِلْك العناوينِ **لانّ** العنوانَ ان كان مُقْتَضِياً لِحُكمٍ **فلا يُمْكِنُ** اَنْ يكون مانعاً من جريانِ هٰذا الحكمِ فَعُلِمَ من هذا، انّ الْـمُقْتَضِي لِتَأثيرِ الحكمِ، مطلبٌ خارجٌ عن هٰذه العناوينِ و هى لَيْسَتْ اِلاّ ذاتُ الفعلِ و الفعل، لابشَرطٍ.

و ان شئتَ قُلْتَ: اِنّ ظاهِرَ الحديث اَنَّ الْقَلَمَ الموضوعَ للبالِغين، مرفوعٌ بالنّسبةِ الىٰ الصّغار و لاينافيه ما اذا كان لِلصِّغارِ قَلَمٌ آخَر وَ تَكْلِيفٌ آخر.

جوابُ الشّيخِ عن النَّقْضِ:

اجاب الشّيخ(ره) عن النّقضِ الثّانى: بأَنَّ هذا النّقضَ، يَرِدُ علىٰ احدِ الْاِحتمالين و عَلىٰ احتمالٍ آخر فى المقارنةِ بينَ الْجُملَتَيْنْ «رُفِعَ الْـقَلَمُ»، «عَـمْدُهُ خـطأٌ تَـحْمِلُهُ العاقِلَةُ»، لم‌يَرِدِ النَقْضُ و يكون تخصُّصاً لا تخصيصاً.

توضيحُ ذلك: اَنَّهُ قلنا سابقاً: انّ قَوْلَه(ع): «**رُفِعَ عَنهُمَا الْقَلَمُ**» اِمّا مَعْلولٌ لقوله(ع): «**عَمْدُهُمَا خَطأٌ**» او تَكُونُ علّةً لقوله «**لا تَحْمِلُهُ العاقِلَةُ**»؟ فَاِنْ كانَ عِلَّةً لقوله: «**تَحْمِلُهُ العاقِلَةُ**» يَرِدُ الاشكالُ وَ الْنَّقْضُ المذكورُ **لِاَنَّ** قوله(ع): «**رُفِعَ الْقَلَمُ**» كان مطلقاً و اَعَمُّ يعنى اَعَمُّ مِنْ قَلَمِ الْمؤاخِذَةِ الْاُخْرَوِيّةِ و الدّنيَوِيّةِ و المالِيّةِ و غيرها **وكيف ماكان و ايّاً ماكان**، كانت مَرفُوعَةً **فَالْاِتلاَفُ حينئذٍ:** لَه مُؤاخِذَةٌ مالِيّةٌ **مع انّه** لم‌يكن مرفوعاً عنِ الصّبىّ **فحينئذٍ** يَرِدُ النّقضُ وَ الْاِشْكالُ و امّا عَلىٰ الاحتمال الآخـر يـعنى اِن كـانَ معلولاً لِقَوْلِه(ع): «**عَمْدُهُمَا خَطأٌ**» يعنى لَمّا كانَ عَمْدُ الصّبىّ كالخطاء وَ عَمَدُهُ كَـلا عمدٍ شرعاً و لم‌يَتَرَتّبِ الشّارِعُ علىٰ عَمْدِهِ، آثارَ الْعَمْدِ، فَقَدْ رُفِعَ عَنْهُ القَلَمُ وَ لَيْسَ **حينئذٍ** له مُؤاخِذَةُ الْعَمْدِ **فحينئذٍ** لايرد النّقضُ **لانّ** عمومَ المعلولِ بِقَدْرِ عمومِ عِلَّتِهِ.

بناءً علىٰ هذا الاحتمال، ينحصر مَوْرِدُ «رُفِعَ عنهُمَا الْقَلَمُ» عـلىٰ مـواردَ كـانت لِلْعَمْدِ دخالةٌ و امّا كونِ الصَّبىّ مُحْدَثاً او يَدِهِ نَجِساً و غيرهما، لادخـالَةَ لِـلْعَمْدِ و الجهلِ و الاتلافُ ايضاً من هذا القبيل يعنى اَلْاِتلافُ مطلقاً سواءٌ كان عن جهلٍ او عمدٍ، يُوجِبُ الضّمانَ.

فالقولُ بانّ الاتلافَ مطلقاً و لو كان من الصّبی، كان موجِباً للضّمانِ و التّعقيبُ المالِیُّ، لاٰيُنافی مع عمومِ رفع القلمِ **لانّ** رَفْعَ القلم بناءً علیٰ كونه معلولاً لقوله ﷺ: **«عَمْدُهُمَا خَطَأٌ»** يعنی فی موارد كانت للعمدِ تأثيرٌ، ما كان لِعَمْدِ الصّبیّ، تأثيرٌ و امّا فی مواردَ ما كٰانَ للعَمْدِ و لالغير العمد، تأثيرٌ وَ الْاَثَرُ، اثرٌ لذاتِ الفَعلِ فَهُوَ مرفوعٌ عن الصَّبِیّ و عن غير الصَّبیّ.

فحينئذٍ حيثُ كانَ هَـنا احـتمالان كـما قـلناهمٰا فـاذا جٰـاءَ الْاِحـتِمٰالُ، بَـطَلَ الاستدلالَ.

***

يُمْكِنُ ان يُشْكَلَ انّ هذين الجوابين عن النّقضين، لايُلائمانِ **بتقريب انّه** قيل فی جواب التّعزيرات: انّ حديثَ الرّفعِ، يَرْفَعُ آثارَ الأفعالِ بلاشرطٍ.

و امّا فی جواب النّقض الثّانی فقال الشّيخ(ره): انّه لايَرْفَعُ اَثَرَ الفعلِ بلاشرطٍ **بل** يَرْفَعُ اَثَرَ فعلٍ بشرطِ شیءٍ.

نحن نقول: نَعَمَ ما قال الشّيخ(ره): انّ حديثَ الرّفعِ، يرفَعُ اَثَرَ الفعْلِ بلاشرطٍ فی النّقضِ الاوّلِ، و فی النّقضِ الثّانی قال(ره)، يَرْفَعُ اَثَرَ فعلٍ بشرطِ شیءٍ.

ولكن قال الشّيخ فی ردّ النَّقْضِ الاوّل: بانّ حَدِثَ الرّفعِ، يَرْفَعُ اَثَرَ الْفِعْلِ بلاشرطٍ عن البلوغ و الصّغر و غيرهما **ولكنّه(ره)** قال فی ردّ النّقض الثّانی انّه يَرْفَعُ اَثَرَ الْفِعْلِ بشرطِ الْعَمْدِ لاٰ لِشَرْطِ الصّغَرِ و البلوغِ فَلاٰ يتنٰاقِضٰانِ **حيث** كان المرادُ من الشّیءِ فی النَقضِ الاوّلِ، البلوغُ و الصِغَرُ و المرادُ مِنَ الشّیء، هنٰا، العَمْدُ و السَّهْوُ.

نحن نقول:

نُسِبَ الىٰ المشهورِ، عَدَمُ جوازِ معاملاتِ الصّبى مطلقاً **حتّىٰ** لو اَذِنَ له الْوَلِيُّ و حتّىٰ اذا كان وكيلاً عنْ قبلَ الغيرِ فى اجراءِ الصّيغةِ.

وَ امّا مِن ادلّة الباب كما فرغنا عنها، فَيُعْلَمُ اَنَّ ادلةَ الباب، لِاَتفِى باثباتِ هذا الحكم **وكذلك** لم‌يكن الحكمُ ايضاً، مشهوراً كما اَشار اليه الشّيخُ(ره) فى ضمنِ نقلِ الفتاوىٰ، **عَليهٰذا،** القدر المتيقّن من الرّوايات، عَدَمُ استقلالِ الصَّبىّ فى التّصرف و هو الفرقُ بين البلوغِ و غيره.

معلومٌ: انّ الفرقَ بين البالغ و غيره و المجنون و غيره و النّائم و غيره، كان مطلباً طبيعيّاً و كان حاصلاً من الازمنة القديمة بين الملل الموجودة، قديماً و حديثاً.

و الفرقُ بين الصَّبىّ و غيره، انّ الصّبىّ، لم‌يكن عَقْلُهُ فى مراحلِ الكمال و الرّشد **بل** يكمل تدريجاً الىٰ اَنْ بَلَغَ الىٰ مرحلةِ التّحوّلِ و الىٰ مرحلةٍ كان قادراً علىٰ توليد المثل و علامةُ هذه الحالة فى الفطرة، هى الاحتلامُ الّذى كان لازماً غالباً مع اِنباتِ الشَّعرِ فى بعض اعضاء بدنه.

و من الواضح: اَنّ اللهَ، خَلَقَ هٰذه الدورةَ، مُخْتَلِفةً فى الرّجل و المرأة **حيث** كانت علاٰمَةُ التّحوّلِ فى المرأة، عُرُوضُ الحيض و هو مرحلة البلوغ الىٰ حدّ توليدِ المثل.

معلومٌ: انّ طوائِفَ النّساءِ، تَبْلِغونَ الىٰ حدّ التّكامل و التّحوّل اَقْرَبَ من الرّجل **ولذا** يكون بلوغُها، اَقْرَبُ من بلوغِ الرّجال.

و مٰا يُرىٰ من الاحكام و تَرتّبِ الآثار و الكلامِ فى الصّبى و غيره من الرّجل و المرأة، **هى** راجعةٌ الىٰ حدودِ هٰذه الدّورات المختلفَةِ و علاٰمٰاتِهٰا لا الىٰ اصلَ الدّورةِ و لٰا اِلىٰ الفرقِ بين البالغ و الصَّبىّ و العاقلِ و المَجنونِ **حيثُ** انّ الفَرق بينهما، مُسَلَّمٌ لامجٰالَ للكلامِ فى المِلَلِ و النَّحَلِ.

و ما يَتَرَتَّبُ عليه من انّه متىٰ جٰازَ امرُ الْغلامِ و الصَّبىّ ام لا؟ يكون لازماً لاصلِ الدّورة و التّحوّل و ليست العنايَةُ بنفسَ اللّازم **و اِلاّ معلومٌ:** انّ الدّورةَ اذا تحقّقت، يَتَرَتَّبُ عليه آثارهٰا ايضاً.

و لذا ليس السّؤالُ عن نفس الحكم **حيث** وَرَدَ انّه متىٰ يجوز امر الغلام فی البيع و الشّراء و متىٰ تجرى عليه هذه الحدود؟ **ولكن** كان السّؤالُ عن زمانِ البلوغ لاعن اصل البلوغ.

فحينئذٍ، ملاحظةُ هذه الرّوايات و الاخبار منفردةً و اَخْذُ الظّهورِ الخاصّ من كلّ واحدةٍ منها و تصوُّر الحكمِ فی موقفٍ خاصٍّ كانّه كان الحكم مجهولَ الكنهِ و كان حكماً تعبديّاً و كان حكماً غير مفهومٍ معناه، **خلافُ القرائنِ الحاليَّةِ** الحافّةِ فی الاحاديث و خلافُ قرائن المسألة.

عليهذا: القدر المتقيّن من الرّوايات، عدم استقلالِ الصّبیّ فی التّصرفات **ولكن** اذا تَصَرَّفَ الصَّبیُّ باذن وليّه فلامانع منه.

غاية الامر، يكون اِذنُ الوليّ علىٰ نحوين:

اَحَدُهما: اَنْ يأذنه الوَلِیُّ بالاستقلال **و معلومٌ: انّه** لايجوز **لانّه** يُنافِی مع عدم جواز معاملات الصّبیّ و يُنافِی مع دورةِ صباوتِهِ.

و لعلّ مقصود من قال من الفقهاء بانَّ تصرّفَ الصّبیّ، لايَصِحُّ حتّی فی صورة الاذن ايضاً، هٰذه الصّورةُ يعنی اذنُ الوليّ الصَّبیّ، التَّصرفُ بالاستقلال.

و ثانيهما: اَنْ يَتَصَرَّفَ الصَّبِیُّ فی المال، تحت نظرِ الوليّ و تحتِ اشْرافِهِ و المقصودُ من اذنِ الوليّ، مراقبتُهُ و مُواظِبَتُهُ **يعنی** يُعامِلُ الصّبِیُّ باذن الوليّ و تحت نَظَرِه، هذا يصحّ و لاينافی مع سَلْبِ الاستقلال.

بالجملة، كلُّ تصرّفٍ من الصَّبیّ اِذا حُسِبَ استقلالاً و لو كان باذنِ الصَّبیّ، لايصحُّ كما اذا اَرْسَلَ الوَلیُّ، الصَّبِیَّ لاجلِ المعاملات و لاينافيه تَصَرُّفُ الصَّبیّ تحت نظر الوليّ و باذنه و لايُسْتَفادُ من الرّوايات، اَكْثَرُ من هٰذا **و فی بناء العقلاء ايضاً،** لم تكن هٰذه الحالةُ، مَسْلُوبةً من الصَّبیّ.

بناءً عليه، كونُ اسلامِ الصّبیّ مقبولاً و صحيحاً و عبادته ايضاً صحيحةً و صحّة معاملاته باذن وليّه و اجازته كان كُلُّها، مطابقاً للقاعدة **و امّا الاستثناءاتُ الّتی** نُقِلَتْ

عن بعضِ الفقهاء مثل ما نقل عن **«الفيض الكاشانى(ره)»** من انّ معاملات الصّبيان فى الامور المحقّرة مثلُ: بيع الخبز و المِلْحِ و غيرِهما، يَصِحُّ لدليل نفى الحرجِ فَرَدَّهُ الشّيخُ(ره) **بانّه** لايلزم منه الحَرَجُ سواءٌ ازاد(ره) منه، انّ النّهى عن معاملاتٍ، يـلزم منه الحرج علىٰ النّاس. **او اراد منه**، انّ التَحرُّزَ، مِن عَمَلِ اكثرِ النّاس **حيث** ارسلوا صِبيانَهم الىٰ السّوقِ لبيعِ المحقّرات **فعليه، لافرق** فى المَمنوعيّة بـين المـحقّرات و غيرها لاتّحاد الدّليل.

و نُقِلَ عن شريفِ العلماء من مشايخ الشّيخ(ره)، جواز معاملات الصَّبِيّ فيما اذا وَقَعَ الصّبىُّ، آلةً للغير و هو ابوُهُ او اُمُّهُ او غيرهما.

فحينئذٍ، وقَعَتَ المعاملةُ بين اهل الدّار و بين الكاسب **و غاية الامر** يكونُ الصَّبِىُّ آلةً للنَّقل و الانتقالِ.

ردّه الشّيخُ(ره) بانّ العلاّمة(ره) رَدَّ مسألةَ الآلِيَّة فى ضمن الفتاوىٰ الّتى نقلناها فى مسألةِ: «دفعِ السّكّةِ و قَبْضِها الىٰ ناقِدٍ لِيَنْقُدَهُ» من انّه لايَجُوزُ للصَّرافِ، اَسْتِرْدادُ السّكةِ الىٰ الصّبى حتّىٰ لو اَذِنَهُ الوَلِىُّ ايضاً.

و معلومٌ: انّ فرضَ الآلِيَّةِ، لم‌يكن اعلىٰ من مسألةِ مٰا اذا دَفَعَ الصَّبِىُّ السّكّةَ فى حضور الولىّ الىٰ ناقِدٍ لينقده، من انّه ليس للنّاقِدِ ان يَرُدَّهُ الىٰ الصَّبىّ و لو اَذِنَهُ الوَلِىُّ فى القبضِ و الدّفع **فَعُلِمَ منه:** انّ الآليّة ايضاً، لم تكن مقبولةً.

و ايضاً: نُقِلَ عن الشّيخِ كاشفِ الغطاء: استثناءُ آخَر و هو انّـه(ره) قَـبِلَ حُكـمَ المحقّراتِ الّتى قلناها سابقاً علىٰ نَحوٍ آخَر وَ شَرْطٍ آخَر **ثمّ تعدّىٰ** من المحقّراتِ الىٰ غَيْرِها. **و قال نعم:** اذا جَلَسَتِ الاطفالُ مـقامَ اَوْلِـيائِهم و تَـظٰاهَرُوا عـلىٰ مَـلَأِ الاشهادِ، لامانِعَ من جوازِ معاملاتِ الصّبيان.

غاية الامر، يُوجِبُ الاباحةَ **ثمّ قال(ره):** حتّىٰ لو قلنا، بتملّكِ الآخِذِ.

و الآخِذُ مُتَعهّدٌ للايجابِ و القبولِ كليهما، لايَبْعُد القولُ به.

و بالجملة، معاملاتُ الصَّبِيّ فى المحقّرات، لاتَصِحُّ بمجرّدِها و اذا تظٰاهَرَ الصَّبِىُّ علىٰ مَلأَ الاَشهادِ، يوجِبُ الاباحةَ و كان لهٰا حُكْمُ المعاطاةِ حَدّاقلّ.

ولكن، لاتَحْصُلُ الملكيّةُ لانّ الملكيّةَ تَحتاجُ الىٰ انشاءِ الصَّبِيّ و الصَّبِيُّ لايـقدر علىٰ الانشاءِ و عَمْدُهُ كَلاٰ عمدٍ و قَصْدُهُ كَلاٰ قصدٍ.

بل يمكن اَنْ يُقالَ: بترتّب حكمِ الملكيّة عليها ايضاً، اذا قلنا انّه لايَبْعُدُ اَنْ يأذَنَ الوَلِيُّ للمُشْترى اَن يَمْلِكَ هٰذه المالَ علىٰ نفسه وكالةً و قَبُولُهُ عن قِبَلِ نَفْسِه اصالةً و الوكالةُ يُستفادُ من الاِذْنِ العامّ كما فی «**اَعْتِقْ عَبْدَكَ**» عُيِّنَتْ هٰذِهِ الوكالةُ **لانّ** صحّةَ الكلامِ، موقوفٌ علىٰ تقديرِ الوكالةِ و كلُّ ماتَتَوقَّفُ صحّةُ الكلامِ عليه، شرعاً او عُرفاً **فهُوَ من** قبيلِ دلالةِ الاقتضاء و يُفْهَمُ بهٰذهِ الدّلالةِ فيما نحن فيه، تَقْديرُ الوكالةِ.

و فی ما نحن فيه كذلكِ لاَنَّ طَبْعَ المعاملةِ علىٰ التَّمَلُكِ لاعلىٰ الاِباحةِ.

و نَظَرَ البايعِ ايضاً، كونُ المشتَرِی، مالكاً للمأخوذ مِنَ الصَّبِيّ **لا انّه يُباحُ** له مُجَرّدُ الاِباحةِ.

و من المعلوم: انّ مالكيّة المبيع، لاتَتَحَقّقُ بغيرِ هٰذه الصّورةِ **لانّ** الصَّبِيّ، لايَجُوزُ له التّصدِی بالبيعِ وَ الْوَلِيُّ ايضاً، لمْيَكُنْ حاضرا حينَ المعاملةِ **فيلزمَ اَنْ** يَعْمَلَ هٰـذا الْعَمَلَ، نَفْسُ المشترى **و حيث** لايَجُوزُ له مُسـتَقِلّاً. **فـيكون** حـينئذٍ وكـيلاً بـدلالةِ الاقتضاءِ كما فی قولک: «**اَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنّی**» **و هكذا رَدَّه** الشّيخُ(ره) هذا الاستثناءَ بانَّ، هذا هو بعينه، هو الّذی شَرَحَهُ تِلْميذُه: «الشّيخُ عبدالله التّسترى».

و حاصله: انّه مبنیٌّ علىٰ التَوَسُّعِ الكثير فی المعاملاتِ بحيثُ تَخْرُجُ المعاملاتُ عن صورة المعاملة **لانَّ** المعاطاةَ اِن قلنا اَنَّها معاملةٌ و قلنا انّها تفيد الاباحَةَ **ولكن** تحتاج الىٰ انشاء الاباحةِ و الفرضُ: انّ الصّبیَ، لمْيَبْلُغْ الىٰ حدّ الانشاء و هو لايُنْشِأُ تمليكاً و لا اباحةً.

بالجملة، اذا قلنا: بانّ المعاطاة، معاملةٌ فی موقفِ ساير المعاملات و تحتاجُ الىٰ الانشاء فمعاملاتُ الصَّبِيّ، **لاتصحّ لانَّ** الصَّبیّ، لايقدر علىٰ الانشاء **فحينئذٍ،** لامجال لنا الاّ التّوسعة فی معنیٰ المعاملات و القول بعدم الاحتياجِ الىٰ الانشاءِ فی المعاطاة **بل** المدارُ علىٰ وصُولِ العِوَضَيْنِ الىٰ المالكين وَ رِضیٰ كُلٍّ منها، علىٰ تصرّفِ الآخر كما قلنا سابقاً: انّه لو اَطارُ الرّيحُ و القیٰ مالَ زيدٍ الىٰ دارِ عمرٍ و رضیٰ كُلٍّ واحدٍ

منهما علىٰ تصرّفِ الآخر تكون معاطاةً.

ردّه الشّيخُ(ره) بانّ هذا الكلامَ، خارِجٌ عن محل النّزاع **لانّ** مَحلَّ البحثِ فى انّ تصرّف الصَّبِيّ **هل هو نافِذٌ ام لا؟ و المشهور، عَدمُ النّفوذِ** وَ اُسْتُثْنِيَ منه هذا المَوْردُ **بل هذا** الكلامُ منه(ره) يَنْحَصِرُ فى مواردَ يكفى وصولُ العوضين فى تحقّقِ المعاطاةِ.

و امّا قولُ كاشف الغطاء بانّ الآخَر يمكن ان يَمْلِكَ و يُمَلِّكَ معاً وكالةً **فَهُوَ ممنوعٌ لانّ الوليَّ**، لم‌يجز باسم الآخذ **و من المعلوم انّ** الاجازةَ لشخصٍ غير مَعلومِ الْهُوِيَّةِ، لم‌تَدْخُلْ فى بابِ المعاطاة فَانشاء التّمليک لفرد مردّدٍ او لكلىٍّ يَتعيّن فيما بعدُ، لم‌يدخل تحت البيع و التّوكيل.

نحن نقول: انّ هنا نُكْتَةٌ لم يَتَعَّرضِ الشّيخُ لها فى ضِمْنِ كلماته(ره) **مع انّ هذا** النّكتَةَ، كانت مورداً للتّوجّه فى اَكْثَرِ الاستثناءات و الشّيخُ لم، يَبْحَثْ عنها.

و هٰذه النُّكتَةُ كانت مورداً لِنَظرِ كاشفِ الغطاء قطعاً **و من المحتمل: انّ** نَظَرَ القولينِ السّابقينِ الىٰ هٰذه النُّكتَةِ.

و هى القول بعدم الفرق بين **الصّغير** و الكبير فى مقام الثّبوت و الصَّبِيُّ اذا لم‌يَسْتَقِلْ فى التّصرفات فَلافَرْقَ فيه بين الصّغير و الكبير.

و هذا، معلومٌ و امّا فى مقام الاثبات فقد قال الشّيخُ كاشِفُ الغطاءِ نُكْتَةً لم‌يتوجّه الشّيخُ عليها و هى انّه: لم‌يعلم اِذنُ الْوَلِيّ علىٰ الصّبيّ.

و اذا فرضنا و عَلِمنا: انّ الوَلِيَّ، اَذِنَ لِلَّصبِيّ، فهو يَكْفى و اذا فرِضنا: انّ الصَّبيَّ علىٰ مَلأَ الاَشْهادِ، يُسْتَفادُ منه اِذْنُ الوّلِيّ له يعنى: هذا، امارَةٌ عرفيّةٌ.

يَعْتَمِدُ العرفُ عَلَيْهِ وَ لايَبْعُدُ جريانُ السّيرهِ علىٰ ذلک ايضاً يعنى: من جُلوسِ الصَّبِيّ، مَقامَ الاولياءِ و التّظاهرِ فى مَلَأِ الاَشْهاد، يُستفادُ منه اذنُ الْوَلِيّ له **فحينئذٍ:** اِنْ قلنا بانّ اذن الوليّ، كان مُصَحّحاً للمعاطاة فهو كافٍ و لو كانت مُفيدةً للاباحةِ ايضاً.

فلَعَلّ نَظَرَ فيضِ الكاشانى(ره) الىٰ هٰذه النّكتةِ يعنى انّ خروجَ الصّبيانِ عن الدّار و بيع الاشياء المحقّرة من السّوق، يَصْدُر فى الغادةِ عن اِذْنِ الوَلِيّ.

بالجملة، تصدّى الصَّبِيّ علىٰ معاملاتِ المحقّرات الّتى كانت عادةَ العرف، دليلٌ و

اَمارَةٌ علیٰ اطّلاع الاولياء و اذنها **وكذلك** اذا قلنا: بانَّ الصَّبِيَّ آلةٌ للبيع **فبناءً عليه**، يلزم البحثُ فی الموردين:

الاوّل: اذنُ الْوَلِي فی ايّ موردٍ و فی ایّ حدودٍ كان مؤثّراً؟

الثّانی: انّه اَينَ يُعْلَمُ اذنُ الْوَلِي؟

قلنا سابقاً: انّ اذْن الولیّ للصَّبِيّ، مؤثّرٌ فی صحّة المعاملةِ و قد بحثنا عنه.

ايضاً: انّ اِذنَ الولیّ اذا لم‌يكن بمعنیٰ الاستقلال **فهو يجوز** و هٰذا، مرادُ من قالَ انّه يَجُوزُ، كونه آلةً للبيع و وُقُوعِهِ و ليس المرادُ مَن الآلة، آلِيَّةَ بعضِ الحيوانات للنّقل و الانتقال كالكلب و غيره **بل** المرادُ من كونه آلةً، وقوعُ معاملاتِ الصَّبِيّ تحتَ اِشْرافِ الوَلِيّ و تحتَ نَظَرِهِ و هو لايُنافی معَ عدمِ جوازِ امرِ الصَّبیّ.

فبناءً عليه، تصحّ الاستثناءاتُ الثّلاثةُ كُلُّها **و لايجوز القول** بانَّ عَمَلَ العرفِ فی المحقّراتِ و غيرِها ناشِئَةٌ مِن قِلَّةِ ملاحِظَتِهم فی الدّين كسايرِ سيرتهم الفاسدة **و هٰذه السّيرةُ**، ليست من قبيل سيرتهم فی الكذب و غيره **لانّ** جواز معاملات الصّبِيّ فی هٰذه الموارد، كانَ امراً طبيعيّاً جارياً فی العرف و لو كان للشّارعِ هنا نظرٌ خاصٌّ كان يَنْبغی للشّارع رَدْعُهُ صريحاً و قاطعاً.

بالجملة، اَلنُّكتَةُ فی موارد الاستثناء الّتی كانت صحيحةً، كون تصَرُّفِ الصَّبِيّ، امارةً لاذنِ الْوَلِيّ لتَصرّفِ الصّبِيّ.

و حيث لم تكن تصرّفاتُ الصّبيّ فی هذه الموارد علیٰ نحو الاستقلالِ و لم‌يَخْرُجْ عن صورةِ كونه آلةً، تصحّ معاملاتُه فی هذه الموارد الثّلاثةِ فی الجملة و ايراداتُ الشّيخ(ره) لاتَرِدُ حتّیٰ قلنا سابقاً: اِنّ اِنْشاءَ الصّبیّ، لايَقْصُرُ عن سايرِ الانشاءات **فلم يكن** مَسْلُوبَ الاِنشاء و الارادة.

فتحصّل ممّا ذُكِرَ: انّ الْمُسْتَفادَ من ادلّةِ البابِ، عَدَمُ استقلالِ الصَّبِيّ فی التّصرفات و امّا معاملاتُ الصَّبِيّ باذن الولیّ و تحت اشرافه او اجازته بعداً او كانَ مأذوناً فی مجرّدِ اجراءِ الصّيغة، فلم‌يَكُنْ دليلٌ علیٰ نَفْيِ هٰذه الامور.

علیٰ هٰذا، الحقُّ انّه يَجوز للصَّبِيّ، التَّصدِيّ لبعضِ الامور و قياسُ الصّبیّ

بالمَجْنُونِ **حيثُ** لايجوزُ للمجنونِ، التَّصدِيّ فى المعاملاتِ مطلقاً، **ليسَ بصحيحٍ و امّا الاستثناءات** المذكورة فكُلّها تصحّ و عُمْدَةُ النّظَرِ فى هٰذه الاستثناءاتً **مضافاً الىٰ** كونه فى مقامِ النّبوت، فى مقامِ الاثباتِ ايضاً **فَمُجَرَّدُ اِخْتيارِ مقام الثّبوتِ، لايكفى فى حَلّ المسألة بل** يجب قبوله ثبوتاً و اثباتاً يعنى لزوم قبول انّ اِذنَ اَلوَلِيّ، يكون مُصَحّحاً لمعاملاتِ الصَّبِيّ فى الحقير و الكبير و ايضاً لزومُ القولِ بانّ تَصَدّيِ الصَّبِيّ للمعاملات المحقّرة فى حوائج المسكن ممّا جرت فيه السّيرة.

و المراد، من المحقّر، بلحاظ مقام الاثبات و امّا باعتبار مقام الثّبوت فلا فرق بين المحقّر و غيره.

و امّا مَسْأَلَةُ المغاطاةِ و الانشاء و عدم قدرة الصّبىّ، فقد قلنا: انّ للصَّبِيّ صلاحيّةُ الملكيّة و الانشاء و جَرَتِ السّيرةُ لِلْمِلكيّةِ دون مجرّد الاباحة.

مَسْأَلَةٌ:من جملة الشّرائطِ العامَّةِ، قَصْدُ المتعاقِدينَ لِمَدلولِ العقدِ الّذى يتلفّظانِ به. لايخفىٰ: انّ قصد مَدلولِ العقد، ينحلُّ الىٰ قُصودٍ متعدّدةٍ بمعنىٰ اجتماعِ قصودٍ متعدّدةٍ جُزْئيّةٍ يُشكّل قَصْدَ مدلولِ العقدِ:

منها: انّه يلزم ان يكونَ قاصِداً لِلّلَّفظِ مثلاً فى باب «**بِعْتُ**» يَلْزَمُ اَنْ يكون التّكلّمُ بكلمةِ «**بِعْتُ**» عن قصدٍ ولو فرضنا انّه اَرادَ اَنْ يقولَ «**آجَرْتُ**»، سَبَقَ لسانُهُ و غَلطَ و سَهىٰ و قال: «**بعتُ**» بدلَ «**آجرت**» او قال «**زَوَّجْتُ**» بدلَ «**بِعْتُ**»، معلومٌ: انّه لا اعتبار به **فيلزم** ان يكون قاصداً لِلّلَّفظِ فى المعنىٰ الحقيقىّ او المجازىّ لو جوّزناه يعنى: اذا قالَ المتكلّمُ: «**بِعْتُ**» تارةً يكون التّكلُّمُ لِاجَلِ اداءِ الكلمة صحيحاً يعنى تَوَجُّهُهُ كان الىٰ اللّفظ ولا يتوجّه علىٰ المعنى فهو ليس قاصداً للمعنىٰ **بل** يكون قاصداً لِلّلَّفظِ فقط.

والغرضُ من هذا الشّرط، هو اخراجُ الهازلِ واللّاعِبِ باللّفظ علىٰ سبيل اللَّعْبِ عن حريمِ المسألة لعدم وجود ارادة منهما لايجاد الْمُنْشَأِ فى الخارج حقيقةً وجّداً.

و منها: كون مدلول لِلَّفظِ مطابِقاً لما يُرادُ منه اى لايكون اللّفظُ مُسْتَعمَلاً فى غيرِ ماوُضِعَ له بغير علاقةٍ كاستعمال لفظ البيع فى «**بِعْتُ**» فى الاخبار او الاستفهام او معنىً مغاير لِمَدْلُولِ العقدِ كارادةِ القرض من البيع مثلاً **لانّ** قصد المعنىٰ بعينه، هو قصدُ الاستعْمالِ **و بعبارةٍ أخرىٰ**، ارادةٌ استعماليّةٌ الّتى تَدُورُ الحقيقةُ والمجازُ مَدارَهُ **و لكن** مجَرّدُ استعمالِ كلمةٍ او جملةٍ فى معنىً خاصّ، لا يُوجِبُ اَنْ يترتّبَ عليه آثارُ الحقيقة مٰا لم تكن فيه ارادةٌ أُخرٰى و قَصْدُ تٰالتٌ و هو الارادةُ الْجِدّيّةُ **حيثُ** عُلِمَ فى علم الاصولِ **و قُرّرَ فيه:** اَنّ الارادةَ فى باب التّقييدِ والتّخصيصِ والكنايةِ والمجازِ والامرِ والنّهيِ ارادَتان: ارادَةٌ استعمٰالِيّةٌ و بِهٰا، قِوامُ الْحَقيقةِ والمجازِ والكنايةِ والصّحيحِ والغلطِ و ارادةٌ جِدّيّةٌ لم تكن راجعةً الىٰ عٰالِمَ الاستعمال منَ الحقيقةِ والمجازَ **بَلْ** راجعةٌ الىٰ الحجيّةِ و ترتيبِ الآثار **فَبناءً عليه** فى باب الاوامر، اذا لم تكن للآمِرِ، ارادةٌ جدّيّةٌ لِلعَملِ، فليست للعملَ اِطٰاعةٌ **فلذا** لم تكن فى الاوٰامِرِ التّحَكُّمِيُّ والتّسخيريّ وَالْاِستهزائِيّ والتّعجيزيّ، نِقصٌ فى مدلوله الاستعمٰاليّ **بل** ليس لهٰا جِدٌّ يعنى: لم يُستعْمَلْ فى مفهومِ المطلبِ لِارادَةِ العمل جدّاً.

و بهذا النّحو، حَلَّ المُحَقّقُ الخراسانى(ره) و غَيْرُهُ، الاشكالات الّتى كانت فى بعضِ مواردِ الاستعمٰالات الْمُتَشٰابِهةِ الواردة فى الكتابُ والسُّنَّةِ مثل «**لَيْتَ**» و «**لَعَلَّ**» و «**غَضِبَ اللّه**» و «**رضِىَ اللّه**» و سٰاير الكلماتِ الّتِى لايخلو اِسْتِنٰادُها الىٰ اللّهِ، اَنْ لايَجُوزَ سواءٌ كان من قبيل الْحُروفِ مثل «**لَيْتَ**» **و** «**لَعَلَّ**» او كان له معنىً اسميٌّ مثلِ التّرديد والضّحْكِ والسُّرُورِ والفرحِ و غَيرِها.

حلُّ الاشكالِ: اِنّ اِسْتعمٰالَ هٰذهِ الكلماتِ فى الكتابِ والْسُّنَّةِ كمٰا كانوا يَزعَمُونَ، لم يكن معنى مجازيّاً **بل** أُسْتُعْمِلَتْ فى معناهٰاالحقيقىّ.

غايةُ الامرِ، الفرق، فى دَوٰاعى الْاِنشٰاءِ والارادةِ الجدّيّةِ فى استعمٰالهٰا مثلاً تُسْتَعْملُ كَلِمَةُ «**لَيْتَ**» تارةً فى معنىٰ الجدّ والرّجٰاء و من كٰانَتْ له حالةُ الانتظار، فَهِىَ محالٌ فى مورد اللّهِ تعالىٰ و تارةً أُخرىٰ تُسْتَعْمَلُ مِن طريقِ المحبوبيّة كما ذُكِرَ تفصيلُهُ فى بابه.

بالجملة، عُلِمَ انّ الارادة فى بابِ التّقييدِ والتّخصيصِ والكتابةِ والمجاز و بـابِ الامرِ والنّهي و بالجملة، جميع العقود والايقاعات والانشاءات، ارادتانِ وَالْمُقَوّمُ منهٰا للحقيقةِ والمجازِ، الارادةُ الاستعماليّةُ لا الارادةُ الجِدّيّةِ **فَمُجَرَّدُ** الارادةِ الاستعماليّةِ، لاتَكْفِى فى بابٍ من الابواب من العمومِ والاطلاق **اِلّا** اَنْ تَضُمَّ اليهٰا الارادةُ الجِدّيَةُ والامرُ كَذٰلِكَ فى بٰابِ المعاملات **فمجرّدُ انشاءِ** المعاملة ما لم‌يُحْرَزْ انّهٰا علىٰ وجهِ الجِدّ ولم‌تَنْضَمّ اليهٰا الارادةُ الجدّيَّةُ، لٰايُجْدِى **فلا اِعتبارَ بانشاءِ الهازل وانشاءِ الممتحنِ** و الْاِنْشاءِ الصّوريّ و سايرِ الانشاءاتِ الّتى لم‌تَصْدُرْ عن ارادةٍ جِدّيَّةٍ.

فتحصّل ممّا ذكرنا: انّ القصدَ اللّازمَ فى المعاملةِ، يَتَشَكّلُ مـن اجـتماعِ اراداتٍ ثَلٰاثَةٍ: ارادةِ اللّفظِ، و ارادةِ المعنىٰ الْاِسْتِعْمٰاليّ والارادةِ الجِدّيَّةِ و اذٰا اِجْتَمَعَتْ هٰـذه الارادٰاة الثّلاثةُ، يُعَبّرُ عنه بارادةِ المعاملةِ الّتى تكون مَنْشأً للآثار.

عليهٰذا قال الشّهيد الثّانى صاحب المسٰالك(ره): اَنّ الْمُكْرَهَ والفضولِيّ، قاصدانِ الىٰ اللّفظِ دونَ الْمَدْلول.

و معلومٌ: انّ الْمُكْرَهَ وَالْفُضُولِيّ، قاصدان اللَّفْظَ والارٰادةَ الاستعمٰاليّةَ ولا يكونان قاصِدَيْن، الارادةَ الجِدّيَّةَ فى بيعِ مالِ الغير **و لكن** حيث كان هذا، خلٰافَ التّحقيقِ **بل التّحقيقُ:** انّ الفضولىّ ايضاً له ارادةٌ جِدّيَّةٌ **و لذا** صرّح الشّيخ(ره) بانّه يلزم تأْويـلُ كلام الشّهيد(ره) كما سَيَجئُ انشا... **لانّه** كانت للفضولىّ، ارادةٌ جِدّيَّةٌ **و الّا لم**يَـجُزْ الحاقُ الاجازةِ الىٰ هٰذا العقدِ الّذى صَدَرَ عن الفضولىّ ولم يكن مُؤثّراً **مع انّه** كـان مُؤَثّراً **و هكذا** تكون لِلمُكْرَهِ، ارادةٌ جدّيّةٌ **لانّه** اذا لم‌تكن للمُكْرَهِ ارادةٌ جِـدّيَّةٌ كـيف يقولون: بانّه لو رضِيَ المٰالِكُ الْمُكَرَهُ بعد الاِكراه، بالعقد لكان صحيحاً؟ هذا واضحٌ لا اشكال فيه.

مَسْأَلَةٌ: هَلْ يَعتبَرُ تعيينُ المَالِكَيْنِ اَلَّذِينِ يَتَحقّقُ النَّقْلُ او الانتقالُ بالنّسبة اليهما ام لا؟

قال الشّيخ(ره): اعلم انّه ذكر بعض المحقّقين و هو المحقّق الشّيخ اسدالله التّسترىّ صاحب المقابيس ﷺ ممّن عاصرناه، كلاماً فی هذا المقام و هو اعتبارُ قصدِ المتعاقدين لِمَدلُولِ العقدِ الذّی يتلفّظان به.

اعلم: انّ لمحقّق التّسترى فی هذا المقام، نظريّاتٌ ثلاثةٌ ذكرها فی المقابيس وقد نقلها عنه الشّيخ هنا.

نحن نذكرها و نُشيرُ الیٰ كلّ واحدٍ منها:

المراد من المَالِكَيْنِ هنا، البايع والمشترى اذ بالبيع ينتقل الثّمن الیٰ البايع و بالشّراءِ ينتقل الْمُثْمَنُ الیٰ المشترى.

و ذكر(ره) انّ فی مسألة اعتبار تعيين المالكين الّذين يتحقّق النّقل والانتقال بالنّسبة اليهما اوجهاً و اقوالاً و انّ المسألة فی غاية الاشكال و انّه قد اضطربت فيها كلمات الاصحاب (قَدّسَ اللهُ اَرْوَاحَهُمْ) فی تضاعيف ابواب الفقه.

ثمّ قال المحقّق التّسترى فی المقابيس: انّ البايع والمشترى **اِمّا ان يكونا متعيّنين؟**

فعلیٰ الاوّل: لا تحتاجُ المعامله الیٰ تعيينهما، لتعيّنهما فی الواقع وانصراف المعاملة اليهما كما لو كانَ زيدٌ هو البايعُ او المشترى فقام بالمعاملة عنه وكيلُه او وَلِيُّهُ.

و علی الثّانی: تحتاجُ المعامِلَةُ الیٰ التّعيينِ لعدم تعيّن البايع والمشترى فی عالمِ الْواقعِ، بِداهةَ صَلاحيّة كلّ واحدٍ منهما ان يكون بايعاً، او مشترياً كما لو كان العاقد وكيلاً عنهما فی البيع والشّراء او وليّاً عليهما.

و حاصل تحقيقه(ره) انّه اِن تَوَقّفَ تعيّنُ المالكِ علیٰ التّعيين حال العقد لتعدّد وجه وقوعه الممكن شرعاً، **اعتبر تعيينُهُ** فی النّيّةِ او مع التّلفّظِ به ايضاً لبيع الوكيلِ والولیّ العاقِدِ عن اثنين فی بيع واحدٍ او الوكيل عنهما والولیّ عليهما فی البيوع المتعدّدة كما لو كان زيدٌ وكيلاً عن عمروٍ او وليّاً عليه فی الشّراء له والبيع عنه و كان وكيلاً ايضاً عن شخصٍ ثانٍ او وليّاً عليه فی الشّراء له والبيع عنه **ففی هاتين**

الصّورتين، يجبُ علىٰ الوكيلِ او الولىّ، تعيينُ البايعِ او المشترى عند صُدورِ العقد منه فيجب ان يعيّن من يقع له البيع او الشّراء من نفسه او غيره، هذه النّظريّة الْأُولىٰ.

و يجب علىٰ الوكيل عن زيدٍ او الولىّ عليه، ان يميّز البايع عن المشترى حالَ صدورِ العقد منه اذا امكن الوصفان فى كلٍّ منهما فاذا عيّن جهة خاصّة تعيّنت.

هٰذه اَلنّظَرِيَّةُ الثّانيّة تعرّض لهٰا صاحبُ المقابيسﷺ فى مسألة اشتراط قصدِ المتعاقدينَ لِمدلُولِ العقد الّذى يتلفّظان به.

و حاصلها: انّه اذا كان شخصٌ وكيلاً عن اثنينِ فى البيع والشّراءِ او وليّاً عليهمٰا فى البيع والشّراءِ بأَنْ يصلحَ كلٌّ منهما اَنْ يكونَ بايعاً او مُشترياً فَاَوْقَعَ العقدَ من قِبَلِهِمٰا بِاَنْ اِشترٰى لاحدهما و بٰاع عن الآخر.

فهنا؛ لا يخلو الواقِعُ من احد الامرين:

فامّا اَنْ يُعيّنَ الوكيلُ او الوَلِيُّ جهةً خاصّة: بان يَقُولَ: اِشْتَريتُ لِزَيْدٍ وكالةً عنه او ولايةً عليه وَ بِعْتُ عن عمروٍ وكالةً عنه او ولايةً عليه، **فحينئذٍ**، تعيّنت الجهةُ الخاصّةُ عند صدور العقد عن الوكيلِ او الولىّ وَ وَقَعَ العقدُ صحيحاً.

و اِمّا اَنْ يُطْلِقَ: بِاَنْ لا يقولَ: اِشْتَرَيْتُ لزيدٍ وكالةً عنه او ولايةً عليه ولا بِعْتُ لعمروٍ وكالةً عنه او ولايةً عليه.

فان كانت فى هٰذه الحالة، جهةٌ يَنْصِرفُ اليهٰا الاطلاقُ اى قرينةٌ معَيّنَةٌ بها يَنْصِرفُ هذا الاطلاق، كانَ هذا الاطلاقُ كالتّعيينِ اى يكون حُكْمُهُ حُكْمَ ذاك من دون فرقٍ بينهما.

كمالو دٰارَ الْاَمْرُ بين ان يكون الانسانُ اصيلاً عن نفسه فى المعاملةِ الصّادِرَةِ عنه، او وكيلاً عن الغير فَالْقَرِينَةُ الحاليّةُ علىٰ انّ المعاملةَ الصّادرَةَ منه قد وقعت لنفسه تُغْنينٰا عن كونها صادرةً منه لِمُوَكّلِه، لاحتياج الوكالة الىٰ مؤُنةٍ زائدةٍ والاصل، عَدَمُهٰا.

ولو قَصَدَ العاقِدُ عند العقد، الْاِبْهٰامَ او قَصَدَ التّعيّنَ بعد العقد فلا تَنْصَرِفُ العٰامِلَةُ اليه فَيَقَعُ العقدُ لاغياً.

لا يخفیٰ: انّ ما قلناه من التّعيينِ والاطلاقِ، جارٍ فی جميع العقود من النّكاح و غيره ولا اختصاصَ له بالبيع.

والمحقّقُ التّسترى صاحبُ المقابيسَ(ره)، اِسْتَدَّلَ علىٰ اِشتراط **تعيين البايع من المشترى فی العقد بامورٍ ثلاثةٍ:**

اَلدَّليلُ الاوَّلُ: انّه لو لاذٰلِكَ، لَزِمَ بقاءُ الملكِ بِلا مالكٍ معيّنٍ فی نفسِ الامرِ.

و خلاصتُهُ: انّه لو لم يَشْتَرِطِ التّعيينَ عند صدورِ العقد اذا لم‌يكن البايعُ والمشترىٰ، مُتَعَيّنَيْن، لزم بقاءُ الملك فی عالم الواقع بلا مالكٍ معيّنٍ و هذا محالٌ **لانّ** البيع، تمليكٌ والتّمليك، متقدّمٌ بشيئين:

المالك والمملوك، فاذا لم‌يكن المالكُ فی البيع معيّناً، لزِمَ تَحَقّقُ الملكيّةِ بدون المالكِ و هو محالٌ.

الدّليل الثّانی: انّ المستفادَ من الادلّة الشّرعيّة، هو وجوبُ تَحْدِيدِ الْمُنْشَأِ من جهاتٍ عديدةٍ:

منها: ان يكونُ محدّداً بذاته كتعيين انّه بيعٌ او اجارةٌ؟.

منها: تحديده من ناحيّةِ الْمُمَيّزاتِ الخاصّةِ كتعيينِ المالكِ والعوضين.

فالتّرديدُ فی اِحْدٰى الجهتين، موجبٌ لبطلانِ العقد لقيام الاجماع علىٰ ذلك فَالْجَزْمُ بالمالكِ الخاصّ من الْعَوامِلِ الدّخيلَةِ فی صحّة العقد.

و عبارة الشّيخ فی متن المكاسب فی بيان هذا الدّليل انّه: «**وَ اَنْ لايَحْصُلَ الجزمُ بشیءٍ من العقود الّتی لم‌يتعيّن فيه العوضان**».

الدّليلُ الثّالِثُ: اِجراءُ اَصالةِ الفساد فی المعاملةِ الّتی لم‌يتعيّنِ البايعُ وَالْمُشتَرِی فيها، **لانّ** الادلّة المفستفادةَ مِنها صحّةُ المعاملةِ، مُنْصَرِفَةٌ الىٰ المعاملة الّتی عُيّنَ فيها المالكُ فَعِنْدَ عدمِ تعيينِ المالك لاتأتی تلك الادلّة فمرجعُ مثلِهٰذه المعاملة حينئذٍ، الفسادُ **لانّه** دليلٌ علىٰ تأثير التّعيين المتعقّب بعد العقد و لادليلَ ايضاً علىٰ صحّة العقدِ المُبْهِمِ لِانصرافِ ادلّة صحّةِ العقد الىٰ العقد الشّايع المعروف عند الشّريعة و هی المعاملة المذكور فيها المالكُ وَالْعِوَضانِ و نوعيّتُها من كونها بيعاً او مزارعةً او

مُسٰاقاةً او غير ذلک و لانصراف ادلّة صحّة العقد الىٰ العقد الشّايع المعروفِ من العادة فانّ العادةَ يَحْكُمُ بعدم تأثيرِ المعاملةِ المعيّن فيهٰا المالکُ عقيب العقد و بعد صدوره او اِذا كانت مُبهةً: من حيثُ ذكرِ المالک، او العوضين او نوعيّتُهٰا فوجب الحُكْمُ بعدم وجود الابهام فى العقد.

و على اشتراط تعيين البايع والمشترى فى العقد، لَوْاِشْتَرٰى الفضولىّ لغيره فى ذمّة الغير بمعنىٰ انّه اشترىٰ للغير شيئاً بمالِ الغير فَاِنْ عُيّنَ ذٰلک الغير، تعَيّنَ و وَقَفَ علىٰ اجازته سواءً تلفّظ بالغير و اَتىٰ بِاِسْمِهِ: بأَنْ قٰالَ: اِشْتَرَيْتُ هٰذهِ الدّارَ لِزَيْدٍ بمأةِ دينارٍ فى ذمّة زيدٍ ام نوٰى ذلک الغير؛ فَلَوْ اَبْهَمَ العاقِدُ عندَ مايَجْرِى العقدَ مع قصدِه الشّراءَ للغيرِ، بَطَلَ العقدُ ولا يتوَقّفُ الىٰ ان‌يوجد له مجيزٌ **مع قصد الغير بَطَلَ** و لايتوقّف الىٰ اَنْ يوجَدَ له مجيزٌ.

ثمّ قٰالَ المحقّقُ التّسترى فى المقابيس: هٰذه النّظريّةُ الثّالِثَةُ فى كلامه(ره) حولَ اشتراط قَصْدِ المتعاقدين لِمَدْلولِ العقد الّذى يتلفّظان به «وَ اِنْ لَمْ‌يتَوقّفْ تعيّنُ المٰالکِ علىٰ التّعيينِ حالَ العقدِ بان يكون العوضان، مُعَيَّنَينِ و لايَقَعُ العقدُ فيهمٰا علىٰ وجهٍ يصحّ الّا لِمٰا لكهما ففى وجوب التّعيين او الاطلاق المنصرف اليه او عدمه مطلقاً او التّفضيل بين التّصريح بالخلاف فيبطل العقد و بين عدم التّصريح بلا خلاف فلا يبطل العقد فيصحّ، اوجهُ ثلاثةٌ؟.

خُلٰاصَتُهٰا: انّه اِن لم‌يتوقّف تعيّنُ المالکِ علىٰ تعيين البايع والمشترى بِاَنْ كٰانَ العوضٰانِ، مُعَيّنَيْنِ كما اذا كان الثّمنُ لزيدٍ والمثمن لعمروٍ و وَكّلٰا شخصاً ثالثاً للمعاملة فبٰاعَ المثمَنَ بِالثّمنِ من دون تعيينِ المالِكَيْنِ.

فهل المعٰامِلَةُ هٰذِهِ، تَقَعُ صحيحةً او تتوقّف علىٰ تعيين البايع والمشترى فالاقوال هنا ثلاثةٌ:

اَلْاَوَّلُ: وجوبُ التّعيين او الاطلاقُ الْمُنْصَرِفُ الىٰ التّعيين.

اَلثّانِىْ: عدم الوجوب، مطلقاً سواءٌ صَرّحَ بالخِلٰافِ اَمْ لَم‌يُصَرّحْ؟ لتَعَيّنُه فى الواقع، فَتَصِحُّ المعٰامِلَةُ وَ اِن صَرّحَ بالخلافِ فضلاً عن قصدِهِ.

الثّالثُ: التّفصيلُ بين التّصريحِ بالخلافِ و عَدَمِهِ فَاِنْ صَرَحَ بالخلافِ كما اذا كان الثّمنُ لزيدٍ فقال: بِعْتُهُ عن عمروٍ بَطَلَتِ الْمُعامِلَةُ و ان لم‌يصَرّحْ بالخلافِ فالمعاملةُ صحيحةٌ و لاتَتَوَقّفُ الصّحةُ علىٰ التّعيينِ.

الاقوٰى عند المحقّق التّسترى فى المقابيس، اَلْاَخيرُ و هو القولُ بالتّفصيلِ كما هو القول الثّالث **وَ اَوْسَطُ الاقوالِ عِنْدَه(ره)**، اَلْوسَطُ و هو القولُ الثّانىّ وَاشْبَهُهٰا لِلْاُصُولِ عنده(ره) اَلْقَوْلُ الاوّلُ.

والمرادُ بالاصول، هى الأُصُولُ الثّلاثَةُ: اصالةُ الفَساد؛ اَصالَةُ عدمِ ترتّبِ الاثرِ الّذي هو النّقلُ والانتقالُ و اَصالَةُ عدم تحقّق النّقل والانتقالُ.

ولا يخفىٰ: انّ ماافاده المحقّقُ التّسترِى من اقوائيّةِ القولِ الثّالثِ و اَوْسِطِيّةُ القول الثّانى، **غير ممكنِ الجمع.**

لايخفىٰ اَنّ فى حكم تعيّن العوضِ و تشخصّهِ فى الخارج، اضافةُ العوضِ الى شخصٍ معيّنٍ وَ اِنْ كانَ كُلّيّاً **فَالْاَقْوالُ الثّلاثةُ**، تأتى فى هذا العوض المضافُ الىٰ شخصٍ معيّنٍ و لاتختصّ بالعوض المعيّن الشّخصىّ الخارِجىّ.

و علىٰ الاوسطِ اى علىٰ القول الثّانى من الاقوال الثّلاثَةِ الّتى ذكرناها هنا و هو عدم وجوب التّعيين مطلقاً، سواءً صَرّحَ بالخلافِ اَمْ لم‌يصرّح؟ لو بٰاعَ مالَ نَفْسِهِ عن الغير وَقَعَ هذا البيعُ عَنْ نَفْسِهِو شَخْصِهِ لا عن الْغَيْرِ و لغا قصدُ كَوْنِهِ عن الْغير **امّا سِرُّ عدم مجِئي** القول الاوّل هنا، **فهو،** عَدَمُ وجوبِ تعيين المالكِ واقعاً و فى نفس الامر.

و امّا سِرُّ عدم مجِئي القولِ الثّالثِ فهو اَنّ التّصريحَ بالخلافِ لايُغَيّرُ الواقِعَ عمّا هو عليه.

وَ علىٰ القول الثّانى: لو بٰاعَ مالَ زيدٍ عن عمروٍ فَاِنْ كانَ البايعُ وكيلاً عن زيدٍ فى البيع عن عمروٍ، صَحّ البيعُ عن عمروٍ.

وَ اِنْ لم‌يكن البايعُ وكيلاً عن زيدٍ فى بيع مالِهِ عن عمروٍ، وَقَفَ علىٰ اِجٰازَتِهِ **و علىٰ القول الاوسط الّذى هو القول الثّانى لو** اِشترٰى لِنَفْسِهِ بمالٍ فى ذمّة زيدٍ فان

لم يكن وكيلاً عن زيد، وَقَعَ البيعُ عن نفس المشترى و تَعَلّق ثَمَنُ هٰذا الشّراءِ، بذمّتِهِ و لايَقَعُ البيعُ عن زيدٍ حَتّىٰ يَتَوَقّفَ علىٰ اِجازتِهِ فَاِنْ اَجاز صَحَّ و **الّا** فلا و تعَلّقَ المالُ بذمّةِ المشترى لا عن زيدٍ حتّىٰ يَقَفَ العقدُ علىٰ اجازة زيدِ الموكّلِ.

و انّ المشتَرى لنفسه بمالٍ فى ذمّة زيدٍ لو كان وكيلاً عن زيدٍ فى الشّراء فالمُقْتَضِى لكلٍّ من العقدين منفرداً مَوجُودٌ.

خلاصة هذا الكلام انّ مثل هذا الشّراء فى صورة الوكالة، يمكن ان يَقَعَ لِنَفْسِه وَ يُمْكِنُ اَنْ يَقَعَ عن زيدِ الموكّل، لِاِقتضاءِ الشّراءِ لِكُلّ واحدٍ من العقدين منفرداً و امّا اقتضائه للمشترى فَلِاِضافته الىٰ نفسه فى قوله: «**اِشْتَرِيْتُهُ لِنَفْسِى**» **و امّا اقتضاؤه للموكّل** فَلِاِضافةِ ثمنِ الشّراء الىٰ ذمّةِ زيدٍ الّذى هو الموكّلُ.

والجمع بين العقدين و هما: امكانُ وقوعِ العقد للمشترى و وقوعه للموكّل، يَقتضِى الغاءَ اَحَدِهما.

و لمّا لم يتعيّن احدُ العقدين، اُحْتُمِلَ بطلانُ المعاملةِ **لاجل** التّدافع.

و وجه التّدافع: اَنّ اِضافةَ الشّراءِ لِنَفْسِه فى قوله: **اشتريته لنفسى**»، تَدْفَعُ الشّراءَ للموكّل.

و اضافة الثّمنِ ذمّة الموكّل فى قوله: «**اشتريته لنفسى فى ذمّة زيد**» تَدْفَعُ الشّراء لنفْسِهِ، فَكُلُّ اضافةٍ تُدافِعُ الأُخرىٰ، فهذا التّدافعُ موجبٌ للبطلانِ **واحتملت صحّة** هذه المعاملة الواقعة عن نفسه بمالٍ فى ذمّة زيدٍ.

و وجه الصّحّة، انّه فى مثل هذه الحالة يَدُورُ الاَمرُ بينَ وقوعِ المعاملةِ لِنَفْسِهِ اصالةً، و وقوعُها عن زيدٍ وكالةً باضافة الثّمنِ ذمّة زيدٍ.

لكن وقوعُها عن نفسه اصالةً اَوْلىٰ مِنْ وُقُوعِها عن زيدٍ وكالةً لعدم تعلّقِ الوكالة بمثلِ هذا الشّراءِ الواقعِ عَنْ نَفْسِهِ و لترجِيحِ، جانبِ الاَصالة علىٰ الوكالَةِ.

يُحْتَملُ وقوعُ المعاملةِ عن الموكّل الّذى اَضافَ المُشْتَرِى ثَمَنَ الشّراءِ الىٰ ذمّته للقاعِدَةِ المُسَلّمَة المعروفة و هو دخول الله المثمنِ فى مِلْكِ مَنْ خَرَجَ عنه الثَّمَنُ لتعيّنِ العِوَضِ فى ذِمَّةِ الموكّل.

اذاً صارت الاِحْتِمالاتُ، ثلاثةً:

الاوّل: بطلانُ المعاملةِ و فسادُها للتّدافع.

الثّانی: صحّةُ المعامِلَةُ لِلدّوَرانِ المذكور.

الثّالث: وقوعُ المعاملةِ عن زيدٍ الموكّلِ للقاعِدَةِ المُسَلّمَةِ.

بناءً علیٰ ما ذكرنا من احتمالِ وقوع المعاملة عن الموكّل للقاعدة المسلّمة، يكونُ قصدُ المشتَرِی، شراءَ السّلْعَةِ عَنْ نَفْسِهِ باطلاً و لغواً، كما لو كان الشّراء من بادیِ الامرِ معيّناً.

بناءً علیٰ القول الاوسط و هو القول الثّانی، لَو اِشْتَرٰی شَخْصٌ لزيدٍ شَيئاً فضولاً و جَعَلَ ثَمَنَهُ بذمّةِ زيدٍ وَ لَمْ يُجِز زيدٌ، اَلشّراءَ فَاَجازَ عمروٌ الّذی كان اجنبيّاً عن المعاملة لعدمِ شراءِ الفضوليّ لعمروٍ **بل** اشترٰی لزيدٍ فَلايَقْعَ اُلشّراءُ لِزيدٍ و لا لِعمروٍ **امّا عدم وقوعه لزيدٍ** فَلِعَدمِ اجازتِهِ له **و من الواضح،** توقّف صحّة الشّراء علیٰ الاجازة و امّا عدمُ وقوعِهِ عن عمروٍ فَلِكَوْنِهِ اَجْنَبيّاً عن المُعامِلَةِ لعدم اِقدامِ المشترٰی، اَلشّراءَ لَهُ **وقِسْ علیٰ ماذُكِرَ من الفروع** الّتی ذكرناها من قِبَلِ المُحقّقِ التّسترٰی(ره) حال مايرد من باب توقّفِ تُعَيّنِ المالكِ علیٰ تعيين البايع والمشترٰی او عدمه **ولا فَرْقَ** علیٰ القولِ الثّانی فی الاحكام المذكورة الّتی هی الفِرُوعُ المترتّبةُ علیٰ قول صاحب المقابيس ﷺ بين كون العاقد يَنْوِی مخالِفَة مااوقعه او يصرّح بذلک، لِعَدَمِ وجوبِ تعيّنِ المالِكِ علیٰ تعيين البايع والمشترٰی مطلقاً سواءٌ صرّح بالخلافِ ام لم يُصَرّحْ؟.

و يَفْرَقُ بين نيّة الخلاف والتّسميّة، على القول الاخير و هو القول الثّالث **لانّ** التّصريحَ بالخلافِ، سببٌ لفساد المعاملة بخلافِ ما اذا نَوٰی فَلا يُبْطِلُ العقد **و تبطل نيّة الخلاف** او التّصريحُ بالخلافِ علیٰ القول الاوّل، بوجوبِ تعيينِ البايعِ والمشترٰی، او الاطلاق المنصرف الیٰ التّعيين.

ایرادات الشّیخ(ره) علیٰ تفصیل کلام الشّیخ اسدالله التّستری(ره):

عقیدةُ شیخنا الانصاری(ره): انّ تفصیل الشّیخ اسدالله التّستریٰ و وجوهها و امثلتها فیما اَفادَهُها من النّظریّات الثّلاثة کلّها مردود من اَوّلِها الیٰ آخِرِها **امّا عَدِمُ صحّةِ تَفْصِیلِهِ(ره) فهو** انّ تعیین المتبابعین فی باب البیع، لا یلزم مطلقاً و کانَ التّفصیلُ بلا وَجْهٍ.

توضیحه: انّ طَبْعَ المعاوضةِ والمُبادِلَةِ و مقتضاهما، دُخُولُ کُلٍّ من العِوَضین فی ملکِ مالک الآخر **و الّا،** لم یکن کُلٌّ مِنهُما عَوِضاً و بَدَلاً و قَبَلّه الشّیخ اَسَدُاللهِ(ره) و کما انّ فی الْمُعامِلاتِ الْشّخصیّة هٰکذا، یکونُ فی المعاملاتِ الکلّیةِ، کَذٰلِکَ و لایَحْتاجُ الیٰ تعیین المالکین حتّیٰ فی موردٍ کان وَکیلاً عنِ المتعدّدِ، لایَلْزَمُ التّعیینُ **من حیثُ المعاملة والمعاوضة** بعد تحقّقها **لانّ** المعاوضة کما قلناها هی المُبادِلَةُ و اقتضاءُ المُعاوضةِ و الْمبادِلَةِ، اَنْ یَدْخُلَ المُعَوّضُ فی ملکِ من خَرَجَ العِوَضُ عن ملکِهِ **فعلیه،** اِخْراجُ شیءٍ عن ملکه وَ اِدْخالُه فِی مِلکِ الغیر، مخالِفٌ لمَفْهُومِهِ و مَدْلولِه کما فی قول القائل: «اِشْتَر بهٰذا الدّرهمِ لِنَفْسِکَ طعاماً».

نعم: اذا کان معناه، اِجازَةَ الانتفاعِ له من الطّعامِ الّذی کان مِلکاً لصاحب الدّرْهَمِ لامانِعَ مِنْهُ و لم یَکُنْ مخالِفاً لمفهومِ المعاوضةِ.

لذا قالوا: اِنَّ مَسْأَلَةَ اعطاءَ وِجْهٍ لِاِبْنِهِ لِبَیْعِ الأَلْبِسَةِ لنفسه بعینه، مثلُ قولِ القائل: **«اِشْتَر به لِنَفْسِکَ طعاماً»** فالمعنیٰ الصّحیحُ لَهُ اعطاءُ الْوَجَه لاِبْنِهِ حینَ یبیعُ اللّباس لنفسهُ انا اجیزُ اللّباس الّذی کان مالی ان تنتفع منه **و امّا اذا کانَ** المقصودُ اَنّ خروجَ الوجه مِن مِلکِ الْمُعْطِی و کونِ اللّباسِ ملکاً لِاِبْنِهِ **فَهُوَ خلافُ مفهوم المعاوضة** فلایصحّ فَکَذٰلک الکلامُ فی الزّوجةِ و غیر ذلک.

و لذا قالوا: اِنَّ الأَلْبِسةَ المبیعةَ لِاَبْنائِه، مِلْکُ الابِ مٰادامَ لَمْ یَجْزِ صیغَةَ الْهِبَةِ والتّملیک و لو مات، تَدْخُلُ فی تَرَکَتِهِ.

و علی هذا الاقتضاء، فالقصدُ الیٰ الْعَوَضِ و تعیینه، یُغْنِی عَنْ تعیینِ المالک **بالجملة،** هٰذا، طبعُ المعاوضة و خاصیّتها وَ لازِمُ هٰذه الخاصیّة، **اَنّها حیثُ** ماتَحَقَّق

العقدُ، يَتَرَتّبُ الْاَثَرُ عليهٰا و تَعَيّن المٰالِكَينِ بعدَ البيع و لم‌تَكُنْ فيه حـالةُ الغـموضِ والابهٰام فی البيع؛ هذا، كما يُتَصَوّرُ فی المِلْكينِ الشَّخْصِيّين، كَـذٰلِكَ يُـتَصوّرُ فـی المعاملاتِ الكليّة، **بناءً عليه** لم يكن فرقٌ بين الشّخصيّين والكلّيينِ فی هٰذهِ الخاصيَّةِ الّتی كانت لٰازِمَ المعاوضةِ، فی عدم الحاجة الیٰ تعيين المٰالِكينَ.

هنا، مطلبٌ دقيقٌ

و هو سَبَبٌ لِاِشْتباهِ الشّيخِ المحقّقِ اسـدالله التّسـترى(ره) فـی عـقيدة الشّـيخِ الانصاریّ(ره) و هو اَنَّ كُلّ موردٍ كانت المعٰامِلَةُ فی الذّمّةُ والكـلّیّ، يَـلْزَمُ تـعيينُ صاحبِ الذّمّةُ، مثلاً لو قُلْتَ: «**اِشْتَرَيْتُ هذا الدّارَ، آلاف دينار**» فهو كـلّیٌ مَـوْطِنُهُ، الذّمّةُ، يلزم تعيينُ اَنَّ اِستقرارَ فی ذمّة من؟ اِن اِنْصَرَفَ الیٰ نفس البايع فمعناه اَنّـهُ جُعِلَتْ عشرةُ آلاف دنانير فی ذمّتِهِ و ان لم‌يكن له انصرافٌ فی هذا المعنیٰ، يَـلْزَمُ تعيينُ مَنْ اِسْتَقَرّ عَشْرَةَ آلافِ دنانير فی ذمّة من؟ و لزومُ التّعيين فی هٰذِهِ الصُّوَرِ لٰا لِمٰا اَنَّ عدمَ التّعيينِ، يُوجِبُ كونَ العقد مُبْهَماً و يلزم تعيّنه فيما بَعْدُ و لم‌يكن له دليلٌ كما قال به الشّيخ اسدالله التّسترىٰ **بل** بملاحظةٍ كانت سابقةً علیٰ رُتْبَةِ المعاوضة **و هی انّ** الذّمّة ما دٰام لم‌يُعَيّنْ مَحَلُّهٰا لاتصير مَمْلوكاً و لاتُصِيرُ قابلاً **لِاَنْ** يَمْلَكَ عليهِ و ليسَ قابلاً للتّمليكِ والتَّمَلُك والمعٰاوِضَةِ عليه **هنا مطلبٌ فی باب الكلّی** و به يُفْرَقُ الكلّی مَعَ الشّخصیّ و هو انَّ الاعيان الشَّخْصِيَّةَ قابلةٌ للتّملك و قابلةٌ للـتّمليك و لايَعَيّنُهٰا المٰالِكُ حينَ البيعِ.

و امّا الشّیءُ الطّبيعیّ مثل طبيعیّ الحِنْطَة ما لم‌يُفْرَضْ وُجُودُه و ما دٰام لم‌يَتَعَلّقْ فی ذمّةٍ، **فَهُوَ لَيس** بقابلٍ للتّمليكِ والتّملّكِ **فَعَلَيْهِ**، يُشْتَرَطُ فـی المـعاملاتِ الكـلّيةِ اَنْ يَتَعَلّقَ الیٰ ذمّةٍ **لايكون** هذا، خُصُوصِيّةً فی المـعاوضَةِ و كـانَ شـرطاً فـی صـحّة المُعٰاوِضَةِ والبيع **بل لانّ** الْعِوَضَ، لايَصِيرُ عِوَضاً والحنطة، لاتصير مِـلكاً و مـالاً و لاتَصِيرُ قابلةً للمعاملةِ عَلَيْه **الّا** بِاَنْ يُضٰافَ الیٰ ذمّةٍ خاصّةٍ.

بالجملة، مبادِلَةُ مالٍ بمالٍ و مبٰادِلَةُ الْمِلكينِ و اضافَةُ الكلیّ اِلیٰ الذّمّةِ، انّما هِیَ بحصول الملكيّة و لتحقّق الصُّغریٰ...

فَعُلِمَ ممّا ذكرنا: انّ الْفَرْقَ بين قولِ الشّيخ اسدالله(ره) والشّيخ الانصارى(ره): انّهُ بناءً علىٰ قول شيخنا الانصارى، كان الكلامُ صغرويّاً والشّيخُ اَسَدُاللهِ(ره) قال: بكونِهِ كبرويّاً **حيث ذَهَبَ** الشّيخُ اسدالله(ره) الىٰ اِنَّ عدمَ التّعيينِ فى المعاملات الكلّية، يوجب لوازمَ فاسدةً بعد تحقّقِ المعاوضة.

و امّا الشّيخُ الانصارى(ره) **فَقَدْ ذَهَبَ الىٰ** اَنَّ لِاَجلِ عدمٍ تعيينِ صاحبِ الذّمّةِ فى المعاملات الكلّية، لم تتحقّقِ المعاوضةُ ايضاً.

فتفاوتُ قول الشّيخ الانصارى(ره) والشّيخ اسدالله التّسترىٰ(ره)، انّما هو التّفاوتُ بين الْصُّغرىٰ وَالكُبْرىٰ **لانّ** الشّيخ(ره) قال: اِنَّ الكلّى ما لم يُضِف الىٰ ذمّةٍ فليسِ مِلْكاً حتّىٰ يُعامَلَ عليه او به و يقع البيعُ عليه **فلا تتحقّق** المُعامِلةُ اِلّا بِاِضافَتِها الىٰ ذمّةٍ.

و امّا الشّيخ اسدالله التّسترىٰ(ره) **فَقَدْ ذَهَبَ الىٰ تحقّقِ المعاوضة** والبيع فى الشّخصىّ والكلّى **و لكن** لا يخلو عن محذورٍ.

بعبارةٍ اُخرىٰ، مرجَعُ كلام الشّيخ الانصارى(ره)، الىٰ عدمِ الْمُقْتَضِى و مَرْجَعُ كلامِ الشّيخ اسدالله التّسترى(ره) اِلىٰ جود المانع **فالشّيخ(ره) صَرّحَ** بانّه لم تكن ملكيّةٌ حتّىٰ يُعاوَضَ عليها والشّيخ اسدالله التّسترى(ره) قال: **بكونها** معاوضةً **و لكن لايخلو عن** محذورٍ و اشكالٍ.

فبناءً عليه، ايرادُ شيخنا الانصارى علىٰ «الشّيخ اسدالله التّسترى» يُوَجّهُ بهذا النّحو: بانّ كلّ موردٍ تحقّقت المعاوضةُ، لايحتاجُ الىٰ تعيينِ المالِكَيْنِ مطلقاً سواءٌ كانَ فى الكلّى او فى الشّخصىّ فالتّفصيلُ الّذى قال به الشّيخ اسداللّه التّسترى(ره)، لايكون صحيحاً **و معنىٰ تفصيله(ره)** انّ المعاملَة، تحقّقت فى كلا الفرضين: الشّخصىّ والكلّى **غاية الامر**، لايلزم(ره) تعيينُ المالِكَينِ فى الشّخصىّ **و امّا فى الكلّى** من شرطِ صحّةِ المعاوضة فيتعيّن المالِكُ.

و لكنَّ الشّيخ الانصارى(ره) ردّه: بانّ هٰذا، ليسَ شرطاً فى المُعاوِضَةِ **بل انّما** هو شَرْطٌ قبلَ المعاملةِ و هو شرطُ الْملكيّةِ **فالحنطةُ** ما لم يُضَفْ الىٰ ذمّةٍ، لا تَصيرُ مِلكاً و مَمْلوكاً و غَيْر قابلةٍ بجريانِ المعاملة عليها **فلاتتحقّقُ المعاملةُ فيها لا انّ المعاوضة،**

كانت مُتَحَقّقَةً **و لكن** شرطها كان مفقوداً.

هذا، خلاصةُ ايراد الشّيخ(ره) علىٰ الشّيخ اسداللّه التّسترى، كبرويّاً.

ثُمَّ اضافَ(ره) ايراداتاً اُخرىٰ له:

منها: ماذَكَرَهُ(ره) فى الشّق الثّانى يعنى فى موردٍ كان العوضانِ، شخصيّين، كليهما من الوجوه الثّلاثة **والاحتمالات الثّلاثة** من لزومِ تعيينِ المالِكِ مطلقاً او عَدَمِهِ مطلقاً اَوِ التّفْصِيلِ بين التّصريحِ بالخلافِ فَيَبْطُلُ العقدُ كما فى القول الثّالث و عدمِ التّصريحِ بالخلافِ فلا يَبْطُلُ الْعَقْدُ كما عرفت فى القول الثّالث؟

مردودٌ ايضاً و لايَحْتاجُ الىٰ الوجوهِ الثّلاثة **و لا مَجالَ** للتّرديدِ هنا **لانّ** هذا الْشَّخْصَ اِمّا له قَصْدُ المعاوضةِ الحقيقيّة ام لا؟ فَاِنْ لم‌يكنْ له قصدُ المعاوضةِ الحقيقيّةِ فلايصحّ الْعَقْدُ اصلاً لعدمِ قصدِ البيع و اِمّا اِنْ كان له قَصْدُ المعاوضةِ حقيقةً **فلايصحّ الْعَقْدُ اصلاً** لعدمِ قصدِ لابيع و اِمّا اِنْ كان له قَصْدُ المعاوضةِ حقيقةً **فلايحتاج الى تعيين المالكين لانّ** المالِكَيْنِ، كانا مَعْلومَيْنِ قبلَ المعاملةِ فى عِلْمِ اللّه و بعد المعاملةِ ايضاً تُعَيّنُه نفسُ المعاوضَةِ **لانّ** طبعَ المعاوضةِ، انّه مَنْ خَرَجَ الْعِوَضُ عن ملكه، يَدْخُلُ الْمُعَوّضُ فى ملكِهِ.

امّا ماذكرها(ره) مِنَ الْاَمْثلةِ و هى الْنَّظَرِيةُ الاوْلىٰ للمحقّقِ التّسترى، **فهى ايضاً لاتصّح لِانَّ** من الْاَمثِلَةِ المذكورةِ، انّه(ره) قال «مَنْ بَاعَ مالَ نَفْسِهِ عَنْ غيرِه وَقَعَ هٰذا البيعُ عن نَفْسِهِ و شَخْصِهِ لا عَنِ الغيرِ و خُرُوجُ الدّارِ مِن ملكِ البايعِ و دُخولِ الثّمنِ فى ملك ابنه كما قلناه، **لايصحّ لِاَنّهُ** خلافُ حقيقَةِ المعاوضةِ.

فحينئذٍ: مَنْ لو بَاعَ مالَ نَفْسِهِ عن غَيْرِهِ و فرضنا اَنَّهُ قَصَدَ حَقِيقَةَ المعاوِضَةِ **فمعلومٌ اَنَّ** قَيْدَ **«عن غيره»**، كانَ لغواً و كانَ قيداً زايداً **كما انّه كَذٰلِكَ** عكسُ المسألةِ يعنى: لو بَاعَ مالَ غيرِهِ عَنْ نَفْسِهِ **فهو ايضاً لايصحّ** و كان غلطاً فاذا باعَ دار زيد وكالةً عنه او فضولةً خَرَجَ الدّارُ عن مِلكِهِ و يَدْخُلُ الثّمَنُ فى مِلْكِهِ.

بالجملة، فى هٰذين المثالين، يَجِبُ وقوعُ مدلولِ المعاوضَةَ و اَمّا ذِكرُ قيدٍ مُناقِضٍ

للمعاوضةِ، **فهو غَلَطٌ** لايُعْتَنىٰ به **فلا وَجْهَ** للتّفصيل بين عَدَمِ صحَّتِهِ اذا صَرّحَ بالخلاف و بين صِحَّتِهِ، مٰا لم‌يُصَرّحْ بِهِ **لانّا** اِلْتَزَمْنٰا بحقيقة المعاوضة و لوازِمِهٰا وَ رَدّ مٰا يكونُ لها.

ثمّ قال الشّيخ(ره) فى المتن فى **مثال: «مٰا لَوْ بٰاعَ مالَ غَيْرِه عَنْ نَفْسِهِ»** فقالَ بعضٌ فى هذا المورد: انّه اذا صٰار مالكاً له بعد البيع بَغْتَةً كما اذا بٰاعَ مٰالَ ابيه عن قِبَلِ نَفْسِهِ و مٰاتَ ابُوهُ وَ وَرِثَهُ منه، **قالوا** فى هٰذا المورد: انّ الوارث البٰايعَ اذا اَجٰازَهُ لِنَفْسِه، يَقعُ العقدُ عن نَفْسِهِ و يَصِحّ البيعُ بخلافِ مٰا لو بٰاعَ مالَ اَبِيهِ و كان اَبوهُ حيّاً، **لايَصحُّ العقدُ حيث** كان فضُولِيّاً و كان اَمْرُهُ مراعىٰ **و لكن بعد** صيرورة هذا المال ما له، بعدَ موت اِبنه لِاِرْثِهِ منه، يَقَعُ عن نَفْسِهِ و يَتَحَقّقُ قَيْدُ **«عَنْ نَفْسِهِ»** فى هٰذا المورد.

فقول: «التّسترى(ره)» بانّ قَيْدَ **«عن نفسه»** فيمٰا لو بٰاعَ مالَ اَبِيهِ عن نَفْسِه، كـان غَيْرَ صحيح، مطلقاً، **لايصحّ، بل يمكن** اَنْ يَصِحّ هٰذا بالْاِجٰازَةِ.

رَدَّهُ الشَّيخُ(ره) هٰذا القولَ فِي المتنِ: بِاَنّ قَوْلَهُ(ره) **«عَنْ نَفْسِهِ»** فى هٰذه الصّورةِ لَمْ‌تكُنْ صحيحاً، **لانّ** القائلين بِاَنّ مَنْ بٰاع مالَ غيرِه ثُمَّ مَلِكَهُ و اَجٰازَهُ كٰانَ صحيحاً، لايَقُولونَ بالفرقِ بين مٰا لَوْ بٰاعَ مالَ غيرِهِ عن نَفْسِهِ و بين مٰا لو بٰاعَ مالَ غيرِهِ عن غَيْرِهِ.

والقول بصحّة مٰا لَو بٰاعَمالَ غيرِهِ ثُمَّ مِلكَهُ و اَجٰازَهُ، **ليسَ** هٰذا من جهة انّه قال: **«عَنْ نفسى»** حينَ الانشاء **بل اذا** قال: **«بِعْتُ مالَ الْغَيْرِ عن نَفْسِى»** او قال: **«بِعْتُ مالَ الغيرِ عَنِ الغير** ثمَّ مَلِكَهُ و اَجٰازَهُ، **كان محلّاً للخلافِ بانّ** الْاِجٰازة الْبَعْدِيَّةَ هَلْ تُصْلِحُ المعٰامِلَةَ الّتى لم‌يكن المٰالُ ماله حينَ البيعِ ام لا؟

والقٰائِلونَ بكونِ الاجازةِ، موجباً لِصِحَّةِ المعاملةِ لِلْمٰالِ الّذى لم‌يكن مٰا لَـهُ، **لم يُفَرّقُوا بين** انّه بٰاعَ مالَ غيرِهِ عن نفسى او بٰاعَ مالَ الغيرِ عن الغير ثُمَّ مَلِكَهُ و اَجٰازَهُ.

فعليه، كَلِمَةُ «عن نَفْسِى» فيمٰا لو بٰاعَ مالَ اَبِيهِ فى حالِ حياةِ ابيه، عن نَفْسِهِ، **كان لَغْواً** و بِلا فايدةٍ و كانت مِنْ قَبيلِ توصيفِ الواجبِ بِالْاِسْتحبٰاب و كان لغواً عَمَلُه كان صحيحاً.

بالجملة، فی مثال المحقّق التّستری(ره) فی **«مَنْ بَاعَ مالَ نَفْسِهِ عَنِ الْغَيرِ يجب القَوْلُ بانّه** يصحّ عَنْ نَفْسِهِ و لايَقَعُ عن الغيرِ و لامجالَ هنا للتّرديدِ كما انّه مجالٌ للتّرديدِ فی عَكْسِ هذا المثالِ فيما لو بَاعَ مالَ غيرِهِ عَنْ نَفْسِهِ.

ثمّ انّ الشّيخ(ره) بعد الحكم بانّ: كلمة **«عَنِ الْغَيْرِ»** كانَ غلطاً فی مثال: **طَرَحَ(ره) شُبْهَةً فی مقابلِ** الجزم بِاَنَّ كلمة: **«عَنِ الْغَيْرِ»** كانَتْ لَغْواً و كانَ اَلْبَيْعُ صَحِيحاً لقوله(ره): **نَعَم يُمْكِنُ اَنْ يُقالَ: انّ هنا، كلامٌ فی مقام الاثباتِ** و هو اَنَّ القولَ بِلَغْوِيَّةِ قولِه **«عَنِ الْغَيْرِ»** و صِحَّتِهِ **«عَنْ نَفْسِهِ»** فيما لو بَاعَ مالَ نفسِهِ عن الغير، انّما يَصِحُّ فی مورد قصدِ مفهومِ المعاوضَةِ الحقيقيَّةِ **و لكن** قَصْدُ المعاوضةِ الحقيقيّة، فَهو لم‌يكن معلوماً و لامانِعَ من القول بِاَنَّ **قوله «عَنِ الْغَيْرِ» يكونُ** قرينةً علىٰ عدمِ ارادةِ مفهوم البيعِ الحقيقیّ **بل** قَصْدُهُ، خروجُ المالِ عن ملكه و دخولُ الثّمنِ فی ملك الغير **فحينئذٍ** لم يُقْصد قَصْدُ المعاوضةِ الحقيقيّة و كانَ العقدُ باطلاً **فالقولُ** بِصِحَّةِ البيع عن نفسه فيما لو بَاع مالَ نَفْسِهِ عن الغيرِ و لَغْويّةَ قيدِ **«عَنِ الْغَيْرِ» لا يَخلو عن اشكالٍ لِاَنَّ** كشفَ قصدِ الْمُتَكلّم، اِنّما هو مِنْ طريقِ الأَلْفاظِ و ما هو المفروضُ فی المقامِ، خروجُ الدّارِ مثلاً عَنْ مِلكِهِ و دُخُولُهُ فی ملكِ الغير و هو دليلٌ علىٰ عدمِ قصدِ المعاوضةِ.

و حيثُ كان المفروضُ، عدم صِحَّةِ عدم قصدِ المعاوضة، فكانَ قولُ البَايعِ: **«بِعْتُ مالَ نَفْسِی عَنِ الْغَيْرِ» لايَصِحُّ لاَنّهُ** لم‌يَقْصُدِ المعاوضَةَ.

ثُمَّ اَجَابَ الشّيخُ عن هٰذه الشُّبْهَةِ بِاَنَّ قول القائل: **«بِعْتُ مالَ نَفْسِی عَنِ الْغَيْرِ»** او قال: **«اِشْتَرِ بِهِ لِنَفْسِكَ طعاماً»** لَمْ يَقْصُدِ العُرْفُ منه المعنىٰ الدّقيقَ و هو خُروجُ المالِ عن مِلْكِهِ و دخولُ الطّعام فی مِلكِهِ و لم‌يَتَوَجَّهِ القائِلُ به **بل** مقصودُه، بَيْعُ الطّعامِ من مالِه و اَكْلِهِ **و بعبارةٍ اُخرىٰ**، مَعناهُ انّ: نتيجةَ الْبَيْعِ و فايِدَتَهُ كانَ لک **فحينئذٍ**، القولُ باستفادةِ عدمِ كونِ المتكلّمِ فی مقامِ **«بعتُ»** وُقُوعَ البيعِ و انّه قاصدٌ لَهُ وَالْفَرْضُ انّ البيعَ، ايضاً معاوِضَةٌ و لها لوازمُ، و امّا قوله بانّه **«عَنْ نَفْسِكَ»** فالمرادُ الاستفادةُ من نتيجَتِهِ **«مِنْ اَكْلِهِ و غَيْرِهِ»**، علىٰ هذا، يجب القولُ بانّه صَحّ عن نَفْسِهِ، لَغىٰ قَصْدُ كونِهِ

عن الْغَيْرِ.

نحن نقول: يَجِبُ البحثُ هنا اوّلاً:

انّ ايراداتَ الشّيْخِ(ره) علىٰ المحقّقِ التُّسْتَرى(ره) هل يَتَوَجّهُ ام لا؟.

و ثانياً: اِنَّ حقّ الْمَسأَلةِ ماذا؟.

امّا الاوّل، فالظّاهِرُ انّ هٰذه الايراداتَ كُلّها، لم تَرِدْ عَلَيْهِ(ره) و كانَ نَظَرُ المحقّقِ التّسترِى(ره) اَدَقُّ من نَظَرِ الشّيخ(ره).

امّاكلامه(ره) فى مثال: «مَنْ بَاعَ مالَ نَفْسِهِ عَنِ الْغَيْرِ»، فكانَ بِعَيْنِه، اَلْكَلامُ الّـذى قال به الشّيخ اَسَدُالله التّسترى و هو انّه يَقَعُ الْعَقْدُ عن نَفْسِهِ و لغىٰ قَصْدُ كَوْنِهِ عَـنِ الْغَيْرِ جزماً فَاِعْتراضُه(ره) علىٰ هٰذا الْمِثالِ وَالْبَحْثُ عنه فى المتنِ طويلاً، لايَصِحُ.

و امّا قولُ الشّيخ(ره) فى الْمَتْنِ فى اصلِ المطلب بانّ فى المعاملاتِ الْكُلّيةِ مـا لم يُضَفْ الىٰ ذِمّةٍ، لم تَتَحَقّقِ المعاوضةُ **حيثُ** لم يكن ملِكاً بعدُ، فهويَصِحُّ فيما لم تَكُنْ ذِمّةٌ فى البين اصلاً **و امّا فى موردٍ كان** اَحَدُ وكيلاً عن المتعدّدِ و بَاعَ عن اَحَدِهِمْ ثُمَّ عَيّنَهُ فكان هنا، اِحْدىٰ الذّمَمِ فَتَحَقّقُ المعاوضةُ هنا فَاِنْ كانَ هنا اشكالٌ مثلاً **فَهُوَ لا محالَة**، يكونُ تعيينُ المالِكِ **لا اَنّ الاشكالَ**، عَدَمُ تَحقّقِ المعاوضَةِ **لانّا نَـعْلَمْ** تَـحقُّقَ المعاوضة قطعاً.

اَنْتَ عِلْمَتَ اَيّها القارِئُ، اَنَّ ايراداتَ الشّيخِ علىٰ الشّيخ الْمُحَقّقِ التّسترى(ره) لم يَرِدْ عَلَيْهِ **نَعَمْ:** يُمكِنُ اَنْ يَرِدَ عَلَيْه، الايرادُ الّذى ذَكَـرَهُ الشّـيخُ(ره) **بـاَنّ** فـى بَـابِ المعاملاتِ المربوطةِ بالذّمّة، يكون تعيينُ الذّمّة هُنا لِاَجُل مِلْكيّةِ العِوَضِ **لا اَنّهُ مِن شرائطِ المعاوضةِ لانّ** الْكُلّىَ، ما لم يُضَفْ الىٰ اَلذّمّةِ، لم يَكُنْ قابلاً للمِلْكِيّةِ و لم يَحْصُلْ له شَرْطُ البيعِ و هو انّه لايَبْيعُ اِلاّ فى مِلْكٍ و هٰذا، شَرْطٌ خارِجٌ عن المُعاوِضَةِ.

مُلاحِظَةٌ تُكْتَةٍ

تَجِبُ مُلاحظة انَّ الشّيخ(ره) معَ الشّيخِ المحقّقِ التُّسـترى(ره)، يَـتَوافَـقانِ فـى مَوْرِدَينِ:

اَلْاَوّلُ: انّ تَعيينَ المالِكِ يَلْزَمُ فى كُلّ موردٍ.

اَلثّانی: انّ المعاوضة، طريقُ تعيينِ المالِكِ فی الشّخصيّاتِ فی الجملةِ **وكَذٰلِكَ**، لا يَخْتَلِفُ الْعَلَمانِ(ره) فی انّ تعيينَ الْكُلّيَيْنِ، يحتاجُ إلیٰ إضافةِ الْكُلّيِ الیٰ الذّمة.

غايةُ الْفَرْقِ بينهما: اَنّ اَلشّيْخَ(ره) اِعْتَقَدَ اَنّ نَفْسَ الْمُعامِلَةِ، يَكْفی فی تعيين المالِكِ فی الْشَّخْصِيَّيْنِ لا فی الْكُلّيَيْنِ.

بالجملة، يؤل الاختلافُ بينهما الیٰ اَنّ لزومَ اِضافةِ الْكُلّي الیٰ الْذّمّةِ **هل يكونُ** لِاَجل كونِ الْعِوَضِ مَمْلوكاً او لِاَجْلِ تعيينِ المالِكَيْن؟

بِعبارةٍ اُخریٰ، يَرْجِعُ النّزاعُ بَيْنَهما الیٰ تصويرٍ عِلْمِيٍّ لا تَأْثيرَ فی الْفَتویٰ و مَقامِ الْعَمَلِ و ليست لِهٰذا الْتّصْويرِ، ثَمَرَةٌ فِقْهِيّةٌ فی سايرِ الموارِدِ ايضاً.

فاضافَةُ الْكَلام فی هٰذا المَوْرِد، يكونُ بلا فايدةٍ **لانّ** الْعَلَمَيْنِ الْمُحتَرَمَيْنِ، يَقُولانِ بِلزومِ اِضافَةِ الْكُلّی الیٰ الذّمّةِ و بدونِ الْاِضافَةِ تَكُونُ المعاملةُ باطلةً **غايةُ الْاَمرِ** يَقَعُ الكلامُ فی وَجْهِ ذلكَ و هو لا يُهِمُّنا **لانّ** الْوَجْهَ، وَجْهٌ اِعتباريٌّ لَمْ يَرِدْ علیٰ طِبْقِهِ، خَبَرٌ وَ لا آيَةٌ.

علیٰ اَنّ قولَ الشّيخ و هو كونُ اِضافَةِ الْكُلّي الیٰ الذّمّةِ، اِنّما هو من باب مَلِكيَّةِ الْكُلّي، ما لم يُضَفْ الیٰ الذّمّةِ، لَمْ يَكُنْ مَمْلوكاً و اذا اُضِيفَتْ، تصيرُ مملُوكاً و لاتَصِحُّ ايضاً **لانّ** فی بابِ بيعِ الكُلّیّ فی الذّمّةِ، اِضافَةُ الْكُلّیّ الیٰ الْذّمّة، لايُصَيّرُ كونَ غيرِ الْمملُوكِ مَمْلوكاً **نَعَمْ:** بعد البيعِ و قبولِ زَيْدٍ مثلاً الْحِنْطَةَ فی ذمّته، يكونُ مملوكاً لِصاحبِ الذّمّةِ **لا لانّه يَصِيرُ مِلكاً** فی الرُّتْبَةِ السّابِقَةِ عن البيعِ.

و لذا، اِلتَزَمُوا فی بابِ «لابَيْعَ اِلّا فی مِلْكٍ» بهذا، فی موردِ معاملاتِ الْكُلّیّ **حيثُ انّ** الكلّیَ الّذی يُباعُ، لم يَكُنْ مِلكاً قبلَ البيعِ بِاَحَدِ الامرينِ:

اِمّا اَنّ قَوْلَهُ: **«لابَيْعَ اِلّا فی مِلْكٍ»** راجعٌ الیٰ بَيْعِ الاَعيانِ الشَّخْصِيَّةِ فی مقابلِ: **«لا تَبِعْ ما لَيْسَ عِنْدَكَ»** و اِمّا **لِاَنَّ** المرادَ من الملكِ هنا، اَلسَّلْطَنَةُ اِنْ قلنا اَنّها شامِلَةٌ لِلْاَعْيانِ الْكُلّيَةِ **اَنّ المرادَ مِنهُ**، اَلْمِلْكُ الْمُصْطَلَحُ يعنی **«لا بَيْعَ اِلّا عَنْ سَلْطَنَةٍ و وِلايَةٍ و مالِكيَّةٍ و حُكُومَةٍ» فَبناءً عليه**، قولُ الشّيخ(ره) بانّ الْكُلّیَ ما لم يُضَفِ الیٰ الذّمّةِ، لم تَحْصُلِ الملكيَّةُ **لايَصِحُّ حيثُ** اِنّ المقصودَ اِنْ كانت الماليّةُ فَهُو خِلافُ الْاِصطِلاحِ

حيثُ قلنا: اِنّ النّسبةَ بين الماليّةِ والملكيّةِ، اَعَمُّ مِن وَجْهٍ **لانّ** المالَ، مٰايُبْذَلُ بأَذٰائِهِ، اَلثّمنُ وَالْمِلكُ، اضافَةٌ خاصّةٌ و سلطنةٌ خاصّةٌ...

وَ مِنَ الْمَعْلُوم: اِنّ الحِنْطَةَ بِنَفْسِهِ، مٰايُبْذَلُ بِاذٰائِه اَلثّمَنُ و هىَ مِن جُمْلَةِ الاموالِ و لو كانَ هذا المٰالُ فى يدِ انسانٍ غَيْرِ مُعتَبرٍ **فَعَدَمُ** بيعه عن انسانٍ غَيْرِ مُعتَبرٍ لاجـلِ فُقدانِ شَرائِطِه لٰا اَنّهُ، لم‌يكن مالاً.

تَحْقِيقُ الْكَلَامِ:

اِنَّ بَيْنَ الشَّخَيْنِ هنا، مَطْلَبٌ مَوْرِدُ التّسالمِ وَالتَّوافُقِ بينهما و مَوْرِدُ الاختلافِ **و حيثُ** لايَخْتَصُّ ماسُلِّمَ من المطالِبِ بهٰذا البحثِ **بل** كانَتْ مَسائلَ سيّالَةً فی اَكْثَرِ الْمَوارِدِ و اسْتَفادُوا منهٰا الآثارَ الفقهيّةَ، يَنْبغی اَلْبَحْثُ من هٰذه المباحثِ والمطالَبِ والْنَّقْدُ فيهٰا.

و من جُمْلَةِ المسائلِ والمطالِبِ المذكورةِ مَسْأَلَةٌ كانت مورداً لتأييدِ همٰا.

و هی الّتی صَرّحَ بهٰا العلّامةُ(ره) و هو اوّلُ مَنْ قالَ بها و نُقِلتْ هٰذِه المسْأَلَةُ والقاعِدَةُ مِنْ كَلِماتِهِ(ره) **غالباً و هی قاعِدةُ المعاوِضَةِ.**

و تَوْضِيحُهٰا: اَنّهُمْ(ره) قالوا: اِنّ قاعِدَةَ المعاوِضَةِ، تَقْتَضِی اَنْ يَدْخُلَ الْعِوَضُ فی مِلْكِ من خَرَجَ الْمُعوّضُ عن مِلكِه و بالْعَكسْ.

فلو خَرَجَ الْمعَوّضُ عَنْ مِلْكِ صاحِبِهِ و دَخَلَ الْعِوَضُ فی مِلْكِ الغَيرِ، لاتصِحُّ المعاوِضَةُ **و بَنَوْا علىٰ هٰذِهِ القاعِدَةِ فروعاً:**

منها: انّه لو قالَ **«اِشْتَرِ بِهِ لِنَفْسِكَ طَعَاماً»، كانَ هذا** باطلاً بالْشّرْحِ الّذی ذكرناهٰا سابقاً.

و لو قالَ الرّاهِنُ لِلْمُرتَهِنِ: «بِعْهُ لِنَفْسِكَ»، فَقَدْ صَرّحَ العلّامَةُ(ره) بكونه باطلاً.

و هكذا قالوا فی باب: «ما لو باعَ مال غَيْرِه عَنْ نَفْسِهِ» لايَقَعُ الْعَقْدُ عنِ الغيرِ قطعاً.

و لكن لا يخفیٰ: اَنّ هٰذِه القاعِدَةَ مَعْ اَنّهُمْ يَتَلَقّوْنَهٰا مَحَلّ التَّسَلُّمِ، كانت مورداً للتّرديدِ و لم‌تكن مُسَلّماً لَوْ لم يَكنْ خِلافُهٰا مُسَلّماً.

و ذٰلِكَ لِاَنّهُ لم يَدّلْ دليلٌ من الآيةِ والحديثِ علىٰ انّ المعاملةَ علىٰ هذا الْنّحْوِ، من الْخَواصّ الفلْسَفِيّةِ او الرّياضيّة الّتی لاتَتَخَلّفُ **بل** معنیٰ المعاوِضَةِ، عَدَمُ كونِ الْعِوَضِ مجّاناً و جَعْلُ شیءٍ فی مقابلِ الْمعَوّضِ وَ امّا لزومُ مالكيّةِ صاحبِ الْعِوَضِ والْمُعَوّضِ، فَلَمْ يدخُلْ فی مفهومهٰا و هذا، عَملُ العرفَ بحيثُ طَعاماً لايَسْتَنْكِرونَ و لايَسْتَوحِشُونَ من الْعَمَلِ بها و قالَ العرفُ: **اِشْتَرْ بِهِ لِنَفْسِكَ طَعَاماً»** فَجَعْلُ المعاوضِةِ مَعناً دقيقاً عقلائيّاً **بحيثُ** كان قَوْلُ القائلِ: **اِشْتَرْ بِهِ لِنَفْسِكَ طعاماً»** او قال: **«بِعْهُ لِنَفْسِكَ**

او بَاعَ مالَ نَفسه عنِ الْغَير و...» خِلافُ مفهومِ المعاوِضةِ، خِلافُ عَمَلِ الْعُرْفِ و لَمْ يَدُلْ علىٰ ذلک دليلٌ قالَ به السّيّدْ(ره) فى حواشيه.

اِنْ سَلّمنا قَوْلَ الشّيخ(ره) فى قاعِدةَ المعاوِضَةِ و كان قَوْلُ القائل: **اِشْتَرِ بِهِ لِنَفْسِكَ طعاماً»** يَكُونُ باطلاً، **نقولُ:** انّ قول شيخنا الانصارى(ره) والشّيخ المحقّق التّسترى بِاَنّهُ لو بَاعَ مال نفسِهِ عن الغيرِ يعنى كَونُهُ عنِ الغير وَ وَقَعَ عن نفسه، **فَهُوَ ايضاً محلُّ منعٍ لِاَنّهُ بناءً** علىٰ هٰذِهِ القاعِدَةِ اِبْتَلَيْنا بِالتّناقُضِ فى الانشاءِ **لانّ** لازِمَ البيعِ، اَنْ يَبِيعَ عن نَفْسِهِ و لازِمَ كونِهِ عَنِ الْغيرِ اَنْ يَقَعَ عنِ الغيرِ **فَالْمنْشِىءُ**، جَمَعَ بين المتنافِيَيْن فى الانشاءِ كما اِذا حَصَلَ التّناقضُ فى الشّرائِطِ الّتى كانت مُخالِفَةً لِـلْمُقتَضىٰ اَلْـعُرْفىّ والمعنىٰ الْعُرْفِىّ للعقد، كما اذا بَاعَ جنساً علىٰ اَحَدٍ بِشرطِ عَدَمِ التّصرفِ فيه، قالوا: اِنّ هٰذا الشّرْطَ، كانَ فاسِداً وَ مُفْسِداً للعقدِ **لِاَنّهُ** تَناقُضٌ فِى الْاِنشاءِ كما انّه لو بَاعَ بِلا ثمنٍ اَوْ آجَرَ بِلا اُجْرَةٍ، كانَ باطلاً **و ذلک** لِاَنّهُ خِلافُ مقتضىٰ الْعَقْدِ و كان تناقضاً فى الانشاء و كما انّه لو زَوّجَ اِمْرَأَةً بِشَرْطِ مُعامِلَةِ الزّوْجَةِ مَعهٰا» كانَ كذٰلک.

نَعَمْ: قد يَتَّفِقُ اِلغاءُ قيدٍ و هو مواردُ الخَطاءِ فى التّطبيقِ كما اذا اشار الىٰ هٰذا الحديدِ و قال: «**بِعْتُ** هٰذِه الْحِنطَةَ بِكَذٰا» و هٰذا و لو كان تناقضاً فى الانشاءِ **و لٰكِنْ** قالُوا: بِتَقَدُّم الْاِشارَةِ عَلىٰ الوصفِ و يكون الوصفُ مُلْغىً بتقريبِ انّه بَاعَ الْمُشارَ اِلَيْهِ، **غايةُ الامر،** يَتَخَيّلُ اَنّهُ حِنطَةٌ و كمٰا فى باب العبادات والمعاملات فيمٰا اِذٰا جَمَعَ بينَ الْمُتَنافِيَيْنِ وَ اَلْقىٰ اَحَدَ المتنافِيَيْنِ فيمٰا كان هناک خَطَأٌ فى التّطبيق.

لا يَخْفىٰ: اَنّ الدّليل الّذى ذكره الشّيخُ اَسدُالله التُّسْترى(ره) فى لزومِ تعيينِ المالكِ فى موردٍ كانت المعامِلَةُ فى الذّمّةِ بحيثُ يُمْكِنُ وُقُوعُ المعامِلَةِ من قبل المتعدّدِ و هو كَوْنُ المِلْكِ بلا مالكٍ و لايَحْصُلُ الجزْمُ لِمَدلُولِ العقدِ و لايحصل الْجَزْمُ بشىءٍ من احكامه و لا دليلَ علىٰ تأثيرِ تعيينِ الْمُتَأَخّرِ.

مردودٌ خصوصاً علىٰ مٰا هُوالْمُسَلّمُ فى عصرِنٰا فيمٰا قارَبَ عَصْرَنٰا من انّ مالِكيّةَ الْكُلّىّ، كانَتْ مُتَصَوّرَةً و كانَ الْبَيْعُ من ناحِيَةِ الكلّى صحيحاً و لم تَكُنْ دائِرَةُ البيعِ محدودةً بدائرةِ الحَىّ حتّىٰ يكونَ الْمَيّتُ ايضاً مالكاً **كما انّه** مالِكٌ لِدِيَةِ اَلجَنايَةِ

الوٰاقِعَةِ عَلیٰ الْمَيّتِ.

فحينئذٍ، لم‌يَكُنِ الْمِلْكُ بلا مٰالكٍ.

وَ اَمّٰا عَدَمُ الجزمَ لِمَدلولِ العقدِ فَهُوَ ايضاً مَرْدُودٌ بِاَنّهُ مٰا معنیٰ للعقدِ اِلّا الْتّمْليكُ والْتّمَلُّكُ و هو حٰاصِلٌ، **غايةُ الامر**، وَقَعَ علیٰ اَحَدِهٰا و تَرَتّبَ لَهُ الآثٰارُ.

اَمّٰا قولُ التّستری(ره) بِاَنّهُ لادليلَ لِتأثيرِ الْبَيّعَتَينِ الْلّتّينِ وَقَعَتٰا فيمٰا بعدُ، فَقَدْ قلنا: اَنّ الْعُرْفَ ببٰابک.

هٰذاكلّه، فيما اذا لم‌نقل بكونِ الْكُلّی مملوكاً وامّا اذا قلنا بانّه تصحّ مالكيّة الكلیّ ايضاً و لَمْ‌تَكُنْ دائرةُ الْمِلْكِيّةِ، مُنْحَصِرَةً فی الاشخٰاصِ كما مٰالَ اليه الْمُتَأَخّرونَ كما صَرّحَ به السّيّدُ فی الْعُرْوَةِ: بانّه يَصِحُّ اَنْ يكونَ الْكُلّیُ، مٰالِكاً والجهةُ مالكاً و يجوز الْبَيْعُ والْشّراءُ من ناحِيَةِ الجهةِ كما اَفْتٰاه(ره) فی باب الزّكوة **حيث** صَرّحَ(ره) بـانّه يَجُوزُ لِلحٰاكِمِ اَنْ يَقْتَرِضَ عَنْ عُهْدَهِ الزّكوٰةِ **بحيث** لم‌يكن الحٰاكِمُ مَدْيُوناً **بل** الْزّكوٰةُ مَديُونَةٌ كما هو الْمُتَدٰاوَلُ فی عَصْرِنا فی موردِ الشّرْكَةِ و فَرَضُوا لِلْشّركَةِ شَـخْصِيّةً حُقُوقِيّةً و لهٰا اعتبارٌ وَجَهَةٌ وَ يَبِيْعُونَ بالْشّرْكَةِ كمٰا يَكُونُ الْمُسْلِمُونَ مٰالِكِينَ كمٰا فِی الْاَراضِی الْمَفْتُوحَةِ عنوةً.

مسألةٌ: هَلْ يَلْزَمُ عِلْمُ كُلٍّ مِنَ الْمُتَبايِعَيْنِ، الآخَرَ اَمْ لا؟ بِاَنَّ الْمُشْتَرِي هُوَ العاقد يشتريه لنفسه او يبيع العاقد للغير و على فرض انّه اشتراه للغير من ذا يكون الغير؟

تَوْضِيحُهُ: اَنَّ الْمُشتَرِى والبايعُ يُمْكِنُ اَنْ يُعامِلَ عَلىٰ نَفْسِهِ، اَصالةً و يُمْكِنُ اَنْ يُعامِلَ عَلىٰ مُوَكِّلِهِ اَوْ مَوْلىٰ عَلَيْه و عَلىٰ فرضِ وُجُودِ الْمُوَكِّلِ له، مَنْ يكُونُ الْمُوَكِّلُ؟ **هَلْ هُوَ زيدٌ** او عمروٌ او غَيْرُهُما؟ هَلْ يَلْزَمُ عِلْمُ البايعِ مِثلاً، اِنْ شَرىٰ، يُعامِلُ اَصالَةً او وِكالَةً او وِلايَةً؟ و عَلىٰ فَرْضِ وُقُوعِ المعاملة وكالةً او وِلايَةً هل يَلْزَمُ الْعِلْمُ بِاَنَّهُ عَمّن يَشْتَرِى ام لا؟.

و هٰكذا هَلْ يَلْزَمُ علىٰ الْمُشْتَرِى عِلْمُهُ بِاَنَّ البايعَ، الّذى باعَهُ عَيْناً كانَ او كُلِيّاً فى الذِّمّة، هَلْ هُوَ اَصيلٌ فى المعامِلَةِ و كانَتِ العينُ مال نَفْسِهِ و باعَ عنِ قَبلِ نفسِهِ او العينُ مالُ الْغَيْرِ و باعَ عَنِ الْغَيْرِ وِكالَةً او وِلايةً؟

وَجْهُ فى لزومِ علمِ كُلٍّ مِنَ الْمُشْتَرِى والبايعِ الآخَر بانّه هَلْ هُوَ اَصيلٌ او وكيلٌ اَوْ وَصِيٌّ اَوْ وَلِيٌّ اِلّا ماخَرَجَ كما لو دَلَّ دليلٌ خارِجيٌّ علىٰ عَدَمِ لُزُومِ الْعِلْمِ كما فى غالِبِ الْبُيُوعِ وَالْاِجارات؟

وجهُ بِاَنَّ الْاَصْلَ فى غالِبِ المعامِلاتِ، لُزُومِ تعيينِ طَرَفِ الْمُعامِلَةِ وَ لايَلْزَمُ الْعِلْمُ بِكَوْنِهِ وَكيلاً اَوْ وَصِيّاً اَوْ وَلِيّاً **الّا** ماخَرَجَ بالدّليلِ مِثْلِ النّكاحِ وَالْوَقْفِ وَالْوِكالَةِ وَالْوَصِيّةِ وَالْهِبَة.

بناءً عَلىٰ ماذَكَرَهُ الشّيخُ(ره) تَكُونُ العقودُ وَالْايقاعاتِ علىٰ اَنحاءٍ ثَلاثَةٍ: **بَعْضُها لاتَلْزَمُ الْمَعْرِفَةُ وَالْعِلْمُ بِطَرَفِ** المعامِلَةِ فى غالِبِ الْبُيُوعِ والْاِجاراتِ **و فى بَعْضٍ آخر، يَلْزَمُ** جَزماً مِثلِ بابِ النّكاحِ وَالْوَقْفِ وَالْهِبَةِ وَالْوَصِيّة والوكالَتِه **و فى طائِفةٍ ثالِثَةٍ** يكونُ الْاَمرُ، مَشْكُوكاً **هَلْ هُوَ مُلْحَقٌ** بِبابِ الْبَيْعِ او مُلحَقٌ بباب النّكاح.

مِنَ الواضِحِ: اَنّ تَأْسِيسَ الْاَصْلِ فى المقامِ لِاَجْلِ تعيين حُكْمِ الطّائِفَةِ الثّالِثَةِ **و امّا الطّائِفَتانِ الْاُولىٰ** وَالثّانِيَةُ يكون حالُهُما مَعْلوماً.

قال الشّيخ(ره): انّ الاظهر مِنَ الْوَجْهَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ، هُوَ الاَوّلُ و هو لُزُوم الْمَعْرِفَةِ فى موارد الشّك و اِشْتِراطِ الْعِلْم فى الْمَوارِدِ الْمشكُوكَةِ **اِلّا** ان يَدُلَّ الدّلِيلُ

علىٰ عَدَمِ الْخِلَافِ فيه اَخْذاً بِظَاهِرِ اَلْكَلَامِ وَ اِسْنَادِ مَضْمُونِ الْمُعَامِلَةِ الىٰ الْطَّرَفِ **حيثُ** اِنّ ظَاهِرَ هٰذا الْكَلَامِ: «صَالَحْتُکَ وَ ضَارَبْتُکَ، سَايَقْتُکَ و مَلَکْتُکَ و غَيْرِهٰا: اَنّ الْمُشْتَرِی کَانَ هُوَ طَرَفُ المعَامِلَةِ و اذا کان غَيْرَهُ فَيَلْزَمُ الْعِلْمُ به.

هنا مجالٌ لِلسّؤالَ و هُوَ اَنّهُ ما الْفَرْقُ بَيْنَ الْبَيْعَ وَ النّکَاحِ حيثُ يَلْزَمُ الْتَعْيِينُ وَ الْمَعْرِفَةُ فی النّکَاحِ دونَ الْبَيْعِ؟

نُقِلَ عَنِ الْشّيْخِ، اَلْوَجْهَانِ اَلْمَزْدُوذانِ عنده(ره):

اَلْوَجْهُ الْاَوّلُ: اَنّ الْزَّوْجَينِ فی باب النّکَاح، رُکْنانِ اَصِيلَانِ لِلاِزْدِواجِ بخلافِ البيعِ وَالْاِجَارَةِ و نحوِهِمٰا **حيثُ** انّ مَوْرِدَ المعَامِلَةِ فِی الْبَيْعِ والْاِجَارَةِ، العَيْنانِ و اَمّا الحاجَةُ الىٰ المالِکَينِ **فَهِیَ** فِی الْمَرْتَبَةِ الثّانِيَةَ يعنی: اَلْاِعْتبارُ الموجودُ فی بَابِ البَيْعِ اوِ الْاِجَارَةِ، اِنّما هُوَ اِعْتبارُ تبديلِ العَيْنَينِ حيثُ اِنّ الْبَيْعَ، مُبَادِلَةُ مالٍ بِمالٍ فکانَ الْاِعْتِبارُ، بالمالَيْنِ لا فی المالِکَيْن وَ لَوْ لِاَجْلِ الْبَيْعِ و بَعْدَ تحقُّقِ البَيْعِ، يَتَبَدّلُ المالکانِ بخلافِ بابِ النّکَاحِ کانَ الزَّوجانِ رُکنَينْ فِی النّکاحِ وَالازدِواجِ **لِاَنّ** النّکاحَ، اِعْتِبارٌ يَتَحقّقُ فی مَوْرِدِ اَلْزَّوجَيْنِ الْمَعْلُومَيْنِ **فَلِذا**، يَلْزَمُ تَعيينُ الزّوجِ وَالْزوجَةِ فی بابِ النّکَاحِ.

اَلْوَجْهُ الثّانی: اَنّ صِدْقَ الْمُشتَرِی والبَايعِ علىٰ الْوَکيلِ وَالْوَلِیّ وَالْوَصِیّ فی المُعَامِلَةِ، مُسَامِحَةٌ اَوْ حَقِيقَةٌ **لانّ** کُلّ مَنْ اَخَذَ شَيْئاً و تَرَکَ غَيْرَهُ **فَهُوَ الْمُشتَرِی.**

و امّا عُنوانُ الْزّوجَةِ والزّوْجِ، فَهُمٰا لا يصدقانِ علىٰ الْوَکيلِ فی التّزويجِ فلا يَصْدُقُ علىٰ الوکيلِ مِنْ قِبَلِ الْزَّوْجَةِ اَنّهٰا زَوْجَتُهُ **و هٰکذا، لا**يَصْدُقُ علىٰ الوکيلِ عَنِ الزّوجِ، اَنّهُ زَوْجُهٰا **بَلْ** هُوَ وَکِيلُ الزّوْجِ **وَ لٰکِنْ يُقالُ فی** بابِ البيعِ، علىٰ الوکيلِ اَنّهُ بَايِعٌ و هٰذا مُشْتَرٍ.

بالجملة، کان عنوان البايعِ وَالْمُشْتَرِی لَهما، مَعْناً تَوَسُعِيّاً يَصْدُقُ علىٰ الْوَکَيلَيْنِ اِيضاً وَ اَمّا عنوانُ الْزّوْجِ وَالْزّوْجَةِ **فهُو عنوانٌ** لا يَصْدُقُ علىٰ الْوَکيلِ فِی التّزْويجِ و لا يَصْدُقُ علىٰ وکيلِ الزّوجِ، اَنّهُ زَوْجٌ **و لٰکن** يَصْدُقُ علىٰ وکيلِ البايعِ اَنّهُ بَايعٌ و هٰذا،

هُوَ الْسرُّ فى عَدَمِ لُزُومِ الْمَعْرِفة والتّعيينِ فى بٰابِ البيعِ وَ اَمّٰا فى بابِ الْازْدِواجِ فيَلْزَمُ اَلتّعيينُ.

اَلْشّيْخُ(ره) رَدّ هٰذينَ الْوَجْهَيْنِ بِاَنّهُمٰا لاٰ تَفِيٰانِ بِبَيٰانِ الْفَرْقِ بينهُمٰا **اَمّٰا عَنِ الْوَجْهِ الاوّلِ فَهُوَ** اَنّ القولَ بانّ الزّوجَ وَالْزّوْجَةَ، رُكْنٰانِ فِى عَقْدِ النّكٰاحَ وَ دَخيلٰانِ فى غَرَضِ وُقُوعِ النّكٰاحِ صَحِيحٌ **و لٰكِنْ** اِثباتُ الْشّىْءِ، لَمْيَكُنْ نٰافِياً لِمٰا عَدٰاه **يعنى** هٰذا القَولُ فى باب الزّوجِيَةِ وَ الْنّكٰاحِ، دَلِيلٌ علىٰ لزوم التّعيين فى بٰاب النّكٰاحِ **و لكن** لَيسَ دَليـلاً علىٰ عَدَمِ لُزُومِ التَّعْيينِ فى بابُ البيع.

وَ اَمّٰا عَنِ الْوَجْهِ الثّانى فَلِاَنّٰا قُلنٰا فى باب البيع بِاَنّ معنىٰ الْبَيْعِ، تَمْلِيكُ عَيْنٍ بِعِوَضٍ **و من المعلوم:** اَنّ وَكِيلَ الْمُشْتَرِى ما تَمْلَكُ عيناً بِعِوَضٍ وَ كَذٰلِكَ لمْيَمْلَكْ وَكِـيلُ البٰايعِ عيناً بِعِوَضٍ.

اَلْفَرْقُ بينَ النّكاحِ والبيعِ، عند الشّيخ(ره).

توضيحُ الْفَرْقِ بين النّكاحِ وَالْبَيْعِ وَالْاِجارَةِ عند الشّيخ(ره): اَنّ عُرْفَ الْـمُتعارِفِ يُطْلِقُونَ مُسامِحَةً علىٰ وكيلِ البايعِ والمشترى **اَنّهُ بايعٌ وَ مُشْترٍ** و لكن، لايُطْلِقُونَ علىٰ وَكيلِ الزّوجَ والزَّوجَةِ، اَنّهُ زَوْجٌ او زوجَةٌ اَصْلاً.

هذا، خلاصَةُ كَلامِ الشَّيخِ فی المقام.

نَحْنُ نَقُولُ:

كَلامُ الشّيخِ(ره) فی بادِی النَّظَرِ، كانَ مُخْتَلّ النّظامِ و تَوَضُّيحُه: اَنّ فی مَسْأَلَةِ **لزومِ تَعْيينِ المالكِ و عَدَمِهِ، بَحْثانِ:**

اَلْبَحثُ الْاَوّلُ بَحْثٌ ثُبُوتِيٌّ وَالآخَرُ، اِثْباتِيٌّ.

فَمَعْرِفَةُ كلّ مِنَ الْبايعِ وَالْمُشْتَرِي و تَشْخيصُ اَنّ عَقْدَهُما **هَلْ وَقَعَ اَصالَةً** او عَن قِبَلِ الْغَيْر؟ بَحْثٌ ثُبُوتِيٌّ.

وَ اَمّا اذا عَمِلنا: اَنّ الْبَيْعَ وَالشّراءَ، يَقَعانِ عَنْ نَفْسِ مُوَكّلِهِما فَيَقَعُ الْبَحْثُ **حينَئِذٍ فی اَنّهُ هَلْ يَجُوزُ لَهُما اِيقاعُهُ بالتّعْبيرِ الّذی لايَصِحُّ هٰذا اِلاّ عَنِ الْمُوَكّل ام لا؟ فَهُوَ بَحثٌ اِثْباتِيٌّ،** اِخْتَلَطَ مباحِثُ هٰذينِ الْبَحْثَيْنِ مَعاً فَبَعْضُ مَباحِثِهِ يَرْجِعُ اِلىٰ الْاَوّلَ وَ بَعْضُها الىٰ الثّانی.

مثلاً قَوْلُهُ(ره): «عَمَلاً بِظاهِرِ الْكَلامِ» راجِعٌ الىٰ نَحْوِ التَّعْبيرِ، وَ مَرْبُوطٌ بِعالَمِ الاِثباتِ **وَ اَمّا قولُه(ره): و قَدْ يُقالُ فِی الْفَرْقِ بينَ** البَيْع وَ شِبْهِهِ وَ بَيْنَ النّكاحِ، اَنّ اَلزّوْجَيْنِ فی النّكاحِ كَالعِوَضَيْنِ فی سايرِ العقودِ و تَخْتَلِفُ الْاغراضُ بِاِخْتِلافِهِما **فلابدّ** مِنَ الْتّعيينِ و توارُدِ الايْجابِ وَالْقبُولِ علىٰ امرٍ واحدٍ» **فَهُوَ راجِعٌ الىٰ عالَمِ الثّبوتِ** وَ لُزُومِ مَعْرَفةِ المشترِی والبايع، **كما اَنّ قَوْلَه(ره): «مِنَ الْمَعْلُومِ: انّ المالِكَ، لايَصْدُقُ علىٰ الوَلِيّ وَالْوَكيلِ وَالْفضُولِيّ لِصِحّةِ سَلْبِ معنىٰ المالكيّة عَنِ الْوَلِيّ والْوَكيلِ والفُضُولِيّ فَيُقالُ: اَنّهُمْ لَيْسُوا مالِكينَ»،** راجعٌ الىٰ عالَمِ الْاِثباتِ.

كَما اَنّ قَوْلَهُ(ره): «فَالْاَوْلىٰ فِی الْفَرْقِ، ما ذَكَرْناه مِنْ اَنّ الغالِبَ فِی البَيْعِ والاِجارةِ

هُوَ قَصْدُ المُخاطَبِ لا مِنْ حَيْثُ هُوَ **بَلْ** بالاِعْتِبارِ الْاَعَمّ مِنْ كَوْنِهِ اِصالةً او عَنِ الغَيْرِ كالمالِكِ الْجَعْلِيّ وَالْمَأْذُونِ وَالْوَلِيّ» يَرْجِعُ الىٰ عالَمِ الْاِثْباتِ.

وَ نَحْنُ بَعْدَ الاِعْترافِ بِاَنّ كَلامَهُ(ره) فى الظّاهِرِ، اِخْتَلّ نِظامُهُ وَاخْتَلَطَ مَسائِلُ اَلْبَحْثَيْنِ الْمَذكُورينِ معاً نقول: يُمْكِنُ اَنْ يُوَجّهَ وَ يُقالَ: بِاَنّ مَقامَ الثُّبُوتِ وَالْاِثْباتِ هُنا مُلازمان حُكْماً وَ ما يُتَرائىٰ مِنْ الْاخْتِلالِ فى ظاهِرِ كَلامِهِ(ره) ناشٍ عنه **وَ ذٰلِكَ اَنّ** مَعْرِفَةَ اَلبايع وَالْمُشتَرِى وَ نَحْوَ اَلتَعْبِيرِ فيهما يُلازِمانِ.

وَ تَوْضِيحُهُ: اَنّهُ اذا صَحّ اطلاقُ «**مَلَكْتُكَ**» الدّالِ علىٰ قَصْدِ الخُصُوصِيَّةِ **مَعَ اَنّهُ** وكيلٌ عَنِ الْغَيْرِ و لم‌يُعَيّنْ اَنّ التَّمْليكَ وَقَعَ عَنْ مُوَكّلِهِ»، يُستَفاد منه اَنّ الْمَعْرَفَة، لايَحْتاجُ اِلَيْهِ وَ اِلّا يَلْزَمُ تَعيينُ مُوَكّلِه و اَنّهُ يُعَيّنُ اَنّ هذا عَمَّنْ يَقَعُ؟

عَلَيْهِ، ماذَكَرَهُ الشّيخ(ره)، فى غايَةِ الْمتانةِ **وَ اَلحَقُّ مَعهُ و ما اَوْرَدَهُ بَعْضٌ** كالسّيّدِ الّذى يَرْجِعُ حاصِلُهُ الىٰ ما اَوْرَدناهُ مِنَ الاِخْتِلالِ فِى نَظْم بَحْثِهِ(ره)، لايَرِدُ كما لايخفىٰ علىٰ من تَأَمّلَ فيما ذكرناه من المباحث سابقاً.

مِنْ جُمْلَةِ شُروطِ الْمُتَعاقِدَينِ، اَلْاِخْتِيارِ.

والمرادُ به، القصدُ الیٰ وقوعِ مَضْمُونِ الْعَقْدِ عَنْ طِيبِ النَّفْسِ فِی مُقابِلِ الْكَراهَـةِ ای وُقُوعِ الْعَقْدِ عَنْ رضیً.

فَالْمُرادُ منَ الاختيارِ هُنا، ما كان فی مقابلِ الْاِكراهِ و هو امر الغير للعمل مقارناً بالتّوعيدِ بحيثُ اذا اِمْتَنَع مِنَ العمل، يَتوجَّهُ الضَّررُ لِنَفْسِهِ او مالِه او مُـتَعَلِّقِهِ بـحيثُ يكونُ تَحَمُّلُهُ شاقّاً و لم‌يمكن التَّفَصِیّ عنه و كانَ مَظْنُونَ التَّرتُّبِ.

اِشتراطُ الخيارِ؛ انّما يكون، لو كانَ الاِكْراهُ بِغَيرِ حقٍّ و امّا اذا كانَ بحقٍّ فلايُعْتَبرُ الاختيارُ فی المتعاقِدَيْنِ كما فی الاحتكار **فاِنَّهُ** يَصِحُّ بيعُ مالِ الْمُحْتَكِر بلارضاً منه لو اَمَرَ بِذٰلِكَ، الحاكِمُ الشَّرْعیّ **وكما فی بيع الطّعام علیٰ** مَنْ هُوَ مُشْرِفٌ علیٰ الْهَلاكِ لو اَجْبَرَهُ الحاكِمُ الشَّرْعِیُّ او عُدُولُ المؤمنينَ او نَفْسُ الْمُشْتَرِی **فَاِنَّهُ** يَـصِحُّ بَـيْعُهُ و اِن لم‌يكن راضياً و غير ذلک من الموارِدِ الْمُصَرِّحِ بهٰا فی ابوابِ الْفِقْهِ.

و من الواضحِ: اَنَّهُ ليس المرادُ من الاخـتيارِ هـنا، مـا كـانَ فـی مـقابلِ الْـجَبْرِ وَالْاِضْطِرارِ كما فی حَرَكةِ الْمُرْتَعِشِ.

يَدُلُّ علیٰ اِشتراطِ الْاِختيارِ بالمعنیٰ الّذی فسرّناه نحن، وُجوهٌ مِنَ الادلّةِ:

الاوّل: الاجماعاتُ الْمَنْقُولَةُ.

الثّانی: اَلْاَدِلَّةُ الّتی موضُوعُهٰا، الرِّضٰا من الآياتِ والْاَخبارِ.

من الآيات، قولُهُ تعالیٰ: ﴿لاتَأْكُلُوا اَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ اِلّا اَنْ تَكُونَ تِـجارَةً عَـنْ تَراضٍ﴾.[1]

و من الواضح انّ قوله تعالیٰ: **«تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»** انّما يَـصْدُقُ لو كـان هـناک، اختيارُ و طيبُ الْنَّفْسِ من الطّرفين و اَمّا اذا كان هناک اكراهٌ فَلَم يَصْدُقْ قوله تعالیٰ: **«و تجارةً عن تراضٍ»** فليست تجارَةُ الْمُكْرَهِ، الرِّضیٰ بمضمونهٰا و لا اسـتقلالَ فـی تجارتِهِ.

---

۱. سورة النّساء الآية/ ۲۹.

و من الاخبار، قولُهُ ﷺ: «لا يَحِلُّ مالُ امْرِءٍ مُسْلِمٍ الّا عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ»[1] و قوله ﷺ: «لايحلّ علىٰ احدٍ، التّصرّف فى مال الغير الّا برضاه».

وَ مِنها: حديثُ الرّفع[2] **و هو قوله ﷺ** فى الخبرِ الْمُتَفَّقِ عليه بين المسلمين: «رُفِعَ اَوْ وُضِعَ عَنْ اُمَّتِى، تَسعَةُ اَشْياءٍ اَوْ سِتّةٍ و منها: **«ما اُكْرِهُوا عَلَيْهِ».**

اِلَيْكَ نَصَّ الحديثِ: مُحمَّد بن عَلِيّ بن الحسين قال: قالَ النَّبِيُّ ﷺ: وُضِعَ عَنْ اُمَّتِى تِسْعَةُ اشياءٍ: «السّهْوُ، والخَطَأُ والنِّسْيانُ و ماأُكْرِهُوا عليه و ما لايَعْلَمونَ و ما لايُطِيقُونَ، والطِّيرةُ والحَسَدُ، والتَّفكُّرُ فى الْوَسْوَسَةِ فى الخَلْقِ ما لم‌يَنْطقِ الانسانُ بِشَفَةٍ» بناءً علىٰ اَنَّ المرادَ من الرّفعِ والْوَضْعِ، رَفْعُ عمومِ الآثارِ المُتَرَتِّبَةِ علىٰ البيعِ و غيره.

و منها: وجوبُ الْوَفاءِ والصحّة والملكيّة.

اِنْ قُلتَ: رُبَّما يُسْتَظْهَرُ منه: اَنّ الْمُقَدَّرَ فيه، لا اَقَلّ من اَنْ يكونَ استحقاقُ العقاب و امّا غيرُهُ فَلَمْ يَدُّلْ عَلَيْهِ الدّليلُ.

قلتُ: نَعَمْ: الحديثُ المذكورُ فِى نَفْسِهِ لَوْ خُلِّىَ وَ طَبْعَهُ، اِنّما يَدُلُّ علىٰ ذلک و اَمّا استشهاد الامام عليه السلام و استدلاله عليه السلام علىٰ ذلک فى **«صَحِيحَةِ الْبزَنْطىّ» علىٰ** عدمِ تأثيرِ الْحَلْفِ فى الطَّلاق والعِتاقِ، يَدُلُّ بِاَعْلىٰ دَلالَةٍ علىٰ انّ الْمُقَدَّرَ فيه، مَرْفوعِيَّةُ عمومِ الآثارِ لاالْمُؤاخِذَةُ وَالْعِقابُ الْاُخْرَوِىِّ فقط **و مَتْنُ الحديثِ الْبزَنْطِىّ هكذا:**

«فى صحيحة البزنطىّ عن ابى الحسن عليه السلام فِى الرَّجُلِ: يُسْتَكْرَهُ علىٰ اليمينِ فَيَحْلِفُ بالطّلاقِ وَالْعِتاقِ و صَدَقَةِ ما يَمْلَکْ، اَيَلْزِمُه ذلک؟

فقال عليه السلام: لا: قال رسولُ اللهِ ﷺ: «وُضِعَ عَنْ اُمَّتِي ما اُكْرِهُوا عَلَيْهِ وَ ما لَمْ يُطِيقُوا و ما اَخْطَاؤُا».[3]

---

١. الوسائل الجزء/ ۶، ص ١٨٠ـ١٨١.

٢. وسائل الشّيعة الجزء ۵، ص ٣۴۵، الباب ٣٠ـ الحديث ٢.

٣. وسائل الشّيعة ـ الجزء ١۶، ص ١٧٣ـ١٧۴، الحديث ۶، الباب ١۶.

وَالْحَلْفُ بِالطّلاقِ والعِتاقِ وَ اِنْ لم يَكُنْ صحيحاً عندنا من دُونِ الْاِكراهِ ايضاً **اِلّا اَنَّ مجرّد** استشهادِ الامامِ عليه السلام فی عدم وقوعِ آثارِ ماخَلَفَ بهِ بِرَفْعِ ما اُكْرِهُوا عليهِ، يَدُلُّ علىٰ انّ المرادَ بالنَّبَوِيّ، ليس خُصُوصَ الْمُؤاخِذَةِ والعِقابِ الْاُخْرَوِيَّ الّذی هُوَ الْحُكْمُ التّكليفيُّ.

قد يُتَوَهَّمُ: اَنَّ اِستشْهادَ الْاِمامِ عليه السلام بهذا الحديثِ، اِنّما صَدَرَ عَنْهُ تَقِيَّةً **لانّ** اليمينَ علىٰ الطّلاقِ، لايصحّ خصوصاً فی حالِ التَّعَمُّدِ مَعَ اَنَّ الامامَ عليه السلام، اِلْتَزَم علىٰ صِحَّتِه كَذٰلِكَ كما هو الظّاهرُ مِنَ الرِّوايةِ وَ لا وَجْهَ لهٰذا الالتزامِ اِلاّ بِالْقَوْلِ بِاَنَّهُ صَدَرَ عنه عليه السلام تقيّةً.

يُجابُ عنه: بِاَنَّهُ لامجالَ لِلتَقِيَّةِ فی مقام الاِستدلالِ و انّما هِیَ، فی الْاَحْكامِ وَ ذٰلِكَ **لانّ** الْاِستِدْلالِ بما هُوَ يَظْهَرُ، مِنْ ظاهرِ الالفاظِ و لا معنیٰ للتَّقِيّةِ فی التَّمَسُّكِ بِظواهرِ الالفاظِ.

فَيُعْلَمُ من استشهاد الامام به فی عدمِ تأثيرِ الْحَلْفِ فی الطّلاقِ: انّ الامامَ عليه السلام مِنْ حَيثُ اِنَّهُ اَحَدٌ مِنَ الْعُرفِ فَهِمَ عليه السلام من الحديث المذكور، رَفْعَ عُمومِ الآثارِ فهوَ يَدُلُّ عليهِ.

من جملةِ الْاَدِلَّةِ الدّالةِ علىٰ اعتبارِ الاختيار فی المتعاقدين فی البيعِ ايضاً، اَلْاَخْبارُ الواردةُ فی طَلاقِ الْمُكْرَهِ من دونِ فَرْقٍ بين الطَّلاقِ وَالْبَيْعِ والدّلالة تكون باللّازم[1].

منها: عن يحيىٰ بن عبداللّه الحسن عن ابی عبداللّهِ عليه السلام **قالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ:** «لايَجُوزُ طَلاقٌ و اِسْتِكْراهٌ و لايَجُوزَ يمينٌ فی قَطِيعَةِ رَحِمٍ الىٰ اَنْ قالَ: **«و اِنَّما الطَّلاقُ، ما اُرِيدَ به اَلطَّلاقُ من غيرِ اِسْتِكْراهٍ و لااِضْرارٍ»**.

و من الواضح: عَدَمُ الفرقِ بينَ الطّلاقِ وَالْبَيْعِ فی اعتبارِ الاخْتِيار فيهِما لِاتّحادِهِما فِی الْمِلاكِ وَالْمَناطِ.

بالجملة، اَلْاَدِلّةُ الوارِدَةُ فِی مَسْأَلَةِ اِشتراطِ الاختيارِ وَ وُقُوعِ العقدِ عن الرِّضا،

---

١. وسائل الشّيعة ج ١٥، ص ٣٣١ـ٣٣٢، الباب ٣٧.

تَرْجِعُ الىٰ شَيْئَيْنِ:

اَلْاَوّلُ: اَدِلَّةُ لزومِ الرّضا و موضُوعَهٰا، الرّضا وَ عَلَيْهِ، لَمْنَقَعْ فى تَكَلُّفٍ فى البحثِ عَنِ الْاِكرٰاهِ و شَرائِطِه وَالْنَّقْضِ وَالْاِبْرامِ فيهٰا **و ذٰلِكَ** لِاَنَّ حُصُولَ الرِّضىٰ، يُعْتَبرُ فِـى الْبَيْعِ و عَدَمُ الرِّضىٰ مُخِلٌّ لَهُ سَوٰاءٌ تَحقَّقَ الْاِكْراهُ و قُيودُهُ و شَرائِطُهُ ام لا؟

الثّانى: الادلّةُ الّتى موضُوعُهٰا، اَلْاِاكْراهُ، وَالْاِسْتِدلاٰلُ بِهٰا مِمّا يقُودُنا الىٰ البحثِ فى معنىٰ الْاِكْراهِ و شرائطِهِ و مُحَقِّقٰاتِهِ وَالمبٰاحِثِ الّتى عَنْوَنَهٰا الْفُقَهٰاءُ فى بابِ الْاِكرٰاهِ، يَبْنِى علىٰ ما قلناه.

الفرق بين المختار والمكرَه ماذا؟

قَبْلَ الورودِ فی مباحثِ الاكراه، يلزم لَنا بيانُ الفرق بين الْمُخْتارِ وَالْمَكْرَهُ؛

اِخْتَلَفتْ آراءُ الفقهاءِ فيه؛ يظهر من جماعةٍ منهم الشّهيدانِ(ره): اَنَّ الْمُكْرَهَ قاصِدٌ الىٰ اللّفظِ غَيْرُ قاصِدٍ الىٰ مدلولِ اللّفظِ الّذی هو النَّقْلُ وَالاِنْتقالُ فی البيعِ و البينونة بين الرّجل والمرأة فی الطّلاق.

يُفْهَمُ من ظاهرِ هٰذه العبارة: اَنَّ الْمُكْرَهَ، ليس فيه قصدُ المدلولِ سواءٌ كانَ المرادُ منه، اَلاِرادَةَ الاستعْمالِيَّةَ اَوِالاِرادَةَ الْجدِيَّةِ بعد تحقّقِ الارادةِ الاِستِعمالِيَّةِ فی بَيْعِ الْمُكْرَهِ **بل** يظهر ذلک ای كونُ المرادِ مِنَ الْمُكْرَهِ، اَنَّهُ قاصِدٌ الىٰ اللَّفْظِ غَيْرُ قاصِدٍ الىٰ مَدْلُولِهِ، مِنْ بَعضِ كلماتِ العلّامَةِ(ره) كما يَنْقُلُه الشّيخُ عَنْهُ(ره) بقوله: «نَعَمْ ذُكِرَ فی التّحريرِ فی بابِ الطَّلاقِ: **«لَوْ اُكْرِهَ علىٰ الطَّلاقِ وَ طَلَّقَهُ ناوياً فالاَقرَبُ، وقوعُ الطَّلاقِ اذ لا اكراه علىٰ القصدِ».**

وَجَّهَ الشّيخُ(ره)[1] مُرادَ الشّهيدين والعلّامةِ(ره) بقوله(ره):

«ليس مرادُ هٰؤلاءِ الْجَماعةِ الّذی منهم الشّهيدان والعلّامة: انّه لا قَصْدَ لِلْمُكْرَهِ الّا الىٰ مُجَرّدِ التّكلّمِ، كيف وَالْهازِلُ الّذی هُوَ دُونَهُ فی الْقَصْدِ، قاصِدٌ لِلْمَعنىٰ قصداً صُورِيّاً والخالی عن القصد الىٰ غَيْرِ التَّكَلُّمِ، هو مَنْ يَتَكَلَّم تقليداً او تلقيناً كالطّفل الجاهل بالمعانی فَاِنَّ الْطِّفْلَ يَتَكَلّمُ بِكُلّ ما يَلْقُونَهُ، لٰكِنْ تَكَلُّمُهُ بِهِ خالٍ عنِ الْقَصدِ».

فَمُرادُ هٰؤلاءِ الْجَماعَةِ من عدم القصد، عَدَمُ القصدِ الىٰ وُقوعَ مَضْمُونِ الْعَقْدِ الّذی هو النَّقْلُ وَالاِنْتِقال فی الخارجِ لاعَدَمُ القصدِ الىٰ مَفْهُومِ اللَّفظِ وَ اَنَّ الدّاعِی لِلْمُكْرَه اِلىٰ الاِنشاءِ، لَيْسَ قَصْدُ وُقوعِ مضمونِ العقدِ الّذی هو النَّقْلُ وَالاِنْتِقالُ **لا اَنَّ كَلامَهُ الانشائیَّ**، مجرّدٌ عنِ المدلول، **كَيْفَ** يُمكنُ اَنْ يكونَ كَلامُهُ الاِنشائیُّ مُجرَّداً وَ فارِغاً عنِ الْمَدْلُولِ الّذی هو الْنَّقْلُ وَالاِنْتِقالِ؟ وَالْحالَ اَنَّ الْمَدْلُولَ، هو مَعْلولُ الكلامِ الاِنشائیِّ الّذی هی العلّةُ فی ايجادِ الْمَدْلولِ.

و من الواضح: اَنَّ المعلولَ، لايَنْفَكُّ عنِ الْعِلَّةِ.

---

١. كتاب المكاسب/ الجزء الثّامن/ تحقيق و تعليق: السيّد محمّد كلانتر ص ٥٩.

ثمّ قال الشّيخ(ره)[١] «انّ المراد من عدم قصد المكرَه الىٰ مدلول اللّفظ، عدمُ وقوع مضمون العقد فى الخارج عن رغبةٍ و طيبِ النّفسِ لاعَدَمُ القصدِ الىٰ مَفْهومِ اللّفظ و مَدْلُولِهِ **لانّه** لا يكاد يَخْفىٰ هذا علىٰ مَنْ لَهُ اَدنىٰ تأمّلٍ فى معنىٰ الْاِكراهِ لغةً و عرفاً **اذ معنىٰ الْاِكراهِ لغةً**، وقوعُ الشّىءِ فى الخارجِ علىٰ وَجْهِ الاكراه و عدمِ طيبِ النّفس لاعَدَمِ القصدِ الىٰ مَدْلُولِ اللّفظ **وكذلك معناه عرفاً** هُوَ وقوعُ الشّىِ فى الخارجِ كُرْهاً **و ايضاً لا يكادُ يَخْفىٰ علىٰ مَنْ** لَه اَدْنىٰ تأمُّلٍ فى حُكْمِ الفقهاءِ بعدمِ وجوبِ الْتَّوْرِيَةِ فى التَّفصِىّ عَنِ الْاِكْرَاهِ و صحّة بيع المكرَه بعد رضائه ببيعه وَ استدلال الفقهاءِ بالاخبار الواردة فى عدم وقوع الْطَّلاقِ ممّن لااِرادةَ له فى الْطَّلاقِ كما عن زُرارَةٍ عَنِ الْبَيعِ قال: «سَمِعْتُ ابا جَعْفرعليه السلام يقول فى حديث: **«وَ لَوْ اَنَّ رَجُلاً طَلَّقَ علىٰ سَنَةٍ وَ علىٰ طُهْرٍ من غير جماعٍ وَ اَشْهَدَ وَ لَمْ يَنْوِ الطَّلاقَ، لَمْ يَكُنْ طَلاقُهُ، طَلاقاً»**.[٢]

يُسْتَفادُ منها: اَنَّهُ لاطَلاقَ اِلّا مع ارادةِ الطّلاقِ **حيثُ اِنَّهُ يُرادُ** مِنَ الْنَّفْىِ فى قوله عليه السلام: «لَمْ يَكُنْ طَلاقُهُ طَلاقاً، نَفْىُ الصَّحَةِ شرعاً لا نَفْىُ تَحَقُّقِ مَفهومِ الْطَّلاقِ لغةً و عرفاً.

اَلْحاصِلُ: اَنَّ المستفادَ من الاحاديثِ المختلفةِ الواردةِ عن المعصومين عليهم السلام: اَنَّ المرادَ بالْقَصْدِ الْمَفْقُودِ فى الْمُكْرَهِ، هُوَ الْقَصْدُ الىٰ وقوعِ اَثَرِ الْعَقْدِ فى الخارجِ و مَضْمُونِهِ فى الواقعِ و عَدَمِ طيبِ النّفسِ بالعقدِ لاعَدمِ اِرادَةِ المعنىٰ مِنَ الْكَلامَ.

وَ يكْفى فى كَوْنِ المرادِ من عَدَمِ الْقَصْدِ، هُوِ عدم القصدِ الىٰ وُقوعِ العَقْدِ فى الخارجِ لاعدم اِرادةِ المعنىٰ مِنَ الْكَلامِ، مااَذْكَرَهُ الشّهيدُ الثّانى(ره): مِنْ اَنَّ الْمُكْرَهَ والفضولىَّ، قاصِدانِ اِلىَ الْلّفْظِ دونَ مَدْلُولِهِ مِنْ حَيْثُ الوقوع الخارجىّ.

وَجْهُ الْكِفايَةِ: انّ الشَّهيدَ الثّانىرحمه الله جَعَلَ الْمُكْرَهَ والْفضُولِىَّ علىٰ حدٍّ سَواءٍ فى كَوْنِهما قاصِدَينِ لِمَدْلُولِ العقدِ.

و من الواضح: انّ اَلْفُضُولِىَّ، قاصِدٌ لِمَدْلُولِ اللّفظِ و مُريدٌ له **اى يُسْتَعْمَلُ** اَلْلّفْظُ فيه

---

١. المدرک السّابق، ص ٥٩.

٢. وسائل الشّيعة، الجزء ١٥، ص ٣٣١ـ٣٣٢، الباب ٣٧، الحديث ١.

قبالَ اِهْمٰالِهِ فيه **فحينئذٍ**، لابدّاَنْ يُرادَ من عدم الْقَصْدِ، عَدمُ القَصْدِ الىٰ وقوعِ الْعَقْدِ فِی الْخارجِ.

نَعَمْ: ذُكِرَ فی التَّحْريرِ وَ الْمَسالِک فی فروعِ مسألةِ الْمُكْرَهِ، مٰايُوهِمُ: اَنَّ الْـمُكْرَهَ وَالْفُضُولِیَّ، قاصِدٰانِ الىٰ الْلَّفْظِ دونَ مَدْلُولِهِ.

قٰالَ(ره) فی التّحرير: لَوْ اُكْرِهَ علىٰ الْطَّلاٰقِ فَطَلَّقَ ناوياً فَالاَقْرَبُ، وُقُوعُ الْطَّلاٰقِ اِذْ لااِكْراهَ علىٰ الْقَصْدِ.

و لٰكِنَّ الْمُتَأَمّلَ فی كلمات الفقهاء، يَقْطَعُ: اَنَّ مُرادَهُم من عَدَمِ قَـصْدِ الْـمُكْرَهِ الىٰ اللّفظ، عدمُ قَصْدِهِ الىٰ وُقوعِ مَضْمُونِ العقدِ فـی الخـارج **فَـعَلَيْه**، يَـصِحُّ مٰـا اَفٰـادَهُ الْعَلّاْمَةُ(ره): مِنْ وُقوعِ الْطَّلاٰقِ لواُكْرِهَ اَلْشّخْصُ علىٰ الطَّلاٰقِ فَطَلَّقَ.

نَظَرُ الشّيخِ(ره) والسّيّدِ(ره) فى الفرق بين المكره و المختار:

نَظَرُ الشّيخِ(ره) فِي الْفَرقِ بَيْنَهما، اِنّما هُوَ تَحَقّقُ الرّضا فى الْمُختار وَ عَدَمُهُ فِي الْمُكْرَهِ وَالْإرادَةُ الاِسْتعمالِيّةُ والجِدّيّةُ، موجودتانِ فى كليهما و **لذا** قيلَ اِذا رَضِيَ الْمُكْرَهُ بعدَ العقدِ به، صَحَّ **و ذلك**، اَنَّ قَصْدَ المدلولِ سَواءٌ كانَ المرادُ منه، الْاِرادَةُ الْاِسْتعْمالِيّةُ اَو الْاِرادَةُ الجِدِيّةُ، اِنّما تَتَحَقَّقُ هنا، **كيف؟ وَ اِلّا** لم يَصِحّ الْعَقْدُ رأساً.

و اَمّا السّيّدُ(ره) فَقَدْ صَرَّحَ فى الحاشية: بِاَنَّ الْمُكْرَهَ كَالْمُختارِ فى تحقّقِ الرّضا فى عَقْدِهِ ايضاً كما اَنَّ الْاِسْتقْلالَ والاختيارَ تحقّق فى عَقْدِهِ مِنْ جَهَةِ حُكمِ الْعَقْلِ لِوُجوبِ دَفْعِ الضّررِ.

و صرّح (ره) فى توضيح كلامه: انّ الرّضا قسمان:

قسمٌ فى الْرُّتْبَةِ الْاُولىٰ **و قسمٌ آخرُ** فِي الْرّتْبَةِ الثّانِيةِ.

و اَلْمُكْرَهُ، راضٍ فى الرّتبة الثّانِيةِ لا بِمَعنىٰ اَنَّهُ تَنْقَلِبُ طَبِيعَةُ كَراهَتِهِ بالرّضا بِمُلاحِظَةِ دفعِ الضّررِ **بل بمعنىٰ** وُجودِ الحالَتَينِ **بِالْفِعْل لٰكِنْ اَحَدهُما** فى طُولِ الْاُخرىٰ، اَلرّضا فِي الْرُّتبَةِ الْثّانِيَةِ، يَكْفىٰ فى تَحَقُّقِ البيعِ وَ نَحوِهِ و تَرْتِيبِ آثارِهِ مِنَ الْمِلْكِيّةِ وَ وُجُوبِ الْوَفاءِ و غَيْرِهما مِنَ الآثارِ **و ذلك** لِاَنَّ الْاَدِلَّةَ و منها قوله تعالىٰ: «...اِلّا اَنْ تكُونَ تجارةً عَنْ تراضٍ» يَشْمَلُهُ ايضاً.

فَلَيْسَ الْمُرادُ من الرّضا الْمُعْتَبَرِ فى صحّةِ المعاملاتِ، الرّضا بالمعنىٰ الاوّل بمعنىٰ: ما يُلائِمُ طَبْعَهُ فى الْرُتْبَةِ الْاُولىٰ **كيف؟** و اِلّا لَزِمَ بُطْلانُ المعاملاتِ فى موردِ اِرضاءِ الْنَّفْسِ بالْضَّرُورَةِ مَعَ كَراهَةٍ فى حَدِّ نَفْسِهِ وَ لا يُمْكِنُ الْاِلتِزامُ بِهِ **بل الْمُرادُ** منه، اَلرّضا و لو فى الرُّتْبَةِ الثّانيةِ.

فَيُستَفادُ من قَوْلِ السّيّد(ره) شَيْئان:

اَلاوّلُ: اَنَّهُ لا يجوزُ الْاسْتدْلالُ علىٰ بُطلانِ عَقْدِ الْمُكْرَهِ بالآياتِ الّتي تُسْتَدَلُّ علىٰ اِعْتبارِ الْرِّضا.

الثّاني: انَّ تَحَقُّقَ الْرِّضا فى مَعنىٰ الْاِكْراهِ، يَكُونُ اِلزاماً لِاَجْلِ الضَّرورة وَ دَفْعِ الْضَّرَرِ.

التّحقيقُ فی معنیٰ الْاِكْراهِ وَ مُقَوِّماتِهِ و شُرُوطِهِ:

البحثُ فی اَنَّ بطلانَ عَقْدِ الْمُكْرَهِ **هَلْ هو عَلیٰ القاعدةِ** من جَهَةِ فَقْدِ شرائطِهِ العٰامَّةِ للعقدِ اَوْ لِاَمرٍ خارجٍ عن الْعَقْدِ بعدَ تَحَقُّقِه؟ مَبْنِیٌّ علیٰ التّحقيقِ فی معنیٰ الاكراهِ و مُقَوِّماتِه و شرُوطِهِ.

ذُكِرَتْ فی الفرقِ بين الاكراه والاختيارِ، ثلاثُ نظراتٍ:

اَلنَّظرةُ الْاُوْلیٰ: مٰا عن الشَّهيدينِ والعَلّٰامَةِ فی التّحرير: مِنْ اَنَّ مٰا فُقِدَ فی عقدِ المكرَهِ، هو قصدُ مدلولِ العقد الّذی يُعْتَبرُ فی جميعِ العقودِ والانشاءاتِ كما يُستفٰادُ هذا من قول الشّهيد(ره): «**اِنَّ الْمُكْرَهَ، قٰاصِدٌ اِلیٰ اللَّفْظِ، غَيْرُ قٰاصِدٍ الیٰ الْمَعنیٰ**» و انّ الْمُكَرَهَ والفُضَولیِّ، قاصدانِ اِلیٰ اللّفظِ، غَيْرُ قاصِدَيْنِ الیٰ الْمَعنیٰ.

بناءً علیٰ هذا القول، بطلانُ عقدِ الْفُضولِیِّ علیٰ القاعدةِ سواءٌ قلنا: بِاَنَّ المرادَ من «**قَصْدِ الْمَعنیٰ**»، اَلْاِرادَةُ الجِدِيَّةُ او الْاِرادَةُ الْاِسْتِعمٰالِيَّةُ؟.

و ايضاً يُستفٰادُ من قول العلّامة فی التّحرير والقواعد: «**لَوْ اُكْرِهَ عَلیٰ الطَّلاقِ و طَلَّقَهُ ناوِياً فالْاَقْرَبُ، وُقوعُ الطَّلاقِ**» مٰا يُستَفادُ مِنْ كلامِ الشّهيد(ره)؛

نَحْنُ نَظُنُّ: اَنَّ الشّهيد(ره) اَرادَ غَيْرَ هٰذا الظّٰاهِرِ من كلامه **و الّا** نقول: اِنَّ الْمُسْتفٰادَ من كلامه(ره) اَنَّ الْمُكْرَهَ ايضاً، قاصِدٌ و تَدُلُّ عَلَيْهِ قرائنُ متعدّدَةٌ:

منها: اَنَّ الاِخْتيٰارَ، مَرْتَبَتُهُ بَعْدُ القصدِ **و لذا** عَنَوَنَ الفقهاءُ، اعتبارَ الْاِخْتبٰارَ بعد البحثِ عن اِعتبٰارِ قَصْدِ الْمَدْلُولِ.

منها: تأثير الاجازة اللّٰاحِقَةِ وَ كَوْنُ العقدِ الّذی وَقَعَ مُكَرهاً، صحيحاً.

منها: البحثُ فی انّه هَلْ تَجِبُ التَّوْرِيَةُ فی التَّفصِیّ عَنْهُ ام لا؟.

اَلنَّظَرُ الثّانی: ما عن الشّيخ(ره) و مَنْ تَبَعَهُ بِاَنَّ عَقْدَ الْمُكَرَهِ، اِنّمٰا فُقِدَ فيه الطِّيبُ والرّضٰا بوقوعِ مضمونِ العقدِ بَعْدَ تحقّقِ القصدِ فی عقدِهِ.

و علیٰ هذا القول، تَنْطَبِقُ الْاَدِلَّةُ الّتی موضُوعُهٰا، الرّضٰا كالاية الشّريفة المذكورة سابقاً: «**اِلّٰا اَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عن تراضٍ**».

النّظر الثّالث: ما عن السّيّد و من تَبَعَهُ بأنَّ الشَّرائِطَ العامَّةَ الْمُعْتَبَرةَ فى البيع كُلَّها، موجودةٌ فى عَقْدِ المكرِه، فَالْمُكْرَه، مُستَقِلٌّ فى عَقْدِهِ وَ لَهُ ارادةٌ جِدِيَّةٌ و هو راضٍ بالعقد فى المرتبة الثّانيةِ لِدَفعِ الْضَّرَرِ و هو يَكْفى فى تحقّقِ العقدِ.

نعم: لَمْيتَحَقَّقْ فى عَقْدِهِ، الرّضا فى المرتَبَةِ الْأُوْلىٰ و هو لايُضِرُّ فى تَحَقُّقِ العقدِ كما هو كذلک فى بيع المضطرّ وَ يُرْشِدُ اِلَيْهِ قولهعليه‌السلام: **«لِاَنْ اَفْطَرَ الخ» علىٰ هذا الْقَوْلِ والنّظرِ، لا مَوْرِدَ لِلتَّمَسُّکَ لِبُطلانِ عَقْدِهِ، لِلْاَدلَّةِ الّتى موضُوعُها، اَلرّضا لِاَنَّهُ راضٍ به و هذا كما** فى الاكراهِ لِلْسَّفَرِ و هو لايُوجِبُ اَنْ لايَقْصُرَ صَلاتَه فى ثمانِيَةِ فَراسِخَ **و ذلک لانّه** سافَرَ الىٰ الْمَسافَةِ عن قَصْدٍ لِاَجلِ مُبادٍ ارادِيّة.

ما مبنىٰ نظرِ الشّيخ(ره)؟

مبناهُ(ره): اَنَّ حقيقةَ الْاِكراهِ لغةً و عرفاً، حملُ الغيرِ علىٰ مايُكْرِهُهُ و يُعْتَبَرُ فى وقوعِ الفعلِ، من ذلک الْحَمْلِ، اقترانُ وقوع ذلک الفعل بِتَوَعُّدٍ من الْمُكْرِهَ مظنونَ التّرتّب علىٰ تَركِ ذلک الفعل، مضرٌّ بحال المكرَه او متعلّقهِ سَواءٌ كانُ الْضَّرَرُ نَفْسِيّاً اَمْ عَرَضِيّاً ام مالِيّاً؟ و سَواءٌ كان الْضَّرَرُ مُتَوَجِّهاً بِشَخْصِ الْمُكْرَهِ بالْفَتْحِ او بِاَحَدِ مُتَعَلَقِيّه.

فمجرّدُ الفعل لِدَفْعِ الضّررِ الْمتَرَتِّبِ علىٰ تركه، لايُوجِبُ اَنْ يَصْدُقَ عليه الاكراهُ وَ اِلّا يصدُقُ الاكراهُ علىٰ الْاَفعالِ الصّادِرَةِ عن العقلاءِ جميعها او بَعْضِها لِدَفْعِ الضّرَرِ مَعَ اَنَّهُ ليس كذٰلک.

و هذا نَصُّ كلامِ الشّيخ(ره) فى المكاسب:[1] **«فَظَهَرَ مِنْ ذٰلِکَ اى من اقتران** وقوعِ ذلک الفعل، بِتَوَعُّدٍ مِنَ الْمُكْرِه بِالْكَسْر، اَنَّ مُجَرَّدَ دَفْعِ الضَّرَرِ، لايَكُونُ موجباً لِصِدقِ الْاِكراهِ و مُبَرِّراً لِمَوْقِفِ المكرَهَ بالفسخ، كَيف؟ وَالْاَفعالُ الصّادِرةُ مِنَ العقلاءِ كُلِّها او جُلِّها، ناشئةٌ عن دفع الضّرر و ليس دَفْعُ مُطْلَقِ الضّرر الحاصل من ايغادِ شخصٍ، يُوجِبُ صِدْقَ الْمُكْرَهِ عَلَيْهِ فَاِنَّ مَنْ اُكْرِهَ علىٰ دَفْعِ مالٍ وَ تَوَقُّفِ دَفْعِ المالِ علىٰ بَيْع

---

۱. الجزء ۸، ص ۶۶ و ۶۵.

اَمْوالِهِ، فالبيعُ الواقِعُ منه لبعضِ امواله وَ اِنْ كانَ لِدَفْعِ الضّررِ المتوعَّدِ به علىٰ عدم دفع ذلک المال و لِاَجْلِ هذا، يرتفع التّحريم عن هذا البيعِ لو فرضنا حُرْمَتَهُ بواسطةِ حَلْفٍ او نَذْرٍ او عَهْدٍ، ليس مُكْرَهاً.

فالمعيارُ فی وقوعِ اَلْفِعْلِ مُكرَهاً عليه، سُقُوطُ الفاعلِ اى الْمُكْرَهِ مِنْ اَجْلِ الاكراهِ الْمُقْتَرِنِ بايعادِ الضّررِ عَن الْاِستقلال فی التّصرّف بحيثُ لاتَطِيبُ نَفْسُهُ بما يَصْدُرُ منه و لايَتَعَمَّدُ اِلَيْه عن رِضاً وَ اِنْ كان الْمُكْرَهُ يَخْتارُ وُقوعَ الفعلِ لِاِسْتقلالِ العقل، بوجوب اختياره دَفْعاً للّضرر او ترجيحاً لِاَقلّ الضّررين اِلّا انَّ هذا المقدارَ لايُوجِبُ طِيبَ نَفْسِهِ به فَاِنَّ اَلنَّفْسَ، مَجْبُولَةٌ علىٰ كَراهةِ مايَحْمِلُهُ غَيْرُه عَلَيْه، معَ الايعاد عليه بما يَشُقُّ تَحَمُّلُهُ.

والحاصلُ: انّ المكرهَ وَ اِنْ يَفْعَلَ لِدَفعِ الضّرر **لكِنَّهُ** مُستَقِلٌّ فی فِعْلِهِ و مُخَلّیٰ و طبعُه فيه بحيث تَطِيبُ نفسُهُ بِفِعْلِهِ وَ اِنْ كانَ من باب عَلاجِ الضّرر.

و قد يَفْعَلُ الْمُكَرَهُ لِدَفعِ ضررٍ، اِيعادَ الْغَيرِ علىٰ تَرْكِهِ.

و هذا، اى فاعِلُ الفعلِ، خَوْفاً لِدَفْعِ الضّرر الْمُتَوَعَّدُ به، ممّا لاتَطِيبُ النَّفْسُ به وَ ذلک، مَعْلومٌ بِالْوِجدانِ.

اَلْحَقُّ هُنا، مَعِ الشَّيْخِ(ره) **لانّه** ليس فی عَقْدِ المكرَهِ، اَلرّضا عُرفاً تَدُلُّ علىٰ قولِ السِّيّد(ره) **مضافاً** الىٰ اَلْعُرْفَ انّه حينئذٍ يَبْقیٰ قولُهُ تعالىٰ: «**... اِلّا اَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ...**» بلا مِصْداقٍ **و ذلک** لانّه لَمْ يَبْقَ مَوْرِدٌ اَنْ تكون تجارَةً لا عَنْ تراضٍ.

و قلنا سابقاً: اَنَّ كلامَ الشّهيدِ، قابلٌ لِلتّوجيه وَ بَقائُه علىٰ ظاهره، لَيْسَ بصحيحٍ فراجع لما قلناه سابقاً.

مَسْأَلَةٌ: هل يُعتَبرُ فى تحقّقِ مفهومِ الْاِكراهِ او حُكْمِهِ، عدمُ امكـانِ التَّـفصّى عـن الضّرر المتوعّد به بما لايوجب به ضرراً آخر كما حُكِيَ عَن جماعةٍ ام لا؟

وَقَعَ الكلامُ: انّه هَلْ يُعْتَبَرُ فى تحقّقِ هذا المفهومِ او تحقّقِ حكمِ الاكراهِ الّذى هو رفعُ الاثرِ، امكانُ التَّفصّى عن الضّررِ المُتَوَعَّد به بمعنىٰ انّه لو تَـمَكَّنَ المكـرَهُ مـن التَّفصّى عن الْضَّرَرِ المتوعَّد به و لم‌يفعلْ و اتىٰ به هل يَصْدُقُ عليه الاكراه، و رَفعُ الاَثرُ عنه ام لا؟

الظّاهر من النّصوصِ والفتاوىٰ، عدمُ اِعتبارِ العجزِ عن الْتَّوْرِيَةِ **لانّ** حملَ عمومِ رفعِ الاكراهِ مثل: ما وَرَدَ عن محمّد بنِ علىّ بنِ الحسينِ قال: قالَ النّبىُّ صلى الله عليه وآله: وُضِعَ عَنْ اُمَّتِى، تِسْعَةُ اشياءٍ... و منها: «ماأُكرهُوا عليه...»[1] و خُصُوصِ النُّصُوصِ الواردةِ فى طلاق المُكرَه **كما وَرَدَ: عن يحيىٰ بن عبدالله الحسن عَنْ اَبى عبدالله** عليه السلام **قـال: سَمِعْتُهُ يَقُولُ: «لايَجُوزُ طَلاقٌ فى اِسْتِكْراهٍ... الخ»**[2]

والواردَةِ فى عِتْقِ الْمُكْرَهِ كما وَرَدَ: **عن زرارَةٍ عن ابى جعفر** عليه السلام **قال: سألْتُه عـن عِتْقِ الْمُكْرَهِ. فقال: «لَيسَ عِتْقُهُ بِعِتْقٍ»**[3] و معاقِدُ الاجماعاتِ وَالشُّهَراتُ الْمُدَّعاةُ فى حُكمِ الْمُكْرَهِ كُلُّها علىٰ صُورةِ العجزِ عن الْتَّوْرِيَةِ لجهلٍ او دِهْشَةٍ وَ هِيَ الخوفُ من تَوَعُّدِ المكرهِ و تَهْدِيدِهِ، بَعِيدٌ جِدّاً **بل** غَيْرُ صحيحٍ كما فى بعضِ النّـصوصِ و هـى رِواياتُ الْطَّلاقِ وَ الْعِتْقِ **لانّ** المورِدَ وَ هُوَ الطّلاقُ وَ الْعِتقُ، ليس من الامورِ الموجِبَةِ لِلدّهشَةِ والخوفِ حتّىٰ لايَتَمكَّنُ اَلْمُكْرَهُ مِنَ الْتَّوْرِيةِ **مَعَ اَنَّ القدرةَ عـلىٰ التّـوريةِ، لاتَخْرُجُ الكلامَ عَنْ حَيّزِ الاِكْراهِ عرفاً.**

رُبَّما يُسْتَظْهَرُ منْ بعضِ الاخبار، عَدَمُ اعتبارِ العجزِ عـن التَّـفصّى بـوجهٍ آخَـر غيرالتّوريةِ ايضاً فى صدقِ الاِكْراه كما وَرَدَ: **فى روايةِ ابن سَنانٍ عن ابى عَبْدِالله** عليه السلام: **قال: لايمينٌ و لا فى غضبٍ و لا فى قطعيّةِ رَحِمٍ و لا فى جَبْرٍ و لا فى اِكـراهٍ؛ قُـلْتُ:**

---

۱. وسائل الشيعة، الجزء ۵، ص ۳۴۵ـ الباب ۳۰ـ الحديث ۲.

۲. وسائل الشيعة، الجزء۱۵، ص ۳۳۱ـ۳۳۲، الباب ۳۷ـ الحديث الرّابع.

۳. وسائل الشعة، الجزء ۱۶، ص ۲۹ـ الباب ۱۹.ق

اَصْلَحَکَ اللهُ و ما الفرقُ بین الجبرِ والْاِکراه؟ قال: اَلْجَبرُ من السُّلطانِ و یکون الاکراهُ من الزَّوجةِ و الامِّ و الابِ و لیس ذلک بشیءٍ»[1].

وَ وَجْهُ الاِستظهارِ هو قولُهُ علیه السلام فی آخرِ الحدیثِ: **«وَ یَکُونُ الْاِکْراهُ مِنَ الزَّوْجَةِ وَ الْاُمِّ وَ الْاَبِ»** فانّ التَّفصّی عن هؤلاءِ بِغَیْرِ التَّوْریةِ، اَمْرٌ مُمْکِنٌ من حیثُ الرَّأْفَةِ، اَوْ اِنتفاءِ کَمالِ السَّلْطَنَةِ.

وَ یُؤَیِّدُ هذا الْاِستظهارَ: انّه خَرَجَ عنِ الاِکْراهِ عرفاً بالقدرةِ علیٰ التَّفصّی بِغَیْرِ التّوریةِ، خَرَجَ عَنْهُ بِالْقُدْرَةِ علیها **لِاَنَّ** المناطَ حینَ الخروج عن الْاِکْراه عرفاً بواسطَةِ الْقُدْرَةِ علیٰ التَّفصّی بِغَیْر التّوریةِ، اِنحِصارُ التَّخَلُّصِ عنِ الْضَّرَرِ الْمُتَوَعَّدِ به، فی فعلِ الْمُکْرَهِ علیه فَلا فَرْقَ بینَ اَنْ یتَخَلَّصَ عنه بکلامٍ آخَر کما فِی الْقُدْرَةِ علی التَّفصّی بغیرِ الْتَّوریَةِ او فِعْلٍ آخَر او بهٰذا الکلامِ مع قصدِ معنیٰ آخرکما فی القدرةِ علیٰ التَّفصّی بالتّوریةِ **و دَعْوی اَنَّ** جریانَ حُکْمِ الْاِکراهِ مع الْقُدْرَةِ علیٰ التّوریةِ، اَمْرٌ تَعَبُدِیٌّ حَکَمَ به الشّارعُ لامِن جَهَةِ صِدْقِ حقیقةِ الْاِکراهِ.

مَدْفُوعَةٌ: بِاَنَّ ترتیبَ اثرِ الاکراه، انّما هو لِاَجلِ تَحقّقِ الاکراهِ لا لِاَجلِ الْتَعَبُّدِ فاذاکانَ ترتیبُ الاثرِ لِاَجلِ تحقّقِ نَفْسِ الاکراهِ، فَهُوَ بِعَیْنِهِ موجودٌ فیما اذا کان متمکّنا عن التَّفصّی بغیرِ الْتَّوْرِیَةِ و لم یَنْفَصّ فَهُوَ مکرهٌ ایضاً فلا فَرْقَ بین التَّفَصِیَیْنِ.

ثُمَّ عَدَلَ الشّیخُ عمّا افاده(ره) بِقَوْلِهِ: لٰکِنَّ الانصافُ اَنَّ وُقوعَ الفعلِ عن الاِکْراهِ، لایتحقَّقُ اِلّا معَ الْعَجْزِ عن التَّفصّی بِغَیْر التّوریةِ **لانّه** یُعْتَبَرُ فیه اَنْ یکونَ الدّاعی عَلَیْه، هو خوفُ ترتّبِ الضّرر المتوعّدِ بِه علیٰ التّرک و مَعَ القدرةِ علیٰ التَّفَصِیّ من المُکرَهِ علیه بواسطَةِ الْقُدرَةِ علیٰ غیر التّوریة، **لایکُونُ** الضَّرَرُ مُترتّباً علیٰ تَرْکِ المُکرَه عَلَیْهِ، **بل** علیٰ تَرْکِهِ و ترکِ التَّفصِیِّ معاً، فَدَفْعُ الضّررِ یَحْصُلُ بِاَحَدِ الْاَمْرَینِ: مِنْ فِعْلِ المکره علیه، و من التَّفصِیّ ، فَالْمُکْرَهُ مختارٌ فی اِتیانِ الْمُکْرَهِ

---

۱. وسائل الشیعة، الجزء ۱۶، ص ۱۷۲ـ الباب ۱۶ـ الحدیث ۱.

عليه و فى اِتْيانِ التَّفصِيّ **لانّه** بِاِتيانِ اَحَدِ الْاَمْرينِ، يُدْفَعُ الضَّرَرُ عن نَفْسِهِ او اَحَدِ مُتَعَلِّقيهِ فَلا اِكراهَ فى البين.

نَعَمْ: يُمْكِنُ اَنْ يُتَوَهَّمَ: انّه لو كانَ دَفْعُ الضّررِ يَحْصُلُ بِاَحَدِ الْاَمْرينِ المذكورينِ و هو اتيانُ الْمُكْرَهِ عَلَيْهِ، او التَّفصِيّ، فقد اَصْبَحَ التَّفصِيّ اَحَدَ فَرْدِيَ الْمُكرَهِ عَلَيْهِ فَيَحصُلُ الاكراهُ لامُحالةَ فَلايَكُونُ الفاعِلُ مختاراً **حينئذٍ بل** يكونُ مُكْرَهاً علىٰ اِتيانِ التَّفَصِيّ.

قد اَجابَ الشّيخُ عَنِ الْوَهْمِ المذكور مـاحاصِلُه: اَنَّ التَّفَصِيّ، ليس اَحَدَ فَرْدَيَ الْمُكَرَهِ عَلَيْهِ حتّىٰ لايُوجِبُ تخيير الفاعِلِ فِى الْاَمْرينِ الْمَذْكُورَيْنِ سَلْبَ الْاِكراهِ عنِ الْاَمرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ **بل** التَّفَصِيّ اَحَدُ فَردي رَفعِ الضّرر عن نَفْسِهِ **لانّه** بارتكابِ اَحَدِ الامرين، يَرْتَفِعُ الْضَّرَرُ عن نَفْسِه فَتَخَيُّرُ الفاعِلُ، يُوجِبُ سَلْبَ الْاِكراهِ فَلا اِكراهَ فى البينِ.

ثُمّ قالَ الْشَّيخُ(ره): انّ ما ذكرناه مِنَ الْاِنصافِ فى المسألة وَ اِنْ كان جارياً فى التّوريَةِ اِلّا اَنَّ الشّارِعَ، رَخَّصَ فى ترك التّوريةِ بعدَ عدمِ امكانِ التَّفَصِيّ بوجهٍ آخر لِما ذكرنا: من ظُهُورِ النّصوصِ وَالْفَتاوىٰ و بَعْدَ حَمْلُها علىٰ صورةِ العجز عن التّوريةِ **مع اَنَّ الْعَجْزَ عنِ الْتَّوْريةِ** لو كان مُعْتَبراً لَاُشِيرَ الىٰ صُورَةِ الْعَجزِ عن التَّوْريةِ فى تِلكَ الْاخبارِ الكثيرةِ الْمُجَوِّزَةِ لِلْحَلفِ كاذباً عِنْدَ الخوفِ وَ الْاِكراهِ خصوصاً فى قصّةِ عمّار و ابويه **حيث** اُكْرِهُوا علىٰ الْكُفْرِ فَاَبىٰ فَقُتِلا وَ اَظْهَرَ لَهُمْ عمّار ما ارادُوا فَجاءَ باكياً الىٰ رسولِ‌اللهﷺ فَنَزِلَتِ الآيةُ الشّريفة: **﴿مَنْ كَفَرَ بِاللّٰهِ مِنْ بَعْدِ اِيمانِهِ اِلّا مَنْ اُكرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بالايمان﴾**.[1]

فقالَ له رسولُ‌اللهﷺ: «اِنْ عادُوا عَلَيْكَ فَعُدْ وَ لَمْ يَنْبِهِ عَلىٰ الْتَّوْريةِ» لِاَنَّ تَنْبيهَ الْرَّسُولِ الْاَعْظَمِ، عمّاراً بِالتَّفَصّي عَنِ الْكُفْرِ بِالْتَّوْرِيةِ: **بِاَنْ يَقُولَ النَّبِيُّﷺ: لو تَمَكَّنْتَ مِنَ الْفَرارِ عَنِ الْكُفْرِ بالْتَّوْرِيةِ فَافْعَلْ و لا تَكْفُرْ: وَ اِنْ لَمْ يَكُنْ امراً واجباً لٰكِنَّهُ راجِحٌ و مَطْلُوبٌ.**

---

۱. سورة النّحل، الآية ۶.

و لايَخْفیٰ: اَنَّ العجز عَنِ اَلتُّورِيةِ لو كان مُعتبرَاً فی عَدَمِ صِدقِ الاِكْراهِ لَكَانَ التَّنْبِيهُ مِنَ الْرّسُولِ الاعظمﷺ واجِباً **اِلّا** اَنَّهُ لاشَكَّ فی رُحْجانِه خصُوصاً من النَّبِیّﷺ بِاِعتبار شَفْقَتِهِ علیٰ عمّار وَ عِلْمُهُ بِكراهَةِ تَكَلُّمِ عمّار بالَفاظِ الْكُفْر من دونِ تَوْرِيَةٍ كما لايخفیٰ.

رَأىُ الشَّيخِ(ره) حَوْلُ مَوْضوعِ الْاِكراهِ

قال الشّيخ(ره): اَلْاَوْلىٰ اَنْ يُفْرَق بينَ امكانِ التّفصِىّ و امكـانه بـغيرها: بـتحقّقِ الموضوع و هو الاكراه فى الاوّل و هو امكانُ التّفصّي عن ارتكابِ المكـرَهِ عـليه بالتّورية **فانّ المكره** لو تَمكَّنَ من التّفصىّ عن المكرَه عليه بالتّورية و لم يورَّ لِصْدقٍ عليه الاكراه، و عدمِ تحقّقِ الاكراه فى الثّانى و هو امكان الْتَّفَصّى عـن ارتكـاب المكَره عليه بغير التّوريةِ **لانّ** الاصحٰابَ وفاقاً للشّيخِ الطّوسى فى المبسوط ذكروا من شروطِ تحقّقِ الاكراه اَنْ يَعْلَمَ او يَظُّن المكرهُ بالفتح انّه لو امتنع ممّا اُكرِه عليه، لَوَقَع فيمٰا توعِّد عليه من الضّرب او القتلِ او نَهَبِ امواله و غير ذلک ممّا يؤذيه سواءً أكان ما تُوعِّدَ به مُتَعَلّقاً بشخصه ام بِاَحَدِ مُتَعلّقيه؟.

و معلومٌ: انّ المراد، ليس امتناعَ الْمُكَرَهِ مِنَ الْمُكْرَهِ عليه فى الواقع و لو مع اعتقادِ الْمُكْرِهِ بالكسر عدمَ الْاِمتناعِ **بل المعيار فى وقوع** الضّرر، اعتقادُ الْـمُكْرَهِ لامـتناع المكره عن ايقاع الفعل الّذى اُمِرَ بايقاعِه فى الخارج فَاِنَّ المُكْرِه لو اعتقد ذلک فقد حَصَلَ الضَّرَر وَ وقَعَ.

و اعتقادُ الْمُكْرِه، امتناعَ الْمُكْرَه عن ايقاع الفعل فى الخارج يَصْدُقُ مـع امكـان التّورية و لايَصْدُقُ مع التّمكنِ من التّفصِىّ بغيرها **لانّ** المفروص، تمكّن الْمُكْرَه من ايقاع الفعل فى الخارج من الامتناع معَ اطّلاع الْمُكْرَهِ علىٰ هذا الاِمتناع **لانّـه** امـرٌ جَلِّىٌ غَيْرُ خَفِىٍّ كما فى التّوريَةِ **حيثَ انّها** امرٌ خَفِىٌّ لايَطَّلِعُ عليهٰا الْمُكْرِه، و عـدم وقوع الضّرر علىٰ الْمُكْرَه بالفتح.

والحٰاصل: اَنَّ التّلازُمَ بين امتناع الْمُكْرَهِ من ايقاع الفعلِ فـى الخـارج و وقـوعِ الضّرر الّذى هو المعتَبَرُ فى صدقِ الاكراه، موجودٌ معَ التّمكّنِ بالتّورية لِاَنّهٰا امرٌ خَفِىٌّ لايَطَّلِع عليهٰا الْمُكْرِه، لامع التّمكّن بغيرها.

و لايخفىٰ: انّ الْتَّمليکَ بينَ التَّفصّيَيْنِ، اَمْرٌ مشكِـلٌ ظـاهراً يـحتٰاجُ الىٰ الدِّقَّـةِ و التّعمّق فى المقام.

اَلْاِكْراهُ فی الاحكامِ التّكليفيّة و فی الْاَحكامِ الوضعيّة والفرق بينهما:

قال الشّيخ(ره): انّ اِعتبارَ العجزِ عن التّفصيّ، انّما، فی الاكراهِ الْمُسَوِّغ للمُحرّمات ای فی الاكراه فی الاحكام التّكليفيّة كشُربِ الخمر وَ اِفطار الصّومِ و قَبولِ الولاية من قِبَلِ السّلطانِ الجائر و مناطه، تَوَقّفُ دفعِ ضَرَرِ الْمُكْرِه علىٰ ارتكابِ الْمُكْرَهِ عليه.

و امّا مناطُ الاكراهِ و علّتُهُ فی الاحكامِ الوضعيّة الّذی يَرْفَعُ اَثَرَ المعامِلَةِ الواقعيَّةِ فی الخارج بِكُرْهٍ وَ اِكراهٍ، **فهو عدمُ** طيبِ النّفسِ مِنَ الْمُكرَهِ بوقوع المعاملة فی الخارج **فَعلىٰ المناطِ فی الاوّلِ،** لايتحقّقُ الاكراهُ الاّ بشَيْئَيْنِ:

اَحَدُهما: اعتبارُ العجز عن التّفصيّ عن ارتكاب الحرام.

ثانيهما: دفعُ الضّررِ عن نفسِهِ بارتكاب المحرّمِ.

والسّرُ فی ذلك: اَنَّ ارتكابَ المحرّمات الّتی هی حدودُ اللّهِ، لايُجوِّزُ و لايُسَوِّغُ التّعدّی عنها الّا فی حالةِ الاِضطرار و الاِلْجاء:

فلو تَمَكّنَ الْمُكْرَهُ من عدم ارتكابِ الْمُحَرّمِ بالْتّفصيّ عنه و لم‌يَتَفَصَّ، لم‌يَصْدقْ عليه الاكراهُ.

نعم: لو عَجَزَ مِن الْتّفصّی و اَرْتَكَبَ المعصِيةَ لَصَدَقَ الاِكْراهُ.

و امّا علىٰ المناط فی الثّانی و هو الاكراهُ فی الاحكامِ الوضعيّةِ، فقد يَتَحَقّقُ الاكراهُ معَ امكانِ التّفصِيّ عن الْمُكْرَهِ عليه، والقدرةُ علىٰ تَرْكِهِ.

و قد يَتَحقّقُ الاكراهُ فی الاحكام الوضعيّة مثلاً: من كانَ قاعداً فی مكانٍ خاصٍّ خالٍ عن الغيرِ متفرّغاً لِعبادةٍ و مُطالِعَةٍ فَجاءَهُ مَنْ اَكْرَهَهُ علىٰ بيعِ شيٍ ممّا عنده و هو فی هذه الحال ای فی حالة العبادةِ او المطالِعَةِ، غيرُ قادرٍ علىٰ دفعِ ضررِه و هو كارهٌ لِلخُروجِ عن ذلک المكان **لكن** لو خَرَجَ، كانَ له فی الخارجِ خِدَمٌ يَكفُونَه شَرَ الْمُكْرِه، **فالظّاهِرُ** صدقُ الْاِكراهِ حِينَ التّمكنِ من الخروج و لم‌يخرجْ بمعنىٰ عدم طيبِ النّفسِ لو بَاعَ ذلک الشّیءَ.

بخلافِ مَنْ كانَ خِدَمُهُ، حاضِرينَ عنده و تَوَقُّفَ دَفْعُ ضررِ اِكراهِ الشّخصِ علىٰ اَمرِ خدَمِه بدفعه وَ طَردِه **فانّ** هذا، لايَتَحَقّقُ فى حقّه، الاكراهُ و يَكْذِبُ لَو اَدّعاه **لانّه** كان قادراً علىٰ دفعِ الضّرر عن نفسه، لِحُضور خِدَمِه و اَعْوانه عندَهُ المانِعينَ عنْ وُقُوعِ العقد فى الخارج بطَرْدِهم الْمُكْرِهَ او ضَرْبِهِم ايّاه او تَهْديدِهِمْ له، فما دامَ لم يتَفصّ عَنِ الْمُكرَهِ عليه باستعمال خِدَمِه، يَصْدُقُ عليه طيبُ النّفسِ فَتَصِحّ المعامِلَةُ بخلافِ الاوّل و هو قعودُ الرَّجلِ فى مكانٍ فارغٍ للعبادة، او المطالعة فجاءه رَجُلٌ اَكْرَهُه علىٰ بيعِ شىءٍ من مالِه و هو غَيْرُ قادرٍ علىٰ دفع الضّررِ عن نَفْسِهِ فى حالةِ العبادة او المطالعة، فَاِنَّ الرّجلَ لَوْ اِعْتَذَرَ فى تلك الحالةِ، يُقبَلُ اِعتذارُه **لانّ** المناطَ فى الاكراهِ الرّافعِ لِاَثَرِ المعاملةِ، هو عدمُ طيبِ النَّفْسِ و هو حاصِلٌ هنا.

و لايخفىٰ عليك الْفَرْقُ بين الجبرِ و الاِكْراهِ فى: **رواية «ابن سنان»** كما قلناه سابقاً من الجبر مِنَ السّلطانِ، و يكونَ الاكراهُ من الزّوجَةِ و الامّ و الابِ و لَيْسَ ذٰلكَ بشىءٍ **حيثُ** اِنَّ الْاَوَّلَ، لايُمكِنُ التّفصّي عنه، و الثّانى يُمكنُ التّفصِيّ عنه.

فَالْاِكراهُ الْمعْتَبَرُ فى تَسْويغِ المحظورات و هى الاحكامُ التّكليفيّةُ، هو الْاِكراهُ بمعنىٰ الجبرِ المذكورِ فى **«روايَةِ ابن سنان» و لكنَّ** الرّافِعُ لِاَثرِ المعاملات و هى الاحكامُ الوضعيّة، هو الاكراهُ الّذِى ذُكِرَ فى **«روايَةِ ابن سنان»** انّه قد يكون من الابِ وَ الْوَلَدِ وَ الْمَرْأَةِ.

مِعيارُ الإكْراهِ فی الاحكامِ الوضعيّةِ:

مِعيارُ الاكراهِ فی الاحكامِ الوضعيّة الرّافِعُ لِاَثر المعاملاتِ، عَدَمُ طيبِ النّفسِ فيها لٰاالضَّرُورةِ وَ الاِلجاءِ و ان كانت الضّرورةُ و الالجاءُ، هو المتبادَرُ من لفظةِ الاكراهِ عِنْدَمٰا يطلَقُ.

و لاجل هذا التّبادر من لفظة الاكراه، تُحْمَلُ لفظةُ الْاِكـراهِ الواردَةِ فـی حـديثِ **«رُفِعَ عَنْ اُمَّتِی، تِسْعَةٌ...»** عليه.

نعم: قد يُتَوَهَّمُ انّه لو يُحمَلُ الاكراهُ الوارِدُ فی الحديثِ علیٰ الالجاءِ وَ الْاِضطرارِ اذاً فَمٰا الفارِقُ بينَ الْاِكراهِ و الاضطرار الوٰاقِعَيْنِ فی نفس الحديثِ؟

و يُجٰابُ عنه كما اجٰابَ الشّيخ(ره): بانّ الْفَرْقَ بين هذا الْاِكرٰاهِ الوارد فی الحديث و الْمُفَسَّرِ بالاضطرار المعطوف علیٰ هذا الاكراه: كما فی رواية الخصال الواردة فی وسائل الشّيعة: هو اِخْتِصٰاصُ الاضطرٰارِ الحاصل مِنْ فِعْلِ الانسانِ بِشَخْصِهِ كالجوعِ و العطشِ والمرضِ الّتی هی من الامورِ الاِضْطِرارِيّةِ الصّادرةِ عن شخصِ الانسانِ.

و اختصاصُ الاِكْراهِ المُفَسَّرِ بالاِضطرار، بالاضطرارِ الحاصلِ مِن فِعْلِ الغيرِ كجبر السّلطانِ.

حاصلُ كلامِ الشّيخِ فی المقام: انّ الاكراهَ الرّافِعَ لِاَثرِ الْحُكمِ التّكليفیّ، اخصُّ مِنَ الرّافعِ لِاَثرِ الحكمِ الوضعیّ و بينهما عمومُ و خصوصٌ مطلقاً.

بمعنیٰ: اَنَّ كلَّ مٰا كانَ مُوجِباً لِرَفعِ الحكم الْوَضعیّ، يَكونُ موجباً لِـرَفْعِ الْـحُكمِ التّكليفیّ **فَالْاَخصِيَّةُ**، تكونُ مِنْ جانبِ الْحُكمِ التّكلِيفیّ كما فی الانسان و الحـيوان **حيثُ** اِنَّ الْاخَصِيَّةَ، فی جانب الانسانِ و الاعميّةِ، فی جانب الحيوانِ **لانّ** الْاِكـراهَ الرّافِعَ لِاَثرِ الحكمِ الوضعیّ، اَعَمُّ مِنَ الاكراهِ الرّافعِ لِاَثرِ الحكم التّكـليفیّ **لانّ** اَثـرَ الْحُكمِ الْوَضْعیّ كما يُرتَفَعُ بِعدمِ امكانِ التّفصیِّ من المعاملةِ الْمكرَهِ عليهٰا. **كـذلك** يُرْتَفَعُ بِعَدمِ طيبِ النّفس **بخلافِ الاكراهِ** الرّافِعِ لِاَثرِ الْحُكمِ التَّكْليفیِّ **فَاِنَّه** مُقَيّدٌ بِعَدمِ امكانِ التَّفَصِیّ بِاَیّ شكلٍ من الاشكالِ.

خذ لذلك مثالاً: «لَوْ اَكْرَهَ زيدٌ عمرواً علیٰ شِراءِ الْعِنَبِ وَ جَعْلِه خَمْراً، ثمّ بـعد

التّخميرِ يَشْرَبُها، ليسَ لِعَمروٍ، التَّفَصّي مِنْ ذلک اصلاً.

فهٰهُنا اِجْتَمَعَ حُكمانِ:

تَكْليفيٌّ و هى حُرمَةُ شُرْبِ الْخَمرِ.

و وَضْعِيٌّ و هى حُرمةُ المعامِلةِ لِشِراءِ الْعِنَبِ للتّخمير.

وَ اَمّا الْحُكْمُ التَّكْليفىّ فَقَدْ اِرتَفَعَ اَثَرُهُ الّذى هى حرمةُ شُربِ الخمر بِعَدَمِ اِمكانِ التَّفَصّي عنه **وَ اَمّا الْحُكْم الوَضْعِيُّ فكذلك اِرْتَفَعَ اَثَرُهُ** الّذى هو نفوذُ صِحّةِ المعامِلَةِ بعدمِ امكانِ التَّفَصِيّ عنه ايضاً.

و ليسَ كلُّ ماكان موجِباً لِرفعِ الحكم الْوَضعِيّ، يكونُ موجباً لِرَفع الْحُكمِ التّكليفيِّ.

خذ لذلك ايضاً مثالاً: لَوْ اَكْرَهَ زَيْدٌ عمرواً علىٰ شِراءِ الْعِنَبِ وَ تَخْمِيرُه ثُمَّ شُرْبُه، **لكنّه** كانَ قادراً علىٰ التَّفَصِيّ عن الشّرب بخلافِ الشَّراء **حيثُ** لم يَكُنْ له بُدٌّ مِنْ ذلک فَيَكونُ فاقِداً لطيبِ النّفسِ فقط.

فهُنا، يَرْتَفِعُ اَثَرُ الحكم الوضعيّ الّذى هو نفوذُ صِحّةِ المعاملةِ مِن جهةِ عدمِ طيبِ النّفس و اَمّا اثرُ الْحكمِ التَّكليفيّ الّذى هى حُرمَةُ شربِ الخمر، فلايرتفع لِاِمكانِ التَّفَصِيّ من شربه.

فرعٌ: اَلنِّسْبَةُ بين مناطِ الْإِكراهِ فِی الحُكمِ التّكليفیّ و مناطِ الاكراهِ فی الْحُكمِ الوضعیّ: ماذا؟

الیٰ هنا كان الكلامُ بين نَفْس الاِكْراهَيْن. **و لكن وَقَعَ البحثُ بأنَّ النّسبةَ** بينَ المناطَيْنَ اَیْ مناطُ الاِكراهِ فی الحكمِ الْتَّكْليفیّو مناطِ الاِكْراهِ فِی الْحكمِ الْوَضعیّ ماذا؟

صرّح الشّيخ(ره): «لو لُوحِظَ ما هو المناطُ فی رَفْعِ كُلّ منهما من دونِ ملاحِظَةِ عنوانِ الاكراهِ و هو الْاِكْراهُ فی الْحُكمِ التّكليفیّ و الاكراهُ فی الحكم الوضعیّ، كانَتِ الْنِّسَبَةُ بينهما، العمومُ من وجهٍ **لِانَّ المناطَ** فی رَفعِ الحكمِ التّكليفیّ، هو دَفْعُ الْضَّرَرِ و فی رَفْعِ الحكمِ الْوَضْعیّ، هُوَ عدمُ الْاِرادَةِ وَ طيبِ النّفسِ و لهما مادّةُ اِجتماعٍ و مادّتا اِفتراقٍ.

امّا مادةُ الْاِجتماعِ فكما اذا اَكْرَهَ زيدٌ عمرواً علیٰ بيعِ دارِه و تَوَعَّدَهُ و هَدَّدَهُ علیٰ عدم البيع لو لم يَبِعْ و ليسَ لَهُ طريقٌ الیٰ التَّفَصِیّ عن دفع الضّرر عن نَفْسِهِ او عن اَحَدِ مُتَعَلَّقَيهِ اذا كانَ هُوَ الْمُهَدِّدُ و نَفْسُه لاتَطِيبُ علیٰ بيعِ داره.

فَهٰنا قَدْ اِجْتَمَعَ مناطانِ: مناطُ اكراهِ الْحكم التَّكْليفیّ و هو دفعُ الضّررِ عن نَفْسِهِ بارتكاب الْمكرهَ عَليْه لتوقّفه عليه.

و مناطُ الحكمِ الوضعیّ و هو عَدَمُ طيبِ النّفس منه علیٰ بيعِ داره.

و امّا مادّةُ الافتراقِ من جانبِ مناطِ الحكمِ التّكليفیّ بأَنْ يكونَ مناط الاكراهِ اَلْوَضعیّ موجوداً و مناطُ الاِكراهِ التّكليفیّ غَيْر مَوْجودٍ.

كما اِذا اَكرَهَ زيدٌ عمرواً علیٰ شِراءِ الْخُبْز المسروقِ وَ اَكْلِهِ و هو جائعٌ **فهٰنا** يوجَدُ مناطُ الحكمِ الْتَّكْلِيفیِّ الّذی هو دَفعُ الضّررِ عن نَفْسِهِ وَ الضَّرَرُ هو الْجُوعُ، و الدّفعُ لايَتَحَقَّقُ اِلّا بِارتكابِ الحَرامِ: **«و هُوَ اَكْلُ الْخُبْزِ اَلْمَسرُوقِ»**.

و امّا مناطُ الحكمِ الوضعیّ الّذی هو عدمُ طِيبِ الْنَّفْسِ، فَغيْرُ موجودٍ لطيبِ الْنَّفْسِ بالشِّراءِ **لانّه** جائعٌ فلو لَمْيقدم عليه لَهَلَكَ مِنَ الجُوعِ.

و من هنا، اى لِاَجلِ اَنَّ المناطَ فی الحكم اَلْتَّكْليفیّ، هو دَفْعُ الضّررِ وَ المناطُ فی

الحكمِ الْوَضْعِىّ، هو عَدَمُ طيبِ النَّفْسِ، لم‌يتأَمَّلْ اَحَدٌ فى **اَنَّهُ** اذا اُكْرِهَ الشّخصُ علىٰ اَحَدِ الاَمرين الْمُحَرَّمَيْنِ لا بعينه، فكلٌّ منهما وَقَعَ فى الخارج، لايَتَصِفُ بالتّحريم **لانَّ** طبيعةَ الاكراهِ، لايُمكِنُ تحقّقها اِلّا فى ضِمْنِ اَحَدِ الْفَرْدينِ الْمُحَرَّمَيْنِ وَ قَدْ اَوْجَدَهُا الْمُكَرَهُ فى ضمنِ احدهما و قد عَلِمْتَ: اَنَّ المناطَ فى اِكراهِ الْحُكمِ التَّكليفىِّ، هو دَفْعُ الْضَّرَرِ عن نَفْسِهِ و هذا، لايَتحقّقُ الّا بارتكابِ الْمُكْرَهِ عَلَيْهِ.

و امّا لوكان اَحَدُ الْاَمْرينِ اَلّذيْنِ اَمَرَ الْشَّخْصُ بارتكابِهِ لامحالة، لو كانَ فى ضمنِ عَقْدَينِ كما لَوْ اَمَرهُ اِمّا بِبَيْعِ دارِه اَوْ بِبَيْعُ بُستانِه مثلاً فَاخْتارَ بَيْعَ الدّارِ او كانَ فى ايقاعَيْن كما لو اَمَرَهُ اِمّا بطلاقِ زَوْجَتِهِ هٰذه، او تلك مثلاً فَاَخْتارَ طلاقَ اِحداهُما **فَهُنا لا** اشكال و لا كلامَ فى صدقِ الاكراهِ بالْنِّسبَةِ اِلىٰ اصلِ الطّبيعة المعبّر عنها بالقَدْرِ الْمُشْتَرَكِ و هى نفسِ الطّلاق او نفس البيع و **انّما الكلامُ و الاشكالُ بالنّسبَةِ الىٰ تلك الخصوصيَّةِ الْمُختارَةِ وَ الْمُنتخبةِ فهل هٰذه، تَتَصِّف بالاكراهِ باعتبارِ** جنسِها الّتى هى طبيعةُ البيعِ او طبيعةُ الطَّلاقِ ام لا؟.

هذه الخصوصيّةُ قد وقعت محلَّ الخلافِ و الْنّزاعِ بين الفُقَهاءِ.

فَبَعْضٌ قال: بِصدقِ الْاِكْراهِ فيها و بعضٌ آخَر قال: بعدَمِ الصّدقِ **و اَمّا صدقُ الاِكْراهِ** فباعتبارِ جنسه الّذى هى و اَلطّبيعَةِ **و اَمّا عَدَمُ الصّدقِ فباعتبارِ** اختيارِ الْخُصُوصِيَّةِ الْمُوجِبَةِ لِوقُوعِ الطّلاقِ اختياراً.

اَمّا فى صِدقِ الاكراهِ و عدمِهِ بالنّسبة الىٰ الْخُصُوصِيَّةِ المختارةِ فَكَلماتُ الفقهاءِ مختلفةٌ.

فَقَدْ اِسْتَشْكَلَ غَيْرُ واحدٍ فى انّ ما يَخْتارُهُ: من الْخُصُوصِيَّتَيْنِ بِطِيبِ نَفْسِهِ وَ يُرَجّحِهُ على الآخرِ، بدواعيهِ النّفسانيّةِ الْخارجةِ عن الاِكْراه، مُكْرَهٌ عليه باعتبار جنسه ام لا؟.

بل اَفتىٰ العلّامَةُ فى القواعد: بوقوع الْطَّلاقِ و عَدَمِ الْاِكراهِ وَ اَنَّ حَمْلَ بعضِهم وقوعَ الْطَّلاقِ و عَدَمَ كونهِ مُكْرَهاً علىٰ ما اذا قنع الْمُكَرَهُ بِطَلاقِ اِحْداهُما مُبْهَمَةٌ **لكنَّ الْمَسْأَلَةَ** عندهم، غَيْرُ صافِيةٍ عن الاشكالِ من جهةِ مَدْخَلِيَّةِ طيبِ النّفسِ فى اختيار

الخصُوصِيَّةِ.

وَ اِنْ كانَ الاقوىٰ عند الشّيخ(ره) وفاقاً لكلّ مَنْ تَعَرَّض لِلْمَسألة: «مَنْ اُكْرِهَ علىٰ اِرْتِكَابِ اَحَدِ الْاَمْرَيْنِ سواءٌ أَكانَ اَحَدُ الْاَمرَيْنِ فی ضِمْنِ عَقْدَيْنِ اَمْ فِی ضِمنِ ايقاعين» كما عرفت سابقاً، تَحَقُّقُ الْاِكراهِ لغةً و عرفاً فَيتَحقّقُ الطّلاقُ فی الفرع المذكور كما افاده العلّامة **مع اَنَّهُ** لو لم يَكُنْ مِثْلُ هذا الطّلاقِ و ما تشابَهَهُ، مُكْرَهاً عَلَيْهِ فيما اذا اُكْرِهَ الانسانُ علىٰ اِرتكَابِ اَحَدِ الْاَمْرينِ الحاصل فی ضمنِ عَقْدين ام الايقاعَيْنِ كما عَرَفتَ **اذ** لا يَكادُ يَتَّفِقُ الاكراهُ بجُزئيٍّ حَقيقِيٍّ من جميعِ الجهاتِ.

نعم: هٰذا الْفَرْدُ و هو طلاقُ اِحدىٰ زَوْجَتَيْهِ علىٰ الْتَّعْيِينِ، اَمْرٌ اِختيارِيٌّ ناشٍ مِنْ جهة الْخُصُوصِيَّةِ الْمَوْجُودَةِ فی الطّلاق وَ اِنْ كانَ مُكْرَهاً عَلَيْهِ مِن حَيْثُ الْقَدْرِ الْمشْتَرَكِ فلا يَتَحَقّقُ الاكراهُ لغةً و عرفاً بمعنىٰ اَنَّ وجودَهُ الخارجيَّ ناشٍ عَنْ اِكراهٍ باعتبارِ طَبِيعَة الطّلاقِ الّتی وَقَعَتْ مُكْرَهاً عليها و اختبارٍ بِاعْتبارِ الخُصُوصِيَّةِ المختارَةِ.

وَ لِاَجْلِ اَنَّ وجودَ هٰذا الْفَرد المختارِ الْخارِجیّ، ناشٍ عن اكراهٍ و اختيارٍ بالمعنىٰ الّذی ذكرناه لايستحقّ فاعلُ فِعْل الْمُكْرَه عليه الْمَدْحُ، و لا الذمّ بِالنّسبَةِ الىٰ اَصْلِ الفعل الّذی هِیَ الطّبيعةُ الْمُحَقَّقُه فی ضِمْنِ اَحَدِ الفردين وَ الْمُعَبَّرُ عن هٰذه الطّبيعةِ بالقدرِ المشتركِ.

و تَظْهَرُ ثَمَرَةُ النّزاعِ فی اَنَّ الخُصُوصِيَّةَ المختارَةَ هَلْ تتّصِفُ بالاكراهِ ام لا؟

فيما لو تَرَتَّبَ اَثَرٌ علىٰ خُصُوصِيَّةِ المعامِلَةِ الْمَوْجُودَةِ **فَاِنَّهُ** لايَرْتَفِعُ ذلک الاثرُ بِالاِكْراهِ علىٰ الْقَدْرِ المشتَرک، مثلاً: لو اَكْرَهَهُ علىٰ شُرْبِ الماء او شُربِ الْخمرِ، لم يَرْتَفِعْ تَحريمُ الْخمرِ، **لانّه** مُختارٌ فيه، وَ اِنْ كانَ مُكْرَهاً فی اَصلِ الْشُّربِ.

وَكَذا لو اَكْرَهَهُ علىٰ بَيْعٍ صَحيحٍ او فاسدٍ فانّه لايُرْتَفَعُ، اَثَرُ الصّحيح ای لو اِخْتارَ الْبَيْعَ الصّحِيحَ، لايَرتَفِعُ اَثَرهُ الّذی هو نفوذُ صِحَّةِ المعامِلَةِ **لانّ** الْمُكْرَهَ عَلَيْهِ، كان له الْتَّفَصِّیّ عن البيع الصّحيح بِاِختيارِ البيع الفاسد ای كانت له المندوحَةُ فی ذلک فلم يخترها وَ اِنْ كانَ مُكَرهاً فی جِنْسِ البيعِ **لكنّه لايَتَرَتَّبُ** علىٰ الجنسِ اَثَرٌ، يُرتَفَعُ

بالْاِكراهِ.

و من هنا اى من انّه لايَتَرَتَّبُ علىٰ جِنْسِ البيع و ان كانَ مُكَرَهاً عليه، اَثَرٌ، يَرْتَفِعُ بِالاِكْراهِ **بل** الاثرُ، انّمٰا يَتَرَتَّبُ علىٰ البيعِ الْمُختارِ وَ هُوَ البيعُ الْصَّحِيحُ النّافِذُ.

كما عرفتَ، يُعْلَمُ: انّه لَو اُكرِهَ علىٰ بيعِ مالٍ، اَوْ اِيفاءُ مالٍ مُستَحقٍّ، لم‌يَكُنْ اِكراهاً **لِانَّ القدرُ المشتَرَكَ و هو** الْمُكْرَهُ عَلَيْهِ سَواءً كان هو البيعُ ام ايفاءُ الحقِّ، بين الحقّ و غيره اذا اكره عليه لم‌يقع باطلاً و الّا اى لو كان بيع مال، او ايفاءُ مالٍ مُستَحِقٍ يُعَدُّ اكراهاً، لكانت نَفْسُ الْاِيفاءُ مُتَّصِفَةً بالبُطلانِ لِكَوْنِ الايفاء من نَفْسِ المٰالِ المبيعِ الّذى اُكْرِهَ عليه الْمَدينُ **لانّ** الخصوصيّة و هى اختيارُ الْمُكْرَهِ بِبَيْعِ مالِه لِاِيفاءِ دَيْنِه، غَيْرُ مُكَرهٍ عليهٰا اى هذا الاختيارُ لايَكُونُ مُكَرَهاً عَلَيْهِ **لانّه** كان مختاراً فى ايفاء مٰالِهِ و لَيْسَ مَجبوراً فى البيع حتّىٰ يَكُونَ مُكَرَهاً كما هُوَ المِلاكُ فى الاكراه.

لَوْ اَكرَهَهُ علىٰ بَيْعِ مالٍ او اداءِ مالٍ غير مُسْتَحقٍّ كٰانَ اِكراهاً **لانّه** لايَفْعَلُ الْبَيْعَ الّا فراراً مِنْ بَدَلِهِ و هو دَفْعُ مالٍ غير مستحقٍّ او وَعيدُ الْمُكْرِهِ بالْكَسْر لو لم‌يُؤَدِّ الْمُكَرَهُ المالَ اليه، اَلْمُضَرّينِ كما لو اَكْرَهَهُ علىٰ بيعِ داره، او شُرب الْخَمْرِ، فَاِنَّ ارتكابَ البيعِ للفرار عن الضّرر الْاُخْرَوىّ و هِىَ العقوبَةُ اِلٰاهيّة، ببدله او التّضرُر الدُّنيوِىّ و هو اَلْحَدّ الشَّرعىُّ الّذى هو ثمانون سوطاً بوعيده.

فرعٌ ثمّ: اِنَّ اِكراهَ احدِ الشّخصَيْنِ علىٰ فعلٍ واحـدٍ، بـمعنىٰ الزامِ الفـعلِ الواحِـدِ عَلَيْهِما كفايةً وَ ايعادُهُما عَلىٰ تَرْكِهِ كاكراهِ شخصٍ واحدٍ علىٰ اَحَدِ الْفِعلَيْنِ فی كونِ كلٍّ منهما مُكْرَهاً بمعنىٰ انّه لَو اَتىٰ به اَحَدُهما، سَقَطَ اِتيانُ الفعلِ عن الآخر.

اِعْلَمْ: اَنَّ مُتَعَلَّقَ الاِكْراهِ، مُختَلِفٌ؛ قد يَتَعلَّقُ الاكراهُ بالمالك و العاقِدِ كما تَقَدَّمَ **و قد يتعلّقُ بالمالكِ دون** العاقدِ كما لَوْ اُكْرِه علىٰ التّوكيل بِاَنْ اَكْرَهَهُ شخصٌ فی اِعطاءِ الْوِكالَةِ لَهُ او لِغَيرِهِ فی اِجراءِ بيع ماله **فَاِنَّ العاقِدَ** قاصدٌ مختارٌ وَ الْمالِكُ مَجبُورٌ و هو داخِلٌ فی عَقْدِ الفضوليّ فَمآلُ هذا الْعَقْدِ و مَرْجَعُهُ الىٰ الْصِّحَةِ بعد الرّضا، بعد مُلاحَظَةِ عدم تحقّقِ الْوِكالَةَ مع الاكراه.

و قد يَنْعَكِسُ بِاَنْ يَكونَ العاقِدُ مُكرهاً من قِبَلِ المالكِ كما لو قال: بِعْ مالِی او طَلِّقْ زَوجَتی وَ اِلّا قَتَلْتُكَ.

وَ الْاَقوىٰ عند الشّيخِ فی صورةِ اِكراهِ المالِكِ، العاقِدَ، **الصّحَةُ لِاَنَّ الْعقْدَ** هنا من حيثُ اِنَّهُ عقدٌ، لايُعْتَبَرُ فيه سوىٰ الْقَصدِ الموجودِ فی الْمُكْرِهِ اذا كان عاقداً و الرّضا الْمعتَبَرُ مِنَ المالكِ، موجودٌ بالفرضِ **حيثُ** اَنَّهُ اَمَرَهُ باجراءِ العقدِ او الايقاعِ فهو كان راضيّاً بِاَصْلِهِما **فَهذا اَوْلىٰ** من المالِكِ الْمكْرَهِ علىٰ العقدِ اذا رَضِیَ لاحقاً.

اِحْتَمَلَ الشّهيدُ الثّانی فی المسالك، عَدَمَ الصحّة فيما اذا كان العاقِدُ مُكْرَهاً **نظراً الىٰ اَنَّ** الاكراهَ فی العاقِدِ يُسْقِطُ حُكْمَ اللَّفْظِ و هو التَّأثيرُ الخارجـیُّ كـما لَـوْ اُمِـرَ المجنونُ بالطَّلاقِ فَطَلَّقَها: بِاَنْ اَمَرَهُ شخصٌ عاقِلٌ فی اِجْراءِ الطَّلاقِ فَاَجْرىٰ الصّيغَةَ فَالطَّلاقُ لايَقَعُ لِعَدمِ تأثيرٍ فی اللَّفْظِ الصّادِرِ مِنْهُ فالعاقِدُ الْمكرَهُ، كالمَجْنونِ المأمورِ فی اِجراء الطَّلاقِ فی عَدَمِ تأثيرِ عَقْدِهِ الصّادِرِ مِنْهُ.

ثمّ قال الشّهيد الثّانی فی المسالك: اَلْفَرْقُ بين العاقِدِ الْمُكرَهِ وَ الْمَجْنونِ الْمَأْمُورِ فی اِجراءِ صَيْغَةِ الطَّلاقِ، اَنَّ عبارَةَ الْمَجْنُونِ، مَسلُوبَة بِخلافِ الْـمُكْرَهِ فَـاِنَّ عـبارَةَ العاقِدِ، مَسْلُوبَةٌ لِعارِضِ تَخَلُّفِ الْقَصْدِ فَاِنْ كان الْآمِرُ و هو المالِكُ الَّذِی اَكْرَهَ الْعاقِدَ فی اِجراءِ الْصَّيْغَةِ، قاصِداً، لَمْ يَقْدَحْ اِكراهُ الْمَأْمُور.

و لايَخفیٰ: انَّ هذا الْفَرْقَ، مَبْنِیٌّ علىٰ صحّةِ العقدِ او الْاِيقاعِ الصّادِرِ مِـنَ العـاقِدِ

الْمُكْرَهِ لِاَعلىٰ صورَةِ عَدَمِ الصّحَةِ **فَاِنَّهُ** لافَرقَ **حينئذٍ وَ الدَّليلُ علىٰ ذلك**، قول الشّهيد(ره): «**فَاِنْ كانَ الآمِرُ قاصداً، لم يَقْدَحْ اِكْراهُ الْمَأْمُورِ**».

والشَّيْخُ(ره) بَعْدَ نقلِ كلامِ الشّهيد فى مَتْنِ المكاسب[1] **صَرَّحَ بِاَنَّ هٰذا الْفَرْقَ الّذى افادَهُ الشّهيد الثّانى، حَسَنٌ.**

و قال الشّهيد الثّانى ايضاً فى الْمَسالِك: «لَوْ اُكْرِهَ الْوَكيلُ علىٰ الطَّلاقِ دونَ الْمُوَكِّلِ بِاَنْ كانَ شَخْصٌ وَكيلاً عن زيدٍ فى إجراءِ صيغَةِ الْطَّلاقِ فجاءَهُ شَخْصٌ آخَر و قالَ له: «طَلِّقْ فى هٰذَا الْيوم، والوكيلُ يُريدُ اِجْراءَ الصّيغَةِ فى يَوْمِ الْجُمعَة مثلاً **ففى صِحَّة الْطَّلاقِ** فى هذِه الصّورة، **وجهانِ ايضاً: صِحَّةُ الْطَّلاقِ و عَدَمُ صِحَّتِهِ اَمّا صِحَّةُ الْطَّلاقِ فلِتَحَقُّقِ الاَخْتِيارِ فى الْمُوَكّلِ المالِكِ.**

و اَمّا عَدَمُ صِحَّتِهِ فَهُوَ سَلْبُ عبارة المباشر.

رُبَّما يُسْتَدلُّ علىٰ فَسادِ العقدِ فى هٰذينِ الفرعين **و هُما صُورَةُ اِكراهِ المالِكِ** العاقِدَ علىٰ اِجراءِ الصّيغَةِ و صورَةُ اِكراهِ شَخصٍ وكيلَ زيدٍ فى اِجراءِ صِيْغَةِ الطّلاقِ عَلىٰ اِجراءِ صيغة الْطَّلاقِ، بِما دَلَّ علىٰ رفعِ حكمِ الاكراه حديثُ: «**رُفِعَ عَنْ اُمَّتى تِسْعَةٌ...**» **حيثُ** اِنَّ الْشَّخْصَ فى الفَرْعَيْنِ، مُكْرَهٌ عليه فَيُدُلُّ علىٰ فسادِ ماوَقَعَ فى الفرعين.

ثمّ قال الشّيخُ(ره): انّ فى الاستدلال بِحَديثِ الرَّفْعِ علىٰ الْفَسادِ، **نَظَرٌ وَ اِشْكالٌ لِاَنّ** حَديثَ الرّفعِ، اِنَّما يَرْفَعُ حُكْماً ثابتاً لِلْفِعلِ الْمُكْرَهِ عَلَيْهِ لو لا الاكراه.

و من الواضح: انّ الْعَقْدَ، سببٌ مُستَقِلٌّ لِلْنَّقلِ وَ الْاِنتقالِ و هٰذا الاَثَرُ مَنْفِيٌّ بِسببِ الاكراهِ لِعَدَمِ تأثيرٍ للعقدِ هُنا بِالْنِّسْبَةِ الىٰ المتكلّم بهذا الْعَقدِ الّذى وَقَعَ مُكْرَهاً عَلَيْهِ.

ثُمّ قالَ(ره): ممّا يُؤَيّدُ صِحّةَ البيعِ اَوِ الْطّلاقِ فى الفرعَيْنِ الْمَذكُورِين، حُكمُ المشهورِ: **بِصِحَّةِ بيعِ الْمُكْرَهِ بَعْدَ لُحوقِ الرّضا.**

و من المعلوم: اَنَّ لُحوقَ الرّضا، اِنَّما يَتَعَلَّقُ بحاصِلِ العقدِ الّذى هُوَ اَمْرٌ مُسْتمِرٌّ و هو الْنَّقلُ و الاِنتقالُ **و اَمّا الْتَّلَفُظُ بالكلامِ** الّذى صَدَرَ مُكرَهاً عَلَيْه **فلا مَعْنىٰ لِلحوقِ** الرّضا به **لِاَنَّ** ما مَضىٰ و انْقَطَعَ و هو الكلامُ الصّادِرُ مِنَ الْمُتَكلّمُ مُكرهاً عَلَيْهِ، لايَتَغَيّرُ

---

١. ص ٩٣، من المكاسب من منشورات جامعة النّجف الدّينيّة.

عَمّا وَقَعَ عَلَيْهِ و لايَنْقَلِبُ فَلا يُفِيدُ لُحُوقُ الرِّضا لِهٰذا الْكَلامِ الصّادِرِ مِنَ الْمُتَكَلِّمِ مُكْرهاً عليه.

نعم: رُبَّما يُسْتَشْكَلُ فِي الْفَرعَيْنِ المذكورين من حَيْثُ الْحُكم بِصِحَّتِهِما: اَنَّ الْقَصْدَ الىٰ المعنى و لو عَلىٰ وَجْهِ الْاِكْراهِ، شَرْطٌ فِي الْاِعتناءِ بِعِبارَةِ الْعَقْدِ و لايُعْرَفُ الْقَصْدُ الىٰ المعنىٰ و لو علىٰ وَجْهِ الْاِكْراهِ اِلّا مِنْ قِبَلِ الْعاقِدِ فَاِذا كانَ العاقِدُ مختاراً، اَمْكَنَ اِحرازُهُ بِاَصالَةِ الْقَصْدِ فى اَفْعالِ الْعُقَلاءِ الْاِخْتِيارِيّةِ دونَ الْمُكْرَهِ عَلَيْها.

اَللّٰهُمَّ اِلّا اَنْ يقالَ: اِنَّ الْكَلامَ بَعْدَ اِحرازِ الْقَصْدِ و عدمِ تَكلُّمِ الغاقِدِ، لاغياً او مُوَرِّياً **مُضافاً اِلىٰ ذلك،** يمكنُ اِجراءُ اَصالَةِ القصدِ فى الْمُكْرَهِ ايضاً لِعَدَمِ اختصاصِ اِجراءِ الْاَصالَةِ من قِبَلِ الْعُقَلاءِ فى اَفعالِهِمْ الاِخْتِيارِيَّةِ **بل** تجرى حتّىٰ فى الْاَفْعالِ الْمُكْرَهِ عليها اذا شَكَّ فى صُدورِها بقَصْدٍ مِنَ الْمُكْرَهِ.

ثُمَّ قال الشّيخُ(ره) فى ذيل كلامه: «**فتأمّل**» لَعَلَّ الْاَمْرُ بالتَّأَمُّلِ من جَهْةِ اَنَّ مَدْرَكَ اِعْتِبار اَصالَةِ الْقَصْدِ، اِنّما هُوَ الاجماعُ و بناءُ الْعُقلاءِ علىٰ ذلك.

و من الواضح: اَنَّهُما انّما قامَا وَ اعْتَبَرا فِي افعالِ العُقلاءِ اَلْاِختيارِيَّةِ دونَ الْمُكْرَه عَلَيها.

الىٰ هَنا تَمَّ حاصِلُ كلامِ الشَّيْخِ(ره) فى مَسْأَلَةِ: **هَلْ يُعْتَبرُ فى صِدقِ الاِكْراهِ اَوْ فِي حُكْمِهِ، اَلْعَجْزُ عنِ التّفصىّ ام لا؟**

نَحْنُ نقُولُ:

اَلْعَجْزُ عن التّفصىّ له فردانِ: اَلْعَجْزُ عَنِ التّوريةِ لجهلٍ او دِهْشَةٍ و اَلْعَجْزُ عن غيرِ الْتَّوْرِيَةِ **فهنا بحثانِ:**

البحثُ الاوّلُ: انّ الْعَجْزَ عن التّوريَةِ، هل يُعْتَبَرُ فى صِدقِ الاكراهِ ام لا؟.

البحثُ الثانى: انّ العجزَ عَنْ غيرِ التَّوْريَةِ ايضاً يُعْتبرُ فى صدقِ الاكراهِ ام لا؟.

بِعبارَةٍ اُخرىٰ يمكن اَنْ يقالَ: اَنَّ القدرةَ عَنِ الْتَّفَصِىّ قسمانِ:

الاوّل: اَلْقُدرَةُ عليه فى عالَمِ الاِنْشاءِ و عدمِ قَصْدِ المدلول و المعنىٰ اى

ماتَدُلّ عليه الْكَلِمَةُ و قَصَدَ مايَدُلُّ عليه اللَّفظَ **هل** هذا، كافٍ فى عدمِ صدقِ الاكراه ام لا؟.

الثّانى: القدرةُ علىٰ التَّفصىّ لغير نحو التّورِيَةِ و **يَقَعُ البحثُ فى** اَنَّ مع القدرةِ عليه **هل** يَصْدُقُ الاكراهُ ام لا؟.

اَلْبَحْثُ فی التّورية

يقع البحث فی التّوريةِ فی مقامين:

اَلْمَقامُ الْاَوَّلُ، بحثٌ عامٌّ لايختصُّ بِالموردِ الّذی نحن فيه وَ ذُكِرَ هذا البحثُ فی باب الكذبِ و هو انّ التّوريَةَ، **هل هی من اقسامِ الْكِذْبِ ام لا؟**

فيه قَوْلانِ: قولٌ بعدمِ كون الْتَّوْرِيَةِ مِنْ اقسامِ الكذبِ كما عن الشّيخ و غيره من الفقهاء.

قولٌ آخَر: دخولُ مواردِ التّوريَةِ فِی الْكِذبِ موضوعاً.

مبنیٰ القولين: انّ مبنیٰ الصّدقِ و الكذبِ، علیٰ دَلالةِ الظّاهر و مقامِ الاثبات او قَصْدِ الحكايةِ و مقام الثّبوتِ.

علیٰ مبنیٰ الاوّل، تَدْخُلُ مَوارِدَ التّوريَةِ فی الْكِذْبِ موضُوعاً.

و علیٰ مبنیٰ الثّانی: انّه لم‌تَدْخُلْ مواردُ التّوريةِ فی الكَذْبِ ليست هی مِن مَوارِدِ الْكذْبِ كما عن الشّيخ(ره) فی موارد:

منها: ما لَو قُلْتَ فی مقامِ اِنكارِ ما قُلْتَهُ فی حقِّ احدٍ، **«عَلِمَ اللّٰهُ ما قُلتُه»** و اَرَدْتَ كلمة ما، المَوْصَولةِ **و لكن** فَهِمَ المخاطَبُ مِنها، ما النّافِيَةَ.

و منها: ما لَو اِسْتَأْذَنَ رَجُلٌ بالباب فقال الخادِمُ له، ما هُوَ ها هُنا؟ و اشارَ الیٰ موضوعٍ قال فی البيت.

منها: ما لو قُلْتَ: «اَلْيَوْمَ ما اَكَلْتُ الْخُبْزَ، اَنْتَ تَقْصُدُ بذٰلک، حالَةَ النَّوْمِ او حالَةَ الْصَّلاةِ».

الحقّ: مع القول الثّانی و هو دخول موارد التّورية فی الْكِذْبِ موضوعاً **و يدلّ عليه مُضافاً الیٰ مُساعِدَةِ الْعُرْفِ** معه: انّه اذا لم‌تكن مواردُ الْتَّوْرِيَةِ من مَصاديقِ الكذبِ، يَلْزَمُ خلُّو الكذبِ عن جهةٍ اِقْتَضَتْ كونُهُ حراماً.

وَ اِيضاً يَدُلُّ علیٰ ذلک: انّ الْتَّوريَةَ، مُخالِفٌ لِـمَعنیٰ الْاِرادةِ الْاِستعمالِيَّةِ و هو اِيْجادُ المعنیٰ الّذی وُضِعَتِ الْكَلِمَةُ له فی الْذِّهْنِ ليس المرادُ منها، ايجادَ معنیٰ آخَر فی الْذِّهنِ **وَ من هُنا:** تُناسِبُ التَّوريَةُ مع معنیٰ الكذب.

وَ اَضِفْ علىٰ ذلك: انّه لم يَكُنْ كذلک اى لم يكنِ المدارُ فى الْصّدقِ و الكذبِ علىٰ دلالةِ ظاهر الكلماتِ، قَدْ يَلْزَمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الارادَتَيْنِ الْمُتَنافِيَتَيْنِ. اى ارادةُ ظاهِرِ اللَّفْظِ الّذى لم يُقْصَدْ فى مرحَلَةِ الواقعِ، فهو جَمْعٌ بينَ الْمُتَنافيينِ و هو لايَجُوزُ.

و من الواضح: اَنَّ اكثرَ الموارِدِ الّتى ذُكِرَتْ فى باب التَّوْرِيَةِ، من هٰذا القبيلِ مثلَ ما وَرَدَ: **«اِنَّ مُعاوِيَةَ اَمَرَنى اَنْ اَطِعْنِى الخ...»**.

اَلْمَقامُ الثّانى الّذى هو بَحْثٌ موردِيٌّ: **اَنَّهُ علىٰ فَرْضِ اَنَّ الْتَّوْرِيةَ و مواردها؛ لم تكن داخِلَةً فى الكذبِ هَلْ يُعْتَبَرُ العجزُ عَنْهُ فى التَّفَصِىّ عن صدقِ الاكراهِ ام لا؟**

هنا قولانِ: قولٌ باعتباره فى صِدْقِ الْاِكراهِ كما عن جَماعةٍ و قولٌ بِعَدَمِ اعتبارِه فى صدقه كما عَنِ الشّيخ(ره) و من تَبَعَهُ.

اِعْلَمْ: اَنَّ محلَّ البحثِ، فيما اذا يَقْدِرُ الْمكَرَهُ علىٰ التّوريةِ و عدم قصدِ المعنىٰ و المدلول **و اَمّا اذا لم يَقْدِرْ عليها لِجَهلٍ** او دِهْشَةٍ **فلا اِشْكالَ** فى عدم اعتبارها.

اِسْتَدَلَّ الشّيخُ(ره) عَلىٰ مَذْهَبِهِ بِوَجْهينِ:

اَلْوَجهُ الاوّلُ: اَنَّهُ يَصْدُق الاكراهُ مع القدرةِ علىٰ الْتَّوْرِيَةِ عرفاً.

اَلْوَجهُ الثّانى: علىٰ فرضِ عدمِ صدقه معها موضوعاً، يُحْكَمُ بِصدقِهِ حُكْماً و اَنَّهُ فى حكمِ الاكراهِ لِاِطلاقِ رَفْعِ الاكراهِ و الْنُّصُوصِ الواردة فى بابِ الْمُكَرَهِ و عِتْقِهِ و معاقدِ الاجماعات وَ الشَّهراتِ و عدم استفصالها و السّكوتِ فى مقام الاطلاق.

و بالجملة، المستَفادُ من كلام الشّيخ(ره): انّ فى اعتبار العجز عن التّفصىّ مطلقاً فى صدقِ الاكراهِ، احتمالاتٌ ثلاثةٌ:

الاوّل، الاعتبارُ مطلقاً سواءٌ كان بنحو التَّوْرِيةِ او غيرِها.

الثّانى: عدمُ الاعتبارِ مطلقاً.

الثّالِثُ: التّفصِيلُ بين التَّوْريةِ و غيرها و القولُ بعدمِ اعتبارِ العجز عن التّفصىّ فى التّوريَةِ و اعتبارُهُ فى غيرها.

الاقوىٰ فى نظر الشّيخِ(ره) القولُ الْاَخيرُ و هو القولُ بالتّفصيلِ.

وجه اعتبار التّورية فى صدق الاكراه، اَنْ يتحقّق فيما اذا لم يكنِ الْتَّفصِىّ منه

حتّیٰ بنحو التّورية **و حيثُ يُمْكِنُ** اَنْ يَتخَلَّصَ بعدمِ قصدِ مدلولِ اللّفظ و معناه و لم‌يَتَخَلَّصْ، فَهُو لَيْسَ بمكرَهٍ.

و قولُ الشّيخِ فی عدمِ اعتبارِ التّوريةِ فی صدق الاكراه بالنّظرِ الیٰ الدّليلين اللّذين ذكرناهما سابقاً من النّصوص و دليل العرف.

و تشهد لقوله(ره)، قضيّةُ عمّار و ابويه **حيث** اُكرِهوا علیٰ الْكُفْر فابیٰ ابواه فقتلا وَ اَظْهَرَلهم عمّارُ ما ارادوا فجاؤا باكياً اِلیٰ رسول اللّه ﷺ فَنَزِلَتْ الآيةُ الشّريفَةُ: ﴿**و مَنْ كَفَرَ باللّه مِنْ بَعدِ ايمانِهِ اِلّا مَنْ اُكرِهَ و قَلْبُهُ مُطمَئِنٌّ بالْإيمانِ**﴾[1] و قالَ رسولُ اللّه ﷺ: «**اِنْ عادُوا عَلَيكَ فَعُدْ**» و لم‌يتذكّره الرّسولُ ﷺ علیٰ التّورية **لانّ** التّذكر عليه ﷺ و ان لم‌يكن واجباً **الّا انّه لا اشكال فی رجحانه، خصوصاً مع كثرة شفقة رسول الله** ﷺ **عليه و عَلِمَه بكَراهَةِ تَكَلُّمِ عمّار بِالْفاظِ الْكُفْرِ مِنْ** دونِ توريةٍ».

و دعویٰ: انّ ما ارادوا انّه هو التّبرّی عن رسول اللّه ﷺ و هو حرامٌ و ان لم‌يكن ذٰلِكَ بِقَلْبِه، فَالتّوريَةُ، لم‌تَدْفَعِ المحذورَ فَهِیَ غيرُ نافِعَةٍ فيه و **ذلك لانّ** المناطَ فی صدقِ التّبریّ، اَللّفظُ الدّالُ عليه و صِدقُ الْهَتْكِ الّذی يوجد بمجرّد الكلام و التّكلّم عليه، حرامٌ وَ اِنْ لم‌يكن قاصِدَ المعنیٰ.

مَدْفُوعَةٌ بِاَنّا وَ اِنْ قَبِلْنا بِاَنَّ الْتَكَلُّمَ بالفاظِ الكفر، لايَدْفَع المحذورَ اِلّا اَنَّهُ يُخَفِّفُ الشَّرَّ.

و اَمّا اعتبارُ التَّفصِیّ فی نظر الشّيخ(ره) بغير الْتَّوْرِيَةِ فی صِدقِ الاكراه، فيعلَمُ ممّا اُخِذَ من القيودِ فی تعريفِهِ **حيث** يَلْزَمُ فيه اَنْ يكونَ اَلضَّررُ، مُتَرتّباً علیٰ ترک الفعل مع عدمِ امكانِ التّفصیّ عنه بوجهٍ من الوجوه.

و امّا اِمكانُ التَّفصیّ بغير الْتَوْرِيَّة، لم‌يَتَرَتّبِ الْضَّررَ علیٰ مجموعِ تركِ الفعلِ و تركِ الْعَلاج **هذا كلّه فی** الاكراهِ الرّافِعِ لِاَثرِ الْحُرْمَةِ.

و اَمّا الْإكراهُ الرّافِعُ لِاثَرِ المعاملات، فليسَ الْعَجْزُ عنه معتبراً وَ اِنّما يكْفی فی صِدْقِ الاكراهِ، عَدَمُ كونِ عَقْدِهِ عَنِ الْطيّبِ و الرّضا **حيث** اِنَّ المناطَ فی بُطلانِ المعامِلات،

---

۱. سورة النّحل، الآية ۱۰۶.

عَدَمُ تحقّقِ الرِّضا سَواءٌ تَحَقَّق الاكراهُ ام لا؟.

تَشْهَدُ علىٰ ذلك روايةُ «اِبن سِنان» عن ابى عبداللّه عليه السلام قال: «لايَمِينَ فى قَطِيعَةِ رَحِمٍ و لا فِى جَبْرٍ و لااِكراهٍ **قلتُ:** اَصْلَحَكَ اللهُ و ما الفرقُ بينَ الجَبرِ وَ الْاِكْراهِ؟ قال: اَلجبرُ من السُّلطانِ وَ يَكونُ الْاِكراهُ مِنَ الزَّوْجَةِ وَ الْاُمِّ وَ الْاَبِ و ليس ذٰلكَ بِشىءٍ».

هٰذه الرّوايةُ، تَدُلُّ علىٰ بطلانِ عَقْدِ الطّلاقِ الواقِعِ عَنْ اِكْراهٍ من الزَّوْجَةِ وَ الْاَبِ وَ الْاَخ و غَيْرِهِمْ. **فَتَحَصّلَ ممّا ذَكَرْنا اَنَّ النِّسْبَةَ** الواقِعَةَ بينَ الْعُنوانَيْنِ:

اَلْاِكْراهُ الرّافِعُ لِاَثرِ المعاملاتِ وَ الاكراهُ الرّافِعُ لِاَثر الْحرْمَةِ، اَخَصُّ مُطلَقاً.

و بَيْنَ المناطَيْنِ و هُمٰا دَفْعُ الضَّرَرِ و عَدَمُ تَحقّقِ الرّضا، اَعَمُّ مِنْ وَجْهٍ.

و من هنا يعلم: وَجْهُ ترديدِ العلّامة(ره) فى الفرعِ الآتى و فَتْواه بِعَدمِ تَحَقُّقِ الْاِكْراهِ وَ انْ كانَ غَيْرَ وَجيهٍ لمٰا سَيجِئُ عن قريبٍ:

لَوْ اَكْرىٰ علىٰ طَلاقِ اِحْدىٰ زَوْجَتَيْهِ و طَلَّقَ واحِدَةً مِنْهُمٰا، فَتُحْتَمَلُ صِحَّةُ طَلاق اِحْداهُمٰا» اِعْمالاً لِلْاِختيارِ **و ذلك** لِاَنَّ الاِكْراهَ، علىٰ القَدْر الْمُشْتَرَكِ دونَ الفردِ الْمُعَيَّنِ و انّ ما يَخْتارُهُ من واحِدٍ منهما بِطِيبِ نَفْسِه وَ تَرْجيحِهِ بِدَواعِيهِ النَّفْسانيّةِ الخارِجَةِ عَنِ الاكراهِ، فَهُوَ مُكْرَهٌ عَلَيْهِ بِاعْتِبار جِنْسِهِ.

و هذا الاحتمالُ مِنَ الْعَلّامَةِ(ره)، لايَصِحُّ وَ اِنْ كانَ وَجْهُهُ ما قلناه **لِاَنَّ الاِكْراهَ** علىٰ الْقَدْرِ الْمُشْتَرَكِ، يَلْزَمُهُ الْعَملُ بِاِحْداهُمٰا فى مَقامِ الْعَمَل.

وَ التَّحْقيقُ: اَنَّ الْاِكراهَ، اِنّمٰا هو علىٰ الكلّىِّ دائماً لا علىٰ الْفَرْدِ الحَقِيقِيِّ وَ اِنْ كانَ اِتْيانُ الْفَرْدِ بِمُلاحِظاتٍ وَ خُصُوصِيّاتٍ فِى الْفَرْدِ وَ اَحْوالِهِ الْمُخْتَلِفَةِ **و لكن،** اتيانُ الْفَرْدِ، يُعَدُّ مِنَ الْمُكْرِهِ.

بالجملة، تَفْصِيلُ الْعَلّامَةِ، غَيْرُ وَجيهٍ و اِن كانَ وَجْهُهُ، ما قلناه **اللّهم** اِلّا اَنْ يُوَجَّهَ بِتَحَوّلِ الرِّضا بِاِحْداهُمٰا الّتى هى خارِجةٌ عن محلّ البحث.

هُنا مجالٌ لِلسُّؤالِ عن الشّيخ(ره):

و هو انّه علىٰ ما قُلْتُم مِنْ اَنَّهُ لايَلْزَمُ فى بُطْلانِ الْعَقْدِ فى الْمُعامِلاتِ، صِدْقُ الْاِكْراهِ **بل كُلُّ** مَوْردٍ ليسَ فيه الرّضا، يُوجِبُ الْبُطْلانَ **فَحينَئِذٍ** لامَوْرِدَ لاحالَةِ الْبَحْثِ فى

الْاِكْراهِ و تَحْقِيقِ مَعْناهُ وَ قُيُودِهِ و شَرائِطِهِ.

وَ اِيضاً يَلْزَم علىٰ ماذكره الشَّيْخُ(ره) مِنْ كونِ مناطِ صِدقِ الْاِكْراهِ الرّافِعِ لِاَثَرِ الْمُعامِلاتِ، عَدَمَ الرّضا بِمَضْمونِهِ، لادَفْعَ الضَّرَرِ، اَنْ يَبْقىٰ دليلُ الْحاكِمِ الَّذى هُوَ حَدِيثُ الرَّفْعِ بِلا اَثَرٍ وَ **ذٰلِكَ** لِاَنَّ مقتضىٰ حاكِمِيَّةِ حَدِيْثِ الرَّفعِ. **و مِنْها: «ماأُكْرِهُوا عَلَيْهِ»**، عَلىٰ اَنَّ الْمَناطَ، اَلْاَدِلَّةُ الخاصَّةُ، اَنَّهُ يَرْفَعُ جَميعَ الآثارِ لَوْ لا اَلاِكْراهِ وَ اِذا قُلْنا: اَنَّ الْمَناطَ، فى تَرَتُّبِ جَميعِ الآثار فى الْمُعامِلات علىٰ الْاَدِلَّةِ الخاصّةِ، عَدَمُ الرّضا بمضمونه يَبْقىٰ دليلُ الحاكِمِ بلا مَوْرِدٍ.

اَلْكَلامُ فِى الفرعِ الّذى عَنْوَنَهُ الْعَلّامَةُ:

فَتوىٰ الْعَلّامَةُ(ره): «بِصِحَّةِ وُقوعِ الطّلاقِ فى مَسْأَلَةِ: مٰا لَوْ اَكْرَهَ اَحَدٌ فرداً عَلىٰ طَلاقِ اِحْدىٰ زَوْجَتَيْهِ و طَلَّقَ واحِدَةً منهمٰا فَتَحْتملُ صِحَّةُ طلاقِ اِحْداهُمٰا» بعيدٌ جدّاً **لانّ** اِمْتِثالَ الكُلّىِّ و الجامع، بِاِتْيانِ الفرد فَيَقَعُ كُلُّ فردٍ من اَفرادِ الكُلّىِّ علىٰ صِفَةِ الْاِكْراهِ المُوجِبِ لِبُطلانِ العقد سواءٌ كانَ الجامِعُ مِثْلَ هٰذا الْمِثال: **«جِئْنِى بِرَجُلٍ اَوْ اِنسانٍ»** او عرضيّاً وَ اِنْتِزاعِيّاً مثْلِ هذا المثال: **«جِئْنِى بِاَحَدِ هٰذا»**.

يُمْكِنُ اَنْ يُوَجَّهَ الْفَرْعُ الْمَذْكُورَ بِنَحوٍ يَخْرُجُ عن الْبُعْدِ وَ لَوْ فِى بَعضِ الصُّوَرِ و لوْ فى الجملةِ **و هو اَنَّ الْاَمْرَ** بالْقَدْرِ الْمُشْتَرَك، يَسْتَلْزِمُ الاَمْرَ بِاَفرادِهِ اِيْضاً وَ هُوَ لا اِشْكالَ فِيهِ **وَ لٰكِنْ** اِخْتِيارُ اَىِّ فَرْدٍ مِنْهُ بِحَيْثُ يَخْتارُ اَحَدَهُمٰا دُونَ الآخَرِ **حَيْثُ** يكونُ مُباحاً بملاحظاتٍ مُخْتَلِفَةٍ وَ لخُصُوصيّاتٍ مَوْجُودَةٍ فى اَحَدِهُمٰا دونَ الآخر، **اِنَّمٰا بِيَدِ الْعامِلِ فحينئذ:** لايَصْدُقُ الاِكْراهُ و هٰذا كَضَمائِمِ الْنِيَّةِ **حيث** كانَتْ مُباحَةً كما عَنْوَنُوه فِى ابوابِ الْفِقْهِ و لايَجِبُ اَنْ يكونَ مُتَقَرِّباً اِلىٰ اللهِ تعالىٰ فيهٰا ايضاً كَمٰا اِذٰا تَوَضَّؤَ بمٰاءٍ باردٍ دونَ حارٍّ و طاهِراً وَ غَيرُهمٰا، لايَحْتاجُ هذا، اِلىٰ ضَمِيمَةِ الْنِيَّةِ فيهٰا.

فَتَنْطَبِقُ هٰذه القاعِدَةُ فيمٰا نَحْن فيه، فمٰا كانَ مُكْرَهاً، اَلْقَدْرُ الْمشْتَرَكُ و عنوانَ اَحَدِهمٰا اَوْجَدَهُ، وَ اِتْيانُ اَىِّ فَرْدٍ منه، بِيَدِ العامِلِ و اِخْتِيارِه؟

وَ ثمرتُهُ اَنَّ الاثرَ اِنْ تَرَتّبَ علىٰ الجامعِ، **فَهو مخيّرٌ** باتيانِ كلِّ فردٍ منه و اَمّٰا اِذا تَرَتَّبَ الْاَثَرُ علىٰ الافرادِ فيصدقُ الاكراهُ علىٰ الجامِعِ فَقَطْ اِنْ تساوَت **الافرادُ فى**

الخصوصيّاتِ فَيَلْزَمُهُ التّخييرُ باتيانِ كلّ فردٍ منه.

و اَمّا اذا كانت ببعضِ افرادِهِ خصوصيّةٌ لكونه حراماً فَتَعَلُّقُ الْاِكراهِ للجامعِ و الكُلّيِّ، لايُوجِبُ **حينئذٍ** اَنْ يَختارَ هذا الفردَ بِخُصوصِه فليسَ هُوَ بِمُكرَهٍ لِاِختيارِهِ لِمُلاحظةٍ خاصّةٍ فيه و ترتّبِ اثرٍ خاصٍّ له. **و هٰذِه القاعَدَةُ بعينها، تجرى** فى الاوامر كما اذا اَمَرَ الْمَوْلىٰ عبداً بالصّلٰوةِ **فَقَوْلُ الْمَوْلىٰ «صَلّ» مثلاً** مطلقٌ بالنّسبةِ الىٰ الامكنةِ و الاحوالِ فهو مُخَيّرٌ باتيانِهِ فى كلّ مكانٍ و حالٍ و هذا، لايوجِبُ اَنْ يأتِى بَهٰا فى مكانٍ له اثرٌ خاصٌّ ككونه غَصْباً وَ اِن كان مُكْرَهاً بالنّسبةِ الىٰ الجامع.

تَتَفَرَّعُ علىٰ هٰذه القاعِدَةِ، فروعٌ:

منها: ما لَوْ اُكْرِهَ اَحَدٌ علىٰ شُربِ الماء او الخمرِ، لايجوز اَنْ يَخْتارَ الخمرَ **لِاَنَّ** له اثراً خاصّاً مع اَنَّهُ مُكرَهٌ بالجامع بينهما.

و منها: ما لَوْ اُكْرِهَ علىٰ عقدٍ صحيحٍ او فاسدٍ فاذا اِخْتارَ الْبَيْعَ الفاسِدَ مثلاً، لايَصْدُقُ عليه الاكراهُ **لانّه** اِختارَهُ عن اختيارٍ و قصدٍ **مَعَ انّهُ** يمكن اَنْ لايَخْتارَهُ، باختيارِ فردٍ آخَرٍ مُكرَهٍ.

منها: ما لَوْ اُكْرِهَ علىٰ بيعِ داره اَوْ ردِّ دَيْنِه فَاِذا اِخْتارَ البَيْعَ، لم‌يَصْدُقْ عليه الاكراهُ **حيثُ لم** يَكُنْ مُكرَهاً علىٰ اتيانِ خصوصِ البيعِ و كان قادراً اَنْ يَخْتار رَدَّ الْدَّيْنِ الّذى هو كانَ واجباً عليه.

بيانُ نُكْتَةٍ فى التَّوْجِيهِ المذكورِ

و هو انّه لايخفى: اَنَّ هذا التّوجِيهَ، يمكن اَنْ يُشارَ به اِلىٰ نُكْتَةٍ قد خَفِيَتْ علىٰ الكثيرِ و هو اَنَّ هذا التّوجِيهَ، اِنَّما يَصِحُّ فيما اذا تَكُنْ هٰذه الملاحظاتُ، مُتَقَوّمَةً بالاِكراهِ مَعَ انّها قَدْ تُقَوّي الْمُلاحظاتِ الشّخصِيَّةِ بحيثُ تَنْقَلِبُ و تتحوَّلُ وَ تَنْتَهِى الىٰ الاختيارِ و الرّضا وَ اَمّا اذا فيما اذا كانت الملاحِظاتُ الْشَّخصِيَّةِ، مُتَقَوِّمَةً بالْاِكراهِ، فالعقدُ يَقَعُ باطلاً وَ اِن بَلَغَ ما بَلَغَ فى الْقُوَّةِ فما دامَ لم‌تَبْلُغِ الملاحظاتُ الشّخصِيَّتُهِ فى الْقُوَّةِ بمرتبةِ الرّضا و الاختيارِ **فلا اِعْتبارَ لها** وَ يَصْدُقُ علىٰ هذا الفردِ و يَصْدُقُ علىٰ هذا الْفَرْدِ الّذِى يَأْتِى به، اَنَّهُ وَقَعَ علىٰ صفَةِ الْاِكراهِ.

اَقْسامُ الْاِكراهِ و احكامُها:

اَلْاِكْراهُ، قد يَتَعَلَّقُ علىٰ شخصٍ مُعَيّنٍ كزيدٍ فهو كـالواجبِ الْـعَيْنِيّ و قـد يَـتَعَلَّقُ بالكُلّى و الجامِع وَ الْقَدْرِ المشترک کعنوانِ اَحَدِهما او احدٍ من الآحاد و نحوهما فهو کالواجِبِ التّخييريِّ و قد يَتَعَلّقُ علىٰ احدٍ من الاثنين او الجماعة **بحيثُ** اذا بـادَرَ اَحَدُهُما او اَحَدُهُمْ الىٰ الْفِعْلِ، يَسْقُطُ الاكراهُ و يَبْرَء ذِمَّةُ الغيرِ به **و ذلک لانّ** مقصُودَ الآمِر، اِنّما وُقُوعُ الفعل فى الخارج.

اَلْشُّبهَةُ الْمَنقُولَةُ عنِ الْعَلّامَةِ:

اَلْشّبْهَةُ المنقولَةُ عَنِ العلّامة وَ مَنْ تَبِعَهُ، هِيَ احتمالُ الصّحّة و عَدَمُ صدق الْاِكراهِ و هٰذِه الْشُّبهةُ، قَوِيّةٌ اَشَدَ الْقُوَّةِ **و الْسِرُّ فى ذلک:** اَنَّ فى الفرض السّابِقِ، كُلُّ فردٍ من اَفرادِ الكلّيِ تَعَلَّقَ له الاكراهُ وَ الْمُكرَهُ مُتَعدِّدٌ بخلافِ **هذا الفرض فتصيرُ حالُها حالَ** الْواجِبِ الكِفائِيّ و يجوزُ فِعْلُ اَحَدِهما و بعد اتيانه تَسْقُطُ ذِمَّةُ الْآخَرِ فاِذا فَعَلَهُ الآخرُ، يَقْعَ الفعلُ لاعن اِكراهٍ.

غايَةُ ما يُمْكِنُ اَلْقَوْلُ فى الفرقِ بينهما: اَنَّ الواجِبَ الكِفائِيّ فى الواقع، تَخْييرٌ فى المأمور به وَ اَمّا فيما نَحْنُ فيه، فَتَخْييرٌ فى المأمورِ.

وَ الْتَّخييرُ ايضاً: اِمّا تخييرٌ شرعِيٌّ او عَقْلِيٌّ فَاِذا قال الآمر: «**اِفْـعَلْ اَنْتَ اَوْ اِبْـن وَلَدِكَ**» فَهُوَ من قبيل الْتَّخيير الشّرعيّ و اَمّا اذا صَرَّحَ بهذا النّوعِ من الكلام: «**فَلْيَفْعَلْ الْمُكَلَّفُ**» و نحو ذلک فَهُوَ مِن قبيلِ التّخييرِ الْعَقْلِيّ.

و ايضاً فيما نحن فيه ملاحظاتٌ ليست هى فى الواجِبِ الكفائِيّ فـفى الْـواجِبِ الكِفائِيّ اذا بادَرَ اَحَدُ الْمُكَلَّفِينَ، كَفىٰ وَ سَقَطَ عَنِ الْغَيْرِ **و مع ذلک** كانَتِ الْمُبادِرَةُ اليه لِكُلّ فردٍ، جايزاً **و امّا فيما نَحْن فيه فَيَلْزَمُ الصّبرُ** و عدمُ الْمُبادِرَةِ فى بعضِ الموارد كما اذا عَلِمَ اَحَدٌ منهما: اَنَّ الآخَرَ، لم يُقَيَّدْ بالحدودِ الْشَّرْعِيّ و يَسْهَلْ لَه الاِقدامُ بِـالعَمَلِ

الْمُكرَهِ الّذى هو حرامٌ او عَلِمَ انّ اَحَدَهُمٰا حرامٌ بـالذّاتِ وَ الآخَـرُ مُـبٰاحٌ **فـتجب** المبادِرَةُ الىٰ المبٰاحِ لا الحرامِ وَ اِلّاٰ لم‌يَصْدُقِ الْاِكْراهُ فيه **و ذلكَ** لِاَنَّ اِتيٰانَ اَحَدِهِمٰا للضَّرُورَةِ.

وَ مِنَ الْمُسلَّمِ: اَنَّ الضّرورات، تُبِيحُ الْمَحْذُورات بِقَدْرِ الضّرورةِ وَ الْاِضْطرارِ.

فروعٌ فى الْمَقامِ بَحَثَ عنها الشّيخُ(ره):

منها: ما لَوْ اَكْرَهَهُ علىٰ بيعِ واحدٍ غَيْرِ مُعَيّنٍ من عبدين فباعَهُما او باعَ **نِصفَ اَحَدِهما، ففى التّذكرةِ، اِشكالٌ.**

نَظَرُ الشّيخِ(ره) هنا: اَنَّ بَيْعَ العبدينِ فَاِنْ كان تدريجاً فالظّاهِرُ، وُقوعُ **الاوّلِ مُكرَهاً** دون العبد الثّانى **حيث** وَقَعَ الْبَيْعُ عن اختياره فلا اِكراهَ فيه حتّىٰ يَبْطُلَ الْبَيعُ، معَ احتمالِ الرّجوعِ الىٰ البايع فى السّؤال عنه: بأَنْ يُسْأَلَ منه اِنّكَ اَىَّ بيعِ العبدِ من العبدين، اَرَدتَهُ مُكْرَهاً؟

سواءً اِدّعىٰ العَكْسَ بِاَنْ قالَ: كُنْتُ مُكْرَهاً فى البيع الثّانى دون الاوّل ام لا؟

و لو باعَهُما دفعةً، اِحْتَمَلَتْ صِحَّةُ الجميعِ **لاَنّه** خلافُ الْمُكْرَهِ عَلَيْه **و الظّاهِرُ:** انّه لم‌يَقَعْ شىءٌ منهُما عن اِكراهٍ.

و يُحْتَملُ بطلانُ بَيْعِ العبدينِ جميعاً لِوُقوعِ اَحَدِهِما، مُكْرَهاً عَلَيْهِ من دونِ تَعْيينٍ فى البينِ وَ وُقُوعُ الاِكْراهِ فى اَحَدِهما دونَ الآخر، ترجيحٌ بلا مُرَجّح.

و فى نظر الشّيخ(ره) الاوّل وَ هِىَ صِحَّةُ بيعِ الجميع معاً هو الاقوىٰ.

منها: ما لَوْ اُكْرِهَ على بَيْعٍ مُعَيّنٍ فُضمَّ اليه غَيْرُه وَ باعَهُما دَفْعَةً **فالاقوىٰ** عِنْدَ الشّيخِ فى غيرِ ماأُكرِهَ عَلَيْهِ، الْصِحَّةُ.

وَ اَمّا مَسْأَلَةُ النّصْفِ الْمَذْكُورَةُ فى قول العلّامة فى التّذكرة: **«او باعَ نِصْفَ اَحَدِهُما»** اى اِنْ باعَ النّصفَ بَعدَ الاكراهِ عَلىٰ الْكُلّ بِقَصْدِ اَنْ يَبيعَ الْنّصْفَ الآخر اِمْتِثالاً لِلْمُكرِهِ فَلا اِشكالَ عِنْدَ الشّيخِ(ره) فى وقوعِ هٰذا الْبَيْعِ مُكرَهاً عَلَيْهِ بَناءً علىٰ شُمُولِ الْاِكْراهِ لِبَيْعٍ لمجموعِ دَفْعَتَيْنِ وَ اِنْ كانَ بَيْعُ نِصْفِ اَحَدِ العبدينِ لِرَجاءِ اَنْ يَقْنَعَ الْمُكرِهُ بالنّصف كان ايضاً اِكراهاً **لكن** فى سِماعَ دَعْوىٰ البايع، بَيْعَ نصفِ الْعَبْدَ لِرَجاءِ رضىٰ الْمُكْرِه بذلک: بِاَنْ اِدّعىٰ امامُ الحاكمِ: اِنّى انّما اَقْدَمْتُ علىٰ بيعِ النّصفِ لِاَجْلِ رَجائى برضاه بذلک و ليست له امارة علىٰ دعواه مع عدم الامارات، **نَظَرٌ.**

منها: ما قالَ الْعَلّامَةُ فى التّحريرِ و نقله الشَّيْخُ(ره) هنا: **«لَوْ اُكْرِهَ عَلىٰ الْطَّلاقِ**

فَطَلَّقَ ناوِيَاً.

قال العلّامة(ره): «اَلْاَقْرَبُ وُقوعُ الطَّلاقِ انتهیٰ».

وَ نَحْوُهُ فی الْمسالِكِ بزياده احتمالِ عدم الوقوع **لِاَنَّ الْاِكراهَ، اَثَرُ الْبَيْنُونَةِ بين الْمَرأَةِ و الزّوجِ** وَ مُجَرَّدُ نِيّةِ الطّلاق لا اَثَرَ لها فی التّفرقَةِ بينَ الزّوجينِ.

وَ حُكِيَ عَنْ سِبْطِ الشّهيدِ الثّانی فی نهاية المرام: انّه نُقِلَ عَدَمُ وقوعِ الطَّلاقِ لو اُكْرِه عَلَيْه و هو ناوِله و اِسْتَدَلَّ سِبْطُ الشّهيد الثّانی(ره): بِعُمومِ ما دَلَّ مِنَ النّصِّ الاجماعُ علیٰ بُطلانِ عقدِ الْمُكرَهِ وَ الاِكْراهُ متحَقّقٌ هنا اذا المفروضُ انّه لولاه، لَما فَعَلَهُ.

ثُم قال سبطُ الشّهيد الثّانی: اَنَّ الْمَسأَلَةَ و هی طلاقُ الْمُكْرَهِ ناوياً للطّلاق، مَحَلّ اِشْكالٍ عند الفقهاءِ.

و عن صاحِبِ كشفِ اللّثام(ره): انّه لو عَلِمَ الْمُكْرَهُ بالفسخ: انّه لايَلْزَمُه اِلّا اللَّفْظُ، وَ لَهُ تَجْرِيدُهُ عَنِ الْقَصْدِ فَلاشُبْهَةَ فی عَدَمِ صِدْقِ الْاِكْراهِ هُنا.

وَ اِنّما يُحْتَمَلُ الْاِكراهُ مَعَ عدمِ علْمِ الْمُكَرَهِ بانّه لايلزمه الّا اللّفظُ و له تجريده عن القصد سَواءً ظَنّ لزومَ الْقصدِ وَ اِنْ لَم يُرِدْهُ الْمُكْره ام لا؟

ثمّ: اِنَّ بعضَ المعاصِرينَ و هو صاحبُ الجواهر ذَكَرَ عن المسالک فَرْعَ وُقوعِ الطّلاق لو اُكرِهَ علیٰ ذلک كما اَفادَهُ العلّامَةُ وَ بَناهُ عَلیٰ اَنَّ الْمُكْرَهَ، لاقَصْدَ له اَصْلاً فَرَّدَ صاحبُ الجواهر، الْشَّهيدَ الثّانی فی هذا المبنیٰ فقالَ: اِنَّ الْمُكْرَهَ قاصِدٌ الیٰ مَفْهومِ اللّفظِ، وَ اَنَّ الطّلاقَ الصّادِرَ مِنْهُ، واقِعٌ فی الخارَجِ.

وَ اَشْكَلَ الشّيخُ علیٰ صاحب الجواهر(ره) بانّه لم يقل اَحَدٌ بُخلُّوِ الْمُكرَهِ عن قَصْدِ معنیٰ اللّفظِ و عَدَمُ القصدِ الیٰ اللّفظِ اصلاً، ليس مراد الفقهاء **بل** مرادُهُمْ بعدم القصدِ الیٰ وقوعِ مَضْمُونِ العقدِ فی الخارج لاعدم القصد الیٰ مفهومِ اللّفظ اصلاً **وَ مِن هُنا،** شَرَّكَ الشّهيد الثّانی بين الْمُكْرَهِ وَ الْفُضُولیّ فی القصد.

فَاِنَّ من الواضح: اَنَّ العاقِدَ الفِضُولیّ، قاصِدٌ الیٰ مفهومِ اللَّفْظِ فلو كان الْمُكْرَهُ غيرَ قاصدٍ الیٰ مفهوم اللّفظ لمّا كان لِتَشْريكِ الشّهيد الثّانی، اَلْمكْرَهَ مَعَ الفضوليُّ مناسِبَةٌ.

فبناءُ هذا الحكم و هو عَدَمُ وقوعِ الطَّلاقِ مِنَ الْمكْرَهِ بناءً علیٰ ماافاده صاحبُ

المسالک فی فرع الطّلاقِ مکرَهاً علی ماذکر انّ مراد الفقهاء: من انّ المکرَهِ لاقصد له، انّه لاقَصْدَ له اِلیٰ مفهوم اللّفظ،

ضعیفٌ جدّاً فی نظرِ الشّیخ(ره).

فَتَوضیحُ الاقسامِ الْمُصَوّرَةِ فی الفرع المذکور.

و هو: ما لَو اُکْرِهَ علیٰ الطَّلاقِ فَطَلَّقَ ناویاً عند الشّیخ هکذا:

اِنَّ الاِکْراهَ الْمُلْحَقَ بوقوع الطَّلاقِ قَصْداً الیه راضیّاً به اِمّا انّه لادخل للاکراه فی الطّلاق ابداً بِاَنْ یُوقَعَ الطّلاقُ قصداً الیه عن طیبِ النّفس بحیث لایکون الدّاعیّ الیه، هو الاکراهُ لِبِنَاءِ المُطلّق نَفسِهِ علیٰ تَحَمُّلِ الضّرر من قِبَلِ المتوعّدِ و المُکرِه.

لایخفیٰ بداهةَ وقوعِ الطّلاق فی هذا القسم و ذُکِرَ اِحْتِمالُ عَدمِ وُقوعِ الطّلاقِ فی المسالک و جَعَلَهُ قولاً فی نهایةِ المرام وَ اِستشْکالُه علیه لِعُمومِ النّصّ و الاجماع.

هذا، اَلْقِسْمُ الْاَوّلُ من الاقسام المتصوّرَةِ فی مسألة: مٰا لَو طَلَّقَ مُکرَهاً ناویّاً...

و اَمّا الْقِسمُ الثّانی منها: فهو مٰا لایَنبغی التّأمُّلُ فی وُقوعِ الْطّلاقِ لو لم یکن الاکراهُ مستقلاً فی داعیِ الوُقوع **بل** هوَ بِضَمیمةِ شیءٍ اختیاریٍّ للفاعل.

وَاَمّا القِسمُ الثّالِثُ و هو ما اذا کان للدّاعی، هو الاکراهُ، فله فردان: لِاَنّ الدّاعی اِن کانَ الاکراه. فَاِمّا اَنْ یکونَ الفعلُ، لا مِن جهةِ التّخلّص من الضّررِ المتوعّد به **بل** مِن جَهة دفع الضّرر اللاّحقِ لِلْمُکْرِهِ بالکسر کمن قٰالَ له وَلَدُه. «طَلِّقْ زَوْجَتَکَ وَ اِلاّ قَتَلْتُکَ او قَتَلْتُ نَفْسي فَطَلَّقَ الوالِدُ خوفاً من قَتْلِ الوالد: نَفْسَه او قتل الغیر له اذا تعرّض لقتل والده.»

هذا، اَلفَرْدُ الاوّلُ وَ اَمّا الفردُ الثّانی فهو اَنَّ الدّاعی علیٰ الفعل شفقةً دِینیَّةً علیٰ الْمُکْرِهِ بالکسر او علیٰ المُطَلِّقَةِ او علی غیرهما ممّن یرید نِکاحَ الزّوجةِ، لِئلاّ یَقَعَ النّاسُ فی مُحرّمٍ **فی نظر الشّیخ (ره):** اِنَّ الْحُکَم فی الفردین المذکورین لایَخْلوُ عن اشکالٍ:

لانَّ الدّاعی الیٰ اِیجادِ الفِعْلِ وَ ان کانَ نَفْسَ الْاِکْراه **ولٰکن** الاقدامُ عَلَیْه لیس لِاَجلِ دَفْعِ الضّررِ المتوعّد به عَنْ نَفْسِهِ **بل لِاَجلِ دفع** الضّرر عَنِ الْمُکْرِهِ بالکسر.

و اَلْقِسمُ الرّابع من الاقسام المتصوّرَةِ فی الفرع المذکور ما کان الفعل لداعی التّخلّص عَنِ الضّررِ و لهذا القسم فردان ایضاً و **امّا الفرد الاوّل فهو** ما یکونُ قصدُ الْفِعلَ لِاَجل اِعتقادِ المُکْرَهِ اَنَّ الْحَذَرَ مِنَ المُکْرِه بالکسر، لایتحقّق اِلاّ بِایقاعِ الطَّلاق حقیقةً، لِغَفْلَةٍ مِنَ المکرَه بالفتح عن انّ التّخلّص، غَیْرُ مُتوقِّفٍ علیٰ القَصدِ اِلیٰ وقوعِ اَثَرِ الْطَّلاقِ، و حصولِ البینونَةِ فَیُوَطِّنُ نَفْسَه علیٰ رفع الیَدِ عَنِ الزّوجةِ وَ الْاِعراضِ عنها فَیُوَقِعُ الْطَّلاٰقَ قاصِداً و هذا، کثیراً ما یَتَّفِق للعَوام.

وَ اَمّا الْفَردُ الثّانی مِنَ القسمِ الرّابع من الفرع المذکور: انّ هذا التّوطِینَ وَ الْاعراضَ مِن جهة جهل المشتری بالحکم الشّرعیّ الّذی هو عَدَمُ وقوعِ الطّلاق مُکْرَهاً او کونُ الطّلاٰقِ الصّادِرِ مِنَ الْمُکرَهِ، رأیَ مَذْهبِ بعضِ العامّة فَزَعَم: اَنَّ الْطَّلاقَ یَقَعُ مع الْاِکْراهِ. **هذا هو الْفَردُ الثّانی ایضاً** من القسم الرّابع کثیراً مٰا یَتَّفِقُ للعوامِ.

وَ الْحُکْمُ عند الشّیخ (ره) فی هاتین الصّورتینِ ای صورَةُ کونَ قصدِ الْفِعل لاَجلِ اِعْتقادِ الْمُکْرَه: اَنَّ الحذر لا یتحقّق و صورةُ کون التّوطین وَ الْاِعْراضِ من جهة جَهْل المُکْرَهِ بالفتح بالحکم الشّرعیّ، **لا یخلو عن اِشْکالٍ** الاّ اَنَّ تَحَقُّقَ الاِکْراهِ اَقْرَبُ و لازِمُ تحقُّقِ الاِکْراهِ، فی الصّورتین عَدَمُ وقوع الْطَّلاٰقِ، **حیثُ** اِنَّه لاٰطَلاٰقَ فی حٰالَةِ الْاِکْراهِ.

وَ اِلَیکَ اَلْاَقسامُ الْاَربَعَةُ معَ الْفَرْدَیْن لِکُلٍ مِنَ القِسمِ الثّالِثِ وَ الرّابِعِ:

اَلْقِسمُ الْاَوَّل: اَنْ لاٰ یَکونُ لِلاِکْراهِ، دَخلٌ فی الطّلاقِ المذکورِ اَصْلاً بحیثُ لایکونُ الدّاعی الیٰ وُقوعِ الْطّلاٰقِ، هُوَ الْاِکْراهُ بَلْ اَوْقَعَهُ بِطَیبِ نَفْسٍ منه لبنائه علیٰ تَحَمّلِ الضَّرَرِ الْمُتَوَعّد به.

اَلْقسمُ الثّانی: اَنْ یَکونَ الْاِکْراهُ، دَخیلاً فی وقوعِ الْطَّلاقِ وَ اِنْ لمیَکُنْ مُستَقِلاً فی ذلک **بل** بواسطةِ ضَمیمَةِ شیءٍ اختیاریٍ معه.

اَلْقِسمُ الثّالِثُ: اَنْ یَکونَ الدّاعی علیٰ الْطَّلاقِ هو الْاِکْراهُ وَ لَهُ فردانِ:

الاَوَّل: اَنْ یکون اتیانُ الْفِعْلِ لا لاَجلِ دفع الْضَّرَر عَنِ نفسه **بل** مِنْ جَهَةِ دَفْع

الضَّررِ عن الْمُكْره بالْكَسرِ كما مَثَّلَ له الشّيخُ (ره) كَمَنْ قالَ له وَلَدُهُ: «طَلِّقْ».

الثّانى: اَنْ يكونَ اتيانُ الْفِعْلِ الْمُكْرَهِ عَلَيهِ لاَجل شَفقَّةٍ دينيّةٍ علىٰ الْمُكْرِهِ بالكسر، لاٰ لِاجلِ دفعِ الْضَّرَر عَنْ نَفْسِهِ كما افاده الشّيخُ (ره).

اَلْقِسمُ الرّابعُ: اَنْ يَكونَ الدّاعِىَ مَنْ اِتيانِ الفعل، هُوَ التَّخلُّصُ مِنَ الْضَّرَرِ و هذا، له فردانِ ايضاً.

الاوّلُ: اَنْ يكونَ قصدُ اِيقاعِ الطّلاقِ لِاَجل اِعْتِقادِ الْمُكْرَه بالفتح، انَّ دَفْعَ الضّرر، لايُمكِنُ اِلاّٰ بِايقاعِ الطّلاقِ؛ غَفْلَةً عَنْ اَنَّ الْتَّخَلُّصَ مِنَ الْضَّرَرِ، غَيْرِ مُتَوقِّفٍ علىٰ القصد الىٰ وُقوعِ اَثَرَ اَلطَّلاقِ.

الثّانى: اَنْ يكونَ الاِقْدامُ علىٰ الْطَّلاٰق وَ تَوطِينُ نَفسِهِ علىٰ ذٰلكَ لاَجـلِ جَـهْلِ الْمُكْرَهِ بالْحكمُ الشّرعىِّ او كانَ يَعْتقدُ اَنَّ مَذْهَبَ الشّيعَةِ الامٰامِيَّةِ كَمَذْهَبِ اِخوٰانِـنا السّنّةِ فى وقوعِ اَلطّلاقِ مِنَ الْمُكْرَه بُالفتحِ.

نَحْنُ نَقولُ فی اَقسامِ الاکراهِ:

تَعَلُّقُ الْاِکراه علیٰ امرٍ، عَلیٰ اقسامٍ: **تارةً یتعلّق** علیٰ المالکِ العاقِدِ و هو یُوجِبُ الْبُطلانَ بلا اشکالٍ فیه **و تارةً یَتَعَلّقُ** علیٰ المالکِ غیرِ العاقِدِ بِاَنْ یَأْذنَ او وَ کَلَّ العاقِدَ لِاجراءِ الصّیغةِ.

و تارةً ثالِثَةً: یتعلّقُ علیٰ العاقِدِ دونَ المالکِ.

هٰذهِ الْفُروعُ یَجبُ الْبَحثُ عَن حُکْمِها:

امّا الاوّلُ: فقد ظَهَرَ اَنَّهُ یوجبُ البطلانَ بلا خلافٍ فیه.

وَ اَمّا الثّانی: فَحُکْمُهُ ایضاً واضِحٌ لِاَنَّ حُکْمَهُ حُکْمُ الْفِضُولیّ **حیثُ** اِنّ المالِکَ یَکْرَهُ عَلیٰ اَنْ یَأْذَنَ العاقِدَ اَوْ یُوَکّلَه فی اِجراءِ العقدِ بلا اِذْنٍ وَ رِضاً من المالکِ فیَبْقیٰ الْعَقْدُ بلا اِذن فهو یُوجِبُ الْبُطلانَ بمعنیٰ عَدمِ ترتُّبِ الْاَثَرِ علیه ما دامَ لم تَلْحَقِ الْاِجازَةُ اِلَیْهِ.

وَ اَمّا الثّالِثُ: فهو انّه لو تَعَلَّقَ الْاِکراهُ عَلیٰ العاقدِ دونِ المالکِ سواءٌ کانَ من قِبَلِ المالکِ او عن الغیرِ الّذی رَضِیَ المالِکُ بِالْعَقْدِ **و لکن لَمْ** یَرضَ العاقِدُ باجراءِ الْعقدِ لجهةٍ من الْجَهاتِ فی نظره.

اَلْاَصلُ الْاَولیُّ فیه، اَلْبُطلانُ لانّ العقد، هُوَ الایجابُ وَ الْقَبُولُ و هُما لم یقَعا عَنْ اختیارٍ و ارادةٍ **الّا اَنَّ** الْمُستَفاد من کلامِ الشّیخ(ره) **اَنَّه صحیحٌ** و اَنَّ اِحتمالَ الْبُطْلانِ لایُعْتَنیٰ به **وَ اَستَدَلَّ الشّیخُ(ره) بالصحّةِ: اَنَّ** جمیعَ شرائِطِ الْصحَّة هنا من قَصْد الانشاء و الْمَدْلُولِ و رِضیَ الْمالِکِ، حاصِلٌ وَ ما فَقَدَ وَ نَقَصَ هنا، عدمُ رِضیَ العاقِدِ بِاِجراءِ عَقْدِهِ و هُوَ لایُؤَثّرُ هنا.

بِالجملةِ، الْمُعْتَبرُ مِنَ الرّضا فی صِحّةِ المعاملاتِ و تَرَتُّبِ الْاَثرِ لها، الرّضا الْمُسَبَّبیُّ لا الرّضا الْسَّبَبیُّ و تَدلّ علیه الآیاتُ مثلُ: ﴿**اِلّا اَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَن تَراضٍ...**﴾[1] و الاخبار و امّا اعتبارُ الرّضیٰ بالْتَّلَفُّظِ بالفاظِ الصّیغةِ فی صحّتها، فَلَمْ یُقِمْ علیه دلیلٌ.

اِن قلتَ: انّ حدیثَ الرّفعِ کما یَدُلُّ علیٰ رفعِ آثارِ عقدٍ خالٍ عنِ الرّضا الْمُسَبَّبیّ و کذلک یَشْمَل رَفْعَها عن عقدٍ خالٍ عنِ الْرّضا السَّبَبیّ ایضاً لدلالته علیٰ رفعِ عُمومِ

---

۱. سورة النّساء، الآیة ۲۹.

الآثار.

قُلْتُ: لَيْسَ للعاقِدِ الْمُكْرَهِ، حُكْمٌ تكليفيٌّ او وَضْعِيٌّ وَ ما لَهُ الْحُكْمُ كذلک، هو المالِکُ و هو لَيْس بِمُكْرَهٍ.

بالجملة، حديثُ الرّفعِ، يَرْفَعُ الْاثرَ الْمُتَرتّبَ علىٰ الْمُكْرَهِ لا علىٰ غَيْرِهِ وَ الْمُكْرَهُ هُنا، العاقِدُ و ليس لَهُ حُكمٌ كذلک حتّىٰ يرفَعَهُ.

ثمّ: اَيَدَّ الشّيخُ، الْصّحّةَ و عَدَمِ تأثيرِ الاكراهِ هُنا بما تَسالَمُوا عليه من اَنَّ المالِکَ العاقِدَ اذا رَضِىَ بعدَ الْعَقْدِ وَ اَجازَهُ، يَقَعُ العقدُ صحيحاً.

وَ مِنَ المسلّم: اَنَّ الاجازَةَ لا تَتَعَلَّقُ علىٰ العقدِ السّببىِّ وَ هُوَ الايجابُ وَ الْقَبُولُ **لِاَنَّهما** من قبيل اللّفظ و هو انّه اِنْعَدَمَ و اِنْقَضىٰ وَ انْصَدَمَ و **حينئذٍ،** الرِّضا اللاّحِقُ، لايُقَلِّبُ ماوَقَعَ فى الْواقِعَ عَمّا هو عَلَيهِ **بل** الرِّضا تَعَلَّقَ علىٰ العقْدِ الْمُسَبَبِىِّ الّذى هو باقٍ اعتباراً. **و دعوى:** اَنَّ معنىٰ الفسخ، حَلُّ العقدِ و هو يُنافى هٰذا الْقَولَ **مَدفوعٌ** بِاَنَّ المرادَ من العقدِ هنا، ايضاً اَلْعَقْدُ الْمُسَبِبىُّ.

وَ اذا اَثَّرتْ اِجازَةُ المالکِ العاقِدِ الّلاحِقَةِ فى الصحّة، فمنا نَحْنُ فيه اَوْلىٰ بِالْصِّحَةِ لِاَنَّ علىٰ الفرض، تَحَقَّق الْرِّضا فيمنا نحن فيه منَ الاوّلِ بخلافه فى المالِکِ العاقِدِ الّذى يَأتى بَعْدَ تحقّقِ الْعَقْدِ.

اشكال السّيّد فى عدم تأثير حديث الرّفع فى اكراه العاقد و المالك:

اَشْكَلَ السّيّدُ (ره) هنا فى الحاشية بانّه ان ارادَ اَنَّ الْمَرْفوعَ، هو الْحُكْمُ الّذى عليه لا الْحُكْمُ الّذى له **لانّه** المُناسِبُ لِلْامتنانِ **فَفيهِ:** اَنَّ لازِمَهُ، صِحَّةُ الْهِبَةِ فيمنا لوْ اُكْرِهَ علىٰ قَبولِها فَاِنَّ ذلک نافِعٌ له لاضَرَرٌ عليه اذا كانت بِلاٰ عَوَضٍ.

وَ اِنْ ارادَ اَنَّ الْمَرفوعَ، هو الْاَثَرُ الْمُتَعَلِّقُ به و اَثرُ الْطَّلاقِ فى دليل الرّفع فى الفرضِ، ليس مُتَعَلِّقاً به بخلافِ الْاِكراهِ علىٰ قَبولِ الْهِبَةِ، **فَفيهِ مَنْعُ ذلک و لادليلَ علىٰ هذا التّقييد بل** مُقْتَضىٰ الامتنانِ، اَنْ لايَكونَ الْفِعْلُ الْمُكْرَهُ، مُؤَثِّراً اذا كانَ الاثرُ مُخالِفاً لِغَرضِه سَواءٌ تَعَلّقَ به او بغيره؟.

و الشّيخُ(ره)، صَرَّحَ فی آخر كلامِهِ بِانَّ اِثباتَ اَنّ العاقِد، قَصَدَ الْمَعنیٰ، **مُشْكِلٌ** فَهِیَ شُبْهَةٌ مِوْصوعيّةٌ وَ التَّمَسُكُ بِالْاصْلِ الْعُقَلايیِّ فی اثباتِ قَصْدِ العاقدِ لِلْمعنیٰ، **مُشْكِلٌ و ذٰلكَ لِاَنَّ** مَورد الاصلِ فيما اذا لم‌تكنْ قَرينةٌ علیٰ خلافِهٰا وَ اَمَّا **هُنا فَالْاِكْراهُ** علیٰ اِجرائِهِ، قَرينَةٌ علیٰ خِلافِهِ.

مَسْأَلَةٌ لَوْ رَضِيَ الْمُكرَهُ بالعقد الّذى وَقَعَ عن اِكراهٍ اى لو رَضِيَ الْمُكْرهُ بما فَعَلَهُ هل يُوجِبُ كونَهُ صحيحاً كما فى الفضوليّ ام لا؟

فيه وجهانِ بل قولانِ:

المشهورُ بين المتأخّرين: اَنّهُ لو رَضِيَ الْمُكْرَهُ بما فَعَلَهُ، صَحَّ الْعَقْدُ كالفُضوليِّ سواءٌ كانَ كاشِفاً او ناقِلاً **بل** عن الرّياض تبعاً للْحَدائق: اَنَّ علىٰ اِيقاعِ الْعَقْدِ صحيحاً، **اتّفاقهم لِاَنَّهُ** عَقْدٌ حقيقىٌ فَيؤثّرُ اَثَرَهُ معَ اجتماع باقى شرائِطِ البيع و هوَ طِيبِ النَّفسِ **بل** يمكن اَنْ يُسْتَدَلَّ علىٰ صِحَّتِهِ بعدَ الْرِضىٰ، بِدَليل الْفَحوىٰ **لِاَنَّ** الْصِّحَة هنا اَوْلىٰ مِنهٰا فى الْفُضوليِّ **حيثُ** انّه اَوْقَعَ الْمالكُ و الْمُكْرَهُ نَفْسُهُ وَ قَصَدَ مَعْناهُ ايضاً كما قلنا سابقاً **غاية الامر، لَمْ يَكنْ** راضياً بِمَضْمونه **وَ امّا فى الْفضوليّ** فَقَدْ اَوْقَعَهُ عَنِ المالكِ.

و لايخفىٰ: اَنَّ الاستدلالَ بِفحوىٰ بيع الْفُضولى، لايخلو عن ضَعْفٍ لِاَنَّه قياسٌ عَلَيْهِ مع الفارق **لانّ** الْفُضوليَّ، لم يَرِدْ نَهْيٌ يَدُلُّ علىٰ بُطْلانه كمَا اَنَّهُ لَمْ يَدلُّ دليلٌ علىٰ صِحَّتِهِ **وَ اَمّا فى الْمُكْرَهِ فَقَدْ** وَرَدَتْ دلايلُ مُتَعدِّدَةٌ يَدُلُّ علىٰ بُطْلانِهِ.

خالَفَ الْمَشْهورَ جَماعَةٌ منهم: «ملاّ محمّد باقر سبزوارىّ فى الكفاية» و الْمُحَقِّقُ الاردبيلىّ(ره) فى «مَجْمَعَ الفايدة» و «المحقّق الثّانى» فى «جامع المَقاصد» فقالوا: بأَنَ الرِّضا اللّاحِقَ، لايُوجِبُ اَنْ يَكونَ عَقْدُ الْمُكْره صَحيحاً.

وَ اِستَدلّوا لِاعتبارِ الرِّضا حينَ العقدِ بِوُجوهٍ، يَرْجعُ بَعْضُهٰا الىٰ عَدَم كونه عقداً وَ بَعْضها بعد كونه عقداً بعدمِ صِحَّتِهِ وَ لِعَدَم تأثيره.

الوجه الاوّل: اَنَّ الرّضا يعتبر فى مفهوم العقود فلايصدق عنوان البيع و نحوه الاّ فى صورة تحقّق الرّضا حين العقد.

الوجه الثّانى: انّه ذهب بعض الفقهاء بعد الاعتراف بعدم اعتبار الرّضا فى مفهوم العقد و تحقّقه بدونه، الى انّه يعتبر فى تأثيره عرفاً.

الوجهُ الثّالثُ: انّه يعتبر الرّضا فى تأثيره شرعاً ان قلنا بعدم تأثيره عرفاً.

الوجهُ الرّابعُ الاستدلال بهٰذه الآية الشّريفة: «لٰا تَأكُلوا اَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ اِلاّ اَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَن تَراضٍ» بتقريب انّ اكل اموال النّاس بالباطل لايجوز لِاَحدٍ

الّا اَنْ يكون بالتّجارة الّتی هی ناشئةٌ عن التّراضی و امّا عقد المكره فلم يكن كذلک و لم يكن عقده ناشئاً عنِ الرّضا بل لحق الرّضا به بعد العقد **و الاستدلال بها علىٰ** صِحَّةِ عقد الفضولی لاينافی عدم الاستدلال بها علىٰ بطلان عقد الْمَكْرَهِ لانّ الفضوليّ لم‌ينعقده لنفسه و لم‌ينشأه حتّىٰ يتوهّم انّه لم‌يكن راضياً عَلىٰ العقد حينه.

الوجهُ الخامسُ: انّه اِستَدلٌ عَلىٰ نفوذِ الرّضا اللاّحق، بحديث الرّفع بناء عَلىٰ دلالته عَلىٰ عُمومِ الآثار و منها الصِحَّة و التّملّک و غيرها بقرينةِ صَحِيحَةِ البزنطّي **و هذان الدّليلان الاخير** ان يدلاّن عَلىٰ كونه عقداً غاية الامر غيرُ صحيحٍ.

جوابُ الشّيخ عن هذه الوجوه الخمسَةِ:

اَمّا عن الآية الشّريفة فلانّ الآية تدلّ عَلىٰ بطلانهِ اِمّا بدليل الحصر فيها او مفهوم القيد او الوصف و مقارِنَةُ التّجارة لقوله تعالىٰ: «عَنْ تَراضٍ» و عَلىٰ التِّقاديرِ المفروضَةِ لايِصِحُّ الاستدلالُ بها امّا بناء عَلىٰ الحصرِ فهوموقوفٌ عَلىٰ انّ المراد من الاستثناء هنا، الاستثناء المتّصلُ لاالمنقطع مع انّ الاستثناء هنا كان منقطِعاً و هو لايفيدُ الحصرَ.

نعم: لو كان الاستثناءُ مفرّغاً فهويفيد الحصر و لكنّه خلافُ الظّاهرِ.

و وجه كونه منقطعاً انّ «التِّجارَةَ عن تَراضٍ» لم‌يدخُلْ فى الاكلِ بالباطلِ حتّىٰ يكونَ متّصِلاً.

و امّا مفهومُ الوصف او القيد فهو يعتبر مادام لم‌تَكُنْ فى ذكر الوصف و القيد، حِكْمَةٌ و امّا فى موارد وجود الحكمة فيهما، لم‌يكن للوصف مفهومٌ، و كان وارداً فى موردِ الغالبِ.

و امّا حديث الرّفع فاجاب عنه الشّيخُ جوابين مَبْنِيّينِ عَلىٰ اِستفادةِ عمومِ الآثار منه بملاحظة صحيحةِ البزنطيِّ.

و حيث يلزم منه القولُ بتخصيص الاكثر الّذى هو يوجب القدح فى الرّوايةِ و الاستدلالَ به لما نحن فيه، **اِلْتَزَمَ بعضٌ** من الفقهاء للتّخلّص عن هذا القدح بِانّ الْمَقدَّرَ فيه المؤاخذة و امّا الشّيخ(ره) بعد استفادة عموم الآثارِ من حديثِ الرّفع، اِلتَزَمَ انّه لايلزم فيه، تخصيصُ الاكثر بل تخرج منه مواردُ، تخصّصاً مع التَّوجّه بهذه المقدّماتِ الثّلاثة:

اَلْاَوَّلىٰ: انّ حديث الرّفع فى مقام الامتنان.

اَلثّانِيَةُ: انّه لاترفع الآثارَ المترتّبةَ علىٰ الغيرِ عن هذه العناوين.

اَلثّالِثَةُ: انّ الآثارَ المترتّبَةَ عَلىٰ العناوينِ الّتى فى الحديث ثلاثةُ اقسامٍ وَ المَرفوعُ واحدٌ من هذه الثّلاثةِ و هى الآثار المترتّبة عَلىٰ الفعلِ لابِشرطٍ اى لابشرط العلم و الجهل و العمد و السّهو و نحوها.

و امّا الآثارُ الْمُتَرَتِّبَةُ علیه بشرط هذه العناوین و کذلک الآثارُ المترتّبةُ علیه بشرطِ عدمِها فلم تَکُنْ مرفوعةً بالحدیث و لم تکن داخلةً فیه.

لایخفیٰ انّ الجواب الاوّل للشّیخ عنه، یَبْتَنِی علیٰ الامرین من الامور الثّلاثَةِ:

الاوّلُ: کونه فی مقام الامتنان

الثّانی: اَنَّهُ لاترفع الآثار المترتّبة علی غیر المکره عنه **و توضیحهُ: اَنّ** عقد المکرهَ اذا فُرِضَ کونه بمنزلةِ الفضولّیِ اذا الحَقَ به الرّضا، یلزم ان تترتّب علیه هٰذه الاحکامُ الثّلاثَةُ الّتی لم یشملها الحدیثُ فی نظر الشّیخ:

الحکمُ الاوّلُ: انّ المالک فی العقد الفضولیِّ مُختارٌ فی قبولِهِ و ردِّهِ و اذا قَبِلَ و رَضِیَ به یقع العقدُ صحِیحاً و الاّ فلا و هذا هُوَ المَشهورُ.

الثّانی: اَنّ عقد الفضولیِّ من قِبَلِ الاصیل، لازمٌ یترتّب علیه آثارُ الصِحَّة کما هو المشهورُ و یجب علیه الصّبرُ و عدمُ التّصرّف فی الثّمنِ و غیره حتّیٰ اِختار المالکُ احدَ الطّرفینِ اِمّا یَمْضی او یَرُدُّ.

الثّالث: انّه لایجوزُ لمالکِ الفضولیِّ انیُطیلَ مدّةَ اِختیارِ البیع او فسخِهِ بحیثُ یَتَضرَّرُ الاصیلُ بِالاِطالَةِ و یجُوزُ للحاکِمُ اجبارُ المالک باختیارِهِ او فسخِهِ.

هل يَرْفَعُ حديثُ الرّفعِ هذه الاحكامِ الثّلاثَةَ ام لا؟

حيثُ قلنا سابقاً: اِنّ الحديث سِيقَ فى مقامِ الْاِمتنانِ، لايَرْفَعُ الحكمَ الاوّلَ لِاَنَّ هذا، شيءٌ ينفع المُكرَهَ و شأنه رفع كلِّ حكمٍ خلاف الامتنان و لو قلنا بعدم الدّليلِ عَلىٰ جواز هذا الاختيارِ للمالكِ.

و كذلک لايَرفَعُ الحكمَ الثّانِيَ وَ الثّالِثَ **و امّا الثّانى و هو** كونه لازماً من قِبَلِ الاصيل **فَلِاَنَّهُ** يَرْفَعُ الآثارَ و الاحكامَ المترتّبة عَلىٰ المكرَهِ دون غيره كما انّه لايرفع الحديث، الالزامات اللازِمَةَ عَلىٰ العاقدِ و مجرى الصّيغة غير المالک و لو قلنا بانّ عقد المُكْرَهِ كالفضوليِّ.

و امّا الثّالث و هو الزام المالک بعد طول المدّة باختيارِ البيع او فسخِهِ فلايشمله الحديثُ بوَجهينِ:

الاوّلُ: انّه من توابع الحقّ الثّابت للمالک بالاكراه لا من قبيلِ اَحكامِ الفعلِ المتحقّقِ عَلىٰ وَجهِ الْاِكراهِ.

الثّانى: اَنَّهُ يَتَقَوَّمُ بالاكراهِ فهو شرطُ الاكراه فلايَشْمَلُهُ **لما قلنا** انّ المرفوع به، الآثارُ المترتّبةُ عَلىٰ الْفعلِ لابشرطٍ.

و امّا جوابه الثّانى عنه فهو اَنَّ الحديثَ المذكُورَ يَدُلُّ عَلىٰ اِرتفاع الاثر المترتّب عَلىٰ الفعلِ المكرَهِ عليه لو لاالاكراه **و بعبارةٍ أُخرىٰ** يرفع الاثرَ المترتّبَ عَلىٰ ذاتِ العقدِ لا الّذى اَخْذَهُ لابشرطٍ مِن دونِ تقييدِهِ بالاختيارِ او الاكراهِ و نحوه و هو ايضاً تمامُ السّبب لِلاثرِ فالحديثُ المذكورُ يَرْفَعُ تمامَ السّببِ.

و امّا الاثر المترتّب عَلىٰ الفعلِ المكرَه اللّاحق له الرّضا اى بشرطِ شيءٍ، فلايشمَلُهُ حديثُ الرّفع فلايرفع كونُ الفعل الّذى كانَ مورد الاكراه، جزءَ السّببِ و لايجُوزُ الْتَمَسُّكُ به باطلاق الحديث و القول بانّ حديث الرّفع كما يرفع الآثارَ المترتّبةَ علىٰ الفعلِ المُكْرَهِ لابشرطٍ، كذلک يَرْفَعُ الآثارَ المترتّبةَ عَلىٰ الفعلِ بشرطِ شيءٍ ايضاً.

و من هنا يقال: انّه اذا رضِيَ المكرهُ لاحِقاً، يقعُ البيعُ صَحِيحاً.

ولكن يرد عليه كما عن الشّيخ(ره) بانّه لادليلَ عَلىٰ الْصِحَّةِ و عَلىٰ كونِهِ جُـزءَ السّببِ **و لوكان له دليلٌ عَلىٰ الصِحَّةِ** تكون هی القواعد و العمومات مثل: «اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ...» و «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نحوهما **و لكن من الواضحِ انّها** لاتَصْلَحُ لِكونها دَلِـيلاً هنا لِدَلالتِها عَلىٰ اللّزومِ و الصِحَّةِ و نحوهما اذا كان العقدُ مسبوقاً بالرِّضا و ذلک لِاَنَّ حديثَ الرّفعِ، حاكِمَةٌ عليها.

وَ بالْجُمْلَةِ هِیَ تَدُلُّ عَلىٰ كونِ العقد يلزم اَنْ يكونَ مـقارِناً للـرِّضا بـعد كـونها محكوماً لحديثِ الرّفع.

و يمكن ان يجابَ عنه كما عن الشّيخِ ايضاً بانّ دليلَ الصِحّةِ عليه، موجودٌ هنا **و توضيحه انّ هنا ثلاثَةُ طوائِفَ مِن الادِلَّةِ:**

الطّائِفَةُ **الْأولىٰ** قوله تعالىٰ: «اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ و...» و «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نحوُهما ممّا تَدَلُّ عَلىٰ لزومِ المعاملاتِ و يُعَبَّرُ عنها بالعموماتِ و الاطلاقاتِ.

الطّائِفَةُ **الثّانِيَةُ:** هی ادلّةُ اِعتبارِ الرّضا مثل قولِهِ تعالىٰ: «تِجارَةً عِن تَراضٍ...» و قولِهِ تعالىٰ: **﴿لايَحِلُّ مالُ امرءٍ الّا بِطِيبِ نَفْسِهِ﴾** و غيرهما مِن الادِلَّةِ.

اَلطّائِفَةُ الثّالِثَةُ: حديثُ الرّفع و غيرُه من الْاَحاديثِ.

لايخفىٰ عليك انّ من هٰذه الطّوائف الثّلاثَة، تقيّدُ الطّائِفَةُ الْأُولىٰ بالثّانِيَةِ **حيثُ** انّ ادلّةَ اِعتبارِ الرّضا فی التّجارَةِ، يَلْزَمُ فيها الرّضا سواءٌ لَحِقَ بها او كانَ مُقارِنا لِلعقدِ فَيْحصُلُ نوعانِ من البيع:

النّوعُ الاوّل، البيعُ المَرضِیُّ بالرّضا المقارِنِ للعقدِ و لااشكالَ فی عـدمِ تَـحَقُّقِ الاكراه فيه.

النّوع الثّانی، البَيعُ المَرضِیُّ بالرّضا غايةُ الامرِ كانَ لاحقا له و هو محلّ البحثِ و الكلام.

فَلانَقُولُ فيه بتأثير الاكراه بعروضه لذات البيعِ فَتْشَمَلُهُ الاطلاقاتُ الْمَقَيَّدَةُ بادلّةِ اِعتبارِ الرّضا سواءٌ كانَ مقارناً للعقد او لاحقاً له و لايُعارِضُه الاكراهُ **لاَنَّهُ** جزئُهُ و هو بعضُ اَلْمؤثّرِ التّام و هذا لايَرْتفِعُ بالاكراهِ.

هنا مَجالٌ للسُّؤالِ لِلشّيخِ كما صَرَّحَ به السّيّدُ(ره) فى الحاشيةِ و هو انّه لِمَ، لم تُلاحَظِ النّسبَةُ بينَ العموماتِ و ادلّةِ اعتبارِ الرّضا اوّلاً ثُمَّ تقييدُ الْاَوّل بالثّاني ثمّ ملاحِظَةُ الْنّسْبَةِ بين الاِطلاقات الْمُقَيَّدةِ بِاَدِلّةِ اِعتبارِ الْرّضا و بين حديثِ الرّفعِ مَعْ جَوازِ الْعَكْسِ.

و من المعلوم: انّ كَوْنَ حديثِ الرّفعِ حاكِماً علىٰ الْعُموماتِ وَ الْاِطلاقاتِ و الخاصُّ وَ هُوَ دليلُ اِعتبارِ الرّضا، لايُوجِبُ اَنْ تُلاحَظَ الْاَدِلَّةُ العامّةُ مع ادلّةِ اعتبارِ الرّضا اوّلاً ثُمَّ يُلاحَظَ العامُّ الْمُقَيَّدُ معَ الدّليلِ الحاكِمِ ثانياً و لم‌يُعْلَمْ لِعَدمِ الْمُلاحِظَةِ وجهٌ.

قد يُجابُ عنه: بانّ الْمُؤَثّرَ فى تَرَتُّبِ الْاَثَرِ علىٰ العقد، ذاتُ البيعِ وَ الرّضا الْمُلْحَقُ به و لادخالَةَ هنا علىٰ الْاِكْراهِ الْمُقارنِ للعقد و لايَشْمَلُهُ حديثُ رَفْعِ الاكراه **لانّ** الْمَرْفُوعَ، ما كانَ مُتَرتّباً علىٰ الْاِكراهِ الّذى اُخِذَ فى الدّليلِ الْشَّرْعِيّ **فلا مَجالَ** حينئذٍ، للقول بِاَنَّ حديثَ الْرَّفْعِ يرفَعُ، اَلْاَثرَ الْمُتَرتَّبَ علىٰ الْفِعْلِ الْمُكْرَهِ **لانّه** لااَثَرَ له حتّىٰ يَرْفَعُهُ.

اِعْتَرَفَ الشّيخُ(ره) فى مَطاوِى كلماتِهِ **بِاَنَّهُ** لادخالَةَ لِلاكْراهِ فيما نحن فيه فى تَرَتُّبِ الْاَثَرَ **و مَعَ ذلك كَيْفَ يُمْكِنُ** اَنْ يقالَ بانّ كونه جزءَ السّببِ، من آثاره.

بِالْجُمْلَةِ، فَرقٌ بينَ الاكراهِ الّذى هو شَرْطُ ترتّبِ الْاَثرِ عَلىٰ الفعل و بينَ الْاِكراهِ الّذى هُوَ مُقارِنٌ للفعلِ و مُلازِمُه و كلامُ الشّيخِ يَصِحُّ فيما اذا اُخِذَ الْاِكراهُ شَرْطَ تَرَتُّبِ الْاَثَرِ لا ما كانَ مقارناً له.

مَسألةٌ: اَلرِّضا اللّاحِقُ هَلْ هُوَ كاشِفٌ ام ناقِلٌ؟

اِذا فرضنا: انّ الْمُعامِلةَ الَّتِی وَقَعتْ عَن اِكراهٍ، يَصِحُّ فيما اذا لَحِقَ به الرِّضا كما عَنِ المشهورِ، يَقَعُ الكلامُ فِی اَنَّ الرِّضا **هَلْ كاشِفٌ عن وقوعِ الْفِعْلِ** من حينِ تَحَقُّقِ الْعَقْدِ اَمْ ناقِلٌ اَثَرَ الْعَقْدِ من حينِ لُحُوقِ الرِّضا به؟.

يَقَعُ هذا البحثُ بعينه فی بابِ الفسخِ و فی اِجازةِ المالِكِ فی بيعِ الفضولیّ كما سَيجِئُ انشا...

هُنا بَحْثانِ:

بحثٌ بِالنِّسْبَةِ اِلیٰ دَلالَةِ الْاَدِلَّةِ النَّقليَّةِ علیٰ اَنَّ الرِّضا ناقِلٌ اوكاشفٌ؟

بحثٌ آخَر فی اَنَّ اَيَّهُما مُطابِقٌ لِلْاَصْلِ وَ مِنْ مصاديقِ قوله ﷺ: **«لايَحِلُّ مالُ امرِؤٍ اِلّا بِطِيبِ نَفْسِه».**

اَمّا الْبَحْثُ الْاَوَّلُ فَقَدَ يَقَعُ فی باب الفضولیِّ و اَمّا الْبَحْثُ الثّانی فقد صَرَّحَ الشّيخُ بِاَنَّ القاعِدَةَ تَقْتَضی اَنْ يَكُونَ الرِّضا ناقِلاً وَ الْكاشِفيَّةُ تَحْتاجُ اِلیٰ الدّليلِ.

و ذلك: انّ الرِّضا، جزءٌ مِن اَجْزاءِ الْعَقْدِ او شَرْطُهُ مِنْ شَرائِطِ صِحَّته و اَلْجُزْءِ الاخيرِ للعقد و اَنَّهُ جزءٌ مِن مُحَقِّقاتِ الْعَقْدِ و مادامَ لم‌يَحْصُلِ الرِّضا الّذی هو جُزْءُ العلّةِ لِصِحَّةَ العقدِ، لَمْ‌يَحصُلِ المعلولُ و هو العقدُ وَ صِحَّتُه و تَرَتُّبُ الْاَثرِ لَهُ فوزانُهُ وزانَ الْعِلَلِ الطّبيعيّةِ فكما اَنَّ المعالِيلَ الطَّبيعيةَ، لاتَتَحَقَّقُ فی الخارج اِلّا بعدَ تَحَقُّقِ عِلَلِها فَكَذٰلک هنا، لايتحقّقُ العقدُ الّا بِالرِّضا سواءٌ كانَ مقارناً للعقدِ او لاحقاً بِه.

فاذا فرضناكونَ الرِّضا جزءً لِصِحَّةِ الْعَقْدِ فلايُعْقَلُ اَنْ تَتَقَدَّمَ الصِحَّةُ قَبْلَ كون الرِّضا به و ما مَعناه اِلّا الْقَوْلُ بكونِهِ ناقلاً.

و هذاكما فی بيعِ الصَّرْفِ و السَّلَمِ وَ الْهِبَةِ و ذلكَ لِاَنَّهُ لايُحْكَمُ بِتَحَقُّقِ الْمِلكِ فيها اِلّا بعدَ تَحَقُّقِ القبضِ.

و ايضاً: لايُحْكَمُ بتحقّقِ الْمِلكِ بالايجابِ اِلّا اَنْ يُلْحَقَ به القبولُ **وَ ايضاً لايُحْكَمُ بالملكِ فی البيعِ و تَرَتُّبُ** الْاَثَرِ له اِلّا بعدَ اِنقضاءِ زَمَنِ الخيارِ.

بِالْجُمْلَةِ، لايَتَرَتَّبُ الْاَثَرُ علىٰ العقدِ اِلّا بعدَ تحقّق شرائطِهِ او اَجْزائِهِ او مُحَقِّقاتِ موضوع الْحُكْمِ سواءٌ كانَ فى الْعِلَلِ وَ المَعْلولاتِ التّكوينيّةِ لا الْاِعتباراتِ الشَّرعيَّةِ.

فلايُسْمَعُ القَولُ بِاَنَّ قاعِدَةَ الْعِلّيَةِ، انّما تجرى فى العِلَلِ وَ الْمَعْلولاتِ التّكوينيّةِ لا الْاِعتباراتِ الشَّرعيَّةِ. **و اذا قِيلَ بكونه كاشفاً** كما اَنَّهُ اَقْوىٰ فى نَظَرِ الشَيْخِ(ره)، اِنَّما هو بِمُلاحِظَةِ الْاَدِلَّةِ النّقليَّةِ لا اَنَّهُ تَقْتَضيه الْقاعِدَةُ.

و مبنىٰ مَنْ ذَهَبَ الىٰ اَنَّ القاعِدَة تقتضِى كَونَهُ كاشفاً، اَنَّ مُقتضىٰ الرِّضا بالعقدِ السّابقِ و معناهُ، تَنْفيذُ الْعَقْد وَ اَنَّ المالِكَ، بِمُقْتَضىٰ تَسَلُّطِهِ و قدرتِهِ علىٰ مالِه كما فى قوله ﷺ: «**اَلنّاسُ مُسَلَّطُونَ علىٰ اَمْوالِهِمْ**» يَجْعَلُ العقدَ غَيْرَ الصّحيحِ، صحيحاً و ما معنىٰ التَّنفيذِ اِلاّ وُقوعُ العقدِ وَ نَقْل الْمِلكِ من حينِ صُدورِهِ و اِمضاءِ الشّارِعِ له، و ترتّب الآثارِ لَهُ لايَكونُ اِلاّ بِالْحُكْمِ بِحصولِ الْمِلْكِ فى زمانِ النَّقْلِ وَ للرِّضا مِن بينِ سايرِ شرائطِ العقْدِ، خصوصِيَّةٌ **و لذا** لَم يقُلْ اَحَدٌ لِكاشِفيَّةِ سايرِ الشّرائِطِ **بل** بناقليَّتِها بخلافِ الْرِضا فى العقدِ.

بِالْجُمْلَةِ، مبنىٰ هٰذهِ الدّعوىٰ اَنَّ مَفْهومَ الرِّضا، يَدَلُّ علىٰ الكاشِفيَّةِ.

اَجابَ الشّيخُ(ره) عنه بما هو حاصِلُهُ كذا: **اِنَّ العُقودِ قسمانِ: قِسْمٌ** اُخِذَ الْزَّمانُ فى مفهومِهِ كالاجارَةِ وَ الْمضارِعَة و المساقات وَ الْوَصيّة علىٰ احدٍ فى مدّةٍ مُعَيِّنةٍ و العاريهِ الْمُوَقَّتَةِ و نَحوِها. **وَ قسمٌ آخر لم يُؤخَذِ** الزّمانُ فى مَفهومِهِ كالبيعِ **بل** الْاِنشاءات كُلّها سَواءٌ ذُكِرَتْ بلَفظِ الماضى او المُضارِعِ؟

فاذا قلنا: بِاَنَّ الزّمانَ، جزءٌ للْعَقْدِ، يُمكنُ القَولُ بِاَنَّ معنىٰ الْرِّضا وَ الْاِجازَةِ، انّما هُوَ تنفيذُ العقدِ فتكون **حينئذٍ** الْاِجازَةُ كاشِفةً حُكميَّةً و تكونُ صِحَةُ الْمُعامِلَةِ مِن حين وقوعِ العقد و صدورِهِ و امّا فيما اذا دَخَلَ الزّمانُ فى مفهوم عقدٍ كما فى البيعِ و الاجارةِ فَيَتَعَلَّقُ الرّضا اِلىٰ مدلولِ العقدِ و مفادُ الْعَقدِ، انّما هو نَفْسُ النّقل و يُلازِمُ معَ الزّمانِ **و لكن** فَرْقٌ بينَ تَعَلُّقِ الرِّضا بالعقدِ و النّقلِ من حينه و بينَ تعلّقِهِ بنَفسِ العقدِ و النّقلِ **ولكن** يلازمه الزّمانُ و الزّمانُ ظرفُهُ فمجرّدُ كون الاجازةِ تنفيذاً لِلْعقدِ لايَصْلَحُ لكونه دَليلاً عَلىٰ الكاشِفيَّةِ مادامَ لم يدخل الزّمانُ فى مفهومِهِ **فالْحَقُّ** فى هذه

المسألةِ مع الْشَيّخ (ره) **فدعوىٰ** السِّيّدِ (ره) فى الحاشية ص ۱۲۸ او بعضٍ من المحشّين: انّهم يأخذَون الزّمانَ فى الامر **بل** فى الْإنشاءاتِ كُلِها **بل** فى البيعِ و نحوِهِ ايضاً مَرْفُوعَةٌ **حيثِ** اِنَّهُ لا تَفِى باثباتِ الْمَطْلوبِ.

مَسأَلَةٌ: من جملة شروط الْمتعاقِدَيْنِ اِذنُ السِّيّدِ لو كان العاقِدُ عَبْداً **و حيث** لم تكن المسألةُ مِنَ الْمَسائلِ الْمُبتلىٰ به النّاسُ و لايَكُونُ فى بَحْثِها كثيرُ فايدَةٍ خصوصاً فى زمٰاننا هٰذا، اَعْرَضَ الْاُستاذُ عَنْ بَحْثِهِ و شَرَعَ فى البحثُ عَن بَيْعِ الْفُضُولِيّ.