مركز مديريت حوزه هاى علميه

٣٨

المكاسب والبيع

الجزء الأول

تقرير أبحاث الأستاذ المعظم

الميرزا محمد حسين الغروي النائيني

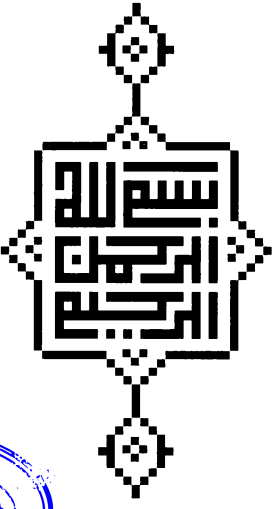
تأليف

سماحة الشيخ محمد تقي الآملي

تحقيق

مجمع الأبحاث العلمية في النجف الأشرف

الناشر: الإدارة العليا للحوزات العلمية / قم المقدسة




شبكة الفكر
alfeker.net

سرشناسه: نائینی، محمدحسین، ۱۲۷۶-۱۳۵۵ق.
عنوان و نام پدیدآور: موسوعة العلّامة المحقق النائیني / تألیف: میرزا محمدحسین الغرویّ النائیني.
مشخصات نشر: قم: مرکز مدیریت حوزهٔ علمیهٔ قم، ۱۴۴۶ق.= ۱۴۰۳ -.
مشخصات ظاهری: ج.
ISBN:
978-622-358-167-0 :3 ج / 978-622-358-166-3 :2 ج / 978-622-358-165-6 :1 ج
978-622-358-170-0 :6 ج / 978-622-358-169-4 :5 ج / 978-622-358-168-7 :4 ج
978-622-358-173-1 :9 ج / 978-622-358-172-4 :8 ج / 978-622-358-171-7 :7 ج
978-622-358-176-2 :12 ج / 978-622-358-175-5 :11 ج / 978-622-358-174-8 :10 ج
978-622-358-179-3 :15 ج / 978-622-358-178-6 :14 ج / 978-622-358-177-9 :13 ج
978-622-358-182-3 :18 ج / 978-622-358-181-6 :17 ج / 978-622-358-180-9 :16 ج
978-622-358-185-4 :21 ج / 978-622-358-184-7 :20 ج / 978-622-358-183-0 :19 ج
978-622-358-188-5 :24 ج / 978-622-358-187-8 :23 ج / 978-622-358-186-1 :22 ج
978-622-358-191-5 :27 ج / 978-622-358-190-8 :26 ج / 978-622-358-189-2 :25 ج
978-622-358-194-6 :30 ج / 978-622-358-193-9 :29 ج / 978-622-358-192-2 :28 ج
978-622-358-197-7 :33 ج / 978-622-358-196-0 :32 ج / 978-622-358-195-3 :31 ج
978-622-358-200-4 :36 ج / 978-622-358-199-1 :35 ج / 978-622-358-198-4 :34 ج
978-622-358-203-5 :39 ج / 978-622-358-202-8 :38 ج / 978-622-358-201-1 :37 ج
978-622-358-204-2 :40 ج
وضعیت فهرست نویسی: فیپا
یادداشت: زبان: عربی.
مندرجات: ج: ۱. الصلاة في المشکوك. ج: ۲. وسیلة النجاة. ج: ۳. رسالة لا ضرر. ج: ٤-۷. الفتاوی ج: ۸. استفتائات فارسی. ج: ۹. کتاب‌الحج و أحکام‌العبادات والمعاملات. ج: ۱۰. حاشیة العروة الوثقی ج: ۱۱. تنبیه الأمّة و تنزیه المِلّة. ج: ۱۲ - ۱۵. أجود التقریرات. ج: ۱٦ - ۲۰. فوائد الأصول ج: ۲۱ - ۲٦. التقریرات الأصولیة. ج: ۲۷-۳٤: الصلاة. ج: ۳۵- ۳۷. منیة الطالب في شرح المکاسب ج: ۳۸ - ۳۹. المکاسب والبیع. ج: ٤۰. رسائل فقهیه
موضوع: نائینی، محمدحسین، ۱۲۷٦-۱۳۵۵ق. -- کتابشناسی
موضوع: مجتهدان و علما -- ایران -- کتابشناسی
'ULAMA -- IRAN -- BIBLIOGRAPHY
شناسه افزوده: حوزهٔ علمیهٔ قم. مرکز مدیریت
شناسه افزوده: ناشر همکار (مشارك)؛ دار العتبة الحسینیة للطباعة والنشر.
رده بندی کنگره: Z ۸۸٤۹ / ٤
رده بندی دیویی: ۰۱٦ / ۲۹۷۹۸٤
شماره کتابشناسی ملی: ۱۰۰۰۸۰۳۹

الأمانة العامة
العتبة الحسينية المقدسة
مركز مديريت حوزه‌های علمیه

موسوعة العلامة المحقق الشيخ محمد تقي الآملي

(١٢٧٦ - ١٣٥٥ق)

(٣٨)

المكاسب والبيع

تقرير بحوث الأستاذ الأقطر

الميرزا محمد حسين الغروي النائيني

الجزء الأول

تأليف

العلامة الشيخ محمد تقي الآملي

تحقيق

مجمع الأعلام المحققين في الدائرة العلمية - فرع قم

الناشر: الإدارة العليا للحوزات العلمية / قسم المقدسة

مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه

انتشارات مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه

موسوعة العلامة المحقق النائيني

رقم المجلّد ■ ..... ■ الثامن و الثلاثون

عنوان الجزء ■ ..... ■ المكاسب و البيع/الجزء الأوّل

تقريراً لبحوث الأستاذ الأعظم الميرزا محمدحسين الغرويّ النائينيّ ﷺ

تأليف ■ ..... ■ الشيخ محمدتقى الآمليّ ﷺ

تحقيق ■ ..... ■ مجمع الإمام الحسين ﷺ العلمي-فرع قم

الناشر ■ ..... ■ الإدارة العليا للحوزات العلمية

الناشر المشارك ■ ..... ■ دارالعتبة الحسينية للطباعة والنشر

الطبعة ■ ..... ■ الأُولى / قم المقدّسة

سنة الطبع ■ ..... ■ ١٤٤٦ هـ ق

عدد النسخ ■ ..... ■ ٥٠٠ نسخه

شابك الدورة ■ ..... ■ ٢-١٦٣-٣٥٨-٦٢٢-٩٧٨

شابك الجزء ■ ..... ■ ٨-٢٠٢-٣٥٨-٦٢٢-٩٧٨

إيران ■ قم المقدّسة ■ شارع معلّم

جنب بيت الإمام الخميني ﷺ

(98+) (25) 37 74 84 73

www.nashrehowzeh.ir

nashrehowzeh@gmail.com

مقدمة مجمع الإمام الحسين عليه السلام العلمي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء

والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين.

لاشكّ ولاريب أنّ من أشرف العلوم بعد المعارف الربانيّة والأصول العقديّة هو العلم بالأحكام الشرعيّة والتكاليف الإلهيّة، ولأهميّته تنافس على تحصيله أهل العلم والفضل، فقطعوا البراري والقفار، وتحمّلوا المتاعب والمصاعب لبلوغ معين هذا النبع والإغتراف من نميره العذب.

لقد بذل علماؤنا الأبرار جهوداً جبّارة في خدمة هذا العلم وهذه المسيرة، منذ عهد الغيبة الكبرى وإلى زماننا هذا، فقدّموا أغلى ما عندهم من أجل الحفاظ على هذه الشعلة متوقدة، تنير الدرب لكلّ من أراد الهداية والوصول إلى برّ الأمان.

فكانوا ولا زالوا يتعاهدون هذه الشعلة ويتناقلونها يداً عن يدٍ وكابراً عن كابر، إلى أن وصلت هذه الأمانة إلى علم من أعلام الطائفة، وفطحل من فطاحل العلم، وركن

من أركان الحوزة العلميّة، هو الشيخ محمد حسين النائيني ﷺ، الذي لم يألوا جهداً في ترسيخ وتأسيس قواعد الفقه والاستنباط، التي تمهّد الطريق للوصول إلى الأحكام الفقهيّة، والخروج من عهدة التكاليف الشرعية.

ولذا روي عن الإمام الصادق عليه السلام أنّه قال: «لوددت أنّ أصحابي ضُربت رؤوسهم بالسياط حتّى يتفقّهوا»[1].

وقال عليه السلام: «تفقّهوا في الدين، فإنّه من لم يتفقّه منكم في الدين فهو أعرابي، إنّ الله يقول في محكم كتابه: ﴿ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون﴾»[2] [3].

فكان قد تخرّجَ من مدرسة المرحوم الميرزا النائيني طائفة من أهل العلم والمعرفة، وعرفوا بالفضل والتحصيل، وانتشروا في أرجاء المعمورة وظهرت آثارهم العلميّة. فدوّنوا تقريرات دروسه في الفقه والأُصول.

وقد بادرت مديريّة الحوزات العلميّة في قم المقدسة لإقامة مؤتمر لإحياء تراث الميرزا النائيني ﷺ، بالتعاون مع العتبة الحسينية المقدسة، متمثلةً بمجمع الإمام الحسين عليه السلام العلمي لتحقيق تراث أهل البيت عليهم السلام. فاختارت إدارة المجمع -المتمثّلة بالاستاذ مشتاق صالح المظفر- مجموعة من مؤلّفاته ﷺ؛ للقيام بتحقيقها. فوقعت هذه المهمة على عاتق فرع المجمع في قم المقدسة. فكان ما يلي:

١. منية الطالب في شرح المكاسب: بقلم الشيخ موسى الخوانساري.

٢. كتاب الصلاة: بقلم الشيخ محمد تقي الآملي.

٣. المكاسب والبيع: بقلم الشيخ محمد تقي الآملي.

---

١. الكافي ١: ٣١/ ٨.

٢. سورة التوبة ٩: ١٢٢.

٣. الكافي ١: ٣١/ ٦.

ترجمة المؤلّف

هو الشيخ محمد تقي ابن المولى محمد بن علي بن محمد بن علي الآملي الطبرسي الطهراني. عالم فقيه، وحكيم فاضل، من وجوه علماء طهران ومراجع الأمور بها.

ولد بطهران في ١١ ذي القعدة سنة ١٣٠٤ق، تربّى في حجر والده -الذي كان من كبار علماء طهران في عصره- تربية حسنة، فأخذ الأوّليات والمقدّمات وشيئاً من المعقول والمنقول عن علماء طهران.

ثمّ هاجر إلى النجف حدود سنة ١٣٣٩ق، فبقي أربعة عشر سنة، كما صرّح به في ترجمته لنفسه في آخر كتابه (شرح المنظومة). فحضر على علماء النجف يومذاك، ولا سيما العلّامتين الميرزا النائيني والشيخ ضياء الدين العراقي وغيرهما.

وفي سنة ١٣٥٣ق، رجع إلى وطنه طهران، وهو يحمل إجازات بعض العلماء له، وشهاداتهم في حقّه، منهم العلّامة السيد أبو تراب الخوانساري، فقد كتب له إجازة في سنة ١٣٤٢ق، حوت ذكر عدّةٍ من مشايخه وطرقهم إلى المعصومين، أدرجها الشيخ مرتضى الكيلاني في كتابه (تذكرة الحكماء) عند ذكر المترجم... ثمّ عاد إلى زيارة العتبات المقدّسة، وتوقّف ليدرك العمرة الرجبيّة سنة ١٣٧٣ق[1].

أساتذته

١. والده المولى محمد بن علي الآملي.

٢. السيد جليل الطارمي.

٣. الشيخ محمد رضا النوري.

٤. الميرزا حسن الكرمانشاهي.

---

١. انظر ترجمته في طبقات أعلام الشيعة ١٣: ٢٦٧.

٥. الشيخ عبد النبي النوري.

٦. الشيخ محمد حسين النائيني.

٧. الشيخ ضياء الدين العراقي.

٨. السيد محمد الفيروزآبادي.

٩. السيد أبو تراب الخوانساري.

١٠. الشيخ ضياء الدين العراقي.

١١. الشيخ محمد حسين الكمباني.

تلامذته

١. ولده الآتي ذكره الشيخ ضياء الدين.

٢. الشيخ محمد طاهر آل راضي.

٣. عبد الله الجوادي الآملي.

مؤلّفاته

١. شرح المنظومة، مجلد واحد.

٢. كتاب الصلاة، ثلاثة مجلّدات.

٣. كتاب المكاسب والبيع، مجلدان.

٤. شرح على العروة الوثقى، ١١ مجلداً.

٥. رسالة في الرضاع.

أولاده

الشيخ ضياء الدين الآملي، من أجلّاء الفضلاء في طهران. توفي سنة ١٣٩١ق.

نحن والكتاب

المكاسب والبيع

بعد الفحص والتنقيب لم نقف على نسخة خطيّة لكتاب المكاسب والبيع، وقد أنهى كتابته في الخامس من ربيع الثاني سنة ١٣٧٣ق، وطبع في تلك السنة. وفي سنة ١٤١٣ق، وأعيد طبعه بحروف جديدة، ثم طبع بالأُفست أكثر من مرّة في مؤسسة النشر الإسلامي في قم المقدّسة. فالنسخة الوحيدة هي الموجودة في الأسواق ، فاعتمدنا عليها في عملنا هذا، وبما أنّها اقتصرت على الحروف الجديدة فقط، فهي خالية من أي تحقيقات وتصحيحات، حيث صرّح الناشر في المقدّمة قائلاً: وبناءً للحاجة الشديدة إليه، منعنا من تحقيقه وطبعه بأسلوب حديث.

فلهذا أدرك مجمع الإمام الحسين عليه السلام ضرورة القيام بتحقيقه وتصحيحه، فكان العمل كالتالي:

١. تنضيد الكتاب ومقابلته على النسخة المطبوعة، وتصحيحها من الأخطاء المطبعيّة والإملائيّة.

٢. تخريج الآيات الكريمة ووضها بين قوسين مزهّرين ﴿ ﴾.

٣. تخريج الروايات الشريفة ووضعها بين قوسين مزدوجين « »، وقد اكتفينا بالنقل عن «وسائل الشيعة»، لأنّه الأكثر تداولاً عند الفقهاء والمحققين، عنه.

٤. تخريج الأقوال الفقهيّة من مصادرها الأُم.

٥. تقويم النص وتقطيعه إلى فقرات، بحسب قواعد التحقيق المتعارفة، بحيث يسهل على القارئ الكريم الوصول إلى ما يريده المؤلّف، وقد عمدنا إلى إصلاح بعض العبارات أو إضافتها ووضعها بين معقوفين [] حيث اقتضتها الضرورة .

٦. وضعنا فهارس للآيات، والروايات، والمحتويات، في آخر الكتاب.

شكروتقدير

لا يسعنا في هذا المجال إلّا أن نتقدّم بالشكر الجزيل إلى المحقق الشيخ منصور إسكندر الإبراهيمي، الذي قام بتحقيق الكتاب، فللّه درّه وعليه أجره.

م. مجمع الإمام الحسين عليه السلام العلمي

هادي القبيسي العاملي

كلمة المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

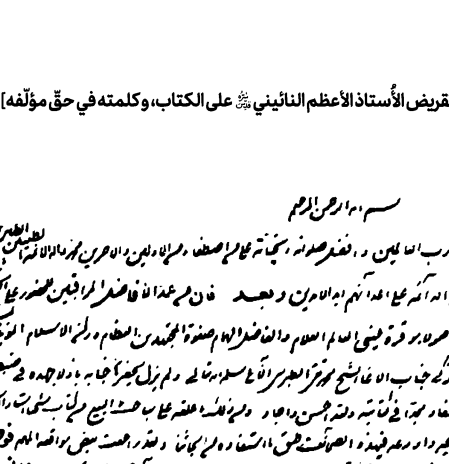
سبحانك اللّهمّ، لك الحمد على عطاياك الوافرة، ومننك المتظافرة، ونبتهل إليك في الصلاة على أفضل خليقتك، وسيّد أصفيائك من أنبيائك ورسلك، محمّد المبعوث إلى الثقلين، وعلى آله المرضيّين المطهّرين، عليهم من الصلوات أزكاها، ومن التحيّات أنماها.

وبعد، فيقول الضعيف الراجي رحمة ربّه محمّد تقيّ بن محمّد الآملي عفى الله عنهما: هذه جملة ممّا استفدته في أبواب المكاسب والمعاملات من مباحث شيخنا وملاذنا ومن إليه في العلوم النقليّة سنادنا واعتمادنا، مولى الأنام، مرجع المجتهدين الأعلام، آية الله الملك العلّام، *الميرزا محمّد حسين النائيني* -طيّب الله تعالى رمسه-، وشكر سعيه، وجزاه عنّا خير جزاء أُستاذٍ عن تلامذته، وقد أوردته على نهج التعليقة على مكاسب الشيخ الأكبر أُستاذ الأساتيذ، الآية الكبرى من الله الباري، الشيخ مرتضى الأنصاري، نوّرالله مضجعه الشريف.

ولقد قال الأُستاذ ﷺ عند شروعه فيها لجهابذة تلامذته -شكرالله مساعيهم

الجميلة-: «تعلّموا منّي المكاسب فإنّي رجل مقبوض» تشويقاً لهم في التلقي والحفظ، ولعمري لقد أجاد فيما أفاد، وكأنّما كان ما أودعه الشيخ الأكبر ﷺ مخزوناً علمه عنده، وأُعطيت مفاتحه بيده، وكان هو المخصوص في كشف حقائق أسراره، كما هو الظاهر من آثاره، التي منها أثبتناه في هذه الصحائف، وعلى الله توكّلي، وبه ثقتي.

[تقريض الأُستاذ الأعظم النائيني ﷺ على الكتاب، وكلمته في حقّ مؤلّفه]





[الكلام في المكاسب المحرّمة]

[أقسام المكاسب]

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، بارئ الخلائق أجمعين، والصلاة والسلام على محمّد سيّد المرسلين، وعلى آله الأكرمين الأطهرين، واللعنة على أعدائهم إلى يوم الدين.

اعلم، أنّ المكاسب تنقسم باعتبار نفس التكتسب إلى حرام ومكروه ومندوب ومباح، ومثّلوا للمندوب بالزراعة والرعي، والظاهر عدم وجود الواجب، بمعنىٰ أن يكون نوع خاصّ من التجارات واجباً بعنوانه الأوّلي، وإن كان بسبب طروّ عنوانٍ آخر يصير واجباً، إلّا أنّه خارج عن الفرض.

وكيف كان فالمهمّ هو البحث عن المكاسب المحرّمة، وهي تنقسم إلى قسمين:

الأوّل: ماكان بعنوان مبادلة العين بمال، كالبيع ونحوه بما يوجب نقل العين.

الثاني: ماكان من قبيل نقل المنافع، كالإجارة.

والقسم الأوّل أيضاً ينقسم إلى قسمين:

أحدهما: ماكان النهي عنه ناشياً من عدم قابليّة أحد العوضين للمبادلة كالحشرات.

والثاني: ما كانت حرمته ناشية عن مفسدة في نفس تلك المبادلة مع صلاحيّة العوضين للنقل والانتقال.

والقسم الأوّل من هذين القسمين ينقسم إلى أقسام.

وقبل الشروع في أقسامه يجب تقديم أمرين:

[الأمر] الأوّل: إنّ الفقهاء - رضوان الله عليهم - ذكروا في باب المكاسب المحرّمة أُموراً محرّمة لاربط لها بباب المعاملات، كالغيبة والنميمة والكذب استطراداً.

فربّما يورد عليهم بأنّه إن كان الفرض هو البحث عمّا يتعلّق بالمكاسب المحرّمة، فما وجه هذا الاستطراد؟ وإن كان الغرض استقصاء المحرّمات، فما وجه الاقتصار على ذكر بعضها في طيّ المكاسب المحرّمة؟ ولكن هذا البحث لفظي لا يعبأ به.

[الأمر] الثاني: في تعيين متعلّق هذه الحرمة، كما في قولنا: بيع الخمر حرام، وأنّه هل هو عبارة عن التلفّظ بالإيجاب والقبول؟ أو عن إنشاء البيع باللفظ؟ أو عن المُنشأ بذلك الإنشاء، أعني المعاملة المخصوصة المعبّر عنها بمبادلة مالٍ بمالٍ؟ وجوه:

والتحقيق هو الأخير، و ذلك لكون الحرمة متعلّقة إلى ما هو البيع، أعني تلك المبادلة الخاصّة التي هي عبارة عن تبديل طرفي الاضافة الاعتبارية، لا تبديل نفس الإضافة - على ما يأتي توضيحه في شرح حقيقة البيع - وحرمة تلك المبادلة ذاتيّةٌ لا أنّها إرشاد إلى فسادها، وإن كانت مستلزمة لذلك، ولا حرمة تشريعيّة منوطة بقصد التشريع، بل ذاتية، كحرمة شرب الخمر ونحوها.

ولا ينافي ذلك مع حرمة ما يترتّب عليه أيضاً من التصرّف فيما انتقل إليه بالبيع المحرّم، كالأكل والشرب ونحوهما؛ لأنّ ذلك محرّم آخر ثبتت حرمته من ناحية عدم جواز التصرّف في مال الغير بعد فرض فساد المعاملة، وحرمتها غير منافية مع حرمة إيجاد البيع المنهيّ عنه بمعنى الإسم المصدري.

فإن قلت: النهي عن البيع بالإسم المصدري مقتضٍ لسلب القدرة عن إيجاده، فلا يكون حراماً ذاتيّاً؛ لاشتراط متعلّق التكليف بالقدرة والإختيار.

قلت: اعتبار المتعاملين للنقل والانتقال شيء، وكونه ممّا أمضاه الشارع شيء آخر، فما هو متعلّق النهي هو الأوّل، وهو مقدور للفاعل بعد النهي أيضاً، وما هو المرتفع بالنهي هو الثاني؛ لكاشفيّة النهي عن عدم إمضاء الشارع؟

[المقام الأوّل][1]:
في مبادلة الأعيان المحرّمة]

إذا عرفت ذلك فلنشرع في بيان الأقسام:

[القسم الأوّل:
في بيان المراد من النهي عن البيع]

فالأوّل: ماكان النهي عن المعاملة - بمعنى الإسم المصدري - من جهة عدم ماليّة أحد العوضين عرفاً، كبيع الديدان والخنافس، ويلحق به ما أسقط الشارع ماليّته بالنهي عن جميع تقلّباته كالميتة؛ حيث إنّه بعد النهي عن الانتفاع بها تسلب عنها الماليّة بعد أن كانت مالاً عرفاً، ولعلّ أكثر الأعيان النجسة من هذا القبيل، وبعد انتفاء الماليّة عن أحد العوضين - إمّا عرفاً وإمّا شرعاً - يكون أكل المال بإزائه أكلاً للمال بالباطل المنهيّ عنه في الآية الكريمة[2].

وليعلم أنّ مناط ماليّة كلّ شيء هو أحد الأمرين على سبيل منع الخلوّ:

---

١. المقام الثاني يأتي في ص ٥١.

٢. البقره (٢): ١٨٨.

أحدهما: باعتبار الخاصيّة المرتّبة عليه، أعني المنافع التي يتوقّف ترتّبها على الشيء على ذهاب عينه، كرفع الجوع في الخبز، ورفع العطش في الماء.

الثاني: باعتبار المنافع المترتّبة على الشيء مع بقاء عينه، كالسكنى بالنسبة إلى الدار، والركوب بالنسبة إلى الدابّة، والخدمة بالنسبة إلى العبد، فإذا لم يكن للشيء لا خاصيّة ولا منفعة[1] صحّ سلب الماليّة عنه، وكذا إذا كان له شيء منهما نادراً بحيث لا يعبأ به عند العرف، كما أنّ الأمر كذلك لو كان مسلوب الخاصيّة والمنفعة شرعاً، بأن حرّم الانتفاع به مطلقاً، وهذا معنى قوله ﷺ: «إن الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه»[2]. فإنّ المراد من تحريم الشيء تحريمه بقولٍ مطلق الذي هو عبارة عن تحريم جميع انتفاعاته، لا تحريم بعض منافعه مع الترخيص لبعضٍ آخر؛ إذ هو ليس تحريماً للشيء بقول مطلق.

وعلى هذا فالملازمة بين تحريم الشيء بهذا المعنى وبين تحريم ثمنه عرفيّة ارتكازيّة؛ لكون تحريم الشيء كذلك مستلزماً لسلب الماليّة عنه، ومعه لا يصحّ بذل المال بإزائه؛ لأنّه إنّما يبذل المال عند العرف بإزاء المال وأكثر ما ورد في أبواب المعاملات أُمور ارتكازيّة ليس بناؤها على التعبّد، كما لا يخفى على المتدبّر فيه.

وبالجملة فتحريم الشيء بما هو هو بقولٍ مطلق يستلزم تحريم ثمنه؛ لانتفاء الماليّة عنه بالتحريم، فلا يصحّ بذل المال بإزائه.

ولا يوجب جواز استعماله في حال الاضطرار؛ لجواز الاكتساب به بتوهّم أنّه ليس حراماً بقولٍ مطلق، فإنّ المراد من تحريمه بقولٍ مطلق هو تحريمه بما هو هو، مع قطع النظر عن طروّ العناوين الثانويّة الطارية عليه، كالاضطرار ونحوه.

لا يقال: لو لم يكن الجواز المختصّ بحال الاضطرار منشأً لجواز الاكتساب للزم

---

١. كذا في الأصل، والأصحّ: «لم يكن للشيء خاصيّةٌ ولا منفعة» بحذف «لا».

٢. عوالي اللآلي، ج ٢، ص ١١٠، ح ٣٠١.

المنع من الاكتساب بشيء من عقاقير الأدويّة؛ لاختصاص مورد الانتفاع بها بحال المرض والاضطرار.

لكنّا نقول: فرق بين كون الانتفاع العادي للشيء في حال الاضطرار، مع كون الاضطرار عاديّاً، وبين ما إذا كانت منافعه العاديّة محرّمة ولم يبق له منفعة عاديّة محلّلة أصلاً، وكان منفعته في حال الاضطرار؛ لندرة وقوع الاضطرار ملحقة بالعدم، فباب عقاقير الأدويّة من قبيل الأوّل، وما ذكرناه من قبيل الثاني. كيف؟ ولو كان ما يحصل الانتفاع به في خصوص حال الاضطرار مع كون الاضطرار عاديّاً ممّا لا يجوز التكسّب به لكان اللازم المنع عن الاكتساب بالخبز والماء ونحوهما؛ حيث إنّ الانتفاع بالخبز إنّما هو في حال الجوع، وبالماء في حال العطش.

[الضابط الكلّي فيما يصحّ بيعه وما لم يصحّ]

فالمتحصّل ممّا ذكرنا هو عدم جواز الاكتساب بما لا ماليّة له عرفاً أو شرعاً، أي من جهة انتفاء الخاصيّة والمنفعة عنه، إمّا بنظر العرف كالخنافس، وإمّا من جهة تحريم الشارع الانتفاع به بقول مطلق.

ويندرج تحت هذا الضابط أُمور:

الأوّل: ما تقدّم ممّا لا ماليّة له عرفاً.

الثاني: جميع الأعيان النجسة وغيرها من النجاسات عدى ما استثني. وما ورد من نفي البأس عن بيع العذرة[1] فهو مطروح، وحمله على عذرة غير الإنسان لا شاهد له. ورواية سماعة[2] الجامعة بين حرمة بيع العذرة وحرمة ثمنها، وبين نفي البأس

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٢٦، باب جامع فيما يحلّ الشراء و...، ح ٢؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ١٧٥، الباب ٤٠ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

٢. راجع الاستبصار، ج ٣، ص ٥٦، باب النهي عن بيع العذرة؛ وسائل الشيعة، ج ٢٥، ص ١١٥، الباب ٥٩ من أبواب الأطعمة المباحة، ح ٧.

عن بيعها، لا تصير شاهدة على الحمل المذكور؛ لأنّه ليس جمعاً عرفيّاً؛ إذا المعيار فيه هو أنّه إذا فرض المتعارضان في كلام واحد وعرض على العرف لا يبقى للعرف تحيّر في فهم الكلام، ولاخفاء في التحيّر في الجمع بين قوله: «حرام بيع العذرة» وبين نفي البأس عن بيعها المذكورين في رواية سماعة.

[بيع العذرة ومايلحق بها]

ويلحق بالعذرات النجسة أبوال ما يؤكل لحمه؛ لأنّها لا منفعة محلّلة فيها، فلا ماليّة لها، إلّا أنّه استثنى منها بول الإبل؛ لدعوى النصّ[1] والإجماع[2] على جواز شربه وبيعه، وهو ممنوع؛ لأنّ النصّ الوارد على جوازه ضعيف، والإجماع مردود بمخالفة العلّامة[3] وجملة من الأساطين المانعين عن شربه وبيعه[4].

ويلحق بها أيضاً جميع المتنجّسات التي لاتقبل التطهير، مع كون ماليّتها متقوّمة باستعمالها فيما يشترط فيه الطهارة، كاللبن والدبس المايع، فالمعتبر في حرمة المعاوضة عليها أمران:

الأوّل: عدم قبولها للتطهير، فلو كان المتنجّس قابلاً للتطهير، فلا مانع من المعاوضة عليه، سواء كان مائعاً، كالماء المتنجّس القابل للتطهير بإلقاء الكرّ عليه، أو كان غير مائع ممّا يقبل التطهير، كالأواني والفراش؛ وسواء كان قوام ماليّته باستعماله فيما يشترط فيه الطهارة، كالماء المتنجّس والحنطة المتنجّسة، أم لا، كالفراش المتنجس.

وهل يجب إعلام المشتري مطلقاً، أو لا يجب مطلقاً، أو يفصل بين ماكان استعماله العادي مشروطاً بالطهارة، كالماء وبعض الأواني، فيجب الإعلام، وبين ما

---

١. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٥، ص ١١٤-١١٥، الباب ٥٩ من أبواب الأطعمة المباحة.

٢. كما ادّعاه السيّد المرتضى في الانتصار، ص ٤٢٤، المسألة ٢٤٢، الفاضل الهندي في كشف اللثام، ج ٥، ص ٢٩٠.

٣. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٦٤٣، المسألة ٦٢٦٠.

٤. للمزيد راجع مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٧١-٧٣.

ليس كذلك فلا يجب؟ وجوهٌ:

أقواها: عدم الوجوب مطلقاً، وذلك لعدم ما يدلّ على وجوب الإعلام؛ لعدم المحذور في ملاقاة المتنجّس مع الجهل، فليس في ترك الإعلام محذور إلّا أنّ الأحوط هو الإعلام، خصوصاً فيما يكون استعماله العادي مشروطاً بالطهارة.

وثانيهما: كون قوام ماليّتها باستعمالها فيما يشترط فيه الطهارة، بأن كان تحصيل خاصيّتها المترتّبة عليها أو المنفعة المحصّلة منها، مشروطاً بالطهارة.

وعند تحقّق الأمرين تصير مسلوبة الماليّة شرعاً؛ وذلك لأنّ قوام ماليّتها باستعمالها مع الطهارة، والمفروض عدم قابليّتها للطهارة، فتكون حراماً بقول مطلق، وكلّما حرّم الله شيئاً حرّم ثمنه، فيدخل فيما استثناه من الضابط، بخلاف ما إذا لم يكن قوام ماليّتها مع الطهارة؛ حيث إنّه لامنع عن الانتفاع بها حينئذ ولو لم يقبل التطهير، ومع عدم تحريمها بقولٍ مطلق تكون ماليّتها محفوظة عرفاً وشرعاً، فيصحّ المعاوضة عليها.

فتحصّل ممّا ذكرناه أنّ ما سلبت عنه الماليّة عرفاً أو شرعاً لا تصحّ المعاملة عليه، وأنّ من هذه الكلّيّة هو جميع الأعيان النجسة والأبوال الطاهرة إلّا بول الإبل على كلام فيه، وجميع المتنجّسات المتوقّفة ماليّتها على طهارتها مع عدم قبولها للتطهير.

[استثنائات الضابط الكلّيّ في بيع الأعيان النجسة]

ويستثنى عن هذه الكلّيّة أُمور:

[١. بيع الكافر]

الأوّل: المملوك الكافر؛ حيث يصحّ بيعه وشراؤه، وإيقاع جميع أنواع المعاملة عليه من الهبة والإجارة، وجعله مهراً ونحو ذلك، ولا كلام في غير الفطري منه، سواء كان ذمّيّاً أو مرتدّاً ملّيّاً.

وقد وقع الخلاف في الفطري، فعن جماعة الاستشكال في بيعه ورهنه من جهة وجوب قتله الموجب لزوال ماليّته وعدم ركون المرتهن عليه[١].

وعن فقيه عصره[٢] ابتناء المنع عن بيعه على عدم قبول توبته، وأنّه لو قلنا بقبولها صحّ بيعه؛ لكونه حينئذ ممّا يقبل التطهير[٣]، وصريح هذا الكلام هو تخيّل كون المانع عن بيعه نجاسته، ولم يسبقه في ذلك غيره من الأصحاب.

ولا يخفى ما فيه؛ لأنّ النجاسة بما هي ليست مانعة عن صحّة البيع إلّا إذا كانت موجبة لسلب الماليّة عرفاً، كما في بعض النجاسات؛ أو شرعاً كما في الخمر، فلا وجه للمنع مع بقاء ماليّة النجس عرفاً وشرعاً، ولا إشكال في أنّ الانتفاع بالعبد ليس مشروطاً بطهارته، فليس قوام ماليّته منوطاً بالطهارة، فهو مال وإن كان نجساً.

وأمّا حديث كونه في معرض التلف فالحقّ أنّه أيضاً غير مانع، فإنّ التزلزل في بقائه لا يوجب زوال ماليّته، فهو مادام باقياً مالٌ وإن وجب إتلافه، كما أنّ التزلزل في العبد المسلم المشرف على الموت غير مزيل لماليّته؛ لإمكان عتقه.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ خروج الكافر عن ما ذكرنا من الضابط ليس تخصيصاً بل هو تخصّص؛ لعدم شمول الضابط له أصلاً، كما عرفت.

[٢. بيع الكلب]

الثاني: الكلب غير كلب الهراش، ولا إشكال في جواز المعاملة على الكلب السلوقي؛ لقيام الإجماع عليه.

وإنّما الكلام في أمرين:

---

١. للمزيد راجع كتاب المكاسب، ج ١، ص ٤٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. هو الشيخ الاكبر العلّامة كاشف الغطاء ﷺ، (منه قدّس سرّه).

٣. شرح القواعد، كاشف الغطاء، ص١٢.

أحدهما: في اختصاص الجواز بالسلوقي، أو تعميمه لغيره من كلب الصيد ولو لم يكن سلوقيّاً.

وثانيهما: في اختصاص الجواز بكلب الصيد أو تعميمه لكلب الحائط والماشية والزرع.

أمّا الأوّل، فربّما قيل بالاختصاص بالسلوقي، كما عن *المقنعة*[1] *والنهاية*[2] وذلك بدعوىٰ انصرف ما دلّ على جواز بيع كلب الصيد بالسلوقي منه، والاعتبار يشهد بالاختصاص به لأمانة الكلب السلوقي بطبعه، حيث إنّه لا يأكل ما اصطاده دون غيره. ولا يخفى ما في دعوى الانصراف من الوهن، كما أنّ ما ادّعى من اختصاص الأمانة بالسلوقي إثباته على مدّعيه، مضافاً إلى عدم كون ذلك موجباً لاختصاص الجواز به بعد كون غيره أيضاً قابلاً للتعليم.

فالأقوى ما عليه المعظم من عدم الاختصاص، وأنّه يجوز البيع في مطلق كلب الصيد، كما دلّ عليه جملة من المطلقات.

وأمّا الثاني، فالمشهور بين المتأخّرين من زمن شيخ الطائفة هو جواز بيع كلب الماشية والحائط والزرع، وقد روى الشيخ ﷺ في *المبسوط* رواية مرسلة على جوازه في كلب الماشية والحائط[3]، وادّعي عليه الإجماع في جملة من الأقوال والكلمات[4]، وهذا هو الموافق للقاعدة أيضاً؛ حيث إنّه تقدّم أنّ النجاسة بما هي ليست مانعة عن البيع ما لم تكن موجبة لسلب الماليّة عرفاً أو شرعاً، ولا شبهة في أنّ المنافع المترتّبة على الأقسام المذكورة من حفظ الدور والماشية والزرع والبستان أعظم ممّا يترتّب على كلب الصيد، ولم يرد في الشرع ما يدلّ على حرمة اقتنائها لأجل هذه الفائدة

---

١. المقنعة، ص ٥٨٩.

٢. النهاية، ص ٣٦٤.

٣. المبسوط، ج ٢، ص ١٦٦.

٤. للمزيد راجع مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٩٢.

العظيمة، فليس أكل المال بإزائها أكلاً للمال بالباطل، ولا يشمله عموم قوله ﷺ: «إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه»[١].

ولكنّ المنقول عن القدماء - بل نسب إلى المشهور بينهم - هو المنع[٢]، وذلك لما يدلّ على انحصار الجواز بكلب الصيد، كخبر القاسم بن الوليد عن الصادق عليه السلام عن ثمن الكلب الذي لا يصيد، قال: «سحتٌ، وأمّا الصيود فلا بأس به»[٣].

وخبر أبي بصير عنه عليه السلام عن ثمن كلب الصيد، قال: «لا بأس به، وأمّا الآخر فلا يحلّ ثمنه»[٤].

وخبره الآخر عنه عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: ثمن الخمر، ومهر البغي، وثمن الكلب الذي لا يصطاد من السحت»[٥]. وفي معناها غيرها.

ولكن يمكن حمل هذه الأخبار على كون حصر الجواز فيها بكلب الصيد حصراً إضافيّاً في مقابل كلب الهراش، كما هو المتراءى من قوله عليه السلام: «وأمّا الآخر فلا يحلّ ثمنه»، وحينئذ فلا بأس بالجواز في غير كلب الهراش بعد ثبوت الماليّة له عرفاً وشرعاً، وتأيّد ذلك بمرسلة *المبسوط*، والله العالم.

[٣. بيع العصير العنبي]

الثالث: العصير العنبي بعد الغليان قبل ذهاب ثلثيه. والكلام فيه يقع تارة من حيث نجاسته؛ وأُخرىٰ في جواز بيعه من حيث حرمته.

---

١. عوالي اللآلي، ج ٢، ص ١١٠، ح ٣٠١؛ و ص ٣٢٨، ح ٣٣.
٢. للمزيد راجع مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٩٢ و ٩٧.
٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٦٧-٣٦٨، ح ١٠٦٠؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ١٢٠، الباب ١٤ من أبواب ما يكتسب به، ح ٧.
٤. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٥٦، ح ١٠١٥؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ١١٩، الباب ١٤ من أبواب ما يكتسب به، ح ٥.
٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٣٥-١٣٦، ح ٥٩٩؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٩٤، الباب ٥ من أبواب يكتسب به، ح ٧.

والتحقيق عدم اقتضاء نجاسته ولا حرمته؛ للمنع عن بيعه، وذلك لعدم زوال ماليّته بذلك؛ لكونه قابلاً للعلاج، ومعه فليس ممّا سلب الماليّة عنه بقولٍ مطلق الذي هو الملاك في عدم جواز البيع.

فإن قلت: الخمر أيضاً ممّا يقبل العلاج؛ لإمكان الاستخلال، فيلزم جواز بيعها بهذا الملاك.

قلت: الفرق بين الخمر وبين العصير من وجهين:

الأوّل: إنّ قابليّة العصير للعلاج إنّما هو مع بقاء صورته النوعيّة فيصحّ الحكم عليه بما هو عصير بالماليّة؛ لكونه قابلاً للعلاج، وهذا بخلاف الخمر؛ إذ هي بالعلاج تخرج عن الخمريّة وتصير خلّاً، ففي حال كونه خمراً ليس بمالٍ، وفي حال ماليّته خلّ لا خمر.

الثاني: إنّ مناط ماليّة الخمر بحسب العرف هو المنفعة الشايعة عندهم لا استخلالها؛ فإنّ ذلك لا يعدّ من منافعها، ولا يبذل المال عندهم بإزائها باعتبار هذه الفائدة النادرة، وهذا بخلاف العصير؛ حيث إنّ قوام ماليّته إنّما بجعله دبساً مثلاً الموقوف على ذهاب ثُلثَيه شرعاً، فيصحّ بذل المال بإزائه باعتبار هذه المنفعة الشايعة له.

والظاهر عدم اعتبار اشتراط العلاج على المشتري في البيع، وذلك لما عرفت من أنّ مجرّد قابليّته للعلاج مصحّحٌ لاعتبار الماليّة فيه. نعم، شرط عدم العلاج بذهاب ثلثيه مانع عن الصحّة، لعدم الماليّة له حينئذ لمكان الشرط.

وهل يجب الإعلام بغليانه أو لا؟ وجهان: أقواهما الوجوب، لا بملاك وجوب الإعلام بالنجاسة، بل بملاك كون علاجه مقوّماً لماليّته، فلابدّ من الإعلام حتّىٰ لا يصرف إلى غيره من المنافع المحرّمة التي ليس هو بها مالاً.

وأمّا الأخبار الواردة في المنع عن بيعه بعد الغليان، فهي محمولة إمّا على صيرورته خمراً، أو على صورة عدم الإعلام به.

[٤. بيع الدهن المتنجّس]

الرابع: المعروف بين الأصحاب استثناء الدهن المتنجّس، والظاهر عدم الاختصاص بالمتنجّس، بل النجس أيضاً حكمه ذلك، ولعلّ الاختصاص بالمتنجّس في كلمات الأصحاب؛ لندرة تحقّق الدهن النجس كالمأخوذ من إلية الميتة أو لبن الكلب والخنزير وكيف كان فالكلام يقع تارة في حكم بيعه بحسب ما تقتضيه القاعدة، وأُخرىٰ بحسب ما يستفاد من النصّ

أمّا بحسب القاعدة فاعلم إنّ الدهن على أقسام:

فمنها: ما تكون منفعته المقصودة منه التي هو بها مال هو الاستصباح، بحيث لو فرض له منفعة غيره لكانت نادرة غير مؤثّرة في اعتبار ماليّته، وذلك كالنفط.

ومنها: ما تكون منفعة الشايعة مشتركة بين الاستصباح وغيره كالزيت.

ومنها: ما يكون منفعته الشايعة هو الأكل لا الاستصباح، ولايكون استصباحه من مقوّمات ماليّته كالسمن.

ومنها: ما تكون قيمته أغلى من أن يستصبح به كدهن اللوز والبنفسج.

وحكم هذه الأقسام بحسب القاعدة هو جواز البيع في الأوّلين دون الأخيرين، وذلك لتحقّق الماليّة بمناط تحقّق ملاكها في الأوّلين دونهما؛ إذ المنافع النادرة التي لا تحسب من منافع الشيء عرفاً لا تأثير لها في اعتبار الماليّة، والمفروض في الأخيرين حرمة منافعهما الشايعة التي بها قوام ماليّته بالتنجّس وعدم قبول التطهير. هذا بحسب القاعدة.

وأمّا مقتضى النصوص، فما يدلّ عليه بعضها هو جواز بيع الزيت المتنجّس للاستصباح[1]، وهو مطابق مع ما عرفت من مقتضى القاعدة، وفي بعضها تعميم

---

١. للمزيد راجع وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٩٧-٩٨، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به.

الجواز للسمن أيضاً، ولا محيص عن العمل به إلّا أنّه يقع البحث في أنّه هل يقتصر في الجواز على السمن أو يتعدّى إلى القسم الرابع، أعني دهن اللوز ونحوه؟ وفيه وجهان: من كون الحكم على خلاف مقتضى القاعدة؛ للاقتصار على المتيقّن منه.

ومن ظهور كون ذكر السمن من باب المثال لا لأجل خصوصيّة فيه، فيتعدّىٰ منه إلى كلّ ما يمكن أن ينتفع به بالاستصباح ولو كان نادراً، وهذا هو الأقوىٰ.

[أُمور في بيع الدهن المتنجّس]

ثمّ إنّه يقع الكلام في أُمور:

[الأمر] الأوّل: أنّه هل يعتبر في صحّة البيع اشتراط الاستصباح؟ أو يعتبر مجرّد كونه غرضاً للبيع ولو لم يشترط في العقد؟ أو لا يعتبر شيء من ذلك؟ وجوهٌ:

مقتضى ظاهر النصوص عدم اعتبار الاشتراط، ففي صحيح معاوية بن وهب المحكي عن *التهذيب* - بعد التفصيل بين السمن والعسل وبين الزيت بأنّ السمن والعسل يؤخذ الجُرَز وما حوله، والزيت يستصبح به- قال: «**يبيع ذلك الزيت وينبّه لمن اشتراه ليستصبح به**»[1].

وفي صحيح سعيد الأعرجي في السمن والعسل والزيت، قال: «**وإن كان الصيف فارفعه حتّىٰ تسرّج به**»[2].

وفي خبر أبي بصير عن حكم السمن والزيت؟ قال ﷺ: «**وإن كان ذائباً فاسرج وأعلمهم إذا بعته**»[3].

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٩، ح ٥٦٣؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٩٨، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٨٦، ح ٣٦١؛ وسائل الشيعة، ج ٢٤، ص ١٩٥، الباب ٤٣ من أبواب الأطعمة المحرّمة، ح ٣؛ فيهما نُقل عن الحلبي.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٩، ح ٥٦٢؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٩٨، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

وفي خبر إسماعيل بن عبد الخالق، قال عليه السلام: «أمّا الزيت فلا تبعه إلّا أن تبيّن له فيبتاع للسراج»[١].

وظاهر هذه الأخبار كما ترىٰ هو صحّة البيع من دون اعتبار اشتراط الإسراج، بل ظاهر ما عدىٰ الأخير منها هو صحّته لمجرّد ترتّب الاستصباح عليه وأنّه كافٍ في ماليّته، لا أنّه يعتبر في صحّته قصد الإسراج حتّىٰ من قوله عليه السلام في رواية أبي بصير: «وأعلمهم إذا بعته»، وقوله عليه السلام في صحيح معاوية: «وينبّه لمن اشتراه ليستصبح به».

فإنّ الظاهر أنّ الإعلام إنّما هو لأجل إطّلاع المشتري على النجاسة لئلّا يصرفه في منافعه المحرّمة، لا أنّه يعتبر في صحّة بيعه قصد الإسراج به.

لكنّ الظاهر من الرواية الأخيرة -أعني قوله عليه السلام: «فيبتاع للسراج»- هو اعتبار كون الابتياع لأجل الإسراج به، بمعنىٰ كون الغرض منه هو ذلك.

والأقوى التفصيل بين القسم الأوّل من الأقسام الأربعة المتقدّمة وبين بقيّة الأقسام، فلا يعتبر في الأوّل قصد الإسراج؛ لكون ذلك هو المنفعة المقصودة منه، فيصرف بيعه إليه من غير اعتبار قصده بالخصوص وذلك كالنفط، بخلاف بقيّة الأقسام؛ لعدم الانصراف إلى الإسراج به إلّا بالقصد إليه بالخصوص حتّىٰ في القسم الثاني من الأقسام الأربعة، بناءً على أن تكون المنفعة المحلّلة الشايعة فيما له منفعة محلّلة ومحرّمة عنواناً للمبيع، لا داعياً في بيعه، كما سيجيء إن شاء الله تعالى في الأمر الرابع مع كلام فيه.

الأمر الثاني: نسب إلى المشهور وجوب كون الاستصباح به تحت السماء[٢]، وليس على الاختصاص به دليل سوى المرسل المنقول عن *المبسوط*[٣]، وفي صحّة

---

١. قرب الإسناد، ص ١٢٨، ح ٤٤٨؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٩٨، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ٥.
٢. نسب إليهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٢٠ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ١٩).
٣. المبسوط، ج ٢، ص ١٦٦.

الاستدلال به منع؛ فإنّه مضافاً إلى إرساله يمكن منع دلالته على الوجوب، لاحتمال كون ذلك ارشاداً إلى تأثّر السقف بدخان النجس لو قيل بتنجّسه به.

ضرورة عدم الحرمة الذاتيّة لتنجيس السقف وإن كان ظاهر المرسل ذلك إلّا أنّه بعيد، ومجرّد ذهاب المشهور على وجوب الاسراج تحت السماء لا يصلح الاستناد إليه في الحكم، مع إمكان كون فتواهم[1] أيضاً إرشاداً إلى ما ذكرنا، والله العالم.

الأمر الثالث: هل يختصّ جواز بيع الدهن المتنجّس بكونه لأجل الإسراج به؟ أو يصحّ بيعه للانتفاع به في غيره من المنافع المحلّلة له؟ وجهان مبنيّان على حصر جواز الانتفاع به بالإسراج في بعض النصوص[2]، ومن جواز الانتفاع به في غيره ممّا لا يشترط فيه الطهارة، كأن يعمل به الصابون، أو يطلى به الأجرب ونحوه.

وتنقيح ذلك موقوف على تنقيح الأصل في النجاسات والمتنجّسات الغير القابلة للتطهير، وأنّه هل هو يقتضي جواز الانتفاع بهما في غير ما يشترط فيه الطهارة إلّا ما ثبت حرمته، أو أنّ الأصل يقتضي حرمة الانتفاع بهما إلّا ما ثبت جوازه.

والكلام يقع **تارةً** في تنقيح ما هو المختار عند الأصحاب، **وأُخرى** فيما تقتضيه الاخبار، **وثالثة** بالنظر إلى ما يقتضيه الأصل العملي.

أمّا بالنظر إلى كلمات الأصحاب فالمختار عند المشهور من المتأخّرين من زمن شيخ الطائفة هو الجواز إلّا فيما ثبت فيه المنع، وكذا عند المحدّثين من المتقدّمين، الذين عليهم التعويل في جبر العمل بالرواية فيما عملوا به، والقدح فيما أعرضوا عنه، وعند أصحاب الفتوى من القدماء هو المنع إلّا ما ثبت جوازه.

هذا حال أقوال الأصحاب. وأمّا بحسب الروايات فمجمل القول فيها هو تعارضها في المنع والجواز بالتعارض التباييني بحيث لا جمع عرفيّ فيها.

---

١. راجع وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٩٧-٩٨، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به.

٢. في المطبوعة: «فتوهم» والصحيح ما أثبتناه.

ففي المروي عن *نوادر الراوندي* عن الكاظم عليه السلام في السؤال عن الشحم الذي يقع فيه شيء له دم فيموت، قال: «تبيعه لمن يعمله صابوناً»[1] الخبر.

وهو دالّ على جواز الانتفاع بالشحم بجعله صابوناً. وعلى بيعه لأجل هذه الفائدة، وعلى الانتفاع بالصابون المتنجّس وبيعه.

ولكن مورده مختصّ بالشحم المتنجّس دون النجس، حيث يسئل عن الشحم الذي يقع فيه شيء له دم فيموت، الظاهر في طهارة الشحم ذاتاً.

وخبر الصيقل، وفيه - بعد السؤال عن حكم عمل جلود الميتة وشرائها وبيعها ومسّها، وعن حكم الصلاة مع مسّها للبدن والثوب - كتب عليه السلام: «اجعلوا ثواباً للصلاة»[2].

وظاهره التقرير على ما هم عليه من عمل الميتة لغمد السيوف وبيعها وشرائها، فيدلّ على جواز الانتفاع بها بمثل ذلك الانتفاع، وعلى جواز بيعها وشرائها أيضاً.

وفي مقابلها ما دلّ على أنّ الميتة لا تنتفع بها، مثل خبر الكاهلي، وفيه قال عليه السلام: «إنّ في كتاب عليّ عليه السلام أنّ ما قطع [منها] - أي من أليات الغنم - ميّت لا ينتفع به».[3]

وما ورد من أنّ «ثمن الميتة سحت»[4] الظاهر في حرمته بقول مطلق الملازم لحرمة الانتفاع بها المقوّم لماليّتها.

وما في خبر *تحف العقول* بعد عدّ ما فيه وجهٌ من وجوه الفاسد، نظير الربا ونحوه، قال: «أو شيء من وجوه النجس، فهذا كلّه منهيّ عن أكله وشربه ولبسه وملكه وإمساكه والتقلّب فيه، فجميع تقلّبه في ذلك حرام»[5] فإنّه دالّ على حرمة

---

١. النوادر، الراوندي، ص ٥٠-٥١، مستدرك الوسائل، ج ١٣، ص ٧٣، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ١٤٧٨٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٧٦، ح ١١٠٠؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ١٧٣، الباب ٣٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.

٣. الكافي، ج ٦، ص ٢٥٥، باب ما يقطع من أليات الضأن و...، ح ٢؛ وسائل الشيعة، ج ٢٤، ص ٧١، الباب ٣٠ من أبواب الذبائح، ح ١.

٤. من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ١٧٢، ح ٣٦٤٨؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٩٤، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٨.

٥. تحف العقول، ص ٣٣، تفسير التجارات؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢٢٠٤٧.

جميع الانتفاعات من النجس، ويكون المتنجّس الغير القابل للتطهير بحكمه.

والمناقشة فيه بعدم ظهور كون قوله ﷺ: «في ذلك حرام» راجعاً إلى الأخير، ضعيفةٌ؛ لأنّه إمّا راجع إلى الأخير أو إلى الجميع، وعلى كلّ تقديرٍ فرجوعه إلى الأخير متيقّن، فيدلّ على المنع من جميع الانتفاعات بالأعيان النجسة.

ولكنّ الإنصاف عدم المعارضة بين تلك الروايات بالتعارض التباييني، وذلك لأنّ ما ورد منها في المنع عن الميتة عامٌّ، مثل: «ثمن الميتة سحت»[1]، وما دلّ على جواز الانتفاع بها خاصّ بالنسبة إلى بعض الانتفاعات، كالاستقاء بجلدها، كما في بعض أدلّة الجواز، أو بيعها من مستحلّيها، كما في بعضٍ آخر[2]، وكذا ما ورد في الجواب عن حكم الغنم يقطع من ألياتها وهي أحياءٌ، أيصلح أن ينتفع بها؟ قال: «نعم، يذيبها ويسرج بها، ولا يأكلها ولا يبيعها»[3] وظاهر النهي عن بيعها إنّما هو النهي عنه للأكل لا النهي عنه بقولٍ مطلق، وكذا ما تقدّم من رواية الصيقل[4].

وهذه الروايات المجوّزة كلّها كما ترىٰ أخصّ من روايات المنع؛ لأنّها تثبت الجواز في موارد خاصّة، وهي تدلّ على المنع بالعموم، ومقتضى الصناعة الجمع بينهما بحمل المطلق على المقيّد، أو العامّ على الخاصّ.

وأمّا رواية *تحف العقول*[5] فهي أيضاً تدلّ على حرمة جميع التقلّبات بالإطلاق، سواء كان ممّا فيه الصلاح أو الفساد، لكن في نفس هذه الرواية ما يدلّ على تقييد المنع بما فيه الفساد، فتخرج الانتفاعات الحاصلة من النجس ممّا ليس فيها وجه

---

١. من لايحضره الفقيه، ج ٣، ص ١٧٠-١٧١، ح ٢٦٤٧؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٩٧، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢٢٠٦٤.

٢. للمزيد راجع مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٥٨-٦٥.

٣. مسائل عليّ بن جعفر، ص ٣٠١-٣٠٢، ح ٧٦٣. وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٩٨، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ٦.

٤. تقدّمت في ص ٢٤، الهامش ٢.

٥. تقدّمت قبيل هذا.

من وجوه الفساد، ومقتضى ذلك عدم بقاء ما يدلّ على المنع على عمومه.

هذا بحسب ما يستفاد من الروايات في الميتة، والمتحصّل منها هو عموم المنع من الأخبار المانعة إلّا ما ثبت جوازه من الأخبار المجوّزة في موارد خاصّة[1].

وأمّا في الخمر، فيمكن دعوى المنع عن انتفاعاتها التي بها قوام ماليّتها العرفيّة، بل لم تثبت لها منفعة مباحة سوى التضميد الذي لو سلّم جوازه لا يعدّ من المنافع التي تقوّم ماليّتها بها؛ لكونه من المنافع النادرة، فلا يصحّ بيعها لأجل هذا النفع النادر.

وأمّا سائر أنواع النجاسات غير الميتة والخمر، فالظاهر المستفاد من الجمع بين الأدلّة هو جواز الانتفاع بها إلّا فيما قام الدليل على المنع. وعليه فيصحّ بيعها أيضاً إذا كانت منافعها المحلّلة ممّا تقوّم به ماليّتها، أو كان استعمالها بخواصّها المباحة مقوّمة لماليّتها.

هذا بحسب ما يستفاد من الأخبار في مسألة الانتفاع بالنجاسات.

[جريان الأُصول في حكم الانتفاع عن المتنجّسات]

وأمّا بالنظر إلى ما يستفاد من الأُصول، فتوضيح الكلام فيه أنّ إصالة الحلّ الثابتة في الأشياء المشكوكة تثبت جواز الانتفاع بالأعيان النجسة فيما شكّ في جوازه ممّا لم يرد فيه نهي، وبجواز الانتفاع بها الثابت بالأصل يثبت جواز بيعها إذا كان مقوّماً لماليّتها، وذلك لترتّب قياس من كبرى معلومة، وهي: كلّ ما لا يكون الانتفاع المقوّم لماليّته منهيّاً عنه يصحّ بيعه، وصغرى محرزة بالأصل، وهي: أنّ النجاسات ممّا لا يكون الانتفاع المقوّم لماليّتها منهيّاً عنه.

لا يقال: إنّ الموجب لإنتفاء ماليّته هو الحرمة الواقعيّة ولو ثبت الترخيص في استعمالها عند الشكّ في حرمتها بالأصل، وهذا كما أنّ الترخيص في حال الاضطرار لا يوجب ماليّتها مع حرمتها في حال الإختيار.

---

١. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٤، ص ١٨٤-١٨٦، الباب ٣٤ من أبواب الأطعمة المحرّمة.

فإنّه يقال: لاشبهة في أنّ الحرمة المزيلة لماليّتها إنّما هي التي توجب حرمان المكلّف عن الانتفاع بها في عالم التشريع، بحيث كان العين لا ماليّة لها في مرحلة التكوين. ولا إشكال أنّ هذا المعنى لا يتحقّق إلّا بعد تنجّز التكليف؛ لوضوح أنّ التحريم بوجوده الواقعي الغير الواصل إلى المكلّف لا يقتضي حرمانه عنه، وبعد ثبوت الترخيص في الانتفاع عند الشكّ في الحرمة تكون الماليّة باقية بحالها؛ لمكان الانتفاع بها المقوّم لماليّتها.

وأمّا الحلّيّة في حال الاضطرار فقد تقدّم أنّها ليست من مقوّمات الماليّة للشيء، لكون الاضطرار نادراً، وهذا واضحٌ وإن لم يتعرّض له الأُستاذ - دام بقاؤه - في البحث.

أقول: ما أفاده - دام بقاؤه - في المنع عن استعمال الخمر إلّا في التضميد - مع الاستشكال فيه - أيضاً محلّ منعٍ؛ لعدم ثبوت تحريم إسقائه الدوابّ والزرع واستعماله في الأصباغ؛ إذ لم يقم دليل على حرمة هذه الانتفاعات، فلو كانت ممّا تقوّم به الماليّة العرفيّة لكان اللازم صحّة بيعها لأجلها أيضاً، لكنّ الإنصاف أنّ غير التضميد عن تلك الانتفاعات لا تعدّ من منافعها المقصودة الحافظة لماليّتها عرفاً، والمنفعة النادرة لا توجب صحّة المعاملة عليها وإن كانت مباحة، وأمّا التضميد فهو منفعة شايعة مقصودة موجبة لماليّتها عرفاً، فلو لم يثبت منع عنه يكون اللازم هو الحكم بصحّة البيع لأجل تلك المنفعة الشايعة.

اللهمّ إلّا أن يقوم دليل على تحريم بيعها تعبّداً، كما لا يبعد أن يكون الخمر كذلك بالنظر إلى إطلاق معا قد الإجماعات والنصوص الناهية عن بيعها.

وأمّا المتنجّسات، فالأمر فيها أوضح، أمّا بالنظر إلى الدليل فلو ورد أخبار متعدّدة على جواز الانتفاع بها في موارد كثيرة[1]، بحيث يمكن استنباط قاعدة كلّيّة منها، مع

---

١. للمزيد راجع وسائل الشيعة، ج ٢٤، ص ١٨٤-١٨٦، الباب ٣٤ من أبواب الأطعمة المحرّمة.

عدم ما يدلّ على المنع عن الانتفاع بها بالعموم أو الإطلاق، فلا حاجة إلى تجشّم الجمع بين الأخبار، كما في باب النجاسات على ما عرفت.

وأمّا بالنظر إلى الأصل العملي فمقتضى استصحاب جواز الانتفاع بها الثابت قبل التنجّس هو عموم الجواز إلّا ما ثبت المنع عنه، فظهر أنّ مقتضى الأصل في النجاسات والمتنجّسات هو جواز الانتفاع بها فيما لم يثبت اشتراط الطهارة فيها.

هذا كلّه حكم بيع النجاسات والمتنجّسات التي ثبت لها منافع محلّلة.

ثمّ إنّه على تقدير المنع عن جواز بيعها فإمّا أن يكون المنع عن جهة عدم تسليم ماليّتها عرفاً باعتبار تلك المنافع المحلّلة؛ وإمّا يكون من جهة قيام الدليل على المنع عن بيعها تعبّداً، وعلى كلّ تقدير فلا بأس في جواز إعطاء شيء مجّاناً لمن له حقّ اختصاص بها ليرفع اليد عنها فيحوزها غيره.

وأمّا صحّة الصلح عن حقّ الاختصاص بها، فالحقّ هو التفصيل بين كون المنع عن البيع، لمكان انتفاء الماليّة العرفيّة؛ وبين كونه لأجل التعبّد بالقول بصحّة الصلح في الأوّل دون الثاني.

وذلك لكون مناط الفساد في بيعها في الأوّل هو انتفاء الماليّة بالنهي عن الانتفاع بها، ويكفي في صحّة الصلح كونها متعلّقة لحقّ الغير واختصاصها به ولو لم يكن مالاً عرفاً، وهذا بخلاف الثاني، حيث يستفاد من النهي التعبّدي مبغوضيّة المبادلة على هذا المال، والصلح تغيير في المبادلة؛ إذ به يحصل ما كان يحصل بالبيع.

[الأمر] الرابع: أنّه هل يعتبر في صحّة بيع الدهن المتنجّس إعلام المشتري بتنجسه، أولا يعتبر ولا يجب وجوباً شرطيّاً؟ وجهان مبنيّان على أنّ المتنجّس الذي زال عنه بعض منافعه التي كانت مناط ماليّته، وبقي بعض آخر- مثل الدهن المتنجّس الذي زال منفعته الشايعة وهي الأكل مثلاً وبقيت منفعته في الاستصباح

- هل تكون منفعته الباقية المقوّمة لماليّته عنواناً له أو داعياً؟ بمعنىٰ أنّه يعتبر في بيعه أن يكون معنوناً بعنوان كونه واقعاً على المبيع الذي يتقوّم ماليّته بتلك المنفعة، أو لايصير عنواناً لبيعه، بل يصحّ بيعه ولو لم يكن معنوناً بذاك العنوان، وإنّما هي ملاك ماليّة متعلّق البيع بلا أن يصير عنواناً للمبيع؟

وبعبارة أُخرىٰ إذا كان للشيء منفعة محرّمة ومنفعة محلّلة وكانت منفعته المحلّلة مقوّمة لماليّته، فهل يصير البيع الواقع عليه معنوناً بعنوان كونه واقعاً على المال تارة وعلى غير المال أُخرىٰ، حتّىٰ يحتاج في تحقّق عنوان البيع الواقع على المال إلى القصد لكونه أمراً قصديّاً؟ أو أنّ بيعه بيع وارد على المال بملاك صحّة ترتّب المنفعة المحلّلة عليه وإن لم يقصد في بيعه تلك المنفعة، بل وإن قصد المنفعة المحرمة ما لم يكن على نحو الاشتراط؟

قال الأُستاذ -دامت إفاداته-: «الظاهر هو الأوّل» ولم يظهر لي وجهٌ لذلك، بل يمكن دعوى الظهور في خلافه، حيث إنّ ملاك الماليّة موجودٌ قَصَده أو لم يقصده، والمفروض إناطة صحّة البيع على ماليّة متعلّقه الموجودة، فليس في اعتبار قصد منفعته المحلّلة ولاعدم قصد منفعته المحرّمة وجهٌ أصلاً.

فالحقّ أنّ الإعلام ليس شرطاً، نعم لا بأس بالقول بالوجوب النفسي؛ لظهور الأخبار المتقدّمة فيه، مثل قوله ﷺ: «وأعلمهم إذا بعته»[1]، وقوله ﷺ: «وينبّه لمن اشتراه فيستصبح به»[2]، والله العالم.

هذا تمام الكلام فيما يكون المنع عن بيعه من جهة انتفاء ماليّته عرفاً أو شرعاً.

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٩، ح ٥٦٢؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٩٨، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣، تقدّم أيضاً في ص ٢٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٩، ح ٥٦٣؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٩٨، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤، تقدّم أيضاً في ص ٢٢.

[القسم الثاني:
فيما يحرم التكسّب به من جهة الصفة الموجودة فيه أو غاية محرّمة]

القسم الثاني: ممّا يحرم التكسّب به، ما يحرم من جهة صفة موجودة فيه، أو لترتّب غايةٍ محرّمة عليه، وهذا على أقسام:

[القسم] الأوّل: ما كانت الصفة المحرّمة فيه أمراً موجوداً في الخارج، وذلك كالصليب والصنم ونحو ذلك ممّا يكون مركّباً من المادّة والصورة وكانت ماليّته قائمة بهما أو بصورته فقط، وحكم هذا القسم أنّه لا يخلو بيعه عن وجوه:

أحدها: أن يبيع ذلك بحيث يقع الثمن بإزاء صورته، وهذا ممّا لا إشكال في تحريمه.

ثانيها: أن يبذل العوض بإزاء مجموع المادّة والصورة، بحيث يكون للصورة أيضاً دخل في المبادلة، وهذا أيضاً لا إشكال في تحريمه.

الثالث: أن يكسّره ويبيع مادّته، وهذا ممّا لا إشكال في جوازه إذا بقيت له ماليّة بعد الكسر.

الرابع: أن يبيعه بحيث يبذل العوض بإزاء مادّته فيما كان لمكسوره قيمة، ويشترط على المشتري كسره مع الإطمئنان والوثوق بوفائه بالشرط، وهذا أيضاً ممّا لا إشكال في صحّته.

وأمّا مع عدم الإطمئنان، ففي صحّة البيع إشكال من جهة أنّ الدفع إليه مع عدم الوثوق بوفائه إعانة على الإثم. لكنّ الأقوىٰ عدم اعتبار الوثوق بالوفاء، بل يكفي اشتراط الكسر وإن لم يفِ المشتري به؛ لأنّ مرحلة الوفاء بالشرط أجنبيّ عن مرحلة اعتباره في صحّة البيع.

[حكم الدارهم المغشوشة]

وفي حكم هذا القسم الدراهم المغشوشة، والكلام في حكمها يقع تارة في جواز بيعها، وأُخرىٰ في حكم كسرها.

أمّا الأوّل: فإمّا يكون البيع واقعاً على الكلّي وكان دفع المغشوش في مرحلة القبض وفاءً، أو يكون واقعاً على المعيّن الخارجي، فإن وقع على الكلّي فلا إشكال في صحّته، وأنّ المغشوش المدفوع في مقام الوفاء لا يكون وفاء، فيجب على الدافع إعطاء مصداق من الكلّي المنطبق عليه حقيقة.

وإن وقع على المعيّن فلا يخلو من أقسامٍ:

[القسم] الأوّل: أن يكون الغشّ في طرف الهيئة مع كون المادّة سليمة عن الغشّ، وحكم هذا القسم هو صحّة البيع، وثبوت الخيار للمشترى بسبب العيب إن عدّت السكّة الموجودة عيباً، أو بسبب التدليس إن لم تكن عيباً، ولا فرق فيما ذكرناه بين كون السكّة المعمولة التي وقعت عليها البيع ضمناً عند وقوعه على هذا المعيّن مأخوذةً عنواناً أو وصفاً، بمعنىٰ أنّه سواء كان وقوع البيع على هذا المعيّن بعنوان كونه مسكوكاً بسكّة المعاملة، أو وقع عليه لا بذلك العنوان، خلافاً للشيخ ﷺ حيث فصّل بين القسمين بالحكم بالبطلان فيما وقع عليه البيع بعنوان كونه مسكوكاً بسكّة المعاملة، والصحّة فيما وقع على شخصه من دون عنوان[1]، وهو ممنوع؛ لأنّ مورد البطلان من جهة تخلّف العنوان هو ما إذا كان التخلّف بتخلّف جنسٍ إلى جنس آخر، لا بتخلّف الوصف مع اتّحاد الجنس، فالأوّل كما فيما إذا باع الموجود المعيّن على أنّه حمار فبان أنّه فرس، والثاني كما إذا باع العبد المعيّن بعنوان أنّه كاتب فظهر أنّه أُمّيّ، وكما إذا باع الدرهم المعيّن بعنوان أنّه مسكوك بسكّة المعاملة فبان أنّه مسكوك بالسكّة الخارجة، فإنّه حينئذ يصحّ البيع ويثبت الخيار، كما سيأتي تفصيله بعون الله تعالى. وبالجملة فحكم هذا القسم هو الصحّة من غير إشكال.

---

١. كتاب المكاسب، ج ١، ص ٦٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

القسم الثاني: ما إذا كان الغشّ في طرف المادّة بكونها من غير جنس الدرهم، كما إذا كانت رصاصاً مع كون السكّة هي سكّة المعاملة، وحكمه هو فساد البيع فيما إذا وقع على المعيّن الخارجي بعنوان أنّه فضّة، وذلك لعدم وقوعه على الفضّة بعد تبيّن كونه غيرها، فهو كما لو باع الموجود على أنّه حمار فبان أنّه فرس، وهذا واضح.

القسم الثالث: هو بعينه القسم الثاني، لكن مع كون المادّة مختلطة من جنس الفضّة والرصاص مثلاً، وحكمه أنّه وإن كان يمكن أن يقال بالتبعّض، بمعنىٰ صحّة البيع فيما يخصّه من جنس الفضّة والبطلان بقدر ما يخصّه من جنس الرصاص، لكن لمكان عدم انفصال أحدهما عن الآخر واختلاطهما، لا يصحّ البيع في الجميع، هذا بالنسبة إلى حكم المعاوضة.

[حكم كسر الدراهم]

وأمّا بالنسبة إلى حكم كسره، فنقول: هل يجب كسره أو يجوز إبقاؤه وصرفه في مثل التزيين والدفع إلى الظالم والعشار، أو إلى الحربي احتيالاً للاستنقاذ منه؟ وجهان، أقواهما الأوّل، وذلك لما دلّ على وجوب كسره على نحو الإطلاق، كما في رواية الجعفي[1]، أو مع إلقائه في البالوعة، كما في خبر موسى بن بكير[2]، الدالّين على وجوب الكسر؛ حسماً لمادّة الفساد، إذ الدفع إلى العشار ونحوه مستلزم لبقاء مادّة الفساد.

وهل يجب إعدام مادّتها بعد الكسر أو لا؟ وجهان، من ظهور الخبر الأخير في إعدامها والأمر بالإلقاء في البالوعة كنايةً عنه، ومن أنّ الأمر به إنّما هو كناية عن عدم

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٠٩، ح ٤٦٦؛ وسائل الشيعة، ج ١٨، الباب ١٠ من أبواب الصرف.

٢. الكافي، ج ٥، ص ١٦٠، باب الغشّ، ح ٣؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٢٨١، الباب ٨٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٥.

ماليّته، وهو مختصّ بما إذا لم يكن لمكسوره ماليّة معتدّ بها، فينحصر في القسم الثاني الذي كان الغشّ فيه من جهة المادّة ممّا لاقيمة لها كالرصاص، وأمّا مع ماليّتها فيجوز صرفها في البيع ونحوه بعد الكسر؛ لأنّها مالٌ عرفي يجوز الانتفاع به، بل من أظهر أنواع المال فيما إذا كان ذهباً أو فضّة، وهذا هو الأقوى.

القسم الثاني: ما كانت صفته المحرّمة أمراً نفسانيّاً لا شيئاً موجوداً في الخارج، وذلك كالجارية المغنّية، حيث إنّ صفتها راجعة إلى كمالٍ نفساني. والوجوه المتقدّمة في القسم الأوّل متصوّرة في هذا القسم عدىٰ إزالة الصفة ثمّ بيعها، أو اشتراط إزالتها على المشتري عند البيع، وذلك لعدم قبول إزالتها.

والظاهر صحّة المعاوضة على نفس الجارية، لا بما هي مغنّية، بحيث يبذل العوض بإزاء كونها جارية، كما أنّه لا إشكال في تحريم المعاوضة عليها بما هي مغنّية.

ويدلّ عليه من النصّ ما ورد من أنّ «**ثمن الجارية المغنّية سحت، وأنّه ما ثمنها إلّا كثمن الكلب، وثمن الكلب سحت، والسحت في النار**»[1].

القسم الثالث: ما كان تحريمه لأجل تحريم غايته المترتّبة عليه، مثل آلات اللهو والقمار، وهذا أيضاً على قسمين:

الأوّل: أن لا تكون له إلّا الغاية المحرّمة، وذلك كآلات القمار؛ حيث لا يترتّب عليها أثر محلّل إلّا نادراً، وحكمه كالصليب والصنم، فما يصحّ فيه البيع من الوجوه المتقدّمة يصحّ في هذا القسم أيضاً، وما يبطل فيه باطل فيه أيضاً، فراجع وتأمّل.

الثاني: أن يستعمل تارة في المحلّل، وأُخرىٰ في المحرّم استعمالاً شايعاً، كالطبل المستعمل في الحرب واللهو، والظاهر في هذا القسم صحّة بيعه مع بقاء هيئته ولو مع عدم اشتراط كسره على المشتري إذا كان بعنوانه المحلّل، كما إذا قصد من بيعه

---

١. **الكافي**، ج ٥، ص ١٢٧، باب السحت، ح ٤؛ **وسائل الشيعة**، ج ١٧، ص ١٢٤، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ٦.

ترتّب الغاية المحلّلة عليه كبيع الطبل للحرب، بحيث يكون الغرض المحلّل عنواناً للبيع الموجب لوقوعه على ذلك الوجه الموجب للصحّة.

وأمّا إذا قصد من بيعه ترتّب غايةٍ محرّمة، كبيع العنب ممّن يعمله خمراً، أو الخشب ممّن يعمله صنماً، والطبل لأهل اللهو والطرب، فإن كان على نحو الاشتراط فلا إشكال في البطلان، كأن يبيع العنب على أن يعمله خمراً.

وأمّا مجرّد العلم بكون المشتري يصرفه في الغاية المحرّمة، فقد ورد في حكمه أخبار متعارضة، ففي جملة منها تصريح على جواز بيع العنب ممّن يعلم أنّه يصنعه خمراً[١]، وفي بعضها قد صرّح بالمنع عن بيع الخشب ممّن يتّخذه صليباً أو صنماً[٢].

وقد أفتى بعض بمضمونهما معاً، ففرّق بين بيع العنب وبين بيع الخشب[٣]، ولكنّه بعيدٌ؛ لظهور اتّحاد الحكم فيهما، وإن كان ربما يفرق بكون الفساد في صناعة الصنم أشدّ من عمل العنب خمراً.

وقال الأُستاذ - دامت بركاته -: إنّ الأظهر حمل أخبار المنع على الكراهة؛ لما دلّ على الكراهة في بيع العنب، كقوله عليه السلام في خبر رفاعة عن بيع العصير ممّن يصنعه خمراً: «**يبيعه ممّن يطبخه أو يصنعه خلّاً أحبّ إليّ، ولا أرى بالأوّل بأساً**»[٤].

ولكنّه يشكل الحكم بالكراهة في بيع العنب أيضاً، لما دلّ على صدور ذلك منهم عليهم السلام ممّا يأبى عن الحمل على الكراهة، ففي خبر أبي كهمش: «**هوذا نحن نبيع تمرنا ممّن نعلم أنّه يصنعه خمراً**»[٥].

وفي خبر رفاعة قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام -وأنا حاضر- عن بيع العصير ممّن

---

١. راجع وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٢٢٩-٢٣٢، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به.
٢. راجع وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ١٧٦-١٧٧، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به.
٣. راجع مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ١٠٤ وما بعدها.
٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٦، ح ٦٠٣؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٢٣١، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩.
٥. الكافي، ج ٥، ص ٢٣٢، باب بيع العصير والعنب، ح ١٢؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٢٣٠-٢٣١، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ٦.

يخمّره، قال عليه السلام: «حلال، ألسنا نبيع تمرنا ممّن يجعله شراباً خبيثاً؟»[1].

وإبائهما عن الحمل على الكراهة واضح، حيث إنّه لا يناسب الترخيص في فعل المكروه، مؤيّداً باستمرار فعله عليه السلام، كما يظهر من قوله عليه السلام: «ألسنا نبيع» إلى آخره، وقوله عليه السلام: «هوذا نحن نبيع» إلى آخره فإنّه مشعر باستمرار ذلك منه عليه السلام.

نعم، لا بأس بالقول بالكراهة في خصوص بيع الخشب ممّن يعمله صنماً أو صليباً أو مزماراً؛ للتعبير في أخباره بكلمة «لا» القابلة للحمل على الكراهة.

[مقدّمة الحرام]

وربما يستدلّ على حرمة بيع العنب ممّن يعمله خمراً ونحوه بكونه إعانةً على الإثم، وهو ضعيف. وتوضيحه موقوف على تنقيح موارد الإعانة، فنقول: لا إشكال في حرمة مقدّمة الحرام إذا كانت من فعل فاعل الحرام بالحرمة المقدّميّة فيما إذا كانت علّة تامّة لوقوع الحرام أو الجزء الأخير منها، وكذا في غير الجزء الأخير منها إذا كان ارتكابها بقصد التوصّل إلى الحرام، كما أنّه لا إشكال في عدم حرمة غير الجزء الأخير إذا فعله لا بذلك القصد.

وأمّا بالنسبة إلى فعل شخص آخر فلا إشكال أيضاً في حرمة الجزء الأخير من أجزاء مقدّمات صدور الحرام عن الآخر، بحيث لا يحتمل عادةً عدم صدوره منه باختياره بعد تحقّق تلك المقدّمة، كما إذا أراد الظالم ضرب أحدٍ عدواناً فأعطاه السوط بعد تماميّة إرادته للضرب، بحيث لم يكن بينه وبين الضرب حائل إلّا عدم كون السوط بيده.

وكذا لا إشكال في عدم حرمة كلّ ما له دخل في صدور الحرام عن الغير إذا كان من المقدّمات البعيدة ولم يك فعله بقصد التوصّل إلى صدور الحرام من الغير، وإلّا كان اللازم حرمة أكثر المعاملات.

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٣٦، ح ٦٠٣؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٢٣١، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ٨.

وإنّما الكلام في المتوسّط بين المقدّمات البعيدة والمقدّمة الأخيرة مع عدم قصد التوصّل، وبيان ضابط كلّي بحيث ينطبق على مصاديقها، فنقول:

قد عرفت شهادة الأخبار على جواز بيع العنب ممّن يعمله خمراً، بل صدور ذلك منهم عليهم السلام، ومن البديهي أنّ جوازه ذلك ليس من باب التخصيص لحرمة الإعانة على الإثم؛ لكون عموم هذا الحكم من العمومات التي لاتقبل التخصيص، كالأحكام العقليّة فحينئذٍ لابدّ من بيان ضابط لمعنى الإعانة، بحيث لا ينطبق على مثل بيع العنب ممّن يعمله خمراً المصرّح بجوازه في الأخبار حتّى يكون خروجه عن حكم الإعانة بالتخصّص لا بالتخصيص.

فاعلم، أنّ مفهوم الإعانة عبارة عن فعل ما يتمكّن به الغير من إيجاد ما هو مطلوبه، ولا شبهة في صدق هذا المعنى على الفعل الذي لا يتوسّط بينه وبين صدور مطلوب الغير إلّا صدور الإرادة التحقيقيّة من الغير بعد أن كانت تقديريّة، كما في مثال مناولة السوط للظالم، حيث إنّه مريد للضرب على تقدير مناولة السوط، وليس بينه وبين الإرادة الفعليّة للضرب حائل إلّا عدم كون السوط بيده، كما أنّه لاشبهة في عدم صدق الإعانة على ماكان خارجاً عن سلسلة مقدّمات وجود المعصية وإن كان له دخل في تحقّق إرادة المعصية.

وبعبارة أُخرىٰ يكون واقعاً قبل حصول إرادة المعصية من العاصي، وهذا كتجارة التاجر الموضوع لأخذ العشار منه العشر، حيث إنّ تجارته هذه تكون منشأً لإرادة العشار أخذ العشر منه، بحيث لا إرادة منه قبل التجارة أن يأخذ من ذلك التاجر شيئاً وإن كانت له إرادة كلّيّة بأخذ العشر من كلّ تاجر إلّا أنّ صدور أخذ العشر من هذا التاجر لا يتمشّى من هذه الإرادة الكلّيّة ما لم تنضمّ إليها إرادة أخذ العشر بارادة جزئيّة.

وإنّما الكلام في صدق الإعانة على ما عدىٰ الأخيرة من المقدّمات الخارجة التي تقع بعد تحقّق الإرادة، وأنّها هل هي إعانة مطلقاً، أو ليست إعانة مطلقاً، أو

يفصل بين ما يقصد به توصّل مريد الإثم على المعصية، وبين ما لم يكن كذلك، فيقال بكونها إعانةً في الأوّل دون الأخير، وجوهٌ، وهذا كما تقدّم فيما كان صدور تلك المقدّمات لصدور المعصية من شخص العاصي نفسه.

فنقول: الحقّ هو التفصيل، بمعنىٰ أنّ كلّ فعل له دخل في صدور الحرام عن الغير إذا قصد به توصّل الغير به إلى الحرام، فهو إعانةٌ على الإثم، وإلّا لا يكون إعانة إلّا إذا كان الجزء الأخير من مقدّمات صدوره، فإنّه لا يحتاج في صدق الإعانة عليه إلى قصد التوصّل، فعلي هذا ففي بيع العنب ممّن يعمل خمراً إذا قصد به توصّل المشتري إلى التخمير يكون إعانة، وإلّا فلا.

فإن قلت: شراء المشتري للعنب مقدّمة للتخمير، فيكون حراماً، وفعل البائع إعانةٌ على شراء المشتري، لكون البيع مقدّمة أخيرة بالنسبة إلى الشراء وإن لم يكن إعانة بالنسبة إلى شرب الخمر، ولاعمل التخمير؛ لعدم كونه الجزء الأخير من مقدّماتهما. وبهذا البيان يكون البيع إعانة على الحرام وهو شراء المشتري.

قلت: هذا مبنيّ على تسليم حرمة الشراء، وهو موقوف على أنّ مقدّمة الحرام حرام، وهو على الإطلاق ممنوع.

وتوضيحه أنّ مقدمة الحرام على أقسام:

الأوّل: أن يكون الشيء الواحد معنوناً بعنوانين يكون بأحدهما مقدّمة وبالآخر ذيها، كبعض الأسباب والمسبّبات التوليديّة، كما في رمي السهم بقصد القتل، حيث إنّه بالعنوان الأوّلي رمي وبالعنوان الثانوي قتل، والرمي علّة للقتل، وفي مثله لاشبهة في حرمة المقدّمة لصدق نفس عنوان الحرام الذي هو ذي المقدّمة عليه.

الثاني: أن تكون بحيث لا يصدق عليها عنوان ذيها، فيكون وجودها منحازاً عن وجود ذيها، ولكن مع كونها آخرما ينتهي إليه مقدّمات الحرام، بحيث ليس بينها وبين

صدور الحرام عنه مقدّمة أُخرىٰ إلّا إرادة الحرام، وهذا القسم وإن قلنا بحرمته سابقاً إلّا أنّه يمكن المنع عنه، وذلك لمكان كون الحرام بعد تحقّق تلك المقدّمات أيضاً ممكن الصدور عن الفاعل، بحيث له أن يفعل وله أن لا يفعل، ومعه فلا وجه للالتزام بحرمته.

فإن قلت: ما الفرق بين مقدّمة الواجب ومقدّمة الحرام، حيث يقال باستلزام إيجاب الشيء إيجاب مقدّمته، ويمنع عن استلزام تحريم الشيء تحريم مقدّمته؟

قلت: الفرق واضحٌ، حيث إنّ وجود الشيء يتوقّف على وجود مقدّماته، فيترشّح من ناحية إرادته إرادة إلى مقدّماته، وهذا بخلاف عدم الشيء؛ فإنّه لا يتوقّف على عدم مقدّماته؛ إذ مع تحقّق مقدّماته أيضاً يمكن تركه إذا كان صدوره بعد تحقّقها اختياريّاً، فحينئذ لا يتوقّف عدمه على عدم جميع المقدّمات حتّىٰ يكون عدم المقدّمات مطلوباً من ناحية مطلوبيّة عدمه.

نعم، هذا يتمّ في العلّة التامّة، فإنّها تصير حراماً بالحرمة المقدّميّة؛ لمكان استحالة تخلّف الحرام عنها، لكنّه خارج عن هذا القسم، بل هو من القسم الأوّل؛ لأنّ الضابط فيه عدم تخلّل الإرادة بين المقدّمة وبين ذيها، كما أنّ ضابط هذا القسم هو بقاء الإختيار بعد تحقّق المقدّمة.

الثالث: أن لا تكون المقدّمة آخر ما ينتهي إليه المقدّمات الخارجيّة، سواء وقعت بعدها مقدّمة واحدة أو أزيد، ولكن مع قصد الفاعل في إتيانها التوصّل إلى الحرام، وذلك كشراء العنب بقصد التخمير فيما إذا لم يكن الشراء مقدّمة أخيرة لعمل الخمر، وعدم الحرمة في هذا القسم أولى من القسم الثاني؛ لأبعديّة صدور الحرام عن فاعل هذه المقدّمة من القسم المتقدّم، وأظهر من هذا القسم في عدم الحرمة.

القسم الرابع: وهو ما لا يكون قصده في إتيان المقدّمة الغير الأخيرة التوصّل إلى الحرام، كما إذا اشترى العنب لا لأجل أن يتوصّل به إلى التخمير لكنّه بدا له

التخمير بعد الإشتراء، فإنّه لاشبهة في عدم حرمة شرائه، وإلّا يلزم حرمة أكثر ما يصدر من الإنسان من الأفعال؛ لأنّ لها دخلاً في صدور ما يصدر منه من الحرام.

فتحصّل ممّا ذكرنا انحصار حرمة مقدّمة الحرام بالقسم الأوّل وأنّ شراء العنب ولو كان بقصد التخمير لا دليل على حرمته حتّىٰ يكون البيع إعانةً للحرام.

فإن قلت: شراء العنب بعنوان التوصّل إلى الحرام تجرّي على المولى، فيكون حراماً بعنوان التجرّي، ويكون بيعه إعانة على التجرّي المحرّم.

قلت: هذا مدفوع.

أمّا أوّلاً؛ فلأنّ الشراء لا ينطبق عليه التجرّي بالمعنى الأخص إلّا إذا تخلّف عن عزمه بأن لا يجعله خمراً بعد ماكان قاصداً للتخمير وهذا خارج عن محلّ البحث، لأنّ كلامنا فيما يقصد به التخمير مع ترتّب عمل الخمر عليه، فليس هذا من التجرّي المصطلح.

وأمّا ثانياً؛ فلأنّه لو سلّمنا كونه تجرّياً بمعنىٰ كونه بصدد العصيان، وفاعلاً لما يوجب الطغيان، وأنّ فيه جرأة على مخالفة السبحان، فالفعل المتجرّى به لا يكون حراماً شرعيّاً على ما أوضحناه في الأُصول من أنّ غاية ما يسلم هو القبح الفاعلي وهو غير مستتبع للخطاب المولوي، فحينئذ لا يكون الشراء ولو بعنوان التجرّي حراماً حتّىٰ يكون البيع إعانة على الإثم.

وأمّا ثالثاً؛ فلأنّه لو فرض حرمة الفعل المتجرّى به أيضاً فليس فعل البايع إعانةً للمشترى على التجرّي، وذلك لأنّ شراؤه ليس بنفسه عبارة عن التجرّي بل الشراء محصّل له، ويترتّب عليه كترتّب اللازم على الملزوم، لكنّ المشتري لم يقصد في شرائه التجرّي لكي يكون بيع البائع إعانة له فيه، بل إنّما قصد في شرائه التوصّل إلى التخمير، ويكون في قصده ذاك متجرّياً، بمعنىٰ أنّ قصده ذاك مصداق للتجرّي. كيف ولو كان قصده في شرائه أن يتوصّل به إلى التجرّي لكان قصده ذاك أيضاً تجرّياً،

فكان في قصده ذاك محتاجاً إلى أن يقصد ذاك التجرّي فيلزم التسلسل في التجري، فليس المشتري قاصداً للتجرّي، و حينئذ لا يكون البايع في فعله معيناً له في تجرّيه.

وقد يستدلّ لحرمة بيع العنب ممّن يعلم أنّه يعمله خمراً بأدلّة وجوب النهي عن المنكر، بتقريب أنّ المستفاد من أدلّة وجوبه هو مبغوضيّة المنكر ومحبوبيّة خلوّ صفحة الوجود عنه، وهذا المعنى كما يتحصّل بالرفع كذلك يحصل بالدفع، فيكون الدفع كالرفع واجباً.

ولا يخفى أنّه استدلالٌ حسن، إلّا أنّه يتمّ فيما إذا توقّف الدفع على ترك بيعه، بحيث لم يوجد بايع غيره؛ إذ مع وجود غيره لا يجب تركه، وليس ترك البيع حينئذ كالواجب الكفائي، حيث إنّه يستحقّ كلّ واحد من المكلّفين أن يعاقب على تركه، بل المأمور به هو دفع المنكر، فمع وجود باذلٍ آخر لا يتحقّق الدفع بتركه، فلا يجب الترك؛ لأنّ وجوب تركه حينئذ إنّما هو لكونه دفعاً للمنكر من باب وجوب النهي عن المنكر، ومن المعلوم اشتراط وجوبه بارتداع فاعل المنكر بسبب النهي عنه، و مع وجود بايعٍ آخر لا يصير الفاعل مرتدعاً، فلا يجب تركه بملاك النهي عن المنكر، ومع ذلك كلّه فلا تخلو المسألة عن شوب إشكال.

[القسم الثالث:
فيما يحرم لأن يحتمل أن يترتّب عليه غايةً محرّمةً]

القسم الثالث: ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأناً، بمعنىٰ أنّه يحتمل أن يترتّب عليه غايةٌ محرّمة، كبيع العنب ممّن يحتمل أن يعمله خمراً، و بيع السلاح لأعداء الدين في حال المداهنة، وعدم وجود مقدّمات الحرب مع المسلمين، لكن مع احتمال قيام الحرب بينهم، وهذا القسم لايدخل تحت ضابط كلّي، بل كلّ ما ثبت حرمته فإنّما هو مقصور على النصّ، ومع عدم النصّ لاوجه لتحريمه؛ لعدم صدق عنوان محرّم

عليه سوى ما يتوهّم من كونه إعانة على الإثم، وقد تقدّم بما لامزيد عليه عدم صدق ذلك على مثل المقام، وأنّ المتيقّن منه ما إذا لم يفصل بين المقدّمة وبين صدور الإثم من الغير سوى إرادته، أو ما إذا أتى بالمقدّمة بقصد توصّل الغير بها على الحرام.

نعم، قد ورد في بيع السلاح من أعداء الدين ما ظاهره التحريم، إلّا أنّ مقتضىٰ الجمع بينه وبين بعض آخر[1] هو حمله على صورة قيام الحرب فيحرم البيع حينئذ وأمّا مع الهدنة فصريح رواية السراج[2] هو الجواز، والله العالم.

بقي الكلام في جهتين:

[ضابط ما يفسد من المعاملات وما لا يفسد]

[الجهة] الأُولى: في بيان ضابط ما يفسد من المعاملات من جهة النهي عنه وما لا يفسد. فنقول:

كلّما كان النهي عن البيع من جهة عدم الماليّة في أحد العوضين إمّا عرفاً و إمّا بسبب تحريم الشارع منافعه، أو الانتفاع بخواصّه المقوّمة لماليّته، فيكون بيعه فاسداً، وذلك لكون البيع عبارة عن تبادل المال بالمال المفروض انتفاؤه مع انتفاء الماليّة في العوضين أو أحدهما، وكلّما كان النهي عن بيعه راجعاً إلى مرحلة المسبّب المستلزم لمبغوضيّته بالمعنى الإسم المصدري فهو أيضاً يقتضي الفساد، كالربا وبيع آلات اللهو والقمار والصنم والصلبان ونحو ذلك ممّا تعلّق التحريم فيه بالمنشأ بالعقد، لابنفس الإنشاء، ولا بالإيجاب والقبول، ووجه فساده بالنهي هو أنّ مبغوضيّة وجود المنشأ عبارة أُخرىٰ عن عدم إمضاء الشارع؛ لوقوعه بالإنشاء، ومن البديهي توقّف

---

١. للمزيد راجع **الكافي**، ج ٥، ص ١١٢-١١٤، باب بيع السلاح منهم؛ **وسائل الشيعة**، ج ١٧، ص ١٠١-١٠٣، الباب ٨ من أبواب ما يكتسب به.

٢. **الكافي**، ج ٥، ص ١١٢، باب بيع السلاح منهم، ح ٢؛ **وسائل الشيعة**، ج ١٧، ص ١٠١-١٠٢، الباب ٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

صحّة المعاملات على إمضاء الشارع لها، ولا معنى لبقاء إمضائه للمنشأ مع كونه مبغوضاً له، وكلّما كان النهي عنه راجعاً إلى ناحية السبب والمعنى المصدري ومرحلة الإنشاء بلانظر إلى تحريم المنشأ، فذلك لا يقتضي الفساد؛ لعدم دلالته على مبغوضيّة المنشأ، ولا على الردع عنه وعدم إمضائه، وذلك كحرمة البيع وقت النداء.

وقد أدرج الأُستاذ - دامت بركاته - في هذا القسم جميع ما ثبت حرمته من جهة صدق إعانة الإثم عليه، بدعوىٰ كون حرمته راجعة إلى ناحية السبب دون المسبّب؛ لما تقدّم من عدم صدق الإعانة إلّا إذا قصد التوصّل بالبيع إلى الحرام وتحريمه بهذا العنوان لا يستلزم تحريم المنشأ.

ولا يخفى عليك أنّ ما أفاده - دامت إفاداته - بإطلاقه مشكلٌ، بل الظاهر هو التفصيل بين ما إذا قصد التوصّل إلى الحرام بالبيع بالمعنى المصدري، أو بالبيع بمعنى الإسم المصدري، أو بكليهما، فإنّ البيع بكلا المعنيين يكون من مقدّمات الحرام.

وبعبارة أُخرىٰ، تارة يكون مجرّد التلفّظ بالعقد بقصد التوصّل إلى الحرام، وأُخرىٰ بقصد التوصّل إليه بالتمليك المنشأ بالعقد، وثالثة بقصد التوصّل بالأمرين أعني العقد والمنشأ به، فاللازم في الأوّل هو صدق الإعانة على مجرّد العقد دون المنشأ به، ولازم الأخيرين هو سراية صدق الإعانة إلى المنشأ أيضاً؛ لأنّ المفروض أنّه قصد التوصّل به إلى الحرام، وأنّه من مقدّمات وقوعه، فمقتضىٰ حرمته هو عدم إمضاء الشارع له، فيدخل في القسم السابق.

هذا مضافاً إلى أنّ احتياج صدق الإعانة على البيع إلى قصد التوصّل به إلى المعصية إنّما هو فيما كان البيع من المقدّمات البعيدة، بمعنىٰ ما يفصل بينه وبين الحرام -زائداً على إرادة المشتري للمعصية - مقدّمات أُخر، وأمّا إذا فرض كونه العلّة الأخيرة للحرام بمعنىٰ ما لا يفصل بينه وبين الحرام سوى إرادة المشتري له، فصدق الإعانة عليه غير محتاج إلى قصد التوصّل به، كما تقدّم بيانه في ضابط الإعانة، والله الموفّق.

[سبب الشكّ في صحّة البيع وفساده]

الجهة الثانية: أنّه إذا شكّ في صحّة البيع وفساده فإمّا أن يكون من جهة الشكّ في ماليّته العرفيّة؛ أو يكون من جهة الشكّ في سلب ماليّته العرفيّة شرعاً، إمّا من جهة الشكّ في تحريم ما يتقوّم به ماليّته عرفاً؛ وإمّا من جهة الشكّ في كون المحرّم ممّا توجب سلب الماليّة عنه بتحريمه.

وتحقيق الكلام يقتضي بسطاً في هذه الأقسام.

فنقول: هاهنا أقسام:

[القسم الأوّل]: ما إذا كان الشكّ في كون المنفعة التي بها قوام ماليّة الشيء معتدّاً بها حتّىٰ يكون بها مالاً عرفاً، كما إذا شكّ في منفعة الخنفساء، بحيث لم يعلم حكمها عند العرف، فلا إشكال في أنّ الأصل الأوّلي الذي عليه المعوّل في باب المعاملات هو الفساد.

وإنّما الكلام في الأصل الوارد عليه المقتضىٰ للصحّة، فقد يقال: - كما أفاده في *المكاسب*[1] - بأنّ مقتضى عمومات أدلّة التجارة - مثل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[2]، و﴿أحلّ الله البيع﴾[3]، و﴿تجارة عن تراض﴾[4]، ونحوها - هو الصحّة، وكذا ما في خبر *تحف العقول* من حلّيّة كلّ شيء يكون فيه الصلاح من جهة من الجهات[5]، حيث إنّ في ذلك المشكوك جهة صلاح وهي تلك المنفعة التي يشكّ في قوام الماليّة بها، فيكون بيعه وشراؤه حلالاً.

ولا يخفى أنّ التمسّك بعمومات أدلّة التجارة في المقام من قبيل التمسّك بالعامّ

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٠-٤١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. المائدة (٥): ١.

٣. البقرة (٢): ٢٧٥.

٤. النساء (٤): ٢٩.

٥. تحف العقول، ص ٣٣٣، تفسير التجارات.

في الشبهة المصداقيّة، حيث إنّ تلك العمومات مخصّصة بما لا يكون مالاً عرفاً، ومع الشكّ في ماليّة شيء يكون الشكّ في كونه من مصاديق المخصّص أو العامّ، ويكون الرجوع إلى العموم حينئذ تمسّكاً به في الشبهة المصداقيّة للمخصّص، وقد ثبت في الأُصول عدم جوازه.

هذا مضافاً إلى أنّ التمسّك بقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾[1] في المقام من قبيل التمسّك بالعام في الشكّ في كون المورد من أفراد العامّ، وهو أفحش من التمسّك بالعامّ في الشكّ في عنوان المخصّص؛ ولذا لا يجوزه القائل بالصحّة هناك، ووجه كونه من باب الشكّ في تحقّق عنوان العامّ هو أنّ البيع عرفاً عبارة عن مبادلة مال بمال، ومع الشكّ في ماليّة أحد العوضين يشكّ في صدق عنوان البيع عليه. فيكون من قبيل التمسّك بعموم وجوب إكرام العالم في مورد مع الشكّ في كونه من أفراد العامّ.

ويمكن أن يوجّه كلام الشيخ ﷺ بأنّ المخصّص في المقام لا يوجب تعنون العامّ، ومعه لا بأس بالتمسّك بالعموم.

وتوضيحه: إنّ المخصّص إمّا أنواعي وإمّا أفرادي، فالأوّل ماكان على نهج القضايا الحقيقيّة، وهو مستلزم لتعنون العامّ بعنوان ما عدىٰ الخاصّ، وفي مثله لا يجوز التمسّك بالعموم في الشكّ في عنوان المخصّص؛ لأنّه بعد صيرورة نقيض الخاصّ أوضدّه جزء من موضوع حكم العامّ يخرج العامّ عن كونه تمام الموضوع ويصير جزء منه، وإذا شكّ في كون شيء من أفراد المخصّص يكون مرجع الشكّ إلى الشكّ في جزء الموضوع، ولايجوزإثبات الحكم الثابت للموضوع المركّب من جزئين بإحراز أحد جزئيه فقط على ما حرّرناه في الأُصول، وأمّا ماكان مخصّصاً أفراديّاً على نهج القضايا الخارجيّة فلا يستلزم تعنون العامّ، فعند الشكّ في كونه من أفراد المخصّص يكون تمام الموضوع لحكم العامّ معلوماً، فلا مانع فيه من التمسّك بالعموم.

---

١. البقرة (٢): ٢٧٥.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ الخارج من عمومات أدلّة التجارة ليس عنوان «ما لا ماليّة له» حتّى ذلك تعنون العامّ بما له ماليّة عرفيّة، بل الخارج بالأدلّة عبارة عن الأشياء الخاصّة، مثل الدم والعذرة وكلب الهراش وأمثال ذلك، ثمّ استفيد من مجموع هذه الأدلّة قاعدة اصطياديّة، وهي عدم جواز المعاملة على ما لا ماليّة له. فعند الشكّ في حرمة بيع ما يشكّ في ماليّته العرفيّة لو كان حراماً كان تحريمه بتخصيص زائد عن المقدار المعلوم، فيكون المرجع هو العموم، وليس هذا من التمسّك بالعامّ في الشبهة المصداقيّة في شيء.

هذا غاية ما يمكن أن يوجّه به كلامه ﷺ في هذا المقام، ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه ليس في البين أدلّة مخصّصة لعموم أدلّة البيع بالنسبة إلى عناوين خاصّة ممّا لا ماليّة له عرفاً، مثل الخنفساء ونحوها حتّى يكون الخارج عن العموم عبارة عن عناوين خاصّة، لا بعنوان «ما لا ماليّة له» بل الدليل على عدم جواز البيع في ما لا ماليّة له عرفاً هو أنّ مدار المعاوضة على تحقّق الماليّة العرفيّة في العوض والمعوّض، وأنّ عموم أدلّة البيع إنّما يدلّ على حلّية البيع المتداول عند العرف، فإذا لم يكن لأحد العوضين ماليّة عرفيّة لا يكون المعاوضة حينئذ بيعاً عرفيّاً حتّى تشمله العمومات.

ولو تنزّلنا عن ذلك فمقتضى قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾[1] هو خروج ما لا ماليّة له عن عموم أدلّة البيع، لكون أكل المال في مقابل ما لا ماليّة له أكلاً للمال بالباطل، فيكون الشكّ في ماليّة الشيء موجباً للشكّ في تحقّق عنوان المخصّص الذي عرفت عدم جواز التمسّك فيه بالعموم؛ لكون المخصّص أنواعيّاً لا أفراديّاً.

وممّا ذكرنا يمكن المناقشة في التمسّك بخبر *تحف العقول*[2] أيضاً؛ فإنّ غاية ما يستفاد منه هو صحّة البيع إذا كان في الشيء جهة من جهات الصلاح، وقد عرفت

---

١. النساء (٤) : ٢٩.

٢. تحف العقول، ص ٣٣٣، تفسير التجارات.

أنّه مع الشكّ في ماليّة الشيء يشكّ في تحقّق عنوان البيع عرفاً فكيف يتمسّك بالخبر على جوازه؟

ويمكن أن يقال بصحّة التمسّك بالعمومات بعد احراز مقدار من المنافع المحلّلة مع الشكّ في كونها مقوّمة للماليّة.

وتوضيح ذلك: أنّه قد يكون الشكّ في أصل المنفعة المقوّمة لماليّة الشيء، بحيث يكون الشكّ فيه منشأً للشكّ في ماليّته وفي تعلّق حقّ الاختصاص به.

وقد يكون مقدار من المنفعة التي يثبت بها حقّ الاختصاص معلوماً، وكان الشكّ في ماليّته بعد الفراغ عن تعلّق الاختصاص به.

فعلى الأوّل لا يصحّ التمسّك بشيء من العمومات؛ لما عرفت من كون الشبهة مصداقيّة.

وأمّا على الثاني فلا بأس بالتمسّك بها، أمّا آية التجارة، أعني قوله تعالى: ﴿تجارة عن تراض﴾[1] التي هي أعمّ [من] ما في باب المعاملات فواضحٌ، لمكان صدق التجارة بعد فرض إحراز ثبوت حقّ الاختصاص فيه، وإنّما الشكّ في ماليّته، ولامانع من شمول الآية الكريمة له بعد صدق التجارة عليه عرفاً.

وأمّا آية ﴿أوفوا بالعقود﴾[2] فلأنّها وإن اعتبر في التمسّك بها إحراز صدق العقد، ولا يمكن إحراز ذلك بعموم الآية، لأنّها متكفّلة لإثبات حكم العقد على تقدير تحقّقه، لا لإثبات عقديّة ما يشكّ في عقديّته، لكن بعد إعتبار مقدار من الماليّة في المقام الموجبة لتحقّق حقّ الاختصاص يصدق العقد والعهد على فعل المتعاملين، ومعه فلا مانع عن التمسّك بها لصحّته.

وأمّا آية ﴿أحلّ الله البيع﴾[3] فقد عرفت ابتناء المنع عن التمسّك بها على

---

١. النساء (٤): ٢٧٥.

٢. المائدة (٥): ١.

٣. البقرة (٢): ٢٧٥.

كون البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، وهو وإن كان مفتقراً بها في اللغة إلّا أنّ مبادلة المال بالمال ليست مذكورة في نصّ شرعي، والظاهر من معناه العرفي هو مبادلة شيء بشيء، ومعاوضة طرف إضافة بطرف إضافة أُخرىٰ ولو كانت الإضافة عبارة عن حقّ الاختصاص، وعليه فيصحّ التمسّك بتلك الآية أيضاً، وعلى هذا التقرير يصحّ التمسّك بخبر *تحف العقول*[1] أيضاً من غير شبهة.

أقول: هكذا أفيد، ولا يخفى ما فيه؛ لأنّه بعد ذلك كلّه يقع السؤال في أنّ ادخال ما شكّ في ماليّته في حكم العمومات من باب التمسّك بالعامّ في الشبهة المصداقيّة، وذلك بعد فرض تخصيصها بما يكون مالاً بدليل آخر.

فالعمدة هو تشخيص أنّ الدليل المخرج لغير المال عن تلك العمومات هل يوجب تخصيصها بخصوص ذاك العنوان أولا؟ فإن كان لسان المخصّص إخراج ما ليس بمال فعند الشكّ في الماليّة لا محيص عن المنع من التمسّك بها.

لكنّ الانصاف عدم وجود مخصّص لتلك العمومات الموجبة لاخراج غير المال عنها، وإنّما المخصّص هو آية أكل المال بالباطل[2]، ولا يخفى عدم صدق الأكل بالباطل بعد فرض تحقّق مقدار من المنافع الموجب لتعلّق حقّ الاختصاص، وليس أكل المال بإزائه من باب أكل المال بالباطل، فعند الشكّ في صحّته حينئذ لامنع عن التمسّك بالعموم.

فالأقوى ما عليه الأُستاذ - دام بقاؤه - وفاقاً للشيخ ﷺ من صحّة التمسّك بالعمومات عند الشكّ في الماليّة العرفيّة بعد فرض تحقّق ما به يتحقّق حقّ الاختصاص، سيّما إذا كانت المعاملة الواقعة عليه غير البيع من سائر المعاملات، كالصلح الذي لادليل على اعتبار الماليّة فيه أصلاً.

ثمّ إنّ من جملة ما يشكّ في ماليّته ما يكون الشكّ ناشياً من قبوله للتذكية

---

١. تحف العقول، ص ٣٣٣، تفسير التجارات.

٢. النساء (٤): ٢٩.

كالمسوخ والسباع، فإنّ بعضها له منفعة عرفيّة توجب له الماليّة عند العرف، مثل ما ينتفع بعظمه أو جلده، بل يبذل الثمن الغالي بإزائهما، وحيث إنّ الأقوىٰ عندنا عموم قبول التذكية في ما عدىٰ الحشرات - سواء كان ممّا يؤكل لحمه أم لا - كان المسوخ والسباع ممّا لهما ماليّة يجوز المعاوضة عليهما فيما اعتبر لهما العرف ماليّة لترتّب المنافع عليهما بعد التذكية.

وأمّا الحشرات فصحّة بيعها دائرة مدار ماليّتها أو إحراز منفعة لها، بحيث لا يكون أكل المال بإزائها أكلاً للمال بالباطل.

هذا تمام الكلام في القسم الأوّل، ومنه يظهر حكم القسم الثاني أيضاً.

[القسم الثاني]: وهو الشكّ في كون المنفعة المحرّمة من الشيء مقوّمة لماليّته عرفاً، فإنّ الحكم فيه كالقسم الأوّل من حيث الأصل الأوّلي والثانوي منعاً وجوازاً.

القسم الثالث: ماكان الشكّ في تحريم المنفعة التي هي مقوّمة لماليّته، والفرق بينه وبين القسم الثاني أنّ الشكّ في القسم الثاني في كون المنفعة المحرّمة مقوّمة للماليّة بعد العلم بحرمتها، والشكّ في هذا القسم إنّما هو في تحريم ما يقوم الماليّة بعد العلم بكونها مقوّمة لها. والمرجع في هذا الشكّ هو أصالة الحلّ، وبها ينقّح الموضوع ويثبت جواز الانتفاع بتلك المنفعة، فيرتفع المنع الموجب لسلب ماليّته.

فإن قلت: جواز البيع مترتّب على حلّيّة الانتفاع بتلك المنفعة واقعاً، وبأصالة الحلّ لا يثبت إلّا الحلّيّة الظاهريّة، فلا ينقّح بها موضوع جواز البيع، كما أنّ جواز الصلاة في ما يشكّ في مأكوليّته لا يثبت بإجراء أصالة الحلّ في لحم الحيوان، فإنّ المنع عن الصلاة في غير المأكول مترتّب على ما هو كذلك واقعاً، ولا يثبت بأصالة الأكل إلّا الحلّيّة الظاهريّة.

قلت: الفرق بين المقام وبين المقيس عليه ظاهر، فإنّ الماليّة العرفيّة في المقام

محرزة، ولامانع منه إلّا المنع الفعلي الشرعي، لا الحرمة الواقعيّة، فمجرّد الترخيص الفعلي كافٍ في ذلك، كما أنّ المنع الفعلي ولوكان ظاهريّاً مانع عن ثبوت الماليّة، وهذا بخلاف الصلاة في أجزاء المشكوك فيه؛ حيث إنّ الموضوع هناك - كما قرّرناه - هو الحرمة الواقعيّة، لا المنع الفعلي، كما يستفاد من الاخبار في ذلك الباب. ومنه يظهر أنّ الحلّ الثابت بحكم الأصل ولوكان حكماً ظاهريّاً، لكن جواز البيع المترتّب عليه حكم واقعي.

وتوضيحه: إنّ انسلاب الماليّة العرفيّة واقعاً إنّما هو بالتحريم المنجّز، وبأصالة الحلّ يرتفع تنجّز التحريم الواقعي على تقدير ثبوته واقعاً، وجواز البيع واقعاً مترتّب على انسلاب الماليّة انسلاباً واقعيّاً، والمفروض انحفاظ الماليّة بإجراء أصالة الحلّ انحفاظاً واقعيّاً، فيثبت جواز البيع واقعاً.

وتظهر الثمرة في صورة انكشاف الخلاف، فعلى تقدير كون جوازه حكماً ظاهريّاً يحكم بعدم وقوع البيع من أوّل الأمر، ويجب على البايع ردّ الثمن إلى المشتري؛ وعلى تقدير كونه حكماً واقعيّاً يصحّ البيع إلى زمان الانكشاف، لكن لا يجوز ترتيب آثار المال عليه من حين الانكشاف، فلا يصحّ بيعه.

وربما يستغرب ذلك لغرابة كون الشيء مالاً واقعاً قبل الانكشاف، وانسلاب الماليّة عنه واقعاً بعده، ولكن مقتضى القاعدة هو ما ذكرناه.

هذا تمام الكلام في المقام الأوّل، أعني ما يحرم التكسّب به ممّا هو من قبيل مبادلة الأعيان.

[المقام الثاني:
في مبادلة المنافع المحرّمة]

المقام الثاني: في حكم بذل المال بإزاء المنافع المحرّمة الذي يشمل باب الإجارة، وضابط التحريم في هذا القسم هو أنْ يقال: إنّ الإجارة تارة تقع على الأعمال وأُخرىٰ على المنافع.

وضابط صحّة الإجارة أمران:

أحدهما: كون المنفعة والعمل اللذين يبذل المال بازائهما ملكاً للموجروتحت سلطنته.

ثانيهما: كونهما ممّا يمكن حصوله للمستأجر بحيث يمكن له استيفاؤهما، فمع انتفاع الأمرين أو أحدهما تبطل الإجارة.

وهذان الأمران متلازمان في الوجود غالباً، بحيث يكون انتفاء أحدهما موجباً لانتفاء الآخر، إلّا أنّه قد يتّفق انفكاكهما، كما سنشير إليه إن شاء الله تعالى.

وكيف كان فالكلام يقع في مقامين:

[المقام] الأوّل: فيما إذا لم يكن المؤجر مسلّطا على المنفعة أو العمل، وذلك بأحد وجهين:

أحدهما: أن يكون أحد طرفي المنفعة من الوجود أو العدم خارجاً عن تحت قدرة المؤجر تكويناً، إمّا بالإلزام على إيجادها المستلزم للعجز عن تركها تكويناً، وإمّا بالإلزام على تركها كذلك.

ثانيهما: أن يكون أحد الطرفين خارجاً عن تحت القدرة شرعاً.

وهذا الثاني أيضاً على قسمين:

الأوّل: أن يكون رفع سلطنته من جهة إلزامه على ترك هذه المنفعة، وعدم استعمال العين في هذه المنفعة.

الثاني: أن يكون من جهة إلزامه على فعلها، فإنّ خروج الشيء عن تحت السلطنة تارة يكون بصيرورة المكلّف مقهوراً على الترك، وأُخرىٰ بصيرورته مقهوراً على الفعل، فمن الأوّل أخذ الأُجرة على المنافع المحرّمة، كإجارة الدكّان لبيع الخمر فيه، وكراء الدابّة أو السفينة لحملها، ونحو ذلك من المنافع المحرّمة.

هذا بالنسبة إلى المنافع، وكذا بالنسبة إلى الأعمال، فإنّ ارتفاع السلطنة عنها أيضاً بأحد النحوين:

فمن الأوّل جميع الأعمال المحرّمة، فلا يجوز أخذ الأُجرة عليها، كالغناء والنوح بالباطل وتدليس الماشطة ونحو ذلك.

ولكن يعتبر في الأعمال أن تكون بنفسها متعلّقة للحرمة، بمعنىٰ أن تكون حرمتها ذاتية ناشئة عن مفسدة فيها، لا أن تكون حرمتها لأمرٍ خارج عن ذاتها، كما إذا كانت ضدّ الواجب أهمّ وقلنا بأنّ الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضدّه، فإنّ ما يضادّه من الأعمال تكون محرّمة حينئذ لكن لا بالحرمة الذاتية الناشئة عن مفسدة فيها، ومثل ذلك غير مانع عن صحّة الإجارة.

ومن الثاني - أعني ما كان العمل خارجاً عن سلطنة المكلّف بإلزامه الشارع

على فعله - جميع ما يجب على المكلّف من الأعمال في غير الواجبات الصناعيّة النظاميّة على ماسيجيء التفصيل فيه إن شاء الله تعالى.

وهكذا المنافع التي يجب على المكلّف بذلها مجّاناً، فلا يجوز أخذ الأُجرة عليها؛ لخروجها عن تحت قدرة المكلّف بالإلزام على بذلها، فيكون الإلزام في ذلك تعجيزاً مولويّاً، كما أنّ النهي فيما يحرم من المنافع والأعمال أيضاً تعجيز مولوي.

والعمدة في البحث هاهنا هو ما يحرم وقوع الإجارة وشبهها كالجعالة عليه من جهة وجوبه، ولم يتعرّض الأُستاذ - دام بقاؤه - لما يحرم لأجل وقوع النهي عنه، وتفصيل الكلام فيه متوقّف على بيان موارده، وقد كفانا المؤونة ما تعرّض له الشيخ ﷺ في *المكاسب*.

[أخذ الأُجرة على الواجبات]

والكلام هنا في الأُجرة على الواجبات، وفيه مقامان:

الأوّل: في حكم أخذ الأُجرة على الواجب، بأن يصير المكلّف أجيراً للغير فيما يجب عليه فعله.

الثاني: في حكم الإجارة فيما يجب على الغير بأن يصير أجيراً في إتيان ما يجب على الغير، كالاستنابة في العبادات.

[أقسام أخذ الأُجرة على الواجبات وحكمها]

أمّا المقام الأوّل: فتفصيل الكلام فيه أن يقال: إنّ الواجب إمّا نظامي أو غير نظامي، والمراد بالأوّل هو كلّ ما كان وجوبه لأجل حفظ نظام العباد، كجميع صنوف الصناعات التي يتوقّف نظام الناس عليها.

وبالثاني هو كلّ ما كان وجوبه لأجل غرض عائد إلى الأشخاص غير جهة حفظ النظام، وهو المعبّر عنه بالتعبّدي في مقابل النظامي، سواء كان من العبادات بالمعنى الأخصّ - أعني ما يجب فيه قصد القربة - أو كان من التوصّليات.

ثمّ إنّ هذا الأخير - أعني الواجب الغير النظامي - إمّا أن يكون عينيّاً، أو يكون كفائيّاً، والواجب الكفائيّ إمّا أن يكون ممّا ثبت فيه إمكان الاستنابة أو لا يكون كذلك، سواء لم يكن قابلاً للاستنابة أو كان قابلاً لذلك ولكن لم يرد دليل على ذلك فيه.

وحكم هذه الأقسام هو جواز أخذ الأُجرة على كلّ ما كان وجوبه نظاميّاً، وعدم جوازه في كلّ ما كان واجباً عينيّاً غير نظامي، أو كفائيّاً لم يثبت قابليّته للاستنابة، وجوازه فيما ثبت قبوله للاستنابة.

أمّا جواز أخذ الأُجرة في الواجبات النظاميّة فلتحقّق ملاك صحّته فيها بكلا الأمرين، وذلك لبقاء سلطنة الأجير على فعل متعلّق الإجارة وتركه، وكونه ممكن الحصول للمستأجر.

أمّا بقاء سلطنته عليه، فلأنّ متعلّق الإجارة هو العمل بالمعنى الإسم المصدري، فالمستأجر لخياطة الثوب إنّما يملك على الأجير مخيطة الثوب، لا حيث صدور عمله منه بالمعنى المصدري، ولذا لو فرض تحقّق الخياطة في الثوب بلا صدور عمل من الأجير يتحقّق ملك المستأجر إلّا إذا شرط المباشرة على الأجير.

وبالجملة فمعنى الإسم المصدري هو متعلّق العقد، وهو لا يكون تحت الأمر، بل الأمر تعلّق بالمعنى المصدري، أعني بذل العمل وعدم احتكاره، وذلك لا يوجب سلب القدرة عن معنى الإسم المصدري، بل هو باق على ملكيّته للموجر وحاصل تحت سلطنته، فيصحّ حينئذ تمليكه للغير.

وأمّا كونه ممكن الحصول للمستأجر فواضح لا يحتاج إلى البيان.

وأمّا عدم الجواز في الواجب العيني الغير النظامي، فلإنتفاء كلا الركنين في صحّة الإجارة فيه، وذلك لعدم سلطنة المؤجر على العمل لإيجابه عليه، وعدم كونه ممكن الحصول للمستأجر.

وتوضيح ذلك أنّ طبيعة الأمر بحسب الاقتضاء لولا قيام القرينة على خلافه هو أن يكون متعلّقاً بالعمل بمعنى الإسم المصدري، فالأمر بالصلاة مقتضٍ لإيجاب الصلاة ومطلوبيّة وجودها في الخارج، وهكذا في كلّ أمرٍ بكلّ عمل، سواء كان المعنى المصدري أيضاً مطلوباً أم لا. وهذا ضابط كلّي في باب الأوامر إلّا أن يقوم دليل على خلافه، كما في الواجب النظامي، حيث إنّ معلوميّة الغرض من إيجابه وأنّه عبارة عن رفع اختلال النظام، صارت قرينةً على كون المطلوب بذل العمل وعدم احتكاره، لا وجوده بما هو عمل، وكلّما انتفت القرينة على صرف الأمر إلى ناحية العمل بالمعنى المصدري كان اللازم إبقاؤه على طبعه من اقتضائه لإيجاب العمل بمعنى الإسم المصدري، فيصير العمل بالمعنى الإسم المصدري خارجاً عن سلطنة العامل بسبب إيجابه عليه، فيكون موجباً لإنتفاء الأمر الأوّل من ركني صحّة الإجارة.

وأمّا إنتفاء الأمر الثاني فواضح، حيث إنّ عمل الأجير لاربط له بالمستأجر، لكونه واقعاً لنفسه عن نفسه ويوجب برائة ذمّته عمّا وجب عليه بلامساس بالمستأجر أصلاً.

وأمّا عدم الجواز في الواجب الكفائي الذي لم يثبت إمكان الاستنابة فيه فلإنتفاء الأمر الثاني ولو تحقّق فيه الأمر الأوّل.

وتوضيحه: إنّ الوجوب الكفائي ما لم يتعيّن على المكلّف بالعرض تعييناً ناشياً عن فقد مَنْ به الكفاية لا يوجب رفع السلطنة عن متعلّقه، بل هو مع كونه واجباً بهذا الوجوب مقدور الفعل والترك، وهذا كما في الواجب التخييري، حيث إنّه أيضاً لا يقتضي رفع السلطنة عن كلّ واحد من أطراف متعلّقه، بل كلّ واحد بخصوصيّته

مقدور، كما لو لم يكن وجوب أصلاً فالأمر الأوّل من ركني الصحّة موجود، ولكنّ العمل ليس ممكن الحصول للمستأجر، وذلك لفرض عدم دخول النيابة فيه، وعدم صحّة الاستنابة، فما يقع من الأجير إنّما يقع عن نفسه بلا ربط له إلى المستأجر أصلاً.

وأمّا الجواز في الواجب الكفائي القابل للنيابة فظاهر؛ لمكان تحقّق الأمرين فيه من مقدوريّة الفعل بعد الوجوب وكونه ممكن الحصول للمستأجر؛ لمكان وقوعه عنه وفراغ ذمّته عنه بسبب عمل الأجير، وذلك لكونه قابلاً للنيابة، وهذا كما في باب الجهاد على ما هو المتسالم بينهم من قابليّته للنيابة فإذا كان واجباً عينيّاً على المنوب عنه بواسطة قربه إلى محلّ الجهاد وتحقّق شرائطه فيه، وكان كفائيّاً على النائب، فيصحّ أن ينوب عنه فيقع جهاده عنه، فلا يصيبه نصب ولا مخمصة في سبيل الله، ولا يناله من عدوّ نبل إلّا كتب للمستأجر بسبب استيجاره عمل صالح على ما هو مقتضى وقوع العمل عنه.

ولافرق في هذه الأقسام ممّا يجوز فيه الإجارة وما لا يصحّ بين كون الواجب تعبّديّاً أو توصّليّاً، بل المدار في الصحّة هو تحقّق الأمرين ولو كان تعبّديّاً، وفي الفساد هو إنتفاء الأمرين أو أحدهما ولو كان توصّليّاً.

نعم في باب العبادات إشكال آخر من حيث قصد القربة على ما سيجيء في المقام الثاني، لكنّه لا ربط له بما نحن فيه، لأنّه إشكال بعد الفراغ عن صحّة الإجارة، والكلام هاهنا في أصل صحّتها.

[في النيابة عن الغير في الواجبات]

المقام الثاني: في صحّة النيابة عن الغير فيما يكون واجباً على المنوب عنه دون النائب.

والكلام فيه يقع تارة في أصل صحّة النيابة، وأُخرىٰ في تصحيحها فيما ثبت صحّة النيابة فيه.

أمّا الأوّل: فالأصل الأوّلي في كلّ واجب سواء كان كفائيّاً أو عينيّاً أو تخييريّاً هو عدم صحّة النيابة فيه إلّا ما ثبت فيه ذلك، وقد حرّرناه في مبحث التوصّلي والتعبدي بما لا مزيد عليه، وبيّنا هناك ضابط ما يقبل النيابة وما لا يقبلها، وقلنا: إنّ المعيار في صحّة النيابة هو صحّة وقوع العمل عن المتبرّع به من غير فرق بين التعبّدي والتوصّلي.

وأمّا الثاني: فالكلام فيه يقع من جهات:

[الجهة] الأُولىٰ: في تصحيح عمل الأجير، ولا إشكال في ذلك في ما إذا كان الواجب توصّليّاً، وأمّا إذا كان تعبديّاً فيقع فيه الإشكال من وجهين:

وحاصل الأوّل منهما أنّ داعي الأجير على العمل ليس إلّا أخذ الأُجرة، إذ لولا الأُجرة لما كان يأتي بالعمل وأنّ المفروض عدم انبعاثه على العمل إمتثالاً لاستحباب التبرّع، فتعمله لأجل الأُجرة خاصّة، وهذا موجب للبطلان، ضرورة كونه عبادة متوقّفة على قصد القربة.

وحاصل الإشكال الثاني في ما يتحقق به عباديّة العمل، وذلك لاحتياج العبادة إلى تعلّق الأمر بها، فإن كان ملاك عباديّته هو الأمر الإجاري - أعني ما دلّ على وجوب الوفاء بعقدها مثلاً - فيشكل بأنّ هذا الأمر توصّلي لا يتوقّف صحّة متعلّقه على قصد الأمر، والمفروض توقّف صحّة عمل الأجير على قصد الأمر، فيستكشف أنّه لابدّ من أن يكون ملاك عباديّته شيء وراء الأمر الإجاري، وحينئذ فإمّا أن يكون أمر عبادي آخر متوجّه إلى الأجير بعد صيرورته أجيراً، مثل الأمر المتوجّه إلى المنوب عنه، ويكون شرط تعلّقه بالأجير صيرورته أجيراً، أو يكون نفس الأمر المتوجّه إلى المنوب

عنه، إمّا حقيقةً بأن يكون شخص ذلك الأمر المتوجّه إلى المنوب عنه متوجّهاً إلى النائب بعد الإجارة، ويكون ذلك الأمر الواحد الشخصي متعلّقاً بمأمورين حقيقةً.

أو يكون ادّعاءً، بأن يكون النائب جعل نفسه نفس المنوب منه بالتنزيل والادّعاء، ويترتّب عليه كون أمر المنوب عنه أمر النائب بالتنزيل، وشيء من المحتملات ليس بصحيح، وذلك لأنّ إمتثال مثل أمر المنوب عنه المتوجّه إلى النائب لا تغني عن إمتثال الأمر المتوجّه إلى المنوب عنه؛ إذ هما أمران متعلّقان بمأمورين لكلّ واحد منهما إمتثال على حدّه، واستحالة توجّه شخص الأمر المتعلّق بالمنوب عنه إلى النائب حقيقة، وامتناع انبعاث النائب عن أمر المنوب عنه ما لم يتعلّق به؛ لعدم معقوليّة انبعاث أحد ببعث شخصٍ آخر، وكون أمر المنوب عنه أمراً للنائب ادّعاء لا يزيد عن ادّعاءٍ.

وتحقيق الكلام في دفع الإشكالين يتوقّف على بيان أمرين:

الأوّل: إنّ الظاهر من الأمر بالشيء المتوجّه إلى الشخص، هو لزوم مباشرة من توجّه إليه الأمر، فإذا قام الدليل على صحّة الاستنابة كان ذلك مقتضياً لتوسعة الموضوع إلى النائب، فمعنىٰ «صلّ» بعد قيام الدليل على قبول الصلاة للنيابة هو وجوب إيجاد الصلاة بالإيجاد الأعمّ من المباشرة والاستنابة.

الثاني: أنّه إذا تعلّق أمران بشيء واحد وكان أحدهما ندبيّاً تعبّديّاً والآخر وجوبيّاً توصّليّاً فإمّا أن يكونا في عرض واحد ورتبة واحدة بأن تكون رتبة تعلّق أحدهما في رتبة تعلّق الآخر وإمّا أن يكون أحدهما في طول الآخر بأن يتعلّق أحدهما بالعمل بما هو هو، والآخر يتعلّق بالعمل الذي تعلّق به الأمر الأوّل.

مثال الأوّل ما إذا تعلّق النذر بصلاة الليل مثلاً فإنّ الأمر الندبيّ العباديّ متعلّق إلى نفس صلاة الليل، والنذر أيضاً متعلّق بها بما هي هي، لا بما هي مندوبة بالأمر الندبي، فالأمران في رتبةٍ واحدة.

ومثال الثاني ما إذا تعلّقت الإجارة بصلاة الليل، فإنّها متعلّقة للأمر الإجاري بما هي متعلّقة للأمر الندبي لا بما هي هي، فيكون الأمر الندبيّ مأخوذاً في متعلّق الأمر الإجاري، فلازم القسم الأوّل هو اكتساب كلّ من الأمرين عن الآخر ما كان فاقداً له، فالأمر الندبي لمّا كان فاقداً لجهة الوجوب يكتسب الوجوب من الأمر الوجوبي، والأمر الوجوبي لمّا كان فاقداً لجهة العباديّة يكتسب ذلك من الأمر الندبي، ونتيجة ذلك هو تأكّد الوجوب وصيرورة الأمرين أمراً واحداً تعبّدياً.

وتوضيحه: أنّ صلاة الليل إذا تعلّق بها النذر فهي مع قطع النظر عن النذر لا اقتضاء فيها للوجوب، كما أنّ الأمر بالوفاء بالنذر لا اقتضاء فيه للتعبّديّة، فإذا اجتمع الأمر الندبي والأمر بالوفاء بالنذر، يكتسب كلّ منهما عن الآخر ما لا اقتضاء له بالنسبة إليه وينتج الأمر الوجوبي التعبّدي.

ولازم الثاني هو بقاء الأمرين على ما كانا عليه، فلا الأمر التعبّدي الندبي يكتسب الوجوب عن الأمر التوصّلي، ولا الأمر التوصّلي يكتسب التعبّديّة من الأمر التعبّدي، ويكون نتيجة ذلك هو توقّف صحّة العمل المستأجر عليه بأن يؤتى به بداعي أمره التعبّدي المتعلّق بالمنوب عنه، الذي هو موضوع الأمر الإجاري، لا إتيانه بداعي الأمر الإجاري، فلو أتىٰ به بداعي الأمر الإجاري لم يقع صحيحاً لكي يقع عن المنوب عنه؛ لأنّ الإجارة لم تتعلّق إلّا بالعمل الذي يؤتى به بداعي أمره التعبّدي، وهو ليس هذا العمل، لكونه لم يؤت به بداعي أمره العبادي، بل إنّما أتىٰ به بداعي أمره الغير العبادي وهو الأمر الإجاري، فما أتىٰ به لا يكون متعلّقاً للأمر الإجاري، ولو أتىٰ به بداعي أمره التعبّدي صحّ ووقع عن المنوب عنه، سواء قصد النائب في إتيانه إمتثال الأمر الإجاري أيضاً أم لا.

غاية الأمر أنّه لو قصد امتثاله أيضاً كان في إتيانه بعبادة الغير قاصداً للامتثال

فيصير صدور عمله العبادي عباديّاً فيستحقّ هو أيضاً للأجر بعبادته في إتيان عبادة الغير، ولو كان قاصداً لامتثال الأمر العبادي المتوجّه إلى المنوب عنه فلا يصير النائب مثابا في إتيانه بمتعلّق الإجارة، بل يسقط عنه أمر الاجارة لكونه توصّلياً يسقط بإتيان متعلّقه ولو لم يكن بداعي امتثاله.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ المعيار في صحّة عمل الأجير واحتسابه عن المنوب عنه هو بعينه المعيار في صحّة عمل المتبرّع واحتسابه عن المتبرّع عنه، فيجب حينئذ أن يتفحّص عن عمل المتبرّع وتشخيص معياره، ثمّ جعله معياراً لعمل الأجير وعمل المتبرّع في كونهما واقعين عن الغير، وفي كون كليهما متعلّق الأمر، إلّا أنّ الأمر المتوجّه إلى الأجير أمر وجوبي، - أعني الأمر بالوفاء بالعقد - والأمر المتوجّه إلى المتبرّع ندبي.

فنقول: لاشبهة في أنّ المتبرّع إنّما يأتي بالعمل بداعي تفريغ ذمّة الغير، ويكون داعيه في عمله هو تخلّص المتبرّع عنه عمّا ثبت في ذمّته من التكليف، فيكون في إتيانه بما يفرغ به ذمّة الغير قاصداً لامتثال الأمر المتوجّه إلى المنوب عنه، وذاك الأمر هو الداعي له والباعث إيّاه نحو العمل؛ إذ لولا اشتغال ذمّة المتبرّع عنه من ناحيّة الأمر المتعلّق به لما كان المتبرّع آتياً بالعمل، فداعي إتيانه به هو حصول إمتثال ذاك الأمر وهو منبعث عنه، وليس ملاك عباديّة عمله هو قصد امتثال الأمر الندبي المتوجّه إليه. ضرورة إمكان أن لا يقصد إمتثاله أصلاً، مع أنّه لو فرض انحصار الداعي في قصد إمتثال ذاك الأمر، لم يقع عن المتبرّع عنه؛ لأنّ وقوعه عنه إنّما هو بإتيان ما وجب عليه، وهو متوقّف على إتيانه بداعي الأمر المتوجّه إلى المتبرّع عنه؛ لكي يكون آتياً بما وجب عليه، فلو لم يأت بداعي أمره بل أتى بداعي الأمر المتعلّق بالمتبرّع، لم يرتبط العمل بالمتبرّع عنه أصلاً، فلم يكن العامل في عمله متبرّعاً عنه.

وليس العامل في عمله ينزّل نفسه منزلة المنوب عنه لكي يتعلّق بسبب التنزيل أمر المنوب عنه إليه، حتّىٰ يكون الأمر المتعلّق بالمنوب عنه متوجّهاً إلى النائب ادّعاءً، أعني بإدعاء كونه منوباً عنه، وذلك لعدم تنزيل من النائب، بل إنّما نيابته عبارة عن نفس إتيان العمل بداعي تفريغ ذمّة المتبرّع عنه، فهذا الفعل الخارجي - أعني العمل المأتى به بداعي تفريغ ذمّة الغير- هو مصداق النيابة، وبنفس ذاك العمل يصير المتبرّع نائباً والمتبرّع عنه منوباً عنه، لا أنّ العامل قبل العمل يجعل نفسه بمنزلة المتبرّع عنه. ثمّ بعد التنزيل ومشاهدة نفسه نفس المنوب عنه يأتي بما يجب على المنوب عنه.

نعم، هذا التنزيل واقع من الشارع، إذ هو وسع متعلّق تكليفه بما إذا صدر عن المكلّف المتوجّه إليه التكليف بالمباشرة، أو عن الذي يصدر عنه بداعي تفريغ ذمّة مَن توجّه إليه التكليف، وذلك بعد فرض دخول النيابة فيه، وسقوط ذمّة المتبرّع عنه بعمل المتبرّع.

وليس التوسّع في متعلّق التكليف باعتبار أهمّيته عن المباشرة والتسبيب؛ إذ ليس الصادر عن المتبرّع بتسبيب من المتبرّع عنه أصلاً، سواءً كان من قبيل التسبيب في باب الضمان، أعني إيجاد مقدّمة إتلاف مال الغير التي لا يتوسّط بينها وبين التلف مقدّمة اختياريّة، كما إذا حفر بئراً في الطريق فوقع فيه الغير، أو من قبيل التسبيب في مثل: «بنى الأمير المدينة» الذي هو بمعنىٰ آخر من التسبيب، وهو المعنى الأعمّ من التسبيب في باب الضمان، أعني سواءً كان بتوسّط المقدّمة الإختياريّة أم لا.

وجه انتفاء التسبيب في العمل الصادر عن المتبرّع هو إمكان تحقّقه عن المتبرّع حتّىٰ مع عدم اطّلاع المتبرّع عنه، بل ولو مع اطّلاعه وعدم رضاه، بل ولو مع نهيه، كما إذا نهى الولد الأكبر غيره عن التبرّع بالعمل فلم ينته و أتىٰ بالعمل

بداعي تفريغ ذمّة الميّت، فإنّه يصحّ ويحصل برائة ذمّة الميّت، و برائة الولد الأكبر أيضاً، مع أنّه ليس في هذ الصورة تسبيب أصلاً، لامن الميّت ولامن الوليّ، ومع ذلك يصحّ عمل المتبرّع، وهذا كاشف عن أنّ المعيار في صحّته ليس هو التسبيب، كما ظهر أنّه ليس هو التنزيل، ولاقصد إمتثال الأمر المتعلّق بالمتبرّع، بل المصحّح هو ما ذكرناه من كونه قاصداً في إتيانه تفريغ ذمّة الغير، وهو متوقّف على قصد إمتثال الأمر المتعلّق بذلك الغير.

وظهر أنّ في الفعل الخارجي الصادر من المتبرّع بعنوان كونه عن الغير يصدق عنوانان طوليّان:

أحدهما: كونه نيابة عن الغير، وصدق هذا العنوان عليه يتوقّف على قصد كونه عن الغير؛ لأنّه من العناوين القصديّة التي يتوقّف تحقّقها على القصد، فما لم يقصد به كونه عن الغير لا يقع عنه، سواء قصد الأمر المتعلّق بالغير أم لا.

وثانيهما: كونه عبادة واجبة على الغير وصدق هذا العنوان متوقّف على قصد إمتثال الأمر المتوجّه إلى الغير، ولكن صدقه بذاك القصد متوقّف على قصد كونه عن الغير، إذ لو قصد إتيان عبادة الغير لكن لا بقصد كونها عن الغير لم يقع عن الغير.

ويترتّب على صدق هذا العنوان الثاني عنوان ثالث واقع في طول العنوان الثاني، وهو كون إتيان هذا الفعل الخارجي امتثالاً للأمر المتوجّه إلى الغير، ثمّ بعد تحقّق عنوان النيابة عن الغير يتحقّق موضوع إتيان عبادة الغير، فيكون قصد إمتثال أمر الغير في الرتبة المتأخّرة عن قصد النيابة عن الغير، أعني قصد إتيان العمل لتفريغ ذمّة الغير وكونه عن الغير.

وهذا الأمر المتأخّر بالرتبة - أعني قصد إمتثال الأمر المتوجه إلى الغير - هو ملاك عباديّة عمل المتبرّع، وأمّا كون العمل عن الغير المحقّق لعنوان النيابة المتقدّم

على قصد إمتثال أمر الغير فهو أجنبي عن ملاك عباديّة العمل الذي يأتي عن الغير، فإنّ العمل يكون مقرّباً للمتبرّع عنه لا للمتبرّع، والنيابة عمل للمتبرّع بما هو هو، فلو كان قصدها ملاكاً لعباديّة عمله لكان ذلك منشأً لتقرّب المتبرّع، لاتقرّب المتبرّع عنه فالمتبرّع في قصده النيابة - أعني إتيانه العمل عن الغير- يمكن أن يقصد القربة، ويمكن أن لا يقصد، فإنّ قصد القربة كان عمله هذا مقرّباً له أيضاً، أي تبرّع بإتيان عبادة الغير قربة إلى الله. فيحصل حينئذٍ تقرّب للمتبرّع عنه لإتيان عبادته يفعل المتبرّع، و تقرّب للمتبرّع لقصده التقرّب في تبرّعه، و إذا لم يقصد في تبرّعه التقرّب بل قصد إتيان العبادة عن الغير ويكون موجباً لقرب المتبرّع عنه، لكن لا يكون تبرّعه هذا موجباً لتقرّب نفسه، لعدم قصده القربة بالنيابة، لكن ذلك غير ضائر بنيابته؛ إذ النيابة ليست عباديّة لكي لا تصحّ بدون قصد القربة، بل هي توصّليّة تصحّ ولو لم تكن عن داع قربي.

هذا بالنسبة إلى عنوان النيابة، وأمّا بالنسبة إلى عنوان العبادة عن الغير فالعمل بهذا الاعتبار يصير عملاً للغير، وموجباً لتقرّب الغير، ومفرّغاً لذمّته عمّا اشتغلت به، ولاربط له بالمتبرّع.

وبالجملة فهنا عنوانان طوليّان: أحدهما عنوان كون العمل نيابة عن الغير، والاخر عنوان كون العمل عبادة الغير، ومن الواضح أنّ العنوان الثاني أعني صيرورة العمل عبادة الغير متوقّف على العنوان الأوّل؛ إذ ما لم يصدق كون العمل عن الغير لم يصدق عليه أنّه عبادة الغير، لكنّ العنوان الأوّل أمر قصدي مضاف إلى المتبرّع، وليس عبادياً متوقّفا على قصد القربة به، بل يصحّ ولو لم يقصد به التقرّب، ولو قصد به التقرّب كان موجباً لتقرّب المتبرّع دون المتبرّع عنه، ويكون محقّق عباديّته الأمر الندبي المتعلّق بالمتبرّع الذي هو توصّلي، لا الأمر العبادي المتوجّه إلى المتبرّع عنه،

والعنوان الثاني مضاف إلى المتبرّع عنه؛ لكونه عبادة عنه، ويتوقّف تحقّقه على قصد إمتثال الأمر المتوجّه إلى المتبرّع عنه، ولا يصحّ إلّا بذاك القصد، ويكون موجباً لقربه دون المتبرّع، فإنّه في إتيان عبادة الغير لابدّ من أن يقصد إمّا إمتثال الأمر المتوجّه إلى الغير، أو علل أمره أو معلولاته، كما كان المتبرّع عنه لو كان هو المباشر لكان قصده كذلك، وقصد النيابة عنه - أعني إتيان العمل عنه - لا يكون مرتبطاً بعباديّة العبادة التي يأتي بها بذاك القصد؛ إذ ليست النيابة عنه في سلسلة علل الأمر المتوجّه إلى التبرّع عنه، ولافي سلسلة معلولاته، وعباديّة عبادة المتبرّع عنه إمّا بأمره، أو بعلل أمره، أو بمعلولات أمره، وبعد خروج النيابة عن هذه السلسلة فهي أجنبيّة عن ملاك عباديّة العمل، فوزان اجتماع العنوانين - أعني عنوان النيابة وعنوان العبادة عن الغير المتحقّق في طول عنوان النيابة - على هذا الفعل الخارجي الصادر عن المتبرّع وزانُ اجتماع عنواني الغصب والصلاة في الفعل الخارجي الذي هو عبارة عن الصلاة في الدار المغصوبة، إلّا أنّ عنواني الغصب والصلاة عرضيّان وهذان العنوانان طوليّان.

إذا تحقّق ذلك فنقول: هذا العنوان الأولىٰ -أعني عنوان النيابة في عمل المتبرّع- يكون متعلّق عقد الإجارة، ويقع بإزائه الأُجرة، ويصير ملكاً للمستأجر بسبب العقد، وقد عرفت أنّه توصّليٌ يصحّ أن يقصد به الأُجرة، وليس مرتبطاً بملاك عباديّة العبادة التي يأتي بها عن الغير حتّىٰ يكون أخذ الأُجرة منافياً لها، بل إنّما ينافي أخذها، مع كون النيابة عبادة والمفروض عدمها. وعدم استحقاق الأجير للأجر والثواب بنيابته لا ينافي تحقّق عبادة الغير عنه، وصيرورة المنوب عنه مستحقّاً للأجر، والمفروض دخول النيابة في عمل المنوب عنه بمعنىٰ حصول القرب له بالأعمّ من عمل نفسه وعمل نائبه، فعمل النائب عنه يوجب قرب المنوب عنه بعد فرض صحّة النيابة، وتحقّق التقرّب بالعمل الأعمّ من المباشرة بنفسه أو بنائبه.

والحاصل أنّ العمل الذي هو متعلّق للإجارة هو عمل مباشري للنائب، وهو عبارة عن إتيانه العمل بقصد نيابته عن المنوب عنه، لا بمعنىٰ تنزيل نفسه بمنزلة نفس المنوب عنه، بل بمعنىٰ قصده لأن يأتي بعبادة المنوب عنه، والباعث على صدور ذلك عن النائب هو بذل الأُجرة. وأمّا ملاك عباديّة العمل فهو الأمر المتوجّه إلى المنوب عنه، وتعنون العمل بكونه عبادة المنوب عنه في طول إتيان النائب بالعمل بقصد النيابة عن الغير، فأحد العنوانين محقّق لنيابة النائب، والعنوان الآخر محقّق لعبادة المنوب عنه، وما يتوقّف في صحّته قصد الامتثال هو الثاني، وما يقع بإزائه الأُجرة هو الأوّل.

[في أخذ الأُجرة على العبادات]

فظهر أنّ أخذ الأُجرة لا ينافي قصد العباديّة، وأن العباديّة تتحقّق بقصد إمتثال الأمر المتعلّق بالمنوب عنه، فاندفع الإشكال بكلا شقّيه.

وخلاصة ما ذكرناه من الجواب:

أمّا عن الإشكال الأوّل فبما عرفت من أنّ الأُجرة تقع بإزاء النيابة، لا بإزاء العبادة، وظهر المراد من النيابة وأنّها ليست عبارة عن التنزيل، والتعبير عنها في عبارة الشيخ ﷺ مسامحةٌ وقعت عن ضيق العبارة، لا أن يكون مراده ﷺ هو جعل النائب نفسه بمنزلة المنوب عنه حتّىٰ يشكل عليه بأنّ نفس هذا التنزيل ولو لم يترتّب عليه العمل ليس متعلّق غرض المستأجر، وبوصف ترتّب العمل عليه يلزم أن يكون داعيه في العمل المتفرّع على التنزيل هو صحّة التنزيل الذي يستحقّ به الأُجرة فيتحقّق التنافي مع عباديّته. بل مراده ﷺ من «التنزيل» هو نفس إتيان العمل عن الغير المتوقّف على قصد كونه عنه، ويكون الأُجرة بإزائه. وإن شئت قلت: إنّ الأُجرة

بإزاء العمل بعنوانه الأوّلي الذي به يكون نيابة لا عبادة، والعباديّة بإزائه بعنوانه الثانوي الذي لا يكون الأُجرة بإزائه.

وأمّا عن الإشكال الثاني فبما عرفت من أنّ عباديّة هذا العمل هي بنفس شخص الأمر المتوجّه إلى المنوب عنه بعد فرض التوسعة في متعلّقه بدليل النيابة في مرحلة الإسقاط، فيكون النايب منبعثاً عن نفس ذاك الأمر، بمعنىٰ أنّ العلم بأمر المنوب عنه محرّك للنائب في إيجاد عبادته، لا أنّ أمره متعلّق بالنائب.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ ملاك صحّة عبادة الأجير ليس بتصوير الداعي على الداعي، بمعنىٰ كون نفس العمل بداعي القربة، وكون العمل القربي بداعي الأُجرة، وذلك لأنّ الأُجرة لا يقع بإزاء العمل القربي أصلاً، مع أنّ الداعي على الداعي لا يصحّح العبادة، بل هو بأن يكون إشكالاً أولى، وقد أوضحنا فساده فيما حرّرناه في مبحث النيّة في الصلاة، فراجع.

أقول: هذه جملة ممّا أفيد في المقام مع زيادة توضيح منّي، وهو الغاية ممّا يمكن أن يدفع به الإشكال، ولكنّه مع ذلك كلّه لا يندفع به، وذلك للفرق البيّن بين المتبرّع والأجير بعد اشتراكهما في معنى مشترك بينهما.

وتوضيح ذلك: أنّ كلّاً من المتبرّع والأجير يصدر منهما فعلان طوليّان أحدهما النيابة والآخر العبادة، لكنّ المتبرّع متحرّك في فعله عن تحريك الأمر المتوجّه إلى المتبرّع عنه، حيث يرى ذمّته مشغولة به ويجده مسئولاً عنه مؤاخذاً به مطلوباً بإمتثال الأمر، وأنّه يمكن استخلاصه بإيقاع الفعل عنه فيتحرّك نحو إيقاعه عنه، فيكون حركته نحو العمل بتحريك أمر المتبرّع عنه، بحيث لولاه لما كان يتحرّك أصلاً، فالداعي والعلّة الغائيّة لفعله ليس إلّا إمتثال أمر المتبرّع عنه، وهذا بخلاف الأجير؛ حيث إنّه مع مشاهدة أمر المنوب عنه وابتلائه بأليم العذاب لا يتحرّك أصلاً نحو

العمل له إلّا بعد أخذ الأُجرة أو تملّكه لها بالإجارة، فحركته نحو العمل إنّما نشأت عن العلم بأخذ الأُجرة، والمفروض أنّ الأُجرة ليست في سلسلة علل الأمر ولا في سلسلة معلولاته، فإنّها ليست ممّا ترجع إلى الله تعالى، كالثواب والعقاب المترتّبين على موافقة الأمر ومخالفته، فإنّهما لترتّبهما على موافقة الأمر ومخالفته واقعان في سلسلة معلولات الأمر، سواء كانا دنيويّين أو أُخرويّين. ولا يمكن قياس الأُجرة على الثواب المترتّب على موافقة الأمر؛ لأنّها ليست معلولة لموافقته. وعلى هذا فيشكل تصحيح عبادة الأجير بهذا الوجه، بل لابدّ له من التماس وجه آخر، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

[وجوه في تصحيح عمل الأجير

قال - دامت بركاته -: ومحصّل ما أفادوه في تصحيح عمل الأجير وجوه:

[الوجه] الأوّل: أن يكون بنحو الداعي على الداعي، بأن كانت الأُجرة بإزاء العمل العبادي، فيأتي الأجير بالعمل بقصد إمتثال أمره، ويكون في إتيانه بذاك القصد قاصداً لأخذ الأُجرة، فأخذ الأُجرة داع على إتيان العمل بداعي الأمر.

ولا يخفى ما فيه من حيث الصغرى والكبرى. أمّا من حيث الصغرى؛ فلأنّه لا يعقل أن يكون أخذ الأُجرة من المستأجر موجباً لإحداث صفة البعث في أمر الأمر، بحيث يكون النائب بأخذ الأُجرة منبعثاً عن الأمر، ومع عدم أخذها لا يكون منبعثاً عنه، ولعمري إنّ هذا كلام غريب.

ولعلّ منشأ توهّمه هو تخيّل كون الإتيان بداعي الأمر عبارة عن تصوّر الفاعل حين العمل كونه آتياً بداعي الأمر، بمعنىٰ كون تصوّر مفهوم داعي الأمر هو المعتبر في العبادة، ولو كان مصداق الداعي شيء آخر؛ إذ يصحّ حينئذ أن يصير أخذ الأُجرة داعياً للعمل مع تصوّر العامل حيث العمل دعوة الأمر.

ولكن هذا توهّمٌ فاسد، بل المراد من داعويّة الأمر انبعاث العامل حقيقةً عن أمر المولى، بحيث يكون محرّكه نحو العمل حقيقةً هو الأمر ومن الواضح أنّ أخذ الأُجرة غير صالح لإيجاد صفة المحرّكيّة في أمر المولي، فالداعي على الداعي كلام غير معقول.

وأمّا من حيث الكبرى؛ فلأنّه لو سلّم ايراث صفة الدعوة في الأمر بسبب أخذ الأُجرة، فصحّة العبادة بملاك هذا البعث هو أوّل الإشكال، وذلك لتوقّف صحّة العبادة على أن يكون انبعاث إرادة المكلّف في اتيانها من أمر المولى إمّا بنفسه أو بعلّته، أو بمعلوله، ومن الواضح أنّ الانبعاث من بعث الأمر الناشئ من قبل أخذ الأُجرة ليس انبعاثاً عن الأمر نفسه، ولا عن علّته، ولا عن معلوله؛ لما تقدّم من أنّ الأُجرة غير واقعة في سلسلة علل الأمر ولا في سلسلة معلولاته.

الوجه الثاني: أن يكون تصحيح عمل الأجير «بالتسبيب»، وأنّه يكفي قصد القربة من المسبّب.

وتوضيحه أن يقال: إنّ مرجع دخول النيابة في عمل واجب هو أنّ الوجوب متعلّق بالعمل الأعمّ من مباشرته والتسبيب إليه، فيكون الواجب على المكلّف هو أحد الأمرين من إيجاده بنفسه مباشرةً، أو إيجاد سبب فعل الغير من الأمر، أو الاستيجار، أو الاستدعاء، ونحو ذلك، مع تعقّبه بصدور العمل من النائب.

ولا يخفى ما فيه؛ لما تقدّم بيانه إجمالاً. وتفصيله أنّ التسبيب يطلق على معنيين:

أحدهما: في باب الضمان، حيث يقال: إنّ الضمان. كما يثبت بالفعل المباشري كذلك يثبت بالتسبيب، والمراد به هو استناد التلف إلى فعل المسبّب، كما إذا حفر بئراً في الطريق فمات إنسان بوقوعه فيها، فإنّ ديته على الحافر، ويشترط فيه أن لايتوسّط بين حفر البئر وبين موت الواقع فيها بوقوعه فعل فاعل مختار، وإلّا لم يستند إلى الحافر، بل يستند إلى ذلك الفاعل بالإختيار، سواء كان الإختيار من نفس الواقع

في البئر، كما إذا أوقع نفسه فيها اختياراً فمات، حيث أنّ تلفه حينئذ لا يكون على الحافر، أو كان بالإختيار من غيره، سواء كان الفعل الإختياري الصادر من الغير- الذي أوجب وقوع هذا في البئر- مباشريّاً، كما إذا كان الواقع قائماً عند البئر فألقاه فيها، أو كان بالتسبيب، كما إذا وضع المزلق في أطراف البئر فوقع فيها بسبب ذلك المزلق فمات.

ففي جميع هذه الصور التي توسّط الفعل الإختياري بين حفر البئر وبين موت الواقع فيها لا يكون الضمان على الحافر.

والسرّ في ذلك أنّ الفعل بعد استناده إلى الفاعل الإختياري لا يكون مستنداً إلى الحافر، ويكون حفر البئر حينئذ من العلل المعدّة، بخلاف ما إذا لم يتوسّط الفعل الإختياري، حيث يكون استناده إلى الحافر حينئذ فهو المتلف حقيقة بإيجاد سبب الإتلاف، سواء لم يتوسّط فعل أصلاً، أو كان المتوسّط فعلٌ غير اختياري، كما إذا أوقعه في البئر حيوان أو صبيّ غير مميّزٌ، بل ولو كان مميّزاً؛ حيث إنّ التلف على الحافر أيضاً.

ومحصّل معنى التسبيب بهذا المعنى هو إسناد الفعل إلى المسبّب حقيقةً كإسناده إلى المباشر.

وثانيهما: ما كان الفعل مستنداً إلى المسبّب إسناداً مجازياً، وكان إسناده الحقيقي إلى الفاعل المباشر، كما في مثل «بنى الأمير المدينة»، حيث إنّه للبناء إسناد حقيقي إلى البنّاء، وإسناد مجازي إلى الأمير.

ولا يخفى أنّ التسبيب بشيء من الوجهين لا يصحّ في المقام، وذلك لأنّ عمل العامل في المقام إمّا تبرّعيٌّ أو يكون بنحو الإجارة، والأجير إمّا أن يكون أجيراً عن الوليّ أو عن المتبرّع فيما كان المنوب عنه ميّتاً، أو يكون أجيراً عن المنوب عنه فيما كان أجيراً عن الحيّ لأن يعمل لنفس المستأجر لا لحيّ آخر.

والتسبيب بالمعنى الأوّل مفقود في جميع هذه الصور لكون صدور العمل عن

العامل بالإختيار، وأمّا بالمعنى الثاني، فهو أيضاً كذلك إلّا فيما إذا كان أجيراً عن نفس المنوب عنه واستأجر الأجير لأن يعمل لنفس المستأجر، وذلك لأنّ في غير هذه الصورة لا يكون مستنداً إلى المنوب عنه ولو مجازاً؛ لعدم تسبيب منه ولا تحريك له في صدور العمل، بل العمل صادر عن العامل، إمّا لامن تحريك من الغير أصلاً، كالمتبرّع وعمل الوليّ نفسه. وإمّا بتحريك من غير المنوب عنه، كما في استيجار الوليّ أو المتبرّع عن الميّت، أو استيجار متبرّع عن حيّ من غير تسبيب عن المنوب عنه لهذا الاستيجار الواقع من المتبرّع، بل ولا اطّلاع منه، بل ومع نهيه؛ حيث إنّ الإسناد المجازي إنّما هو إلى المستأجر الذي صار منشأ لصدور العمل عن الأجير، لا إلى المنوب عنه؛ إذ ليس منه تسبيب إلى العمل أصلاً مع وضوح صحّة عمل الأجير ووقوعه عن المنوب عنه.

نعم، في صورة واحدة يصحّ القول بالتسبيب وإسناد العمل إلى المنوب عنه إسناداً مجازيّاً، وهي ما كان الاستيجار من نفس المنوب عنه فيما يصحّ استيجار الحيّ للعمل في زمان حياته، ولكنّ المعلوم أنّ وزان هذه الصورة وزان بقيّة الصور، فما يكون مصحّحاً فيها يكون هو المصحّح في هذ الصورة أيضاً، ومنه يعلم أنّ مسألة التسبيب أجنبيّة عن تصحيح العمل رأساً.

الوجه الثالث: أن يكون المصحّح لعمل الأجير هو أمر الإجارة بأن يأتي بالعمل بداعي إمتثال الأمر بالوفاء بعقد الإجارة. وهذا الوجه أوضح فساداً من الأوّلين.

أمّا أوّلاً: فلأنّ أمر الإجارة توصّلي لا يشترط في سقوطه إتيان متعلّقه بداعي إمتثاله، والمفروض توقّف صحّة عمل الأجير على قصد الأمر، فلابدّ من أن يكون ملاك عباديّة عمله غير ذاك الأمر الإجاري.

وأمّا ثانياً: فلأنّ الأمر الإجاري إنّما تعلّق بالوفاء بمضمون العقد، لكن عقد الإجارة لم يتعلّق بذات العمل العبادي منفكّاً عن جهة عباديته حتّى يؤتى به

بداعي الأمر الإجاري، بل الإجارة وقعت على إتيان العبادة، فلابدّ من حصول ملاك عباديّة العمل قبل رتبة تعلّق الأمر الإجاري، ولا يعقل أن يكون الأمر الإجاري بنفسه ملاكاً لعباديّة متعلّقه.

وأمّا ثالثاً: فلأنّ العبادة حينئذ تصير عبادة للأجير، وموجباً لقربه، لا عبادة للمنوب عنه، ولاتقرّبه، فإنّ الأمر الإجاري إنّما تعلّق بالأجير بإتيان العمل ويكون الوفاء به واجباً عليه، فكيف يكون ذلك ملاكاً لكون العبادة عبارة عن المنوب عنه؟

قال - دامت إفاداته -: وهذه وجوه مخدوشة مذكورة في المقام، فلنعد إلى الوجه المختار ونقول: إنّ الأُجرة ليست واقعة في مقابل العمل العبادي أصلاً، بل إنّما هي بإزاء النيابة، وهي تعنون العمل العبادي بعنوان النيابة، وحيث أنّ النيابة أمر قصدي فيتوقّف تحقّقها على القصد فيحتاج إلى قصد كون العمل عن المنوب عنه وهذا هو متعلّق عقد الإجارة، وهذا القصد ممّا يحتاج إليه في التبرّع أيضاً، بل هوكذلك في التوصّليّات التي يتبرّع بها عن الغير، أو يستأجر عليها إذا كانت الإجارة واقعة على العمل النيابي، كالاستيجار على البيع والشراء، ففي كلّ عمل إذا أُريد وقوعها عن الغير لابدّ فيه من قصد ذلك من غير فرق بين التوصّلي والتعبّدي، ولابين المتبرّع والأجير.

نعم، في العمل التوصّلي لمّا كان المنوب عنه لوكان هو بنفسه فاعلا لم تكن صحّة عمله متوقّفة على قصد أمره كذلك النائب عنه إذا قصد في فعله كون الفعل عنه لم يكن صحّة عمله موقوفة على أن يأتي به بداعي الأمر المتعلّق بالمنوب عنه، وهذا بخلاف التعبّدي، فإنّ المنوب عنه كما لا يسقط عنه الأمر بفعل الصلاة إلّا بداعي أمرها، كذلك النائب بعد قصده لإتيان الصلاة عن المنوب عنه لا يسقط بفعله أمر المنوب عنه، إلّا إذا كان فعله بداعي الأمر المتعلّق بالمنوب عنه.

وبالجملة لافرق بين التوصّلي والتعبّدي في توقّف وقوع الفعل عن المنوب عنه على قصد الفعل عنه، وبعد تحقّق القصد عنه يفعل فعله، فإن كان توصّلياً يأتي به كيف شاء، وإن كان تعبّدياً يأتي به بداعي الأمر المتعلّق بالمنوب عنه، فكون داعيه هو الأمر محقّق لعباديّة عمله، لا لعنوان النيابة، وهذا المعنى كما ترىٰ مشترك بين عمل المتبرّع والأجير، إلّا أنّ المتبرّع مالك لفعله هذا - أعني جعل عمله معنوناً بعنوان النيابة - فله أن يفعل وله أن لا يفعل، ولكنّ الأجير قد ملك ذلك للمستأجر بعقد الإجارة، فصار هذا الفعل - أعني إتيان العمل بعنوان النيابة - ملكاً للمستأجر، ولكن على كلّ من التقديرين لا يكون إتيان العمل من النائب بداعي وقوعه عن المنوب عنه، فإنّ وقوعه عنه عبارة عن عنوان النيابة الذي هو عنوان ثانوي للعمل، وقد حقّقنا في مبحث النيّة من الصلاة أنّ الدواعي على العمل غير العناوين المترتّبة عليه، كما في الإلقاء والإحراق، حيث إنّ الاحراق عنوان ثانوي للإلقاء، وليس هو في مرتبة الداعي على الإلقاء وإنّما الداعي يكون في ما لا يكون ترتّبه على الفعل من قبيل ترتّب المسبّبات التوليديّة على أسبابها.

وبالجملة فهنا أُمور:

١. النيابة

٢. العبادة

٣. إمتثال أمر المنوب عنه.

فالنيابة هي متعلّق قصد النائب، وهي المتعلّق للإجارة وهي التي يأتي بها النائب بداعي أخذ الأُجرة، والعبادة في رتبة متأخّرة عن ذلك، وهي أن يأتي بالفعل بداعي سقوط أمر المنوب عنه، ثمّ يتحقّق بعد ذلك إمتثال أمر المنوب عنه وسقوط أمره عنه، وأمّا المتبرّع فيأتي بالنيابة أيضاً بداعي القربة، ولهذا يستحقّ الثواب؛ لأنّه في عمله المباشري، أعني قصده النيابة منبعث من داعي القربة.

[بسط الكلام عن المؤلّف في تصحيح عمل الأجير في العبادات]

هذا ما أفاده الأُستاذ - دامت إفاداته - توضيحاً وتلخيصاً لما اختاره في تصحيح عمل الأجير في العبادات.

أقول: والمتحصّل لي ببركة مولى الأنام مستمدّاً من فضل علمه عليه السلام في دفع عويصة الإشكال في المقام، أعني تصحيح عمل الأجير في العبادة مع شهادة الوجدان على دخل أخذ الأُجرة في انبعاثه نحو العمل، بل انحصار داعيه في ذلك يحتاج إلى بسط في الكلام، فنقول ومن الله الإعانة:

إنّ الأمر العبادي المتعلّق بالمنوب عنه داع ومحرّك للأجير نحو إيجاد العمل العبادي، وهذا ممّا لا إشكال فيه بعد فرض كون العبادة ممّا تدخلها النيابة؛ فإنّ مرجع ذلك إلى ثبوت التخيير في مرحلة الامتثال بين فعل المنوب عنه بنفسه أو بنائبه، لا في مرحلة الإثبات لكي ينافى مع تعيّن الواجب على المنوب عنه حسبما حقّقنا القول فيه في مبحث التوصّلي والتعبّدي، فيكون نفس ذاك الأمر المتعلّق بالمنوب عنه داعياً ومحرّكاً لكلّ مكلّفٍ قابل لأن يصدر منه ذاك العمل العبادي، من غير فرقٍ في ذلك بين الوليّ والمتبرّع والأجير، لكن بين بعثه المنوب عنه بنفسه وبين بعثه لغيره في إيجاد ما هو عمله فرقٌ، وهو أنّ بعثه للمنوب عنه مطلقٌ غير مشروطٍ بماعدى تحقّق موضوعه، وهو المكلّف بماله من شرائط التكليف، وبعثه لغيره منوطٌ بتحقّق قصده النيابة عن المنوب عنه، وذلك لتوقّف وجود فعل المنوب عنه عن النائب على أن يقصد النيابة عنه بفعله، ويكون قصده للنيابة من مقدّمات تحقّق فعل المنوب عنه عن النائب بما هو فعل المنوب عنه.

وليس المراد من المقدّمة هو القصد المنفكّ عن العمل، بل الغرض تعنون العمل العبادي بعنوان النيابة المتوقّف على القصد، ولاضير في كون الشيء بعنوان مقدّمةٍ،

وبعنوان آخر ذا مقدّمة، كما أوضحنا في باب مقدّمة الواجب من أنّ المقدّمة قد تكون منحازة الوجود عن ذيها، كنصب السلّم للكون على السطح، وقد تكون متّحد الوجود مع ذيها، كالإلقاء والإحراق، حيث إنّ الحركة الخارجيّة إلقاء وإحراق بعنوانين، فبالعنوان الأوّلي إلقاءٌ ومقدّمةٌ، وبالعنوان الثانوي إحراق وذو المقدّمة، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ الحركة الخارجيّة الصادرة عن النائب نيابةٌ بالعنوان الأوّلي، وعبادة عن المنوب عنه بالعنوان الثانوي، وهي بالعنوان الأوّلي مقدّمة، وبالعنوان الثانوي ذو المقدّمة.

ولا يعقل انبعاث النائب في إيجاد ذاك القصد من قبل أمر المنوب عنه لا بالأصالة ولا بالأمر المقدّمي المترشّح منه نحو المقدّمات الوجوديّة، وذلك إمّا بالنسبة إلى استحالة داعويّة نفس أمر المنوب عنه بنفسه؛ فلأنّ الأمر لا يدعو إلّا إلى متعلّقه، وقصد نيابة النائب ليس فعل المنوب عنه بوجه من الوجوه، وإنّما هو فعل للنائب بما هو هو، فيستحيل صدوره عن النائب بداعي أمر المنوب عنه، وأمّا بالنسبة إلى استحالة ترشّح الأمر الغيري المقدّمي إليه من ناحية أمر المنوب عنه؛ فلأنّ الأمر الغيري المقدّمي يتعلّق إلى ما كان مقدّمة وجوديّة اختياريّة بما هي تحت قدرة المأمور، لا بما هي فعل اختياري لغيره بما هو غير مأمور، وقصد نيابة النائب بما هو قصده ليس أمراً اختيارياً للمنوب عنه، ولو فرض توقّف صدور المأمور به عن المنوب عنه بالمباشرة على اقترانه بقصد النائب للنيابة بأن كان تمكّنه من فعل من فعل نفسه مشروطاً بصدور قصد النيابة من النائب لما كان قصده واجباً على المنوب عنه بالوجوب المقدّمي؛ لأنّ قصده خارج عن اختيار المنوب عنه، وقصد النائب حين صدور فعل المنوب عنه يكون كذلك؛ حيث إنّ قصده صادر عنه بما هو فعله، وفعل المنوب عنه يصدر عنه بما هو فعل المنوب عنه، فقصده بما هو فعله لا يعقل أن يصير واجباً من قبل الأمر بفعل المنوب عنه بما هو فعل المنوب عنه.

ونتيجة ذلك هو خروج قصد النيابة الذي هو مقدّمة وجوديّة الصدور فعل المنوب عنه عن النائب بما هو فعل المنوب عنه عن دائرة متعلّق تكليف المنوب عنه، وبعد خروجه فإمّا أن يكون أمر المنوب عنه محرّكاً للنائب مطلقاً عن قصده للنيابة، أوكان بعثه منوطاً به، لكن لاسبيل إلى الأوّل؛ لاستحالة تحقّق فعل المنوب عنه عن النائب بدون ذاك القصد، لكونه من مقدّمات وجوده عن النائب، فتعيّن الثاني، أعني إناطة باعثيّة أمر المنوب عنه للنائب على تحقّق قصد النيابة عنه.

وممّا يوضح ما ذكرنا من التفاوت بين الفعلين الصادرين عن النائب -أعني بهما النيابة والعبادة- هو صحّة إسناد الأخير إلى المنوب عنه مجازاً دون الأوّل، فيقال فيما إذا صلّى زيد عن عمرو: إنّه صلّى عمرو، ولايقال: ناب عمرو، وهذا الاختلاف دليل قطعي على ما ادّعيناه من خروج فعل النيابة عن مقدّمات فعل المنوب عنه بما هو فعله.

ولمّا كانت إرادة النائب للنيابة عن المنوب عنه متوقّفاً على داعٍ له في تلك الإرادة فلا جَرَم يتوقّف تحقّق تلك الإرادة عنه، وانبعاثه نحوها على وجود باعث له في تلك الإرادة، ضرورة استحالة تحقّق قصد النيابة من دون داعٍ وباعثٍ.

وهذا الباعث إمّا أُجرةٌ كما في الأجير، أو أمرٍ إلزامي كما في الوليّ، أو ندبي كما في المتبرّع، أو محبّة وإحسان إلى المنوب عنه، أو غير ذلك ممّا يمكن داعويّته للنيابة سوى أمر المنوب عنه.

ثمّ بعد ذلك قد لا يجب إحداث عنوان النيابة على النائب، بل له السلطنة في إيجاده وتركه، وهذا كما في المتبرّع. وقد يجب إمّا بأمر متوجّه إلى النائب، كما في الوليّ، وإمّا بأمر الإجارة، كما إذا ملك العامل هذا العمل - أعني قصده النيابة في فعله - للمستأجر، فيكون ملزماً عليه بواسطة لزوم الوفاء بعقد الإجارة.

وفيما لا يجب عليه قد يكون إتمامه واجباً بالشروع فيه كالصلاة الواجبة عن الميّت، وقضاء الصوم عنه بالنسبة إلى بعد الزوال، فإنّه كما كان لا يجوز للمنوب عنه إبطال صلوته وإفطار صومه بعد الزوال، كذلك في النائب بناءً على اتّحاد حكمه مع حكم المنوب عنه في ذلك، وقد لا يكون الإتمام واجباً، كالصوم قبل الزوال.

ونظير قصد النيابة في خروجه عن تحت أمر المنوب عنه وإناطة محرّكيّة أمره للنائب بتحقّقه هو الاستطاعة بالنسبة إلى الحجّ، فإنّ وجوبه لمكان إناطته بها لا يعقل أن يصير منشأً لوجوبها، لكنّها بالنظر إلى حكم آخر قد تجب، كما في مورد العهد ونحوه، وقد لا تجب؛ وفي الثاني إمّا لا يجب حفظها على تقدير حصولها، كما في الاستطاعة قبل أشهر الحجّ، وإمّا يجب حفظها، كالاستطاعة الحاصلة في أشهر الحجّ.

ومن جميع ما ذكرنا ظهر اندفاع الإشكال بما لا مزيد عليه، حيث ظهر أنّ محرّك الأجير في إيجاد فعل المنوب عنه ليس إلّا أمر المنوب عنه، غاية الأمر باعثيّة أمره منوطة بتحقّق قصد النيابة من النائب عن علّته الباعثة له في إيجاد ذاك القصد المفروض تحقّقها من ناحية أخذ الأُجرة وعقد الإجارة، ولو فُرض عدم انبعاث النائب عن أمر المنوب عنه في ظرف تحقّق قصد النيابة، بل كان فعل المنوب عنه صادراً عنه لا بذاك الداعي لكان محكوماً بالبطلان ولا محذور فيه، كما أنّ فاعل الحجّ بعد حصول الاستطاعة لو لم يكن حجّه بداعي إمتثال أمره لكان باطلاً، وكما أنّه لو حجّ بتخيّل أنّ حجّه علّة لإبقاء الاستطاعة وضعاً، وكان داعيه في الحجّ هو حفظ الاستطاعة، لا إمتثال أمر الحجّ، لكان حجّه محكوماً بالبطلان. كذلك في المقام، فلو صدر فعل المنوب عنه عن النائب بداعي حفظ الأُجرة، وعدم استردادها إذا كان أخذها، أو بداعي أخذها فيما لم يأخذها، لكان محكوماً بالبطلان.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ فعل النائب عن المنوب عنه في الوجوب والاستحباب تابع

لأمر المنوب عنه، فإن كان أمره وجوبيّاً لكان الصادر عن النائب بما هو فعل المنوب عنه متّصفاً بالوجوب ولو كان متبرّعاً، وإن كان أمره ندبيّاً كان ما يصدر عن النائب بما هو فعل المنوب عنه ندباً، وإن كان ما يصدر منه بما هو فعله -أعني قصد النيابة- واجباً، كما في الأجير على فعل ما يستحبّ على المنوب عنه.

ويظهر لك من ذلك أقسام:

الأوّل: ما كان الفعلان الصادران عن النائب - أعني فعله بما هو هو - وفعله بما هو فعل المنوب عنه - أعني عمل المنوب عنه - كلاهما واجبين، وذلك كما في الأجير في العبادة الواجبة، وكذا الوليّ.

الثاني: ما كان كلاهما مندوبين، كالمتبرّع بالعبادة المندوبة.

الثالث: ما كان فعل المنوب عنه واجباً وفعل النائب مستحبّاً، كالمتبرّع بالعمل الواجب.

الرابع: عكسه، كالأجير في العبادة المستحبّة.

هذا ما تيسّر لي فهمه في هذا المقام بالاستمساك بحبل ولاية باب العلم عليه السلام، والحمد لله وليّ الأفضال والأنعام.

[وجوه آخر في تصحيح عمل الأجير]

ثمّ إنّه قد ذكر لتصحيح عمل الأجير وجهان آخران، ولا يرجع شيء منهما إلى محصّل.

[الوجه] الأوّل[1]: ما أفاده صاحب *الكفاية*[2] وتبعه بعض أساتيذنا -دامت إفاداته- من محقّقي تلامذته، وحاصله على ما أفاده -دام بقاؤه- محاذياً لما ذكره أُستاذه في مجلس بحثه: أنّ عمل الأجير لا يحتاج في تصحيحه إلى الأمر حتّى يبحث عنه بأنّه

---

١. في الواقع هذا الوجه الرابع من وجوه الذي ذكرها في تصحيح عمل الأجير.

٢. *كفاية الأحكام*، ص ١٢٤.

هل هو شخص أمر المنوب عنه أو مثله، بل الأجير يأتي بداعي الأُجرة، ولكنّ المأتي به خضوع في نفسه، محبوب عند المولى، موجب لقرب المنوب عنه؛ لكونه خضوعاً، والخضوع في نفسه لا يحتاج في كونه خضوعاً إلى الأمر به، بل ولا يحتاج إلى كون الفاعل معتقداً لاحترام من يخضع له، كما إذا استناب لتقبيل يد عالمٍ رجلاً لا يعتقد ما يعتقده المنوب عنه من حرمة ذلك العالم فقبّل النائب يده، فإنّ القرب يحصل للمنوب عنه عند ذلك العالم بخضوع نائبه عنده، مع عدم تحقّق القرب للنائب نفسه.

ولا يخفى ما فيه:

أمّا أوّلاً: فلأنّ الخضوع من العناوين القصديّة لا تنطبق على فعل خارجي إلّا بالقصد، حتّىٰ مثل السجدة وتقبيل اليد، فدعوىٰ كون الخضوع لبعض الأفعال ذاتيّاً غير محتاج إلى القصد، مجازفةٌ.

وأمّا ثانياً: فلأنّ الخضوع قد يكون مبغوضاً فليس المحبوبيّة ذاتيّة له، بل يحتاج إلى التوقيف والأمر به، ألا ترى أنّ المولى إذا عيّن للخضوع لديه زماناً معيّناً، أو محلّاً معيّناً بحيث كان في غير ذلك الزمان، أو المكان مبغوضاً له، كان الخضوع حينئذ مخالفةً لأمر المولى، لامقرّباً.

وأمّا ثالثاً: فلأنّ جميع العبادات ليست مثل السجود والركوع حتّىٰ يدّعى كون عباديّتها ذاتيّة، وقد قسّم العبادة في *الكفاية* في مسألة النهي في العبادة إلى ما يحتاج في صيرورتها عبادة إلى إتيانها بقصد إمتثال الأمر[1].

فما أفاده هنا إنّما يتمّ على فرض صحّته في القسم الأوّل دون الأخير.

الوجه الثاني[2]: ما نقل عن بعض الأعاظم ﷺ[3] من أنّ تصحيح عبادة الأجير

---

١. *كفاية الأصول*، ص ١٨٦-١٨٧.

٢. في الواقع هذا الوجه الخامس من وجوه ذكرها لتصحيح عمل الأجير.

٣. هو العلّامة المدقّق الميرزا محمّد تقي الشيرازي - [منه] طاب ثراه -.

إنّما هو بأن يقال بالالتزام بإهداء الثواب، بمعنىٰ أنّ الأجير يفعل العمل لنفسه ثمّ يهدي ثوابه إلى الميّت، نظير صلاة ليلة الدفن، وتلاوة القرآن للأموات.

وكأنّه ﷺ أراد دفع إشكال عدم إمكان سقوط الفعل عن المنوب عنه بفعل النائب.

ومحصّل ما يتصوّر في تقرير هذا الوجه بحيث يندفع به هذا الإشكال أنّ استقرار العبادة في ذمّة الميّت مثلاً يوجب تعلّق تكليفين: أحدهما إلى الوليّ والآخر إلى الأجنبي، والأوّل تكليف وجوبيّ والآخر تكليف ندبي، وكلّ واحدٍ منهما مشروط بفوت الواجب عن الميّت، فيكون التكليف المتوجّه إلى الأجنبي مثلاً بالصلوات الفائتة عن الميّت تكليفاً مستقلّاً أجنبيّاً عن أداء ما فات عن الميّت، لعدم قابليّة أدائه من غير مَن توجّه التكليف به.

ولكنّ الدليل قد دلّ على برائة ذمّة الميّت بفعل الغير، مثل ما اشتغلت ذمّته به، فيكون فعل النائب موجباً للثواب للميّت ودفع العقوبة عنه، لا أن يكون النائب آتياً بالفعل بداعي أمر المنوب عنه.

ولا يخفى أنّه - مع ما فيه من الغرابة - ضرورة كون المأتي به من الوليّ والأجنبي هو نفس الفائت عن الميّت، لا شيئاً أجنبيّاً عنه، لا يندفع به إشكال قصد القربة، فإنّ العمل سواء كان لنفسه أو للمنوب عنه عبادة لابدّ فيه من قصد الأمر حتّىٰ يكون له ثواب يمكن إهداؤه إلى الميّت، بل ترتّب الثواب في التوصّليّات أيضاً موقوف على قصد الامتثال، وهو ينافي مع الإتيان بداعي أخذ الأُجرة على ما هو مبنى الإشكال، فهذا الوجه مضافاً إلى غرابته لا يفيد شيئاً.

الكلام في جوائز السلطان

ويلحق بها كلّ ما يؤخذ ممّن يختلط ماله بالحرام، ولابدّ من بيان صور المسألة:

فـ[الصورة] الأُولىٰ: ما إذا لم يعلم بوجود حرام في أمواله ولو على نحو العلم الإجمالي، بل يشكّ في حلّيّة ماله وحرمته، ولا إشكال في جواز الأخذ حينئذ لـ«قاعدة اليد».

[الصورة] الثانية: ما إذا علم إجمالاً بإختلاط أمواله بالحرام مع احتمال أن يكون المال المأخوذ منه كلّه من الحلال، وفي هذه الصورة أيضاً لا إشكال في جواز الأخذ منه لو كان بعض الأطراف خارجاً عن محلّ ابتلاء الآخذ، وإنّما الكلام في ميزان الخروج عن محلّ الابتلاء، وقد مثّل له الشيخ - طاب ثراه - في صدر كلامه للخارج عن محلّ الابتلاء بالأمة التي جعلها الجائر من جواري حرمه وصارت أُمّ ولدٍ له، وذيّله في آخر كلامه بكلّ ما لم يأذن في التصرّف فيه من أمواله[1].

ولا يخفى أنّ الصواب هو ما قاله أخيراً، وذلك لأنّ المعيار في الخروج عن محلّ الابتلاء هو عدم تمكّن المكلّف عن ارتكابه فعلاً، وعدم صحّة تكليفه بالاجتناب

---

١. كتاب المكاسب، ج ٢، ص ١٦٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

عنه إلّا مشروطاً. ومن المعلوم عدم التمكّن من التصرّف في أموال الغير إلّا بعد إذن من بيده، فلايصحّ خطابه بالاجتناب عنه إلّا معلّقاً على القدرة والابتلاء. وعلى هذا فجميع ما ورد من الأخبار الدالّة على جواز الأخذ من الجائر[١] ليس مخالفاً مع قواعد العلم الإجمالي، وذلك لندرة الابتلاء بجميع أمواله بحيث يصير جميع أطراف العلم مورداً للابتلاء، ولكن في الأخبار ما يدلّ بصراحته أو بإطلاقه على جواز الأخذ منهم ولو مع العلم بكون جميع [ما] بأيديهم من الحرام، كصحيحة أبي ولّاد، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما ترى في رجل يلي أعمال السلطان ليس له مَكْسَبٌ إلّا من أعمالهم وأنا أُمرّبه وأنزل عليه فيضيفني ويحسن إليّ، وربما أمرلي بالدارهم والكسوة، وقد ضاق صدري من ذلك، فقال عليه السلام لي: «كل وخُذ منه، فلك المَهْنَأ وعليه الوِزْر»[٢] الخبر.

فإنّ صريحه فرض عدم مكسب لذلك العامل إلّا من عمل السلطان الموجب لكون جميع ماله من الحرام، سيّما مع حكم الإمام عليه السلام بأنّ «لك المهنأ وعليه الوزر». فإنّ الظاهر ثبوت الوزر للعامل فيما أعطاه للسائل من الدراهم والكسوة وغيرهما، لاثبوت أصل الوزر له في عمله، وذلك بقرينة مقابلته مع قوله عليه السلام: «فلك المهنأ» كما لا يخفى.

وأمّا حمله على كونه من الخراج والمقاسمة وأنّهما ممّا أُحلّ للشيعة فبعيدٌ، للعلم بعدم انحصار ما في أيدي العمّال بهما؛ لكونهم يأخذون من أموال الناس مصادرةً أكثر ممّا يأخذونه بعنوان الخراج والمقاسمة.

وفي معنى هذا الخبر جملة من الأخبار التي بإطلاقها تدلّ على ذلك[٣]، والظاهر أنّ العمل على مضمونها ثابتٌ.

ولكنّ الإنصاف عدم دلالتها على أزيد ممّا تُثبته قواعد العلم الإجمالي، فإنّ

---

١. للمزيد راجع وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٢١٢، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به.

٢. من لايحضره الفقيه، ج ٣، ص ١٧٥، ح ٣٦٦٢؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٢١٣، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٣. للمزيد راجع وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٢١٣-٢١٨، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به.

وجود الخراج والمقاسمة كافية في احتمال كون المأخوذ منهما، وثبوت الوزر عليه لا ينافي ذلك؛ لاختصاص إباحة الخراج والمقاسمة بالشيعة.

والحاصل أنّه ليس في هذه الأخبار إطلاق يشمل صورة الابتلاء بجميع ما في يد الجائر، أو صورة العلم بكون جميع ما في يده حراماً على الآخذ، وإن كان له إطلاق بالنسبة إلى ما علم بكون جميع ما في يده حراماً على الدافع دون الآخذ، كالخراج والمقاسمة.

نعم، في بعض الأخبار ما يدلّ على الإباحة لو كان المأخوذ ممّا علم وجود الحرام فيه إجمالاً، مع إطلاقه بالنسبة إلى كون الجميع محلّ الإبتلاء، مثل ما ورد من إباحة مال المورّث للوارث الذي يعلم بوجود الربا في أموال مورّثه[1]، فإنّ ظاهره أنّ اختلاط الربا بالحلال موجب لحلّيّة المال للوارث، بقرينة أنّه عليه السلام قد استثنى من صورة الحلّيّة ما إذا كان شيء من الربا معزولاً معلوماً، حيث إنّه عليه السلام حكم بردّه، ويمكن تصحيح ذلك بإمكان تقييد الحرمة بما علم بها تفصيلاً بنتيجة التقييد حسبما أوضحناه في الأُصول، ولا محذور فيه في مقام الثبوت، ولكنّ الكلام في إثباته وهو مشكل؛ لأجل عدم إمكان الاستناد في ما خالف القواعد إلى الخبر المذكور من جهة الشكّ في كونه معمولاً به، فإن ثبت ذلك فلا محذور فيه؛ لإمكان تصحيحه بما عرفت.

الصورة الثالثة: ما إذا علم بكون المأخوذ حراماً، وجملة القول فيها أنّه إمّا يعلم بحرمته قبل الأخذ، أو يعلم بحرمته بعده.

أمّا الأوّل فإمّا أن يأخذه بقصد الردّ إلى مالكه، أو يأخذه بغير هذا القصد.

لا إشكال في جواز الأخذ بقصد الردّ إلى مالكه فيما أمكن ردّه إليه، وعدم الضمان عليه؛ لكون يده حينئذ يد أمانة، ولكونه محسناً في ذلك وما على المحسنين من

---

١. **الكافي**، ج ٥، ص ١٤٥، باب الربا، ح ٥؛ **وسائل الشيعة**، ج ١٨، ص ١٢٩، الباب ٥ من أبواب الربا، ح ٣.

سبيل، كما أنّه لا إشكال في الضمان لو أخذه لا بقصد الردّ إلى المالك إذا كان متمكّناً من الامتناع عن الأخذ. وأمّا إذا اضطرّ إلى الأخذ مع عدم التمكّن من الردّ إلى مالكه، كما إذا أعطاه الجائر أمانة عنده بحيث لا يتمكّن من عدم قبولها ولا من ردّها إلى المالك من جهة الخوف من الظالم، فلا إشكال في جواز الأخذ حينئذ جوازاً تكليفيّاً للتقيّة.

وفي الضمان وعدمه وجهان: ووجه العدم ما سيأتي عن قريب من انصراف «قاعدة اليد» إلى صورة الاستيلاء على مال الغير عدواناً وقهراً عليه، وللنبويّ المشهور في حديث رفع التسعة: «وما استكرهوا عليه»[1]، ولما ورد من جواز ارتكاب كلّ ما أُكره عليه سوى الدم[2]، وعموم حلّيّة كلّ ما يكون حراماً لأجل التقيّة[3].

ولكنّ الإنصاف عدم نهوض شيء من الوجوه المذكورة لرفع الضمان؛ لإطلاق قاعدة اليد، وعدم دلالة حديث الرفع لرفع الآثار الوضعيّة، وإلّا لزم منه تأسيس فقه جديد، وكذا أخبار التقيّة، فمقتضىٰ إطلاق «على اليد» هو الضمان.

ولو علم به بعد الأخذ ففي ضمانه بأخذه وعدمه وجهان، فعن *المسالك* عدمه[4]، وتبعه عليه العلاّمة الطباطبائي في محكيّ *مصابيحه*[5]، وما يمكن أن يستدلّ له وجهان:

---

١. الكافي، ج ٢، ص ٤٦٣، باب ما رفع عن الأُمّة، ح ٢؛ وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٧٠، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه، ح ٣.

٢. راجع الكافي، ج ٢، ص ٢١٧-٢٢١، باب التقيّة؛ وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٢٣٤، الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهي، ح ١.

٣. الكافي، ج ٢، ص ٢٢٠، باب التقيّة، ح ١٨؛ وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٢١٤، الباب ٢٥ من أبواب الأمر والنهي، ح ٢.

٤. مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٤٤ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ١٩).

٥. مصابيح الأحكام، الورقة ٥٥.

الأوّل: ما يرجع إلى دعوى عموم عدم الضمان في مورد الجهل. وحاصله دعوى اختصاص عموم «على اليد»[١] بما إذا كان عدواناً، فلا يشمل صورة الجهل، فإنّ المراد من «الأخذ» ليس هو الأخذ باليد الجارحة، بل إنّما هو الاستيلاء على مال الغير قهراً عليه، فالجاهل بكونه مال الغير لا يكون في استيلائه عليه قهر عليه، فيكون خارجاً عن عمومه، ومعه فلا موجب للضمان.

ولا يخفى أنّ هذا الوتمّ للزم الحكم بعدم الضمان في جميع موارد الجهل، وهذا شيء لا يمكن الالتزام به، بل وقع التسالم على خلافه، وسيأتي توضيحه إن شاء الله تعالى.

الثاني: ما يرجع إلى دعوى عدم الضمان في خصوص ما يؤخذ من الجائر، وذلك للأخبار الواردة في حِلّ أخذه عند الجهل به[٢]، غاية الأمر وجوب الردّ إلى مالكه بعد العلم به تفصيلاً، فلا موجب للضمان مع هذه الأخبار إذا كان قاصداً للردّ إلى المالك على تقدير علمه به.

وهذا الوجه حسنٌ لكنّ المعروف بينهم هو الضمان وإن كان قراره على العالم بالغصب؛ لرجوع المغرور إلى مَن غرّه.

وكيف كان فلو أخذه لابنيّة الردّ في غير مورد التقيّة فلا إشكال في ثبوت الضمان عليه، فهل يرتفع الضمان بنيّة الردّ إلى مالكه أولا؟ قولان، ظاهر الأكثر هو عدم الارتفاع[٣]، والمنقول عن بعض في باب الوديعة هو عدم الضمان فيما إذا تعدّى في الحفظ ثمّ عدل عنه؛ متمسّكاً بأنّه صار أميناً محسناً، وما على المحسنين من سبيل[٤].

ولا يخفى ما فيه؛ لأنّ الإحسان وإن كان منافياً مع الضمان إلّا أنّه لا دليل على

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، وص ٣٨٩، ح ٢٢.

٢. راجع وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٢١٣-٢١٨، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به.

٣. للمزيد راجع مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٣٨٣ وما بعدها.

٤. راجع جامع المقاصد، ج ٤، ص ٤٤، وجواهر الكلام، ج ٢٨، ص ٢٦٩.

كونه موجباً لارتفاع الضمان الحاصل قبل تحقّق الأمانة، فبقاء الضمان لا ينافي عدم كون الأمين ضامناً؛ لأنّ هذا الضمان إنّما نشأ من حال الخيانة التي كانت قبل العدول إلى الأمانة، ولا دليل على رفع الضمان بالإحسان المتأخّر.

ثمّ إنّه قد ذكر هنا أُمور ربما يقال بارتفاع الضمان بها:

فمنها: ما ذكرنا من نيّة الردّ إلى المالك فيما إذا أخذ مال الغير جهلاً ثمّ حصل له العلم به.

ولا يخفى أنّه لو قلنا بأنّ أخذه لا يكون موجباً للضمان؛ لمكان جهله - كما عن *المسالك*[1]- بدعوى انصراف دليل الضمان إلى صورة الاستيلاء على المالك، فلا ضمان حتّى يرتفع بإرادة الردّ. ولو قلنا بكونه موجباً للضمان -كما هو المعروف المشهور- وإن وقع الإشكال في كيفيّة استفادة ذلك من عموم «على اليد»؛ لما عرفت من دعوى انصرافه إلى صورة الاستيلاء على المالك، فلا وجه لرفع الضمان بمجرّد إرادة الردّ إلى المالك بعد العلم به، كما عرفت.

ومنها: استرداد الغاصب عنه قهراً. وقد قيل فيه: إنّه أيضاً موجب لرفع الضمان، ولكن الظاهر عدم وجه لارتفاع الضمان به، وهل هو إلّا كغصب غاصب آخر، وكون قرار الضمان على الغاصب وجواز رجوعه إليه لجهله، أمرٌ آخر؟

ومنها: الإعلام بالمالك بأنّ المال موجود عنده وأنّه حاضر لدفعه إليه، حيث إنّه قيل: إنّ ذلك رافع للضمان.

وفيه: إنّه مع فرض تحقّق الضمان لا رافق له إلّا الردّ إلى المالك، والإعلام ليس مصداقاً له، ولعلّ منشأ التوهّم هو كون الإعلام موجباً لإذن المالك في كون المال عنده إلى وقت الأداء، فيكون بذلك وديعة عنده، فيرتفع الضمان.

---

١. مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٤٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٩).

ولا يخفى ما فيه؛ لعدم دلالة مجرّد الإعلام، مع عدم إظهار رضاء من المالك في بقائه عنده على إذنه في ذلك حتّى يصدق عليه عنوان الوديعة. وبالجملة فهذه الأُمور ليست رافعةً للضمان.

وهاهنا أُمور أُخر ينبغي البحث عنها:

[الأمر] الأوّل: في بيان ما يتحقّق به القبض، لا إشكال في أنّ القبض في باب البيع ونحوه إنّما هو بالتخلية بين المال وبين الآخذ من غير توقّف على نقله إليه. وأمّا في باب الوديعة فربما يقال: إنّ ظاهر التعبير بالأداء في الآية الشريفة: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها﴾[1] هو وجوب الحمل إلى المالك. لكنّ الأقوىٰ فيها أيضاً كفاية مجرّد التخلية؛ لكون إلزام الأمين بحمل المال إلى المالك وتحمّله لمؤنة نقله بعيداً جدّاً، فالأداء والردّ عبارة عن نفس التخلية، وربما يختلف ذلك باختلاف الأموال حسبما يأتي شرحه في كتاب البيع إن شاء الله تعالى.

[الأمر] الثاني: قال الشيخ ﷺ:

> لو جهل صاحبه وجب الفحص مع الإمكان لتوقّف الأداء بمعنى التمكين وعدم الحبس على الفحص[2].

وتحقيق الكلام في المقام أن يقال: إنّ وجوب الأداء هل هو مطلق أو مشروط العلم بالمالك؟ فعلى الأوّل يجب الفحص عن المالك؛ لكونه مقدّمة للواجب المطلق، وهو الأداء إلى المالك، وعلى الثاني فلا يجب؛ لكون الفحص مقدّمة للعلم بالمالك، مع أنّ العلم به شرط لوجوب الأداء.

---

١. النساء (٤): ٥٨.

٢. كتاب المكاسب، ج ٢، ص ١٨٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

والتحقيق هو الأخير، وذلك لعدم دليل على الوجوب المطلق، ومع الشكّ في إطلاق وجوبه فالأصل يقتضي الاشتراط، كما تقرّر في الأُصول.

لكن مقدّمات الواجب المشروط قد تجب، لا بملاك الوجوب المقدّمي، بل بملاك حكم العقل بحرمة تفويت الواجب على وجه يرجع إلى تتميم الجعل حسبما أوضحناه في الواجب المشروط، والفحص عن المالك من هذاالقبيل، لاستلزام تركه عدم انتهاء المال إلى مالكه كثيراً، وهو ممّا يقطع بعدم رضاء الشارع به، نظير ترك الفحص عن البلوغ والاستطاعة والنصاب، حيث إنّ هذه الثلاثة مع كونها شرائط للوجوب يجب الفحص عنها، لا بالوجوب المقدّمي الغيري، بل بالوجوب النفسي الذي ينتج نتيجة الوجوب المقدّمي بملاك استلزام ترك الفحص عنها غالباً؛ لترك إمتثال الأحكام عن البالغين، والحجّ عن المستطيع، والزكاة عمّن بلغ ماله النصاب، فثبت أنّ الفحص في المقام واجب ولو لم يثبت إطلاق لأدلّة وجوب الأداء والردّ.

مضافاً إلى إمكان استفادة الطلاق من أدلّته، كإطلاق قوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها﴾[1] نعم، يمكن أن يقال بأنّ الأوامر الواردة في التصدّق بما لايعرف صاحبه ونحوها مطلقات تنفي وجوب الفحص رأساً إلّا بمقدار يتوقّف تحقّق موضوع عدم العرفان عليه، بحيث يصدق أنّه لايعرف صاحبه.

ثمّ إنّه على تقدير وجوب الفحص وعدم وجود ما ينفي وجوبه فيقع الكلام في مقدار ما يجب منه، والظاهر أنّ حدّه هو اليأس عن الظفر بالمالك، ولو كان اليأس حاصلاً بالأقلّ من الفحص في السنة، لكن قيل: إنّ مقتضىٰ أخبار باب اللقطة هو وجوب الفحص سنةً[2].

ولا يخفى أنّ إطلاق هذه الأخبار في موردها ليس معمولاً به، ضرورة ظهور كون

---

١. النساء (٤): ٥٨.

٢. لم نعثر على قائله.

وجوب الفحص طريقيّاً، فلو حصل اليأس في أقلّ من السنة لم يجب في اللقطة فضلاً عن غيرها من الأموال المجهولة.

نعم مقتضى أخبار القاعدة وجوب الفحص إلى حدّ اليأس ولوكان في الأكثر من السنة، ومقتضى أخبار اللقطة[1] جوازترك الفحص في الزائد عنها ولولم يحصل اليأس، وعليه فيصير باب اللقطة عكس المقام، فيجب الفحص في المقام إلى حدّ اليأس ولوزاد عن السنة، ويكفي في اللقطة بمقدار السنة، وهذا بناءً على عدم التعدّي من باب اللقطة إلى باب الأموال المجهولة في الاقتصار على السنة.

وهل يتعدّي من بابها إلى المقام أولا؟ وجهان، من أنّ مقتضىٰ القاعدة، كما عرفت هو التحديد باليأس، ومن ورود خبر حفص بن غياث في مورد من أودعه رجل من اللصوص دراهم أومتاعاً فهل يردّ عليه؟ قال: «لا يردّه، فإن أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل، وإلّا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها، فيعرفها حولاً»[2] الخبر.

وهذا هو الأقوى، وذلك للقطع بعدم خصوصيّة إيداع اللصّ، بل الظاهر كون مطلق الوديعة التي جهل صاحبها كذالك.

نعم، يقع الكلام في التعدّي عن الودعي إلى مطلق من وقع مال الغير بيده، ولو أخذه لمصلحة نفسه فإنّ في التعدّي عنه إليه إشكالاً؛ لإمكان كون الحكم مختصّاً بباب الوديعة، فالمأخوذ عاريةً أو إجارةً ونحوهما لا يلحق بالوديعة في الاكتفاء بالفحص سنة ولو لم يبلغ حدّ اليأس، بل اللازم في ذلك هو حدّ اليأس ولو بأكثر منها، كما أنّه يشكل في اللقطة في مالو حصل اليأس في أثناء السنة، من أنّ الظاهر

---

١. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٥، ص ٤٤١-٤٤٥، الباب ٢ من أبواب كتاب اللقطة.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٩٦، ح ١١٩٢؛ وسائل الشيعة، ج ٢٥، ص ٤٦٤، الباب ١٨ من أبواب كتاب اللقطة، ح ١.

كونه طريقيّاً لازمه الاقتصار على ما حصل به اليأس، ومن أنّ الظاهر من الفتاوي عدم ظهور الخلاف في تعيين الفحص سنة، والله العالم.

بقي الكلام في حكم الضمان مع الجهل الذي استشكلنا فيه سابقاً بسبب دعوى ظهور دليل الضمان في الأخذ قهراً على المالك، لا مطلق الأخذ، فلا يشتمل صورة الجهل.

وربما يقال بإمكان الاستدلال في نفي الضمان بقاعدة: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»[1].

وأورد عليه بكون القاعدة أجنبيّة عن ذلك. توضيحه أنّ مورد القاعدة إنّما هو في مورد تسليط المالك غيره على ماله مجّاناً أو بعوض، فإن كان تسليطا مجّانياً فلا ضمان، كما في الوديعة والهبة والعارية ونحوها، من غير فرق بين صحيحها وفاسدها، وإن كان تسليطاً بعوض ففيه الضمان، كما في البيع والإجارة والهبة المعوّضة ونحوها، من غير فرق بين صحيحها وفاسدها؛ إذا الملاك في الجميع هو التسليط في مقابل العوض، وكيف كان فلابدّ أن يكون التسليط من المالك دون الغاصب أو الجائر.

ولكن يمكن المنع عنه بجعل المورد منطبقا على القاعدة، لا لأجل إقدام المالك على التسليط بعوض أو بلا عوض، بل لمكان إقدام الآخذ مجّاناً أو مع العوض، فكلّ مورد كان أخذه بعنوان المجّان فلا ضمان، سواء كان بعقد صحيح أو فاسد، وكلّ ما كان إقدامه في الأخذ مع العوض ففيه الضمان، وعلى هذا فيحكم بعدم الضمان في صورة جهله بكون المعطي غير المالك، وكان آخذ المصلحة نفسه بواسطة قاعدة ما لا يضمن، وعلى هذا فيجمع بين كلماتهم في الحكم بعدم الضمان في مورد الجهل، وبأنّ المغرور يرجع إلى من غرّه بجعل مورد الأوّل فيما إذا أقدم الآخذ على الأخذ المجّاني، ومورد الثاني ما إذا أقدم في الضمان المعاوضي.

---

١. للمزيد راجع كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٨٢-١٩٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

فالمتحصّل من هذا عدم الضمان في أخذ الأموال المجهولة بما هي أموال مجهولة، إلّا إذا تحقّق موجب للضمان من الإقدام على الضمان المعاوضي ونحوه، وسيجيء في «أبواب البيع» مزيد توضيح لذلك إن شاء الله تعالى.

أقول: دعوى انصراف عموم على اليد إلى ماكان الأخذ قهراً واستيلاءً على المالك لم يظهر وجهه؛ لعدم دلالته عليه، لامن حيث المادّة، ولامن حيث الهيئة، ولامن مدلول السياق.

الأمر الثالث: في حكم التصدّق بما جهل مالكه.

اعلم أنّ الأخبار في هذا الباب على طوائف:

فمنها: ما يدلّ على أنّ المال المجهول للإمام، كخبر داود بن أبي زيد؛ حيث يقول عليه السلام فيه: «والله ما له صاحبٌ غيري»[1].

ومنها: ما يدلّ على وجوب التصدّق به مثل مرسلة *السرائر*، وما ورد من الأمر بالتصدّق بما جمعه من جوائز بني أُميّة مؤيّداً بأخبار اللقطة، والأمر بالتصدّق بما يجتمع عند أهل الصياغة، وعلّة الوقف المجهول أربابه، ونحو ذلك.

ومنها: ما يدلّ على وجوب حفظه وإمساكه والإيصاء به عند الموت. ومقتضى الجمع بين هذه الأخبار هو إبقاء ما يدلّ على وجوب الحفظ على مورده الذي هو إرث من لا يجد له وارثاً؛ لأجل احتمال مجيء صاحبه. وحمل أخبار التصدّق على أنّه بإذن الإمام من باب الولاية، وأنّه أذن بتصدّق ماله، لا أنّه أمر بالتصدّق عن مالكه المجهول. ويشهد لذلك نفس خبر داود، فإنّ فيه بعد حلف الإمام عليه السلام بأنّه: «ما له مالك غيره» الأمر بالتصدق.

---

١. **الكافي**، ج ٥، ص ١٣٨-١٣٩، باب اللقطة والضالّة، ح ٧؛ **وسائل الشيعة**، ج ٢٥، ص ٤٥٠، الباب ٧ من أبواب اللقطة.

هذا كلّه فيما إذا لم يظهر المالك بعد، وأمّا لو تبيّن المالك بعد الدفع فإمّا أن يكون الدفع إلى الحاكم، أو إلى مستحقّ الصدقة، فإن كان الدفع إلى الحاكم فإمّا نقول بوجوب الدفع إليه؛ لكون المال للإمام وهو نائب عنه، أو بجواز الدفع إليه؛ لكونه وليّاً على المالك المجهول، كما أنّ المتصدّق إذا تصدّق بنفسه أيضاً كان صحيحاً؛ لولايته في التصدّق بنفسه.

فعلى الأوّل: فهل للمالك أن يرجع إلى الدافع أولاً؟ وجهان، أقواهما العدم؛ لكونه مأموراً بالأداء إلى الحاكم من باب إيصال المال إلى مالكه الذي هو الإمام عليه السلام، والحاكم نائب عنه، وليس بعد الأداء ضمان، فمقتضىٰ كون مجهول المالك للإمام عليه السلام هو عدم بقائه على ملك مالكه الأوّل؛ إذ لا يعقل أن يكون للمال مالكين والمفروض أنّه قد دفعه إلى نائب المالك، فلاوجه للضمان.

وعلى الثاني: فهل يصير الدافع ضامناً بالدفع إلى الحاكم أولاً؟ ثمّ على تقدير عدم اقتضاء دفعه للضمان فهل يرتفع به ضمانه السابق - لوكانت يده يد ضمان - أولاً؟ وجهان أقواهما عدم ضمانه بالدفع إلى الحاكم لو لم تكن يده يد ضمان، بل يرتفع ضمانه بالدفع إليه إذا كانت يده يد ضمان، وذلك لأنّ دفعه إليه دفع إلى وليّ المالك، وهو بمنزلة الدفع إلى نفس المالك.

واحتمل الشيخ الأكبر رحمه الله في الكتاب ثبوت الضمان[1]، بدعوىٰ كون الحاكم وكيلاً عن الدافع للتصدّق، فيكون تصدّقه عن الدافع، لأنّه قابض عن المالك.

وهو مدفوع بأنّه إنّما يأخذه عن الدافع ولاية منه على المالك، لا وكالةً عن الدافع، مضافاً إلى ما سيأتي من الإشكال في ضمان الدافع لوكان هو المباشر للتصدّق.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٢، ص ١٩٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

ثمّ إنّ المال إمّا أن يكون باقياً عند الحاكم، أو أنّه تصدّق به، وعلى الثاني فإمّا أن يكون عين المال موجوداً عند الفقير أولا.

لا إشكال في عدم استحقاق المالك لشيء، لاعلى الحاكم ولا على الفقير-لو تلف عند الفقير، وذلك واضح، حيث إنّ الحاكم تصدّق بمال الإمام ﷺ بإذنه، أو بمال المالك ولايةً عليه، والفقير قد ملك بأخذه، وأتلف ماله الذي ملكه بالأخذ، فلا سبيل للمالك عليه بشيء أصلاً بعد خروجه عن ملكه.

ولوكان باقياً عند الحاكم فهل يعود إلى اللمالك بعد تبيّنه أولا؟ وجهان، من أنّه قد خرج عن ملكه ودخل في ملك الإمام بناءً على كونه له ﷺ، ولاوجه لعوده إلى المالك بعد خروجه عنه، ومن أنّه كان بعنوان مجهول المالك، وقد خرج عن هذه العنوان بظهور مالكه فيعود إلى ملكه بعد تحقّق موضوعه، وأشكل من ذلك ما لو تصدّق به الحاكم وكان موجوداً عند الفقير؛ لصيرورة الفقير مالكاً بالأخذ، فهل يكون عنوان مجهول المالك حيثيّة تعليليّة في انتقال المال إلى الإمام ﷺ ومنه إلى الفقير بالتصدّق عنه ﷺ، وكذا في انتقاله إلى الفقير بالتصدّق عن المالك على القول به؟ أو أنّ هذا العنوان حيثيّة تقييديّة يدور مدارها الحكم حدوثا وبقاء؟

وقد اختار الأُستاذ -دام بقاؤه- فيما كان موجوداً في يد الحاكم، وظهور مالكه قبل الدفع إلى الفقير، أنّه يعود إلى المالك فيأخذه من الحاكم، وأمّا إذا تصدّق به الحاكم وكان المال موجوداً عند الفقير فاختار- دام بقاؤه - عدم عوده إلى المالك، وأنّه لاحقّ له على الفقير بمطالبة ذلك المال الموجود عنده، ولكنّ الفرق مشكل.

والتمسّك باستصحاب بقاء المال في ملك الفقير بعد ظهور مالكه موقوفٌ على صحّة الاستصحاب في الشكّ في المقتضي، وهو خلاف المختار عند الأُستاذ في الأُصول، وذلك لأنّ الشكّ في بقاء المال في ملك الفقير بعد ظهور المالك مسبّبٌ

عن الشكّ في كيفية دخوله في ملكه، وأنّ ذلك هل كان بعنوان مجهول المالك على نحو الحيثيّة التعليليّة أو أنّه على نحو الحيثيّة التقييديّة، فالشكّ راجع إلى الشكّ في المقتضي، هذا كلّه في صورة الدفع إلى الحاكم.

وأمّا لو كان من بيده المال هو المباشر للتصدّق به، فلا إشكال في عدم جواز الرجوع إلى الفقير لو لم يبق عنده، وفي جواز الارتجاع منه مع وجوده الوجهان المتقدّمان، وأمّا بالنسبة إلى الرجوع إلى المتصدّق فهل له الرجوع إليه مطلقاً، أو ليس له الرجوع مطلقاً، أو يفصل بين ما إذا كانت يده يد ضمان بالقبض، فيقال بعدم ارتفاع ضمانه بالتصدّق، وبين ما إذا لم تكن كذلك، فيقال بعدم ضمانه بالتصدّق؟ وجوه، أقواها القول بعدم الضمان مطلقاً.

أمّا فيما إذا لم يكن ضامناً من أوّل الأمر فواضحٌ؛ حيث إنّ التصدّق به وإن كان إتلافاً، إلّا أنّ المتصدّق ليس هو المتلف حتّىٰ يكون ضامناً، لعموم «من أتلف»[1] بل إنّما التلف مستند إلى الأمر الشرعي بالصدقة وكون المتصدّق ملزماً بها، ولا معنى للأمر بالصدقة وبقاء حكم الردّ إلى مالكه، فيكون الأمر بالصدقة حاكماً، إمّا على دليل مالكيّة المالك وكاشفاً عن خروج المال عن ملكه؛ أو على دليل وجوب ردّ كلّ مال إلى مالكه وموجباً للتوسعة في الردّ، وأنّه حينئذ أعمّ من الردّ إلى الفقير، وعلى التقديرين لا موجب للضمان للمالك، إمّا لخروجه عن ملكه بالصدقة عنه، أو لتحقّق عنوان الأداء والردّ إليه بتعميمه للردّ إلى الفقير.

فإن قلت: لا منافاة بين التصدّق وبين بقاء الضمان، كما في اللقطة، حيث يصحّ أن يتصدّق بها الملتقط مع بقاء الضمان، وكما في الوديعة من اللصّ.

قلت: المنافاة إنّما هي بين الإلزام بالصدقة وبين الضمان، وليس في باب

---

١. للمزيد راجع حاشية كتاب المكاسب، الهمداني، ص ٣٦، والقواعد الفقهية، الفاضل، ص ٤٥-٤٦.

االلقطة إلّا الترخيص بالصدقة، فإنّ الملتقط مخيّر بين الصدقة وبين الحفظ عنده إلى أن يظهر مالكه، وهذا بخلاف ما لو تعيّن الصدقة إلزاماً، كما في المقام. هذا فيما لم تكن يده يد ضمان.

وأمّا لو كان ضامناً من أوّل الأمر فهل يرتفع ضمانه بالتصدّق أولا؟ وجهان، أقواها الأوّل، لما عرفت من كونه إمّا مصداق الردّ، أو كاشفاً عن خروج المال عن ملك المالك، وعلى فرض الشكّ فالمرجع هو استصحاب الضمان، كما يستصحب عدم الضمان في الصورة الأولى، وليس هذا قولاً بالتفصيل بين الصورتين حتّى يستشكل فيه بعدم القول بالفصل في المسألة، بل هو تفكيك بين موارد الأحكام الظاهريّة حسب اختلاف ما يقتضي انطباق أدلّتها على موارده، وذلك غير عزيز في الأحكام الظاهريّة، كما لا يخفى.

هذا مضافاً إلى أنّه لو صحّ التمسّك بعدم القول بالفصل في المقام أمكن التمسّك بالبراءة فيما لم يكن ضمان سابق، ويحكم بعدم الضمان ورفع اليد عن استصحاب الضمان فيما كان مسبوقاً به؛ تمسّكاً بعدم القول بالفصل. والقول بحكومة استصحاب الضمان فيما كان مسبوقاً به على أصالة البراءة فيما لم يكن مسبوقاً به، كما أفاده الشيخ ﷺ في *المكاسب*[1]، غريبٌ؛ لكون الأصلين في موردين ولا حكومة للاستصحاب في مورد على البراءة في مورد آخر.

هذا تمام الكلام في الصورة الثالثة، وهي ما لو علم بكون المأخوذ حراماً تفصيلاً مع ما فيها من الغلق والاضطراب.

الصورة الرابعة: فيما إذا علم باشتمال المأخوذ على الحرام، فإمّا أن يكون مقدار الحرام ومالكه كلاهما مجهولين؛ أو كلاهما معلومين؛ أو مختلفين.

---

١. راجع كتاب *المكاسب*، ج ٢، ص ١٨٢ - ١٨٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

فإن علم بهما أو علم مالكه فقط وجب دفع المقدار المعلوم إلى المالك، و التخلّص عنه ولو بالصلح أو الإبراء في المقدار المجهول؛ و إن علم مقدار الحرام وجهل مالكه فالكلام فيه ما تقدّم في الصورة السابقة على تفصيلٍ تقدّم فيها. وأمّا مع الجهل بالمقدار والمالك كليهما، فإمّا أن يحتمل زيادة مقدار الحرام عن الخمس ونقصانه؛ و إمّا أن يعلم بالزيادة عنه مع الشكّ في مقدار الزيادة؛ و إمّا أن يعلم بالنقصان عن الخمس مع الشكّ في مقدار النقصان، لا إشكال في شمول أدلّة الخمس للصورة الأُولىٰ -أعني الشكّ في أصل الزيادة والنقصان عن مقدار الخمس- لكونه القدر المتيقّن منها، وأمّا فيما علم زيادة الحرام عن الخمس فهل يكتفي بمقدار الخمس استناداً إلى بعض ما دلّ على أنّ الله تعالى رضي في حلّ الأموال بالخمس أو لا يكفي ذلك؟ وجهان، وهكذا فيما علم نقصان الحرام عنه فهل يكتفي بأداء المقدار المعلوم؛ أو يجب أداء الخمس نظراً إلى إطلاق بعض أخبار الخمس؟ وجهان، وعلى التقديرين فهل يصرف إلى مصارف الخمس أو إلى مصارف الصدقة؟ وجهان، وتفصيل الكلام في ذلك موكول إلى كتاب «الخمس».

هذا تمام الكلام فيما تعرّض له الأُستاذ -دامت بركاته- في المكاسب المحرّمة، ويتلوه الكلام في حقيقة البيع، والحمد لله أوّلاً وآخراً.


كتاب البيع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين والصلوة على سيّدنا ونبيّنا محمّد سيّد المرسلين وعلى آله الطاهرين، واللعنة على أعدائهم أجمعين من الآن إلى يوم الدين.

[في البيع]

قوله ﷺ: «كتاب البيع ... إلى آخره».

وينبغي أن نحقّق أوّلاً أنّ البيع مندرج في أيّ باب من أبواب الفقه.

فاعلم، إنّهم قسموا الفقه إلى «عبادات» و«معاملات» و«أحكام».

والعبادة تطلق على معانٍ:

الأوّل: ما يتوقّف صحّته على إتيانه بقصد القربة، وهذا هو العبادة بالمعنى الأخصّ.

الثاني: ما يؤتى به بقصد القربة ولو لم تكن صحّته منوطة بإتيانه كذلك، وهذا هو العبادة بالمعنى الأعمّ.

الثالث: الوظائف التعبّديّة المقرّرة للمكلّفين ممّا لا يتوقّف على إنشاء أصلاً، وهذا أعمّ من المعنى الثاني، ويشمل مثل القضاء والشهادات والمواريث ونحوها.

والمعاملة أيضاً تطلق على معانٍ:

الأوّل: ما لا يتوقّف صحّته على إتيانه بداعي القربة، وهو المعاملة بالمعنى الأعم القابل للعبادة بالمعنى الأخصّ، سواء لم يكن متوقّفا على الإنشاء، أو توقّف من جانب واحد أو من جانبين.

الثاني: ما يتوقّف على الإنشاء مطلقاً ولو من جانب واحد، وهذا أخصّ من الأوّل.

الثالث: ما يتوقّف على الإنشاء من جانبين، وهذا أخصّ من الثاني أيضاً؛ لانحصاره بالعقود.

ثمّ إنّ العقود تنقسم إلى «إذنيّة» و «عهديّة»، والمراد بالإذنيّة ما يتوقّف على الإذن حدوثاً وبقاءً، بحيث يرتفع بارتفاع الإذن ولو لم يعلم به المأذون، كالوكالة الإذنيّة والأمانة ونحوهما. وفي إدراجها في العقود مسامحة؛ لأنّ العقد عبارة عن العهد المؤكّد ولاعهد في العقود الإذنيّة؛ لأنّ قوامها إنّما هو بالإذن فقط، وإنّما أدرجوها في العقود؛ لمكان اشتمالها على الإيجاب والقبول، وعلى هذا فلا يشملها عموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] تخصّصاً، لا تخصيصاً، وإنّما قيّدنا الوكالة بالإذنيّة لإخراج ما كان منها مندرجا تحت العقود حقيقة، وهي التي تشتمل على شرائط العقد على ما قرّر في محلّه، ويترتّب عليه عدم بطلانها بمجرّد رجوع الموكّل، بل يتوقّف على بلوغ الرجوع عن الإذن إلى الوكيل.

والمراد «بالعقود العهديّة» هي ما تشتمل على العهد والالتزام، وهي تنقسم إلى تعليقيّة وتنجيزيّة، والمراد بالتعليقيّة ما كان المنشأ معلّقاً على أمر كالجعالة -بناءً على كونها من العقود لامن الإيقاعات- وكذا المسابقة والمراماة والوصيّة، والمراد بالتنجيزيّة ما لم تكن كذلك.

وكلّ واحد منهما ينقسم إلى تمليكيّة وغير تمليكيّة، والتمليكيّة أيضاً تنقسم إلى ما يتعلّق بالأعيان وإلى ما يتعلّق بالمنافع، وكلّ واحدة منهما إمّا معوّضة أو غير

---

١. المائدة (٥): ١.

معوّضة، فالمعوّضة المتعلّقة بالأعيان مثل الصلح والبيع، وغير المعوّضة المتعلّقة بها كالهبة، سواء كانت معوّضة أولا، وسواء كان العوض شرطاً فيها أولا، فإنّ الهبة هي التمليك بلا عوض، وإنّما العوض في المعوّضة منها بإزاء التمليك، بمعنىٰ أنّها تمليك بإزاء تمليك، لا مبادلة مملوك بمملوك، ولذا لا تقع بلفظ «وهبتك هذا بهذا» بل هذا تعبير عن البيع بلفظ الهبة، وفي وقوع البيع به كلام يأتي تحقيقه، والغرض هنا بيان أنّه ليس بهبةٍ، بل هو بيع مردّد بين الصحيح والفاسد، بناءً على اعتبار الألفاظ الحقيقيّة في العقود وعدم وقوعها بالألفاظ المجازيّة والمشتركة بالاشتراك اللفظي، أو المعنوي، أو عدم اعتبارها، بل وقوعها بكلّ لفظ دالّ على المقصود ولو بالقرينة، ولا فرق في الهبة في ما ذكرنا بين ما كانت مشروطة بالعوض، كما إذا قال: وهبتك هذا بشرط أن تهبني ذاك، أو لم يكن، بل وهبه المتّهب شيئاً ابتداءً بعوض هبته، وإن كان بينهما فرق من وجهٍ آخر، وهو جواز الرجوع وعدمه، حيث لا يصحّ الرجوع في الأوّل، ويصحّ في الثاني ما لم يهبه المتّهب على تفصيل فيهما موكول إلى محلّه. والغرض بيان دفع توهّم كون الهبة المعوّضة من العقود التمليكيّة المعوّضة.

وأمّا العقود التمليكيّة المعوّضة المتعلّقة بالمنافع فكالإجارة، فإنّها من العقود المعاوضيّة وإن كانت من جهة أُخرىٰ تعدّ في باب العقود الأمانيّة؛ لكون العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر، ولأجل هذه المناسبة أدرجها العلّامة ﷺ في باب الأمانات، كما يمكن إدراج الرهن أيضاً فيها بتلك المناسبة؛ لكون العين المرهونة أمانة في يد المرتهن، كما يمكن إدراجه في باب الدين أيضاً؛ لكونه من ملحقاته.

وأمّا غير المعوّضة المتعلّقة بالمنافع فكالعارية، بناءً على أن تكون تمليك المنفعة لا إباحتها، وإلّا فتندرج في العقود الإذنيّة.

فقد تحصّل أنّ البيع من العقود التنجيزيّة التمليكيّة المعاوضيّة المتعلّقة بالأعيان.

ثمّ إنّ الفرق بينه وبين الصلح الواقع على الأعيان ممّا لا يخفى. وتوضيحه أنّ الصلح عبارة عن حقيقة واحدة، وهي التسالم المعبّرعنه بالفارسية (با هم برآمدن) لكن ما وقع عليه التسالم يختلف، فقد يكون التسالم على مبادلة العين بالمال، فيفيد حينئذ فائدة البيع، وأُخرىٰ يكون على مبادلة المنفعة بالمال فيفيد فائدة الإجارة، وثالثة يقع التسالم على تمليك العين من غيرعوض فيفيد فائدة الهبة، ورابعة يقع على اباحة المنفعة فيثمرثمرة العارية وهكذا ...، ولكنّ المعنى - وهو التسالم في الجميع - واحد، ولذا يجب أن يتعدّى بكلمة «على»، فلو قيل: صالحتك هذا بهذا، لم يكن صلحاً، بل هو بيع، إمّا فاسد أوصحيح، على ما تقدّم في الهبة آنفاً.

نعم، عن بعض الأصحاب صحّة تعديته بكلمة «عن» فيقال: صالحتك عن كذا[1]، لكنّ الظاهرانحصار مورد استعمالها بما في الذمّة لا مطلقاً.

وبالجملة فالصلح حقيقة أُخرىٰ مغايرة مع البيع، ويكون أوسع من حقيقة البيع، بل مع كلّ معاملة يفيد فائدتها، ولذا يقع على الحقوق، بل على إسقاط الحقوق أيضاً.

[في تعريف البيع]

قوله ﷺ: «وهو في الأصل، كما عن *المصباح*[2] ... إلى آخره»[3].

اعلم أنّهم ذكروا في تعريف البيع عبائر مختلفة كلّها تعاريف تقريبيّة، لا معرّفات حقيقيّة؛ لعدم اشتمال البيع على الجنس والفصل، كسائر الماهيّات المحدودة بالحدود، فقيل: إنّه مبادلة مال بمال، كما نقل عن بعض اللغويّين[4]، وقيل: إنّه

---

١. صرّح به المحقّق الطباطبائي في كتابه حاشية المكاسب، ج ١، ص ٦٠.
٢. المصباح المنير، ص ٦٩، «بيع».
٣. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٧، (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٤. كما في الفروق في اللغة، ص ١٦٩.

تمليك عينٍ بعوض[١]، ويشبه أن يكون الفرق بين التعريفين معنوياً لا لفظياً محضاً؛ إذ الظاهر من الأوّل هو كون البيع عباد عن تبديل مال بمال آخر، ومن التعريف الثاني هو كونه عبارة عن تبديل ملكيّة عينٍ بملكيّة عينٍ أُخرى، إذ معنى «التمليك» هو إعطاء الملكيّة، كما لا يخفى.

ولا يخفى أنّ الاعتبار في باب البيع يساعد الأوّل، لا الأخير؛ إذ الظاهر كونه عبارة عن تبديل المال بالمال، لا تبديل الملكيّة بالملكيّة.

وتوضيحه يتوقّف أوّلاً على بيان حقيقة الملكيّة، فنقول: إنّ الملكيّة في باب الأموال عبارة عن مرتبة من مقولة الجدة، فإنّ لها مراتب:

الأُولى: مرتبة وجدان الشيء حقيقة، بحيث يكون الشيء له حقيقة، وهذا يختصّ بملك الله سبحانه لمخلوقاته ﴿ولله ملك السموات والارض﴾[٢]، ولا يمكن إدراك كنه هذا المعنى إلّا بنحو التقريب، وأشبه شيء به ممّا يمكننا اكتناهه هو وجدان النفس الناطقة للصور المرتسمة في صقعها، حيث إنّ النفس واجدة لها بالوجدان الحقيقي، إلّا أنّه لمكان كون وجود النفس غير قائم بذاتها؛ لكونها قائمة بمبدعها وبارئها، فلا نفسيّة لوجودها، تكون وجدان الصور المرتسمة لها أيضاً كذلك، ولذا صار التمثيل تقريبيّاً.

الثانية: مرتبة وجدان الشيء حسّاً، وذلك كالتقمّص والتعمّم، أعني الهيئة الحاصلة من إحاطة القميص والعمامة على الإنسان مثلاً، ومن الواضح أنّ تلك الهيئة لا تحصل إلّا من الإحاطة الخاصّة، فلا تحصل إذا كان القميص مثلاً في جانبٍ والإنسان في جانبٍ آخر

---

١. قال به بحر العلوم في بلغة الفقيه، ج ١، ص ٦١.

٢. آل عمران (٣): ١٨٩.

الثالثة: مرتبة وجدان الشيء اعتباراً، وهي عبارة عن اعتبار وجدان الشيء واعتبار كون الشيء لشيء آخر، وهي الملكيّة المبحوث عنها، وحقيقتها هي علقة خاصّة وإضافة مخصوصة بين المالك والمملوك كخيط متّصل بينهما، وهي موضوعة للأحكام الشرعيّة والعرفيّة، وهذا الخيط أمرٌ اعتباري غير حسّي، موجود في عالم الاعتبار، لا الاعتباري بمعنىٰ أنياب الأغوال، بل له واقعيّة في نفس الأمر.

وحيث إنّ تلك الإضافة الخاصّة هي بعينها عبارة عن وجدان شيء يُعبّر عنه بالمالك لشيء يعبّر عنه بالمملوك، قلنا: إنّها من مقولة الجدة، لكنّها جدة اعتباريّة لا وجود لها في الأعيان، وحيث إنّ حقيقتها إضافة خاصّة بين المالك والمملوك صحّ أن يقال باندراجها في مقولة الإضافة، كما عليه المحقّقون، ولكلٍّ وجه، إلّا أنّ بناء الأُستاذ على الأوّل.

إذا ظهر ذلك فنقول: من أحوج شيء تمسّ إليه الحاجة هو تبديل الأموال، حيث إنّه يمكن أن يكون الجائع عنده الماء ولا يكون لديه الخبز، والعطشان يكون واجداً للخبز، ولا يكون عنده الماء، بحيث لو لم ينتقل ما للأوّل إلى الثاني وبالعكس لهلكا معاً، فالضرورة تقتضي انتقال المالين عن محلّهما، والحكمة الإلهية اقتضت جعل الدراهم والدنانير أثماناً ميزاناً لهذه الانتقالات، ولمزيد توضيحه موقع آخر.

ثمّ إنك عرفت أنّ هاهنا أُموراً ثلاثة: «مالك» و«مملوك» و«ملكيّة»، أغنى ذلك الخيط الموجود في عالم الاعتبار، وهذه الأُمور الثلاثة متحقّقة في ملك كلّ واحد من الخبز والماء في المثال المتقدّم، فحينئذ يمكن في المقام أن يكون التبديل بين المالكين، أو يكون بين الملكيّتين، أو يكون بين المملوكين.

والتبديل بين المالكين هو بإلقاء مالك الخبز مثلاً طرف الخيط الاعتباري

المتّصل بينه وبين الخبز عن عنقه، وجعله على عنق مالك الماء، وكذا عكسه في مالك الماء، فإنّه يلقيه عن عنقه ويجعله على عنق مالك الخبز.

هذا كلّه في عالم الاعتبار، وعلى هذا فالخيطان الاعتباريّان باقيان بنفسهما ويطرفهما المشدود المرتبط بالمالين. وإنّما التحويل والتبديل في الطرف المتّصل بالمالك، وهذا كما في باب الإرث، حيث إنّ الوارث يقوم مقام المورّث، ويتفرّع عليه أنّه لو كان المال متعلّقاً لحقّ آخر يكون بما هو كذلك موروثاً. والسرّ في ذلك هو عدم حدوث التغيير والتحويل في ناحية الملكيّة، بل إنّما التبديل في طرفها المتّصل بالمالك.

وأمّا التبديل بين الملكيّتين فهو بنقل الإضافة والخيط الذي بين مالك الخبز وخبزه مكان الخيط الذي بين الماء ومالكه مع بقاء المال ومالكه على حالهما، فلو فرض حسّية ذاك الخيط كان تبديله عبارة عن نقله عن مكانه الخارجي ووضعه في مكان الخيط الآخر بلا تغيير مكاني في طرفيه.

وأمّا التبديل بين المالين فهو برفع مالك الخبز طرف الخيط المتّصل بالمال، وحلّه عن الخبز وشدّه على الماء في عالم الاعتبار، وكذا عكسه في مالك الماء فإنّه يحلّ الطرف المشدود من ذلك الخيط الاعتباري عن الماء ويشدّه على الخبز مع بقاء الخيطين على ماهما عليه، وكذا طرفهما المتّصل بالمالك بلا تبديل في ذلك أصلاً.

ولا إشكال في أنّ اعتبار البيع بحسب العرف ليس تبديل المالكين وانتقال أحدهما مكان الآخر، كما كان في باب الإرث، وإنّما الكلام في أنّ الارتكاز العرفي هل هو مساعد مع الاعتبار الثاني، أعني تبديل نفس الاضافتين؟ أو أنّه يساعد مع الأخير، أعني تبديل المملوك بالمملوك؟ فتعريفه بأنّه مبادلة مالٍ بمالٍ يتناسب مع الأخير، وأنّه تمليك عينٍ بعوضٍ يناسب مع كونه تبديل الملكيّة بالملكيّة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ الدليل والاعتبار يساعد ان مع كون التبديل بين المالين، لابين الإضافتين، وذلك لأنّ دليل سلطنة الناس على أموالهم إنّما يقتضي ثبوتها على الأموال، لاعلى الملكيّة الاعتباريّة التي بينها وبين أربابها، فتبديل الملكيّة بالملكيّة يحتاج إلى ثبوت سلطنةٍ على الملكيّة؛ لأنّ الملكيّة بنفسها عبارة عن السلطنة على المال، ولا معنى للسلطنة على السلطنة، ولو فرض تصوّر معنى لذلك فلا دليل على ثبوتها، ولعلّه لذلك يقال بعدم زوال الملكيّة عن المال بالأعراض، حيث لادليل على ثبوت السللطنة للمالك على إزالة الملكيّة عن ملكه.

هذا بحسب الدليل، وأمّا بحسب الاعتبار، فللوجدان الحاكم بأنّ فعل االبائع والمشتري ليس إلّا نقل الأموال، لانقل الملكيّة القائمة بها، فالبائع يعطي المثمن، لا أنّه يعطي واجديّته له، والمشتري أيضاً يعطي الثمن لا واجداتيّته له، وهكذا في جميع العقود، سواء كانت معاوضيّة أو بلا عوض.

فإن قلت: هذا لايتمّ في مثل الهبة؛ فإنّها تمليك مجّاني، ومعناه هو إعطاء الملكيّة، فالمنشأ في الهبة هو الملكيّة بلا عوض.

قلت: لافرق فيما ذكرناه بين الهبة وغيرها، ففي الهبة أيضاً يكون نقل المال إلّا أنّه بلا عوض، ولازم انتقال المال عن الواهب إلى المتّهب بنقل الواهب في عالم الاعتبار هو انعدام ذلك الخيط الاعتباري والإضافة التي كانت بين الواهب وبين المال، وحدوث إضافة أُخرىٰ بين المتّهب وبين المال الموهوب، لا أنّ فعل الواهب ابتداءً هو إعطاء خيطه الاعتباري وإضافته إلى المتّهب.

فالمتحصّل من هذا الأمر هو أنّ حقيقة البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال، بمعنىٰ تبديل أحد طرفي الإضافة بطرف إضافة أُخرىٰ، لانفس تبديل إضافة بإضافة أُخرى.

[فيما يعتبر في المبيع]

قوله ﷺ: «والظاهر اختصاص المعوّض بالعين ... إلى آخره»[١].

اعلم أنّه يعتبر في العوضين أُمور تكون من مقوّمات البيع مفهوماً بحيث لا يصدق البيع عرفاً إلّا بها، أمّا في المعوّض، فيعتبر أن يكون عيناً في مقابل المنفعة والحقّ، وذلك لعدم صدق البيع عرفاً على نقل غير العين، ولا أقلّ من الشكّ الموجب لعدم صحّة التمسّك بالإطلاق من جهة الشكّ في الموضوع، ولا ينافي ما ذكرناه من إطلاق البيع على نقل منفعة العبد في بعض الأخبار[٢]؛ وذلك لعدم دلالته على كونه كذلك عرفاً؛ لإمكان كونه بالعناية.

ثمّ إنّه لافرق في العين بين أن يكون كلّيّاً أو شخصيّاً، وعلى تقدير الكلّيّة أيضاً لافرق بين كونه كلّيّاً في المعيّن أو كونه في الذمّة، وعلى تقدير كونه في الذمّة أيضاً لافرق بين كون اعتباره سابقاً على هذا العقد، كبيع الدين ممّن عليه، وبين أن يكون اعتباره بنفس ذاك العقد، كما في السلف.

لكنّه ربما يستشكل في الكلّي في الذمّة تارةً من جهة إنتفاء الماليّة، وأُخرىٰ من جهة عدم الملكيّة، وتقريب الأوّل هو أنّ البيع كما عرفت مبادلة مالٍ بمال، والكلّي في الذمّة لا يكون مالاً؛ إذ لا يقال لمن ليس له حنطة في الخارج أصلاً: إنّه ذو مال بالنسبة إلى ألف مَنٍّ منها، مع أنّ له أن يبيعه قطعاً.

ولا يخفى أنّ هذا الإشكال على هذا التقريب يختصّ ببيع الكلّي في الذمّة، ولا يجري في بيع الدين الذي له اعتبار في الذمّة سابقاً على البيع؛ لصدق المال

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ١١٩-١٢٠، الباب ٣ من أبواب التدبير.

على الدين في ذمّة الغير، سيّما إذا كان ممّا يسهّل استيفاؤه فيصحّ فيه تبديل المال بالمِثال.

والجواب عنه في بيع الكلّي في الذمّة أنّ المراد من المال هو ما كان كذلك في حدّ نفسه، ولا إشكال في أنّ ألف مَنٍّ من الحنطة مال عرفاً، إلّا أنّه لم يكن له اعتبار الوجود قبل البيع، لا أنّه ليس بمال قبل اعتبار وجوده، وأنه كمنٍّ من التراب مثلاً لامالية له عند العرف، والمعتبر في البيع ليس إلّا ماليّة العوضين، بحيث كانت المبادلة بين الماليين، وأمّا كون الطرفين ممّا لهما اعتبار الوجود قبل البيع فليس بمعتبر، ولا دليل على اعتباره أصلاً.

وتقريب الثاني أنّ الكلّي قبل البيع لا يكون مملوكاً؛ إذ لا يملك الإنسان في ذمّته شيئاً، مع أنّ المعتبر في البيع مملوكيّة العوضين لكلّ من انتقل عنه على ما هو مفاد: «لابيع إلّا في ملكٍ»[1].

وهذا الإشكال أيضاً كما ترىٰ مختصّ ببيع الكلّي في الذمّة، ضرورة اعتبار ملكيّة الدين في ذمّة الغير السابق على وقوع البيع عليه.

والجواب عنه أنّ الملكيّة المعتبرة في البيع عبارة عن السلطنة على البيع، ولذا يصحّ بيع الوليّ لما له الولاية على بيعه، مع أنّه ليس ملكاً له، والمراد بالملك في قوله: «لابيع إلّا في ملكٍ» هو السلطنة على البيع، واستعمال الملك بمعنى السلطنة شايع عرفاً، قال الله تعالى: ﴿قالوا ما اخلفنا موعدك بملكنا﴾[2] وقوله عزّ من قائل ﴿ربّ إنّي لا أملك إلّا نفسي وأخي﴾[3] ونظائرهما كثيرة، ولا شبهة أنّ الإنسان مسلّط على اعتبار شيء في ذمّته، وهذه السلطنة هي المصحّحة للبيع.

---

١. عوالي اللآلي، ج ٢، ص ٢٤، باب المتاجر، ح ١٦.

٢. طه (٢٠): ٨٧.

٣. المائدة (٥): ٢٥.

فإن قلت: بناءً على ما تقدّم من أنّ حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة مع بقاء أصل الإضافة على ماهي عليه، لابدّ قبل البيع من اعتبار الكلّي مملوكاً في ذمّة البائع؛ لكي يجعله البايع بالبيع طرفاً لإضافة المشتري، ويجعل الثمن طرفا لتلك الإضافة القائمة بالكلّي حتّىٰ يتحقّق التبديل في الطرفين، وهذا المعنى منافٍ مع اعتبار الكلّي في الذمّة بالبيع، لا قبله.

قلت: ليس المعتبر في البيع إلّا كون المبيع منتقلاً عن البايع إلى المشتري، وهو حاصل بالبيع، ولايكون لاعتبار الأزيد منه دليل حتّىٰ يكون الإلتزام به موجباً للإشكال، هذا ما يعتبر في المعوّض.

[فيما يعتبر في العوض]

قوله ﷺ: «وأمّا العوض ...»[1].

لا إشكال في صحّة كون العوض منفعة، سواء كانت من منافع الأعيان الصامتة، كمنفعة الدار والدابّة، أو الناطقة، كعمل العبد مطلقاً، أو عمل الحرّ إذا وقع عليه المعاوضة وصار مملوكاً بعقدٍ سابق على هذا البيع، كما إذا تملّك منفعة الحرّ بعقدٍ الإجارة فجعلها ثمناً للمبيع؛ وأمّا إذا لم يقع عليه المعاوضة ففي صحّة وقوعه ثمناً يجري الإشكال الجاري في بيع الكلّي في الذمّة مع جوابه، وذلك لعدم اعتباره قبل وقوع المعاوضة ملكاً للعامل، ولذا لا يعدّ من أمواله ولا يصير به ذا مال، بخلاف ما إذا تملّكه سابقاً بعقد الإجارة.

ويترتّب على هذا فروع كثيرة:

منها: عدم ضمان حابس الحرّ لمنفعته التي تفوت منه بالحبس حال

---

١. **كتاب المكاسب**، ج ٣، ص ٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

حبسه، مع عدم وقوع المعاوضة عليها قبل الحبس، وضمانه مع وقوع المعاوضة عليها، وذلك لتفويته مال المستأجر حينئذ، فيتخيّر المستأجر بين إبقاء العقد والرجوع بعوض المنفعة إلى الحابس، وبين فسخ العقد والرجوع إلى الأجير ثمّ رجوع الأجير إلى الحابس، كما أنّه يثبت خيار الفسخ للمستأجر فيما لو كان تعذّر العمل المستأجر عليه من غير ناحية الحابس، وذلك لقاعدة التلف قبل القبض، على ما سيأتي.

ومنها: حصول الاستطاعة بعد وقوع المعاوضة إذا كان عوض المنفعة بقدر ما يعتبر في الاستطاعة وعدم حصولها قبله، وهكذا غير ما ذكر من الفروع.

وبالجملة الفرق بين عمل الحرّ وعمل العبد واضحٌ، فإنّ عمل العبد مملوك مطلقاً بخلاف عمل الحرّ حيث إنّه لا يصير مملوكاً إلّا بوقوع المعاوضة عليه.

والعجب أنّ المصنّف ﷺ مع عدم تعرّضه للإشكال في بيع الكلّي ذكر عمل الحرّ وأشكل فيه[1]، مع أنّه مشترك معه في الإشكال والجواب معاً، ومقتضى تسالمه في صحّة بيع الكلّي هو الالتزام بصحّة كون عمل الحرّ ثمناً قبل تعيّنه بعقد المعاوضة عليه.

فإن قلت: الأمر في عمل الحرّ أصعب من الكلّي في الذمّة، وذلك من جهة ورود الإشكال فيه من ناحية انتفاء الماليّة فيه دون الكلّي، حيث تقدّم أنّ منّاً من الحنطة مثلاً مالٌ في مقابل مَنٍّ من التراب وإن لم يكن مضافاً إلى البائع وثابتاً في ذمّته، وهذا بخلاف عمل الحرّ؛ لعدم اعتبار الماليّة له قبل العقد أصلاً، فيكون حاله قبل وقوع المعاوضة عليه كمنٍّ من التراب الذي لا ماليّة له، ولذا لا يضمنه الحابس، ولا يصير موجباً للاستطاعة، ولا للحجر عليه في المفلس.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم) فيه: وأمّا عمل الحرّ... وإلّا ففيه إشكالٌ.

قلت: بعد قيام الضرورة على صحّة بيع الكلّي وإجارة عمل الحرّ لابدّ من اعتبار البيع والإجارة على وجه ينطبق عليهما.

فنقول: القدر الجامع بين بيع العين بالعين، وبيع الكلّي بالكلّي، وبيع الكلّي بعمل الحرّ أن يقال: إنّه لا يعتبر في البيع إلّا انتقال شيء عن شخص إلى آخر وانتقال شيء عن الآخر إليه، وهذا يتحقّق في جميع هذه الصور، وليس في اعتبار الزائد عليه دليل، ولا ملزم للقول به، وعدم مساعدة تعريف *المصباح* بأنّه «مبادلة مالٍ بمالٍ»[1] غير مضرّ بعد لزوم أخذه بمعنىً ينطبق على بيع الكلّي، وذلك بعد فرض صحّته بداهة، وأمّا عدم اعتبار الماليّة في عمل الحرّ فمدفوعٌ، وما استدلّ به على عدم اعتبارها فيه من عدم الضمان ونحوه ممّا ذكر غير دالٍّ عليه.

أمّا عدم الضمان، فلإمكان أن يكون منشؤه عدم صدق الاستيلاء على الحرّ دون العبد، والاستيلاء على المنافع إنّما هو بتبع الاستيلاء على الأعيان.

وأمّا عدم حصول الاستطاعة بواسطة عمل الحرّ قبل وقوع الإجارة عليه، فهو مشترك بينه وبين منافع الأموال، حيث لا يحسب منفعة السنين المتمادية من الدار والبستان مالاً فعليّاً موجباً للاستطاعة، ولو كان يحصل بها الاستطاعة على تقدير الإجارة، فمن كان مالك دار تستأجر كلّ سنة بمأة لا يصير مستطيعاً باعتبار كونه مالكاً لمنافعها عشر سنين مثلاً، وإن كان آجرها عشر سنين بألف يصير مستطيعاً، وبهذا يظهر الجواب عن مسألة الحجر على المفلس أيضاً.

وبالجملة فالأقوى صحّة جعل عمل الحرّ عوضاً في البيع مطلقاً من غير إشكال.

---

١. المصباح المنير، ص ٦٩، «بيع».

[حكم جعل الحقّ عوضاً في البيع]

قوله ﷺ: «وأمّا الحقوق الأُخر... إلى آخره»[١].

لا يخفى أنّ كلمة «الأُخر» لا يناسب ذكرها في المقام، لعدم ذكر حقّ قبل هذا الكلام، ولعلّه لذا لم تضبط في بعض النسخ، ويمكن أن يكون قد أراد الحقّ من عمل الحرّ وكان الإتيان بكلمة «الأُخر» في مقابل عمل الحرّ.

وكيف كان فالكلام يقع تارةً في تعيين الحقّ وتمييزه عن الحكم، وأُخرىٰ في جواز وقوعه ثمناً.

أمّا الأوّل: فالكلام فيه أيضاً تارةً بيان حقيقة الحقّ ثبوتاً، وأُخرىٰ في بيان المائز بينه وبين الحكم في مرحلة الإثبات.

أمّا المقام الأوّل: فـ«الحقّ» هو السلطنة على الشيء، ومرتبة ضعيفة من الملكيّة قائمة بمن له الحقّ ومن عليه، وقد كان بعض الأساطين يعبّر عنه بـ«ملكيّت نا رسيده».

وأمّا المقام الثاني: فالأقوى هو ما نقل عن الشهيد ﷺ في المائز بينهما من كون الحقّ ما يسقط بالإسقاط دون الحكم، فأوّل درجة الحقّ هو ما يقبل السقوط بالإسقاط، فإن أُحرز قابليّته لذلك فهو، ومع الشكّ يكون المرجع أصالة عدم السقوط بالإسقاط، وهي وإن لم يثبت بها الحكم إلّا أنّ أثره يترتّب عليه، بمعنىٰ أنّه يعامل معه معاملة الحكم، فتحصّل أنّ حقيقة الحقّ هي السلطنة على الشيء وكون زمامه بيده، بحيث يكون له القدرة على الإعمال والإسقاط، كما قالوا: إنّ الخيار هو ملك فسخ العقد وإبقائه.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم) فيه: «أمّا الحقوق» بحذف «الأُخر».

وأمّا الثاني: أعني الكلام في جواز وقوعه ثمناً، فنقول: لا يخلوا الحقّ إمّا أن يكون قابلاً للإسقاط فقط دون النقل، وإمّا أن يكون قابلاً للنقل أيضاً، إمّا إلى معيّن أو مطلقاً، فهذه ثلاثة أقسام، وكلّ منها إمّا مجّاناً فقط أو مطلقاً ولو مع العوض، فما يختصّ بقابليّة الإسقاط مجّاناً كحدّ القذف، حيث لا يصحّ أخذ العوض في إسقاطه، كما أنّه لا يقبل النقل، وما يصحّ إسقاطه بعوض كحقّ القسم؛ حيث إنّه قابل للإسقاط عن الزوج بعوضٍ، وما يقبل النقل إلى معيّن بعوض أو مجّاناً، كحقّ القسم أيضاً، حيث إنّه يصحّ نقله إلى الضرّة بناءً على جواز المعاملة عليه، وما يصحّ نقله إلى الغير مطلقاً، كحقّ التحجير ونحوه، حيث إنّه قابل للنقل إلى كلّ أحدٍ ولو مع العوض.

وحكم هذه الأقسام هو عدم قابليّة شيء منها لأن يقع ثمناً، وذلك لوجهين: أحدهما مشترك في الجميع. والآخر جارٍ في بعضها دون الآخر، أمّا البرهان المشترك فتقريره أنّه لو جاز المبادلة بين الملك والحقّ، - بجعل الأوّل مبيعاً والآخر ثمناً - للزم انقلاب الملك حقّاً والحقّ ملكاً، والتالي باطل.

بيان الملازمة: أنّ البيع -كما عرفت- عبارة عن تبديل طرفي الإضافة، وخروج كلّ من العوضين عن طرفيّته للإضافة إلى مَن هُو له، وصيرورته طرفاً لإضافة الآخر ويعتبر فيه أُمور ثلاثة:

أحدها: كون كلّ من العوضين طرفا للإضافة ولو في رتبة البيع، لاقبلها، كما في بيع الكلّي.

ثانيها: كون خروج كلّ منها عن ملك أحدهما إلى الآخر في قبال خروج بدله عن ملك صاحبه إليه، وذلك في قبال ما ليس فيه عنوان المعاوضة كالهبة ونحوها.

وثالثها: أن يدخل كلّ واحدٍ من العوضين في ملك مَنْ خرج منه العوض الآخر، لا إلى الأجنبي، وذلك في قبال خروج المعوّض عن ملك زيد ودخول الثمن في ملك

شخصٍ آخر كما في بيع الغاصب لنفسه إذا أجازه المالك، فإنّه خارج عن حقيقة البيع العرفي.

إذا عرفت هذا فنقول: لو باع الملك بالحقّ كان الخارج عن تحت علقة البايع هو الملك والداخل تحت علقته هو الحقّ، وقد تقدّم أنّ البيع هو المبادلة بين طرفي العلقة، لا بين نفس العلقتين، فالعلقة التي بين البايع ولا مبيع هي العلقة الخاصّة التي يعبّر عنها بالملكيّة، والتي بين المشتري والعوض هي التي يعبّر عنها بالحقّ، وطرف علقة البايع كان ملكاً؛ لكونه طرفاً للملكيّة، وطرف علقة المشتري كان حقّاً، وتبديل الطرفين مع بقاء العلقتين يقتضي أن يصير الملك الذي كان طرفاً لإضافة الملكيّة التي كانت بينه وبين البايع طرفاً للسلطنة الفعليّة التي كانت بين المشتري وبين ما قام به الحقّ، مثل الأرض المحجّرة، والحقّ الذي كان طرفاً للإضافة الخاصّة التي بين المشتري وبينه طرفاً للملكيّة التي هي بين البايع والملك، فيلزم انقلاب الملك حقّاً والحقّ ملكاً، أي صيرورة ما كان طرفاً للملكيّة طرفاً للحقّ، وما كان طرفاً للحقّ طرفاً للملكيّة، وهذا خارج عن حقيقة البيع.

وأمّا البرهان المختصّ ببعض الأقسام، فتوضيحه أنّ مالا يقبل إلّا للإسقاط مجّاناً فعدم وقوعه ثمناً للمبيع ظاهر؛ حيث إنّه لا يصحّ وقوع المعاوضة عليه حسب الفرض، وأمّا ما يقبل الإسقاط بعوض فلأنّ المجعول عوضاً للمثمن لا يخلوا إمّا أن يكون نفس إسقاط الحقّ بلا انتقاله إلى من عليه الحقّ؛ أو يكون الثمن انتقاله إليه فيترتّب عليه الإسقاط، وشيء منهما لا يصلح لأن يكون عوض للمبيع.

أمّا الأوّل؛ فلأنّ الإسقاط لا يعقل أن ينتقل عن المشتري إلى البايع، بل هو إسقاط عمّا هو عليه فليس ممّا يدخل تحت البيع لأجل عدم انطباقه عليه بواسطة عدم صيرورة ماكان طرفاً، لإضافة المشتري طرفاً لإضافة البايع، كما لا يخفى.

وأمّا الثاني: فلأنّ انتقال حقّ المشتري -كحقّ الرهانة مثلاً- إلى البايع غير معقولٍ، كما لا يعقل انتقال هذا الحقّ إلى الراهن، وذلك لأنّ حقّ الرهانة عبارة عن سلطنة الدائن في استيفاء دينه عن العين المرهونة التي هي ملك للراهن، ولا يعقل سلطنة المديون الذي صاحب المال المرهون في استيفاء الدين عن عين ماله، فماهيّة هذا الحقّ متقوّمة بكونها قائمة بغير من عليه الحقّ، بحيث لا يعقل قيامه بمن عليه الحقّ، وكذا حقّ الخيار الثابت للمشترى، حيث أنّه سلطنة على فسخ العقد على البايع، ولا يعقل قيام السلطنة على البايع بنفسه، بحيث يكون مسلّطاً على نفسه في فسخ العقد، بمعنىٰ صيرورة حقّ المشتري له مع حفظ عدم الحقّ للبايع في الفسخ، وهكذا حقّ القسم الذي للزوجة على الزوج؛ فإنّ الزوج لا يعقل أن يصير ذا حقّ القسم على نفسه، وكذا سائر الحقوق التي لا يقبل الانتقال إلى غير مَنْ عليه الحقّ ولو كان قابلاً للإسقاط بعوضٍ.

فإن قلت: هذا منقوض ببيع الدين ممّن هو عليه، حيث إنّه لا يصحّ اعتباره ملكاً للمشتري ولو آناًمّا؛ إذ لا يعقل أن يصير الشخص مديوناً لنفسه، مع أنّه يصحّ البيع منه من غير إشكال، وليس مصحّح بيعه منه إلّا دخوله في ملك المشتري آناًمّا ثمّ تعقّبه بالإسقاط.

قلت: الفرق بين الحقّ والدَين واضح، حيث إنّ الدين لا يكون مقيّداً بكونه في ذمّة المديون، كيف؟! و إلّا لم يعقل أداؤه بتطبيقه على ما في الخارج؛ إذ الخارج لا يكون مصداق الكلّي المقيّد بما في الذمّة، والكلّي بهذا القيد يستحيل أن ينطبق على مافي الخارج أصلاً، بل الدين إنّما هو الكلّي الذي يستحقّه الدائن على المديون، ومن استحقاقه عليه يعتبر في ذمّته، لا أنّ الكلّي المقيّد بما في ذمّته يعتبر عليه، وعلى هذا فاعتبار ملكيّة المديون لمثله الذي لا يكون مقيّدا بما

في ذمّته بمكان من الإمكان، ويترتّب على اعتباره إبراء ذمّته عمّا يستحقّه الدائن، وهذا بخلاف الحقّ على مَنْ عليه الحقّ، كحقّ القسم مثلاً، فإنّ قوامه أن يكون عليه، ولا يعقل أن يكون له على نفسه حقّ القسم، أو حقّ استيفاء الدين في الرهن وأمثالهما.

نعم، لو كان الدين عبارة عن الكلّي المقيّد بذمّة المديون لكان اللازم عدم صحّة البيع منه؛ لاشتراكه حينئذ مع الحقّ في الإشكال؛ حيث إنّه لا يعقل أن يصير الإنسان مالكاً لما في ذمّته، كما لا يعقل أن يصير ذا سلطنة على نفسه، لكنّ الأمر في الدين لا يكون كذلك.

وبما ذكرنا ظهر ضعف ما أجاب به ﷺ في الكتاب[1]، حيث أنّ الظاهر منه تسليم كون الدين في ذمّة المديون، وأنّه مع ذلك يريد أن يفرّق بينه وبين الحقّ بكون الحقّ سلطنة فعليّة والدين ملك، والملك نسبة بين المالك و المملوك، فالحقّ لا يعقل قيامه بطرفيه بشخص واحدٍ دون الملك، حيث لا يحتاج إلى مَنْ يملك عليه.

وجه الفساد أنّ الدين لو كان مقيّداً بما في ذمّة المديون لَإحتاج قطعاً إلى من يملك عليه، ويلزم استحالة اتّحاد المالك والمملوك عليه، كما في الحقّ بعينه، إلّا أنّ الدين ليس كذلك، بل المديون مطالب بأداء المملوك الذي هو المنشأ لاعتبار العهدة عليه، لأنّ المملوك المقيّد بكونه في ذمّته مملوك للدائن.

ويمكن أن يكون قوله ﷺ: «فافهم»[2] إشارة إلى ما ذكرناه من الضعف وسوء التأدية. وكيف كان فالحقّ هو عدم صحّة جعل الحقّ عوضاً، كما بيّناه.

---

١. راجع كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

[تعاريف البيع]

قوله ﷺ: «ثمّ الظاهر أنّ لفظ البيع ليس له حقيقة ... إلى آخره»[١].

اعلم أنّ البيع في عرف الفقهاء قد عرّف بتعاريف لا يخلو شيئاً منها عن المسامحة:

منها: ما في *المبسوط* و*التذكرة*: وهو انتقال عينٍ من شخصٍ إلى غيره إلى آخره[٢]، والمسامحة فيه واضحة، حيث إنّ الانتقال ليس حقيقة البيع، بل هو أثرُه، فتعريفه به تعريف للشيء بأثره.

ومنها: تعريفه بالإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال.

وأورد عليه بأنّ الإيجاب والقبول من مقولة اللفظ والبيع من مقولة المعنى، مضافاً إلى أنّ الإيجاب والقبول آلة للإنشاء ولايكون البيع مسبّباً عنهما نحو تحقّق المسبّبات التوليديّة عن أسبابها.

هذا كلّه مع أنّ البيع ليس عبارة عن مجموع الإيجاب والقبول، بل هذا المركّب عند تحقّقه بكلا جزئيه يكون إيجابه بيعاً وقبوله شراءً على ما سيأتي توضيحه، وبالجملة فهذا التعريف ليس بشيء.

ومنها: ماعن *جامع المقاصد* من أنّه نقل العين بالصيغة المخصوصة[٣].

وأورد عليه المصنّف ﷺ بوجوه:

[الوجه] الأوّل: إنّ حقيقة البيع لو كان هو «النقل» للزم صحّة إيجابه بلفظ «نقلت».

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. المبسوط، ج ٢، ص ٧٦؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٥.
٣. جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٥.

ولا يخفى ما فيه، وذلك لعدم الملازمة بين تعريفه بـ«النقل» وبين تحقّقة في عالم الإيجاد والإنشاء بلفظ «نقلت»؛ فإنّ التعريف كما يصحّ أن يقع بالجنس القريب يصحّ أن يقع بالجنس البعيد، وإن كان ارتكابه مع إمكان التعريف بالجنس القريب لا يخلو عن مساهلة، لكنّ الإيجاد بالجنس البعيد غير معقول.

وتوضيحه: إنّ حقيقة البيع أمر إيجادي من البسائط الخارجيّة المتحقّقة في عالم الاعتبار، توجد بإيجاد المنشيء بآلة إنشائه وإيجاده، والبسائط الخارجيّة لمكان بساطتها لاجنس لها ولافصل، ولايكون لها أجزاء، لكنّها في مقام التعريف والتحديد يمكن أن يعرف في عالم المفهوم بما يكون جنساً قريباً، كما يمكن أن يعرف بما يكون جنساً بعيداً ويميّزها بما ينضمّ إلى الجنس من القيود نحو تحديد الإنسان بالجسم النامي الحسّاس الناطق.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ النقل لمّا كان أعمّ من النقل الخارجي وهو النقل من مكان إلى مكان آخر، ومن النقل الاعتباري، أي النقل الحاصل بالبيع الذي هو تبديل الشيء عن طرفيّة إضافة، وجعله طرف إضافة أُخرىٰ، وكان البيع هو النقل الاعتباري، صحّ تعريفه بالنقل الأعم، ولم يصحّ إيجاده بالنقل.

أمّا صحّة تعريفه به فلكونه تعريفاً بالأعمّ، وقد عرفت جوازه بعد ضمّ ما يوجب اختصاصه بالمعرّف، وأمّا عدم صحّة إيجاده به فلأنّ إيجاده بالنقل عبارة عن إنشاء مادّة «نقلت» التي هي النقل باستعمال تلك الهيئة في عالم الاعتبار، فاستعمال تلك الهيئة آلة لإيجاد تلك المادّة في عالم الاعتبار، **فهنا إيجادان و إنشاءآن:**

أحدهما: إيجاد الربط الخاصّ بين مفهوم النقل وبين الضمير الراجع إلى الفاعل في موطن الاستعمال، وهذا معنى حرفيّ قائم بالاستعمال.

وثانيهما: إيجاد مصداق النقل بذاك الاستعمال في موطن آخر ما عدىٰ

موطن الاستعمال، والمعنى الموجد بالإيجاد الثاني معنى مشترك بين النقل الخارجي والاعتباري، لكنّ البيع عبارة عن النقل الاعتباري الذي هو أحد مصداقَيه، فإيجاده بالنقل الأعمّ لا يمكن إلا بضمّ قيد آخر به، بحيث يكون إنشاء النقل بضميمة إنشاء هذا الأمر المنضمّ إليه كلاهما بيعاً، أعني النقل الخاصّ، وهو ينافي بساطة البيع الخارجي؛ لاستلزامه كونه متدرّجاً في الوجود، بأن يوجد جزء منه بجزء من آلة إنشائه وجزئه الآخر بجزء آخر.

فظهر أنّ صحّة تعريف مفهوم البيع بالنقل لا يستلزم صحّة إيجاد مصداقه به في مرحلة الإيجاد.

الوجه الثاني: أنّ البيع لو كان عبارة عن النقل بالصيغة بمعنىٰ كون ماهيته عبارة عن النقل بها، لكان إنشاؤها بالصيغة مستلزماً لإيجاد النقل بالصيغة، مع أنّ النقل بالصيغة لا يقع بالصيغة بل إنّما النقل يقع بها.

ولا يخفى ما فيه أيضاً فإنّ الغرض من هذا التعريف جعل النقل بمنزلة الجنس البعيد للتعريف، وكلمة «بالصيغة» بمنزلة الفصل له، فيكون المجموع منهما معرّفاً للبيع، فيقال: إنّ حقيقة البيع نقل واقع بالصيغة، لأنّ النقل بالصيغة واقع بها، وهذا كما يقال: إنّ الإنسان حيوان ناطق؛ إذ لا يصحّ أن يرد عليه بأنّه في معنى أنّ الحيوان الناطق ناطق، كما لا يخفى.

[الوجه] الثالث: أنّ هذا التعريف دوريّ؛ لأنّ الصيغة المخصوصة هي صيغة «بعت»، فيكون تعريف المادّة أعني «البيع» بما يشتقّ منه دوريّاً.

وهذا أيضاً مندفع بأنّ الصيغة المخصوصة لا تختصّ بكلمة «بعت»، بل هي إشارة إلى ما يقع آلةً لإنشاء البيع من الصيغ، فليس معرفة البيع متوقّفاً على معرفة صيغة «بعت» حتّىٰ يلزم الدور.

[الوجه] الرابع: أنّ المعاطاة عنده بيع مع خلوّها عن الصيغة.

والإنصاف أنّ هذا الإيراد وارد عليه، اللهمّ إلّا أن يراد بالصيغة ماهي آلة لإنشاء البيع بالمعنى الأعم من القول والفعل، أو يكون المراد من المعرّف خصوص غير المعاطاتي منه المتّفق على كونه بيعاً، فتأمّل.

وحقّ الإيراد عليه أنّ التعريف بالجنس البعيد مع إمكان تعريفه بالجنس القريب بعيدٌ، وأمّا الإيرادات السابقة فشيء منها لايرد عليه.

ومنها: ما ذكره المصنّف ﷺ من أنّه «إنشاء تمليك عينٍ بمالٍ»[1].

ولا يخفى أنّه يرد عليه الوجه الذي أورده على تعريف *جامع المقاصد* بعينه[2]، ضرورة استحالة إنشاء التمليك؛ إذ لا معنى لإنشاء الإنشاء، مضافاً إلى أنّه يصدق على الإيجاب وحده ولو لم يقترن بالقبول، مع أنّه ليس بيعاً قطعاً؛ لكون تحقّق البيع من البايع في ظرف تحقّق القبول من المشتري، على ما يأتي بيانه.

ثمّ إنّه قد أورد عليه بوجوه كثيرة لا محصّل لشيء منها إلّا سؤال [ما] الفرق حينئذ بينه وبين القرض؟ إذ كلّ منهما إنشاء تمليك عينٍ بمالٍ.

والجواب عنه هو كون العوض في البيع أمراً مخصوصاً وقع طرفاً للمبيع وكانت المبادلة بينه وبين الآخر، بخلاف القرض؛ حيث إنّ التمليك فيه ليس بإزاء العوض، بل هو تمليك بضمان مثله أو قيمته في ذمّة المقترض، فهو من هذه الجهة أشبه بباب الضمانات، وإن كان من حيث توقّفه على الإنشاء من باب العقود.

ولا يخفى أنّ الباعث له ﷺ في زيادة كلمة «الإنشاء» في التعريف[3] هو تعميم دائرة البيع بالنسبة إلى الصحيح والفاسد؛ لأنّ البيع الفاسد لا يكون تمليكاً،

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. تقدّم في ص ١١٧ و ما بعدها.

٣. فقال: البيع إنشاء تمليك عينٍ بمالٍ. راجع كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بل هو انشاء التمليك، فلو قيل بأنّ البيع هو التمليك، لخرج عنه البيع الفاسد.

ولكن فيه أوّلاً إنّ هذا المحذور ليس بلازم؛ لأنّ التمليك في نفسه أعمّ من الإنشائي وغيره، أعني به التمليك الصحيح والفاسد، لأنّ المنشئ للبيع إنّما يوجد البيع وينشئه على كلّ حالٍ، وأمّا وقوع المنشأ في الخارج لدى العرف والشرع فليس داخلاً في المنشأ حتّىٰ يلزم منه محذور.

وثانياً أنّه لا محذور فيه على تقدير لزومه، وذلك لإمكان الالتزام بخروج الفاسد عن حقيقة البيع واختصاصه بالصحيح، كما التزم به الشهيد﵀[1] على ما يأتي[2].

فأجود التعاريف هو هذا التعريف، لكن مع إسقاط كلمة «الإنشاء» وتبديل لفظ «التمليك» بالتبديل، فيقال: إنّ البيع تبديل عينٍ بمالٍ، أمّا وجه إسقاط كلمة «الإنشاء» فقد اتّضح ممّا تقدّم. وأمّا وجه اختيار «التبديل» على «التمليك» فلما عرفت من أنّ البيع يرد أوّلاً على مبادلة المال بالمال، وطرف الإضافة بطرف الإضافة، ويلزمه التمليك، فالمضمون الأوّلي من البيع هو التبديل لا التمليك، فيكون الأولىٰ تعريفه بما هو مضمونه الأوّلي، والله العالم.

[حقيقة البيع]

قوله﵀: «ويظهر من بعض من قارب عصرنا ... إلى آخره»[3].

المراد به فقيه عصره كاشف الغطاء﵀ في شرحه على *القواعد*[4]. وليعلم أوّلاً أنّ في كون البيع وغيره من ألفاظ عناوين المعاملات - كالصلح والإجارة والهبة ونحوها - أسامي للأسباب المحصّلة لما يتحصّل منها من المسبّبات؛ أو أنّها أسامي لنفس المسبّبات.

---

١. مسالك الأفهام، ج ١١، ص ٢٦٣.

٢. يأتي في ص ١٢٩-١٣٠.

٣. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٤. شرح القواعد، جعفر كاشف الغطاء، ص ١٣٧-١٣٩.

ثمّ على الأوّل فهل البيع مثلاً اسم لنفس الإيجاب الصادر عن البايع مطلقاً، سواء اقترن به القبول من المشتري أم لا؛ أو أنّه اسم للإيجاب المتعقّب بالقبول، بحيث لا يصدق عليه البيع إلّا بعد صدق التعقّب على نحو الشرط المتأخّر، أو أنّه اسم للإيجاب، لا مطلقاً ولامع وصف اتّصافه بالقبول، بل إذا تحقّق القبول، بمعنىٰ أنّ هذه الجملة المركّبة من الإيجاب والقبول بعد تحقّقها بجزئيها يكون جزئها الصادر عن البايع بيعاً وجزئها الصادر عن المشتري شراء، لأنّ فعل البايع - أعني الإيجاب - بيعٌ مطلقاً، أو مع اتّصافه بالتعقّب بالقبول، ولو قبل تحقّق القبول على نحو تحقّق النقل ببيع الفضولي من حين العقد بواسطة اتّصافه بالتعقّب بالإجازة - لو قلنا بتصحيحه بعنوان تعقّبه بالقبول -، وجوهٌ.

والحقّ -بناءً على كون ترتّب آثار تلك المعاملات عليها على نحو ترتّب المسبّبات على أسبابها، لاعلى نحوه ترتّب المعاني الإيجاديّة على آلة إيجادها و إنشائها- هو كون هذه الألفاظ أسامي للمسبّبات دون الأسباب، وعلى تقدير كونها أسامي للأسباب، فهي أسامي للإيجاب في ظرف حصول القبول على النحو الذي تقدّم من أنّه عند تحقّق الإيجاب من البايع والقبول من المشتري يكون إيجابه بيعاً وقبول ذلك شراء، لا أنّها أسامي للإيجاب مطلقاً، ولا للمجموع المركّب منه ومن القبول، ولا له بقيد التعقّب بالقبول، وذلك لتبادر ما ذكرناه منها عند الإطلاق، فإنّ المنسبق من قول القائل: باع فلان داره، هو فعل ما هو وظيفة البايع بما يترتّب عليه الأثر من النقل والانتقال، ومن المعلوم أنّه عبارة عن إنشاء البيع في ظرف تحقّق القبول من المشتري، لا مطلقاً، ولاهومقيّداً بالتعقّب بالقبول، ولا المجموع المركّب منهما.

وليعلم أنّ محلّ الكلام في دعوى الإنسباق المذكور إنّما هو فيما لم يكن قرينة دالّة على إرادة إحدى هذه المذكورات، وإلّا كان ما دلّت عليه القرينة هو المتعيّن،

ففي مثل شرط البيع ونذره الذي يكون المراد منه هو الإيجاب مطلقاً، خارجٌ عن محلّ البحث، فلا يصحّ الاستدلال على كونه عبارة عن الإيجاب المطلق بكونه عند الشرط والنذر عبارة عنه، وذلك لأنّ إرادته بذلك المعنى إنّما هي من جهة خصوصيّة الشرط والنذر.

وتوضيحه: أنّ البيع بغير معنى الإيجاب المطلق غير مقدور للبايع، أمّا بمعنى المسبّب فواضح؛ حيث إنّه يحصل بفعل البائع والمشتري، والأمر الحاصل بما هو خارج عن اختيار البايع -أعني قبول المشتري- خارج عن اختياره لا محالة. وأمّا بمعنى الإيجاب المتعقّب بالقبول أو الإيجاب في ظرف القبول، فهو أيضاً خارج عن قدرة البايع؛ لتوقّف تحقّقه على قبول المشتري الخارج عن قدرة البايع، فإذا تعلّق النذر بالبيع أو صار متعلّقاً للشرط، كما إذا باع بشرط أن يبيع المشتري من ثالث، فلا يخلو إمّا أن يعلم بكون البيع الذي تعلّق به النذر والشرط هو بمعنى الإيجاب فقط، أو يعلم أنّه بأحد المعاني الأُخر صار متعلّق النذر والشرط، أو يشكّ في ذلك.

فعلى الأوّل يصحّ النذر والشرط، ولازمه تحقّق الوفاء بإنشاء الإيجاب ولو لم يتحقّق القبول من المشتري، فلو كان الشرط هو البيع من زيدٍ صدق الوفاء بمجرّد إيجاب المشروط عليه ولو لم يقبل زيد، وبنفس هذا الإيجاب لا يصير المشروط له مسلّطاً على فسخ العقد الذي وقع في ضمنه الشرط.

وعلى الثاني، أعني ما إذا كان البيع بمعناه الغير المقدور شرطاً أو منذوراً فيبطل الشرط والنذر، وذلك لاعتبار القدرة على متعلّقهما في صحّتهما.

وعلى الثالث فيلحق بالأوّل في حكمه، وكيف كان فمن اعتبار القدرة في متعلّق الشرط والنذر، وظهور أنّ المشروط له والناذر إنّما تعلّق غرضهما بالصحيح منهما، يستكشف أنّ متعلّق الشرط والنذر هو المعنى المقدور من البيع، وليس هذا دليلاً

على كون البيع اسماً لخصوص هذا المعنى المقدور، ولذا تراهم مع الحكم بتحقّق الشرط بالإيجاب فقط، وحصول الوفاء بالنذر به، لا يقولون بحصوله بالإيجاب وحده ابتداءً، ولا يقولون بصدق البيع على فعل البايع فقط، وليس هذه التفرقة إلّا لما ذكرناه.

إذا تبيّن ذلك فاعلم أنّ غرض المصنّف ﷺ من نقل كلام كاشف الغطاء ﷺ هو دفع ما يُورَد على تعريف البيع من أنّه: لاشبهة في كونه فعل البايع والموجود بإيجاده، ولازم ذلك هو تحقّقه ولو مع عدم القبول، لكنّه لا يتحقّق إلّا معه، كيف؟! وإلّا لزم أن يكون إيقاعاً، لاعقداً، وحاصل ما أفيد في دفعه أُمور:

الأوّل: ما نقله المصنّف ﷺ عن ففيه عصره[1] من كون الإيجاب المتعقّب بالقبول هو البيع، لا مطلقاً، فإذا لم يتحقّق القبول يستكشف منه عدم تحقّق البيع أيضاً.

ويرد عليه: أنّ الشرط المتأخّر بهذا المعنى وإن كان ممكناً لكنّه في المقام مستلزم للالتزام بدخل التعقّب بالقبول في ماهيّة البيع، مع أنّ حقيقة البيع الصادر من البايع لا يكون منوطاً بالقبول.

الثاني: ماعنه أيضاً، وحاصله هوكون البيع عبارة عن مجموع الإيجاب والقبول[2].

وهذا أيضاً في الفساد كالأوّل. ضرورة أنّ قبول المشتري إنّما هو قبول البيع ومطاوعة له، ولا يعقل أن يصير جزءً من ماهيّة البيع.

الثالث: ما عنه أيضاً من أنّه عبارة عن الأثر الحاصل من فعل البايع والمشترى على ما يظهر من تعريف *المبسوط*[3].

وفيه أيضا أنّ الكلام في ما ينشؤه البايع ويوجده بإنشائه، والانتقال هو الاثر الحاصل من فعلها.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٣. كتاب المكاسب، ج ١٣، ص ١٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الرابع: ما أفاده المصنّف ﷺ بقوله: فالبيع وما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب، لا الكسر والانكسار[1].

وتوضيحه: أنّ الفرق بين الإيجاب والوجوب، وبين الكسر والانكسار هو بإمكان التفكيك بين الإيجاب والوجوب، وعدم تحقّق الوجوب بالإيجاب؛ لتوقّفه على أمر غير حاصل، كما في باب الوصيّة، حيث إنّ إنشاء الملكيّة يتحقّق حين الإنشاء، لكن المنشأ يتحقّق حين الموت، وكما في بيع الصرف والسَلَم ونحوهما ممّا يتوقّف تحقّق المنشأ بعد إنشائه على أمر آخر مثل القبض. وهذا بخلاف الكسر والانكسار، ضرورة استحالة التخلّف بينهما؛ لعدم إمكان تحقّق الكسر بدون الانكسار، فالبيع عبارة عمّا يصدر من البايع ولو لم يتعقّبه القبول، كما أنّ الإيجاب قد يتحقّق من السافل بالنسبة إلى العالي، لكنّه لا يتحقّق الوجوب وإن كان ما صدر عنه وجوباً عنده لكنّه ليس وجوباً واقعاً.

ولكن يرد عليه ﷺ أنّ محض الإيجاب من دون تعقّبه بالقبول ليس بيعاً، والذي يدلّ على ذلك هو أنّه لو أقرّ ببيع ماله ثمّ فسّره بإنشاء الإيجاب فقط وأنّه لم يصدر القبول من المشتري، لم يقبل منه، وكان تفسيره بذلك إنكاراً بعد الإقرار، ولو كان المفهوم من البيع هو نفس الايجاب الصادر عن البايع لما كان لعدم قبول قوله وجهٌ، ولا ينتقض بباب الشرط والنذر؛ لما تقدّم من أن تعلّق النذر والشرط به قرينةٌ على كون المراد من متعلّقهما هو نفس الإيجاب ولو لم يتعقّبه القبول من جهة عدم تعلّقهما إلّا بالمقدور، وإن تعقّبه بالقبول ليس مقدوراً للبايع.

الوجه الخامس: -وهو المختار- ما تقدّم سابقاً، وحاصله أنّ البيع عبارة عمّا يصدر من البايع، لكن لا مطلقاً ولا مشروطاً بالتعقّب بالقبول، بل في ظرف تحقّق

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

القبول، بمعنىٰ أنّه إذا تحقّق جملة الإيجاب والقبول من البايع والمشتري كان الصادر من البايع بيعاً، والصادر من المشتري شراء[1].

وتوضيحه: أنّ البيع الإسم المصدري -أعني المنشأ بآلة الإنشاء له إضافتان إحديهما إلى البايع والأُخرى إلى المشتري، فالبايع ينشؤه بما هو موجود بإيجاده وقائم به، أعني بإضافته القائمة به، والمشتري أيضاً يوجده بإضافته القائمة به لا بالبايع، وهو يتحقّق بمجموع الإيجادين والإنشائين، كالجسم الثقيل الذي يرتفع برفع الاثنين، بحيث يكون رفع كلّ منهما عند رفع الآخر، لا قبله مطلقاً، لا مقيّداً برفع الآخر. وعلى هذا فيرتفع أساس الإشكال من غير محذور في البين.

فإن قلت: فعلى هذا فالذي ينشؤه البايع لا يكون بيعاً، لكون البيع على هذا عبارة عن جزء الجملة الصادر أحد جزئيها من البايع والآخر من المشتري، فما لم تتحقّق الجملة لا يتّصف فعل البايع بكونه جزء من الجملة، وما لم يتّصف بالجزئية لا يكون بيعاً، مع أنّه لا إشكال في أنّ البايع ينشؤ البيع ويقصد إيجاده بآلة الإنشاء.

قلت: ما ينشؤه البايع إنّما هو قوّة البيع التي تصير بيعاً عند تحقّق الجملة بصدور القبول من المشتري، فهو إنّما يوجد بإنشائه ما يصير بيعا فعليّاً بعد تحقّق القبول، ولا يلزم منه محذور استعمال اللفظ في غير معناه؛ لأنّه يقصد بفعله واستعماله إيجاد مادّة البيع وقوّته التي تبلغ مرتبة الفعليّة بعد تحقّق الجملة، وهذا جارٍ في جميع التدريجيّات، فإنّ أجزاء الصلاة كالحمد والسورة إنّما تصير جزءً من الصلاة بعد تحقّق الجملة، ولمكان تدريجيّتها في الوجود يكون لكلّ واحد منها في موطن تحقّقه قوّة أن يصير جزءً من الصلاة فيوجده المصلّي بواسطة تلك الشأنيّة لكي يصير صلاة بعد تحقّق الجملة، فالموجود من المصلّي بالقصد والإرادة ليس هو الجزء الفعلي من الصلاة، بل إنّما هو يقصد إيجاد ما له إمكان الجزئيّة الذي ينتهي

---

١. تقدّم في ص ١٢٢.

إلى الفعليّة بعد تحقّق الجملة، وهذا المقدار كافٍ في صحّة إسناد إيجاد الجزء إليه، وهكذا في المقام يكون الصادر عن البايع هو الذي يصير جزءً من الجملة، ويصيرورته جزءً منها يكون بيعاً فعليّاً في مقابل ما إذا أنشأ البيع من دون أن يكون قابل في البين، فإنّه ليس بيعاً شأنيّاً أيضاً، بل هو هزل محض، كما إذا قرء الحمد من دون قصد الصلاة فإنّها لا تكون جزءً بالقوّة أيضاً.

والحاصل أنّ المنشأ بإنشاء البايع عبارة عن قوّة البيع التي تصير بيعاً فعليّاً عند تحقّق القبول، وهذا هو القابل للإيجاد بإنشائه وإيجاده.

وبتقرير آخر: إنّ الأفعال البسيطة الصادرة من الفاعلين على قسمين: أحدهما: ما يكون تمام زمامه وقوام إيجاده بيد شخص واحد، كباب الإيقاعات. والثاني: ما يتوقّف وجوده على فعل الطرفين، وما هو بيد اختيار أحدهما في هذا القسم إنّما هو إيجاده الإعدادي، كما أنّ ما بيد الآخر لا يتحقّق ما هو تمام المعنى، والبيع وغيره من العقود من هذا القبيل، فإنّه ليس معنى حاصلاً بالإيجاب فقط، بل إنّما يحصل بالإيجاب المتحقّق في ضمن المجموع المركّب من الإيجاب والقبول، بحيث إذا تحقّقت الجملة صار الجزء الصادر منها عن البايع بيعاً والصادر عن المشتري شراء، فلولا القبول لا يكون بيعاً فعليّاً، بل هو مادّة وجود البيع القابل لصيرورته بيعاً، وبهذا يدخل في باب العقود وليس من باب الايقاع.

فالبيع عبارة عن الإيجاب الحاصل في ضمن المركّب منه ومن القبول، لا عن الإيجاب فقط، ولا عن الإيجاب المتعقّب بالقبول، بحيث كان وصف التعقّب داخلاً في ماهيّته ومقوّماً لها، ولا للمجموع المركّب من الإيجاب والقبول، وإن شئت قلت: إنّ للقبول دخلاً في وجود البيع في الخارج، بحيث لا يحصل إلّا عند حصوله، لا أنّه دخيل في ماهيّته شرطاً أو شطراً.

فقد تحصّل أنّ حقيقة البيع عبارة عن: التمليك الصادر عن البايع في ظرف تملّك المشتري، فالصادر أوّلاً عن البايع هو التمليك، ويتملّك الثمن ضمناً، والصادر من المشتري أوّلاً هو تملّك المبيع، ويتضمّن ذلك تمليك الثمن، فالتمليك والتملّك كلاهما صادران عن البايع والمشترى كليهما، إلّا أنّهما يتفاوتان في الصراحة والضمنيّة على ما بيّناه.

وعلى هذا فالحقّ في تعريف البيع هو القول بأنّه: تمليك عينٍ بعوضٍ، أو تمليك مالٍ بعوضٍ، أو مع تبديل التمليك بالتبديل، فيقال: إنّه تبديل عينٍ بعوضٍ، على ما تقدّم بيانه.

قوله ﷺ: «وأمّا البيع بمعنى العقد، فقد صرّح الشهيد الثاني ﷺ بأنّ إطلاقه عليه مجاز... إلى آخره»[١].

لا يخفى أنّ المذكور في عبارة الشهيد الثاني ﷺ ليس اختيار مجازيّة إطلاق البيع على العقد، وليس القول بمجازيّته أيضاً صحيحاً في نفسه. ظ أمّا الأوّل: فلأنّ المستفاد منه هو الردّ على الشهيد الأوّل ﷺ فيما أفاده في مقام إرجاع تعريف البيع بأنّه: «أثر العقد» أعني الانتقال إلى تعريفه بأنّه: «نفس الإيجاب والقبول» من أنّ الصيغة المخصوصة سببٌ في الإنتقال، فأطلق اسم المسبّب أعني - الانتقال - وأُريد منه السبب، أعني «العقد»، فتعريف البيع بالانتقال تعريف له بالعقد، وذلك بعد إرادة العقد من الانتقال من باب إطلاق المسبّب على السبب[٢]، قال الشهيد الثاني ﷺ بعد نقله:

وفيه نظر، لأنّ الإطلاق المذكور مجازي يجب الاحتراز عنه في التعريفات الكاشفة للماهيّة ... إلى آخره[٣].

وهذه العبارة كما ترىٰ ظاهرة في أنّ إطلاق «الانتقال» على العقد مجاز، وهو

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. حاشية القواعد، ص ٢١٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٤).
٣. مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٤٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الذي صنعه الشهيد﵀، لا أنّ إطلاق البيع على العقد مجاز، فليس فيها تصريح بمجازيّة إطلاق البيع على العقد، بل لا يبعد دعوى ظهورها في كونه حقيقة فيه. وأمّا أنّه فاسد في نفسه بناءً على المختار من كون باب المنشأ بالصيغة بالنسبة إليها من باب الآلة وذيها، لامن باب الأسباب والمسبّبات على ما تقدّم، فواضحٌ، حيث إنّ الفرق بينهما حينئذ إعتباري، وهو الفرق بين المعنى المصدري والاسم المصدرى.

فمعنى البيع -أعني ذاك الأمر البسيط باعتبار إيجاده بتلك الصيغة وتحقّقه عن الفاعل بتلك الآلة- معنى مصدري. ونفس ذاك المعنى باعتباره في نفسه مع قطع النظر عن حيثيّة صدوره عن الفاعل معنى اسم مصدري، فلا تفاوت في نفس المعنى حتّىٰ يكون إطلاقه على العقد مجازاً بعلاقة السببيّة والمسببيّة.

وأمّا بناء على المعروف، من كون نسبته إلى العقد نسبة المسبّب إلى السبب، فكذلك أيضاً؛ لأنّ المسبّب والسبب شيء واحد يتفاوت باعتبار العنوان الأوّلي والثانوي، كالإلقاء والإحراق، حيث إنّ الفعل الواحد بعنوانه الأوّلي إلقاء وبعنوانه الثانوي إحراق، وليس إطلاق الإحراق عليه بما هو إلقاء من المجاز في الكلمة، فلا يكون إطلاق البيع بمعنىٰ أثر العقد على نفس العقد إلّا كإطلاق الإحراق على الإلقاء، فلا مجازيّة في البين أصلاً، فتأمّل.

قوله - قدّس سرّه -: «ثمّ إنّ الشهيد الثاني﵀ نصّ في كتاب اليمين[1] ... إلى آخره»[2].

لا يخفى أنّ القول بكون ألفاظ العقود حقيقة في الصحيح ومجازاً في الفاسد، إنّما يتصوّر على تقدير تصوير الصحيح الشرعي والفاسد الشرعي فيها نحو العبادات،

١. مسالك الأفهام، ج ٩، ص ١١٢ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ٩).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وهو غير صحيح، أمّا بناءً على كونها ألفاظاً للمسبّبات؛ فلدوران الأمر في تلك المسبّبات بين الوجود والعدم، لابين الصحيح والفاسد.

وتصوير الصحّة والفساد فيها -بما ذكره المصنّف ﷺ بقوله: «نعم يمكن أن يقال: إنّ البيع وشبهه في العرف... إلى آخره»[1] الذي حاصله دعوى كون البيع صحيحاً عند قوم وفاسداً عند آخرين، فيكون الشيء الواحد صحيحاً وفاسداً باعتبارين- ضعيفٌ.

وذلك لأنّ معنى البيع حقيقة واحدة لا تختلف باختلاف الأنظار، ولا تفاوت فيه بحسب تفاوت الأشخاص، بحيث يكون له معناً عرفي ومعناً آخر شرعي، بل العرف والشرع وجميع الملل يطلقونه على معنى واحد، وهو ما قدّمناه من تمليك العين بالعوض، وإنّما الاختلاف بينهم راجع إلى المصداق، فالبيع بالفارسي مثلاً على تقدير اعتبار العربيّة عند الشارع ليس مصداقاً للبيع عنده، بمعنىٰ أنّه ليس مصداقاً لتلك الحقيقة التي تكون معنى البيع عند الكلّ بحسب نظر الشارع.

وأمّا بناءً على كونها ألفاظاً للأسباب؛ فلأنّها حينئذ أسامي للأسباب بما يترتّب عليها المسبّبات. ومن المعلوم أنّ هذا البيع أيضاً غير متّصف بالصحّة والفساد، وليس للشارع اختراع بالنسبة إليه حتّىٰ يكون مجال للنزاع المعروف بين القوم في أنّها موضوعة للصحيح أو الأعمّ.

وعلى هذا فما أفاده الشهيدان - قدّس سرّهما - من كون ألفاظ العقود كالبيع ونحوه حقيقة في الصحيح ومجازاً في الفاسد[2]، مشكلٌ.

ويمكن توجيهه بأنّ حقيقة البيع لمّا كانت من الأُمور الاعتباريّة، والأمر الاعتباري متقوّم في حقيقته بالاعتبار، وليس الاعتبار نافذاً من كلّ أحد، بل إنّما يتوقّف على كونه ممّن بيده ذلك، والفرد الأجلى ممّن ينفذ اعتباره هو الشارع، فيكون تحقّق البيع

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. راجع ص ١٢٨.

منوطاً باعتباره بحيث لاتحقّق لما لا يعتبره الشارع، فكان اعتباره بتلك العناية داخلاً في قوامه، ويكون متقوّماً به، وعلى هذا فيتصوّر الصحيح والفاسد، فالصحيح هو ما اعتبره الشارع وصار متعلّقاً لإمضائه، والفاسد ما لم يكن كذلك.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلامهما قدّس الله سرّهما.

ولا يخفى أنّه أيضاً لا يرجع إلى محصّل؛ لرجوعه إلى أنّ ما لم يعتبره الشارع لا يكون مصداقاً للبيع، لا إلى أنّ الإمضاء داخل في ماهيّة البيع مفهوماً، بحيث يصير مفهوم البيع هو البيع الممضى لكي يكون إطلاقه على غيره مجازاً.

هذا كلّه بناءً على أن يكون باب البيع من قبيل الأسباب والمسبّبات، وأمّا بناءً على المختار من كون التفاوت بينهما بالمعنى المصدري والاسم المصدرى، فعدمُ صحّة تصوير الصحيح والفاسد أوضح، حيث إنّه لا يكون في البين إلّا معنى واحد يوجّه بآلة إيجاده، أعني الصيغة المخصوصة، فيدور أمره بين الوجود والعدم، لابين الصحيح والفاسد على تقدير الوجود، كما لا يخفى.

فتحصّل أنّ التحقيق عدم جريان النزاع بين الصحيح والأعم في ألفاظ المعاملات، وأنّ ألفاظها موضوعة لمعانيها الوحدانيّة البسيطة المعلومة عند الجميع، بلا اختلافٍ فيها عند الكلّ، وهي المعاني الموجودة بإيجاد فاعلها بآلة استعمال الصيغ المخصوصة على ما بيّناه.

قوله ﷺ: «كالتبادر وصحّة السلب... إلى آخره»[1].

لا يخفى أنّ الموجود في كثير من نسخ *المسالك* هكذا: كالتبادر وعدم صحّة السلب[2]. وقد أُورد عليه -بناءً على هذه النسخة- في *القوانين* بأنّ عدم صحّة

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢ مسالك الأفهام، ج ٩، ص ١١٣، (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ٥). فيه: وعدم صحة السلب و غير ذلك.

السلب عن الصحيح لا يثبت المجازيّة في الفاسد، قال ﷺ: «لأنّا لانتكركونه حقيقة في الصحيح إنّما الكلام في الاختصاص وهو لا يثبته»[1]. والظاهر أنّ المصنّف -قدّس سرّه- اطّلع على نسخةٍ ذكرفيها «صحّة السلب» بحذف كلمة «عدم» وهو الصحيح، وعليه فلا يبقى مورد لاعتراض *القوانين*.

قوله ﷺ: «ومن ثمّ حمل الإقراربه عليه حتّىٰ لوادّعى إرادة الفاسد لم يسمع منه إجماعاً... إلى آخره»[2].

عدم سماع إرادة الفاسد بعد الإقراربالبيع لا يدلّ على كونه حقيقةً في الصحيح؛ وذلك لإمكان كونه لأجل الانصراف إلى الصحيح عند الإطلاق، وكذلك حمله على الصحيح في مقام الحلف على ترك البيع، حيث إنّ المنصرف منه هو البيع الصحيح، وهكذا الكلام في كلّ ما يجعل موضوعاً لحكم شرعي غيرالإمضاء والنفوذ فإنّه منصرف إلى الصحيح، وهذا بخلاف المأخوذ في دليل الإمضاء؛ إذ لا انصراف فيه إلى الصحيح؛ لأنّ الصحّة تثبت من محمول هذا الدليل - أعني الإمضاء - فلا يعقل أن يكون مأخوذاً في موضوعه، كما في مثل زيد موجود، حيث إنّ الموضوع فيه هو الماهيّة المعرّاة عن الوجود والعدم، أعني ذات الماهيّة من حيث هي هي، لا بوصف التعرية، وإنّما الموجوديّة تجيء من قِبَل المحمول.

وتوضيح ذلك أنّ محمولات القضيّة قد تكون من المحمولات الأوّليّة، مثل الوجود والعدم في قضية زيد موجود، أو معدوم؛ وقد تكون من المحمولات الثانية الطارئة على الشيء في المرتبة المتأخّرة عن عروض المحمول الأوّلي مثل زيد كاتب، فانّ عروض الكتابة إنّما هو بعد الوجود؛ إذ ما لم يكن موجوداً لا تعرضه الكتابة، وقد

---

١. قوانين الأُصول، ج ١، ص ١١٧.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

تكون من المحمولات الثالثة بعد طريان المحمول الثاني، مثل زيد متحرّك الأصابع، فإنّ حركة الأصابع وصف لا يعرض إلّا بعد عروض الكتابة مثلاً، وهكذا ... .

إذا تحقّق ذلك فاعلم، أنّه فرق بين ما إذا وقع البيع موضوعاً للدليل المتكفّل لأصل الإمضاء والنفوذ، مثل: ﴿أحل الله البيع﴾[1]، وبين ما إذا وقع موضوعاً لدليل متكفّل لحكم شرعي له غير الإمضاء، مثل ما إذا أمره الشارع بالبيع، أو وقع موضوعاً لإقرارٍ أو حلفٍ ونحوهما.

ففي القسم الأوّل لا يعقل أن يكون البيع يوصف الصحّة موضوعاً للدليل؛ لأنّ الصحّة إنّما تتحقّق من ناحية الإمضاء، والمفروض كون حكم هذا الدليل هو بنفسه الإمضاء، فلا يعقل أن يكون ما يجيء من قِبَل الإمضاء مأخوذاً في موضوعه، بخلاف القسم الثاني؛ فإنّ المنصرف إليه من إطلاق البيع فيه مثل «بعت» أو «باع فلان داره» ونحوهما هو الصحيح. وبالجملة فعدم سماع إرادة الفاسد ليس دليلاً على الوضع للصحيح.

قوله ﷺ: «إلّا الحجّ؛ لوجوب المضيّ فيه ... إلى آخره»[2].

لا يخفى أنّ وجوب المضيّ في الحجّ لا يدلّ على صحّة إطلاقه على الفاسد، أمّا على تقدير كون ما فسد هو حجّة الإسلام، وأنّ ما يأتي به في الغابر هو العقوبة، فواضح؛ لكون الأوّل هو الصحيح الواجب المحسوب من حجّة الإسلام.

وأمّا بناءً على العكس فكذلك أيضاً؛ لأنّ وجوب المضيّ ليس دليلاً على كون الحجّ حقيقة في الفاسد بشيء من الدلالات، كما أنّ وجوب الإمساك في يوم شهر رمضان بعد إفساد الصوم ليس دليلاً على كون الصوم حقيقة في الأعم.

---

١. البقرة (٢): ٢٧٥.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

[تقريب التمسّك بإطلاق أدلّة المعاملات]

قوله ﷺ: «يوجب عدم جواز التمسّك بإطلاق نحو أحلّ [الله البيع][1] ... إلى آخره»[2].

اعلم أنّهم فرّعوا صحّة التمسّك بالإطلاقات الواردة في أبواب المعاملات عند الشكّ في شرطيّة شيء أو جزئيّته في الأسباب على كون ألفاظها أسامي للأسباب دون المسبّبات.

وتوضيح ذلك أنّ المسبّبات أُمور بسيطة حاصلة من أسبابها، فلو تعلّق الإمضاء بالأسباب وكان السبب المشكوك في إعتبار شيء فيه جزءً أو شرطاً أمراً عرفيّاً، ولو كان فاقداً لما شكّ في اعتباره فيه، يتمسّك لصحّته بإطلاق ما يدلّ على إمضائه بعد كونه مصداقاً عرفيّاً لما تعلّق به الإمضاء، ولو تعلّق الإمضاء بالمسبّب لا يكون إمضاؤه إمضاءً للسبب، فعند الشكّ في حصوله عند السبب الذي يشكّ في دخل شيء فيه شطراً أو شرطاً يرجع إلى الاشتغال والاحتياط، نظير الشكّ في المحصّل، والإطلاق الراجع إلى إمضاء المسبّب لا يكون متكفّلاً لإمضاء سببه وحيث إنّ الإطلاقات الواردة في أبواب المعاملات كلّها راجعة إلى إمضاء المسبّبات فيشكل التمسّك بها، وذلك مثل ﴿أحلّ الله البيع﴾[3]، و ﴿تجارة عن تراض﴾[4]، و «النكاح سنّتي»[5]، وأمثالها. ضرورة أنّ الحلّيّة حكم للبيع الحاصل عند السبب؛ إذ لا معنى لحلّيّة إنشاء الإيجاب والقبول، أو كون لفظ «أنكحت» «وقبلت» سنّة، وهذا ظاهر

---

١. البقرة (٢): ٢٧٥.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٩-٢٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٣. البقرة (٢): ٢٧٥.

٤. النساء (٤): ٢٩.

٥. جامع الأخبار، ص ١٠٢، الفصل ٥٨ في الترويج؛ بحار الأنوار، ج ١٠٠، ص ٢٢٠، ح ٢٣.

في تلك الإطلاقات، بل الحال كذلك في مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾[1]؛ إذ هو أيضاً راجع إلى ناحية المسبّب؛ ضرورة أنّ العقد عبارة عن العقد الموثّق الحاصل بالإيجاب والقبول، لانفس الإيجاب والقبول.

وقد أجاب المصنّف ﷺ عن هذا الإشكال بأنّ تلك المطلقات وإن كانت ناظرةً إلى مرحلة المسبّبات لكن إمضاء المسبّبات يدلّ بالملازمة على إمضاء أسبابها؛ لأنّ إمضاء المسبّب عن سببٍ عين إمضاء سببه، فإمضاء الإحراق بالنار المتولّد عن الإلقاء، عين إمضاء الإلقاء.

هذا محصّل ما يستفاد من عبارته في المقام، وهو منظور فيه لمنع الملازمة المذكورة، والقدر المسلّم منها هو دلالة إمضاء المسبّب على إمضاء السبب في الجملة، لا بقولٍ مطلق، وهذا لا كلام فيه، وإنّما البحث في إمضاء السبب الخاصّ الذي يشكّ في دخل شيء فيه، وهذا لا يثبت بدليل إمضاء المسبّب.

هذا تمام الكلام في ما بنوا عليه من كون ترتّب المنشأ على ألفاظ العقود والإيقاعات من قبيل ترتّب المسبّبات على أسبابها، إذ على هذا يقع البحث في كون ألفاظ المعاملات أسامي للمسبّبات أو للأسباب، ثمّ على التقدير الثاني فهل هي في العقود أسامي للإيجاب المطلق أو للمقيّد بأحد النحوين المتقدّمين، أو للمجموع المركّب من الإيجاب والقبول، ثمّ يقع الإشكال في التمسّك بالإطلاقات.

لكنّ الحقّ بطلان أساس ذلك رأساً، وذلك لأنّ باب المنشأ بألفاظ الإنشاء ليس من باب المسبّبات والأسباب، بل هو من قبيل إيجاد ذي الآلة بآلة إيجاده، وألفاظ العقود آلات لإيجاد المعاني الإنشائيّة بها.

وتوضيح ذلك أنّ السبب يطلق على موردين:

---

١. المائدة (٥): ١.

الأوّل: الشيء الذي يكون من المقدّمات الإعداديّة لشيء آخر، كما يقال: إلقاء البذر سبب لصيرورته سنبلاً، أي إنّه من العلل المعدّة للسنبل، وضابطه هو كون ترتّب المعدّله على هذا المعدّ متوقّفاً على تحقّق أُمور خارجة عن اختيار فاعل العلّة المعدّة، كتوقّف السنبل على أُمور كثيرة بعد إلقاء البذر من الأُمور الخارجة عن قدرة الزارع.

والثاني: العلّة التامّة للشيء الذي لا يكون بينه وبينها أُمور غير اختياريّة، مثل الإحراق والإلقاء، فإنّ الإلقاء علّة تامّة للإحراق ويكون الإلقاء فعلاً مباشريّاً، والإحراق فعلاً توليديّاً، وكلاهما يستندان إلى الفاعل، لكنّ الإلقاء يستند إليه لكونه صادراً عنه بالمباشرة، وأنّه متعلّق إرادته أوّلاً وبالذات، والإحراق مستند إليه لكونه مترتّباً على فعله المباشري، ومقدوراً له بالواسطة، ومتعلّق إرادته ثانياً وبالعرض، والفعل المباشري الصادر عن الفاعل إمّا أن لا يتوقّف صدوره عنه على آلة، أو يتوقّف صدوره عنه على آلة، والآلة إمّا تكون من أعضائه كالتكلّم المتوقّف على اللسان، والبطش اللمتوقّف على اليد؛ أو يكون أمراً خارجاً، كالنجر المتوقّف على القدوم والمنشار، والكتابة المتوقّفة على القلم، فاحتياج الكتابة إلى القلم لا تُخرج الكتابة عن حيّز قدرة الفاعل أوّلاً وبالذات، ولا يجعلها من الأفعال التوليديّة، بل هي فعل مباشري صادر عن الفاعل بالذات، لكن صدوره عنه باستعانة القلم، فهو يكتب بالمباشرة، لا أنّه يفعل شيئاً يترتّب عليه الكتابة قهراً، مثل فعل الإلقاء المترتّب عليه الإحراق.

إذا ظهر ذلك فنقول: صدور هذه المعاني الإيجاديّة عن الفاعل يكون بالمباشرة، لكن باستعانة تلك الألفاظ في إنشائها وإيجادها، فتلك الألفاظ كالأفعال في باب المعاطات آلات لإيجاد تلك المنشآت، لا أنّ تلك الألفاظ أسباب توجد بالمباشرة

لكي يترتّب عليها تلك المنشآت قهراً، نحو ترتّب الإحراق على الإلقاء، بل هذه المنشآت بنفسها مخترعات وموجِدات بالإيجاد والإنشاء، إلّا أنّها نحتاج إلى آلة من قول أو فعل، نحو حاجة الكتابة إلى القلم، فلا يصحّ وصفها بالمسبّبات، ولاوصف آلاتها بالأسباب.

نعم، هذه المنشآت لها إعتباران، إعتبار نفس ذاتها من حيث هي هي، مع قطع النظر عن انتسابها إلى الفاعل، وإعتبارها من حيث نسبتها إلى الفاعل، فهي بالاعتبار الأوّل معنى اسم مصدري، وبالاعتبار الثاني معنى مصدري، وهذان الاعتباران واردان على حقيقة واحدة، وإنّما الفرق بالاعتبار، فالبيع مثلاً أعني تلك الحقيقة التي توجد وتنشأ بآلة إيجاده من القول أو الفعل له اعتباران، مصدري، واسم مصدري، والمصدري منه هو تلك الحقيقة باعتبار انتسابها إلى الفاعل، والاسم المصدري هي تلك الحقيقة باعتبارها في نفسها، وهذان اللحاظان يختلفان في عالم الاعتبار على حسب اختلاف تراكيب الكلام، فإذا قلنا: البيع صحيحٌ مثلاً، وأسندنا الصحّة إلى نفس البيع يراد منه المعنى الإسم المصدري، وإذا قلنا: للفاعل رخصة في البيع، يراد منه المعنى المصدري؛ إذ الترخيص إنّما يتعلّق بالفعل من حيث الصدور، وفي الحقيقة يكون المرخّص فيه هو حيثيّة صدوره؛ إذ الترخيص كسائر الأحكام التكليفيّة إنّما يتعلّق بالمعنى المصدري.

وعلى هذا فمثل ﴿تجارة عن تراض﴾[1]، و «النكاح سنّتي»[2]، وأمثالهما من الإطلاقات الواردة ممّا يتضمّن الحكم التكليفي، كلّها راجعة إلى إمضاء المعاني المصدريّة، وأمّا في مثل ﴿أحل الله البيع﴾[3] فيحتمل أن يكون كذلك بناءً على أن

---

١. النساء (٤): ٢٩.

٢. جامع الأخبار، ص ١٠٢، الفصل ٥٨ في التزويج، بحار الأنوار، ج ١٠٠، ص ٢٢٠، ح ٢٣.

٣. البقرة (٢): ٢٧٥.

يكون المراد من «الحلّيّة» هي الحليّة التكليفيّة، ويحتمل أن يكون إمضاءً للبيع بالمعنى الإسم المصدري إذا كان الحِلّ وضعيّاً لا بمعنى الترخيص؛ إذ الحلّيّة الوضعيّة بمعنى النفوذ لا تستدعي اعتبار الانتساب إلى الفاعل.

وكيف كان، فإمضاء المنشأ بالإنشاء عين إمضاء إنشائه بالآلة المعدّة لإنشائه، سواء كان الإمضاء متعلّقاً بالمعنى المصدري أو بالإسم المصدري.

أمّا على الأوّل فواضح جدّاً، ضرورة أنّ إيجاد كلّ شيء له آلة تخصّه، فإمضاء الكتابة بالمعنى المصدري عين إمضاء إيجادها بالقلم، فالممضى هو الكتابة بالقلم، وإمضاء الفعل باعتبار صدوره عن الفاعل عين إمضاء إيجاده بالآلة المعدّة لإيجاده عرفاً، لا أنّ إمضائه ملازم لإمضاء آلته، حتّى يرد عليه أنّه ملازم لإمضاء الآلة في الجملة، بل بمعنىٰ أنّه عين إمضاء الآلة.

وأمّا على الثاني، أعني ما إذا كان الإمضاء راجعاً إلى المعنى الإسم المصدري فهو، وإن كان في كونه عين إمضائه لآلة إنشائه نوع خفاء، وذلك لإمكان دعوى أنّ إمضائه إنّما تعلّق بالمعنى الإسم المصدري بما هو هو بلا لحاظ صدوره عن الفاعل، فلا يرتبط بإمضاء آلة إيجاده، فإنّ الممضى حينئذ هو الوجود، لا الإيجاد.

لكنّ النظر الدقيق يعطي انتفاء الفرق بينهما، وذلك لكون المعنى المصدري عين المعنى الإسم المصدري بحسب الواقع، وإنّما التغاير بينهما بالاعتبار، فإمضاء معنى الإسم المصدري عين إمضاء المعنى المصدري؛ لأنّ المعتبر في صدق الإمضاء هو صدق العنوان الذي تعلّق به الإمضاء على المصداق الخارجي، نحو صدق الكلّي على أفراده بالحمل الشايع، ولاشكّ في أنّ مصداق البيع بمعنى الإسم المصدري الذي ورد عليه الإمضاء هو بعينه مصداق البيع بمعنى المصدري، فيكون إمضاؤه عين إمضائه.

فتحصّل أنّ التحقيق يقتضي كون الألفاظ موضوعة للمنشآت بإيجاد الفاعلين بآلة إنشائها، وأنّه لامسرح للأسباب والمسبّبات في باب المعاوضات، فإنّ المنشأ فيها هو الفعل المباشري الموجود بإيجاد الفاعل.

نعم، باب الخيارات يكون من باب الأسباب والمسبّبات التوليديّة؛ فإنّ البيع سببٌ لثبوت الخيار.

وظهر أيضاً أنّه لا إشكال في إمكان التمسّك بالمطلقات عند الشكّ في شرطيّة شيء أو جزئيّة شيء في ألفاظ المعاملات، بناءً على عدم كون المنشأ في أبواب العقود من باب المسبّبات.

وأمّا بناءً على كون المنشأ فيها من باب المسبّبات وكون ألفاظها من باب الأسباب، فيكون مصحّح التمسّك بالإطلاقات الواردة في إمضاء المنشآت لإثبات الإمضاء في ناحية الأسباب بأحد وجهين:

[الوجه] الأوّل: دعوى الملازمة العرفيّة بين إمضاء المسبّب وبين إمضاء السبب، مع فرض الحكم بالتغاير بين السبب وبين مسبّبه الموجب للحاظ المغايرة بين إمضائها، بحيث يكون لكلّ واحد جعل مخصوص، لكنّ شدّة الارتباط بينهما اقتضت إحراز إمضاء السبب، وجعله بما يدلّ على إمضاء المسبّب، ونظير ذلك هو إحراز طهارة موضع العضّ من الآية الكريمة[1] الدالّة على حلّيّة أكل ما أمسكه كلب الصيد، بناءً على أن يكون المراد من الحلّيّة المذكورة فيها هو الترخيص الفعلي، لا الحكم بكونه حلال الأكل لكونه مذكّي في مقابل الميتة، كما يقال: المذكّى حلال، أي من حيث إنّه مذكّى، لا بما هو متلطّخ بالدم بعد الذبح.

الوجه الثاني: دعوى انتفاء التغاير بين السبب وبين المسبّب، وملاحظة العرف

١. المائدة (٥): ٤.

كون مصداق أحدهما عين مصداق الآخر بالمسامحة العرفيّة الموجبة لرؤية إمضاء أحدهما عين إمضاء الآخر بهذا النظر المسامحي، هذا، والظاهر من عبارة المصنّف ﷺ يلائم الوجه الأوّل.

وكيف كان فشيء من هذين الوجهين لا يصلح لإثبات جواز التمسّك بالعمومات؛ لمنع الأوّل من حيث الصغرى والثاني من حيث الكبرى، وذلك لعدم تماميّة الدعوى الأُولىٰ - أعني الملازمة العرفيّة بين الإمضائين - وإن كانت متّبعة على تقدير تماميّتها، بخلاف الدعوى الثانية؛ حيث إنّها ولو كانت تامّة لكنّ العرف ليس هو المرجع في الانطباق المسامحي، وإن كان يرجع إليه في التطبيق الحقيقي الناشئ عن المسامحة في المفهوم.

وتوضيحه: أنّ العرف تارة يتسامح في المفهوم من حيث السعة والضيق، فيجعلون المفهوم أوسع عمّا هو عند أهل اللغة، ثمّ يطلقون المفهوم بما له من السعة حقيقة على بعض ما ليس من أفراده لولا هذا التوسّع في المفهوم، كما في إطلاق مفهوم الماء على المختلط بالطين.

وأُخرى يسامحون في التطبيق على ما ليس من أفراده حقيقة بلا مسامحة في المفهوم، وذلك كتطبيق المَنّ على الأقلّ من مقداره بقليل، وتطبيق الفرسخ على الأقلّ منه كذلك، ومن هذا الباب جميع التطبيقات التسامحيّة في الأوزان والمقادير.

ولا يخفى أنّ ما يكون فيه العرف مرجعاً إنّما هو الأوّل دون الأخير، فلا سبيل إلى الرجوع إلى العرف في الثاني، فإذا كان وزن مخصوص أو مكيال خاصّ موضوعاً للحكم كما في باب الزكاة، أو مقدار من المسافة كما في باب السفر، لم يجز الإكتفاء بما ينطبق عليه المفهوم تسامحاً، بل المتّبع هو المصداق الحقيقي.

إذا عرفت ذلك، فاعلم أنّ حكم العرف باتّحاد السبب والمسبّب من قبيل

الأخير، حيث إنّ مفهوم السبب والمسبّب مبيّن لا اشتباه فيه، وليس إطلاق مفهوم المسبّب على مصداق السبب من جهة التسامح في ناحية المفهوم الموجب لصحّة الانطباق حقيقة، بل إنّما المسامحة في تطبيق مفهومه على مصداق السبب بعد بقائه على ما هو عليه من السعة والضيق، ومعه فلا موقع للرجوع إليهم في مثل هذه المسامحة.

والمتحصّل من هذا الأمر عدم صحّة التمسّك بالإطلاقات لو كان باب المعاملات من باب الأسباب والمسبّبات، وعدم الإشكال في التمسّك بها لو كان بابها باب المنشأ والإنشاء وآلة الإنشاء.

قوله ﷺ: «لا يستعمل حقيقة إلّا فيما كان صحيحاً مؤثّراً ولو في نظرهم... إلى آخره»[1].

قد عرفت عدم تفاوت معنى البيع بحسب الأنظار، وأنّه معنى واحد عند الجميع، وإنّما الاختلاف في تحقّق تلك الحقيقة بحسب اختلاف الأنظار.

هذا تمام الكلام فيما يتعلّق بتعريف البيع وبيان حقيقته.

قوله ﷺ: «وأمّا وجه تمسّك العلماء بإطلاق أدلّة البيع ونحوه... إلى آخره»[2].

قد عرفت ما هو الوجه في صحّة التمسّك بالإطلاقات بناءً على المختار من كون نسبة المنشأ في البيع إلى الصيغة نسبة ذي الآلة إلى آلة إيجاده، وأمّا بناءً على المعروف من كونه من باب المسبّبات والأسباب، فالأدلّة المتكفّلة لإمضاء المسبّبات

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

لا يصلح للاستناد إليها في إثبات إمضاء الأسباب، فإنّ إمضائها أعمّ من إمضاء أسبابها، فيحتاج إلى إمضاء آخر ثبوتاً، وإلى دليل آخر على إمضاء الأسباب إثباتاً.

اللهمّ إلّا أن يكون الدليل متكفّلاً لإمضاء السبب، فإنّه لمكان دلالته على إمضاء المسبّب [و][1] إمضاء الأسباب يكتفي به عن دليل إمضاء المسبّب إثباتاً، وإن كان المسبّب حينئذ أيضاً محتاجاً إلى إمضاء آخر ثبوتاً.

ثمّ إنّه قد يورد على المصنّف ﷺ بأنّ ما استشكله في المقام في التمسّك بالإطلاقات بناءً على الصحيحي منافٍ مع ما ذكره في *الرسائل*[2] من صحّة التمسّك بها في باب العبادات عند الشكّ في الشرطيّة والجزئيّة، بناءً على أن يكون ألفاظها موضوعة للصحيح، بدعوى أنّ الموضوع له بناءً على هذا القول ليس هو مفهوم الصحيح، بل اللفظ موضوع لمصداق ما هو الصحيح، فعند الشكّ في اعتبار شيء شطراً أو شرطاً يتمسّك في نفيه بالإطلاقات.

ولكن هذا الإيراد غير وارد عليه؛ لوضوح الفرق بين المقامين، وذلك بناءً على كون المقام من قبيل الأسباب والمسبّبات فإنّه يرجع إلى الشكّ في المحصّل، والمرجع فيه هو الاشتغال، ولا يصحّ التمسّك بالإطلاق، لتبيّن معنى البيع وكون الشكّ في محصّله، ولكنّ الكلام في صحّة هذا المبنى؛ لما عرفت بما لامزيد عليه من كون المقام من باب إيجاد شيء بآلة إيجاده لامن باب الأسباب والمسبّبات، فلا يبقى فرق حينئذ بين المقامين العبادات والمعاملات على ما اخترناه.

---

١. أضفناها لاقتضاء السياق.

٢. رسائل فقهيّة، ص ٤٩٢ و ما بعدها (ضمن تراث الشيخ الأعظم، ج ٣٢).

الكلام في المعاطاة

قوله ﷺ: «اعلم أنّ المعاطاة على ما فسّره جماعة[1] ... إلى آخره»[2].

يقع الكلام هنا في مقامين:

الأوّل: إنّه لاشبهة في أنّه يقع البيع بالقول في الجملة. وأمّا تفصيل القول فيه بأنّه هل يعتبر اللفظ الحقيقي، أو يقع بالمجاز والكناية، فسيأتي تحريره.

الثاني: في أنّه بعد وقوعه بالقول هل يقع بالفعل المعاطاتي أم لا؟

ولا يخفى أنّ هذا هو المناسب للعنوان، كما عليه عناوين الأصحاب، لاماعنونه في الكتاب، كما لايخفى، ولكن غرضه ﷺ من عقد عنوان البحث - كما عنونه - هو تعيين محلّ النزاع بين القائلين بالملك والإباحة، وبيان أنّ القول بإفادة المعاطاة للإباحة هل وفي صورة قصدا المتعاطين للملك أو الإباحة؟

---

١. منهم الشهيد الثاني في الروضة البهيّة، ج ٢، ص ١٢٩ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني؛ ج٧)؛ و السيّد الطباطبايي في رياض المسائل، ج ٨، ص ٢١٢، وميرزا حبيب الله الرشتي في كتاب الإجارة، ص ٤.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

[الأقوال الخمسة في المعاطاة]

ثمّ إنّ جملة الأقوال في باب المعاطاة وإن أنهاها المصنّف ﷺ إلى ستّة أو سبعة[١]، لكنّ المتحصّل منها خمسة:

[القول] الأوّل: القول بعدم إفادتها شيئاً أصلاً، لا الملك ولا الإباحة، ويكون حالها كالمقبوض بالعقد الفاسد في عدم إفادته لشيء، فلو حصلت إباحة من غير ناحية العقد الفاسد صحّ للقابض أن يتصرّف في ما قبضه، وإلّا فلا إباحة من ناحية العقد الفاسد.

وفي مقابل هذا القول هو القول بكونها مقيّدة لشيء في الجملة، وينشعب منه أقوالٌ، عمدتها قولان: القول بإفادتها للملك، والقول بإفادتها للإباحة، وكلّ من القولين ينحلّ إلى قولين:

فإنّ القائلين بالملك بين قائل بكونها مفيدة للملك اللازم وهو المنقول عن المفيد ﷺ[٢]، وبين قائل بإفادتها الملك الجائز، وهو المختار عند المحقّق الثاني[٣] ومن تبعه[٤].

والقائلون بالإباحة أيضاً بين قائل بإفادتها لإباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك، كالوطئ ونحوه؛ وبين قائل باختصاصها بغير التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك، هذا بيان الأقوال في المسألة.

[محلّ النزاع]

وأمّا محل النزاع فيتصوّر على وجوه:

[الوجه] الأوّل: أن يكون كلّ من المتعاطيين في إعطائه قاصداً للبيع، بأن يريد

---

١. راجع ص ٤٨-٤٩.

٢. المقنعة، ص ٥٩١.

٣. جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٧-٥٨.

٤. كالمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة، ج ٨، ص ١٣٩-١٤١، والمحدّث الكاشاني في المفاتيح الشرايع، ج ٣، ص ٤٨، والمحدّث البحراني في الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٥٠.

إيقاع البيع بالفعل مثل إيقاعه بالقول، وهذا هو الظاهر من كلماتهم، ومن عنوانهم هذه المسألة في طيّ مسائل البيع، وتفريعها على البيع اللفظي حيث تراهم يقولون بعد حكمهم بصحّة البيع بالقول: «وهل يكفي الفعل أولا» إذ الظاهر منه هو البحث عن اكتفاء الفعل في ايقاع ماكان اللفظ كافياً في إيقاعه.

[القول] الثاني: أن يكون قصدهما الإباحة.

[القول] الثالث: أن يكون قصدهما نفس الإعطاء والأخذ بلا قصد شيء آخر من تمليك أو إباحة.

[القول] الرابع: أن يكون قصد هما التمليك المطلق لا خصوص البيع.

ولا يخفى أنّ الوجهين الأخيرين ممّا لا يرجع إلى محصّل.

أمّا الأوّل فلاستحالة تمشّي الإعطاء والأخذ الإختياريين بلا قصد تمليكٍ أو إباحةٍ بالنسبة إلى العين أو المنفعة، وبعبارة أُخرىٰ: من دون قصد عنوان من عناوين العقود الخاصّة المعنونة في المعاملات.

وأمّا الأخير؛ فلأنّ التمليك المطلق بعوضٍ عبارةٌ عن البيع؛ لما عرفت في تحديده من أنّه عبارة عن تمليك عينٍ بمالٍ[1].

فالمعدة في المقام هو الوجهان الأوّلان.

وحيث إنّ الظاهر من القدماء هو الوجه الأوّل - أعني قصد الملكيّة- وأنّهم كانوا قائلين بالإباحة، أورد عليهم بأنّ حصول الإباحة مع قصد البيع مستلزم لوقوع ما لم يقصد وعدم وقوع ما قصد. وقد وجّه كلامهم بأمرين بَعيدين غاية البعد:

أحدهما: ماعن المحقّق الثاني ﷺ من إرادة الملك المتزلزل من الإباحة[2].

---

١ راجع ص ١٠٣.

٢. جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٨.

الثاني: ماعن *الجواهر*[١] من كون كلامهم فيما إذا كان التعاطي بقصد الإباحة لا التمليك.

أمّا وجه بُعد الأوّل فلكونه مع منافاته لتصريح جملة من الكلمات، خلاف الظاهر؛ حيث إنّه لا مناسبة في إطلاق الإباحة وإرادة الملك الجائز، مضافاً إلى أنّه لا خصوصيّة له بباب المعاطاة، فَلِمَ لا يطلقون الإباحة على الملك الجائز في غير المعاطاة من العقود الجائزة كالهبة ونحوها.

وأمّا وجه بُعد الثاني؛ فلصراحة كلماتهم - كما ذكرنا - فيما كان قصد المتعاطيين هو التمليك، مع أنّه لا ينبغي البحث عن حصول الإباحة بقصد الإباحة؛ إذ هو من الواضحات الغير القابلة للإنكار.

ويمكن أن يوجّه كلامهم بوجهٍ ثالثٍ، وحاصله دعوى الفرق بين إرادة الشيء نفسه، وإرادة غايته المترتّبة عليه في فعله، وما لا يمكن انفكاكه عن المقصود هو الأوّل، وما هو المتحقّق في المعاطاة هو الأخير.

وبعبارةٍ أُخرىٰ: في المعاطاة قصدان: قصد التسليط بالتعاطي، وقصد ترتّب التمليك على ذلك التعاطي الذي قصد به التسليط، وما تخلّف عن المقصود هو قصد التمليك المترتّب على التسليط، وهو ممّا لا محذور فيه؛ لكون تخلّف الدواعي والأغراض غير عزيز، وما كان فيه المحذور هو تخلّف التسليط عن قصده وهو غير لازم.

وتوضيح هذه الجملة يتوقّف على بيان أُمور:

[الأمر الأوّل]: إنّ العناوين تنقسم إلى الأوّليّة والثانويّة، فالعناوين الأوّليّة كالضرب والقتل والأخذ والإعطاء ونحوها.

---

١. جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٣٤٩.

والعناوين الثانويّة تنقسم إلى ما تكون تكوينيّة قهريّة -سواء قصد وقوعها أم لم يقصد، كالإحراق المترتّب على الإلقاء، حيث إنّه عنوان مترتّب على الإلقاء، ولا يتوقّف ترتّبه عليه على قصده وإرادته، وكالإضرار المترتّب على إتلاف مال الغير مثلاً، حيث إنّ ترتّبه أيضاً لا يكون منوطاً بالقصد- وإلى ما يكون قصديّاً يتوقّف تحقّقه على القصد والإرادة.

وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين:

أحدهما: ما يكون الأمر المنوط بالقصد الذي هو عنوان ثانوي أمراً عينيّاً خارجيّاً.

الثاني: ما يكون أمراً اعتباريّاً، والعقود كلّها من هذا القبيل، فالبيع مثلاً أعني: مبادلة مالٍ بمالٍ، وتبديل طرف إضافة بطرف آخر-على ما حقّق سابقاً- أمر اعتباري لاعيني؛ لأنّه ليس من قبيل تبديل شيء من مكان خارجي إلى مكان آخر، كرفع الحجر مثلاً عن هذا المكان ووضعه في مكان آخر، بل هو تبديل في عالم الاعتبار بلا نقل وتبديل في الخارج أصلاً، وهذا التبديل الاعتباري متقوّم بالقصد والإرادة، ولا يعقل تحقّقه في عالم الاعتبار بلا قصد وإرادة، وهذا ظاهر، وهو من العناوين الثانويّة المترتّبة على العنوان الأوّلي -أعني القول الصادر من البايع- حيث إنّ قول البايع «بعت» مثلاً قول أو لفظ بالعنوان الأوّلي، وهو بيع بالعنوان الثانوي، فظهر أنّ البيع عنوان ثانوي قصدي اعتباري، وهكذا سائر عناوين العقود كالصلح ونحوه.

الأمر الثاني: إنّ حقيقة إيجاد العقد هو بإيجاد ما هو مصداق لعنوان ذاك العقد الذي يريد إيجاده، بحيث يحمل على ما وجد بإيجاده عنوان ذاك العقد بالحمل الشايع الصناعي، فإيجاد البيع عبارة عن إيجاد معنى الهيئة الخاصّة التي هي معنى حرفي إيجادي في موطن الاستعمال، وإيرادها على مادّة البيع ومفهومه بداعي إيجاد

تلك المادّة في عالم الاعتبار، ونفس فعله هذا - أعني إيجاد المادّة في موطن وجودها بايراد الهيئة في موطن الاستعمال مصداق البيع؛ إذ يقال على هذا الفعل إنّه بيع، فهنا إيجادان:

أحدهما: إيجاد معنى الهيئة في موطن الاستعمال بإيرادها على المادّة، وهذا معنى حرفي لاموطن له إلّا الاستعمال حسبما حقّق في مبحث المعاني الحرفيّة.

وثانيهما: إيجاد المادّة التي هي من الأُمور الاعتباريّة القابلة لأن توجد في الوعاء اللائق بها باستعمال الهيئة، فهذا إيجاد في موطن الاعتبار ببركة الاستعمال، ويحمل عليه البيع نحو حمل الكلّي على أفراده، فيقال: على هذا الأمر الصادر أنّه «بيع»، كما يقال على زيد: إنّه انسانٌ، وليس كلّ ما يصدر عن الإنسان بقصد البيع ممّا يصدق عليه أنّه بيع بالحمل الشايع، كما إذا أنشأ ما هو مصداق للصلح أو الإجارة بقصد البيع، وكذا إذا أوجد غيرها من الأُمور الخارجيّة الغير الاعتباريّة، كالضرب ونحوه بنيّة البيع، فإنّه لا يصدق على شيء من ذلك أنّه بيع، فإيجاد البيع منه وصدوره عنه متوقّف على أن يكون الموجود منه هو مصداق البيع لا مصداق أمر آخر، وهذا كما في الجعل التكويني في الأُمور المتأصّلة الخارجية؛ حيث إنّ صدور فردٍ من الإنسان مثلاً متوقّف على جعل فردٍ منه، فلا يحصل يجعل فردٍ من نوع آخر من سائر أنواع الحيوان ولو قصد بجعله وجود فردٍ من الإنسان، وهكذا لو قصد إيجاد البيع وأوجد ما هو مصداق لشيء آخر، لم يكن الصادر منه والموجود بإيجاده بيعاً.

الأمر الثالث: إنّ العناوين القصديّة المتوقّفة على القصد لا يحتاج في قصدها إلى قصد مفهوم العنوان المترتّب عليها، بل يكفي في قصدها قصد المعنون بذاك العنوان مع الإلتفات إلى تعنونه به، وذلك كالرجوع في العدّة، والفسخ في أيّام الخيار، حيث إنّ فعل المطلق مالا يحلّ إلّا للزوج كاللمس والتقبيل بنفسه مصداق للرجوع، فلو

صدر ذلك من المطلق اختياراً مع الالتفات إلى كونه مصداقاً للرجوع يقع به الرجوع ولو لم يكن هو بهذا الفعل قاصداً لعنوان الرجوع، وكذا تصرّف ذي الخيار فيما انتقل عنه فسخ للعقد، وفيما انتقل إليه إمضاء للعقد، فلو صدر عنه مع الالتفات إلى كونه مصداقاً للفسخ أو الإمضاء تحقّق به الفسخ أو الإمضاء ولو لم يقصد به ذلك، وهذا معنى قوله عليه السلام: «وذلك رضا منه بالبيع»[1] على ما حقّق في محلّه، وكذا إيجاد ما هو مصداق للإباحة بالقصد والإختيار، مع كونه ملتفتاً إلى كونه مصداقاً لها، فإنّه إباحة ولو لم يقصد هو بهذا الفعل مفهوم الإباحة، فالتسليط الخارجي الذي هو مصداق للإباحة إذا صدر عن الفاعل بالقصد والإختيار مع الإلتفات إلى كونه مصداقاً للإباحة، محقّق للإباحة، بلا احتياج معه إلى قصد تعنون هذا التسليط بعنوان كونه إباحة.

والحاصل أنّ إيجاد العنوان الثانوي القصدي إنّما هو بإيجاد مصداقه مع القصد إلى إيجاد ذلك المصداق عند الالتفات إلى كونه مصداقاً لذاك العنوان، فقول البايع «بعت» مع الالتفات إلى كونه مصداقاً للبيع بيعٌ منه، وهذا ظاهر.

الأمر الرابع: لا إشكال في كون إنشاء البيع باللفظ مصداقاً للبيع حقيقة، حيث يحمل عليه البيع بالحمل الشايع الصناعي، وأمّا المنشأ بالفعل والتعاطي فلا يعقل أن يكون مصداقاً للبيع، وذلك لما عرفت من أنّ حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرف إضافة بين المالك والمملوك بطرف آخر، مع بقاء تلك العُلقة والإضافة التي هي المعبّر عنها بـ«الملكيّة» فبين البايع والمثمن علقة خاصّة، كأنّها في عالم التصوّر خيط متّصل بينه وبين المثمن يكون أحد طرفيه بالبايع والطرف الآخر بالمثمن، والبيع عبارة عن حلّ طرف ذاك الخيط الممدود إلى المثمن وشدّه على الثمن مع

---

١. الكافي، ج ٥، ص ١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٢؛ وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ١٣، الباب ٤ من أبواب الخيار، ح ١. فيه: «فذلك رضا منه».

بقاء الخيط الاعتباري، وطرفه الآخر أعني البايع، وهذا الحلّ والشدّ كأصل الخيط المتصوّر كلّها أُمور اعتباريّة، لاعينيّة خارجيّة، و حينئذ نقول: هذا الأمر اعتباري من مقولة المعنى ومن سنخ المجرّدات، بمعنىٰ عدم تحقّقه في ضمن مادّة من الموادّ، والتعاطي الخارجي من مقولة الأعيان الخارجيّة، فلا مناسبة بينهما حتّىٰ يكون ذاك الأمر الخارجي مصداقاً لذاك الأمر الاعتباري، فلا يكون التعاطي مصداقاً للبيع، كما لا يكون مصداقاً للصلح؛ لأنّه كما عرفت عبارة عن التسالم، ومن الواضح أنّ التعاطي ليس مصداقاً للتسالم، فالفعل لا يكون مصداقاً للبيع، وهذا بخلاف اللفظ؛ حيث إنّه بسبب العلقة الحاصلة بينه وبين المعنى - أعني المفهوم المحكى به - له مناسبة مع المعنى؛ والمعنى المفهوم به الذي يكون حاكياً عن البيع الاعتباري مناسب مع البيع الاعتباري في كونهما معاً من سنخ المعاني وغير المادّيات، فاللفظ حاكٍ عن المفهوم لمناسبة بينه وبين المفهوم، إمّا ذاتاً أو وضعاً أو بهما معاً على ما هو التحقيق؛ والمفهوم حاكٍ عن واقع ذاك الأمر الاعتباري؛ لمناسبة بينهما في كونهما من مقولةٍ: غير المادّيات، فاللفظ يكون مصداق البيع دون الفعل.

إذا علمت هذه الأُمور فنقول: لو قصد إيجاد البيع والملكيّة بفعل المعاطاة لم يقع البيع بفعله هذا؛ لأنّه ليس مصداقاً للبيع بحكم الأمر الرابع، ويعتبر في إيجاد البيع إيجاد ما هو مصداقه، ويحمل عليه بالحمل الشايع بحكم الأمر الثاني، وأنّه يقع به الإباحة؛ لكونه مصداقاً للتسليط الخارجي الذي هو عبارة عن الإباحة، ولايحتاج تحقّق الإباحة إلّا إلى قصد ما هو مصداقها، مع الالتفات إلى كونه مصداقاً لها، بلا احتياج إلى قصد تعنونه بعنوان كونه إباحة بحكم الأمر الثالث.

ويترتّب على ذلك عدم وقوع البيع بالمعاطات، ووقوع الإباحة بها فيما إذا كان المقصود بها البيع من غير لزوم محذور أصلاً من المحاذير التي أوردها المحقّق الثاني

على القائلين بالإباحة[١]، مثل لزوم عدم كون العقود تابعة للقصود، ولزوم وقوع ما لم يقصد وعدم وقوع ما قصد، ونحو ذلك.

ولا ينتقض بالمبقوض بالعقد الفاسد؛ حيث إنّه لا يفيد الإباحة أيضاً مع أنّه تسليط خارجي صدر عن قصدٍ به، مع الالتفات إلى كونه مصداقاً للإباحة، إلّا أنّ داعيه في ذلك التسليط هو الوفاء بالعقد. وذلك لمكان الفرق بينه وبين المقام لأجل وقوعه بعنوان الوفاء بالعقد والتواطي عليه، بخلاف المقام؛ حيث إنّه تسليط ابتدائي صدر من الفاعل ويكون داعيه فيه هو التمليك، ولكنّه لمكان عدم كونه مصداقاً للتمليك لم يتحقّق منه التمليك، أعني ما هو مصداقه، ويكون فعله هذا مصداقاً للإباحة، فوقع منه الإباحة وإن كان إيقاعها منه بداعي التمليك، لكن تخلّف الداعي ليس بعزيز، ومن ذلك يظهر أن إسناد القول بالإباحة عند إرادة التمليك إلى الأصحاب ليس بذلك الحدّ من الشناعة التي ينبغي أن يقال فيه: إنّه لا يصحّ صدوره عن أصاغر الطلبة فضلاً عن أعاظم الأصحاب، كما أفاده صاحب *الجواهر*[٢] ﷺ.

بل على تقدير تماميّة الأمر الرابع لا مجال للتشكيك فيه، ولا محيص عن الالتزام به إلّا أنّ الشأن في تماميّته؛ فإنّ التحقيق يقتضي عدم استقامته، وذلك لأُمور:

[الأمر] الأوّل: منع عدم مصداقيّة التسليط الخارجي للبيع، أعني تبديل طرف الإضافة بطرف إضافة أُخرى.

وما ذكر في وجهه -من كون هذا التسليط الخارجي من سنخ المادّيات والتبديل الاعتباري من سنخ المعاني، ولا مناسبة لكي يكون التسليط الخارجي مصداقاً للتبديل الاعتباري- إنّما يصحّ إذا كان الغرض دعوى مصداقيّة التسليط للتبديل بما هو تسليطٌ خارجي، وأمّا إذا كان المدّعى صيرورته مصداقاً للتبديل بالقصد، فهو غير صحيح جدّاً.

---

١. للمزيد راجع جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٨.

٢. جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٣٦٤.

وتوضيحه: إنّ حقيقة الملكيّة وإن كانت أمراً اعتباريّاً لكنّها بمعنىٰ يشمل مطلق الواجديّة ولوكانت واجديّة خارجيّة، كالتقمّص ونحوه من أفراد مقولة الملك والجدة، وكونه ملكاً خارجيّاً من مقولة الجدة لا ينافي الملكيّة الاعتباريّة، بل هو من مصاديقه، وحينئذ فالتسليط الخارجي -أعني إعطاء المبيع إلى المشتري- شيء في حدّ نفسه، وقابل لأن يكون تمليكاً للعين بعوض أو مجّاناً، أو مع الضمان بالمثل أو القيمة، أو تمليكاً للمنفعة كذلك بعوض، أو مجّاناً، أو مع الضمان بالمثل أو القيمة، فهو قابل لأن يصير مصداقاً للبيع والهبة والقرض والإجارة والعارية، وليس حاله في كونه مصداقاً للبيع كحاله في كونه مصداقاً للصلح، حيث إنّ حقيقة الصلح هو التباني والتسالم، والفعل التسليطي ليس مصداقاً له، بخلاف البيع فإنّه تبديل اعتباري، والتسليط الخارجي مصداق للتمليك، كما أنّ التقمّص الخارجي مصداق للملكيّة.

وعلى هذا فيكون نفس التسليط هو القدر المشترك والجامع بين هذه الأُمور، ويتوقّف مصداقيّته لكلّ واحد من البيع والهبة ونحوهما على القصد، ولا يعقل تحقّقه بلا قصد شيء من هذه العناوين، كما لا يعقل تحقّق الإعطاء بلا قصد شيء من عناوين العقود؛ فظهر صحّة صيرورة الفعل التسليطي مصداقاً للبيع عند إيقاعه بقصد كونه بيعاً، وأن بيعيّة التعاطي الخارجي بمكان من الإمكان.

[الأمر] الثاني: إنّه لو سلّمنا عدم قابليّة الفعل التسليطي لأن يكون مصداقاً للبيع، لكن هذا التسليط الخارجي - بعد الفراغ عن كونه صحيحاً في مقابل فساده بمعنىٰ عدم اقتضائه شيئاً، بل كونه كالمقبوض بالعقد الفاسد في عدم اقتضائه شيئاً من الملكيّة والإباحة؛ وبعد الفراغ عن كونه مقتضياً لصحّة جميع التصرّفات حتّىٰ المتوقّفة على الملك مثل العتق والوقف على ما هو التحقيق، وإن نقل فيه الخلاف لكنّه شاذّ لا يعبأ به؛ وبعد الفراغ عن كونه بعوضٍ مسمّى - موجبٌ لتحقّق السلطنة الفعليّة

الملازمة مع الملكيّة، فيكون من باب إيجاد البيع بلازم يساويه، وسيأتي إنّه لا بأس به.

فإن قلت: إيقاع البيع بالفعل التسليطي يصير حينئذ نظير إيقاعه بلفظ «سلّط»، وسيأتي أنّ التحقيق عدم الوقوع به، كما عليه العلّامة ﷺ في *التذكرة*[1]، فما الفرق بين التسليط بالقول والتسليط بالفعل مع أنّ كليهما عبارة عمّا هو اللازم المساوي؟

قلت: الفرق بينهما هو قيام السيرة القطعيّة باقتضاء التسليط الفعلي لصحّة جميع التصرّفات المتوقّفة على الملك عمّن سلّطه المالك على ماله، وعدم قيامها بصحّته في التسليط القولي، فنفس تحقّق السيرة في الأوّل دون الأخير هو الموجب للحكم بوقوع البيع بالتسليط الفعلي، وعدم وقوعه بالتسليط القولي، مع كون الموجود بكليهما معاً لازماً مساوياً للتمليك.

[الأمر] الثالث: أنّه لو سلّمنا عدم إمكان وقوع البيع بالفعل أصلاً، وأنّه كان مفيداً للإباحة، لكنّ الالتزام بكون الإباحة بالعوض المسمّى ممّا لا وجه له؛ لأنّ المفروض بقاء كلّ من العوضين على مِلك مالكه، وعدم تحقّق التبديل والانتقال، وحينئذ فلا ملزم لهما في الإلتزام بكون الإباحة بالعوض المسمّى، ولازم عدم مجّانيّة الإباحة لزوم المثل والقيمة، لا خصوص المسمّى، وهذا شيء يرد على القائلين بالإباحة، مضافاً إلى ما يرد عليهم من استلزام القول بها لتأسيس قواعد جديدة في الفقه على ما يأتي.

فتحصّل أنّ الأقوىٰ إمكان كون المعاطاة بيعاً عن غير شائبة محذور في مرحلة إمكانه، لكن إحراز إمكانه لا يدلّ على وقوعه ما لم يدلّ على وقوعه دليل، والأدلّة العامّة مثل: ﴿أحلّ الله البيع﴾[2] ونحوه[3] لا يثبت صحّته بعد الشكّ في كونه بيعاً؛ لأنّ تلك الأدلّة المتكفّلة لحكم البيع إنّما هي بعد الفراغ عن كونه بيعاً، ولا يمكن

---

١. تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٧، المسألة ١.

٢. البقرة (٢): ٢٧٥.

٣. مثل ﴿تجارة عن تراض﴾، النساء (٤): ٢٩.

أن تكون متكفّلة لكونه بيعاً؛ لأنّ الحكم لا يثبت موضوعه، بل يحتاج في إثبات موضوعه إلى دليلٍ آخر فلابدّ في المقام من دليل يحرز به كون المعاطاة بيعاً ثمّ التمسّك بالعمومات في إثبات صحّته، فنقول:

[الاستدلال بالسيرة على صحّة البيع المعاطاة]

السيرة القطعيّة القائمة على عدم فساد المعاطاة، وأنّها ليست كالمقبوض بالعقد الفاسد، والسيرة القائمة على صحّة جميع التصرّفات بها - حتّى التصرّفات المتوقّفة على الملك - تدلّان على كونها بيعاً عرفيّاً، ولا طريق لمن ينكر كونها بيعاً إلى إنكار السيرتين أصلاً، وثبوتهما في كلّ زمانٍ بحيث يقطع بانتهائه إلى زمان المعصوم ﷺ، فتكونان حجّة قطعاً، ومعه فلا سبيل إلّا إلى الالتزام بكونها بيعاً عرفاً، وإذا ثبت ذلك فيتمسّك لإثبات صحّتها بالعمومات، مثل: ﴿أحلّ الله البيع﴾[1] و﴿تجارة عن تراض﴾[2] ونحوهما.

ولكن لا يصحّ التمسّك بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾[3] في إثبات لزومه؛ وذلك لأنّ العقد هو الالتزام المقرون بالالتزام الآخر والفعل الخاصّ ليس مصداقاً للالتزام حتّى يشمله عموم وجوب الوفاء، ويكون الوفاء به لازماً بدليل وجوبه، بخلاف اللفظ، حيث إنّه بالمطابقة يدلّ على التبديل، ويدلّ بالدلالة الالتزاميّة على التزام كلّ من المتعاملين بما وقع منه، فيتحقّق منهما مصداق الإلتزام لكن بالدلالة الالتزاميّة، والفعل ليس مصداقاً للالتزام ولو بالدلالة الالتزاميّة من جهة قصور الفعل عن دلالته عليه، بخلاف القول؛ حيث إنّه بالالتزام يدلّ على الالتزام، والخيار الثابت فيه بجعل الشارع أو بجعل المتعاملين إنّما هو لأجل النظرة الثانية في الالتزام،

---

١. البقرة (٢): ٢٧٥.

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. المائدة (٥): ١.

بحيث يكون لذي الخيار حقّ لأن ينظر في التزامه، ويتروّى في إبقائه والرجوع عنه.

وممّا ذكرنا ظهر أنّه لاوجه للقول باللزوم، وأنّ القول بعدمه إنّما هو من جهة عدم الدليل عليه، لامن جهة قيام الدليل على عدمه - أعني الإجماع -، بل مع قطع النظر عن الإجماع على عدم اللزوم، فلا موجب للزوم أصلاً.

فتحصّل من جميع ما ذكرناه أنّ الدليل على صحّة المعاطاة وحصول الملك بها هو السيرة القطعيّة، وعمومات المعاملات مثل آية «الحلّ» و«التجارة»، ولا يبقى الارتياب في تحقّق السيرة، وفي كونها حجّة في المقام؛ لتحقّق ملاك حجّيّتها باتّصالها بزمان المعصومين عليهم السلام، واطّلاعهم عليها بالعلم العادي، وعدم الردع عنها مع إمكانه، وكلّ ذلك أمر قطعي ممّا لا ينبغي الإرتياب فيه.

أمّا اتّصالها بزمان المعصوم؛ فللقطع بقيام هذه المعاملات في تلك الأعصار، بل في الأعصار السابقة عليها، بحيث يقطع بأنّ بنائهم في المعاملات الواقعة منهم في الأسواق لم تكن على إجراء الصيغة، وإيقاع الإيجاب والقبول اللفظيّين.

وأمّا اطّلاعهم عليهم السلام على ذلك عادة، فللقطع بكون معاملاتهم الصادرة عن عبيدهم كانت كذلك.

وأمّا عدم ردعهم، فهو أيضاً معلوم، كما أنّ إمكان ردعهم أيضاً ظاهر؛ حيث لم يكن الردع عنها ممّا يضادّ مع سلطنة مخالفيهم لكي يتركوه تقيّة.

وبالجملة فملاك الحجّيّة فيها موجود قطعاً، ولا يمكن إنكاره.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ السيرة قائمة على صحّة التصرّفات المتوقّفة على الملك، وهي تنفع لنفي القول بفساد المعاطاة، لكنّها لا تثبت الملكيّة؛ إذ القائل بالإباحة أيضاً قائل بإباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك، غاية الأمر أنّه يَلتزم بتحقّق الملك آناًما قبل وقوع التصرّف، فليس صحّة التصرّفات كاشفة عن كون المعاطاة

مفيدة للملك، لا الإباحة وليس للسيرة لسان تنادى بإفادتها الملكيّة أو الإباحة، بل الثابت بها إنّما هو مجرّد صحّة التصرّفات، وهي أعمّ من الملك تجتمع مع الإباحة، فلا يمكن التمسّك بها لإثبات الملك وإن كان يصحّ التمسّك بها في نفي الفساد.

والجواب عن هذا الإيراد بما تقدّم من إثبات كون التسليط الخارجي مصداقاً للبيع بالسيرة. ونزيده توضيحاً بأنّ الوجه الذي وجّهنا به القول بالإباحة حسبما تقدّم كان مبنيّاً على عدم صدق البيع على التسليط الخارجي، وإدّعاء عدم كونه مصداقاً له من جهة عدم المناسبة بين الفعل الخارجي الذي هو من سنخ المادّيات، وبين البيع الذي حقيقته من سنخ المعاني والمعقولات، من جهة كونه عبارة عن تبديل العين بالمال في عالم الاعتبار.

ولكن هذا المبنى ضعيف، بل التسليط الخارجي كما يمكن أن يكون مصداقاً للإباحة كذلك يمكن أن يكون مصداقاً للبيع، فيكون بمنزلة المادّة المشتركة القابلة لكونها مصداقاً لكلا الأمرين، ومع قابليّتهٍ لهما معاً فلا يتعيّن لأحدهما إلّا بالقصد، فإن قصد به الإباحة صار مصداقاً لها، وإن قصد به التمليك صار مصداقاً للبيع، فالمعاطاة مع قصد التمليك بها بيع عرفاً؛ لمعاملتهم معها معاملة البيع، فالسيرة حينئذ قائمة على كونها بيعاً، ولا نحتاج في إحرازكونها بيعاً إلى التمسّك بالسيرة القائمة على صحّة التصرّفات المتوقّفة على الملك حتّىٰ يستشكل فيها بعدم دلالتها على كونها بيعاً؛ لاجتماعها مع القول بالإباحة أيضاً، بل السيرة دليل حينئذ على كونها بيعاً، ثمّ بعد إثبات كونها بيعاً يتمسّك لإثبات صحّتها بالسيرة القائمة على صحّة التصرّفات الموقوفة على الملك، فبالسيرة الأُولىٰ يثبت كون المعاطاة بيعاً، وبالثانية يثبت صحّتها.

ويمكن إحرازكونها بيعاً وصحّتها بنفس قيام السيرة على صحّة التصرّفات المتوقّفة على الملك، نظراً إلى قيام السيرة على كون المأخوذ بالمعاطاة عندهم

مضموناً بالعوض المسمّى، لا بالمثل والقيمة، فإنّ هذين الأمرين لازمان مساويان للبيع، فمن العلم بهما يستكشف كون المعاطاة بيعاً، وأنّها بيع صحيح لا فاسد، فكونها بيعاً وأنّها بيع صحيح ملزومان لصحّة جميع التصرّفات بالعوض المسمّى، فإذا ثبت ذلك بالسيرة القطعيّة ثبت ما هو ملزوم له، أعني كونها بيعاً صحيحاً. هذا تقريب الاستدلال بالسيرة.

[الاستدلال بالآيات في أنّ المعاطاة بيع]

وأمّا العمومات، فتقريب آية «الحلّ»[1] أن يقال: إنّه إمّا أن يراد بـ«الحلّ» الحلّيّة الوضعيّة، أو يراد به الحلّيّة التكليفيّة، وعلى الثاني فإمّا أن يكون الحلّ راجعاً إلى ناحية السبب بمعنىٰ إباحة إنشاء البيع، أو يكون راجعاً إلى ناحية المسبّب بمعنىٰ إباحة إيجاد البيع بإنشائه بآلة إنشائه.

فلو كان المراد به الوضع أو التكليف الراجع إلى مرحلة المسبّب فدلالتها على صحّة البيع المعاطاتي واضحة، وتكون دلالتها بالمطابقة. أمّا بناءً على إرادة الحلّيّة الوضعيّة فظاهر، وأمّا على إرادة الحلّيّة التكليفيّة مع كون التكليف راجعاً إلى مرحلة المسبّب، فلأنّ معنى إباحة إيجاد البيع بإنشائه بآلة إنشائه هو وقوعه بإيجاده بتلك الآلة، لأنّه لا معنى لإباحته إلّا وقوعه، إذا المعنى المسبّبي على فرض الوجود لا ينقسم إلى الصحيح والفاسد على ما تقدّم.

وإن كان تكليفاً راجعاً إلى مرحلة السبب فبالدلالة المطابقيّة التي تدلّ على صحّة البيع، بل لابدّ من التمسّك بدلالته الالتزاميّة، بتقريب أنّ إباحة إنشاء البيع تدلّ بالالتزام على صحّة جميع التصرّفات المترتّبة على البيع مطلقاً، ولو كانت

---

١. البقرة (٢): ٢٧٥.

متوقّفة على الملك، وصحّة جميع التصرّفات المذكورة تدلّ على حصول الملك.

والأظهر في الآية المباركة[1] هو كون المراد من «الحلّ» هو الوضع، وعلى تقدير إرادة التكليف، فالظاهر كونها راجعة إلى ناحية المسبّب، فعلى كلا التقديرين تدلّ الآية على صحّة المعاطاة بالمطابقة وهو المطلوب، ولا نحتاج حينئذ في إثبات الصحّة إلى التمسّك بصحّة التصرّفات المتوقّفة على الملك والدلالة الالتزاميّة، بل الأمر بالعكس، فإنّ صحّة البيع حينئذ تدلّ على صحّة التصرّفات المتوقّفة على الملك بالالتزام.

هذا محصّل الاستدلال بالآية على نحو يسلم عن المناقشة.

ولكنّ المصنّف ﷺ استظهر أوّلاً من الآية المباركة الحلّيّة التكليفيّة، ثمّ استدلّ بها على الصحّة بالدلالة الالتزاميّة، ثمّ أورد على الاستدلال بها بأنّها لاتدلّ إلّا على صحّة التصرّفات المتوقّفة على الملك، وإباحة هذه التصرّفات بالملازمة الشرعيّة إنّما تدلّ على الملك في سائر المقامات ببركة الإجماع القائم على الملازمة بينهما، وهو غير متحقّق في المعاطاة؛ لأنّ القائلين بالإباحة يقولون بإباحة هذه التصرّفات، مع أنّهم لا يقولون بحصول الملك من أوّل الأمر وإن كان يلزمهم القول به آنآمّا قبل التصرّف، فالآية لاتدلّ - ولو بالدلالة الالتزاميّة - على صحّة المعاطاة بيعاً، هذا خلاصه ما أفاده ﷺ.

ولا يخفى ما فيه:

أمّا أوّلاً: فلمنع ظهور «الحلّ» في التكليف، بل الظاهر منه بقرينة تعلّقه بالأعيان هو الوضع.

وبيان ذلك أنّ المصنّف ﷺ استظهر من الآية الكريمة[2] كون الحلّيّة هي التكليفيّة لا الوضعيّة، وذلك بقرينة المقابلة مع حرمة الربا، فإنّ المراد من حرمة الربا هي الحرمة التكليفيّة، فعليه لايتمّ الاستدلال بالآية على صحّة المعاطاة. لكنّ الانصاف عدم

---

١. أي ﴿أحلّ الله البيع﴾، البقرة (٢): ٢٧٥.

٢. أي آية ﴿أحلّ الله البيع وحرّم الربا﴾، البقرة (٢): ٢٧٥.

تماميّة ما استظهره بالمنع عن كون المراد من الحرمة في قوله تعالي: ﴿وحرّم الربا﴾[1] هي التكليفيّة، بل يراد بها «الوضع» بقرينة مقابلتها مع حلّيّة البيع الظاهرة في الوضع، وليس العكس. أعني رفع اليد عن ظهور«آية الحلّ» في الوضع بقرينة «آية الربا» أولى من رفع اليد عن ظهورآية الربا في التكليف بقرينة آية الحلّ الظاهرة في الوضع، مع أنّ الإنصاف ظهوركلتا الفقرتين في الوضع بواسطة إسناد الحلّ والحرمة فيهما إلى البيع والربا، لا إلى الأفعال المترتّبة عليهما، والحلّيّة والحرمة إذا اسندتا إلى الأعيان يراد بهما الوضع؛ لأنّ إرادة التكليف منهما محتاجة إلى مؤونة زائدة، و هي تقدير الفعل؛ لكون فعل المكلّف هو الموضوع للحلّ والحرمة، لانفس الأعيان.

وأمّا ثانياً: فبمنع الحاجة إلى التمسّك بصحّة التصرّفات في إثبات صحّة البيع، بدعوىٰ تعلّق «الحلّ» بمرحلة المسبّب لا السبب حسبما تقدّم.

وأمّا ثالثاً: فلأنّه على تقدير التسليم والتمسّك بالدلالة الالتزاميّة فصحّة التصرّفات المتوقّفة على الملك بعنوان تفرّعها على البيع، وكونها من توابعه كاشفة عن صحّة البيع؛ إذ الملكيّة الملتزم بها آنآنًا قبل التصرّف ليست من متفرّعات البيع فحلّيّة البيع بما يترتّب عليه من إباحة هذه التصرّفات أجنبيّة عن هذه الملكيّة المفروضة قبل التصرّف، فالآية لاتدلّ إلّا على حصول الملكيّة من أوّل الأمر.

وأمّا رابعاً: فلأنّه على تقدير تسليم المنع عن صحّة الاستدلال بالآية بما ذكر يلزم المنع عن صحّة الاستدلال بها في كلّ مورد يراد التمسّك بها لصحّة البيع، وذلك لإمكان دعوى الالتزام بالملكيّة آنآنًا قبل التصرّف المتوقّف على الملك في كلّ مورد شكّ في صحّة البيع.

ودعوى الإجماع على الملازمة بين صحّة هذه التصرّفات وبين حصول الملك

---

١. البقرة (٢): ٢٧٥.

من أوّل الأمر، مدفوعةٌ، وإنّما المسلّم على تقدير تسليمه هو الملازمة بين صحّة التصرّفات وبين حصول الملك في الجملة، ولوكان حصوله آناًمّا قبل هذه التصرّفات.

وأمّا خامساً: فيمنع توقّف هذه التصرّفات على حصول الملك ولوآناًمّا بإمكان تخصيص أدلّة توقّف هذه التصرّفات على الملك، مثل «لابيع إلّا في ملكٍ»[1]؛ و«لا عتق إلّا في ملكٍ»[2]؛ و«لا وقف إلّا في ملك» بغير ما دلّ الدليل على صحتها فعدم المحيص عن الالتزام بحصول الملك آناًمّا ممنوعٌ.

ثمّ إن المصنّف ﷺ فصّل فيما قامت السيرة على صحّته من هذه التصرّفات بين البيع والعتق والوطي والإيصاء، فالتزم بصحّتها بواسطة السيرة، مع الالتزام بالملك آناًمّا قبلها؛ وبين التوريث فمنع من حجّية السيرة فيه، وقال بأنّها كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة وقلّة المبالاة بالدين.

ولا يخفى ما فيه أيضاً، لعدم ظهور الفرق بين السيرة القائمة على التوريث، وبين السيرة القائمة على البيع ونحوه، فلوأمكن منعها في التوريث صحّ منعها في الجميع فلا فرق بينهما أصلاً، وهذا إيراد سادس عليه ﷺ في هذا الموضع.

هذا تمام الكلام في الاستدلال بآية الحلّ[3].

[الاستدلال بآية التجارة على صحّة المعاطاة]

قوله ﷺ: «وممّا ذكرنا يظهر وجه التمسّك بقوله تعالى: ﴿إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾».[4]

---

١. عوالي اللآلي، ج ٢، ص ٢٤٧، ح ١٦؛ مستدرك الوسائل، ج ١٣، ص ٢٣٠، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح ٣.
٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٠، باب ما يجوز من الوقوف و...، ح ١؛ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٣٢، الباب ١٢ من أبواب مقدّماته وشروطه، ح ١.
٣. البقرة (٢): ٢٧٥.
٤. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم)؛ النساء (٤): ٢٩.

تقريب الاستدلال بهذه الآية أن يقال: إنّ المراد بـ«الأكل» فيها ليس هو «الإزدراد» بل المقصود هو أخذ الشيء وجعله تحت التسلّط، مثل ما يقال: أكل فلان دارُزيدٍ، أو فرسه.

ثمّ الاستثناء يحتمل أن يكون متّصلاً أو منقطعاً، فعلى الأوّل فالمستثنى منه عبارة عن مطلق أكل الأموال، وكلمة «الباطل» خارجة عن المستثنى منه، إنّما جيء بها للدلالة على قسيم المستثنى، فالمعنى حينئذ انقسام أكل المال إلى الباطل وغيره، فالباطل هو ما إذا لم يكن تجارة عن تراضٍ، وغير الباطل ماكان بالاكتساب عن تراضٍ، وهذا المعنى هو الأظهر؛ لظهور الاستثناء في الاتّصال، وعلى الثاني فكلمة «بالباطل» داخلة في المستثنى منه، وهذا ظاهر.

ثمّ على التقديرين يتمّ الاستدلال بتقريب أنّ المعاطاة تجارة عن تراضٍ، وذلك بعد إحرازكونها مصداقاً للبيع، فإذا كانت تجارة عن تراضٍ فالآية المباركة تدلّ على صحّتها، لكونها ليست أكلاً للمال بالباطل.

ولا يخفى أنّ دلالة هذه الآية على صحّة المعاطاة أظهر من آية الحلّ؛ لأظهريّة كون المعاطاة تجارة عن تراضٍ عن كونها بيعاً؛ لكون التجارة أعمّ من البيع.

[الاستدلال بحديث السلطنة على صحّة المعاطاة]

قوله ﷺ: «وأمّا قوله: «الناس مسلّطون على أموالهم»[1] فلادلالة فيه على المدّعى ... إلى آخره».[2]

لا يخفى أنّ الاستدلال به لا يصحّ على صحّة المعاطاة؛ لأنّ عمومه يدلّ على صحّة تصرّف المالك في ملكه بالبيع ونحوه، وأمّا أنّه مسلّط في إيقاع البيع بأيّ لفظٍ يريد، أو بأيّ فعلٍ يشاء، فهذا أجنبيٌّ عن عمومه، فإذا توقّف وقوع البيع على إيجاده

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٢ و ٤٥٧، ح ٩٩ و ١٩٨، وفي عدّة مواضع أُخر رواه عن النبيّ ﷺ.
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بأسباب خاصّة، فمقتضىٰ السلطنة على المال هو بيعه بأسبابه بأن لا يكون ممنوعاً عن بيعه، لا تسلّطه في بيعه بغير تلك الأسباب، ولا أظنّ أحداً استدلّ به في المقام.

نعم، يمكن أن يتمسّك به في موردين آخرين:

أحدهما: فيما إذا شكّ في صحّة الإذن في التصرّفات المتوقّفة على الملك، كما إذا أذن المالك لغيره في التصرّف في ملكه بالتصرّف الموقوف على الملك، كالبيع والوقف ونحوهما، فإنّه ربما يقال بصحّة إذنه من باب عموم السلطنة.

[و] الآخر: فيما إذا أباح ماله بعوض مسمّى فيتمسّك في صحّتها أيضاً بعموم السلطنة.

فالاستدلال به في هذين الموردين له وجهٌ، إلّا أنّ الأقوىٰ أيضاً فساده، وذلك لما عرفت من أنّه ليس مشرّعاً، والإذن في التصرّف الموقوف على الملك تصرّفٌ في سلطان الشارع؛ لأنّ المفروض جعل الشارع تلك التصرّفات موقوفة على الملك، فسلطنة المالك في ماله لا يوجب سلطنته فيما للشارع أن يتصرّف فيه. وكذا الكلام في الإباحة المعوّضة؛ إذ جعلُ العوض هو المثل أو القيمة من وظائف الشارع.

وحاصل الكلام في عموم دليل السلطنة أنّه يدلّ على صحّة التصرّفات الواردة على المال في مرحلة المسبّبات، مثل البيع والصلح ونحوهما، لا السلطنة الراجعة إلى مرحلة الأسباب بأن يكون مسلّطاً على إيجاد البيع بأيّ سبب شاء، بل مقتضى سلطنته على البيع هو إيقاعه بالسبب الذي جعله الشارع ولو بالإمضاء. وهذا ممّا لا إشكال فيه، إنّما الكلام في الأمرين المتقدّمين:

أمّا الأوّل منهما - أعني السلطنة على الإذن - بأن يتصرّف الغير في ماله بما يتوقّف على الملك، فربما يقال بثبوتها بعموم «الناس مسلّطون ... إلى آخره»[1] لإرجاعه إلى التصرّف في ناحية المسبّب، حيث إنّ الإذن في التصرّف ليس تصرّفاً

---

١. تقدم تخريجه قبيل هذا.

في ناحية الأسباب التي تكون وظيفة الشارع، وربما يقال بالعدم، وذلك لأنه وإن لم يكن تصرّفاً في ناحية الأسباب، إلّا أنّه يوجب تخصيص عموم ما يدلّ على توقّف هذه التصرّفات على الملك.

والتحقيق أن يقال: إنّه لاشبهة في اعتبار الملك في الصدقة والوقف والعتق بمعنىٰ اعتبار كون المتصدّق والواقف والمعتق مالكاً لما يتصرّف فيه.

وأمّا البيع، فهل هو كالصدقة ونحوها في اعتبار دخول كلّ من العوضين في ملك مَن خرج عنه الآخر فيعتبر فيه مالكيّة كلّ من البايع والمشتري للمثمن والثمن؟ أو يصحّ خروج أحدهما عن ملك شخصٍ ودخول الآخر في ملك ثالثٍ؟

قد يقال بالثاني، وذلك لأنّ المعتبر في مفهوم البيع هو كون خروج كلّ من العوضين مع العوض في مقابل الهبة التي هي خروج بلا عوض، وأمّا دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوّض فغير لازم.

قال الأُستاذ - دام بقاؤه -: وقد يظهر التعرّض له عن بعض مطاوي كلام الشيخ ﷺ، وذكره أُستاذه ﷺ وجهاً[1]، واختاره جملة من أصحابه، ولكنّ التحقيق منافاته مع مفهوم البيع وحقيقته.

وتوضيحه: أنّه تقدّم سابقاً في تحقيق معنى البيع أنّ بين البايع والمثمن إضافة خاصّة، كالخيط المشدود أحد طرفيه على رقبة المالك والطرف الآخر على المال، وكذا بين المشتري والثمن، فالبيع في عالم الاعتبار يمكن أن يكون عبارةً عن حلّ البايع ماله عن طرف تلك الإضافة، مع بقاء إضافته، وشدّه على إضافة المشتري، وحلّ المشتري الثمن من طرف خيطه وشدّه في موضع المثمن.

هذا هو الظاهر من تعريفه لغةً وعرفاً، أعني: تبديل مالٍ بعوضٍ، بحيث تكون

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

المبادلة بين المالين والطرفين، لابين نفس الإضافتين، ويمكن أن يكون اعتباره بتبديل الإضافة بالإضافة، وعلى كلا التقديرين فاللازم هو اعتبار خروج كلّ من العوضين عن ملك من دخل في ملكه الآخر.

أمّا على الأوّل فظاهر، فإنّه إذا فكّ المبيع عن طرف الإضافة التي بينه وبين زيد مثلاً، وشدّه على طرف الإضافة التي بين عمرو وماله بإزاء شدّ المال الذي كان في طرف إضافة عمرو على إضافة بكر، لم يصر بيعاً؛ لأنّ الإضافة التي كانت بين زيد وماله حينئذ تصير بلاطرف، ولم يكن بين بكر وبين شيء إضافة قد فُكّ طرفها لكي يشدّ طرف إضافة عمرو موضعه، بل ليس هذا إلّا هبة وهبة بمعنىٰ أنّ زيداً وهب ماله لعمرو، وعمرو وهب ماله لبكر مجّاناً في كليهما، فما يتوهّم أنّه بيعٌ لا يكون بيعاً، بل هنا هبتان مجّانيّتان.

وأمّا على الثاني -أعني كون التبديل في نفس الإضافة- فكذلك أيضاً؛ إذ الإضافة التي بين عمرو وماله منتقلة حينئذ إلى بكر، وتشدّ طرفها على رقبة بكر بإزاء فكّ الإضافة التي بين زيد وماله، وشدّها على رقبة عمرو، مع أنّ التحقيق في باب البيع هو المعنى الأوّل، وعلى هذا فلا فرق بين البيع وبين الصدقة ونحوها في اعتبار خروج المال عمّن دخل العوض في ملكه، وحينئذ فإذا قلنا بدلالة عموم دليل السلطنة على صحّة تصرّف المالك في ماله بإذنه للآخر في التصرّف فيه بما يتوقّف على الملك، كان اللازم في صحّة ذلك تقدير الملك آناًما قبل التصرّف لكي يتحقّق التصرّف الصحيح.

والمراد من «تقدير الملك آناًما» هو السير في الطريق الإعوجاجي، ففي بيع مال الغير عن نفسه مثلاً لا يخرج المال عن ملك مالكه الآذن إلى ملك المشتري، بل يدخل في ملك المأذون حين البيع، ثمّ يخرج عن ملكه إلى ملك المشتري، ويأخذ

المال طريقه إلى المشتري بهذا الطريق المعوج، وإذا لم نقل بدلالة عموم دليل السلطنة على ثبوت هذه السلطنة للمالك فليس بيعه صحيحاً حتّى نحتاج إلى هذا المسير الإعوجاجي.

فنقول: قد تقرّر في موضعه أنّه إذا كان ثبوت حكم من وضع أو تكليف في موضوع مستلزماً لثبوت أمر آخر ولم يكن دليل الحكم متكفّلاً لإثبات ذلك الأمر، فلا يخلو إمّا أن يكون إثبات الحكم في المورد المذكور بدليل خاصّ به، أو يكون بدليل عامّ له أفراد متعدّدة، وكان ثبوت الحكم في بعضها متوقّفاً على ثبوت ذلك الأمر الذي لم يقم الدليل على إثباته، وفي بعض آخر غير متوقّف على ثبوته.

ففي الدليل الخاصّ يثبت الحكم في المورد، ويستكشف من ثبوته ثبوت ذلك الأمر بدلالة الاقتضاء؛ لأنّ الأمر يدور بين عدم الالتزام بثبوت الحكم في هذا المورد، وبين الالتزام بثبوته بلازمه، لكنّ الأوّل مستلزم لطرح الدليل وبقائه بلا مورد، ويلزم من ذلك لغويّة الدليل، فيتعيّن الالتزام به وإثبات لازمه؛ فراراً عن لزوم اللغويّة.

وأمّا في الدليل العامّ فلا طريق إلى إثبات الحكم في المورد الذي يتوقّف ثبوته على إثبات أمر آخر، بل ينصرف الدليل إلى ما عدىٰ ذلك المورد، ولا يلزم منه طرحه ولا بقاؤه بلا مورد.

إذا عرفت ذلك فاعلم إنّ إثبات السلطنة للمالك في الإذن في تصرّف الغير تصرّفاً موقوفاً على الملك من قبيل الثاني، أعني إثبات اللازم بالدليل العامّ، فإنّ عموم دليل السلطنة له أفراد متعدّدة، منها تصرّف المالك في ماله بما يرجع إلى ناحية المسبّب، كالبيع ونحوه، ومنها إذنه لغيره في الفعل الموقوف على الملك، كأن يقول له: اشتر بمالي شيئاً لك، أو أعتق عبدي عنك، أو تصدّق بمالي عنك، وهكذا الكلام في عكس هذه الأُمور، كأن يقول: أعتق عبدك عنّي، أو تصدّق بمالك

عنّي، أو اشتربمالك شيئاً لي، فإنّ هذه كلّها تتوقّف صحّتها على السيرفي الطريق الإعوجاجي المتقدّم، مع عدم تكفّل العموم لإثباته، وحينئذ يكون إثبات السلطنة في هذه الموارد بدليل العموم من قبيل الأصل المثبت، وقد فصّلوا في الأصل المثبت بين الواسطة الخفيّة والجليّة، وهذا التفصيل وإن كان في موضعه يمكن المنع عنه، كما تقرّرفي الأُصول، لكن لا بأس به في المقام، وعلى هذا فإن كان توقّف ثبوت هذه السلطنة على تحقّق هذا اللازم أمراً جليّاً يعرفه العرف، بحيث لا يرون تصرّف المالك في ملكه ببيعه عن غيره إلّا بإنتقاله إلى الغير، ثمّ البيع عنه، أو بيعه عن نفسه وانتقال عوضه إليه لا يمكن إثباته بالعموم؛ لأنّ العموم لا يكون متكفّلاً له حينئذ؛ لتوقّفه على هذه المؤونة الزائدة، لا أنّه شامل لها، ويثبت به ذاك اللازم وإن كان التوقّف أمراً خفيّاً بنظرالعرف، بحيث لا يرون بيعه مالَه عن غيره إلّاكبيعه عن نفسه، ولابيع مال غيره عن نفسه إلّاكبيع ماله، ولايكون شمول هذا العموم لهذا التصرّفات متوقّفاً على إثبات هذا اللازم بنظرالعرف وإن كان متوقّفا عليه بنظرعلمي عقلي، لاعرفي، فاللازم شمول العموم للمورد وإثبات تلك السلطنة به.

والإنصاف صحّة دعوى خفاء الواسطة، وعليه فلا منع عن التمسّك بالعموم لإثبات السلطنة على مثل هذه التصرّفات، فيستدلّ حينئذ بعمومها على صحّة التصرّفات المتوقّفة على الملك في المعاطاة بناءً على القول بالإباحة، كما أنّه يلتزم في مثل: اشتربهذا الدرهم شيئاً لنفسك، إمّا بانتقال الدرهم إلى المأذون قبل الشراء آناًما، وإمّا بانتقال ذلك الشيء عن مالكه إلى مالك الدرهم الآذن، ثمّ انتقاله عنه إلى المأذون، ولكن مقتضى ظاهرقضيّة اشترلنفسك هو الأوّل، وأنّ الشراء يقع ابتداءً للمأذون، وعلى هذا يكون عموم السلطنة أيضاً موافقاً مع السيرة ويتعدّد الدليل.

هذا غاية ما يمكن تقريره لصحّة التمسّك بدليل السلطنة في المقام، ولكن للمنع عنه مجالٌ؛ إذ بعد اللتيّا والتي لا يثبت هذا دلالة الاقتضاء؛ لإثبات الواسطة وتقدير الملك آنًا ما، وسيجيء تتمّة الكلام في التنبيه الرابع من تنبيهات المعاطاة، إن شاء الله تعالى.

هذا تمام الكلام في التمسّك بعموم السلطنة لإثبات السلطنة على هذه التصرّفات.

وأمّا الأمر الثاني، أعني التمسّك به لإثبات السلطنة على الإباحة بالعوض المسمّى، فأمره أشكل، بل لا يصحّ أصلاً.

وتوضيحه: أنّ ضمان المال إمّا معاوضي، وإمّا مترتّب على قاعدة اليد أو الإتلاف، وهذان الضمانان لا يجتمعان، ففي كلّ مورد يتحقّق الضمان المعاوضي لا يتحقّق ضمان اليد والإتلاف، وإذا لم يكن هناك ضمان معاوضي ينتهي الأمر إلى قاعدة ضمان اليد والإتلاف، لكن تحقّق الضمان المعاوضي يتوقّف على أمرين:

الأوّل: إنشاء المتعاملين عقداً معاوضيّاً.

الثاني: إمضاء الشارع للعقد المذكور.

فإذا تحقّق الأمران يتمّ الضمان المعاوضي، وإذا انتفيا، أو أحدهما، وصلت النوبة إلى ضمان اليد.

والعقد المعاوضي في المورد المبحوث عنه مفقود حسب الفرض، فعلى القول بكون المعاطاة مفيدةً للإباحة لاعقدَ معاوضي في البين، فليس هنا ما يوجب الضمان المعاوضي، فلابدّ فيه من القول بضمان اليد، فالجمع بين الضمانين غير معقول، فعموم السلطنة لا يمكن شموله لإثبات السلطنة على التضمين بسبب اليد بالضمان المعاوضي، كما لا يخفى.

[فيما أورده الشيخ الكبير الكاشف الغطاء على القول بالإباحة]

قوله ﷺ: «ومنها أنّ العقود وما قام مقامها ... إلى آخره»[١].

اعلم أنّه قد أورد الشيخ الأكبر ﷺ على القول بالإباحة وجوهاً من الإشكال لابدّ من التعرّض لها وتنقيحها[٢].

الأوّل: إنّ القول بالإباحة مستلزم لتخلّف العقد عن القصد، مع أنّ العقود تابعة للقصود، أمّا تخلّف العقد عن القصد؛ فلأنّ المتعاطيين قاصدان للتمليك وهو لم يقع، والواقع - أعني الإباحة - غير مقصود لهما.

وأمّا بطلان التالي - أعني تخلّف العقد عن القصد - فلأنّ إمضاء الشارع إنّما تعلّق بالعقود المعهودة المعمولة عند العرف، وإذا أوقع المتعاقدان عقداً بالقصد والإرادة وأوجداه بالإنشاء فإن كان متعلّقاً لإمضاء الشارع كان صحيحاً، وإلّا كان فاسداً، فصحّة العقد في الخارج موقوفةٌ على أمرين، أحدهما صدوره من المتعاقدين بالقصد، لكونه أمراً إنشائيّاً متوقّفاً على القصد، وثانيهما إمضاء الشارع لما صدر منهما بالإنشاء، فإذا تحقّق الأمران صحّ العقد، وعند انتفائهما أو انتفاء أحدهما، لا يصحّ. ففي المعاطاة إنّما يكون الصادر من المتعاطيين هو البيع والتمليك، والمفروض عدم وقوعه؛ لعدم إمضاء الشارع له، والإباحة لم تصدر منهما لكي يتعلّق بها الإمضاء، ولازم ذلك عدم تحقّق شيء من البيع والإباحة، أمّا البيع فلعدم الإمضاء، وأمّا الإباحة فلعدم صدورها عنهما.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ ما أفاده المصنّف ﷺ في دفع هذا الإشكال بأنّ تخلّف العقد عن القصد غير عزيز، ليس بصحيح، ضرورة عدم إمكان التخلّف بما بيّناه، وما عدّه من موارد التخلّف لا يكون منها حسبما سيظهر.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. شرح القواعد، كاشف الغطاء، الورقة ٥٠. للمزيد راجع كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٤-٤٦-.

والجواب عنه: هو ما قدّمناه في أوّل بحث المعاطاة من أنّه بناءً على القول بالإباحة والالتزام بعدم مصداقيّة الفعل للبيع، لاتخلّف أصلاً، وإنّما التخلّف في الداعي.

وتوضيحه - زيادة عمّا تقدّم -: أن يقال: الداعي بحسب الاصطلاح عبارة عمّا لم يكن هو بنفسه متعلّق الإرادة الفاعليّة، وكان منشأ لتعلّق الإرادة بشيء إذا كان تحقّق ذاك المراد متوقّفاً على تحقّق ما هو خارج عن حيّز قدرة الفاعل، كصيرورة البذر سنبلاً، المتوقّف بعد إلقائه في الأرض على مبادئ أُخر من العوامل الأرضيّة والسماويّة والحركات السفليّة والعِلويّة، فلمكان خروجه عن قدرة الفاعل؛ لخروج بعض مباديه عن قدرته، لا يعقل أن يتعلّق به الإرادة الفاعليّة، ولمكان إمكان ترتّبه على إلقاء البذر في الأرض يصير منشأً لفاعليّة الفاعل وتعلّق إرادته بإلقاء البذر، والذي هو بنفسه مقدور للفاعل خارج عن باب الداعي، وكذا العلّة التامّة للفعل إذا كانت مقدورة للفاعل، والجزء الأخير من العلّة التامّة إذا كان مقدوراً له، فإنّ ذلك كلّه بنفسه مراد للفاعل بالإرادة الفاعليّة، ويكون الداعي له شيء آخر، وقد بسطنا الكلام في ذلك في غير موضع من تحريرات الأُصول حسب ما أفاده شيخنا العلّامة أدام الله أيّامه.

إذا تحقّق ذلك فنقول: فعل التمليك بما هو مصداقه مقدور للفاعل، فيمكن أن يصير متعلّقاً للإرادة بنفسها، وفعله وإنشاؤه بما ليس مصداقاً له، بل هو مصداق للإباحة، ليس مقدوراً للفاعل؛ إذ لا يعقل تحقّق الشيء بوجود ما هو أجنبيّ عنه ومباين معه، وإذا لم يكن التعاطي مصداقاً للتمليك بل كان مصداقاً للإباحة والتسليط لا يعقل أن يتعلّق به الإرادة الفاعليّة بمعنىٰ إيجاد التمليك به، بل إنّما إرادة التمليك يصير داعياً لإيجاد مصداق التسليط بإرادته واختياره، كما أنّ صيرورة البذر سنبلاً يصير داعياً في إلقائه في الأرض، ولمّا كان الفعل مصداقاً للتسليط وكان صدوره عنه بالإرادة والإختيار، كان ذلك موجباً لصحّة الحكم بتحقّق التسليط بالفعل، كما أنّ

عدم ترتّب التمليك عليه منشأً لتخلّف الداعي عن المراد، فما قصده المتعاطيان - أعني التسليط - واقع من غير لزوم تخلّف المقصود عن القصد، وما لم يقع - أعني التمليك - فهو ممّا لم يتعلّق به القصد والإرادة الفاعليّة؛ لكونه من قبيل الداعي، وذلك لاستحالة إيجاده بما لا يكون من مصاديقه.

فظهر بما ذكرنا أنّ الفعل المعاطاتي غير متخلّف عن القصد أصلاً - بناءً على القول بالإباحة - وإنّما المتخلّف هو الداعي، وتخلّفه ليس بعزيز.

ولا يخفى بأنّ هذا كلّه - بناءً على عدم مصداقيّة التعاطي للتمليك - حقٌّ لا غبار عليه بوجه.

وإنّما الكلام في أصل المبنى، وقد تقدّم صحّة صيرورة الفعل مصداقاً للتمليك، كصحّة صيرورته مصداقاً للإباحة، بما لا مزيد عليه، وعليه فإيجاد البيع بالفعل ليس إلّا كإيجاده بالقول في كونه مقدوراً قابلاً لأن يتعلّق به الإرادة الفاعليّة، هذا هو التحقيق في المقام.

ولكن للمصنّف ﷺ دفع هذا الاستبعاد تارة بالحلّ وأُخرىٰ بالنقص بالموارد التي تخلّف العقد فيها عن القصد، ومحصّل ما أفاده في الحلّ هو المنع عن كون المعاطاة عند القائلين بالإباحة عقداً ولا قائماً مقامه، وقال:

> بأنّ تبعيّة العقد للقصد إنّما هي في العقود الصحيحة التي دلّ الدليل على صحّتها، فلا يمكن الحكم بصحّتها مع عدم ترتّب الأثر المقصود عليها، وأمّا المعاملات الفعليّة التي لم يدلّ دليل على صحّتها فلا يحكم بترتّب الأثر المقصود عليها. نعم إذا دلّ الدليل على ترتّب أثرٍ مخصوص عليها حكم به وإن لم يكن مقصوداً[1].

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٦-٤٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم)، بتفاوة في بعض الألفاظ.

وبالجملة فحديث تبعيّة العقود للقصود إنّما يتمّ فيما كان عقداً، والمعاطاة على القول بالإباحة خارجة عن موضوع العقد.

ولا يخفى ما فيه؛ لأنّ المراد من العقود التي يقال بلزوم تبعيّتها للقصود ليس هو خصوص العقود اللازمة المنشئة بالصيغة، بل المراد منها مطلق العقد ولو كان من العقود الإذنيّة الحاصلة بالفعل والرضا، فهذا الدفع ليس بشيء.

وأمّا الموارد التي جعلها من موارد تخلّف العقد عن القصد فشيء منها لا يكون من موارده، بل كلّها خارجة عن مورد تخلّف العقد عن القصد.

أمّا الأوّل: وهو إطباقهم على أنّ عقد المعاوضة إذا صار فاسداً يؤثّر في الضمان بالمثل والقيمة، مع أنّ قصد المتعاملين إنّما هو الضمان بالمسمّى.

ففيه: إنّ الضمان في المأخوذ بالعقد الفاسد ليس من آثار المعاملة، وإنّما هو من جهة اليد، وليس تمسّكهم بقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»[1] لأجل إثبات الضمان المعاوضي، وذلك لأنّ هذه القاعدة ليست قاعدة مستقلّة في مقابل قاعدة اليد، بل إنّما هي مأخوذة عنها، فيكون ذكرها هناك من باب الإشارة إلى قاعدة اليد، وعطف الاستدلال بـ«قاعدة اليد» على قاعدة «ما يضمن» في بعض العبائر لا يدلّ على الإثنينيّة، وعلى تقدير الدلالة فيرد على هذه العبارة المنع عن التغاير؛ لأجل عدم وجود مستند لقاعدة ما يضمن عدا قاعدة اليد على ما سيجيء الكلام فيها إن شاء الله تعالى.

وأمّا الثاني: وهو أنّ الشرط الفاسد ممّا لم يقصد المتعاملان إلّا اقتران المعاملة به، وإذا لم يكون مفسداً يلزم وقوع المعاملة عارية عن الشرط، وهو مستلزم لتخلّف العقد عن القصد؛ لأنّ المقصود إنّما كان العقد المقترن بالشرط، والواقع هو المجرّد عن الشرط.

---

١. للمزيد راجع ص ٣٤١ - ٣٦٨، والقواعد الستة عشر الكاشف الغطاء، ص ٢٠، القاعدة ٦.

ففيه: إنّ الوجه في صحّة المعاملة حينئذ عند القائلين بها إنّما هو الالتزام بتعدّد المطلوب، بدعوى أنّ أصل المعاملة كان مطلوباً واقترانها بالشرط مطلوب آخر، وعدم تحقّق الأخير لا يستلزم عدم وقوع المطلوب الأوّل، ومع كونه مطلوباً مستقلّاً لايكون تخلّف في البين أصلاً.

وأمّا الثالث: وهو أنّ بيع ما يملك ومالايملك صحيح عند الكلّ بالنسبة إلى ما يملك، مع أنّ المقصود كان بيعهما معاً وهو لم يقع، وما وقع أعني بالنسبة إلى ما يملك لم يكن مقصوداً.

ففيه: إنّ ملاك الصحّة عند من يقول بها بالنسبة إلى ما يملك إنّما هو انحلال العقد إلى عقدين، كلّ منهما مقصود ضمناً، ويكفي في تبعيّة العقد للقصد تحقّق القصد ولو كان ضمنيّاً، ولذا يحكم بكون تبعّض الصفقة مطابقاً للقاعدة.

وأمّا الرابع: وهو بيع الغاصب لنفسه ووقوعه للمالك إذا أجاز، حيث إنّه أيضاً مستلزم لتخلّف العقد عن القصد.

ففيه: إنّ الأقوال في بيع الغاصب لنفسه ثلاثة:

منها: القول بالفساد وعدم تأثير الإجازة أصلاً.

ومنها القول بالصحّة ووقوعه للغاصب بالإجازة، وعلى هذين القولين فلا نقض أصلاً.

ومنها: وقوعه للمالك بالإجازة

وعلى هذا أيضاً لا يلزم محذور تخلّف العقد عن القصد؛ لأنّ الغاصب أوقع المعاملة حقيقة، وقوام المعاوضة إنّما هو بدخول العوض في ملك من خرج عنه المعوّض، لما عرفت من أنّه لا معنى لخروج المثمن عن ملك شخص ودخول الثمن في ملك ثالث؛ لخروجه عن حقيقة البيع، فالغاصب الذي يبيعه عن نفسه لابدّ في قصده من أن يقصد البيع عن المالك، ويبنى على أنّه المالك لكي يتمشّى عنه

قصد البيع حقيقة، والإجازة تتعلّق بما وقع من الغاصب عن قصده، وهو صدور البيع عن المالك ودخول العوض في ملك المالك، وأمّا بناء الغاصب على أنّه هو المالك فيصير لغواً ساقطاً فلم يلزم التخلّف؛ لأنّ الصادر من الغاصب حينئذ هو البيع عن المالك والواقع هو أيضاً يكون البيع من المالك بلا تخلّف في البين أصلاً.

وأمّا الخامس: وهو أنّ ترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع موجب لإنقلابه دائماً عند جملة من الأصحاب، مع أنّه خلاف المقصود.

ففيه: أنّ القول بالإنقلاب متوقّف على الالتزام بكون الدوام والانقطاع حقيقة واحدة لا نوعين متغايرين، غاية الأمر أنّه إذا ذكر الأجل كان متعة، وإذا لم يذكر كان دواماً، ففي مثله أيضاً يتعدّد القصد وهو القصد إلى إيقاع طبيعة النكاح، وقصد خصوصيّة الانقطاع، وعدم وقوع المقصود الأخير لأجل ترك ذكر الأجل لا يستلزم تخلّف العقد عن القصد بعد كون حقيقة العقد أيضاً مقصوداً.

فظهر أنّ شيئاً من هذه الموارد لا يعدّ نقضاً لقاعدة وجوب تبعيّة العقد للقصد، مع أنّك قد عرفت عدم إمكان التخلّف بحسب الاعتبار العقلي على ما بيّنّاه.

هذا تمام الكلام في الوجه الأوّل من وجوه الإشكال على القول بالإباحة من استلزامه لتأسيس قواعد جديدة، وقد عرفت المنع عن استلزامه.

قوله ﷺ: «ومنها: أن يكون إرادة التصرّف من المُملِّكات ... إلى آخره»[1].

هذا هو الوجه الثاني من وجوه الاستبعاد، وليعلم أنّ استلزام القول بالإباحة لتأسيس القواعد الجديدة متوقّفٌ على استلزامه لأمر مخالف مع القواعد، مع انعدام نظيره له في غير باب المعاطاة، فلو انتفى الأمران أو أحدهما بأن لم يكن الأمر اللازم

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

من القول بالإباحة مخالفاً للقواعد، أوكان مخالفاً معها ولكن لم يكن مختصّاً بباب المعاطاة، بل ثابتاً في غيره أيضاً، فلا يلزم من القول به تأسيس قواعد جديدة؛ لأنّ تأسيسها لازم ولو لم نقل في المعاطاة بالإباحة.

إذا عرفت ذلك فاعلم إنّ مُملكيّة التصرّف أو إرادة التصرّف - على الاختلاف في أنّ المملّك هل هو نفس التصرّف أو إرادته - غير مختصّة بباب المعاطاة بناءً على الإباحة، بل كما يلزم في هذا الباب كذلك يلزم في فسخ ذي الخيار في زمن خياره إذا كان فعليّاً، وفي رجوع الواهب في العين الموهوبة أيضاً إذا كان الرجوع فعليّاً، بأن تصرّف تصرّفاً موقوفاً على الملك، فالتصرّفات الموقوفة على الملك من المتعاطيين في باب المعاطاة بناءً على الإباحة، نظير تصرّفات ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالعقد الخياري الهبة، وتطبيقه على قاعدة من القواعد لا يستلزم تأسيس قواعد جديدة من ناحية القول بالإباحة في باب المعاطاة.

وأمّا وجه صحّة هذه التصرّفات مع توقّفها على الملك فالمنقول عن الشيخ الفقيه ﷺ هو التصحيح بمُملّكيّة نفس التصرّف[1]، والمذكور في عبارة الكتاب هو جعل إرادة التصرّف مملّكاً[2]، فلابدّ من أن ينظر في أنّ المملّك في هذه الموارد - أعني في مورد تصرّف ذي الخيار أو الواهب فيما انتقل عنه بالتصرّف المتوقّف على الملك، وتصرّف كلّ من المتعاطيين فيما صار بيده بإعطاء الآخر بهذا النحو من التصرّف - هل هو نفس التصرّف المتوقّف على الملك على نحو الطريق الإعوجاجي وتقدير الملك التامّ؟ أو أنّ المملّك هو إرادة التصرّف السابقة على التصرّف، لا التصرّف نفسه؟

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٣١٥.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

[أنحاء التصرّفات الموقوفة على الملك]

فنقول: التصرّفات الموقوفة على الملك على **أنحاء ثلاثة:**

الأوّل: التصرّفات المتلفة، كالأكل والشرب ونحوهما ممّا ينتفي به المال المتصرّف فيه خارجاً.

الثاني: التصرّفات الناقلة، كنقل المال إلى آخر بعقد معاوضي.

الثالث: الوطي؛ حيث إنّه أيضاً متوقّف على الملك.

أمّا القسم الأوّل: فنفس الإتلاف بما هو إتلاف لا يتوقّف على الملك، وإنّما الموقوف عليه هو ثبوت ضمان المسمّى في العهدة بسبب الإتلاف، حيث إنّ مقتضى قاعدة اليد - على ما تقدّم - هو ثبوت ضمان المثل أو القيمة عند التلف، وأمّا ثبوت المسمّى فهو متوقّف على تحقّق المعاوضة والمبادلة لكي يثبت به ضمان المسمّى، وحينئذ نقول: لا إشكال في أنّ ثبوت العهدة بالمثل أو القيمة إنّما هو بعد التلف، فهل ثبوت المسمّى في العهدة أيضاً كالمثل والقيمة يمكن أن يكون بعد التلف؟ أو أنّه لابدّ من أن يكون في حال وجود العين وقبل التلف؟

فربما يقال بالأوّل، وذلك بدعوى عدم التفاوت بين تعلّق العهدة بالضمان بالمثل أو القيمة الناشئ من اليد، وبين تعلّقها بضمان المسمّى، فكما أنّه في ضمان المثل والقيمة بالعهدة يكون بعد التلف فكذا في ضمان المسمّى.

ولا يستشكل بأنّ ضمان المسمّى يتوقّف على المعاوضة الموقوفة على إيقاع العقد المعاوضي، فنفس التواطئ على الضمان بالمسمّى لا يوجب قراره؛ لأنّ قراره بالتواطئ إنّما هو وظيفة الشارع، وليس لأحد غيره جعل السبب، وإنّما الناس مسلّطون على أموالهم بالتصرّف بأنحاء الأسباب المجعولة، لا أنّ لهم السلطنة في

جعل الأسباب. وذلك، لأنّ تثبيت ضمان المسمّى على المتلف ليس من وظائف الشارع، بل هو من أنحاء السلطنة على المال الثابتة ببركة دليل عموم السلطنة.

وبالجملة فحال الضمان بالمسمّى هو بعينه حال ضمان المثل والقيمة.

وربما يقال بالثاني، وذلك لما ذكرنا في وجه الإشكال في كونه كالضمان بالمثل والقيمة من كونه تصرّفاً في سلطان الشارع، لا في مال نفسه، لأنّ الترخيص في إتلاف مالٍ بعوضٍ مسمّى يتوقّف على سببٍ معاوضي، والمعاوضة لابدّ وأن يتحقّق بين الموجودين، ولا يعقل تحقّقها بعد التلف، فمن صحّة التصرّف المتلف بضمان المسمّى لابدّ وأن نلتزم بتحقّق المعاوضة قبل تحقّق التلف؛ لكي يقع التلف على مال التملف لا المالك الأوّل، وقد تقدّم سابقاً أنّ الأخير هو المطابق للتحقيق.

وكيف كان فلازم الوجه الأوّل هو وقوع التلف على المالك الأوّل، وتعلّق ضمانه المسمّى على عهدة المتلف بعد التلف، ولايحتاج حينئذ إلى إدخال المال في ملكه قبل التلف لكي يقع البحث عن السبب المُملّك، وأنّه هل هو نفس التصرّف أو إرادته.

وعلى الثاني فنحتاج في تصحيح الحكم بصحّة ضمان المسمّى إلى الالتزام بمالكيّة المتلف قبل التلف لكي يتحقّق المعاوضة الموجبة لقرار ضمان المسمّى التي عرفت أنّها لا تقع إلّا بين الموجودين، فلابدّ من أن تكون قبل التلف، وحينئذ فيقع البحث في أنّ المملّك هل هو قصد التصرّف وإرادته أو نفس التصرّف المتلف؟ ومعنى كون إرادة التصرّف مملّكاً هو انتقال المال عن مالكه إلى المتصرّف، ثمّ وقوع التصرّف في ماله بعد انتقاله إليه في الرتبة السابقة على التصرّف، ومعنى كون التصرّف مملّكاً هو كون هذا التصرّف الصادر من المتصرّف علّة لمعلولين طوليين: أحدهما انتقال المال عن المالك إلى المتصرّف بواسطة هذا التصرّف، وثانيهما كون

التلف عنه اللازم لانتقاله إليه، فعلى تقدير مملّكيّة الإرادة يكون الانتقال عن المالك إلى المتصرّف قبل التصرّف، وعلى تقدير مملّكيّة نفس التصرّف يكون الانتقال متأخّراً عنه معلولاً له.

ثمّ لا يخفى أنّ هذا الثاني هو المعبّر عنه بـ«تقدير الملك» و«الطريق الإعوعاجي» وأنّ المراد بـ«التقدير» هو انتقال المال عن مالكه إلى المتصرّف، ثمّ تلفه عنه أو انتقاله عنه حقيقة، وليس المراد بـ«التقدير» هو صرف فرض مالكيّة المتصرّف وتصوّره، بحيث لا يكون له واقعيّة أصلاً إلّا محض تصوّره.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ في كلّ مورد أمكن الالتزام بالصحّة بالالتزام بمملّكيّة نفس التصرّف، فلا ينتهي النوبة إلى الالتزام بمملّكيّة الإرادة، وفي كلّ مورد لم يكن الالتزام بمملّكيّة التصرّف مصحّحاً لهذا التصرّف المتوقّف على الملك يجب الالتزام بمملّكيّة الإرادة. ووجه ذلك هو تأخّر مملّكيّة التصرّف عن نفس التصرّف، وتقدّم الانتقال على تقدير مملّكيّة الإرادة، ومن المعلوم أنّ الالتزام بخروج المال عن مالكه الأوّلي على تقدير الحاجة إلى الالتزام به لابدّ وأن يكون بمقدار الحاجة، ومع التفضّي عن ذلك بالالتزام بخروجه في المرتبة المتأخّرة عن التصرّف لا حاجة إلى الالتزام به في المرتبة السابقة على التصرّف، فيكون الالتزام به حينئذ من قبيل الالتزام بما لا يلزم، لكن في صحّة التصرّفات المتلفة لا موجب للالتزام بالانتقال قبل التصرّف؛ إذ يكفي في صحّة الضمان بالمسمّى انتقال المال المتصرّف فيه إلى المتصرّف بنفس تصرّفه، وصيرورة عوضه المسمّى على عهدته ثمّ وقوع التلف عنه، لما قد عرفت من أنّ الضمان المعاوضي يحتاج إلى المعاوضة بين الموجودين، والمال المتصرّف فيه في رتبة التصرّف موجود، وإنّما يصير تالفاً بسبب التصرّف، فكما أنّ التصرّف يكون علّة لتلفه كذلك يصير علّة لانتقاله إلى المتصرّف بواسطة التصرّف بعوض المسمّى،

فالتصرّف كما تقدّم علّة المعلولين طوليين: أحدهما انتقال المال عن مالكه الأولّي إلى المتصرّف، وثانيهما تلفه عن المتصرّف. هذا حال التصرّفات المتلفة.

القسم الثاني: التصرّفات الناقلة للملك، وهذا النحو من التصرّف يتوقّف على الملك، وذلك بواسطة ما تقدّم من أنّ طبع المعاوضة يقتضي أن يكون البدل قائماً مقام المبدل، فإذا كان العوض منتقلاً إلى المتصرّف يجب لا محالة أن يكون المعوّض منتقلاً عنه أيضاً؛ لتحقّق المعاوضة والمبادلة. فحينئذ لا محيص إلّا عن الالتزام بانتقال المال المتصرّف فيه عن مالكه الأوّلي إلى المتصرّف، ثمّ انتقاله إلى من ينتقل المتصرّف إليه، لكن يجب النظر في أنّ المعتبر في مالكيّة المتصرّف هل هو حال السبب أو حال المسبّب؟ وبعبارة أوضح بعد أنّه لاشبهة في لزوم كون المتصرّف مالكاً يقع الكلام في أنّ اللازم هل هو اعتبار مالكيّته حين الإنشاء وإيجاد السبب، أو أنّه يكفي كونه مالكاً في رتبة تحقّق المسبّب بإنشاء السبب؟ فعلى الأوّل فلابدّ في اعتبار تقدّم الانتقال إليه على تصرّفه الناقل لكي يكون التصرّف الناقل مقارناً مع مالكيّته، فاملّك حينئذ يصير هو الإرادة المتقدّمة على التصرّف، فبالإرادة يصير مالكاً ويقع تصرّفه في حال مالكيّته. وعلى الثاني فلا حاجة إلى اعتبار تقدّم الانتقال على التصرّف، بل يكفي تحقّق الانتقال ولو كان معلولاً للتصرّف ومتأخّراً عنه، فبالتصرّف - أعني إيجاد السبب - ينتقل المال عن مالكه إليه، ثمّ ينتقل عنه إلى من يريد أن ينتقل إليه، فيكون لتصرّفه هذا معلولان طوليان: أحدهما الانتقال عن المالك إليه، وثانيهما الانتقال عنه إلى غيره، والمعلول الأخير متأخّر عن المعلول الأوّل، فيكون الانتقال عنه في حال مالكيّته ولا يخفى أنّ هذا الأخير هو الأقوى؛ وذلك لأنّ المستفاد من مثل: «لابيع إلّا في ملك»[1] ليس الاعتبار ملكيّة المبيع حين البيع بمعنى

---

١. **الكافي**، ج ٧، ص ٣٠، باب ما يجوز من الوقوف و...، ح ١؛ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٣٢، الباب ١٢ من أبواب مقدّماته وشروطه، ح ١.

المسبّب؛ لما عرفت مراراً من أنّ هذه الأسامي أسامي للمسبّبات لا للأسباب، ونتيجة ذلك هو اعتبار ملك المتصرّف في حال تحقّق النقل عنه بمعنى الإسم المصدري، والمعتبر في قوام المعاملة أيضاً ليس بأزيد من انتقال المعوّض عمّن ينتقل إليه العوض، كما مرّ نظيره في بيع الكلّي في الذمّة، حيث إنّه بنفس إنشاء السبب يعتبر الكلّي في ذمّة البايع ثمّ ينتقل عنه إلى المشتري، ولايحتاج إلى اعتباره قبل البيع المصدري حتّىٰ يقال بأنّه لامنشأ لاعتباره قبله، إذا الإنسان لا يملك في ذمّته شيئاً، فالحاجة إلى الالتزام بانتقال المال المتصرّف فيه عن مالكه إلى المتصرّف ترتفع بالالتزام بكونه بعد التصرّف، ولايحتاج في هذا القسم إلى اعتبار مملّكيّة الإرادة، فهذا القسم أيضاً كالقسم الأوّل في كفاية مملّكيّة التصرّف.

القسم الثالث: الوطئ، وقد استصعب المحقّق الثاني حكمه من حيث الجواز والحرمة، وقال بحرمة أوّل ما يتحقّق منه[1]، و إن كان يحصل به الحلّيّة أيضاً، وذلك لأنّه بالتصرّف يصير مالكاً فيكون أوّل جزء من التصرّف واقعاً في غير ملكه، وحيث إنّه لاوطئ إلّا في ملك يكون هذا الجزء حراماً، ولمّا يحصل به الملك تتعقّبه الحلّيّة في بقيّة أجزائه، ولا يخفى ما فيه؛ لأنّ حرمة الوطئ مع السلطنة عليه المفروض ثبوتها في المعاطاة، وفي زمان الخيار ممّن له الخيار، وعن الواهب في العين الموهوبة لا يجتمعان، إذ مقتضى حرمة الوطئ هو الحرمان عنه في عالم التشريع، ومقتضى السلطنة عليه كونه مسلّطاً عليه، بحيث له أن يفعل، والسلطنة عليه مع الحرمان عنه تشريعاً لا يجتمعان، فمقتضىٰ السلطنة عليه هو جوازه ولو بجزئه الأوّل، ويكون نفس ذلك التصرّف الوطئي مملّكاً، فهذا القسم أيضاً كالقسمين الأوّلين يكون المملّك هو التصرّف، فظهر أنّ في جميع هذه الأقسام

---

١. جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٨.

يكون التصرّف هو المملّك، لإرادته، إلّا في القسم الثاني على احتمال أن يكون الموقوف على الملك هو إيجاد السبب لا المسبّب. هذا تمام الكلام في الوجه الثاني من وجوه الاستبعاد.

قوله ﷺ: «ومنها: أنّ الأخماس والزكوات ... إلى آخره»[1].

هذا هو الوجه الثالث من وجوه الاستبعاد في القول بالإباحة، وقد ذكر ﷺ موارد تسعة ممّا يلزم فيها تأسيس القواعد الجديدة على القول بالإباحة، ولا يخفى أنّ مخالفة هذه الموارد مع القواعد إنّما يلزم مع عدم تصرّف كلّ واحد منهما فيما صار إليه بالمعاطات؛ ولذا ذكر في آخر كلامه ابتناء لزوم المحذور على العلم ببقاء مقابله وعدم التصرّف فيه، أو عدم العلم به، فينتفي بالأصل.

والمراد بالأخماس والزكوات هو تعلّق الزكاة والخمس بالمال الذي صار عنده بالمعاطاة، مع أنّه لا يكون مالكاً له، مع توقّف تعلّقهما على الملك، وليس الغرض هو الاستبعاد في إعطاء ما صار إليه بالمعاطاة بإزاء الخمس والزكاة المتعلّق بأعيان أمواله، إذ لا كلام في صحّة تصرّفاته بناءً على الإباحة حتّىٰ المتوقّفة على الملك، وإن كان في الموقوفة على الملك استبعادٌ تقدّم، لكنّ الكلام الآن ليس في إعادته، كما لا يخفى، وسيجيء في التنبيه الرابع حكاية المنع عن إعطائه بإزاء الخمس والزكاة وثمن الهدي عن الشهيد ﷺ[2]، ويأتي وجهه إن شاء الله.

والمراد بـ«الاستطاعة» هو تعلّق وجوب الحجّ عليه بواسطة استيلائه على المال بسبب المعاطات، مع أنّه ليس مالكاً له حين عدم تصرّفه فيه أو تصرّف الآخر في عوضه.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. القواعد والفوائد، ج ١، ص ٥٠، القاعدة ١٧.

والمراد بـ«الديون» هو تعلّق حقّ الغرماء بهذا لمال الذي صار عنده بالمعاطاة قبل التصرّف بعنوان أنّه ماله، مع أنّه لا يكون مالاً له، بل هو باقٍ على ملك مالكه.

والمراد بـ«النفقات» هو تعلّق حقّ واجبي النفقة عليه بواسطة وجدانه لهذا المال، مع أنّه لا يكون مالاً له.

والمراد بـ«حقّ المقاسمة» هو تعلّق حقّ القسمة لمن صار المال عنده إذا كان مشاعاً؛ إذ لمن يصل إليه بالمعاطاة أن يطالب شريكه بالقسمة، مع أنّه لا يكون المال له.

والمراد بـ«الشُفعة» هو ثبوت حقّ الشفعة لمن صار إليه المال لو باع الشريك شقصه على ثالث، مع أنّ حقّ الشفعة لا يثبت إلّا للمالك، وهذا لا يكون مالكاً.

والمراد بـ«المواريث» هو انتقال هذا المال عن كلّ من المتعاطيين إلى وارثه، مع أنّه لا يكون مالاً له.

والمراد بـ«الربا» هو ثبوت الربا في المعاملة الفعليّة إذا كان العوضان ربويّين، بأن كانا من جنس واحد مع كونهما مكيلاً أو موزوناً، مع أنّه لا معاوضة في البين، وإنّما إباحة التصرّفات من الجانبين، ولا محذور في إباحة كلّ واحدٍ منهما ماله إلى الآخر و إن كان أحدهما أكثر من الآخر.

والمراد بـ«الوصايا» هو صيرورة هذا لمال مخرجا للثلث، مع أنّه لا يكون من أمواله فكيف يصير مخرجاً للثلث.

والمراد بـ«صفة الغنى والفقر» هو صيرورة من بيده هذا المال غنيّاً لا يجوز له أخذ الزكاة والخمس، وصيرورة معطيه فقيراً يجوز له الأخذ، مع أنّه ما خرج عن ملك المعطي ولم يدخل في ملك المعطى له هذا.

[المناقشة في ادعاء كاشف الغطاء في المعاطاة]

وقد تقدّم أنّ لزوم تأسيس القواعد من القول بالإباحة إنّما يتمّ إذا تحقّق أمران:

أحدهما: الالتزام بما يخالف القواعد المؤسّسة.

وثانيهما: كون الالتزام به مخصوصاً بمورد المعاطات على القول بالإباحة.

فحينئذ يجب أن ينظر في كلّ واحدٍ من هذه الموارد التسعة حتّى يستعلم من أنّ الالتزام فيها مستلزم لتاسيس القواعد الجديدة أم لا؟

فنقول: أمّا أوّلاً: فيمكن أن يجاب عن جميع هذه الموارد على نحو العموم بقيام السيرة على صحّة هذه الأُمور، أعني تعلّق الزكوات والأخماس بهذه الأموال، إلى آخر الأُمور المذكورة، فتكون السيرة دالّة على صحّتها ومخرجة لها عن مخالفة القواعد.

ويمكن أن ينظر في كلّ واحد منها بالخصوص ليعلم حاله باللخصوص:

أمّا «تعلّق الزكاة والخمس»: فالظاهر أنّه لامدفع عنه لاستلزامه تأسيس القواعد الجديدة؛ حيث إنّ صرف الإباحة وحصول التعاطي من المتعاطين لا يقتضي تعلّق الخمس والزكاة بما أباح لكلّ واحدٍ منهما أن يتصرّف فيه، بل إنّما يتوقّف تعلّقهما على الملك، ومع عدم الملك يكون الالتزام بتعلّقهما بما حصل بالمعاطات لا محالة متوقّفاً على تأسيس قواعدجديدة في خصوص باب المعاطات.

وأمّا «الاستطاعة»، فالظاهر أنّها لا تكون إشكالاً على القول بالإباحة؛ وذلك لأنّ المناط في الاستطاعة هو التمكّن من الزاد والراحلة ولو لم يكن عن ملك، كما في البذل، والمفروض تمكّن المتعاطيين في التصرّف فيما بأيديهم بأنحاء التصرّفات، فيحصل لهم الاستطاعة ولو لم يكن ملك في البين، وهذا هو مراد المصنّف ﷺ في المتن فيما ذكر في دفع الاستبعاد المذكور بقوله: مع أنّ الاستطاعة الموجبة للحجّ ... إلى آخره[1].

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وأمّا «الديون»، فتعلّق حقّ الغرماء بهذا المال عند عجز من بيده أيضاً لا يكون إشكالاً؛ لأنّ ما بيده من المال الحاصل بالتعاطي إنّما حصل بالضمان المعاوضي، حيث إنّ عوضه وقع على يد مقابله بعوض ما بيده، فيكون ما بعوضه ملكاً له، وحيث إنّه لا يكون متعلّقاً لحقّ الغرماء؛ لمكان خروجه عن يد المديون المحجور، فيتعلّق الحجر ببدله، فيصير هذا المال متعلّقاً لحقّ الغرماء بدلاً عن مال المديون الذي في يد صاحبه الذي وقع بينهما التعاطي، هكذا أفيد، فتأمّل.

وأمّا «النفقات»، فحالها كحال الاستطاعة؛ إذ المعتبر في تعلّق حقّ واجبي النفقة هو التمكّن من الانفاق عليهم الحاصل بالمعاطاة لا الملك.

وأمّا «حقّ المقاسمة»، فالتقسيم داخل في التصرّف المملّك، وحيث إنّ له التملّك بسبب التصرّف فيكون من باب ملك أن يملك، وذلك لأجل السلطنة على التمليك بسبب السلطنة على التصرّف، فيصحّ له ثبوت حقّ المقاسمة الموجبة لحصول الملك بها.

وأمّا «حقّ الشفعة»، فالظاهر أنّه يكون كالزكوات والأخماس ممّا لا مدفع عنه؛ إذ لا يمكن تصحيحه إلّا بالالتزام بقواعد جديدة.

وأمّا «المواريث»، فيمكن أن يلتزم فيها بكون موت أحد المتعاطيين مملّكاً، وهذا لا يستلزم تأسيس قاعدة جديدة؛ لأنّ له نظير، كما في باب الهبة، حيث إنّ موت الواهب أو المتّهب يوجب اللزوم، بحيث لا يجوز الرجوع للواهب عند موت المتّهب، أو لورثته عند موته نفسه.

وهكذا حال «الوصايا»؛ حيث إنّ مخرجيّة هذا المال للثلث باعتبار انتقاله إلى من بيده بالموت.

وأمّا «الربا»، فالحقّ ثبوته في مطلق المعاوضات الربويّة ولو لم تكن بيعاً، كما

عليه الأكثر، واختاره الشيخ الكبير ﷺ[١] وعليه فلا إشكال أصلاً، حيث إنّ المعاطات أيضاً من المعاوضات ولو على القول بالإباحة.

وأمّا صفة «الغنى والفقر»، فحالهما كحال الاستطاعة والنفقات في عدم إعتبار الملك، بل الملاك فيها هو التمكّن من قوت نفسه وعياله الواجبي النفقة الحاصل بواسطة المعاطات.

وقد ظهر ممّا ذكرناه من أنّ في الموارد المذكورة لا يستلزم تأسيس قاعدة جديدة من القول بالإباحة إلّا باب الزكوات والأخماس والشفعة منها.

قوله ﷺ: «ومنها جعل التلف السماوي مملّكاً... إلى آخره»[٢].

توضيح هذا الاستبعاد هو أنّ القائلين بالإباحة ملتزمون بحصول الملك عند تلف العوضين أو أحدهما عند من صار إليه، وهذا مستبعدٌ، بل محال عقلي في الجملة، وذلك لأنّ تلف أحد الطرفين على هذا يكون مملّكاً لهذا التالف على من تلف عنده، وللطرف الآخر الموجود على من هو موجود عنده، لكن تمليك الطرف الموجود على من هو موجود عنده ليس فيه محذورٌ عقلي، وإنّما هو مستبعدٌ؛ لبُعد مملّكيّة تلف أحد الطرفين للطرف الآخر. وأمّا صيرورة التالف ملكاً لمن وقع التلف عنده بسبب التلف، فهو مع بُعده محالٌ عقلاً، وذلك لأنّ حصول الملك لا يخلو إمّا أن يكون قبل التلف، أو يكون مقارناً معه، أو يكون بعده، وشيء من هذه الصور لا يكاد يصلح، أمّا قبل التلف فللزوم سببيّة التلف المتأخّر للملك المتقدّم، وهو مستلزم لتقدّم المعلول على علّته؛ وأمّا المقارن معه فلعدم قابليّة التالف حين التلف لأن يصير ملكاً، وأمّا بعده فلأنّه ملك للمعدوم. والجواب عنه أنّ الالتزام بملك كلٍّ من العوضين للقابض

١. راجع كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٧٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بسبب تلفهما أو أحدهما ليس ممّا لا نظير له في الفقه، بل إن هو إلّا كالتلف قبل القبض الذي من مال بايعه، فكما أنّ في ذلك المقام يحكم بانفساخ البيع ورجوع كلٍّ من العوضين إلى من انتقل عنه لكي يقع التلف على من انتقل عنه، فكذلك يقال في المقام بوقوع الملكيّة قبل التلف؛ لكي يقع التلف على ملك القابض لا الدافع، وكما أنّه في التلف قبل القبض يلتزم بالطريق الإعوجاجي وتقدير الملك آناًما قبل التلف، كذلك في المقام يلتزم به قبله، إلّا أنّ الالتزام بالملك آناًما قبل التلف في باب التلف قبل القبض إنّما هو مقتضى الجمع بين ما يدلّ على كون التلف من مال البائع، وبين استصحاب ملك المشتري إلى زمان آنٍ ما قبل التلف، وفي المقام لمكان الجمع بين أدلّةٍ ثلاثة، عني عموم على اليد، واستصحاب عدم الملك إلى آنٍ ما قبل التلف، والإجماع على عدم الضمان بالمثل أو القيمة، بل كون المال مضموناً بالمسمّى.

وتوضيح ذلك يتوقّف على بيان مقدّمة، وهي أنّه قد ثبت في مبحث العامّ والخاصّ من أنّه لورود عامّ مثل: أكرم العلماء، وورود خاصٌّ مثل لا تكرم زيداً، وتردّد زيد المنهي عن إكرامه بين زيد العالم وزيد الجاهل، فلو كان زيد العالم كان تخصيصاً للعموم، ولو كان زيد الجاهل كان تخصّصاً يثبت ببركة العموم وجوب إكرام زيد العالم، وبلازم وجوب إكرامه نثبت أنّ المنهيّ عن إكرامه هو زيد الجاهل، وحيث إنّ إصالة العموم من الأُصول اللفظيّة، وهي حجّةٌ ولو كانت من الأُصول المثبتة، فلا محذور في كونها مثبتةً للوازمها وملزوماتها وملازماتها على ما حُقّق في الأُصول، وحينئذ نقول مقتضى عموم «على اليد»[1] هو ضمان المثل أو القيمة في التالف، ولكن قام الإجماع على ضمان المسمّى في باب المعاملات، والأمر يدور بين انتقال التالف

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

إلى من وقع التلف عنده قبل التلف، فيكون تخصّصاً خارجاً عن موضوع عموم «على اليد»، وبين عدم انتقاله إليه وبقائه على ملك مالكه الأوّل لكي يكون الحكم بضمان المسمّى تخصيصاً للعموم، فبعموم «على اليد» تثبت الانتقال، وأنّه لا يكون تخصيصاً، ولازم ذلك ثبوت الانتقال إلى القابض، ويدور الانتقال إليه قبل التلف في الآنات السابقة عليه من أوّل آنٍ القبض إلى الآنِ المتّصل بالتلف؛ لكون وقوع الملك مشكوكاً فيما عدى الآن المتّصل بالتلف، فيستصحب عدمه إلى زمان القطع به وهو الان المتّصل بالتلف، فبالإجماع وعموم «على اليد» نثبت الانتقال قبل التلف، وبالاستصحاب نثبت كونه في آنٍ ما قبله.

وأمّا استبعاد كون التلف المتأخّر مملّكاً، فمدفوعٌ بأنّه مع اشتراك المقام مع مقام تلفٍ قبل القبض يصحّح، إمّا بالالتزام بالشرط المتأخّر بناءً على صحّته، أو بالالتزام بالتعقّب، بمعنى كون المملّك هو تعقّب الآن بالتلف. هذا تمام الكلام في صورة تلف أحد الطرفين، أو تلفهما معاً.

وأمّا حكم ما لو غصب أحدهما فقد استبعد فيه أيضاً، من حيث إنّ رجوع المغصوب منه إلى الغاصب مع عدم كونه ملكاً له، بعيدٌ، وصيرورته بسبب الغصب ملكاً له كالتلف أبعد، ورجوع المالك الأصلي إليه مخالف للسيرة القطعيّة.

وقد أجاب عنه المصنّف ﷺ في الكتاب بأنّه: عند تلف المال عند الغاصب يكون المتعيّن هو رجوع المغصوب منه إليه، لا المالك الأوّل، وذلك للصيرورته بالتلف ملكاً للقابض المغصوب منه، ومع وجوده عند الغاصب يكون لكلٍّ من المغصوب منه والمالك الرجوع إليه[1].

ولا يخفى أنّ ما ذكره في صورة التلف متينٌ جدّاً؛ لما تقدّم من مملّكيّة التلف،

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٩-٥٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وأمّا رجوع المالك إلى الغاصب في صورة وجوده، فلاوجه له مع بقاء مال المغصوب منه عنده؛ لاستلزامه الجمع بين العوض والمعوّض.

نعم، له ردّ مال المغصوب منه إليه ثمّ رجوعه إلى الغاصب بماله، وأمّا مع بقاء مال المغصوب منه عنده الذي هو إبقاء للتعاطي فلا يصحّ منه الرجوع، كما لا يخفى.

قوله ﷺ: «ومنها: أنّ التصرّف إن جعلناه من النواقل القهريّة ... إلى آخره»[1].

حاصله أنّ التصرّف الملزم على القول بالملك هو مملّك على القول بالإباحة، و سيأتي تحقيق الكلام فيه، وأنّه هل هو مطلق التصرّف أو التصرّف الناقل للعين، أو الأعمّ من الناقل أو المغيّر لها. وكيف كان فإمّا يكون مملّكاً بالنيّة أو مطلقاً. والأوّل مخالف للسيرة ويلزم أن يكون الواطئ للجارية التي صارت عنده بالمعاطات واطياً بالشبهة والجاني عليه، والمتلف جانياً على مال الغيرومتلفاً له.

والثاني أعني - مملّكيّة التصرّف - بلانيّة بعيدٌ جدّاً، وأيضاً لوكان التصرّف من أحد الجانبين مملّكاً لما وقع فيه التصرّف بالنسبة إلى المتصرّف، وعوضه إلى الآخر لزم أن يكون المتصرّف بتصرّفه موجباً وقابلاً، وذلك أيضاً بعيدٌ.

والجواب عنه أنّ هذا أيضاً ليس بعديم النظير في الفقه؛ لمكان كون تصرّف ذي الخيار في زمان الخيار من هذا القبيل، بل أسوء، وذلك لوجود الإذن في التصرّف في المقام، بخلاف التصرّف في زمان الخيار.

وتوهّم افتقار مملّكيّة التصرّف في زمان الخيار إلى النيّة، مدفوع بأنّه لم يذهب إلى وهمٍ، وإنّما الكلام فيه هو في افتقار الالتفات إلى كونه في زمان الخيار، أوكونه

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

فسخاً مطلقاً مع الإلتفات إلى التصرّف ولو لم يكن ملتفتاً إلى كونه في زمان الخيار على ماسيجيء الكلام فيه إن شاء الله.

وقد تقدّم مراراً أنّ تأسيس القواعد الجديدة إنّما يلزم فيما إذا لم يكن لما التزام به - على القول بالإباحة - نظيرٌ في الفقه، فهذا الاستبعاد أيضاً هيّن.

ومنه يظهر أنّ لزوم كون المتصرّف موجباً وقابلاً أيضاً ليس بمحذور، وذلك لمكان وجود نظيره في التصرّف في زمان الخيار على مالا يخفى.

قوله ﷺ: «ومنها: أنّ النماء الحادث قبل التصرّف ... إلى آخره»[1].

حاصله أنّه لاشبهة في كون النماء المتّصل في المقام كسائر المقامات تابعاً للعين، محكوماً بحكمه. وأمّا النماء المنفصل، ففي كونه للمالك الأوّل مطلقاً، أو للقابض كذلك، أو كونه تابعاً للعين، فإن صارت العين ملكاً للقابض بملّك من تلفٍ أو تصرّفٍ ونحوهما فيتبعها النماء، وإن عادت إلى المالك الأوّل فالنماء كذلك؟ احتمالات، لكنّ الأوّل - أعني كونه للمالك الأوّل ولو مع صيرورة العين ملكاً للقابض - مخالفٌ للسيرة؛ وكونه للقابض مطلقاً ولو مع عود العين إلى المالك مستبعدٌ، إذ لاملّك حينئذ للنماء، وتبعيّته للعين مقتضٍ لشمول الإذن له، أعني الالتزام بكون الإذن في التصرّف في العين إذناً في التصرّف في النماء أيضاً وهو خفيٌّ.

وقد أجاب عنه المصنّف ﷺ في الكتاب باختيار الأخير، وهو تبعيّة النماء للعين في الإباحة والملك، ولاخفاء فيه أصلاً بعد قيام السيرة عليه.

ولكنّ الحقّ هو الاحتمال الثاني، أعني كونه للقابض مطلقاً، وذلك لقاعدة الخراج بالضمان.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وتوضيحه: أنّ الخراج عبارة عمّا يخرج من الأرض، والمراد به هنا مطلق المنافع. وفي كلمة الخراج بالضمان **احتمالات**:

الأوّل: أن يكون الضمان بمعنى الإسم المصدري، فالمعنى حينئذ أنّ كلّ ما كان ضمانه في عهدة شخص فمنافعه له، سواء كان ضمانه بسبب اختياري كتعهّدٍ ونحوه أم لا، وهذا هو الذي فهمه أبو حنيفة في فتواه بعدم ضمان كراء البغل من يوم المخالفة على ما هو مذكور في صحيحة أبي ولّاد[1]، كما سيأتي إن شاء الله.

وهذا المعنى مع بُعده في نفسه مردودٌ بورود النصّ على خلافه، كما هو مضمون لصحيحة الحكم[2] بضمان المنافع من يوم المخالفة.

الثاني: أن يكون بالمعنى المصدري، مع كون سبب الضمان عقداً مملّكاً فيختصّ حينئذ بالعقود المعاوضيّة.

الثالث: أن يكون بالمعنى المصدري أيضاً، مع كون الضمان ناشياً عن مطلق التعهّد ولو لم يكن بعقد، بل كان من قبيل المعاطاة.

ولا يخفى أنّ هذا الاحتمال الأخير هو الأقوى؛ لعدم إمكان حمل الخبر على الاحتمال الأوّل، وعدم ما يوجب تقييده بالضمان الناشيء عن العقد المملّك، وعليه فيكون النماء المنفصل في باب المعاطاة للقابض مطلقاً، كما لا يخفى.

ثمّ إنّه ربما يقال بأنّ مقتضى قاعدة تبعيّة النماء للعين ثبوت ضمان المنافع على القابض، فيقع التعارض بينها وبين قاعدة الخراج بالضمان بالعموم من وجه.

ولكنّه يجاب بأنّ التعارض بينهما وإن كان كذلك لكنّ الترجيح لقاعدة الخراج بالضمان لوجهين:

---

١. **الكافي**، ج ٥، ص ٢٩٠، باب الرجل يكتري الدابة، ح ٦؛ وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١١٩-١٢٠، الباب ١٧ من أبواب كتاب المزرعة والمساقات.

٢. **تهذيب الأحكام**، ج ١، ص ١٣٩، ح ٣٩٢؛ وسائل الشيعة، ج ٢، ص ٢٣١، الباب ٢٦ من أبواب الجنابة، ٢٠١٨.

الأوّل: إنّ قاعدة التبعيّة لُبّية لا تكون مستفادة من اللفظ، وقاعدة الخراج بالضمان لفظيّة، فهي تقدّم على القاعدة اللُبّية.

الثاني: إنّ قاعدة الخراج بالضمان تكون كالعامّ المعلّل، حيث إنّها في قوّة أن يقال: ملك المنافع معلّل بالضمان، والعامّ المعلّل يقدّم على غيره في التعارض بالعموم من وجه، على ما حقّق في محلّه.

هذا تمام الكلام في الاستبعادات التي ذكرها فقيه عصره ﷺ على القول بالإباحة[1]، وقد عرفت اندفاعها إلّا أنّه لا يخلو عن الاستبعاد، كما لا يخفى.

قوله ﷺ: «ودفعها بمخالفتها للسيرة ... إلى آخره»[2].

لا يخفى أنّه لا يظهر لهذه العبارة معنى، ويمكن أن يكون مرجع الضمير المؤنّث في «دفعها» و«مخالفتها» هو الاستعباد المذكور قبله، وإتيان الضمير مؤنّثاً مع تذكير مرجعه كان بالمسامحة، والمعنى حينئذ ودفع الاستبعاد بأنّ عدم تعلّق هذه الحقوق مخالف للسيرة؛ لقيام السيرة على تعلّقها رجوعٌ إلى السيرة، فلا يكون مستلزماً لتأسيس قواعد جديدة، وهذا غاية التوجيه لهذه العبارة، لكنّه بعد كما ترىٰ لا يخلو عن التكلّف.

قوله ﷺ: «وبالجملة فالخروج عن أصالة عدم الملك المعتضد بالشهرة المحقّقة ... إلى آخره»[3].

لا يخفى أنّه مع فرض دلالة عموم أدلّة البيع والهبة على صحّة المعاطات بيعاً وهبةً لا إشكال في الخروج عن أصالة عدم الملك، بل لا محيص عن الخروج عنها،

---

١. راجع شرح القواعد، كاشف الغطاء، ص ١٣٧-١٣٩.

٢. كتاب المكاسب، ص ٤٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم)، فيه: «ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها».

٣. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

إذ هي أصل عملي تنتهي التوبة إليه فيما إذا لم يكن إطلاق أو عموم، فجعل أحدهما مشكلاً والآخر أشكل، ممنوعٌ.

نعم، الذي ربما يتصوّر فيه الإشكال هو رفع اليد عن إجماع المنقول عن *الغنية*[١] و*القواعد*[٢] و*المسالك*[٣]، لكن لا وقع للمنقول عن *الغنية*؛ لعدم حجّيّة الإجماع المنقول في كلام القدماء على ما حقّق في الأُصول، ووهن المنقول في *القواعد* و*المسالك* بدعوىٰ الاتفاق المنقول عن المحقّق الثاني[٤] في إفادة المعاطات للملك، بناءً على تأويل كماتهم بإرادة الملك، وهذ التأويل وإن كان مستبعداً في نفسه -كما تقدّم- إلّا أنّه يصير شبهة مانعة للأخذ بالإجماع المنقول عن *القواعد* و*المسالك*، فيكون المحكّم حينئذ هو عموم أدلّة البيع.

وبالجملة فلا ينبغي الإشكال في وقوع البيع بالمعاطات، سواء قلنا بأنّ التسليط الخارجي مصداق للتمليك -كما هو الحقّ- أم لا.

أمّا على الأوّل فواضحٌ.

وأمّا على الثاني فلأنّه وإن لم يكن مصداقاً للتمليك لكنّه كناية عنه، فيصحّ وقوعه به إذا كان التعبير به عنه متعارفاً، وسيجيء في باب ألفاظ العقود اختيار القول بصحّة إيقاع العقد بالألفاظ الكنائى إذا كان متعارفاً، وإنّما قيّدنا بـ«المتعارف» لأن لايرد النقض بإيقاع البيع بلفظ «سلّط» حيث إنّه لا يقع به البيع، ولازمه عدم وقوعه بالتسليط الخارجي أيضاً؛ لعدم الفرق بين التسليط القولى والفعلي، ووجه عدم الورود هو التفاوت بين التسليطين بتعارف إيقاعه بالتسليط الخارجي دون القولي.

---

١. غنية النزوع، ص ٢١٤.
٢. القواعد والفوائد، ج ١، ص ١٧٨، القاعدة ٤٧.
٣. مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٥٦ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ١٩).
٤. جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٨.

قوله ﷺ: «وعليه، فهل هي لازمة ابتداء مطلقاً؟ ... إلى آخره»[١].

الأقوال في باب المعاطات على القول بالملك ثلاثة: اللزوم مطلقاً، وعدمه كذلك، والتفصيل بين ماكان الدالّ على التراضي لفظاً، فيكون لازما، وبين ما لم يكن كذلك فلا، وكان الوجه في التفصيل هو دلالة قوله ﷺ: «إنّما يحلّل الكلام»[٢] بتوهّم أنّ المراد من «الكلام» هو مطلقه ولو كان على نحو المقاولة، ولكنّه ممنوعٌ، والحقّ إسقاطه من الأقوال وجعل المسألة ذات قولين.

قوله ﷺ: «أوفقها بالقواعد هو الأوّل ... إلى آخره»[٣].

بل الأوفق هو القول بعدم اللزوم، وذلك لعدم ما يدلّ عليه حسبما تقدّم إجماله، وسيجيء تفصيله.

[الكلام في حكم المعاطاة من حيث اللزوم والجواز]

قوله ﷺ: «بناءً على أصالة اللزوم في الملك ... إلى آخره»[٤].

الكلام في إثبات حكم المعاطاة من حيث اللزوم والجواز قد يقع فيما يقتضيه الأصل، وقد يقع فيما يقتضيه الدليل الاجتهادي من العمومات والإطلاقات، فالكلام ها هنا في تنقيح الأصل العملي، فنقول:

قد يقال بأنّ مقتضى الأصل هو عدم اللزوم، بتقريب استصحاب بقاء علقة المالك الأوّل؛ إذا لشكّ في اللزوم والجواز يرجع إلى الشكّ في انقطاع علقة المالك

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. الكافي، ج ٥، ص ٢٠١، باب الرجل يبيع ما ليس عنده، ح ٦؛ وسائل الشيعة ج ١٨، ص ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٤.

٣. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٤. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الأوّل بشرائها وتمامها، فعند الشكّ في انقطاعها يستصحب بقاؤها.

ولا يخفى ما فيه من الوهن؛ فإنّ تلك العلقة زالت بواسطة إيجاد السبب المملّك قطعاً مطلقاً، من غير فرق بين ماكان السبب عقداً أو غيره، كان لازماً أو جايزاً، كان جوازه حكميّاً أو حقيّاً. وإنّما يحدث عند الفسخ في العقود الجائزة علقة جديدة مستحدثة، ومع القطع بارتفاع العلقة السابقة لا مجال لاستصحابها، ولمكان شدّة وضوح وهنه لم يتعرّض له في الكتاب إلّا تعبير دالّ على وضوح وهنه، وهو قوله ﷺ: «وربما يزاد استصحاب بقاء علقة المالك الأوّل»[1].

ولا إشكال فيما ذكرناه، وإنّما الكلام في إجراء استصحاب بقاء علقة المالك الثاني عند الشكّ في زواله بمجرّد رجوع مالكه الأوّل، ومنشأ الإشكال هو الإشكال في أنّ اللزوم والجواز هل ينوعان الملكيّة، بحيث يصير الملك اللازم نوعاً والجائز نوعاً آخر، كالحدث الأكبر والأصغر، أو لا يكونان منوعين لها، ثمّ على تقدير كونهما منوعاً فهل يجري فيه الاستصحاب - كما في القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي، أعني الحيوان المردّد بين البق والفيل - أم لا؟، فالكلام هنا في جهتين، أمّا الجهة الأُولىٰ فتنقيح البحث عنها يتمّ ببيان أُمور:

الأوّل: هل اللزوم والجواز أمران ناشيان عن إنشاء المنشئ ويكون زمام أمرهما بيده -بحيث لو أراد إنشاء الملك اللازم ينشأه، ولو أراد إنشاء الملك الجائز ينشأه- أو حكمان شرعيّان ليس اختيارهما بيد المنشئ أصلاً؟

احتمالان لاسبيل إلى الأوّل منهما؛ إذ المنشئ في جميع أبواب العقود لا ينشأ إلّا الملكيّة، لا أنّه ينشأ الملكيّة الجايزة تارة واللازمة أُخرىٰ، فلا يكون جواز البيع ولا لزومه بإنشائه، وهذا ظاهر.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الثاني: بعد وضوح كون اللزوم والجواز ناشئان عن الحكم الشرعي هل الحكم بهما يرجعان إلى ناحية المسبّب أعني الأثر الحاصل عن أسباب المعاملات، كالملكيّة في باب البيع، أو أنّهما راجعان إلى مرحلة الأسباب، فالعقد الذي هو سبب للملكيّة هو المتّصف باللزوم شرعاً تارة وبالجواز أُخرى؟

احتمالان، أقربهما هو الأخير، وذلك لمكان تمسّك الفقهاء في إثبات اللزوم بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[1]، وهذا التمسّك لايتمّ إلّا بكون اللزوم صفة للسبب لا للمسبّب، ولو لم يكن اللزوم راجعاً إلى ناحية السبب لم يكن لهذا الاستدلال وجه، ولأنّ الفسخ في كلّ مورد من موارده إنّما هو حلّ العقد ابتداء المترتّب عليه ارتجاع الملكيّة، لا العود إلى الملكيّة من أوّل الأمر، وهذا أيضاً شاهد على كون الجواز أو اللزوم حكماً للسبب لا للمسبّب.

الثالث: هل اللزوم والجواز بعد رجوعهما إلى ناحية السبب يصيران منشأً لاختلاف السبب نوعاً في مقام التأثير، بحيث يترتّب على كلّ واحدٍ أثراً مغايراً مع الأثر المترتّب على الآخر، كالحدث الأكبر والأصغر، حيث إنّ كلّ واحد منهما مؤثّر في أثرٍ غير الأثر الحاصل من الآخر، ويكون الأثران مختلفين نوعاً، أو لا يكون كذلك؟

احتمالان، أقواهما الأخير... وذلك لأنّ الكاشف عن الاختلاف النوعي متحقّق في مثل الحدث، وهو اختلاف الآثار المرتّبة عليه، بخلاف المقام؛ فإنّ السبب المترتّب عليه الملك اللازم متّحدٌ في الأثر مع ما يترتّب عليه الملك الجايز، وهو الملكيّة، ولا تفاوت في أثرهما بوجهٍ إلّا في اللزوم والجواز، وهذا لا يوجب اختلافهما بحسب النوع، كما لا يخفى، فظهر أنّ اللزوم والجواز لا يكونان بإنشاء المنشئ، بل إنّما هما راجعان إلى الجعل التشريعي، وأنّهما راجعان إلى ناحية السبب لا المسبّب، واختلاف السبب بهما لا يوجب الاختلاف النوعي، والمتحصّل من جميع ذلك عدم

---

١. المائدة (٥): ١.

منوعيّة اللزوم والجواز، ونتيجة ذلك صحّة استصحاب الملكيّة عند الشكّ في زوالها لأجل الشكّ في تأثير رجوع المالك الأوّل، وهو المطلوب.

قوله ﷺ: «مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقّق القدر المشترك في الاستصحاب ... إلى آخره»[1].

هذا هو الجهة الثانية من الجهتين اللّتين قدّمنا هما، وهي صحّة استصحاب الكلّي على تقدير تغاير الملكيّة اللازمة مع الجايزة بالنوع، وهذا هو القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي، أعني ما إذا تردّد وجود الكلّي بين فرد مقطوع الارتفاع وبين فرد مقطوع البقاء، كما إذا علم بوجود الحيوان في الدار المردّد بين كونه بقاً أو فيلاً، وقد حقّق في الأُصول عدم المناقشة في صحّة استصحابه، والمقام من هذا القبيل؛ لأنّ الملكيّة الحادثة بالمعاطاة مردّدة بين الفرد الذي يقطع بارتفاعه بواسطة الرجوع، وهي الملكيّة الجايزة، وبين الفرد الذي يقطع ببقائه بعد الرجوع، وهي الملكيّة اللازمة، ولامانع عن استصحاب القدر المشترك والجامع المردّد بين هذا وذاك.

وليعلم أنّ الشكّ في بقاء الكلّي في هذا القسم قد يكون من قبيل الشكّ في المقتضي، وقد يكون من قبيل الشكّ في الرافع، فالأوّل كالحيوان المردّد بين البق والفيل، حيث إنّ الشكّ في بقائه إنّما هو لأجل كونه بقاً أو فيلاً، فإنّه لو كان بقاً لايكون فيه اقتضاء البقاء، ولو كان فيلاً لكان باقياً؛ لما فيه من الاقتضاء للبقاء.

ومثال الثاني: الحدث المردّد بين النوم والجنابة إذا توضّأ بعده، فإنّ الشكّ في بقائه إنّما هو لأجل كونه نوماً أو جنابةً، وأنّه على تقدير كونه نوماً ارتفع بالرافع، وهو الوضوء.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وما نحن فيه من هذا القبيل فإنّ الملكيّة المردّدة بين الجايزة واللازمة إنّما يشكّ في بقائها لأجل أنّها لو كانت جايزة قد ارتفعت بالرافع، وهو الرجوع وما في حكمه، فلا يرد على هذا الاستصحاب بأنّه من قبيل الشكّ في المقتضي، فالعمدة في المقام تنقيح أنّه هل يكون في البين أصل حاكم على هذا الأصل أم لا؟

وما يتوهّم حكومته عليه أمران:

أحدهما: استصحاب بقاء علقة المالك الأوّل، وهو على تقدير جريانه يكون حاكماً على استصحاب بقاء الملكيّة، لكنّ الشأن في إجرائه، وقد تقدّم المنع عنه.

وثانيهما: أصالة عدم وجود الملكيّة اللازمة؛ إذ الشكّ في بقاء القدر المشترك مسبّب عن الشكّ في حدوث الملكيّة اللازمة، ومع إجراء الأصل في السبب لا ينتهي النوبة إلى إجرائه في المسبّب.

ويندفع أوّلاً بأنّ أصالة عدم وجود الملكيّة اللازمة وإن كانت جارية، لكنّها لاتكون حاكمة على أصالة بقاء الملكيّة؛ لأنّ الشكّ في بقائها ناشٍ ومسبّبٍ عن الشكّ في كون ما وجد من الملكيّة التي يقطع وجودها هل هي الملكيّة اللازمة أو الجايزة؟ وأصالة عدم وجود الملكيّة اللازمة لا يثبت بها عدم كون الملكيّة الموجودة هي الملكيّة اللازمة إلّا على القول بالأصل المثبت.

والحاصل أنّ الشكّ في بقاء الملكيّة ليس مسبّباً عن الشكّ في وجود الملكيّة اللازمة في العالم، بل هو مسبّب عن الشكّ في كون هذا الموجود هو الملكيّة اللازمة، فأصالة الملكيّة اللازمة وإن كانت جارية لكنّها لا تكون حاكمة على أصالة بقاء الملكيّة.

وأمّا ثانياً فلأنّه على فرض تسليم التسبّب لا تكون السببيّة شرعيّة، وذلك لأنّ عدم وجود الفرد وإن كان ملازماً مع عدم وجود الكلّي أو الحصّة إلّا أنّ التلازم بينهما عقلي لا شرعي، من غير فرقٍ في ذلك بين ما إذا كان الكلّي أمراً مجعولاً شرعيّاً،

كالحدث والملكيّة، أو أمراً تكوينيّاً كالحيوان المردّد بين الفيل والبق، وقد ثبت في محلّه أنّ الأصل السببي إنّما يغني عن المسبّبي إذا كان التسبّب بينهما شرعيّاً.

وبالجملة فلا أصل حاكم على أصالة بقاء الملكيّة الجامعة بين الملكيّة اللازمة والجائزة.

قوله ﷺ: «فتأمّل»[1].

ربّما يقال: إنّ الوجه فيه هو ما أبطلناه آنفاً من كون الشكّ في بقاء القدر المشترك مسبّباً عن حدوث الفرد المشكوك الحدوث والأصل عدمه، ولكنّه مدفوع بما مرّ من منع الحكومة بمنع التسبّب تارة، ومنع كون التسبّب شرعيّاً أُخرى، بل الوجه فيه هو اعتبار وجود الأثر المترتّب على الكلّي في صحّة استصحابه عدىٰ ما يترتّب على الفرد، كما في الحدث المردّد بين الأصغر والأكبر، وهو مفقود في المقام؛ إذ المقصود من استصحاب بقاء الملكيّة هو إثبات اللزوم، لا الأثر المشترك بين الملكيّة اللازمة والجائزة، فهذا الأصل لا يجري في المقام لأجل هذه الخصوصيّة.

وبعبارة أُخرىٰ المستصحب لابدّ وأن يكون في حدّ نفسه قابلاً للبقاء حتّىٰ يستصحب بقاؤه عند الشكّ فيه، لا أن كان مردّداً بين ما كان قابلاً للبقاء وما لم يكن قابلاً له، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وبعبارة أوضح ربما قيل بصحّة استصحاب الفرد المردّد في القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي، بدعوىٰ صحّة القول بإجراء الأصل في نفس الشخص المردّد بين طويل العمر وقصيره.

وأُجيب عنه بأنّ الشخص المردّد مردّدٌ بين ما كان مقطوع البقاء أو مقطوع

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الارتفاع، فلا يكون شكّ في بقائه لكي يستصحب، فلايتمّ أحد ركني الاستصحاب وهو الشكّ اللّاحق بالنسبة إليه.

ولا يخفى أنّ هذا الإشكال الوارد على استصحاب الفرد المردّد جار في استصحاب الكلّي في خصوص المقام؛ إذ المراد باستصحابه إنّما هو استصحاب الحصّة بالمعنى المعهود، وتخصّص الملكيّة بخصوصيّة اللزوم والجواز إنّما هو بنفس البقاء والارتفاع، فيكون الكلّي مردّداً بين مقطوع البقاء والارتفاع، هكذا أُفيد، وللنظر فيه مجال من جهة كون المراد بالكلّي المستصحب هو الحصّة، ومن جهة كون خصوصيّة اللزوم والجواز نفس البقاء والارتفاع. وسيجيء إعادة الكلام في هذا المبحث مفصّلاً.

[في البحث عن عدم اختلاف حقيقة الملك باللزوم و الجواز]

قوله ﷺ: «ويدلّ عليه مع أنّه يكفي في الاستصحاب الشكّ في أنّ اللزوم من خصوصيّات الملك ... إلى آخره»[1].

أراد ﷺ أن يستدلّ على عدم اختلاف حقيقة الملكيّة باللزوم والجواز بوجوه ثلاثة:

أحدها: كفاية الشكّ في كون اللزوم من خصوصيّات الملك، أو من لوازم السبب المملّك، وظاهره هو إعادة ما سبق من صحّة استصحاب القدر المشترك عند الشكّ في اللزوم؛ إذ لا معنى للقول بصحّة الاستصحاب مع الشكّ في اختلاف حقيقة الملك.

ويمكن توجيهه بأنّ الشكّ في كون اللزوم من خصوصيّات الملك هو بعينه الشكّ في بقاء الملكيّة الذي يتوقّف عليه الاستصحاب؛ إذ الشكّ في كون اللزوم من خصوصيّات الملك يوجب الشكّ في بقائه بعد الرجوع فيستصحب بقائه.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

ولكن لا يخفى ما في هذا التوجيه من الوهن؛ لأنّ الشكّ في كون اللزوم من خصوصيّات الملك، أو من لوازم السبب المملّك يوجب الشكّ في صحّة إجراء الاستصحاب؛ لأنّه على تقديركونه من خصوصيّات الملك لا يصحّ الاستصحاب، وعلى تقديركونه من لوازم السبب المملّك يصحّ، والشكّ في كونه من هذا القبيل أو من ذاك يوجب الشكّ في صحّة الاستصحاب وعدمها، ومع الشكّ في صحّته كيف يصحّ القول بكفايته، وإرادة استصحاب القدرالمشترك إعادة لما تقدّم.

هذا مضافاً إلى أنّه بناءً على هذا التوجيه أيضاً لا يكون دليلاً على ما هو بصدد إثباته من عدم اختلاف حقيقة الملك بواسطة الإنقسام إلى المتزلزل والمستقرّ، بل هو دليل على صحّة الاستصحاب مع الشكّ في اختلاف حقيقته، فلا يكون الدليل مطابقاً مع المدّعى.

قال - دامت بركاته -: ويمكن أن يقال: إنّ مراده قدس سره هو إجراء الأصل في القدر المشترك بين كونه من لوازم السبب، أو من أحكام المسبّب، وهذا القدرالمشترك سالم عمّا أُورد على استصحاب القدرالمشترك بين اللزوم والجواز، ولا يخفى فيما أفاده أيضاً، فتدبّر.

قوله قدس سره: «ومع أنّ المحسوس بالوجدان إنشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها ... إلى آخره»[1].

هذا وجه ثانٍ لإثبات عدم اختلاف حقيقة الملك بواسطة الإنقسام إلى اللزوم والجواز، ومحصّله دعوى الوجدان على أنّ المنشأ الذي يوجده المنشئ بإنشائه في الهبة اللازمة، مثل المعوّضة منها، وفي الهبة الجايزة -وهو الملكيّة- شيء واحد

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بالوجدان، لا يرى تفاوتاً فيه أصلاً، لا أنّ المنشئ في الهبة اللازمة ينشئ الملكيّة المتخصّصة بخصوصيّة كونها جايزة، وهذا ظاهر بعد المراجعة إلى الوجدان، ولاغبار عليه أصلاً.

قوله ﷺ: «أنّ اللزوم والجواز لوكانا من خصوصيّات الملك ... إلى آخره»[1].

هذا هو الوجه الثالث من الاستدلال لإثبات عدم اختلاف حقيقة الملك.

وحاصله أنّ تخصّص الملك بخصوصيّة اللزوم والجواز إمّا بجعل المالك، أو بحكم الشارع، لاسبيل إلى الأوّل، ضرورة لزوم صيرورة النكاح اللازم مثلاً جايزاً بالقصد لو قصد إيقاع النكاح الجايز، أو صيرورة الهبة الجايزة - مثل الهبة الغير المعوّضة أو بغير ذي الرحم - لازماً لو قصدها، وهو ضروري البطلان، ولا سبيل إلى الثاني، و إلّا فيلزم تخلّف العقد عن القصد فيما إذا تخلّف إمضاء الشارع[2] عمّا قصده المنشيء، بأن كان المقصود إنشاء الملكيّة الجائزة وكانت الممضى هو الملكيّة اللازمة، وهو - أعني تخلّف العقد على القصد - أيضاً باطل، فكون اللزوم والجواز من خصوصيّات الملك باطل.

هذا، ويرد عليه أنّه على تقديركون اللزوم والجواز بحكم الشارع يكون اللازم بطلان العقد عند التخلّف، وبطلانه عنده ليس من باب تخلّف القصد عن العقد، وإلّا يلزم أن يكون كلّ عقد باطل كذلك، كما إذا أنشأ البيع بعقد النكاح أو بالعكس وهو ضروري البطلان.

ثمّ إنّه لا بأس بإعادة الكلام في المقام، وتحريره على وجهٍ كلّي يفيد في جميع أبواب المعاملات عند الشكّ في اللزوم والجواز، وهو يتمّ ببيان مقامات:

[المقام] الأوّل: في تنقيح إجراء الاستصحاب في إثبات إبقاء أثر العقد؛ بناءً

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. في الأصل «للشارع»، والصحيح ما أثبتناه.

على أن يكون اللزوم والجواز من لوازم المنشئ بالعقود، لا من أحكام العقود نفسها، من غير فرق في ذلك بين أن يكون الأثر الذي يراد إثباته بالأصل هو الملكيّة، كما في البيع والهبة ونحوهما، أو غيرها من الآثار المترتّبة على سائر العقود، وعقد البحث لخصوص الملكيّة إنّما هو لأجل كونها من إحدى الصغريات، لا لأجل الاختصاص بها.

ومن غير فرق أيضاً بين كون العقد تعليقيّاً أو تنجيزيّاً، بعد الفراغ عن كونه من العقود العهديّة، لا الإذنيّة؛ لخروج العقود الإذنيّة عن محلّ الكلام بالتخصّص، لدوران بقاء آثارها مدار بقاء الإذن. وهذا بخلاف العقود العهديّة فإنّه يجري فيها البحث عن استصحاب بقاء آثارها مطلقاً ولو كان تعليقيّاً، كالوصيّة ونحوها.

وما يظهر من المصنّف ﷺ فيما يأتي في الكتاب من المناقشة في التعليقي منها بدعوىٰ عدم تحقّق الأثر بالفعل لكي يستصحب... مدفوعٌ بالنقض بأصالة عدم النسخ المسلّم عند الجميع، حيث إنّها عبارة عن استصحاب بقاء الحكم التعليقي على ما هو التحقيق من كون جعل الأحكام على نهج القضايا الحقيقيّة[1]، وأنّ فعليّتها إنّما هي بتحقّق موضوعاتها، ولا فرق بين الملكيّة المنشأة بعقد الوصيّة مثلاً وبين وجوب الحجّ، إلّا أنّ منشئ الملكيّة هو الموصي ومنشئ وجوب الحجّ هو الشارع، فكما أنّ الملكيّة المنشأة معلّقة على موت الموصي، كذلك وجوب الحجّ معلّق على وجود الموضوع بما له دخل في موضوعيّته، وكما أنّ الملكيّة قبل الموت لا يكون فعليّاً وإنّما فعليّتها عند الموت، كذلك وجوب الحجّ قبل تحقّق الموضوع لا يكون فعليّاً وإنّما فعليّته عند تحقّق موضوعه، فكما أنّه عند الشكّ في نسخ وجوب الحجّ يرجع إلى أصالة عدم نسخه من غير إشكال، كذلك عند الشكّ في ارتفاع الملكيّة المعلّقة على الموت يرجع إلى أصالة عدم ارتفاعها، نعم لو كان الشكّ

---

١. في المطبوعة «الحقيقة» والأصح ما أثبتناه.

في بقاء الأمر التعليقي من غير جهة النسخ وما بحكمه -كما فيما نحن فيه- لا يجري فيه الاستصحاب على ما حقّق في الأُصول، خلافاً للمصنّف ﷺ في أُصوله، فياليته يعكس الأمر ويختار عدم الجريان في الأُصول ويقول بإجرائه في المقام.

وبالجملة فالتحقيق هو عدم الفرق بين العقد التعليقي والتنجيزي، ولافرق أيضاً بين ما إذا كانت الشبهة موضوعيّة، كما إذا كان منشأ الشكّ في اللزوم والجواز هو الشكّ في كون العقد الصادر بيعاً أو هبةً مع فرض العلم بلزوم الأوّل وجواز الثاني، أو كانت حكميّة، كما إذا شكّ في حكم عقد من حيث اللزوم والجواز، ففي جميع هذه الصور يجري الأصل في إثبات القدر المشترك بين اللزوم والجواز، أعني الملكيّة التي هي الجامع بين الملكيّة الجايزة واللازمة، كالقدر المشترك من الحدث الجامع بين الأصغر والأكبر، وكالحيوان المردّد بين البق والفيل، وتوهّم كون الشكّ في بقاء القدر المشترك مسبّباً عن الشكّ في وجود الفرد الطويل، كالملكيّة اللازمة في المقام، وكالفيل في مثال البق والفيل، ومع إجراء الأصل في السبب لا ينتهي الأمر إلى إجرائه في المسبّب، مدفوعٌ:

أوّلاً بمنع التسبّب، ضرورة أنّ الشكّ في بقاء القدر المشترك مسبّب عن كون الموجود هو الفرد الطويل على حسب مفاد «كان» الناقصة، وهذا لا يجري فيه الأصل؛ لعدم العلم بالحالة السابقة، وما يجري فيه الأصل - أعني عدم وجود الفرد الطويل على نحو المفاد التامّة - لا يكون سبباً للشكّ في بقاء القدر المشترك.

وثانياً بأنّه على فرض تسليم كون الشكّ في وجود الفرد الطويل سبباً للشكّ في بقاء القدر المشترك لا يكون التسبّب شرعيّاً، بل عدم بقاء الكلّي بواسطة عدم الفرد عقليّ، كما لا يخفى، فهذا الوجه ساقط جدّاً، وليس نظر الشيخ ﷺ في أمره بالتأمّل إليه[1] رأساً.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وإنّما الوجه في الأمر بالتأمّل هو الإشكال في إجراء الاستصحاب في خصوص المقام، بناءً على صحّة إجرائه في القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي، وذلك للفرق بين المقام وبين سائر المقامات.

ومحصّله أنّه يعتبر في صحّة استصحاب القدر المشترك كون الكلّي قدراً مشتركاً بين أمرين، أو أُمور، مع قطع النظر عن حكم البقاء والارتفاع، كالحيوان المردّد بين البق والفيل، والحدث المردّد بين الأصغر والأكبر، لا ما إذا كان بين نفس البقاء والارتفاع بأن كان تنوّعه بالنوعين باعتبار نفس البقاء والارتفاع، كما في المقام؛ فإنّه لا يصحّ أن يجرى فيه الاستصحاب؛ لأنّ حكم الاستصحاب -أعني البقاء عند الشكّ فيه- يرد على الموضوع، ولابدّ في كلّ موضوع أن يؤخذ مع قطع النظر عن حكمه، ويرد عليه الحكم، ففي مثل زيد موجود لا يكون المحكوم عليه بالوجود هو القدر المشترك بين الموجود والمعدوم، وفي مثل زيد أسود مثلاً لا يكون قدر المشترك بين الأسود وغير الأسود هو المحكوم عليه بالسواد، وفي المقام أيضاً لا يكون القدر المشترك بين الملكيّة الباقية والزائلة هو المحكوم عليه بالبقاء؛ إذ الحكم بالبقاء مأخوذ في ناحية عقد الحمل، والموضوع إذا كان قدراً مشتركاً لابدّ وأن يكون هو القدر المشترك، مع قطع النظر عن عقد الحمل، وإلى هذه الدقيقة أشار بقوله: «فتأمّل».

المقام الثاني: في حكم الشكّ في كون اللزوم والجواز من لوازم المسبّب، أو من أحكام السبب.

وأنّه هل يرجع معه إلى الاستصحاب أم لا؟ والذي صرّح به في الكتاب هو صحّة إجراء الاستصحاب.

وقد يورد عليه بأنّ هذا الشكّ يوجب الشكّ في صحّة إجراء الاستصحاب، حيث إنّه على تقدير كونهما من أحكام السبب يجري الأصل، وعلى تقدّر كونهما من

لوازم المسبّب لا يجري، فالشكّ فيهما موجب للشكّ في صحّة إجراء الأصل، ومع الشكّ في صحّة إجرائه كيف يحكم بإجرائه؟ ولكنّه مدفوعٌ بأنّ نظره ﷺ في حكمه بصحّة إجرائه مع هذا الشكّ هو انتفاء المانع عن إجرائه الذي كان مانعاً عند العلم بكونه من لوازم المسبّب، أعني ما ذكرنا في وجه الثاني، ومع عدم العلم بالمانع يتحقّق أركان الاستصحاب، ويجري عند تماميّة أركانه.

وتوضيحه: أنّه قد يردّد الشيء بين ما يصحّ استصحابه وبين مالا يصحّ، لأجل الشكّ في كونه من أفراد عموم دليل الاستصحاب، كما إذا تردّد الشيء بين كونه من موارد الشكّ في المقتضي، أو من موارد الشكّ في الرافع، بناءً على عدم شمول العموم للشكّ في المقتضي.

وفي مثله لا يجري الاستصحاب؛ لكونه من قبيل التمسّك بالعموم في الشبهة المصداقيّة للعامّ الذي لايصحّ التمسّك به بالاتّفاق.

وقد يتردّد الشيء بين ما يصحّ فيه الاستصحاب وما لا يصحّ، لا لأجل الشكّ في كونه من أفراد العموم، بل الوجه في عدم إجرائه مع فرض كونه من أفراد عموم الدليل، إنّما هو لنكتة أُخرىٰ.

وفي مثله عند الشكّ يجري فيه الاستصحاب؛ لأنّ عموم الدليل شامل له حسب الفرض، وليس في البين ما يمنع عنه لمكان الشكّ في وجود المانع؛ لأجل تردّد المورد بين ما يكون فيه المانع وبين مالا مانع فيه.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ لما عرفت من أنّ المانع عن استصحاب القدر المشترك على تقدير كون اللزوم والجواز من ناحية المسبّب، هو كون الكلّي قدراً مشتركاً بين الباقي والزائل، وصيرورة عند الحمل داخلاً في عقد الوضع، وعند الشكّ في كونهما من ناحية المسبّب أو من ناحية السبب، هذا المانع مشكوك والمفروض

عدم قصور الدليل للشمول له، فيتمسّك بعمومه في إجراء الأصل من غير إشكال.

المقام الثالث: في تحقيق أنّ اللزوم والجواز إنّما هما من ناحية السبب، لا من ناحية المسبّب، وقد تقدّم تفصيله.

ومحصّله أنّ اللزوم والجواز بعد وضوح كونهما حكمين شرعيّين مجعولين بالجعل التشريعي، لا سبيل إلى دعوى كونهما بجعل المتعاقدين؛ إذ لا معنى لجعل الحكم الشرعي من غير الشارع، فالمتعيّن فيهما هو كونهما مجعولاً شرعيّاً، ولا إشكال في كونهما صفة للعقد، ضرورة أنّ الفسخ إنّما يرد عليه وليس من الشارع جعلان أحدهما راجعاً إلى مرحلة السبب والآخر منهما إلى مرحلة المسبّب، فلم يبق إلّا كونهما راجعين إلى مرحلة السبّب. وعليه فالتحقيق عدم الإشكال في إجراء الاستصحاب عند الشكّ في اللزوم؛ لأنّ اختلاف أحكام السبب لا يوجب اختلاف المنشأ بالسبب، فالملكيّة المنشأة بالعقد الجايز هي بعينها الملكيّة المنشأة بالعقد اللازم من غير تفاوت فيهما أصلاً، وإنّما الاختلاف في ناحية العقد الذي هو آلة لإنشائها.

قوله ﷺ: «وكذا لو شكّ في أنّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم ... إلى آخره»[1].

قد عرفت القول بعدم الفرق في إجراء الاستصحاب فيما إذا كانت الشبهة حكميّة أو موضوعيّة، بل المحكّم هو أصالة اللزوم في كلّ عقد شكّ في لزومه وجوازه، سواء كان الشكّ ناشياً عن الشكّ في حكمه، أو كان الشكّ في مصداق المتبيّن حكم نوعه، كما إذا تردّد العقد الواقع بين كونه هبة على الأجنبي، أو على ذي رحم مثلاً.

نعم، قد يكون الشكّ في اللزوم والجواز لأجل الشكّ في كون الصادر هو العقد المضمن كالبيع ونحوه، أو العقد الغير المضمن كالهبة الغير المعوّضة، فيدور الأمرين

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

ضمان ما يدّعى تضمينه وبين عدم الضمان، فهل المرجع فيه هو البرائة عن الضمان أو الاشتغال؛ لكونه الأصل المحكّم في باب الدماء والفروج والأموال، أو يفصل بين ما إذا كان مصبّ الدعوى هو الضمان، فيكون المرجع فيه هو البرائة أو الاشتغال، وبين ما إذا كان مصبّ الدعوى هو العقد المضمن، كما إذا ادّعى أحدهما كون العقد الصادر بيعاً وادّعى الآخر كونه هبةً، ففي مثله لابدّ من الرجوع إلى قاعدة التداعي - كما عليه صاحب *الجواهر*[1] قدس سره - وجوهٌ:

أقواها هو الرجوع إلى الاشتغال مطلقاً، كما عليه المعظم، بل لم ينقل فيه خلاف إلّا عن شاذّ قائل بالبرائة، ولاوجه لما فصّله في *الجواهر* أصلاً، وذلك لأنّ ضابط باب التداعي هو كون قول المتداعيين معاً غير مطابق مع أصل معتبر في جميع المراتب من الأسباب والمسبّبات، أعني عدم كون قولهما موافقاً مع أصل سببي أو مسبّبي، إمّا لعدم جريان الأصل في قولهما رأساً، أو لمكان معارضة الأصل الجاري في قول أحدهما مع الأصل الجاري في قول الآخر لو كان قولهما معاً مجرى الأصل، ففي مثله لابدّ من التحالف؛ إذ ليس في البين مدّعٍ ومنكرٌ؛ لعدم مطابقة قول أحدهما مع الأصل، وأمّا لو كان الأصل موافقاً مع أحدهما ولو باعتبار ما يترتّب على الدعوى فهو خارج عن باب التداعي، ويندرج في باب المدّعي والمنكر، فنقول: لو ادّعى أحدهما كون العقد الصادر بيعاً وادّعى الآخر كونه هبة فنفس هذه الدعوى بما هي دعوى البيع والهبة لا أثر لها أصلاً، ومع قطع النظر عمّا يترتّب على كلّ واحد منهما من الضمان وعدمه لم تكن مسموعة؛ لأنّ المدّعي ما كان مطالباً وإذا لم يكن للدعوى أثر لم يكن مدّعيها مدعيّاً، فسماع هذه الدعوى إنّما هو بلحاظ ما يترتّب عليها من الضمان وعدمه، وعليه فيكون الأصل مطابقاً مع أحدهما. أمّا مدّعي كونه

---

١. راجع جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٣٦٣-٣٦٥.

الهبة لو قلنا بالبراءة، أو مدّعي البيع لو قلنا بالاشتغال، ويعد وضوح فساد ما ذهب إليه صاحب *الجواهر*-قدّس سرّه- نقول: المختار هو الاشتغال؛ لما عليه المعظم من كونه الأصل المؤسّس في باب الأموال.

لا يقال: مبنى القول بالاشتغال في المقام هو التمسّك بعموم: «على اليد»[1]، مع الشكّ في كون المورد من مصاديق المخصّص أو العموم، أو التمسّك بقاعدة المقتضي والمانع، أو باستصحاب العدم الأزلي في إثبات حكم العدم النعتي، وشيء من هذه المباني لا يستقيم حسبما أوضحناه في الأُصول في باب العامّ والخاصّ؛ لأنّا نقول: بل هنا وجه رابع وهو التمسّك باستصحاب العدم النعتي.

وتوضيحه: أنّ الضمان في مورد ثبوته ناشٍ عن اليد مع عدم إقدام المالك على المجّان، بحيث يكون هذا العدم نعتاً للمالك فحينئذ نقول: قبل تحقّق العقد لم يكون إقدام من المالك على المجّان، وعند تحقّقه يشكّ في إقدامه عليه، فيستصحب عدمه، وهذا لاربط له باستصحاب العدم الأزلي، وبسط ذلك موكول إلى باب العامّ والخاصّ من الأُصول، وإلى ما حرّرناه في لباس المشكوك، فراجع.

وبالجملة فالتحقيق في المقام هو الرجوع إلى الاشتغال في كلّ مورد من موارد الشبهة الموضوعيّة الذي تردّد العقد بين كونه مع الضمان أو بلا ضمان، من غير فرقٍ بين ما كان التردّد بين ما كان الصادر من العقود المملّكة أو غيرها، كما إذا تردّد بين كونه هبة أو وديعة، أو كان التردّد بين كون الصادر من العقود المضمنة أو غير المضمنة بعد الفراغ عن كونه من العقود المملّكة، كما إذا تردّد بين كونه هبة غير معوّضة أو بيعاً، ففي كلتا الصورتين يكون المرجع أصالة الضمان؛ لأصالة عدم رضا المالك بعد

---

١. عوالي اللآلي، ج ٣، ص ٢٤٦، ح ٢ (وفي عدّة مواضع أُخر)؛ مستدرك الوسائل، ج ١٧، ص ٨٨، الباب ١ من أبواب كتاب الغصب، ح ٢٠٨١٩.

استيلاء المستولي على ماله، وهذا بخلاف أصالة اللزوم، فإنّها لا تجري فيما إذا كان التردّد بين العقود المملّكة أو غيرها؛ لعدم العلم بانتقال المال عن مالكه الأوّل حتّىٰ يستصحب بقائه بل ينحصر مورده بما إذا علم كون الصادر من العقود المملّكة ولكن تردّد بين الجواز واللزوم، فظهر أنّ دائرة أصالة الضمان أوسع من أصالة اللزوم؛ لجريانها في مورد الشكّ في الضمان ولو لأجل الدوران بين كون الصادر هو العقد المملّك أو غيره، واختصاص أصالة اللزوم بمورد العقد المملّك.

[في البحث عن الاستدلال بعموم دليل السلطنة]

قوله ﷺ: «فإنّ مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيّته بغير اختياره ... إلى آخره»[1].

اعلم أنّ الاستدلال بعموم دليل السلطنة لإثبات لزوم المعاملة تارة يكون في الشبهة الموضوعيّة، وأُخرىٰ في الشبهة الحكميّة، لكن لا مجال للاستدلال به في الشبهة الموضوعيّة، كما إذا كان تردّد الصادر بين كونه هبةً أو بيعاً؛ لكون التمسّك به لإثبات لزوم ما شكّ فيه من جهة الشبهة المصداقيّة تمسّكاً بالعامّ في الشبهة المصداقيّة، وهو غير مجوّز، فينحصر مورد التمسّك به كسائر العمومات والإطلاقات بالشبهة الحكميّة، وبهذا يفترق الأُصول العلميّة واللفظيّة، حيث قد عرفت جريان الأوّل في الشبهة الموضوعيّة أيضاً، هذا.

وأمّا تقريب التمسّك به في الشبهة الحكميّة فبأن يقال: مقتضى تماميّة سلطنة المالك على ماله هو عدم تسلّط الغير على ما يملكه، فكأنّ هذه الجملة، أعني

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

«**الناس مسلّطون على أموالهم**»[1] تتضمّن عقدين:

أحدهما: العقد الإيجابي وهو سلطنة المالك على ماله بجميع أنحاء السلطنة.

وثانيهما: العقد السلبي، وهو نفي سلطنة الغير عن ماله بجميع أنحاء السلطنة وهذا العقد السلبي لازم لعقده الإيجابي؛ لأنّ مقتضى تماميّة سلطنة المالك على ماله، وكمال سلطنته بجميع أنحاء السلطنة هو سلب جميع أنحاء سلطنة الغير عن ماله، ولولاهذا العقد السلبي لم يتمّ الاستدلال؛ لعدم المنافات بين سلطنة المالك على ماله وبين سلطنة الغير عليه أيضاً.

هذا، وربما يورد على الاستدلال به بوجوه:

الأوّل: إنّ مقتضىٰ عموم «السلطنة» هو عموم تسلّط المالك على التصرّف في ماله بجميع أنحاء التصرّفات، بمعنىٰ أنّ له أن يبيع ويهب ويصالح ويؤاجر ونحوها، وهذا لا يستلزم نفي سلطنة الغير حتّىٰ يثبت به اللزوم.

ويندفع بأنّ ثبوت جميع أنحاء هذه التصرّفات للمالك لازم ثبوت السلطنة التامّة الكاملة على ماله، ومن ثبوتها كذلك تنفى سلطنة الغير كما حرّرناه.

الثاني: إنّ التمسّك به لإثبات لزوم ما يشكّ في لزومه متوقّف على كون الفسخ من الفاسخ تصرّفاً فيما انتقل عنه، وارتجاعاً له عمّا انتقل إليه أوّلاً وبالذات، وهو ممنوع، بل الفسخ هو حلّ العقد ويلزمه ارتجاع العين، وعليه فلا يكون الفسخ تصرّفاً في ملك الغير حتّىٰ يكون منافياً مع عموم سلطنته.

ويندفع أيضاً بأنّ الفسخ وإن كان يرد أوّلاً وبالذات على العقد ويلزمه رجوع العين إلى الفاسخ، إلّا أنّ حلّ العقد طريقي لا موضوعي، ويكون الغرض من حلّه هو ارتجاع العين، فيكون تصرّفاً في العين، غاية الأمر بسبب فسخ العقد، فيكون منافياً مع عموم سلطنة مالك العين.

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٢ و ٤٥٧، ح ٩٩ و ١٩٨.

الثالث: إنّ التمسّك بعمومه في مورد الشبهة يكون من قبيل التمسّك بعموم العامّ في الشبهة المصداقيّة ولو كانت الشبهة حكميّة.

وتوضيحه: أنّه إذا شكّ في لزوم معاملة أو جوازها كالمعاطات، وفسخ أحد المتعاملين يشكّ في جواز تصرّف الفاسخ بعد الفسخ فيما انتقل عنه، ولا يمكن إحراز حرمة تصرّفه بعد الفسخ بعموم دليل السلطنة، وذلك للشكّ في كون المال بعد الفسخ مالاً لما انتقل إليه؛ لاحتمال تأثير الفسخ ورجوع المال عمّا انتقل إليه إلى ما انتقل عنه، ومع عدم إحراز كونه بعد الفسخ مالاً له لا يصحّ التمسّك في إثبات حرمة التصرّف فيه بعموم دليل السلطنة.

ويندفع هذا أيضاً بأنّ عموم دليل السلطنة بنفسه متكفّل لإثبات حرمة الفسخ، وعدم تأثيره في ارتجاع المال عمّا انتقل إليه إلى ما انتقل عنه.

وتوضيح ذلك: أن نفرض آنان، أحدهما آنٍ يقع فيه الفسخ، والآخر آنٍ يقع فيه التصرّف في العين المرتجعة بعد الفسخ، فما ذكر في الإشكال إنّما يتمّ بالنسبة إلى التصرّف الواقع بعد الفسخ؛ لأنّه في هذا الآن لا يعلم أنّ العين باقية على ملك ما انتقل إليه، أو ارتجعت إلى مالك من انتقلت عنه.

والجواب أنّ مبنى الاستدلال هو إثبات حرمة التصرّف في الآن الذي يقع فيه الفسخ؛ لأنّ العين في هذا الآن ملك لمن انتقلت إليه قطعاً، ودليل السلطنة يثبت حرمة هذا التصرّف وعدم تأثير الفسخ، ومع إحراز عدم تأثيره لا يبقى شكّ في حرمة التصرّف في الآن المتأخّر عنه؛ لأنّ الشكّ في حرمته كان ناشياً عن الشكّ في تأثير الفسخ، والمفروض زوال الشكّ في تأثيره ببركة العموم.

فظهر أنّ مورد التمسّك بالعموم لا يكون من قبيل الشبهة المصداقيّة، وما يكون من قبيل الشبهة المصداقيّة لا يكون مورداً للتمسّك بالعموم.

[في البحث عن الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا اموالكم ...﴾]

قوله ﷺ: «ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل﴾[1] ... انتهى»[2].

قد تقدّم فيما تقدّم في مقام الاستدلال بالآية المباركة على صحّة المعاطاة بأنّ في الآية المباركة تقريبين:

أحدهما: كون الاستثناء منقطعاً، بناءً على أن تكون كلمة «الباطل» قيداً للمستثنى منه.

وثانيهما: أن يكون متّصلاً؛ بناءً على أن لا يكون الباطل قيداً للمستثنى منه، بل إنّما جيء به للدلالة على أنّ ما عدىٰ المستثنى يكون من باب الأكل بالباطل، وعليه فيصير مفاد الآية الكريمة هكذا: «لا تأكلوا أموالكم بينكم إلّا مع التراضي؛ لأنّه مع عدم التراضي يكون أكلاً بالباطل» وقد تقدّم أنّ هذا الوجه هو الأقرب.

وكيف كان، فإنّ مقتضى حصر حلّ أكل مال الغير بصورة التجارة عن تراضٍ هو عدم جواز رجوع كلّ واحد من المتعاملين إلى ما انتقل عنه إلى صاحبه، وهو معنى اللزوم.

والإشكال الأخير الوارد على عموم الدليل يجري في هذه الآية أيضاً. ... وتقريبه أنّ الآية مخصّصة بما ثبت فيه الفسخ، ضرورة أنّ تصرّف الفاسخ بعد الفسخ فيما ثبت الخيار، كموارد خيار المجلس ونحوه، ليس من باب الأكل بالباطل، وعند الشكّ في ثبوت الخيار وعدمه، ولزوم المعاملة وجوازها، يكون إثبات حرمة التصرّف بعد الفسخ بإطلاق الآية الكريمة من قبيل التمسّك بالعامّ في الشبهة المصداقيّة؛ لمكان تحقّق الشكّ في كون المقام من أفراد العموم أو من صغريات المخصّص.

---

١. النساء (٣): ٢٩.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

والجواب عنه: أنّ هذا يتمّ لو كان المخرج عن حكم العامّ هو عنوان من له الخيار، أو ذو الخيار ونحوهما من العناوين العامّة، لكي يقع الشكّ في كون المعاملة الخاصّة مثل المعاطات من أفراد العامّ أو المخصّص، لكنّ الأمر ليس كذلك، بل الخارج عن تحت حكم العامّ هو عناوين خاصّة قد خرجت بخصوصيّاتها، مثل خيار المجلس والغبن ونحوهما، وإذا شكّ في جواز معاملة خاصّة يكون الشكّ بالنسبة إليه في التخصيص الزائد، لا في كون المورد من أفراد المخصّص، فيكون المرجع فيه هو عموم الدليل أو إطلاقه.

[الاستدلال بعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾]

قوله ﷺ: «وقد يستدلّ أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] ... إلى آخره».

اعلم أنّ الآية المباركة أظهر ما يدلّ على لزوم العقود، وفي دلالتها على اللزوم تقريبان مبنيّان على أن اللزوم الذي هو حكم وضعي هل هو مجعول بجعل مستقلّ أو أنّه منتزع من حكم تكليفي، وقد اختلف في الأحكام الوضعيّة، والمختار عندنا هو صحّة تعلّق الجعل المستقلّ بها إلّا الأربعة المعروفة منها، أعني السببيّة وأخواتها التي هي منتزعات عن التكليف حسبما حقّقناه في الأُصول، والمختار عند المصنّف ﷺ حسبما يظهر من بعض كلماته هو انتزاعيّة جميعها عن التكليف، فعلى المختار نقول في تقريب الدلالة: إنّ قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» بالدلالة المطابقيّة يدلّ على اللزوم، ويكون الأمر إرشاداً إلى جعل اللزوم، واللزوم هو عبارة عن ثبات الشيء وعدم تفتّته

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٦، ضمن تراث الشيخ الأعظم، والآية في سورة المائدة (٥): ١.

بمفتّت، ومعلوم أنّه شيء ليس بيد المكلّف وتحت قدرته، بحيث له أن يفعل وله أن يترك حتّى يتعلّق به الأمر والنهي المولوي، ومع كونه بنفسه قابلاً للجعل وممّا تناله يد الجعل المستقلّ، يكون الأمر في الآية إرشاداً إلى جعله، فالأمر في هذه الآية من هذه الجهة إرشاديٌّ، والمرشد إليه هو اللزوم الذي هو حكم شرعي وضعي مولويٌّ، ففي الأمر جهتان:

جهة إرشادٍ إلى الحكم الوضعي، فمن هذه الجهة إرشاديٌّ، أي قسم من الأمر الإرشادي.

وجهة الحكم المرشد إليه، ومن هذه الجهة مولويٌّ، ولا مناقشة في دلالة الآية المباركة على هذا التقريب على لزوم كلّ معاملة شكّ في لزومها أصلاً، وعلى مختار المصنّف ﷺ فلابدّ في كلّ حكمٍ وضعي من تصوير حكم تكليفيّ يكون منشأً لانتزاعه، وتصويره مشكلٌ في بعضها، ممكنٌ في البعض الآخر.

فمن قسم المشكل هو اللحجّيّة والملكيّة، فإنّ تصوير حكم تكليفي يكون منشأً لانتزاع الحجّيّة عسيرٌ جدّاً، وغاية ما يمكن أن يقال فيه - كما يستظهر من بعض عبارة المصنّف ﷺ في دليل الانسداد عند البحث عن كلام شيخ المحقّقين في الظنّ- هو جعل الهوهوية، وقد حرّرنا في أوائل مباحث الظنّ بأنّه لا يرجع إلى محصّل، وكذا الكلام في الملكيّة حيث إنّ حكم الوارد في مورد الملكيّة لا ينحصر في حكم واحد حتّى يصير مخصّصاً بكونه منشأً لانتزاع الملكيّة، ولا يمكن جعل مجموع الأحكام الواردة في مورد الملكيّة أيضاً منشأً لانتزاعها. وكلّ هذه العضال نشأ عن القول بانتزاعيّة الأحكام الوضعيّة، والتخلّص عنه بالالتزام بجعل ما عدا الأربعة المذكورة منها مستقلاً وموضوعاً لما يترتّب عليها من الأحكام التكليفيّة.

ومن القسم الثاني هو اللزوم، فإنّه ينتزع عن وجوب الوفاء بالعقد، وتقريب

الاستدلال بالآية حينئذ على لزوم كلّ عقدٍ شكّ في لزومه أن يقال: مقتضى إطلاق وجوب الوفاء -حتّى بعد فسخ الفاسخ للعقد- هو عدم تأثير فسخه، وهو معنى اللزوم، وسيجيء هذ التقريب من المصنّف ﷺ في أوّل الخيارات، ولا يرد عليه شيء إلّا الشبهة في معنى الوفاء الذي هو متعلّق التكليف، وأنّه هل هو عبارة عن الالتزام القلبي حتّى أنه لو استردّ العين عمّن انتقل إليه بعنوان الغصب كان وفاءً، أو أنّه عبارة عن الوفاء الخارجي وعدم استرداد العين؟ ولا يمكن الالتزام بشيء منهما، بخلاف مالو قلنا بأنّ الوفاء بالعقد عبارة عن لزومه على ما بيّنّاه، حيث يسلم عن هذا الإشكال.

وأمّا الإيراد عليه ﷺ بأنّ التمسّك بالآية لإثبات اللزوم بعد صدور الفسخ عن الفاسخ يكون من قبيل التمسّك بالعامّ في الشبهة المصداقيّة[1]، فمدفوعٌ بأنّه يكون كذلك لو كان المراد من العقد هو معنى الإسم المصدري، أعني العقدة الحاصلة من ربط أحد الالتزامين بالآخر، لأنّها المشكوكة بقاؤها بعد الفسخ، لكنّ المراد بالعقد الذي تعلّق الوجوب بوفائه هو المعنى المصدري، أعني ما صدر عن العاقد الذي وجوده في حال إنشائه وتحقّقه، وهو لابقاء له حتّى يرتفع بالفسخ، فبعد تحقّق الفسخ يصحّ تعلّق الأمر بالوفاء به.

هذا تمام الكلام في العمومات التي يستدلّ بها على إثبات اللزوم، والعمدة منها هي آية وجوب الوفاء بالعقد[2].

وأمّا قول النبيّ ﷺ[3]: «... المؤمنون عند شروطهم»[4] فالتمسّك به متوقّف على شمول الشرط للشروط الإبتدائيّة، فسيأتي الكلام في تحقيقه في أوّل الخيارات.

---

١. تقدّم في ص ٢٠٨.

٢. المائدة (٥): ١.

٣. في الأصل: «قوله تعالى» والصحيح ما أثبتناه.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣؛ وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٤.

[في حكم المعاطاة]

بقي الكلام في حكم خصوص المعاطاة، فالمشهورالمسلّم فيها هوعدم اللزوم، بل لا يبعد أن يكون إجماعيّاً، وهذا ممّا لاكلام فيه، إنّما الكلام في أنّها هل هي خارجة عن عموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] بالتخصيص أو بالتخصّص؟

والتحقيق عدم شمول العموم لها وأنّها خارجة بالتخصّص، وتوضيح ذلك يتوقّف على بيان أُمور:

[الأمر] الأوّل: إنّ المنشآت بالعقود تنقسم على ثلاثة أقسام:

الأوّل: أن يكون فيما مقتضى اللزوم، وذلك كالنكاح والضمان ونحوهما، مع وقوع الكلام في تشخيص مصاديقه وصغرياته.

الثاني: أن يكون فيها مقتضى الجوازكالهبة ونحوها.

الثالث: أن لا يكون فيها اقتضاء اللزوم ولا الجواز.

ففي القسم الأوّل لا يكون للزوم الناشئ من قِبل العقد تأثيرٌإلّا تأكيد لزوم الناشئ عن مقتضى مضمون العقد والمنشأ به.

كما أنّه لا يؤثّراللزوم العقدي في القسم الثاني، بل القسم الثاني خارج عمّا دلّ على لزوم العقد بالتخصيص.

وأمّا القسم الثالث فهو الذي يصيرلازماً بواسطة لزوم العقد، وهو موضوع اللزوم المستفاد من عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ فاللزوم العقدي يؤثّر في هذا القسم، ويصيرما لايقتضي اللزوم من ناحية اللزوم العقدي لازماً. وهذا كأكثرالعقود المعاوضيّة كالبيع ونحوه.

الأمرالثاني: اللزوم الناشئ عن مقتضى المنشأ بالعقد حكميٌّ غيرقابلٍ للإسقاط،

---

١. المائدة (٥):١.

وكذا الحال في الجواز الناشئ عن مقتضى المنشأ بالعقد، فلا يرد فيه الإقالة، ولا يصحّ فيه شرط الخيار؛ لكونه مخالفاً مع مضمون العقد، وإنّما القابل للإقالة وشرط الخيار هو في مورد اللزوم العقدي، فهو حقّ قابل للإسقاط.

الأمر الثالث: اللزوم العقدي يطلع عن دلالة العقد على التزام المتعاملين على ما أنشآه بدلالة التزاميّة عرفيّة.

وتوضحيه: أنّ مدلول قول القائل «بعت» و«اشتريت» بالمطابقة هو مبادلة المالين بالمعنى المتقدّم في أوّل البيع، وبالدلالة الالتزاميّة هو الالتزام على ما أوقعاه من المبادلة، وهذا المدلول الالتزامي هو معنى العقد؛ إذ هو عبارة عن العهد أو المؤكّد منه، ونفس إنشاء المبادلة بين المالين لا يكون عهداً، وإنّما العهد هو الالتزام على ما أنشآه، كما هو واضح.

الأمر الرابع: كلّ مورد يصحّ فيه الإقالة يصحّ فيه جعل الخيار بالشرط وبالعكس. وذلك لأنّ معنى «اللزوم العقدي» - كما عرفت - هو ثبات كلّ من المعاقدين على الالتزام بما صدر منه بالإنشاء، وعدم تمكّنه من رفع اليد عنه إلّا برضاء الآخر، فكلّ واحد منهما مالك لالتزام الآخر ومسلّط عليه، وله السلطنة على التزامه؛ و«الإقالة» عبارة عن رفع يد كلّ واحد عمّا يملكه على الآخر من التزامه، ومعنى شرط الخيار هو إيقاع المعاملة من الطرفين الذي هو المدلول المطابقي، والالتزام أيضاً من الطرفين الذي هو المدلول الالتزامي، وملك ذي الخيار لالتزام مَن لا خيار له دون العكس، بل مع سلطنته على التزام نفسه، ولازم كونه سلطاناً على التزام الغير عدم جواز فسخ مَن لا خيار له، ولازم سلطنته على التزام نفسه صحّة رفع اليد عنه، ومن المعلوم جواز رفع اليد في طرف واحد إنّما يمكن فيما أمكن فيه رفع اليد من الطرفين، وهو المعنى الملازمة بين ما يصحّ فيه الإقالة وما يصحّ فيه شرط الخيار.

الأمر الخامس: إذا كانت المعاملة مُنشأة باللفظ تحقَّق في اللفظ الدلالتان: فالصيغة بالدلالة المطابقيّة تدلّ على المعاملة، وبالالتزاميّة على الالتزام، وإذا كانت بالفعل فالفعل لادلالة فيه على الالتزام، بل هو مهمل من هذه الجهة، وليس فيه ما يدلّ على الالتزام حتّىٰ يصير مشمولاً لدليل وجوب الوفاء، فعموم دليل وجوب الوفاء لا يشمل المعاطاة؛ لعدم كونها عقداً حتّىٰ يشملها.

الأمر السادس: أنّ الالتزام على المعاملة وإن كان أمراً قلبيّاً لكنّه في مرحلة الثبوت إنّما يترتّب عليه أثر لو أبرز بمبرزٍ، فما دام لم يبلغ إلى مرتبة الإبراز لاحكم له أصلاً.

إذا عرفت هذه الأُمور فنقول: الفعل مهمل من حيث الدلالة على الالتزام، فالمعاملة الفعليّة في مرحلة الثبوت خالية عن الالتزام المؤثّر، أعني الالتزام المبرز بمبرز فلا تكون عقداً، فلا يشملها عموم دليل اللزوم، أعني ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] هذا بالنسبة إلى مقام الثبوت، وأمّا في مقام الإثبات فيكفي الإجماعات المحكيّة على الجواز في نفي اللزوم، ومخالفة المفيد[2] غير معلوم، والتعبير بـ«الأشهر» -كما في كلام العلاّمة[3] قدس سره- لا يدلّ على قيام الشهرة على اللزوم، وذلك لاحتمال أن يكون التعبير بـ«الأشهر» في مقابل «المشهور» القائلين بالإباحة، لا القائل باللزوم، وقد حقّق في الأُصول حجّيّة الإجماع المنقول لو كان ناقله من المتأخّرين، ومن المعلوم حصول الاعتماد على نقل مثل الشهيد الثاني قدس سره الذي يقول بعد نقل الكلام المحكي عن المفيد: بأنّه ما أحسنه وأمتن دليله لولا الإجماع على خلافه[4]. وكذا نقل فقيه عصره

---

١. المائدة (٥): ١.

٢. راجع المقنعة، ص ٥٩١.

٣. تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٧، المسألة ١.

٤. مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٥٦ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ١٩).

كاشف الغطاء من محقّقي المتأخّرين[١]، وبالجملة فبعد ضمّ الإجماع المحكي[٢] إلى ما أسّسناه بالنسبة إلى مرحلة الثبوت يكفي في إثبات عدم اللزوم.

نعم، لابدّ من الالتزام بالتخصيص في عموم دليل السلطنة[٣]، وآية التجارة[٤]؛ لشمولهما للمعاطاة، كما تقدّم، ولابدّ حينئذ، في إخراج المعاطاة عنهما من مخصّص لهما، ويكفي في التخصيص قصور المعاطاة في مرحلة الثبوت؛ لأن تكون لازماً مطلقاً باللزوم الحكمي والحقّي، وقيام الإجماعات المحكيّة على عدم لزومها في مرحلة الإثبات.

ووجه قصورها ثبوتاً عن قسمي اللزوم، أمّا عن اللزوم الحكمي فلقبولها الإقالة وشرط الخيار، وقد تقدّم أنّ ما يقتضي بطبعه اللزوم غير قابلٍ لهما، وأمّا عن اللزوم العقدي فلعدم الالتزام المؤثّر فيها حتّىٰ يكون موضوعاً للّلزوم.

وأمّا حديث: «البيعان بالخيار»[٥] فهو لا يدلّ على لزوم المعاطاة حتّىٰ تحتاج إلى المخصّص، وذلك لأنّ المحمولات إمّا تكون محمولات أوّليّة مترتّبة على نفس الموضوع بما هو هو، بلا أخذ محمول من محمولاته معه، نظير حمل الوجود على الماهيّة في مثل زيد موجود، حيث إنّ الموضوع فيه نفس الماهيّة من حيث هي هي غير مأخوذ معها شيء من لواحقها، ويعبّر عنها بعوارض الماهيّة.

وإمّا تكون محمولات ثانويّة مترتّبة على الموضوع بعد أخذ شيء من لواحقه معه في مرتبة الموضوعيّة، نظير حمل الكاتب على الماهيّة في مثل زيد كاتب، حيث إنّ الموضوع فيه هو زيد الموجود، لا ماهيّة «زيد» من حيث هي هي، ويعبّر

---

١. شرح القواعد، كاشف الغطاء، ص ١٣٧.

٢. غنية النزوع، ص ٢١٤.

٣. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٤٥٧، ح ١٩٨، وفي عدّة مواضع أُخر.

٤. النساء (٤): ٢٩.

٥. الكافي، ج ٥، ص ١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٤، وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، ح ٢.

عنها بعوارض الوجود، والمراد بالمحمولات الثانية مالا تكون في المرتبة الأُولى ولو كانت في المرتبة الثالثة وغيرها، لا خصوص ما كانت في المرتبة الثانية، فمثل متحرّك الأصابع في قولك: زيد متحرّك الأصابع، من المحمولات الثانية، مع أنّه عارض للموضوع المأخوذ مع قيد الكتابة، فزيد بما هو هو موجود، وبما هو موجود يصير موضوعاً للكاتب، وبما هو كاتب يصير موضوعاً لمتحرّك الأصابع، فهو محمول في المرتبة الثالثة حقيقةً، لكنّه يسمّى بالمحمول في المترتّبة الثانية اصطلاحاً بمعنىٰ ما ليس محمولاً في المترتّبة الأُولىٰ وإن لم يكن في المرتبة الثانية حقيقة.

إذا عرفت ذلك فنقول: المحمول في قوله ﷺ: «البيّعان بالخيار»[1] هو قوله: «بالخيار»، والخيار من المحمولات الثانية ويجعل على البيع الذي يقع فيه الخيار، ويصير المعنى حينئذ البيع الذي فيه الخيار يكون البيّعان فيه بالخيار ما لم يفترقا، لاعلى البيع بما هو هو، والمعاطاة وإن كان بيعاً - لما تقدّم في تحقيق حقيقتها من أنّ التسليط الفعلي مصداق للبيع - إلّا أنّها لا يقع فيها الخيار؛ لأنّها ليست عقداً، فلايرد عليها الالتزام العقدي، كما عرفته بما لامزيد عليه، وإذا لم تكن ممّا وقع فيها الخيار فلا يشملها إطلاق قوله ﷺ: «البيّعان بالخيار» فإطلاق هذا الكلام لا يشمل المعاطاة حتّى يحتاج في إخراجها إلى المقيّد.

قوله ﷺ: «نعم، قول العلّامة ﷺ في *التذكرة* أنّ الأشهر[2] ... إلى آخره»[3].

قد تقدّم أنّ التعبير بـ«الأشهر» أو «الأكثر» أو «الأقوى» يدلّ على وجود قول معتدّ به في مقابل القول بالجواز، أمّا أنّه عبارة عن القول باللزوم فلا؛ لاحتمال أن يكون القول المقابل له هو القول بالإباحة، فهذه التعبيرات لاتدلّ على كون القول باللزوم

---

١. تقدّم تحزيجه قُبيل هذا.

٢. تذكرة الفقهاء، ج١٠، ص ٧، المسألة ١.

٣. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

ممّا يعتدّ به لكي تضرّ بالإجماعات المحكيّة.

قوله ﷺ: «لأنّ قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع ... إلى آخره»[1].

يعنى إنّ جملة القائلين بعدم اللزوم إنّما يقولون به من جهة القول بعدم الملك، فلا يحصل الاتفاق على عدم اللزوم على تقدير القول بالملك، فهذا الاتفاق لا يفيد شيئاً إلّا أن يتمسّك بدعوىٰ الإجماع المركّب، ومحصّله أنّ العلماء على قولين، فمن قائلٍ بعدم الملك، ومن قائلٍ بالملك الجائز، فالقول بالملك اللازم خرق للاجماع المركّب، وإحداث للقول الثالث.

وقوله ﷺ: «فتأمل»[2].

إشارة إلى ما في هذا البيان من المناقشة، وحاصلها أنّ الإجماع المركّب إنّما يكون حجّة إذا كان راجعاً إلى الإجماع على القدر المشترك، بحيث يصير القدر المشترك بين القولين مورداً للإجماع، وفي المقام ليس كذلك؛ لأنّ عدم اللزوم وإن كان هو القدر المشترك بين القولين إلّا أنّ سلب اللزوم بالقياس إلى القول بالإباحة موضوعي، لكونه من باب السالبة بانتفاء الموضوع، وسلبه بالقياس إلى القول بالجواز محمولي، فيرجع إلى دعوى الاتفاق على القدر المشترك بين السلب الموضوعي والمحمولي، وهو غير مفيد.

هذا، ولكنّا نتدفع بأنّ الاتفاق على القدر المشترك بين السلب الموضوعي والمحمولي غير مفيد إذا لم ينته إلى الاتفاق على حكم شرعي، ومع انتهائه إليه بأن كان القدر المشترك موضوعاً له لا يجوز خرقه بإحداث قول ثالث، كما فيما نحن فيه،

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

إذ القائل بالملك يقول بجواز تصرّف كلّ واحدٍ من المتعاطيين فيما انتقل عنه، كما أنّ القائل بالإباحة أيضاً قائل به، فجواز تصرّف كلّ واحدٍ من المتعاطيين فيما صار عند الآخر حكمٌ شرعي اتّفقا عليه، فالقول باللزوم مخالف لهذا الأمر المتّفق عليه.

قوله ﷺ: «سواء لم يوجد لفظ أصلاً أم وجد لكن لم ينشأ التمليك به ... إلى آخره»[١].

قد تقدّم عند نقل الأقوال[٢] في مسألة المعاطاة القول بالتفصيل بين ما لم يوجد لفظ أصلاً فيقال فيه بعدم الملك، وبين ما وجد ولكن لم ينشأ التمليك به، بل كان من باب المساومة فيقال بالملك.

والتحقيق عدم الفرق بين القسمين، إذ المدار على اللفظ الذي يتحقّق به اللزوم هو اللفظ الذي يتحقّق به العقد ويصدر به الإنشاء، لا مطلق اللفظ، ولو كان التقاول المتقدّم على الإنشاء فوجود اللفظ الذي لا يصدر به الإنشاء لا يخرج المعاملة عن كونها فعليّة، والمدار على الجواز هو كون الإنشاء بالفعل، سَبَقه اللفظ أم لا.

قوله ﷺ: «بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة ... إلى آخره»[٣].

من الأقوال في المعاطاة هو التفصيل بين المحقّرات وبين البيوع الخطيرة بجريان المعاطاة في الأوّل دون الأخير[٤]، ومنشؤ هذا القول هو تخيّل قيام السيرة في الأوّل دون الأخير

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٥٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. راجع ص ١٤٤.
٣. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٦٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٤. هو قول المحدّث الكاشاني في مفاتيح الشرائع، ج ٣، ص ٤٦.

ولا يخفى أنّ السيرة قائمة في المعاملات السوقيّة ولو لم تكن من المحقّرات، كالجواهر الغالية الأثمان، كما جرت السيرة على عدم الاكتفاء بالمعاطاة في غير المعاملات السوقيّة من البيوع، ولو لم تكن من البيوع الخطيرة فكان حقّ التفصيل هو أن يفصل بين المعاملات السوقيّة وبين غيرها، لا بين المحقّرات وبين غيرها، ومع ذلك لا وجه له أصلاً؛ إذ تحقّق السيرة في المعاملات السوقيّة لا يوجب انحصار جواز المعاطات بها بعد فرض كون المعاطاة بيعاً مشمولاً لأدلّته.

نعم، لو قامت السيرة على عدم جوازها في غير المعاملات السوقيّة لكان لهذا التفصيل وجهٌ لكن أنّى بذلك من سبيل.

بقي مطلب آخر، وهو أنّه قد قسمنا اللزوم والجواز إلى الحقّي والحكمي، وقلنا بأنّ اللزوم الحكمي هو ما يقتضيه ذات المنشأ بالعقد، ومثّلنا له بالضمان والنكاح، وحكم هذا القسم هو عدم قبوله للإقالة والفسخ، ولا ينافي الحكم بعدم قبوله لهما مع صحّة الفسخ في باب النكاح بسبب العيوب، وفي باب الضمان عند إعسار الضامن، وجهل المضمون له بإعساره، وذلك لأنّ المقصود من الاقتضاء في قولنا: ذات المنشأ يقتضي اللزوم، ليس هو العلّة التامّة، بل هو المقتضي القابل لأن يقترن بالمانع، فيكون مثل سائر الأحكام قابلاً للتخصيص، وما دلّ على صحّة الفسخ بالعيوب في باب النكاح، أو عند جهل المضمون له بإعسار الضامن في باب الضمان، يكون مخصّصاً لما يدلّ بعمومه على عدم ورود الفسخ في هذا القسم من اللزوم، ولمّا كان اللزوم العقدي في مورد اللزوم الحكمي مؤكّداً له، كما قدّمناه كان تخصيص ما دلّ على الحكمي تخصيصاً لما يدلّ على اللزوم العقدي، وبهذه الجهة يكون الخيار الثابت في باب النكاح والضمان حقيّاً قابلاً للإسقاط، لا حكميّاً لا يسقط بمسقط.

قوله ﷺ: «بقي الكلام في الخبر الذي تمسّك به في باب المعاطات ...»[١].

لا يخفى أنّ قوله ﷺ: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام»[٢] لما ورد في باب بيع ما ليس عنده، وفي باب المزارعة بمضمون واحدٍ[٣] لابدّ أن يحمل على معنى ينطبق على كلا البابين، بحيث يمكن أن يجعل كبرى لهما، وكان كلّ واحدٍ منها صغرى بالقياس إليه لئلّا يلزم إرادة معنى منه في باب مغاير مع المعنى المراد منه في باب آخر، وشيء من هذه الاحتمالات الأربع المذكورة في المتن لا يستقيم للإنطباق على كلا البابين، فالأولى أن يقال في معناه: إنّ الكلام الجامع لمّا اعتبر فيه من الشرائط إذا أورد في مورده يكون محلّلاً وإذا لم يكن كذلك بأن لم يكن جامعاً لما اعتبر فيه ولوكان في مورده، أوكان جامعاً ولكن لم يكن في مورده، يكون محرّماً، فإيجاب البيع قبل الإشتراء وإن كان جامعاً لما اعتبر فيه، لكن لمكان عدم كونه في مورده يكون محرّماً، واشتراط الحصّة للبذر والبقر لمكان عدم اجتماعه لّما اعتبر فيه يكون محرّماً، وهذا المعنى منطبق على البابين معاً فهو المتعيّن، وعليه فيكون الخبر أجنبيّاً عن الدلالة على لزوم اللفظ في المعاملة، وعدم صحّة المعاطاة فيها.

قوله ﷺ: «فتأمّل»[٤].

وجه التأمّل هو إمكان كون المبيع قبل الإشتراء من مالكه عند الدلال فيمكن معه المعاطاة.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٦٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. الكافي، ج ٥، ص ٢٠١، باب الرجل يبيع ما ليس عنده، ح ٦؛ وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٤.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٢٦٧، باب قبالة الأرضين والمزارعة...، ح ٥ و ٦؛ وسائل الشيعة ج ١٩، ص ٤١-٤٢، الباب ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقات، ح ٤ و ٦.

٤. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٦٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

ثمّ لا يخفى أنّه بناءً على الاحتمال الذي قوّيناه في معنى الخبر لا ينتهي الأمر بما استظهر في اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجهٍ آخر.

ضرورة أنّ المحصّل من المعنى المتقدّم هو اعتبار جامعيّة الكلام لما يعتبر فيه مع كونه في مورده، وأين هذا من اعتبار أصل الكلام في المعاملة لكي ينتج منه اعتبار الكلام في إيجاب البيع.

قوله ﷺ: «الظاهر أنّ المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع ... إلى آخره»[1].

قد تحصّل ممّا قدّمناه أنّ المعاطاة بيع يوجب الملك، غاية الأمر أنّها بيع جايز لا يصير لازماً إلّا بإحدى الملزمات الآتية، وهذا هو نتيجة المتحصّل ممّا قدّمناه، والكلام في هذا التنبيه يقع في مقامين:

الأوّل: في أنّه هل يعتبر في المعاطاة ما يعتبر في البيع بالصيغة من الشروط المعتبرة في المتعاملين والعوضين أم لا يعتبر؟

الثاني: إنّه هل يجري أحكام البيع على المعاطاة أم لا؟

أمّا المقام الأوّل فلابدّ فيه من التكلّم على حسب المسالك المختلفة والمشارب المتعدّدة في باب المعاطاة.

[مسالك الأربعة في المعاطاة]

فنقول: قد اتّضح ممّا سبق في صدر مسألة المعاطاة أنّ فيها مسالك:

أحدها: ما هو المختار من أنّها بيع عرفي إلّا أنّه مصداق من البيع، والبيع

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٦٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بالصيغة مصداق آخر، ولا ينبغي الإشكال على هذا المسلك في اعتباركلّ ما يعتبر في البيع فيها من الشروط في العوضين والمتعاملين، وذلك لإطلاق دليل اعتبارها في البيع الشامل بإطلاقه لهذا المصداق منه أيضاً، ولا موجب لتوهّم عدم الاعتبارإلّا دعوى انصراف إطلاق أدلّة اعتبارها إلى خصوص ماكان من البيع بالصيغة، وهي ممنوعة جدّاً؛ إذ لاوجه للإنصراف بعد كون المعاطاة مصداقاً من البيع عرفاً.

وليعلم أنّ الظاهرمن كلمات الأصحاب في عنوان المعاطاة هو البحث عنها بعد الفراغ عن اشتمالها على كلّ ما يعتبرفي البيع من الشروط، فإنّ الظاهرمن قولهم يشترط في البيع أن يكون بصيغة الماضي هو اشتراط هذا الشرط في البيع الواجد، لما يعتبرفيه عدىٰ هذا الشرط الذي يراد أن يذكراعتباره بهذه العبارة، فقولهم عند اعتبارالصيغة بأنّه يكفي المعاطاة يعنى في البيع الجامع لما يعتبرفيه من الشروط، وهذا ظاهرجدّاً[1].

وثانيها: مسلك القول بالإباحة على ما وجّهناه سابقاً، ومحصّله هوكون قصد التمليك داعياً في إنشاء ما هو مصداق الإباحة، وهو التسليط عن قصد وإرادةٍ في إنشائه فيقع الإباحة؛ لأنّها المقصودة بالإنشاء عن اختيار، ويتخلّف قصد التمليك ولا يضرّتخلّفه، لأنّه يكون من باب تخلّف الداعي، وعلى هذا المسلك أيضاً يعتبر فيها ما يعتبرفي البيع من الشروط، وذلك لأنّها حينئذ لمكان كون العوضيين فيها مضموناً بالمسمّى لا بالمثل معاملة خاصّة، وليست من باب الإباحة المطلقة لكون الضمان فيها بالمثل أو القيمة، فلابدّ في إثبات صحّتها من قيام دليلٍ دالٍّ على صحّتها، وليس في البين ما يدلّ على صحّتها كذلك، أي بما يتضمّن صحّتها مع الضمان بالمسمّى إلّا السيرة، والسيرة دليلٌ لُبّي لا إطلاق لها ولا عموم لكي يؤخذ

---

١. للمزيد راجع جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٣٤٧ وما بعدها.

بإطلاقها أو عمومها، فيجب الأخذ بالمتيقّن، والمتيقّن منها هو ما اجتمع فيه الشرائط المعتبرة في البيع في ناحية العوضين والمتبايعين معاً، ولا يصحّ التمسّك في نفي اعتبارها بعموم دليل السلطنة[1]، وذلك لأنّ دليل السلطنة ناظر إلى إثبات السلطنة في إيجاد المسبّبات بالنظر إلى إثباتها في ناحية أسبابها، بل لا يعقل جعل السلطنة في ناحية الأسباب بعد كونها أسباب شرعيّة لابدّ فيها من الجعل التشريعي، فإنّ مرجع إعطاء السلطنة في ناحية الأسباب حينئذ هو تفويض تشريع الأسباب إلى المكلّفين، بحيث يكون لهم الخيرة في إيجاد أيّ مسبّب من الهبة والبيع ونحوهما بمعنى الإسم المصدري بأيّ سبب شاؤا، وهو كما ترى.

وثالثها: مسلك القول بالإباحة أيضاً لكن لا بالمعنى المتقدّم في المسلك الثاني، بل بمعنى أنّه مع إنشاء المتعاملين للتمليك، وكون قصدهما التمليك أيضاً، الشارع حكم تعبّداً بحصول الإباحة، وعدم حصول الملك إلى زمان تحقّق إحدى الملزمات، فيكون تحقّق الملك المنشأ بإنشائهما منوطاً بحكم الشارع بتحقّق إحدى الملزمات.

قال الأُستاذ -دام بقاؤه-: ولا أظنّ لهذا المسلك قائلاً، ولا أصدق بوجود القائل به. وكيف كان وعليه فاللازم أيضاً هو اعتبار ما يعتبر في البيع، وذلك لما تقدّم في المسلك الأوّل من أنّها بيع فيعتبر فيها ما يعتبر في البيع؛ لأنّ المفروض كون قصد المتبايعين هو التمليك، وكان المنشأ بإنشائهما أيضاً هو التمليك، غاية الأمر لم يترتّب المنشأ على إنشائهما حين الإنشاء بواسطة حكم تعبّدي، وصار ترتّبه عليه منوطاً على أمر متأخّر من وجود إحدى الملزمات، وهذا لا يخرجه عن كونه بيعاً، نظير توقّف الملكيّة في بيع الصرف على القبض، فكلّ ما يدلّ بالإطلاق أو العموم على اعتبار

---

١ أي قوله ﷺ: «الناس مسلّطون على أموالهم» في عوالي اللآلي، ج ١، ص ٤٥٧، ح ١٩٨ وعدّة مواضع أُخر.

شرطٍ في البيع يدلّ على اعتباره في المعاطاة حينئذ أيضاً، ولا موجب للمنع عنه إلّا دعوى الانصراف الممنوعة، كما عرفت في المسلك الأوّل.

ورابعها: مسلك القول بكون قصد المتعاطيين من أوّل الأمر هو الإباحة، كما سلكه صاحب *الجواهر*[1] ﷺ في توجيه كلام المشهور القائلين بالإباحة، وقد قدّمناه ما فيه من البُعد، وكيف كان فلازم هذا المسلك أيضاً هو لزوم اعتبار شرائط البيع في صحّتها، وذلك لأنّه وإن كان مقصود المتعاطيين هو الإباحة وكان الصادر منهما أيضاً هو مصداق الإباحة، وهو التسليط، وأثر فعلهما أيضاً في الإباحة، ولكنّها لمكان اشتمالها على الضمان بالمسمّى دون المثل أو القيمة معاملة خاصّة لابدّ لها من دليل، وهو منحصر بالسيرة التي المتيقّن منها هو فيما إذ اجتمع فيها ما يعتبر في البيع من الشرائط، ولا يمكن التمسّك بعموم دليل السلطنة؛ لما تقدّم في المسلك الثاني.

ومنه يظهر أنّ ما أفاده ﷺ بقوله:

> وحيث إنّ المناسب لهذا القول التمسّك في مشروعيّته بعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم»[2] كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطيّة غير ما ثبت شرطيّته[3].

ليس على ما ينبغي، إذ لا موقع للتمسّك بعمومه أصلاً.

هذا هو ما يقتضيه التحقيق في باب المعاطاة على المسالك الأربع فيها، وقد عرفت أنّ مقتضى التحقيق اعتبار جميع الشروط فيها على جميع هذه المسالك، من غير فرق بينها من هذه الجهة أصلاً.

وظهر أيضاً أنّ المعاطاة على المسلك الثاني المختار عندنا في توجيه القول

---

١. جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٣٥٤.

٢. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٤٥٧، ح ١٩٨ (وعدّة مواضع أُخر).

٣. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٦٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بالإباحة، والمسلك الرابع المختار عند صاحب *الجواهر*[١] في توجيه هذا القول معاملة خاصّة يحتاج في إحراز صحّتها من قيام الدليل عليها، وأنّ عموم السلطنة لمكان سلب نظره عن مرحلة الإثبات لا يفي في إثبات صحّتها، وحيث إنّ الدليل عليها منحصر بالسيرة فيجب الأخذ بالمتيقّن.

نعم، لو فرض وجود دليل على صحّة هذه المعاملة الخاصّة على هذين المسلكين لكان المرجع عند الشكّ في اعتبار شيء فيها ممّا يعتبر في البيع عموم ذلك الدليل أو إطلاقه، لكنّه منتفٍ، كما لا يخفى.

[في البحث عن اشتراك المعاطاة مع البيع العقدي فيما يرتّب عليه من الأحكام]

قوله ﷺ: «وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضاً... إلى آخره»[٢].

هذا هو المقام الثاني أعني موضع البحث عن اشتراك المعاطاة مع البيع العقدي في الأحكام المترتّبة عليه، فنقول:

أمّا الربا فالظاهر جريانه فيها، وذلك لجريانه في كلّ معاملة معاوضيّة، وعدم اختصاصه بخصوص البيع، بل المستظهر من أدلّته جريانه حتّى في باب الغرامات، فلو أتلف الحلي المصوغ الذي يساوي قيمة ذهبه عشرون، وقيمة صياغته عشرون، لا يجوز أخذ أربعين من الذهب؛ للزوم الربا، بل لابدّ من أخذ قيمة الأربعين من الفضّة؛ فراراً عن الربا، وعلى هذا فيجري الربا في المعاطاة على جميع المسالك الأربعة المتقدّمة، أمّا على تقدير كونه بيعاً فواضح، وأمّا على القول بالإباحة على وجوهه الثلاثة المتقدّمة، فلأنّها معاوضة يكون الضمان

---

١. راجع جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٣٥٤-٣٥٥.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٧١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

فيها بالمسمّى، لا بالمثل أو القيمة، فتكون إمّا بيعاً أو معاملة معاوضيّة، وعلى كلا التقديرين فيجرى فيها الربا.

وأمّا حكم التلف قبل القبض فالظاهر أيضاً جريانه فيها، وذلك لعدم اختصاصه أيضاً بالبيع، ومعنى كون التلف على من بيده هو ضمانه للتالف بالمسمّى، وهذا المعنى موجود في المعاطاة.

هكذا أفيد، ولا يخفى أنّ تحقّق المعاوضة في المعاطاة يتوقّف على القبض فقبل القبض لا تكون معاملة حتّىٰ يتحقّق موضوع التلف قبل القبض، اللهمّ إلّا على القول بكفاية حصول التعاطي ولو من جانبٍ واحدٍ على ما يأتي الكلام فيه في التنبيه الآتي.

وأمّا حكم الخيار فتارة يقع الكلام بالنسبة إلى قبل تحقّق إحدى الملزمات، وأُخرىٰ بالنسبة إلى بعده.

أمّا الأوّل، فالأقوى عدم الخيار فيها قبل اللزوم، وذلك لما عرفت، وسيجيء تفصيلاً أنّ الخيار حقٌّ وسلطنة لذي الخيار على التزام الآخر، فهو يسلّط على التزامه، ويكون مالكاً له، ولايكون الآخر مالكاً لالتزامه، فكان الالتزامين كليهما بيده، أمّا التزام طرفه فلأنّه لا يكون لطرفه حلّ العقد إذا لم يكن له الخيار، وأمّا التزام نفسه؛ فلأنّه ليس لطرفه منعه إذا أراد هو حلّ العقد، وهذا المعنى لا يتصوّر في المعاطاة؛ لانتفاء الالتزام فيها رأساً، فيكون نفي الخيار فيها من باب السالبة بانتفاء الموضوع، أي لاعقد والتزام حتّىٰ يثبت فيه الخيار.

وأمّا الثاني -أعني التكلّم في ثبوت الخيار بعد اللزوم بتحقّق إحدى الملزمات- فعلى مسلك القول بالإباحة، وتوجيهه بكون تحقّق إحدى الملزمات يكون كالقبض في باب الصرف في توقّف تحقّق الملكيّة عليه، إلّا أنّه في باب الصرف لم يحصل

شيء قبل القبض، وفي المعاطاة حكم الشارع بالإباحة قبل تحقّق إحدى الملزمات، لا إشكال في إمكان ثبوت الخيار بعد اللزوم؛ لكون المعاطاة حينئذ بيعاً حكم الشارع قبل وجود أحد الملزمات فيها بالإباحة، وبعد وجودها تكون بحكم البيع، فيقع فيها ما يقع في البيع. وعلى مسلك القول بالبيع الجايز أو القول بالإباحة، لكن مع توجيهه بأحد التوجيهين الباقيين من التوجيه المرضيّ، أعني كون تخلّف قصد البيع من باب تخلّف الداعي، أو توجيه صاحب *الجواهر* من كون مقصود المتعاطيين هو الاباحة من أوّل الأمر[1]، فيشكل تصحيح ثبوت الخيار فيها بعد اللزوم من جهة الإشكال في كون اللزوم المتحقّق بإحدى الملزمات حكميّاً أو حقيّاً، وعسر تصويركونه حقيّاً لكي أمكن فيه ثبوت الخيار، وسيأتي في التنبيهات الآتية البحث عنه مفصّلاً.

[وجوه خمسة في المعاطاة المعاوضيّة]

قوله ﷺ: «الأمر الثاني: إنّ المتيقّن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي ...إلى آخره»[2].

اعلم أنّ إنشاء البيع - بل كلّ معاملة معاوضيّة - يمكن أن يكون على إحدى وجوه خمسة:

[الوجه] الأوّل: أن يكون بالصيغة، وهذا مالا إشكال فيه.

[الوجه] الثاني: أن يكون بالفعل والتعاطي من الجانبين، وهذا هو الذي تقدّم البحث عنه من أنّه مفيد للملك أو الإباحة، وقد عرفت التحقيق فيه من كونه مفيداً للملك الجايز.

[الوجه] الثالث: أن يكون بالفعل من أحد الطرفين، كالمعاملات السوقيّة

---

١. جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٣٤٨.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٧٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

نسيّةً، التي كون الإعطاء والأخذ فيها من جانبٍ واحدٍ، فهل هو ملحق بالمعاطاة من الجانبين فيفيد الملك أو الإباحة على اختلاف القولين أم لا؟ احتمالان:

المختار عند المصنّف ﷺ هو الأوّل، وذلك لأنّ المعاطاة ما ورد على اللفظ بها آية أو رواية، بل المعاملة الخاصّة التي قامت السيرة عليها ثبت مشروعيّتها من قيام السيرة عليها، والمفروض قيام السيرة على ماكان الأخذ والإعطاء فيه من جانبٍ واحدٍ، كما قامت على ماكان فيه من الجانبين، فكما أنّه بالسيرة فيما كان من الجانبين يثبت مشروعيّة المعاطاة من الجانبين كذلك بها يثبت مشروعيّة ماكان من جانب واحد. هذا محصّل ما أفاده في المقام، ولا يخفى ما فيه.

وتوضيحه: أنّ العقود المعاوضيّة التي تقع فيها المعاطاة عبارة عن البيع والإجارة والقرض والهبة المعوّضة، وأمّا غيرها كالصلح فلا يجرى فيها المعاطاة؛ لما تقدّم من أنّ المعاطاة ليست عبارة عن إيقاع كلّ مقولة بكلّ فعل اتّفق مقارنته معها، كإيقاع البيع بالمعلّق في الهواء، بل إنّما هي عبارة عن إيقاع كلّ مقولة بالفعل الذي يكون مصداقاً لتلك المقولة، كالتسليط الذي مصداق للتمليك، وليس في الأفعال ما يكون مصداقاً للتسالم (وسازش) حتّىٰ يصير إيقاعه به معاطاة، فالمعاطاة غير جارية في العقود المعاوضيّة إلّا في هذه الأربعة.

وقد تقدّم الفرق بين هذه العقود بأنّ حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة بأن يعلّق الخيط الممدود لهذا المال على رقبة مال صاحبه، ويجعل هذا المال متعلّق لخيط صاحبه، وحقيقة الهبة المعوّضة هي تمليك مجّاني من المتّهب إلى الواهب، فيكون تمليك بإزاء تمليك، وحقيقة القرض هي التمليك بشرط ضمان المثل أو القيمة، وأمّا الفرق بينهما وبين الإجارة فواضحٌ.

إذا تحقّق ذلك فنقول: إذا كان التعاطي من جانبٍ واحدٍ كما إذا أعطى البايع

مثلاً للمثمن، وأخذه المشتري بلا إعطاء الثمن إيّاه، فهذا الفعل الخارجي لا يكون مصداقاً للبيع؛ إذ ليس هو تبديل طرفي الإضافة؛ لأنّ المفروض عدم صدور فكّ المال المشدود عن الخيط الممدود على رقبة المشتري عن خيطه، لا من البايع، ولا من المشتري، لا بالفعل ولا بالقول.

أمّا من البايع؛ فلأنّ المفروض أنّه ما صدر منه قول أصلاً ولا فعل إلّا فكّ ماله عن طرف الخيط الممدود على رقبته بإعطائه ماله إلى المشتري.

وأمّا من المشتري؛ فلأنّه ما صدر منه إلّا الأخذ عن البايع، وهذا الفعل ليس فكّ ماله عن طرف خيطه، وليس في البين قول ينشأ به تبديل طرف خيط المشتري، فما في طرف خيط المشتري بعد الإعطاء من طرف البايع باق بحاله، ولم يتبدّل عمّا هو عليه، لا بالقوّة ولا بالفعل، لا من البايع ولا من المشتري، فحينئذ فهذا الإعطاء في عالم الاعتبار لا يخلو إمّا أن يكون فكّ ما في طرف الخيط الممدود على رقبة البايع، وشدّه على طرف الخيط الممدود على رقبة المشتري، مع بقاء الخيط الممدود على طرف البايع، أعني الإضافة التي كانت بينه وبين اللمال على حاله، أو يكون تسليطاً للأخذ على المال بإيجاد السلطنة والإضافة له عليه الملازم مع انتفاء العلقة التي بين المالك الأوّل وبين المال.

وبعبارة أوضح هذا الإعطاء الخارجي إمّا يكون نقل طرف الإضافة بلا إحداث إضافة جديدة في طرف الأخذ، بل جعل المال طرفاً لإضافته، أو يكون بإحداث إضافة بين الأخذ وبين المال الذي يعطيه الملازم، مع إنتفاء الإضافة التي بينه وبين المال، لكنّ الأوّل لا إعتبار له في المقام؛ لأنّ الخيط الممدود بين المشتري وبين ماله طرفه مشغول بماله، فشدّ مال البايع على طرف خيطه في حال اشتغال خيطه بمال نفسه لا يكون بيعاً؛ لكونه عبارة عن تبديل الطرفين، والنقل من طرف واحد لا يكون بيعاً، مع

أنّه يلزم بقاء إضافة التي بين البايع والمال بعد نقل طرفه وشدّه على خيط المشتري بلا أن يكون لها طرف، فتعيّن الثاني أعني كون الإعطاء إحداثاً لإضافةٍ بين الآخذ والمال الملازم مع انتفاء الإضافة التي بين المال وبين المعطي، وهذا يكون مصداقاً للهبة؛ لأنّها عبارة عن تمليك مجّاني، وروحها وحقيقتها هو إحداث علقة بين المال وبين المتّهب الملازم مع انتفاء العلقة التي بين الواهب وبين ماله ولوكانت معوّضة؛ إذ العوض فيها لا يقع بإزاء المال حتّىٰ تكون المبادلة بين المالين، بل العوض يقع بإزاء الفعل، أعني الهبة بالمعنى المصدري، فتكون المعاوضة بين هبة الواهب وهبة المتّهب، ولذلك لا يصحّ في إنشائها أن يقال: وهبتك هذا بهذا، بل هذا بيع بمادّة الهبة، فيكون إمّا فاسداً لو قلنا بعدم صحّة إنشاء البيع بالألفاظ المجازية، أو صحيح لو قلنا بصحّته. وإنّما إنشاء الهبة المعوّضة لابدّ أن يكون هكذا: وهبتك هذا على أن تهبني ذلك، بجعل الهبة الصادرة من المتّهب شرطاً، ومن هذا يقع الإشكال في وقوع الهبة المعوّضة بالمعاطات لمكان فقد ما يدلّ على الشرط من الفعل؛ لعدم وجود فعل قائم مقام الشرط اللفظي وإن كان التحقيق اندفاعه بكفاية التباني عليه، أعني إيقاع الهبة بالفعل مبنيّاً على الشرط المتواطيء عليه. وكيف كان فالتعاطي من جانب واحد مصداق للهبة لا للبيع، سواء كان العوض كلّيّاً أو شخصيّاً خارجيّاً بعد أن كان معيّناً.

ولوكان الإعطاء بعوضٍ غير معيّن لم يسمّ في مقام التواطئ أصلاً، بل يعطي المعطي شيئاً بقصد أن يأخذ منه عوضاً غير مسمّى، فهذا ينطبق على القرض، فإنّ حقيقة القرض هو التمليك بشرط أن يأخذ منه العوض الغير المسمّى.

والحاصل أنّ هذا الإعطاء الواقع من أحد الطرفين لا ينطبق على البيع أبداً، بل إمّا يكون مصداقاً للهبة المعوضة، وذلك فيما إذا كان العوض معيّناً كان كلّيّاً أو جزئيّاً، أو يكون مصداقاً للقرض، وذلك فيما إذا لم يكن معيّناً. هذا تمام الكلام في حكم هذا القسم.

الوجه الرابع: أن تكون المعاملة بمجرّد إيصال الثمن وأخذ المثمن، بلا صدق إعطاء أصلاً من جانبٍ واحدٍ فضلاً عن التعاطي من الطرفين، وذلك إمّا بإرسال الكلب المعلّم إلى الدكّان وتعليمه ووضع الفلوس فيه وأخذ المتاع منه عند غيبة صاحب الدكّان، وإمّا بوضعه نفسه فلوسه في الدكّان وأخذه المتاع منه. ومن ذلك دخول الحمّام بلا إطّلاع الحمّامي ثمّ وضع الأُجرة في صندوقه.

ولا إشكال في قيام السيرة على هذه المعاملة في المحقّرات كالخضرويات ونحوها مع القطع برضاء الطرف، كما أنّه لا ينبغي التأمّل في أنّها مبادلة مالٍ بمالٍ، أعني تبديل طرف الإضافتين.

وهل هي بيع أم إباحة؟ وجهان مبنيّان على أنّ البيع هل هو تبديل طرف الإضافتين بالمعنى المصدري، أو أنّه تبديل بالمعنى الإسم المصدري، فعلى الأوّل فهذه المعاملة ليست بيعاً؛ إذ ليس فيها تبديل بالمعنى المصدري، وعلى الثاني فهي بيع.

والتحقيق أنّ كون البيع هو التبديل بمعنى الإسم المصدري وإن لم يكن بكلّ البعد، لكنّ المستفاد من الإطلاقات والعمومات مثل ﴿أحلّ الله البيع﴾[1] ونحوه هو كونه بالمعنى المصدري، مضافاً إلى تسالم الفقهاء في وجوب إجبار الممتنع عن البيع عليه فيما يجب عليه، ثمّ تولّى الحاكم لو تعذّر الإجبار، إذ هو أيضاً كاشف عن كونه تبديل بالمعنى المصدري، فلو كان تبديلاً بمعنى الإسم المصدري لم يكن في إجباره وجهٌ، بل كان اللازم تولّي الحاكم له بعد امتناعه.

وكيف كان فالحكم في هذه المعاملات أيضاً هو الصحّة، لكن في خصوص ما قامت السيرة عليها، لا مطلقاً؛ لأجل مخالفتها مع البيع الظاهر في كونه تبديلاً بالمعنى المصدري.

---

١. البقرة (٢): ٢٥٧.

[الوجه] الخامس: أن تكون المعاملة خالية عن الإعطاء والإيصال رأساً، بأن كان بمقاولة المبادلة بين المالين من غير إيصال على وجه لا ينتهي إلى إنشائها بالصيغة، بأن يقول البايع: هذا الفرس يسوى مائة مثلاً، ويصرف هذه المقاولة يتباينان على أن يكون الفرس للمشتري والمائة للبايع بلا أخذٍ وإعطاءٍ وإيصالٍ ووصولٍ من الجانبين. وهذه أيضاً ممّا قامت السيرة عليها، وهل هي بيع أم لا؟ التحقيق أنّها أشبه بالصلح؛ لأنّه عبارة عن التسالم والتباني، وهذا هو حقيقته، وإذا وقع التسالم على مبادلة المالين يكون صلحاً، يفيد فائدة البيع، ولذا لابدّ في إنشائه بالصيغة من أن يقال: صالحتك هذا علي هذا، بالتعدّي بكلمة «على» فلو أتى بكلمة «باء» كان بيعاً مأتيّاً بمادّة الصلح، وفي صحّته وفساده الوجهان المتقدّمان.

وغير خفي أنّ ما وقع منهما من المقاولة مصداق من التباني والتسالم على المبادلة، فتكون مقاولتهما بالصلح أشبه، وكيف كان فلا إشكال في صحّة هذه المعاملة أيضاً فيما قامت السيرة عليها.

[في البحث عمّا به يتميّز البائع عن المشتري]

قوله ﷺ: «الثالث تميّز البايع من المشتري ... إلى آخره»[1].

اعلم أنّ البايع هو الذي يفكّ المالين عن طرفي الإضافة، ويشدّ كلّ واحد منهما مكان الآخر؛ والمشتري هو الذي يخلّي البايع مع فعله ويطاوعه، وتميّزهما فيما إذا كان الإنشاء بالصيغة واضح.

وأمّا في المعاطاة فإن كان المال من أحد الطرفين عروضاً ومن الآخر ثمناً

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٧٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

كالدارهم والدنانير، فصاحب المتاع هو البايع، وصاحب الثمن هو المشتري، وإن كان من الطرفين عروضاً أو ثمناً فمن ابتدأ بالعطاء هو البايع والآخر هو المشتري، فلو كان التعاطي منهما في آنٍ واحدٍ ووقع دفعةً، فإن كان أحد العوضين ممّا قصد قيامه مقام المثمن والآخر قيامه مقام الثمن، فالأوّل يكون بايعاً والآخر هو المشتري وان لم يقصد ذلك أيضاً، ففي كون هذه المعاملة صلحاً أو بيعاً، وعلى تقدير الثاني فيكون كلّ واحد منهما بايعا ومشترياً، أو أنّ أحدهما الغير المعيّن بائع والآخر كذلك مشترٍ احتمالات لا ينبغي احتمال كونها صلحاً وإن احتمله في الكتاب، وذلك لبُعد وقوع المعاطاة في الصلح، وعدم تصوير وقوعه بالفعل.

وتوضيحه: إنّ حقيقة الصلح - كما عرفت مراراً - هي التسالم والتباني، وليس في الأفعال ما يكون مصداقاً للتباني؛ لأنّه أمرٌ قصدي، والفعل الخارجي يمكن أن يكون مصداقاً للعناوين الأوّليّة، مثل القيام والقعود، وكذا لما ينتزع منها من مسبّباتها مثل التعظيم والإهانة، وأمّا مصداقيّته لما يتحقّق بالقصد فغير معقول، والتباني لمكان كونه قصديّاً لا يعقل أن يصدق على الفعل، فليس في الأفعال ما يصلح أن يكون مصداقاً للصلح على كلامٍ في ذلك يأتي في التنبيه الخامس إن شاء الله، فهذا التعاطي الدفعي غير قابل لا يكون مصداقاً للصلح، فتعيّن حينئذ أن يكون بيعاً، وحينئذ فيبقى احتمال كون كلّ واحدٍ منهما بايعاً من جهة ومشترياً من جهة أُخرىٰ، أو كان أحدهما الغير المعيّن بايعاً والآخر كذلك مشترياً، والاحتمال الأوّل مبنيّ على كفاية الإعطاء والأخذ في تحقّق الإيجاب والقبول، بأن يكون المعطى موجباً بإعطائه والآخذ قابلاً بأخذه، كما كان هو مبنى القول بكفاية الإعطاء من طرفٍ واحدٍ في تحقّق البيع على ما عرفت في التنبيه السابق مع ما فيه، فنقول: في عالم التصوّر يحتمل أن لا يكفي بنفس الإعطاء والأخذ في تحقّق الإيجاب والقبول مطلقاً، سواء

كان الإعطاء من الطرفين أو من طرفٍ واحدٍ، بل يكون الإعطاء من جانب آخر قبولاً، وهذا هو المختار حسبما فصّلناه في التنبيه السابق.

ويحتمل أن يكتفي به فيما إذا كان من جانب واحد فيكون الإعطاء حينئذ إيجاباً والأخذ قبولاً، وفيما إذا كان التعاطي من الجانبين يكون القبول كالإيجاب بالإعطاء، ويحتمل أن يكون القبول مطلقاً بالأخذ، ولو كان فيما كان التعاطي من الجانبين، فيكون مَنْ يعطي أوّلاً هو الموجب بإعطائه والآخذ منه قابلاً بأخذه ويكون إعطاء الآخر وفاءً بالمعاملة المحقّقة بالإعطاء الأوّل، وأخذه لا مدخليّة له في تحقّق أصل المعاملة.

ولا يخفى أنّه لو لم نقل بالاحتمال الأوّل لكان المتعيّن هو الاحتمال الأخير؛ إذ لو أمكن أن يكون الإعطاء والأخذ إيجاباً وقبولاً لكان كذلك، سواء تحقّق التعاطي من الطرفين أم لا، ولا يصحّ القول بكون الأخذ قبولاً في وقت ولا يكون قبولاً في وقتٍ آخر؛ لأنّه لو كان صالحاً لأن يقع به القبول لما كان الإعطاء مانعاً عن كونه قبولاً.

وكيف كان فعلى الاحتمالين الأوّلين لا يمكن أن يكون كلّ واحدٍ من المتعاطين في صورة التعاطي الدفعي بايعاً ومشترياً من جهتين؛ لأنّه ليس في البين إلّا بيعٌ وشراءٌ واحد متحقّق بالإعطائين معاً، أمّا على الاحتمال الأوّل فظاهر، وأمّا على الاحتمال الثاني فكذلك أيضاً، ضرورة تحقّق التعاطي من الجانبين، فحينئذ إذا كان التعاطي تدريجيّاً يكون الأوّل بايعاً والمعطي أخيراً مشترياً، وفيما إذا وقع التعاطي دفعةً على تمييز البايع عن المشتري إشكال، بمعنىٰ أنّه مشكل واقعي، لا أنّ البايع متميّز عن المشتري واقعاً وغير معيّن، بل لا واقع له إلّا الإبهام، لأنّ كلّ واحدٍ من الإعطائين صالح لأن يقع به الإيجاب والقبول واقعاً، ولا معيّن في البين بحسب الواقع، فيكون تخصيص أحدهما لأن يقع به الإيجاب والآخر للقبول تخصيصاً من غير مخصّص، و

حينئذ لابدّ من الحكم بوقوع البيع؛ لأنّه المتيقّن ورفع اليد عن ترتيب الآثار المختصّة على خصوص البيع أو الشراء، والبايع أو المشتري.

هذا وعلى الاحتمال الثالث ففيما إذا كان التعاطي تدريجيّاً يكون الإعطاء الأوّل بيعاً وأخذه شراء، والإعطاء الثاني وفاءً بالبيع الواقع بالإعطاء الأوّل وأخذه، وفيما إذا كان دفعيّاً فكلّ إعطاء يمكن أن يقع به البيع وأخذه الشراء، وحيث لا مرجّح في البين، فمع قابليّة كلّ إعطاء لأن يكون إيجاباً ولو مع كون الآخر أيضاً إيجاباً، نقول: إنّ كلّ واحد إيجاب وأخذه قبول، فكلّ واحد من المتعاطيين بايع من جهة كونه معطياً ومشتري من جهة كونه آخذاً لما يعطيه الآخر، فقد تحقّق في كلّ واحد جهتان بهما يصير كلّ واحد بايعاً ومشترياً، وحيث إنّ المختار عندنا هو الاحتمال الأوّل فعليه فالتحقيق كون واحد منهما على نحو الإبهام بايعاً والآخر كذلك مشترياً، وعلى فرض الإغماض عن المختار فالمتيقّن هو الأخير، وعليه فيكون كلّ واحد بايعاً من جهة ومشترياً من جهة أُخرى، فقد تحصّل منشأ ما أفاده ﷺ من وجه كون كلٍّ بايعاً ومشترياً، وأنّه مخالف للتحقيق المختار.

قوله ﷺ: «الرابع: إنّ أصل المعاطاة هو إعطاء كلّ منهما الآخر ماله، ويتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه ... إلى آخره»[1].

محصّل هذه الوجوه هو أنّ مقصود المتعاطيين إمّا يكون الملك، أو يكون الإباحة: فعلى الأوّل، فإمّا يكون قصدهما المبادلة بين المالين، بأن يكون الواقع منهما تبديل مالٍ بمالٍ، أو يكون قصدهما المبادلة بين التملّكين، بأن يكون تمليك بإزاء تمليك، وعلى الثاني أيضاً فإمّا يكون قصدهما المبادلة بين المال والإباحة بأن يبيح أحدهما ماله بالآخر بإزاء اكتساب ماله، وبعبارة أوضح يكون المال المباح له بدلاً

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

عن إباحة مال المبيح، أو يكون قصدهما تبديل الإباحة بالإباحة، وهذه وجوه أربعة، ويتصوّر في المقام وجوه أُخر لكنّها نادرة، ولذا لم يتعرّض لها المصنّف ﷺ كالمبادلة بين التمليك والإباحة، أو بين التمليك والمال، ونحو ذلك ممّا يمكن تصوّره يكون أحد العوضين من سنخ والعوض الآخر من سنخ آخر، كالملكيّة والإباحة والملكيّة والمال، والإباحة والمال، ونظائر ذلك ممّا لا يخفى.

[في أنحاء قصد المتعاطيين]

قوله ﷺ: «أحدها: أن يقصد كلٌّ منهما تمليك ماله بمال الآخر... إلى آخره»[1].

وهذا هو حقيقة البيع، إذ قد عرفت أنّه عبارة عن تبديل طرفي الإضافة أعني المالين مع بقاء الإضافتين بحالهما، فكلّ منهما يعطي ماله، أي العين التي كانت طرفاً لإضافته إلى الآخر، أي يجعله طرف إضافة لممدودة على رقبته بإزاء صيرورة مال الآخر طرفاً لإضافته.

وأمّا تحقّق هذا المعنى بالإعطاء والأخذ، أو بالتعاطي من الجانبين، فقد تقدّم الكلام فيه في التنبيه الثاني، والمصرّح به في هذا المقام هو تحققه بالإعطاء والأخذ، وعليه فيكون إعطاء الآخر وفاءً بالمعاملة، كالقبض في غير الصرف، لا أنّه جزء محقّقها كالقبول، من غير فرق بين وقوع العطاء من الآخر في هذا المجلس أو في مجلس آخر، مع طول الزمان أو قصره، وهذا وإن لم يكن فيه محذور، لكنّه بعيدٌ، ويترتّب عليه تماميّة المعاملة بعد تحقّق العطاء، والأخذ من جانب قبل تحقّقهما من الجانب الآخر، ولو لم يبق المتعاطيان أو أحدهما على ماهما عليه من الشرائط،

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

كما إذا مات أحدهما أو كلاهما، أو طرق الجنون والإغماء ونحو ذلك، فيجب على الآخر أو على ورثته أو وليّه الإعطاء وفاءً بالمعاملة، وهذا بخلاف مالو كان جزءٌ محقّقاً للمعاملة، حيث يكون طروّ إحدى المذكورات حينئذ قبل إعطاء الآخر من باب طروّها بين الإيجاب والقبول، ويكون موجباً للبطلان، والإنصاف أنّ المسألة ملتبسة من جهة عدم تعرّض الأصحاب، والقطع بتحقّق المعاملة بالإعطاء والأخذ فيما إذا كان من جانب كالمعاملات السوقيّة المبنيّة على النسيّة، و بعد التفكيك بين هذه الصورة وبين ما إذا كان التعاطي من جانبين بالالتزام يدخل الإعطاء في تحقّق القبول في الثاني، وتحقّقه بالأخذ في الأوّل.

أقول: قد تقدّم في التنبيه الثاني أنّ ما كان فيه الإعطاء من جانبٍ واحدٍ يكون مصداقاً من الهبة المعوّضة. وهذا الكلام منه - دام ظلّه - ترديد لما قوّاه في ذاك المقام.

قوله ﷺ: «ثانيها: أن يقصد كلّ منهما تمليك الآخر بإزاء تمليك ماله إيّاه ... إلى آخره»[1].

هذا هو الوجه الثاني من الصور الأربعة المتقدّمة، وهو ما كان المبادلة بين التمليكين، لابين الماليين، وقد احتمل فيه أُموراً.

أحدها: كونه بيعاً إيجابه بإعطاء الآخر وقبوله بإعطاء الآخر، فلو مات المعطي الثاني قبل الدفع كان باطلاً.

وثانيها: كونه هبة لكون كلّ من الماليين خالياً عن العوض، إذ لم يقع المعاوضة بينهما، بل يكون التعاوض بين تمليك وتمليك آخر، فهو بالهبة المعوّضة أشبه.

وثالثها: كونه صلحاً.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

ورابعها: كونه معاملة مستقلّة.

هذا هو المتحصّل من العبارة، والتحقيق أن يقال: إنّه باطل، لا بيع ولا هبة ولا صلح ولا معاملة مستقلّة.

أمّا أنّه لا يكون بيعاً؛ فلأنّ البيع كما عرفت مراراً هو المبادلة بين الماليين اللذين طرفي الإضافة مع انحفاظ الإضافتين بحالهما، وهذا تبديل إحدى الإضافتين بالأُخرى، وأمّا أنّه لا يكون هبة معوّضة فلأنّ الهبة المعوّضة عبارة عن تمليك مجّاني مشروط بتمليك مجّاني آخر، لا مبادلة تمليك بتمليك.

وتوضيحه: إنّ بين الواهب وبين ماله يتصرّر علقة خاصّة، وخيط مخصوص يعبّر عنه بملكيّة، أحد طرفيه ممدود على المال وطرفه الآخر على رقبة المالك، والهبة ليست عبارة عن نقل تلك الإضافة إلى المتّهب، بل معنى الهبة وروحها هو إحداث إضافة وسلطنة بين المال وبين المتّهب، فالواهب يُوجِد ويحدث خيطاً ممدوداً بين المال وبين المتّهب، ويسلّطه على المال مجّاناً وبلا عوضٍ، ويلزمه انتفاء خيطه الممدود بينه وبين المال؛ لانتفاء طرفه، وهو المال بصيرورته طرفاً لخيط الحادث بينه وبين المتّهب، لا أنّه ينقل ذاك الخيط إلى المتّهب، ويعلّقه على رقبته، ولا أنّه يحدث خيطاً من كتم العدم بإزاء عوضٍ، فروح الهبة متقوّم بأن يكون على نحو المجّان، ولذا لو أدّي بباء المعاوضة وقيل: وهبتك هذا بهذا، لم يكن هبة، وإنّما المعوّضة منها هي التي وقع فيها شرط تمليك مجّاني عن المتّهب، وهبةٌ أُخرىٰ عنه، فظهر أنّ هذا الوجه لا ربط له بباب الهبة أصلاً.

أمّا أنّه لا يكون صلحاً فلوجهين:

أحدهما: ما تقدّم في التنبيه السابق من أنّ الصلح لا يقع بالفعل أصلاً، وقد تقدّم مع كلام فيه يأتي في التنبيه الخامس.

وثانيهما: أنّ الصلح عندنا معاملة مستقلّة وإن كان يفيد فائدة البيع تارة، والإجارة تارة أُخرىٰ، والهبة ثالثة، وذلك لأنّ حقيقته هو التسالم والتباني، وبالتعبير الفارسي (باهم برآمدن)، ولكنّ التسالم يقع على أمر هو المتسالم عليه، فإن وقع على مبادلة مالٍ بمالٍ يفيد فائدة البيع، وإن كان المتسالم عليه هو المبادلة بين منفعة ومال يفيد فائدة الإجارة وهكذا، فلابدّ في الصلح من أن يكون المتسالم عليه في حدّ نفسه أمراً ممكناً معقولاً حتّىٰ يقع التسالم عليه، لكن المتسالم عليه في المقام هو المبادلة بين التمليكين، وهو غير معقول؛ لأنّ التمليك لا يخلو إمّا أن يراد به معناه المصدري، أعني تبديل إضافة بإضافة بما هو فعل الفاعل، أو يراد به معناه الإسم المصدري أعني مبادلة إحدى العُلقتين بالأُخرى التي هي نتيجة تبديل الإضافتين، وشيء منهما لايكون قابلاً للمعاوضة، أمّا معناه المصدري فلأنّه ليس ممّا يبذل بإزائه العوض؛ لأنّه ملحوظ للمتعاوضين، كالمعنى الحرفي بما هو غير مستقلّ في اللحاظ، بل بما هو وصلة ومقدّمة لإيجاد معنى الإسم المصدري، وهذا معلوم بالوجدان، ضرورة أنّ مقصود المتعاوضين ليس فعل التمليك بما هو فعل صادر عنهما، بحيث كان الغرض في نفس الفعل من حيث هو فعل.

وأمّا معناه بالإسم المصدري، فلأنّ الملكيّة أعني السلطنة الخاصّة والإضافة المخصوصة القائمة بين المال والمالك هي سلطنة موجبة لصحّة التصرّفات الصادرة عن المالك في ماله من الإعطاء والنقل وكلّ تصرّفٍ، فهي سلطنة على المال، وهو بهذه العلقة سلطان على ماله في نقله وتقليبه وتقلّبه، وهذه السلطنة بنفسها لا تكون منشأً لسلطنة المالك على تقليب هذه السلطنة نفسها، بحيث يبدّلها من مكانها إلى مكان آخر، ولا يكون في البين سلطنة أُخرىٰ على تلك السلطنة لكي يصير بالسلطنة الثانية سلطاناً على السلطنة الأُولىٰ، وإلّا لتسلسل، فهو سلطان على المال، لا أنّه

سلطان على السلطنة على المال، وإذا لم تكن سلطنته تحت سلطانه فليس له تبديلها ولا تحويلها، بل إنّما هو بها يكون مسلّطاً على تبديل المال، فظهر أنّ تبديل الملكيّة في حدّ نفسه غير معقول، وإذا وقع تسالم عليه يكون صلحاً وتسالماً على ما هو غير معقول، فلا يمكن أن يكون صلحاً.

ومن هذا يظهر أنّه لا يكون معاملة مستقلّة، لعدم تمشّي وجه الصحّة فيه أصلاً، فلا يكون إلّا باطلاً.

قوله ﷺ: «ثالثها: أن يقصد الأوّل إباحة ماله بعوض ... إلى آخره»[1].

هذا هو الوجه الثالث من الصور الأربع المتقدّمة، وهو ما كانت المبادلة بين المال والإباحة، بأن يبيح أحدهما ماله بالآخر بإزاء تمليك الآخر ماله إيّاه، فيكون إباحةٌ بإزاء مال، ولا يخفى أنّه في حدّ نفسه يكون فاسداً، لأنّ من يخرج عنه المال لا يسلم له شيئاً، وإباحة مال الآخر لا تصلح لأن تكون عوضاً عمّا ينتقل إليه.

وتوضيحه: إنّ لازم كون المعاوضة بين الإباحة والمال هو كون الصادر عن المبيح هو إباحة تصرّف المباح له في ماله، وإنشاء رخصة في التصرّف مع بقاء ماله على ما هو عليه من كونه طرفاً للخيط الممدود على رقبة المبيح والمال، فالعلقة الملكيّة بينه وبين المال باقيةٌ على ما هي عليها، والصادر عن المباح له هو رفع ماله عن طرف خيطه الممدود على رقبته والمال ووضعه على طرف خيط المبيح، وهذا غير معقولٍ من طرف المباح له والمبيح معاً، أمّا من طرف المباح له فللزوم بقاء خيطه بلا طرف؛ لعدم قابليّة إباحة مال المبيح لأن تصير طرفاً لإضافة الملكيّة، وأمّا من طرف المبيح فللزوم صيرورة مال الآخر طرفاً لإضافته، وخيطه مع اشتغال خيطه بمال

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

نفسه؛ إذ لم يخرج ماله بإباحته عن كونه طرفاً لإضافته، وكلّ ذلك نشأ من كون المبادلة بين الإباحة والمال، وهذا بخلاف مالو كانت الإباحة معوّضة، بمعنىٰ أنّه يبيحه بشرط أن يملكه شيئاً مجّاناً، أي بشرط الهبة المجّانيّة، فإنّه لا محذور أصلاً، إذ الصادرعن المباح له حينئذ هوإحداث العلقة بين ماله وبين المبيح، ويلزمه انتفاء العلقة التي بينهما بانتفاء طرفها، ولا يلزم حينئذ بقاء علقته، ولا صيرورة ماله طرفاً لعلقة المالك مع اشتغال إضافته بمال نفسه.

[في عدم جواز اباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك]

قوله ﷺ: «أمّا إباحة جميع التصرّفات حتّىٰ المتوقّفة على الملك، فالظاهر أنّها لا تجوز... إلى آخره»[1].

وذلك لما تقدّم في أوّل المعاطاة[2] من عدم جواز خروج أحد العوضين في البيع عن شخص، ودخول الآخر في ملك شخص آخر غير من خرج عنه العوض، كأن تخرج الدراهم عن ملك زيد بإزاء دخول المعوّض من ملك عمرو إلى ملك بكر، فإنّه قد أوضحنا مغايرته مع معنى البيع الذي هو تبديل طرفي الإضافة وإن توهّم صحّته بدعوىٰ عدم اعتبار الأزيد من المبادلة بين الشيئين بلا احتياج قيام أحدهما مكان الآخر، لكنّه توهّم فاسد أوضحنا فساده بما لا مزيد عليه، فعليه فلا يصحّ البيع من المباح له بمجرّد إباحة المبيح ماله إيّاه، ولا يمكن إثبات صحّتها بدليل عموم السلطنة، بتقريب أنّ المالك سلطان على ماله، فله أن يبيح ماله لغيره بأن يتصرّف فيه بكلّ تصرّف حتّى التصرّف المتوقّف على الملك، وذلك لأنّ دليل السلطنة إنّما

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. تقدّم في ص ١٦٣.

يثبت السلطنة للمالك بإيجاد المسبّبات بأسبابها الشرعيّة، ولا تدلّ على إثبات السلطنة على نفس الأسباب، والإباحة ليست سبباً لحلّ التصرّف الموقوف على الملك، فبعموم السلطنة لا يمكن إثبات السلطنة على حلّ التصرّف الموقوف على المالك بمجرّد الإباحة، فمثل هذه التصرّفات التي هي راجعة إلى مرحلة الأسباب خارجة عن عموم دليل السلطنة بالتخصّص، لا بالتخصيص، وهذا هو مراده ﷺ من قوله: «فإنّ إذن المالك[1] ليس مشرّعاً، وإنّما يمضى فيما يجوز شرعاً»[2].

فإن قلت: ما الفرق بين المقام الذي عبارة عن إذن المالك لغيره في أن يتصرّف في ماله بما يتوقّف على الملك، كأن يقول: اشتر بهذه الدراهم ثوباً لنفسك، وبين نظائره، حيث يقولون بعدم جواز التصرّف في المقام وبجوازه في نظائره، و هي أُمور:

منها: استدعاء غير المالك عن المالك أن يعتق عبده عنه، بأن يقول: اعتق عبدك عنّي، أو أدّ ديني بمالك، أو اشتر الثوب لي بمالك.

ومنها: دخول العمودين في ملك من ينعتق عليه ثمّ العتق عنه.

ومنها: تصرّف ذي الخيار في زمن الخيار بالتصرّف المتوقّف على الملك.

ومنها: دخول أحد العوضين في ملك المتصرّف بسبب التصرّف في باب المعاطاة، بناءً على القول بالإباحة حسبما مرّ القول فيه، فكما أنّه في جميع هذه الموارد الأربع يقولون بالصحّة بالالتزام بتقدير الملك آنأمّا، فكذلك في المقام، فما وجه التفكيك؟

قلت: ليس المراد بتقدير الملك آنأمّا هو فرضه وتصوّره، بل المقصود هو تحقّقه الواقعي آنأمّا المعبّر عنه بالطريق الإعوجاجي، و واضح أنّ تحقّقه كذلك يحتاج إلى

---

١. في الأصل «الشارع» بدل «المالك»، وما أثبتناه هو الصحيح.
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

مثبت موجود في الموارد الأربعة، مفقود في المقام مع الاختلاف بين الموارد في كيفيّة استفادة ثبوت ذاك الطريق الإعوجاجي.

وتوضيحه يتوقّف على بيان كلّ واحد من هذه الموارد بالخصوص، فنقول:

أمّا مسألة: اعتق عبدك عنّي، التي هي عكس المقام، فوجه الصحّة فيها إنّما هو لأجل كون استدعاء العتيق الصادر عن الآمر بالعتق، والجواب الصادر عن المالك بإعتاقه عنه متضمّناً لنقل العبد عن المالك إلى الآمر، ثمّ عتق المالك عنه؛ لأنّه ضمان اختياري، والضمان الإختياري يتوقّف على الملك، بل ربما يقال بالملك في باب الغرامات أيضاً، كما حكي عن الشيخ أسد الله التستري[1] ﷺ وإن منع عنه في باب الغرامات، لكن لا محيص عنه في الضمان الإختياري. وهذا إنّما يصحّ فيما إذا كان وقوع الفعل عن المالك ممكناً بالتبرّع عن الآمر لولا استدعاؤه، فكلّ ما يصحّ فيه التبرّع يصحّ فيه الاستدعاء، ويكون وقوعه تبرّعاً عنه موجباً لبرائة ذمّته المتبرّع عنه لو كان مشغولاً به، مع وقوع الفعل عن المالك من غير تعلّق قيمته إلى المتبرّع عنه ووقوعه عنه، واشتغال ذمّته بقيمته بواسطة أمره، فإن كان أمره بالعتق مثلاً ولم يعيّن شيئاً يكون ضامناً للمعتق بقيمته، وإن أمره به مع تعيين ثمنه، بأن قال: اعتق عبدك عنّي بمأة، يكون ضامناً للمسمّى، وعلى التقديرين يكون العتق عن الآمر ولاء العتق له، بل يمكن أن يقال بكون استدعائه مع تعيين المسمّى وجواب المالك بيعاً لو لم نقل باعتبار لفظ خاصّ في البيع، وكيف كان ففي هذه الصورة يكون أصل إيقاع الفعل من المالك عن غيره صحيحاً غير مشروطٍ بالإذن، وإنّما الإذن يصحّح رجوعه إلى الآذن بالمثل أو القيمة أو بالمسمّى، لا أنّه لا يجوز فعله عنه إلّا بالإذن، فتحصّل أنّ الضابط لتقدير الملك آنأتما في هذه المسألة ونظائرها ممّا كان

---

١. لم نعثر عليه.

الآمر يستوفي بأمرٍ معاملي مالاً أو عملاً من المالك، والعامل هو تحقّق علّة الملك وهو الاستدعاء. والجواب فبتحقّق العلّة يستكشف تحقّق المعلول من غير فرق بين ما إذا كان مستدعياً للعين، كما في أعتق عبدك عنّي، أو مستدعياً لعمل له قيمة، كما في مَن حلق رأسي أو حمل متاعي، ونحو ذلك، سواء عيّن الأُجرة أم لا، وهذا الاستدعاء من الأمر، والجواب من المالك وإن لم يدلّ بدلالة الاقتضاء على التمليك والتملّك؛ لأنّ دلالة الاقتضاء هي ما كان المدلول فيها ممّا يتوقّف عليه صحّة الكلام، وما نحن فيه ليس كذلك؛ لعدم توقّف صحّة الاستدعاء على التمليك والتملّك، بل وقوع المؤدّى عنه، أعني كون العتق عنه يتوقّف عليه، فيكون نظير دلالة الاقتضاء لا أنّها نفسها، ومنه يظهر أنّ ما أفاده المصنّف ﷺ من عدّ دلالة هذا الكلام على التمليك من دلالة الاقتضاء ليس على ما ينبغي.

وأمّا مسألة تصرّف ذي الخيار في زمن خياره، فإنّما تقدّر الملكيّة آناًما، أعني يحكم بتحقّقها واقعاً قبل التصرّف؛ لمكان تحقّق معلول الملكيّة، وهو التصرّف المتوقّف على الملك مع قيام الدليل على صحّته، ومع قيام الدليل على صحّته وتسليم توقّف صحّته على الملكيّة يستكشف تحقّق الملكيّة قبله نحو استكشاف وجود العلّة بوجود معلولها، ومنه يظهر أنّ التقدير في هذه المسألة يتوقّف على قيام دليل بالخصوص على صحّة التصرّف المتوقّف على الملك، وليس مثل المسألة الأُولىٰ ممّا يمكن إحراز صحّتها بالأدلّة العامّة لأجل توافقها مع القاعدة.

وأمّا مسألة تصرّف أحد المتعاملين في ما عنده بناءً على الإباحة، فمن قيام الدليل على كون الضمان فيه بالمسمّى، لا بالمثل أو القيمة، يستكشف تحقّق الملكيّة قبل التصرّف، وعليه فيكون كالمسألة الثانية ممّا كان التقدير من ناحية العلم بتحقّق معلول الملكيّة.

وأمّا مسألة انعتاق المملوك على من ينعتق عليه، فيكون الحكم بالملكيّة ناشئاً من جهة وقوع ما يلازمها، وهو الانعتاق على من ينعتق عليه، ويمكن أن يكون من ناحية تحقّق علّته، وهو البيع الجامع لشرائط الصحّة، إذا لمانع عن ملك من ينعتق عليه إنّما يمنع عن بقاء الملك، لا عن أصل حدوثه، كما يمكن أن يكون من ناحية تحقّق معلوله، أعني الانعتاق المتوقّف على الملك؛ إذ ما لم يدخل في ملك من ينعتق عليه لا ينعتق عليه، كما لا يخفى.

فتحصّل أنّ الضابط في تقدير الملك في هذه الموارد هو أحد أُمور: إمّا تحقّق علّة الملكيّة، أو تحقّق معلولها، أو تحقّق ما يلازمها، ويمكن إرجاع الأخير إلى أحد الأوّلين، إذا ظهر ذلك فنقول:

شيء من هذه الضوابط لا يكون متحقّقاً في المقام، أعني فيما إذا أذنه المالك في أنّ يتصرّف في ماله بالتصرّف المتوقّف على الملك، كأن يقول: اعتق عبدي عنك، أو اشتر بهذا الدرهم ثوباً لك، ونحو ذلك، وذلك لأنّ صحّة تصرّف المأذون في المقام يتوقّف على الإذن، عكس مسألة أعتق عبدك عنّي، حيث قد عرفت أنّ أصل تصرّف المالك في عتقه عنه بالتبرّع لم يكن متوقّفاً على إذن الآذن، وإنّما الإذن كان دخيلاً في جواز رجوع المالك إليه إمّا بالمسمّى، أو بالمثل، أو القيمة، وهذا بخلاف المقام؛ حيث إنّ أصل جواز تصرّف المأذون متوقّف على الإذن، وحينئذ فهذا الإذن لا يخلو عن أحد أُمور، فإمّا يكون إذناً محضاً بلا تضمّنه لتوكيل المأذون في التصرّف، ولا لنقل المال المدفوع إليه إلى المأذون قبل تصرّفه، ولا لنقل عوضه الذي تسلم المأذون عمّن بايع معه بعد التصرّف، وإمّا يكون متضمّناً لتوكيله في التصرّف، وإمّا يكون متضمّناً لنقل المدفوع أو عوضه إلى المأذون.

فعلى الأوّل فلا يصحّ التصرّف المتوقّف على الملك بهذا الإذن؛ لأنّ عموم الناس

ولو قلنا بأنّه يدلّ على سلطنة المالك في ماله بجميع أنحاء التصرّف حتّىٰ بأن يأذن لغيره بأن يتصرّف بما يتوقّف على الملك، لكن هذه الدلالة تكون بالعموم، وقد خصّص عمومه بمثل: «لابيع إلّا في ملك»[1]، و «لاعتق إلّا في ملكٍ»[2] ونحوهما مع المنع عن أصل شمول العموم لمثل هذه التصرّفات؛ لكي يقال بخروجها بالتخصيص، بل إنّما هي خارجة بالتخصّص، كما تقدّم، وفي وقوع ما صدر من المأذون عن الآذن مطلقاً، أو فيما أجاز، كلام يأتي تحقيقه عن قريب.

وعلى الثاني يصحّ تصرّف المأذون، لكن لو باع أو عتق يقع عن المالك لاعن المأذون، ولو قصد المأذون وقوعه عن نفسه إلّا أنّه يلغى قصده عن نفسه، فيكون نظير بيع الغاصب عن نفسه إذا أجاز المالك، حيث يقع عن المالك ويلغى قصد الغاصب عن نفسه.

وعلى الثالث فيصحّ التصرّف عن المأذون، ويقع عنه نفسه، لكن إذا كان متضمّنا لنقل المدفوع إليه يكون متضمّناً للتمليك والتملّك، نظير أعتق عبدك عنّي، وإذا كان متضمّناً لنقل ما يقبضه عوضاً عن المدفوع إليه لابدّ أن يكون البيع الصادر منه واقعاً عن الآمر لكي ينتقل عوضه إليه، فينتقل عنه إلى المأذون، فيحتاج إلى توكيلٍ ضمني، مضافاً إلى نقل المقبوض إليه، وعلى كلّ حالٍ فليس في نفس الإذن دلالةٌ ولو على نحو الاقتضاء على وقوع هذه النقل الضمني، فلا يصحّ التصرّف المتوقّف على الملك بهذا الإذن، بل إمّا يبطل أو يقع عن المالك على ما يأتي الكلام فيه.

فظهر الفرق بين المقام وبين الموارد المتقدّمة بمالامزيد عليه، وبالتأمّل فيما ذكرناه تظهر مواقع للنظر فيما أفاده المصنّف ﷺ في الكتاب ممّا يظهر لمن راجع إليه، فتدبّر.

---

١. عوالي اللآلي، ج ٢، ص ٢٤٧، ح ١٦؛ مستدرك الوسائل، ج ١٣، ص ٢٣٠، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح ٣.
٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٠، باب ما يجوز من الوقوف و...، ح ١؛ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٣٢، الباب ١٢ من أبواب مقدّماته وشروطه، ح ١.

قوله ﷺ: «وأمّا حصول الملك في الآن المتعقّب بالبيع والعتق ... إلى آخره»[١].

ظاهره إبداء الفرق بين تقدير الملك في تصرّف الواهب في العين الموهوبه بالبيع أو العتق، وبين تقديره في الدية بالنسبة إلى الميّت، أو شراء العبد المعتق عليه بكون الملك في الأوّل واقعاً حقيقيّاً وفي الثاني فرضيّاً تقديريّاً.

ولا يخفى ما فيه: إذ لا يفرق في جميع موارد تقدير الملكيّة، وأنّه في تمام موارد تقديرها بمعنىً واحد، وهو سير الملك بالطريق الإعوجاجي حسبما بيّنّاه مراراً، فتبصّر.

قوله ﷺ: «ولكنّ الذي يظهر من جماعة ... إلى آخره»[٢].

إذا اشترى من الغاصب ما بيده من العين المغصوبة ودفع إليه الثمن مع علمه بالغصب، فلا ضمان على الغاصب لو تلف عنده الثمن؛ وأمّا إذا اشترى به شيئاً ففي صحّة بيعه له لكونه في حكم تلف الثمن، أوكونه مراعي على إجازة مالك الثمن، فلو أجازيقع عنه وإلّا يبطل، خلافٌ. مقتضى ما تقدّم من عدم صحّة التصرّفات المتوقّفة على الملك بسبب الإذن هو الثاني، لكنّ المنقول عن الجماعة[٣] هو الأوّل، وعليه فيكون الظاهر منهم جواز التصرّف المتوقّف على الملك بسبب الإذن به ويمكن أن يكون منشأ ذهابهم إلى القول بصيرورة البيع واقعاً عن الغاصب هو كون مالك الثمن مملّكاً ثمنه للغاصب مجّاناً، وذلك لعلمه بعدم انتقال المال المغصوب إليه عوضاً عن ثمنه، ومع ذاك العلم يكون تمليك الثمن منه مجّاناً وبلا عوض.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٣. راجع مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٦٠٩ وما بعدها.

وهذا ممّا يظهر عن موضع من *جامع المقاصد*[١]، وعليه فيخرج حكمهم في هذه المسألة عن الحكم بجواز التصرّف الموقوف على الملك بمجرّد الإذن، ولعلّه إلى ذلك يشير بقوله: «فتأمّل»[٢].

وكيف كان فالأقوى في هذه المسألة هو توقّف صحّة بيع الغاصب بهذه الثمن على إجازة مالك الثمن ووقوعه عن مالك الثمن بالإجازة لا عن الغاصب، وسيأتي الكلام في تحقيقها في باب الفضولي.

بقي الكلام في حكم التصرّف الواقع عن المأذون، وأنّه هل يبطل رأساً ولا يقع عنه ولا عن المالك، أو يقع عن المأذون، أو يقع عن المالك ولو لم يتعقّبه الإجازة، أو فيما إذا أجازه؟ وجوه:

أقواها الثالث، وذلك لعدم المنشأ للبطلان رأساً؛ إذ ليس أعظم من بيع الغاصب لنفسه، حيث يقع عن المالك بالإجازة، وأمّا احتمال وقوعه للمأذون فلقياسه ببيع الغاصب لنفسه إذا أجازه المالك، حيث قيل: بوقوعه للغاصب قولاً شاذّاً لا يعبأ به. ومبنى صحّة هذا القول كفاية صحّة البيع عن غير المالك بالإجازة، وعلى تقدير تماميّته لا يفرّق بين الإجازة اللاحقة والإذن السابق، فكما يقع بالإجازة اللاحقة عن الغاصب فكذا يقع بالإذن السابق عن المأذون.

هذا، وقد ظهر فساد هذا التوهّم ممّا تقدّم من عدم كفاية الإذن في صحّة وقوع المعاملة عن المأذون، ومنه يظهر فساد القول بوقوع بيع الغاصب عنه بإجازة المالك، كما سيأتي.

وأمّا احتمال توقّف وقوعه للمالك على إجازته فقد نشأ ممّا يأتي في باب الفضولي من أنّه لو باع الابن مال أبيه بظنّ حياته ثمّ بان موته حين البيع، وكون

---

١. جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٧.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

المبيع للابن نفسه لتوقّف صحّته على إجازته بعد علمه بكونه له، ولا يكفي نفس وقوعه منه في صحّته، وذلك لاشتراط صحّته المعاملة بالرضا والطيب، ولعلّه لم يكن راضيا ببيع ماله، وإنّما كان غرضه بيع مال أبيه، ويقال في المقام أيضاً: إنّ المالك إنّما رضي بوقوع بيع ماله عن المأذون، ولعلّه لا يطيب في بيعه عن نفسه، فرضاه في بيعه عن المأذون لا يكفي في طيبه ببيعه عن نفسه، فلابدّ من الرضا ببيعه عن نفسه، وهذا معنى إناطة الصحّة بالإجازة.

ولكنّه توهّمٌ مدفوعٌ؛ للفرق بين بيع الابن مال أبيه باعتقاد حياته وبين رضا المالك ببيع ماله عن المأذون؛ لأنّه في الأوّل رضا المالك غير متحقّق، بخلاف الثاني؛ حيث إنّ المالك أجاز وأذن في بيع ماله ومع رضاه لا يحتاج إلى رضاً آخر، فالتحقيق هو وقوع البيع عن المالك بلاحاجة إلى اجازة جديدة، بل نفس الإذن السابق كافٍ في الحكم بوقوعه، ويكون هو بعينه نظير بيع الغاصب لنفسه المتعقّب بإجازة المالك، حيث يقع للمالك لا للغاصب من غير فرق بينهما أصلاً، إلّا أنّه في بيع الغاصب يكون الإذن متأخّراً عن البيع، وفي المقام يكون متقدّماً عليه.

هذا كلّه تمام الكلام في حكم الإذن في التصرّفات المتوقّفة على الملك، وأمّا بيان أنّ أيّاً من التصرّفات متوقّف على الملك وأيّاً منها غير متوقّف عليه، فاعلم أنّ المسلّم منها هو توقّف البيع والعتق والوطئ على الملك، وذلك لما ورد من قوله ﷺ: «لابيع إلّا في ملك»[1] و «لاوطئ إلّا في ملك»[2] و «لاعتق إلّا في ملك»[3] وهذا ممّا لا إشكال فيه إلّا أنّهم فرّقوا بين العتق وبين البيع والوطئ، وحكموا بصحّة وقوع العتق عن المأذون

---

١. عوالي اللآلي، ج ٢، ص ٢٤٧، ح ١٦؛ مستدرك الوسائل، ج ١٣، ص ٢٣٠، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح ٣.
٢. لم نعثر عليه.
٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٠، باب ما يجوز من الوقوف و...، ح ١؛ وسائل الشيعة ج ٢٢، ص ٢٣، الباب ١٢ من أبواب مقدماته وشروطه، ح ١.

بواسطة إذن المالك دون البيع والوطئ، ووجه الفرق هو صحّة التبرّع في العتق بأن يعتق المالك عن غيره تبرّعاً، كما يصحّ أداء ديون الغير عنه تبرّعاً، بخلاف البيع؛ إذ لا يصحّ أن يبيع أحداً مال نفسه عن غيره تبرّعاً، بأن يتصرّف المالك في ماله في البيع ويقع عن غيره، وإذا كان عتقه عن غيره تبرّعاً صحيحاً بالمباشرة فيصحّ أن يأذن غيره في إيقاعه ولو كان هو المتبرّع عنه. فبهذه النكتة امتاز العتق عن الوطئ والبيع، هذا.

وذكر الشهيد ﷺ ثلاثة موارد أُخرىٰ ممّا يتوقّف التصرّف فيها على الملك، وهي إخراج المال زكاة أو خمساً أو ثمناً للهدي، وإدارج هذه الثلاثة فيما يتوقّف صحّته على الملك مبنيّ على أن تكون هذه الأُمور متعلّقة بالأعيان لا بالذمم؛ إذ عليه يكون القدر المتيقّن من جواز التبديل هو تبديل من عليه الزكاة والخمس وثمن الهدي للعين التي تعلّقت بها إحدى هذه الأُمور إلى عين أُخرىٰ من أمواله، وأمّا التبديل بمال غيره فلم يثبت جوازه، هذا، وقد تقدّم في إصلاح ما يلزم من تأسيس القواعد الجديدة على القول بالإباحة ما يناسب المقام، فراجع[1].

[في الكلام عن صحّة الإباحة بالعوض]

قوله ﷺ: «وأمّا الكلام في صحّة الإباحة بالعوض ... إلى آخره»[2].

اعلم أنّ مرجع الإباحة بالعوض إمّا إلى تقدير الضمان على فرض تلف العين المباحة عند المباح له بالأكل ونحوه، فمعنى تعويض الإباحة هو جعل العوض للعين المباحة على تقدير تلفها؛ وإمّا مع بقائها فلا يجب إعطاء العوض عنها، بل هي ملك للمبيح يأخذها متى شاء، وما لم يأخذها تكون أمانة عند المباح له.

---

١. راجع ص ١٦٨.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٨٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وإمّا إلى جعل العوض فعلاً للإباحة، بحيث يصير مال المبيح مباحاً للمباح له، وعوضه ملكاً للمبيح، كساير المعاوضات المتضمّنة للنقل.

وعلى التقديرين فإما يكون العوض مثلاً أو قيمة، أو يكون عوضاً مسمّى، فهنا أربع أقسام.

لا إشكال في صحّة إباحة المعاوضة بتقدير الضمان بالمثل أو القيمة على تقدير التلف، وهي العبارة عن الإباحة المضمونة بالمثل أو القيمة، كما لا ينبغي الإشكال في فساد ما كان الضمان المقدّر فيها هو المسمّى؛ إذ لم يتحقّق بعد معاوضة ولا نقل ولا انتقال ولا معاملة، وليس في البين إلّا تقدير تعلّق عهدة المباح له بالمسمّى على تقدير تلف العين، من غير تحقّق نقلٍ حتّىٰ يقال بصحّته أو فساده، وهاتان الصورتان خارجتان عمّا هو مفروض الكلام في المتن.

الصورة الثالثة: ما إذا كانت الإباحة بإزاء العوض فعلاً، وهذا هو مراده ﷺ ممّا في المتن، وقد ذكر فيها وجوها ثلاثة البطلان من جهة خروجها عن المعاوضات المعهودة، فلا بيع لكي يشمله عمومات أدلّة البيع، ولا معاملة مستقلّة لكي يشملها عموم دليل التجارة، مثل قوله تعالى: ﴿تجارة عن تراض﴾[1]، وكونها صلحاً، لمناسبتها معه لغة.

وتوضيحه: أنّ الصلح عبارة عن التسالم وما يعبّر عنه بالفارسي (باهم برآمدن)، وهو تارة يكون مدلولاً مطابقيّاً، مثل ما لو أوقع بلفظ «الصلح»، كما لو قال: صالحتك، وقال الآخر: قبلت، وأُخرىٰ يكون مدلوليّاً سياقيّاً، كما إذا قال أحد الشريكين المختلط ماله بالآخر: ما بيدك لك وما بيدي لي، فإنّه بمدلوله السياقي صلحٌ وإن لم يكن بمدلوله المطابقي كذلك، وما نحن فيه من هذه القبيل؛ فإنّ قول المبيح: أبحتُ هذا لك بدرهم، وقبول المباح له فيما إذا كان الإيجاب والقبول بالقول لا بالفعل، أو الفعل

---

١. النساء (٤): ٢٩.

الذي مصداق للإباحة فيما إذا كان بالمعاطاة بمدلوله السياقي ممّا يصدق عليه الصلح، فيدلّ على صحّته ما يدلّ على صحّة الصلح.

وكونه معاملة مستقلّة يستدلّ على صحّتها بعموم «الناس»[1]، و«المؤمنون عند شروطهم»[2] ثمّ على الأخير فهل هو لازم من الطرفين أو لا يكون لازماً كذلك، أو أنّه لازم من طرف المباح له وجايز من طرف المبيح. قال ﷺ وجوهٌ، التحقيق هو الأوّل وهو اللزوم من الطرفين؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ومع الإغضاء عنه فالأقوى هو الأخير.

هذا محصّل مرامه ﷺ، ولا يخفى ما فيه، بل التحقيق فساد هذه المعاملة، وعدم صحّتها، لاصلحاً ولا بعنوان المعاملة المستقلّة، وذلك لما تقدّم وجهه من عدم تحقّق معنى المعاوضة أصلاً؛ لعدم ورود شيء مكان المال الذي يخرج عن المباح له، وجواز الانتفاع من مال المبيح ليس شيئاً يمكن أن يقع في طرف خيطه؛ لأنّه حكم شرعي مترتّب على إباحة المبيح، ولايكون ملكاً كالعين والمنفعة، ومع عدم صدق المعاوضة عليها فلا يشملها شيء من العمومات، لادليل الصلح، ولا دليل التجارة، ولاعموم «المؤمنون»، ولا شيئاً من الأدلّة، ومنه يظهر سقوط التمسّك بالعمومات لإثبات لزومها أيضاً. ثمّ على تقدير الصحّة، فالتمسّك بالعموم لإثبات اللزوم حتّى من طرف المبيح لا يخلو عن الغرابة، وإلّا يصحّ التمسّك لإثبات لزوم كلّ إباحة. وهذا كما ترى، فإنّ المبيح ما التزم بشيء أصلاً. ثمّ هذا كلّه فيما إذا كان الإيجاب والقبول بالقول، ومنه يظهر أنّ المعاطاة فيها تكون أضعف؛ لما مرّ من المناقشة في وقوع الصلح بالفعل، ويأتي تفصيله في التنبيه الآتي أيضاً.

هذا كلّه حال الإباحة بالعوض، ومنه يظهر حكم الصورة الرابعة وهي الإباحة بعوض الإباحة أيضاً، كما لا يخفى.

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٤٥٨، ح ١٩٨، وعدّة مواضع أُخر.

٢. تهذيب الأحكام، ج ١، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣؛ وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ح ٤.

[في جريان المعاطاة في غير البيع]

قوله ﷺ: «الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع ... إلى آخره»[1].

ينبغي في المقام تمهيد أُمور:

[الأمر] الأوّل: قد تقدّم في صدر مسألة المعاطاة أنّ ملاك وقوع معاملة بالفعل ليس إيجاد فعل في الخارج مقترناً مع نيّة معاملة بأن ينوي عند صدور الفعل منه وقوع معاملة كيفما كان، بل المعيار هو في كون الفعل مصداقاً لعنوان تلك المعاملة، بحيث يحمل عليه ذاك العنوان حملاً شايعاً صناعيّاً، ضرورة أنّه لو قصد البيع بالوثبة مثلاً لا يتحقّق بها البيع قطعاً، بل يعتبر في تحقّقه بالفعل أن يكون الفعل مصداقاً للبيع، ويحمل عليه عنوانه حملاً صحيحاً، فمثل التسليط الخارجي الذي ممّا يصدق عليه البيع يكون مصداقاً له، ولا يرد أنّه حينئذ يلزم صحّة وقوعه بلفظ «سلّطتك»؛ لعدم الفرق بين التسليط بالقول أو الفعل، وذلك لما مرّ وسيجئ أيضاً من عدم صحّة إنشاء البيع بالألفاظ التي لا يكون بإزاء المعنى المنشأ البسيط، كلفظ التسليط، حيث إنّه يقع في مورد الإجارة والإباحة والعارية والبيع والصلح، فكونه تسليطاً بيعيّاً يتوقّف على ضمّ ما يحصله بيعاً، وهو موجب لإنشاء المعنى البسيط بالأمر المتدرّج في الوجود، وهذا وإن كان يصحّ فيما قامت السيرة عليه، لكن في التسليط اللفظي لم تقم السيرة على جوازه دون الفعلي. فمحصّل الفرق بينهما هو قيام السيرة على صحّة البيع بالتسليط الفعلي، دون القولي.

لا يقال: - سيجيء في ألفاظ العقود - أنّه يعتبر فيها أن لا تكون بالألفاظ

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

المشتركة بالاشتراك اللفظي أو المعنوي، ولا بالألفاظ المجازيّة أو الكنائيّة، ولا بالألفاظ المركّبة من الجنس والفصل. ولازم ذلك عدم صحّة المعاملة بالتسليط الفعلي؛ إذ لو لم ينضمّ إليه ما يدلّ على أنّه بيع أو معاملة أُخرىٰ لم يصر مصدّقاً لما يراد إيقاعه به، ولو انضمّ إليه ذلك يصير نظير إيقاع المعاملة بالألفاظ المشتركة المتوقّفة في تعيين المراد منها إلى قيام القرينة.

لأنّه يقال: ليس وزان الفعل الخارجي بالنسبة إلى ما يصدق عليه من العناوين في الحاجة إلى الدالّ كوزان اللفظ المشترك في الحاجة إلى القرينة، بل الفعل الخارجي كالمادّة الهيولائيّة القابلة لأن تصير مصداقاً لهذا العنوان أو ذاك، ويضمّ الخصوصيّة يتعيّن لصدق عنوان عليه، ويضمّ خصوصيّة أُخرىٰ يصير مصداقاً لعنوانٍ آخر، وما هو المصداق هو ذاك الفعل، ويكون الدالّ المنضمّ إليه مخرجاً إيّاه عن مرتبة القوّة إلى الفعليّة، فتأمّل.

الأمر الثاني: إنّ الأفعال التي تنشأ بها المعاملات إمّا تكون ذات وجه واحد به تصير مصداقاً لعنوان تلك المعاملة، كالتصرّف من ذي الخيار الذي يقع به الفسخ، وإمّا تكون ذات وجوه متعدّدة، فعلى الأوّل فلا إشكال، وعلى الثاني فيقع الإشكال المتقدّم في الأمر الأوّل من استلزام وقوع المعاملة بها صحّة وقوعها بالألفاظ المتوقّفة دلالتها على قيام دالٍّ آخر، كالألفاظ المشتركة والكنائيّة والمجازيّة، وقد عرفت الجواب عنها.

الأمر الثالث: إنّ عناوين المعاملات باعتبار وقوع المعاطاة فيها وعدمه ينقسم على أقسام:

الأوّل: ما لا تقبّل المعاطاة شرعاً، بأن جعل الشارع المائزين صحيحها وفاسدها اللفظ، فالمشتمل منها على اللفظ صحيح وغير المشتمل منها فاسد، وذلك كالنكاح،

حيث إنّ المائزبين النكاح والسفاح هو اللفظ، وهذا القسم ممّا لا تجري فيه المعاطاة أصلاً.

الثاني: ما يكون قابلاً لأن يتحقّق بالفعل، لكن ليس للفعل مصداق في الخارج، وهذا أيضاً لا يجري فيه المعاطات.

الثالث: ما كان فعل خارجي مصداقاً له أيضاً، ولكن مصداقيّة الفعل له متوقّفة على ضمّ ما يعيّنه؛ لصدق عنوان المعاملة المخصوصة عليه، وهذا على قسمين:

فمنها: ما يكون العنوان أمراً بسيطاً صادقاً على نفس الفعل، ويكون الفعل هو مصداق المعاملة، وتكون الحاجة إلى الضميمة من جهة تعيين المحتملات التي يصحّ انطباقها على الفعل المخصوص؛ لأجل قابليّته لأن يكون مصداقاً لها، وذلك كالتسليط بالنسبة إلى البيع؛ إذ عنوان البيع يصدق على نفس التسليط، لكن بمعونة ما انضمّ إليه، لا أنّ التسليط مع ما انضمّ إليه معاً -أي المجموع منهما- يصير مصداقاً للبيع.

ومنها: ما يكون العنوان أمراً مركّباً يصدق على الفعل وعلى ما انضمّ إليه معاً، بحيث يكون المجموع المركّب منهما هو المصداق، وذلك كتسليط القراض في باب المضاربة؛ إذ نفس التسليط ليس مصداق المضاربة، بل لابدّ معه من وجود ما يعتبر فيه من تعيين حقّ العامل والمالك، ولو أتى بما يعتبر فيه باللفظ يصير مصداق المضاربة مركّباً من الفعل والقول، وحكم هذا القسم بقسميه هو صحّة المعاطاة فيه، أمّا في القسم الأوّل منه فلما عرفت من الفرق بين الفعل الذي يحتاج إلى ما يدلّ على مصداقيّته لعنوان، وبين اللفظ المشترك معنىً أو لفظاً. وأمّا القسم الثاني منه فلما يدلّ على صحّة المعاطاة عموماً؛ إذ لا يفرق فيه بين ما يكون الفعل فيه تمام المصداق، وبين ما كان جزءً من مركّبٍ كان ذاك المركّب هو تمام المصداق.

الرابع: ما لا يحتاج الفعل في مصداقيّته إلى شيء أصلاً، لا بأن يكون الشيء

المحتاج إليه معيّناً لمصداقيّة الفعل، ولا بأن يكون جزءً من المصداق، بل يكون الفعل ذا وجهٍ واحدٍ لا يتعيّن إلّا لعنوانٍ واحدٍ، وحكم هذا القسم واضح؛ إذ يصحّ فيه المعاطاة من غيرإشكال، وذلك كالفسخ من ذي الخيار، والرجوع في العدّة، والإجازة من المالك.

الأمرالرابع: اعلم أنّ وقوع المعاملة بالفعل الذي فرض صحّة حملها عليه إمّا بنفسه أو بانضمام ما ينضمّ إليه، يتوقّف على قصد ذاك الفعل بأن صدرعنه ذاك الفعل بالقصد والإرادة، ولايحتاج معه إلى قصد انطباق ذاك العنوان عليه؛ لأنّه مع فرض كونه مصداقاً لعنوان المعاملة إذا تحقّق الفعل في الخارج ينطبق عليه ذاك العنوان قهراً، فانطباق العنوان على المصداق ليس ممّا يناط بالقصد، بحيث لو قصد الإنطباق ينطبق ولولم يقصد لم ينطبق، إذ الانطباق أمرتكويني وذلك فيما إذا لم يكن العنوان أمراً قصديّاً نظيرالتعظيم والإهانة.

والحاصل أنّ قصد تحقّق الفعل الذي يكون مصداقاً للمعاوضة كافٍ في تحقّقها، سواء قصد الانطباق أولم يقصد، بل لوقصد عدم الانطباق كما إذا تصرّف فيما انتقل عنه في زمن خياره بقصد أنّه تصرّف في مال الغيرفإنّه يقع به الفسخ قهراً عليه، وكما إذا وطئ المطلّقة، أوقبّلها، أولامسها بعنوان أنّها أجنبيّة محرّمة، فإنّه يقع به الرجوع ولوأنّه أراد عدم وقوعه، ووجه ذلك كلّه إنّما هولمكان وقوع مصداق الفسخ والرجوع عن قصدٍ منه إلى ذاك المصداق، كما لا يخفى.

إذا تحقّق تلك الأُمور، فنقول: العقود المعاوضيّة وما يلحق بها ممّا يشتمل على التسليط، كالعاريه والوديعه ونحوهما كلّها ممّا تصحّ بالمعاطاة؛ لصلاحيّة الفعل التسليطي لأن يقع مصداقاً لها، ولايكون مانع شرعي عن وقوعها به، سواء كان ممّا يصدق عليه عنوان المعاملة بنفسه أو بضميمة، كان عنوان المعاملة بسيطا يقع بالتسليط بنفسه ولوبدلالة ضميمة، أو مركّباً يقع بالمركّب من الفعل والقول، وأمّا

ما عدى العقود المعاوضيّة فالوصيّة لا تجري فيها المعاطاة؛ لعدم كون التسليط مصداقاً لها، أمّا العهديّة منها فواضح، وأمّا التمليكيّة منها فكذلك أيضاً؛ لأنّها عبارة عن التمليك بعد الموت، والتسليط الفعلي لا يكون قابلاً لأن يصير مصداقاً للتمليك بعد الموت، وأمّا الرهن والوقف فسيجيء الكلام فيهما، وأمّا الإيقاعات فمثل الفسخ والرجوع والإجازة ممّا لا إشكال في وقوعها بالفعل، كما يدلّ قوله: فذلك رضا منه بالبيع، حيث إنّ المراد بالرضاء في المقام هو الإختيار، لا الطيب النفساني، فهو يدلّ على كون التصرّف مصداقاً للاختيار، وأمّا غير هذه الثلاثة المذكورة، كالطلاق والعتق ونحوهما، فلا تقع بالفعل؛ لعدم تحقّق مصداق لها من الأفعال.

فتحصّل أنّ التحقيق جريان المعاطاة في جميع العقود المعاوضيّة حتّىٰ الصلح وإن منعنا وقوعه بالفعل فيما تقدّم؛ لأجل أنّ التسليط الخارجي ليس مصداقاً للتسالم، بل إنّما هو مصداق لما يتسالم عليه، والصلح عبارة عن نفس التسالم، ولكن يمكن أن يقال: إنّه بالدلالة السياقيّة يدلّ على التسالم، ولا يعتبر في مصداق الصلح - ولو كان بالقول - من أن يكون مدلوله المطابقي هو التسالم، كما في مثل: لك ما عندك ولي ما عندي، فإنّه صلح وإن لم يكن مدلولاً له بالمطابقة، وكذا في العقود التسليطيّة التي تتضمّن التسليط، وفي الفسخ والإجازة والرجوع من الإيقاعات.

قوله ﷺ: «لأنّ الظاهر ثبوت أُجرة المثل؛ لأنّه لم يقصد التبرّع ... إلى آخره»[1].

لا إشكال في استحقاق العامل لأُجرة المثل إذا عمل بأمر الآمر فيما إذا لم يتعيّن المسمّى، وأمّا مع ذكر المسمّى ففي استحقاق المسمّى مطلقاً أو الرجوع إلى المثل كذلك، أو استحقاق أقلّ الأمرين من المسمّى والمثل، وجوهٌ، بل أقوال:

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الوجه الأوّل: هو أنّه لو كان المسمّى أقلّ من المثل فالعامل نفسه أقدم على الرضا بالأخذ بالأقلّ من أُجرة المثل، ومع إقدامه فلا يكون مستحقّاً للزايد عن المسمّى، ولو كان المسمّى أزيد من المثل فالآمر أقدم على الرضا بالإعطاء بالأزيد، ومع إقدامه فليس له الإكتفاء بأُجرة المثل.

وبالجملة فالإقدام من كلّ منهما في صورتي الزيادة والنقيصة أوجب استحقاق المسمّى دون المثل، ووجه الأخير هو إقدام العامل بالرضا بالأخذ بالأقلّ من المثل لو كان المسمّى أقلّ، وبأن المسمّى لم يسلم له لفساد المعاملة، فلا يستحقّه لو كان أزيد.

وبالجملة فملاك وجه الأخير هو جعل المناط إقدام العامل، وهو موجب لعدم استحقاقه لأُجرة المثل فيما إذا كانت أزيد.

هذا، ولا يخفى ما فيهما من الضعف، وذلك لأنّ إقدام العامل بأخذ الأنقص من أُجره المثل في صوره نقصان المسمّى عن المثل، أو المالك بإعطاء الأزيد في صورة زيادة المسمّى عن المثل، وإن كان صحيحاً، إلّا أنّه لا ملزم لهما على الإلتزام بما أقدما عليه مع فساد المعاملة؛ لعدم إمكان التمسّك بشيء من العمومات لإثبات لزوم ما أقدما عليه من آية الحلّ[1]، والتجارة[2]، ووجوب الوفاء بالعقد[3]، كما هو الظاهر، وكذا دليل عموم الشرط؛ لعدم شموله للشروط الابتدائيّة، ومع عدم الملزم لهما في البين فلكلّ واحدٍ منهما الرجوع عمّا أقدم عليه، فحينئذ فالمرجع هو أُجرة المثل، وهو الوجه الثاني، وهو الحقّ الذي لا محيص عنه.

واعلم أنّ ثمرة الأقوال تظهر فيما إذا كان المسمّى مخالفاً مع المثل كميّةً أو كيفيّةً، أو بهما معاً. والمراد بالاختلاف في الكمّ هو التفاوت في الزيادة والنقصان ولو كان

---

١. البقرة (٢): ٢٧٥.

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. تهذيب الأحكام، ج ١، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣؛ وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ح ٤.

المسمّى من جنس المثل. والمراد بالاختلاف في الكيف هو التفاوت في الجنس ولوكان المسمّى مساوياً في القيمة مع المثل، كما إذا جعل المسمّى متاً من الحنطه الذي يساوي الدرهم الذي هو أُجره المثل مثلاً، وأمّا مع تساوي المسمّى مع المثل كمّاً وكيفاً فلا يكون في الأقوال المذكورة ثمره أصلاً.

[في البحث عن جريان المعاطاة في الرهن]

قوله ﷺ: «ولعلّ وجه الإشكال عدم تأتي المعاطاة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع ... إلى آخره»[1].

اعلم أنّه يمكن الإشكال في إجراء المعاطاة في الرهن من وجهين:

[الوجه] الأوّل: ما أشار إليه في الكتاب وحاصله أنّ هاهنا إجماعان:

أحدهما: الإجماع على أنّ الرهن لازم من طرف الراهن.

وثانيهما: الإجماع على عدم لزوم ما ينشأ بالفعل، وأنّ اللزوم في جميع العقود يتوقّف على الإيجاب والقبول اللفظيّين، ومقتضى الجمع بين الإجماعين هو بطلان المعاطاة في الرهن؛ لكون صحّته ملازماً مع لزومه من طرف الراهن، وهو مخالفٌ مع الإجماع على عدم لزوم ما ينشأ بالفعل.

ولكنّه يجاب عنه بأنّ اللزوم - كما تقدّم سابقاً وسيأتي في بالتنبيه الآتي أيضاً - على قسمين: حكمي وحقّي، والمراد بالأوّل هو ماكان المعاملة في ذاتها مقتضيه للزوم تعبّداً من الشارع كالنكاح، وبالثاني ماكان اللزوم فيها ناشياً عن التزام المتعاملين، والإجماع المنعقد على عدم لزوم ما ينشأ بالفعل إنّما هو ينفي اللزوم

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

العقدي، والإجماع المنعقد على لزوم الرهن من طرف الراهن إنّما يدلّ على كونه لازماً باللزوم الحكمي، وثبوت اللزوم الحكمي للرهن بالإجماع لا ينافي نفي اللزوم العقدي عمّا ينشأ منه بالفعل أيضاً بالإجماع.

الوجه الثاني: أنّ الرهن ليس عباره عن صرف التسليط الخارجي، فلا يكون الفعل المجرّد عن القول مصداقاً له، فيحتاج في تحقّق المصداق الفعلي منه إلى انضمام القول بالفعل، فيكون مصداقه مركّباً من القول والفعل.

هذا، وقد تقدّم في الأُمور المتقدّمه أنّ التحقيق صحّة إنشاء المعاملة بالمركّب من الفعل والقول، فهذا المحذور أيضاً غير وارد، فتحصّل أنّ الأقوىٰ صحّه المعاطاة في الرهن من غير إشكال.

[في تأسيس الأصل في لزوم المعاطاة و جوازها على القول بالملك أو الاباحة]

قوله ﷺ: «اعلم، أنّ الأصل على القول بالملك اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانيه المتقدّمه ... إلى آخره»[1].

قد تقدّم في صدر مسأله المعاطاة أنّ مقتضىٰ الأصل فيها هو الجواز على القول بالإباحة، واللزوم على القول بالملك.

وتقريب الأوّل هو التمسّك باستصحاب بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، ولا تعارض مع استصحاب بقاء الإباحه الثابته قبل رجوع المالك؛ لأنّها محكومة باستصحاب بقاء السلطنة؛ إذ الشكّ في بقاء الإباحه أو زوالها بعد الرجوع ناشٍ عن الشكّ في بقاء السلطنة الثابته قبل المعاطاة كما لا يخفى.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وأمّا تقريب الثاني، فقد تقدّم[١] من الأدلّة الدالّة على اللزوم بناءً على الملك من العمومات الاجتهاديّة والأصل العملي، وذكرنا دلالة كلّ واحدٍ من العمومات مفصّلاً، ودلّلنا على عدم صحّة التمسّك في إثبات لزومها بآية ﴿أوفوا بالعقود﴾[٢] لخروجها عن عمومها بالتخصّص، لا بالتخصيص، ثمّ ليعلم أنّه على القول بالإباحة فهي خارجة على وفق القاعدة، وعلى القول بالملك، وإن كان مقتضى الأصل والدليل هو اللزوم، لكنّ الإجماع قام على جوازها، والمدرك لجوازها هو الإجماع وإن كان منشؤ إجماع المجمعين على الجواز هو خروجها عن عموم آية ﴿أوفوا بالعقود﴾ الذي هو الأصل في إثبات عموم كلّ عقد فهي جايزة على كلا تقديري القول بالملك والإباحة، إلّا أنّها تصير لازمه بطروّ طوارٍ موجبة للزومها، والكلام في هذا التنبيه في ملزماتها.

وممّا يجب أن ينبّه عليه أنّه قد تقدّم[٣] تقسيم كلّ من اللزوم والجواز إلى «الحقّي» و«الحكمي»، وقلنا بأنّ المراد من اللزوم الحكمي هو ما كان بأقتضاءٍ من ذات المعاملة، مع قطع النظر عن التزام المتعاملين، بل نفس طبع المعاملة أينما تحقّقت تقتضي اللزوم، ويترتّب عليه عدم وقوع الإقاله فيها، وعدم صحّة شرط الفسخ فيها، وعدم انفساخها بالفسخ إلّا أن يرد دليل بالخصوص على انفساخها بالفسخ، فيؤخذ به بمقدار دلالته ويقتصر عليه، وذلك كالنكاح.

والمراد من اللزوم الحقّي هو ما كان ناشياً عن اقتضاء التزام المتعاملين على مضمون المعاملة من غير أن يكون في ذات المعامله اقتضاء اللزوم، ويترتّب عليه صحّه شرط الفسخ فيها، وقبولها للإقالة، وانفساخها بالفسخ.

وممّا ذكرنا ظهر التفاوت بين اللزومين ثبوتاً وإثباتاً، حيث إنّ اللزوم الحكمي في مرحلة

---

١. تقدّم في ص ١٤٥.

٢. المائدة (٥): ١.

٣. تقدّم في ص ٢٢٢.

الثبوت متميّزعن اللزوم الحقّي من ناحيه اقتضاء ذات المعاملة وعدمه، وفي مرحله الإثبات متميّزعنه بعدم جريان الإقالة والانفساخ، واشتراط الفسخ وجريانها، كما لا يخفى.

هذا هو ما يقتضيه التحقيق ولكنّ المتراءي من ظاهر العباره هو الفرق بينهما بكون الجواز الحكمي راجعاً إلى جوازترادّ العينيين، ومتعلّق الرجوع في الجواز الحقّي هو العقد، وهذا بظاهره فاسدٌ، وذلك لوجهين:

الأوّل: إنّ جعل ترادّ العينيين موضوع الرجوع في الجواز الحكمي، بحيث لا يمسّ بكرامة العقد مخالف لما هو المسلّم من كونه صفة للعقد، حيث يقال: بأنّ عقد الهبة ونحوه جايز، فلوكان العينيين هو الموضوع للرجوع فيكون أشبه بالتقاصّ.

الثاني: إنّ جماعة من الأصحاب ذهبوا في باب الرجوع في زمن الخيار إلى أنّه يتعلّق بالعين لا العقد[1]، ومعه فلا يبقى فرق بين الجواز الحكمي والحقّي، مع أنّ جواز الرجوع عن ذي الخيار حقّيّ بلا ارتياب.

ويمكن أن توجه العبارة بأنّ المراد هو بيان المائزبين الجواز الحكمي والحقّي بعد اشتراكهما في كون موضوع الرجوع هو العقد لا نفس الترادّ، بتقريب أنّ موضوع الرجوع في الجواز الحكمي هو نفس العقد، ولازمه جواز الترادّ المتوقّف على بقاء العينيين، وموضوع الرجوع في الجواز الحقّي هو الالتزام المدلول عليه العقد بالالتزام، ولازمه جواز فسخ العقد حتّىٰ مع تلف العينين، فتأمّل.

وبالجملة فما ذكرنا من الضابط في تمييز اللزوم والجواز الحكمي عن الحقّي من صحّة الإقالة، والانفساخ بالفسخ، واشتراط الفسخ وعدمها، أولى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ الاستصحاب الدالّ على اللزوم بناءً على القول بالملك لا يثبت إلّا ذات اللزوم، من غيرتكفّلٍ في إثبات كونه حكميّاً أو حقّيّاً.

---

١. انظر مفتاح الكرامة، ج ١٥، ص ٣٧٦-٣٧٨.

وكذا عموم آية التجارة[١] أيضاً لا يستفاد منه إلاّ اللزوم، من غير نظرٍ له إلى بيان أنّه حكمي أو حقّي، وهذا بخلاف عموم وجوب الوفاء بالعقد؛ إذ هو يدلّ على اللزوم الحقّي في كلّ ما يصحّ التمسّك به، كما في العقود اللفظيّة.

ثمّ إنّ هاهنا جهاتاً من البحث يجب التنبيه عليها:

[الجهة] الأُولى: بناءً على المختار في المعاطاة من كونها مفيدة للملك، وأنّها تقتضي اللزوم لأجل الاستصحاب، وعموم دليل التجارة[٢]، لابدّ في إثبات جوازها من التمسّك بدليلٍ مثبتٍ لجوازها، وهو الإجماع المنعقد على جواز رجوع كلّ من المتعاطيين إلى ما انتقل عنه، وقد عرفت أنّ ملاك انعقاده على الجواز هو عدم شمول آية وجوب الوفاء[٣] للمعاطاة في مرحله الثبوت.

وكيف كان فالمتيقّن من مقدار الإجماع هو الجواز مع بقاء العينين، وأمّا مع تلفهما أو أحدهما فيشكّ في جواز الرجوع، فيرجع إلى العموم الدالّ على اللزوم، أو إلى الاستصحاب الدالّ عليه.

فإن قلت: إذا ورد عامّ مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾[٤] وورد مخصّص مثل دليل خيار الغبن، وشكّ في مقدار المخصّص، يكون المرجع هو استصحاب حكم المخصّص، لا عموم العامّ، على ما حقّق في الأُصول، خلافاً للمحقّق الثاني[٥]. وعلى هذه القاعدة لابدّ في المقام من الرجوع إلى حكم المخصّص؛ لأنّه قبل تلف العينين أو أحدهما كان الجواز ثابتاً، ويكون الشكّ في انقطاعه عند التلف أو بقائه بعده.

---

١. النساء (٤): ٢٩.

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. المائدة (٥): ١.

٤. المائدة (٥): ١.

٥. راجع رسائل المحقّق الكركي، ج ٢، ص ٢٤٠.

قلت: مورد هذه القاعدة هو ما إذا كان الشكّ في بقاء حكم المخصّص من جهة دورانه بين القصير والطويل، وبعبارة أُخرىٰ فيما إذا كان الشكّ في مقدار بقاء الخاصّ في عمود الزمان، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، بل الشكّ في المقام ناشٍ عن سبب التخصيص، وكان راجعاً إلى ناحية سببه، حيث إنّ المعلوم من سبب التخصيص - أعني الإجماع - هو فيما إذا كان العينان باقيين، وأمّا بعد التلف فليس في البين سبب له.

والحاصل أنّ الخارج عن عموم دليل اللزوم هو المعاطاة في صورة بقاء العينين، لا أنّه خروج المعاطاة عن عموم الدليل، ويشكّ في بقاء حكم المخصّص بعد التلف، فتأمّل، فإنّ الفرق بينهما لا يخلوا عن خفاء، ولعلّه يأتي بزيادة توضيح فيه.

الجهة الثانية: الظاهر من قوله ﷺ: وحيث ارتفع مورد الترادّ امتنع... إلى آخره[1].

في مقام الفرق بين الجواز الحكمي والحقّي، هو اختصاص ثبوت جواز الحكمي بصورة بقاء العينين، فلا يصحّ الرجوع مع التلف؛ لارتفاع مورده، بخلاف الجواز الحقّي، فإنّه يصحّ مع بقاء العينين ومع التلف، إلّا أنّه عند التلف يرجع إلى المثل أو القيمة، وهذا مع ما فيه من جعل موضوع الرجوع في الجواز الحكمي هو الترادّ - كما تقدّم - فاسدٌ، وذلك لأنّ الجواز الحكمي ليس مختصّاً بصورة بقاء العينين على نحو الإطلاق، بل يفصل فيه بين ما كان بناء المعاملة على الضمان وكانت معاوضيّة وبين ما لم تكن كذلك كالهبة، فيشترط جواز الرجوع ببقاء العينين في الثاني دون الأوّل، أمّا في الثاني فلأنّ المعاملة ليست مبنيّة على الضمان، فالواهب إنّما وهب العين للمتّهب لكي يتلفه بلا ضمان له بالمثل أو القيمة، فإذا كان باقياً في يد المتّهب فله الرجوع بعين ماله، فإذا تلف فليس له الرجوع بأخذ مثله أو قيمته، لكون مبنى المعاملة على عدم التضمين بالمثل والقيمة.

وأمّا في الأوّل؛ فلأنّ بناء المعاملة على الضمان بالمسمّى فإذا سلم المسمّى

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

فهو، ومع عدمه إمّا بفساده من الأوّل أو بواسطة الرجوع لابدّ من الرجوع إلى المثل أو القيمة، وليس التلف في هذه الصورة مانعاً عن الرجوع بعد إمكان الرجوع بأخذ المثل أو القيمة كما لا يخفى.

الجهة الثالثة: إذا صارت المعاطاة لازمة بالتلف أو بغيره من الملزمات، فهل هذا اللزوم الطاري حقّي أو حكمي لا يخلو كلّ منهما عن إشكال، لبُعد اللزوم الحقّي بلا التزام في البين، كما هو المفروض، وكون البيع المعاطاتي بعد تلف العينين أو أحدهما لازماً كالنكاح، بحيث يحكم بعدم صحّة التقايل فيه، وعدم قابليّته لاشتراط الفسخ يكون أبعد، لعدم الالتزام بأحكام اللزوم الحكمي فيه من أحدٍ من الأصحاب.

وحلّ الإشكال هو اختيار كون اللزوم فيه حقيّاً لاحكميًّا بدعوىٰ عدم الحاجة في اللزوم العقدي إلى الالتزام العقدي دائماً، بل يكتفي في تحقّقه بجعله من الشارع، وهذا كالجواز الحقّي، حيث إنّه قد يكون بجعل المتعاملين، كما في خيار الشرط، و قد يكون بجعل الشارع، كما في خيار المجلس والحيوان. وكذلك اللزوم الحقّي تارةً يكون بجعل المتعاملين، كما في المعاملة العقديّة، وأُخرىٰ يكون بجعل الشارع، كما في المعاطاة عند تغيّر العينين عمّا هو عليه، فهذا اللزوم حقّي يترتّب عليه صحّة التقابل وغيره ممّا يترتّب على اللزوم الحقّي، لكنّه لا يكون بواسطة التزام المتعاملين، بل إنّما هو بجعل الشارع، فتبصر.

قوله ﷺ: «أمّا على القول بالإباحة فواضحٌ؛ لأنّ تلفه من مال مالكه ولم يحصل ما يوجب ضمان كلٍّ منهما مال صاحبه ... إلى آخره»[1].

لا يخفى أنّ ما أفاده ﷺ من كون التلف من مال مالكه هدم لما أسّس به القول

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بالإباحة، من لزوم تقدير الملك آنآمّا قبل التلف، كما تقدّم تحقيقه عند نقل كلام كاشف الغطاء ﷺ[1]، وكان مختاره ﷺ أيضاً هو تقدير الملك قبل التلف ومعه، فلا وجه لما أفاده في المقام من كون التلف من مال مالكه على القول بالإباحة، وتحقيق الكلام في المقام بناءً على القول بالإباحة يتمّ ببيان مقدّمة تأتي في موضعها تفصيلاً، وإجمالها أنّه إذا أتلف العين في زمن الخيار ثمّ فسخ ذو الخيار بعد تلفها فربّما يقال بلزوم تقدير الملك، وربما يقال بعدم لزومه، وعلى فرض الحاجة إلى التقدير فربّما يقال بتقديره قبل التلف آنآمّا لكي يقع التلف في ملك الفاسخ حتّى يكون ضمانه المثل أو القيمة على من وقع عنده التلف. وربما يقال بتقدير التلف بعد الفسخ ووقوع الفسخ قبل التلف.

والأقوى أنّه لا يحتاج إلى التقدير أصلاً، لا تقدير الفسخ قبل التلف، ولا تقدير الملك قبله، وذلك لأنّ المعاملة معاوضيّه وكلّ منهما مقدّم عليها بالضمان المسمّى، فما دام المسمّى سالم لمن له الخيار فهو، وإلّا فيرجع إلى المثل أو القيمة، ومع ثبوت الخيار له لو فسخ فإن وجد عين ماله فهو وإلّا فيرجع إلى المثل أو القيمة، فمع التلف لا يحتاج الفسخ إلى تقدير أصلاً، ولو قلنا بلزوم التقدير لكان اللازم عدم تمشّي الفسخ؛ لمكان الاحتياج إلى التقدير الذي لم يقم على صحّته دليلٌ، لا أنّه يصحّ الفسخ مع التقدير، وبعبارة أُخرىٰ كلّما كان صحّة شيء متوقّفاً على التقدير، فإن ورد الدليل بالخصوص على صحّته فنأخذ به ونقول بالتقدير، وإلّا فيمنع صحّته من رأس؛ لمكان الحاجه إلى التقدير، لا أنّه يلتزم بالصحّة ويقال بالتقدير.

إذا عرفت ذلك فنقول: بناءً على احتياج الفسخ إلى تقدير الملك آنآمّا قبل التلف في إثبات ضمان المثل أو القيمة لا يصحّ الفسخ في المقام بعد التلف؛ بناءً على القول

---

١. راجع ص ١٨٢.

بالإباحة، وذلك لأنّ ضمان المسمّى على القول بالإباحة متوقّف على تقدير الملك آناًما قبل التلف على ما تقدّم في ردّ ما أفيد من استلزام القول بالإباحة لتأسيس قواعد جديدة[1]، فإذا كان تقدير الملك آناًما قبل التلف منشأً لتحقّق ضمان المسمّى، فلا يعقل أن يصير منشأً لضمان المثل أو القيمة أيضاً، وعلى هذا، فتلف العوضين ملزم على القول بالإباحة، كما ذكر في الكتاب، إلّا أنّه ﷺ علّله بكون التلف من مال مالكه، وعلى ما ذكرنا فهو معلّل بعدم كون تقدير الملك قبل التلف منشأً لضمان المثل أو القيمة، مع احتياج الفسخ إلى التقدير، وبناءً على المختار من عدم الحاجة في الفسخ إلى التقدير، فاللزوم يثبت بالاستصحاب، أعني استصحاب ملكيّة كلّ واحدٍ لما ينتقل إليه بالتلف، وإذا شكّ في تأثير الرجوع يكون المرجع هو ذاك الاستصحاب.

والحاصل أنّه لا تفاوت بين القول بالملك والإباحة في جواز الرجوع قبل التلف، وفي عدمه بعده، وإن كان يختلف وجه الحكمين، أعني جواز الرجوع قبل التلف وعدمه بعده بالنسبة إلى كلٍّ من قولي الملك والإباحة، أمّا جواز الرجوع قبل التلف بناءً على القول بالملك فلقيام الإجماع عليه، وإلا فقد عرفت أنّ مقتضى القاعدة هو اللزوم، بمعنى أنّ المستفاد من عموم دليل التجارة ونحوه هو اللزوم، وإن كان عموم وجوب الوفاء بالعقود غير شامل للمقام، وأمّا وجه اللزوم بعد التلف فلأنّ المتيقّن من دليل المخصّص للعموم هو الجواز مادام بقاء العينين، وأمّا مع تلفهما معاً أو تلف إحداهما فلم يثبت ما يدلّ على الجواز، فيكون المرجع هو ما دلّ على اللزوم من العموم والاستصحاب، وليس المورد من موارد التمسّك بعموم المخصّص، كما في مثل خيار الغبن لو شكّ في فوريّته لكون مورد التمسّك بحكم الخاصّ هو ما إذا كان الشكّ في بقاء حكم الخاصّ لأجل الشكّ في طول عمره وقصره بحسب الزمان،

---

١. تقدّم في ص ١٨٢ و مابعدها.

لامثل المقام الذي ليس الدليل متكفّلاً لإثبات حكم الخاصّ بأزيد من مورد بقاء العينين، وذلك نظير جواز الردّ الثابت بخيار العيب، حيث إنّه مختصّ بصورة بقاء العين، ومع تلفها فلا ردّ.

وأمّا وجه الجواز قبل التلف على القول بالإباحة؛ فلكونه الموافق مع القاعدة لبقاء كلّ واحدة من العينيين على ملك مالكه الأوّل، وأمّا وجه اللزوم بعده على هذا القول فلانتقال كلّ من العينين عن مالكها إلى الآخر آنآمّا قبل التلف، وإذا شكّ في جواز ارتجاعها عنه فيقال بعدم الجواز، إمّا من جهة وجوب الوفاء بالعقد لو قلنا بأنّ الفعل التسليطي المترتّب عليه النقل والانتقال عند التلف التزام من الطرفين، فيشمله عموم وجوب الوفاء، أو من جهة استصحاب بقاء كلّ من المالين على ملك من انتقل إليه، إلّا أنّ هذا الاستصحاب لا يخلو عن منعٍ لأجل تلف العين، ولا معنى لبقاء الملكيّة بعد تلف العين.

لكن هناك أصلين آخرين يمكن إثبات اللزوم بهما:

أحدهما: استصحاب برائه ذمّة كلّ واحدٍ منهما عن ضمان المثل أو القيمة عند تلف العينين أو برائة ذمّه من وقع عنده التلف لو كان التالف إحدى العينين.

وهذا الأصل لا غبار عليه، ضرورة أنّ التالف قبل الرجوع مضمون بالمسمّى، وبعد الرجوع يشكّ في ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة، ويكون المرجع في هذا الشكّ هو أصالة العدم.

وثانيهما: استصحاب بقاء الملكيّة الثابته آنآمّا قبل التلف لإثبات عدم جواز الرجوع إلى المثل أو القيمة، ضرورة أنّ عدم جواز الرجوع من آثار تلك الملكيّة الثابته قبل التلف؛ إذ لا ملكيّة بعده لسلب الملكيّة بعد التلف بسلب موضوعها، ولافرق فيما ذكرنا بين ما إذا كان الجواز حقّياً أو حكمياً؛ لأنّ التحقيق كون الموضوع في كليهما

هو المعاملة، وما يترائى من ظاهر العبارة في الكتاب بجعل موضوع الجواز الحقّي هو المعاملة والجواز الحكمي نفس ترادّ العينين، وقوله بعدم الجواز بعد التلف لأجل عدم الموضوع ليس بصحيح.

هذا كلّه فيما إذا تلف العينان، ومنه ظهر حكم تلف إحداهما؛ إذ بتلفها يتحقّق اللزوم على كلا القولين، أمّا على القول بالملك فواضح؛ لاختصاص دليل الجواز بصورة إمكان ترادّ العينين وهو الإجماع. وأمّا على القول بالإباحة فلكون تلفها كاشفاً عن تحقّق الملك قبل التلف آناًما، فتصير العين الموجودة لمن هي عنده، ومعه فلا موجب للارتجاع، بل العموم والأصل يدلّان على عدمه، هذا هو ما يقتضيه التحقيق بناءً على كلا القولين، ولكن على القول بالإباحة فقد استوجه بعض المشايخ[1]، وفاقاً لبعض معاصريه[2] تبعاً للمسالك[3] على ما في الكتاب - قدّس الله أسرارهم - أصالة عدم اللزوم لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه لها.

وفيه أنّه لا محصّل لهذا الأصل بعد القطع بانتقاض الحالة السابقة بانتقال العين الموجودة عن مالكها إلى من بيده بواسطة تلف الآخر، ومع هذا القطع بالانتقاض فلا سبيل إلى الرجوع إلى أصالة بقاء سلطنة مالكها، بل المرجع هو أصالة سلطنة المالك الثاني، الذي انتقل إليه العين الموجودة بتلف العين الأُخرى، ومقتضاه اللزوم.

ودعوى عدم حصول الانتقال بواسطة التلف هدمٌ لما تقدّم في المنع عن لزوم القول بالإباحة لتأسيس القواعد الجديدة[4]، كما تقدّم، هكذا ينبغي أن يورد عليهم - قدّس أسرارهم - لكن في الكتاب قال ﷺ:

---

١. هو السيد المجاهد في المناهل، ص ٢٦٩.

٢. هو الفاضل النراقي في المستند، ج ٢، ص ٣٦٣.

٣. مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٥٢ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ١٩).

٤. تقدّم في ص ١٨٢ و ما بعدها.

وفيه أنّها معارضة بأصالة برائة ذمّته عن مثل التالف أو قيمته، والتمسّك بعموم «على اليد» هنا في غير محلّه - إلى أن قال: - ولكن يمكن أن يقال: إنّ أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة ... إلى آخره[1].

ولا يخفى عدم استقامة ما أفاده بكلّه.

أمّا أوّلاً: فلأنّه بناءً على التحقيق من تحقّق الملك آناًما قبل التلف فلا تنتهي النوبة إلى التمسّك بأصالة بقاء السلطنة في إثبات الجواز، ولا إلى دفعه بمعارضتها بأصالة برائة الذمّة عن مثل التالف، أو قيمته لكي ينتهي الأمر إلى بيان تحقّق كونهما متعارضين، أو أنّ بينهما الحكومة.

وأمّا ثانياً: فلما في منعه من التمسّك بعموم «على اليد»[2] في المقام، مستدلاً له بالقطع بعدم الضمان قبل تلف العين ولا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة؛ وذلك لأنّ مقتضى «على اليد» هو ليس ضمان المثل أو القيمة مع وجود العين، بل إنّما مفاد «على اليد» ردّها ما دامت موجودة، وردّ ما كان أقرب إليها لو صارت معدومة، ولو منع عن التمسّك به في المقام لا نسدّ باب التمسّك به في كلّ معاملة خياريّة؛ إذ قبل التلف لا ضمان على ما ذكره، وكذا بعده إذا لم يختر الفسخ، وهذا كما ترى.

والتحقيق هو أنّ المتعاملين لمّا لم يقدما إلّا على الضمان بالمسمّى، وما دامت العين سالمة لهما فهو، وإلّا فيرجع إلى الأقرب إليها من المثل أو القيمة، كلّ ذلك بواسطة دليل الضمان، وإن كان استفادة هذه الجملة بتمامها من عموم «على اليد»

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. عوالي اللآلي، ج ٣، ص ٢٤٦، ح ٢ (وفي عدّة مواضع أُخر)؛ مستدرك الوسائل، ج ١٧، ص ٨٨، الباب ١ من أبواب كتاب الغصب، ح ٢٠٨١٩.

مشكلاً إلّا أنّه إشكال علميّ يرد عليه، وإلّا فأصل المطلب ثابت من غير إشكال.

وأمّا ثالثاً: فلما في ما ذكره من حكومه أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل على أصالة برائة ذمّة من وقع التلف عنده عن المثل أو القيمة؛ لأنّ الأصلَين متعارضان؛ لكونهما في رتبةٍ واحدةٍ، وليس بينهما سببيّة ولا مسبّبيّة، وذلك لأنّ الشكّ في الاشتغال في المثل أو القيمة ناشٍ عن الشكّ في بدليّة العوض المسمّى؛ إذ لو كان المسمّى عوضاً لم ينته إلى المثل أو القيمة، فثبوت المثل أو القيمة منوط بعدم بدليّة المسمّى، فالشكّ في ثبوتهما ناشٍ عن الشكّ في ثبوته، لكن أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل لا تدلّ بنفسها على نفي بدليّة المسمّى؛ لأنّ بدليّة المسمّى من آثار عدم بقاء سلطنته، فمؤدّى أصالة بقاء السلطنة ليس سبباً لثبوت المثل أو القيمة، بل إنّما ثبوتهما سبب لازم.

والحاصل أنّ لازم بقاء سلطنة المالك الأوّل هو نفي المسمّى، فلو كان الأصل جارياً في نفي المسمّى بنفسه لكان حاكماً على الأصل الجاري في برائة الذمّة عن المثل أو القيمة، وأمّا الأصل الجاري في بقاء السلطنة الملازم مع عدم بدليّة المسمّى فهو ليس بحاكم عليه إلّا على تقدير إثبات لازمه المتوقّف على الأصل المثبت.

فظهر أنّ الحقّ هو تعارض الأصلين على تقدير تسليم جريان أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل، وأمّا بناءً على ما حقّقنا فلا مجرى لهذا الأصل، أعني أصالة بقاء سلطنة المالك، بل المرجع هو أصالة برائة الذمّة عن المثل أو القيمة لو كان الراجع منهما مَن بقيت العين عنده، وأصالة بقاء العين الموجودة على ملك مَن انتقلت إليه بالتلف لو كان الراجع فيهما مَن تلف العين لديه، وهذا التفاوت بين الأصلين نشأ من عدم إمكان إجراء الأصل في بقاء الملكيّة بالنسبة إلى التالف، كما لا يخفى.

هذا كلّه مع قطع النظر عن أصالة بقاء العلقة الثابتة قبل التلف آنآمّا؛ لأنّه

مع جريانها تكون حاكمة على أصالة برائة الذمّة عن المثل أو القيمة، ولو كانا موافقين؛ إذ الشكّ في برائة الذمّة ناشٍ عن بقاء أثر تلك الملكيّة الثابتة قبل التلف، وباستصحابها لإثبات أثرها يرتفع الشكّ عن البرائة.

وأمّا رابعاً: فلما في قوله ﷺ:

مع أنّ ضمان التالف ببدله معلوم، إلّا أنّ الكلام في أنّ البدل في البدل الحقيقي، أعني المثل أو القيمة، أو البدل الجعلي، أعني العين الموجودة، فلا أصل، انتهى[1].

ومراده ﷺ هو المنع عن إجراء كلّ واحدٍ من الأصلين في المقام، مع قطع النظر عن المعارضة. وذلك للعلم بضمان التالف المردّد بين كونه بالمثل أو القيمة أو بالمسمّى، والعلم بالضمان مانع عن إجراء الأصل في نفي ضمان المثل أو القيمة أو المسمّى، فلا يجري الأصل في نفي المثل أو القيمة، ولا في نفي المسمّى، ووجه فساده هو أنّ ما ذكره يصحّ فيما إذا كان المتيقّن في مرحلة الثبوت، وأُريد إحراز بقاء إحدى الخصوصيّتين بالأصل؛ إذ لا مورد لإجراء الأصل في شيء منهما؛ لعدم العلم بحدوث شيء من الخصوصيّتين، كما إذا علم بملاقات النجاسة لأحد الإنائين الطاهرين، فإنّه لا يجري استصحاب بقاء النجاسة في شيء منهما؛ لعدم العلم بنجاسة كلّ واحدٍ منهما بالخصوص، لا في مرحلة البقاء، كما إذا علم ملاقات أحد الإنائين النجسين بالمطر؛ فإنّه لامانع عن إجراء الأصل في إثبات بقاء نجاسة كليهما، وإن كانا لا يجريان معاً لمكان المعارضة، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّه قبل التلف لم يكن ضمان بالنسبة إلى المثل أو القيمة، ولا بالنسبة إلى المسمّى، وبعد التلف يتحقّق ضمان مردّد بين المثل أو القيمة، وبين المسمّى، فحال هذا الضمان المتيقّن

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

هو بعينه حال المطر الواقع على أحد الإنائين النجسين، فلا يمنع عن استصحاب عدم ضمان المثل أو القيمة، ولا عن استصحاب عدم ضمان المسمّى؛ وإنّما المانع عن إجرائهما هو المعارضة بينهما؛ لمكان العلم الإجمالي بتحقّق أحدهما.

وأمّا خامساً: فلما في قوله مضافاً إلى ما قد يقال من أنّ عموم «الناس مسلّطون على اموالهم»[1] يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التالف بأخذ بدله، فإن التمسّك بهذا العموم منوط على كون المال الموجود ملكاً للآخذ لكي يثبت صحّة تصرّفه بذاك العموم، وأمّا لو لم يكن ملكاً له فلا يمكن إحراز صحّه أخذه بعموم «الناس مسلّطون»، والمفروض خروج هذا المال عن ملكه وانتقاله إلى من بيده بواسطة تلف الآخر، وكذا انتقال التالف إلى من وقع التلف عنده، ومع هذا الفرض فلا موقع لهذا التمسّك أصلاً، ولو أُريد إحراز بقاء ملكيّته باستصحاب بقاء السلطنة فيرجع إلى ما تقدّم، ويرد عليه المنع السابق من أنّ المورد مورد استصحاب بقاء ملكيّة كلّ مالٍ لمن انتقل إليه بالتلف المقتضي للضمان، وعدم جواز تصرّف كلّ بالأخذ.

وبالجملة فما أفاده ﷺ في المقام لا يستقيم بوجهٍ أصلاً، ولا بأس بإعادة ما يرد على العبارة بعد إيضاحها تفصيلاً، فنقول:

قوله ﷺ: «لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة، وملكه لها ...»[2].

يمكن أن يكون قوله: «وملكه لها» عطفاً تفسيريّاً لسلطنة مالك العين، فيكون الحاصل هو التمسّك بأصالة بقاء العين على ملك مالكها الأوّل.

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٤٥٧، ح ١٩٨.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

ويمكن أن يكون مغايراً معه، بأن يكون الغرض منه هو الاستدال بأصالة بقاء ملك المالك الأوّل، وأنّ المراد من أصالة بقاء سلطنة مالك العين هو بقاء علقة مالك العين على العين ولو بعد خروجها عن ملكه بالتلف، نظيرما قالوا من عدم انقطاع علقة المالك عن العين في المعاملة الخياريّة بتمامها، بل إنّما يبقى من علقته شيء بها يصحّ منه الفسخ، وأنّ حقّ الفسخ ليس حقّاً جديداً يثبت بالعقد، بل إنّما هو حقّه الموجود قبل العقد الغيرالزائل بسبب العقد.

هذا، وكيف كان فلا يمكن المساعدة معه في شيء من الاحتمالين؛ لعدم إجراء شيء من الأصلين؛ لأصالة بقاء العين على ملك مالكها الأوّل، ولأصالة بقاء سلطنة المالك بعد انتقال العين عنه بواسطة التلف.

أمّا الأوّل: فللقطع بانتقال العين الموجودة عن مالكها إلى الآخربواسطة تلف العين.

وأمّا الثاني: فلأنّه بعد الانتقال لا تبقى علقة للمالك الأوّل أصلاً، فعلقة الملكيّة التي بينه وبين العين بتامها وكمالها تتعلّق ببدل العين المنتقلة إليه، بحيث لا يبقى منها تعلّق إلى العين المنتقلة عنه بوجهٍ أصلاً، وإنّما حقّ الخيارحقّ جديد يثبت بالعقد، إمّا بجعل الشارع، كما في مثل المجلس والحيوان، أو بجعل المتعاملين، كما في مثل خيارالشرط من غيرفرق في ذلك بين كون الجواز حكميّاً أو حقيّاً، كما سيأتي تحقيقه في مباحث الخيارات، ومع القطع بانقطاع علقة المالك بتمامها عن العين الموجودة لا ينتهي إلى الشكّ حتّىٰ يستصحب بقاء سلطنته، فظهرأنّ الأصلين لا مجرى لهما أبداً، أو أنّه مع القطع بانتقال العين الموجودة إلى مالك العين التالفة لو شكّ في ارتجاعها عنه إلى المالك الأوّل يكون المحكّم هو أصالة بقاء مالكيّة المالك الثاني، أو أصالة برائة ذمّة مالك الأوّل عن المثل أو القيمة، مع قطع النظرعن حكومة أصالة بقاء ملك المالك الثاني عليها كما بيّنّاه.

قوله ﷺ: «وفيه أنّها معارضة بأصالة برائة ذمّته عن مثل التالف أو قيمته ... إلى آخره»[١].

ظاهر العبارة تسليم إجراء أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة، لكنّه يمنع عن إجرائها لمكان المعارضة، وقد عرفت أنّه لا مجرى لها بعد القطع بانتفاض الحالة السابقة بواسطة انتقال العين الموجودة إلى مالك العين التالفة بسبب التلف، فالمرجع حينئذ هو أصالة برائة الذمّة عن المثل أو القيمة، مع قطع النظر عن محكوميّتها بأصالة بقاء ملكيّة من انتقل إليه العين بالتلف.

قوله ﷺ: «والتمسّك بعموم «على اليد» هنا في غير محلّه ... إلى آخره»[٢].

لا يخفى أنّ الأولى أن يستدلّ لعدم إمكان الاستدلال بعموم «على اليد»[٣] في المقام بأنّ عمومه إنّما يدلّ على ضمان المثل أو القيمة على تقدير الفسخ، لا مطلقاً، فإثبات ضمان المثل أو القيمة مطلقاً بما يدلّ على إثباته في حالٍ دون حالٍ يكون كإثبات وجوب إكرام زيدٍ في حالتي العلم والجهل بعموم وجوب إكرام العالم، وهو كما ترى، وأمّا ما أفاده ﷺ:

> من أنّه قبل التلف لم يكن يد ضمان، بل ولا بعده [...] إذا لم يرد الرجوع، إنّما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً[٤].

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٣. عوالي اللآلي، ج ٣، ص ٢٤٦، ح ٢ (و في عدّة مواضع أُخر)؛ مستدرك الوسائل، ج ١٧، ص ٨٨، الباب ١ من أبواب كتاب الغصب، ح ٢٠٨١٩.
٤. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

فلا يستقيم أصلاً؛ لأنّ مقتضى اليد ليس إلّا ضمان المثل بعد الرجوع، لا أنّ ضمانه بعد الرجوع ليس من مقتضى اليد، مع أنّ قوله ﷺ: «بأنّ [هذه] اليد قبل التلف لم تكن يد ضمان»، لا معنى له بعد القطع بكون المعاملة معاوضيّة لا مجّانيّة، اللهمّ إلّا أن يكون مرادة نفي ضمان المثل أو القيمة، وهو وإن كان صحيحاً إلّا أنّ ضمان المثل أو القيمة في كلّ مورد يتحقّق إنّما يتحقّق بعد التلف؛ إذ لا معنى له على تقدير عدم التلف، ومنه يظهر ما في قوله: بل ولا بعده إذا لم يرد الرجوع[1]. مضافاً إلى أنّ نفي ضمان المثل أو القيمة عند عدم إرادة الرجوع متحقّق في كلّ معاملةٍ خياريّة، ولازمه عدم صحّة التمسّك بعموم «على اليد» لإثبات ضمان المثل أو القيمة في كلّ معاملة خياريّة يقع الفسخ فيها بعد تلف أحد العينين، وهو مخالف لما بنوا عليه وبنى هو أيضاً من التمسّك بالعموم المذكور في إثبات ضمان المثل أو القيمة.

قوله ﷺ: «ولكن يمكن أن يقال: إنّ أصالة بقاء السلطنة ... إلى آخره»[2].

الظاهر أن يكون المراد بهذا الأصل هو نظير ما قالوا من بقاء السلطنة بعد الانتقال عند ثبوت حقّ الخيار. ولا يخفى أنّه بناءً عليه لا حكومة بينه وبين أصالة عدم الضمان بالمثل؛ لأنّ الضمان بالمثل مسبّب عن انتفاء بدليّة المسمّى، لا عن بقاء السلطنة، فثبوت ضمان المثل مسبّب عن اللازم المترتّب على بقاء السلطنة، فأصالة بقائها على تقدير الجريان معارض مع أصالة عدم الضمان بالمثل، لا حاكمة عليها، وما يكون حاكماً - أعني أصالة عدم بدليّة المسمّى - غير جارية؛ للقطع بثبوت بدليّته بواسطة تحقّق الانتقال بالتلف.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

[فيما لوكان أحد العوضين ديناً]

قوله ﷺ: «ولوكان أحد الموضين ديناً في ذمّة أحد المتعاطيين ... إلى آخره»[1].

كان الكلام المتقدّم في تلف العينين أوإحداهما إذا كان التعاطي بالعين ولوكان أحد العوضين ديناً - كما إذا باع المديون عيناً للداين بالدين الذي في ذمّته - فهل يكون إبراء ذمّة المديون عن الدين بعد البيع في حكم التلف، فيكون ملزماً للمعاطاة مطلقاً بناءً على القول بالملك والإباحة؟ أولا يكون كذلك مطلقاً؟ أو يفصل بين القول بالملك وبين القول بالإباحة بالقول بكونه ملزماً في الأوّل دون الأخير؟ وجوهٌ واحتمالاتٌ.

وتفصيل الكلام يتمّ ببيان مقدّمة: وهي أنّه وقع الخلاف في بيع الدين على مَنْ هو عليه - كبيع من ينعتق عليه بعد الاتّفاق على حصول برائة الذمّة في الأوّل، والانعتاق في الأخير- في أنّ المبيع أعني الدين في الأوّل والعبد في الثاني - هل ينتقل إلى المشتري ثمّ يتلف عليه بالإبراء بمعنى الاسم المصدري في الأوّل والانعتاق في الأخير، أو التلف يحصل بنفس إنشاء البيع والمنشأ، وإن كانت ملكيّة الدين لمن هو عليه أو العبد لمن ينعتق عليه، إلّا أنّه ينتج نتيجة التلف.

ومنشأ القول الثاني: أمّا في باب الدين فهو لأجل استحالة أن يسلّط الإنسان على نفسه بمالٍ ويملك على نفسه شيئاً؛ لعدم صحّة اعتبار مال الإنسان على نفسه، وإلّا فيصحّ أن يصير الإنسان مستطيعاً باعتبار الوفاء في ذمّته وهو كما ترىٰ. والسرّ في ذلك هو عدم صحّة ذاك الاعتبار عند العقلاء، وإذا ورد الدليل على صحّة بيع الدين عليه فلابدّ من أن يكون راجعاً إلى إبراء ذمّته عن الدين بالعوض، فيصير

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

مآل بيع الدين عليه سقوط ذمّته عن الدين بالعوض، لا صيرورته مالكاً لما في ذمّته.

وأمّا في باب بيع من ينعتق عليه؛ فلقيام الدليل على أنّ الإنسان لا يملك عموديه، ونتيجة الجمع بينه وبين ما يدلّ على الانعتاق عليه بعد البيع هوكون بيعه عليه منتجاً للانعتاق عليه بلا تحقّق ملك المشتري له أصلاً.

ومنشأ القول الأوّل هو المنع عمّا ذكر في وجه القول الثاني:

أمّا في باب الدين، فلأنّ المانع عن اعتبار المال للإنسان على نفسه إنّما يمنع عن اعتباره كذلك على نحو الاستقرار، وأمّا اعتبار مالكيّته لما ثبت في ذمّته عن الغير ملكاً يترتّب عليه الإبراء، لاملكاً مستقرّاً، فلا منع عن اعتباره عقلاً وعرفاً.

وأمّا في باب العتق؛ فلأنّ الدليل الدالّ على عدم ملكيّة العمودين أيضاً إنّما يمنع عن الملك المستقرّ، لا الملك المترتّب عليه العتق.

فحينئذ يمكن ملك الدين للإنسان نفسه بعد اعتبار قراره في الذمّة بواسطة كونه ملكاً للغير، ملكاً يترتّب عليه الإبراء، وملك العمودين ملكاً يترتّب عليه العتق، ومع إمكان ذلك فلا موجب لصرف بيع الدين أو بيع من ينعتق على المشتري عمّا يقتضيه معاملة البيع من مبادلة المال بالمال، بل هوكسايرالبيوع في كونه بيعاً، إلّا أنّه يترتّب على هذا البيع تلف المبيع على المشتري، لمكان عدم اعتبار المال للإنسان على نفسه في الدين، ولعدم قرارالملكيّة على العمودين في بيع من ينعتق عليه. وهذا هو الأقوى؛ لما ذكروسيأتي تفصيله أيضاً.

وعلى هذا القول يكون تلف الدين بعد دخوله في ملك المديون - كما أنّه يكون على القول الأوّل - بنفس البيع، بلا توسيط دخوله في ملك المديون.

وكيفما كان يتحقّق التلف بسقوط ذمّة المديون عن الدين، إمّا ابتداءً أو بعد اعتبار دخوله في ملكه.

إذا تحقّق ذلك فنقول: فهل هذا التلف الاعتباري الشرعي كالتلف الخارجي التكويني في كونه ملزماً للمعاطاة أم لا؟ وجهان، والكلام تارةً يقع في حكم هذا التلف بناءً على القول بالملك، وأُخرى في حكمه بناءً على القول بالإباحة.

أمّا على القول بالملك، فالحقّ أنّه كالتلف الخارجي في كونه ملزماً؛ لأنّ الدليل الدالّ على الجواز إنّما يدلّ عليه مع إمكان الترادّ، كما تقدّم، ومع تلف الدين على مَنْ هو عليه لا يمكن الترادّ، فلا يبقى مورد للجواز، وما ذكرناه ليس متوقّفاً على القول بصيرورة الدين ملكاً لمن هو عليه ثمّ تلفه عليه، كما هو الحقّ، بل يصحّ لو قلنا بترتّب التلف على البيع بلا واسطة، وما ذكره في العبارة بقوله ﷺ «فعلى القول بالملك يملكه مَنْ في ذمّته فيسقط عنه»[1] من جهة بيان ما هو المختار عنده، لا من جهة ابتناء دخول الدين في ملك من هو في ذمّته على الحكم بتلفه، كما لا يخفى.

فإن قلت: فرقٌ بين التلف الاعتباري وبين التلف التكويني الخارجي؛ إذ التالف بالتلف الخارجي ممتنع العود؛ لاستحالة إعادة المعدوم، بخلاف التالف بالتلف الاعتباري؛ إذ هو يمكن أن يعود بالفسخ أو بالإقالة، فلا يكون في حكم التلف، وإلى هذا أشار بقوله: «ويحتمل العود»[2].

قلت: هذا الفرق ضعيف في الغاية؛

أمّا أوّلاً؛ فلأنّ الدين الساقط عن الذمّة لا يعود بالفسخ والإقالة أصلاً، بل الفسخ أو الإقالة يصير منشأً لاعتبار مثل ما كان عليه في ذمّته أيضاً، فيكون حال الفسخ في المقام كحال الفسخ في بيع العين بعد تلفه بلا تفاوت.

وأمّا ثانياً؛ فلأنّه لو سلّم عود الدين الموجود قبل البيع بشخصه في الذمّة بعد

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الإقالة أو الفسخ، لكن ما لم يقع الفسخ لم يكن له اعتبار الوجود في الذمّة فيكون بحكم التلف، وحينئذ فجعل إمكان تحقّقه في الذمّة بالفسخ منشأً لجواز الفسخ يكون دوراً؛ إذ جواز المعاملة حينئذ متوقّف على إمكان عود الدين، وإمكان عوده يتوقّف على جواز المعاملة؛ لأنّه مع لزومها لا يكون العود ممكناً؛ لعدم إمكان الفسخ، وإلى هذا أشار بقوله ﷺ: «وهو ضعيف»[1].

هذا كلّه بناءً على القول بالملك، وأمّا على القول بالإباحة فالحكم أيضاً كذلك إلا أنه لا يخلو عن إشكال أشار إليه بقوله: «فافهم»[2].

وتوضيحه: أنّ صرف إباحة الدين على مَنْ هو عليه لا يوجب إتلافه عليه؛ لأنّها لا تستلزم سلطنة المديون على نفسه إلّا إذا تصرّف فيه بعد الإباحة بتصرّفٍ يكون مبرءً له، فنفس الإباحة بما هي إباحة لا توجب إبراء ذمّة المديون ولا انتقال الدين إليه.

هذا، ولكنّه ضعيف؛ لأنّ المنشأ بالمعاطاة بناءً على الإباحة ليس هو الإباحة حتّى يكون مفاد المعاطاة مفاد الإباحة بالقول، بل المعاطاة لمّا كان تسليطاً والتسليط عند القائل بالإباحة لا يقع مصداق التمليك، بل هو مصداق للإباحة، يقول باقتضائه الإباحة، فالمتحقّق بالمعاطاة هو التسليط، وحينئذ فنقول: كما لا يصحّ تمليك الإنسان على نفسه شيئاً كذلك لا يصحّ تسليطه على نفسه، بل عدم صحّة مالكيّته على ما في نفسه ناشٍ عن عدم صحّة سلطنته على نفسه، فالتسليط كالتمليك لو وقع على ما في الذمّة يقتضي سقوطه عنها، فيكون حال المعاطاة على القول بالإباحة بعينه حالها على القول بالملك في اقتضائها تلف ما في الذمّة لو وقعت عليه.

نعم، لو كان المنشأ في المعاطاة هو الإباحة لكان لما ذكروجهٌ، لكنّه ليس كذلك، كما عرفت.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

[فيما لو نقل العينين أو أحدهما بعقد لازم]

قوله ﷺ: «ولو نقل العينان أو أحدهما بعقدٍ لازم ... إلى آخره»[1].

لمّا فرغ عن الكلام في حكم المعاطاة عند تلف العينين أو إحداهما حقيقةً أو حكماً أراد أن يبيّن حكم غير التلف من بقيّة الملزمات، وهي أُمور:

منها: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم، والكلام يقع تارةً في حكم هذا العقد اللازم من كونه ملزماً للمعاطاة أم لا؟ وأُخرىٰ في حكم رجوع العين المنتقلة إلى من انتقل عنه بواسطة فسخ ذاك العقد أو إقالته.

أمّا المقام الأوّل: فلا إشكال في لزوم المعاطاة بوقوع ذاك العقد؛ بناءً على القول بالملك، لما عرفت من أنّ جواز الردّ في المعاطاة كان منحصراً بصورة إمكان الترادّ، ومع وقوع العقد فلا يمكن الترادّ، فلا موقع معه للجواز.

وكذا على القول بالإباحة، وذلك لأنّ وقوع العقد الناقل يكشف عن سبق ملك من صدر عنه العقد وصيرورته مالكاً لكي يقع الانتقال عنه على الطريق الإعوجاجي، ويكون إمكان الخروج عن ملكه بالفسخ متوقّفاً على إمكان الترادّ المفروض امتناعه حين تحقّق العقد.

وأمّا المقام الثاني: فعلى القول بالملك فلا يجوز الردّ بعد رجوع العين المنتقلة إلى المنتقل عنه بواسطة الفسخ أو الإقالة، سواء قلنا بأنّ الزائل العائد كأن لم يزل، أو أنّه كأن لم يكن، أو فصّلنا فيه بين ما إذا كان بعقد جديد وقلنا فيه بأنّه كأن لم يكن.

وتوضيح هذه الجملة يحتاج إلى بسطٍ، فنقول: إذ اشترى شيئاً ببيعٍ خياري، ثمّ باعه من آخر، ثمّ انتقل عن المشتري الثاني إليه بفسخ أو إقالة أو عقد جديد، ثمّ فسخ البايع الأوّل، فهل يرجع إلى العين الموجودة عند المشتري؛ لأنّها موجودة عنده

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بالفعل، ويكون انتقاله عنه إلى المشتري الثاني كأن لم يكن، فكان الملك كأن لم يزل، أو يرجع إلى المثل أو القيمة؛ لصيرورة العين بسبب الخروج عن ملك المشتري الثاني كالمعدوم التالف، ودخوله في ملكه بالفسخ أو بالإقالة أو بالعقد الجديد موجب لتملّك جديد، فيكون كأن لم يكن، أو يفصل بين ما إذا كان الانتقال إليه بالفسخ أو الإقالة، فيقال يرجوع البايع الأوّل حينئذ إلى العين؛ لأنّ الزائل العائد كأن لم يزل وذلك لانفساخ موجب الانتقال بالفسخ أو الإقالة، فالمشترى الأوّل حينئذ يتملّك العين عن مشتريه بالعقد الأوّل، أعني العقد الواقع بينه وبين البايع الأوّل، فهذه الملكيّة الحاصلة بعد الفسخ والإقالة هي المكليّة الموجودة قبل البيع الثاني المتقوّمة بالعقد الأوّل، والعقد الأوّل هو القيّوم لها، وبين ما إذا كان الانتقال إليه بعقدٍ جديد، فيقال برجوع البايع الأوّل بعد الفسخ حينئذ إلى المثل أو القيمة؛ لأنّ الزائل حينئذ كأن لم يعد، وذلك لأنّ العقد الجديد موجب لانتقال العين إليه بهذا العقد لا بالعقد الأوّل، فقيّوم الملكيّة حينئذ هوالعقد الجديد لا العقد الأوّل، وإذا لم يكن العقد الأوّل قيّوم هذه الملكيّة فبزواله لا يستحقّق البايع الأوّل لهذه العين التي ملك للمشتري بالعقد الثاني، وتكون ملكيّته متقوّمة به لا بالعقد الأوّل، وهذا هو الأقوى.

إذا تحقّق ذلك فتقول في المقام: لو رجع العين إلى مَنْ انتقل عنه لا يجوز الرجوع عن المعاطاة بعد رجوعها مطلقاً، سواء كان رجوع العين إليه بالفسخ أو بالإقالة أو بالعقد الجديد، قلنا بكون الزائل كأن لم يزل، أو كأن لم يعد مطلقاً، أو اخترنا التفضيل، وذلك للفرق بين المقام وبين مورد فسخ البايع في المثال المتقدّم، وذلك لأنّ جواز الرجوع في باب المعاطاة كان منحصراً بصورة إمكان التراد المنتفي عند تحقّق العقد الناقل قطعاً، وبعد رجوع العين إلى مَنْ انتقل عنه يشكّ في جواز الرجوع إلى المعاطاة، فيكون المحكّم هو استصحاب عدمه الثابت بعد العقد الناقل

وقبل رجوع العين إلى من انتقل عنه.

لا يقال: هذا يتمّ لو لم يكن اللزوم الحاصل بسبب العقد الناقل مشروطاً بشرط رجوع العين إلى مَنْ انتقل عنه بالشرط المتأخّر، وإلّا فلا لزوم مع رجوع العين إليه؛ **لأنّه يقال:** لادليل على اعتبار هذا الشرط أصلاً، فلو فرض الشكّ فيه فإنّما يتصوّر في مرحلة بقاء اللزوم، وإلّا فلا إشكال في انقطاع جواز التراد الثابت قبل العقد الناقل حين تحقّقه إلى زمن رجوع العين إلى مَنْ انتقل عنه، وإذا كان الشكّ في مرحلة بقاء اللزوم يكون المرجع هو استصحابه.

ومنه يظهر أنّه لا سبيل إلى إجراء استصحاب جواز الردّ الثابت قبل العقد الناقل؛ للقطع بانقطاعه بالعقد، فموضوعه محرز العدم، فما أفاده ﷺ بقوله: «فالموضوع غير محرز في الاستصحاب»[1] ليس على ما ينبغي، بل الحقّ أن يقال: الموضوع محرز العدم، ولا فرق فيما ذكرنا بين كون الرجوع بالفسخ، أو بالإقالة أو، بالعقد الجديد.

قلنا: بأنّ الزائل العائد كأن لم ينزل، أو كأن لم يعد، أو بالتفصيل؛ إذ على جميع التقادير يكون المرجع هو استصحاب اللزوم، لانقطاع الجواز السابق على العقد الناقل بتحقّقه حتّىٰ على احتمال كون الفسخ من حين العقد، وأنّه يرفع أثر العقد من حين حدوثه، فعلى هذا الاحتمال أيضاً العقد حين تحقّقه كان رافعاً لحكم الجواز الثابت قبله بواسطة صيرورته منشأً لامتناع التراد، ومعه فالمرجع هو استصحاب اللزوم، كما لا يخفى.

هذا على القول بالملك، وأمّا على القول بالإباحة فالأمر أظهر، وذلك لأنّ تصرّف أحد المتعاطيين بما في يده بالعقد الناقل يصير منشأ لانتقاله إليه، وبعد فسخ العقد الناقل لا موجب لاخراج ما وقع به التصرّف عن ملك هذا العاقد أصلاً، ولا يتوهّم في المقام إجراء استصحاب الجواز المتوهّم جريانه على القول بالملك، وإن كان مدفوعاً

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

على هذا القول أيضاً بالقطع بانقطاع الجواز بواسطة تحقّق العقد الناقل، كما تقدّم.

قوله ﷺ: «نعم، لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأوّل ... إلى آخره»[1].

توضيح هذه العباره يتوقّف على بسطٍ في الكلام، فنقول: إذا باع ذو الخيار ما انتقل عنه بالعقد الخياري، أو تصرّف فيه بما حكم به بفسخ ذلك العقد الخياري، ففيما يتحقّق به الفسخ احتمالات وأقوال:

الأوّل: أن يكون الفسخ بإرادة التصرّف، فتكون إرادة البيع من ذي الخيار فسخاً، فبإرادته يرجع المال إليه ثمّ يقع إنشاء البيع الثاني في ملكه، أي في حال انتقل المبيع إليه بسبب الفسخ بالإرادة.

وهذا هو مختار المحقّق الثاني وجماعةٍ منهم المصنّف -قدّس سرّهم- وعليه كان بناء العباره المتقدّمه في قوله: «لأنّ التصرّف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرّف» بمعنىٰ أنّ التصرّف كاشفٌ عن تحقّق ملك المتصرّف قبل التصرّف بواسطة إرادة التصرّف.

الثاني: أن يكون الشروع بأوّل البيع، مثل التكلّم بكلمة باء «بعت» مثلاً فسخاً موجباً لانتقال المال إلى المتصرّف، وتمامه بيعاً موجباً لانتقال المال عن المتصرّف إلى المشتري الثاني، ولازم ذلك وقوع أوّل البيع في ملك الغير، وهو المشتري الأوّل.

وهذا هو الذي أورد المحقّق الثاني ﷺ على القائلين به من لزوم كون أوّل الوطئ فيما لو تصرّف بالوطئ زناً، ولمكان الفرار عن هذا اللازم التزم بكون إرادة الوطئ هو المنشأ للفسخ، لا الوطئ نفسه[2].

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. جامع المقاصد، ج ٤، ص ٣٠٩-٣١٠.

الثالث: أن يكون الفسخ حاصلاً بنفس التصرّف، فإنشاء البيع الصادرعن ذي الخيارياترتّب عليه منشاءآن طوليان:

أحدهما: انتقال المبيع عن المفسوخ عليه إلى المتصرّف.

والثاني: انتقاله عن المتصرّف إلى المشتري الثاني.

فالإنشاء واحد ولكنّه يترتّب عليه ملك المشتري الثاني بالطريق الإعوجاجي، أي بتلقّيه الملك عن البايع بعد انتقال الملك إلى البايع عن المشتري الأوّل.

الرابع: أن يكون الفسخ حاصلاً بنفس إنشاء البيع، وملك المشتري الثاني يكون مترتّباً عليه، والفرق بينه وبين الثالث أنّ الفسخ والبيع بمعنى الإسم المصدري كلاهما على الثالث كانا مترتّبتين على إنشاء البيع لكن ترتّباً طوليّاً، وعلى القول الرابع يكون إنشاء البيع هو بنفسه الفسخ، لا أنّه ممّا يترتّب عليه الفسخ.

وسيأتي التفصيل في هذه الأقوال وبيان ما هو المختار منها، والغرض الآن هو بيان ما يمكن إجراؤه من هذه الأقوال في المعاطاة بناءً على القول بالملك أو الإباحة، وما لا يمكن، فنقول: أمّا على القول بالملك، فلو تصرّف أحدهما فيما انتقل عنه بالمعاطاة فيجري فيه كلّ واحد من هذه الاحتمالات؛ إذ يمكن أن تكون إرادة التصرّف فسخاً؛ أو أنّ الشروع في التصرّف كان هو الفسخ؛ أو أنّه يترتّب على التصرّف الفسخ ووقوع ما هو مصداق التصرّف الفسخ ووقوع ما هو مصداق التصرّف طولاً، أعني انتقال الملك عن المتصرّف إلى المشتري الثاني، أوكان إنشاء التصرّف فسخاً ويترتّب عليه المنشأ به.

وأمّا على القول بالإباحة، فإذا تصرّف أحدهما فيما أُبيح له بالمعاطاة بالعقد الناقل الموجب لانتقال المتصرّف فيه من مالكه إلى المتصرّف، ثمّ منه إلى من هو طرف العقد، فلا يجري الاحتمال الثاني والأخير، بل لابدّ من أن يكون منشأ الانتقال إليه. أمّا إرادة التصرّف وهو الاحتمال الأوّل، أو أنّ التصرّف ممّا يترتّب عليه الانتقال

إليه ثمّ عنه إلى الآخر، وهو الاحتمال الثالث، لكن احتمال كون الإرادة هي المملّك ضعيفٌ في جميع هذه الأبواب - أعني باب المعاطاة - على القول بالإباحة، وباب الفسخ فيما كان الجواز فيه حقيّاً كالعقود اللفظيّة، وما كان حكميّاً كالمعاطاة على القول بالملك، فتعيّن الاحتمال الثالث، أعني القول بحصول الفسخ بنفس التصرّف، والسرّ في عدم تأتّي الاحتمال الثاني والأخير على القول بالإباحة هو أنّ الكاشف عن انتقال الملك المتصرّف فيه في المعاطاة منحصرٌ بالتصرّف، فإذا باع بيعاً صحيحاً يكون كاشفاً عن انتقال الملك إليه، لا مطلق صدور البيع عنه ولو كان فاسداً.

وهذا بخلاف تصرّف ذي الخيار؛ حيث إنّ صدور البيع عنه مطلقاً ولو كان فاسداً موجب للفسخ، بل إنكار البيع منه فسخٌ، فلا يمكن أن يقال في المقام بأنّ أوّل الشروع في التصرّف محقّق لانتقال المال إلى المتصرّف، وبإنتهائه ينتقل عنه إلى الآخر، وهو الاحتمال الثاني، ولا أنّ التصرّف بإنشائه فسخ ويترتّب عليه المُنشأ؛ إذ لو كان الإنشاء بما هو فسخاً لكان البيع الفاسد فسخاً أيضاً، ضرورة تحقّق الإنشاء فيه.

والسرّ في ذلك هو كون تصرّف المباح له موجباً لضمانه بالمسمّى، وصيرورة ماله الذي عند المبيح ملكاً للمبيح بعنوان البدليّة، ومعلوم أنّ صرف التلفّظ بيا «بعت» أو إنشاء البيع ولو لم يصرما عنده ملكاً لمشتريه بالإنشاء لا يوجب انتقال ماله الذي عند المبيح إلى المباح له؛ إذ التلفّظ بياء «بعت» أو صرف إنشائه البيع في مال المبيح، ليس تصرّفاً في ماله، والموجب للضمان المعاوضي هو التصرّف، ومع عدم حصوله فلا يتحقّق الضمان بالمسمّى، فلا موجب لإنتقال ما عند المباح له إليه بمثل التلفّظ بياء «بعت»، أو بصرف الإنشاء، فلأجل هذه النكتة لابدّ من أن يقال بحصول ملك المتصرّف، إمّا بإرادة التصرّف فيما يترتّب عليه التصرّف الصحيح، أو يكون كلّ من الفسخ وأثر التصرّف معلولان مترتّبان على إنشائه طولاً.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ قوله ﷺ: «نعم، لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل»[1] ناظر إلى الاحتمال الثالث، كما أنّ قوله المتقدّم عليه: «لأنّ التصرّف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرّف»[2] كان ناظراً إلى الاحتمال الأوّل الذي هو مختاره في باب الفسخ، وحاصل المراد أنّه لو قلنا بأنّ العقد الناقل هو السبب لانتقال المال إلى المتصرّف ثمّ عنه إلى الآخر، يمكن أن يقال بأنّ فسخه موجبٌ لارتفاع كلا الأمرين الذين يترتّبان عليه، ولازم ذلك هو رجوع المال بذاك الطريق الإعوجاجي عن المشتري إلى المتصرّف، ثمّ عنه إلى مالكه الأوّل، وذلك لزوال العقد الذي كان منشأ مسير الملك بهذا الطريق الإعوجاجي، ولكن هذا ضعيفٌ، كما أفاده ﷺ[3]، ووجه الضعف هو أنّه على القول بهذا الاحتمال أيضاً لا يكون فسخ العقد الناقل موجباً لانتقال المال إلى المالك الأوّل؛ لأنّ العقد الصادر من المتصرّف كان سبباً لأمرين، أحدهما الانتقال إلى المتصرّف، وثانيهما الانتقال عنه إلى الآخر، ولكن هذا العقد جايز بالجواز الحقّي أو الحكمي بالنسبة إلى أثره الأخير، وهو الانتقال عنه إلى الآخر، ولم يدلّ ما يوجب جوازه بالنسبة إلى الأثر الأوّل، فرجوع العين بعد الفسخ إلى المتصرّف لأجل فسخ العقد لا يوجب رجوعه عنه إلى المالك الأوّل، كما لا يخفى، بل التحقيق أن يقال: إنّ انتقال العين إلى المتصرّف ليس بسبب ذاك العقد الناقل، وإنّما الموجب له هو التعاهد الصادر منهما بالمعاطاة بكون هذا العين مضموناً عليه بضمان المسمّى عند إتلافه عنده، أو نقله عنه بناقل الذي هو في حكم الإتلاف، فحكم العقد الناقل كحكم الأكل، فكما أنّ أكله لا يكون ناقلاً عن مالكه الأوّل إلى المباح له، بل بالأكل يستكشف عن انتقاله إليه قبل الأكل آنآما

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٩٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٣. راجع كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بسبب التعاهد المعاطاتي، فكذا العقد الناقل الصادر عن المباح له، فالعقد لا يكون سبباً إلّا لانتقال المال عن المباح له إلى مشتريه، لا له، ولانتقاله عن المبيح إلى المباح له معاً، فزوال العقد بالفسخ لا يوجب رجوع العين إلى المبيح أصلاً، وعلى هذا فحقّ العبارة أن يقال: لو قلنا بالاحتمال الثالث، وقلنا على هذا الاحتمال بعود الملك إلى المالك الأوّل، كان مقتضى القاعدة جواز التراد لو كان العوض الآخر باقياً؛ لما ظهر من أنّ جواز التراد مترتّب على القول برجوع الملك إلى المالك الأوّل على هذا الاحتمال، لا أنّ هذا الاحتمال ملازم للقول بعود المالك إليه.

ومنه يظهر أنّ وجه الضعف ليس هو ضعف هذا الاحتمال وإن كان هو ضعيفاً عنده ﷺ، لكنّه على تقدير الالتزام بهذا الاحتمال الضعيف لا يمكن القول بعود الملك إلى المالك الأوّل، كما بيّناه.

وقد عرفت أنّ مقتضى التحقيق هو القول بهذا الاحتمال على القول بالإباحة؛ لضعف القول بناقليّة إرادة التصرّف في جميع الأبواب.

قوله ﷺ: «وكذا لو قلنا بأنّ البيع لا يتوقّف على سبق الملك ... إلى آخره»[1].

هذا وجه ثانٍ لابدّاه احتمال أن يكون رجوع العين إلى المباح له بالفسخ منشأً لإمكان التراد الموجب لجواز فسخ المعاطاة، وهو واضحٌ.

ضرروة أنّه بناءً على أن لا يحتاج في انتقال المال إلى المشتري الثاني إلى الالتزام بدخوله في ملك المباح له، بل قلنا بخروجه عن ملك المبيح إلى المشتري، ودخول عوضه عن المشتري إلى المباح له حتّى يكون الثمن داخلاً في ملك مَنْ لم يخرج عنه المعوّض، ويكون فسخ هذا العقد موجباً لعود المالين على ما كانا عليه،

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

فيخرج المثمن عن ملك المشتري ويدخل في ملك المبيح، ويخرج الثمن عن ملك المباح له وينتقل إلى المشتري، وعلى هذا يصير كلّ من المالين المتعاطيين ملكاً لمالكه الأوّل، كقبل تحقّق هذا العقد الناقل.

هذا، ولكنّه ضعيف؛

أمّا أوّلاً، فلضعف هذا المبنى، كما تقدّم تفصيله.

وأمّا ثانياً، فلأنّه على تقدير القول بصحّة هذا المبنى وإمكان خروج أحد العوضين في البيع عن شخصٍ، ودخول العوض الآخر في ملك شخصٍ آخرٍ لا يمكن الالتزام به في خصوص المقام، وذلك لمكان الضمان المعاوضي، وصيرورة مال المباح له ملكاً للمبيح بواسطة هذا التصرّف الناقل، وهو لا يمكن إلّا بانتقال مال المبيح أيضاً إلى المباح له؛ لكي يتحقّق المعاوضة، وإلّا فلا يكون الضمان معاوضيّاً.

ومن المعلوم أنّ المباح له لا يوقع العقد الناقل على ما عنده بعنوان كونه ملكاً للمبيح، وأنّه وليّ له، أو وكيل عنه، أو مأذون من قبله في بيع ماله؛ إذ لم يتحقّق من المبيح شيء من هذه الأُمور، بل ربما لا يكون راضياً ببيع هذا المال عنه وإن كان راضياً ببيع المباح له إيّاه عن نفسه.

وبالجملة فمع الالتزام المعاوضي وانتقال مال المباح له إلى المبيح بعنوان ضمان المسمّى، لا محيص إلّا عن القول بانتقال مال المبيح أيضاً إلى المباح له، فلا يمكن القول بانتقال العين عن المبيح المشتري الثاني بالطريق المستقيم من دون السير في الطريق الإعوجاجي ولو قلنا بإمكان خروج أحد العوضين عن ملك مَنْ لم يدخل في ملكه العوض الآخر.

هذا تمام الكلام فيما إذا كان الناقل عقداً لازماً، والمتحصّل منه لزوم المعاطاة معه، سواء انفسخ بسببٍ من فسخٍ أو إقالةٍ، أولا، وسواء قلنا في المعاطاة بالملك، أو قلنا بالإباحة.

[فيما كان الناقل عقداً جايزاً]

قوله ﷺ: «ولو كان الناقل عقداً جايزاً... إلى آخره»[١].

إذا كان الناقل عقداً جايزاً يكون حاله حال العقد اللازم في لزوم المعاطاة، سواء كان معاوضيّاً أو غير معاوضي كالهبة، وسواء كان جوازه حقّيّاً كالبيع الخياري أو حكميّاً، وسواء قلنا في المعاطاة بالملك أو قلنا بالإباحة، وسواء رجع المال إلى المنتقل عنه بفسخ ذاك الناقل الجايز أو بعقدٍ جديدٍ، أو لم يرجع، وجه الكلّ هو ما تقدم.

أمّا على القول بالملك؛ فلعدم إمكان التراد آنأمّا عند تحقّق الناقل الجايز، فيكون المرجع بالنسبة إلى ما بعده على تقدير الشكّ هو استصحاب اللزوم، وأمّا على القول بالإباحة فلكون هذا الناقل الجايز موجباً لتحقّق الضمان المعاوضي، وصيرورة كلّ من المالين المتعاطيين ملكاً لمن بيده، وبعد تحقّق هذه المعاوضة فلا موجب للرجوع إلى الحالة الأُولىٰ، وعند الشكّ يكون المرجع هو استصحاب اللزوم، أعني بقاء كلّ مال على ملك من انتقل إليه، كما لا يخفى.

قوله ﷺ: «نعم لو كان غير معاوضة كالهبة ... إلى آخره»[٢].

يريد إبداء الفرق بين الناقل المعاوضي الجايز وبين الغير المعاوضي بناءً على القول بالإباحة، وذلك بدعوىٰ كون المانع في الناقل المعاوضي عن إمكان التراد هو استحالة خروج أحد العوضين عمّن لا يدخل في ملكه العوض الآخر، وهذا المانع مفقود في الناقل الغير المعاوضي، حيث إنّه لو وهب المباح له ما في يده إلى المتّهب، وقلنا بخروجه عن الملك المبيح إلى المتّهب بالطريق المستقيم، لا يلزم

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

محذور، فحينئذ ففسخُ هذه الهبة موجب لانتقال العين إلى المبيح، لا إلى المباح له. فيتحقّق حينئذ حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك المبيح، لا الواهب المباح له، فيجب أن يكون الرجوع منه، لا من الواهب.

ولا يخفى ما فيه؛ لأنّ المباح له إنّما وهبه عن نفسه، لا عن المبيح ولايةً، أو وكالة، أو بالإذن منه، والمفروض كون هذا التصرّف موجباً لانتقال ماله إلى المبيح بالضمان المعاوضي، ومعه فلابدّ من الالتزام بدخول مال المبيح إلى ملك المتّهب بالطريق الإعوجاجي، وتقدير ملك المباح له آناًما فلا موجب لعوده إلى المبيح حينئذ، مضافاً إلى أنّه على هذا التقدير - أي تقدير كون الراجع في الهبة هو المبيح لا الواهب - لابدّ من أن يقال: بأنّ الرجوع في الهبة إبطال للمعاطاة، لا أنّه يصير منشأً لإمكان التراد.

هذا، وعن المحشّي المحقّق الخراساني[1] الحكم برجوع العين إلى المالك الأوّل بعد فسخ الهبة مع بقاء ما انتقل إليه ممّا في يده، بواسطة تصرّف الواهب في ملكه، فيصير مالكاً للعوض والمعوّض، غاية الأمر بطريقين: إمّا ملك العوض فيتصرّف الواهب فيما في يده الموجب لصيرورة ما في يد الآخر ملكاً له، وإمّا ملك المعوّض فبواسطة فسخ الهبة.

ولا يخفى أنّ هذا في الغرابة بمكانٍ؛ لأنّ مقتضى انتقال مال الواهب إلى الآخر الذي في يده هو انتقال مال هذا الآخر أيضاً إلى الواهب، فيكون الواهب قد وهب ماله وكانت الهبة واقعة في ملكه، ويكون فسخ الهبة أيضاً موجباً لعود المال إليه، لا إلى المالك الأوّل، كما لا يخفى.

---

١. لم نعثر عليه.

[فيما باع العين فضوليّاً]

قوله ﷺ: «ولو باع العين ثالث ... إلى آخره»[1].

إذا باع العين فضوليّاً فإمّا أن يجيز المالك الأوّل، أو يجيز المالك الثاني، فلابدّ من التكلّم في حكم كلّ واحدٍ منهما على تقديري القول بالملك والإباحة.

فعلى القول بالملك فإن أجاز المالك الثاني يكون إجازتهُ كبيعه المباشري في كونه ملزماً للمعاطاة، وإن أجاز المالك الأوّل ففي كون إجازته كبيعه في كونه فسخاً إشكال، ينشأ من أنّ الفسخ في المعاملة المعاطاتيّة لابدّ أن يكون بترادّ العينين بخلاف الفسخ في العقود؛ لكون الجواز في المعاطاة حكميّاً دونها، وإجازة بيع الفضولي ليس ردّ العين.

ولكن لا يخفى ما فيه من الوهن، إذ المعتبر في صحّة الفسخ هو إمكان الترادّ، بمعنى أنّه لو فسخ أمكن أن يرجع إلى العين في مقابل الرجوع إلى المثل أو القيمة، لا أنّه يعتبر أن يكون الفسخ واقعاً بالترادّ، كما كانت المعاملة واقعة بالتعاطي، فلا فرق بين الجواز الحقّي والحكمي من هذه الجهة أصلاً.

هذا على القول بالملك، وعلى القول بـ«الإباحة» فإن أجاز المالك الأوّل فلا إشكال في كونه رجوعاً عن المعاطاة؛ لعدم اعتبار كون الرجوع بالترادّ قطعاً وإن اعتبر أن يكون في مورد إمكان الترادّ، وإن أجاز المالك الثاني، ففي كون إجازته كبيعه في كونه تصرّفاً موجباً للزوم المعاطاة إشكال، ينشأ من صدق التصرّف في العين على الإجازة كالإشكال في إجازة المالك الأوّل على القول بالملك الناشئ عن اعتبار الترادّ الفعلي في الفسخ، وهذا هو مراده ﷺ بقوله: «وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

القول بالإباحة»[1]. ولا يخفى عدم ورود الإشكال في كون الإجازة كالبيع في كونه تصرّفاً ملزماً، ضرورة أنّ المالك الثاني كما له أن يبيع له أن يجيز، وكما أنّه بالبيع يتحقّق الانتقال، وكذا بالإجازة، فكلا هما سيّان في صدق التصرّف عليهما من غير تفاوتٍ أصلاً.

ويمكن أن يستشكل في إجازة المالك الأوّل بوجهٍ آخرٍ على كلا تقديري القول بالملك والإباحة.

وتقريبه: أمّا على القول بالملك فبأن يقال: فسخ أحد المتعاطيين في مورد إمكان الترادّ يحتاج إلى ردّ ما عنده؛ لكي يتمكّن من استرداد ما عند صاحبه، وأمّا جواز نفس استرداد ما عند صاحبه بلا ردّ ما عنده فهو غير ثابتٍ، وعليه فإجازته الاسترداد يتوقّف على الردّ، فنفس إجازته بما هي استرداد لا يقع بها الفسخ من دون ردّ ما عنده، هذا ومع الشكّ في تحقّق الفسخ بالاسترداد المنفرد عن الردّ يكون المرجع هو أصالة عدم النفوذ.

وأمّا على القول بالإباحة، فبأن يقال: لمّا كان مال المباح له عند المبيح بعنوان المسمّى يكون رجوعه فيما أباحه، واسترداد ماله عن المباح له متوقّفاً على ردّ ماله إليه، فما لم يردّ مال المباح له إليه لم يجز له أخذ ماله عنه، والإجازة رجوع في ماله، فلا تبطل بها المعاطاة لو لم تكن مع ردّ ما عنده.

وهذا الإشكال لو تمّ للزم المنع عن بيع المالك الأوّل أيضاً؛ لأنّ بيعه أيضاً استرداد محض، لكنّ الأقوى ضعفه على القول بالإباحة؛ لأنّ رجوع المبيح عن الإذن في التصرّف الذي عبارة عن الإباحة لا يتوقّف على ردّ ما عنده، غايه الأمر بعد الاسترداد يصير ما عنده مضموناً عليه بالمثل أو القيمة.

نعم، على القول بالملك يمكن الشكّ في اعتبار الردّ في صحّة الفسخ المقتضي

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

لإجراء استصحاب عدم تأثير الاسترداد المنفرد عن الردّ في زوال الملكيّة الحاصلة بالمعاطاة، كما لا يخفى.

قوله ﷺ: «ولكلّ منهما ردّه قبل إجازة الآخر... إلى آخره»[1].

هذا فرع ثانٍ يترتّب على بيع الفضولي لما صار عند أحد المتعاطيين بالمعاطاة، وهو جواز ردّ كلّ واحدٍ من المتعاطيين البيع الصادر عن الفضول على كلا تقديري القول بالملك والإباحة، أمّا ردّ مَنْ بيده المال، فعلى القول بالملك فظاهر، حيث إنّه مالك للمال فله الردّ، كما أنّ له الإجازة، وعلى القول بالإباحة فكذلك، حيث إنّ سلطنة بيع هذا المال ثابت له بواسطة المعاطاة، فله المنع عن بيعه، كما تقدّم من أنّ له بيعه.

وأمّا ردّ المالك الأوّل فعلى القول بالملك، فيقع فيه الإشكال لأجل الإشكال في كون ردّ بيع الفضول بما هو ردّ دالّاً على فسخ المعاطاة بالدلالة العرفيّة، وهو إنّما يتمكّن من الفسخ الفعلي بما هو مصداق للفسخ بحسب حكم العرف، ولا يكفي التلازم العقلي بين ردّ بيع الفضول وبين فسخ المعاطاة بعد ما لم يكن الردّ المذكور فسخاً عرفاً، ومع عدم الفسخ يكون هو أجنبيّاً عن المال ليس له إمضاء، ولا ردّ لما يردّ عليه من بيع الفضول، وهذا الإشكال غير مختصٍّ بالمقام، بل يجري في ردّ الخيار لمّا صدر عن الفضول في زمان الخيار فيما انتقل عنه.

وعلى القول بالإباحة يكون حال ردّه حال إجازته، فإن قلنا بأنّه لا إشكال في إجازته؛ لكونه مالكاً وإن أجازته رجوعٌ عن المعاطاة، فيكون ردّه أيضاً كذلك، وإن قلنا بعدم نفوذ إجازته في الرجوع عن المعاطاة لتوقّف الرجوع عنها إلى ردّ ما عنده إلى صاحبه، فيكون حال ردّه أيضاً كذلك.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

قوله ﷺ: «ولو رجع الأوّل ... إلى آخره»[1].

هذا فرع ثالث يترتّب على بيع الفضول، وحاصله أنّه إذا ردّ أحدهما وأجاز الآخر، فإمّا يكون الرادّ هو الثاني، والمجيز هو الأوّل، أو يكون بالعكس.

فعلى الأوّل، فيكون اجازة المالك الأوّل بعد ردّ المالك الثاني لغواً، سواء قلنا بالملك أو بالإباحة، وسواء قلنا في الإجازه بالنقل أو بالكشف، ووجه ذلك هو بطلان مورد الإجازه بسبق الردّ، فلا يؤثّر الإجازه بعد الردّ.

وإذا كان الردّ من الأوّل والإجازه من الثاني، فعلى القول بنفوذ الردّ من الأوّل مطلقاً قلنا بالملك أو بالإباحة، لابدّ من القول بلغويّة الإجازه مطلقاً، سواء قلنا في الإجازة بالكشف أو بالنقل.

لكن في العبارة يفصل بين القولين بتأثير الإجازة وصيرورة الردّ لغواً بناءً على الكشف، ولغويّة الإجازة بناءً على النقل.

أمّا لغويّة الإجازة بناءً على النقل فواضحٌ. حيث إنّ الردّ السابق مزيل لموضوعها؛ لكون المفروض صحّة الردّ، وأمّا لغويّة الردّ وتأثير الإجازة على القول بالكشف فهو مبنيٌّ على اعتبار قابليّة المجيزحين البيع في تأثير إجازته، ولو لم يكن حين الإجازة باقياً على القابليّة بواسطة تخلّل المعاملة قبل الإجازة وبعد عقد الفضول؛ إذ على هذا كان المجيزحين البيع الصادر من الفضول قابلاً للإجازة، ولو خرج عن القابليّة حين الإجازه بواسطة ردّ المالك الأوّل.

هذا، ولكنّه مع كونه فاسداً في نفسه ليس بمرضيّ عنده، كما سيأتي، بل التحقيق اعتبار قابليّة المجيزحين الإجازه على جميع الاحتمالات والأقوال في بيع الفضولي، سواءٌ قلنا بالنقل أو بالكشف بأيّ معنى من الكشف، وعليه فلا أثر لهذه الإجازه بواسطة سبق الردّ عليها، كما لا يخفى.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

[فيما لو امتزجت العينان أو أحدهما]

قوله ﷺ: «ولو امتزجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك ... إلى آخره»[1].

اعلم أنّ التصرّف الواقع في العين التي بيد كلّ واحد من المتعاطيين ينقسم على خمسة أقسام:

الأوّل: ما لا يكون متلفاً ولا مخرجاً للعين عن الملك، ولا موجباً للمزج، ولا مغيّراً للعين، بل يكون نظير ركوب الدابّة ونحوه، وهذا ممّا لا إشكال في حكمه من أنّه لا يكون ملزماً للمعاطاة.

الثاني: ما يكون متلفاً بتلف حقيقي، كأكل المال الذي عنده، أو ما يلحق بالتلف كوطئ الأمة.

الثالث: ما يكون ناقلاً عن الملك بناقل، سواء كان عقد معاوضة أو غير معاوضة، وسواء كان لازماً أو جايزاً، كان جوازه حقيّاً أو حكميّاً، وحكم هذين القسمين هو ما تقدّم من لزوم المعاطاة بهما.

الرابع: هو ما أشار إليه في هذه العبارة، وهو «ما كان بمزج العينيين أو إحداهما»، وتفصيل الكلام فيه يحتاج إلى بسطٍ في المقال، فنقول:

ذكروا المزج والتصرّف المغيّر في أبوابٍ متعدّدة، وحكموا بأنّهما يوجبان سقوط الخيار، أو حقّ الردّ في بعضها، ولا يوجبانهما في بعضٍ آخر، ففي باب خيار العيب قالوا بأنّهما مسقطان للردّ، ويتعيّن معهما الأرش؛ وفي باب الهبة يقولون بكونهما موجبين لعدم جواز الردّ، وفي باب التفليس يقولون بعدم سقوط الخيار ما دامت

---

١. **كتاب المكاسب**، ج ٣، ص ١٠١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

العين موجودة، ولو وقع فيها التصرّف بأيّ نحوٍ منه، ولوكان يوجب المزج والتغيّر، أمّا في باب العيب والهبة فلورود الدليل على اختصاص جواز الردّ بما إذا كانت العين قائمة بنفسها المنا في مع المزج والتغيّر، وأمّا في باب التفليس فلعلّه لمناسبة الحكم والموضوع، حيث إنّ ظهورفلس المشتري عند البيع مع وجود عين مال البايع عنده، يقتضي أولويّة البايع بعين ماله مادامت موجودة، وهذا بخلاف الرجوع في الهبة مثلاً، حيث إنّه لمّا كان كالرجوع إلى قيئه ناسب اختصاص جوازه بما إذا كانت العين الموجودة قائمة على حالها.

وبالجملة حكم المفلس هو عدم سقوط الخيار بواسطة تصرّف المغيّر والممتزج، وحكم الهبة والعيب بل الغبن - على تفصيلٍ فيه - هو سقوط الردّ بسبب التغيّر، فلابدّ أن ينظر في باب المعاطاة، وأنّه هل هو كباب التفليس في بقاء جواز الردّ بعد المزج والتغيّر، أو أنّه كباب الهبة والعيب في عدم بقائه بعدهما، وإذ لا دليل في المقام يحرز به حال المعاطاة فلابدّ من الرجوع إلى القواعد، فنقول:

أمّا الكلام في المزج فيقع تارةً على القول بالملك، وأُخرىٰ على القول بالإباحة.

أمّا على الأوّل، فالظاهر هو سقوط جواز الردّ بالمزج، وذلك لأنّ جواز الترادّ إنّما ثبت بالإجماع، والمتيقّن منه هو ثبوته في مورد عدم المزج، وأمّا معه فلا دليل على جوازه، ومع الشكّ فيه يكون المرجع استصحاب الملكيّة، كما مرّ نظيره في التلف، ولا تنتهي النوبة إلى استصحاب الجواز الثابت قبل المزج، لأنّ الشكّ لا يكون راجعاً إلى مقدار عمره من حيث الزمان حتّىٰ يرجع إلى الاستصحاب، بل الشكّ إنّما هو في أنّ الثابت منه منحصر بما لم يحصل المزج، أو أنّه ثابت مطلقاً، وفي مثل هذه الصورة لابدّ من الرجوع إلى استصحاب بقاء الملكيّة بالنسبه إلى

الزائد عن المتيقّن الذي علم فيه بالجواز، من غير ابتناء في ذلك على أن يكون الموضوع في الاستصحاب عرفيّاً أو حقيقيّاً، كما ابتناء المصنّف ﷺ في التصرّف المغيّر على ما يأتي.

وأمّا على القول بالإباحة فالمصرّح به في الكتاب[1] هو جواز الردّ، وصيرورة المالك شريكاً مع مالك المال الممتزج به، وهذا مبنيّ على أن تكون الإباحة في المقام بمعنى الإذن في التصرّف، كما في العارية.

ولكنّ التحقيق أنّ المتصوّر من الإباحة في المعاطاة هو إعطاء السلطنة التامّة على جميع أنحاء التصرّفات التي من اللوازم المساوية للملكيّة، فالمعاطاة على الملك عبارة عن مبادلة نفس الملكيّة، وعلى الإباحة عبارة عن مبادلة السلطنة اللازمة للملكيّة، وهي مادام لم يرجع إليها معدومة عن المالك وثابتة للمباح له، نعم للمالك أن يرجع إليها، لا أنّها له ولو لم يرجع.

وعلى هذا فلو شكّ بعد المزج في جواز الرجوع إلى تلك السلطنة يكون حكم هذا الشكّ بعينه حكم الشكّ في الرجوع إلى الملك بعد المزج على القول بالملك في كون نتيجة الاستصحاب هو اللزوم.

بقي في المقام شيء وهو أنّ المزج لابدّ أن يكون ممّا يعدّ مزجاً عرفاً، كمزج الحنطة بمثله، وأمّا ما لم يكن كذلك عرفاً وإن كان مزجاً عقلاً، فالأقوى عدم العبرة به في سقوط جواز الردّ، نظير مزج الأثمان بمثلها، كمزج الدرهم بالدرهم، إذ المدار في موضوع هذا الأحكام هو العرف، وإذا لم يحكم هو بالمزج فلا موجب لسقوط جواز الردّ، وهذا الحكم مطّرد في خيار العيب والهبة والغبن أيضاً.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

[فيما لو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة]

قوله ﷺ: «ولو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة ... إلى آخره»[١].

هذا هو القسم الخامس من أقسام التصرّف، وحكمه هو لزوم المعاطاة به مطلقاً، سواء قلنا بالملك أو قلنا بالإباحة، أمّا على القول بالملك فلما تقدّم من التصرّف الموجب للمزج.

وحاصله أنّ المتيقّن من جواز الترادّ كان فيما إذا كانت العين قائمه بعينها، وأمّا مع تغيّرها بما يوجب المزج، أو كان موجباً لتغيّر وصف من الأوصاف، سواء أوجب زيادة في قيمتها أو نقصاً فيها، وذلك لحصول الشركة على كلّ تقدير، وهي موجبة لتبدّل الملكيّة عن الإفراز إلى الإشاعة، والمفروض من الملكيّة مغايرة مع المشاع منها، فما انتقل عن المالك بالمعاطاة كانت مفروزة، وما يريد إرجاعها إليه بالفسخ تكون مشاعاً، ومع تبدّل الملكيّة المفروزة بالمشاعه لا يمكن الترادّ.

وأمّا على القول بالإباحة فلقيام السيرة على عدم الترادّ بعد وقوع التصرّف المغيّر، فمن هذه السيره يستكشف انتقال ما وقع فيه التصرّف إلى المتصرّف، وانتقال عوضه المسمّى إلى الآخر آنآً ما قبل التصرّف، مضافاً إلى ما تقدّم في القسم الرابع من كون إباحة التصرّف في المعاطاة عبارة عن إعطاء السلطنة التي تكون لازماً مساوياً للملكيّة إلى المباح له، بحيث لا تكون للمعطي سلطنة بعد الإعطاء إلّا في إرجاع تلك السلطنة، فحينئذ لو شكّ في جواز الردّ يكون المرجع هو استصحاب بقاء تلك السلطنة لمن ثبتت له بواسطة المعاطاة.

وممّا ذكرنا يظهر ما في قوله ﷺ: «فلا لزوم على القول بالإباحة»[٢]، كما أنّه لا

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

يخلو قوله ﷺ: «وعلى القول بالملك ففي اللزوم وجهان»[١] ثمّ ابتناء الوجهين على البناء على أنّ الموضوع في الاستصحاب حقيقي أو حكمي عن مسامحة، بل لا وجه للإشكال في اللزوم على القول بالملك، ولو فرض إشكال فيه فليس مبتنياً على كون الموضوع في الاستصحاب حقيقيّاً أو حكميّاً، بل يكون منشائه التردّد في كون هذا القسم من التصرّف ملحقا بباب خيار التفليس الذي لا يسقط في الخيار بمثله، أو ملحقاً بباب خيار العيب الذي يسقط فيه الردّ بسببه؟

[فيما فات أحد المتعاطين]

قوله ﷺ: «ثمّ إنّك قد عرفت ممّا ذكرنا أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة ... إلى آخره»[٢].

القسم السادس من الملزمات موت أحد المتعاطيين، وهو ملزم للمعاطاة مطلقاً على القول بالملك والإباحة، أمّا على القول بالملك؛ فلما عرفت من أنّ الجواز الثابت في المعاطاة حكميّ لاحقّيّ، والجواز الحكمي غير موروث، كما في مثل الهبة.

والسرّ في ذلك أنّ الموروث لابدّ من أن يكون ممّا تركه الميّت من ملكٍ أو حقٍ، بحيث لولا الانتقال إلى الوارث يبقى بلا محلّ، وبحكم ما تركه الميّت فهو لوارثه ينتقل إلى الوارث، والحكم بجواز المعاملة الجايزة ليس شيئاً تركه الميّت، بل هو حكم شرعي كامل ثابتاً في موضوع مثل الواهب والمتعاطيين، وبعد موتهما هذا الحكم ليس قابلاً للانتقال، وثبوت الحكم بالجواز من الشارع للوارث مثل ما كان للمورّث يحتاج إلى مثبت غير أدلّة الإرث.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠١-١٠٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وأمّا على القول بالإباحة فلقيام السيرة على عدم التراد بعد موت أحد المتعاطيين الكاشفة عن انتقال كلّ من المالين إلى من بيده قبل الموت آنآمّا، وهذه السيرة أمر قطعي على القول بالإباحة، تكون كاشفاً قطعيّاً عن الانتقال، ولذا يورد على القائلين بالإباحة بترتّب لوازم الملك على الإباحة، وهذا صار منشأً لاستبعاد القول بالإباحة وإن اندفع بما تقدّم من تصحيحه بتقدير الملك آنآمّا.

فتحصّل من مجموع ما ذكرناه في هذا التنبيه بطوله عدم الفرق بين القول بالإباحة والقول بالملك، وأنّه لا تظهر ثمرة عمليّة بينهما، وإنّما البحث عنهما بحث علمي لا عملي، ومنه يظهر أنّ ما اختاره ﷺ في هذا الفرع، وفي الفرعين السابقين، أعني التصرّف الموجب للمزج أو المغيّر للعين من عدم لزوم المعاطاة بالتصرّف الموجب للمزج، أو المغيّر، أو بالموت - بناءً على القول بالإباحة - مخالفٌ لما اختاره في مقام الجواب عن استبعادات شارح *القواعد* في القول بالإباحة[1]؛ لأنّ هذه الاستبعادات إنّما تصير استبعاداً لو كانت المعاطاة تصير لازمة بالموت، أو بهذين التصرّفين، وإلّا فلا شيء يستبعد منه أصلاً.

[في أنّ اللزوم الطارئ على المعاطاة هل هو قابل للفسخ والإقالة؟]

قوله ﷺ: «السابع: إنّ الشهيد الثاني ذكر في *المسالك*[2] ... إلى آخره»[3].

اعلم أنّه بعد طروّ اللزوم على المعاطاة بواسطة تحقّق إحدى الملزمات المذكورة في التنبيه المتقدّم، يقع الكلام في أنّ اللزوم الطارئ عليها هل هو قابل للفسخ والإقالة أم لا؟ وهذا التنبيه معقود لبيان حكم إجراء الفسخ والإقالة في المعاطاة بعد

---

١. راجع ص ١٤٢ وما بعدها.

٢. *مسالك الأفهام*، ج ٣، ص ٥٤ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج١٩).

٣. *كتاب المكاسب*، ج ٣، ص ١٠٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

اللزوم. فنقول: الكلام في ذلك يقع تاره على القول بالملك، وأُخرىٰ بناءً على القول بالإباحة، أمّا على القول بالملك فالتحقيق وقوع الإقالة فيها، وجريان الخيارات التي لم يستفد من دليلها اختصاصها بالبيع اللفظي، وذلك لماعرفت سابقاً من أنّ اللزوم الثابت للمعاطاة بواسطة تحقّق إحدى الملزمات المتقدّمة حقّي لاحكمي. وقد ذكرنا سابقاً من أنّ اللزوم الحقّي إمّا يكون بجعل المتعاملين، وإمّا يكون بجعل الشارع، فالجواز الحقّي المجعول بجعل المتعاملين كخيار الشرط، والجواز الحقّي المجعول بجعل الشارع كخيار المجلس الثابت للمتبايعين، أو خيار الحيوان الثابت لمشتريه، واللزوم الحقّي المجعول بجعل المتعاملين كالبيع اللفظي المنشأ بالعقد، حيث إنّ الصادر من كلٍّ منهما له دلالتان، دلالة بالمطابقة يدلّ على انتقال المال عنه إلى الآخر، ودلالة بالالتزام يدلّ على التزامه بما انتقل عنه، وكلٌّ منهما يملك التزام الآخر بسبب العقد، وهذا معنى اللزوم الحقّي.

ومعنى «الإقالة» هو فكّ ذلك الالتزام من الطرفين، كما أنّ الخيار عبارة مالكيّة أحدهما لكلا الالتزامين، فذو الخيار مثلاً مالك لالتزام طرفه بالعقد ولالتزام نفسه بجعل حقّ النظرة في المعاملة لنفسه، فمن عليه الخيار لا يملك شيئاً من الالتزامين، لا التزام نفسه ولا التزام الآخر، وهذا فيما إذا كان الخيار لأحدهما دون الآخر.

هذا، واللزوم الحقّي المجعول بجعل الشارع هو كلزوم المعاطاة، حيث إنّه حقّي لاحكمي؛ إذ ليس حال بيع المعاطاتي في قبول الفسخ والإقالة إلّا كحال البيع العقدي، فحينئذ إذا تحقّق اللزوم تصحّ إقالته كالعقد، كما أنّه يثبت فيها من الخيارات ما لا يختصّ بالعقد، كخيار المجلس حيث استفيد من دليله اختصاصه بالبيع اللفظي، فعلى هذا فيرد في المعاطاة خيار العيب والغبن ونحوها ممّا لا يختصّ بالعقد؛ لأنّها بيع لازم باللزوم الحقّي، فيكون حكمها حكم سائر البيوع.

هذا كلّه على القول بالملك، وأمّا على القول بالإباحة فلابدّ من أن ينظر أوّلاً في أنّ المعاطاة بناءً على الإباحة بعد اللزوم يصير بيعاً، أو أنّها معاوضة مستقلّة لازمة؛ إذ لا تنحصر المعاوضة بالعناوين الخاصّة التي هي أنواع بالنسبة إلى جنس المعاوضة كالبيع والصلح، بل يمكن تحقّقها بنفس ذاك المعنى الجنسي، ثمّ على تقدير كونها معاوضة مستقلّة يقع البحث عن وقوع الخيار فيها. فالكلام هاهنا في مقامين:

[المقام] الأوّل: في أنّها هل تصير بيعاً بعد اللزوم أم لا؟ وفيه وجهان، كما نقله في الكتاب عن *المسالك*[1]، ولكنّه يجب أن يعلم أنّ في الإباحة الحاصلة بالمعاطاة احتمالين حسبما أشرنا إليه في التنبيه السابق.

أحدهما: أن تكون إباحة مالكيّة نظير إباحة أكل طعامه على المباح له، وهذا هو الذي صرّح به المصنّف ﷺ في آخر التنبيه المتقدّم[2]، وقد عرفت تزييفه.

وثانيهما: أن تكون من قبيل إعطاء السلطنة التي هي اللازم المساوي للملكيّة، فهي المنشأ بالتسليط الفعلي، وحيث إنّ التسليط مصداق للإباحة عند القائلين بالإباحة يكون الصادر من المتعاطيين هو الإباحة، مع كونهما في مقام إنشاء البيع، وصار تحقّق الإباحة بداعي إنشاء البيع من باب تخلّف الداعي على ما وجّهنا به القول بالإباحة، لا أنّهما كانا من الأوّل قاصدين لإنشاء الإباحة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّه على الاحتمال الأوّل صيرورة الإباحة بعد تحقّق إحدى الملزمات بيعاً في غاية البعد، ويكون الاستبعاد - كما أفاده الشهيد في *المسالك*[3] - في محلّه.

وأمّا على الاحتمال الثاني، فلا استبعاد فيه أصلاً، وعلى ذلك يترتّب على المعاطاة جميع ما يترتّب على البيع من الآثار، ولذا قلنا في التنبيه السابق بأنّه: لا

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. راجع كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٣. مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٥٤ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ١٩).

ثمرة عمليّه بين القول بالملك والقول بالإباحة، وأنّ البحث عنهما علميّ محض[1]. هذا ما يتعلّق بالمقام الأوّل.

وأمّا المقام الثاني: فالأقوى عدم جريان خيار المجلس والحيوان وخيار تأخير الثمن فيها، أمّا الأوّلين فلأنّ المستفاد من دليلهما هو ثبوت الخيار في العقد الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار، والمعاطاة ليست عقداً ولا أنّ مبناها على اللزوم لولا هذا الخيار المجعول بذلك الدليل، وأمّا خيار تأخير الثمن فلأنّ المعتبر في مورد ثبوته هو عدم قبض المثمن، وهذا المعنى لا يتحقّق في المعاطاة، إذا المعاطاة متوقّفة على قبض العوضين أو أحدهما بناءً على الاكتفاء فيها بقبض أحدهما لا محالة.

وأمّا خيار الرؤية الذي هو أحد مصاديق خيار تخلّف الوصف، حيث إنّ شرط الوصف إمّا ضمني أو أنّه مذكور في طي العقد، وكلّما كان اعتبارها معهوداً بحيث أغنت معهوديّتها عن ذكرها في طي العقد، فنفس معهوديّتها كافية في اعتبارها عن اشتراطها في طي العقد، فمثلها يشترط في المعاطاة ويكون تخلّفها موجباً لثبوت خيار تخلّف الوصف، وكلّ ما لم يكن كذلك لابدّ من اعتبارها في ضمن العقد من اشتراطها بالخصوص، وحينئذ ففي اشتراط المعاطاة بها يقع البحث من حيث عدم دلالة الفعل على الشرط ولزوم إعتبار الشرط بذكر اللفظ، فيصير الفعل مع اللفظ الدالّ على الشرط كلاهما آلةً لإنشاء هذه المعاملة المشروطة بذلك الشرط، ولكنّه قد تقدّم في بعض التنبيهات السابقة دعوى إمكان ذلك، وأنّه لا بأس به أصلاً، وحينئذ يقع الخيار عند تخلّف هذا الشرط أيضاً، كما في تخلّف الوصف المعهود اعتباره.

وبالجملة فالأقوى جريان خيار تخلّف الوصف في المعاطاة، وأمّا خيار العيب

---

١. تقدّم في ص ٣٠٤.

والغبن فلا إشكال في جريانهما فيها، بل في كلّ معاملة معاوضيّة لم تكن مبناها على المحابات. هذا تمام الكلام فيما يتعلّق بهذا التنبيه.

[في البحث عن إجراء الخيارات في المعاطاة]

قوله ﷺ: «كخيار الحيوان، لو كان التالف الثمن أو بعضه ... إلى آخره»[1].

لعلّ الوجه في خيار الحيوان فيما كان التالف هو الثمن لا الحيوان هو انصراف الدليل المثبت له بما إذا كان الحيوان باقياً فيما إذا كانت التلف منشأً للزوم، وذلك لورود شبه الدور إذا كان تلفه موجباً للخيار حينئذ.

وتوضيح ذلك أنّ المعاطاة قبل تلف أحد العوضين جايزة لامورد معها لثبوت خيار الحيوان فيها، وإذا تلف أحد العوضين تصير لازمة، فإن كان هو الثمن يقع المورد لثبوت خيار الحيوان لمشتريه، حيث إنّ له النظرة فيه ثلاثة أيّام، وإذا كان التالف هو الحيوان لابدّ من أن يكون ثبوت الخيار بعد تلفه، وهذا منصرف عن دليل ثبوته وإن كان لا مانع عن بقائه بعد ثبوته لو تلف في زمان الخيار.

وبعبارة أُخرىٰ تلف الحيوان غير مانع عن بقاء الخيار لو كان التلف في زمانه، وهذا بخلاف أصل ثبوته بعد تلفه؛ إذ هو ممّا يمكن منعه بدعوىٰ الانصراف، ولا بأس به.

قوله ﷺ: «لا إشكال في تحقّق المعاطاة ... إلى آخره»[2].

اعلم أنّ هاهنا صوراً يجب بيانها لكي يتميّز مورد البحث:

فالأُولى: ما إذا علم بعدم رضاء المتعاملين بالقبض والإقباض إلّا بعنوان الوفاء بالمعاملة الفاسدة، بحيث لو لا هذا العنوان لم يتحقّق منهما الرضاء أصلاً، ولا إشكال

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

في خروج هذه الصورة عن محلّ الكلام، إذ ليس في البين شيء يجعل مورد النزاع في إجراء أحكام المعاطاة عليه.

الثانية: ما إذا صدر منهما القبض والإقباض، لا بعنوان الوفاء بالمعاملة الفاسدة، بل مع صرف النظر عنها، بحيث إنشاء معاملة جديدة بنفس القبض والإقباض، ولا إشكال في هذه الصورة أيضاً في كون ما صدر منهما بالتعاطي معاطاة.

الثالثة: ما إذا رضيا بالقبض والإقباض مع العلم بفساد المعاملة العقديّة، أو علم منهما رضائهما بالقبض، لو علما بفساد ولو لم يكونا عالمين به غاية الأمر يكون رضائهما مع عدم العلم بالفساد شأناً، وهذه الصورة محلّ البحث في إجراء أحكام المعاطاة على هذا القبض الصادر بالرضاء الفعلي على تقدير، والشأني على تقدير آخر، والمنقول عن المحقّق[1] والشهيد الثانيين[2] -قدّس سرّهما- كما في الكتاب[3] هو القول بترتّب أحكام المعاطاة عليه وأنّه معاطاة.

قال المصنّف ﷺ: إدخال هذا في المعاطاة يتوقّف على أمرين، وهما كفاية الرضا المركوز في النفس ولو لم يبلغ إلى مرتبة الإبراز، بل الرضاء الشأني، كما فيما إذا لم يكونا عالمين بالفساد، وعدم اشتراط إنشاء الإباحة أو الملك بالقبض في المعاطاة، بل يكفي وصول كلّ من المعوضين إلى الآخر مع رضاء كلّ في تصرّف الآخر كيفما اتّفق، فعلى تقدير القول بكفاية الأمرين يصير هذا الرضا الباطني أو الشأني مع تحقّق القبض والإقباض معاطاة ولو لم يتحقّق إنشاء المعاملة بالتعاطي، ثمّ استشكل في كفاية الرضا الباطني بما هو مذكور في الكتاب، ونفى البعد عن كونه معاطاة بناءً على القول بالإباحة.

---

١. حكاه عنه الشيخ الأنصاري في كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠٧ عن كتابه صيغ العقود.
٢. الروضة البهيّة، ج ٢، ص ١٣٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٧).
٣. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٠٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

والتحقيق أن يقال: إنّ هذا الرضا المقارن مع القبض لا يكون معاطاة، لاعلى القول بالملك ولا على القول بالإباحة، وذلك لتوقّف تحقّق المعاطاة بالإنشاء؛ إذ هي معاملة إنشائية، أمّا على القول بالملك فواضح، وأمّا على القول بالإباحة فكذلك؛ لما عرفت في التنبيهات السابقة من أنّ المنشأ على القول بالإباحة ليس محض إباحة التصرّف، وإنّما هو التسليط، لكن لمّا كان الفعل التسليطي قاصراً عن كونه مصداقاً للبيع عند القائل بالإباحة قال بأنّه يفيد الإباحة، وقد عرفت انتفاء الفرق والثمرة بين القولين، وحينئذ كما لا يتحقّق التمليك بلا إنشائه كذلك لاتحقّق الإباحة بدون إنشائها، وأمّا صرف الرضا الباطني فهو ليس ممّا يترتّب به أحكام المعاطاة، فلا يصحّ معه التصرّفات المتوقّفة على الملك، ولا يصير لازماً بتحقّق إحدى الملزمات المتقدّمة، هذا هو الذي تقتضيه القواعد، نعم، في خصوص ما قامت السيرة على تحقّق المعاطاة بمجرّد وصول كلّ من العوضين إلى الآخر، يحكم بكونه معاطاة، ويلتزم فيه بالملك على القول به وبالإباحة، وتحقّق النقل والانتقال المعاوضي آنأمّا قبل تحقّق إحدى الملزمات على القول بالإباحة. وذلك كما في مثل المحقّرات والدخول في الحمام، ووضع الفلوس في كوزة، لكنّه لمكان كونه على خلاف القاعدة يجب أن يقتصر فيه على ما ثبت جوازه بالخصوص بالسيرة.

هذا تمام الكلام في التنبيهات الثمانيّة المذكورة في الكتاب[1]. بقي أمران غير مذكورين في الكتاب ينبغي جعل التنبيه عليهما متمّماً للعشرة:

الأوّل: حكي عن المحقّق الثاني ﷺ التفصيل بين البيع والقرض بكون المعاطاة في الأوّل مفيداً للملك وفي الثاني للإباحة[2]، ولعلّ منشأ التفصيل هو دعوى كون

---

١. تقدّم في كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٦٦-١١٤.

٢. رسالة صيغ العقود (ضمن رسائل المحقّق الكركي، ج ١، ص ١٨٧).

الالتزام بالملك ناشياً عن الالتزام بالضمان المسمّى، وهو مفقود في القرض؛ إذ هو عبارة عن التمليك بضمان المثل أو القيمة، فلا ملزم فيه للقول بالملك.

ولكنّ التحقيق عدم الفرق بينهما، إذ لو منع عن حصول التمليك بالفعل لكان اللازم هو القول بالإباحة في البيع أيضاً، ولو قلنا بتحقّق البيع بالفعل لكان اللازم هو القول بتحقّق القرض به أيضاً، وحيث قد تقدّم في المباحث السابقة صلاحية الفعل التسليطي لأن يصير مصداقاً لعناوين المعاملات التي تقع فيها المعاطات، كالبيع والإجارة والقرض والهبة والصلح والرهن - على كلامٍ في الأخيرين تقدّم البحث عنهما - فلا جرم يتحقّق كلّ من هذه المعاملات بالمعاطاة، غاية الأمر احتياج التسليط في صيرورته مصداقاً لكلّ واحدة منها إلى ما يعيّنه لها؛ لمكان اشتراكه بينها، فالأقوى تحقّق التمليك في القرض بالمعاطات، كما في البيع من غير فرق بينهما أصلاً.

الثاني: في حكم النماءات والمنافع من المنفصلة والمتّصلة والمستوفاة وغيرها، والفرق بين النماء والمنفعة هو كون مورد الأوّل في الزيادات العينية، سواء كانت متّصلة على الإطلاق كالسمن، أو منفصلة كذلك كاللبن والبيض، أو متّصلة في حال ومنفصلة في حال آخر، كالصوف بالنسبة إلى الحيوان، والثمرة بالنسبة إلى الشجر، ومورد الثاني أعني المنفعة فيما يتجدد شيئاً فشيئاً، وينعدم كذلك، كسكنى الدار وركوب الدابّة، وحكمهما في المعاطاة بناءً على القول بالملك واضحٌ، لأنّه كحكمهما في البيع العقدي الذي يرد عليه الفسخ، فكلّ ما كان منهما مستوفاة ومنفصلة في زمان الفسخ فهو لمن انتقل عنه، وأمّا على القول بالإباحة فمقتضى الاستبعاد المتقدّم عن الشيخ الأكبر في باب المعاطاة[1] على القول بالإباحة من استلزامه التفكيك بين العين والمنفعة بالقول بالإباحة في العين، والملك في المنفعة، هو أن يكون

---

١. راجع ص ١٦٨.

كالقول بالملك، ولكنّ المصنّف حكى عن بعضٍ تبعيّة النماءات للعين في ارتجاعه إلى المالك على القول بالإباحة، وكيف كان فالحقّ هو الأوّل، وذلك لقاعدة الخراج بالضمان، وقد تقدّم تقريبها، ولا بأس بالإعادة هنا.

[قاعدة الخراج بالضمان]

فنقول: الكلام فيها يقع تارة في سندها، وأُخرىٰ في مقدار دلالتها، أمّا الأوّل فقد استضعف المصنّف ﷺ سندها في غير مورد ممّا سيأتي، لكنّ المحكي عن مبسوط[1] شيخ الطائفة هو الاعتماد عليه، إذ هو يبحث عن مقدار دلالتها الكاشف عن الفراغ عن سندها، مضافاً إلى استناد أبي حنيفة إليها في فتواه التي حكى عنه في صحيحة أبي ولّاد[2] الكاشف عن مفروغيّة هذا الخبر بين الخاصّة والعامّة. وبالجملة فهذا الخبر نبويّ عدّ من جوامع الكلم، فلا ينبغي التأمّل في سنده.

وأمّا دلالتها فيحتمل أن يكون المراد بالضمان المذكور فيه هو الضمان، بمعنى الإسم المصدري، بمعنىٰ أنّ مطلق دخول الشيء في العهدة موجب لاستحقاق المتعهّد لمنافعه، ولو كان التعهّد بغير اختياره كالضمان باليد، وهذا هو الذي فهمه أبو حنيفة في حكمه بكون منافع البغل لمن خالف من يوم وقع منه الخلاف.

ويمكن أن يكون المراد منه الضمان بالمعنى المصدري، أعني تعهّد الشخص بإدخاله الشيء في عهدته هو المنشأ لاستحقاقه للمنافع، وعلى هذا فيخرج مثل ضمان اليد، وما كان مثله في حصول الضمان بلا اختيار، وينحصر مورده بالضمان المعاوضي الذي أقدم الضامن على الضمان، وهذا المعنى هو المتعيّن، وذلك لا

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ٦٢١.

٢. الكافي، ج ٥، ص ٢٩٠، باب الرجل يكترى الدابّة...، ح ٦؛ وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١١٩، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة، ح ١.

لأجل كون الألفاظ موضوعة للمعاني الاختياريّة حتّىٰ يقال بأن معنى الضمان هو التعهّد الاختياري والمعنى المصدري، وذلك لفساده، بل لوجهين:

أحدهما: مناسبة الحكم والموضوع، حيث إنّ العرف يفهم من جعل ملكيّة المنافع بدل الضمان هو أنّ إقدام الشخص على التعهّد والضمان يكون منشأً للحكم بملكيّة المنافع، كما لا يخفى.

وثانيهما: ردّ الصادق عليه السلام على أبي حنيفة في فتواه بعدم ضمان منافع البغل من يوم المخالفة، مع أنّه على تقدير إرادة المعنى الاسم المصدري كان المتعيّن هو تلك الفتوى، فمن ردّه عليه السلام يستكشف تعيّن المعنى المصدري، ثمّ المراد بالضمان هو التعهد الواقعي، أعني الممضاة عند الشارع، وبالعبارة الفارسيّة (ضمان ما سيده)، فلا يشمل المأخوذ بالعقد الفاسد؛ لأنّ الضمان فيه وإن كان اختياريّاً لكنّه فاسد، فلا يشمل المنافع والنماءآت الحاصلة من المقبوض بالعقد الفاسد، كما يخرج عن عموم تلك القاعدة ما كان ضمانه من جهة عدم تحقّق قبض المبيع بقاعدة: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» وهذه القاعدة وإن لم تكن تعبّديّة -ولذا تسري إلى غير البيع من سائر المعاملات حسبما يأتي تحقيقه- لكنّ الضمان الثابت بها مخالف مع الضمان الموجب لاستحقاق الخراج؛ وذلك لأنّ هذا الضمان نشأ من اقتضاء المعاملة قبض المشتري للمبيع لكي يستوفي منافعه، فلمّا تلف قبل القبض كان ضمانه على البايع، حيث لم يقبضه لكي يستوفي المشتري منه. وهذا الضمان نشأ من مالكيّة المشتري للمنافع، والضمان الناشيء عن تملّك المشتري للمنافع لا يعقل أن يصر منشأً لتملك البايع لها؛ لكونه ضدّاً له، كما لا يخفى.

فتحصّل أنّ ضمان اليد والمقبوض بالعقد الفاسد، وضمان التلف قبل القبض، خارجٌ عن مورد تلك القاعدة، فبقي الضمان المعاوضي الواقعي الممضى عند الشارع؛

وهل يختصّ بما إذا كان بعقد لفظي، أو يعمّ ما كان حاصلاً بالمعاطاة؟ وعلى الأخير فهل يختصّ بما إذا كانت المعاطاة سبباً للنقل والانتقال -كما على القول بالملك- أو يعمّ مطلق المعاوضة ولو كانت على نحو الإباحة؟ مقتضى إطلاقها هو العموم لكلا قسمي المعاطاة، إذ ليس في البين ما يوجب الاختصاص، فهذه القاعدة تدلّ على تملّك المنافع لمن تعهّد بضمان العين حتّىٰ على القول بالإباحة، هذا بالنسبه إلى مؤدّى كلمة الضمان. وأمّا الخراج فهو اسم لما يخرج من الشيء الأعم من نمائه ومنافعه، ولذلك سمّي الأراضي الخراجيّة بها باعتبار ما يخرج منها من المنافع، فقد تحصّل المراد من قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[1] هو أنّ ما يخرج من الشيء من منافعه ونماءآته ملك لمن تعهّد بضمانه بتعهّد اختياري معاوضي.

هذا تمام الكلام في المعاطاة. والحمد لله أوّلاً وآخراً، وظاهراً وباطناً.

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢١٩، ح ٨٩؛ مستدرك الوسائل، ج ١٣، ص ٣٠٢، الباب ٧ من أبواب الخيار، ح ١٥٤٢٨.

[في ألفاظ عقد البيع]

قوله ﷺ: «مقدّمة في خصوص ألفاظ عقد البيع ... إلى آخره»[1].

الغرض من هذا المقدّمة هو بيان أنّ الأصل في المعاملات الفعليّة هو اللزوم لكي تكون لزوم معاملة الأخرس بالإشارة على طبق الأصل، وجواز المعاملة المعاطاتيّة على خلافه، أو أنّ الأصل فيها عدم اللزوم، لكي تكون جواز المعاملة المعاطاتيّه على طبق الأصل، ولزوم المعاملة الأخرس على خلافه، فهذه المقدّمة وإن كانت بالنظر إلى معاملة الأخرس مقدّمة لعقد البيع، لكنّها بالنسبة إلى حال المعاطاة تكون خاتمة لها، ولهذا عنونها بعد ختم مباحث المعاطاة، وقبل الشروع في عقد البيع.

ثمّ اعلم أنّ إشارة الأخرس تقوم مقام اللفظ في إفادة اللزوم مطلقاً، سواء قلنا بأنّ الأصل في كلّ معاملة فعليّة هو اللزوم، وإنّما المعاملة المعاطاتيّة خرجت عن تحته بقيام الإجماع على جوازها قبل تحقّق إحدى ملزماتها؛ أو قلنا بأنّ الأصل في كلّ معاملة فعليّة هو عدم اللزوم، إلّا أن يقوم الدليل على اللزوم.

أمّا على الأوّل، فلزوم معاملة الأخرس بالاشارة واضحٌ؛ إذ هي معاملة فعليّة

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١١٧.

مقتضاها اللزوم ولم يقم دليل على جوازها، وأمّا على الثاني فلأنّ ما يدلّ على اعتبار اللفظ في اللزوم هو الإجماع، وهو مختصّ بصورة التمكّن من التلفظ. وأمّا العجز، فلا خلاف في عدم اعتباره وكفاية الإشاره وقيامها مقامه، سواء كان متمكّناً من التوكيل أولا؛ لأنّ الوكالة أيضاً عقدٌ يحتاج إلى اللفظ والأخرس عاجز عنه، فلو اكتفى في عقد الوكالة الصادر عنه بالإشاره فليكتف في عقده الآخر الذي يراد أن يؤكل، فالقول بكفايه الإشارة منه في عقد الوكالة وعدم الاكتفاء بها في عقد البيع مثلاً حتّى يكون صحّة عقد البيع بالإشارة متوقّفاً على العجز عن التوكيل، قولٌ بلا دليلٍ.

هذا مع فحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس[1] كما في الكتاب، ووجه أُولويّة الاكتفاء بالإشارة عنه في العقود عن الطلاق هو كون الطلاق من الإيقاعات المعتبر فيها اللفظ وعمّ جريان المعاطاة فيها أصلاً، فلو اكتفى بالإشارة مع التمكّن من التوكيل فالاكتفاء بها في العقود مع التمكّن أولى. هذا، وأمّا ما أفاده من أنّ وجوب التوكيل بمعنى الوجوب الشرطي هو المطابق للأصل، فهو بإطلاقه ممنوعٌ، بل إنّما يصحّ إذا قلنا بأنّ الأصل في كلّ معاملة فعليّة هو عدم اللزوم؛ إذ الأصل في إشارة الأخرس هو الاقتصار في الاكتفاء بها في صورة العجز عن التوكيل. وأمّا لو قلنا بأن الأصل هو اللزوم يكون الأصل هو عدم الاشتراط، كما لا يخفى، هذا كلّه حال إشارة الأخرس عند العجز عن التلفّظ، وقد عرفت أنّها تقوم مقام اللفظ عند عدم التمكّن منه.

وأمّا الكتابة فهل يصحّ إنشاء العقد بها أم لا؟ ثمّ على الأوّل فهل يكون في عرض الإشارة، أو أنّها تكفي بها عند العجز عن الإشارة؟ ففيها احتمالات، فقد يقال بعدم العبرة بها أصلاً؛ إذ الإنشاء لابدّ من أن يكون إمّا بالقول أو بالفعل الخارجي،

---

١. الكافي، ج ٦، ص ١٢٨، باب طلاق الأخرس؛ وسائل الشيعة، ج ٦، ص ١٣٦-١٣٧، الباب ٥٩ من أبواب القراءة في الصلاة، ح ١ و ٢.

والكتابة ليست إلّا النقش على القرطاس فلا يقع بها الإنشاء، ولكنّ التحقيق أنّها في الدلالة على المقاصد أوضح من الفعل، بل ربما يقال بأنّها أوضح من اللفظ، كما أنّها هي المعتبرة في هذه الأعصار في باب الأقارير ونحوها. ويمكن إحراز إعتبارها كذلك في سائر الأعصار أيضاً، ولكنّ الإنصاف أنّ القدر الثابت من اعتبارها إنّما هو في مقام إحراز المرادات وكاشفيّتها عن المقاصد، وأمّا كونها آلةً لإنشاء أمرٍ إنشائي مثل العقود والإيقاعات فلم يثبت، وليس ممّا يقع بها الإنشاء عرفاً، وعلى هذا فيشكل وقوع العقد بها حتّى في مثل الوصيّة فضلاً عن غيرها.

وخلاصة الكلام في باب الإشارة هو أنّ هاهنا مقامات:

الأوّل: في بيان أنّ الأصل هل يقتضي اشتراط تحقّق كلّ معاملة بالقول، فلا تصحّ المعاملة الفعليّة إلّا ما قام الدليل على صحّتها، أو الأصل يقتضي صحّة كلّ معاملة فعليّة إلّا ما قام الدليل على عدم صحّتها؟ فعلى الأوّل تكون صحّة المعاطاة من جهة قيام الدليل على صحّتها، كما أنّه على الثاني يكون الحكم بفساد المعاملة الفعليّة من القادر على النطق؛ لأجل قيام الدليل على فسادها، ولازم الأوّل هو أصالة الفساد في كلّ معاملة شكّ في صحّتها لأجل فقادن ما يشكّ في اعتباره فيها، وقد تقدّم في باب المعاطاة من أنّ صحّة المعاملة الفعليّة موافقتها مع القاعدة، أعني العمومات الدالّة على صحّة المعاملات مثل ﴿أحلّ الله البيع﴾[1] ونحوه، وعلى هذا فما أفاده في الكتاب من كون الوجوب الشرطي هو المطابق للأصل ليس على ما ينبغي.

الثاني: في بيان أنّ الأصل هل يقتضي اشتراط لزوم كلّ معاملة على القول، فلا لزوم في المعاملة الفعليّة إلّا فيما قام الدليل على لزومها، كإشارة الأخرس عند العجز

---

١. البقرة (٢): ٢٧٥. راجع أيضاً ص ١٥٥.

عن النطق، أو أنّه يقتضي لزوم كلّ معاملة فعليّة إلّا ما قام الدليل على عدم لزومها كالمعاطاة، فعلى الأوّل يكون جوازه المعاطاة على طبق الأصل دون الأخير، وقد تقدّم في باب المعاطاة عدم اندراج الأفعال تحت العقود من حيث قصورها عن الدلالة على الالتزام، فلا تكون مشمولاً لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] الذي هو الأصل في إثبات لزوم كلّ معاملة قوليّة.

الثالث: إنّ الإشارة من الأخرس إمّا تكون في مقام المعاملة المعاطاتيّة، بحيث يعلم منه أنّه مريد للمعاطاة، وإمّا تكون في مقام المعاملة القوليّة، فيشير في مقام التلفّظ بالعقد، نظير إشاراته في إظهار سائر مراداته، فعلى الأوّل فتكون معاطاته كسائر المعاطاة، فيجري فيها ما يجري في المعاطاة من القول بالملك والإباحة، والجواز واللزوم بتحقّق إحدى ملزماتها، وعلى الثاني فتكون الإشارة قائمة مقام النطق، وتصير محكومة بحكم العقد في جميع أحكامه، وهذا هو الموافق للتحقيق، ولكنّ المستظهر من عبارة المصنّف ﷺ هو إجراء حكم المعاطاة على الإشارة مطلقاً، حيث يؤسّس الأصل في كلّ معاملة فعليّة لأجل إدراج الإشارة فيما يقتضيه؛ لكونها إحدى مصاديق المعاملة الفعليّة، ولا يخفى ما فيه، فإنّ الإشارة القائمة مقام اللفظ ليست من المعاملة الفعليّة، بل هي تعدّ من العقد القولي، حيث إنّها تقوم مقام القول، كما لا يخفى.

الرابع: لو شكّ في صحّة العقد بالإشارة فإمّا يكون من جهة الشكّ في تحقّق الخرس الموجب للعجز عن النطق، والأصل في هذا الشكّ يقتضي الفساد، حيث إن الثابت بالدليل هو قيام الإشارة مقام النطق في صورة العجز، ومع الشكّ في العجز مقتضى الأصل عدم الاعتبار بالإشارة للشكّ في قيامها في تلك الحالة، وإمّا يكون

---

١. المائدة (٥): ١.

من جهة الشكّ في تقديم التوكيل أو الكتابة مع التمكّن منهما على الإشارة، والحكم في هذا الشكّ هو الرجوع إلى العمومات الدالّة على كون الإشارة عقداً في حال العجز عن النطق، مع فحوى ما يدلّ على الاكتفاء بها في الطلاق، كما تقدّم، مضافاً إلى ما تقدّم من أنّ حال الوكالة إنّما هو كنفس ما يؤكل فيه في كونها عقداً يحتاج إلى اللفظ، فلو اكتفى فيها بالإشارة فليكتف في نفس ما يؤكل فيه، وأنّ الكتابة لا دليل على صحّة إنشاء العقود والإيقاعات بها رأساً، فضلاً عن تقديمها على الإشارة، فليس للشكّ في تقديم التوكيل والكتابة على الإشارة موقع أصلاً.

[الخصوصيّات المعتبرة في ألفاظ العقود]

قوله ﷺ: «ثمّ الكلام في الخصوصيّات المعتبرة في اللفظ ... إلى آخره»[1].

وليعلم أوّلاً أنّه لو شكّ في صحّة المعاملة وفسادها من جهة فقد ما يشكّ في اعتبارة، أو وجود ما يشكّ في اعتبار عدمه، يكون الأصل الأوّلي المحكّم في باب المعاملات هو الفساد، و يرجع إذا لم يكن محلّ للرجوع إلى الإطلاقات، ومع إمكان الرجوع إلى الإطلاقات يكون المرجع هي الإطلاقات، فإذا كان المشكوك ممّا صدق عليه عنوان المعاملة كالبيع الفاقد لما لا يضرّ فقدانه في صدق البيع عليه عرفاً، فيرجع إلى جميع العمومات الدالّة على صحّة البيع من عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[2]، ﴿وأحل الله البيع﴾[3]، و ﴿تجارة عن تراض﴾[4]، ونحوها، و إذا كان المشكوك ممّا

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١١٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. المائدة (٥): ١.

٣. البقرة (٢): ٢٧٥.

٤. النساء (٤): ٢٩.

يشكّ في صدق عنوان المعاملة عليه، فلا إشكال في عدم إمكان التمسّك بما عدى عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] من سائر العمومات؛ لكونه من باب التمسّك بالعامّ في الشبهة المصداقيّة، وفي صحّة التمسّك بعموم «أوفوا» وجهان مبنيّان على أنّ العقد الذي هو موضوع وجوب الوفاء هل هو عبارة عن الالتزام المعاملي المتحقّق في ضمن إحدى هذه المعاملات الخاصّة من البيع والصلح ونحوهما، فكأنّه قال: يجب الوفاء بالعقد البيعي والصلحي ونحوهما بعد الفراغ عن كونه بيعاً أو صلحاً أو غيرهما من العقود المعامليّة، أو أنّه عبارة عن مطلق الالتزام، فعلى الأوّل فشمول دليل وجوب الوفاء لما يشكّ في صحّته يتوقّف على إحرازكونه من المعاملات العرفيّة، كالبيع ونحوه؛ لكون الإلتزام البيعي مثلاً هو الموضوع حسب الفرض، وعلى الثاني فيصحّ التمسّك بعموم «وجوب الوفاء» ولو مع الشكّ في كونه بيعاً أو غيره.

لكنّ الأقوى هو الأوّل؛ لأنّ الظاهر من العقد الذي هو موضوع وجوب الوفاء هو الالتزام المعاملي العرفي المتحقّق في ضمن إحدى هذه المعاملات العرفيّة، وعليه فعند الشكّ في بيعيّة بيع مثلاً، كما لا يصحّ التمسّك بعموم دليل الحلّيّة[2] لا يصحّ التمسّك بآية ﴿أوفوا﴾[3] أيضاً.

إذا تحقّق ذلك فنقول: الكلام في المخصوصيّات المعتبرة في ألفاظ العقود -كما أفاده المصنّف ﷺ- يقع تاره في موادّ الألفاظ من حيث إفادة المعنى، وأُخرىٰ في هيئتها باعتبار هيئة كلّ من الإيجاب والقبول، وهيئة تركيبهما من حيث الترتيب والموالات، والبحث عن تلك الخصوصيّات لا يختصّ بباب البيع، بل يطّرد في جميع أبواب المعاملات.

---

١. المائدة (٥): ١.

٢. البقرة (٢): ٢٧٥.

٣. المائدة (٥): ١.

أمّا الكلام في موادّ الألفاظ فتنقيح البحث عنه يتوقّف على بيان مقدّمة، و هي أنّ البيع ونحوه من المعاملات أُمور إيجاديّة تتحقّق وتوجد بإيجادها في موطن وجودها وتحقّقها، وهو عالم الاعتبار، وهي معاني بسيطة ما به الاشتراك منها متّحد مع ما به الامتياز كلّ منها عن الآخر؛ نظير الأعراض الخارجيّة التي هي بسائط في الخارج، فالسواد الشديد يمتاز عن الضعيف بالسواد، كما أنّه مشترك معه أيضاً في السواد، وهذا بخلاف الإنسان مثلاً، حيث إنّه يمتاز عن سائر أنواع الحيوان بالنطق، فما به اشتراكه معها هو الحيوان، وما به امتيازه عنها هو الناطق.

فالبيع مشترك مع القرض والهبة في كونه تمليكاً، ويمتاز عنهما بكونه تمليكاً بعوضٍ مسمّى دونهما؛ إذ القرض تمليك بعوض المثل، والهبة تمليك مجّاني، لكن ما يتحقّق في الخارج بإيجاد موجده - أعني ذاك الأمر الاعتباري - أمرٌ بسيط، وهو البيع، ويكون اشتراكه مع القرض بنفس ذاك الوجود، وامتيازه عنه أيضاً بنفس ذاك الوجود.

وبعبارة أُخرىٰ كما أنّ مرتبة السواد الشديد في الخارج شيء واحد وهو السواد، لا أنّه سواد، و شدّة منضمّة إلى السواد، بل شدّته أيضاً من سنخ السواد، فكذلك البيع في الخارج شيء واحد وهو تلك المقولة الاعتباريّة، لا أنه شيء وشيء منضمّ إليه، وهذا المعنى البسيط الاعتباري الإيجادي الذي يوجد في عالم الاعتبار بآلة إيجاده، يجب أن يكون ممّا يمكن تحقّقه بآلة إيجاده، بأن تكون الآلة آلة لإيجاد هذا المعنى في موطنه، كصيغة «بعت» التي آلة لإيجاد مادّتها، وهو البيع في عالم الإعتبار.

وإذا عرفت ذلك فنقول: الألفاظ الكنائيّة مطلقاً غير قابله لأن ينشأ بها العقود، سواء كانت من قبيل ذكر اللازم وإرادة الملزوم، أو بالعكس، وذلك لأنّها ليست آلة لإنشائها، فمثل «بارك الله» مثلاً الذي لازم البيع لا يصحّ أن يقع به إنشاء البيع، بل

هو إنشاء للدعاء، فهو معنى إنشائي لكن يقع به إنشاء الدعاء لا إنشاء البيع، وهكذا الألفاظ المجازيّة لا تصلح لأن تكون آلة لإنشاء العقود، للزوم التدرّج في تحقّق حقيقة المنشأ بأن يكون جزء منها حاصلاً باللفظ المجازي، والجزء الآخر منها بالقرينة، وهو منافٍ مع بساطتها، وأنّها ممّا لا جزء لها، وأمّا المشترك المعنوي فيجب أن يفصل فيها بين ما كان كالجنس البعيد، مثل لفظ «نقلت» المشترك بين النقل الخارجي العيني والنقل الاعتباري، وبين ما كان كالجنس القريب، مثل لفظ «ملّكت» المشترك بين أنحاء النقل الاعتباري، مثل الهبة والقرض، والبيع باللمنع عن صحّة إنشاء المعاملة بالأوّل، والقول بالصحّة في الثاني.

أمّا الأوّل فلتغاير أنواع النقل باعتبار النقل الخارجي والاعتباري، بحيث لا يكون ما به يمتاز النقل الخارجي عن الاعتباري بعين ما به الاشتراك معه، فيكون حاله من هذه الجهة كالألفاظ المجازيّة في الحاجة إلى القرينة، بمعنىٰ أنّ المعنى المجازي يحتاج إلى ضمّ قرينة بها يتحصّل المعنى المراد، والجنس البعيد أيضاً يحتاج إلى ضمّ فصل من غير سنخ جنسه؛ لكي يتحصّل من انضمامه المعنى المراد.

وأمّا الثاني فلما عرفت من أنّ جميع أنحاء النقل الاعتباري متّحداة في كون ما به الاشتراك منها هو عين ما به امتيازها، فالمعنى البيعي الذي هو عبارة عن «التمليك بعوضٍ» مسمّى هو شيء واحد متميّز بنفس ذاته عن التمليك بعوض المثل الذي هو القرض، ولا محذور في إيجاد هذا المعنى بلفظ التمليك، فالتمليك إذاً إنشاء مجرّد عن ذكر عوض معه، بأن يقال: «ملّكت هذا» مقتصراً عليه يكون هبة بلا عوض، وإنّما يستفاد المجّانيّة من ناحية الإطلاق وعدم ذكر عوض معه، ولو اقترن بعوض فإن كان هبةً أُخرىٰ بأن قال: «ملّكتك هذا على أنّ تملّكني ذاك» يكون هبةً معوّضةً، وإن كان عوض المثل يكون قرضاً أو عوض المسمّى، يكون بيعاً، وكلّ

من البيع والقرض والهبة المعوّضة لا يتحصّل بمجموع لفظ «ملّكت» مع ما يقترن به من العوض، بل المحصّل لها هو لفظ «ملّكت»، وإنّما انضمام ما يقترن به يوجب تعيّن ما قصد إيجاده بالإنشاء، فلا يستلزم التدرّج في الإنشاء المنافي مع بساطة المعنى، كما أنّ الهبة الغير المعوّضة تتحصّل من إطلاق لفظ «ملّكت» عند الاقتصار عليه، وعدم اقترانه بذكر العوض.

فقد تحصّل من مجموع ما ذكرنا عدم استقامة إنشاء العقود والإيقاعات بالألفاظ الكنائيّة، ولا بالأجناس البعيدة، مثل لفظ «النقل» و«التبديل» ونحوهما ممّا يكون مشتركاً معنويّاً بين النقل الخارجي والاعتباري، ولا بالألفاظ المجازيّة، لكن ينبغي أن يعلم في باب الألفاظ المجازيّة أنّ قالب المعنى المجازي الملقى إلى المخاطب في مثل «رأيت أسداً يرمي» هل هو لفظة «أسد»، ويكون «يرمي» علامةً على إرادة الرجل الشجاع من كلمة «أسد» حين استعمالها، فيكون المتكلّم تصوّر في ذهنه معنى الرجل الشجاع، واستعمل فيه لفظة «أسد» مجازاً، ثمّ لمّا لم يكن هذا المعنى معنىً حقيقيّاً، وكان طبع المخاطب العالم بالوضع ينتقل إلى المعنى الحقيقي، وكان هو خلاف المقصود، دعاه إلى ذكر القرينة لكي تكون علامة على عدم إرادة المعنى الحقيقي، أو يكون مجموع القرينة وذيها هو الملقى إلى المخاطب حين الاستعمال، بمعنىٰ أنّه لا يكون لفظ «أسد» مراداً منه «الرجل الشجاع» بالإرادة الاستعماليّة، بل ليس الغرض إلّا إلقاء الرجل الشجاع بكلمة «أسداً يرمي» مع الغفلة عن إرادة المعنى وقالبيّة اللفظ له، وكون إكتسائه بتلك الكسوة من اللفظ استعمالاً، بل لا يرى المستعمل إلّا إلقاء المعنى على المخاطب، بحيث لو سئل عنه ماذا تصنع؟ فيقول: أُلقي مقصودي إلى المخاطب، فعلى الأوّل فيصحّ إنشاء العقود بالألفاظ المجازيّة؛ لعدم تضمّنها للتدريج المنافي مع بساطة المعنى المُنشأ بها، وعلى الثاني لا يصحّ إنشاؤها بها لمكان التدريج.

وهذا البحث يطّرد بالنسبة إلى المشترك اللفظي أيضاً؛ إذ يقع الكلام في مثل «العين الجارية» في أنّ المستعمل فيه هل كلمة «العين» وأنّ «الجارية» قرينة معينة للمراد، أو أنّ المجموع من كلمة «العين» و«الجارية» هو المستعمل في المعنى المراد؟

ولكنّ التحقيق يقتضي الأخير؛ لأنّا إذا رجعنا إلى وجداننا حين استعمال «الأسد» في الرجل الشجاع، أو «العين» في الجارية، لا نرى حضور المعنى حين استعمال «الأسد» أو «العين»، ولا نلتفت إلى الاستعمال أصلاً، بل إنّما نلقي المعنى بمجموع الكلمتين من القرينة وذيها بلا تفاوت إلى الاستعمال، ولا إلى إرادته، وعلى هذا فالحقّ عدم صحّة الإنشاء بالألفاظ المجازيّة المشتركة بالإشتراك اللفظي؛ لاستلزامه التدرّج في الإنشاء المنافي مع بساطة المعنى المنشأ، ويشهد بذلك حكمهم ببطلان البيع «لو قال: بعتك بلا ثمن»، وكذا «الإجارة» فيما لو قال: «آجرتك بلا أُجرة» ولم يجعلوا نفي الثمن والأُجرة قرينة على إرادة الهبة من الأوّل والعارية من الثاني؛ لكي يحكموا بوقوع الهبة والعارية، بل جعلوا نفي الثمن منافياً لإنشاء البيع، ونفى الأُجرة مع إنشاء الإجارة.

فقد تحصّل من جميع ما ذكرناه أنّه يعتبر في ألفاظ العقود أن تكون آلة لإيجاد المعاني المنشأة بها عرفاً، بحيث يعدّ في العرف آلة لإنشائها، سواء كانت لفظاً صريحاً في ذلك، كـ«بعت» في البيع، أو لم يكن صريحاً ولكن أعدّ آلة للإنشاء بنظر العرف، كلفظ «ملّكت» في البيع مثلاً، وأنّ ما عدى ذلك لا يصحّ الإنشاء به، سواء كان كنائيّاً أو مجازيّاً، أو مشتركاً بقسميه، وأمّا الألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول، مثل «شريت» لو قيل بصحّة استعماله في الشراء أيضاً، أو «اشتريت» لو قيل باستعماله في البيع.

فالحقّ فيهما هو التفصيل بالقول بصحّة إيقاع القبول بلفظ «شريت»، وبالمنع عن إيقاع الإيجاب بلفظ «اشتريت»، وذلك لحكم العرف بآليّة الشراء في إيقاع

القبول، دون الإشتراء بالنسبة إلى الايجاب، ثمّ إن وقع الإيجاب والقبول بلفظ الشراء فإنْ كان أحدهما مقدّماً على الآخر فالمتقدّم في الإنشاء هو البايع، والمتأخّر هو المشتري. وإن تقارنا بناءً على جواز تقارن الإيجاب مع القبول، وادّعى كلّ واحدٍ منهما أنّه البايع، يقع التحالف بينهما، ويحكم بسقوط الأثر المترتّب على خصوص كلّ واحد من البيع والشراء، ولو تداعيا بالنسبة إلى خيار الحيوان فيما إذا كان أحد العوضين حيواناً.

فإن قلنا بعدم اختصاص خيار الحيوان بالمشتري، بل يثبت للبايع أيضاً. فلا إشكال في ثبوته لهما وإن لم يتميّز البايع عن المشتري، وإن قلنا باختصاصه بالمشتري فيتحالفان أيضاً، ويكون المرجع أصالة بقاء العقد وعدم ثبوت الخيار لكلّ واحدٍ منهما؛ لعدم تميّز المشتري منهما، كما لا يخفى.

قوله ﷺ: «المحكي عن جماعة منهم السيّد عميد الدين[1] ... إلى آخره»[2].

هذا هو الكلام في ألفاظ العقود من حيث الهيئة، والبحث عنه يقع في جهاتٍ:

الأُولى: في اعتبار العربيّة. فقيل باعتبارها للتأسّي لكون العقود الصادرة عنهم ﷺ عربيّاً.

ولا يخفى ما فيه، إذ الصادر عنهم إنّما كان عربيّاً لمكان كونه متكلّمين باللسان العربي، وإذ ليس في البين ما يدلّ على اعتبار العربيّة من آية أو رواية، مع عموم الابتلاء بالعقود بحيث يقطع بأنّه لو كانت العربيّة من آية أو رواية، مع عدم الدليل على اعتبارها في الصلاة، فمن نفس عموم البلوى بها، مع عدم الدليل على اعتبار العربيّة

---

١. حكاه السيّد العاملي عن حواشي الشهيد عنه في مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٥٢٣.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٣٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

فيها، يستكشف عدم اعتبارها، من غير فرق بين ما كان قادراً على العربيّة أو لم يكن قادراً عليها. نعم، في خصوص باب النكاح الأحسن مراعاة الاحتياط مع التمكّن من العربيّة تمكّناً عرفيّاً، لاعقليّاً؛ إذ لا إشكال في عدم اعتبارها حتّىٰ في النكاح عند التمكّن العقلي لكي يجب عليه تحصيل العربيّة ولو بعسر شديد، كما لا يخفى.

الثانيه: هل المعتبر في العقود والإيقاعات إيقاعها باللغات الفصيحة من كلّ لسانٍ، أو يصحّ ولو بالمكسّرة منها؟ و جهان، أقواهما الثاني، لكن بعد فرض كون اللغة المكسّرة آلةً عرفيّاً في إنشاء العقد والإيقاع بها، بحيث كان لها ظهور عرفي في ذلك، وذلك لأنّ المعتبر في ألفاظ العقود - كما عرفت - هو الصراحة في الدلالة على تحقّق المعاملة التي يراد إنشاؤها وضعاً، أو كان لها ظهور عرفي في ذلك، واللغة المكسّرة إذا كانت كذلك يصحّ إنشاء العقد بها جزماً.

الثالثة: هل المعتبر فيها عدم الملحونيّة في كلّ لسانٍ كان، أو يصحّ ولو بالملحون؟ وجهان، وتحقيق الكلام أنّ الملحون على قسمين:

أحدهما: ما كان لحناً في المادّة مع عدم تغيير المعنى به، مثل ما إذا لم يتكلّم بالحرف عن مخرجه، كما إذا بدّل الصاد بالسين، أو الضاد بالزاء.

وثانيهما: ما إذا كان منشأً لتغيّر المعنى، مثل ما إذا قال: «جوّزت» بدل «زوّجت».

ففي الأوّل ينبغي القول بالجواز بعد تحقّق التعارف على مثل ذاك اللحن؛ لأنّه من قبيل اللغات المكسّرة.

وفي الثاني فالحقّ فيه هو المنع، وذلك لأنّ مثل «جوّزت» مثلاً حينئذ في هذه اللغة التي تعارف إطلاقها على التزويج يصير مشتركاً لفظيّاً بين التزويج وبين معناه الأوّلي الذي يستعمل في هذه اللغة فيه أيضاً، وقد تقدّم المنع عن استعمال الألفاظ المشتركة في العقود والإيقاعات.

الرابعة: هل المعتبر في الألفاظ أن تكون في كلّ لغة بصيغة الماضي مثل «بعت» في العربي، و«فروختم» بالفارسي، أو يصحّ بكلّ هيئة كانت، ولو كانت بالمضارع أو اسم الفاعل أو الأمر؟ وجهان:

التحقيق هو الأوّل، وذلك لأنّ هيئة الماضي من كلّ لغه موضوعة لنسبة تحقّقيّة، أعني لإيجاد نسبة تحقّقيّة بين الفاعل وبين المادّة، وتلك النسبة معنى حرفي توجد بإيجاد موجدها بتلك الهيئة في موطن الاستعمال، فإن كان الغرض من إيجادها هو الحكاية عن النسبة الواقعة بين الفاعل والحدث في الخارج تدلّ على وقوعها، أي النسبة المحكيّة عنها في زمان متقدّم على الحكاية في الزمانيّات، فتدلّ على الزمان الماضي بالدلالة الالتزاميّة العقليّة، وإن كان الغرض إيجاد المادّة التي هي معنى اسمي، كالبيع في وعاء وجودها وهو عالم الاعتبار، يكون بالصراحة دالّة على إيقاعها هذا، وأمّا المضارع فهو موضوع للنسبة التلبسّيّة فدلالتها على إيقاع المادّة بها لا تكون على نحو الصراحة، بل هي على نحوٍ من الكناية، لكون التلبّس بالشيء من لوازم تحقّقه، لا نفس تحقّقه، فلا يقع بها؛ لما عرفت من عدم وقوع الإنشاء بالكناية، ولما كان مرتبة الاسم الفاعل متأخّرة عن المضارع، كما أنّ الأمر متأخّر عن الجميع حسبما فصّل في مبحث المشتقّ من الأُصول، فإذا لم يكن المضارع قابلاً لأن يقع به إنشاء العقود، فعدم وقوعها باسم الفاعل والأمر أولى.

الخامسة: لو قلنا باعتبار العربيّة في ألفاظ العقود فهل هي معتبرة في الصيغة الدالّة على العقد فقط، مثل «بعت» في البيع، فيصحّ أن يقال: بعتك اين كتاب را بده درهم، أو يعتبر في أركان العقد أيضاً مثل الثمن والمثمن، فيصحّ إتيان شروط العقد بغير العربي، أو يعتبر فيما عدى أركانه أيضاً، وجوه: أقواها الثاني، وذلك لكون أركان العقد من مقوّماته، فعلى اعتبار العربيّة لابدّ أن تكون معتبراً فيها، وأمّا الشرائط

فهي خارجة عن العقد، فما يدلّ على اعتبار العربيّة فيها لا يدلّ على اعتبارها في الشروط، فعلى هذه فيصحّ تركّب العقد من العربي وغيره فيما إذا كان العربي متكفّلاً لأركانه.

السادسة: في تقديم الإيجاب على القبول، وقد وقع الخلاف في اعتباره على أقوال من القول باعتباره مطلقاً، وعدمه كذلك، والتفصيل باعتبار تقدّمه فيما إذا كان القبول بلفظ «قبلت» ونحوه، وجواز تقدّم القبول فيما إذا كان بلفظ «شريت» ونحوه، والأقوىٰ هو المنع مطلقاً، وتوضيحه يتوقّف على بيان أُمور:

الأوّل: لا إشكال في أنّ العقد المركّب من الإيجاب والقبول ليس عبارة عن إيقاعين: إيقاع من الموجب وآخر من القابل، بل إنّما يكون فعل كلّ واحد مرتبط بفعل الآخر، ويصير فعل كلّ واحد جزء من العقد المركّب من فعلهما، وهذا بديهيّ، كما لا يخفى.

الثاني: أن الارتباط بين الفعلين إنّما هو يكون فعل الموجب متضمّناً للدفع إلى القابل، والآخذ عنه، وكذا في طرف القابل، إلّا أنّ الدفع في طرف الموجب مدلول مطابقي، والآخذ عنه مدلول بالالتزام، وفي طرف القابل يكون الأمر بالعكس، بمعنىٰ أنّ الآخذ منه مدلول مطابقي، والدفع مدلول بالالتزام.

الثالث: أنّ العقود ينقسم إلى عقود إذنيّة كالوكالة ونحوها، وإلى عقود عهديّة. والعهديّة أيضاً تنقسم إلى العقود المعاوضيّة، مثل البيع والنكاح ونحوهما، وإلى غيرها ممّا لا تشتمل على المعاوضة، كالرهن والهبة الغير المعوّضة، وإلى عقد الصلح الذي هو عقد مستقلّ وإن كان يفيد في كلّ باب فائدة تلك المعاملة، كما إذا ورد على العين بعوض مسمّى فإنّه يفيد فائدة البيع والقبول في الأُولىٰ، أعني العقود الإذنيّة عبارة عن مطلق الرضاء بالإيجاب إذا كان الرضا مبرزاً باللفظ، ولا يكفي في

تحقّق العقد خصوص الرضا الباطني، وفي بقيّة العقود لابدّ من مطاوعة الإيجاب والالتزام بمدلوله.

إذا عرفت ذلك، فنقول: المصنّف ﷺ يريد أن يفصل بين أقسام العقود بالقول بوقوع قبول العقود الإذنيّة بكلّ لفظٍ دالٍّ على الرضا بالإيجاب مطلقاً، سواء كان مقدّماً على الإيجاب أو متأخّراً عنه، وتعيين ما يدلّ صريحاً على مطاوعة الإيجاب من لفظ «قبلت» وشبهه، ولزوم تأخّره عن الإيجاب في العقود العهديّة الغير المعاوضيّة، ويلزوم كون القبول في الصلح بلفظ «قبلت» و«رضيت» ونحوهما، لالفظ «صالحت» ونحوه، ولزوم تأخّره عن الإيجاب أيضاً، وجوّز في العقود المعاوضيّة بأن يكون القبول بمثل لفظ «قبلت» و«رضيت» ونحوهما ممّا يدلّ على مطاوعة الإيجاب، وبمثل «شريت» و«أبتعت» ونحوهما في البيع وما يجري مجراهما في سائر العقود، وفصّل بينهما بالمنع عن تقديمه على الإيجاب ممّا كان من قبيل «قبلت» ونحوه، وقال بجواز التقديم فيما إذا كان من قبيل «شريت» و«ابتعت».

ومنشؤ هذا التفصيل، إمّا في العقود الإذنيّة؛ فلأنّ القبول فيها ليس إلّا الرضا بالإيجاب، فيقع بكلّ لفظٍ دالٍّ عليه، ويصحّ تقديمه على الإيجاب، وأمّا وجه المنع عن التقديم في العقود العهديّة الغير المعاوضيّة، فلأنّ القبول فيها ليس إلّا مطاوعة الإيجاب، إذ ليس فيها دفع من جانب القابل، بل أخذ منه ودفع من الموجب، فيكون فعل القابل محض مطاوعة فعل الموجب، وإذا كان مطاوعة محضة فلابدّ من أن يكون بلفظ «قبلت» أو ما في معناه ممّا يكون دالّاً على المطاوعة بالمطابقة، ولايجوز تقدّمه على الإيجاب؛ لما يأتي في القبول الذي يقع بلفظ «قبلت» في العقود المعاوضيّة، وأمّا وجه المنع عن إيقاع قبول الصلح بلفظ «صالحت» فلعدم تميّزه حينئذ عن الإيجاب. وأمّا وجه التفصيل في العقود المعاوضيّة إمّا المنع عن تقديم

القبول فيها إذا كان بلفظ «قبلت» ونحوه ممّا يدلّ على المطاوعة، فلأنّ المطاوعة عبارة عن (پذيرفتن) ما يفعله الغير الموقوف على فعله، ولا يعقل فعليّة المطاوعة قبل تحقّق فعل الغير، ومع التقدّم تكون مطاوعة تقديريّة معلّقة على فعل الموجب، نظير الوجوب المشروط المنشأ على نهج القضايا الحقيقيّة، وحينئذ يجب أن ينظر في هذا التعليق أنّه هل هو من قبيل التعليق في الإنشاء أو المنشأ.

وتوضيح ذلك: أنّ التعليق تارة يقع في الإنشاء بمعنىٰ كون إيجاده في موطن الاعتبار معلّقاً على أمرٍ وأُخرىٰ يقع في المنشأ، بمعنىٰ أنّ البيع المقيّد بالأمر المخصوص مثل الزمان ونحوه ينشأ مطلقاً بلا تعليق في الإنشاء والإيجاد.

والأوّل - أعني التعليق في الإيجاد - بديهيّ الاستحالة؛ إذ لا معنى للتعليق في الإيجاد، كما لا يخفى على من يلاحظ وزانه في الإيجاد التكويني، أي إيجاد شيء تكويني في عالم العين.

والأخير إمّا يكون التعليق فيه بسبب اللفظ، أو يكون بسبب ذات حقيقة المنشأ من غير أن يكون تعليق من ناحية المنشئ، مثال الأوّل تعليق العتق على الموت في باب التدبير، والملكيّة عليه أيضاً في باب الوصيّة، والبيع على مجيء الحاجّ مثلاً، والوكالة على مجيء يوم الجمعة، ونحو ذلك، وهذا القسم من التعليق أمر ممكن معقول إلّا أنّه قام الإجماع على بطلانه فيما عدى التدبير والوصيّة. ومثال الثاني هو تعليق البيع المنشأ بالإيجاب على تحقّق القبول مطلقاً، أو عليه وعلى القبض فيما يتوقّف على القبض أيضاً، كالصرف فإنّ المنشأ بالإيجاب لا تعليق فيه من ناحية الموجب، ولا يكون التعليق فيه عن لفظٍ متكفّل للتعليق مثل أداة الشرط، بل إنّما هو من ناحية نفس حقيقته، إذ حقيقة البيع لا يتحقّق بصرف إنشاء الإيجاب، بل تحقّقه الواقعي منوط بتحقّق الإيجاب والقبول معاً على ما مرّ شرحه في أوّل مباحث

البيع، فإنشاء البيع من الموجب غير معلّق على شيء آخر، لا في إنشائه ولا في منشائه، بل حقيقة التي أنشأها إنّما تتحقّق بعد فعل القبول.

إذا تحقّق ذلك فنقول: تعليق القبول المتقدّم على الإيجاب ليس من قبيل تعليق الإيجاب على القبول، وذلك لما عرفت من أنّ تعليق تحقّق البيع بعد الإيجاب على تحقّق القبول ليس من ناحية الموجب، بل إنّما هو إنشاء البيع مطلقاً عن كلّ قيدٍ، لا في ناحية البيع المنشأ نفسه، ولا في ناحية إنشائه، وكان انشائه كذلك منه بمكان من الإمكان، وهذا بخلاف القبول المتقدّم على الإيجاب؛ إذ حقيقة مطاوعة فعل الغير من الفاعل يستحيل صدوره قبل فعل الغير، فلو أنشأ المطاوعة قبل فعله تكون المطاوعة الممكنة منه هي المطاوعة المشروطة بالإيجاب، فلا محالة يكون التعليق من فعل القابل، لا من ناحيه نفس المادّة المنشأة بالقبول، وحينئذ يجب أن ينظر فيه أنّه هل هو من قبيل التعليق في الإنشاء أو في المنشأ نفسه، ثمّ على الثاني هل هو ممّا قام الإجماع على بطلانه أو لا؟

فنقول: ربما يقال: بأنّ التعليق فيه من قبيل التعليق في الإنشاء، ولكنّ التحقيق أنّ المنشأ -أعني مطاوعة فعل الإيجاب- هو المعلّق لا إنشائه، فالقابل ينشأ القبول، أعني مطاوعة الإيجاب بقبوله بقوله: «قبلت» فلا تعليق في الإنشاء، ولكنّ المنشأ -وهو المطاوعة- أمرٌ معلّق على الإيجاب، وليس هذا التعليق ممّا يدلّ الإجماع على بطلانه، إذ ليس بأداة التعليق وحروف الشرط، والإجماع مختصّ به، ومع ذلك فلا تصحّ المعاملة بتقديمه لأجل عدم تحقّق العقد؛ لكون تحقّقه متوقّفاً على الإيجاب والقبول، والمفروض عدم تحقّق القبول؛ لأنّ هذا القبول لا يكون قبولاً فعليّاً؛ لعدم تضمّنه مطاوعة الإيجاب بالفعل، ولا يتحقّق بعد الإيجاب إنشاء مطاوعة أُخرىٰ من القابل لكي يتحقّق به القبول، مع أنّه لو كان كذلك لكان هو القبول دون هذا المتقدّم، فلم يتقدّم القبول

هذا فيما إذا وقع القبول بلفظ «قبلت» و«رضيت» ونحوهما ممّا يدلّ على المطاوعة، أمّا فيما إذا كان بلفظ «اشتريت» و«ابتعت» فاختارﷺ فيه جواز التقديم على الإيجاب.

ومحصّل ما أفاده في وجهه هو أنّ في العقود المعاوضيّة يكون كلّ واحد من الموجب والقابل معطياً وآخذاً، فقول القائل: «بعت هذا بهذا» يدلّ على إعطائه للثمن وأخذه للثمن، وإذا أنشأ القبول بلفظ «قبلت» يدلّ على مطاوعة هذا الفعل الصادر من البايع، وحيث أنّ فعليّة مطاوعة فعل البايع عن المشتري لا يتحقّق قبل فعل البايع، فلم يجز تقدّمه على الإيجاب.

وأمّا إذا أنشأ بلفظ «شريت» و«اشتريت» فليس صريحاً في المطاوعة، بل هو يدلّ على صدور المعاوضة من المشتري أيضاً، فلا مانع في تقديمه على الإيجاب، إذ لا مانع عن تحقّق الإعطاء عن المشتري قبل تحقّق الإعطاء عن البايع.

فإن قلت: فعليّ هذا، فيصير القبول غير مرتبط بالإيجاب، فيكون حينئذ إيقاعان أجنبيّان، ولا يتحقّق العقد.

قلت: قوام العقد هو بأن يكون فعل المشتري وعطاؤه بعنوان البدليّة عمّا يأخذه من البايع، ولا يتوقّف على تحقّق المطاوعة، ولا شبهة في صحّة إعطاء المشتري ماله إلى البايع بدلاً عمّا يأخذه عنه ولو كان فعله مقدّماً على فعله، هذا محصّل مراده.

ولا يخفى ما فيه؛ لأنّ ماهيّة العقد في هويّة ذاته وجوهره يخالف الإيقاع وليس التفاوت بينهما بمجرّد كون العقد صادراً عن اثنين والإيقاع عن واحد، بل التفاوت بينهما ذاتي، وهو يكون العقد متقوّماً بالقبول، أعني مطاوعة فعل الإيجاب، وتسلّم ما فعله الموجب، وإذا كان القبول بلفظ «اشتريت» فهو يتضمّن شيئين، أحدهما مطاوعة فعل الإيجاب، والآخر تمليك القابل إيّاه ما عنده من الثمن، وإذا كان متأخّراً عن الإيجاب فيتحقّق من الشيئان معاً، فهو من حيث

تضمّنه للمطاوعة قبول، فيلتئم العقد بتحقّق ركنيه، أعني الإيجاب والقبول، وإذا تقدّم على الإيجاب فيكون دالّاً على محض تمليك البايع لما عنده من غير مطاوعة فعليّة لما فعله البايع، فلا يتحقّق منه الشيئان معاً، بل لا مطاوعة فعلية حينئذ فلا يتحقّق القبول، فلم يتحقّق العقد المركّب منه ومن الإيجاب.

فالتحقيق عدم التفاوت بين القبول المنشأ بلفظ «قبلت»، أو بلفظ «اشتريت» في أنّ شيئاً منهما لا يجوز تقدّمه على الإيجاب إلّا أنّ ملاك المنع عن تقديم القبول بلفظ «قبلت» هو مدلوله الصريح، أعني للمنشأ به صريحاً، وهو مطاوعة الإيجاب، وفي لفظ «اشتريت» هو مدلوله الضمني، أعني تلك المطاوعة للمنشأ به في ضمن إنشاء التمليك المدلول عليه بقوله: «اشتريت» و«ابتعت».

فتحصّل أن الأقوىٰ عدم جواز تقدّم القبول مطلقاً بأيّ لفظٍ كان على الإيجاب مطلقاً في جميع العقود إلّا العقود الإذنيّة، حيث أنّ القبول فيها لمّا لم يكن مطاوعة فعل الإيجاب، بل كان محض الرضا بفعل الموجب، فلا مانع عن تقديمه على الإيجاب، كما عرفته بما لا مزيد عليه.

[في اعتبار الموالات بين الإيجاب و القبول]

قوله ﷺ: «ومن جملة شروط العقد الموالاة بين إيجابه وقبوله ... إلى آخره»[1].

هذا هو الشرط الثالث الذي اعتبروه في العقود، وليعلم أنّ الموالات تختلف عرفاً بحسب الموارد، فالمعتبر منها بين حروف الكلمة الواحدة شيء، وما يعتبر منها بين كلمات جملة واحدة شيء آخر، وما يعتبر منها بين آيات سورة واحدة شيء

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٥٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

ثالث، وما يعتبر بين أجزاء الصلاة كالقرائة والركوع ونحوهما بمعنىٰ رابع، والغرض من اعتبار الموالات في كلّ مورد تعتبر فيه هو توقّف صدق الوحدة عليها، ودخلها في صدق الوحدة، ومن المعلوم اختلاف مراتب الفصل المضرّ في صدق الوحدة بحسب اختلاف مصاديق ما يصدق عليه الوحدة، فالمرتبة من الفصل المضرّ بصدق الوحدة بين الحروف لا تكون مضرّاً إذا كانت بين الكلمات.

ثمّ العقود باعتبار اشتراط الموالات فيها وعدمها تنقسم على أقسام ثلاثة:

الأوّل: العقود الإذنيّة.

الثاني: العقود العهديّة المعاوضيّة.

الثالث: العهديّة الغير المعاوضيّة.

أمّا القسم الأوّل فلا يعتبر فيها الموالات، كما لم يكن تقدّم الإيجاب فيها على القبول أيضاً شرطاً، وذلك لما عرفت من كفاية مطلق الرضا المبرز في قبولها، بل في الحقيقة ليست عقوداً، وإنّما تسميتها بـ«العقود» بنوع من التسامح، ولذلك لا يشملها عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود، هذا.

وأمّا القسم الثاني: فيعتبر فيها الموالات لوجهين:

أحدهما: راجع إلى ناحية السبب، وحاصله توقّف صدق العقد على الموالات؛ لأنّه عبارة عن الأمر القائم بالمتعاقدين الحاصل بفعلهما، بحيث يكون الفعلان فعلاً واحداً، إذ لا فرق في اعتبار الوحدة في الشيء الصادر عن فاعل واحد أو الصادر عن أكثر؛ إذا كان كلّ واحد دخيلاً في تحقّقه، فهذا العقد الصادر إيجابه عن الموجب وقبوله عن القابل شيء واحدٌ لابدّ في صدق وحدته من إعتبار الموالات بين إيجابه وقبوله، بحيث يصيرا جزئين للمركّب عرفاً، ومع الإخلال بها فلا يصدق عليه العقد عرفاً، فلا يكون مشمولاً لعموم دليل وجوب الوفاء، أو التجاره أيضاً، وأمّا ما في المتن

من التفكيك بين عموم دليل وجوب الوفاء[١]، وبين عموم الحلّ[٢] والتجارة[٣] بالمنع عن شمول الأوّل للفاقد للموالات دون الثاني، فمدفوعٌ.

أمّا أوّلاً فلعدم التفكيك بين دليل الصحّة، أعني عموم الحلّ والتجارة، وبين دليل اللزوم، أعني عموم وجوب الوفاء، بل كلّ ما يشمله الأوّل يشمله الأخير وبالعكس.

وأمّا ثانياً فلأنّ الموالات كما هو معتبر في صدق العقد عرفاً كذلك يكون معتبراً في صدق البيع والتجارة؛ إذ البيع والتجارة كالعقد أيضاً أمرٌ وحداني، قائم بشخصين، لابدّ في تحقّقهما عنهما من إعتبار الوحدة المتوقّفة على الموالاة.

و بالجملة فاعتبار الموالاة في هذا القسم من العقود نشأ عن إعتبار الوحدة فيها، كما في المستثنى والمستثنى منه، حيث إنّ خروج الكلام عن الكذب دعى إلى إعتبار اتّصال المستثنى بالمستثنى منه، بحيث يعدّان معاً كلاماً واحداً؛ لأنّ للمتكلّم أن يلحق بكلامه ما يشاء من القيود مادام متّصلاً. وهذا بخلاف ما إذا انفصل القيد عن الكلام وانعقد ظهور كلامه في المطلق عن القيد؛ إذ لا يخرج القيد المنفصل مقيّده عن وصمة الكذب، ولذلك صار المستثنى منه أصلاً في اعتبار الموالاة فيه، هذا.

والوجه الثاني: راجع إلى ناحية المسبّب، وحاصله أنّ المسبّب في العقود المعاوضيّة عبارة عن خلع ولبس، بمعنىٰ أنّ كلّاً منهما يعطي شيئاً ويأخذ شيئاً آخر، بحيث يكون مجموع الإعطاء والأخذ هو المسبّب الواحد، ومع الفصل بين الإعطاء والأخذ بما يخرج عن مصداق الواحد لا يعدّ مسبّباً واحداً، بل هو إعطاء شيء مستقلّ، وأخذ شيء آخر كذلك.

وأمّا القسم الثالث: فيعتبر فيها الموالاة، لكن من ناحية السبب لا من ناحية

---

١. المائدة (٥): ١.

٢. البقرة (٢): ٢٧٥.

٣. النساء (٤): ٢٩.

المسبّب؛ إذ لا معاوضة فيها لكي يتوقّف تحقّقها على صدق الوحدة على مجموع الإعطاء، والأخذ المتوقّف على الموالاة.

فتحصّل أنّ القسم الأوّل من العقود لا يعتبر الموالاة فيها، والقسم الثاني يعتبر فيها الموالاة من جهتين، والقسم الثالث ما يعتبر فيها من جهة واحدة.

[في اشتراط التنجيز في العقود]

قوله ﷺ: «ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز... إلى آخره»[1].

قد عرفت فيما سبق آنفاً أنّ التعليق تارةً يكون في الإنشاء وأُخرى يكون في المنشأ، والمراد بالأوّل هو ما كان التعليق في ناحية الإيجاد بأن كان إيجاد البيع وإنشائه معلّقاً على أمرٍ بحيث لولا المعلّق عليه لم يكن إيجاداً، كما إذا علّق ضربه الخارجي مثلاً على كون المضروب زيداً، بحيث لو لم يكن المضروب زيداً لم يكن الضرب الصادر منه ضرباً، وهذا النحو من التعليق مستحيل عقلاً؛ لأنّ الضرب الخارجي إذا تحقّق فقد تحقّق، كان المضروب زيداً أو لم يكن، غاية الأمر لو ضربه بقصد كونه زيداً فبان أنّه ليس بزيد يكون من باب التخلّف في الداعي، لا أنّ الضرب الخارجي يسلب عنه الضرب، ومن ذلك ما إذا أذن زيداً بدخول داره بتخيّل أنّه صديقه فبان أنّه عدوّه، حيث أنّ الرضا الشخصي الصادر منه لم ينقلب بعدمه، فيجوز لزيد أن يدخل داره بذاك الإذن ولو كان هو يعلم بأنّه عدوّه.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٦٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

نعم، إذا أذن الصديق بالدخول وكان الإذن عامّاً ويعلم زيداً بأنّه لا يكون صديقاً له، فلا يجوز له الدخول ولو كان الآذن اعتقد كونه من أصدقائه.

وبالجملة، فالتعليق في الإيجاد والإنشاء مستحيل عقلاً، والمراد بالتعليق بالمنشأ هو ما إذا كان المنشأ بالإنشاء والموجود بالإيجاد معلّقاً على أمرٍ على نحو إنشاء الواجب المشروط، وهذا أمر ممكنٌ معقولٌ. كيف وجميع القضايا الحقيقيّة المتداولة في كلّ العلوم إنّما هو من هذا القبيل، ومثال ذلك في باب المعاملات كالتدبير والوصيّة والنذر المعلّق على أمرٍ، مثل: إن رزقت كذا فعليّ كذا مثلاً.

ثمّ محلّ الكلام في التعليق هو الثاني، أعني التعليق في المنشأ، واستدلّ لبطلانه بوجوه مزيفة، والعمدة هو الإجماع، إلّا أنّه يجب بيان صور التعليق حتّىٰ يتّضح أنّ أيّ قسمٍ منه قام الإجماع على بطلانه قطعاً؟ وأيّ قسمٍ منه ممّا يشمله الإجماع ظاهراً؟ وأيّ قسمٍ منه يشكّ في دخوله تحت معقد الإجماع؟ وأنّ أيّ قسم منه خارج عن الإجماع قطعاً أو ظاهراً؟ فنقول: قسّم المصنّف ﷺ صور التعليق إلى ثمانية أقسام، وحاصل تقسيمه ﷺ هو أنّ التعليق إمّا على أمرٍ حالي، أو على أمرٍ استقبالي، وعلى كلا التقديرين فإمّا يكون المعلّق عليه مقطوع الوجود، أو يكون مشكوك الوجود، وعلى التقادير الأربع، فإمّا أن يكون المعلّق عليه ممّا يقتضيه إطلاق العقد لولا الاشتراط، أو لا يكون، وهذه أقسام ثمانية.

ولمّا كان الأمر الاستقبالي الذي يقتضيه إطلاق العقد نادراً جدّاً، بل لم يعلم له مثال إلّا في باب السلم، حيث إنّ وجود المسلم في رأس الأجل ممّا يقتضيه إطلاق العقد لولا اشتراطه، وهو أمر استقبالي بالنسبة إلى زمان العقد، فلا جرم يكون الأحسن أن يقسّم بوجه آخر، فيقال: المعلّق عليه إمّا حالي أو استقبالي، وعلى كلا التقديرين فإمّا يكون نفس الزمان، أو يكون زمانيّاً، وعلى الثاني - أعني ما إذا كان

زمانيّاً - فإمّا يكون محقّق الوقوع، أو يكون مشكوكاً، وعلى التقادير فإمّا يكون من ما يقتضيه العقد، أو لا.

أمّا المعلّق على الأمر الإستقبالي، فالظاهر قيام الإجماع على بطلانه بجميع أقسامه، إلّا أنّ بعضاً منها بالقطع وبعضاً آخر بالظهور.

وتوضيحه: أنّ الإجماع قام على بطلان الوكالة المعلّقة على الزمان المستقبل، مثل أنت وكيلي في يوم الجمعة في البيع، كما ادّعاه العلّامة على ما حكاه عنه في الكتاب[1]. فإذا كان التعليق على الزمان المستقبل باطلاً بالإجماع فيكون التعليق على الزماني المحقّق الوقوع كذلك أن يكن أولى، وإذا كان الزماني المحقّق وقوعه كذلك بالتساوي أو بالأولويّة، فيكون الزماني المشكوك حدوثه كذلك بطريق أولى قطعاً، فظهر أنّ هذه الصور من التعليق على الأمر الاستقبالي ممّا قام الإجماع على بطلانه، غاية الأمر أنّ الأولى منها، أعني ما كان التعليق على الزمان هو بنفسه مورد النصّ على الإجماع، والثانية منها أعني ما كان التعليق على الزماني المحقّق وقوعه على نحو الظهور؛ لمكان التساوي بينها وبين الصورة الأولى، والصورة الثالثة أعني ما كان التعليق على الزماني المشكوك على نحو القطع، من غير فرقٍ في هذه الصور الثلاث بين ما كان المعلّق عليه من مقتضيات إطلاق العقد أم لا؟ وإن كان مثال الأوّل أعني ما كان يقتضيه إطلاق العقد لا يوجد إلّا في الزماني فقط لا مطلقاً، بل على سبيل الندرة، وذلك كتوقّف صحّة عقد بيع السلم على أن لا يكون المسلم فيه عزيز الوجود، فإنّ إطلاق عقده يقتضي أن لا يكون نادر الوجود في رأس الأجل لو لا اشتراطه، فيكون شرطه من قبيل اشتراط ما يقتضي إطلاق العقد وجوده في الاستقبال.

فتحصّل أنّ التعليق مضرّ بصحّة العقد لو كان المعلّق عليه استقبالياً مطلقاً،

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٦٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم). راجع تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٦.

وأمّا إذا كان حاليّاً فإن كان زمانيّاً محقّق الوقوع وكان ممّا يقتضيه إطلاق العقد لولا اشتراطه، فهذا هو القدر المتيقّن عمّا هو خارج عن مورد الإجماع على بطلانه، ولكن إذا كان دخيلاً في صحّة الإنشاء، لا في صحّة مضمون العقد واقعاً.

وتوضيح ذلك: أنّ بعض الأُمور دخيل في صحّة البيع مثلاً بحسب الواقع، بمعنىٰ كون تحقّقه متوقّفاً عليه لكن إنشاؤه غير منوط به، وذلك ككونه عن المالك إلّا أنّ صحّة إنشائه لا يتوقّف على كونه من المالك، بل يصحّ من الفضولي أيضاً، وبعض الأُمور دخيل في صحّة الإنشاء، وذلك مثل الطلاق والعتق ونحوهما ممّا لا يقع فيه الفضولي، حيث إنّ صحّة إنشائهما تتوقّف على كونهما ممّن له العتق والطلاق، والقدر المتيقّن خروجه عن الإجماع هو التعليق على ما يتوقّف صحّة الإنشاء عليه، مثل: إن كان عبدي فهو حرٌّ وإن كانت زوجتي فهي طالق؛ وإن كان زمانيّاً مشكوك الوقوع وكان ممّا يتوقّف عليه صحّة الإنشاء أيضاً، فالظاهر خروجه أيضاً عن مورد الإجماع، كما إذا شكّ في كون العبد ملكاً له والمرأة زوجته، فيريد أن يعتق العبد ويطلّق الزوجة، فيصحّ تعليق الأوّل على ملكه والثاني على زوجيّته، وباقي الأقسام المتصوّرة من هذه القسم، أعني ما يكون المعلّق عليه أمراً حاليّاً محلّ الإشكال، ومنشؤه أنّ الظاهر أنّ الإجماع على اعتبار التنجيز في العقد ليس لأمر تعبّدي، بل الظاهر أنّ مدرك الإجماع هو مقارنة الأُمور الاعتباريّة المتحقّقة في عالم الاعتبار تشريعاً بالأُمور التكوينيّة التي تتحقّق في وعاء العين تكويناً، فكما أنّ الأمر التكويني مثل الضرب الصادر عن الفاعل حين يتحقّق لا محالة له نسبة إلى زمان، أو زماني مقارنيين معه أو سابقين عليه، أو لاحقين له، لكنّ الصادر عن الفاعل إنّما هو نفس الضرب، لا الضرب المقيّد بهذا الزمان أو الزماني، كما هو واضح، فكذلك في الأُمور الاعتباريّة فالبيع الصادر عن البايع لا محالة له نسبة إلى الزمان أو الزماني على حسب نسبة الضرب إليهما، لكنّ الصادر عن الفاعل هو

نفس البيع، لا البيع المقيّد، فعلى هذا فكلّ ما لم يتحقّق الإجماع على بطلانه يشكل الحكم بصحّته، لا من جهة قيام الإجماع على البطلان، بل لمكان الشكّ في شمول الإطلاقات له؛ لأنّها تشمل المتعارف من إيجاد الأُمور الإعتباريّة إلّا ما ثبت التعارف في تعليقه، وهو ما قدّمناه من التعليق على الزماني الحالي المحقّق وقوعه، أوالمشكوك حدوثه فيما إذا توقّف صحّة الإنشاء عليه.

والحاصل أنّ مقتضىٰ القاعدة عدم صحّة التعليق على الأمر الحالي مطلقاً إلّا القسم الواحد منه، وهو هذا المتقدّم ذكره. ووجه البطلان لا من جهة قيام الإجماع على بطلانه، بل لأجل الشكّ في شمول الإطلاقات له، وليعلم أنّهم يعبّرون عن الأمر المحقّق وقوعه بـ«الصفة» والظاهر أنّ مرادهم منها هو الزمان ثمّ يطلقونها على الزماني المحقّق الوقوع أيضاً.

قوله ﷺ: «والمسألة محرّرة في الأُصول ... إلى آخره»[1].

وحيث إنّه قد حقّقنا في موضعه من أنّ الأصل هو عدم الإجزاء إذا تبدّل رأي المجتهد، أو قلّد المقلّد مجتهداً آخر مخالفاً مع مجتهده السابق في الرأي، إلّا إذا ثبت الإجزاء بالدليل، وفي باب العبادات ادّعى الإجماع على الإجزاء، وأمّا في المعاملات فلم يثبت إجماع على الإجزاء، وعليه فالحقّ هو عدم جواز اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة مطلقاً.

[في المقبوض بالعقد الفاسد]

قوله ﷺ: «لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد ... إلى آخره»[2].

الكلام في هذه المسألة يقع تارة في جواز التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد من حيث حكمه التكليفي، وأُخرىٰ في الضمان وحكمه الوضعي.

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٧٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٨٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

أمّا الأوّل فربّما يقال بجواز التصرّف فيه نظراً إلى إذن المالك للقابض بأن يتصرّف فيه، ولكنّه فاسدٌ؛ لأنّ رضا الدافع وقع على التصرّف فيه بما هو ملك للقابض ولم يتحقّق منه الرضا على التصرّف فيه بما هو ملك له نفسه. ولا فرق فيما ذكرنا بين علم الدافع بفساد العقد أو جهله؛ لأنّه مع علمه بالفساد ولو لم يحصل منه الرضا بتصرّف القابض بما هو ملك له شرعاً، لكن يكفي في حصوله بتصرّف القابض بما صار ملكاً له عرفاً.

وبالجملة الرضا بتصرّف القابض فيما صار ملكاً له ولو بالتشريع لا يلازم الرضا بتصرّفه في ملك الدافع، والذي ينفع في إثبات جواز التصرّف هو الثاني دون الأوّل.

نعم، لو علم ولو من الخارج رضا الدافع في تصرّف القابض في مال الدافع عوضاً عن تصرّف الدافع في مال القابض، ولم يكن هذا الرضا من باب الجري على العقد، بل حدث من كلّ منهما في تصرّف الآخر على تقدير فساد العقد، والبناء على فساده جاز التصرّف حينئذ لكنّه خارج عن محلّ الكلام، كما لا يخفى.

وأمّا الثاني - أعني الضمان - فالحقّ ثبوته، كما هو المعروف المتسالم بين الأصحاب، واستدلّ له بقوله ﷺ: «على اليد ما أُخذت حتّىٰ تؤدّي»[1] فإنّه لمكان إسناد كلمة «على» في قوله: «على اليد» إلى العين الخارجي، أعني المكنّى بكلمة «ما» الموصولة، وظهور الظرف في كونه مستقرّاً لا لغواً؛ لاحتياج اللغو إلى التقدير؛ لكي يصير المحصّل «على اليد» ردّ «ما أُخذت» وهو خلاف الظاهر، بل الضاهر هو كون نفس «ما أُخذت» بنفسه «على اليد»، يستفاد منه الحكم الوضعي، لأنّ المقصود من استيلاء العين الخارجي على الشخص هو كون عهدته عليه، كما أنّ استيلاء الفعل على الشخص فيما إذا عبّر بكلمة «على»، وقيل: على الإنسان الصلاة ونحوه

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٤٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

هو الوجوب التكليفي، فلا وجه للمنع عن دلالته على الضمان بدعوىٰ دلالته على الحكم التكليفي بواسطة تقدير الردّ، فيدلّ على وجوب ردّ «ما أُخذت» تكليفاً من غير دلالته على الوضع.

ويدلّ على الحكم المذكور - أعني الضمان - الخبر الوارد في الأمة المبتاعة، حيث إنّ الحكم بضمان قيمة الولد يدلّ على ضمان الأصل أيضاً؛ لكون الولد من تبعات الأصل ومتفرّعاته، فيكون ضمانه تابعاً لضمانه، وما ذكرنا من الاستدلال بطريق الفرعيّة أولى ممّا استدلّ به في الكتاب بطريق الأولويّة؛ لإمكان منع الأولويّة.

[في الاستدلال بضمان قيمة الولد على ضمان العين]

قوله ﷺ: «وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء ... إلى آخره»[1].

لما استدلّ بضمان قيمة الولد على ضمان العين بالأولويّة، بل كان ضمانه عين ضمانها؛ لتبعيّة ضمانه لضمانها، وكان مبنى صحّة الاستدلال على أن يكون ضمان قيمة الولد بسبب اليد لا بسبب الإتلاف، أراد أن يبيّن أنّه ليس من قبيل الإتلاف.

وتوضيح المقام: أنّ منشأ الضمان قد يكون هو الاستيفاء، وقد يكون هو اليد، وقد يكون الإتلاف. مثال الأوّل ما إذا أكل مال الغير، كخبزه مثلاً، حيث إنّه باستيفائه يضمن قيمته، ومثال الثاني ما إذا تلف مال المغصوب عند الغاصب بتلف سماوي، حيث إنّه ليس في البين استيفاء ولا إتلاف، بل وقع التلف قهراً، وإنّما الضمان نشأ من اليد. ومثال الثالث ما إذا منع المالك عن التصرّف في ماله من دون تصرّفٍ منه فيه، ولا شبهة في ثبوت الضمان بالأوّلين، ولكن في ثبوته بالثالث بحث طويل، وفيه أقوال ثالثها التفصيل بين وقوع الإجارة على ما أتلف لا بالاستيفاء، وبين عدم وقوعها

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٨١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بثبوت الضمان في الأوّل دون الأخير، ولا يبعد أن يكون الأقوى هو الأخير، والتحقيق في ذلك موكول إلى محلّ آخر، وكيف كان فلا إشكال في أنّ استيلاد الأمة ليس من قبيل إتلاف منفعتها من دون استيفاءٍ أو يدٍ، وهذا ظاهر، وإنّما الكلام في تشخيص كونه من قبيل الاستيفاء أو من قبيل اليد، فإن كان من قبيل الاستيفاء فضمان المنفعة المستوفاة لا يستلزم ضمان العين، كما هو واضح، وإن كان لأجل اليد فاليد على المنافع بعين اليد على العين، فيكون ضمانها بعين ضمان العين، وهذا ما قلنا: من أنّ دلالة الرواية حينئذ ليست بمناط الأولويّة، بل إنّما هي بعين الدلالة على ضمان العين، وحينئذ فالمهمّ هو بيان كون المورد من أيّ قسم من القسمين المذكورين، فنقول: يحتمل أن يكون منشأ الضمان في المقام هو اليد، وذلك لأنّ الفعل الصادر عن المشتري الذي استولد الأمة هو الوطي، ويترتّب على الواطئ الحمل، ويترتّب على الحمل الولادة، فما استوفاه المشتري بالمباشرة هو الوطي لا الأخيرين، لكن يجب أن ينظر إلى أنّ ترتّب الحمل والولادة على الوطي هل هو من قبيل ترتّب المسبّبات التكوينيّة على أسبابها كترتّب الإحراق على الإلقاء، أو من قبيل ترتّب المعلول على علله المعدّة الذي يمكن أن يترتّب ويمكن أن لا يترتّب، فإن كان من قبيل الأوّل فيكون الحمل والولادة أيضاً مستوفى باستيفاء سببهما الذي هو الوطي، وإن كان من قبيل الأخير فليس بالنسبة إليهما استيفاء، لا بالمباشرة ولا بالتسبيب.

فلو كان حينئذ ضمان لابدّ أن يكون بسبب اليد، لكن لا ينبغي الإشكال في أنّ ترتّبهما على الوطي ليس من قبيل ترتّب المسبّبات على أسبابها التكوينيّة، بحيث كان الحمل بنفسه متعلّق إرادة الواطئ وكان فعلاً اختيارياً له، وهذا ظاهر جدّاً، وحينئذ فإمّا أن يكون الضمان على نفس الوطي أو يكون على ما يترتّب عليه، ومن المعلوم أيضاً أنّ ضمان قيمة الولد ليس ضمان قيمة الوطي، بل إنّما هو ضمان منفعتها التي

عبارة عن ولدها الذي هو كأبيه حرٌّ بحُكم الشارع، وحكمه صار منشأً لتلف المنفعة - أعني رقّيّة الولد - بحيث لولا حكمه بحرّيّته يحكم على الرقّيّة بتبعيّة أُمّه، ولم يكن تالفاً، فهذه المنفعة - أعني الولد - كالتالف، أعني تلف بحكم الشارع لا المتلف، أي ليس سبب استيفاء المستوفى إيّاها، ويكون نظير تلفها بسببٍ سماوي، وليس الضمان حينئذ إلّا بسبب اليد، هذا.

ويحتمل أن يكون منشأ الضمان هو الاستيفاء، وذلك لأنّ ما ذكر في احتمال كونه بسبب اليد وإن كان قويّاً متيناً إلّا أنّه دقّةٌ عقليّة، ولا شبهة في أنّ المرجع في مثل المورد هو العرف، ولا ينبغي التأمّل في حكم العرف باستيفاء الولد، والحمل وإن لم يكن بالدقّة كذلك، وأقوى الاحتمالين هو الأوّل، وذلك لأنّ العرف إنّما يكون هو المحكّم في تشخيص المفهوم، وأمّا في تطبيق المفهوم على المصداق وتعيين المصداق فلا سبيل إلى الرجوع إليه، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ لأنّ الشكّ في كون المورد من موارد المسبّبات التوليديّة بعد تبيّن مفهومها شكّ لا في أصل مفهومها، فحينئذ فالأقوى صحّة التمسّك بالخبر لتبيّن كون ضمان قيمة الولد باليد لا بالاستيفاء.

[قاعدة ما يضمن بصحيحه]

قوله ﷺ: «وكيف كان فالمهمّ بيان معنى القاعدة ... إلى آخره»[1].

لمّا خرج عن عموم «على اليد» ما إذا كان استيلاء المستولي على مال الغير بتسلّطٍ من مالكه، إمّا بالتخصيص أو بالتخصّص، وكان الخارج بأحد النحوين هو التسليط المجّاني لا مطلقاً احتيج إلى تمهيد قاعدة لتمييز موارد التسليط المجّاني عن

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٨٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

غيره لتميّز موارد ما كان داخلاً في عموم «على اليد» عمّا كان خارجاً عنه بالتخصيص أو التخصّص فلا جرم مهّدوا هذه القاعدة فلابدّ من التكلّم فيها في مقامين:

الأوّل: في بيان معنى القاعدة أصلاً وعكساً.

والثاني: في بيان مدركها.

أمّا الأوّل: فنقول: كلمة «ما» في قولهم - رضوان الله عليهم -: «**ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده**»[1] موصلة يراد بها ما ينبيها الصلة المذكورة بعدها، وتكون في التوسعة والضيق تابعة لسعة الصحّة وضيقها، كما هو اللازم من إبهامها وحاجتها في التعيين إلى الصلة.

والضمان مأخوذ من دخول شيء في شيء، كما يقال على الدلالة التضمينيّة: إنّها دلالة بالتضمّن؛ لمكان دخول المدلول التضمّني في مدلول المطابقي، وكون الدلالة عليه في ضمن الدلالة المطابقيّة، والمراد به هو تعهّد الإنسان لمال شخصٍ آخرٍ وإنّما سمّي ضماناً؛ لدخول المال المضمون في ذمّته، وصيرورته كالجزء منها. و«الضمان» يمكن أن يكون بالمعنى المصدري، أعني فعل المتعهّد وجعل الشيء في العهدة، ويمكن أن يكون بمعنى الاسم المصدري، أعني نتيجة المعنى المصدري.

وكلمة «يضمِن» في قولهم: «ما يضمن» يحتمل المعنيين، لكنّ الظاهر منه هو معنى الاسم المصدري، وذلك بواسطة التعبير بكلمة «يضمن» على صيغة المجهول المتأخّر بالرتبة عن صيغة المعلوم، كما لا يخفى، فيكون المراد بـ«الضمان» في تلك القاعدة مغايراً مع ما أُريد منه في قاعدة: «الخراج بالضمان»[2] حيث كان المراد منه فيها هو المعنى المصدري، ولذا يحكم بضمان البغل من يوم المخالفة حسبما في

---

١. للمزيد راجع القواعد الستّة عشر، ص ٢٠، القاعده ٦، ورسالة قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسدة».

٢. سنن ابن ماجة، ج ٣، ص ٥٧٦، ح ٢٢٤٢؛ غوالي اللآلي، ج ١، ص ٥٧، ح ٨٣؛ مستدرك الوسائل، ج ١٣، ص ٣٠٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، ح ١٥٤٢٨.

صحيحة أبي ولّاد[1]، وقد فهم منه أبو حنيفة معنى الاسم المصدري، ولذا وقع فيما وقع، وقد تقدّم توضيح ذلك وسيأتي إن شاء الله.

والحاصل أنّ المراد بـ«الضمان» نفس التعهّد بمعنى الاسم المصدري الذي هو ملزوم لكون درك المضمون عليه وخسارته من ماله، وكينونيّة الدرك عليه من لوازمه، ومنه يظهر أنّ تفسير المصنّف للضمان بأنّه كون «درك المضمون عليه» تفسير باللازم، لا أنّه تعبيرٌ عن نفس حقيقة الضمان، فليس كون درکه في ماله نفس حقيقة الضمان، فضلاً عن اعتباركونه في ماله الأصلي، ثمّ لازم تعهّد الشيء هو لزوم خسارته عليه في ماله، إلّا أنّه إذا كان تعهّده بعقد معاوضي صحيح إمضاء الشارع يكون تداركه بأداء عوضه المسمّى، وإذا كان بعقد فاسد غير ممضى من الشارع يكون تداركه بالمثل، أو القيمة، أو بأقلّ الأمرين من أحدهما، أو المسمّى، كما في تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض، وهذه الاختلافات إنّما هي في لوازم الضمان ناشئة عن الاختلاف في سبب الضمان، وليس اختلافاً في الحقيقة، بل الضمان في جميع الصور بمعنىً واحد وهو التعهّد المذكور، ومنه يظهر ضعف احتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفساده» هو الضمان بالمسمّى؛ لكونه في العقد الصحيح بهذا المعنى لكي يتطابق الضمان في الجملتين - أعني: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

ووجه الضعف هو منع اختلاف معنى الضمان إذا كان تداركه في إحدى الجملتين بأداء المسمّى، وفي الأُخرى بأداء المثل أو القيمة؛ لما عرفت من أنّ هذا اختلاف في لازم الضمان، لا فيه نفسه.

وأمّا ما ذكره المصنّف ﷺ في طيّ دفعه بقوله: لا لأنّ الضمان بالمسمّى يخرجه من فرض الفساد؛ إذ يكفي في تحقّق فرض الفساد بقاء كلٍّ من العوضين على ملك

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٩٠، باب الرجل يكتري الدابّة...، ح ٦؛ وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١١٩، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة، ح ١.

مالكه وإن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضيّة، نظير المعاطاة على القول بالإباحة، فلا يخفى ما فيه من المناقشة؛ لأنّ لزوم التدارك بالمسمّى من لوازم كون العقد ممضى عند الشارع، ففرض فساد العقد مع لزوم التدارك بالمسمّى متناقضان.

وأمّا تنظيره ﷺ بالمعاطاة على القول بالإباحة ففيه: أنّ الإباحة أجنبيّة عن المقام؛ لما عرفت من أنّ صحّة تصوير القول بالإباحة تتوقّف على القول بأنّ المتعاطيين إنشآء الإباحة بالتسليط الخارجي، مع كون الداعي هو البيع، فكان صدور الإباحة عنهما من باب تخلّف الداعي، والمفروض أنّ الشارع أمضى فعلهما، فليس الصادر عنهما فاسداً أصلاً، هذا.

ومع فرض المنع عمّا ذكرناه في تصوير القول بالإباحة، فلا إشكال أنّ فعلهما الصادر منهما ممضاء بكاشفيّة السيرة فيكون صحيحاً لا محالة، فضمان المسمّى فيها نشأ عن إمضاء معاملتهما بأيّ وجهٍ تريد أن تقول في صحّته، وأين هذا من العقد الفاسد الغير الممضى، وهذا ظاهر، وربما يقال بأنّ لازم معنى الضمان هو تعهّد المثل أو القيمة حتّىٰ في العقد الصحيح، بمعنىٰ أنّ المال الواقع عليه العقد قبل وصوله إلى من انتقل إليه يكون مضموناً على من انتقل عنه، وإذا قبضه المنتقل إليه ينتقل الضمان إليه، ومعنى ضمانه هو وجوب ردّ مثله أو قيمته لو ارتفعت المعاملة برافع من فسخٍ أو إقالةٍ، وكان بعد تلف المال المقبوض، ولكنّه مدفوعٌ بأنّ المحقّق هو ثبوت الضمان من أوّل القبض إلى آخر التلف، غاية الأمر يكون ضمانه على القدر المشترك بين المسمّى والمثل أو القيمة طولاً ما دام بقاء العين يكون ضمانه بالمسمّى، وبعد تلفه ينتقل إلى المثل أو القيمة، كما لا يخفى.

ثمّ إنّك قد عرفت من أنّ الموصول في العموم والخصوص يتبع الصلة، فحينئذ يجب أن يبيّن المراد من قولهم: يضمن بصحيحه؛ لكي يتبيّن المراد من الموصول.

فنقول: المراد به هو العقود المعاوضيّة وما يلحقها من الإيقاعات المشتملة على المعاوضة كالخلع والجعالة، أمّا الخلع ففيما إذا بطل، بحيث لم يسلّم عوض المال المبذول إلى الزوجة، وهو تخليص نفسها عن الزوجيّة، وحينئذ يدخل تحت تلك القاعدة، أعني: «ما يضمن بصحيحة يضمن بفسادة»[1] فإنّ المرأة لم تسلّط الزوج على مالها مجّاناً، بل بعوضٍ وهو خلاص نفسها، ولم يسلّم إليها، فيكون من الموارد التي لم يقع التسليط عن المالك مجّاناً وبلا عوض.

وقد عرفت أنّ الغرض من تأسيس هذه القاعدة أصلاً وعكساً هو تمييز موارد التسليط المجّاني عن غيره حتّىٰ يعلم مورد بقاء المأخوذ باليد تحت عموم «على اليد»[2] ومورد الخروج عن عمومه بالتخصيص أو التخصّص، وظهر أنّ التسليط في مورد الخُلع ليس مجّانيّاً، لكي يكون خارجاً عن عموم «على اليد»، وهكذا الكلام في الجعالة، وأمّا إذا كان بطلان الخلع والجعالة لأجل ظهور كون المال المبذول ملكاً لغير الباذل - أعني المرأة في الخلع، والمالك في الجعالة - فهو خارج عن مورد القاعدة؛ إذ لم يتحقّق حينئذ عن المالك تسليط حتّىٰ يبحث عنه في كونه مجّانيّاً أو مع العوض، بل لا إشكال في ضمان القابض لمالكه الأصلي بمقتضي عموم «على اليد»، كما لا يخفى.

فتحصّل من جميع ما ذكرناه أنّ حقيقة الضمان هو تعهّد مال الغير ودخوله في عهدته، وأمّا لزوم تداركه عليه فهو من لوازمه، وليس نفس حقيقته فضلاً عن كونه بعوضه الواقعي أو بالمسمّى من ماله الأصلي أو غيره.

وربما يقال: - كما عن *المقابيس* - بانتقال المال المضمون إلى الضامن آناً ما؛

---

١. تقدم قُبيل هذا.

٢. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ٦٠١ و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

لوقوع تلفه منه، ثمّ اشتغال ذمّته بالمثل أو القيمة[1]. وبعبارة أُخرىٰ من ثبوت الاشتغال بالمثل أو القيمة يستكشف آناً بانتقال المال إلى الضامن بعوضه الواقعي ثمّ وقوع تلفه منه، نظير ما تقدّم في المعاطاة؛ بناءً على القول بالإباحة، ولكنّه فاسدٌ؛ لعدم الموجب لتقدير الملك الإعوجاجي والملكيّة آناًما، بل يمكن أن يقال: ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة يكشف عن بقاء التالف على ملك مالكه الأوّل، ولمكان بقائه على ملكه وتلفه عند القابض يجب عليه الغرامة بالمثل أو القيمة.

وأمّا ما تقدّم في المعاطاة من الحاجة إلى التقدير فقد عرفت أنّه لمكان أحد الأمرين من لوازم الملكيّة أو ملزوماتها، وبعبارة أُخرىٰ تكون الحاجة إلى التقدير في أحد موردين: أحدهما: مورد الحكم بتحقّق علّة الملكيّة.

وثانيهما: مورد الحكم بتحقّق معلولها. وفي المقام ليس شيئاً منهما بمتحقّقٍ؛ لأنّ الحكم بضمان المثل أو القيمة لا يلازم الملكيّة بوجهٍ من الوجوه، بل يلازم عدمها، كما قدّمناه، وبالجملة: فهذا الاحتمال ضعيفٌ في الغاية. هذا كلّه في قولهم: «ما يضمن».

وأمّا كلمة «بصحيحة» فالمعروف هو التعبير بالباء، وربما يبدّل الباء بالفاء، ووجه التبديل هو أنّ سبب الضمان في العقد الصحيح هو العقد وفي الفاسد هو القبض، فلو عبّر في كلتا الفقرتين بالفاء لصحّ التعبير لصحّة تحقّق الضمان في الصحيح والفاسد، وإن كان منشأ الضمان في الأوّل هو العقد وفي الثاني القبض، ولو عبّر بالباء السببيّة يلزم التفكيك، إذ لا يصحّ التعبير بالباء في العقد الفاسد، أعني قولهم: «يضمن بفساده».

وكان منشأ هذا هو توهّم كون المراد من السببيّة هو التامّة منها، ففيه:

أوّلاً أنّ المراد بها ما هو الدخيل في الضمان، ولا ريب أنّ العقد الفاسد أيضاً له

---

١. مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، ص ١٧٣.

دخل في الضمان من حيث كونه منشأً للتسليط المعاوضي، فيصحّ التعبير بالباء السببيّة في الصحيح والفاسد معاً.

وثانياً في العقد الصحيح أيضاً يكون السبب هو القبض، لمكان كون التلف قبل القبض ممّن انتقل عنه، فليس هو أيضاً سبباً تامّاً.

ثمّ العموم في العقود يحتمل أن يكون باعتبار النوع، بمعنىٰ أن يكون المراد كلّ نوع من العقد يكون في صحيحه الضمان ففي فاسده الضمان.

ويحتمل أن يكون باعتبار الصنف، أي كلّ صنفٍ من العقود فيه أفراد صحيحة وأفراد فاسدة، ويكون في أفراده الصحيحة ضمانٌ ففي أفراده الفاسدة ضمان أيضاً.

ويحتمل أن يكون باعتبار الشخص، بمعنىٰ أنّ كلّ شخص من العقد إذا فرض أن يكون صحيحاً وكان على فرض صحّته فيه الضمان، فهو على فرض فساده أيضاً فيه الضمان.

والمختار عنده قدس سره هو الاحتمال الثاني، وحكى الاحتمال الأخير عن بعضٍ، وضّعفه بأنّ الظاهر من هذه القضيّة - أعني قضيّة ما يضمن بصحيحه - هو أن يكون الموضوع هو العقد الذي له أفراد صحيحة وأفراد فاسدة، لا فرض صحّة شخص عقد تارة وفرض فساده أُخرىٰ، فحينئذ فلا يستقيم حملها على الاحتمال الأخير، بل لابدّ من الحمل على أحد الأوّلين، وحيث أنّ الحمل على النوع بعيد أيضاً فالمتعيّن هو الحمل على الصنف، وهو الاحتمال الثاني.

ثمّ نقل وجه احتمال الأخير بما محصّله أنّ منشأ الضمان في العقد الفاسد هو الإقدام، وهو يلائم مع الاحتمال الأخير؛ لأنّ منشأ ضمان شخص العقد الصادر لو كان صحيحاً هو الإقدام، وهو موجود في صورة فساده، فالبيع مع الثمن لو كان صحيحاً يضمن؛ لمكان الإقدام، ففي فاسده أيضاً كذلك، والبيع بلا ثمن لو كان صحيحاً ليس فيه الضمان؛ لمكان انتفاء الإقدام، ففساده أيضاً كذلك.

ثمّ أورد عليه بأنّ الكلام في القاعدة نفسها والإقدام مدرك للقاعدة، وهو خارج عن محلّ الكلام.

ولا يخفى أنّ التحقيق هو ما احتمله ذاك البعض، وهو الاحتمال الأخير من جهة كونه الظاهر من القضيّة أوّلاً، ولزوم التصرّف فيها لو كان الظاهر منها غير ذلك؛ لكي توافق مع مدركها ثانياً.

أمّا الأوّل فلأنّ قضية «كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» نظير جميع القضايا الحقيقيّة في كونها منحلّة إلى شرطيّة شرطها عقد وضعها وجزائها عقد حملها، فمعنى: «ما يضمن بصحيحه» هو أنّه لو وجد عقداً وكان على تقدير وجوده وصحّته ممّا فيه الضمان، فهو على تقدير وجوده وفساده أيضاً فيه الضمان، وهذا المعنى الذي هو الظاهر من القضيّة الحقيقيّة ظاهر الانطباق على الاحتمال الأخير، كما لا يخفى.

وأمّا الثاني فلأنّ هذه القضيه بألفاظها ليست واردة في نصٍّ من كتابٍ أو سنّةٍ، بل إنّما قاعدة استخرجت من مدركها، فالمتّبع حينئذ هو المدرك، ومدرك هذه القاعدة هو الإقدام وإذا كان المدرك مقتضياً للاحتمال الأخير يتعيّن الحمل عليه ولو كان اللفظ ظاهراً في غيره.

وممّا ذكرناه يظهر أيضاً عدم الفرق في اقتضاء الصحيح للضمان بين أن يكون للعقد بنفسه أو يكون من ناحية الشرط المتحقّق في ضمنه، لأنّ الملاك في ثبوت الضمان في فاسدٍ ما لو كان صحيحاً لكان فيه الضمان هو الإقدام، ولو كان مقتضى الشرط هو المجّانيّة فلو فرض صحّة العقد المشروط به ولم يكن على تقدير صحّته فيه الضمان فليس فيه على تقدير فساده أيضاً ضمان؛ كما في مثل البيع بلا ثمن والإجارة بلا أُجرة، ولو كان مقتضى العقد لو لا الشرط هو المجّانيّة، وكان مقتضى

الشرط هو الإقدام المعاوضي، وكان العقد المشروط على تقدير صحّته موجباً للضمان، ففي فساده أيضاً يكون الضمان، وذلك كالهبة المشروطة بالعوض، حيث إنّ الهبة لولا الشرط لا تقتضي الضمان، وشرط العوض موجب للإقدام على المعاوضة، فيكون فيه الضمان المعاوضي على تقدير الصحّة، ويكون على فرض الفساد أيضاً موجباً للضمان.

وهذا هو الوجه في الحكم بأقلّ الأمرين من المسمّى أو المثل في تلف الموهوب بشرط التعويض قبل الدفع؛ لأنّه لولا الشرط لكان الواهب مقدماً على المجّانيّة، لكن بالشرط خرج عن المجّانيّة وتحقّق الإقدام المعاوضي، لكن إذا كان المسمّى أقلّ من المثل ما تحقّق الإقدام إليه هو المسمّى، فيكون الزائد من المسمّى ممّا أقدم إليه مجّانيّاً، فيتعيّن الضمان حينئذ بالنسبة إلى خصوص مقدار المسمّى، وإذا كان المثل هو الأقلّ يجب دفع المثل؛ لأنّ المسمّى الأكثر عن المثل لا يتعيّن على المتّهب دفعه إلى الواهب؛ لكونه مخيّراً بين دفع العين أو حفظها ودفع المسمّى، ومع تلف العين لا ملزم لتعيّن دفع المسمّى، بل التخيير باقٍ بين دفعها بدفع المثل أو القيمة وبين دفع المسمّى.

والحاصل أنّ ملاك القبول بدفع أقلّ الأمرين هو القول باقتضاء الشرط للضمان؛ إذ ليس في عقد الهبة اقتضاء ضمان.

لكن ينبغي أن يعلم أنّ الشرط على قسمين: فمنه ما يكون من قبيل شرط عدم الثمن في البيع وعدم الأُجرة في الإجارة، ومنه ما يكون من قبيل شرط كون تلف المبيع على البايع بعد قبض المشتري إيّاه، وكون الشرط مقتضيّاً للضمان يتمّ في الأوّل، فإنّ البيع من حيث نفسه لولا الشرط يقتضي الضمان؛ لكونه مبادلة مالٍ بمالٍ، وإذا اشترط فيه عدم الثمن يكون الشرط موجباً لعدم الإقدام على الضمان، فيقع باطلاً على قولٍ، أو هبةٍ مجانيّة على قولٍ آخر، بناءً على جواز إيقاع العقود بالألفاظ المجازيّة، فإنّ المراد من البيع حينئذ هو الهبة، ويكون الشرط قرينة عليه،

فنفس الشرط يوجب الإقدام على المجّانيّة، فإن كانت هبة صحيحة فلا ضمان فيها، وإن كانت فاسدة فلا ضمان أيضاً؛ لأجل عدم الإقدام.

وأمّا في القسم الثاني فلم يقع الإقدام على المجّانيّة، فإنّ البايع مقدم على أخذ العوض، غاية الأمر اشترط ضمانٍ في ضمانٍ، لا أنّه شرط لعدم الضمان، كما في الأوّل، والمدار في الضمان وعدمه على الإقدام على المعاوضة وعدمه، وإذا تحقّق الضمان المعاوضي فهذا العقد على تقدير صحّته يكون فيه الضمان، فهو على فرض فساده أيضاً موجب للضمان.

فتحصّل من جميع ما ذكرناه معنى المراد من ألفاظ تلك القاعدة من أنّ المراد بالموصول فيها هو العقد أو الإيقاع المشتمل على المعاوضة كالخلع، وبالضمان هو نفس تعهّد الشيء ودخوله في عهدته، وبالباء في «بصحيحه» هو السببيّة الناقصة، وأنّ مورد القاعدة إنّما هو فيما إذا تحقّق مقتضى الضمان، ويكون الغرض من تأسيسها هو بيان المائزبين ما فيه الضمان وبين ما ليس فيه من الضمان في مورد تحقّق مقتضيه، وليس المقصود من مقتضي الضمان هو خصوص اليد، بل المراد منه هو الأعمّ منه ومن الإتلاف والاستيفاء.

فكلّ مورد تحقّق فيه مقتضى الضمان من يدٍ أو استيفاء، فإن كان من موارد تسليط المالك مجّاناً فلا ضمان فيه، وإن كان من موارد تسليطه بعوضٍ ففيه الضمان.

[أُمور في قاعدة ما يضمن بصحيحه]

وليعلم أنّه يعتبر في مورد القاعدة أُمور:

[الأمر] الأوّل: هذا الذي ذكرآنفاً من كون موردها فيما تحقّق فيه مقتضى الضمان من اليد أو الإتلاف أو الاستيفاء، فخرج مثل السبق والرماية الفاسدة؛ إذ ليس فيها ضمان على الآمر، مع أنّ في صحيحها الضمان.

ووجه خروجها هوانتفاء مقتضى الضمان؛ إذ لم يعد عمل العامل إلى الآمربوجهٍ، ولم يتحقّق من الأمس ما يوجب الضمان من يدٍ أو إتلافٍ أو استيفاء، فلا موجب للضمان.

وأمّا وجه الضمان في صحيحها فلورود الدليل عليها على خلاف القاعدة، ولذا يقتصر على مورد الدليل.

[الأمر] الثاني: أن يكون مقتضى الضمان في مصبّ العقد ومتعلّقه، بأن تكون نفس ما تعلّق به العقد وقع تحت اليد أو صار مستوفى، أو ورد عليه الإتلاف ولو لم يكن كذلك، بل تحقّق موجب الضمان بالنسبة إلى تبعات متعلّق العقد، كمنافع العين التي تعلّق بها البيع؛ حيث إنّ المنفعة في البيع ليست متعلّقة للعقد، ولا يبذل بإزائها الثمن، بل الثمن يقع بإزاء العين وإن كان يتفاوت ثمنها بواسطة المنفعة؛ لتفاوت الرغبة بالنسبة إلى العين بواسطة التفاوت في منفعتها لكان خارجاً عن مورد تلك القاعدة، فلا يرد النقض بضمان المنافع التي لم يستوفها؛ فإنّها غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنّها مضمونة في العقد الفاسد، وذلك لأنّ تلك المنافع ليست متعلّقة العقد حتّى يكون ضمانها في حال فساد العقد مع ضمانها في حال صحّته نقضاً للقاعدة.

الأمر الثالث: أن يكون الإقدام على المعاوضة من مقتضيات العقد نفسه أو الشرط المشتمل عليه، فلوكان العقد هوبنفسه أوبالشرط المذكورفي ضمنه مقتضياً للضمان ثمّ تعقّب بشرط آخر دافع للضمان، فلا يخلو إمّا أن يكون مدلول الشرط الثاني رفع ما اقتضاه العقد بنفسه أو بشرطه المذكورفيه، كما إذا شرط عدم الثمن في البيع فقال: بعتك بكذا بشرط أن لا يكون الثمن لك.

وإمّا يكون مدلول الشرط رفع لازم الضمان الذي اقتضاه العقد بنفسه أو بشرطه المذكورفيه أوّلاً، كما إذا باعه وشرط أن يكون درك المبيع على البايع بعد قبض المشتري.

ففي الأوّل يندرج تحت القاعدة دون الثاني؛ إذ شرط الثاني لا يكون رافعاً للضمان الذي اقتضاه العقد، بل هو رافع للازمه، أعني كون درك المال المبيع على المشتري،

ورفع اللازم لا يوجب رفع الملزوم، والمناط في ثبوت الضمان هو انتفاء الإقدام على التسليط المعاوضي، فلا موجب لعدم الضمان في العقد المشروط به، سواء كان صحيحاً أو فاسداً، فلا يرد النقض على القاعدة بما إذا اشترط ضمان المبيع على البايع بتوهّم أنّ صحيحه لا يوجب الضمان مع أنّ فاسده موجب له، وذلك لثبوت الضمان في صحيحه وفاسده، هذا.

وأمّا في مثل بعتك بلا ثمن، أو آجرتك بلا أُجرة، ففي كونه باطلاً لمنافاة الشرط مع مقتضى العقد، أو صحيحاً يحمل الأوّل على الهبة والثاني على العارية؟ وجهان: بل قولان: مبنيّان على صحّة إيقاع العقد بالألفاظ المجازيّة، فإنّ الشرط قرينة على إرادة الهبة من البيع والعارية والإجارة لأخذ العوض في مفهومها.

والتحقيق هو البطلان مطلقاً، سواء قلنا بصحّة العقد بالألفاظ المجازيّة أم لا، أمّا على الثاني فواضحٌ، وأمّا على الأوّل فلأنّه على تقدير القول به يقتصر على ما إذا لم يكن الإنشاء بالألفاظ الدالّة على ما يضادّ المعنى الحقيقي، مثل إنشاء البيع بلفظ الهبة، أو الهبة بلفظ البيع ممّا يكون مدلول القرينه منافياً لمقتضي العقد، بحيث يوهم اندراجه تحت الشرط المخالف للعقد، بل كان مثل لفظ «نقلت» وأشباهه من الألفاظ المجازيّة التي كان المانع عن انعقاد العقد بها كون معناها معنى جنسيّاً مشتركاً محتاجاً إلى انضمام فصل إليه المستلزم لتدريجيّة إيجاده المنافي مع بساطته، كما تقدّم.

[عكس قاعدة ما يضمن بصحيحه]

هذا كلّه تمام الكلام في معنى أصل القاعدة، أعني «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»[1]، ومنه يظهر معنى عكسها أيضاً، أعني «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، وحاصله أنّ كلّ شخصٍ من عقدٍ أو إيقاع إذا فرض صحّته ولم يكن

١. تقدّم في ص ٣٤٥.

على فرض صحّته موجباً للضمان فهو على تقدير فساده أيضاً لا يوجب الضمان، وذلك لكون منشؤ عدم الضمان في صحّته -مع وجود مقتضاه من اليد، أو الإتلاف، أو الاستيفاء- إنّما هو تسليط المالك مجّاناً، وهذا الملاك بعينه موجود في فاسده أيضاً، فمقتضى عدم الضمان في الصحيح والفاسد شيء واحد، وهو التسليط المجّاني من غير أولويّة في فاسده على صحيحه، ومنه يظهر أنّ دعوى أُولويّة عدم الضمان في الفاسد من الصحيح لا ترجع إلى محصّل.

ثمّ إنّ الأُمور المعتبرة في أصل القضيّة معتبرة هناك أيضاً حرفاً بحرفٍ، فيعتبر في عكس القاعدة من تحقّق مقتضى الضمان من يدٍ ونحوه، ومن كون العقد بنفسه أو بشرطه رافعاً للضمان، لا أن يكون بنفسه أو بشرطه موجباً له، واشترط فيه ما يوجب رفع لازم الضمان المحقّق بالعقد، بحيث يكون مفاد الشرط ضمان في ضمانٍ، لا رفع الضمان.

[أُمور في عكس قاعدة ما يضمن بصحيحه]

لكنّه ربما يورد على عكس القضيّة بأُمور:

منها: ضمان العين المستأجرة، حيث إنّه على المستأجر في الإجارة الفاسدة، مع أنّه لا يضمنها في الإجارة الصحيحة، فلم يصدق «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، وقد اختار الضمان صاحب *الرياض*[1] تبعاً للمحقّق الأردبيلي[2] - قدّس سرّهما - وحكي نسبته إلى المشهور عن المحقّق المذكور، وإن حكي عن المحقّق الثاني نسبة عدم الضمان إليهم[3].

وبالجملة فمنشأ الضمان وعدمه هو الاختلاف في صحّة شرط ضمان العين على

---

١. الرياض، ج ١٠، ص ٤٤.

٢. مجمع الفائدة والبرهان، ج ١٠، ص ٥٠.

٣. جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢١٦.

المستأجر وعدمه، فكان القائل بالضمان في الإجارة الفاسدة هو القائل بصحّة شرط الضمان، والقائل بعدمه هو القائل بفساد شرط الضمان، ومنشؤ الخلاف في المسألة الأخيرة هو الخلاف في أنّ عقد الإجارة هل فيه اقتضاء لكون العين المستأجرة أمانة عند المستأجر أم لا؟ فإن كان فيه اقتضاء كان شرط الضمان مخالفاً لمقتضى العقد فيبطل من هذه الجهة، وإن لم يكن فيه اقتضاء لم يبطل؛ لعدم منافاة الشرط مع العقد، وحينئذ نقول: إن كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد بمعنىٰ أنّ العقد كان مقتضياً لعدم ضمان العين وكان تسلّط المستأجر على العين بتسليط من المالك مجّاناً، لا يكون في فاسده أيضاً ضمان؛ لتحقّق ملاك عدمه وهو التسليط المجّاني، وإن لم يكن الشرط مخالفاً لمقتضى العقد بمعنىٰ أنّ العقد لا يقتضي عدم الضمان؛ لعدم تكفّله لتسليط المستأجر على العين مجّاناً، فيكون في الفاسد ضماناً على طبق القاعدة، لأجل تحقّق سبب الضمان وهو اليد، أو الاستيفاء، وعدم مخصّص له من التسليط المجّاني، وإنّما لم يكن في صحيحه حينئذ ضمان لأجل صيرورة العين أمانة شرعيّة، لا مالكيّة عند المستأجر بواسطة صحّة العقد وإمضائه، وهذا المعنى مفقود في العقد الفاسد، فحينئذ فالمهمّ تشخيص كون شرط الضمان مخالفاً لمقتضى العقد أم لا؟ فنقول:

يمكن أن يقال: بأنّ تسليط المستأجر على العين المستأجرة مجّاناً خارج عن مقتضى عقد الإجارة، وذلك لأنّ الإجارة تارة تقع على الأعيان وأُخرىٰ على الأعمال.

وهي باعتبار القسمين ينقسم إلى ثلاثة أقسام؛ لأنّ استيفاء المنافع إمّا يكون منوطاً بالتسليط على العين، وذلك كسكنى الدار ونحوه ممّا يتوقّف الانتفاع به على التسليط على العين؛ وإمّا لا يكون بالتسليط على العين، كما في عمل الحرّ؛ وإمّا يمكن أن يكون بالتسليط على العين، ويمكن أن لا يكون، كما في إجارة الدابّة لحمل المتاع، حيث إنّه يمكن أن يكون من المستأجر فيكون بتسليطٍ منه على العين، كما

أنّه يمكن أن يكون من مالك الدابّة فلا يلزم دخول الدابّة في سلطنة المستأجر، والإجارة في الأنواع الثلاثة بمعنىً واحد، لا أنّها في كلّ نوعٍ بمعنىً آخر مغاير مع معناها في الآخرين، لكنّها في النوعين الآخرين ليس بمعنىً يقتضي تسليط المستأجر على العين المستأجرة مجّاناً؛ لاستحالته في النوع الثاني، وعدم اقتضاء عقد الإجارة له في النوع الأخير، فلابدّ من أن يكون في النوع الأوّل أيضاً كذلك، وإلّا يلزم أن يكون معناها في النوع الأوّل مغايراً مع معناها في النوعين الآخرين، فلا يكون في نفس الإجارة اقتضاء في تسليط العين المستأجرة مجّاناً، بحيث يصير المستأجر مالكاً ومستحقّاً للسلطنة على العين مجّاناً حتّىٰ يكون شرط الضمان مخالفاً لمقتضى العقد.

هذا غاية تقريب هذا الكلام، ولكنّ التحقيق كون شرط ضمان العين مخالفاً لمقتضى العقد، كما عليه المشهور، وذلك لأنّ الأنواع الثلاثة كما ذكر في توقّف الاستيفاء على التسليط على العين، أو التوقّف على عدمه، أو عدم التوقّف عليه ولا على عدمه، إلّا أنّ اقتضاء الإجارة لتسليط المستأجر على العين مجّاناً في القسم الأوّل لا يوجب التفاوت في معنى الإجارة، بل هي مع ذلك الاقتضاء في الجميع بمعنىً واحد، وهذا الاقتضاء في النوع الأوّل جاء من خصوصيّة هذا النوع، وهذا لمعنى الجامع للجميع هو المعبّر عنه بالفارسيّة بـ(مزد دادن) أعني الإعطاء للأُجرة، إلّا أنّه يتفاوت فيما إذا تعلّقت بالمنفعة أو بالانتفاع، فإن تعلّقت بالمنفعة تقتضي من ناحية متعلّقها - وهي المنفعة - تسليط العين مجّاناً، إذ تمليك المنفعة - كما في *التذكرة* -[1] إنّما هو بتسليط المستأجر على العين، حيث إنّ استيفائها كسكنى الدار مثلاً متوقّفٌ على التسليط على العين، وعقد الإجارة مقتضى لتمليكها الذي يتضمّن التسليط فتعلّق الإجارة بالمنفعة بمعناها المتقدّم -أعني الإعطاء بالأُجرة- يقتضي

١. تذكرة الفقهاء، ج ١٨، ص ٣٠٠، المسألة ٧٣١.

التسليط على العين، وهذا بخلاف تعلّقها بالانتفاع، مثل عمل الحرّ، أو الانفاع بالدابّة، فإنّ الإجارة بالمعنى المتقدّم لا تقتضي فيها التسليط المستأجر على العين، فظهر أنّ إجارة الأعيان مقتضية للتسليط عليها بلا اختلاف في معنى الإجارة، وعليه فيكون شرط ضمان العين في إجارة الأعيان مخالفاً لمقتضى العقد، ويترتّب عليه عدم ضمان العين في الإجارة الفاسدة أيضاً.

وحاصل الكلام في دفع النقض على عكس القاعدة بضمان العين المستأجرة في الإجارة هو الالتزام بالضمان على تقدير أن لا يكون شرط الضمان مخالفاً لمقتضى عقد الإجارة، كما عليه المحقّق الاردبيلي[١] وتبعه صاحب الرياض[٢] - قدّس سرّهما -، والالتزام بعدمه على تقدير كونه مخالفاً لمقتضى العقد، كما عن المحقّق الثاني[٣] وعليه الأكثر، وهو الحقّ، وعلى كلا التقديرين فلا نقض، كما تبيّن.

ومنها: النقض بضمان الصيد الذي استعاره المُحرم من المُحلّ؛ بناءً على فساد العارية، فإنّه يحكم بضمان المحرم له بالقيمة، مع أنّ العارية الصحيحة لا توجب الضمان.

وقد أجاب عنه المصنّف ﷺ في الكتاب بقوله:

> إنّ وجه ضمانه بعد البناء على أنّه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته أنّ المستقرّ عليه قهراً بعد العارية هي القيمة، لا العين ... إلى آخره[٤].

وتوضيح ما أفاده يتمّ ببيان أُمور:

[الأمر الأوّل]: لا إشكال في وجوب الإرسال على المحرم بعد استيلائه على

---

١. مجمع الفائدة والبرهان، ج ١٠، ص ٦٠.

٢. رياض المسائل، ج ١٠، ص ١٧.

٣. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٢٥٨.

٤. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٩٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الصيد بسبب العارية، وهل هو حكم تكليفي محض وأنّ الصيد باقٍ على ملك مالكه ما لم يتحقّق الإرسال، فإذا وقع على يد المعير فلا ضمان، وإنّما الضمان يتحقّق بسبب الإرسال الذي هو إتلاف لمال المعير؟ أو أنّ الصيد بسبب وقوع يد المحرم عليه خرج عن الملكيّة، وصار من المباحات بالأصل، ورجع الى حالته الأولىٰ، أعني قبل صيرورته مجازاً، وجهان، بل قولان؟ أقواهما الثاني؛ وذلك لأنّ بقاء ملكيّة المعير مع وجوب الإرسال على المستعير وإن كان ممكناً معقولاً إلّا أنّه من حكم بخروج الصيد عن ملكيّة الإنسان إذا صار محرماً إذا كاد الصيد تحت يده يستكشف أنّ وجوب الإرسال لمكان خروج الصيد عن ملك المعير، وصيرورته من المباحات بالأصل، فتأمّل.

الأمر الثاني: لا فرق في ضمان المستعير قيمة الصيد بين ما إذا كان المعير عالماً بالموضوع -أعني كون المستعير محرماً- وبالحكم، أعني كون يده على الصيد موجباً لخروج الصيد عن ملك المعير، أم لا.

أمّا مع الجهل فظاهر، وأمّا مع العلم فربّما يتوهّم انتفاء الضمان؛ لمكان إقدام المعير مع العلم على إتلاف ماله، فيكون كالإقدام على التسليط المجّاني.

لكنّه توهّم فاسد، وذلك لأنّ المورد ليس من موارد التسليط على الإتلاف مجّاناً، ولا من قبيل الأسباب والمسبّبات حتّىٰ يسند الفعل الصادر عن المسبّب إلى السبب بمناط كونه أقوى؛ لأنّ باب المسبّبات والأسباب ما إذا لم يتوسّط بين السبب والمسبّب إرادة الفاعل المباشر، وأمّا مع توسّطها فهل خارج عن باب المسبّبات، كما إذا أمر المالك غيره بإلقاء متاعه في البحر فألقاه المأمور اختياراً إذا لم يكن الإلقاء جائزاً شرعاً، فإنّه يضمن المباشر ولو كان بأمرٍ من المالك. نعم، لو كان الإلقاء مباحاً شرعاً، كما إذا توقّف سكون السفينة على إلقائه فألقاه المأذون بإذن المالك فلا ضمان، ففي

ما نحن فيه ليس التلف - أعني خروج الصيد عن الملكيّة - بإقباض المعير محضاً، بل إنّما هو بقبض المستعير، وقبضه فعل اختياري له فيتوسّط بين الإقباض وبين القبض الذي هو الموجب للتلف إرادة المستعير، فيخرج عن باب المسبّبات التوليديّة.

الأمر الثالث: لو لم يرسل المستعير الصيد، بل ردّه إلى المعير، فهل يسقط به الضمان أم لا؟ قولان: أقواهما الثاني، وذلك لأنّ منشأ الضمان هو خروج الصيد عن ملك المعير بقبض المستعير، وصيرورته مباحاً بالأصل، والردّ إليه موجب لتحقّق ملكيّة جديدة بوصول الصيد الذي صار من المباحات إلى المعير، كما أنّه يصير ملكاً لكلّ من يقبضه ولو كان غير المعير، فحدوث الملك الجديد لا يوجب رفع الضمان الثابت بسبب تلف الملك السابق.

فإن قلت: إذا صار الخلّ المستعار خمراً عند المستعير يضمن قيمته للمعير، فلو فرض إنقلابها إلى الخلّ بمجرّد وصولها إلى يد المعير وردّها المستعير إليه يخرج عن الضمان بردّها من غير إشكالٍ، فما الفرق بينه وبين المقام، مع أنّه في المقام أيضاً يدخل في ملك المعير بمجرّد الوصول إلى يده؟

قلت: الفرق بينهما هو تحقّق حقّ الاختصاص في الخمر المنقلب عن الخلّ، وهذا بخلاف الصيد؛ فإنّه يخرج بوقوع يد المستعير عليه عن الملك، وتصير مباحاً بالأصل؛ بحيث يصير جميع الناس في حيازته بالنسبة إليه شرع سواء، كما كان أوّلاً، وبما ذكرناه يظهر اندفاع المناقشات التي وقع في الحكم المذكور عن المحقّق[1] والشهيد الثانيين[2]، فراجع.

إذا تمهّد هذه الأُمور فنقول: ضمان المستعير للصيد ليس من ناحية عقد العارية

---

١. جامع المقاصد، ج ٦، ص ٥٩ وما بعدها.

٢. مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٧٤.

لكي يكون فاسده موجباً لضمان، بل إنّما هو من ناحية الإتلاف الناشيء من تحقّق الصيد بيده؛ لمكان كونه مُحرماً ولو مع فرض صحّة العارية أيضاً، وإذا فرض صحّتها يكون ضامناً أيضاً، لا لأجل اقتضاء عقد العارية للضمان، بل لمكان الإتلاف، كما لا يخفى.

[ومنها:] وممّا ذكر نقضاً على عكس القاعدة ضمان أجزاء المبيع وأوصافها لو نقصت عند المشتري في البيع الفاسد، مع عدم الضمان في صحيحه.

ويندفع بثبوت ضمانها في البيع الصحيح، وذلك لأنّ الغرض من الضمان في الصحيح ليس هو وقوع العوض في مقابله حتّىٰ إذا لم يقع المعاوضة عليه لم يكن ضماناً، بل المقصود - كما عرفت مراراً - هو التمييز بين إقدام المالك على التسليط المجّاني والتسليط بالعوض، والملاك هو الإقدام مع تحقّق إحدى مقتضيات الضمان من اليد ونحوها، وحينئذ نقول: أجزاء المبيع وأوصافها ليست ممّا أقدم البايع على تسليط المشتري عليها مجّاناً، بل التسليط غير مجّاني وإن لم يكن الثمن المذكور بإزائها، إلّا أنّ لها قسطاً من الثمن، فما لم يقبض المشتري المبيع يكون المبيع مع ماله من الأوصاف والأجزاء في ضمان البايع، ويكون دركه عليه، وبعد القبض يدخل في ضمان المشتري، وإن كان بين الضمانين فرق من حيث اقتضاء ضمان البايع للأوصاف والأجزاء خيار المشتري للفسخ والأرش لو ظهر نقص فيها قبل القبض، وضمان المشتري لهما كون نقصانها عليه بقسط من الثمن المسمّى على تقدير صحّة المبيع، وبالأرش على تقدير الفساد، وعلى كلّ تقدير فيرتفع النقض، كما لا يخفى.

[ومنها:] ومن موارد النقض أيضاً النقض بحمل المبيع بالبيع الفاسد، فإنّه يضمنه المشتري، مع أنّه لا ضمان له في فاسدة.

ولا يخفى ما فيه أيضاً؛ لأنّ الحمل إمّا داخل في المبيع بالشرط أو خارج عنه، ويكون المبيع هو الحامل منفرداً عن الحمل، فعلى الأوّل يكون المشتري ضامناً له

في البيع الفاسد، إلّا أنّه كذلك أيضاً في البيع الصحيح؛ وعلى الثاني أنّه لا يضمنه في الصحيح والفاسد، بل يكون الحمل أمانة في يد المشتري قد استأمنه البايع عليه بنفس بيعه للحامل منفرداً عن الحمل. ضرورة أنّ بيع الحامل يقتضي تسليمه للمشتري، فالقبض الذي اقتضاه البيع موجب لقبض الحمل الباقي على ملك البايع، فيكون استيماناً على الحمل.

ومنها: النقض بالشركة الفاسدة، حيث إنّ أخذ المال المشترك بها يكون عدواناً موجباً للضمان.

ويندفع بما توضيحه يتوقّف على مقدّمة، وهي أنّه لا إشكال في حصول الاشتراك باختلاط المال قبل إيقاع عقد الشركة حينئذ فيقع الخلاف في فائدة العقد بعد حصول الشركة بالاختلاط، فقيل: بأنّه يفيد الإذن في تصرّف كلّ واحدٍ في حصّة الآخر، وهذا هو المختار عند المحقّق الثاني ﷺ مستدلّاً له بأنّه لولاه لزم لغويّة الشركة.

وقيل: بأنّه لا يترتّب عليه فائدة أصلاً، وما استدلّ به المحقّق الثاني لا يثبت إنشاء الإذن بعقد الشركة؛ لما عرفت من لزوم كون ألفاظ العقود صريحةً عرفاً في إنشاء مضمونها، ومن الواضح عدم ظهور لفظ عقد الشركة في إذن الشركاء في التصرّف في حصصهم لكي يكون إنشاء للإذن، فالالتزام بعدم ترتّب الفائدة على العقد أهون من الالتزام بترتّب ما لا يكون أثراً له عرفاً، كما لا يخفى[1]، وهذا هو الأقوى.

إذا عرفت ذلك فنقول: بناءً على مختار المحقّق الثاني ﷺ[2] ليس في صحيح الشركة ضمان؛ لمكان إقدام كلّ من المتعاقدين في إذن الآخر في تصرّفه في مال المشترك، لكن لا يعلم منه ﷺ التزامه بالضمان في فاسدها، فلعلّه قائل بعدم الضمان في الفاسد أيضاً بملاك حصول الإذن، ولو فرض التزامه بالضمان في الفاسد فيرد

١. للمزيد راجع غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، ج ٢، ص ١٧٧-١٧٨.
٢. تقدّم في ص ٣٦١.

عليه ﷺ بأنّ التفصيل بين الصحيح والفاسد بنفي الضمان في الأوّل، والقول به في الثاني مخالف مع هذه القاعدة، وهذا إيراد يرد على القائل بالتفصيل، لا أنّه نقض للقاعدة، وإنّما النقض لابدّ أن يكون بأمر مسلّم عند الكلّ، هذا.

وأمّا على المختار، أعني عدم إفادة عقد الشركة إذن الشركاء في التصرّف، فالضمان لكلّ من الشركاء ثابت في الشركة الصحيحة والفاسدة معاً؛ لعدم إذن كلّ منهم في التصرّف في حصته، كما هو المفروض، فلا نقض، كما لا يخفى.

هذه جملة من النقوض الواردة على عكس القاعدة، وقد عرفت اندفاعها بما لا مزيد عليه.

وأمّا النقض بضمان منافع المبيع في العقد الفاسد حيث إنّ صحيحه لا يضمن مع أنّ في فاسده الضمان، فقد تقدّم التكلّم فيه في أصل القاعدة عند بيان الأمر الثاني المعتبر في مجرى القاعدة لأجل اندفاعه.

قوله ﷺ: «وأمّا «خبر اليد»[1] فدلالته وإن كانت ظاهرة وسنده منجبر إلّا أنّ مورده مختصّ بالأعيان، ولا يشمل المنافع والأعمال المضمونة بالإجارة الفاسدة ... إلى آخره»[2].

وحاصل ما أفاده ﷺ هو منع كون اليد مقتضى ضمان المنفعة، ولا يخفى ما فيه، بل لافرق بين العين والمنفعة في كون الضمان فيها بسبب اليد، وتوضيح ذلك: أنّه قد تقدّم أنّ متعلّق الإجارة ينقسم على أنواع:

منها: الأعيان التي يتوقّف استيفاء منافعها على كونها تحت استيلاء المستوفي، كالدار المستأجرة للسكنى.

---

١. أي قول النبيّ ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٨٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

ومنها: ما لا يكون استيفائها بالاستيلاء على العين، كعمل الحرّ

ومنها: ما يمكن بكلا النحوين، كالدابّة المستأجرة لحمل المتاع.

أمّا القسم الأوّل فقبض المنفعة بقبض العين، وتكون المنافع تحت اليد بتبع العين، فاليد على العين يد على المنفعة، ولذلك أُورد عليهم بالتهافت في الحكم يكون قبض العين قبضاً للمفنعة، وحكمهم بأنّ تلف العين المتساجرة في الأثناء بما يوجب فوات موضوع المنفعة في الباقي من المدّة منشأً لكون المنفعة التالفة على الموجر بقاعدة التلف قبل القبض؛ إذ إجراء القاعدة في تلف المنفعة في الأثناء لا يجامع حصول قبضها في الأوّل بقبض العين.

ويجاب عنه بأنّ قبض المنفعة بقبض العين إنّما يصحّ فيما إذا كان في العين منفعة، وأمّا مع عدمها بعدم العين فلا منفعة حتّىٰ يكون قبضها بقبضها، فلا منافات بين الحكمين أصلاً، وإذا كان عقد الإجازة صحيحاً أو فاسداً يكون ضمان المنفعة على المستأجر بعد القبض وعلى المؤجر قبله؛ أمّا على المستأجر بعد القبض فلمكان الإقدام على الضمان، أي الإقدام على كون المنفعة في عهدته بالعوض، غاية الأمر يكون الضمان بالمسمّى في العقد الصحيح، وبالقيمة في الفاسد، وأمّا على المؤجر قبل القبض فلأجل قاعدة التلف قبل القبض؛ إذ هي عامّة في جميع الأبواب، ولا تختصّ بباب البيع.

وأمّا القسم الثاني فضمانه إنّما هو بالاستيفاء، فكلّ ما سلمت المنفعة للمستأجر يكون ضامناً لها في العقد الصحيح والفاسد على ما تقدّم.

وأمّا [القسم] الثالث فما كان منه استيفاء المنفعة بالتصرّف في العين فيكون ضمانها باليد، وما كان منه بالاستيفاء وحصولها للمستأجر فبالاستيفاء.

فقد تحصّل ممّا ذكرناه في بيان القاعدة أصلاً وعكساً: أنّ موردها هو ما إذا تحقّق إحدى موجبات الضمان من اليد أو الاستيفاء أو الإتلاف، وحيث إنّ قاعدة

اليد، وقاعدة من أتلف، وقاعدة من استوفى مال الغير، كلّها قواعد امتنانية جعلت إرفاقاً للمالك، فلا محالة تكون كلّ واحدة مخصّصة بما إذا لم يكن اليد والإتلاف والا ستيفاء باستيلاء من المالك مجّاناً؛ إذ لا معنى لأن يقول المالك بأنّي راضٍ في استيفاء مالي مجّاناً، ويحكم الله سبحانه على المستوفى بالضمان إرفاقاً لحال المالك، بل لابدّ من الالتزام بخروج مورد تسليط المالك غيره على ماله مجّاناً عن عموم القواعد الثلاث إمّا بالتخصّص أو بالتخصيص، وإذا كان كذلك فبقاعدة ما يضمن عكساً وأصلاً يتميّز مورد إقدام المالك على المجّان عن مورد الإقدام على التسليط مع العوض؛ لكي يتبيّن مورد المخصّص عن مورد الباقي تحت العامّ بما لا مزيد عليه.

[خلاصة القاعدة أصلاً و عكساً]

وخلاصة البحث في تنقيح القاعدة أصلاً وعكساً أنّها تتمّ بأُمور:

[الأمر] الأوّل: أنّ هذه القاعدة أصلاً وعكساً ليست مؤسسة لحكم شرعي، بل هي لتميّزما خرج عن عموم قاعدة اليد - بالتخصيص أو التخصّص - عمّا يكون باقياً تحت عمومها، ويترتّب على هذا الأمر فساد البحث عن مدرك الضمان في أصل القاعدة، والبحث عنه بكونه الإقدام والمناقشة فيه إذا المدرك في الضمان هو اليد على ما تقدّم مراراً.

الأمر الثاني: إنّ معنى الضمان هو كون شيء في العهدة والتعهّد به، وعدم كونه بلا عوض عليه الجامع؛ لكونه تارة مضموناً بعوض المسمّى وأُخرىٰ بالمثل، ففي العقود الصحيحة يكون كلّ ما انتقل إليه بعد القبض مضموناً على ما انتقل إليه مادام بقاء العقد بالمسمّى، ومع انتفاء العقد بفسخ أو إقالةٍ بالمثل أو القيمة، وفي العقود الفاسدة يكون من أوّل الأمر بأحدهما، فحال الضمان في العقود الفاسدة كحاله في العقود الصحيحة بعد الفسخ أو الإقالة.

وقد تقدّم توهّم كون الضمان في العقود الصحيحة أيضاً بالمثل أو القيمة، بمعنىٰ كون المنتقل إليه ضامناً لما انتقل إليه بالمثل أو القيمة بعد الفسخ أو الإقالة.

وتقدّم أيضاً اندفاعه بما ذكرناه في معنى الضمان من أنّه عبارة عن كون شيء في العهدة بالعوض الجامع بين المسمّى والمثل، أو القيمة المنطبق تارة على المسمّى وأُخرىٰ على المثل أو القيمة طولاً، بمعنىٰ كونه قبل فسخ العقد أو إقالته بالمسمّى وبعده بالمثل أو القيمة.

الأمر الثالث: أنّ محلّ القاعدة وموردها أصلاً وعكساً إذا كان الشيء المقبوض ممّا يكون العقد متعرّضاً له بنفسه أو بشرطٍ في ضمنه، فما كان تعرّضه له بالاستقلال أو بالتبع ممّا كان خارجاً عن مورد تعرّض العقد بإحدى الوجوه المذكورة، فهو خارج عن هذه القاعدة، ويترتّب على هذا الأمر اندفاع جملة من النقوض المذكورة في عكس القاعدة على ما تقدّم، كالنقض بالمنافع المستوفاة في البيع الفاسد، حيث إنّها ليست مضمونة في البيع الصحيح، مع أنّها مضمونة في الفاسد. والنقض بأجزاء المبيع وأوصافه التي لا تضمن في العقد الصحيح وتضمن في الفاسد، والنقض بعين المستأجرة حيث لا يضمن في صحيح الإجارة دون فاسدها، والنقض بحمل المبيع.

ووجه اندفاعها: أمّا الأوّل فبما عرفت من أنّ العقد ليس متعرّضاً لمنفعة المبيع، بل هي تدخل في ملك من انتقل إليه العين بحكم الشارع إذا كان البيع صحيحاً، وأمّا في الفاسد فهي باقية على ملك البايع، وحيث لم يقدم البايع على تسليطها مجّاناً ولم تدخل في ملك المشتري أيضاً تبعاً، فلا جرم يضمنها المشتري بالقيمة[1].

وأمّا الثاني فبما تقدّم من ثبوت ضمان الأوصاف والأجزاء في العقد الصحيح أيضاً لتعرّض العقد لهما، لأنّ لكلٍّ منهما قسطاً من الثمن.

---

١. هكذا أفيد ولكن يمكن أن يقال بتعرّض العقد لها؛ لمكان ازدياد القيمة بها، كما في الأوصاف والأجزاء حسبما يأتي، فيكون الضمان في العقد الصحيح والفاسد معاً، كما لا يخفى.

وأمّا الثالث فبما تقدّم من عدم ضمان العين المستأجرة في العقد الفاسد، بناءً على كون شرط الضمان مخالفاً لمقتضى عقد الإجارة، وثبوت الضمان فيها، بناءً على أن لا يكون شرط المذكور مخالفاً لمقتضى العقد، ويكون عدم الضمان حينئذ في صحيح الإجارة لأجل كون العين عند المستأجر أمانةً شرعيّة لامالكيّة.

وأمّا الرابع فبما تقدّم من أنّ الحمل إمّا يدخل في المبيع بالشرط أولا، فعلى الأوّل فيكون المشتري ضامناً له في العقد الصحيح والفاسد، وعلى الثاني فيكون أمانة مالكيّة عنده، فلا يضمنه في العقد الصحيح والفاسد.

وليعلم أنّه فرق بين الحمل وبين الزيادة المتّصلة كالصوف ونحوه، وبين ما من قبيل السمن، أمّا الحمل فإن اشترط دخوله في المبيع فيدخل فيه، وإن لم يشترط دخوله فيه يبقى على ملك البايع، سواء اشترط بقائه على ملكه أو لم يشترط أصلاً، وأمّا مثل الصوف فإن اشترط خروجه عن المبيع فيخرج عنه، وإن لم يشترط خروجه يدخل في المبيع تبعاً، سواء اشترط دخوله فيه أم لم يشترط أصلاً فيكون من هذه الجهة عكس الحمل، وأمّا السمن فهو داخل في المبيع على كلّ تقدير، ولا يصحّ شرط خروجه عنه، وسرّ هذا الفرق يظهر فيما يأتي.

وكيف كان فجميع هذه الأُمور إمّا يكون العقد متعرّضاً لها إمّا بالإطلاق أو بواسطة الشرط، فتدخل في الضمان، وأمّا يكون خارجاً عن مورد تعرّض العقد فتصير أمانة، فلا تدخل في الضمان، من غير فرق بين العقد الصحيح والفاسد.

الأمر الرابع: المدار في صحيح العقد وفاسده إنّما بالنسبة إلى شخص العقد، لا نوعه ولاصنفه، فشخص العقد الواقع يفرض تارة صحيحاً وأُخرىٰ فاسداً، فإن كان في صحيحه الضمان ففي فاسده أيضاً يكون كذلك، ففي مثل: «بعتك بلاثمن» لا ضمان؛ لعدم الضمان فيه لوكان صحيحاً، وفي مثل الهبة المعوّضة يتحقّق الضمان،

وهذا المعنى مع كونه هو الموافق لقضيّة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؛ لكونها من القضايا الحقيقيّة حسبما تقدّم، لابدّ منه ولو على تقدير كونه مخالفاً لظاهر القضيّة؛ لوجوب حملها على ما يوافق مدركها، إذ ليست القضيّة ممّا وردت ألفاظها في كتاب أو سنّة حتّىٰ تكون العبرة على مالها من الظاهر.

ثمّ إنّ الأقوال في مثل: بعتك بلا ثمن، وآجرتك بلا أُجرة، ربما تنتهي إلى خمسة:

أحدها: أن يكون هذا العقد كلا عقد في عدم ترتّب شيء عليه أصلاً، فكأنّه لم يصدر من الموجب شيء أصلاً، ولازمه كون القابض ضامناً لما قبضه بواسطة «على اليد» مع عدم تحقّق تسليط من المالك مجّاناً؛ وهذا الاحتمال لا يعبأ به.

وثانيها: أن يكون بيعاً فاسداً أو إجارة فاسدة؛ لتضمّنه للشرط المخالف لمقتضى العقد، لاقتضاء البيع أن يكون مع الثمن، والإجارة أن تكون مع الأُجرة، وهذا هو الصحيح، كما تقدّم وجهه.

وثالثها: أن يكون هبة صحيحة في «بعتك بلا ثمن» وعارية صحيحة في «آجرتك بلا أُجرة» بناءً على صحّة إيقاع العقود بالألفاظ الكنائيّة، فيكون نفي الثمن والأُجرة قرينة على إرادة الهبة من البيع، والعارية من الإجارة.

ورابعها: كونه هبة باطلة وعارية باطلة؛ بناءً على عدم صحّة إيقاع العقود بالألفاظ الكنائيّة، ويردّ القولان بأنّ المنشأ في: «بعتك بلا ثمن»، «وآجرتك بلا أُجرة» لاينشأ الهبة والعاريّة، بل المقصود من الأوّل هو إنشاء البيع، ومن الثاني إنشاء الإجارة، لا أنّه إنشاء الهبة بالأوّل والعارية بالثاني حتّىٰ تنتهي النوبة إلى التكلّم في كونه هبةً أو عاريةً، صحيحة أو باطلة.

وخامسها: التفصيل في «آجرتك بلا أُجرة» بين ما إذا كان متعلّق الإجارة هو الأعمال، وما إذا كان هو الأعيان بالقول بعدم الضمان في الأوّل، لكون العامل متبرّعاً بعمله دون

الثاني؛ لأنّ التراضي على المجّانيّة حصل في ضمن العقد الفاسد الذي لا أثر له أصلاً.

ولا يخفى ما في هذا التفصيل أيضاً، أمّا في شقّه الأوّل فبما أورده الشهيد الثاني ﷺ عليه من أنّ العامل لا يكون متبرّعاً بالعمل بعد أمر المستأجر به، وإيقاعه بطلب منه[1].

وأمّا ما في شقّه الثاني فلما عرفت من أنّ العقد الفاسد ليس بمنزلة العدم، وفرض وجوده كأن لم يكن، حتّىٰ لم يفد شيئاً أصلاً، بل هو يفيد تسليط المالك للمستأجر على ماله مجّاناً، وترتّب هذا التسليط عليه تكويني لا يدور مدار صحّة العقد، بحيث ينتفي بإنتفائها، بل هو أمر متحقّق ولو كان العقد فاسداً، ومع تحقّقه يدخل في حكم ما استثنى من قاعدة «اليد»، كما لا يخفى.

وبالجملة فالتحقيق هو كون: بعتك بلا ثمن، وآجرتك بلا أُجرة بيعاً فاسداً، و إجارة فاسدة، وأنّه لا ضمان في شيء منهما.

الأمر الخامس: ما تقدّم من أنّ العبرة في إثبات الضمان بالشرط أو نفيه به إنّما هو فيما إذا كان الشرط في نفسه متعرّضاً لإثباته، كما في: وهبتك مع العوض؛ أو لنفيه، كما في بعتك بلا ثمن، وأمّا إذا كان مضمون الشرط نفي نتيجة الضمان الثابت بالعقد فهو خارج عن مورد القاعدة، وذلك كما في مثل بعتك بكذا، بشرط أن يكون تلفه عند المشتري على عهدة البايع، وقد تقدّم.

ثمّ إنّه ربما أُورد على القاعدة بوجوه أُخر لم تذكر في الكتاب:

منها: النقض بمعاملة البالغ مع الصبّي ببيعٍ ونحوه، وتسليم المبيع إليه، فإنّه ممّا يضمن بصحيحه مع أنّه لا ضمان فيه.

ومنها: معاملة الصبّي مع البالغ بهبةٍ ونحوها، فإنّه يضمن البالغ ما يقبضه منه بالهبة، مع أنّه ليس في صحيح الهبة ضمان.

---

١. مسالك الأفهام، ج ٤، ص ٤١٤ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ٢٠).

ومنها: الاشتراء عن الغاصب لما يأخذه عن المشتري من الثمن، مع أنّ البيع ممّا يضمن بصحيحه.

والجواب: أمّا عن الأوّلين فبأنّ العقد من الصبيّ كلا عقد، فلا يترتّب عليه شيء، فلا حكم لتسليطه المجّاني، فالأخذ عن الصبيّ بعنوان الهبة ليس أخذاً مترتّباً على تسليطه المجّاني لكي لا يكون فيه ضمان، وكذا تسليط البالغ إيّاه على ماله بالبيع منه لا يترتّب عليه التسليط المعاوضي لكي يثبت فيه الضمان، بل هو من قبيل الإلقاء في البحر، وأمّا عن الأخير؛ فلأنّ عدم ضمان الغاصب لما يأخذ عن المشتري من الثمن ليس لأجل فساد البيع، بل البيع فضولي لا يكون باطلاً، ويصحّ إذا أجازه المالك، وإنّما هو لأجل تسليط المشتري إيّاه على ماله، مع علمه بأنّه لا يستحقّه، وقد عرفت أنّ مورد القاعدة إنّما هو فيما إذا كان العقد وارداً على ما يضمن باليد ونحوه، ومن المعلوم أنّ طرف العقد هو المالك لا الغاصب، فبالنسبة إلى المالك تطرد القاعدة، لأنّ في صحيح بيعه وفاسده الضمان، ومع الغصب لابيع حتّىٰ يوجب الضمان، ولو فرض اندراج التسليط على الغاصب تحت القاعدة لكان مندرجاً تحت عكس القاعدة، كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في هذه القاعدة أصلاً وعكساً، والحمد لله.

[في وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد إلى الدافع]

قوله ﷺ: «الثاني من الأُمور المتفرّعة على عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد ... إلى آخره»[1].

من الأُمور المرتّبة على المقبوض بالبيع الفاسد هو وجوب ردّه على المالك فوراً

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ١٩٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

مطلقاً، سواء كان قبضه موجباً للضمان أو لا، ومحلّ الكلام هو فيما إذا كان القبض وفاءً بالمعاملة، وجرياً على وفقها، بلا تحقّق إذنٍ جديد على القبض من استيمان أو إيداع ونحوها، وإلّا فلا يجب ردّه ما لم يطالبه المالك من غير إشكال، فلا فرق في وجوب الردّ فيما إذا لم يتحقّق الإذن الجديد بين علم الدافع بفساد المعاملة وبين جهله؛ إذ مع العلم يكون التسليم منه وفاءً بالمعاملة الفاسدة، غاية الأمر تشريعاً لا اعتقاداً بالصحّة، ولا منافاة بين نفي الضمان فيما لا يكون قبضه مضموناً بين وجوب ردّه بعد فرض انتقاء إذن المالك في حفظه وتصرّفه، وعدم صحّة الإبقاء تحت اليد؛ اعتماداً على القبض المتحقّق بعنوان الوفاء بالمعاملة.

ثمّ إنّ الدليل على وجوب الردّ فوراً وجوه:

الأوّل: التوقيع الشريف: «لا يجوز لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره إلّا بإذنه»[1].

وقد يناقش في الاستدلال به بمنع صدق التصرّف على الإبقاء، وعدم الردّ إلى المالك.

ولكنّه مندفع بأنّ انصراف التصرّف إلى غير الإبقاء بدويّ؛ إذ لا شكّ أنّ قبضه تصرّف، وإبقاء التصرف تصرّف قطعاً، كما لا يخفى.

الثاني: النبويّ المعروف: «على اليد ما أُخذت حتّىٰ تؤدّي»[2] فإنّه يدلّ على الضمان الذي حكم وضعي بالمطابقة، وعلى وجوب الردّ بالالتزام؛ لأنّ جعل الأداء غاية للضمان، بحيث يكون الأداء رافعاً له يدلّ عليه مطلوبيّة الأداء شرعاً، ومطلوبيّته عبارة - في المقام - عن وجوبه، بل يمكن استظهار نفس الوجوب من الأداء، لا استكشاف مطلوبيّته المطلقة.

---

١. كمال الدين وتمام النعمة، ج ٢، ص ٥٢٠، ح ٤٩؛ وسائل الشيعة، ج ٩، ص ٥٤٠-٥٤١، الباب ٣ من أبواب الأنفال، ح ٧.

٢. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦ و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

فإن قلت: هذا إنّما يتمّ فيما إذا كان في المقبوض ضمان، كما في موارد أصل القاعدة، وأمّا مع عدم الضمان - كما في موارد عكس قاعدة ما يضمن - فلا ضمان حتّى يستكشف من الحكم بالضمان فيه وجوب الردّ.

قلت: هذا الإشكال يرد على فرض كون خروج التسليط المجّاني عن عموم الحكم بالضمان بقاعدة «على اليد» بالتخصّص، بأن يقال: يكون مورد قاعدة على اليد مخصوصاً بما إذا كان قهر على المالك؛ إذ حينئذ لا نظر للقاعدة على مالا قهر على المالك في الأخذ منه، كما في موارد تحقّق التسليط منه مجّاناً.

وأمّا على فرض كون خروجه بالتخصيص - كما هو الظاهر لكون الأخذ أعمّ من الأخذ على نحو القهر، كما في مثل أخذ الوديعة والأمانة - فلا وقع لهذا السؤال أصلاً، وذلك لأنّ المستفاد من دليل «على اليد» حينئذ حكمان: أحدهما الضمان، والآخر وجوب الردّ، وتخصيص الأوّل بمخصّص لا يستلزم تخصيص الثاني أيضاً بعد أن لم يرد عليه مخصّص، فحينئذ فاللازم الاقتصار في التخصيص على مقدار ورود الدليل عليه.

الثالث: قوله ﷺ: «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**»[1]. والمناقشة فيه في عمومه مدفوعة بأنّ إسناد الحرمة إلى الأعيان مقتضى لحرمة جميع الأفعال الواردة عليها من المكلّف التي منها إبقاؤه تحت اليد، كما لا يخفى.

وتوهّم كونه بإذنه لرضا المالك به فيما إذا كان عالماً بالفساد، مدفوعٌ بما تقدّم من أنّ الرضاء المحقّق بعنوان الوفاء على المعاملة والجرى على طبقها لا يوجب حلّ التصرّف، والمفروض عدم تحقّق إذن جديد من المالك.

وبالجملة فلا ينبغي الإشكال في أصل وجوب الردّ وفي فوريّته بمعنى الفوريّة

---

١. عوالي اللآلي، ج ٢، ص ١١٣، ح ٣٠٩.

العرفيّة، وإنّما الكلام في مؤونة النقل إلى المالك هل هو عليه، أو على الناقل، أم فيه تفصيل؟

وتحقيق الكلام فيه يتوقّف على بسط فيه، فنقول: ربما يقال بأنّ مؤونة النقل على المالك، وذلك لأنّ القبض إلى المالك عبارة عن التخلية بينه وبين ماله، بحيث يصير متمكّناً من أخذه بلا منع من طرف الآخذ، وأمّا نقله إليه فهو خارج عن حقيقة القبض، وإذا كان الواجب هو القبض فلا وجه لوجوب النقل عليه حتّىٰ يكون مؤونته عليه من باب وجوب المقدّمة.

ولا يخفى ما فيه؛ لأنّ الواجب على الآخذ بحكم المستفاد من خبر «على اليد» هو الردّ، ولا إشكال في أنّ صرف التخلية بين المال ومالكه لا يصدق عليه الردّ، بل يحتاج في صدق الردّ إلى تحقّق قبض من المالك أو من بحكمه، فإذا توقّف على النقل -كما إذا لم يكن المالك حاضراً عند المال- يجب النقل، فيجب بذل مؤونته من باب مقدّمة الواجب.

وقد يستدلّ لنفي وجوبها على القابض بقاعدة لا ضرر[1]؛ حيث إنّ تحميل الغاصب و من بحكمه على مؤونة النقل، ضررٌ عليه، وهو أيضاً لا يخلو عن الفساد.

وتوضيحه أنّ الحكم الذي يراد إثبات نفيه لتحكيم «قاعدة لا ضرر» عليه لا يخلو عن أنحاء:

أحدها: أن لا يكون إمتثاله منوطاً على بذل مال دائماً.

وثانيها: أن لا يكون كذلك في الأكثر.

وثالثها: أن يكون إمتثاله منوطاً على بذل المال دائماً أو في الأكثر.

ورابعها: أن يتساوي مورد توقّف إمتثاله على بذل المال مع ما لا يكون كذلك، ولا

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢؛ وسائل الشيعة، ج ٢٥، ص ٤٢٨، باب عدم جواز الاضرار بالمسلم...، ح ٣.

إشكال في حكومة لا ضرر على الحكم الذي لا يتوقّف إمتثاله على بذل المال دائماً أو في الأكثر، فإذا اتّفق إناطته في مورد نادر لا يجب البذل مقدّمةً للامتثال، بل يسقط التكليف عن الشيء الذي يتوقّف على البذل. وأمّا في الأقسام الأُخر فليس لقاعدة الضرر حكومة على الحكم المتوقّف على البذل، ضرورة لزوم عدم تحقّق المورد له دائماً أو في الأكثر فيما إذا كان التوقّف دائميّاً أو أكثريّاً، وكذا في صورة التساوي.

ثمّ فيما إذا كان التوقّف على البذل دائميّاً أو أكثريّاً ربما يصير منوطاً ببذل الزائد عن المتعارف، بحيث يكون إجحافاً، وهذه الزيادة أيضاً ترفع وجوبها بقاعدة لا ضرر، كنفي وجوب أصل البذل فيما لا يتوقّف على البذل أصلاً.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ حاجة الردّ إلى مؤونة النقل أكثري؛ لكون الردّ بالنسبة إلى ما لا يحتاج نقله إلى المؤونة أقلّ ممّا يحتاج إليها؛ لمكان أكثريّة ما في نقله المؤونة، كالعروض عمّا لا يحتاج، فلو حكمنا بتحكيم لا ضرر في المقام انحصار الحكم بوجوب الردّ على الأخذ بالموارد النادرة، لكنّ الواجب عليه هو مؤونة النقل بما لم يكن إجحافاً فلو كان كذلك، كما إذا لم يوجد حمّال إلّا بأُجرة مجحفة، أو كانت الأُجرة في حدّ نفسها إجحافاً على القابض -أي زائداً على مقدارها المتعارف- لم يجب عليه هذه الزيادة.

فتحصّل أنّ الأقوىٰ هو كون مؤونة النقل على القابض بما إذا لم يكن منشأً للإجحاف عليه، هذا إذا كان المالك والمال كلاهما في بلد القبض، ولو أخرج المال عنه مع بقاء المالك فيه فيجب نقله إلى بلده والتسليم إليه، ويكون مؤونة الردّ عليه بطريق أولى؛ لأنّه هو المخرج إيّاه، ولو خرج المالك عن البلد مع بقاء المال فيه ففي وجوب النقل إليه إلى خارج البلد فيجب عليه مؤونته، أو عدمه بل يسلّمه إلى الحاكم ومن بحكمه، وجهان: أقواهما الثاني، وذلك لعدم دليل على الإلزام إلى النقل. وإنّما الواجب هو النقل إليه على النحو المتعارف، ومع تعذّره يقوم الحاكم

مقامه ولو كان المال والمالك كلاهما خارجين عن البلد، مع كون المال منتقلاً إلى غيرما انتقل إليه المالك، فهل يجب النقل إلى بلد القبض أو إلى البلد الذي فيه المالك؟ احتمالان: والذي ينبغي أن يقال: إنّه إذا كانت مؤونة النقل إلى بلد القبض أقلّ وكان النقل إليه أنفع للمالك لأجل تفاوت القيمة، يجب النقل إليه من غير إشكالٍ، وهكذا مع التساوي في المؤونة والتفاوت للمالك، وأمّا إذا كان النقل إلى بلد القبض أكثر مؤونة وكان النقل إليه أعود للمالك، فإن تواطيا على النقل إلى بلد القبض أو إلى بلد إقامة المالك فهو، فإن اختلفا فالظاهر أنّ لكلّ منهما حقّ النقل إلى بلد القبض، فليس للمالك إلزامه على النقل إلى بلد إقامته، بل يجوز له النقل إلى بلد القبض والتسليم إلى الحاكم، كما أنّه ليس له النقل إلى بلد إقامة المالك ما لم يرضِ المالك، ولكنّ الحكم في صورة الاختلاف لا يخلو عن الإشكال، فالاحتياط ممّا ينبغي أن لا يترك؛ وكيف كان ليس للقابض تسليم المال إلى الحاكم المقيم في بلد المال من غير إشكال، كما لا يخفى.

[حكم ضمان منافع المستوفاة]

قوله ﷺ: «الثالث: أنّه لو كان للعين المبتاعة منفعة ... إلى آخره»[1].

هذا هو الحكم الثالث المترتّب على المقبوض بالعقد الفاسد.

اعلم أنّه لا خلاف ولا إشكال في ضمان الغاصب لمنافع العين المغصوبة مطلقاً، سواء كانت مستوفاتاً أو كانت تالفة من غير استيفاء، وإنّما الكلام في غير الغاصب، كالقابض بالعقد الفاسد، والكلام فيه يقع تارةً في المستوفاة وأُخرىٰ في غيرها.

أمّا الأوّل: فالمعروف فيه هو الضمان، وذلك لأجل «قاعدة على اليد» لصدق اليد

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٠١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

على المنفعة بواسطة اليد على العين، كما تقدّم، ومع الفغّ عن ذلك؛ فلمكان الاستيفاء، حيث إنّ المنفعة مال محترم قد استوفاها المستوفي فيجب عليه قيمتها، هذا.

وقد نقل القول بعدم الضمان فيها عن *الوسيلة*[1] مستدلّاً بقاعدة الخراج بالضمان، بناءً على شمولها لما كان الضمان بالعقد الفاسد.

ولكنّ التحقيق اختصاصها بمورد العقد الصحيح، وتوضيح ذلك يتوقّف على بيان القاعدة، والتكلّم فيها يقع عن جهات:

[الجهة] الأولى: في مدركها، ونقول: روى بطرق العامّة عن النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم أنّه من جملة قضاياه صلى الله عليه وآله وسلم، أنّه قال: «الخراج بالضمان»[2] ويكون راوي قضاياه صلى الله عليه وآله وسلم هو عبادة بن الصامت الذي أتقن في النقل، وجملة من القضايا المرويّة عنه صلى الله عليه وآله وسلم بطريق عبادة بن الصامت مرويّ في أخبارنا أيضاً[3].

وقد ذكر الشيخ قدس سره هذا الخبر -أعني جملة «الخراج بالضمان» في *المبسوط*[4] وذكر له معنيين، وذِكره في كتابه[5] وتصدّيه لبيان معناه يكشف عن اعتماده عليه، ويكفي في الإطمينان بصدوره، مع أنّه مؤيّد بما ورد في طرقنا في باب الرهن وغيره من أنّ الزيادة الحاصلة في العين المرهونة للمالك؛ لكون خسارة العين عليه. ومع ذلك كلّه فلا وجه للمناقشة في سنده -كما في الكتاب[6]- برميه إلى الإرسال، بل الإنصاف صحّة الاستناد إليه بما بيّناه.

---

١. الوسيلة، ص ٢٥٥.

٢. سنن ابن ماجة، ج ٣، ص ٥٧٦، ح ٢٢٤٢؛ عوالي اللآلي، ج ١، ص ٥٧، ح ٨٣؛ مستدرك الوسائل، ج ١٣، ص ٣٠٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، ح ١٥٤٢٨.

٣. كما في علل الشرائع، ج ٢، ص ٤٦٨، ح ٢٦.

٤. المبسوط، ج ٢، ص ١٢٥-١٢٦.

٥. الخلاف، ج ٣، ص ١٠٨، المسألة ١٧٦.

٦. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٠١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الجهة الثانية: في دلالته، والكلام فيها في أُمور:

الأوّل: أنّ «الخراج» اسم لما يخرج من الأرض، ولذا سمّيت الأراضي الخراجيّة بهذا الاسم لأجل ما يخرج منها، وفي الحديث الشريف يراد منه مطلق المنافع الحاصلة من الأعيان، سواء كانت ممّا يخرج من الأرض أو غيرها، وسواء كانت العين الحاصلة منها المنفعة أرضاً أو غيرها.

الثاني: أنّ في الضمان احتمالات:

[الاحتمال] الأوّل: أن يراد منه معنى الاسم المصدري، أعني مطلق كون الشيء في العهدة ولو بسبب غير اختياري، كوقوعه على اليد من غير اختيار، وهذا المعنى هو الذي فهمه أبو حنيفة في حكمه بعدم ضمان منافع البغل من يوم المخالفة على ما هو مذكور في صحيحة أبي ولّاد[1]، ويردّه مع مخالفة لظاهر الكلام المستفاد من مناسبة الحكم والموضوع على ما قدّمنا تحقيقه في أوّل البيع بردّ الإمام ﷺ عليه وتشنيعه الشديد بقوله ﷺ: «بمثل هذه الفتوى تحبس السماء قطرها، ومنع الأرض بركتها»[2] وهذا الاحتمال ساقط قطعاً.

الاحتمال الثاني: أن يراد منه المعنى المصدري، أعني -عهده گرفتن و شيئى را در عهده قرار دادن- وهذا يتصوّر على أنحاء:

الأوّل: أن يكون التعهّد بالشيء، وجعله في العهدة ببذل العوض في مقابله، كما في البيع مثلاً؛ حيث يجعل المشتري المبيع في عهدته يبذل الثمن في مقابله.

الثاني: أن يكون التعهّد به بجعله في العهدة ولو بالشرط في ضمن العقد، لا

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٩٠، باب الرجل يكتري الدابّة...، ح ٦؛ وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١١٩، الباب ١٧ من أبواب كتاب التجارة، ح ١. فيه: فقال عليه السلام: في مثل هذا القضا وشبهه تحبس...

٢. الكافي، ج ٥، ص ٢٩٠، باب الرجل يكتري الدابّة...، ح ٦؛ وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١١٩، الباب ١٧ من أبواب كتاب التجارة، ح ١. فيه: فقال عليه السلام: في مثل هذا القضا وشبهه تحبس...

بواسطة بذل شيء بإزائه، وذلك كما في شرط الضمان والعارية، أو في عارية الذهب والفضّة؛ حيث إنّهما مضمونان على المستعير بحكم الشارع، وكذا شرط الضمان في كلّ عقد على فرض صحّته.

ثمّ كلّ واحد من هذين القسمين يتصوّر تارة في العقد الصحيح، وأُخرىٰ في الفاسد، والظاهر من قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[1] هو اختصاصه بما إذا كان الضمان ببذل العوض مقابل الشيء، لا مطلق جعله في العهدة ولو بالشرط، وكونه ببذل العوض أيضاً في خصوص العقد الصحيح دون الفاسد، فهنا دعويان:

[الدعوى] الأُولىٰ: دعوى الاختصاص بما إذا كان الضمان ببذل العوض، ووجه ذلك هو ظهور كلمة الباء السببيّة الداخلة على الضمان في قوله: «الخراج بالضمان».

وتوضيحه أنّ بذل العوض بإزاء الأموال، بل كون الشيء مالاً إنّما هو بتحقّق أحد أمرين فيه على سبيل منع الخلو:

أحدهما: الخاصيّة المرتّبة عليه الموجبة لبذل العوض بإزائه، كالخاصيّة المرتّبة على الخبز، أعني الإشباع ونحو ذلك، والمراد بالخاصيّة في المقام هي التي يتوقّف استيفاؤها على إعدام العين في مثل الخبز المتوقّف حصول الشبع به على أكله الموجب لإعدامه.

وثانيهما: المنفعة المرتّبة عليه، والمراد بها ما يكون استيفاؤها متوقّفاً على بقاء العين، كسكنى الدار، وركوب الدابّة، فالمنفعة علّةٌ وداعٍ لبذل العوض بإزاء العين، بحيث أنّه لولاها لما يبذل العوض بإزائها، كما أنّها -أي استيفاؤها- متوقّف على بذل العوض بإزاء العين؛ إذ ما لم يبذل العوض لا يمكن استيفاؤها، فصارت المنفعة سبباً وغاية للبذل، كما أنّ البذل سبب للاستيفاء، فتكون المنفعة علّة غائيّة للبذل، ومتقدماً

---

١. سنن ابن ماجة، ج ٣، ص ٥٧٦، ح ٢٢٤٢؛ عوالي اللآلي، ج ١، ص ٥٧، ح ٨٣؛ مستدرك الوسائل، ج ١٣، ص ٣٠٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، ح ١٥٤٢٨.

عليه في التصوّر، ومتأخّر عنه في الخارج، كما هو شأن العلّة الغائيّة، وهذا المعنى يلائم مع كلمة «الباء» للسببيّة في «بالضمان» كمال الملائمة، إذ يصحّ أن يقال: إنّ الضمان سبب لاستيفاء المنفعة -أي بحسب الخارج- واستيفاء المنفعة سبب للضمان، أي بحسب وجودها التصوّري، وهذا بخلاف الضمان الحاصل بالشرط، فإن المنفعة لا تكون سبباً وداعياً في إيجاده؛ لمكان كون المنفعة حاصلة للضامن بلا عوض، بل مجّاناً، كما في العارية. وإنّما الضمان نشأ عن حكم شرعي تعبّدي، كما في ضمان عارية الذهب والفضّة، أو باشتراط في العقد، كما فيما إذا كان بسبب الشرط.

والحاصل أنّ ظاهر كلمة «باء» السببيّة يقتضي انحصار المراد من الضمان في قوله: «الخراج بالضمان»[1] إلى الضمان الجعلي ببذل العوض، ولا يشمل ما لو كان بالشرط أو بحكم تعبّدي.

الدعوى الثانية: دعوى اختصاص المراد من الحديث الشريف بما إذا كان الضمان الجعلي ببذل العوض بالعقد الصحيح، لا ما يشمل الفاسد، وذلك لوجهين:

الأوّل: ظهور كلمة «الخراج بالضمان» في كون التعهّد بالشيء ببذل عوض في مقابله هو المنشأ لكون الخراج له، وهذا منحصر بمورد العقد الصحيح؛ إذ لا ضمان في العقد الفاسد بهذا المعنى، أي بمعنى تعهّد الشيء به بعوضه؛ لأنّ التعهّد به بعوضه إنّما يتحقّق إذا كان العقد صحيحاً، وأمّا مع فساده فيتحقّق الضمان بالمثل أو القيمة، وليست هذه الدعوى مبنيّة على كون الألفاظ موضوعة للمعاني الواقعيّة، فضمان العوض اسم لما هو كذلك واقعاً، وهو منتفٍ في العقد الفاسد.

الثاني: إنّ منشأ الضمان في العقد الفاسد إنّما هو اليد، ولذا قلنا في قاعدة ما يضمن بصحيحه: بأنّ المراد من الضمان فيه هو الضمان بالمعنى الاسم المصدري،

---

١. تقدّم آنفاً.

ومعه فلو أُريد التعميم للعقد الفاسد لزم إرادة المعنى الإسم المصدري منه، الذي فهمه أبو حنيفة، مع أنّك عرفت بطلانه بما تقدّم، ومنه يظهر ضعف التمسّك بقاعدة «الخراج بالضمان» لإثبات عدم ضمان منافع المستوفاة، كما عن *الوسيلة*[1]، وظهر اختصاص القاعدة بالعقد الصحيح فيما إذا كان الضمان ببذل العوض، وهذا المعنى من الخبر منطبق على القاعدة، وعلى ما في بعض الأخبار الآخر أيضاً، كما في خبر زيادة الحسن عليه السلام في العين المرهونة، وبالجملة فهي قاعدة يعول إليها في موردها الذي بيّناه، فافهم فاضبطه.

وربما يرد النقض على قاعدة «الخراج بالضمان» بالمنافع التي يتملّك بالإرث تبعاً للأعيان أو بالأصالة، حيث إنّها ليست بسبب الضمان، أعني تعهّد الشيء ببذل عوض بإزائه.

وفيه أنّ قوله: «الخراج بالضمان»[2] ليس في مقام حصر حلّيّة المنافع بالضمان، بل إنّما هي في مقام نفي الضمان عن المنافع فيما إذا تعهّد بالعين ببذل عوض بإزائه لأجل منافعه، كما لا يخفى. هذا كلّه تمام الكلام في المنافع المستوفاة.

[في ضمنا منافع الغير المستوفاة]

أمّا غير المستوفاة منها، فقد اختلفت الأقوال فيها، أنهاها المصنّف رحمه الله إلى خمسة أقوال:

- القول بالضمان مطلقاً، وعليه المشهور.
- والقول بعدم الضمان كذلك، وهو المحكي عن *الإيضاح*[3].

---

١. الوسيلة، ص ٢٥٥.

٢. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٥٧، ح ٨٣، و ص ٢١٩، ح ٨٩.

٣. إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٩٤.

- والتفصيل بين علم البايع بالفساد فلا ضمان، وبين جهله به فيضمنها المشتري أيضاً.

- والتوقّف عن الحكم مطلقاً أو في صورة علم البايع، هذا.

ولكن لا يخفى عدم استقامة عدّ التوقّف من الأقوال؛ إذ هو عبارة عن عدم الحكم، لا أنّه قول في المسألة حتّىٰ يعدّ من الأقوال.

والتحقيق أنّ الأقوال فيها ثلاثة، ثالثها: التفصيل بين علم البايع وبين جهله.

ثمّ إنّه ﷺ يختار في صدر العبارة عدم الضمان مطلقاً، ثمّ يتوقّف في الحكم، كما يظهر من قوله: والإنصاف أنّ للتوقّف في المسألة - كما في *المسالك* تبعاً *للدروس* و*التنقيح* - مجالاً[1]، ويختار الضمان أخيراً.

أمّا وجه اختياره عدم الضمان أوّلاً، فبدعوى منع شمول عموم «على اليد» للمنافع؛ لأنّ أخذها والاستيلاء عليها لا يتحقّق مستقلاً، بل إنّما هو بتبعيّة الإستيلاء على العين، والعموم منصرف إلى الأخذ بالاستقلال، هذا هو الذي يظهر من عبارته و إن لم يصرّح بدعوىٰ الانصراف.

ولا يخفى ما فيه؛ لأنّ انصراف الأخذ إلى الاستقلالي بدويٌّ لا يضرّ بالتمسّك بالإطلاق، ومنشؤ بدويّة الانصراف هو تواطئ أفراد الأخذ في صدق المفهوم عليه، وإذا كانت الأفراد كذلك فيكون انصراف اللفظ إلى بعضٍ منها بدويّاً لأجل أُنس الذهن إليه، كانصراف الماء إلى ماء الفرات لمن كان جنب الفرات، وإلى ماء دجلة لمن كان عند دجلة، وهكذا، وفيما نحن فيه كذلك، حيث إنّ انصراف الأخذ إلى أخذ العين إنّما هو لأجل أُنس الذهن بهذا الفرد من غير تفاوت بينه وبين أخذ المنفعة بالاستيلاء عليها، كما لا يخفى.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٠٦، راجع أيضاً مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥٨ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ١٩)؛ الدروس الشرعيّة، ج ٣، ص ١٧٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١١)؛ التنقيح الرائع، ج ٢، ص ٣٢.

ووجه اختياره الضمان أخيراً هو الإجماع عليه المنقول من *التذكرة*[1]، وربما يورد عليه بأنّ التمسّك بالإجماع المنقول منافٍ مع ما أسّسه هو في الأُصول من عدم حجّيته، ولكنّه مندفع بأنّ الممنوع منه هو ما إذا كان إجماعاً على أمر تعبّدي، بحيث يراد اندراجه تحت الخبر الواحد الحاكي عن قول المعصوم، وتسليمه في المقام ليس لهذه الجهة، بل إنّما هو لأجل استكشاف القاعدة الفقهيّة المتسالم عليها لدى الفقهاء، ولا يخفى صحّة استكشافها من الإجماع المنقول، بل ممّا هو أدون منها، فهذا الإيراد ليس بشيء.

وتحصّل ممّا ذكرناه أنّ الحقّ هو الضمان مطلقاً، كما عليه المشهور المنصور، وذلك لعموم «على اليد» الشامل للعين والمنفعة مطلقاً، المستوفاة منها وغير المستوفاة منها.

ثمّ إنّه قد تقدّم الإشكال في الجمع بين الحكم بكون قبض المنفعة بقبض العين، وبين الحكم بكون تلف المنفعة أو ذهاب العين الموجب لفوت المنفعة في الأثناء على المالك، فلو تلفت العين في الأثناء أو صارت بحيث لا يمكن استيفاء المنفعة منها، رجع المستأجر على المالك بالأُجرة بقدر ما بقي من المدّة، وذلك جرياً على قاعدة: كلّ مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه الغير المختصّة بخصوص المبيع، بل الجارية في غيره أيضاً، ووجه الإشكال هو التنافي بين الحكم بكون المنفعة مقبوضه بقبض العين، وبين الحكم بكون التلف في الأثناء على المؤجر، جرياً على قاعدة التلف قبل القبض.

والجواب أنّ ما كان من المنافع توجد إلى آخر المدّة، فهي تكون مقبوضة بقبض العين، وأمّا ما لا توجد منها فلا موقع للحكم بتحقّق قبضها بقبض العين، فلا تنافي بين الحكمين.

---

١. تذكرة الفقهاء، ج ١٩، ص ٢١٦.

قوله ﷺ: «وإن كان المتراءي من ظاهر صحيحة أبي ولّاد[١] اختصاص الضمان ... إلى آخره»[٢].

وجه ظهور الصحيحة في اختصاص الضمان بالمنافع المستوفاة هو عدم تعرّض الإمام ﷺ إلّا لكرى البغل عن مكان المخالفة إلى بغداد، ومنه إلى الكوفة، ولم يتعرّض لكراه في مدّة التوقّف في الأثناء، مع بُعد عدم التوقّف في الأثناء عمّن يذهب إلى بغداد ويرجع عنها.

والحاصل أنّ ترك الاستفصال عن حال وجود المنافع الغير السمتوفاة يفيد الحكم بعدم ضمانه، وإلّا لكان عليه أن يتعرّض له.

ولا يخفى ما فيه؛ لأنّ التمسّك بترك الاستفصال إنّما يصحّ فيما إذا كان الفرد الذي يراد إثبات حكمه بترك الاستفصال شايعاً، بحيث كان ترك التعرّض لحكمه فيما إذا كان مورد التعرّض منافياً للحكمة، وأمّا إذا كان نادراً فلا يمكن استعلام حكمه من ترك التعرّض، ومع قطع النظر عمّا ذكرناه، وتسليم دلالة الخبر على عدم ضمان المنافع الغير المستوفاة، يرد عليه أنّه غير معمول به في مورده وهو الغصب، فكيف بالتعدّي عنه إلى غير مورده، وهو مورد المقبوض بالعقد الفاسد الذي هو المبحوث عنه في المقام.

[حكم المثليّ والقيميّ]

قوله ﷺ: «الرابع إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله ... إلى آخره»[٣].

لا إشكال في كون الضمان في المثلي بالمثل، وفي القيمي بالقيمة في الجملة،

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٥، ح ٩٤٢؛ وسائل الشيعة، ج ٢٥، ص ٣٩٠، الباب ٧ من أبواب الإجارة، ح ١.
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٠٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٣. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٠٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

إلّا أنّ تنقيح البحث عن ذلك يتوقّف على بيان أُمور:

الأوّل: العبرة في الضمان المأخوذ باليد الثابت ضمانه بقاعدة «على اليد» إنّما هو بالمثل أو القيمة، لا بالمسمّى، ولا بأقلّ الأمرين من الواقع أو المسمّى، وذلك لأنّ ضمان المسمّى متوقّف على العقد الصحيح المؤثّر في تعيين المسمّى على من تعهّد به، ومع فساده وعدم تأثيره فلا موجب للضمان به، وليس منشأ الضمان مع عدم نفوذ العقد إلّا قاعدة على اليد، وهي لا تدلّ على المسمّى، ولا على أقلّ الأمرين منه ومن المثل أو القيمة الواقعيّة، وهذا ظاهر.

الثاني: يعتبر في ضمان الشيء أن يكون ممّا يتموّل عرفاً، فلا ضمان بالنسبة إلى مالا ماليّة له، كالخنافس ونحوها، وكالحبّة من الحنطة، بمعنى أنّه لا يدخل منه شيء في العهدة وضعاً وإن كان يجب على من بيده الردّ إلى مالكه مادام موجوداً، إلّا أنّه حكم تكليفي لا يرتبط بالوضع.

الثالث: أنّ الركن في باب الضمان ومقوّمه هو الماليّة، وأمّا بقيّة الخصوصيّات من أوصاف المقبوض أو خصوصيّة العينيّة، فليست مقوّماً للضمان، بحيث ينتفي الضمان باستحالة ردّها، بل يجب أداء الخصوصيّات مهما أمكن، ومع عدم إمكانه يجب أداء الماليّة.

الرابع: أنّ ضمان الشيء بما هو حكم وضعي إنّما يصحّ فيما إذا أمكن أداؤه، بحيث يصير بعد اعتبار القرار في الذمّة مكلّفاً بالردّ، وأمّا مع استحالة الردّ، -كما إذا تلفت العين، حيث يتعذّر ردّ الخصوصيّة العينيّة- فلا معنى لضمان الخصوصيّة حينئذ، وأمّا أنّه يعاقب في يوم القيامة فهو معنى آخر لا ربط له بباب الضمان الذي هو حكم وضعي، كما أنّه معاقب على مخالفة التكاليف، مع أنّه ليس من باب الضمان في شيء، ويترتّب على ذلك أنّ المضمون باليد في صورة التلف إذا كان له أفراد

شايعة من نوعه وصنفه، بحيث يكون ردّ إحدى الأفراد والمصاديق ردّ التالف يجب ردّه، وهذا هو المعتبر عنه بالمثلي، ويشترط فيه أن لا يكون عزيز الوجود، بل كان ما يمكن ردّه عرفاً، كما أنّه يعتبر غلبة الوجود في باب السلم أيضاً، ومنه يظهر أنّ المدار في المثلي هو أن يكون ردّ المثل ممّا يعدّ ردّ الشيء التالف عرفاً، بحيث كان اتّحاد الأوصاف بمرتبة كانت الخصوصيّة العينيّة ملغاة في نظر المالك بحسب العرف، بحيث صدق على أخذ المثل أخذ المال التالف نفسه، فلا عبرة باعتبار الأقرب فالأقرب إلى التالف، فإن صدق على ردّ المثل بأنّه ردّ التالف نفسه فهو وإلّا فلا يجب ردّ الأقرب إليه وإن كان في غايةٍ من القرب، لكن مع عدم صدق ردّ التالف على ردّه.

ومنه يظهر أيضاً أنّه لا يحتاج في إثبات وجوب أداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي إلى دليلٍ آخر عدا قاعدة «على اليد»، وأنّ نفس الحديث الشريف متكفّل له؛ لاشتماله على وجوب الخروج عن عهدة الشيء بردّه، وإذا كان الشيء مثليّاً وكان ردّ مثله ردّاً له عرفاً، فيجب ردّ مثله بحكم على اليد، بل لا دليل عليه سوى هذا الخبر أيضاً، فإنّه وإن كان الحكم في الجملة إجماعيّاً إلّا أنّه يعلم قطعاً بأنّ نظر المجمعين ليس إلّا إلى هذه القاعدة، كما لا يخفى.

الخامس: ذكر في تحديد المثلي والقيمي أُموراً لا يسلم شيئاً منها عن الخدشة والمناقشة، كما أنّ اكثرها مذكور في الكتاب، ولمّا لم يكن لفظ المثلي والقيمي مذكوراً في نصّ وكان مناط الحكم في وجوب ردّ المثل في المثلي والقيمة في القيمي على ما يستفاد من قاعدة «على اليد»، فلا جرم يكون الأولى الإضراب عمّا قيل في تحديدهما، والنظر إلى ما يستفاد من القاعدة في تشخيص المثلي والقيمي، وتعيين أنّ مقتضى على اليد هو وجوب ردّ المثل في أيّ موضع، وردّ القيمة في أيّ موضع، فنقول: يعتبر في المثلي إجتماع أُمور:

[أربعة أُمور يعتبر في المثلي]

الأوّل: أن يكون أفراد نوع واحد أو صنف واحد متّحدة الصفات بحسب الخلقة الإلهيّة، كالحبّات من الحنطة ونحوها من الحبوبات، وكذا إذا كانت كذلك بسبب صنع المخلوقين، كالمطبوعات والمصنوع في المكايين - وكارخانه جات -، ومنه الدراهم والدنانير المسكوكة على إشكال فيما إذا كان بحسب صنع المخلوق منشؤه إمكان اختلاف المالك فيها في الأعيان والأوصاف، بأن كانت العين ملكاً لشخص والصفة ملكاً لآخر، كما في الدرهم الذي يطبع الصانع في ملك الغير، فإذا ردّه الضامن يصير المردود مشتركاً بين مالك المادّة ومالك الصفة، وهذا لا يتصوّر في المخلوق بالخلقة الإلهيّة، وسيأتي ما هو التحقيق فيه إن شاء الله.

الثاني: أن يكون تلك الصفات المتّحدة نوعاً أو صنفاً ممّا لها قيمة، فلو لم تكن كذلك لم يكن الضامن ضامناً لها، لما عرفت من عدم اعتبار الضمان فيما لا ماليّة له.

الثالث: أن تكون لتلك الصفات بقاء بحسب الزمان على حسب بقاء العين، وبعبارة أُخرىٰ من الصفات القارّة بقرار العين، لا ما يتجدّد عليها مع عدم قرارها، فمثل الخضروات التي تتبدّل صفاتها في كلّ زمان مع عدم بقائها لا تكون من المثليّات، والدليل على إعتبار هذا الأمر هو ما تقدّم في الأمر الرابع من اشتراط إمكان الردّ في الضمان، حيث إنّه مع استحالة الردّ لا معنى للإلزام به، والصفات الغير القارّة غير قابلة لتعلّق التكليف بردّها، لعدم قرارها، فليست بخصوصيّاتها مضمونة، وإنّما تضمن بقيمتها وتخرج عن كونها مثليّاً.

الرابع: أن تكون الأفراد المتساوية مع الفرد التالف في الصفات شايعاً، يمكن ردّها إلى المالك بحسب العادة، لا ما إذا كانت نادرة يعزّ وجودها، فلو كان كذلك خرج عن المثلي، وذلك لما عرفت من عدم اعتبار الضمان فيما لا يمكن ردّه بحسب

العادة وإن كان يعاقب على التفريط لو قصر وبعد إجتماع الأُمور الأربعة في شيء يكون مثليّاً، وبانتفائها أو انتفاء شيء منها يكون من القيمي، وهذا هو حقّ القول في باب المائزبين المثلي والقيمي، سواء طابق مع ما قيل في تحديدهما أم لا؛ إذ ليست العبرة بما قيل بعد اتّضاح المعنى.

الأمر السادس[1]: إذا علم بكون الشيء مثليّاً أو قيميّاً فهو، وإن شكّ فيه فهل الأصل يقتضي أن يعامل معه معاملة المثلي أو القيمي؟ احتمالان.

وحقّ التحرير أن يقال: إنّه لاشبهة في كون بعض الأشياء مثليّاً مثل الحبوبات ونحوها، كما لاشكّ في كون مثل الحيوانات من القيميّات، وكذا لاشبهة في تحقّق بعض الأفراد المشتبهة كونها من أيّ واحدٍ من القسمين، فهل الشكّ في المثليّة والقيميّة من قبيل الشكّ في الأقلّ والأكثر أو أنّه من قبيل المتباينين؟ ثمّ على الأوّل فهل يكون الشكّ بين الأقلّ والأكثرفي ناحية الاشتغال، أو يكون في ناحية الأداء والفراغ؟

فالمرجع على تقديركون الشكّ بين الأقلّ والأكثرفي ناحية الاشتغال هو البرائة، وعلى تقديركونه في ناحية الفراغ هو الاشتغال، وعلى تقديركون الشكّ في المتباينين فهل الحكم هو تخيير الضامن، أو تخيير المالك، أو يحكم بالتنصيف، بمعنى الأخذ من نصف المثل ونصف القيمة، أو يحكم بالصلح القهري؟ وجوه.

وممّا ذكرنا في التحرير يظهر أنّ منشأ احتمال الرجوع إلى الاشتغال، أو البرائة، أو التخيير الضامن، أو المالك، أو التصنيف، أو التصالح، ليس شيئاً واحداً، بل مبنى الأوّلين هو كون الشكّ في الأقلّ والأكثر مع الاختلاف بينهما في كون البرائة مبنيّاً على كون الشكّ في ناحية الاشتغال، والاشتغال مبنيّاً على كون الشكّ في ناحية الفراغ، ومبنى الوجوه الأخيرة هو كون الشكّ في المتباينين على ما نفصّل، فينبغي أن نحرّر أوّلاً في أنّ الشكّ هل هو في الأقلّ والأكثر، أو في المتباينين؟

---

١. تقدّم الأمر الخامس في ص ٣٧٢.

فنقول: قد عرفت أنّ الركن في الضمان هو الماليّة، وأنّ سائر الأوصاف و الخصوصيّات إنّما يضمن إذا أمكن أدائها، وحينئذ يحتمل أن يكون ما تعلّق بالعهدة من الضمان هو الماليّة الغير المتقدّرة، ويحتمل أن يكون هو الماليّة المتقدّرة.

والمراد بالأوّل هو اعتبار عهدة الضامن بماليّة العين المضمونة من غير لحاظ تساويها بقيمة خاصّة من كونها تساوي عشرة دراهم أو عشرين ديناراً مثلاً، بل نفس ماليّتها بما هي هي، والمراد بالثاني لحاظ تساوي الماليّة مع قيمة خاصّة حين اعتبارها في عهدة الضامن.

فعلى الأوّل يترتّب أمران:

أحدهما: هو كون المدار على القيمة بقيمة يوم الأداء، لا يوم الغصب أو التلف، وذلك لأنّ الضامن تشتغل عهدته بماليّة العين المضمونة من غير تقييدها بقيد، أو تقدّرها بقدر خاصّ، ويجب عليه الخروج عمّا في عهدته، فكلّ يوم يريد الأداء يجب الخروج عمّا في عهدته من الماليّة المرسلة، فيتعيّن عليه أداء المطابقة مع يوم الأداء.

وثانيهما: كون الشكّ في المثلي والقيمي من قبيل الأقلّ والأكثر؛ إذ القدر المتيقّن حينئذ هو تعلّق العهدة بماليّة العين المضمونة، وإنّما الشكّ في ضمان خصوصيّة العين والوصف أيضاً زائداً عن ضمان ماليّته، فظهر أنّ مدرك الأقلّ والأكثر هو كون العبرة في الضمان بتعلّق العهدة بماليّة العين المضمونة غير متقدّرة بقدر خاصّ. وهل الشكّ واقع في ناحية الاشتغال أو ناحية الأداء؟ الظاهر المقطوع به هو الأوّل، وذلك لعدم العلم من الأوّل بضمان الخصوصيّة العينيّة والوصفيّة زائداً عن ضمان الماليّة، بل لا وجه لإرجاعه إلى ناحية الأداء أصلاً، كما سيأتي، ويترتّب على الثاني -أعني كون العبرة في الضمان بالماليّة المتقدّرة- كون الشكّ من قبيل المتباينين، وذلك لتباين الماليّة المتقدّرة بعشرين ديناراً مثلاً مع الخصوصيّة العينيّة والوصفيّة،

فيكون كما إذا تردّد في تعلّق العهدة بالثوب أو الدينار.

ولكن يحتمل على هذا أن يكون الظرف في قوله: «على اليد ما أُخذت»[1]، «لغواً» متعلّقاً بفعل مخصوص مثل الدرك والخسارة ونحوهما، فيصير المعنى حينئذ أنّه على اليد خسارة ما أُخذت ودركه.

ويحتمل أن يكون الظرف «مستقرّاً» فيصير المعنى أنّ نفس ما أُخذت اليد يكون بنفسه على اليد.

ولازم الأوّل هو كون المدار على القيمة بيوم التلف؛ إذ هو يوم تعلّق العهدة بدرك الشيء وخسارته.

ولازم الثاني هو كون المدار على القيمة بيوم القبض؛ إذ هو تعلّق العهدة بالعين.

وممّا ذكرنا يظهر منشأ الخلاف في كون المدار على القيمة بيوم الأداء، أو يوم التلف، أو يوم القبض؛ وأنّ منشأ الأوّل هو اعتبار الماليّة الغير المتقدّرة في الضمان، ومنشأ الثاني هو اعتبار الماليّة المتقدّرة مع كون الظرف في «على اليد» لغواً، ومنشأ الثالث هو بعينه منشأ الثاني، لكن مع كون الظرف «مستقرّاً».

ولا يخفى أنّ المعظم على اعتبار القيمة بيوم التلف، وعند جماعةٍ على يوم القبض. ويمكن اعتبار أعلى القيم من يوم القبض ويوم التلف، بناءً على كون الظرف «مستقرّاً». وذهب إليه بعض أيضاً، لكنّه لا يخلو عن بعد.

هذا ولكنّ الإنصاف هو كون الشكّ بين المثلي والقيمي من قبيل المتباينين، حتّىٰ على احتمال كون المدار في الضمان على اعتبار الماليّة الغير المتقدّرة، وكون المدار على القيمة بيوم الأداء، وذلك لدلالة حديث «على اليد»[2] على لزوم ردّ المثل في المثلي والقيمة في القيمي، وهما متباينان، وهذا المشكوك لا يخلو حاله عن

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

٢. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

أحدهما: فإمّا يكون مثليّاً أو يكون قيميّاً. وتقريب الدلالة هو ما تقدّم من كون مقتضى الحديث هو وجوب ردّ ما أُخذت اليد، ومع كون ردّ مثله ردّاً له عرفاً، وفرض ماليّة الأوصاف كما هو المعتبر في المثلي يجب ردّه بمثله، وإلّا فيتعيّن القيمة، هذا.

ومع قطع النظر عن دلالة الحديث فنفس الإجماع كافٍ في إثبات حكم الردّ، وأنّه في المثلي يكون بالمثل، وفي القيمي بالقيمة، والماليّة الغير المتقدّرة وإن كانت مطلقة غير محدودة بحدٍ خاصّ إلّا أنّه يجب تعيّنها في يوم الأداء، ففي يوم الأداء يتردّد الأمر بين أداء المثل والقيمة، وهما من المتباينين وإن لم يكن قبله كذلك.

فالحقّ كون الشكّ على جميع التقادير من المتباينين لا الأقلّ والأكثر، فسقط وجه الرجوع إلى البرائة والاشتغال كليهما، لكون منشأ الرجوع إلى البرائة هو كون الشكّ في الأقلّ والأكثر في ناحية التكليف، ومنشأ الرجوع إلى الاشتغال هو كونه في الأقلّ والأكثر في ناحية الأداء، وقد عرفت عدم كون الشكّ في الأقلّ والأكثر رأساً لكي يكون في ناحية الاشتغال أو الفراغ، فحينئذ يجب الفحص عن حكم المتباينين، وأنّه هل هو الاحتياط -كما في الدوران بينهما في باب التكاليف وموارد العلم الإجمالي- أو أنّه يرجع في المقام إلى تخيير الضامن، أو إلى تخيير المالك، أو تعيين ما على الضامن بالقرعة، أو يحكم بالتنصيف أو الصلح القهري؟ لكن لا مجال في الماليّات للقول بالاحتياط، لمعارضة الاحتياط فيها من طرف الدافع من الاحتياط من طرف القابض؛ لأنّه كما يعلم الدافع إجمالاً بثبوت إحدى المتباينين عليه من الثوب والكتاب مثلاً، يعلم القابض أيضاً بعدم استحقاقه إلّا لأحدهما، فلا يجوز له أخذهما معاً؛ لمكان العلم الإجمالي، فباب الاحتياط والموافقة القطعيّة مسدود في مورد الماليّات، ويجب الموافقة الاحتماليّة، وحينئذ فهل الأصل هو التخيير أو أحد الأخرين من التنصيف والتصالح القهري؟ ثمّ على التخيير أيضاً فهل هو ثابت للضامن أو للمالك؟

يمكن أن يقال بالتخيير للضامن، وذلك لعدم إمكان الاحتياط التامّ والموافقة القطعيّة، فينتهي إلى جواز الاكتفاء بالموافقة الاحتماليّة، والإمتثال الاحتمالي المقتضي لتخيير الضامن في إخراج المثل أو القيمة في مقام الأداء.

وأمّا تخيير المالك فلم يعلم له وجهٌ؛ إذ لا وجه لتعلّق حقّه بالقدر المشترك بين الخصوصيّتين حتّىٰ يثبت له التخيير في تعيّنه في ضمن إحداهما.

وممّا ذكرناه يظهر ضعف ما في الكتاب من فرض تخيير الضامن أوّلاً، متمسّكاً بأصالة البرائة عمّا زاد على ما يختاره، ثمّ تخيير المالك لو فرض الإجماع على عدم تخيير الضامن؛ مستدلاً لتخيير المالك بأصالة عدم برائة ذمّة الضامن بدفع مالا يرضى به المالك، مضافاً إلى عموم «على اليد»، حيث إنّ مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر، ثمّ قال:

والأقوىٰ تخيير المالك من أوّل الأمر؛ لأصالة الاشتغال، والتمسّك بأصالة البرائة لا يخلو عن منعٍ[1]، انتهى.

ولا يخفى ما فيه، أمّا أوّلاً؛ فلأنّ مبنى تخيير الضامن ليس من جهة أصالة البرائة عن الخصوصيّة، بل إنّما هو لكون الشكّ في المتباينين مع عدم التمكّن من الاحتياط التامّ وانتهاء الأمر إلى الاكتفاء بالامتثال الإحتمالي، كما تقدّم.

وأمّا ثانياً؛ فلأنّه ليس في البين إجماع على عدم تخيير الضامن، بل المسألة ذات أقوال عديدة، كما تقدّم.

وأمّا ثالثاً؛ فلما عرفت من أنّه لا وجه لتخيير المالك بوجهٍ من الوجوه؛ إذ لا ملاك لاعتبار كون المالك مستحقّاً للقدر المشترك بين المثل والقيمة على الضامن.

وأمّا رابعاً؛ فلما عرفت من أنّ عموم «على اليد» إنّما يدلّ على الضمان، وأنّ

---

١. راجع كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢١٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الركن في الضمان هو الماليّة، وأنّ مالا يمكن أداؤه فلا اعتبار للضمان فيه، فليس في عمومه اقتضاء؛ لعدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين.

[حكم الشك في المثليّة والقيميّة]

وتحقيق الكلام أن يقال: اللازم هو الحكم بترتيب آثار المثليّة في ما يشكّ في كونه مثليّاً أو قيميّاً إذا كان الظرف في قوله ﷺ «على اليد»[1] مستقرّاً، سواء كان الضمان في القيميّات بالماليّة المتقدّرة بالأثمان، أو كان بالماليّة الغير المتقدّرة، وذلك للاستصحاب.

وتقريبه أنّ لازم استقرار الظرف هو كون العين المقبوضة بمالها من الخصوصيّات العينيّة والوصفيّة ثابتةً في العهدة، وإذا تلفت تخرج الخصوصيّة العينيّة عن العهدة؛ لأجل تعذّر ردّها، وقد عرفت أنّ مالا يمكن ردّه لا اعتبار للضمان فيه، ويبقى النظر في الخصوصيّات الوصفيّة، فإن كان المقبوض مثليّاً يجب أداء تلك الخصوصيّات بأداء المثل، وإن كان قيميّاً يقتصر على أداء القيمة، وعند الشكّ فيهما يستصحب بقاء العهدة على أداء الخصوصيّات الوصفيّة القائمة بالعين المقبوضة، عدىٰ ما يقطع بسقوطها بالتلف، أعني الخصوصيّة العينيّة.

ومقتضى استصحابه هو تعيين أداء المثل في مقام الردّ، ولو كان الضمان في القيميّات بالماليّة المتقدّرة فضلاً عمّا إذا كان بالغير المتقدّرة منها.

وبالجملة فعلى تقدير كون الظرف «مستقرّاً» يكون مقتضى الأصل عند الشكّ في المثليّة والقيميّة هو المثليّة، والمراد بالأصل المدّعى هو الاستصحاب المذكور، وهذا بخلاف ما إذا كان الظرف «لغواً»؛ فإنّه لا مجال معه للرجوع إلى الاستصحاب؛ لعدم العلم بتعلّق الخصوصيّات الوصفيّة على العهدة من أوّل الأمر؛ لأنّه إذا كان قيميّاً يكون قيمته متعلّقة بالعهدة، غاية الأمر مع التردّد بين كونها متقدّرة أو غير متقدّرة،

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢١٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

فلا يعلم بتعلّق الخصوصيّات الوصفيّة على العهدة حتّىٰ يستصحب بقائها عند الشكّ فيه، فإن كان الضمان في القيميّات بالماليّة الغير المتقدّرة يكون الشكّ من قبيل الدوران بين الأقل والأكثر في مقام الاشتغال؛ لكون الشكّ حينئذ في تعلّق المثل بالعهدة زائداً عن ماليّة التالف التي يقطع بتعلّقها بها، والمرجع فيه هو البرائة، وإن كان الضمان بالماليّة المتقدّرة يكون الشكّ من قبيل المتباينين؛ لكون الشكّ في تعلّق المثل أو الماليّة المتقدّرة بالأثمان بالعهدة، نظير الدوران بين تعلّق الفرس أو الثوب مثلاً بها، وحينئذ فالمتعيّن هو الحكم بتخيير الضامن وإسقاط بقيّة الاحتمالات.

أمّا تخيير الضامن فلرجوع الأمر إلى المتباينين مع عدم إمكان الاحتياط في الماليّات، ولزوم الاكتفاء بالامتثال الاحتمالي بأداء كلّ واحد من المثل والقيمة.

وأمّا سقوط تخيير المالك؛ فلما عرفت من عدم المنشأ لتخييره؛ لعدم اعتبار كون ما يستحقّه من الضامن هو القدر المشترك بين المثل والقيمة، بل الثابت على الضامن هو إحدى الخصوصتين، وحيث لا يمكن فيه الاحتياط فلا جرم ينتهي إلى جواز الاكتفاء بالموافقة الاحتماليّة والامتثال الاحتمالي المقتضي لتخييره في مقام الأداء، فلا موجب لتخيير المالك أصلاً.

وأمّا سقوط الحكم بالتنصيف؛ فلأنّ مورد الحكم به في الماليّات إنّما هو فيما إذا كان المورد على تقدير تعلّق التكليف به كان الحكم التكليفي المتعلّق به تخييريّاً، ففي مثله إذا كان من الماليّات يحكم بالتنصيف. وليس الحكم في المقام كما ترىٰ هو التخيير، بل المتعيّن الواقعي هو أحد الأمرين من المثل أو القيمة.

وأمّا سقوط القرعة؛ فلأنّها في مورد المشتبه، وبعد تبيّن الحكم في المقام بجواز الاكتفاء بالامتثال الاحتمالي لا تبقى شبهة حتّىٰ يعمل بالقرعة، ومنه يظهر سقوط احتمال الصلح القهري أيضاً.

هذا ما يقتضيه التحقيق بناءً على تقدير كون الظرف «مستقرّاً» أو «لغواً»، وعلى

تقدير كونها «لغواً» كان الضمان في الماليّات بالماليّة المتقدّرة، أو بغير المتقدّرة.

وأمّا التحقيق في باب الظرف، فالحقّ أنّه «مستقرّ» لا «لغو»، وذلك لظهور قوله ﷺ «على اليد ما أُخذت»[1] في كون نفس ما أُخذت على اليد، لا خسارته ودركه، وأنّه حين المقبوضيّة قبل التلف يكون على اليد فعلاً، لا أنّه قبل التلف يكون خسارته على اليد لو تلف.

والحاصل أنّ دعوى ظهور الظرف في الاستقرار من وجهين:

أحدهما: من جهة ظهور القضيّة في كون نفس ما أُخذت على اليد.

وثانيهما: من جهة ظهورها في كون ما على اليد مضموناً فعلاً قبل التف، ومع جعل الظرف «لغواً»، لابدّ من ارتكاب خلاف الظاهر من كلتا الجهتين.

وأمّا الضمان في القيميّات، فالحقّ كون العبرة فيها على الماليّة الغير المتقدّرة. وذلك لعدم الدليل على اعتبار تقدّرها بالأثمان، ضرورة أنّ الدليل على ردّ القيمة في القيميّات أيضاً هو عموم «على اليد»، كما في ردّ المثلي في المثليّات. وليس في عمومه دلالة على الأزيد من ردّ الماليّة، وأمّا أنّ الواجب هو ردّ الماليّة المتقدّرة بالأثمان فلا دلالة فيه عليه أصلاً، ولازم ذلك هو كون المدار على القيمة بقيمة يوم الأداء، كما أنّه يكون الأصل عند الشكّ في المثليّة والقيميّة هو المثليّة.

فتحصّل أنّ المختار هو وجوب ترتيب آثار المثليّة عند الشكّ في كون المقبوض مثلياً أو قيمياً؛ لظهور الظرف في كونها «مستقرّاً»، ولازم كونها مستقرّاً هو ذلك للاستصحاب.

وللمصنّف ﷺ تقريب آخر في الكتاب، أفاده في مقام تقرير كون الأصل هو المثليّة، أشار إليه بقوله ﷺ:

ولكن يمكن أن يقال: إنّ القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

في المغصوبات والأمانات هو الضمان بالمثل؛ لأنّه أقرب إلى التالف ... إلى آخره[1].

ومحصّله يتّضح ببيان أُمور:

[الأمر] الأوّل: أنّ عموم دليل الضمان إنّما يثبت الضمان بالمثل مطلقاً في المثلي والقيمي، فبعموم دليله يجب ردّ كلّ ما كان أقرب إلى التالف من حيث الماليّة والصفات.

[الأمر] الثاني: أنّه خرج عن هذا العموم بالإجماع صحّة أداء القيمة في القيميّات.

[الأمر] الثالث: إذا تردّد التالف بين كونه مثليّاً أو قيميّاً يكون من باب تردّد المخصّص وإجماله من جهة الشبهة المفهوميّة، لرجوع الشكّ في كون التالف مثليّاً أو قيميّاً إلى الشكّ في مفهوم المثلي والقيمي، ومعلوم أنّه مع إجمال المخصّص مفهوماً يقتصر في مقدار التخصيص على القدر المتيقّن، ويرجع في مورد الشكّ إلى العموم، وذلك فيما إذا كان المخصّص منفصلاً، فيكون لازم ذلك هو اعتبار أداء المثل في المشكوك.

هذا محصّل مرامه بزيادة إيضاح وإن كانت العبارة لاتفي به.

ولا يخفى ما فيه؛ لما عرفت من أنّ العبرة في المثلي إنّما هو على كون أداء المثل هو أداء التالف بعينه، بأن يكون كأنّه هو هو، وقد عرفت أنّه يتوقّف على أُمور أربعة، وأمّا اعتبار أداء الأقرب فالأقرب إلى التالف فليس عليه دليل، وإنّما عموم «على اليد»[2] يدلّ على اعتبار المثل بالمعنى الذي ذكرناه؛ لكون أدائه أداء التالف، وأنّه هو هو، والعموم متكفّل لإثبات وجوب أداء ما على اليد، وبعد أن كان هو هو يجب أدائه، فعموم «على اليد» من الأوّل يدلّ على وجوب أداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي، لا أنّه يدلّ على وجوب أداء المثل حتّى في القيميّات، وإنّما خرج القيميّات بالتخصيص بدليل منفصل، وحينئذ إذا شكّ في التالف في مثليّته

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢١٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

وقيميّته لا يكون عموم لكي يرجع إليه في إثبات المثليّة، بل ينتهي الأمر إلى الأصل العملي وهو الاستصحاب.

الأمر الرابع: لو لم يوجد المثل في المثلي إلّا بأكثر من ثمن المثل، فإمّا أن تكون زيادة القيمة لأجل تفاوت القيمة السوقيّة، أو يكون لأجل إعواز المثل وندرته، وعدم وجوده إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس، فعلى الأوّل فلا إشكال في وجوب دفع المثل أو قيمته ولو كانت بأضعاف قيمة التالف يوم تلفه، وذلك لمكان وجوده ووجوب دفعه عند وجوده، وعلى الثاني ففي وجوب دفع المثل أيضاً أو قيمة التالف، خلافٌ، والمختار عند المصنّف ﷺ هو الأوّل، ونقل التردّد فيه عن العلاّمة[1]، والأقوىٰ هو الأخير، وذلك لما عرفت في الأمر المتقدّم من أنّ المعتبر في كون الشيء مثليّاً هو كون أداء مثله أداؤه عرفاً، بحيث لو لم يكن كذلك لكان قيميّاً، ولا فرق في إعواز الشيء بين ما كان حين التلف أو كان طارياً، فكما أنّ إعواز المثل من الأوّل يخرج الشيء عن المثليّة فكذا إذا حدث الإعواز في الأثناء.

[فيما تعذّر المثل]

الأمر الخامس: لو تعذّر المثل ففي تبدّل المثل بالقيمة أفيجب دفع القيمة، أو بقاء المثل في العهدة؟ وجهان. وتحقيق القول في ذلك يتمّ برسم أُمور:

الأوّل: أنّ الملاك في التعذّر الطاري هو ما هو الملاك في التعذّر الابتدائي، فكلّ ما هو ملاك في صدق التعذّر لو كان متحقّقاً في بدو حدوث الضمان فهو ملاك في صدقه لو تحقّق في الأثناء، وقد تقدّم أنّ المدار في صدقه هو عدم التمكّن من أدائه بحسب العرف، ولو أمكن أداؤه عقلاً.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢١٩-٢٢٠، (ضمن تراث الشيخ الأعظم). راجع أيضاً قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٢٧.

الثاني: لا فرق في تعذّر المثل بين ما إذا كان تكوينيّاً، كما إذا لم يوجد المثل في الخارج أوكان اعتباريّاً، كما إذا فرض وجوده، لكن مع سقوط ماليّته بحسب العرف والاعتبار، كالماء على الشاطئ لو أتلفه في المفازة، والجمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف، فإنّه من التعذّر أيضاً، ويكون في حكم المتعذّر.

الثالث: هل الضمان في المثلي يتبدّل إلى القيمة بعد تعذّر المثل، أو يبقى المثل هو بنفسه في العهدة إلى أن يبرء عنه بأدائه لو وجد، أو أداء قيمته؟ وجهان: أقواهما الأخير، وذلك لأنّ مقتضى عموم «على اليد» هو ثبوت الضمان في المثلي بالمثل، وبعد ثبوته في العهدة فلا وجه لخروجه عنها بالتعذّر، فيكون حاله كحال الدين الذي يتعذّر أداؤه، حيث إنّه ينظر إلى الميسرة، لا أنّه يسقط عن الذمّة بالتعذّر.

فإن قلت: المعيار في مثليّة المثلي هو تمكّن أداء المثل عرفاً. وإذا تعذّر المثل خرج التالف عن كونه مثليّاً. وقد تقدّم في الأمر السابع بيان عدم الفرق بين فقدان أركان المثليّة من الأوّل، أو طريان العدم عليه في الأثناء، فإذا خرج التالف عن المثليّة في الأثناء ينتقل إلى القيمة.

قلت: المعتبر في المثلي هو أن لا يكون متعذّراً تعذّراً مطلقاً، لا يرجى زواله والعود إلى اليسر، سواء كان من الابتداء أو حدث في الأثناء، فلا يخرج المثل عن المثليّة بالتعذّر المرجوّ زواله، من غير فرق أيضاً بين ما كان من الابتداء أو حدث في الأثناء.

الرابع: لا إشكال في فراغ عهدة الضامن عن ضمان المقبوض لو رضي المالك بالقيمة واستوفاها من الضامن، وأمّا مع عدم استيفائها فهل نفس الرضاء بها يكون إبراء للضامن عن خصوصيّة المثليّة، فيتعيّن عليه أداء القيمة ولو رجع المالك، كما في الدين حيث لا رجوع للدائن بعد الإبراء، أو أنّه لا يتعيّن القيمة إلّا بعد القبض؟ وجهان: أقواهما الثاني وذلك لعدم تحقّق ما يوجب براءة ذمّة الضامن عن خصوصيّة

المثليّة ما لم يستوف المالك قيمة التالف، وصرف الرضاء بالقيمة لا يوجب تعيّنها ما لم يتحقّق في الخارج، وقياس المقام بباب الدين مع الفارق؛ حيث إنّ الإبراء عن الأمر المستقلّ في الذمّة كالدين ممّا قام الدين عليه، وأمّا الإبراء عن صفة الشيء مع بقاء الموصوف على العهدة، فلم يقم عليه دليل، إنّما المسلّم صحّة رضاء المالك في مقام الاستيفاء عن حقّه بغير جنسه، وأمّا إذا لم يكن في مقام الاستيفاء، فنفس رضاه باستيفاء حقّه بغير جنسه لا يوجب تعيّن غير الجنس في العهدة، بل العهدة بعد مشغولة بما كانت مشغولة به ما لم يؤدّ ما رضي المالك بأدائه بدلاً عن حقّه، ولعلّ هذا ظاهر جدّاً، كما لا يخفى.

الخامس: لاشبهة في أنّه بناءً على ما حقّقناه من عدم التبديل يكون المدار على القيمة بقيمة يوم الأداء، ضرورة بقاء العين بخصوصيّتها المثليّة في العهدة إلى زمان الأداء، فيتعيّن عليه حينئذ أداء قيمة يوم الإخراج عن العهدة، وهو يوم الأداء، وأمّا على القول بتبديل المثل إلى القيمة عند تعذّر المثل فهل المدار على قيمة يوم القبض؟ أو يوم التلف؟ أو يوم الإعواز؟ أو أعلى القيم؟ - مع اختلافٍ فيه، كما سنوضحه - وجوهٌ وأقوالٌ.

ومبنى الأقوال هو الاختلاف في أنّه بناءً على التبديل عند تعذّر المثل هل المتبدّل هو العين التالفة، أو مثلها المتعذّر؟ فإنّ فيه وجهين، بل قولين:

فقد يقال بكون التالف مع وجود المثل مثليّاً، ومع تعذّره يصير قيميّاً، كما إذا كان المثل متعذّراً من أوّل الأمر فيجب أداء قيمته حينئذ، لاقيمة المثل.

وقد يقال بأنّ المتعيّن في المثلي كان هو المثل، ومع وجوده يجب أداؤه، ومع تعذّره يجب أداء قيمته، لا قيمة العين التالفة، ولا يخفى أنّ لكلّ وجهٌ وإن كان التحقيق بناءً على صحّة التبديل هو الأوّل.

ثمّ إنّه لا يختلف الحكم لو قيل بكون المدار على القيمة بيوم الغصب، أو يوم الأداء على كلا القولين؛ إذ لو قلنا على التبديل بتعيّن قيمة التالف، أو قيمة المثل المتعذّر، لا يختلف يوم الغصب ويوم الأداء، فإنّ كلّ واحدٍ منهما يوم معلوم بعينه، نعم يختلف الحكم لو قلنا بكون المدار على القيمة بيوم التلف. فإن قلنا بتعيّن قيمة التالف يجب قيمة يوم تلف العين، وإن قلنا بتعيّن قيمة المثل يتعيّن قيمة يوم الإعواز.

ثمّ في اعتبار أعلى القيم أيضاً احتمالات، وهي أن يكون المدار على القيمة الأعلى للعين من يوم القبض إلى يوم التلف. وهذا مبنيّ على أن يكون المتعيّن بعد تعذّر المثل هو قيمة التالف، لا قيمة المثل، واحتمال أن يكون المدار على أعلى القيم من قيمة المثل من يوم انتقاله إلى الذمّة إلى يوم الإعواز، وهذا مبنيّ على أن يكون المتعيّن بعد تعذّر المثل هو قيمة المثل، لا قيمة التالف. واحتمال أن يكون المدار على أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم إعواز المثل، وهذا مبنيّ على أن تكون العين مادام وجودها على العهدة بقيمتها.

وإذا اختلفت القيم تشتغل الذمّة بأعلاها، وبعد التلف تنتقل إلى المثل كذلك، أي يصير المثل بماله من القيمة في العهدة، ومع اختلاف قيمته يكون المدار على أعلاها، ولازم ذلك لزوم أداء أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الإعواز، وهذا الاحتمالات الثلاث يجامع القول بالتبديل، والأخير منها هو القدر المشترك بين العين والمثل إذا صار قيميّاً بعد إعواز المثل، حيث ذكره المصنّف ﷺ في الكتاب من إحدى الاحتمالات بقوله:

وإن قلنا: إنّ المشترك بين المثل والعين صار قيميّاً، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذّر المثل[1].

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٣١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وحاصل الكلام في ذالك المقام أنه إن قلنا بتبدّل المثل المتعذّربالقيمة بسبب التعذّر، فعلى القول بكون المناط في القيمة على يوم التلف لابدّ من اعتبارقيمة المثل يوم التعذّر؛ لأنه زمان تلف المثل، أعني صيروته متعذّراً.

وإن قلنا باعتبارقيمة يوم الضمان -أعني يوم الحكم بالضمان على تقديرالتلف- فيكون المدارحينئذ على قيمة يوم تلف العين؛ لأنّه اليوم الذي يحكم فيه بضمان المثل في الذمّة على تقديرالتلف، بمعنىٰ أنه لوتعذّريجب قيمته، ولا مجال لاعتبار ضمان قيمة يوم الغصب؛ لأنّ المفروض عدم ضمان المغصوب بالقيمة، وإنّما يكون الضمان بقيمة المثل، وان قلنا بأعلى القيم من يوم الضمان إلى يوم التلف فلابدّ من اعتبارأعلاها من يوم تلف العين إلى يوم التعذّر؛ لأنّ اليوم الذي حكم فيه بضمان المثل هويوم تلف العين، ويوم تلف المثل هويوم تعذّره، وإن قلنا بأعلى القيم من يوم الضمان إلى يوم الأداء فلابدّ من اعتبارالأعلى من يوم تلف العين إلى يوم الأداء.

هذاكلّه بناء على تبدّل المثل بالقيمة، وأمّا على القول بتبدّل التالف بالقيمة بواسطة تعذّرالمثل، فإن قلنا باعتبارقيمة يوم التلف فلابدّ من اعتبارقيمة العين يوم تعذّرالمثل؛ لأنه اليوم الذي انقلب بالقيمة واستقرّت الذمّة بالقيمة.

والمراد بيوم التلف هواليوم الذي يستقرّالقيمة في الذمّة، لا خصوص يوم تلف العين ولولم تتعلّق قيمتها بالذمّة، بل كان الضمان بالمثل، كما لا يخفى، وإن قلنا باعتبارقيمة يوم الضمان فلابدّ من اعتباريوم الغصب، وإن قلنا باعتبارأعلى القيم من يوم الأداء الذي هوالمراد من الجامع بين العين والمثل، فيكون المدارعلى أعلى القيم من العين والمثل من أوّل يوم الغصب إلى زمان الأداء.

هذاكلّه بناءً على الانقلاب، ولكن قد تقدّم أنّ التحقيق هوعدم الانقلاب، بل المثل بعد التعذّرباقٍ في الذمّة إلى زمان الأداء، فتكون العبرة بقيمة المثل يوم الأداء،

وعلى القول بالانقلاب فالحقّ هو كون الانقلاب بالقيمة إنّما هو مادام تعذّر المثل، وأمّا مع صيرورته متمكّناً بزوال التعذّر يتعيّن عليه المثل؛ لأنّ زوال الصفات عن الذمّة إنّما كانت لأجل التعذّر، فيدور مداره حدوثاً وبقاءً، كما لا يخفى.

[في الدراهم الساقطة عن الرواج]

ثمّ إنّ من فروعات إعواز المثل الدراهم التي أسقطها السلطان.

وتفصيل الكلام فيها، أنّ إسقاط السلطان إيّاها عن الاعتبار تارةً يكون موجباً لإعوازها، بحيث لا توجد بعد إسقاطها في السوق، أو صارت عزيزة الوجود جدّاً، وأُخرىٰ إنّها تبقى موجودةً لكنّها غير رائجة.

فعلى الأوّل فتكون حالها حال إعواز المثل بعينه، وهو من إحدى صغريات مسألة إعواز المثل وقد عرفت الكلام فيها من أنّه يجب إعطاء المثل إلّا أن يرضي المالك بالقيمة، وأنّه لا ينقلب المثل إلى القيمة بسبب الإعواز، والقول بالإنقلاب ضعيف بل لا يستقيم على الإطلاق، بل يمكن دعوى عدمه على الإطلاق وإن قيل به في الجملة، وذلك لأنّ المسلّم منهم في باب السلم هو عدم انقلاب المسلم فيه إلى القيم بواسطة إعوازه في رأس الأجل، بل يفتون ببقاء المثل في ذمّة المسلم عليه إلّا أن يرضي المسلم بالقيمة، كما لا يخفى.

وتوهّم أنّ الخصوصيّة المثليّة ليست من مقوّمات الماليّة، بل الركن في الضمان هو الماليّة، وإنّما خصوصيّة المثليّة تابعة للماليّة، ومع انتفائها يعتبر الضمان بالماليّة؛ لعدم اعتبار ضمان مالا أداء له، حيث لا يصحّ التكليف بأدائه؛ لعدم القدرة على أدائه مع اشتراط صحّة كلّ تكليف بالقدرة، مدفوعٌ بأنّ العجز عن الأداء مستلزم لارتفاع التكليف به، ولكن رفع الحكم التكليفي لا يلازم رفع الوضع أيضاً؛ لإمكان

التفكيك بينهما، فلا منافات بين بقاء الوضع واشتغال العهدة مع ارتفاع التكليف، كما في المديون الغير المتمكّن عن الأداء؛ فإنّه لا شبهة في عدم سقوط ذمّته بواسطة العجز عن الأداء وإن لم يكن مكلّفاً به في حال العجز.

وقياس تعذّر المثل بتعذّر الخصوصيّة العينيّة، حيث قد تقدّم منا أنّه لا اعتبار في ضمان العين عند انتفائها، باطلٌ؛ لوجهين:

الأوّل: إنّ العين أمرٌ شخصي يتعلّق العهدة بأدائها مادامت موجودة، ومع انعدامها لا يمكن اعتبارها في الذمّة؛ لعدم صحّة اعتبار العين الشخصي في الذمّة، وهذا بخلاف المثل، حيث إنّه أمرٌ كلّي يصحّ اعتباره في الذمّة، والتفاوت بالجزئيّة والكلّيّة بين العين والمثل صار منشأً لعدم صحّة اعتبار الضمان عند تعذّرهما في الأوّل دون الأخير.

الثاني: أنّ ما تقدّم في العين هو إنّما فيما كان انعدام العين عن صفحة الخارج، بحيث لم يكن إمكان أدائها مرجوّاً، وما نقول بعدم انقلاب المثل بالقيمة إنّما هو فيما إذا كان إمكان الأداء مرجوّاً، وهذا التفاوت أيضاً ينشأ عن الجزئيّة والكلّيّة، حيث إنّ العين الشخصيّة إذا تلفت لا يرجى عودها، بخلاف المثل المتعذّر، فإنّه إذا تعذّر بتلف فردٍ أو غيره يرجى وجوده بتحقّق فردٍ آخر، كما لا يخفى.

وبالجملة التحقيق في تعذّر المثل هو بقاؤه في الذمّة إلّا أن يرضى المالك بأخذ القيمة، وقد عرفت سابقاً عدم سقوط الذمّة بمجرّد الرضاء أيضاً إلّا أن يقبض القيمة في الخارج؛ لأنّ ضمان الخصوصيّة المثليّة تبعيّ، كضمان المسلم عليه لخصوصيّة حمراويّة الحنطة لو أُسلم حنطة حمراء، ولم يقم دليل على إسقاط ما كان ضمانه تبعيّاً، وأمّا السقوط بعد القبض فلمكان كون المقبوض الفاقد للخصوصيّة مصداقاً لما في الذمّة بالرضا، فكأنّ المالك رضي بكون الفاقد مصداقاً، وبعد انطباق ما في

الذمّة على الفاقد يسقط ما في الذمّة، فتسقط الخصوصيّة بطبع سقوط متبوعه. هذا تمام الكلام في ما إذا أعوز الدراهم.

وعلى الثاني: أعني حال عدم إعوازها، ففي وجوب دفعها، أو دفع قيمتها، أقوال ثلاثة:

أوّلها: -وهو المشهور بين الأصحاب- تعيّن دفعها.

والثاني: تعيّن دفع القيمة.

والثالث: التفصيل بين ما إذا كان الدراهم الجديدة مطابقاً مع القديمة في الوزن والماليّة فيجب دفع الجديدة، وبين ما لم تكن كذلك فيجب دفع القيمة.

ولا يخفى أنّ هذا القول الأخير ليس قولاً ثالثاً في المسألة، بل هو القول الثاني، لكن لمكان عدم لزوم الربا اعتبر دفع القيمة في صورة اختلاف الوزن.

ومنشؤ اختلاف الأقوال هو ورود الأخبار المختلفة الدالّة بعضها على اعتبار دفع الدراهم القديمة، وذلك كخبر يونس في الصحيح، قال: كتبت إلى أبي الحسن الرضا ﷺ أنّه كان لي على رجل دراهم، وأنّ السلطان أسقط تلك الدراهم، وجائت دراهم أعلى من تلك الدراهم ولهم اليوم وضيعة، فأيّ شيء لي عليه، الأُولىٰ التي أسقطها أو الدراهم التي أجازها؟ فكتب ﷺ: «الدراهم الأُولىٰ»[1].

وكصحيح صفوان، قال سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم، أو تغيّرت ولا يباع بها شيء لصاحب الدراهم الأُولىٰ، أو الرائجة الذي تروّج بين الناس؟ قال: «لصاحب الدراهم الدراهم الأُولىٰ»[2].

ولا يضرّه الإضمار بعد كون مضمرة صفوان، إذ هو لا يسأل عن غير الإمام، وبعضها على اعتبار دفع الدراهم الجديدة. وذلك كخبر آخر ليونس أيضاً عن الرضا ﷺ وفيه بعد السؤال من كون أيّ شيء عليه؟ الأولىٰ التي أسقطها السلطان أو الأخيرة الرائجة؟ قال ﷺ:

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١١٧، ح ٥٠٧؛ وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٢٠٦، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، ح ٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥٠٧، ح ٥٠٨؛ وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٢٠٧، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، ح ٤.

«لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس»[1] الحديث.

وقبل التكلّم فيما يقتضيه الصناعة العلميّة في مقام الجمع بين هذه الأخبار ينبغي التلكّم فيما يقتضيه القاعدة، فنقول: لا إشكال في أنّ صفة الرواجيّة في الدرهم والدينار إنّما هي من أعظم الأوصاف التي يبذل بإزائها المال، وحينئذ فهل القاعدة تقتضي ضمانها كضمان العين أو أنّها غير مضمونة، فربّما يقال بعدم الضمان فيها لأجل كونها من الأوصاف الخارجيّة، حيث إنّ الرواجيّة أمرٌ حصل من اعتبار السلطان، وليس أمراً قائمة بعين الدراهم، كالسكّة والبياض ونحوهما، وأدلّة الضمان إنّما يثبت ضمان الشيء بماله من الأوصاف القائمة به، لا ما كانت خارجة عنه ولكنّ التحقيق يقتضي عدم الفرق بين الأوصاف الداخليّة والخارجيّة بعد كونهما منشأً لتفاوت الماليّة، ولذا يجب دفع قيمة الماء المقبوض في المفازة لو أُريد دفعه في ساحل الشطّ، أو قيمة الجمد المأخوذ في الصيف لو أُريد دفعه في الشتاء، مع أنّ خصوصيّة المكانيّة والزمانيّة من الأوصاف الخارجيّة الغير القائمة بالجسم.

نعم، في خصوص اختلاف الرغبات -أعني تفاوت القيمة السوقيّة- لا يوجب ضمان أعلى القيم، كما سيجيء، ولكن هذا لا ربط له بالأوصاف الخارجيّة، كما سيجيء بيانه.

وبالجملة فمقتضىٰ ذلك هو ضمان الصفة الرواجيّة كساير الأوصاف الموجبة لتفاوت الماليّة من غير فرق بين الداخليّة والخارجيّة، هذا ما تقتضيه القاعدة مع قطع النظر عن الأخبار.

وأمّا مقتضى الصناعة في مقام تعارض الأخبار المذكورة فالتحقيق الجمع بينها بالإطلاق والتقييد، وذلك لأنّ الخبرين الدالّين على وجوب دفع الأولىٰ بالإطلاق يدلّان عليه، حيث أنّ مؤدّاهما وجوب دفع الأولىٰ مع السكوت عن صفة الرواجيّة

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٥٢، باب آخر، ح ١؛ وسائل الشيعة، ج ١٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، ح ١.

ومقتضى الخبر الدالّ على وجوب دفع ما ينفق هو ضمان الصفة الرواجيّة، وهو نصّ في ذلك، ومقتضى الجمع بينهما هو وجوب دفع الأولىٰ بانضياف قيمة صفة الرواجيّة، فحينئذ إن قلنا بعدم الربا في الغرامات - كما هو قول في المسألة على خلاف التحقيق[1] - فهو، وإلاّ فيجب دفع ما يغاير الأولىٰ، فإن كانت فضّة فيدفع من الذهب؛ حذراً من لزوم الربا، ولازم ذلك هو الأخذ بالجامع بين القولين الأخيرين، وهو ضمان صفة الرواجيّة، هذا.

لكنّ المشهور ذهبوا إلى العمل بالخبرين الأوّلين، فحكموا بوجوب دفع الأوّلي، فكأنّهم رؤا المعارضة بين الطائفتين، فرجّحوا الخبرين الأوّلين بالأكثريّة والعمل، والإعراض عن الأخير، وحينئذ يشكل الجزم بما استخرجناه ممّا يقتضيه الصناعة العلميّة موافقاً مع القاعدة، وعلى هذا فالاحتياط بالصلح لا ينبغي تركه. هذا تمام الكلام في التعذّر الطاري على المثل.

ولو كان المثل متعذّراً من أوّل الأمر فعلى القول بانقلاب المثل بالقيمة بواسطة التعذّر، فإن كان في العقود ونحوها كالسلم ونحوه فينبغي أن يحكم بالبطلان من أوّل الأمر، وإن كان في الضمانات القهريّة كاليد والإتلاف فالحكم هو الرجوع إلى القيمة يوم الضمان، وعلى القول بعدم الانقلاب -على ما هو المختار- ففي مثل الضمانات المسبّبة عن العقود يحكم أيضاً بالبطلان، وفي مثل الضمانات القهريّة يحكم بالرجوع إلى قيمة يوم الأداء، فعلى القول بكون المدار في القيمة مطلقاً على قيمة يوم الأداء لا يظهر بين القول بالانقلاب وعدمه فرق إلّا في باب القرض، فإنّه على القول بالانقلاب يجب دفع قيمة يوم القرض، كما إذا استقرض القيمي حيث يشتغل ذمّته بقيمته يوم القرض، وعلى القوم بعدم الانقلاب يجب دفع قيمة يوم

١. كما هو قول صاحب الجواهر في جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٢٤٥؛ وصاحب العروة في تكملة العروة الوثقى، ج ١، ص ١٢.

الأداء، وأمّا في غير القرض فيجب دفع قيمة يوم الأداء مطلقاً، سواء قلنا بالانقلاب أم لا، بناءً على كون المدار على قيمة يوم الأداء، كما لا يخفى.

وحاصل الكلام أنّ التعذّر إمّا يكون في الأثناء، أو يكون من الابتداء، على كلا التقديرين فإمّا أن لا يرجى زواله عادةً، أو يكون مرجوّاً لزوال، فإن كان مرجوّاً لزوال عادةٍ فقد تقدّم أنّ فيه قولين: قول بالانقلاب إلى القيمة، وقول بالعدم، وتقدّم أنّ المختار منهما هو عدم الانقلاب، من غير فرق في ذلك بين التعذّر الطاري في الأثناء، أو ما كان من الابتداء.

وإن كان غير مرجوّ الزوال فلا يعتبر فيه ضمان المثل، من غير فرق أيضاً بين التعذّر الطاري والابتدائي. وذلك لوجهٍ مشتركٍ في جميع الضمانات، من القهريّة الحاصلة بسبب اليد والإتلاف، والإختيارية الحاصلة بالالتزام العقدي، ووجه مختصّ بباب الضمان الإختياريّة، ووجه مختصّ بالقهريّة.

أمّا المشترك بين الجميع فهو لغويّة اعتبار ضمان مالا سبيل إلى أدائه بحسب العادة بوجه من الوجوه أصلاً، وأمّا المختصّ منه بباب العقود إمّا فيما كانت القدرة شرطاً شرعيّاً في صحّته فواضحٌ، حيث إنّه مع التعذّر الغير المرجوّ زواله لا يمكن أداؤه، فيبطل العقد من جهة فقد شرطه وهو القدرة؛ وأمّا فيما لم تكن القدرة شرطاً شرعيّاً، بل كانت شرطاً عقليّاً، فلعدم تمشّي الالتزام العقدي مع فرض العجز الدائمي عن الوفاء بما التزم به، بل يكون التزامه هذا لقلقة اللسان، وعلى تقدير أن يكون صورة التزام، الالتزام الصوري لا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء؛ لأنّ دليله إنّما يدلّ على وجوب وفاء ما كان التزاماً حقيقيّاً، لا ما كان صورة الالتزام.

وأمّا وجه المختصّ بباب الضمانات القهريّة؛ فلأنّ قوله ﷺ: «على اليد ما أُخذت حتّى تؤدّي»[1] وإن كان بالنظر إلى كلمة الموصول في «ما أُخذت» عامّا

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

يشمل ما يمكن أداؤه ومالا يمكن فيه الأداء، إلّا أنّه بواسطة كلمة «حتّىٰ تؤدّي» الظاهرة فيما له أداء يصير مختصّاً بما يمكن فيه الأداء، وإن منع عن الانصراف فلا أقلّ من الشكّ في شموله لما لا أداء له، فلا يدلّ على ضمان مالا يمكن أداؤه، وعلى ذلك ففي باب الضمانات القهريّة لو طرء التعذّر في الأثناء ينقلب إلى القيمة، ولو كان من الابتداء يتعلّق الذمّة بالقيمة من أوّل الأمر، وفي حكم الضمانات القهريّة ما كان من العقود التي لم يعتبر فيها التمكّن على أداء نفس ما وقع به الالتزام كالصلح، فإنّه أيضاً يوجب الضمان بالقيمة، وأمّا غير الصلح ممّا يشترط فيه ذلك فيحكم بالبطلان لو كان التعذّر من الابتداء، وبالتبدّل إلى القيمة لو كان في الأثناء، والسرّ في صحّة الانقلاب في هذا القسم - أعني ما كان العجز دائميّاً - هو عدم تقوّم الضمان بوصف المثليّة، بل إنّما الركن في باب الضمان هو الماليّة، وإنّما يعتبر المثليّة مع إمكانها، فيكون حال المثليّة كبقيّة الأوصاف، مثل حمراويّة الحنطة، وكتابة العبد، ونحو ذلك، حيث إنّه مع التعذّر ينتقل إلى القيمة.

[في البحث عن ضمان القيميّ]

قوله ﷺ: «السابع: لو كان التالف المبيع فاسداً قيميّاً... إلى آخره»[1].

كان الكلام فيما تقدّم في حكم المثلي وبعد تمام الكلام فيه شرع في القيمي وقد تقدّم البحث عن معنى المثلي والقيمي، وعن تأسيس الأصل عند الشكّ في كون الشيء مثليّاً أو قيميّاً، ولا إشكال في مضمونيّة المقبوض بالعقد الفاسد، بل كلّ مضمون قيمي بالقيمة ولو لم يكن بالعقد الفاسد، وإنّما الخلاف في تعيين ما هو المدار في القيمة، فقد اختلف على أربعة أقوال:

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٠ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الأوّل: القول بكون المدار على قيمة يوم التلف، وهو المشهور المعروف بين الأصحاب.

الثاني: القول بكون العبرة على يوم الأداء، وهو الموافق للدليل، كما سنوضحه.

الثالث: اعتبار أعلى القيم.

الرابع: اعتبار يوم القبض.

ثمّ الدليل لكلّ واحد من هذه الأقوال تارة يقع البحث عنه من حيث ما يقتضيه القاعدة المستفادة من عموم «على اليد»[1] ونحوه، وأُخرىٰ من حيث ما يقتضيه الأدلّة الخاصّة كصحيحة أبي ولّاد[2]، فهنا مقامان:

[المقام] الأوّل: فيما يستفاد من العمومات، فنقول: استدلّ للقول الأوّل - أعني كون المدار على قيمة يوم التلف - بعموم «على اليد»، وتقريب الاستدلال به أنّ الظرف في قوله: على اليد «لغو»، متعلّق بفعل مقدّر مثل الدرك والضمان ونحوهما، فمعنى «على اليد ما أُخذت» هو كون درك المأخوذ وضمانه على الآخذ، بمعنىٰ كون التلف منه واستقرّت مته بماليّته، والدليل على كون الظرف «لغواً» هو ذكر الغاية، أعني «حتّىٰ تؤدّي»، فإنّ جعل الأداء غايةً للضمان يكشف عن كون المضان إنّما هو فيما له أداء، فلا ضمان لما لا أداء له، ولذلك قلنا سابقاً بأنّ الركن في الضمان هو الماليّة، وإنّما الخصوصيّة والأوصاف تتعلّق بها الضمان إذا أمكن أداؤها، ومع عدم الإمكان يكون الضمان بالماليّة. ونتيجة ذلك هو استقرار ماليّة التالف على عهدة الضمان بسبب التلف، وإذا كانت الذمّة مستقرّة بضمان قيمة التالف عند التلف تصير العبرة بالقيمة على يوم التلف، هذا غاية التقريب.

ولكن يردّه أنّ الغاية المذكورة لا تدلّ على كون الظرف «لغواً» حتّىٰ يحتاج إلى

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

٢. الكافي، ج ٥، ص ٢٩٠، باب الرجل يكتري الدابّة...، ح ٦؛ وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١١٩، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة، ح ١.

تقدير فعل كالدرك ونحوه، بل يمكن جعل الظرف «مستقرّاً» بمعنى كون المأخوذ بنفسه هو في العهدة، ولمّا كان الركن في الضمان هو الماليّة تجعل هي المضمون بها بالتلف، لكن الماليّة الغير المتقدّرة، أعني صرف الماليّة التي تبذل بازائها المال. ونتيجة كون التالف بماليّته الغير المتقدّرة في العهدة لزوم أداء قيمة يوم الأداء؛ إذ اللازم عليه إعطاء ماليّتة التالف في كلّ زمان يعيطها.

والحاصل أنّه مع جعل الماليّة غير متقدّرة يمكن جعل الظرف «مستقرّاً» من غير منافات مع جعل الأداء غايةً، ومن هنا ظهر أن المطابق مع الدليل هو القول بمكون المدار على قيمة يوم الأداء، لكنّ القول به شاذّ؛ لذهاب المشهور إلى القول الأوّل، فحينئذ فرعاية الاحتياط عند مخالفة قيمتي يوم التلف والأداء ممّا لا ينبغي تركه.

وهذان القولان هما العهدة في الأقوال الأربعة قولاً ومدركاً، وأمّا القولان الآخران فضعيفان قولاً ودليلاً، ومدرك القول بأعلى القيم هو جعل الماليّة المتقدّرة متعلّقاً للضمان، بجعل الماليّة كسائر الأوصاف التي توجب التفاوت في القيمة داخلة تحت الضمان، فكلّما تحصل التفاوت في القيمة يدخل الأقلّ منها تحت الأكثر، ويستقرّ الضمان على المقدار الأكثر، ونتيجة ذلك هو الضمان بأعلى القيم، ولكنّه يمنع بأنّ عموم «على اليد» لا يدلّ على أزيد من ضمان الماليّة، وأمّا تقدّر الماليّة بالأثمان فلا دلالة فيه أصلاً، ومدرك القول بيوم الضمان هو صحيحة أبي ولّاد، كما سيجئ، ولا دلالة في عموم «على اليد» على هذا القول أصلاً. هذا تمام الكلام في المقام الأوّل.

المقام الثاني: في بيان ما تقتضيه الأدلّة الخاصّة مثل صحيحة أبي ولّاد[1]، ومحلّ الاستشهاد بها موضعان:

---

١. **الكافي**، ج ٥، ص ٢٩٠، باب الرجل يكتري الدابّة...، ح ٦؛ وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١١٩، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة، ح ١.

الأوّل: قوله عليه السلام فيها: «نعم قيمة بغل يوم خالفته».

والثاني قوله عليه السلام: «أويأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا».

وبيان تقريب الأوّل يتوقّف على ذكر الاحتمالات التي تحتمل في قوله عليه السلام: «نعم قيمة بغل يوم خالفته».

فنقول: يحتمل في هذا الكلام وجوه:

[الوجه] الأوّل: ما ذكره المصنّف رحمه الله من إضافة القيمة المضافة إلى البغل إلى اليوم ثانياً، وحاصله هو كون اليوم مضافاً إليه القيمة، فالقيمة أُضيف إلى شيئين: أحدهما «البغل» والآخر هو «اليوم»، فيكون المضاف واحداً والمضاف إليه اثنان، وعلى هذا فيصير «اليوم» قيداً لـ«القيمة» وينتج أنّ العبرة بقيمة يوم المخالفة، فيصير الخبر دليلاً على كون المدار على قيمة يوم الغصب، وتنكير «البغل» حينئذ لأجل كونه مضافاً إليه، مع أنّه نقل عن بعض النسخ[1] ضبطه معرفاً، هذا.

ولا يخفى ما في هذا الوجه من البُعد بحسب التركيب، ضرورة بعد إضافة شيء واحد إلى أكثر من واحد، بأن يضاف إلى شيء ثمّ إلى شيء آخر، ولا يمكن إضافة «القيمة» إلى «البغل»، وإضافة «البغل» إلى «اليوم» وإن كان يصحّ تتالي الإضافات في غير المقام، وذلك لعدم معنى محصّل لبغل يوم المخالفة.

الوجه الثاني: ما ذكره المصنّف أيضاً بقوله: «وإمّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص»[2] وحاصله أنّ إضافة القيمة إلى البغل تفيد الاختصاص، وكلمة اليوم متعلّق بهذا الاختصاص، فيصير المعنى إلزام قيمة البغل المختصّ بيوم المخالفة على الغاصب، فتكون العبرة في القيمة بيوم المخالفة وهو يوم الضمان.

---

١. لم نجده.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

ولا يخفى أنّ هذا الوجه أبعد من الأوّل، وذلك لأنّ متعلّق الظرف والجار والمجرور لابدّ أن يكون معنى اسمياً ملتفتاً إليه، والاختصاص الناشيء عن إضافة القيمة إلى البغل معنى حرفي مغفول عنه، لا يصحّ أن يتعلّق به ظرف، وهذا الذي ذكره ﷺ يصحّ لو كانت كلمة الاختصاص مذكورة في العبارة بصيغة الفعل، أو اسم الفاعل، أو المصدر، لا ما إذا كان الدالّ عليه معناه حرفيّاً، كما لايخفى.

الوجه الثالث: أن يكون «اليوم» ظرف «لغو» متعلّق بعامل محذوف، يدلّ عليه قوله ﷺ: «نعم»، إذ هو في قوّة القول بأنّه يلزمك بعد سؤال السائل «أيلزمني»، وينبغي أن يعلم أنّ الظرف وما يجرى مجراه كالجار والمجرور لا يقع إلّا لغواً، ومنها ما تقع «لغواً» تارة و «مستقرّاً» أُخرى، ومعنى ظرف اللغو هو ما كان محمولاً على توابع الذات، مثل زيد ضرب في الدار، حيث إنّ «في الدار» يكون من قيود الضرب الذي من توابع الذات، ومعنى الظرف المستقرّ هو ما كان محمولاً على نفس الذات، مثل زيد في الدار، حيث إنّ «في الدار» من قيود نفس الذات، لا من قيود توابعه، فمثل كلمة «في» قد تكون من قيود الذات، وقد تكون من قيود توابع الذات، وهذا بخلاف مثل كلمة «من» حيث إنّها لا تقع إلّا قيداً لتوابع الذات، وهذا بخلاف مثل كلمة «من» حيث إنّها لا تقع إلّا قيداً لتوابع الذات، فيقال: سير زيد من البصرة، ولا يقال: نفس زيد من البصرة، وكلمة «اليوم» ممّا لا يمكن أن يقع ظرفاً مستقرّاً، ويجعل بنفسها محمولاً على الذات، فيقال: القيمة يوم المخالفة، بل لابدّ من جعله من قيود توابع الذات، وهي في المقام «يلزمك» المقدّر بقرينة كلمة «نعم» الواقعة في جواب السائل «يلزمني كذا»، فيصير المعنى يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل، وعلى هذا فقد يقال بأنّه لا يدلّ على لزوم قيمة يوم المخالفة، بل إنّما يدلّ على الضمان من يوم المخالفة، وأمّا المقدار المضمون، فهل هو قيمة يوم المخالفة أو غيرها فلا دلالة فيها،

ولكنّ الإنصاف دلالة الخبر على هذا التقدير أيضاً على تعيين قيمة يوم المخالفة، وذلك لأنّ القيمة عبارة عن الماليّة المتقدّرة للشيء، وقد عرفت فيما مضى أنّ الماليّة هي الركن في الضمان، وأنّ المدار في الضمان على الماليّة الغير المتقدّرة، وحيث إنّه ذكر في الخبر بلزوم القيمة، وهي عبارة عن الماليّة المتقدّرة، فكأنّه عليه السلام قال: يلزمك في يوم المخالفة ماليّته المتقدّرة، ولزوم الماليّة المتقدّرة في يوم المخالفة بدلالة الالتزام يدلّ على كون التقدّر في يوم المخالفة، لا يقال: يمكن أن يكون يوم المخالفة ظرف استقرار العهدة بالماليّة المتقدّرة ولو كانت تقدّرها فيما بعد يوم المخالفة، لأنّه يقال: هذا يصير من قبيل الشرط المتأخّر بل أسوء، إذ لا معنى لقرار العهدة في هذا اليوم بالماليّة التي تتقدّر في زمان متأخّر، ووجه الأسوئيّة عدم تحمّل لفظ القيمة للدلالة على هذا المعنى، فبتلك الدلالة الالتزاميّة يدلّ الخبر على كون المناط بالقيمة على يوم المخالفة.

ثمّ إنّ المصنّف رحمه الله أورد على هذا الوجه بأنّه «بعيدٌ بل لا يمكن إرادته»[1] وذلك لأنّ السائل إنّما يسئل عمّا يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، كما يدلّ عليه قوله: «أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس يلزمني» إلى آخره.

الظاهر في كونه عالماً بأصل الضمان بالمخالفة، فلابدّ من أن يحمل قوله عليه السلام: «نعم» على معنى أنّه: نعم يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة يوم المخالفة.

ولا يخفى ما فيه؛ لأنّ السائل وإن كان عالماً بضمان البغل بسبب المخالفة، ولكنّه إنّما يسأل الإمام عليه السلام عن وجه ضمان الكرى؛ لتوهّمه بأنّه لا يجتمع ضمانه مع ضمان أصل البغل، كما أفتى به أبو حنيفة. وكان وجه فتواه استفادته من قول

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

النبيّ صلى الله عليه وآله: «الخراج بالضمان»[1] فمرجع قوله: «أليس يلزمني لو عطب البغل» إلى آخره، إلى السؤال عن اجتماع ضمان الكرى مع ضمان أصل البغل، فأجابه عليه السلام بقوله: «نعم» عن اجتماعهما، يعني يلزمك من يوم المخالفة قيمة البغل، فيكون ذكر «من يوم المخالفة» تفضّلاً واقعاً في الجواب.

وبالجملة فالظاهر من هذه الفقرة هو الوجه الأخير، وإنّها تدلّ على كون المعيار على قيمة يوم الضمان من غير مناقشة.

هذا تمام الكلام في تقريب الاستدلال بالفقرة الأولىٰ.

وأمّا تقريب الاستدلال بالفقرة الثانية، فتوضيحه أنّه عليه السلام جعل المدار على قيمة يوم الكرى، ومعلوم أنّ يوم الكرى مع قطع النظر عن المخالفة لا ضمان فيه؛ لأنّ المستأجر لا يضمن العين المستأجرة قبل المخالفة، فلابدّ من حمله على فرض اتّحاد يوم الكرى مع يوم المخالفة، كما هو الظاهر؛ فلابدّ من حمله على فرض اتّحاد يوم الكرى مع يوم المخالفة، كما هو الظاهر؛ لكون قنطرة الكوفة التي هي مكان المخالفة قريبة إلى الكوفة التي هي مكان الإكتراء، بحيث لا يقع فصل بين وقت الكرى وبين الوصول إلى القنطرة، على ما هو الظاهر من كون يوم الإكتراء هو يوم الركوب على الدابّة، كما هو المتعارف في هذه الأعصار أيضاً.

وإنّما ذكر يوم الكرى لا المخالفة؛ لأنّ المخالفة وقعت من القنطرة، وإقامة الشهود على قيمة البغل حين المخالفة لعلّه كانت عسرتا؛ لعدم من يقلع عليها وقت العبور، بخلاف وقت الكرى، حيث إنّه يقع غالبا بمجمع من الناس، فلذلك ذكر «يوم الكرى»، وبعد جعل «يوم الكرى» هو «يوم المخالفة» يصير دليلاً على كون المدار على يوم المخالفة، كما لا يخفى.

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٥٧، ح ٨٣، و ص ٢١٩، ح ٨٩.

وبما ذكرنا يظهر اندفاع ما ربما يورد على تلك الفقرة من أنّها ظاهرة في ضمان العين المستأجرة في زمان الإجارة، وهو خلاف الإجماع، ولابدّ من طرحها من هذه الجهة، ووجه الاندفاع هو اتّحاد يوم الإكتراء مع يوم الغصب، فتكون العبرة على وقت الغصب والمخالفة لايوم الإكتراء بما هو يوم الكرى.

بقي الكلام فيما يرد على فقه الخبر، وهو من جهات:

[الجهة] الأولى: في قوله عليه السلام فإن أصاب البغل عقراً أو كسراً أو دبراً؟ قال عليه السلام: «عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه عليه»، قلت: فمن يعرف ذلك؟ إلى آخره.

فإنّه ظاهر في كون المدار في الأرش الحاصل بالعيب على التفاوت بين قيمة الصحيح والمعيب في يوم الردّ، فلو كان المدار في الضمان على قيمة يوم الغصب في قيمة العين، كما هو المستظهر من الفقرتين السابقتين للزم التناقض بينهما وبين هذه الفقرة الظاهرة في كون المدار على يوم الردّ في قيمة الصحيح والمعيب، ولزوم التناقض إنّما هو بلحاظ الإجماع على تبعيّة الصفات مع العين في أصل الضمان وفي وقته، وبلحاظ الإجماع لابدّ من اعتبار التساوي في وقت ضمان العين والصفة، فإن كان ضمان العين في وقت الغصب يجب أن يكون ضمان الصفة أيضاً كذلك، فالتفكيك بينهما بجعل ضمان العين يوم الغصب وضمان الصفة يوم الردّ مخالفٌ مع الإجماع، وحيث إنّ هذه الفقرة في الدلالة على كون المدار على قيمة يوم الردّ، تكون أظهر من الفقرتين السابقتين في الدلالة على كون المدار على يوم الغصب، فليجعل هذه الفقرة قرينة على صرف ظهور الفقرتين السابقتين عمّا تدلّان عليه من كون المدار على يوم الغصب، فيقال: يكون العبرة في الجميع على يوم الأداء.

ولكن يدفع هذا الإشكال بمنع الظهور المذكور، بل الظاهر كون الظرف في المقام، أعني قوله: «يوم تردّه» متعلّقاً بعليك الذي يتضمّن معنى «يلزمك»، والمعنى حينئذ:

يلزم عليك يوم الردّ تفاوت ما بين قيمة الصحيح والمعيب، وليس فيها دلالة على تعيين يوم القيمة، وأنّه يوم الردّ أو غيره.

وبعبارة أُخرىٰ هذه الفقرة ناظرة إلى زمان الأداء والإمتثال، كما أنّ الفقرتين السابقتين كانتا ناظرتين إلى زمان الاشتغال، فالمقصود من هذه الفقرة هو تعيين ظرف الأداء بما اشتغلت الذمّة به من غير نظر فيها إلى تعيين مقدار ما اشتغلت الذمّة به، فيحتمل أن يكون المدار في الأرش أيضاً على قيمة يوم الغصب، كما في ضمان أصل العين.

ويحتمل أن يكون المدار على يوم حدوث العيب الذي هو بمنزلة تلف جزء من العين في باب الضمانات، وحيث قد عرفت ظهور الفقرتين السابقتين في كون المدار في ضمان العين على يوم الغصب، فيحمل تلك الفقرة أيضاً على يوم الغصب.

ويحتمل أن يكون الظرف قيداً للعيب، ويكون المعنى: عليك تفاوت ما بين قيمة الصحيح والمعيب بالعيب الموجود حين ردّ البغلة؛ فلا تعرّض حينئذ لهذه الفقرة في تعيين يوم تلك القيمة، أعني قيمة التفاوت بين المعيب والصحيح. و إنّما يعتبر العيب الموجود في يوم الردّ لأجل احتمال إزدياد العيب إلى يوم الردّ، وهو المضمون دون العيب القليل الحادث قبله.

وأمّا إشكال المصنّف ﷺ على هذا الفرض بأنّه يحتمل نقص العيب إلى يوم الردّ، ويلزم منه أن لا يكون ضمان العيب الحادث قبل الردّ عند رفعه حين الردّ على الغاصب، وهو خلاف المتسالم بينهم من كون المدار في الأرش على العيب الموجود حال حدوثه ولو زال حين الردّ، وأنّ العين لو ردّت إلى الصحّة لم يسقط ضمان ما حدث فيها من العيب، فمدفوعٌ بعدم تسلّم الفتوى منهم على هذا المعنى، بل المسألة محلّ الخلاف ومورد للأقوال، فيمكن جعل تلك الرواية دليلاً لمن يقول

بكون العبرة على العيب الموجود وقت الردّ. وكيف كان فلا دلالة في هذه الفقرة على تعيّن قيمة يوم الأداء لكي يناقض مع ما استظهرناه ممّا تقدّم من الفقرتين السابقتين.

الجهة الثانية في فقه ما أفاده ﷺ في الجواب عن قول الراوي: ومن يعرف ذلك؟ قال ﷺ: «أنت وهو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، وإن ردّ عليك اليمين فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا» إلى آخره.

والإشكال في هذه الجملة من وجهين:

[الوجه] الأوّل: بناءً على كون العبرة بيوم المخالفة على ما هو المستظهر من الفقرتين السابقتين، لا مجال لسماع قول المالك بيمينه، حيث إنّه مدّعي، ولا يثبت دعوى المدّعي بيمينه، اللهمّ إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة، وادّعى الضامن نقصانها في يوم المخالفة، وأنكره المالك، حيث يصير المالك حينئذ منكراً، يتوجّه عليه اليمين، لكنّه بعيد عن مساق الرواية؛ لبعد اتفاقهما على قيمة البغل قبل كرائها من جهة بعد إطّلاع الغاصب عليها قبل دخول البغل تحت يده لكي يحصل اتفاقهما عليها، وجعل يوم الاتفاق على القيمة يوم الكرى أبعد؛ لأنّ الظاهر اتّحاده مع يوم المخالفة؛ لما عرفت من أنّ المخالفة وقعت حين الوصول إلى قنطرة الكوفة، وهي قريبة إلى الكوفة.

والظاهر كون يوم الاكتراء يوم الركوب إلى البغل، فيكون متّحداً مع يوم المخالفة، وهذا بخلاف ما لو كانت العبرة في القيمة على وقت الأداء أو يوم التلف، فإنّ سماع دعوى المالك حينئذ لمكان إنكاره لما يدّعيه الغاصب من نقصان القيمة في يوم الردّ، أو يوم التلف عن يوم الضمان، فالضامن يدّعي نقصان القيمة في يوم الأداء أو يوم التلف، والمالك ينكره، فيكون القول قوله مع يمينه، وهذا المعنى أمر شايع ليس

بعيداً عن مساق الرواية، كما لا يخفى؛ لإمكان اتّفاقهما على القيمة في يوم المخالفة الذي هو يوم الاكتراء، واختلافهما في نقصانها في يوم الأداء أو يوم التلف، فهذه الجملة من الرواية لا يلائم مع جعل العبرة في القيمة على يوم الضمان.

الوجه الثاني: في الجمع بين سماع قول المالك بيمينه مع جعل البيّنة له أيضاً، حيث قال عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود ... إلى آخره»[1]. فإنّ مقتضى توجّه اليمين عليه كون حقّ إقامة البيّنة لصاحبه؛ لصيرورته مدّعياً والبيّنة على المدّعي. ويمكن الجواب عن الأوّل بحمل الاختلاف على صورة اختلاف المالك والغاصب في زمان حدوث العيب، بأن يدّعي الغاصب حدوثه قبل الغصب؛ لأن يرفع ضمانه عن نفسه، والمالك ينكره ويدّعي حدوثه بعد الغصب؛ لكي يضمنه الغاصب، ففي هذه الصورة يصير المالك منكراً لكون قوله موافقا مع أصالة الصحّة، ولكنّه أيضاً بعيد من مساق الرواية؛ لكون موردها فرض ثبوت الأرش على الغاصب بسبب حدوث العيب في يده، وكان الاختلاف في زيادته ونقصه على مالا يخفى.

والذي يسهل الخطب أنّ إجمال الرواية في هذه الجملة لا يزاحم مع ظهور الفقرتين السابقتين منها فيما استظهرناه من كون مدار القيمة على يوم الغصب، فيؤخذ بظاهرها في اعتبار قيمة يوم الغصب ولو بقيت هذه الفقرة على الإجمال، هذا.

وقد أجاب المصنّف ﷺ عن الإشكال الثاني بحمل مورد توجّه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا في قيمة يوم الغصب بعد اتّفاقهما على قيمة اليوم السابق عليه، بأن ادّعى الغاصب نقصانه وأنكره المالك، ومورد إقامة البيّنة منه على غير هذه الصورة. وهو ما إذا اختلفا في القيمة السابقة من حيث الزيادة والنقصان، حيث يصير المالك مدّعياً للزيادة فيكون عليه البيّنة.

---

١. **الكافي**، ج ٥، ص ٢٩٠، باب الرجل يكترى الدابّة...، ح ٦؛ **وسائل الشيعة**، ج ١٩، ص ١١٩، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة، ح ١.

وهذا أيضاً بعيد في غاية البعد؛ إذ الظاهر اتّحاد صورة توجيه اليمين عليه مع صورة إقامة البيّنة؛ لأنّه عليه السلام في صورة دعواهما يقول بأنّ المالك إمّا أن يحلف، أو يقيم البيّنة، وهذا ظاهر في كون إقامة البيّنة والحلف إنّما هو للمالك في صورة واحدة، كما لا يخفى.

ويمكن أن يجاب عن الثاني بأنّ عدم سماع البيّنة من المنكر ليس أمراً إجماعيّاً، بل هو ممّا وقع الخلاف فيه، وورود الرواية على سماع البيّنة من المنكر، كما في دعوى من ادّعى البغل الذي ركبه الصادق عليه السلام عليه، فإنّه نزل عن البغل وردّه إلى مدّعيه، ثمّ ادّعى المدّعي سرج البغل وما أعطاه، قائلاً بأنّه: «كان ملكاً لأبي وأنا أتملكه إرثاً منه، ولي شهود على ذلك» إلى آخر ما نقل بالمعنى[1]. فإنّه دليل على صحّة إقامة الشهود من المنكر، وعلى هذا فيكون هذا الخبر أيضاً دليلاً على سماع البيّنة من المنكر، وليس هذا إشكالاً على الخبر، كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في تقريب الاستدلال بالصحيحة على القول بكون المدار في ضمان المغصوب على قيمة يوم الغصب، وبعد إلغاء خصوصيّة الغصب يعمّ الحكم بالنسبة إلى كلّ مضمون، ولو كان بالعقد الفاسد، فيقال فيه أيضاً بكون المدار على يوم الضمان، ولو فرض تماميّة هذا الاستدلال لكان مخصّصاً لما يستفاد من عموم «على اليد»[2] من كون المدار على قيمة يوم الأداء أو يوم التلف، على الاختلاف الذي قدّمناه.

هذا تمام الكلام في مدرك القول بكون المدار على قيمة يوم الضمان. وأمّا مدرك القول بأعلى القيم فقد استدلّ الشهيد الثاني رحمه الله له بصحيحة أبي ولّاد

---

١. لم نعثر عليه.

٢. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

أيضاً[١]، قال المصنّف ﷺ: ولم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب[٢]، انتهى.

ولكن يمكن أن يوجّه الصحيحة على وجه تنطبق على هذا القول، وذلك بعد بيان مقدّمة، وهي أنّ مناسبة الحكم مع الموضوع ربما توجب استفادة معنى من الكلام بحسب المتفاهم العرفي مغايراً مع المعنى الظاهر منه لولا ملاحظة المناسبة، ففي مثل قوله ﷺ: «قيمة بغل يوم خالفته» الذي عرفت ظهوره في معنى أنّه يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل في يوم المخالفة، يمكن أن يقال: إنّ هذه الجملة تتحمّل معنيين:

أحدهما: أن يكون حدوث المخالفة تمام الموضوع في ضمان قيمة البغل في ذلك الوقت، وعلى هذا فيكون المدار على خصوص قيمة زمان حدوث الغصب.

وثانيهما: أن تكون المخالفة بحدوثها وبقائها علّة للضمان، بمعنى أنّه في كلّ زمان تحقّق فيه المخالفة ولو بقاءً كان ضامناً لقيمة البغل في ذلك الزمان، وعلى هذا فلو ترقى قيمة البغل في بعض أوقات المخالفة يكون ضامناً لتلك المرتبة، وتكون بقيّة المراتب داخلة في تلك المرتبة العالية، ومناسبة الضمان للغصب تقتضي استفادة المعنى الثاني من الرواية بحسب الفهم العرفي، ففي قوله ﷺ: «نعم يلزمك قيمة بغل يوم خالفته» إشارة إلى أنّ المخالفة بما هي مخالفة -لا بحدوثها فقط- موضوع للضمان، ومعناه حينئذ ضمان قيمة البغل في كلّ زمان من أزمنة المخالفة التي منها زمان ارتقاء القيمة، فيكون مرتبة الأعلى مضمونة أيضاً، هذا.

---

١. مسالك الأفهام، ج ٩، ص ٤٩٥-٤٩٦، (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ٢٥)؛ الروضة البهيّة، ج ٤، ص ٥١ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ٩).

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

[في البحث عن ضمان أعلى القيم]

وقد يستدلّ لهذا القول -أي القول بضمان أعلى القيم- بما حاصله: إنّ العين المضمونة مضمونة في جميع أزمنة المخالفة بما لها من الخصوصيّات، فإذا ارتفع قيمتها في زمان وصارت ماليّتها متقوّمة بتلك القيمة، فهي تكون مضمونة بتلك المرتبة من الماليّة، فكما أنّها لو تلفت العين في ذلك الزمان كان عليه قيمة هذا الزمان، فكذلك لو زالت تلك المرتبة من الماليّة تكون مضمونة؛ لكونها من قبيل زوال الصفة الموجبة لإزدياد الماليّة.

ولكنّه يندفع بأنّ اختلاف القيمة السوقيّة الحاصلة من اختلاف الأزمان ليس من الصفات الثابتة في العين التي تصير اختلافها زيادة ونقصاناً منشأً لاختلاف الماليّة. ولهذا لا إشكال ولا خلاف في أنّه لو ردّ العين في زمان نقصان قيمتها السوقيّة ليس عليه ضمان ما نقص من القيمة، بخلاف ما لو كان النقصان بزوال صفة من أوصافها، كالكتابة في العبد مثلاً، أو حدوث عيب فيها الذي هو أيضاً راجع إلى وصف الصحّة فإنّه يجب عليه الأرش، كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في مدرك القول بأعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف، والمتحصّل منه هو التمسّك بالصحيحة[1] بالتقريب المتقدّم لو تمّ الاستدلال بها. وقد تقدّم مدرك القول باعتبار قيمة يوم الأداء، وهو التمسّك بعموم «على اليد»[2] بالتقريب المتقدّم في المقام الأوّل.

وربما يؤيّد القول به بالمتسالم عندهم من صحّة صلح ما في الذمّة من ضمان القيميّات بأحد النقدين، ولو مع التفاوت بينهما من حيث الماليّة، فإنّ المنقول عنهم،

---

١. أي صحيحة أبي ولّاد المتقدمة في ص ٤١١.

٢. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف بينهم، واتّفقت كلمتهم على أنّه لو صالح المالك مع الغاصب بالعين، أي صالح عين ماله الذي تلف عنده معه لم يعتبر التساوي مع ما صولح به؛ لعدم الربا، ولو صالح معه بقيمتها يعتبر أن لا يكون متفاوتاً؛ حذراً من لزوم الربا، وهذه الفتوى المسلّم منهم شاهدة على بطلان جميع الأقوال المتقدّمة إلّا القول بكون العبرة على يوم الأداء؛ إذ لو كان المدار على يوم التلف، أو أعلى القيم، أو يوم الضمان، لكان اللازم هو الحكم بعدم صحّة المصالحة بأحد النقدين مع التفاوت؛ للزوم الربا، ولكنّ الإنصاف عدم تأييد القول باعتبار يوم الأداء بهذه الفتوى، بل هذا التسالم في الفتوى وقع من المشهور القائلين باعتبار يوم التلف، فلابدّ من توجيهه بما يوافق مذهبهم.

وتوضيح ذلك أنّه يردّ على هذه الفتوى أوّلاً بعدم تصوير الربا في مصالحة القيمة بأحد النقدين؛ لأنّ القيمة التي تتعلّق بالذمّة، لا تختصّ بأحد النقدين معيّناً، بل الماليّة المتقدّرة بأحد النقدين هي المتعلّقة بالذمّة، ومصالحة تلك الماليّة بأحد النقدين معيّناً لا يكون رباً، وإنّما الربا معاوضة الجنس بجنسه مع الزيادة، وثانياً أنّه على فرض تصوير الربا في مبادلة الماليّة المتقدّرة بأحد النقدين كيف يتصوّر صحّة تلك المصالحة مع فتاويهم بكون المدار في الضمان على قيمة يوم التلف، مع أنّ هذا على هذا التقدير مستلزم للربا، وذلك لأنّ عدم الربا يتوقّف على بقاء العين على عهدة الضامن الذي يقع معه المصالحة، وهو موقوف على عدم قرار القيمة في عهدته بالتلف، بل كان العين باقية على عهدته إلى زمان الصلح، وهذا يوافق مع القول بكون المدار على قيمة يوم الردّ، لا يوم التلف.

ولكن يجاب عن الأوّل بأنّ غرضهم من لزوم الربا إنّما هو فيما إذا عيّن القيمة في الذمّة بأحد النقدين معيّناً، ثمّ أوقعا المصالحة عليها بجنسه.

وعن الثاني أنّ التسالم على صحّة المصالحة بالعين لا يدلّ على اعتبار يوم

الأداء في القيمة؛ لاحتمال بقاء العين في العهدة إلى يوم الأداء، ومع ذلك كان ملزماً بتأدية قيمة يوم التلف، أو يوم الضمان في زمان الردّ، وذلك أمر ممكن في نفسه، وإذ ورد الدليل يجب المصير إليه، فهؤلاء القائلين بيوم التلف بعد تسليمهم دلالة الدليل على كون العبرة بقيمة يوم التلف، يقولون ببقاء العين في عهدة الغاصب إلى زمان الردّ، لكن يجب في زمان الردّ تأدية قيمة يوم التلف، وهذا وإن كان لا محذور فيه إلّا أنّه يترتّب عليه كون الأصل عند تردّد القيمة بين الأقلّ والأكثر هو الاشتغال. بناءً على كون المدار على قيمة يوم التلف أيضاً. كما يكون كذلك بناءً على اعتبار قيمة يوم الأداء؛ إذا بأداء الأقلّ لا يعلم خروج الذمّة عمّا اشتغلت به من العين. ولعلّ هذا هو المنشأ في جعل اليمين على صاحب البغل في صحيحة أبي ولّاد[1]؛ لكون قوله موافقا مع الأصل - أي الاشتغال - كما لا يخفى، وبالجملة فتسالم هذه الفتوى لا يدلّ على تعيّن قيمة يوم الأداء، كما أوضحناه.

[مدرك القول باعتبار قيمة يوم التلف]

ومدرك القول بكون العبرة بقيمة يوم التلف هو عموم «على اليد»[2] حسبما تقدّم تقريبه مع تزييفه، ويستدلّ له بأخبار خاصّة أيضاً، كالأخبار الواردة في باب تلف عين المرهونة بإتلاف المرتهن[3] الدالّة على أنّه يحسب الدين في مقابل مقدار قيمة التالف ويضمن المرتهنّ بباقي قيمته فإنّ مدلوله وقوع التهاتر القهري بين الدين وبين ما يقابله من قيمة التالف، وهو متوقّف على تعلّق ذمّة المرتهن بقيمة التالف من حين التلف، وإلّا

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٩٠، باب الرجل يكتري دابّة...، ح ٦؛ وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١١٩، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة، ح ١.

٢. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

٣. راجع وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٣٨٥-٣٨٨، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.

فمع فرض بقاء العين على عهدته فلا قيمة في ذمّته حتّىٰ يتهاترمنها ما يقابل الدين.

وكالأخبار الواردة في أنّه لو عتق أحد الشركاء شقصاً من العبد المشترك يضمن قيمة سهام الباقين[1]؛ لإتلافه عليهم حصصهم من العبد؛ لعتقه بالسراية، فإنّها أيضاً ظاهرة في قيمة يوم العتق، وهو يوم التلف.

ولكنّ الإنصاف عدم دلالة شيء من هاتين الطائفتين من الأخبار على اعتبار قيمة يوم التلف.

أمّا الطائفة الأولىٰ؛ فلأنّ التهاتريقع بين الدين وبين ما يقابله من قيمة التالف ولو مع تعلّق الذمّة بماليّة الغير المتقدّرة من التالف، فهو أعمّ من كون الاعتبار بماليّة المتقدّرة في يوم التلف، بل يصلح مع تقدّرها في يوم الضمان أو يوم الردّ، أو أعلى القيم أيضاً، مع أنّه على تقدير تسليم دلالتها على اعتبار يوم التلف فإنّما تدلّ على اعتباره في الضمان بالإتلاف، وكلامنا إنّما هو في الضمان باليد، ولا ملازمة بين اعتبار يوم التلف في ضمان الإتلاف، وبين اعتباره في ضمان اليد. وبهذا يجاب عن الطائفة الثانية أيضاً، فإنّها وإن كانت ظاهرة في اعتبار يوم التلف إلّا أنّها أيضاً تكون في مورد ضمان الإتلاف، لا ضمان اليد. ولا يمكن أن يقال بتحقّق ضمان اليد في عتق الشريك حصّته لتصرّفه في حقّ الشركاء، فتكون اليد سابقة على الإتلاف، وذلك لأنّ الإتلاف يوجب انقلاب سبب الضمان بسبب آخر، ولا يعقل استناد الضمان مع الإتلاف عقيب اليد إلى اليد السابقة إليه، وإن كان يمكن أن يقال باستناد ضمان أعلى القيم إلى اليد، وإن كان أصل القيمة ضمانها مستنداً إلى الإتلاف؛ إذ لا مانع من الأخذ به من تلك الجهة، وعلى كلّ حال فظاهر تلك الأخبار هو ضمان الإتلاف ولا ربط له بضمان اليد الذي هو محلّ البحث، كما لا يخفى.

---

١. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ٣٧-٣٩، الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق، ح ١، ٥، ٩ و ١٠.

[تنبيهات]

وينبغي التنبيه على أُمور:

[التنبيه] الأوّل: [الكلام في التفاوت الناشئ من تفاوت اضافات العين إلى المكان والزمان]

لا إشكال في أنّ تفاوت القيمة إذا كان بسبب زيادة الصفة في العين أو نقصانها موجب للضمان، كما أنّه لا شبهة في أنّ التفاوت الناشئ عن رغبات الناس من غير عود إلى العين، بل لمحض اختلاف رغباتهم المعتبر عنه باختلاف السوق لا يوجب الضمان، بل مع عدم تلف العين ليس عليه إلّا ردّ العين ولو نقصت قيمتها السوقيّة، وكذا مع التلف أيضاً، إلّا على القول باعتبار أعلى القيم في باب الضمان حسبما تقدّم مع تزييفه.

وإنّما الكلام في التفاوت الناشئ من تفاوت إضافات العين إلى المكان والزمان، كالماء في المفازة بالنسبة إلى الماء في ساحل الشطّ، وكالجمد في الصيف بالنسبة إلى الجمد في الشتاء. وإذا تعلّق العهدة بالماء في المفازة أو بالجمد في الصيف وأُريد الخروج منها في ساحل الشطّ أو الشتاء، فهل يجب عليه ردّ الماء أو الجمد في ساحل الشطّ أو الشتاء، أو يجب عليه تأدية القيمة؟ وعلى الثاني، فهل المدار على قيمة المكان الذي صار مشتغل الذمّة بهما، أو آخر أمكنة التي يخرج الماء فيها عن الماليّة، كالقريب إلى الساحل، وآخر الأزمنه التي يخرج الجمد عن الماليّة بعدها، كالزمان القريب إلى الشتاء، أو يؤخذ بالقيمة المتوسّطة بين قيمة آخر أوان الخروج عن الماليّة، وبين قيمة أوان اشتغال الذمّة بهما؟ وجوهٌ.

والتحقيق أن يقال بدخول تلك الإضافات - أعني إضافة العين إلى المكان والزمان - تحت الضمان، ويلزوم تأدية قيمة مكان الاشتغال وزمانه.

أمّا الأوّل: فلأنّ الخصوصيّة التي تحصل للعين من قبل إضافتها إلى المكان والزمان الموجبة لتفاوت ماليّتها، ليست أمراً خارجاً عن العين، كاختلاف الرغبات، بل هي أمر تقوّم بالعين، تصير من أوصافها، فتدخل تحت الضمان.

وأمّا الثاني فلأنّ مكان التلف وزمانه هو ظرف تعلّق الذمّة بماليّة العين التالف من حين التلف، وكون القيمة الناشئة عن خصوصيّة المكان أو الزمان هي المتعلّق للضمان، فيجب أداء قيمة ما كان عليها في مكان التلف أو زمانه، وهل يجب قيمة ذلك المكان والزمان في يوم الردّ، أو قيمتها في يوم التلف، أو قيمة يوم الغصب، أو أعلى القيم؟ فيه احتمالات تقدّم تحقيقها، وأنّ المشهور على اعتبار قيمة يوم التلف، وقلنا بمساعدة الدليل على إعتبار قيمة يوم الأداء.

التنبيه الثاني: في حكم بدل الحيلولة

وتنقيح البحث عنه يتوقّف على بيان أقسام التلف، فإنّه يتصوّر على أنحاء:

الأوّل: تلف الخصوصيّة العينيّة تلفاً حقيقيّاً أو حكميّاً، والمراد بالتلف الحقيقي معلوم، وبالحكمي ما إذا كان موجوداً ولكن لا يرجى عوده إلى المالك عادة، كما إذا أُلقي في البحر، أو صار في خزانة سلطان لا يتيسّر إرجاعه منه، ولا إشكال في هذا القسم في جواز المطالبة بالبدل، وأنّه خارج عن مورد الكلام في بدل الحيلولة، والمتيقّن من جواز المطالبة بالبدل هو هذا القسم.

الثاني: ما إذا زالت أنحاء سلطنة المالك عن العين دائماً بحيث لا يرجى عودها مع بقاء العين، وهذا القسم أيضاً ملحق بالتلف الحكمي، فيرجع فيه إلى البدل.

الثالث: ما إذا زالت بعض أنحاء السلطنة كذلك دائماً بحيث لا يرجى عودها، كالدابّة التي يركب ظهرها إذا صارت موطوئة، حيث إنّها يجب بيعها في خارج المصر، وحكم هذا القسم هو عدم قرار شيء على الضامن الواطئ لولا النصّ، إلّا

أنّه ورد النصّ على وجوب غرامة الواطئ بثمنه ثمّ بيعه في خارج المصر[١]، وهل الثمن الذي يؤخذ من المشتري للمالك، أو للواطئ الغارم، أو يصرف في بيت المال؟ وجوهٌ:

أقواها الثاني، وذلك لمكان التعبير في النصّ عمّا يغرمه الواطئ بـ«الثمن» الدالّ على وقوع المعاوضة بينه وبين المالك بحكم الشرع، وإن لم تقع المعاوضة المالكيّة فتصير الدابّة له عوضاً عمّا يغرمه للمالك وإن كان يجب بيعها في خارج البلد.

الرابع: ما إذا زالت سلطنة المالك زوالاً يرجى عودها إليه، كالخشب الذي جعل من أجزاء السفينة في وسط البحر، بحيث يتوقّف نزعه عنها في وسط البحر على غرق نفس محترمة، ولو كانت نفس الغاصب أو مال محترم لكن من غير الغاصب، فإنّه يجب إبقاؤها إلى أن تصل السفينة إلى مكان يؤمن نزعه عنها عن الغرق، ففي مثل هذه الصورة تكون سلطنة المالك زائلة شرعاً مع رجاء عودها، أو كان زوالها بحكم العقل، كما إذا أخرج ماله إلى بلد بعيد يتوقّف عوده إلى المالك إلى مضي زمان يحمل ذاك المال إليه في ذاك الزمان. وهذا القسم هو مورد بدل الحيلولة، وقد وقع الخلاف في جواز مطالبة المالك حينئذ بالبدل، فعن جماعة القول به[٢]، وعن آخرين - كالمحقّق الثاني ﷺ - إنكاره[٣]، حيث يقول لم يحصل لبدل الحيلولة معنى متّضح.

واستدلّ للقول بالجواز بوجوه:

---

١. كخبر سدير في **الكافي**، ج ٧، ص ٣٠٤، باب الحدّ على من تأتي البهيمة، ح ١ و ٣، **ووسائل الشيعة**، ج ٢٨، ص ٣٥٨، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم و...، ح ١ و ٤.

٢. راجع: غنية النزوع، ص ٢٨٢؛ السرائر، ج ٢، ص ٤٨٦؛ إصباح الشيعة، ص ٣٤٢.

٣. راجع جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٥٦.

[الوجه] الأوّل: قاعدة لاضرر، حيث إن صبر المالك إلى زمان التمكّن من الوصول إلى ماله ضرر عليه، فيجبر بالقيمة.

ولا يخفى ما في التمسّك بالقاعدة في أمثال هذا المقام، وإن وقع من كثير من الأعلام؛ إذ الضرر في أمثال هذه المقامات لو صار منشأً للحكم لكان علّة للتشريع، أي يكون الشارع يحكم بحكم خاصّ لأجل الضرر، فهو يكون في مرحلة الثبوت علّة للتشريع، والحكم لأجله وظيفة الحاكم، كما في مورد الشفعة، وليس لغيره إثبات الحكم في مورد لأجل الضرر، وهذا بخلاف قاعدة الضرر في مورد الحكومة على الأحكام الواقعيّة، حيث إنّها بدليلها تخصّص أدلّة تلك الأحكام في مورد الضرر، فالخلط بين المورد الذي كانت القاعدة علّة للتشريع، وبين المورد الذي تكون حاكمة على أدلّة الأحكام الواقعيّة، صار منشأً لتمسّك كثير بتلك القاعدة، فيما لا ينبغي التمسّك بها، وما نحن فيه من هذه الموارد، كما لا يخفى.

الوجه الثاني: بواسطة حيلولة الغاصب بين المالك وماله، فيجب عليه التدارك بالقيمة.

ولا يخفى أنّ هذا الوجه كسابقه في الفساد، حيث إنّ الكلام في ثبوت التدارك بواسطة الحيلولة، فلا يصحّ جعل نفس الحيلولة دليلاً على لزوم التدارك.

[الوجه] الثالث: صيرورة الحيلولة منشأً لتفويت السلطنة الفعليّة الثابتة للمالك على ماله، وهي ممّا يجب تداركها فيتدارك بالقيمة.

وهذا هو المستظهر عن المصنّف ﷺ، ولا يخفى ما فيه:

أمّا أوّلاً: فلأنّ السلطنة حكم شرعي وإن كانت ملزوماً لأمر عرفي، ولا معنى للغرامة على الحكم الشرعي.

وأمّا ثانياً: فلأنّه لو سلّم كونها أمراً عرفيّاً كشف عنها الشارع وأمضاها، لكنّها ليست ممّا يقابل بالمال؛ إذ لا دليل على مضمونيّتها بالمال؛ لعدم دلالة دليل

الضمان عليها من عموم اليد[١] أو الإتلاف[٢]. أمّا «اليد» فلعدم مجيء السلطنة تحت اليد حتّىٰ تصير مضموناً باليد، وأمّا الإتلاف؛ فلأنّه يدلّ على الضمان بتلف المال، والسلطنة ليست مالاً.

وأمّا ثالثاً: فلأنّه لو سلّم صحّة ضمان ما يقابل السلطنة، لكان اللازم منه هو الأرش على السلطنة، لا أخذ بدل العين بمالها من الماليّة؛ إذ البدل أجنبيّ عمّا فات من السلطنة، ولا ينتهي الأمر إلى بدل الحيلولة أصلاً؛ لأنّ الفائت من السلطنة لا تعود، فلو كانت لها قيمة يجب إعطائها كسائر الغرامات الحاصلة في مقابل النقصانات، وأين هذا من بدل الحيلولة، كما لا يخفى.

الوجه الرابع: التمسّك بأصالة سلطنة المالك على مطالبة ماليّة ماله، ولو مع بقاء العين، وتقريب التمسّك بها يتوقّف على مقدّمة، وهي أنّ عموم «على اليد ما أُخذت حتّىٰ تؤدّي»[٣] يستكشف منه أُموراً:

الأوّل: إنّ ماليّة الشيء مضمون في عهدة الضامن، وأنّها الركن في الضمان، وهذا قد تقدّم سابقاً، وقلنا مع إنعدام العين يبقى الضمان بحاله، مع عدم اعتبار الضمان فيما لا يمكن ردّه، فاعتبار الضمان مع تلف العين الموجب لامتناع ردّها شاهد على أنّ الركن في الضمان هو الماليّة أمكن ردّ العين أم لا.

الثاني: وجوب ردّ ما ثبت في عهدة الضامن على المالك، وهذا يستكشف بدلالة التزاميّة من جعل الغاية للضمان هو الأداء.

الثالث: الردّ إلى المالك فوري يجب على الضامن فوراً ففوراً، وهذا أيضاً يستظهر بالدلالة الالتزاميّة.

---

١. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.
٢. للمزيد راجع العناوين الفقهيّة، ج ٢، ص ٤٣٤.
٣. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦، و ص ٣٨٩، ح ٢٢.

إذا عرفت ذلك فنقول: نتيجة الأُمور الثلاثة هو وجوب ردّ ماليّة المضمون على الضامن وجوباً فوريّاً، ومقتضى ذلك تمكّن المالك عن مطالبة الغاصب بماليّة ماله في كلّ وقت وزمان، سواء كانت العين موجودة أم لا، وسواء كان مع التمكّن من الوصول إليها فعلاً عادةً أم لا، خرج عنه ما إذا كان الوصول إليها عادة ممكناً بالإجماع. ويبقى الباقي تحت هذا الإطلاق، ومن جملة مصاديقه ما نحن فيه، أعني مورد بدل الحيلولة، فظهر أنّ الأصل - أعني إطلاق دليل ضمان اليد - مقتضياً لثبوت بدل الحيلولة، وهذا غاية تقريب التمسّك بالإطلاق، ولو تمّ هذا التمسّك لكان دليلاً حسناً على بدل الحيلولة، إلّا أنّه أيضاً منظور فيه.

وذلك لأنّ الماليّة وإن كانت ركناً في الضمان لكن لا بمعنىٰ أنّها مستقلّاً تدخل تحت الضمان، وتكون العين أجنبيّاً عن الضمان، بل بمعنىٰ أنّه مع تعذّر العين لا يسقط الضمان فحينئذ ينتهي البحث في تأسيس الأصل إلى أن يقال: الخصوصيّة العينيّة كما تسقط بالتلف ويكون للمالك المطالبة بماليّة ماله عند تلف العين، فهل له إسقاط الخصوصيّة عند وجودها بمعنىٰ أنّ له مع وجودها أن يطالب بالبدل أم لا؟

ولا يخفى أنّ الثاني هو الأقوى، لأنّ ضمان الماليّة ليس أمراً مستقلّاً في قبال ضمان الخصوصيّة العينيّة بأن يكون كلّ منهما مضموناً مستقلّاً لكي يصحّ إسقاط أحدهما والأخذ بالآخر، بل إنّما هو ضمان واحد متعلّق بالعين بمالها من الماليّة، و إذا كانت العين بماليّتها تحت الضمان فلا دليل على سقوط ضمان العين بالإسقاط، كما مرّ نظير ذلك في عدم انقلاب المثل بالتعذّر إلى القيمة.

فتحصّل أنّ الأصل عدم جواز مطالبة المالك بماليّة ماله عن الضامن إلّا ما ثبت جوازه. فظهر من جميع ما ذكرناه أنّ الأقوىٰ عدم قيام دليل على ثبوت بدل الحيلولة، وأنّه - كما قال المحقّق الثاني[1] - ممّا لم يتّضح معناه.

---

١. جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٥٦.

ثمّ لو قلنا به فهنا:

[أُمور][1] ينبغي التنبيه عليها:

[الأمر الأوّل]: هل المالك يصير مالكاً للبدل، أو أنّه يباح له التصرّف فيه؟ احتمالان، والتحقيق أن يقال: لو قلنا بثبوته لأجل كونه بدلاً عن سلطنة المالك حسبما سلكه المصنّف ﷺ لكان ينبغي القول بالإباحة؛ إذ لا مقتضى للملك، لا من ناحية المالك ولا من قبل الشارع. أمّا من ناحية المالك فلأنّ المفروض عدم إقدام الضامن والمالك على إنشاء تمليك البدل وتملّكه، وأمّا من ناحية الشارع فلعدم ما يدلّ على تحقّق الملك القهري من قبل الشارع، ولا منافات بين الإباحة وبين صحّة تصرّفات المالك في البدل بجميع التصرّفات المتوقّفة على الملك، لإمكان الالتزام بتقدير الملك آناًما على الطريق الإعوجاجي، كما في باب المعاطاة على القول بالإباحة حسبما مرّ شرح القول في بابها[2]. ولو قلنا بثبوت بدل الحيلولة لأجل التمسّك بإطلاق دليل اليد لكان ينبغي القول بالملك؛ لأنّ مقتضى الإطلاق - كما عرفت - هو مطالبة المالك عن الغاصب الضامن بماليّة ماله، فيصير مالكاً لما يأخذه منه؛ لكونه ماليّة ماله، ولا ينافيه بقاء ماله الموجود، كاللوح المغصوب في السفينة على ملكه على ما يجيء الكلام فيه لأجل توهّم صيرورته جمعاً بين العوض والمعوّض، وذلك لأنّ البدل ليس مأخوذاً بعنوان العوض عن ماله حتّى يكون تملّكه مع بقاء المال الأصلي على ملكه جمعاً بين العوض والمعوّض، بل البدل مأخوذ بعنوان الغرامة، ولا تنافي بين أخذ الغرامة وبين إبقاء المال الأصلي على ملكه.

فإن قلت: فما الفرق بين المقام وبين الدابّة التي يركب ظهرها إذا صارت موطوئة، حيث تقولون بصيرورتها ملكاً للواطئ؛ لمكان أخذ قيمتها منه دون المقام.

---

١. في الأصل «فروع» بدل «أُمور» والأصحّ ما أثبتناه و مناسب مع ما سيذكّر في الأمر الثالث و مابعده.
٢. راجع ص ٢٠٥.

قلت: الفرق هو استفادة المعاوضة القهريّة في باب الدابّة الموطوئة عن الدليل الشرعي، حيث عبّر فيه عن المال المأخوذ عن الواطئ بالثمن الظاهر في كونه عوضاً عن الدابّة، وهذا التعبير مفقود في المقام، فليس في المقام ما يستكشف منه تحقّق المعاوضة بين البدل وبين مال المالك، ومع عدم تحقّق المعاوضة فلا جمع بين العوض والمعوّض أصلاً.

[الأمر] الثاني: هل المالك يملك البدل مطلقاً، أو مادام عدم رجوع العين إليه، فيعود إلى الضامن بعد تمكّن المالك عن ماله وصيرورته مسلّطاً عليه، وبعبارةٍ أُخرىٰ هل ملكيّة البدل ملكيّة مطلقة أو ملكيّة موقّتة؟ وجهان: أقواهما الأخير.

وتوضيحه: أنّ الملكيّة إمّا تكون مالكيّة، أي حاصلة من إنشاء المالك بأسباب خاصّة من العقود والإيقاعات، وإمّا تكون شرعيّة، أي يكون بحكم الشارع عند حصول أسباب غير اختياريّة، كالموت في باب الإرث مثلاً، وعلى كلا التقديرين فيمكن أن تكون مقيّدة، كما يمكن أن تكون مطلقة وإن كان لا يوجد للمقيّدة منها فردٌ فيما كانت حاصلة بأسباب قهريّة، إلّا أنّ القسمين منها موجودة في الحاصل من الأسباب الإختياريّة، ومثال الملكيّة المطلقة الحاصلة بالأسباب الاختياريّة ظاهر، كالبيع ونحوه، ومثال المقيّدة منها كالوقوف إذا وقف على طبقةٍ عشرسنين، ثمّ على طبقة عشرسنين بعدها، وهكذا؛ أو وقف على الطبقات على ترتيب وجودهم، فإنّ الملكيّة المقيّدة بعشرسنين أو بما دام وجود الموقوف عليه هي المنشأ بالإنشاء، وفيما نحن فيه أيضاً يمكن أن تكون الملكيّة الحاصلة للمالك بالنسبة إلى البدل شرعاً مطلقة، ويمكن أن تكون مقيّدة، فلابدّ من النظر في دليل إثباتها وكيفيّة دلالته من أنّه هل يثبتها على الإطلاق أو مقيّداً بعدم عود المبدل إلى المالك.

وممّا ذكر يظهر فساد توهّم كون الملكيّة في المقام مطلقة، بدعوىٰ عدم تصوير التقييد فيها، كما لا يخفى.

إذا تحقّق ذلك فنقول: مقتضى القول ببدل الحيلولة وأنّ العين المبدل لا تخرج عن ملك مالكها، - كما سنحقّقه في الأمر الثالث - وأنّه يجب ردّها إليه، هو أن يصير مالكاً للبدل ما دام عدم رجوع المبدل إليه؛ إذ هو بدل ما فات من المالك من التمكّن على ماله، وبعد عوده إليه فلا فوت حتّىٰ يحتاج إلى البدل.

فإن قلت: بناءً على ما تقدّم في الأمر الأوّل إجمالاً وسيفصّل في الأمر الثالث، البدل ليس عوضاً عن المبدل، وإنّما هو غرامة يغرمه الضامن بحكم الشرع، وإذا صار المالك مالكاً له، فلا موجب لخروجه عن ملكه بسبب تمكّنه من المبدل ولا أقلّ من الشكّ، فيرجع إلى استصحاب بقاء ملكيّته للبدل.

قلت: أمّا على تقدير القول ببدل الحيلولة من ناحية كونه بدلاً عن سلطنته الفائتة حسبما تمسّك به المصنّف ﷺ، فلا مقتضى لحصول الملكيّة المطلقة إن قلنا بوجود مقتضى الملكيّة، وذلك لأنّ البدل حينئذ بدل عن فوت استيلاء المالك، وليس للمالك سلطنتان على ماله، وإذا عادت السلطنة فلم تكن فائت أصلاً حتّىٰ يحتاج إلى البدل، وبعبارة أُخرىٰ التدارك إنّما يقع عمّا يفوت من كون المال تحت يده، فيكون بقدر الفوت وحينئذ لا ينتهي الأمر إلى الشكّ حتّىٰ يتمسّك بالاستصحاب.

وأمّا على ما اخترناه من انحصار الدليل على ثبوت بدل الحيلولة لو كان له دليل بالإطلاق على حسب ما قدّمناه وإن كان يمكن أن يقال: مقتضى الإطلاق تمكّن المالك من أخذ البدل ولو مع وجود عين ماله عند عدم التمكّن من الوصول إليه، وهذا كما يمكن مع كون الملكيّة مطلقة يمكن مع كونها مقيّدة، فيتصوّر الشكّ، إلّا أنّه من قبيل الشكّ في المقتضي الممنوع فيه الاستصحاب.

وحاصل الكلام في المقام أن يقال: بناءً على كون البدل عوضاً عن المبدل، وتحقّق المعاوضة بين ماله الأصلي وبين البدل، فلا ينبغي الإشكال في كون المحقّق

من أوّل الأمر هو الملكيّة المقيّدة، وذلك بعد قيام الإجماع المحقّق على ملكيّة المال الأصلي لمالكه بعد تمكّنه منه واستيلائه عليه، فمن ذاك الإجماع يستكشف صيرورة البدل ملكاً له إلى زمان استيلائه على المبدل، وإلّا يلزم الجمع بين العوض والمعوّض، لكن ملكيّته للمبدل بعد الاستيلاء عليه ثابتة بالإجماع، فيكون البدل خارجاً عن ملكه عند الاستيلاء على المبدل كذلك.

هذا على تقدير تحقّق المعاوضة بين البدل والمبدل، وأمّا بناءً على كون البدل تداركاً عن المبدل، أعني عمّا فات من استيلاء المالك على المبدل، ففي مرحلة الثبوت يمكن أن يكون التدارك موضوعاً للحكم، بحيث يدور الحكم مداره وجوداً وعدماً، كالعدالة في باب التقليد، حيث إنّها مأخوذة في موضوع المقلَّد بالفتح، وكالفقير في باب الزكاة حيث إنّه أخذ موضوعاً في المستحقّ، ويمكن أن يكون التدارك علّة للحكم، أي للملكيّة، فلا تدور الملكيّة مدار بقاء التدارك، بل التدارك في وقت ما يصير علّةً لصيرورة البدل ملكاً للمالك مكليّة مطلقة، كما في باب تغيّر الماء الكثير بالنجاسة، حيث إنّ التغيّر علّة لطروّ النجاسة على الماء، لا أنّه عنوان يدور بقاء النجاسة مدار بقائه، فإن كان التدارك موضوعاً للملكيّة فتزول بزوالها، وإن كان علّة لها فتبقى بعد زوالها، هذا بحسب الثبوت.

وأمّا بحسب الإثبات فتارة يحرز القسم الأوّل أو الثاني، وأُخرىٰ يشكّ، وعلى كلا التقديرين فلا تصل النوبة إلى الاستصحاب.

أمّا على تقدير إحراز موضوعيّة التدارك، أو علّيته فلعدم الشكّ في بقاء الملكيّة حينئذ للقطع بزوالها لو أحرز موضوعيّة التدارك، وببقائها عند إحراز علّيته.

وأمّا على تقدير الشكّ في كونه موضوعاً أو علّة فلعدم إحراز الموضوع الذي هو شرط في إجزاء الاستصحاب على هذا التقدير؛ إذ لم يعلم أنّ الموضوع هل هو عنوان التدارك أم لا، هذا حكم هذه المحتملات ثبوتاً.

وأمّا التحقيق فيها، فالظاهر المقطوع به هو عدم تحقّق المعاوضة؛ لما تقدّم ويأتي في الأمر الثالث. فاحتمال المعاوضة منتفٍ قطعاً، ولا شبهة في كون البدل على سبيل التدارك، إنّما الكلام في كون التدارك موضوعاً أو أنّه علّة، وليس في أدلّة الضمانات ما يمكن أن يستظهر منه عنوانيّته أو علّيّته، إلّا أن يقال: إنّ المتفاهم العرفي ومناسبة الحكم والموضوع هو المقتضي للعنوانيّة، بمعنىٰ أنّ العرف يفهم من ثبوت الملكيّة لأجل التدارك أنّ ثبوتها ما دام يصدق الفوت على مال المغترم له، ومع عود ما له إليه وانتفاء صدق الفوت فلا فوت حتّىٰ يتدارك، وهذا غير بعيدٍ، ونتيجة ذلك هو الحكم بزوال الملكيّة عند استيلاء المالك على ماله، وكون الملكيّة الحاصلة له هي الملكيّة المقيّدة، وقد عرفت أنّه مع قطع النظر عن هذا الاستظهار وانتهاء النوبة إلى الشكّ، فلا مجرى للاستصحاب، ولا يصحّ إثبات الملكيّة المطلقة بإجرائه، لمكان الشكّ في الموضوع على ما تقدّم.

الأمر الثالث: هل المال المبدل بعد التمكّن من الاستيلاء عليه يكون ملكاً للمالك، أو للضامن؟ وجهان: ولا اختصاص لهذا البحث بمورد بدل الحيلولة، بل هو عامّ في جميع موارد اغترام الضامن بالبدل، سواء كانت العين تالفة بالتلف الحقيقي أو الحكمي، أو كانت موجودة، كما في مورد بدل الحيلولة، وسواء كان بقي منها بعد التلف شيء له قيمة، كما إذا انكسرت العين وكان لمكسورها قيمة أم لا، وسواء كان الاغترام لأجل وطئ الدابّة التي يركب ظهرها، أو لغير ذلك.

والكلام يقع تارة في ملكيّة المال الذي أدّى غرامته، وأنّه هل هو ملك للغارم أو المغترم؟ وأُخرىٰ في أنّه على تقدير عدم القول بالملك فهل يكون للضامن حقّ اختصاص به، أو يكون حقّ الاختصاص للمالك، أو لا يكون لواحد منهما، بل هما مع غيرهما بالنسبة إليه شرع سواء، وكلّ من سبق إليه فهو له كسائر المباحات؟ فالكلام هنا في جهتين:

[الجهة] الأولىٰ: في ملكيّة المال للمالك أو للغاصب، والكلام في هذه الجهة أيضاً يقع تارة في صورة التلف الحقيقي، وأُخرىٰ في التلف الحكمي، وثالثةً في حكم ملكيّة المال في صورة بدل الحيلولة، وقد حكي عن *المقاييس* القول بصيرورة المال الأصلي ملكاً للغارم في جميع الصور، وقد أيّده بذهاب الأساطين إلى لزوم الربا فيما لو كان التالف مصوغاً عن الذهب مثلاً، وكانت الغرامة أيضاً من جنسه، بناءً على عدم اختصاص الربا بباب المعاوضات، بل جريانه في باب الغرامات أيضاً. ولا يخفى أنّه لا يتصوّر إلّا بفرض انتقال التالف إلى الضامن، وإلّا فمع بقائه على ملك المالك فلا مبادلة حتّىٰ يلزم فيها الربا، هذا محصّل ما نقل عنه[1].

ولا يخفى ما فيه، أمّا في الصورة التلف الحقيقي فلعدم تصوير ملك الغاصب للتالف ثبوتاً، وانتفاء ما يدلّ عليه في مرحلة الإثبات، وأمّا في التلف الحكمي فهو وإن كان يتصوّر فيه ملكيّة الغاصب للتالف ثبوتاً، لكن ليس في مقام الإثبات عليه دليل.

وتوضيح ذلك إمّا في التلف الحقيقي؛ فلأنّ ظرف حصول ملكيّة الضامن لا يخلو إمّا أن يكون آناًما قبل التلف، بأن انتقل إلى الضامن فتلف عنه؛ أو يكون قبل أداء الغرامة، وشيئاً منهما لا يستقيم.

أمّا الأوّل: فلأنّ الملكيّة لو قيل بها فإنّما هي لأجل الاغترام المسبّب عن التلف، فلا محالة لابدّ وأن يكون بعد التلف، وإلّا يلزم تقدّم المعلول على علّته وهو محالٌ، ففرض تقدّم مملّكيّة الضامن للتالف قبل التلف مع نشو ملكيّته عن التلف غير معقول.

وأمّا الثاني: فلأنّ متعلّق الملكيّة -وهو المال بسبب التلف- صار معدوماً عن

---

١. لم نعثر عليه.

صفحة الخارج، ولا معنى لاعتبار ملكيّة ما ليس له وجود في الخارج، وفرض وجوده قبل أداء الغرامة، ثمّ تعلّق الملكيّة إلى المال الموجود بحسب الفرض وإن كان ممكناً، إلّا أنّه لمكان كونه على خلاف القاعدة يحتاج إلى قيام دليل قويّ على الملكيّة، وكان تصويرها متوقّفاً على فرض المعدوم موجوداً وإلّا يلزم طرح الدليل الدالّ على الملكيّة، وهو غير مجوّز، وفيما نحن فيه ليس دليل على ملكيّة الضامن أصلاً، فضلاً أن يكون قويّاً لم يكن رفع اليد عنه ممكناً.

ويؤيّد ما ذكرناه من عدم ملكيّة الضامن للمال التالف الذي يضمنه أنّ باب الضمان القهري الناشئ عن اليد أو الإتلاف هو كباب الضمان الإختياري يرتضعان من ثدي واحد، ولا شبهة في أنّ الضامن بالضمان الاختياري لو ضمن دين أحد لا يصير مالكاً لما في ذمّة المديون، ويبعد الفرق بين الضمان الاختياري والضمان القهري، كما لا يخفى.

وكذا في ضمان الأوصاف الغائبة لا يملك الضامن الوصف الفائت قطعاً، فيكون حال العين الفائتة كالوصف الفائت من غير تفاوت بينهما، هذا في التلف الحقيقي، وأمّا في التلف الحكمي فليس في ملكيّة الضامن للتالف بأداء الغرامة محذور في عالم الثبوت؛ إذ لا يحتاج إلى فرض وجود المعدوم، كما هو واضح، إلّا أنّه لا يكون عليها دليل في مرحلة الإثبات، فالقول بملكيّة الغارم لما يغرمه للمالك قولٌ بلا دليلٍ، وأمّا ما تأيّد به من تحقّق الربا فيما ذكر، فهو مبنيّ على القول بعدم اختصاص الربا بباب المعاوضات، بل ثبوته في باب الغرامات، فلا دلالة فيه على تحقّق المعاوضة، كيف والأعمّ لا يدلّ على الأخصّ بوجهٍ من الوجوه، فلا تأييد في الفتوى المذكورة.

وممّا ذكرنا يظهر حكم بدل الحيلولة وأنّه لا وجه للقول بصيرورة المبدل ملكاً للضامن بوجهٍ من الوجوه. هذا تمام الكلام في الجهة الأُولى.

أمّا الجهة الثانية: فاعلم أنّه عند تلف المال إمّا يكون ممّا لا يبقى منه شيء بعد التلف أصلاً، كما إذا كان مأكولاً مثلاً فأُكل، أو يكون ممّا بقي منه شيء بعد التلف، وهذا على قسمين:

أحدهما: ما يكون للباقي منه بعد التلف ماليّة.

وثانيهما: ما لا يكون له ماليّة، بل يمكن أن يكون له فائدة غير بالغة إلى مرتبة الماليّة، بل قابلة لأن يتعلّق بها حقّ الاختصاص.

لا إشكال في حكم الأوّل وهو مالا يبقى شيء من التالف، وأنّه يضمن الضامن تمام ماليّة التالف حينئذ، وكذا لا إشكال في القسم الثاني، أعني ما إذا بقى منه شيء متموّل، فإنّ المالك حينئذ يتسحقّ الأرش، كما لا يخفى.

وإنّما الكلام في القسم الثالث في أنّ حقّ الاختصاص بهذا الباقي هل هو للمالك، أو للضامن، أو لمن يسبق إليه؟ ففيه وجوه:

أقواها الأوّل، وذلك لأنّ حقّ الاختصاص إنّما هو مرتبة ضعيفة عن الملكيّة تكون منشؤ ضعفه إمّا لقصور في الإضافة، أو في أحد طرفيها، بأن لا يكون الطرف قابلاً لأن يتعلّق به إضافة الملكيّة، والحقّ والملك مشتركان تحت جامع واحد، وهو الواجديّة، وحينئذ نقول: هذا الباقي بعد التلف كان قبله متعلّق الإضافة الملكيّة التي هي إضافة شديدة، وبعد التلف لمكان قصور هذا الباقي عن أن يتعلّق بها الإضافة الشديدة تزول عنها الشدّة، وتبقى الإضافة بمرتبة ضعيفة وهي الحقّ، والحقّ لم يحدث للمالك بعد زوال الملكيّة من كتم الدعم حتّىٰ يسأل عن سببه، نظير حدوث الاستحباب بعد زوال الوجوب، بل هو عين تلك الإضافة الثابتة قبل تلف التالف، لكن بمرتبة ضعيفة منها، فلا يحتاج إلى سبب جديد.

حجّة القول بكونه متعلّق حقّ الضامن هو توهّم كون الحقّ والملك كالوجوب

والاستحباب متباينين، فيحتاج حدوث الحقّ بعد زوال الملك إلى وجود سببٍ، وهو متحقّق بالنسبة إلى الضامن؛ لكون الباقي في يده وتحت حيازته.

ولا يخفى أنّه على هذا التقدير أيضاً لا ينتج ثبوت الحقّ للضامن؛ لأنّ صرف كونه تحت يده لا يثمر في ثبوت الحقّ له ما لم يقصد حيازته، ومع عدم القصد يكون هو مع غيره شرع سواء، فهو لمن سبق، فظهر أنّ أقوى الوجوه هو الوجه الأوّل وبعده الأخير، وأمّا الوجه الثاني فلا وجه له أصلاً.

فإن قلت: بقاء حقّ الاختصاص للمالك بالنسبة إلى الباقي بعد التلف ينافي مع أخذه لتمام ما يقابل ماليّة ماله؛ لكون الغرامة بإزاء تمام ماله.

قلت: الغرامة إنّما هي بإزاء التالف من ماليّة ماله، وأمّا الموجود فلا تلف حتّىٰ تقع الغرامة عليه. فحينئذ لم تقع غرامة بإزاء ماله على الباقي من الإضافة الضعيفة المعبّر عنها بالحقّ، كما لا يخفى.

وممّا يبطل به دعوى ملكيّة الغارم للمال الذي يغرمه للمالك، وأعطى غرامته إيّاه، هو لزوم كون المنافع المتجدّدة منه الحاصلة بين زمان تعذّر الوصول إليه وبين عود التمكّن منه ملكاً للغارم، وما أظنّ أن يتلزم به أحد حتّىٰ نفس القائل بحصول ملكيّة العين للغارم، ويمكن أن يجعل هذا دليلاً على أنّ كلام المحكي عن *المقابيس*[1] ليس في بدل الحيلولة، بل إنّما يقول بالملكيّة في صورة التلف الحقيقي، لبعد التزامه بصيرورة المنافع المذكورة ملكاً للغارم.

الأمر الرابع: لا إشكال في ضمان الغاصب لما يتجدّد من منافع العين المغصوبة قبل ردّ البدل إلى حين الردّ، وكذا بعد تمكّنه من ردّ العين وزوال المانع عن الردّ؛ لرجوع البدل إلى الغاصب بعد تمكّنه من ردّ العين إلى المالك ولو لم يحصل له

---

١. تقدّم في ص ٤٣٦.

البدل؛ لما تقدّم في الأمر الثاني من كون ملكيّة المالك للبدل ملكيّة مؤقّتة، لا مطلقة، بل مقيّدة بعدم إمكان عود ماله إليه، وإنّما الكلام في ضمانه لها بعد ردّ البدل، وقبل حصول التمكّن من ردّ العين، فهل يضمنها الغاصب أم لا؟ وجهان: التحقيق أن يقال: لو كان البدل بدلاً عن السلطنة الفائتة من المالك في زمان عدم تمكّنه من ماله، وعدم سلطنته عليه، كما سلكه المصنّف ﷺ، فاللازم هو ضمان الغاصب بتلك المنافع المتجدّدة حينئذ، وذلك لأنّ البدل حينئذ تدارك عن بعض ما للمالك وهو السلطنة، وأمّا عين ماله ومنافعه المتجدّدة فلم يتدارك بشيء، ولو فات شيء منها فيجب تداركه على الغاصب، هذا لو قلنا بملك البدل للمالك على هذا المسلك، وأمّا قولنا بالإباحة -كما تقدّم في الأمر الأوّل- فالأمر أظهر.

فإن قلت: سلطنة المالك على العين مبدء لملكيّة المنافع، فإذا تدارك السلطنة بالبدل فقد كان تداركاً لمبدء ملكيّة المنفعة، ومعه فلا يجب تدارك المنفعة، وهذا كما إذا تلفت العين وتداركت بالمال أو القيمة، إذ لا يجب معه تدارك المنفعة.

قلت: ما ذكرته يصحّ لو قيل بمبدئيّة السلطنة لملك المنافع، كما حكي عن العلّامة في *التذكرة*، حيث قال:

> إن المنتقل إلى المستأجر في باب الإجارة هو السلطنة على العين، ويتبعها التسلّط على الاستيفاء بالمنافع وملك المنفعة[1].

ولكن هذا لا يكون مرضيّاً عند المصنّف ﷺ وعلى طريقته يلزم ضمان المنافع بناءً على ما سلكه في باب بدل الحيلولة من كونه تداركاً للسلطنة الفائتة.

ومنه يظهر أنّ ما اختاره ﷺ من كون البدل تداركاً عن السلطنة لا يجامع مع القول بعدم ضمان المنافع، فالجمع بينهما كما صنعه لا يستقيم، كما لا يخفى. وبناءً على

---

١. انظر تذكرة الفقهاء، ج١٦، ص٢٣٦، المسألة ٨٠، و ج ١٨، ص ٣٠٠، المسألة ٧٣١.

ما أسلسناه من إثبات بدل الحيلولة بالتمسّك بالإطلاق، فالوجه هو عدم الضمان، وذلك لأنّ البدل حينئذ تدارك عن مال المالك، فيكون بمنزلة وصول ماله إليه، غاية الأمر لا بعينه، بل بماليّته، فحينئذ لا ضمان لما يفوت من المنافع على الغاصب مادام البدل باقياً على ملك المالك، فبرجوعه عن ملكه الذي يتحقّق بتمكّن الغاصب من ردّ المال الأصلي إلى المالك يصير الغاصب ضامناً لما يفوت من المنافع المتخلّلة بين زمان عود التمكّن من الردّ، وبين زمان وصول العين إلى المالك.

الأمر الخامس: إذا تمكّن الغاصب من العين بسبب زوال العذر، فهل يجب عليه الردّ إلى المالك، أو أنّه خرج عن عهدة ضمانه بواسطة أداء بدله، فلا شيء عليه بعد التمكّن؟ وجهان:

أقواهما الأوّل، وذلك لأنّ العين كانت للمالك وكان على الغاصب ردّه إليه، وقد سقط هذا التكليف في زمان التعذّر؛ لمكان التعذّر عن الردّ، ويكون على حاله بعد زوال العذر، كما في كلّ حكم ساقط بالتعذّر.

فإن قلت: ضمان السابق ارتفع عن الغاصب بردّ البدل، ولم يحصل بعد التمكّن سبب جديد للضمان، فلا موجب له بعده.

قلت: نفس الضمان السابق موجب لوجوب الردّ على الغاصب، ولا يحتاج إلى سبب جديد للضمان، وذلك إمّا على ما سلكه المصنّف في إثبات بدل الحيلولة من القول بكونه تداركاً عن السلطنة الفائتة، فواضح؛ إذ العين لم تخرج عن ضمان الغاصب، فهي بعد مضمونة عليه يجب الخروج عن عهدتها، بل مقتضى هذا المسلك هو عدم صيرورة البدل ملكاً للمالك، بل يكون إباحة عليه، كما أسلفناه، وعلى تقدير القول بالملك فلابدّ من القول بالملكيّة المطلقة لا الموقّتة؛ إذ هو بدل عن السلطنة الفائتة، وما فات من السلطنة فهي غير عائدة أبداً، فلا موجب لرجوع البدل عن

ملك المالك حينئذ أصلاً، وأمّا على ما أتسناه من التمسّك بالإطلاق فكذلك أيضاً؛ لأنّ المالك سقط حقّه عن الخصوصيّة العينيّة عند التعذّر مقيّداً به، وبعد رفع التعذّر يعود حقّه بالنسبة إلى العين، فيصير حاله بعد التمكّن كحاله قبل طروّ التعذّر.

فإن قلت: إذا كان البدل تداركاً عن ماليّة العين المضمونة بما لها من الخصوصيّة يكون حاله حال أداء القيمة في المثلي عند تعذّر المثل، فكذا في المقام يسقط حقّه عن العين ولو بعد التمكّن من الردّ إليه.

قلت: قياس المقام بتعذّر المثل في المثلي فاسد، وذلك لثبوت الفرق بينهما؛ حيث إنّ المثليّة أمر كلّي متعلّق بذمّة الضامن، فلمّا كان كلّيّاً في الذمّة كان قابلاً للإسقاط، وهذا بخلاف الخصوصيّة العينيّة، فإنّها مع وجودها في الخارج ليست متعلّقة بالذمّة لكي يصحّ إسقاطها، ومع انعدامها في الخارج ليست قابلة للضمان، لما عرفت من أنّ ما لا أداء له لا يعتبر فيه الضمان، والمفروض في مقام بدل الحيلولة وجود العين في الخارج، وأنّها متعذّر الردّ، وغاية ما يثبت بالتعذّر سقوطها مادام التعذّر باقياً، وأمّا مع عدم زوال التعذّر فلا موجب لسقوطها؛ إذ ليس للمالك سقوطها، ولا تسقط هي بإسقاطه، ولو أسقطها ألف مرّة إلّا إذا ملكها بالضامن بعقد من بيع أو هبة.

فإن قلت: بعد تمكّن الضامن من ردّ العين نشكّ في عود ما أسقطه المالك عند التعذّر فيرجع إلى الاستصحاب.

قلت: هذا الاستصحاب لا مجرى له.

أمّا أوّلاً: فلما يظهر من مناسبة الحكم والموضوع والفهم العرفي، كون التعذّر موضوعاً وعنواناً لسقوط الخصوصيّة، لا علّة له، فلا تنتهي النوبة إلى الشكّ حتّى يجري معه الاستصحاب.

وأمّا ثانياً؛ فلأنّه مع فرض تعميم الشكّ من جهة فرض الشكّ في كون التعذّر

عنواناً أو علّة، فلا يجري الاستصحاب أيضاً؛ لمكان الشكّ في الموضوع المانع عن استصحاب الحكم، كما مرّ تحقيقه.

وبالجملة: فالحقّ هو وجوب ردّ العين بعد التمكّن من الردّ إلى المالك، وعدم خروج الضامن عن عهدته بأداء بدل الحيلولة، كما لا يخفى.

الأمر السادس: وهو ممّا يترتّب على الأمر المتقدّم أيضاً، هل البدل يخرج عن ملك المالك بمجرّد تمكّن الضامن عن ردّ المبدل إليه، أو يتوقّف خروجه عن ملكه على فعليّة الردّ وتحقّقه، فما لم يردّه إلى المالك يكون البدل باقياً على ملك المالك، ولو تمكّن الضامن من الردّ، وجهان:

والأقوىٰ هو الأوّل، وذلك للزوم الدور لو كان الخروج - أي خروج البدل - بالردّ الفعلي؛ لأنّ الردّ إنّما يجب على الغاصب بدليل الضمان المستتبع لوجوب الردّ، وضمان الضامن للمبدل إنّما هو بخروج البدل عن ملك المالك، وإلّا فمع بقائه في ملكه، فلا يكون الضامن ضامناً للمبدل، كيف ونتيجة البدل إنّما هو خروج الضامن عن عهدة المبدل مادام بقاء البدل في ملك المالك، غاية الأمر أنّه لمّا كانت ملكيّة المالك للبدل موقّتة لا مطلقة، كان خروج الضامن عن الضمان أيضاً كذلك، فما دام بقاء البدل في ملك المالك لا يكون على الضامن شيء، فلابدّ من أن يخرج البدل عن ملك المالك، ويعود إلى ملك الغاصب حتّىٰ يعود ضمانه للمبدل، فيصير الردّ عليه واجباً، فلو كان خروج للبدل عن ملك بالردّ يصير دوراً.

[الأمر السابع:] ويترتّب على هذا أمر سابع، وهو أنّ عود ضمان ما يتبع المبدل من المنافع المتجدّدة إنّما هو أيضاً بالتمكّن من الردّ؛ لما عرفت من عود ضمان العين به، فيتبعه ضمان منافعه على ما بيّنّاه سابقاً.

الأمر الثامن: هل للضامن الامتناع من قبض المبدل إلى أن يقبض البدل، أو للمالك

أن يمتنع عن إعطاء البدل ما لم يقبض المبدل، فيعطى كلّ واحدٍ منهما ما عنده ويأخذ ما عند الآخر، أو أنّه ليس لواحدٍ منها الامتناع عن الإعطاء قبل قبض الآخر، احتمالان:

أقواهما الثاني، وذلك لأنّه وإن ثبت بالدليل في باب المعاوضات -كالبيع ونحوه- جواز امتناع كلّ واحد من المتعاملين عن إعطاء ما عنده قبل قبض ما عند الآخر، لكنّه منتفٍ في المقام.

وتوضيح ذلك: أنّ في باب المعاوضات ثبت ذالك الحكم من جهة اشتمال عقد المعاوضة مثل البيع مثلاً على اشتراط التسليم، والتسلّم شرطاً ضمنيّاً، فلأجل هذا الشرط الضمني يكون كلّ واحد منهما ملزماً بالقبض بالآخر، ولذلك يصير تأخير كلّ من الثمن، والثمن منشأً للخيار، وليس منشأ الخيار إلّا تخلّف ذاك الشرط الضمني، وهذا الملاك مفقود في المقام.

أمّا أوّلًا فلما عرفت من أنّ بدل الحيلولة غرامة، لا أنّه عوض عن المبدل، وليس في البين معاوضة حتّىٰ يتضمّن هذا الشرط.

وأمّا ثانياً فلأنّه على تقدير كون باب البدل باب المعاوضة، فلعدم تحقّق عقد مشتمل على ذاك الشرط الضمني، بل إنّما هو معاوضة قهريّة من الشارع بين المالين، لا مالكيّة من قبل المالكين حتّىٰ يقال بكون فعلهما متضمّناً للشرط، مع أنّ الكلام إنّما هو في مقام رجوع البدل إلى الضامن الذي يثبت بتمكّنه من ردّ المبدل.

الأمر التاسع: هل البدل للحيولة حقّ ثبت للضمان إرفاقاً له لأجل الفرار عن ضمان المبدل، ومنافعه في حال تعذّر ردّه، أو أنّه حقٌّ للمالك على الضامن، أو أنّه حقّ لهما، فلكلّ منهما جبر صاحبه لو امتنع، وجوه:

ثانيها أقواها، وهو كونه حقّاً للمالك، وذلك إمّا بناءً على كون البدل بدلاً عن السلطنة الفائتة، فواضح، حيث إنّه حينئذ غرامة الفائت من السلطنة، ولا يدفع

به ضمان، لا عن العين المبدل، ولا عن منافعها وما يتبعها من ارتفاع القيمة؛ لكي يتخلّص الضامن بدفعه عن ضمان العين والمنافع.

وأمّا على مسلك التمسّك بالإطلاق، فربّما يقال بثبوت الحقّ للضامن أيضاً، وذلك لأنّ البدل حينئذ تدارك عن العين المتعذّر ردّه، ويخرج الضامن بأدائه عن ضمان العين ومنافعها، ألاترى أنّه لو تلفت العين المتعذّر بعد أداء بدلها لم يكن على الضامن شيء سوى ما أداه إلى المالك من البدل، بل يستقرّ ملك المالك على البدل بتلف المبدل، ويصير ملكاً مطلقاً، وهذا كاشف عن كون البدل تداركاً عن العين المتعذّر، وحينئذ نقول: إذ أسقطت الخصوصيّة العينيّة بالتعذّر يكون الباقي على عهدة الضامن نفس الماليّة التي هي الركن في الضمان، ففي حال التعذّر هو ليس مطالباً إلّا بالماليّة، فله أن يدفع ما في ذمّته إلى المالك، وليس للمالك إلزامه على الصبر إلى زمان تعود الخصوصيّة إلى عهدته، فكما أنّ في كلّ مورد تعذّرت الخصوصيّة تعذّراً دائميّاً، له إلزام المالك على أخذما عليه من الماليّة، فكذلك في التعذّر الموقّت له إلزامه عليه، هذا. ولكنّ الأقوى عدم ثبوت الحقّ له، وبطلان ما ذكرناه في وجه ثبوت الحقّ له، لوجهين:

الأوّل: النقض بصورة تعذّر المثل في المثلي، حيث إنّه قد تقدّم سابقاً من أنّه ليس للضامن إلزام المالك على أخذ القيمة بسبب تعذّر المثل، بل للمالك أن يصبر إلى زمان وجود المثل، كما أنّ له إستقاط الخصوصيّة المثليّة والرضا بأخذ القيمة.

الثاني: بالحلّ، وهو أنّ التعذّر الموقّت لا يرفع ضمان المتعذّر لكي يكون في حال التعذّر عهدة الضامن مشغولة بالماليّة المحضة، بل إنّما عليه الخصوصيّة العينيّة حتّىٰ في حال التعذّر وضعاً، غاية الأمر يرتفع عنه التكليف بالأداء مادام التعذّر، فالتعذّر رافع للحكم بالأداء فقط، لا أنّه رافع للوضع والتكليف معاً، وليس حال التعذّر في

المقام حال قصد المعصية في السفر حتّىٰ يكون بقصد المعصية يجب عليه التمام، وبقصد الطاعة القصر على ما قيل، بل ضمان الخصوصيّة العينيّة ثابت في كلتا حالتي التمكّن والتعذّر، إلّا أنّ المرفوع في حال التعذّر هو التكليف. فسقط ما قيل بأنّه لا يكون في حال التعذّر إلّا مشغولاً بالماليّة المحضة، وثبت أنّه ليس له إلزام المالك بإسقاط الخصوصيّة العينيّة والرضا بأخذ الماليّة، كما في صورة تعذّر المثل في المثلي.

وقد تقدّم في أوّل مباحث المضمون بالعقد الفاسد ثبوت الفرق بين التعذّر الدائم والموقّت، وأنّ مع الأوّل لا يعتبر الضمان في المتعذّر؛ لعدم إمكان أدائه دون الأخير، فراجع.

ويؤيّد ما ذكرنا فتواهم بعدم جواز إلزام البايع للمشتري في السلم في أخذ قيمة المسلم فيه لو تعذّر وقت الأجل، بل للمشتري أن يصبر إلى زمان يرجى وجوده فيه، كما أنّ له إسقاط الخصوصيّة وأخذ القيمة. وهذا شاهد على أنّ الضامن في جميع هذه الأبواب ليس له إلزام المالك على إسقاط الخصوصيّة والرضا بالماليّة.

الأمر العاشر: لو قلنا بجواز إبقاء كلّ من المالك والضامن ما عند هما من البدل والمبدل بعد تمكّن الضامن من الردّ حتّىٰ يأخذ كلّ ماله من صاحبه فتلف، فالكلام يقع تارة في حكم تلف المبدل عند الضامن، وأُخرىٰ في تلف البدل عند المالك.

أمّا الأوّل: فلا إشكال في ضمانه للمبدل التالف، ضرورة تحقّق الضمان بالتمكّن فهو تلف في ضمانه، وإنّما الكلام في أنّ البدل هل يستقرّ ملك المالك بتلف المبدل عند الضامن، ويتعيّن ملكه له، كما لو كان التلف قبل التمكّن وليس على الضامن شيء غيره أولا، بل على الضامن أداء مثل التالف، أو قيمة يوم التالف، أو يوم الأداء، أو أعلى القيم؟ احتمالات:

والأقوىٰ هو الأخير، وذلك لخروج البدل عن ملك المالك بتمكّن الضامن على الردّ، فيكون نسبته إلى بقيّة أموال الضامن على حدٍّ سواء، فلا معين لاخراج الضامن

به عن الضمان بخصوصه، وليس حاله كحال التلف قبل التمكّن، حيث إنّ البدل حينئذ كان ملكاً للمالك، وكان الضامن بريئاً عن ضمان المبدل بالبدل برائةً مؤقّتة، فبالتلف يستقرّملك المالك على البدل، ويصيرملكاً مطلقاً بعد أن كان مؤقّتاً، وخروج الضامن عن العهدة كذلك يصردائميّاً. وأمّا بعد خروج البدل عن ملك المالك فليس في البين ما يوجب تعيّنه لأن يكون بدلاً عن التالف.

وأمّا الثاني: أعني حكم تلف البدل عند المالك فهل يضمنه أم لا؟ وجهان:

من جهة كون حبسه بحقّ منه لكي يأخذ ماله الذي عند الضامن، أعني المبدل، فتكون أمانةً شرعيّةً، وهذا نظيرما إذا وقع الفسخ من الفاسخ في عقدٍ فإنّ ماله الذي عند المسفوخ عليه الراجع عنه إلى الفاسخ بسبب الفسخ يكون عند المفسوخ عليه بلا اختيارمنه؛ لأنّ منشأ صيرورته ملكاً للفاسخ هو فسخه، وفسخه لم يكن باختيار من المفسوخ عليه، فيكون سبب وقوع مال الغيربيده أمراً خارجاً عن حيطة اختياره، فتصيرأمانةً شرعيّة، مثل ما إذاكان السبب حدوث الريح الموجب لإلقاء ثوب الجار مثلاً في داره، ونحو ذلك، فكما أنّه في مثال فسخ الفاسخ لا يكون المفسوخ عليه ضامناً لما عنده لوتلف بيده، فكذلك في المقام لا يكون المالك ضامناً للبدل الذي عنده، الذي رجع إلى الضامن بتمكّنه من ردّ المبدل إلى المالك؛ لأنّ تمكّنه من ردّ المبدل الموجب لرجوع البدل عن المالك إليه أمرخارج عن اختيارالمالك، كما لا يخفى.

ومن أنّه ليس قبضه إيّاه مجّانيّاً، بل لأجل تدارك ماله الذي لا يتمكّن الغاصب من ردّه، فهو قبض لا يوجّه المجّانيّة وإن لم يكن عوضاً عن ماله أيضاً، ولازم ذلك كون دركه عليه، إذ ليس حينئذ أمانة لا مالكيّة ولا شرعيّة، أمّا عدم كونه أمانة مالكيّة فواضح، وأمّا عدم كونه أمانة شرعيّة فلمكان كون قبضه من مالكه لا بعنون المجّان.

وهذا الأخيرهو الأقوى، وذلك إمّا على القول بكون البدل بدلاً عن السلطنة

الفائتة، فواضحٌ؛ إذ البدل حينئذ لا يرجع إلى الضامن بسبب تمكّنه من ردّ المبدل إلى المالك، لكون البدل بدلاً عمّا لا عود فيه أصلاً وهو السلطنة، وليس بدلاً عن العين ولاعن منافعها، وتمكّن الغاصب من ردّ العين لا يوجد عود السلطنة الفائتة إلى زمان التمكّن، كما لا يخفى، وأمّا على القول بكون البدل بدلاً عن تدارك ماليّة المبدل تداركاً موقّتاً إلى زمان تمكّن الضامن من ردّ المبدل؛ فلأنّ يده عليه ليس يد مجّان، بل إنّما وقع تحت يده، وصار ملكاً له لأجل تدارك ماليّة ماله، أعني المبدل، فيكون تلفه عليه ودركه على عهدته من غير فرق في ذلك بين أن يكون تلفه قبل تمكّن الضامن من الردّ، أوكان بعد تمكّنه منه، فكما أنّه لو تلف قبل تمكّن الضامن يكون التلف من ملكه، ويخرج المبدل عن ملكه خروجاً أبديّاً، فكذلك لوكان بعد تمكّنه.

وحاصل هذا الأمر من أوّله إلى آخره هو عدم تعيّن البدل للبدليّة بعد تمكّن الغاصب من الردّ لو تلف المبدل عنده، وضمان المالك للبدل لو تلف البدل عنده بعد تمكّن الضامن من الردّ.

كلّ ذلك بناءً على ثبوت حقّ الحبس لكلّ منهما لما عنده؛ لأن يستوفي ماله الذي عند الآخر ويهذا الأمر يكمل الأُمور التي عقّبناها لمبحث بدل الحيلولة. والله العالم بأحكامه، وهذا آخر ما يتعلّق بالمقام.

بقي مطلب آخر، وهو أنّه قد تقدّم في صدر البحث عن بدل الحيلولة أنّ العين إمّا تكون تالفاً حقيقة أو حكماً، أو تكون متعذّراً مؤقّتاً، أو تكون متعذّراً دائماً.

والأوّل مورد الرجوع إلى المثل أو القيمة، والثاني مورد الرجوع إلى بدل الحيلولة.

بقي البحث عن الثالث، وهو التعذّر الدائم، وهو على أقسام:

[القسم] الأوّل: ما لا يمكن ردّه إلى المالك مع وجوده عقلاً، وذلك كالبلل الباقية من ماء الوضوء لو توضّأ بماء مغصوب جهلاً بالغصب، ثمّ علم بالغصب

قبل المسح، فإنّ تلك البلل لا يمكن عودها إلى المالك أصلاً، ولا إشكال في انتفاء ملكه عنها، وإنّما الكلام في بقاء حقّ الاختصاص، فلوكان حقّ الاختصاص من المالك باقياً عليها لا يجوز للمتوضّئ أن يمسح بها إلّا بإذن المالك، ولولم يكن له حقّ الاختصاص فيجوزله المسح ولو مع نهي المالك.

وربما يقال ببقاء حقّ الاختصاص، والحقّ عدم ثبوته، وذلك لأنّ تلك البلل كما تكون قاصرة عن تعلّق الملكيّة بها قاصرة عن تعلّق حقّ الاختصاص بها أيضاً؛ إذ لا يفيد للمالك فائدةً أصلاً، كما أنّه لا ماليّة لها أصلاً، وما لا فائدة فيه بوجهٍ من الوجوه، فلا يصحّ تعلّق حقّ الاختصاص به، فيكون حاله كحال سائر المباحات بالأصل، كما لا يخفى.

القسم الثاني: ماكان ردّه موجباً لتلفه، وذلك كالخيط الذي خاط به الثوب إذا كان إخراجه عنه موجباً لتلفه بسبب القطع، فهل للمالك السلطنة على إخراجه من الثوب المخيط به - ولو استلزم تلف الخيط - أو لا؟ وجهان:

أقواهما الثاني، وذلك لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم باستيفائها ممّن يده عليها، لا أنّهم مسلّطون عليها بإتلافها، وليس الإتلاف متعلّق سلطنة المالك، وحينئذ فيكون الخيط ملكاً له على ثوب غاصب الخيط، ويقع بينهما الشركة بمقدار قيمة الخيط قهراً.

وتوضيح ذلك أنّ الشركة القهريّة يقع في موردين:

أحدهما: ما إذا اختلط شخص مال الآخر بماله، بحيث لا يتميّز أحدهما عن الآخر مطلقاً، سواء كان الاختلاط بالمساوي، أو بالأجود، أو بالأردى، ووجه تحقّق الشركة حينئذ مع امتياز مال كلّ واحد من المالكين عن الآخر بحسب الواقع، وفي علم الله تعالى هو أنّ الامتياز الواقعي مع عدم تميّزه عند المالكين ولا عند غيرهما غير مغنٍ في تعلّق الإضافة الملكيّة، إذ لا يترتّب على ملكيّته أثر فقهي، وما أثر له أصلاً، فهو بحكم العدم، فالملكيّة الممتازة تصير معدومة، ويصير الكلّ ملكاً لهما بالنسبة.

وثانيهما: ما إذا كان أحد المالين متميّزاً عن الآخر، بحيث يشار إلى كلٍ بإشارة حسّيّة غير الإشارة إلى الآخر، إلّا أنّه لا يكون إفراز أحدهما عن الآخر ممكناً، إمّا لانجراره إلى التلف، كما في الخيط المخيط به الثوب، أو لعدم التمكّن من انفكاكه عمّا اجتمع معه عقلاً، كما في لون المصبوغ به الثوب؛ أو شرعاً، كما في الخيط الذي خيط به جرح حيوان إذا كان إخراجه منه منشأً لتلف الحيوان.

ولا يخفى أنّ ملاك حصول الشركة في مورد الاختلاط بعينه موجود في هذا المورد أيضاً؛ إذ مع عدم تمكّن إفراز الخيط لصاحبه يكون في حكم الغير المتميّز، ولأجل ذلك تقع الشركة بين صاحبه وبين صاحب مال الآخر بالنسبة.

ثمّ الشركة إمّا تتحقّق في المقبوض بالعقد الفاسد، كما إذا اشترى الخيط بالعقد الفاسد وخاط به ثوبه؛ وإمّا تكون في المغصوب، كما إذا غصب الخيط وخاط به ثوبه؛ وإمّا تكون في المقبوض بالعقد الصحيح، كما إذا اشترى الخيط بعقد صحيح وخاط به ثوبه ثمّ فسخه البايع، والحكم في المقبوض بالعقد الفاسد والمغصوب يختلف مع حكم المقبوض بالعقد الصحيح.

وتوضيح ذلك أنّ الخيط الذي خاط المشتري به ثوبه بالعقد الصحيح كان عن حقّ له واقعاً؛ لكونه ملكاً له في الخياطة، وهذا بخلافه في المغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد، وإن كان بينهما فرق من حيث جهله بكونه له في المقبوض بالعقد الفاسد دون المغصوب، ولكنّهما مشتركان في عدم كون الخيط له واقعاً حين الخياطة، ويترتّب عليه عدم استحقاق أُجرة الخياطة في المغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد، بل يقوّم الخيط والثوب، وطريق تقويمهما هو أن يقوّم الثوب بلا خيط تارة، ومعه أُخرى، ثمّ يلاحظ النسبة بين القيمتين، ويصير مالك الخيط شريكاً في الثوب بتلك النسبة.

ثمّ إن كان خيطه من الثوب المخيط مساوياً مع قيمة الخيط منفرداً فهو، وإن

زاد عليه لم يرجع إليه الغاصب؛ لكونه بفعله، وإن نقص عنه يرجع مالك الخيط إلى الغاصب بمقدار الناقص، ويأخذ منه الأرش.

هذا في المغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد، وأمّا في المقبوض بالعقد الخياري فيستحقّ مالك الثوب أُجرة الخياطة، فتقع الشركة بينهما بمقدار قيمة الخيط، وقيمة الثوب، وأُجرة الخياطة؛ وطريق التقويم كما عرفت، ومع نقصان حظّ مالك الخيط عن قيمة الخيط يرجع إلى الآخر بالأرش.

[شروط المتعاقدين]

قوله ﷺ: «الكلام في شروط المتعاقدين ... إلى آخره»[1].

لمّا فرغ عن مباحث المقبوض بالعقد الفاسد، شرع في شروط المتعاقدين.

ولا يخفى أنّ مباحث المقبوض بالعقد الفاسد كانت مقدّمة لأبحاث شروط المتعاقدين، ولذا قدّمها عليها وضعاً.

والكلام بعد طيّ ما هو كالمقدّمة يقع تارة في شروط المتعاقدين، وأُخرىٰ في شروط العوضين، وثالثة في الأحكام الراجعة إلى المتعاقدين والعوضين، فهنا ثلاث مقامات:

المقام الأوّل: في شروط المتعاقدين، وهي أُمور:

الأوّل: البلوغ، وهو يعتبر تارة فيما يصدر عن الشخص فيمال نفسه بالاستقلال، وأُخرىٰ بالنسبة إلى ما يصدر عنه فيما له بإذن وليّه، وثالثة فيما يصدر عنه فيما له أيضاً بالوكالة عن وليّه، ورابعة فيما يصدر عنه في مال الغير بالوكالة عن الغير؛ فلابدّ من تنقيح البحث في هذه الجهات.

ثمّ إنّ البلوغ لو كان معتبراً في جميع هذه الدرجات، بحيث لم تكن التصرّفات

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الصادرة عن الصبيّ نافذة حتّىٰ فيما يصدر عنه في مال الغير بالوكالة عنه يعبّر عنه بسلب العبارة عن الصبيّ، فالمراد بسلب العبارة عنه هو عدم نفوذ تصرّفاته بقول مطلق.

وليعلم أنّ الهجر عن الشيء على أقسام:

منها. كهجر السفية عن التصرّف في ماله، حيث إنّه سفيه لا يعلم بمصلحة حاله.

ومنها. كهجر المجنون، حيث إنّه مسلوب العبارة بقول مطلق، والفرق بينهما بعد اشتراكهما في كون الهجر ناشئاً عن قصور فيهما، أنّ السفيه مهجور عن ماله بالاستقلال، وأمّا مع انضمامه إلى وليّه فلا منع عنه، بل يصحّ بإذن وليّه، بخلاف المجنون، حيث لا عبرة بعبارته مطلقاً بالاستقلال ولا بالانضمام، بل تكون عبارته كصوت الحيوان الصامت.

ومنها. كهجر الراهن عن التصرّف في العين المرهونة.

ومنها. كهجر المفلس في ماله بعد حكم الحاكم عليه بالهجر، والفرق بينهما - بعد اشتراكهما في كون الهجر ناشئاً عن كون المال متعلّقاً لحقّ الغير بلا قصور في المالك عن التصرّف أصلاً - تَوقُّفِ الهجر عن المفلس على حكم الحاكم، بخلاف الراهن.

إذا عرفت ذلك فنقول: هجر الصبيّ إنّما هو كهجر المجنون، لا كهجر السفيه والراهن والمفلس، أمّا عدم كونه من قبيل الأخيرين فواضح، حيث إنّ هجره ليس لأجل تعلّق حقّ الغير بماله، بل إنّما هو لقصور فيه، وإنّما الكلام في أنّه هل هو من قبيل هجر السفيه أو هجر المجنون؟ والتحقيق هو الأخير؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتّى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منه رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾[1].

وتوضيح الاستدلال بها يتوقّف على بسطٍ في الكلام، فنقول: ربما يتمسّك بالآية المباركة لإثبات كفاية الرشد في صحّة التصرّفات ولو كان قبل البلوغ، بتقريب أنّ

---

١. النساء (٤): ٦.

«الابتلاء» في الآية المباركة جعل مغيّى بالبلوغ، فيكون زمان الإبتلاء من أوّل ما يشكّ في رشده إلى زمان البلوغ، والحكم في هذا الزمان هو دفع أموالهم إليهم عند استيناس الرشد عنهم، فتدلّ على جواز تصرّفاتهم من أوّل زمان الابتلاء إلى زمان البلوغ مع استيناس الرشد منهم، هذا.

ولا يخفى أنّ الآية الكريمة وإن لم تخلو عن ظهور فيما ذكر، لكنّه ليس بمراد قطعاً، كيف وإلّا يلزم إمّا لغويّة ذكر البلوغ وجعل المناط في تأدية أموالهم إليهم هو الرشد، سواء كان قبل البلوغ أو بعده، أو سقوط اعتبار الرشد بعد البلوغ والاكتفاء بأحد الأمرين: إمّا الرشد قبل البلوغ، وإمّا البلوغ ولو لم يكن مع الرشد، وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به ولم يلتزم به أحد، فلابدّ أن يجعل ظرف دفع أموالهم إليهم عند استيناس الرشد بعد البلوغ، فتدلّ الآية على عدم نفوذ تصرّفات الصبيّ مطلقاً، بالاستقلال ولا بانضمامه إلى الوليّ، ولا بانضمام الوليّ إليه، فيثبت بها اعتبار البلوغ في الدرجتين الأوليين، أعني في تصرّفاته في مال نفسه بالاستقلال وفي ماله بإذن الوليّ، وبعبارة أُخرىٰ مقتضى إطلاق الآية المباركة استقلال الوليّ في التصرّفات فيما إذا كان المولّى عليه أعني الصبيّ غير قابل لأن يتصرّف بالكليّة، كاليتيم الذي يكون قريب الولادة من شهر أو شهرين إلى أن يتميّز، إذ لا إشكال في شمول إطلاق الآية في إثبات ولاية الوليّ على مثل هذا اليتيم قطعاً، ولا شبهة في أنّ الولي في هذه الصورة هو المستقلّ في التصرّف، وإذا ثبت استقلاله في التصرّف في موردٍ يكون كذلك في جميع الموارد بحكم وحدة السنخ، فيثبت له الاستقلال في التصرّف فيمن يمكن التصرّف منه، وهو الصبيّ المميّز، ولا يمكن أن يقال بصحّة تصرّفات المميّز أيضاً إذا كان مع إذن الوليّ مع استقلال الوليّ في التصرّف، بحيث يكون التصرّف لهما معاً، إلّا أنّه للوليّ بالاستقلال وللصبيّ مع إذن الوليّ، وذلك لاستحالة إجتماع السلطنتين

بالنسبة إلى مال واحد، كامتناع اجتماع مالكين على مالٍ واحدٍ، فلا محالة يجب أن تكون واجديّة الوليّ للسلطنة على المال بمقدار نقصان الصبيّ لها عليه، فبقدر الذي فقده الصبيّ يثبت للوليّ لكنّ الثابت للوليّ بمقتضى إطلاق الآية هو مطلق السلطنة على نحو الاستقلال، من دون اعتبار انضمام الصبيّ عليه، فيكون الناقص عن الصبيّ أيضاً كذلك بحكم اعتبار اتّحاد مقدار ما وجده الوليّ مع ما نقص عن الصبيّ.

مع أنّه لو سلّم إمكان اجتماع سلطنتين مستقلّتين في مال واحد، فنقول: قد ثبت بالآية السلطنة المستقلّة للوليّ، ولازم ذلك قصور الصبيّ عن السلطنة الكلّيّة؛ إذ لا وجه لثبوت سلطنة الأجنبيّ على ماله مع فرض تمكّنه من التصرّفات في ماله، فتحصّل أنّ مهجوريّة الصبيّ ليس كمهجوريّة الراهن عن التصرّف في العين المرهونة، بحيث ليس له الاستقلال في التصرّف، بل يحتاج إلى إذنٍ من المرتهن؛ لقصور المال عن ذلك، ولا كمهجوريّة السفيه عن التصرّف في أمواله؛ حيث ليس له الاستقلال في التصرّف أيضاً، بل يحتاج إلى إذن الوليّ، لكن لا لقصورٍ في أمواله، بل لقصورٍ فيه نفسه، بل لكون مهجوريّته كمهجوريّة المجنون، حيث لا يصحّ تصرّفه ولو مع إذن الوليّ، فليس له التصرّف رأساً، لا مستقلّاً ولا منضمّاً إلى الوليّ، بحيث كان النفوذ متوقّفاً على فعلهما معاً، أو كان لإذنه دخل في صحّة تصرّف الوليّ، أو كان لإذن الوليّ دخل في صحّة تصرّفه.

وليعلم أنّ محلّ الكلام في باب الصبيّ إنّما هو بعد الفراغ عن مهجوريّته فيما ثبت مهجوريّته؛ إذ حينئذ يقع البحث في كيفيّة هجره، وأمّا فيما لا هجر له - كالوصيّة ونحوها - لو قيل به فهو خارج عن محلّ البحث، كما لا يخفى، كما أنّ مورد البحث إنّما هو معاملاته، لا مطلق ما يصدر عنه، فمثل إذنه في دخول الدار، أو إيصاله الهديّة من قبل الوليّ الذي قامت السيرة على جوازه، خارجٌ عن محلّ الكلام.

الدرجة الثالثة في هجره في التصرّف في أمواله بالوكالة عن الوليّ، ويدلّ على ذلك ما يدلّ على إعتبار البلوغ في الوكالة، وما يدلّ على اعتبار صحّة مباشرة الوكيل فيما وكّل فيه لنفسه في توكّله عن الغير، وقد فرّعوا على اعتباره بطلان وكالة المحرم في إيقاع عقد النكاح؛ لأنّه ليس له مباشرة عقده لنفسه. وقد ثبت هجر الصبيّ عن مباشرة العقود لنفسه حتّىٰ مع إذن الوليّ كما تقدّم. فلا يصحّ توكّله عن الوليّ في إيقاع العقد على مال نفسه، وبما ذكرنا يظهر عدم صحّة وكالته عن غير الوليّ أيضاً في مباشرة إيقاع العقد على مال غيره، كما لا يخفى.

[الأدلّة الدالّة على اعتبار البلوغ في العقود]

ثمّ إنّ الأدلّة الدالّة على إعتبار البلوغ في العقود وسلب العبارة عن الصبيّ على أنحاءٍ:

الأوّل: ما تقتضيه القواعد العامّة؛ وهو ما استفدناه من إطلاق الآية المباركة، أعني قوله: ﴿فادفعوا إليهم أموالهم﴾[1].

الثاني: الاستدلال بالأخبار؛ فممّا استدلّ به من الأخبار قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبيّ حتّىٰ يحتلم، وعن المجنون حتّىٰ يفيق، وعن النائم حتّىٰ يستيقظ»[2].

وتقريب الاستدلال به أن يقال: بعد كون المرفوع عن الصبيّ موافقاً مع المرفوع عن المجنون والنائم؛ لإسناد الرفع عنهم بجامع واحد، لابدّ من اعتبار جامع بين الثلاثة يكون هو المتعلّق للرفع، ولا شبهة في عدم ارتفاع الأحكام الوضعيّة عن النائم، فيكون المرفوع في الصبيّ والمجنون والنائم معنى واحداً، يعمّ رفعه في الموارد الثلاثة، وهو يحتمل أن يكون أحد معنيين:

الأوّل: أن يكون رفع القلم كناية عن إرخاء العنان كالبهائم، ويكون كناية عن رفع التكليف

---

١. النساء (٤): ٦.

٢. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٠٩، ح ٤٨.

وقلم التشريع، وهذا المعنى هو الأظهر؛ لظهور هذا التعبير في إرخاء العنان، كما لا يخفى.

الثاني: أن يكون المرفوع قلم التشريع وجعل الأحكام بالصراحة، وعلى كلا المعنيين يتمّ الاستدلال، هذا.

وقد أورد المصنّف على الاستدلال به بوجوه ثلاثة:

الأوّل: ظهور كون المرفوع هو «المؤاخذة»، لا قلم جعل الأحكام، قال ﷺ ولذا بنينا -كالمشهور- على شرعيّة عبادات الصبيّ.

الثاني: عدم اختصاص الأحكام الوضعيّة بالبالغين، كما هو المشهور بين الألسنة، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الوليّ إذا وقع بإذنه.

الثالث: لو سلّم اختصاص الأحكام الوضعيّة بالبالغين لكن لا مانع من أن يكون فعل الصبيّ موضوعاً للأحكام المجعولة في حقّ البالغين، فيكون الفاعل كساير غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم[1].

ولا يخفى عدم ورود شيء من هذه الإيرادات الثلاث:

أمّا الأوّل: فلمنع ظهور هذه الجملة في كون المرفوع هو «المؤاخذة»، وقياس هذا الخبر الشريف بحديث الرفع[2] المشهور فاسدٌ، حيث لمّا لم يكن «المرفوع» مذكوراً في الحديث المشهور، ولابدّ له من التقدير، يقال: بأنّ المقدّر هو «المؤاخذة» بخلاف هذا الخبر؛ حيث إنّ كلمة «القلم» تكون هي النائب عن الفاعل، فلا موجب معه لتقدير أصلاً حتّى يبحث في تعيينه، وأنّه هل هو «المؤاخذة» أو غيرها، ويصير المعنى حينئذ إمّا المعنى المتفاهم العرفي من هذه الجملة، أعني كون الصبيّ مرخي العنان؛ وإمّا بمعنىٰ رفع قلم التشريع وجعل الأحكام.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. التوحيد، الصدوق، ص ٣٥٣، باب الاستطاعة، ح ٢٤؛ وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٩٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه، ح ١.

وأمّا الثاني: فلخروج الأحكام الوضعيّة عن مورد الرفع بالتخصّص، وذلك لأنّ المرفوع عن الصبيّ كمشاركاته في الرفع، أعني المجنون والنائم هو الحكم الشرعي المترتّب على أفعالهم القصديّة التي اعتبر فيها القصد، لأجل عدم تمشّي القصد من النائم، وكونه بلا أثر في المجنون، فالآثار الشرعيّة المترتّبة على أفعالهم بما هي هي بلا اعتبار قصد فيها، كعوض الجنايات ونحوه. وكالجناية؛ حيث إنّها يترتّب على سببها مطلقاً، ولو وجد السبب بلا قصد واختيار لا يكون مرفوعاً بدلالة حديث: «رفع القلم عنهم» فالخبر الشريف يدلّ على رفع ما يترتّب على أفعالهم القصديّة من الآثار الشرعيّة، ولمّا كانت دلالته على رفعه أيضاً بالعموم ويكون كسائر العمومات القابلة للتخصيص، فلو فرض قيام دليل على ثبوت الأثر على بعض أفعالهم لكان خارجاً عن تحت عمومه بالتخصيص، ولا مانع عنه من هذه الجهة، ولا يبلغ تخصيصه بمرتبة من الكثرة الموهنة، كما لا يخفى، إذ الخارج عنه ليس إلّا موارد مثل وصيّة الصبيّ وحيازته المباحات لو قيل بهما، ومثل صحّة إسلامه وشرعيّة عباداته على ما هو الحقّ.

ومن ذلك يظهر أنّ القول بشرعيّة عباداته لا ينافي مع عموم رفع قلم التشريع عنه؛ إذ يكون الدليل المثبت لمشروعيّة عباداته مخصّصاً لعمومه.

وأمّا الثالث: فهو أضعف من الأوّلين، فإنّ المراد بـ«البالغ» الذي يكون فعل الصبيّ موضوعاً للأحكام المجعولة في حقّه، إمّا البالغ الأجنبيّ عن الصبيّ، أو البالغ الذي من أوليائه، فعلى الأوّل فلا معنى لكون فعله موضوعاً في حقّ الأجنبيّ عنه، كما لا يخفى، وعلى الثاني فهو إقرار بترتّب الأثر على فعله. إلّا أنّه لمكان قصوره عن توجّه التكليف إليه يصير التكليف متوجّهاً إلى وليّه.

هذا تمام الكلام في حديث رفع القلم، وصار المتحصّل من مجموع ما ذكرناه هو صحّة التمسّك به لإثبات مهجوريّة الصبيّ نحو هجر المجنون، بحيث يكون

مسلوب العبارة حتّىٰ مع إذن الوليّ على ما هو مذهب المشهور.

وممّا استدلّ به ما ورد من أنّ عمد الصبيّ خطأ[1].

والإنصاف عدم دلالته على هجره عن مطلق الأفعال القصديّة، وذلك لتذييل هذه الجملة في بعض الأخبار بكون «ديته على عاقلته»[2] الموجب لاختصاصه بباب الجنايات، وتصيير قرينة على إرادة ذلك منه حتّىٰ في الأخبار الغير المذيلة بذاك الذيل، ومع قطع النظر عن هذه القرينة يكون المتعارف في التعبير عن هاتين الكلمتين - أعني «العمد» و«الخطاء» - هو باب الجنايات، وباب كفّارة الإحرام، وهذا التعارف أيضاً يوجب صرفهما عن الظهور في العموم، بحيث لا يمكن أن يستدلّ بالخبر المشتمل عليها على رفع القلم عن الصبيّ، كما لا يخفى.

ثم إنّ الشيخ ﷺ أخيراً قوّى مذهب المشهور، واستظهره من بعض ما ورد في قتل المجنون والصبيّ من حديث «رفع القلم»، وهو المروي في *قرب الإسناد* عن عليّ عليه السلام أنّه كان يقول: «المجنون والمعتوه الذي لا يفيق، والصبيّ الذي لم يبلغ، عمدهما خطأ، تحمله العاقلة، وقد رفع القلم عنهما»[3].

قال ﷺ: قوله عليه السلام: «وقد رفع القلم عنهما» يحتمل أن يكون علّة لتحمّل العاقلة جنايتهما؛ بتقريب أنّ جنايتهما ليست عمديّاً حتّىٰ يثبت في حقّهما القَوَد، ولا شبه عمدٍ حتّىٰ تكون الدية في مالهما، بل خطأ محض، وذلك لأنّ قصدهما ملغى، محكوم بالعدم من جهة رفع القلم عنهما.

ويحتمل أن يكون معلولاً، بمعنىٰ أنّ إلغاء قصدهما وكون فعلهما القصدي

---

١. راجع تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٢٣٣، ح ٩٢٠ و ٩٢١؛ وسائل الشيعة، ج ٢٩، ص ٤٠٠، الباب ١١ من أبواب العاقلة، ح ٢ و ٣.

٢. من لايحضره الفقيه، ج ٤، ١٤١، ح ٥٣١٠؛ وسائل الشيعة، ج ٢٩، ص ٤٠٠، الباب ١١ من أبواب العاقلة، ح ١.

٣. قرب الإسناد، ص ١٥٥، ح ٥٦٩؛ وسائل الشيعة، ج ٢٩، ص ٩٠، الباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس، ح ٢.

خطأ، وتحمّل العاقلة عنهما صار علّة لرفع القلم عنهما، ثمّ جعل ﷺ المرفوع هو «المؤاخذة» كما كان استظهره أوّلاً، وأتعب نفسه الشريفة في الاستدلال بالخبر مع فرض كون المرفوع هو المؤاخذة، بجعل المؤاخذة أعمّ من الأُخرويّة والدنيويّة، وجعل المؤاخذة الدنيويّة أعمّ ممّا يتعلّق بالنفس كالقصاص، أو بالمال كغرامة الدية، وممّا يتعلّق بالالتزامات كالالتزام بالبيع ونحوه، أي صيرورته ملزماً بعد البيع بترتيب الأثر فيكون المرفوع هو المؤاخذة بقول مطلق، ويترتّب عليه عدم صحّة العقد الصادر عنهما ولو مع إذن الوليّ[1]، ولا يخفى ما فيما أفاده ﷺ من الضعف.

أمّا ما ذكره من احتمال كون قوله ﷺ: «وقد رفع القلم عنهما» معلولاً للجملة المتقدّمة، ففيه أنّ قوله ﷺ: «وقد رفع القلم عنهما» عامّ يعمّ مورد الجنايات وغيرها، كما هو مبنى الاستدلال، واستظهره هو ﷺ أيضاً، ولا يعقل أن يكون العامّ معلولاً للخاصّ، وكيف يمكن أن يصير تحمّل العاقلة عنهما في مورد الجنايات علّة لرفع القلم عنهما في جميع الموارد؟

وأمّا ما أفاده من كون المرفوع هو «المؤاخذة» فقد عرفت ما فيه من عدم الاحتياج إلى التقدير بعد كون القلم هو النائب عن الفاعل.

وأمّا ماأفاده من تعميم المؤاخذة لما يشمل الالتزامات في باب العقود؛ فلا يخفى ما فيه من البُعد وارتكاب خلاف الظاهر على مالا يخفى.

والإنصاف كون التعليل لرفع العمد عن الصبيّ والمجنون، وتحمّل العاقلة ديتها برفع القلم عنهما، يوضح المراد من رفع القلم، وأنّ المراد به هو ما قدّمناه من أحد المعنيين، أعني إمّا الحمل على معنى الكنائي، وهو كون الصبيّ والمجنون في الأفعال التي تتقوّم بالقصد يكونان مرخيتيا العنان كالبهائم، وإمّا الحمل على رفع قلم التشريع وجعل الأحكام.

---

١. للمزيد راجع كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٠-٢٨٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وممّا ذكرناه من أنّ مورد حديث رفع القلم عن الصبيّ إنّما هو في أفعاله القصديّة التي يتصوّرفيها العمد والخطأ، وأنّ فعله بما هو فعل قصديّ صادرعنه، رفع عنه قلم الأحكام الثابت له لوكان صادراً عن البالغ، يظهرخروج مثل إذن الصبيّ في دخول الدار، وإيصاله الهديّة، وما تكون من المعاملات التي لم يقصد إنشاء عقدٍ، بل كان الغرض نفس النتيجة الحاصلة من العقد من دون دخل فعل في حصولها بما هو فعل قصدي صادرعن فاعله، وذلك كوضع الثمن في صندوق الحمّامي والسقّاء لدخول الحمّام وشرب الماء، حيث إنّ المقصود ليس إيقاع البيع بذلك الفعل، ولذا يكتفي بنفس تحقّقه ولولم يصدرمن الإنسان أيضاً، كما في الكلب المعلّم، وإنّ خروج مثل هذه الأُمورلا يكون بالتخصيص، بل إنّما هو من باب التخصّص، نعم، مثل وصيّته خارجة من باب التخصيص.

وممّا استدلّ به لإثبات هجرالصبيّ ما ورد من الأخبارالخاصّة، مثل ما روي عن الباقر عليه السلام: «بأنّ الجارية إذا تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنين، ذهب عنها اليُتم، ودفع إليها أموالها، وجازأمرها في الشراء؛ والغلام لا يجوزأمره، ولا يخرج عن اليُتم حتّىٰ يبلغ خمسة عشرسنة»[1].

وما رواه ابن سنان: «متى يجوز أمر اليتيم؟ قال عليه السلام: «حتّىٰ يبلغ أشدّه»، قال: ما أشدّه؟ قال: «احتلامه»»[2].

وفي معناهما غيرهما، وتقريب الاستدلال بها أنّها تدلّ بالمفهوم على عدم نفوذ أمرالصبيّ وبيعه وشرائه ما لم يخرج عن اليتم.

لكنّ الإنصاف أنّها إنّما تدلّ على عدم استقلال الصبيّ قبل البلوغ، وأمّا أنّه

---

١. الكافي، ج ٧، ص ١٩٧، باب حدّ الغلام و...، ح ١؛ وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٦٠، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح ١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨٢، ح ٧٣١؛ وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٣٦٣، الباب ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا، ح ٨.

مهجور عليه رأساً ويكون مسلوب العبارة بقول مطلق - كما هو المدّعى -فلا، وهذه الأخبار تكون أخصّ من المدّعى.

وربما يستدلّ على نفوذ تصرّفاته في خصوص المحقّرات بالسيرة؛ حيث إنّ بناء المسلمين في جميع الأعصار والأمصار على إيكال معاملة المحقّرات إلى الصبيان، كبيع بيض الدجاجة وشراء الخضراويّات ونحوهما، ولكنّه يدفع بالمنع عن تحقّق السيرة أوّلاً، والمنع عن كونها من المتديّنين ثانياً، وكون هذه الموارد على تقدير تماميّة السيرة وتحقّقها من المتديّنين خارجةً عمّا يحتاج فيه إلى إنشاء التمليك والتملّك، بل يكون من باب وضع الفلوس في كوز الحمّامي، والدخول في الحمّام الذي تقدّم آنفاً خروجه من باب التخصّص لا التخصيص، ثالثاً.

فالمتحصّل من تمام ما ذكرناه اعتبار البلوغ في المتعاقدين، وعدم صحّة العقد الصادر عن الصبيّ، ولو مع إذن الوليّ والوكالة عنه، وهذا ما أردنا إثباته في المقام، والحمد لله.

[في اشتراط قصد المتعاقدين لمدلول العقد]

قوله ﷺ: «مسألة: ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد ... إلى آخره»[1].

اعلم أنّ كلمة «القصد» يستعمل على معانٍ:

أحدها: قصد اللفظ حين استعمالها في المعنى، بمعنىٰ كون التلفّظ بها مقصوداً في مقابل النائم والساهي إذا صدر عنهما التلفّظ.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وثانيها: قصد المعنى من اللفظ حين الاستعمال في مقابل الهازل الذي لا يقصد في تلفّظه إيقاع المعنى، ويتوقّف تحقّق العقد على القصد بهذين المعنيين معاً، فلا يصدق العقد على الصادر من النائم والساهي والهازل؛ لعدم قصد اللفظ من الأوّلين، وعدم قصد المعنى من الأخير.

وليعلم أنّ القصد لا يطلق على قصد اللفظ وقصد المعنى بجامع واحد، ضرورة أنّ اللفظ في الاستعمال أمرٌ مغفول عنه، ولا يشعر به ولا يلتفت إليه، وإنّما الإلتفات إلى المعنى وجعل اللفظ فانياً فيه، وهذا بخلاف المعنى؛ حيث إنّه أمر ملتفت إليه، فيكون قصد اللفظ في مقابل صدورها عن المتكلّم في حال النوم والسهو، و قصد المعنى بمعنى الإلتفات إليه وكونه في مقام إيقاعه على المخاطب في الأخبار، أو إيجاده بآلة استعمال اللفظ في المعنىٰ في الإنشاء في مقابل الهزل.

وقد حقّق في محلّه أنّ الانشائيّة والإخباريّة إنّما هي من المدلولات السياقيّة، بمعنىٰ كون الكلام تارة مسوقاً في مقام الحكاية عن تحقّق مدلوله في موطن تحقّقه، وأُخرىٰ يكون مسوقاً في مقام إيجاده مدلوله باستعماله، والأوّل إخباروالثاني إنشاء، والإخباروالإنشاء ليسامدلولي اللفظ، بحيث استعمال اللفظ فيهما، فهما خارجان عن المستعمل فيه.

ثمّ الإنشاء في باب الأمروالنهي ليس كالإنشاء في باب العقود، فإنّه في الأوّل عبارة عن إيراد المادّة على المخاطب في عالم التشريع المستلزم لانتزاع الوجود التشريعي عنه إذا كان أمراً، أو الحرمة التشريعيّة إذا كان نهياً، سواء كان بالجمل الطلبيّة أو بالجمل الخبريّة، مثل: تسجد سجدتي السهو، مثلاً.

وفي الثاني - أي باب العقود - عبارة عن إيجاد المادّة التي تكون قابلة للإيجاد في عالم الاعتباربإيراد الهيئة عليها، ففي مثل «بعت» يوجد البيع في عالم الاعتبار الذي هو موطن وجوده بإيراد الهيئة على مفهومه، أعني استعمال كلمة «بعت»،

فهذه الكلمة آلة لإيجاد مصداق البيع في عالم الاعتبار، والغالب في هذا هو الإنشاء بالجملة الفعليّة، وربما يقع بالجملة الاسميّة أيضاً مثل: «هند طالق» في باب الطلاق، «وأنت حرٌّ» في باب العتق.

[ثالثها][1]: - ممّا يطلق عليه القصد -: هو الداعي على إيجاد الفعل، وبهذا المعنى يطلق قصد القربة في باب العبادات، بمعنى أن يكون الداعي على الفعل هو قصد التقرّب إليه سبحانه و تعالى لاغير، والقصد بهذا المعنى لا يكون من مقوّمات العقد، ضرورة تحقّقه باستعمال اللفظ في إيجاد المعنى الإيجادي، وإنشاء المعنى بآلة استعمال اللفظ في معناه ولو لم يكن لداعٍ أصلاً.

[رابعها][2]: الرضا بمضمون العقد وطيب النفس بما وقع الالتزام به.

ثمّ المعتبر من القصد في العقود من هذه المراتب الأربع هو المرتبتين الأوّلين، بمعنى كونهما من مقوّماته.

إذا عرفت هذا فاعلم إنّ عبارة الكتاب في المقام لا تخلو عن مساهلة، وذلك من جهات:

منها: في جعل القصد من شرائط المتعاقدين، مع أنّك عرفت ممّا تقدّم أنّه من شروط تحقّق العقد ومقوّماته. اللّهمّ إلّا أن يكون باعتبار كون المتعاقدين محلّاً له، أعني كون قصدهما دخيلاً في تحقّقه، ويكون من مقوّماته، فيسند الشرط إلى المتعاقدين، ويقال بأنّه من شرائطهما.

ومنها: جعله ﷺ قصد اللفظ والمعنى على وزانٍ واحدٍ، حيث فرع على اعتبار القصد بأن لا يكون كالغالط والهازل، مع أنّك قد عرفت التفاوت بينهما من أنّ القصد في مقابل الغالط معتبر في قصد اللفظ، وفي مقابل الهازل في قصد المعنى.

١-٢. في الأصل: الثالث ..... الرابع ... والأصح ما أثبتناه و مطابق مع ما ذكر في الأوّل والثاني.

ومنها: تنظير انتفاء قصد المعنىٰ في الإنشاء، كالهازل بالكذب في باب الأخبار، وهذا أيضاً ليس بصحيح، حيث إنّ في الهزل لم يقصد إيجاد المعنى والمدلول بإيراد الهيئة على المادّة الموجب لانتفاء العقد بعدم قصده، وهذا بخلاف الكذب؛ فإنّه عبارة عن عدم مطابقة المدلول مع المحكيّ عنه في مقام الحكاية، وهو خارج عن القصد والاختيار، وليس مناط الكذب بأن يقصد عدم المطابقة، ولا بأن لا يكون في مقام الحكاية؛ لما عرفت من أنّ الخبريّة والإنشائيّة من المداليل السياقيّة. فإذا قصد اللفظ واستعمل في المعنى بقصد الحكاية عن الواقع يتحقّق الكذب إذا لم يكن مطابقاً مع الواقع بلادخل في كذبيّته على قصد اللافظ أصلاً.

وبعبارة أوضح: الهزل يقع في الدرجة الثانيّة، أعني في مقام عدم قصد إيجاد المعنى بالاستعمال، والموجب لانتفاء الإنشاء، والكذب يقع في الدرجة الثالثة، أعني في مقام عدم مطابقة الحكاية مع المحكيّ عنه بعد تحقّق الخبروصدق الخبرعليه، كما لا يخفى. فالأولى تشبيه الهزل في باب الإنشاء بالهزل في باب الأخبار، وهو ما إذا لم يكن المقصود فيه الحكاية عن الواقع أصلاً في مقابل الإنشاء الذي انتفى فيه قصد إيجاد المعنى بآلة اللفظ والاستعمال.

ومنها: تفريع عدم وقوع العقد بما قصد معنى مغايرمع مدلول اللفظ، بأن قصد إنشاء معنى آخر، كقصد إنشاء البيع في إيردا الهيئة على مادّة الهبة أو بالعكس، وفيه: أنّ هذا لا يكون من متفرّعات اعتبار القصد في العقد، ضرورة تحقّق القصد المعتبر في العقود بالمرتبتين الأُوليين، فلا مانع في مثله في تحقّق العقد وصدق العقد على ما وقع، وإنّما الموجب لانتفاء الصحّة هوكون العقد بغيراللفظ الصريح مع اعتبار الصراحة فيه، واشتراط أن لا يكون بالألفاظ الكنائيّة، ولا بالألفاظ المجازيّة حسبما تقدّم تحريرالقول فيه.

قوله ﷺ: «ثمّ إنّه ربما يقال بعدم تحقّق القصد في عقد الفضولي [و][1] المكره ... إلى آخره»[2].

اعلم أنّه سيجيء في باب الفضولي كون صحّة العقد الفضولي موافقاً مع القاعدة، ولذلك يتعدّى عن مورد المنصوص منه، وهو باب البيع والنكاح إلى بقيّة الأبواب، من غير أن يكون قياساً لا نقول به، وعلى هذا المبنى مشي صاحب *المسالك*[3] ﷺ أيضاً، خلافاً لبعضٍ آخر كصاحب *الحدائق*[4] وجماعة[5]؛ حيث يقتصرن في الحكم بالصحّة على مورد النصّ.

ولا يخفى أنّه مع انتفاء القصد في عقد المكره والفضولي يكون الحكم بالصحّة على خلاف القاعدة الموجب معه الاقتصار على المورد المتيقّن منه، وهو منافٍ لمبنى صاحب *المسالك* ﷺ.

والحلّ في ذلك هو ما تقدّم من أنّ القصد يطلق على معانٍ أربع، وما هو المعتبر في تحقّق العقد هو القصد بالمعنيين الأوّلين، وما هو المنتفي في عقد المكره والفضولي هو القصد بالمعنى.

الرابع: أعني الرضا بمضمون العقد مع التفاوت بينهما؛ حيث إنّ العقد الفضولي فاقد للرضا، واستناد العقد إلى المالك، وبالإجازة يتحقّق كليهما معاً، وفي العقد المكره يكون المنتفي هو الرضا وحدّه؛ لفرض صدوره عنه، وبالإجازة يتحقّق الرضا، فالعقد الصادر عن المكره والفضولي واجد لما هو مناط العقد، وإنّما الفاقد في عقدهما هو القصد بالمعنى الغير المعتبر في مقوّمات العقد، وفقدان القصد بذاك المعنى غير مضرٍّ في تحقّق العقد.

---

١. أضفناه من المصدر.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٣. انظر مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٦١ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٩).

٤. الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٧٣.

٥. للمزيد راجع مفتاح الكرامة، ج ١٣، ص ٥٤٥.

[في البحث عن اعتبار تعيين المالكين في البيع]

قوله ﷺ: «واعلم أنّه ذكره بعض المحقّقين ممّن عاصرناه ... إلى آخره»[1].

المراد بهذا البعض هو المحقّق التستري صاحب *المقابيس*[2] ﷺ، ومناسبة ذكر كلامه في هذا المقام هو باعتبار ذهابه إلى تعيين المالكين في العقد، والتحقيق فيما أفاده يتمّ ببيان أُمور:

[الأمر] الأوّل: الركن في عقود المعاوضة كالبيع والإجارة ونحوهما هو العوضان، وفي عقد النكاح هو الزوجان، ولذا ينعقد ولو مع الإخلال بذكر المهر، وفي مثل الوقف والوكالة هو الطرف الذي يجعل له السلطنة التملّكيّة في الوقف أو غيرها، كما في الوكالة، وكون الركن في المعاوضات هو العوضان ظاهر بعد تبيّن كون المعاوضة عبارة عن تبديل طرف إضافة بطرف إضافة أُخرىٰ، على ما تقدّم تحريره سابقاً؛ إذ لا يعقل تبديلها بلا تحقّقهما، كما لا يخفى. ولذا قد تقدّم منّا الحكم بالبطلان فيما لو قال: بعتك بلا ثمنٍ؛ من جهة تذيل الكلام بما يناقض صدره، فيكون إبطالاً لما أنشأه و إنْ احتمل الصحّة من جهة كون الذيل -أعني قوله: بلا ثمنٍ- قرينة على إرادة الهبة من البيع، لكنّه تقدّم اندفاعه.

الأمر الثاني: إنّ حقيقة المعاوضة، - كما تقدّم في أوّل البيع والمعاطاة - عبارة عن تبديل طرفي الإضافة مع بقاء الإضافة نفسها على حالها، لا تبديل الإضافة نفسها بإضافة أُخرى، ويترتّب عليه عدم صحّة إخراج المثمن مثلاً في البيع عن ملك البايع، ودخوله في ملك المشتري بإزاء خروج الثمن من ملك المشتري، ودخوله

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، ص ١١٥-١١٦.

في ملك ثالث، حيث إنّه ليس تبديل طرفي الإضافة، أعني حلّ المال الذي كان مرتبطاً بالخيط الاعتباري المشدود على رقبة البايع المعتبرعنه بالملكيّة، وعقده على الخيط المشدود على رقبة المشتري بإزاء حلّ ما على خيط المشتري، وعقده على خيط البايع، بل هذا هبة مجّانيّة بإزاء هبة مجّانية أُخرى، إذ البايع يسلّط المشتري على ماله بلا عوض، أي بلا وضع شيء من مال المشتري طرفاً لخيطه الموجب لزوال الخيط، وانتفاؤه في عالم الاعتباربانتفاء طرفه، والمشتري أيضاً يسلّط الثالث على ماله بلا عوض كذلك، وكلتا الهبتين صدرتا عن البايع، فبالنسبة إلى ماله يكون أصيلاً، وبالقياس إلى مال المشتري يكون فضوليّاً. ومعلوم أنّ هذا خارج عن حقيقة البيع، كما لا يخفى.

وبعبارة أوضح، لا إشكال في أنّ في عالم الثبوت يتصوّرنحوان من المعاملة:

إحداهما: تبديل طرفي الإضافة مع بقاء الإضافة نفسها على حالها، والأُخرى إحداث إضافة بين المال وشخص آخرالموجب لانعدام الإضافة التي بينه وبين مالكه، والمتفاهم العرفي والمرتكزالذهني هوكون البيع هو الأوّل والهبة هو الثاني، فحينئذ إخراج المال عن شخص بإزاء إدخال عوضه في ملك شخص آخرخارجٌ عن حقيقة البيع، ويكون داخلاً في حقيقة الهبة، ولا يمكن أن يقال بأنّ حقيقة البيع عبارة عن تبديل الإضافة بالإضافة الأُخرى، وذلك لأنّ الإضافة عبارة عن نفس السلطنة على المال، والمالك بها يكون مسلّطاً على المال، وليس له سلطنة على تلك السلطنة لكي يبدلها من موضع إلى موضع آخر، مع أنّه على فرض تصويرها أيضاً غيرمجدٍ في تصحيح البيع إلى المشتري بإزاء انتقال الثمن عنه إلى الآخر؛ لأنّ الإضافة التي بين المشتري والمال لابدّ من أن تنتقل إلى البايع بإزاء انتقال الإضافة التي كانت بينه وبين ماله إلى المشترى.

وبالجملة فيترتّب على ما ذكرناه لزوم دخول أحد العوضين في ملك من يخرج عنه العوض الآخر، بحيث يكون هذا من مقوّمات البيع، وعليه فلا يصحّ البيع فيما لو قال المالك لغيره: اشتر بمالي طعاماً لنفسك، أو بع مالي لنفسك، ونحو ذلك إلّا إذا قام الدليل القويّ على صحّته، إذ حينئذ لابدّ في تصوير الصحّة من الالتزام بأحد أمرين: إمّا بتوكيل المالك غيره في انتقال ماله إلى نفسه ثمّ البيع عن نفسه، وإمّا بانتقال العوض إلى المالك ثمّ انتقاله عنه إلى المأذون في البيع لنفسه.

الأمر الثالث: إذا تحقّق أركان العقد كالعوضين في عقود المعاوضيّة يتحقّق العقد لا محالة، سواء انضمّ إليه شيء آخر أم لا، كان الأمر المنضمّ إليه موافقاً له أم منافياً، غاية الأمر عند انضمام المنافي يلغى الأمر المنضمّ، وإذا اختلّ أركان العقد ولو بالإخلال ببعضها فلا يتحقّق العقد.

الأمر الرابع: العوضان إمّا يكون كلاهما كلّيين، أو يكونا معاً جزئيّين، أو يكونا مختلفين، وعلى التقادير الثلاث فالمتعاقدان إمّا يكونا كلاهما أصيليّين، أو يكونا معاً وكيلين، أو وليّين، أو يكونا فضوليّين.

إذا تحقّق هذه الأُمور فنقول: **هاهنا صور:**

[الصورة] الأُولى: ما إذا كان العوضان كلاهما جزئيّين، والذي ينبغي أن يقال فيها هو صحّة العقد وعدم الحاجة إلى تعيين المالكين مطلقاً، سواء صدر عن المالكين، أو عن الوكيلين، أو عن الفضوليّين، كان قصدهما الوقوع عن المالكين، أو عن غيرهما، أو لم يقصد شيئاً أصلاً، وذلك لأنّ حقيقة المعاوضة التي هي عبارة عن تبديل طرف الإضافة بطرف إضافة أُخرى، أعني هذا المال الشخصي وذاك المال، قد تمّ بنفس العقد الواقع بينهما، كما تحقّق في الأمر الثاني، ولازمه انتقال كلّ مال عن مالكه إلى الآخر، فقصد البيع عن غير مالكه حينئذ، أو الشراء لغيره،

يكون لغواً يلغى عن البين؛ لأنّه يرجع إلى قصد الخلاف بعد تماميّة المعاملة، كما تقدّم في الأمر الثالث.

وممّا ذكرناه يظهر ما في كلام صاحب *المقابيس*[1] ﷺ من ذكره وجوهاً في هذه الصورة، بل الحقّ أنّه لا يحتمل فيها إلّا الصحّة، ولايحتاج إلى تعيين المالكين أصلاً.

الصورة الثانية: ما إذا كان العوضان كلّيّان، أو كان أحدهما كلّيّاً والآخر جزئيّاً، ولا يخلو البيع في هذه الصورة عن أحد أنحاء:

الأوّل: أن يضيف العاقد الكلّي إلى نفسه، ولا إشكال في هذه الصورة في صحّة البيع، وفي تعين الكلّي بسبب أضافته إلى من أُضيف إليه.

الثاني: أن لا يضيف إلى أحد لا إلى نفسه ولا إلى غيره، بل يطلق بلا تعيين، والحكم في هذه الصورة أيضاً هو التعيين في ذمّة العاقد، كما في الصورة الأولى، وذلك لأنّ إخراجه عن نفسه وصرفه عنه يتوقّف على قصد الغير، فما لم يقصد الغير يتعيّن عليه، وهذا نظير الأعمال، كما إذ أتى بصلاة فإنّه لو نوى عن الغير يقع عنه، ولو لم ينو وقوعها عن الغير يقع عن نفسه لو كانت ذمّته مشغولة بها، وإلّا يقع لغواً، ولا يحتاج في وقوعها عن نفسه قصد وقوعها عن نفسه.

والسرّ في ذلك هو أنّ طبع إيقاع البيع أو تلك الأعمال، يقتضي الوقوع عن نفسه، إلّا أن يصرفه عن نفسه بالقصد، وذلك كما أنّ إطلاق النقد يوجب تعيّن نقد البلد إلّا أن يعيّن غيره، فبنفس وقوعه عن نفسه يتحقّق اعتبار الكلّي الذي جعله مبيعاً أو ثمناً في ذمّته، ولا تحتاج صحّة المعاوضة بين المالين إلى ثبوت الماليّة وملكيّة العوضين قبل المعاوضة، بل يكفي ثبوت ماليّتهما ولو بنفس المعاوضة، وما تقدّم من أنّ البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة إنّما هو أعمّ ممّا كان الطرفان

---

١. تقدّم في ص ٤٦٦.

متحقّقان قبل التبديل، أوكان اعتبارهما بنفس التبديل، وبيع الكلّي من هذا القبيل؛ لوضوح عدم اعتبار الكلّي في ذمّة البايع قبل البيع؛ إذ لا يكون الإنسان مالكاً لألف منّ من الحنطة مثلاً في ذمّته، وإن كان يعتبر ماليّته بعد إيراد البيع عليه، فبإيراد البيع عليه يصير مالاً، لا أنّه مال يرد البيع عليه.

والحاصل أنّ المال الذي أُخذ في تعريف البيع في قولهم: البيع مبادلة مال بمال، أعمّ ممّا كان مالاً قبل البيع كالعين الشخصي الخارجي، وما كان مالاً بنفس البيع كالكلّي في الذمّة. ولا فرق فيما ذكرناه من وقوع الكلّي في ذمّة العاقد إذا لم يقصد الغير بين ما إذا كان العاقد أصيلاً، أووكيلاً، إذا لم يقصد البيع عن موكّله، كما لا يخفى.

[الصورة الثالثة:][1] أن يضيفه إلى الغير مع تعيّنه، كما إذا أضافة إلى زيد مثلاً وقال: بعتك المنّ من الحنطة في ذمّة زيد، ولا إشكال في حكم هذه الصورة، وأنّه يقع عن الغير مطلقاً إذا كان العاقد وكيلاً عنه، ويتوقّف على إجازته لوكان العاقد فضولاً.

[الصورة الرابعة:][2] أن يضيفه إلى غيره بلا تعيين، كأن يقول: بعتك منّاً من الحنطة في ذمّة الغير، أو في ذمّة آخر من غير قصد تعيين من أُضيف إليه، وربما يتوهّم صحّته إذا تعقّب بتعيين ذاك الغير كشفاً على تقدير وقوع المعاملة في علم الله سبحانه لمن يعينه العاقد بعد العقد، إذ هو تعالى عالم بمن يعيّنه العقاد بعد العقد، فيكون تعيين العاقد كاشفاً عمّن وقع الكلّي في ذمّته في علم الله سبحانه، أو نقلاً على تقدير وقوع المعاملة عمّن عيّنه العاقد حين التعيين؛ إذ هو ظرف الانطباق، وليس قبل التعيين واقع معلوم عنده، مجهول عندنا حتّى يكون هو المتعيّن، هذا.

ولكنّه توهّم فاسد؛ لأنّ التطبيق المتأخّر غير موجب لتحقّق ما هو الركن في المعاوضة، أعني العوضان؛ إذ قبل التعيين لا يكون الكلّي المضاف إلى المبهم ملكاً

---

١ - ٢. في الأصل: الثالث .... و الرابع .... والأصح ما أثبتناه و مطابق مع ما ذكره قبلهما.

ولا مالاً، إذ لا إعتبار لماليّة الكلّي في ذمّة المبهم، فلا يكون المنّ من الحنطة في ذمّة الإنسان الكلّي ملكاً ولا مالاً عرفاً، فبنفس البيع لا يتحقّق ماليّة العوضين، وقد تقدّم اعتبار ماليّتهما، إمّا قبل العقد، أو لا أقلّ في رتبة تحقّقه، فلا يتحقّق العقد؛ لما تقدّم في الأمر الرابع من الأُمور المتقدّمة انتفاء العقد بالإخلال بما هو ركن له.

والسرّ في ذلك: أنّ ما يعتبر ماليّته في الذمّة ليس هو مفهوم المنّ من الحنطة، بل هو مصداقه الذهني، ومن العلوم عدم تشخّص ذاك المفهوم في مصداقه إلّا بإضافته إلى ذمّة معيّنة؛ إذ مجرّد إضافته إلى الغير على نحو الإبهام لا يوجب تشخّصه، كما لا يخفى. وأمّا ما ورد من صحّة العتق فيما لو قال: أحد عبيدي حرّ والطلاق فيما لو قال: إحدى زوجاتي طالق، أو فيمن أسلم على أكثر من أربع، فإنّه تفارق عنه الزائد على الأربع، فيتعيّن بالقرعة ونظائر ذلك، فإنّما هو حكم ثابت على خلاف القاعدة، يجب الاختصار على مورد ثبوته، كما لا يخفى.

فإن قلت: ما ذكرته في وجه المنع عن اعتبار الماليّة في الكلّي المعتبر في الذمّة المبهمة يسلم فيما إذا كانت الذمّة كلّيّاً على نحو التبادل بمعنىٰ إحدى الذمم، وأمّا لو كانت كلّيّاً محصّلاً بمعنى القدر المشترك بين الذمم، فلا نسلّم المنع عن إعتبار ماليّته، ضرورة صحّة اعتبار في ذمّة الطبيعة المشتركة بين الأفراد.

قلت: لا إعتبار لماليّة الكلّي المعتبر في الذمّة، ولو على نحو الكلّي المحصّل أيضاً.

وتوضيحه أنّ مفهوم المنّ من الحنطة مثلاً الذي هو أمر مجرّد بسيط عقلاني على أبسط ما يمكن أن يكون، يلاحظ على نحوين:

أحدهما: من حيث هو مفهوم.

وثانيهما: من حيث هو مرآت إلى ما هو المصداق من المنّ من الحنطة، فهو بالإعتبار الأوّل مفهوم من المفاهيم، لا إعتبار لماليّته أصلاً، وإنّما يعتبر ماليّته من

حيث كونه مرآتاً إلى المنّ الخارجي، فما لم يتعيّن الذمّة لا يمكن لحاظ المفهوم بما هو مرآت إلى الخارج، فلا يمكن اعتبار ماليّته حينئذ.

والحاصل أن العرف لا يعتبرون ماليّة الكلّي المعتبر في طبيعة الذمّة الجامعة بين الذمم قبل تعيّن الذمّة بذمّة خاصّة، بحيث تكون هي المطالب بها، فلا يتحقّق ما هو الركن في العقد في العقود المعاوضيّة قبل استناد الكلّي إلى ذمّة خاصّة، ومع انتفاء ركن العقد لاتحقّق للعقد نفسه.

فالمتحصّل ممّا ذكرناه عدم اعتبار تعيّن المالكين في العقود المعاوضيّة في شيء من الموارد أصلاً.

نعم، لازم اعتبار تعيّن الذمّة في بيع الكلّي هو اعتبار تعيّن المالك، أعني صاحب الذمّة قهراً، فاعتبار تعيين المالك في بيع الكلّي لازم قهريّ نشأ من ناحية اعتبار تعيين الذمّة من جهة تقوّم ماليّة العوضين الكلّيين به، لامن جهة كونه في نفسه من أركان العقد.

والحاصل أنّ التحقيق يقتضي عدم اعتبار تعيين المالك في العقود المعاوضيّة بما هو ركن في العقد. وإن كان يحتاج إلى تعيّنه في بعض الموارد من جهة توقّف تعيين ما هو الركن - أعني العوضين - على تعيّنه.

قوله ﷺ: «إلّا أن يقال: أن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنّما لا يعقل إذا فرض قصده المعاوضة الحقيقيّة، لِمَ لا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقيّة»[1].

أقول: أورد عليه بأنّه لا معنى لجعل بيع مال نفسه لغيره قرينةً على عدم إرادته؛ إذ إرادته أمرٌ قائمٌ بنفسه، فهو في نفسه يدري ما أراد من البيع، وليست أمراً مخفيّاً عليه حتّى يحتاج إلى قرينة، وليس باب الإنشاء كالأخبار، حيث إنّ في الأخبار

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٠١-٣٠٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

لايكون المراد معلوماً للمخاطب، فيحتاج إلى قرينة. وهذا بخلاف باب الإنشاء؛ حيث لا يعقل عدم تبيّن مراد المنشئ له نفسه لكي يحتاج إلى القرينة.

ويدفع بأنّ المقصود بجعل بيع مال نفسه لغيره قرينة على عدم إراداته البيع الحقيقي من قبيل جعل قول القائل: بعتك بلا ثمن قرينةً على عدم إرادة البيع منه من جهة مضادّة الذيل مع الصدر، فمعنى كون الذيل قرينة أنّه مضادّ مع الصدر، فلا إشكال أصلاً.

قوله ﷺ: «أوعلى تنزيل الغيرمنزلة نفسه في مالكيّة المبيع ...إلى آخره»[1].

أورد عليه بأنّ تنزيل الغيرمنزلة نفسه في المالكيّة موجب لصحّة البيع، كما في بيع الغاصب، حيث إنّه بالتنزيل المذكوريصحّ منه الإنشاء. فيترتّب عليه صحّة البيع إذا تعقّبه الإجازة، فلا يصحّ تفرّع البطلان على التنزيل المذكور.

وبعبارة أُخرىٰ: لا فرق بين تنزيل البايع نفسه منزلة المالك والبيع عن نفسه بذاك التنزيل، كما في الغاصب، وبين تنزيل غيرالمالك منزلة المالك والبيع عنه بذاك التنزيل، كما في القام، فكما أنّ التنزيل في الأوّل مصحّح للبيع - فليكن في الثاني كذلك، فلا يصحّ جعل التنزيل المذكور ملاكاً للحكم بالبطلان، ولكنّه يندفع بالفرق بين التنزيلين بأنّه في الأوّل يصيرالبايع مالكاً ادّعاءً، فيقصد البيع عن نفسه، ويصدر منه الإنشاء من غيرإشكال، وفي الثاني يخرج نفسه عن كونه مالكاً بالادّعاء. فيبيع مال غيره الادّعائي عن نفسه، أي يقصد خروج المبيع الذي هو ملك له حقيقة عن غيره ادّعاءً في مقابل دخول ثمنه في ملكه. وهو مستلزم للخروج عن حقيقة المعاوضة، ولا يمكن تصحيحه بالتعقّب بالإجازة؛ إذ الإنشاء بعد لم يتحقّق ولم يتمّ العقد، كما لا يخفى.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

قوله ﷺ: «ثمّ إنّ ما ذكرن كلّه حكم وجوب تعيين كلّ من البايع ... إلى آخره»[1].

كان الكلام فيما تقدّم في اعتبار تعيين المالكين عند العقد، وقد تحصّل منه عدم اعتبار تعيّنهما، لا فيما كان العوضان جزئيّاً، ولا فيما كانا أو أحدهما كلّيّاً من حيث هو تعيين للمالك، وإن كان يحتاج إلى التعيين في بيع الكلّي من جهة لزوم ماليّة الكلّي في صحّة البيع. وهي متوقّفة على تعيين الذمّة، والكلام هاهنا في اعتبار تعيّن كون كلّ من الموجب والقابل أصيلاً أو وكيلاً، أو فضوليّاً، وبعبارة أوضح في اعتبار علم كلّ من الموجب والقابل يكون طرفه أصيلاً أو وكيلاً، أو فضوليّاً في تحقّق العقد.

والكلام في هذا المقام يقع في جهات:

[الجهة] الأُولىٰ: هل يحتاج العقد في صحّته إلى إسناد كلّ من الطرفين منشأه إلى من هو الطرف حقيقة مطلقاً، فإذا كان القابل مثلاً وكيلاً يقول الموجب: بعت موكّلك، أو إذا كان الموجب وكيلاً يقول: عن موكّلي بعت، أو بعتك مال موكّلي، و نحو ذلك، أو لا يحتاج إليه مطلقاً، بل يصحّ الإسناد إلى القابل، سواء كان وكيلاً أو أصيلاً أو فضوليّاً، أو يفصل في العقود بين ما إذا لم يكن الطرفان ركناً، كما في العقود المعاوضيّة، فلا يحتاج إلى التعيين، وبين [ما] إذا كان ركناً، كالنكاح الذي عرفت أنّ الركن فيه هو الزوجان، وكالوقف والهبة والوكالة، حيث إنّ الموقوف عليه ركن في الأوّل، والمتّهب ركن في الثاني، والوكيل في الثالث، فإذا كان القابل وكيلاً عن الموقف عليه، أو عن المتّهب، أو عن الوكيل، أو عن الزوج أو الزوجة، لايصحّ الإسناد إليه نفسه، بل لابدّ أن يقول: وقفت على موكّلك، وكذا إذا كان لموجب وكيلاً عن الزوجة مثلاً لا يصحّ أن يقول: زوّجتك بكذا، بل لابدّ أن يقول: زوّجتك موكّلتي.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

والحقّ هو الأخير، وذلك إمّا فيما لم يكن الطرفان ركناً فيه، كباب المعاوضات، فلما تقدّم في المقام الأوّل من تحقّق العقد بذكر ما هو ركنه، وعدم دخل مالا يكون ركناً في تحقّقه. وإمّا فيما كان ركناً، كعقد النكاح، فلأنّ حقيقة الأمر الإيجادي الحاصل بالإنشاء لا يحصل إلّا بإيجاده في طرفه، وهو متوقّفٌ على ذكر الطرف، فلو كان القابل في النكاح وكيلاً عن الزوج فإنشاء عقد النكاح لا ينعقد إلّا بإسناده إلى من هو ركنٌ فيه، وهو الزوج، فلابدّ من أنّ يسنده إليه، ولا يصحّ ولا يحصل بلا إسناده إليه.

الجهة الثانية: بعد الفراغ عن اعتبار الإسناد إلى من هو طرف العقد، كما في عقد النكاح، أو عدم اعتباره، كما في باب المعاوضات: هل يعتبر في صحّة العقد ذكره بأن يقول الموجب في النكاح مثلاً: «انكحت موكّلك» إذا كان القابل وكيلاً، أو يصحّ المخاطبة مع القابل نفسه بجعل الخطاب إلى من هو أعمّ من المالك الحقيقي في البيع أو الزوج في النكاح، وما هو بمنزله بإذن أو ولاية بجعل كاف الخطاب خطابا إلى الأعمّ، وجهان، الحقّ هو التفصيل المتقدّم، ففيما لا يحتاج إلى تعيين كلّ من الموجب والقابل للآخر يكفي الخطاب إلى من هو طرف العقد ولو كان وكيلاً، وفيما يحتاج إلى التعيين يتوقّف على ذكر من هو طرف المعاملة.

أمّا في الأوّل فلما مرّ في الجهة الأُولىٰ من عدم الاحتياج إلى تعيين ما ليس بركنٍ في العقد، وأمّا في الثاني فلما مرّ أيضاً من الحاجة إلى تعيين ما هو الركن. والمخاطب الأعمّ من الموكّل والوكيل ليس ركناً، فذكره في العقد غير كافٍ عن ذكر ما هو الركن فيه، مع أنّ كاف الخطاب أيضاً لم يوضع لأن يخاطب بها مع المعنى الأعمّ، أعني القدر المشترك بين الوكيل والموكّل، بل هو آلة للتخاطب مع المعيّن، وهو الوكيل نفسه، أو الموكّل، والمفروض عدم كون العقد مع الوكيل، فلابدّ من ذكر الموكّل وإلّا يختلّ ذكر الركن في العقد فيبطل بالإخلال بذكره، فلا يصحّ الخطاب بالأعمّ من

الوكيل والموكّل حتّى فيما إذا لم يكن الطرف ركناً. نعم، في هذا الصورة يصحّ توجيه الخطاب نحو الوكيل بما هو موكّله لا بما هو هو، فتكون المخاطبة معه بما هو موكّله، لا بما هو نفسه، وفرق بين أن يجعل المخاطب هو الأعمّ من الموكّل والوكيل، وبين أن يجعل المخاطب هو الوكيل، لكن بعد تنزيله منزلة الموكّل، وبما هو موكّله.

والأوّل هو الذي أنكره المصنّف ﷺ في الكتاب بقوله:

وعلى الوجه الثاني: أنّ معنى «بعتك» في لغة العرب - كما نصّ عليه فخر المحقّقين وغيره[1] - هو «ملّكتك بعوضٍ» ومعناه جعل المخاطب مالكاً ... إلى آخره[2].

والثاني هو الذي أبداه بقوله:

فالأولى في الفرق ما ذكرناه من أنّ الغالب في البيع والإجارة هو قصد المخاطب، لامن حيث هو، بل بالإعتبار الأعمّ ... إلى آخره[3].

ومقصوده من الاعتبار الأعمّ، أي الأعمّ بما هو هو، أو بما هو موكّله، وإلى الفرق الذي ذكرناه أمر بالتأمّل بقوله: فتأمّل[4]، معلّلاً بأنّه لا يتوهّم رجوعه إلى ما ذكرناه سابقاً واعترضنا عليه.

الجهة الثالثة: لو قصد المخاطب بما هو نفسه في العقد وأوقعا العقد كذلك فيما لم يكن الطرف ركناً، ثمّ ادّعى القابل مثلاً بأنّه كان وكيلاً، لم يسمع دعواه في دفع ما التزمه على نفسه بالعقد، وذلك لأنّ في سماع كلّ دعوى يعتبر أن يكون لها واقع، وأن يكون لواقعه أثر يترتّب عليه عند ثبوته، والشرط الأوّل منتفٍ في هذه

---

١. انظر إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٥٨، وجامع المقاصد، ج ٤، ص ٣٠٩.
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٣. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٤. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الدعوى؛ إذا المفروض تحقّق الالتزام العقدي منه في العقد، والعلم بكونه وكيلاً عن الغير لا ينفع في إرجاع الالتزام إليه بعد أنّه لم يلتزم عنه، وما أسند الالتزام إليه، فضلاً عن دعواه، فالموجب حينئذ يأخذ القابل فيما ألزمه من دفع المبيع إليه، وأخذ الثمن منه، وأخذ أرش العيب عنه لو ظهر عيب في الثمن، وليس له مطالبة الموكّل بوجهٍ أصلاً؛ لأنّه ليس طرف التزامه.

نعم، القابل إذا كان قابلاً عن موكّله يجب عليه ترتيب أثر البيع على موكّله، فيدفع هو نفسه كلّ ما يلزمه بالعقد، ثمّ يرجع إلى موكّله فيما دفع فيدفع المبيع إليه، وهذا الذي ذكرناه يتمّ في الوكيل المفوّض، كالوكيل في القراض، ولا يجري في الوكيل في إجراء الصيغة لوادّعى كونه وكيلاً، كما لا يخفى.

[اعتبار الاختيار في المتعاقدين]

قوله ﷺ: «ومن شرائط المتعاقدين الاختيار...إلى آخره»[1].

«الاختيار» هو الشرط الثالث المعتبر في المتعاقدين، وتوضيح معناه في المقام يتوقّف على مقدّمة، وهي أنّ القصد تارة يتعلّق بنفس العمل الذي يؤتى به بالقصد، كالصلاة مثلاً، وأُخرىٰ يتعلّق بالداعي على العمل الذي يكون محرّكاً للفاعل نحو الفعل، كالقربة الداعيّة إلى الصلاة، فيقال: قصد التقرّب بالصلاة، بمعنىٰ أنّ باعثه ومحرّكه في إيجاد الصلاة هو التقرّب.

ثمّ إنّه قد تقدّم اعتبار قصد اللفظ بمعنىٰ كونه صادراً عن الإرادة والإختيار في مقابل ما يتلفّظ به الساهي والنائم، وقصد المعنى بمعنىٰ كون اللفظ صادراً عن إرادة إنشاء المعنى، وقصد مدلول اللفظ في تلفّظه على نهج استعمال اللفظ في المعنى

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

في مقابل الهازل الذي لا يكون مستعملاً، بمعنىٰ أنّه ليس في مقام اكتساء المعنى بكسوة اللفظ، بحيث يكون النظر اللفظ آلياً فانياً في المعنى، بل هو يقصد التلفّظ باللفظ من غير إرادة المعنى أصلاً.

فهذان القصدان من مقوّمات العقد، فالعقد لا يتحقّق بدونهما، وهما اللذان تقدّم اعتبارهما في الشرط الثاني، أعني اعتبار القصد في المتعاقدين، والقصد بمعنى الاختيار في مقابل الإكراه، معنى زائد عن قصد اللفظ والمعنى الذي يكون من مقوّمات العقد.

إذا عرفت هذا، فنقول: القصد المعتبر في هذا المقام، أعني في مقابل الإكراه، ليس بالمعنى المعتبر في قوام العقد، بل هو بمعنى الداعي، بمعنىٰ أن يكون داعيه في الاستعمال وإيجاد المعنى باللفظ هو تحقّق مدلوله وإيجاده في الخارج، أي يكون محرّكه في إنشاء البيع بالصيغة هو نفس حصول نتيجته التي هي عبارة عن مبادلة مالٍ بمالٍ لا شيء آخر، كالخوف من الظالم ونحوه. ثمّ إنّ الداعي لمّا كانت طولية فإنّه تارة يكون إيجاد البيع بآلة استعمال صيغته في إنشائه بداعي الخوف من الظالم، أي الظالم ألزمه على البيع، بحيث كان البيع نفسه متعلّق الإجبار، وأُخرىٰ إعطاء ثمنه إلى الظالم، أي الظالم ألزمه على إعطاء مقدار من المال، وهو لا يتمكّن من إعطائه إلّا بيع هذا المبيع، والاختيار المعتبر في صحّة العقد إنّما هو مفقود في الأوّل دون الثاني، إذا البائع يوجد البيع في الأوّل ويتحرّك نحو إيجاده، لا بداعي وقوعه في الخارج، بل إنّما يوجده لأجل الفرار عن شرّ الظالم، بخلاف الثاني؛ إذ فيه يكون الداعي في الاستعمال هو وجود نفس البيع وإن كان الغرض من وجوده هو الوصلة إلى الثمن، وإعطائه إلى الظالم.

ثمّ إن الدليل على ما ذكرناه من كون المراد من الإختيار في مقابل الإكراه هو

كون إيجاد البيع باستعمال الصيغة بداعي تحقّق نتيجته في الخارج هو صحّة بيع المكره بعد تعقّبه بالرضا، وذلك لأنّ انتفاء القصد بذاك المعنى لا يوجب انتفاء العقد، فالعقد يتحقّق من المكره بواسطة كونه قاصداً للفظ في مقابل النائم، وللمعنى في مقابل الهازل، فتحقّق منه ما هو ملاك العقد وركنه، وليس لعدم تأثيره مانع إلّا انتفاء بالمعنى الثالث، ويتحقّق بالتعقيب بالرضا، وهذا المعنى ظاهر جدّاً.

ولكن ربما يتوهّم من كون المراد بـ«الاختيار» هو الدرجة الثانية من القصد، أعني قصد الاستعمال مستشهداً بالاستدلال بانتفاء العقد في إثبات بطلان بيع المكره، إذ الظاهر منه انتفاء العقد بالدرجة الثانية، وبذهاب جمع كالعلّامة[1] وغيره باختصاص الحكم بالبطلان على صورة عدم التمكّن من التورية، إذ التورية إنّما تعمل في مرحلة الاستعمال، لا في مقام كون إنشاء المدلول بالصيغة بداعي تحقّقه في الخارج، وهذه الفتوى ولو كانت مردودة عندنا لكنّها تدلّ على كون المبحوث عنه هو الدرجة الثانية من القصد.

ولا يخفى فساد هذا التوهّم، وعدم دلالة شيء من هذين الوجهين على ما رامه المتوهّم.

أمّا الأوّل، فواضحٌ، إذ يصحّ الاستدلال للفساد بانتفاء القصد ولو كان المقصود منه هو الدرجة الثالثة من القصد بعد قيام الدليل على اعتباره، على ما سيجيء بيانه.

وأمّا الثاني، فلأجل صحّة أن يقال: إنّه حين الإكراه على البيع كان المُكرَه -بالفتح- متمكّناً من الفرار عن إيقاع البيع بالتورية عند إمكانها، فعدم التورية منه عند إمكانها كاشف عن كون صدور البيع منه وإيقاعه بآلة إنشائه بداعي تحقّق مضمونه

---

١. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٥٢.

في الخارج، فالقول بانحصار البطلان بصورة عدم التمكّن من التورية لا يدلّ على كون البحث في قصد المعنى، مع ما عرفت من صحّة بيع المكره لو تعقّب بإجازته، وهذا كأنّه مفروغ عنه بينهم، مع أنّه لا يتمّ لو كان المنتفي في بيعه قصد المعنى، كما أسلفناه.

وبالجملة فلا ينبغي الإشكال في كون المراد من القصد المعتبر في البيع في مقابل الإكراه هو ما ذكرناه من كونه عبارة عن كون الداعي في إيقاع الإنشاء عنه باستعمال الصيغة هو وقوع مضمونه بمعنى الاسم المصدري في الخارج، سواء كان من العقود أو من الإيقاعات.

[الأدلّة الدالة على اعتبار الاختيار]

قوله قدس سره: «ويدلّ عليه[1] قبل الإجماع ... إلى آخره»[2].

الأدلّة الدالّة على اعتبار القصد في العقود في مقابل الإكراه على طائفتين: فمنها عامّة، ومنها الأدلّة الخاصّة في بعض الموارد.

فمن الأوّل قوله تعالى: ﴿إلّا أن تكون تجارة عن تراض﴾[3] ودلالتها على اعتبار الرضاء في حلّيّة الأكل ونفوذ التجارة واضحة. فتدلّ على اعتبار القصد بالدرجة الثالثة، سواء فسّر الرضا بطيب الخواطر، أو فسّر بالاختيار، إذ على كلّ تقدير تدلّ على عدم صحّة ما هو فاقد للطيب أو الاختيار.

وقوله صلى الله عليه وآله: «لا يحلّ مال امرء إلّا عن طيب نفسه»[4] وهذا أيضاً ظاهر الدلالة كالآية الشريفة من حيث اعتبار طيب النفس في حلّ المال.

---

١. أي على شرط الاختيار في المتعاقدين.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٣. النساء (٤): ٢٩.

٤. عوالي اللآلي، ج ٢، ص ١١٢، ح ٣٠٩.

ومنها: حديث الرفع المشهور[1]، وفي دلالته على المطلوب غموض، بل منعٌ.

وتقريب دلالته على ما أفاده المصنّف ﷺ يتوقّف على بيان أُمور:

الأوّل: إنّ «الرفع» في هذا الحديث الشريف تكويني، لا تشريعي؛ لأنّ الظاهر منه هو التكويني.

الثاني: إنّ المرفوع بالرفع التكويني ليس نفس هذه الفقرات المذكورة في الحديث؛ لتحقّقها -أي تلك الفقرات- وجداناً، فلابدّ من أن يجعل المرفوع مقدّراً، فيدور بين رفع «أظهر الآثار» أو «جميعها» إذا كان في البين ظهور في رفع أحدهما، و إلّا فيحكم بالإجمال، لكنّ المستظهر هو رفع «أظهر الآثار» وهو عبارة عن« المؤاخذة» فيكون المرفوع هو المؤاخذة على تلك الفقرات، أي على مخالفة الأحكام الناشئة عن تحقّق إحدى تلك الفقرات، ودلالة الحديث على رفع ما قُدّر رفعه ليس بإضمار المقدّر، بأن يقدّر كلمة «أظهر الآثار» أو «جميعها»، بل إنّما هو على نحو دلالة الاقتضاء، والمراد بدلالة الاقتضاء هو دلالة الكلام على معنى التزامي يتوقّف صحّة الكلام على إرادته، صوناً للكلام عن الكذب، نظير﴿واسأل القرية﴾[2]، وقد وقع النزاع في باب العامّ والخاصّ فيما أمكن إخراج الكلام عن الكذب بإرادة معنى عامّ و إرادة معنى خاصّ، أنّه هل يتعيّن إرادة المعنى العامّ فيعبّرون عنه بعموم المقتضى -بالفتح- باعتبار، أو بالكسر باعتبار آخر، أو يتعيّن إرادة المعنى الخاصّ، أو لا تعيّن في البين، فيصير الكلام مجملاً.

وتقدير خصوص «أظهر الآثار» في المقام لعلّه مبنيّ على تعيّن إرادة خصوص المقتضي -بالفتح أو بالكسر- لاعمومه.

---

١. التوحيد، الصدوق، ص ٣٥٣، باب الاستطاعة، ح ٢٤؛ وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، ح ١.

٢. يوسف (٢١): ٨٢.

الثالث: أنّ «المؤاخذة المرفوعة» ليست مختصّة بخصوص الأُخروي منها، بل تعمّ تلك والمؤاخذة الدنيويّة، فالالتزام البيعي عند صدور البيع عن المكره مؤاخذة، فتكون مرفوعة عنه.

والظاهر من «المؤاخذة» وإن كان هو الأُخرويّة منها، لكنّ التعميم مستفاد من قيام القرينة، وهو استشهاد الإمام ﷺ في رفع بعض الأحكام الوضعيّة بحديث الرفع، وهو قرينة على إرادة المعنى العموم من المؤاخذة، ففي صحيحة البزنطي عن أبي الحسن ﷺ في الرجل يستكره على اليمين: «فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك»[1] إلى آخر الحديث.

والمراد بالحلف بالطلاق هو الحلف بأنّ كلّ امرئة يزوّجها تكون مطلّقة بنفس تزويجها، وبالحلف بالعتاق هو الحلف بأنّ كلّ عبدٍ يملكه يكون حرّاً بنفس تملّكه. وبالحلف بصدقة ما يملك هو الحلف بأن يكون كلّ ما يملكه صدقة بنفس تملّكه، وهذا الحلف باطل عندنا، غير مؤثّر في شيء، ولكنّه يصحّ عند العامّة.

وقد استشهد الإمام ﷺ في بطلانه عند الاستكراه عليه بحديث الرفع[2]، مع بطلانه لولا الإكراه أيضاً، فلا محالة قد اعمل في المقام تقيّة.

أمّا في الصغرى، أي في تطبيق حديث الرفع على مورد الإكراه على الطلاق، مع أنّ المورد ليس مورداً له؛ لبطلانه من دون الإكراه أيضاً.

وأمّا في الكبرى، أي في كون مدلول حديث الرفع هو البطلان فيما أُكره عليه. فعلى الأوّل، فيكون الصحيح المذكور دالّاً على بطلان ما أُكره عليه، دون الثاني.

---

١. المحاسن، ج ٢، ص ٣٣٩، كتاب العلل، ح ١٢٤؛ وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ٢٢٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الإيمان، ح ١٢.

٢. التوحيد، الصدوق، ص ٣٥٣، باب الاستطاعة، ح ٢٤؛ وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، ح ١.

وهذا نظير قول الصادق عليه السلام لأبي العبّاس - عند سؤاله عنه عليه السلام: بأنّك تفطر أو تصوم في يوم الشكّ من شوّال أو من رمضان؟ -: «ذاك إلى إمام المسلمين، إن أفطرت أفطرنا، وإن صمت صمنا»، فأمر اللعين باحضار الطعام فأفطر عليه السلام، ولمّا خرج قال: «لأنّ أفطر يوماً من شهر رمضان أحبّ إليّ من أن يضرب عنقي»[1]، حيث إنّه لا إشكال في إعمال التقيّه في ذلك المورد، إلّا أنّه يحتمل أن تكون في تطبيق «إمام المسلمين» على اللعين بقوله عليه السلام: «إن أفطرت أفطرنا» إلى آخره، لا في أصل الحكم، فيدلّ على ثبوت الهلال بحكم الحاكم.

ويحتمل أن تكون التقيّة في أصل قوله عليه السلام: «ذاك إلى إمام المسلمين» فلا دلالة فيه على ثبوت الهلال بحكم الحاكم.

وله نظائر كثيرة، لكنّ المستظهر منه ومن نظائره، هو كون التقيّة في الصغرى، وتطبيق الكبرى عليها، لا في الكبرى نفسها. وعليه فتكون الصحيحة دليلاً على بطلان ما استكره عليه، فيصير دليلاً على أنّ المرفوع بالإكراه ليس خصوص المؤاخذة الأُخرويّة، وهو المطلوب.

والحاصل ممّا ذكرناه أنّ الاستدلال بحديث الرفع يتوقّف على أُمور ثلاثة:

كون صحّة الكلام فيه منوطاً بالتقدير على نحو دلالة الاقتضاء؛

وكون المقدّر هو «المؤاخذة». وكون المراد من المؤاخذة هو الأعمّ من العقاب الأُخروي.

والأمر الأوّل يتمّ بكون الرفع تكوينيّاً لا تشريعيّاً.

والثاني بكون المراد من الكلام بالدلالة الإلتزاميّة الاقتضائيّة هو خصوص المقتضي -بالفتح أو بالكسر- لاعمومه.

والثالث بكون المراد من «المؤاخذة» هو الأعمّ لا خصوص العقاب الأُخروي.

---

١. الكافي، ج ٤، ص ٨٣، باب اليوم الذي يشكّ فيه من شهر رمضان، ح ٩؛ وسائل الشيعة، ج ١٠، ص ١٣٢، الباب ٥٧ من أبواب ما يمسك عنه الصائم ووقت الإمساك، ح ٤، فيه: «فقال: إي والله أفطر يوماً...».

والكلّ مردود، أمّا الأوّل: فلأنّ رفع الشارع من حيث هو شارع تشريعي لاتكويني. وهذا ظاهر، ومع كونه تشريعيّاً فلا يحتاج صحّة الكلام إلى تقديرٍ حتّىٰ يبحث أنّه عامٌّ أو خاصٌّ، بل المرفوع هو نفس تلك الفقرات، ورفع التشريعي المستند إلى تلك الفقرات إنّما هو رفع ما يترتّب عليها من الآثار الشرعيّة، كالأحكام التكليفيّة والوضعيّة، فالمرفوع أوّلاً وبالذات نفس تلك الآثار من غير تكلّف تقديرٍ.

وأمّا الثاني: فلأنّه على تقدير التسليم الحاجة إلى التقدير، بجعل الرفع تكويناً، فلايكون المتعيّن هو تقدير الخاصّ، بل إمّا يتعيّن تقدير العموم، أو يصير الكلام مجملاً.

وأمّا الثالث: فلأنّ تعيّن تقدير الخاصّ، أعني «المؤاخذة» أوّلاً ثمّ تعميم المؤاخذة إلى الأعمّ إنّما هو في قوّة تقدير العموم؛ إذ بعد تعميم المؤاخذة يكون المرفوع جميع ما فيه نحو إلزام، سواء كان من الأحكام الوضعيّة أو التكليفيّة، فهذا أشبه شيء بالأكل من القفا.

[تحقيق في مدلول حديث الرفع والاستدلال به]

فالتحقيق في مدلول حديث الرفع هو كون الرفع المذكور فيه مسنداً إلى نفس المذكورات فيه، ورفعها التشريعي عبارة عن رفع ما يترتّب عليها من الآثار الشرعيّة، فيعمّ رفع جميع الآثار الشرعيّة من الوضعيّة والتكليفيّة، ولمّا كان الرفع امتناناً على هذه الأُمّة، فلابدّ من أن يكون المرفوع ما فيه مقتضى الثبوت، بحيث يثبت لولا ثبوت الامتنان في رفعه.

ولا يخفى أنّه على هذا - أي على تقدير تعميم الرفع لجميع الآثار - يصير دليلاً على بطلان عقد المكره؛ إذ الصحّة أو اللزوم مثلاً حكم شرعي مترتّب على العقد، ويرفع في صورة الإكراه لما في رفعه من الامتنان.

وممّا ذكرناه ظهر اندفاع ما ربما يورد على الاستدلال بالحديث بأنّ اللازم

من بطلان عقد المكره لمكان الإكراه هو بطلان عقد المضطرّ إليه أيضاً؛ لمكان الاضطرار، مع أنّه ممّا لم يلتزم به أحد، ولا يمكن الالتزام به؛ للزوم العقول بفساد أكثر المعاملات؛ لأنّها تقع عند الحاجة إلى أثمانها، ولمّا لم يكن الحديث الشريف شاملاً لعقد المضطرّ لم يكن شاملاً لعقد المكره أيضاً. وذلك لأجل وحدة السياق.

وجه الاندفاع أنّ البطلان في عقد المضطرّ مخالفٌ للامتنان دون المكره، وقد عرفت اختصاص «المرفوع» في حديث الرفع بما في رفعه منّةً.

مع أنّه لو سلّم عموم الرفع لما لا يكون في رفعه المنّة، لا يمكن أن يشمل بيع المضطرّ إليه أيضاً، وذلك لأنّ البيع بنفسه ليس متعلّق الاضطرار، بل الاضطرار إلى ما يحصل به من الثمن مثلاً، وإنّما البيع يقع عن المضطرّ إلى ثمن المبيع، لأجل أن يدفع به الاضطرار، فتدبّر.

وبالجملة، فالظاهر تماميّة الاستدلال بالحديث الشريف على اعتبار الاختيار في البيع، إلّا أنّه كنظائره مثل آية التجارة[1] ونحوها، لا يدلّ على أزيد من اعتبار الرضا ولو على نحو التعقّب به، كالإجازة في باب الفضولي، وأمّا بطلان بيع المكره بحيث لا يكون قابلاً للإجازة أيضاً، فلا.

فعلى هذا، فيصير المتحصّل من الأدلّة العامّة هو توقّف العقد على الرضا والاختيار في الجملة.

وأمّا الأدلّة الخاصّة، فمثل ما ورد في بطلان طلاق المكره وعتقه[2]، وهو جملة من الأخبار الظاهرة الدلالة في البطلان مع الإكراه، وبضميمة عدم القول بالفصل بين الطلاق والعتق، وبين غيرهما من العقود، يثبت الحكم في الجميع.

---

١. النساء (٤): ٢٩.

٢. للمزيد راجع وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٨٦، الباب ٣٧ من أبواب المقدّمات والشرائط من كتاب والطلاق؛ و ج ٢٣، ص ٤١، الباب ١٩ من أبواب كتاب العتق.

[أُمور حول معاملة المكره]

وبالجملة فأصل الحكم، أعني عدم نفوذ معاملة المكره في الجملة ممّا لا إشكال فيه، إلّا أنّه ينبغي التكلّم عن أُمور:

[الأمر الأوّل]: هل المعتبر في الإكراه الموضوع للحكم بعدم النفوذ هو ما كان مقترناً مع الإيعاد والتخويف من المكره -بالكسر-، أم يكفي فيه مجرّد إيقاع المعاملة بداعي طلب الغير -كالوالدين ونحوهما- ولو لم يكن الطلب مع الإيعاد والتخويف على الترك؟ وجهان: أقواهما الأوّل.

وتوضيح ذلك: أنّ المعاملة الصادرة عن الشخص - كالبيع مثلاً - إمّا أن يكون الداعي في صدورها عنه هو نفس تحقّقها بالمعنى الإسم المصدري في الخارج، فتكون نتيجتها -أعني المعنى المترتّب على إيقاعها- مراداً بالإرادة الأوّليّة، وذلك كمعاملات التجّار والمعاملين في السوق.

وإمّا يكون معنى الاسم المصدري مراداً بالإرادة الثانويّة الناشئة عن إرادة أوّليّة، وهذا على أقسام:

فمنها: ما كانت الإرادة الأوّليّة فيه غير ناشئة عن طلب إنسان، بل كانت لأجل داعٍ راجع إلى نفس المعامل، مثل الحاجة إلى الثمن والاضطرار في بيع ماله، وأمثال ذلك، حيث إنّ الإرادة أوّلاً متعلّقة إلى تحصيل الأثمان ونشأ منها إرادة ثانويّة متعلّقة ببيع ما عنده؛ لكون بيعه وصلة إلى المراد الأوّل.

ومنها: ما كانت الإرادة الأوّليّة ناشئة عن طلب إنسان بلا إيعاد من الطالب إلى الترك، كما إذا أمره والده ببيع داره مثلاً، فإنّ إرادة البايع أوّلاً تتعلّق إلى تحصيل مرضاة الأب، فتترشّح منها إرادة متعلّقة إلى البيع؛ لكون بيعه وصلة إلى تحصيل مرضاته.

ومنها: ما كانت الإرادة الأوّليّة ناشئة عن طلب الغير، مع اقترانه بالإيعاد، بحيث

لولا وعيده لما كانت المعاملة تصدر عن المكره، فإرادة المكرِه أوّلاً تتعلّق إلى دفع أذى المكره عن نفسه، ولمّا كان بيعه وصلة إلى الفرار عمّا أوعد عليه فيريد البيع، فتكون إرادة البيع صادرة عنه في الرتبة الثانية.

فالقسم الأوّل من هذه الأقسام يمتاز عمّا عداها بكون الإرادة المتعلّقة إلى البيع إرادة أوّليّة؛ لما ظهر من أنّ المقصود منه كان فيه نفس حصول البيع بالمعنى الاسم المصدري، وفي بقيّة الأقسام تكون إرادة ثانويّة، لكن فيما عدىٰ القسم الأخير تكون إرادة البيع ولو كانت ثانويّة مقرونةٌ بطيب النفس والرضا، حيث إنّ المضطرّ راضٍ في بيع ماله وصلة إلى اضطراره بأشدّ الرضا، وكاره عن عدم وقوعه، كالمريض المضطرّ إلى شرب الدواء، حيث إنّه يبذل جلّ ماله لأجل شربه مع بشاعة شربه، وكذا الطالب لمرضاة والده -مثلاً- يوجد البيع الذي طلبه والده منه تحصيلاً لمرضاته، ويكون راضياً ببيعه بأشدّ أنحاء الرضا، ساخطاً لعدم وقوعه؛ لكون عدمه منشأً لسخط أبيه، وهذا بخلاف القسم الأخير، حيث مريد البيع فيه كارهٌ؛ لوقوعه ساخط عليه. وقد أراده بلا رضاء منه ولا طيب عليه، وإنّما أوقعت إرادته من ناحية إكراه المكره، فظهر أنّ حقيقة الإكراه إنّما يتحقّق في القسم الأخير فقط، فما فيه طلب بلا إيعاد يكون خارجاً عن الإكراه رأساً، بل هو نظير البيع لأجل الاضطرار، كما أوضحناه.

فإن قلت: صحيحة ابن سنان المذكورة في الكتاب[1]، تدلّ على تحقّق الإكراه بلا توعيد أيضاً؛ إذ يفرض فيها كون الإكراه من الزوجة والأب ونحوهما.

قلت: نعم ولكنّه في مورد اليمين وبطلان اليمين مع الإكراه بلا توعيد لا يدلّ على بطلان المعاملة بالإكراه المجرّد عن التوعيد أيضاً، وذلك لاعتبار الخلوّ عن المرجوحيّة في اليمين، واليمين مع الإكراه مرجوح، هكذا أفيد.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣١٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم). للمزيد راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ٢٣٥-٢٣٦، الباب ١٦ من أبواب كتاب الإيمان، ح ١.

الأمر الثاني: الإكراه تارةً يقع على معاملة شخصيّة، مثل الإكراه على بيع المال المعيّن، وقد يكون على الكلّي، كالإكراه على بيع شيء من أمواله، بحيث يكون إختيار كلّ خصوصيّة بيد المكره -بالفتح- على نحو التخيير العقلي، نظير الطلب المتعلّق بالطبيعة، وقد يكون على نحو تعلّق الطلب المتعلّق بأحد شيئين أو الأشياء على نحو التخيير الشرعي.

لا إشكال في حكم الأوّل، وصدق الإكراه على ما يصدر عن المكرِه من المعاملة التي أُكره عليها. وأمّا الأخيران، فهل يصدق فيهما الإكراه مطلقاً، أولا يصدق مطلقاً، أو يفصل بين ما إذا كان تخيير الخصوصية على نحو التخيير العقلي، فيقال: يتحقّق الإكراه بالنسبة إلى الخصوصيّة، وبين ما إذا كان على نحو التخيير الشرعي، فيقال فيه بعدم تحقّق الإكراه بالسنبة إلى الخصوصيّة التي يختارها وجوهٌ:

وجه الأوّل: أنّ إرادة بيع هذه الدار مثلاً ليست لأجل القصد إلى وقوع نتيجته في الخارج، بل هي لمكان الإكراه، فتكون غير مقترنةٍ بالرضا وطيب النفس، من غير فرق بين أن يكون الإكراه به أو ببيع شيء آخر من أمواله لكي يصير هذا البيع نظير الفرد التخييري العقلي؛ لمكان كون الجامع بينهما وهو البيع الكلّي أمراً متحصّلاً، وبين أن يكون الإكراه به أو بإعطاء قسطٍ من أمواله لكي يصير هذا البيع نظير الفرد التخيير الشرعي، لكون الجامع بينهما أمراً انتزاعيّاً.

ووجه الثاني: أنّ ما يقدم عليه من البيع الخاصّ بهذه الخصوصيّة ما وقع عليه الإكراه، فلا محالة لابدّ أن يكون مراداً بإرادة غير ناشئة عن إيقاع المكره -بالكسر- بل عن المكره نفسه.

ووجه الثالث: أنّ الكلّي المتحصّل الذي هو قدر المشترك بين أفراد متّحد مع أفراده وجوداً بحسب الخارج. وإذا كان هو بنفسه متعلّق الإكراه فمن جهة اتّحاده مع الفرد يصير الفرد أيضاً مكرهاً عليه، وإذا أوجد المكره فرداً من البيع بعد تحقّق الإكراه

بالنسبة إلى كلّيّة يصدق على ما يوجده أنّه بيع أُكره عليه. وهذا بخلاف الكلّي الانتزاعي، حيث إنّ المكره عليه فيه عبارة عن أحد الشيئين أو الأشياء على سبيل الترديد، والإكراه على الأمر المبهم المردّد لا يوجب الإكراه على ما يختاره المكره.

والأقوىٰ هو الأوّل، وذلك لأنّ خصوصيّة هذا الصادر عن الفاعل وإن كان تحت الإختيار إلّا أنّه يصدق على فعله أنّه صادر بالإكراه أيضاً. ولولا أجل الإكراه على الجامع؛ إذ من المعلوم أنّه لولا الإكراه لما كان يوجد هذا البيع في الخارج، فليس الداعي في إيجاده تحقّقه بمعنى الاسم المصدري في الخارج، بل الداعي له هو الفرار عن ضرر المكره، من غير فرق بين قسمي التخيير، كما لا يخفى.

الأمر الثالث: هل المعتبر في تحقّق الإكراه موضوعاً أو حكماً عدم التمكّن من التفصّي عنه بوجهٍ من الوجوه، أو لا يعتبر إمكان التفصّي كذلك، أو يفصل بين إمكان التفصّي بالتورية، فيقال بعدم اعتباره، وبين إمكان التفصّي بغيرها، فيقال باعتبار عدمه، وجوهٌ وأقوالٌ[1].

والمراد من التفصّي بغير التورية هو أن يفعل ما يرفع به الإكراه إمّا بانعدام صفة الإكراه عن المكره، كأن يبعث إليه شفيع ليصرفه عن إرادة وقوع المكره عليه، أو بإنعدام المكره عليه، كما إذا أخرج عن ملكه ما أكره على بيعه.

والمراد من التفصّي بالتورية هو أن يتكلّم بصيغة البيع، لا بلحاظ فنائها في المعنى الذي هو عبارة عن استعمالها، بل بلحاظ استقلالها وبما هو لفظ، كتكلّم الهازل الذي ليس معه قصد المعنى.

وبعبارة أُخرىٰ: التورية، تحصل بإنتفاء الدرجة الثانية من القصد التي عرفت كونها من مقوّمات العقد، وأمّا ذكر اللفظ وإرادة معنى مجازي مع عدم نصب قرينة

---

١. للمزيد راجع المناهل، ص ٣١٧-٣١٩.

عليها، فهو ليس من التورية في شيء، فما في بعض الكلمات من تفسير التورية ليس بصحيح، بل هو استعمال مجازي.

فظهر ممّا ذكر أنّ ما به يتفصّى ليس في عرض المكره عليه حتّىٰ يصير المكره مخيّراً بين فعله أو فعل المكره عليه، بل ما به التفصّي مطلقاً، سواء كان تورية أو غيرها، يقع في طول المكره عليه، ومعدمٌ لموضوع فعل المكره عليه، نظير انعدام شرط الواجب المشروط الموجب لانعدام وجوبه. أمّا في التورية؛ فلأنّ من عدم قصد المعنى، وعدم تحقّق الاستعمال، لا يتحقّق العقد المكره عليه، وانتفاء العقد بالدرجة الثانية، وعدم تحقّق الاستعمال معدم لموضوع الإكراه، أعني فعل المكره عليه، أمّا في غير التورية فكذلك أيضاً، سواء كان بإيجاد ما يوجب انصراف المكره، أو بانعدام موضوع الفعل المكره عليه، وهذا ظاهر.

ويمكن أن يكون نظر من فسّر «التورية» بأنّها عبارة عمّا إذا قصد من اللفظ معناه البعيد، من غير نصب ما يدلّ عليه، إلى خصوص التورية في باب الإخبار لا الإنشاء. وإن كانت التورية في كلا البابين بجامع واحد، وهو إلغاء اللفظ إلى المخاطب بما هو لفظ وملحوظ بالاستقلال، لا أنّه مرآت إلى إلغاء المعنى وفانياً فيه، ولا يكون ملحوظاً بالاستقلال، سواء قصد حين إلغاء اللفظ على نحو الاستقلال معنى آخر أبعيداً، لا على وجه استعماله فيه، أو لم يقصد معنى آخر أصلاً.

وبالجملة فقوام التورية هو بقصد اللفظ بالاستقلال في مقابل استعماله في المعنى، من غير فرق بين إرادة معنى مع إرادة اللفظ بالاستقلال أم لا، والتورية بهذا الجامع تتحقّق في مورد الإخبار والإنشاء، وتكون خصوصيّة إرادة معنى آخر في الإخبار خارجاً عن حقيقة التورية وعن معناها.

ثمّ ليعلم أنّ جريان الأقوال الثلاث في الإكراه: من لقول بتحقّقه مع إمكان

التفصّي مطلقاً، أو عدمه معه مطلقاً، أو التفصيل بين إمكان التفصّي بالتورية أو بغيرها، إنّما يتمّ بناءً على ما تقدّم في الأمر الثاني من اعتبار التوعيد وخوف الضرر في ترك ما أُكره عليه؛ إذ على هذا يقال: هل يشترط إمكان التفصّي عن الضرر مطلقاً، أو لا يشترط مطلقاً، أو يفصل؟

وأمّا على القول بعدم اعتبار خوف الضرر فلا يبقى مورد لهذه الأقوال؛ إذ لا ضرر حينئذٍ حتّىٰ يقال باشتراط إمكان التفصّي عنه أو عدمه، بل الموضوع للحكم حينئذ هو نفس الإكراه، كما لا يخفى.

وعلى هذا فالاستدلال بصحيحه ابن سنان[1] الدالّة على تحقّق الإكراه من الزوجة والأب ونحوهما صحيح؛ إذ هي تدلّ على عدم اعتبار التوعيد في الإكراه، ومع عدم اعتباره فلا موقع لاعتبار التفصّي، فاستدلال المصنّف ﷺ بها على نفي اعتبار إمكان التفصّي بالتورية[2] إنّما هو لأجل هذه النكتة، فلا يرد عليه بأنّ الصحيحة أجنبيّةٌ عن الدلالة على عدم اعتبار إمكان التفصّي، كما أورده عليه بعض السادة الأجلّاء ﷺ[3].

نعم يرد عليه بأنّ مورد الصحيحة في اليمين، وعدم اعتبار خوف الضرر في اليمين، لا يدلّ على عدم اعتباره في المعاملات، وذلك لاعتبار عدم المرجوحيّة في اليمين دون المعاملات، واليمين تصير مرجوحاً بسبب صيرورتها مكرهاً عليه.

إذا عرفت ذلك فنقول: البحث عن إمكان التفصّي تارة بالنسبة إلى الإكراه في الإقدام على المحرّمات، كالإكراه على شرب الخمر مثلاً، وأُخرىٰ بالنسبة إلى المعاملات.

أمّا بالنسبة إلى المحرّمات، فلا إشكال في اعتبار العجز عن التفصّي بغير التورية

---

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٤٢، باب ما يلزم من الإيمان و...، ح ١٦؛ وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ٢٣٥-٢٣٦، الباب ١٦ من أبواب كتاب الإيمان، ح ١.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣١٣-٣١٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٣. للمزيد راجع المناهل، ص ٣١٧-٣١٩.

في جواز افتحام الحرام بسبب الإكراه؛ لأنّه مع التمكّن من رفع ضرر المكره بإيجاد ما ينصرفه عن إرادته، فلا يكون صدور الفعل عن المكره - بالفتح - بالإرادة الحاصلة من إيعاد المكره -بالكسر-، بل إنّما هو باختياره منه، وأمّا باعتبار العجز عن التفصّي بالتورية، فالمختار عند المصنّف ﷺ هو عدم اعتباره، فيصحّ الإقدام على الحرام عند الإكراه عليه، ولو مع إمكان التفصّي عنه بالتورية.

واستدلّ له بقضيّة عمّار حيث أُكره هو وأبواه على الكفر، وامتنع أبواه فقتلا، وتكلّم به هو ونجى، وجاء إلى النبيّ ﷺ باكياً وقصّ عليه القصّة، فقال ﷺ: «إن عادوا عليك فعد»[1] من غير أن ينبّهه على التورية عند إمكانها، فيدلّ على جواز التكلّم بكلمة الكفر ولو مع إمكان التورية، هذا محصّل مراده ﷺ.

ولا يخفى ما فيه: إذ التكلّم بالكفر من المسلم المطمئنّ قلبه بالإيمان لا يكون إلّا عن التورية، بمعنىٰ أنّ المتكلّم به لا يقصد به المعنى، ولا يكون مريداً للمعنى في مقام الاستعمال، بل إنّما يلغي اللفظ من غير إرادة معناه أصلاً، وقد عرفت أنّ هذا هو حقيقة التورية، فترخيصه ﷺ إيّاه بالإعادة على كلمة الكفر لو عاود عليه إنّما هو ترخيص في التورية، وأنّه عين الترخيص فيها، فلا دلالة في هذه القضيّة على جواز ارتكاب المحرّم عند الإكراه عليه ولو مع التمكّن من التورية، هذا.

وأمّا بالنسبة إلى المعاملات فالمذكور في أوّل العبارة هو خروج ما أُكره عليه عن الإكراه عند التمكّن من التفصّي بالتورية، أو بغيرها موضوعاً، بمعنىٰ أنّه مع التمكّن من التفصّي مطلقاً فلا إكراه حقيقة، لكن صورة إمكان التفصّي بالتورية يكون ملحقاً بالإكراه حكماً، بخلاف صورة التفصّي بغيرها، فلا يحكم فيها بحكم الإكراه، فله ﷺ دعويان:

---

١. مجمع البيان، ج ٦، ص ٥٩٧، ذيل الآية ١٠٦ من سورة النحل (١٦)؛ وسائل الشيعة، ج ١١، ص ٤٧٦، الباب ٢٩ من أبواب الأمر والنهي، ح ٢.

الأولى: خروج مورد إمكان التفصّي عن الإكراه مطلقاً ولوكان بالتورية.

الثانية: كون حكم صورة إمكان التفصّي بالتورية كحكم الإكراه.

أمّا بيان الدعوى الأُولىٰ: فبأنّ المعتبر في «الإكراه» كما عرفت هو كون صدور الفعل بالمعنى المصدري عن المكره - بالفتح - لا بداعي تحقّقه بالمعنى الاسم المصدري، بل لأجل الفرار عن الضرر المتخوّف به، ومع إمكان التفصّي عن الضرر بغير إيجاد الفعل لا يكون الداعي في إيجاده هو الفرار عن الضرر؛ لفرض إمكان الفرار عنه بغيره، فلا محالة يكون صدوره عنه حينئذ بإرادة تحقّقه بمعنى الاسم المصدري فلا يكون إكراه عليه.

وأمّا الدعوى الثانية: فلأجل إطلاق معاقد الإجماعات والأخبار الدالّة على اعتبار الرضا في المعاملات، وبطلان الطلاق مع الإكراه ولو مع التمكّن من التورية، هذا.

ولا يخفى ما فيه، إذ مع فرض خروج مورد التمكّن من التورية عن الإكراه لا يبقى موقع للتمسّك بإطلاق أدلّة حكم الإكراه لإسراء حكمه إلى مورد غير الاكراه، فإنّها ولوكان لها إطلاق بأيّ مرتبة من مراتبه لكن إطلاقها يقتضي ثبوت حكمه في مورد الإكراه، لا أنّه يجري حكمه عن موضوع الإكراه إلى غير مورده، كما لا يخفى. هذا محصّل ما أفاده في صدر العبارة مع ما فيه.

ولكنّه ذكر أخيراً بقوله: ولكنّ الأُولىٰ أن يفرّق بين إمكان التفصّي بالتورية و إمكانه بغيرها، إلى آخره[1].

وحاصله دعوى أنّ مورد التمكّن من التورية مورد الإكراه موضوعاً فيمثله حكمه، بخلاف مورد التمكّن من التفصّي بغيرها، وبيانه أنّك قد عرفت فيما تقدّم أنّ التفصّي

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣١٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بغير التورية عبارة عن إيجاد ما يوجب صرف المكره -بالكسر- عن إرادته صدور الفعل عن المكره، وذلك كبعث شفيع لديه يصرفه عمّا يريد، والتفصّي بالتورية عبارة عن إيجاد فعل يرى أنّه المكره عليه في ظرف بقاء إرادة المكره لفعله، فيموّه عليه الأمر ويتلبّس عليه، ويريه أنّه كأنّه فعل الفعل المكره عليه، مع أنّه لم يفعله وإنّما تلبّس عليه.

ففي الأوّل يرتفع الإكراه عنه بإيجاد ما يرفعه، بحيث لو لم يفعل المكره عليه واطلع المكره على عدم صدور المكر عليه عنه، لما ترتّب على المكره شيء وكان مأموناً من ضرره، لارتفاع إرادته.

وفي الثاني يكون الإكراه باقياً بحيث لو اطّلع المكره على تورية المكره، وأنّه لم يصدر عنه الفعل، وإنّما موّه على المكره ترتّب عليه الضرر، فيقال بارتفاع الضرر في القسم الأوّل دون الأخير، فلمكان وجود الإكراه في القسم الثاني يترتّب عليه حكمه دون الأوّل.

فإن قلت: في صورة التمكّن من التفصّي بغير التورية أيضاً لا يرتفع الإكراه، غاية الامر يصير الفعل المتفصّى به فرداً للجامع بينه وبين ما أُكره عليه، فيصير المكره مكرها بإيجاده أو إيجاد ما أُكره عليه، أمّا على نحو التخيير الشرعي بأن يكون أحدهما هو المكره عليه، أو على نحو التخيير العقلي بأن تعلّق الإكراه بالجامع، وقد عرفت بقاء الإكراه مع التخيير في أفراد المكره عليه؛ لعدم المنافات بين تحقّق الإختيار عن المكره في إيجاد الخصوصيّة وبين تحقّق إلاكراه على الجامع المنطبق عليها.

قلت: ما نحن فيه ليس من هذا القبيل؛ لأنّ الإكراه لا يتعلّق إلى الفعل المتفصّي به، بل هو رافع للإكراه، وهادم لموضوعه، ويكون نسبته إلى الإكراه نسبة شرط الوجوب إلى الوجوب، فيكون واقعاً في طوله، والطوليان لا يصيران فردي التخيير، لا التخيير الفعلي ولا الشرعي.

والحاصل أنّه بالتفصّي بغير التورية يخرج المورد عن الإكراه، ويرفع موضوعه،

بخلاف التفصّي بالتوريّة، فإنّ الإكراه محفوظ معه، بحيث لو علم المكره بتوريته لا وقع عليه ما توعّد عليه، هذا.

ولا يخفى ما فيه؛ فإنّ ما به يحصل الأمن عن الضرر في غير التورية إنّما هو فعليّة التفصّي بغير التورية، بمعنىٰ أنّه لو تفصّى عن الضرر بغير التورية، كبعث الشفيع ونحوه، يرتفع الإكراه. وهذا لا كلام فيه، وإنّما الكلام في أنّه مع إمكان التفصّي بغير التورية لو لم يتفصّى وأتى بفعل المكره عليه، هل يصدق الإكراه أم لا؟

والحاصل أنّ الرافع للإكراه هو فعليّة التفصّي، لا إمكانه، ضرورة أنّه ما لم يتحقّق التفصّي يكون الإكراه على حاله، فالتفصّي بالتورية مشترك مع التفصّي بغيرها في تحقّق الإكراه عند عدم فعليّتهما، وإن كانا مغايرين بعد فعلية التفصّي يرفع الإكراه بفعليّة التفصّي بغير التورية، دون فعليّة التفصي بها، إلّا أنّ الكلام في المقام إنّما هو في صورة ترك التفصّي وإتيان الفعل المكره، لا الإقدام على التفصّي وترك الفعل المكره عليه عند التفصّي بغير التورية، وإلى هذا الإشكال أشار المصنّف ﷺ في آخر كلامه بأمره بالفهم[1].

ولكن يمكن تصحيح الفرق بينهما قبل فعليّة التفصّي بدعوىٰ عدم الإكراه في الإقدام على البيع المكره عليه مثلاً مع التمكّن من التفصّي عنه بغير التورية، بخلاف الإقدام عليه مع التمكّن من التفصّي عنه بالتورية.

وبيانه أنّ المتمكّن من التفصّي بغير التورية مع إلتفاته إلى تمكّنه لو ترك التفصّي وأتى بالفعل المكره عليه، يكون تركه التفصّي واختياره الفعل كاشفاً عن قصد وقوع مضمونه بالمعنى الاسم المصدري من جهة أسهليّة وقوعه عنده عن فعل ما يتفصّى به، فيرتفع الإكراه حينئذ قطعاً؛ لكون المناط في الإكراه عدم قصد وقوع معنى الاسم

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣١٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

المصدري. وهذا بخلاف ترك التورية واختيار الفعل المكره عليه عند التمكّن منها؛ إذ لا يكشف تركها واختيار الفعل عن الرضاء بوقوع الفعل وقصد تحقّق مضمونه، والفرق بينهما ينشؤ من كون التورية أمراً على خلاف العادة؛ لأنّ طبع المتكلّمين بأيّ كلامٍ كان هو الاستعمال في المعنى، ولحاظ اللفظ فانياً في المعنى، ولحاظ اللفظ على نحو الاستقلال من غير استعمال خارج عن طبع المتكلّمين، ولا يكون مع تركه واختيار المكره عليه حينئذ كاشفاً عن إرادة المكره عليه بما يرفع به الإكراه.

هكذا أفيد ولكن للتأمّل فيه مجال، وذلك لأنّ التورية وإن كانت على خلاف الطبع والعادة، لكن تركها مع الإلتفات إليها، وأنّها طريق للتفصّي عن الفعل المكره عليه، لا محالة يكشف عن قصد الفعل المكره عليه إذ لو لم يكن قاصداً لوقوعه لما ارتكب هذا الأمر الغير العادي في التفصّي عنه، بل يمكن أن يدّعي بأظهريّة كشف ترك التفصّي بالتورية في عدم الإكراه عن كشف ترك التفصّي بغيرها؛ لأسهليّة التورية عن غيرها، ولو كان الغير خفيفاً في الغاية، وذلك لأجل كون التورية قصديّاً دون غيرها.

وبالجملة الذي يختلج بالبال عاجلاً هو عدم الفرق بين ترك التفصّي بالتورية، وبين تركه بغيرها، فإن لم يكن الأوّل كاشفاً فليكن الأوّل أيضاً كذلك، بل بطريق أولى تركه.

قوله ﷺ: «ثمّ إنّ ما ذكرنا من [إعتبار][1] العجز عن التفصّي... إلى آخره»[2].

يريد أن يذكر أنّ النسبة بين الإكراه المسوّغ لارتكاب المحرّمات وبين الإكراه الرافع لأثر المعاملات، هي العموم المطلق بأخصّيّة الأوّل عن الثاني.

---

١. أضفناه من المصدر.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣١٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

ثمّ ذكر أخيراً إمكان أخذهما على وجهٍ تكون بينهما عموم من وجه، أمّا بيان كونها عموماً مطلقاً فيتوقّف على تمهيد مقدّمة، وهي أنّه لا إشكال في اعتبار القدرة عقلاً في متعلّق الأحكام مطلقاً، إيجابيّاً كانت الأحكام أم تحريميّاً، كما أنّه كثيراً ما يكون الحكم الشرعي مشروطاً بالقدرة على متعلّقه شرطاً شرعيّاً، لكن بين القدرتين فرقاً، أعني بين ما يشترطه العقل وبين ما يشترطه الشرع، فالشرط عند العقل هو التمكّن من إيجاد متعلّق الحكم في الأمر وتركه في النهي مطلقاً بأيّ وجهٍ كان، ولو بإيجاد القدرة على إيجاد المتعلّق أو تركه.

ومع العجز عن الامتثال بقول مطلق بواسطة عدم القدرة على المتعلّق فعلاً وعدم التمكن من تحصيل القدرة عليها، يحكم بسقوط التكليف من ناحية حكمه بقبح مطالبة العاجز بما لا يقدر عليه، وأمّا في الشرط الشرعي، فالشرط هو نفس القدرة الفعليّة، فلو لم يكن متمكّناً من الامتثال فعلاً، ولكنّه كان متمكّناً من تحصيل القدرة على القدرة، لما وجب تحصيلها، بل عند حصولها من باب الاتفاق يتحقّق الحكم المشروط بها.

ويترتّب على الأوّل وجوب تحصيل المال بالكسب ونحوه عند التمكّن من تحصيله لأجل أداء الدين لو كان واجباً ولم يكن عنده مال موجود بالفعل، وعلى الثاني عدم وجوب تحصيل الاستطاعة لأجل الحجّ إذا لم تكن موجودة عند التمكّن من تحصيلها.

والسرّ في هذه التفرقة واضحٌ؛ إذ الشرط العقلي من القدرة إنّما صار شرطا بحكم العقل لأجل قبح مطالبة العاجز، والمفروض أنّ المتمكّن من تحصيل القدرة على الشيء ليس عاجزاً عنه بواسطة إمكان تحصيل القدرة عليه، فليس في إلزامه على الشيء عند العقل جهة قبح، وهذا بخلاف القدرة الشرعيّة؛ إذ هي لمكان دخلها

في ملاك الحكم إذا لم يكن، لم يكن الحكم ذا ملاك، ومع فقد ملاكه لا موجب لتحصيل القدرة عليه لكي يصير ذا ملاك.

وبعبارة أُخرىٰ: وجوب تحصيل القدرة عليه يتوقّف على تماميّة ملاكه، والمفروض أنّه بالقدرة عليه يصير ذا ملاك، كما لا يخفى.

إذا عرفت هذا فنقول: المسوّغ في ارتكاب المحرّمات هو العجز بقول مطلق، بحيث لا يكون قادراً على الترك، ولا على تحصيل القدرة عليه، فلو لم يكن قادراً فعلاً ولكنّه كان متمكّناً من تحصيل القدرة على الترك، بأن يخرج عن هذا المكان الذي أُكره فيه على ارتكاب المحرّم إلى ما فيه أنصاره في دفع الإكراه عنه، لم يجز الارتكاب من جهة تمكّنه على الترك بواسطة التمكّن من تحصيل القدرة عليه، والرافع لأثر المعاملات هو العجز الفعلي عن ترك المعاملة المكره عليها، ولو مع التمكّن من رفع العجز عن نفسه. والفارق بينهما إمّا اعتبار العجز المطلق في جواز ارتكاب المحرّم فيما تقدّم من كون القدرة المعتبرة في ترك إمتثاله عقليّ، وقد عرفت أنّ المعتبر منها هو القدرة في الجملة. ولو بالقدرة على القدرة، وأمّا اعتبار العجز الفعلي في رفع أثر المعاملات ولو مع التمكّن في رفعه عن نفسه، فلأنّ المناط في رفع أثر العقد، كما عرفته سابقاً إنّما هو كون صدوره لا لأجل ترتّب مضمونه الاسم المصدري عليه، فكلّما تحقّق هذا المعنى يصير منشأً لرفع أثره، من غير فرقٍ بين ما إذا كان متمكّناً من تحصيل القدرة على رفعه عن نفسه، أم لا، ولا منافات بين هذا وبين اعتبار عدم التمكّن من التفصّي في رفع أثر العقد بالإكراه، وذلك لأنّ اعتبار عدم التمكّن من التفصّي في مورد اعتباره كان فيما إذا كان مع التمكّن من التفصّي لم يصدق الإكراه، بمعنىٰ أنّه صدر عنه العقد بداعي وقوع مضمونه، وفي هذا المقام يكون القول بكفاية العجز الفعلي من جهة صيرورته منشأً لتحقّق ما هو المناط في البطلان، أعني عدم داعويّة وقوع مضمون العقد في إيقاع العقد.

والحاصل أنّ الملاك في رفع أثر العقد بالإكراه إنّما هو انتفاء قصد مضمونه بالمعنى الاسم المصدري، فكلّما تحقّق هذا الملاك يرتفع أثره، لكنّه مع العجز الفعلي يتحقّق، كما هو الوجدان، فيكون أثره مرتفعاً ولو كان قادراً على رفع العجز عن نفسه، لكن ما دام لم يرفعه عن نفسه كان ملاك الارتفاع متحقّقاً، فظهر أنّ القدرة المعتبرة في فعليّة التكليف بالمحرّمات قدرة عقليّة مشروطة بحكم العقل، وهي الأعمّ من التمكّن على ترك المحرّمات، أو التمكّن من تحصيل التمكّن على تركها في مقابل العجز بقول مطلق، الذي هو المسوّغ للارتكاب، والقدرة المعتبرة في ترتّب أثر المعاملات هي نظير القدرة التي شرط شرعي في التكاليف، وهي فعليّة التمكّن من الإتيان بمتعلّق التكليف في مقابل العجز عنه، ولو مع التمكّن من رفع العجز.

هذا تمام الكلام في بيان كون النسبة هي العموم المطلق.

وأمّا بيان العموم من وجه، فبأن يقال: المسوّغ لارتكاب المحرّم هو دفع الضرر أعمّ من أن يكون الضرر من جهة إكراه مكره أو غيره. والرافع لأثر المعاملة هو عدم قصد المعنى الاسم المصدري أعمّ من أن يكون أيضاً لإكراه أو غيره. فيتصادقان فيما إذا كانا كلاهما للإكراه، ويفترق الحكم التكليفي عن المعاملات بما إذا كان المسوّغ غير الإكراه. وتفترق المعاملات عن التكليف بما إذا كان الرافع لأثرها هو عدم قصد مضمونها بمعنى الاسم المصدري، من جهة العجز الفعلي ولو مع القدرة على دفعه.

الأمر الرابع: الإكراه الرافع لأثر العقد إنّما يكون رافعاً له فيما إذا اعتبر في ترتّب أثره عليه قصد ترتّبه، أعني المعنى الاسم المصدري، أمّا إذا لم يكن هذا القصد معتبراً في ترتّبه فلا يكون الإكراه رافعاً لأثره، ويترتّب على ذلك صحّة ما أُكره عليه بحقّ، كالراهن الذي أُكره على بيع العين المرهونة، وكذا كلّ ممتنع عن أداء ما عليه عند إكراهه على بيع ما عنده، ويسقط اعتبار طيب نفسه على البيع، وهل يسقط

اعتبار مباشرته للعقد أيضاً كما يكون اعتبار رضاه ساقطاً، أو يعتبر مباشرته بنفسه مع إمكانه، ومع التعذّر يباشره الآخر، وجهان:

أقواهما الأخير، وذلك لعدم ما يقتضي سقوطه بعد انحلال خطاب وجوب الوفاء بأحكام متعدّدة حسب تعدّد العقود بحسب تعدّد العاقدين، فكلّ عاقد يتعلّق به وجوب الوفاء بعقده المغاير مع وجوب الوفاء الثابت في عقدٍ صادر عن شخص آخر، فيكون الممتنع هو المخاطب بوجوب الوفاء، ولازمه صدور العقد عنه نفسه، نعم إذا امتنع عن المباشرة بنفسه يسقط اعتبار مباشرته.

الأمر الخامس: قد تقدّم أنّ الإكراه على الكلّي المتأصّل المستلزم لبقاء الاختيار بالنسبة إلى الخصوصيّات على نحو التخيير العقلي، أو على الكلّي الانتزاعي المستلزم لبقاء الإختيار بالنسبة إلى الخصوصيّات على نحو التخيير الشرعي، مستلزمٌ لرفع أثر العقد بالنسبة إلى ما يختاره، لأنّ اختياريّة الفرد لا يخرج المعاملة عن كونها مكرها عليها بعد كون المناط في رفع الأثر بالإكراه هو انتفاء قصد المعنى الاسم المصدري حسبما تقدّم، لكن رفع الأثر به إنّما هو فيما إذا لم يكن للفرد الذي يختاره خصوصيّة فرديّة زائدة عن أصل الطبيعة المكره عليها، وإلّا فلا يحكم بالبطلان، كما إذا أكره على أحد بيعين الذين يكون أحدهما المعيّن ملزماً به من غير ناحية هذا الإكراه، كما إذا كان ملزماً على بيع داره من جهة الرهن فأُكره على بيعه أو بيع عبده، فاختار بيع عبده؛ إذ اختيار هذا إنّما يكون لأجل قصد تحقّق معناه الاسم المصدري حينئذ، فلا يحكم بالبطلان، ومثل ذلك في التكاليف ما إذا أُكره على شرب أحد ما يعين من الخمر أو الخلّ، إذ هو لا يسوغ اختيار الخمر إلى الخلّ. أو أُكره على شرب أحد مائين أحدهما خمر ومغصوب والآخر خمر أو مغصوب فقط؛ إذ هو لا يسوغ اختيار ما كان منها خمراً وغصباً معاً، وهذا بخلاف ما لو أُكره على أحد الخمرين أو أحد المغصوبين، فإنّه يسوغ اختيار كلّ واحد منها شاء، كما لا يخفى.

والحاصل أنّ الإكراه على القدر المشترك إنّما يؤثّر في جواز ارتكاب أحد أفراده في التكاليف. أو في رفع أثر ما يوجد من الأفراد في المعاملات لو كانت أفراده متساوية الإقدام في صدقه عليها، بحيث لم يكن لبعضها خصوصيّة زائدة. ولو كان كذلك بحيث كان الإكراه على الجامع باعتبار وجوده في بعض الأفراد مؤثّراً، وباعتبار وجوده في بعض الآخر غير مؤثّر، بحيث كان الأثر في الفرد المؤثّر ناشياً عن الخصوصيّة الفرديّة، لم يكن الإكراه على الجامع منشأً لجواز ارتكاب ما للإكراه أثر في جوازه من الفرد في التكاليف، أو لرفع ما للإكراه أثر في رفعه من الفرد لو اختار المكره ذاك المؤثّر، كما لو أُكره على الجامع بين أداء دينه أو بيع ماله؛ إذ لا تأثير للإكراه بالنسبة إلى أداء الدين، وله تأثير في بيع ماله برفع أثره، فإذا اختار المكره في هذه الصورة بيع ماله على أداء الدين لم يوجب الإكراه على الجامع رفع أثر ما اختاره؛ لمكان أنّ الأثر مترتّب على هذه الخصوصيّة، والمفروض أنّه لا إكراه بالنسبة إليها.

هذا كلّه لو كان الإكراه على الكلّي المتأصّل والانتزاعي الجامع بين الأفراد العرضيّة، وقد ظهر التحقّيق فيه من عدم الفرق فيه بين التكاليف والمعاملات، وأنّه مع تساوي إقدام الأفراد وانتفاء خصوصيّة فيها، وعدم تخصّص بعضها بخصوصيّة موجبة لرفع أثر الإكراه بالنسبة إليه، يكون الإكراه مؤثّراً في جواز ارتكاب أيّ فردٍ يختاره المكره في التكاليف، وفي رفع أثر كلّ فرد يختاره في المعاملات.

ومع عدم التساوي بل اختصاص بعض الأفراد بخصوصيّة موجبة لرفع أثر الإكراه بالنسبة إليه، لا يكون الإكراه مؤثّراً بالنسبة إلى جواز ارتكاب الفرد الآخر الذي لو وقع الإكراه بخصوصيّته لكان مؤثّراً في التكاليف، أو رفع أثر ما يختاره المكره في رفع أثره.

وأمّا لو كان الأفراد طوليّاً، فهل هي كالأفراد العرضيّة في عدم الفرق فيها بين التكاليف وبين المعاملات، أو يفصل فيها بينهما؟ وجهان: أقواهما الثاني.

أمّا في التكاليف فبأن يقال: إنّ الأقوىٰ عدم تحقّق الإكراه بالنسبة إلى الفرد الموسّع ما لم يتضيّق وقته، كما إذا أُكره على شرب الخمر مثلاً من أوّل الظهر إلى الغروب، فإنّه لا إشكال في عدم جواز الإرتكاب في أوّل الوقت مع احتمال زوال الإكراه في آخره، وأمّا مع القطع ببقائه بحيث يكون مضطرّاً إلى الشرب إمّا في هذا الوقت أو في آخره، فربّما يتوهّم جواز المبادرة إليه لكون ما يأتي به أحد أفراد الجامع المكره عليه.

لكنّ التحقيق عدم جواز المبادرة؛ لأنّ المناط في جواز ارتكاب الحرام بالإكراه هو عدم المناص في تركه، ومعلوم أنّه في أوّل الوقت متمكّن من الترك في غاية التمكّن، وصيرورته لا مناص في آخر الوقت لا يوجب تجويز الإرتكاب مادام له مناص في الترك، فيكون نظير عدم جواز المبادرة إلى التيمّم في أولي الأعذار ولو مع العلم ببقاء العذر إلى آخر الوقت.

لو قيل به أقول: ونظيره أيضاً دوران الأمر بين ترك جزء أو شرط من الواجب المتقدّم أو المتأخّر، كما إذا دار الأمر بين ترك القيام إمّا من صلاة الظهر أو صلاة العصر، حيث قد تحقّق في باب الترتّب عدم جواز المبادرة في تركه فيما إذا لم يكن المتأخّر أهمّ، هذا في التكاليف.

وأمّا في المعاملات، فالتحقيق فيها هو مؤثّريّة الإكراه في رفع أثر المعاملة فيما إذا كان الإكراه على الجامع بين الأفراد الطوليّة لو اختار المكره أوّل الأفراد منه، وذلك لتحقّق ما هو المناط في رفع الأثر بالإكراه، وهو انتفاء قصد المعنى الاسم المصدري، ضرورة أنّه حين إيقاع الفرد الأوّل ممّا أُكره عليه ليس داعيه في إيقاعه إلّا الفرار عن وعيد المكره، لا وقوع مضمونه، فظهر التفاوت في الأفراد الطوليّة بين التكاليف وبين المعاملة بعدم تأثير الإكراه في ترخيص المبادرة إلى فعل المكره عليه في التكاليف، وتأثيره في رفع أثر ما يبادر إلى فعله في المعاملات.

[في بيع المكره]

وقوله ﷺ: «ثمّ إنّ إكراه أحد شخصين على فعل واحد ... إلى آخره»[1].

[الأمر السادس]: هذا هو ممّا يجب التنبيه عليه في عقد المكره.

والكلام في إكراه أحد شخصين للبدل تارة يقع في المعاملات وأُخرىٰ في العبادات، وعلى كلا التقريرين فإمّا أن يكون المكره عليه فعلاً واحداً شخصيّاً، كشرب هذا الخمر في التكاليف، وكإيقاع البيع على مال شخصي خارجي إذا وقع الإكراه على أحد شخصين في إيقاعه، ولابدّ من أن يفرض اجتماع شرائط صحّة البيع فيما يوقعانه ما عدا الرضا. وعلى ذلك فينحصر تصوير إكراه أحد شخصين على بيع مال شخصيّ ممّن لهما السلطنة على البيع من مثل الأب والجدّ الوليّين على مال الصغير، أوالوصيّين إذا كان كلّ واحدٍ منهما مستقلّاً في التصرّف، وكيف كان فالكلام يقع في صور:

الأولىٰ: في إكراه أحد شخصين على بيع مال شخصيّ، كإكراه الأب والجدّ على إيقاعه على نهج التصوير في الوجوب الكفائي.

والتحقيق فيها هو ما أفاده المصنّف ﷺ من تحقّق الإكراه في فعل كلّ واحد منها مطلقاً، سواء كان أحدهما، أوكلّ واحد منها عالماً بأنّه لو لم يصدر منه المكره عليه ليصدر عن الآخر، أو أنّه لا يصدر من الآخر، أوكان شاكّاً في صدوره من الآخر، لأنّ علم كلّ واحد بصدور الفعل عن الآخر لا يخرج الفعل عن الإكراه بعد فرض كون الفعل واحداً بالشخص.

ضرورة أنّه حينئذ يقع على صفة الإكراه، سواء صدر عنه أو عن الآخر، فعلمُ

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

أحدهما بصدوره عن الآخر علمٌ بصدوره عنه على وصف الإكراه، فعدم امتناع كلٍّ لا يخرج الآخر عن كونه مكرهاً، كما لا يخفى.

الثانية: في إكراه أحد شخصين على أحد فعلين، لا على فعل معيّن، كما إذا أكره زيداً أو عمراً على أن يبيع زيد داره، أو عمرو غلامه، وهذه الصورة غير مذكورة في المتن؛ لأنّ المفروض فيه كون الإكراه على فعل واحد، وهو منحصر بالصورة الأولى، وحكم هذه الصورة يختلف بحسب اختلاف كلّ واحد منهما، من حيث كونه عالماً بأنّه لو لم يوقع البيع لأوقعه الآخر، أو أنّه يمتنع الآخر عن إيقاعه، أو كونه شاكّاً، وعلى فرض العلم كان العالم منها واحداً منها فقط، أو كان كلٌّ عالماً بإقدام أو بإمتناعه، فهنا فروض:

الأوّل: ما إذا كان أحدهما عالماً فقط بأنّه لو لم يقدم لَيقدم الآخر ويرفع وعيد المكره بإقدامه عن نفسه المقدم، وعن هذا العالم بإقدامه.

وحكم هذا الفرض عدم تحقّق الإكراه بالنسبة إلى هذا العالم بإقدام الآخر؛ لأنّه مأمون في ترك ما أُكره عليه بفعل الآخر، الذي رافع لضرر المكره عن نفسه وعن هذا العالم، فلو أقدم والحال هذه لم يكن فعله إكراهيّاً، كما لا يخفى.

الثاني: أن يكون عالماً بعدم إقدامه، والظاهر عدم الإشكال في تحقّق الإكراه في هذه الصورة؛ لأنّ فعله في تلك الحالة ليس إلّا لأجل الفرار عن وعيد المكره، إذا هو يعلم بأنّه لا مناص له عنه إلّا بفعله من جهة علمه بامتناع الآخر، و هذا ظاهر.

الثالث: أن يكون شاكّاً في إقدامه، وحكمه هو حكم الفرض الثاني، وذلك لتحقّق الإكراه في فعله من جهة كون فعله حينئذ لأجل الفرار عمّا يتوعّد عليه.

الرابع: أن يكون كلّ واحدٍ منها عالماً بإقدام الآخر، فلا يخلو حينئذ إمّا أن يقدما معاً دفعةً واحدةً بأن يوجد كلّ واحد ما أُكره عليه في ظرف إيجاد الآخر، أو يكون

بينهما ترتّب بالتقديم والتأخير، فيمكن أن يقال بعدم الإكراه على كلا التقدرين؛ لوجود المناص لكلّ واحدٍ منها بعلمه بفعل الآخر، الذي به يدفع ضرر المكره عن نفسه وعن قرينه في الإكراه.

ويمكن أن يفصل بين ما إذا أوجدا دفعة، وما إذا أوجدا بالترتيب، بالقول بالإكراه في الأوّل دون الأخير، أمّا الأوّل فلمناط تحقّق الإكره في فعل كلّ واحد منها، حيث إنّه يصدق عليه بأنّه فعل لأجل الفرار عن التوعيد؛ وأمّا في الثاني فلعدم تحقّقه لا في الفعل المتقدّم ولا في الفعل المتأخّر؛ أمّا في المتأخّر فواضح؛ لمكان ارتفاع ضرر المكره بالفعل الأوّل، فلا إكراه حينئذ في الفعل الأخير، وأمّا في الأوّل فلعلمه بوجود المناص، وهو الفعل المتأخّر الرافع لضرر المكره عن نفسه وعن قرينه، هذا. ولكن شيخنا الأُستاذ - دامت إفاداته - اختار أخيراً صدق الإكراه في جميع الصور[1]، سواء كان الفعلان متقارنين، أو كان بينهما الترتّب - لكن بالنسبة إلى المتقدّم -، سواء كان مع العلم من أحدهما أو من كليهما بالإقدام أو بعدمه أو مع الشكّ، كلّ ذلك لأجل صدق الإكراه فيما يصدر منه؛ لما عرفت مراراً من كون مناطه هو عدم صدور الفعل عن الفاعل لأجل ترتّب معناه الاسم المصدري عليه، بل لمكان الفرار عن ضرر المكره.

ولا يخفى أنّه مع العلم بإقدام الآخر لو فعل أحدهما يصدق على فعله أنّه فعل لأجل الفرار عن الضرر المتوعّد عليه، فيتحقّق الإكراه.

هذا حسبما استفدناه منه، ولا يخلو عن منع، ولم يبيّن -دامت إفاداته- حال إكراه أحد الشخصين في التكاليف.

ولا يخفى أنّه يعلم حكمه ممّا تقدّم، وحاصله عدم صدق الإكراه مع العلم

---

١. للمزيد راجع كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بصدور الفعل عن الآخر مطلقاً، سواء كان المكره عليه فعلاً شخصيّاً، كإكراه أحد شخصين على شرب هذا الخمر لو كان كلّ واحدٍ منهما أُكره على غير ما أُكره عليه الآخر، كما إذا أكرها على شرب الخمر أو النجس بأن أكره زيداً أو عمراً على أن يشرب زيد الخمر، أو يأكل عمرو المائع المتنجّس، أو أكره هذا على شرب هذا الخمر والآخر على شرب كأسٍ آخر، بأن يقول: إمّا أن تشرب أنت هذا الخمر، أو يشرب هو ذاك، وإلّا لَعاقبتكما، وذلك لأنّه مع علم أحدهما بفعل الآخر يكون قادراً على ترك ما أكره عليه عقلاً، ومع القدرة العقليّة على الترك يلزم الترك، ولا أثر معه للإكراه كما تقدّم، ومع العلم بترك الآخر يجوز له الإقدام فيؤثّر الإكراه في جوازه، ومع الشكّ في إقدام الآخر يجب الصبر إلى أن يقدم الآخر أو ييأس عن إقدامه إذا كان في زمان الصبر مأموناً عن ترتّب الضرر، وإلّا فيجوز الإقدام.

قوله ﷺ: «واعلم أنّ الإكراه قد يتعلّق بالمالك ... إلى آخره»[1].

[الأمر السابع]: هذا هو ممّا يجب التنبيه عليه في المقام. وتوضيحه أنّ الإكراه تارة يقع على المالك في إيجاد عقدٍ أو إيقاع بالمباشرة، وأُخرىٰ على المالك في توكيل غيره على إيقاع عقد أو إيقاع، وثالثة في توكيل الوكيل عن موكّله، أي يكرهه لأن يصير وكيلاً عن الغير، سواء كان المكره هو الموكّل نفسه، كأن يكرهه في قبول الوكالة عن نفسه، أو كان غيره، كأن يكرهه في أن يصير وكيلاً عن الغير.

أمّا الأوّل: أعني إكراهه في غير عقدٍ أو إيقاع بالمباشرة، فهو ما تقدّم حكمه.

وأمّا الثاني: أعني إكراهه في أن يؤكل الغير في إيقاع عقدٍ أو إيقاع، فلا إشكال في أنّ الإكراه على الوكالة يرفع أثر الوكالة، فتقع الوكالة باطلة، بمعنىٰ عدم ترتّب أثرها

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

عليها قبل الإجازة، وأنّ ما يفعله الوكيل من العقد أو الإيقاع يكون فضولياً، إنّما الكلام فيما بعد الإجازة، فإنّ المكره إنّما يجيز عقد الوكالة نفسه، أو يجيز ما فعله الوكيل من العقد أو الإيقاع، فالكلام يقع فيه من جهتين:

الأولىٰ: في أنّه هل يتعيّن للمالك لو أراد الإجازة أن يجيز عقد الوكالة أو يتعيّن إجازة ما صدر عن الوكيل فضولاً، أو لا يتعيّن شيئاً منها، بل له أن يجيز كلّ منهما أراد.

الثانية: في أنّه هل يتفاوت إجازة عقد الوكالة مع إجازة ما صدر عن الوكيل، أو لا تفاوت بينهما أصلاً وتكون إجازة عقد الوكالة في النتيجة، كإجازة ما صدر عن الوكيل من غير تفاوت بينهما.

أمّا الجهة الأُولىٰ فالظاهر فيها اختيار المجيز في أن يجيز الوكالة، أو ما صدر عن الوكيل، أمّا اختيار إجازة عقد الوكالة؛ فلأنّه عقد صادر عن المكره، يصحّ أن يتعقّب بإجارته، كما سيأتي تفصيل القول فيه؛ وأمّا اختيار ما صدر عن الوكيل فلأنّه فضوليّ فيصحُّ تعقّبه بالإجازة لو كان عقداً، ولا يكون قابلاً للإجازة لو كان إيقاعاً.

وأمّا الجهة الثانية: فربّما يقال بالفرق بين إجازة ما صدر عن الوكيل وبين إجازة عقد الوكالة نفسه بأنّ الإجازة لو تعلّقت بالفعل الصادر عن الوكيل يفرق بين ما كان عقداً أو إيقاعاً بصحّة الأوّل بالإجازة دون الأخير، ولو تعلّقت بعقد الوكالة فإن قلنا بالنقل وتحقّق الوكالة من حين الإجازة فكذلك أيضاً، حيث إنّ الصادر من الوكيل قبل الإجازة حينئذ يصير فضولياً، فيبطل لو كان إيقاعاً، ويصحّ بتعقّبه بالإجازة لو كان عقداً، وإن قلنا في الإجازة بالكشف فيصحّ ما صدر من الوكيل مطلقاً ولو كان إيقاعاً؛ إذ الإجازة حينئذ كاشفة عن تحقّق الوكالة من حين وقوعها، فيكون الإيقاع الصادر عن الوكيل صادراً عن الوكالة، ولا يكون فضولياً، هذا، ولكنّه توهّمٌ فاسدٌ. وذلك لأنّ الترديد بين الكشف والنقل إنّما يصحّ في ما عدىٰ العقود الإذنيّة، حيث إنّه يصحّ

أن يقال فيه بكاشفيّة الرضا الحاصل من حين الإجازة عن تحقّق مضمون العقد من حين وقوعه على ما يأتي تصوّره، وأمّا العقود الإذنيّة التي ليس المنشأ فيها إلّا نفس الإذن والرضا، فلا يعقل فيها غير النقل؛ إذ لا يعقل أن يقال فيها بكاشفيّة الإذن الحاصل حين الإجازة عن تحقّق الإذن من حين العقد؛ لأنّ المفروض عدم حصول الاذن إلى حين الإجازة، فلا إذن قبله في مرحله الثبوت حتّىٰ تكون الإجازة كاشفة عنه، وعلى ذلك فلا فرق في تعلّق الإجازة بعقد الوكالة نفسه، أو بما صدر عن الوكيل في أنّه يبطل لو كان إيقاعاً، ويصحّ بالإجازة لو كان عقداً، هذا تمام الكلام في الثاني.

وأمّا الثالث: أعني إكراه الوكيل على قبول الوكالة مع رضاء المالك على ما يصدر من الوكيل، سواء كان هو المكره أو أكرهه غيره على قبول الوكالة.

فالتحقيق فيه عدم ترتّب أثر على هذا الإكراه أصلاً، وذلك لأنّ أثر الإكراه إنّما هو رفع أثر المعاملة فيما إذا كان في رفعه منّة، كما استفيد من دلالة حديث الرفع ونحوه، وليس في إكراه قبول الوكالة أثر على الوكيل حتّىٰ يرفع بالإكراه، وإنّما أثره على الموكّل، والمفروض رضاه بما يصدر عن الوكيل، فلا يكون أقلّ من الفضولي، أو عقد المكره المتعقّب بالإجازة، هذا.

وربما يقال بعدم الصحّة، كما احتمله في *المسالك*[1] وليس له وجه معتدّ به. اللهمّ إلّا أن يحمل على ما إذا كان في الوكالة ثمرة مترتّبة على الوكيل، كضمانه المهر فيما لو كانت المعقودة جاهلة بكونه وكيلاً، أو ضمانه العيب في البيع لو كان المشتري جاهلاً بكونه وكيلاً، لكنّه فرض نادر يبعد حمل الكلام عليه، وإنّما كان في هذا الفرض يصحّ القول برفع أثر الوكالة وهو ضمان المهر أو العيب مثلاً بسبب الإكراه.

والحاصل أنّ الإكراه على قبول الوكالة، لا يؤثّر في رفع أثره، بل تقع الوكالة ولو مع

---

١. مسالك الأفهام، ج ٧، ص ٢١٧ (ضمن موسوعة الشهيد الثاني، ج ٢٣).

عدم رضا الوكيل، من غير فرقٍ في ذلك في الوكالة أو في الإذن في التصرّف، أو بعبارة أُخرىٰ بين الوكالة العقديّة والإذنيّة إلّا إذا كان في الوكالة أثر يترتّب على الوكيل، فإنّه يصير مرفوعاً بسبب الإكراه، هذا.

وربما يورد على ما ذكرناه بأنّ الإكراه في الوكالة يرفع أثرها ولو لم تكن لها أثر على الوكيل؛ إذ لا يحتاج في رفع الأثر بالإكراه إلى أن يكون الأثر ضرر من يراد رفعه عنه بالإكراه، بل يكفي في رفعه كونه مخالفاً بغرضه وإن لم يكن ضرراً عليه، كيف و إلّا يلزم الالتزام بصحّة الهبة الغير المعوّضة إذا أُكره المتّهب على قبولها، إذ ليس في قبولها ضرر عليه.

قال شيخنا الأُستاذ – دامت إفاداته –: لا ينبغي الإشكال في أنّ أدلّة الإكراه مسوقة في مقام الامتنان اللازم لكون المرفوع بها ما في رفعه امتنان، وهو منحصر بما كان في وضعه ضرر على من هو عليه، وعلى ذلك فيختصّ بما فيه ضرر على المكره.

وأمّا النقض بالإكراه على قبول الهبة، ففيه أنّ نفس قبول الهبة والقهر عليه، والجبر على إدخال المال في ملكه بلا اختيار منه في ذلك، ضررٌ عليه، يدفع بأدلّة الإكراه.

أقول: فليكن نفس جبره على قبول الوكالة و إلزامه على التوكّل بلا اختيار منه ضرراً عليه، يدفع بأدلّته، فالفرق بين الإكراه على قبول الهبة وبين الإكراه على قبول الوكالة مشكلٌ، مع أنّ صيرورة الإنسان وكيلا عن الغير بلا رضا منه، بل قهراً عليه في الوكالة العقديّة شيء غير معهود، فتأمّل.

قال: – دامت بركاته –: وحاصل الكلام أنّه تارة يقع الإكراه على نفس قبول الوكالة، ثمّ بعد قبول الوكالة عن كره يصدر عنه الفعل الذي وكّل فيه بالاختيار، أعني يتوكّل في إيقاع المعاملة عن كرهٍ، ثمّ يصدر منه المعاملة بعد التوكّل عن كرهٍ

بالإختيار، وهذا هو ما تقدّم من أنّه لاحكم للإكراه على نفس التوكّل، لأنّه ليس فيه ضرر على الوكيل حتّىٰ يرفع بأدلّة الإكراه، وأُخرىٰ يقع الإكراه على إيقاع المعاملة بعد تحقّق التوكّل منه بالاختيار، كما إذا أُكره الوكيل المفروض أوغيره في إيقاع ما يكون وكيلاً في إيقاعه، وحكم الإكراه في هذه الصورة كحكم إكراه الأصيل من غير تفاوت، ولذا مثّلنا في إكراه أحد الشخصين في بيع مال شخصي على نحو الوجوب الكفائي، مثل الوكيلين في بيع مال شخصي، أو وصيّين أو وليّين، أو وكيل وأصيل، حيث إنّ إكراه الوكيل في بيع ما وكّل فيه كإكراه الأصيل نفسه.

[فروع]

قوله ﷺ: «فروعٌ ... إلى آخره»[1].

لا يخفى أنّ المناسب في التعبير بعد ذكر الفروع هو عدّ الفروع على نحو يمتاز كلٌّ عن الآخر، لا بما ذكر في المتن من الاختلاط والاندماج، فتقول: هاهنا فروع:

[الفرع] الأوّل: لو أكرهه على بيع واحدٍ غير معيّن، كبيع أحد دارين أو أحد عبدين ونحوهما، ولم يرتكب المكره نفس ما أكره عليه فقط، بل إمّا زاد عليه كما إذا باعهما معاً أو نقص عنه، بأن باع نصف أحدهما، فهل يكون مثل ما إذا صدر منه الفعل المكروه عليه أولا؟ وجهان: وتحقيق الكلام يحتاج إلى إعادة البحث في معنى «الإكراه» وبيان حقيقته، فنقول: إنّ الإكراه عبارة عن كون إرادة الفاعل في فعله ناشياً عن إرادة المكره بالكسر، وكان المحرّك له في فعله هو إرادة المكره، بحيث لو لا إرادته لما كان الفاعل مريداً، فكان الفاعل يفعل بإرادة المكره لكون إرادته عكس

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

إرادة وظلّها، وبعبارة أوضح إرادته فاعل المعاملة تارة تنشأ من قبل داع غير مستند إلى المكره وإرادته، وأُخرىٰ تكون ناشئة عن إرادة المكره، فيريد الفاعل لمكان إرادة المكره. ثمّ هذا الثاني تارة تكون نفس إرادة المكره بنفسها بلا مؤنة أُخرىٰ داعية للفاعل في فعله وأُخرىٰ تكون بمؤنة التوعيد على ترك اختيارما يريده، بحيث لولا ذاك الوعيد لما يفعل الفاعل بواسطة نفس إرادة المكره، ولا شبهة أنّ الإكراه إنّما هو الأخير، فصدور الفعل عن الفاعل إذا لم يكن بداعي إرادة المكره، أوكان ولكن كان الداعي نفس الإرادة، لا اقترانها بالتوعيد على الترك، لم يكن إكراهيّاً.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ **هنا ثلاث مسائل**:

الأُولى: فيما إذا أُكره على بيع أحد الشيئين -كعبدين مثلاً- لا بعينه، فاختار المكره بيعهما معاً.

الثانية: أن يكره على بيع شيء معيّن، كهذا البعد مثلاً، فباعه المكره مع شيء آخر صفقة واحدة.

الثالثة: أن يكره على بيع الغير المعيّن، كبيع أحد عبدين فاختار بيع نصف أحدهما.

وحيث يتوهّم الفرق في هذا المسائل الثلاث في حكم الإكراه يكون الأنسب أن يعنون كلّ واحدة على حدة، فنقول:

أمّا المسألة الأُولىٰ: فالحقّ فيها صحّة بيع ما يختار بيعه، وهو مجموع الشيئين اللذين تحقّق الإكراه بالنسبة إلى أحدهما، وذلك لأنّ بيع المجموع لم يكن متعلّق الإكراه، وليس متعلّق إرادة المكره بالكسر، فلا يكون الداعي في إرادة المكره لبيع المجموع هو إرادة المكره مقترناً بوعيده، فلا يصدق على فعله هذا عنوان الإكراه، كما لا يخفى.

فإن قلت: مجموع الأمرين وإن لم يكن مكرهاً عليه إلّا أنّ المكره عليه -وهو أحدهما- موجود في ضمن المجموع، ويكون إرادته بداعي إرداة المكره، فيتحقّق

الإكراه بالنسبة إليه وإن انتفى عن المجموع من حيث هو مجموع، لكن انتفاؤه عن المجموع لا ينافي ثبوته لبعض آحاده، ويكون كبيع ما يملك مع مالا يملك كمال نفسه مع مال غيره، أو كبيع ما يملك مع مالا يملك، كبيع الخلّ والخمر، حيث حكموا بصحّة البيع فيما يملك وما لا يملك، مع أنّ إرادة البيع لم تتعلّق إلّا إلى المجموع، وليس وجه الصحّة إلّا إرادة بيع ما يصحّ بيعه في ضمن إرادة بيع المجموع، فينحلّ البيع إلى بيع هذا وذاك فيصحّ في هذا ويبطل في ذاك.

قلت: تعلّق الإرادة بما أُكره عليه في ضمن إرادة المجموع لا يجعل صدور المكره عليه إكراهيّاً، وقياسه بباب بيع ما يملك وما يملك فاسدٌ، وذلك لأنّ الإرادة المتعلّقة بالمجموع هي التي تصير منشأً لصدور كلّ واحد من أجزائه، فتكون الأجزاء صادرة بعين إرادة الكلّ، وهذا معنى كون إرادة الأجزاء في ضمن إرادة الكلّ، ولا شبهة أنّ إرادة الكلّ ليست منبعثة عن إرادة المكره.

ضرورة أنّه ما أراد إلّا أحدهما ولم يرد الكلّ ولم يتوعّد عليه، وإذ تلك الإرادة في المكره حادثة ولابدّ لها من باعث، وليس باعثها إرادة المكره، فلا محالة يكون لها باعث آخر، وإرادة المكره عليه لمّا كانت في ضمن إرادة الكلّ تكون منبعثة عن نفس باعث إرادة المجموع، وليس هاهنا إرادتين مستقلّتين إحداهما متعلّقة بما أُكره عليه، والأُخرى إلى ما يقارنه في البيع، حتّىٰ يقال: يكون كلّ واحدة منهما عن باعث غير باعث الأُخرى، بل المجموع متعلّق إرادة واحدة، وتلك الإرادة متعلّقة بالمجموع منحلّةً إلى إرادة هذا وذاك، والمفروض أنّها ما انبعث عن إرادة المكره، وليس لما ينحلّ إليها باعث آخر وراء باعث المجموع، فلا تكون تلك القطعة من الإرادة المتعلّقة إلى ما أُكره عليه أيضاً منبعثة عن إرادة المكره حتّىٰ يتحقّق الإكراه بالنسبة إليه.

وأمّا باب ما يملك ومالا يملك فما يصحّ بيعه فيه مراد بإرادة ضمنيّة، وهي المصحّحة لبيعه، كمالا يخفى.

فالمتحصّل ممّا ذكرناه هو صحّة بيع ما أُكره عليه إذا زيد عليه في مقام البيع ولم يكتف على بيع نفس المكره عليه، نعم يستثنى من ذلك ما إذا كان الزائد يعدّ كالجزء من المزيد عليه، كما إذا أُكره على بيع أحد فردي الباب فباعهما معاً، وذلك من جهة امتناع التفكيك بين المصراعين في البيع، فيكون بيع المصراعين مقدّمة لبيع أحدهما الذي وقع الإكراه عليه.

المسألة الثانية: إذا أُكره على بيع شيء معيّن - كهذا العبد - فباعه المكره مع شيء آخر، كمنّ من الحنطة دفعةً، ولا إشكال في هذه المسألة في إمكان تفكيك إرادة كلّ منهما عن الآخر، وليس كالمسألة الأولى، حيث لم يكن تفكيك الإرادة فيها ممكناً؛ إذ لا يعقل فيها أن يكون أحدهما الغير المعيّن الذي هو المكره عليه مراداً بإرادة، والزائد عليه مراداً بإرادة أُخرى، وهذا بخلاف هذه الصورة؛ إذ يمكن أن يكون هذا الشيء لمعيّن مراداً بإرادة وذاك مراداً بإرادة أُخرى، كما أنّه يمكن أن يكون بيعهما مراداً بإرادة واحدة، فعلى الأوّل فيكون بيع ما أُكره عليه فاسداً؛ لكون إرادته غيريّة ناشئة عن إرادة المكره مع وعيده، وبيع ما انضمّ إليه صحيحاً لكون إرادته نفسيّة ناشئة عن باعث يخصّها، وعلى الثاني فيصير كالمسألة الأولى في الحكم بصحّة الجميع، هذا بحسب الثبوت.

وأمّا في مقام الإثبات، فإن كانت قرينة في البين دالّة على تعيين كلّ واحد من النحوين فهو، وإلّا فمع الشكّ في كون كلّ من المكره عليه وغيره مراداً بإرادة مستقلّة، أو كون المجموع مراداً بإرادة واحدة، يكون الظاهر تبعيّة كلّ واحد في الإرادة، بمعنىٰ أنّ الظاهر تعلّق إرادة واحدة بالمجموع؛ لكون المجموع مبيعاً صفقة واحدة،

وأمّا القرينة على تعيين كلّ واحدٍ من النحوين فكانضمام بيع مَرِّ من الحنطة على بيع العبد مثلاً، إذا كان بيع العبد مكروهاً عليه وأحرز حاجة المكره إلى العبد، وأنّه لو لا الإكراه لما يبيعه، والقرينة على تعيين النحو الآخر، كما إذا أُكره على بيع مرّ من الحنطة مثلاً وانضمّ إليه بيع العبد، حيث إنّ انضمامه مع عدم الحاجة إليه يكشف عن إرادة بيعهما معاً بإرادة مستقلّة، كمالا يخفى.

المسألة الثالثة: فيما إذا نقص عن بيع المكره عليه شيئاً، كما إذا أُكره على بيع عبد فباع نصفه، ولا يخلو من أنّ الإكراه إمّا يكون على بيع العبد صفقة، أو يكون على بيعه مطلقاً ولو بدفعات تدريجاً، وعلى الثاني فإمّا أن يكون قصد البايع في بيع النصف مثلاً هو التخلّص بهذا البيع عمّا أُكره عليه، أو يكون بيعه لأجل الإكراه عليه، فهنا ثلث صور:

[الصورة] الأُولى: ما إذا كان الإكراه على بيع المكره عليه دفعة.

[الصورة] الثانية: ما إذا كان الإكراه على بيعه ولو تدريجاً، مع كون البايع قصد في بيع البعض التوصّل إلى رفع إكراه المكره باحتمال قناعته على بيع البعض، وفي هاتين الصورتين لا يتحقّق الإكراه، أمّا في الأولى، فلأنّ إرادة المكره لبيع البعض ليست غيريّة تابعة لإرادة المكره؛ لأنّه أراد بيع الكلّ دفعةً، وبيع بعضه بيع لم يكن مراداً له، فإرادة بيع البعض في المكره لابدّ من أن تكون ناشئة عن باعث غير إرادة المكره، وهذا ظاهر، وأمّا في الثانية فلأنّ إرادة المكره بيع البعض وإن كانت ناشئةً عن إرادة المكره، لكنّها ليست غيريّة تبعيّة، بل هي نفسيّة أصليّة، وإنّما إرادة المكره علّة معدّة لوجودها عن باعث آخر، والفعل الإكراهي هو ما كانت إراداته عكس إرادة المكره وظلّها، لا أنّها نشأت عن منشئها، وكانت نشؤها عن منشئها متوقّفة على علل معدّة، وكانت إرادة المكره من عللها المعدّة.

وبالجملة فبيع البعض لأجل احتمال رضا المكره ورفع اليد عن إكراهه يكون كالتفصّي عن الإكراه ببيع المكره عليه على غير ما أراده المكره، وتكون إرادته هذه ناشئة عن غير إرادة المكره وإن كان لها دخل في تحقّقها؛ إذ لولا الإكراه لما تعلّق إرادة المكره بالتفصّي من إكراهه، ويكون إكراهه من قبيل مقدّمات الواجب المشروط.

الصورة الثالثة: ما إذا كان الإكراه على البيع ولو تدريجاً، ولم يكن قصد المكره في بيع البعض، هو التفصّي عن إكراه المكره بيع البعض، والحكم في هذه الصورة هو الفساد؛ لأجل تحقّق الإكراه، فتحصّل أنّ مؤثّريّة الإكراه في رفع أثر القصد عن نقصان ما وقع في الخارج عن الذي تعلّق به الإكراه، متوقّفٌ على تحقّق أمرين:

أحدهما: كون الإكراه على البيع ولو تدريجاً. وثانيهما: عدم كون قصد البائع في بيع البعض رفع الإكراه عن نفسه بيع البعض.

قوله ﷺ: «بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في *التحرير*[1]... إلى آخره»[2].

[الفرع الثاني]: هذا هو الفرع الثاني ممّا يجب تحريره في المقام، وتحقيق الكلام فيه يحتاج إلى بيان صور:

[الصورة] الأولى: إذا أُكره على الطلاق فطلّق المكره عن إرادة منبعثة عن إرادة المكره مع وعيده، بلا إرادة نفسيّة منه في تحقّق المعنى الاسم المصدري، بل كان إيقاع الطلاق منه بداعي إرادة المكره محضاً، ولا شبهة في بطلان الطلاق في هذه الصورة؛ لكونه مكرهاً غيرنا، ولا معنى الاسم المصدري، وهذا ظاهر.

[الصورة] الثانية: إذا أُكره على الطلاق مع كون المكره في نفسه قاصداً لإيقاعه،

---

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٥٢.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بحيث لولا الإكراه لكان يوقعه لكن لمكان جهل المكره أكرهه، فطلّق لأجل وقوع الطلاق بالمعنى الاسم المصدري من غير دخل في الإكراه في الطلاق عكس الصورة الأولىٰ، ولا ينبغي الإشكال في صحّته في هذه الصورة؛ لتماميّة ما هو المناط للصحّة، أعني الرضا والطيب، وإرادة معنى الاسم المصدري، وهذا أيضاً ظاهر.

الصورة الثالثة: أن يكره على الطلاق وكان للمكره باعث آخر لإرادته وراء الإكراه، فأراد الطلاق بالباعثين معاً، أعني إرادة المكره مع وعيده، وذاك الأمر الآخر الذي كان باعثاً له، وهذان الباعثان يمكن تحقّقهما على نحوين:

الأوّل: أن يكون كلّ واحد في حدّ نفسه منفرداً عن الأخير علّة تامّة مستقلّة كافية في تحقّق إرادة المكره.

الثاني: أن لا يكون شيئاً منهما في حدّ نفسه كذلك، بل بانضمام أحدهما إلى الآخر يحصل الباعث، فهل الحكم في هذين القسمين معاً هو بطلان الطلاق؛ لكون إرادته ناشئة عن إرادة المكره ولو مع انضمام باعث آخر، أو صحّته؛ لكون إرادته ناشئةً عن سببٍ آخر ولو مع انضمام إرادة المكره، أو يفصل بين القسمين.

فيقال في القسم الأوّل -أعني ما كان كلّ واحد منهما منفرداً علّة تامّة مستقلّة- بالبطلان؛ إمّا لجواز توارد العلّتين المستقلّتين على معلولٍ واحدٍ في نظائر المقام وإن كان لا يعقل في التكوينيّات؛ وإمّا لكفاية كون الإكراه علّة تامّة شأناً، ولو لم يكن مستقلّاً في التأثير بالفعل، لو قلنا بعدم جواز توارد العلّتين المستقلّتين حتّىٰ في أمثال المقام.

ويقال في القسم الثاني بالصحّة من جهة عدم استناد إرادة المكره مستقلّاً إلى إرادة المكره، لا فعلاً ولا شأناً، وجوهٌ واحتمالاتٌ.

وتحقيق الحقّ فيها متوقّف إلى النظر في الأدلّة الدالّة على اعتبار الرضا، أو مانعيّة الإكراه، والفحص عن مقدار دلالتها، فنقول:

أمّا آية التجارة، أعني قوله تعالى: ﴿إلّا أن تكون تجارة عن تراض﴾[1] فالظاهر منها اعتباركون الرضا -أي صدور المعاملة عن إرادة معنى الاسم المصدري- هو العلّة المستقلّة التامّة في صدورها، وذلك لمكان كون المستثنى هو التجارة المقرونة بالرضا الظاهر في انحصار وجه صدورها بالرضا.

وأمّا حديث الرفع، أعني قوله ﷺ: «رفع عن أُمّتي ما استكرهوا عليه»[2] فهو أيضاً يدلّ بظاهره على اعتباركون الإكراه هو العلّة المستقلّة في إرادة المكره في مؤثّريّته لرفع أثر المعاملة، فبالنظر إلى دليل الإكراه لابدّ أن يقال بعدم تأثير الإكراه المقرون مع الباعث الآخر في رفع أثر الطلاق. وبالنظر إلى دليل اعتبار الرضا لابدّ من أن يقال بعدم صحّة ما كان من باعث الرضا المقترن مع الإكراه، لكن نفس عدم دلالة دليل الإكراه على الفساد لا يوجب الصحّة ما لم يدلّ عليها دليل، ومع عدم دلالة آية التجارة[3] على الصحّة ينتفي الدليل على صحّته وفساده، فيرجع إلى الأصل العملي فيحكم بفساده؛ لكون المرجع هو أصالة الفساد، ولا فرق في ذلك بين القسمين المتقدّمين، وذلك لعدم الفرق بينما إذا كان كلّ واحد من الباعثين علّة تامّة في حال الإنفراد، وبين ما إذا لم يكونا كذلك؛ إذ على الأوّل تكون العلّة هو المجموع معاً في حال الاجتماع.

وأمّا حديث الفرق بين التكوينيّات وبين الاعتباريّات بجواز توارد العلل المستقلّة في الأخير دون الأوّل، فهو حديث محض لا يرجع إلى محصّل، كما أنّ الظاهر من أدلّة الإكراه هو اعتبار استناد المعاملة إلى الإكراه مستقلّاً بالفعل، لا أنّه مؤثّر في رفع أثر المعاملة إذا كان علّة مستقلّة ولو شأناً.

والحاصل أنّه كما يكون الظاهر من دليل رفع الإكراه هو استقلال الإكراه في

---

١. النساء (٤): ٢٩.

٢. التوحيد، الصدوق، ص ٣٥٣، باب الاستطاعة، ح ٢٤؛ وسائل الشيعة، ج ١٥، الباب ٥ من أبواب جهاد النفس، ح ١.

٣. النساء (٤): ٢٩.

صدور المعاملة كذلك المستظهر منه هو استقلاله بالفعل، لاكونه مستقلّاً ولوشأناً.

هذا تمام الكلام في حكم هذه الصورة، وصار المحصّل منه فساد الطلاق لا لدلالة دليل الإكراه على فساده، بل لأجل فقدان ما يدلّ على صحّته وكون المرجع عند الشكّ في صحّته حينئذ هو أصالة الفساد.

الصورة الرابعة: أن يكره على الطلاق وكان للمكره باعث آخر أيضاً، لكن لامع إسناد الفعل إلى الباعثين في درجة واحدة، كما في الصورة الثانية، بل بحيث يكون أحد الباعثين قويّاً في الباعثيّة، بحيث لولا الآخر لكان كافياً في البعث دون الآخر.

وهذا أيضاً يتصوّر على نحوين:

الأوّل: أن يكون الإكراه في حدّ نفسه علّة تامّة وكان الباعث الآخر تبعيّاً.

والثاني: عكس الأوّل، ويختلف الحكم بينهما؛ حيث إنّه في الأوّل يحكم بالفساد؛ لكون الإرادة متمشّية من الإكراه؛ وفي الثاني يحكم بالصحّة، ووجهه واضح.

هذا كلّه إذا كان الباعثان عرضيّين، وكلّ هذه الصور خارجة عن مورد كلام العلّامة في *التحرير*.

الصورة الخامسة: ما إذا كان الباعثان طوليّين، كما إذا أُكره على الطلاق وصار الإكراه علّة لتحقّق باعث آخر للمكره في إيجاد الطلاق، فأراد الطلاق بذاك الداعي المنبعث عن الإكراه.

وهذا هو مورد كلام العلّامة ﷺ، وهل الحكم فيها هو الصحّة -كما قرّبه العلّامة[1] ﷺ أو الفساد؟ وجهان: من أنّ إرادة المكره للطلاق حدثت عن باعث غير الإكراه، ولو كان باعثه الإكراه، فيكون الطلاق واقعاً عن الرضا، وبعبارة أُخرىٰ تكون علّة الأولىٰ هو إرادة إيقاعه بالمعنى الاسم المصدري، ومن أنّ الإكراه دخيل في صدره

---

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٥٢.

لأجل كونه علّة لتحقّق الباعث عليه ولو لم يكن هو بنفسه باعثاً قريباً، وبعبارة أُخرىٰ تكون العلّة منتهية إلى الإكراه.

ولا يخفى أنّ الأوّل هو الأقرب؛ لأنّ الفعل الصادر إنّما يكون صادراً بإرادة معناه الإسم المصدري الموجب لخروجه عن الإكراه، ولو كان الباعث على إرادته الإكراه.

ولا يخفى أنّ ما ذكره المصنّف من المثالين لما إذا كان صدور الفعل عن المكره، لا من جهة التخلّص عن الضرر المتوعّد به، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره، أعني ما إذا طلّق زوجته عند إكراه ولده إيّاه مقترنا مع الإيعاد بالقتل، لا لأجل خوف نفسه عن قتله، بل لأجل الخوف على ولده إذا قتله لئلّا يقتل بقتله، وما إذ أطلق بعد الإكراه إذا كان المكره مريداً لتزويج زوجته، لأجل الشفقة على المكره لئلّا يقع في الزنى يكون من صغريات ما ذكرنا، أعني انبعاث باعث إرادة الطلاق عن الإكراه، وهذان مثالان لطوليّة الداعيين، كما لا يخفى، لا أنّهما موردان آخران يتصوّر فيهما صحّة الطلاق زائداً عمّا ذكرناه من طوليّة الداعيين.

هذا تمام الكلام في هذا الفرع، والحمد لله.

[البحث عن الرضا المتأخّر بالبيع المكره عليه]

قوله ﷺ: «ثمّ المشهور بين المتأخّرين أنّه لو رضي المكره بما فعله ... إلى آخره»[1].

[الأمر الثامن]: هذا هو الأمر الثامن ممّا يجب أن ينبّه عليه في عقد المكره، وحاصل الكلام في هذا التنبيه أنّه إذا تعقّب العقد المكره بالرضا فالبحث عن تأثير ذاك الرضا المتأخّر يقع عن جهات:

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

[الجهة] الأولى: في أنّ القاعدة الأوّليّة مع قطع النظر عن الأدلّة العامّة. مثل مادلّ على اعتبار الرضا في العقود كآية التجارة[1]، وقطع النظر عمّا ورد في صحّة بيع الفضولي إذا تعقّب بالإجازة، هل هو بطلان العقد المكره وعدم تأثير الرضا المتأخّر في صحّته، أو أنّ مقتضىٰ القاعدة صحّته بالرضا المتأخّر؟

الجهة الثانية: في التكلّم عمّا يقتضيه عموم ما اعتبر الرضا في العقد، كعموم: ﴿إلّا ان تكون تجارة عن تراض﴾[2].

الجهة الثالثة: في التكلّم عمّا تقتضيه الأدلّة الدالّة على تأثير الإجازة المتأخّرة عن بيع الفضولي في صحّته، وأنّها هل تقتضي صحّة العقد المكره بالرضا المتأخّر بالأولويّة والفحوى، أم لا؟

أمّا الجهة الأُولى: فربّما يقال بعدم قابليّة العقد المكره للصحّة بسبب التعقّب بالرضا؛ إمّا لكون الصحّة بالتعقّب بالأمر المتأخّر مطلقاً على خلاف الأصل، سواء كان في العقد المكره أو في الفضولي، بناء على أن يكون الفضولي على خلاف القاعدة، أو لخصوصيّة في عقد المكره لو قلنا بكون الفضولي على طبق القاعدة.

أمّا الوجه الأوّل فسيأتي الكلام فيه في الفضولي.

وأمّا الوجه الثاني: فلأنّ الفضولي لو قلنا فيه بالصحّة فلا يلزم من القول بها فيه القول بها في عقد المكره؛ لوجود الفارق بينهما، وهو أنّ العقد الصادر من الفضول لا يكون مقترناً بما يوجب فساده، بل هو فاقد لما يوجب صحّته، أعني الاستناد إلى المالك؛ لأنّه عقد تامّ جامع لجميع ما يعتبر في صحّته من الأجزاء والشرائط إلّا أنّه ليس صادراً عن المالك، وبالإجازة يتحقّق هذا الأمر المفقود أيضاً فيؤثّر أثره، وهذا بخلاف العقد المكره، حيث إنّه مقترن بما يوجب فساده، وهو الإكراه، والرضا المتأخّر

---

١. النساء (٤): ٢٩.

٢. النساء (٤): ٢٩.

لا يوجب انقلابه عمّا وقع عليه من الإنصاف بصفة الإكراه؛ لأنّ انقلاب الشيء عمّا وقع عليه محال، ولا يعقل أن يؤثّر الأمر المتأخّر في رفع ما وجد في المتقدّم، فلا يكون له دخل في تأثير العقد المتقدّم.

هذا ولكن لا يخفى ما فيه، وتوضيح فساده يحتاج إلى بسطٍ في المقام، فنقول:

قد تقدّم في أوّل البيع أنّ قياس المنشأ في باب العقود بالعقود التي تنشأ بها تلك المنشئات ليس كباب المسبّبات بالنسبة إلى أسبابها، فإنّ العقود ليست أسباباً لتحقّق تلك المسبّبات، بل العقود آلة لإنشاء المعنى الاسم المصدري في عالم المناسب لوجوده، وهو عالم الاعتبار، ثمّ من المعلوم أنّ الإكراه إنّما هو بالنسبة إلى نفس المنشأ بتلك الآلات، لا بالنسبة إلى نفس إيجاد الآلة، وبعبارة أُخرىٰ الإكراه في البيع مثلاً تعلّق بإيجاد ما هو مصداق للبيع في موطن وجوده بآلة إيجاده، وهي الصيغة المخصوصة، لا أنّه تعلّق بنفس التلفّظ بتلك الصيغة؛ كيف ولو كان الإكراه بالنسبة إلى محض التلفّظ بالصيغة، وصرف إيجاد الآلة، والمكره تلفّظ بها مع قصد إيجاد المعنى الاسم المصدري من البيع، وتحقّق المنشأ في موطن تحقّقه، لم يكن بيعه إكراهيّاً؛ لعدم كون إرادته عن إرادة المكره، كما لا يخفى، فنفس الآلة في إيجاد البيع لا يكون متعلّق الإكراه، وإنّما الإكراه في المنشأ بها.

إذا ظهر ذلك فنقول: العقد الصادر عن المكره بما هو آلة الإنشاء لا يكون إكراهيّاً؛ لأنّ متعلّق الإكراه ليس هو التلفّظ بذاك العقد، بل الإكراه تعلّق بإيجاد البيع مثلاً بلا مساس له إلى آلة الإنشاء أصلاً، فيكون العقد في باب المكره هو بعينه العقد في باب الفضولي، بلا تفاوت بينهما أصلاً، فكما أنّه في باب الفضولي تامّ من حيث هو عقد، وإنّما عدم تأثيره في وقوع المنشأ من جهة عدم استناده إلى المالك، و إذ هو من الأُمور التي يعتبر بقاؤه، ويكون له البقاء في عالم الاعتبار، وما دام لم يتمّ

إسناده إلى المالك، لم يكن متحقّقاً، وإذا أجاز المالك يتمّ شرط تحقّقه ويرتفع المانع عن تحقّقه، فيحكم بتحقّقه، وكذا في باب المكره يكون المانع عن تحقّق ما تعلّق به الإكره هو الإكراه، ويعد ارتفاعه بطيب النفس المتأخّريتمّ شرط تحقّقه، فيحكم بتحقّقه، بل هذا في باب الإكراه أولى، كما سيأتي؛ لأجل استناد العقد إلى المالك في المقام، دون الفضولي؛ إذ المنتفى فيه أمران: رضاء المالك بما صدر عن الفضول، واستناد ما صدر عنه إليه.

قال - دامت إفاداته -: وعلى تقدير كون العقد بما هو آلة الإنشاء إكراهيّاً أيضاً لا أثر لإكراهه، كما إذا فرض تعلّق الإكراه به محضاً دون المنشأ، حيث إنّ إكراهه لا يوجب بطلان العقد بعد فرض استقلال المالك في إرادة إيجاد المعنى الاسم المصدري، وعدم انبعاث إرادته عن إرادة المكره[1].

أقول: هذا هو حقّ الجواب وإلّا فمع فرض كون باب العقود باب الآلة وذي الآلة، لا باب المسبّبات وأسبابها، يكون إكراه إيجاد ذي الآلة بعين الإكراه على إيجاده بآلته، كما أنّ إمضائه عين إمضاء إيجاده بآلته، كيف وبهذا أجاب - دام بقاؤه - عن الإشكال الوارد في باب التمسّك بمطلقات أبواب المعاملات، حيث إنّها واردة في مرحلة المسبّبات لا الأسباب، وهو - دام ظلّه - قال: بأنّ مبنى الإشكال على كون العقود أسباباً والمنشئآت بها مسبّباتها، وهو ممنوع، بل بابها باب الآلة وذيها، و إمضاء ذي الآلة إمضاء لآلته[2]، وعلى هذا فيقال في المقام: إنّه كما إمضاء ذي الآلة إمضاء لآلته، كذلك إكراهه أيضاً إكراه لآلته[3]، فحقّ الجواب هو الجواب الأخير، أعني المنع عن تأثير الإكراه المتعلّق بالآلة، وهو كالعدم، كما بيّنّاه.

---

١. تقدّم آنفاً في ص ٥٢١.
٢. تقدّم في آنفاً في ص ٥٢١.
٣. راجع ص ٥٢١.

ثمّ إنّ المصنّف ﷺ ذكره دعاوٍ وثلاث في مقام توهّم اعتبار مقارنة الرضا مع العقد لا يخلو الامتياز بينها عن غموضٍ، وهي قوله:

ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد خالية عن الشاهد، مرفوعة بالإطلاقات. وأضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد، وأضعف من الكلّ دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده[1].

ويمكن أن يقال: إنّ الدعوى الأولى ناظرة إلى دعوى اعتبار مقارنة الرضا في تأثير العقد، بحيث لولا مقارنته لم يكن مؤثّراً مع كونه عقداً، ومعلوم أنّ هذه الدعوى خالية عن الشاهد، ولكن مع قطع النظر عن آية التجارة[2]، وأمّا بالنظر إليها فسيأتي الكلام فيها.

والثانية ناظرة إلى دعوى اعتبار مقارنة الرضا في مفهوم العقد، بحيث لا يكون العقد الخالي عن الرضا عقداً مشمولاً لعموم ﴿أوفوا﴾[3]، ولازم ذلك سلب العقد عن عقد الفضولي حقيقة، ووجه أضعفيّتها عن الدعوى الأولى ظاهر، ضرورة وضوح عدم تقوّم العقد بمقارنته مع الرضا.

والثالثة: ناظرة إلى دعوى اعتبار مقارنة الرضا مع العقد في الإنشاء، بحيث لولاها لا يتحقّق الإنشاء، وبعبارة أُخرىٰ يكون تمشّي الإنشاء عن المنشئ منوطاً بالرضا المقارن، وهذه الدعوى كما ترىٰ أسقط من الأوليين، ولازمها عدم صحّة بيع المكره بحقّ؛ لعدم تمشّي الإنشاء منه مع الإكراه على هذا الفرض، فيكون إكراهه على البيع حينئذ تعبّدياً، لا لتأثير في عقده، وهو كما ترىٰ؛ لأنّ إكراهه في مورد صحّة إكراهه لا يكون إلّا على القاعدة؛ حيث إنّ مقتضاها لولا وجود الملزم للبيع هو توقّف

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٢٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. المائدة (٥): ١.

صحّة بيعه على صدوره منه برضاه، ووجود الملزم يسقط اعتبار رضاه. وأمّا حيث صدوره عنه فلا مسقط له، ولازم ذلك إجباره على البيع، ومع امتناعه عنه يتصدّاه الحاكم. هذا تمام الكلام في الجهة الأُولىٰ.

الجهة الثانية في التكلّم عمّا تقتضيه آية التجارة[1]: فربّما يقال بأنّ الآية المباركة تدلّ على اعتبار مقارنة الرضا مع التجارة في حلّ الأكل اللازم منه عدم الحلّيّة عند عدم مقارنة التجارة بالرضا ولو تعقّبها الإجازة، ومع حصر الحلّيّة بالتجارة المقترنة بالرضا -كما هو مفاد الاستثناء- يثبت لغويّة الرضا المتأخّر في صحّة المعاملة.

والكلام في الآية المباركة يقع في وجهين:

الأوّل: في التكلّم في دلالتها على اعتبار مقارنة الرضا مع التجارة، والمصنّف ﷺ كأنّه يسلّم تلك الدلالة، وسيأتي الكلام فيها.

الثاني: في التكلّم في دلالتها على الحصر على فرض تسليم دلالتها على اعتبار المقارنة، وعبارة الكتاب ناظرة إلى منع الحصر.

ولا يخفى ما فيه:

أمّا أوّلاً فلأنّه ﷺ يستدلّ بتلك الآية الكريمة في أوّل الخيارات على أصالة اللزوم في البيع، والاستدلال بها عليها يتوقّف على دلالتها على الحصر، فمنعه عن دلالتها على الحصر في المقام منافٍ مع استدلاله بها على أصالة اللزوم هناك.

وتوضيحه: أنّه إذا فسخ أحد المتعاملين مثلاً كالبايع، ووقع الشكّ في نفوذ فسخه، يستدلّ على عدم نفوذ فسخه بآية التجارة، بتقريب أنّ الآية تدلّ على حصر حلّ الأكل بالتجارة عن تراض، وفسخ أحد المتعاملين مع عدم رضاء الآخر به خارج عن التجارة عن تراض، فيكون أكل المال به أكلاً بالباطل.

---

١. النساء (٤): ٢٩.

ولا يخفى توقّف تماميّة هذا الاستدلال على الحصر، ضرورة أنّه مع عدم الحصر يقال بعدم التنافي بين ثبوت الحلّ بالتجارة عن تراضٍ، وبين ثبوته بسبب آخر، كالفسخ ونحوه، فدلالة الآية على عدم نفوذ الفسخ مبنيٌ على تماميّة الحصر، فالجمع بين الاستدلال بها على اللزوم وبين منع إفادتها للحصر في المقام غير مستقيم.

وأمّا ثانياً فبالمنع عن عدم دلالتها على الحصر، وما أفاده ﷺ في جهته من أنّ الاستثناء منقطع غير مفرغ، ممنوعٌ، بل الاستثناء متّصل مفيد للحصر.

وتوضيحه: أنّ الاستثناء المنقطع ينعقد فيما لم يكن المستثنى داخلاً في المستثنى منه، مثل ما جائني القوم إلّا حماراً، والمراد بالمفرغ هو ما إذا كان المستثنى منه محذوفاً في الكلام وكان مقدّراً، ولا يخفى أنّ المنقطع دائماً يكون غير مفرغ، أي لابدّ من أن يكون المستثنى مذكوراً، ولم يكن من عموم شامل للمستثنى منه لكي يصير منقطعاً، وأمّا إذا كان الاستثناء مفرغاً، أي كان المستثنى منه محذوفاً مقدّراً أمراً عامّاً شاملاً للمستثنى، فيصير المستثنى متّصلاً، كقولك: ما جائني إلّا حمار، حيث يقدر المستثنى منه كلمة «أحد» ويكون استثناء الحمار عنه من باب المتّصل، فالاستثناء المنقطع دائماً يكون غير مفرغ، وأمّا المتّصل فقد يكون غير مفرغ، مثل جائني القوم إلّا زيداً، وقد يكون مفرغاً، مثل ما جائني إلّا زيد أو حمار، وعلى ما ذكرناه فيكون قيد «غير مفرغ» في عبارة المصنّف ﷺ توضيحيّاً لا اعتراضيّاً.

وكيف كان فتقرير كون الاستثناء في الآية منقطعاً غير مفرغ أن يقال: إنّ المستثنى منه هو كلمة «الباطل» في قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾[1]، ومن المعلوم أنّ الأكل بالتجارة عن تراض ليس من أفراد الأكل بالباطل، فيكون كاستثناء الحمار عن القوم والاستثناء المنقطع غير مفيد للحصر، هذا.

---

١. النساء (٤): ٢٩.

وتقرير المنع: أنّ الباطل لا يكون هو المستثنى منه، وذلك لعدم صحّة الاستثناء عن الباطل؛ لأنّ عموم حرمة أكل المال بالباطل آبٍ عن التخصيص، بل المستثنى منه هو عموم النهي عن أكل المال، أي لا تأكلوا أموالكم بينكن عدىٰ ما كان تجارة عن تراضٍ، وقوله تعالى ﴿بالباطل﴾ كأنّه جيء به لمكان التعليل لنهي الأكل فيما عدىٰ مورد التجارة عن التراض، فكأنّه قال تعالى: «ما عدىٰ مورد التجارة عن تراض أكل للمال بالباطل» وهذا ظاهر في حصر حلّ الأكل بمورد التجارة عن تراض؛ لدلالته على كون ما عداه أكلاً للمال بالباطل، ويصير الاستثناء متّصلاً، كما هو ظاهر.

وأمّا ثالثاً فعلى فرض تسليم كون المستثنى منقطعاً مفيد للحصر أيضاً، وذلك لأنّ صحّة الاستثناء على ذلك التقدير أيضاً لابدّ أن يكون فيما إذا كان بين المستثنى والمستثنى منه مناسبةٌ موجبة لتوهّم إدخاله في حكم المستثنى منه لكي يحتاج إلى الاستثناء، كما في مثل ما جائني القوم إلّا حماراً، حيث كان يتوهّم من نفي مجيء القوم نفي مجيء الحمار أيضاً؛ لمكان تبعيّته للقوم، فيدلّ حينئذ على حصر المجيء في ابتاع القوم بخصوص الحمار دون سائر توابعهم، وفي الآية كذلك؛ إذ استثناء التجارة عن التراض بعد نهي الأكل بالباطل تدلّ على أنّ فيما عدىٰ الأكل بالباطل تكون الحلّيّة منحصراً بخصوص التجارة عن تراضٍ، كما أنّ في المثال كان المجيء فيما عدىٰ القوم منحصراً بالحمار، فالجواب عن الاستدلال بالآية على المنع من صحّة عقد المكره عند التعقّب بالإجازة بالمنع عن دلالتها على الحصر، غير صحيح. بل الحقّ في الجواب أن يقال: إنّ الآية المباركة تدلّ على الحصر، ومع دلالتها عليه لا تدلّ على المنع من صحّة العقد إذا تعقّب بالإجازة.

وتوضيحه أن يقال: إنّ الآية تدلّ على اعتبار مقارنة الرضا بالتجارة في صحّة التجارة، وعلى حصر الحلّ أيضاً بالتجارة المقترنة بالرضا، لكنّ الكلام في معنى

التجارة، إذ هي ليست عبارة عن العقد، بل هي بمعنى الاكتساب الذي هو الأثرالمترتّب على العقد، ويكون العقد آلةً لإيجاده.

وبعبارة أُخرىٰ أنّها عبارة عن النقل والانتقال بمعنى الاسم المصدري، ومن الواضح البديهي توقّف النقل والانتقال بهذا المعنى على الرضا عقلاً ونقلاً، لكن اعتبارمقارنة الرضا مع النقل بالمعنى الاسم المصدري لا يوجب توقّف النقل بالمعنى المصدري على مقارنته، وما هو المفيد إثبات توقّف العقد بالمعنى المصدري على مقارنة الرضا، والآية المباركة أجنبيّ عن إفادته، فالآية لا تدلّ على ما رامه المستدلّ بوجه من الوجوه.

هذا تمام الكلام في الجهته الثانية، والمتحصّل منها هو منع دلالة آية التجارة على عدم صحّة عقد المكره عند التعقّب بالإجازة، كما أنّ الجهة الأُولىٰ كانت متكفّلة لإثبات عدم مانعيّة تعلّق الإكراه بالعقد عن قبوله للتأثير بالإجازة، فتحصّل من الجهتين قابليّة عقد المكره كالفضولي للإجازة، وأنّهما متساويان في كون صحّتهما بالإجازة موافقاً مع القاعدة.

الجهة الثالثة: لو قلنا في باب الفضولي بأنّ صحّته بالإجازة مخالف مع القاعدة، وأثبتنا صحّته بالدليل، فهل يمكن إثبات صحّة عقد المكره أيضاً بنفس ذاك الدليل بدعوىٰ الأولويّة أم لا؟ بل لابدّ من الاقتصار على مورده وهو الفضولي، ولا يتعدّى عنه إلى باب المكره؟ احتمالان:

مال المصنّف ﷺ إلى أوّلهما في الكتاب، حيث يؤيّد المقام بفحوى صحّة الفضولي، وقد تقدّم تقريبه مراراً، وحاصله أنّ الفضولي فاقد لأمرين، وهما الاستناد إلى المالك والرضا، والمفقود في عقد المكره هو الأخير فقط، وإذا كان عقد الفضولي الفاقد لكلا الأمرين صحيحاً فليكن عقد المكره صحيحاً بطريق أولى، هذا.

ولكنّ الأقوى منعه، وذلك لأنّ مبنى التمسّك بالفحوى هو على فرض تسليم كون الصحّة في كلا البابين على خلاف القاعدة، ولازم ذلك حينئذ هو صرف النظر عن الجهتين المتقدّمتين، ومع صرف النظر عنهما يمكن منع الأولويّة بدعوىٰ اقتران عقد المكره بما يكون مانعاً، وهو الإكراه دون الفضولي.

وبعبارة أُخرىٰ ما ذكرناه في الجهة الأُولىٰ من منع مانعية اقتران عقد المكره بالإكراه عن قابليّته لأن يتعقّبه الإجازة، كان بناءً على كون الصحّة بالإجازة على طبق القاعدة، وأمّا بناءً على كونها على خلاف القاعدة، فلهذه الدعوى مجال، مضافاً إلى أنّه على تقدير تسليم الأولويّة ليست أولويّة قطعيّة حتّىٰ تصير مدركاً للحكم، بل تكون بالقياس أشبه منه إلى التمسّك بالفحوى.

[الاستدلال بحديث الرفع]

قوله ﷺ: «وأمّا حديث الرفع ففيه: أوّلاً... إلى آخره»[1].

محصّل الكلام في المقام مع ما فيه من الغلق أنّه ﷺ أجاب عن التمسّك بحديث الرفع على منع تأثير قابليّة عقد المكره للحقوق الإجازة بوجهين: أشار إلى الأوّل منها بقوله: ففيه أوّلاً.

وتوضيحه يتوقّف على بيان أمرين:

الأوّل: أنّ المرفوع عند المصنّف في حديث الرفع هو «المؤاخذة» وذلك بدعوىٰ أنّها أظهر الآثار، وهو المقدر في موقع الحاجة إلى التقدير.

الثاني: أنّ «المؤاخذة» أعمّ من الأُخرويّة والدنيويّة، فمثل الإلتزام بالشيء مثلاً مؤاخذة يرتفع عند الإكراه، ولازم كون المرفوع هو المؤاخذة، وتعميم المؤاخذة إلى

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣١ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الدنيويّة الموجب لشمول مثل الالتزامات والإلزامات، هو اختصاص المرفوع بما كان من الأحكام ثابتاً على المكره لولا الإكراه، لا ما كانت ثابتة للإكراه نفسه، فدليل رفع الإكراه ناظر إلى رفع كلّ حكم ثابت على ضرر المكره لا لنفعه، ومن المعلوم أنّ الحكم بوقوف عقده على رضاه حكم له لا عليه، فلا يكون مثله مرفوعاً بدليل الرفع.

هذا محصّل مرامه في هذا الوجه، ولا يخفى أنّه تمام بناء على تقدير تماميّة الأمرين، أعني تقدير «المؤاخذة» وتعميمها إلى «المؤاخذة الدنيويّة»، لكنّ الكلام في تماميّتهما.

أمّا تقدير «المؤاخذة» فلما عرفت في أوّل مباحث عقد المكره، وتبيّن في الأُصول أيضاً مفصّلاً من أنّه لا حاجة في الحديث الشريف[1] إلى تحمّل ارتكاب التقدير حتّىٰ ينتهي إلى البحث عن المقدّر، وأنّه هل هو المؤاخذة أو الأثر المناسب مع كلّ فقرة من الفقرات التسع، أو جميع الآثار، بل المرفوع هو الحكم الشرعي الثابت لولا طريان المذكورات من الإكراه ونحوه، وهو القابل للوضع والرفع التشريعي، والالتزام بالتقدير، وأنّ المقدّر هو المؤاخذة شعر بلا ضرورة.

وأمّا تعميم المؤاخذة - على فرض تسليم تقديرها إلى المؤاخذة الدنيويّة؛ فلأنّ تقديرها نشأ من ناحية كونها أظهر الآثار، ولا شبهة أنّ الأظهريّة يتمّ بالنسبة إلى المؤاخذة الأُخرويّة، وهي العقوبة، وأمّا بالنسبة إلى الدنيويّة فلا موجب للتعميم أصلاً.

وبعبارة أُخرىٰ: «المؤاخذة» إنّما تقدّر بمالها من المعنى الذي هو الأظهر في رفع هذه الفقرات، وهو منحصر بالعقاب، وليس في البين لفظ المؤاخذة حتّىٰ يقال: إنّها بمالها من المعنى العامّ تكون مرفوعة، فلابدّ من تقدير المؤاخذة بمعنىٰ توافق مع ملاك تقديرها وهو الأظهريّة، وهو يوجب اختصاصها بالأُخرويّة، كما لا يخفى. فهذا الوجه الأوّل لا يرجع إلى شيء بعد فساد المبنى.

---

١. أي حديث الرفع.

قوله ﷺ: «ثمّ إنّ ما ذكرناه واضحٌ على القول بكون الرضا ناقلاً وكذلك على القول بالكشف بعد التأمّل ... إلى آخره»[1].

يعني كون الحكم بوقوف عقد المكره على رضاه حكماً له لا عليه، واضحٌ، بناءً على النقل؛ لأنّ الرضا يصير حينئذ ناقلاً فهو أوجد الناقل بسلطنته على إيحاده، فلا يكون عليه، بل ممحّضٌ في كونه له.

وأمّا على الكشف، ففي كونه له لا عليه تأمّل من جهة اختلاف المشارب في الكشف. والفرض من التأمّل هو كون الحكم المذكور يكون له على بعض المشارب ولا يكون له على بعض أُخرى، فمعنى ظهوره بالتأمّل هو التأمّل في مشارب الكشف حتّى يتبيّن مورد استقامة ما ذكره عن مورد عدم استقامته.

وتوضيحه: أنّ الكشف إمّا حكمي وإمّا حقيقي، وعلى الثاني فإمّا أن يقال بأنّ الاجازة المتأخّرة أمارة عن تأثير العقد المتقدّم في النقل، وأنّها بوجودها المتأخّر دخيل في تأثير الأمر المتقدّم في الأثر في ظرف تحقّقه. وهذا أردء الاحتمالات في الكشف.

وإمّا أن يقال بأنّ الشرط هو التعقّب بالرضا، لا نفس الرضاء المتأخّر، والتعقّب صفة للمتقدّم وإن كان منشأ انتزاعه ذاك الأمر المتأخّر، فعلى القول بالكشف الحكمي يكون الرضا المتأخّر الحاصل بإنشاء المكره دخيلاً في صحّة العقد، ويكون وجوده تحت سلطانه، فالحكم يتوقّف عقده عليه يكون له لا عليه.

وكذا على القول بكون التعقّب دخيلاً؛ لأنّ التعقّب منتزع عن الرضا المتأخّر، فيكون في تحت سلطنة المكره بمنشأ انتزاعه؛ لأنّه ما لم ينشأ الرضاء في المتأخّر لا يتّصف العقد بالتعقّب بالرضا.

وعلى القول بكون الرضا المتأخّر أمارة على تأثير العقد المتقدّم لا يكون شيئاً منه

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

بيد المكره وتحت سلطانه، فالحكم يتوقّف عقده عليه حينئذ لا يكون له، بل يكون ممحّضاً في كونه عليه، فظهر صحّة ما أفاده على النقل، وعلى الكشف الحكمي، وعلى الكشف الحقيقي لو جعل التعقّب هو الشرط، وعدم صحّته بناءً على الكشف الحقيقي بجعل الرضا المتأخّر أمارةً، وهذا هو مراده من ظهور صحّة ما ذكره، بناءً على الكشف بالتأمّل.

قوله ﷺ: «وثانياً أنّه يدلّ على أنّ الحكم الثابت للفعل المكره عليه ... إلى آخره»[1].

هذا هو الجواب الثاني عن التمسّك بحديث الرفع على منع قابليّة عقد المكره لأن تلحقه الإجازة، وهو الجواب الصحيح.

وتوضيحه يتوقّف على بيان أُمور:

الأوّل: إنّ «حديث الرفع» حاكم على المطلقات الواردة في مقام بيان الأحكام بما لها من المقيّدات، بمعنىٰ أنّها تجعل مقيّدة بمقيّداتها، وتؤخذ نتيجتها بعد التقييد، ويجعل محكوماً بحديث الرفع، وذلك واضحٌ بعد تصوّر أنّ مداليلها بانفرادها ليست حكماً، بل الحكم هو النتيجة الحاصلة من ضمّ المقيّدات بالمطلقات.

الثاني: أنّ مؤدّى «حديث الرفع» الذي هو من مقيّدات تلك المطلقات - إلّا أنّه مقيّد بلسان الحكومة - خارجٌ عمّا ذكرنا في الأمر الأوّل من تحكيم حديث الرفع على نتيجة المطلقات والمقيّدات، فلا تلاحظ المطلقات مقيّدة بمؤدّى حديث الرفع، ثمّ يجعل نتيجتها بعد التقييد محكومة بالحديث، وذلك أيضاً واضح. ضرورة أنّه بالتحكيم تصير المطلقات مقيّدة بحديث الرفع، لا أنّها تقيّد به أوّلاً ثمّ جعل الحديث حاكماً على نتيجة الحاصلة من التقييد.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الثالث: أنّ ما كان مساقه مساق حديث الرفع في كونه موجباً لتقييد المطلقات بما قيّدها به حديث الرفع يكون كحديث الرفع في أنّه لا يؤخذ مع المطلقات، ثمّ نجعل النتيجة منها محكوماً بحديث الرفع، ففيما نحن فيه - أعني باب المعاملات - وردت مطلقات دالّة على صحّة البيع، مثل: ﴿أحل الله البيع﴾[1] ونحوه، وهي بإطلاقها تدلّ على صحّة البيع كيفما وقع، سواء كان مع الرضا أم لا، كان الرضا مقترناً معه أو سابقاً عليه، أو لا حقاً عنه، ووردت مقيّدات قيّدتها باعتبار الرضا، مثل: ﴿إلّا أن تكون تجارة عن تراض﴾[2]، و«لا يحلّ مال امرء إلّا بطيب نفسه»[3]، و«حديث الرفع»[4] أعني فقرة «ما استكرهوا منه»، وهذه المقيّدات الثلاث تكون على مساقٍ واحدٍ موجباً لتقييد تلك المطلقات بقيد الرضا، مع اختلافٍ بينها في كون حديث الرفع مقيّداً بلسان الحكومة، وآية التجارة، وحديث الحلّ مقيّدين بلسان التقييد، فكما أنّ حديث الرفع حاكمٌ على نفس المطلقات، لا عليها بعد لحاظ تقييدها بمؤدّى حديث الرفع، كذلك لا يكون حاكماً عليها بعد لحاظ تقييدها بآية التجارة وحديث الحلّ؛ لأنّ مؤدّاهما مع مؤدّى حديث الرفع واحد، وإن اختلف تأديتهما في كون آية التجارة وحديث الحلّ بلسان التقييد، وحديث الرفع بلسان الحكومة.

الرابع: أنّ «ما استكرهوا» في حديث الرفع مثلاً حاكم على نتيجة الحاصلة من المطلقات بعد تقييدها بما لم يكن مؤدّاه مؤدّى حديث الرفع بلا لحاظ تلك النتيجة مقيّدة بحالة «الاختيار» أو «لا إكراه»، أو لحاظها مطلقة بالقياس إلى

---

١. البقرة (٢): ٢٧٥.

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. عوالي اللآلي، ج ٢، ص ١١٣، ح ٣٠٩.

٤. التوحيد، الصدوق، ص ٣٥٣، باب الاستطاعة، ح ٢٤؛ وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، ح ١.

كلتا الحالتين، بل بلحاظها مهملة عن تقييدها بإحدى الحالتين، أو إطلاقها.

وذلك لأنّه لو كانت مقيّدة بحالة «الاختيار» تصير منفيّة بزوال الإختيار عند طروّ الإكراه، ولا يحتاج في رفعها إلى المقيّد، وحكومة حديث الرفع عليها، ولو كانت مقيّدة بـ«الإكراه» لكان تحقّق الإكراه موجباً لتحقّقها نحو تحقّق كلّ حكم بتحقيق موضوعه، ولا يعقل أن يصير مرفوعاً بالإكراه ولو كانت مطلقة بالقياس إلى كلتا الحالتين، فتكون ثابتة في حالة الإكراه، كثبوتها في حالة الاختيار، ولا يعقل ارتفاعها بالإكراه، فلابدّ وأن تكون مهملة عن قيد الإختيار والإكراه حتّىٰ يكون مرفوعاً في صورة الإكراه بحكومة حديث الرفع، كما لا يخفى.

إذا تحقّق هذه الأُمور، فنقول: مطلقات باب العقود مثل ﴿أحل الله البيع﴾[1] مثلاً مع قطع النظر عمّا يقيّدها بحالة الإختيار - مثل آية التجارة، وحديث الرفع ونظائرهما - تدلّ على صحّة البيع مطلقاً، ولو مع عدم الرضا، وأنّ العقد سبب مستقلّ في إيجاد البيع بلا دخل للرضا في تحقّقه، ويكون حديث الرفع حاكماً عليها، ومقيّداً لها بحالة الرضا، وما عدا حديث الرفع مثل آية التجارة ونحوها ممّا يكون مؤدّاه مؤدّى حديث الرفع، لا يؤخذ في ناحية المطلقات المحكومة بحديث الرفع، بل كلّها مقيّدات لها في عرض واحد، ونتيجة الكلّ هو عدم كون العقد سبباً مستقلّاً في تحقّق مضمونه، سواء كان مع الرضا أم لم يكن، وبعد تقيّدها بحديث الرفع وما في معناه ينتج أنّ العقد جزء سبب والجزء الآخر هو الرضا، فيصير العقد في عالم التصوّر محكوماً بحكمين:

أحدهما: كونه سبباً مستقلّاً، وهذا هو مؤدّى نفس المطلقات، ويرتفع هذا بواسطة تقييد المطلقات، بل يكون مؤدّاه اعتبار الرضا، كحديث الرفع ونظائره.

وثانيهما: كونه جزء السبب، وهذا هو مؤدّى نتيجة تقيّدها بما يدلّ على اعتبار

---

١. البقرة (٢): ٢٧٥.

الرضا، كحديث الرفع ونحوه، ولا يعقل أن يكون حديث الرفع حاكماً على رفع السببيّة الناقصة عن العقد؛ لأنّها قد ثبتت بنفس تقييد المطلقات به، ولا يصحّ أن يكون رافعاً لما يجيء من قبل نفسه، ولا يصحّ جعل المطلقات مقيّدة بما عدا حديث الرفع ممّا يدلّ على اعتبار الرضا، ثمّ تجعل النتيجة مقيّدة بحديث الرفع لما عرفت من أنّ ما عدىٰ حديث الرفع الذي يكون متّحد المآل معه يكون في عرضه، فلا يصحّ جعل ما في عرضه مقيّداً للمطلقات أوّلاً، ثمّ تجعل النتيجة الحاصلة محكومة بحديث الرفع ثانياً على ما بيّنّاه.

والحاصل أنّ حديث الرفع يدلّ على ارتفاع الحكم الثابت لولا الإكراه إذا وقع عن الإكراه، لا على ارتفاع الحكم الثابت عند طروّ الإكراه، لكنّ السببيّة المستقلّة ثابتة للعقد لولا الإكراه، والسببيّة الناقصة وجزئيّة السبب ثابتة له بالنظر إلى الإكراه، فيكون الأوّل مرتفعاً بدليل رفع الإكراه دون الأخير.

فإن قلت: هب أنّ السببيّة الناقصة لا ترتفع بدليل رفع الإكراه، بمعنىٰ أنّ حديث الرفع لا يكون ناظراً إلى رفعها إلّا أنّه لا دليل على إثباتها أيضاً؛ لأنّ المفروض دلالة المطلقات على السببيّة المستقلّة وهي ارتفعت بتقييدها بحديث الرفع ونظائرها، وليس في البين ما يدلّ على ثبوت السببيّة الناقصة، لا في تلك المطلقات، وذلك ظاهر بعد فرض كون مفادها إثبات السببيّة التامّة، ولا في غيرها، لكون المفروض انحصار الأدلّة بالمطلقات، ومع عدم قيام ما يدلّ على صحّة العقد المتعقّب بالرضاء، وكون العقد جزء السبب منها، لابدّ من الرجوع إلى أصالة الفساد، وهذا هو المراد بقوله ﷺ: ولكن يرد على هذا أنّ مقتضىٰ حكومة الحديث ... إلى آخره[1]. وأجاب عنه بقوله: اللهمّ إلّا أن يقال ... إلى آخره[2].

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٣ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وحاصله أنّ المطلقات بعد تقييدها بحديث الرفع وما بمعناه تفيد صحّة العقد الصادر عن المكره إذا تعقّب بالرضاء، ولا يحتاج إلى دليل آخر، ولا إلى القول بكون المطلقات بنفسها متكلّفة لحكم المكره.

وتوضيحه: أنّك قد عرفت أنّ دليل الإكراه رافعٌ لحكم المطلقات المتكلّفة لإثبات صحّة البيع بالمعنى الاسم المصدري في صورة الإكراه، وموجب لتقييد المعنى الاسم المصدري بمقارنة الرضا، ونتيجة هذا التقييد هو اعتبار الرضا في ناحية السبب في الجملة في مقابل الخالي عن الرضا رأساً، ضرورة أنّ دخل الرضا في تحقّق معنى الاسم المصدري واعتبار مقارنة تحقّقه بالرضا لا يجامع مع فقد الرضا عن السبب مطلقاً، سواء كان مقارناً أو سابقاً، أو لاحقاً، بل لا محيص عن وجوده في ناحية السبب في الجملة في مقابل السلب المطلق، وأمّا أنّه لابدّ من أن يكون مع السبب فلا، وحينئذ تصير نتيجة اعتبار مقارنة المعنى الاسم المصدري مع الرضا متكفّلاً لاعتبار الرضا في الجملة في المعنى المصدري، واعتباره مقارناً مع الاسم المصدري يكون نتيجة تقييد المطلقات بحديث الرفع ونظائره، فيكون اعتبار دخل الرضا في المعنى المصدري نتيجة ذاك التقييد بعينه، فظهر أنّ المطلقات بضمّ حديث الرفع إليها تنتج صحّة معاملة المكره عند التعقّب بالرضا، وهذا هو المراد في قوله ﷺ: فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير لمجموع العقد المكره عليه والرضا به لاحقاً إلى آخره[1].

قوله ﷺ: «إلّا أن يقال: إنّ أدلّة الإكراه كما ترفع السببيّة المستقلّة ...إلى آخره»[2].

لما قال: إنّ السببيّة الناقصة تثبت للعقد من ناحية دليل رفع الإكراه، ولا يعقل

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٤ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

أن تصير مرفوعة بحديث الرفع، أراد منع ذلك بدعوىٰ أنّ السببيّة الناقصة أيضاً مستفادة من المطلقات، إلّا أنّها بعد تقييدها بمؤدّى حديث الرفع.

والحاصل أنّ المطلقات هي المثبتة لحكم الإكراه، لكن بعد التقييد، كما أنّ دليل المثبت لحكم الكلّ هو بنفسه يكون مثبتاً لجزئيّة الجزء، وإن شئت فقل: إنّ المطلقات بعد التقييد تدلّ على كون المركّب من العقد والرضا سبباً تامّاً بدليلين ومدلولين، بمعنى أنّ المطلقات تدلّ على جزئيّة العقد للسبب، ودليل نفي الإكراه يدلّ على كون الرضا جزءً آخر.

وهذا الذي يستفاد من المطلقات، أعني جزئيّة العقد للسبب يصير مرفوعاً بدليل نفي الإكراه؛ لأنّه ليس حاصلاً من دليله، وبعبارة أوضح: إنّ مقتضىٰ الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعمّ من السابق واللاحق هو صحّة العقد المكره المتعقّب بالرضا، وحديث الرفع يرفع هذا التعميم ويخصّصه بما عدا الرضا اللاحق لو لم نقل في الرضا بالكشف الحقيقي، بل قلنا بمؤثّريّة الرضا في النقل، من غير فرق في ذلك بين جعل الرضا المتأخّر ناقلاً أو كاشفاً، بناءً على كون الشرط هو التعقّب، أو كان الكشف حكميّاً، كما تقدّم. نعم، على الكشف الحقيقي وكون الرضا أمارة محضاً بلا دخل له في تأثير الأمر المتقدّم، كما مرّ شرحه، يحكم بصحّة العقد؛ لعدم دخل الرضا حينئذ في التأثير حتّىٰ يقال بانتفاء التأثير من الرضا المتأخّر بدليل حديث الرفع، وتخصيص المطلقات بما عدا الرضا اللاحق.

وقوله ﷺ: «فتأمّل»[1].

إشارةٌ إلى الجواب عن ذلك، وحاصله دعوى الفرق بين إذا تعلّق حكم بمجموع مركّب من أجزاء - كما في باب الأوامر المتعلّقة بالمركّبات -، أو ما دلّ على

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

مؤثّريّة الإيجاب والقبول في النقل والانتقال، وبين ما إذا تعلّق حكم بشيء، واستفيد من دليل آخر تقيّده بشيء آخر.

ففي الأوّل يكون جزئيّة كلّ واحدٍ من أجزاء المركّب للمؤثّر التامّ أمراً عقلياً قهريّاً يحصل لكلّ واحد منها من الحكم الشرعي المتعلّق بالمركّب، وهذا بخلاف الأخير؛ إذ الدالّ على المؤثّر التامّ هو مجموع الدليلين، فتكون استفادة جزئيّة العقد للمؤثّر التامّ من الإطلاقات، ودليل نفي الإكراه معاً، وبعد كون دليل نفي الإكراه دخيلاً في إثبات جزئيّة العقد للمؤثّر التامّ، لا يعقل أن يكون رافعاً؛ إذ لا معنى لرفع ما يثبت من نفسه.

[في أنّ الإجازة كاشفة أو ناقلة؟]

قوله ﷺ: «بقي الكلام في أنّ الرضا المتأخّر ناقلٌ أو كاشفٌ؟ ... إلى آخره».

اعلم أنّ بعض الأُمور التي لها دخل في تحقّق العلّة التامّة والمجموع المؤثّر وقع الاتّفاق في كونه ناقلاً، ولم يقع فيه البحث عن الكشف والنقل، وذلك كالقبول بالنسبة إلى الإيجاب؛ إذ لم يعهد من أحدٍ توهّم كونه كاشفاً عن تحقّق الأثر من حين تماميّة الإيجاب مع إمكان فرض ثمرة مهمّة في كاشفيّته، كما في باب الإجارة، مثل ما إذا فرض تأخّر القبول عن الإيجاب بمقدار زمان لا يضرّ بالموالات العرفيّة، كدقيقة أو أكثر، وفرض منافع معتدّة بها للعين المستأجرة في هذا المقدار؛ إذ على النقل تكون المنافع للمؤجر، وعلى الكشف للمستأجر، لكن لم يعهد القول بالكشف فيه، وكالقبض في الهبة والصرف والسلم؛ حيث لم ينقل فيه أيضاً البحث عن الكشف والنقل، وبعض الأُمور وقع فيه البحث المذكور، فلابدّ أوّلاً من ضابط به يمتاز

ما يقع فيه البحث عمّا لا يقع؛ لكي يظهر أنّ الرضا في عقد المكره من أيّ قسمٍ من القسمين.

ثمّ بعد تبيّن كونه ممّا يقع فيه البحث، يبحث عن كونه ناقلاً أو كاشفاً، فهنا مقامان:

[المقام] الأوّل: في بيان الضابط، وهو على ما حدّده في *جامع المقاصد*[1] عبارة عن كلّ ما له نظر إلى الأمر المتقدّم، ويكون بوجوده مصلحاً له وموجباً لقلبه عن حالة إلى حالة أُخرىٰ.

وبعبارة أُخرىٰ تكون كمفيض الحياة والروح في الأمر المتقدّم. وبعبارة ثالثة تكون نسبته إلى الأمر المتقدّم كنسبة الحاكم إلى المحكوم في كونه شارحاً ومفسّراً له، فهو ممّا يقع فيه البحث عن الكشف والنقل، وذلك كالإجازة في المعاملة الفضوليّة، حيث إنّها ناظرة إلى تصحيح ما صدر عن الفضول من المعاملة، ومفيض الحياة إليها بعد أن كانت ميتةً لولا الإجازة، وكأداء المالك زكاته إذا باع الجنس الزكوي قبل إخراج زكاته؛ إذ للساعي حينئذ أن يتبع المال الزكوي أينما يجده، إلّا إذا أدّى المالك ما فيه من الزكاة من عينٍ آخر من أعيان أمواله، فيكون أداؤه للزكاة عن عين آخر ناظراً ومصحّحاً لما صدر منه من البيع المتقدّم، ونظائر ذلك كثيرة في الفقه من أوّل الطهارة إلى آخر الديات، ونقل شيخنا الأُستاذ - دام ظلّه - عن بعض مشايخه، وهو الشيخ محمد باقر الإصفهاني - قدّس الله سرّه - بأنّه أنحاها من أوّل الطهارة إلى بعض مسائل الحجّ في زمان بالغ إلى أربعة أشهر، وكان هذا من إحاطته في الفقه، وكلّما كان بنفس وجوده له المدخليّة في التأثير بلا نظر له في تصحيح الأمر المتقدّم فلا يقع فيه البحث عن الكشف والنقل، وذلك كالقبول والقبض.

---

١. راجع جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٤.

إذا تبيّن فاعلم: إنّ الرضا في باب المكره داخل تحت ضابط ما يقع فيه البحث، ضرورة أنّه كالإجارة ناظر إلى الأمر المتقدّم، لا أنّه بما هو هو دخيل في التأثير.

المقام الثاني: في أنّ الرضا في عقد المكره هل هو كاشفٌ أو ناقلٌ؟ وفيه وجهان:

أقواهما الأوّل، وذلك لدلالة ما يدلّ على كاشفيّة الإجازة في باب الفضولي على كاشفيّة الرضا أيضا، وذلك لا لأجل مقايسة عقد المكره بالفضولي حتّىٰ يقال بأنّه قياس، بل لأنّ الأحكام الثابتة في باب المعاملات على أقسام:

فمنها: ما تكون ثابتة لها بما هي عقد أو إيقاع، بلا دخل لعنوان المعاوضة في ثبوتها.

ومنها: ما تكون ثابتة لخصوص البيع مثلاً، والمستفاد ممّا دلّ على كاشفيّة الإجازة في باب الفضولي هو أنّ الإجازة بما هي إجازة - لا أنّها بما هي إجازة للعقد الفضولي - كاشفة، وكذا ما دلّ على نفوذ بيع المال الزكوي إذا أدّى المالك زكاته بعد البيع من غير عين الزكوي، فإنّه أيضاً يدلّ على أنّ الأمر المتأخّر كاشف عن صحّة الأمر المتقدّم، لا بما هو بيع، وهذا هو المراد بقول المصنّف ﷺ: إلّا أنّ الأقوىٰ بحسب الأدلّة النقليّة هو الثاني[1].

قوله ﷺ: «وفيه أنّ مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه ... إلى آخره»[2].

ربما يقال بأنّه لو لم يكن مفاد العقد السابق النقل من حينه، لكن مع ذلك مقتضى القاعدة هو الكشف، وذلك لتفكيك النقل الإنشائي عن النقل الواقعي.

وتوضيحه: أنّ البايع ببيعه ينشأ البيع، ويكون منشؤه حاصلاً بإنشائه، تعلّق به

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٥ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الإمضاء الشرعي أم لا، إلّا أنّه لمّا لم يكن ممّن بيده الاعتبار لا يترتّب على منشئه الحاصل بإنشائه أثر ما لم يتعلّق به الإمضاء ممّن بيده الاعتبار، فإذا أمضاه الشارع يترتّب عليه الأثر بإمضائه، وهو معنى تحقّق المنشأ بحسب الواقع في عالم الاعتبار.

والحاصل أنّ نفس ما صدر عن المنشئ أعني المنشأ الحاصل بإنشائه يصير محكوماً بكونه واقعيّاً بتعلّق الإمضاء به، فهو بوجوده الإنشائي موجود قبل الإمضاء، وعلى هذا فيكون هذا المعنى الإنشائي هو المتعلّق للإجازة، وإذا كان حاصلاً حين البيع وتعلّق الإجازة به ينتج الكشف، ووقوع الأثر من حين العقد.

ولا يخفى ما فيه، وذلك لأنّ لازم ما ذكر وقوع الأثر من حين تماميّة الإيجاب قبل تحقّق القبول؛ إذ الذي ينشؤه الموجب بإيجابه حاصل بعد الإيجاب في عالم الإنشاء بالبيان المتقدّم، ولازم ذلك هو الحكم بالصحّة من حين الإيجاب، مع أنّه ممّا لم يلتزم به هذا القائل، وتظهر الثمرة فيما ذكرناه من مثال الإجارة إذا فرض وجود منافع متعدّدة بها بين الإيجاب والقبول، كما لا يخفى.

قوله ﷺ: «وإن شئت توضيح ما ذكرنا، فلاحظ مقتضى فسخ العقد ... إلى آخره»[1].

لا يخفى أنّ الإجازة تارة تكون في مقابل الفسخ، وتارة تقع في مقابل الردّ، وكون الفسخ هو الحلّ من حينه يقتضي أن تكون الإجازة التي في مقابله إمضاء من حين الإجازة، لا أنّ الإجازة التي في مقابل الردّ إمضاء من حينها، وذلك لأنّ الخيار لمّا كان هو السلطنة على إقرار العقد السابق أو حلّه، وكان جعله من الشارع أو من المتعاملين لأن تكون لهما النظرة الثانية في صلاح المعاملة وفسادها، فالقرار والتثبيت والفسخ والحلّ كلاهما يقعان على العقد الصحيح المفروغ صحّته، مع قطع النظر عن هذه

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٦ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الإجازة والفسخ، فيكون كلاهما من حين وقوعهما، لا من حين العقد، وهذا بخلاف الإجازة والردّ في المقام، إذ بالإجازة يراد تصحيح العقد، لا أنّها تثبيت للعقد الصحيح، ومن المعلوم أنّ الردّ الذي في مقابلها يوجب رفع أثر العقد من حين العقد، لا من حين الردّ، فمقتضى مقابلته مع الإجازة أن تكون الإجازة أيضاً كذلك.

[في بيع المملوك]

قوله ﷺ: «ومن شروط المتعاقدين إذن السيّد لو كان العاقد عبداً فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلّا بإذن سيّده ... إلى آخره»[1].

اعلم أنّ الأقوال في جواز تصرّفات العبد ومنعه بين إفراط وتفريط، فمن قائل يقول بجواز تصرّفه فيما له في نفسه من النكاح والطلاق ونحوهما ممّا لا يكون التصرّف فيه تصرّفاً في سلطان مولاه. وفيما يتّبع به بعد عتقه، كضمانه ونحوه. وفيما يكون راجعاً إلى غيره، مثل التوكّل عن الغير في بيع أو شراء أو إيقاع، ويكون ممنوع التصرّف فيما يتعلّق بحقّ المولى وسلطانه أداءً لحقّه وسلطنته.

ومن قائل يقول بمحجوريّته عن كلّ فعلٍ، أو قولٍ من عقدٍ أو إيقاع، أو عملٍ قليلٍ أو كثيرٍ صغيرٍ أو كبيرٍ إلّا ما ثبت جوازه بالدليل.

فعلى القول الأوّل لابدّ في إثبات هجره في كلّ مورد من التماس دليل يثبت به منعه بالخصوص، أو يكون تصرّفه فيه في سلطان مولاه.

وعلى القول الثاني فلابدّ في إثبات[2] صحّة تصرّفه من التماس دليل مثبت لجوازه.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. في المطبوع: «فلابدّ من في إثبات» والصحيح ما أثبتناه.

ولا يخفى أنّ هذين القولين في شقاق، وأوسط الأقوال هو الوسط بين القولين، وهو منعه عن كلّ ما يعدّ شيئاً معتدّاً به، سواء كان تصرّفاً في سلطان مولاه أم لا.

وعلى الثاني كان راجعاً إلى نفسه أو إلى غيره، كالتوكّل عن الغير، وفيما كان راجعاً إلى نفسه أيضاً، كان ممّا يتبع به بعد عتقه كالضمان، أو لا كالنكاح والطلاق، وسواء كان بالنسبة إلى الوضع أو إلى التكليف فقط، أو بالنسبة إليهما معاً، ومنعه عن التكليف يقتضي حرمته، وعن الوضع يقتضي عدم نفوذه وفساده، وجواز تصرّفه في كلّ ما لا يعدّ شيئاً معتدّاً به، كتكلّمه وأكله ونومه ونحو ذلك.

وهذا هو الأقوى، ويدلّ عليه قوله تعالى: ﴿عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾[1] بضميمة ما ورد في رواية زرارة[2] من الاستدلال بالآية المباركة على عدم جواز نكاحه وطلاقه مستدلّاً بأنّ الطلاق شيء.

وتوضيح الاستدلال هو أنّ قوله تعالى: ﴿لا يقدر على شيء﴾[3] يحتمل أن يكون احترازيّاً، ويحتمل أن يكون توضيحيّاً.

فعلى الأوّل فتدلّ الآية المباركة على إنقسام العبد إلى من لا يكون قادراً على شيء ومن يكون كذلك. فلا تدلّ على أنّ كلّ عبدٍ لا يقدر على شيء، فتخرج عن الدلالة على ممنوعيّة العبد عن التصرّف مطلقاً، ولابدّ حينئذ في إثبات هجره عن التصرّف من التماس دليل آخر يدلّ على منعه بالعموم أو بالخصوص، وهذا هو مبنى القول الأوّل ومدركه، فإنّه جعل القيد احترازيّاً، واستدلّ لمنع العبد عن التصرّف بكونه موجباً لتفويت حقّ المولى، ولذا خصّص المنع بما يضادّ مع سلطان المولى.

---

١. النحل (١٦): ٧٥.

٢. من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٥٤١، ح ٤٨٦٠؛ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ١٠١-١٠٢، الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه، ح ١.

٣. النحل (١٦): ٧٥.

وعلى الثاني، فتدلّ الآية على ممنوعيّته عن التصرّف، وحينئذ يقع الكلام في المراد من كلمة ﴿شيء﴾[١]، فإنّ فيه أيضاً احتمالين:

الأوّل: أن يكون بمعناه العامّ المساوق للوجود، وعلى هذا الاحتمال تدلّ الآية على منع العبد عن كلّ تصرّف، سواء كان معتدّاً به أولا، فبمقدار ما ثبت جوازه يلتزم به من باب التخصيص. وبالنسبة إلى ما لم يثبت جوازه تكون الآية هي المرجع والمحكّم، وهذا مدرك القول بمجهوريّته عن كلّ تصرّف إلّا ما ثبت بالدليل.

الثاني: أن يكون «الشيء» بمعنىٰ ما يعدّ شيئاً عرفاً، ويكون أمراً معتدّاً به، وعلى هذا الاحتمال يتمّ المختار.

إذا عرفت ذلك فاعلم، إنّ المتعيّن من محتملي جملة ﴿لا يقدر على شيء﴾ هو التوضيحي، لا الاحترازي، وذلك لوجهين:

الأوّل: استدلال الإمام[٢] عليه السلام بتلك الآية على عدم نفوذ نكاح العبد وطلاقه؛ مستدلّاً بأنّ الطلاق شيء، مع أنّ الحمل على الاحتراز يسقط الآية عن كونها دليلاً على عدم النفوذ، كما عرفت.

والثاني: أنّ قوله تعالى: ﴿مملوك﴾[٣] لا إشكال في كونه توضيحيّاً، إذ لا يعقل أن يكون احترازاً عن العبد الغير المملوك؛ إذ لا يكون العبد على نوعين مملوكٍ وغير مملوك، بل كلّ عبدٍ فهو مملوك، فالمملوك صفة للعبد جيء به للتوضيح، ويكون قرينة بحكم وحدة السياق على أنّ جملة ﴿لا يقدر على شيء﴾ أيضاً تكون كذلك.

والحاصل: أنّ الآية المباركة في نفسها بقرينة كلمة ﴿مملوك﴾[٤] مضافاً إلى اشتهار

---

١. النحل (١٦): ٧٥.

٢. من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٥٤١، ح ٤٨٦٠؛ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ١٠١-١٠٢، الباب ٤٥ من أبواب الطلاق وشرائطه، ح ١.

٣. النحل (١٦): ٧٥.

٤. النحل (١٦): ٧٥.

الإمام ﷺ بها في رواية زرارة[1] ظاهرة في كون جملة «لا يقدر» توضيحيّاً لا احترازيّاً، وبهذا سقط القول الأوّل بفساد مدركه، وهو توهّم كون الجملة احترازيّاً، كما لا يخفى.

هذا بالنسبة إلى ما يحتمل في جملة «لا يقدر»، وأمّا بالنسبة إلى احتمالي كلمة «شيء» فالمتعيّن فيها أيضاً هو الشيء المعتد به، وذلك للظهور العرفي، مضافاً إلى تطبيق الامام ﷺ إيّاه على الطلاق في قوله ﷺ «أفشيء الطلاق؟»[2] إذ الظاهر منه أنّ ما كان مثل الطلاق ممّا يكون معتدّاً به يكون مراداً من كلمة «شيء»، فما لا يعتدّ به من الأشياء يخرج عن عموم «الشيء»، وبهذا يسقط القول الثاني أيضاً بفساد مدركه، وهو توهّم إرادة العموم من كلمة «شيء» من جهة مساوقتها مع الوجود، وتبيّن صحّة القول المختار، وهو منع العبد عن كلّ قول أو فعل معتدّ به، سواء كان تصرّفاً في سلطان المولى أم لا، وسواء كان في التكليف أو في الوضع، وسواء كان عن نفسه أو عن غيره، وسواء كان ممّا يتبع به بعد عتقه أم لا.

بقي الكلام في أنّ منعه عن التصرّف عن غيره هل يعمّ ما إذا كان بنحو التوكّل في إيقاع عقد أو إيقاع إذا كان وكيلاً في نفس إجراء الصيغة محضاً، أو يختصّ بما إذا كان من قبيل الوكيل المفوّض، والحقّ هو الأوّل، وتنقيحه يتوقّف على بيان أُمور:

الأوّل: قد مرّ مراراً أنّ النهي عن المعاملات إنّما يقتضي فسادها لو كان راجعاً إلى مرحلة المسبّب، لا إلى مرحلة السبب.

الثاني: في بيان المراد من السبب والمسبّب وتمييز كلّ عن الآخر.

فنقول المعاملة الصادرة عن الشخص تتقوّم بأُمور:

الأوّل: اللفظ الصادر عنه لو كانت بالقول أو الفعل الذي يقع به الإنشاء لو كانت بالمعاطات.

---

١. تقدّمت تخريجها آنفاً.

٢. في الفقيه: «الشيء الطلاق».

الثاني: قصد معناه، بأن يكون مريداً لمعناه ومستعملاً للفظ في معناه حين التلفظ، لا أن يكون تلفظه بلا قصد المعنى والاستعمال.

الثالث: أن يكون منشئاً للمعاملة بذلك الاستعمال، بحيث أخذ الاستعمال آلة للإنشاء.

الرابع: تلك المعاملة المنشئة بإنشائه، والفرق بين الثالث والرابع هو الفرق بين المصدر وبين اسمه، وأنّ الثالث معنى المصدر، والرابع اسم المصدر.

إذا تبيّن ذلك فنقول: الأمران الأوّلان يكونان من ناحية السبب، أمّا الأوّل منهما فواضح، وأمّا الثاني فلأنّ قصد المعنى واستعمال اللفظ فيه - أي إلقاء المعنى بكسوة اللفظ - يكون سبباً وآلة للإنشاء، فيعدّ من ناحية السبب، والأمران الآخران من ناحية المسبّب، أمّا الأخير منهما -أعني المعاملة المنشئة بالمعنى الاسم المصدري- فواضحٌ، وأمّا الأمر الثالث فكذلك أيضاً، حيث أنّك عرفت عدم التفاوت بينه وبين الأخير إلّا بالاعتبار، حيث أنّ المعنى المنشأ باعتبار انتسابه إلى الفاعل إيجاد، وباعتباره في نفسه وجود، كما لا يخفى.

وعلى هذا فإذا كان النهي راجعاً إلى أحد الأمرين الأوّلين أو إليهما معاً فلا يقتضي الفساد، وإذا كان راجعاً إلى الآخرين، أو إلى أحدهما، فيوجب الفساد، فلابدّ من ملاحظة ما يكون العبد منهيّاً عنه حتّىٰ يظهر أنّ النهي عنه هل هو راجع إلى ناحية أو إلى ناحية المسبّب.

فنقول: ما ثبت نهيه عنه أُمور: ما كان تصرّفاً منه في سلطان المولى، وما كان راجعاً إلى نفسه فعلاً، أو يتبع به بعد عتقه، وما كان راجعاً إلى الغير، مثل توكّله عن الغير في مباشرته لإيقاع صيغة عقد أو إيقاع أو توكّله على نحو الوكيل المفوّض.

أمّا ما كان منه تصرّفاً في سلطان المولى - وذلك كبيع ما بيده من أمواله،

سواء قلنا بملكه، أو باستحالة ملكه - فالنهي عنه راجع الى المسبّب بالدرجة الثالثة والرابعة معاً. أمّا الدرجة الثالثة منه فلأنّ نفس تصرّفه هذا مثل بيع ما بيده شيء معتدّ به، ومقضتى الآية هو سلب قدرة العبد عنه، وأمّا الدرجة الرابعة منه فلأنّ انتقال ما بيده بالمعنى الاسم المصدري تصرّف في سلطان مولاه، ولو قلنا بملك العبد إيّاه، فيكون ممنوعاً عنه.

وأمّا ما كان راجعاً إلى نفسه ولم يكن تصرّفاً في سلطان المولى ممّا كان منه فعلاً كالنكاح والطلاق، فالنهي عنه راجع إلى المسبّب أيضاً. لكن بالدرجة الثالثة، أعني مرحلة إنشاء المعاملة، لأنّه يكون شيئاً معتدّاً به فيكون منهيّاً عنه كذلك. وما كان منه يتبع به بعد العتق أيضاً كذلك؛ إذ هو أيضاً منهيّ عنه بالنظر إلى كونه شيئاً معتدّاً به.

وأمّا ما كان منه راجعاً إلى الغير فبالنسبة إلى الوكالة المفوّضة فهو أيضاً راجع إلى ناحية المسبّب بكلتا الدرجتين، حيث إنّ ما يصدر عنه بما هو فعله بالمعنى المصدري منهيّ عنه؛ لكونه شيئاً معتدّاً به، و بمعناه الاسم المصدري تصرّف في سلطان مولاه، وبالنسبة إلى التوكّل في إيقاع معاملة من عقد أو إيقاع، فعن *الجواهر*[1] القول بصحّته مستدلّاً له بكون النهي عنه راجعاً إلى ناحية السبب، فلا يقتضي فساده.

ولا يخفى ما فيه، أمّا أوّلاً فلأنّ السبب فيه ليس منهيّاً عنه أصلاً، ضرورة أنّ الالتزام بالنهي عن السبب وارجاع النهي إلى السبب بمعنىٰ كون السبب -أعني الدرجتين الأُوليين، وهما التلفّظ بالصيغة، وقصد مدلولها مبنيٌ على جعل كلمة «شيء» بمعناه العموم المساوق للوجود حتّىٰ يدلّ على حرمة كلّ شيء على المملوك، وقد عرفت منعه وأنّ المستظهر عن لفظة شيء هو ما يعدّ شيئاً معتدّاً به، وأمّا ثانياً فلأنّ النهي فيه راجع إلى مرحلة المسبّب، غاية الأمر لا بكلتا درجتيه، بل إنّما تعلّق بالدرجة

---

١. جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٤٣٨-٤٤٠.

الأُولىٰ من ناحية المسبّب، وهي مرحلة الإنشاء بالمعنى المصدري؛ حيث إنّ التوكّل عن الغير الموجب لنفوذ أمره على الغير، أعني موكّله أو الموكّل عليه شيء معتدّ به، فيكون منهيّاً عنه، والنهي عن المسبّب ولو بدرجته الأولىٰ موجبٌ للفساد على ما بيّناه، وتحصل من جميع ما ذكرناه فساد كلّ معاملة صادرة عن العبد من عقد أو إيقاع، سواء كان لنفسه أو لغيره، وما كان لنفسه أعمّ ممّا يتبع به بعد عتقه كالضمان، أولا، كالنكاح والطلاق، وما كان عن غيره أعمّ ممّا بالوكالة المفوّضة أو بصرف التوكّل عن الغير في إجراء صيغة عقد أو إيقاع، كلّ ذلك بما تقدّم من الدليل، خلافاً لمن يجيز ضمانه، ونحوه ممّا يتبع به بعد عتقه، وتوكّله في إجراء صيغة معاملة مستدلّاً بأنّه ليس تصرّفاً في سلطان المولى.

قوله ﷺ: «وكيف كان فإنشاءات العبد لا يترتّب عليها آثارها من دون إذن المولى ... إلى آخره»[1].

اعلم أنّ تنقيح البحث عن صحّة ما يصدر عن العبد بالإجازة يتوقّف على رسم أُمور:

[الأمر] الأوّل: إنّك قد عرفت ممّا سبق أنّ سلب القدرة عن الشيء شرعاً في باب التكاليف يقتضي تحريمه، وفي باب الوضعيّات يقتضي عدم نفوذه، والآية المباركة[2] تدلّ على سلب القدرة عن العبد شرعاً بالنسبة إلى ما يعدّ من الأُمور شيئاً معتدّاً به من التكاليف التي ثبت إشراكها بين العبيد والأحرار والوضعيّات، ونتيجة ذلك هو حرمة ما كان من قبيل التكليف عليه، مع عدم إذن المولى وعدم نفوذ ما كان من قبيل الوضع مثل العقد والإيقاعات.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. النحل (١٦): ٧٥.

[الأمر] الثاني: أنّه تقدّم أنّ النهي عن معاملاته لا يكون راجعاً إلى مرحلة السبب بدرجتيه، وإنّما هو راجع إلى مرحلة المسبّب، إمّا بكلتا درجتيه حسبما بيّناه، أو إلى درجته الأولى، أعني الإيجاد بالمعنى المصدري، فالتلفّظ بالصيغة أو استعمالها في معناها لا يكون محرّماً على العبد، بل إنّما هو كسائر تكلّماته التي لا يتوقّف إباحتها على إذن المولى.

الأمر الثالث: لو قلنا بإرجاع النهي إلى ناحية السبب أيضاً، وأنّ التلفّظ بلفظ الصيغة أو استعمالها في معناها يكون محرّماً عليه بواسطة النهي لا يكون نتيجة تحريمه عليه شرطيّة الحرّيّة في مجرى الصيغة، مثل اشتراط العربيّة والماضويّة مثلاً فيها، بل غاية الأمر يكون السبب بما هو حراماً إمّا أنّه يشترط في صيغة المعاملات أن تكون صادرة عن غير الأحرار فلا، والسرّ في ذلك هو أنّ الآية المباركة ناظرة إلى سلب القدرة عن العبد شرعاً في الأشياء بجامع واحد، وعلى تقدير شمولها لسلب القدرة عن مثل التلفّظ بالصيغة، فلا تدلّ على أزيد من حرمته؛ لما عرفت في الأمر الأوّل من أنّ نتجية إنسلاب القدرة شرعاً في مورد التكاليف هو الحرمة.

الأمر الرابع: إذا أذن المولى عبده فإمّا يكون في التكليف، أو يكون في الوضع، وعلى كلا التقديرين فإمّا يكون الإذن سابقاً، أو مقارناً، أو لاحقاً. لا إشكال في جواز الفعل التكليفي ونفوذ الوضعي بالإذن السابق والمقارن، وذلك لأنّ المستفاد من الآية لا يكون إلّا عدم الاستقلال للعبد في الفعل الذي هو لازم إنسلاب القدرة عنه، ومع انضمام اذن السيّد إليه يخرج عن مورد النهي الشرعي فيصير مباحاً لو كان تكليفاً، وينفذ لو كان وضعاً، أمّا الإذن المتأخّر فلا يفيد في تحليل الفعل المتقدّم في باب التكليف، فلو سافر العبد بغير إذن مولاه ثمّ أذنه المولى، فإذنه يؤثّر في رفع الحرمة من حين وقوعه، ولا يوجب إباحة سفره هذا من أوّل الأمر، ويترتّب على هذا وجوب

الإتمام عليه لو لم يكن الباقي من مسافة سيره من حين الإذن بقدر مسافة التقصير، ولو كان مع ما مضى بقدرها أو أزيد.

وأمّا الإذن المتأخّر في باب المعاملات، فهل يوجب نفوذ المعاملة الصادرة منه -كما في الفضولي- أم لا؟ وجهان، يأتي الكلام فيه مستوفى إن شاء الله.

الأمر الخامس: إذا كان تصرّف العبد فيما بيده من مال المولى الذي يملك العبد مع ما في يده، يكون من مصاديق عقد الفضولي، فإجازة المولى تكون كإجازة المالك في باب الفضولي بعينه، وإن كان تصرّفه فيما لنفسه -سواء كان ممّا يتبع به بعد عتقه كضمانه؛ أم لا، كنكاحه مثلاً فأجازه المولى- فهل إجازة المولى كإجازة المالك في الفضولي، أوكإجازة المرتهن بيع الراهن، أوإجازة العمّة أو الخالة لعقد بنت الأخ أو الأُخت، وكإجازة أب الباكرة لنكاحها -لو قيل بتوقّف صحّته على إذن الأب- احتمالاتٌ:

أقواها الأخير، وذلك لعدم إجراء إجازة المالك في الفضولي هنا قطعاً؛ إذ ليس تصرّف العبد في ملك المولى، كما هو المفروض، وحينئذ يجب أن ينظر في عقد الراهن، وتشخيص أنّه هل يكون توقّفه على إذن المرتهن من جهة كون العين المرهونة متعلّقة لحقّ المرتهن، أو أنّه من جهة قصور الراهن عن أن يصدر منه ذاك الفعل، فإن كان من قبيل الأوّل فلا يكون المقام مثله، ضرورة أنّ هجر العبد عمّا يفعله ليس لأجل تعلّق حقّ المولى في متعلّق فعله، وذلك ظاهر، وإن كان من قبيل الثاني فيصير نظير المقام، ولكن لاشبهة في أنّ توقّف بيع الراهن على إذن المرتهن إنّما هو لأجل كون العين متعلّقة لحقّ المرتهن، فلا يكون نظير المقام، فظهر أنّ التوقّف في المقام نظير توقّف عقد بنت الأخ أو الأُخت على إذن العمّة أو الخالة.

الأمر السادس: إذا كان تصرّف العبد في ملك المولى فإجازة المولى تتعلّق إلى الدرجة الثانية من ناحية المسبّب - أعني نتيجة فعل العبد وما صدر منه بالمعنى

الاسم المصدري-، وإذا كان تصرّفه فيما لنفسه مثل الضمان يكون متعلّق الإجازة هو المسبّب بالدرجة الأولىٰ، أعني المعنى المصدري، ولا يلزم انتفاء الدرجة الثانية من المسبّب كون الإجازة راجعاً إلى ناحية السبب لكي يورد بما في الكتاب من أنّه غير قابل للإجازة؛ للزوم الإنقلاب على ما سيأتي في الأمر السابع مع ما فيه، وذلك لإمكان تعلّقها إلى مرحلة المسبّب بما هو متعلّق حقّ المولى، وهو الدرجة الأولىٰ ممّا في ناحية المسبّب والمعنى المصدري.

الأمر السابع: ذكر المصنّف ﷺ في الكتاب في مقام احتمال عدم نفوذ معاملة العبد بعد تعقّبها بالإذن، وجهاً، بقوله: لأنّ المنع فيه ليس من جهة العوضين ... إلى آخره[1].

وحاصله أنّ المنع تعلّق إلى ناحية السبب، فهو وقع حراماً منهيّاً عنه. وبالإذن اللاحق لا يخرج عمّا وقع عليه، كما في المثال الذي ذكرناه من سير العبد مسافة التقصير بلا إذن من المولى.

ولا يخفى ما فيه؛ لما بيّنّاه من أنّ السبب لا يكون منهيّاً عنه أوّلاً، وعلى تقدير تسليم النهي عنه فلا يدلّ على شرطيّة صدوره عن الحرّ ثانياً، لكي يقال: إنّه وقع فاقد الشرط ، والإذن المتأخّر لا يوجب انقلابه عمّا وقع عليه، فهذا الوجه في غاية السقوط.

ثمّ إنّه ﷺ اختار في آخر الكلام نفوذ معاملته بإجازة المولى، بقوله: إلّا أنّ الأقوىٰ هو لحوق إجازة المولى[2].

ولا يخفى أنّ نظره ﷺ إلى لحوق الإجازة إلى ناحية السبب، أعني مقام التلفّظ بالصيغة، أو مقام استعمالها في معناها.

ويستدلّ على ما اختاره من لحوق الإجازة بوجوه ثلاثة:

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).
٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الأوّل: ما أشار إليه بقوله: لعموم أدلّة الوفاء ... إلى آخره[١].

وحاصله أنّ عموم أدلّة الوفاء[٢] يقتضي صحّة العقد الصادر من العبد مطلقاً، سواء كان مع إذن المولى أم لا، لكنّه قيّد بالآية المباركة[٣] الدالّة على إعتبار إذن المولى، فيتوقّف صحّته على إذن المولى، لكن دليل المقيّد لا يختصّ بالإذن السابق، بل بإطلاقه يشمل ما إذا كان الإذن لاحقاً. هذا، ومع الشكّ في المراد من المقيّد، وأنّه هل يراد منه خصوص الإذن السابق، أو الأعمّ منه ومن اللاحق؟ يكون المرجع هو عموم أدلّة الوفاء، وذلك لإجمال المخصّص، أعني دليل اعتبار الإذن ودورانه بين الأكثر، وهو خصوص الإذن السابق، إذ خصوصيّة السبق أمرٌ زائد يكون مشكوكاً، وبين الأقلّ، وهو مطلق الإذن الأعمّ من اللاحق. ولمّا كان المخصّص منفصلاً لا يسرى إجماله إلى العامّ، يؤخذ بالمتيقّن منه ،ويرجع في الزائد المشكوك إلى العموم، كما هو الشأن عند الشكّ في إجمال المخصّص المفنصل.

وأشار إلى الوجه الثاني الذي أفاده بصورة التأييد للوجه الأوّل بقوله: ويؤيّد إرادة الأعمّ من الإجازة الصحيحة السابقة ... إلى آخره[٤].

وحاصله أنّ رواية زرارة المذكورة في الكتاب[٥] تدلّ على اعتبار إذن المولى في نكاح العبد و طلاقه؛ حيث قال عليه السلام: «**المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلّا بإذن سيّده**»[٦] ولفظ «الإذن» ولو فرض عدم إطلاقها على الإذن المتأخّر بالخصوص،

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٢. المائدة (٥): ١.

٣. أي آية ٧٥ من سورة النحل (١٦).

٤. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٥. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٧ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

٦. من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٥٤١، ح ٤٨٦٠؛ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ١٠١-١٠٢، الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه، ح ١، فيه: «المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه...».

ولكنّه قابل لأن يحمل على خصوص الإذن السابق، وقابل لأن يحمل على الأعمّ، ورواية الواردة في صحّة نكاح العبد الواقع بغيراذن المولى[1] إذا تعقّب بإجازة المولى تكون قرينة على إرادة الأعمّ في رواية زرارة؛ وذلك لأنّ ما ورد في صحّة نكاحه عند التعقّب بالإجازة يصير مبنيّاً للمراد من الإذن الذي اعتبر في رواية زرارة، وأنّ المراد به هو الأعمّ من الإذن اللاحق.

فإن قلت: المذكور في رواية زرارة هو اشتراط نكاح العبد وطلاقه معاً بإذن المولى، فكما ورد بدليل آخر كفاية الإذن المتأخّر في صحّة نكاحه، كذلك ورد دليل آخر في عدم صحّة طلاقه بإذن المتأخّر، فيمكن أن يجعل ذاك الدليل قرينة على خصوص الإذن السابق من رواية زرارة؛ إذ ليس جعل ما ورد من كفاية الإذن المتأخّر في صحّة النكاح قرينة على إرادة الأعمّ من الإذن السابق أولى من جعل ما ورد من عدم كفاية الإذن المتأخّر في صحّة طلاقه قرينة على إرادة الإذن السابق.

قلت: هذه المعارضة يتمّ لو كانت رواية زرارة مسوقة لبيان اشتراط طلاق العبد ونكاحه بإذن المولى، وليس كذلك، بل إنّما هي مسوقة لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق، ويلزمه توقّف طلاقه على إذن المولى، لكن هذا اللازم ليس مدلولاً مطابقيّاً للرواية، وحينئذ لا يمكن أن يجعل ما يدلّ على عدم كفاية الإذن اللاحق في صحّة طلاقه قرينة على إرادة خصوص الإذن السابق في رواية زرارة، هذا.

وأشار إلى الوجه الثالث بقوله: ويؤيّد المختار، بل يدلّ عليه ما ورد في صحّة نكاح العبد ... إلى آخره[2].

وحاصله أنّ نكاح العبد من غيراذن سيّده يمكن أن يكون بمباشرته لإيقاع العقد،

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥١، ح ١٤٣٢؛ وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ١١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

٢. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٩ (ضمن تراث الشيخ الأعظم). والرواية تقدمت تخريجها قبيل هذا.

ويمكن أن يكون بتوكيله لحرّ في إيقاعه. وعلى الأوّل يكون إمضاء المولى لمضمون نكاحه إمضاء لسببه أيضاً، وبعبارة أُخرىٰ عند صدور العقد عن العبد بالمباشرة يحتاج إلى إمضائين: إمضاء النكاح بمعناه الاسم المصدري، وإمضاؤه بما هو سبب صادر عن العبد موجب لتحقّق مسبّبه، وعنه صدوره عن وكيله يحتاج إلى إمضاء واحد، وهو إمضاء المعنى المسبّبي، إذا لسبب حينئذ لا يحتاج إلى إذن المولى، والرواية بترك الاستفصال تدلّ على كفاية الإذن اللاحق في صحّة السبب، كما تدلّ على كفايته في صحّة المسبّب، فتكون دليلاً على تأثير الإجازة اللاحقة في العقد الصادر عن العبد بما هو سبب.

هذا محصّل الوجوه المستفادة عن العبارة مع ما فيها من الإغلاق، والكلّ مخدوش:

أمّا الأوّل؛ فلأنّ دعوى شمول إطلاق الإذن للإذن المتأخّر ممنوع جدّاً، كيف والإذن بمفهومه العرفي عبارة عمّا يكون سابقاً أو مقارناً، والأمر المتأخّر إنّما يسمّى بالإجازة، فالإذن مأخوذ في مفهومه العرفي أن لا يكون متأخّراً، فجعل كلمة «الإذن» في قوله عليه السلام: «لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلّا بإذن سيّده»[1] أعمّ من الإذن اللاحق، منافٍ مع ما يفهم من لفظ «الإذن» عرفاً، الذي هو المناط في معناه، فبطل الوجه الأوّل بمنع إطلاق الإذن للمعنى الأعمّ من السابق.

وأمّا الوجه الثاني: فلأنّ جعل ما ورد في رواية الواردة في صحّة نكاح العبد من التعليل بأنّه: «عصى سيّده، وإذا أجاز جاز»[2] الدالّ على كفاية الإجازة المتأخّرة في صحّة نكاحه قرينةً على أنّ المراد من «الإذن» في رواية زرارة[3] هو المعنى الأعمّ،

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥١، ح ١٤٣٢؛ وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ١١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح ١.

٢. من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٥٤١، ح ٤٨٦٠؛ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ١٠١-١٠٢، الباب ٤٥ من أبواب مقدّماته وشرائطه، ح ١.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥١، ح ١٤٣٢؛ وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ١١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح ١.

عجيبٌ، إذ كيف يكون قبول النكاح للإجازة المتأخّرة قرينة على تعيين المراد من لفظ «الإذن» في رواية زرارة، مع أنّه على فرض تسليم تماميّة القرينة يجيء السؤال المذكور من معارضة تلك القرينة مع ما دلّ على عدم كفاية الإجازة المتأخّرة في الطلاق، وكون الرواية مسوقة لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق، لا لبيان اشتراط طلاقه بالإذن، مع أنّه مشترك بين الطلاق والنكاح أجنبيّ عن جواب الإشكال؛ لأنّ الإذن المشترط في الطلاق والنكاح، سواء كان دليل اشتراطه دالّاً على اشتراطه بالالتزام، أو دالّاً عليه بالمطابقة، يمكن أن يكون بالمعنى الأعمّ.

ويمكن أن يراد معناه الأخصّ، فكما أنّ الرواية الدالّة على كفاية الإجازة المتأخّرة في النكاح تجعل قرينة على إرادة معناه الأعمّ، كذلك دليل الدالّ على عدم كفاية الإجازة المتأخّرة في الطلاق تجعل قرينةً على إرادة معناه الأخصّ، كان الاشتراط مدلول الدليل بالمطابقة، وكان الدليل مسوقاً لبيانه، أو كان مدلوله بالالتزام.

وأمّا الثالث: فلأنّ مقتضى ما دلّ على كفاية إجازة السيّد في صحّة نكاح العبد[1] هو قابليّة السبب للحوق الإجازة إذا كان المسبّب متعلّق الإجازة، وتعلّقت الإجازة إلى السبب تبعاً لتعلّقها إلى المسبّب؛ حيث إنّ إجازة المسبّب بسبب لا ينفكّ عن إجازة سببه؛ وليس فيه دلالة على كفاية إجازة السبب في نفسه إذا تعلّقت الإجازة به مستقلّاً، فيما ليس للسيّد إجازة المسبّب، وما نحن فيه من هذا القبيل؛ حيث إنّ الإشكال في كفاية الإجازة المتأخّرة بما لم يكن من تصرّفات العبد في ملك المولى، مثل بيع ما في يده، بل كان من قبيل ما لنفسه يتبع به بعد عتقه، كضمانه، أو لا يتبع به بعد عتقه، كنذره، أو كان راجعاً إلى غيره، كتوكّله عن غيره، وأمّا بالنسبة إلى ما في يده من الأموال، فلا إشكال في كفاية الإجازة المتأخّرة؛ لكونه فضوليّاً، كما قدّمناه.

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥١، ح ١٤٣٢؛ وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ١١٥، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح ٢.

وبالجملة الدليل الذي ذكره المصنّف ﷺ يدلّ على كفاية الإجازة المتأخّرة المتعلّقة إلى السبب لو كانت تبعياً في صورة كان له إجازة المسبّب، والمدّعى كفاية إجازته فيما كان نفس السبب هو المتعلّق للإجازة مستقلّاً من دون أن يكون صحّة المسبّب متوقّفاً على إجازة السبب، والمتحصّل أنّ الوجوه الثلاثة التي ذكرها في كفاية الإجازة المتأخّرة في صحّة السبب كلّها ممنوعة.

والتحقيق أن يقال: إنّ صحّة السبب لا تتوقّف على إجازة المولى أصلاً، وذلك لما بيّنّاه من أنّ المراد من السبب هو الدرجتين الأوليين، أعني التلفّظ بالصيغة و استعمالها في معناها، بل هاتان الدرجتان خارجتان عن النهي الدالّ عليه عموم آية ﴿لا يقدر على شيء﴾[1]. وعلى فرض شمول العموم لهما أيضاً لا يدلّ النهي إلاّ على حرمتهما، وهو لا يدلّ على الفساد، وإنّما المحتاج إلى الإجازة هو المسبّب بدرجيته، أعني مرحلة الإنشاء بالمعنى المصدري ومرحلة المنشأ بالمعنى الاسم المصدري.

فحينئذ يجاب عن الإشكال بما يجيء في تنبيهات الفضولي بأنّ كفاية الإجازة المتأخّرة ليست مختصّة بخصوص ما إذا وقع العقد على مال المجيز، بل يعمّه، وما كان واقعاً على نحو يكون موقوفاً على إذن مخلوق، سواء كان لأجل وقوع العقد على ملكه، أو لأجل وقوعه على حقّه، كبيع مال المرهون، أو كان متوقّفاً على إذنه، ولو لأجل كون متعلّق العقد ملكاً، أو متعلّقاً لحقّه، كعقد بنت الأخ أو الأُخت على العمّة أو الخالة. ففي جميع هذه الموارد تكفي الإجازة المتأخّرة، وهي تتعلّق دائماً إلى ناحية المسبّب، غاية الأمر في بعض الموارد على كلتا درجتيه، كما في إجازة المالك، وفي بعض الموارد على الدرجة الأولىٰ منه، كما في إجازة العمّة أو الخالة لعقد بنت الأخ أو الأُخت.

والعبارة الجامعة لما ذكرناه هي أن يقال: كلّ عقد صادر عن شخص يتوقّف نفوذه على إذن مخلوق تكفي إجازة مَن لإذنه دخلٌ في صحّته.

---

١. النحل (١٦): ٧٥.

وهذا المعنى بذلك الجامع العامّ وإن كان محلّاً للكلام ووقع فيه البحث بين الأعلام إلّا أنّه سيجيء في تنبيهات الفضولي بأنّ ما ذكرناه هو المختار، وعليه فمعاملة العبد تكون داخلة في هذا الجامع من غير إشكال، كما لا يخفى.

والمتحصّل ممّا ذكرناه هو أنّ الظاهر من المصنّف ﷺ إرجاع النهي إلى ناحية السبب، ثمّ الاستدلال على صحّته بعد الإجازة بما ورد من كفاية إجازة السيّد نكاح عبده الشامل لما كان العبد هو بنفسه عاقداً بالمباشرة بواسطة ترك الاستفصال.

ومحصّل الإيراد عليه أنّ النهي لا يكون راجعاً إلى السبب، وعلى تقدير إرجاعه إليه لا يدلّ عليه الفساد، وعلى تقدير دلالته على الفساد ما ورد من كفايّة الإجازة المتأخّرة في صحّة النكاح لا يدلّ على كفايتها في صحّة السبب؛ لأنّ كفاية الإجازة المتأخّرة في صحّة النكاح إنّما لا تدلّ على كفايتها في صحّة السبب لو كان السبب غير مستقلّ في الإجازة، بل كان كالمعنى الحرفي في تعلّق الإجازة به بواسطة تعلّقها بالمسبّب، ولا يلزم من صحّته إذا تعقّب بالإجازة تبعاً، صحّته إذا تعلّق به الإجازة مستقلّاً، وبما هو معنى اسمي مستقلّ اللحاظ.

وما استظهرناه من كون نظره ﷺ إلى ارجاع النهي بناحيّة السبب إنّما هو من تعبيره عن مورد الإجازة بنفس الإنشاء الصادر، حيث يقول في مقام بيان المنع عن عقد العبد بأنّ: المنع من جهةٍ راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر... إلى آخره[1].

ولكنّ الإنصاف عدم ظهور لفظ الإنشاء في إرادة إرجاع المنع إلى السبب بمعنى التكلّم بالصيغة، أو بمعنى استعمالها في معناها، بل هو يصرّح في آخر كلامه بعدم المنع عن التكلّم والاستعمال في المعنى، فمقصوده من الإنشاء الممنوع عنه هو ما ذكرناه من الدرجة الأولى الراجعة إلى ناحية المسبّب، فحينئذ فيرد عليه المنع عن استدلاله في كفاية الإجازة المتأخّرة بما ورد من صحّة النكاح بها، كما بيّناه.

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٣٨ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

وكيف كان فحقّ المقام هو ما ذكرناه من عدم اختصاص مورد الإجازة بما إذا كان التصرّف واقعاً في ملك الغير، بل يصحّ العقد بالإجازة في كلّ مورد كان واقفاً ومتوقّفاً على إذن الغير، إمّا لأجل تعلّق حقّه بمتعلّق العقد، أو لأجل قصور في العاقد نفسه، كما بيّنّاه.

قوله ﷺ: «فرع: لو أمر العبدَ آمرٌ أن يشتري نفسه من مولاه ... إلى آخره»[1].

اعلم أنّ شراء العبد نفسه لغيره بالوكالة عن الغير تارة يكون بشرائه نفسه من مولاه نفسه، وأُخرىٰ يكون باشترائه نفسه من وكيل مولاه، وعلى الثاني فإمّا يكون وكيل المولى وكيلاً مطلقاً في بيعه وفي إمضائه؛ لتوكّله عن الغير، وأُخرىٰ يكون وكيلاً في خصوص بيعه، ولا يكون وكيلاً في إنفاذ توكّل العبد عن غيره، فهنا صور ثلاث.

وقد أورد في صحّة بيع العبد نفسه عن مولاه نفسه، أو عن وكيل المولى إشكالان:

[الإشكال] الأوّل: إنّ الموجب إذا كان المولى نفسه، أو وكيل المطلق عنه، تكون إجازة وكالة العبد عن غيره في شراء نفسه له بعين إيجاب البيع، فالإيجاب يقع في حال عدم قابليّة العبد للقبول، حيث إنّه بالإيجاب تنفذ وكالته، فيصحّ قبوله بعد نفوذ وكالته، وفيما كان الإيجاب من الوكيل المختصّ في البيع لم يتحقّق قابليّته للقبول حتّىٰ بعد الإيجاب أيضاً، فتبطل المعاملة لأجل عدم قابليّة القابل للقبول حين الإيجاب، سواء حصل له القابليّة بعد الإيجاب أم لا.

ولا يخفى ما فيه من الوهن؛ لأنّه لا دليل على اعتبار قابليّة القابل للقبول حين الإيجاب، بل يكفي في صحّة العقد كونه واجداً لشرائط القبول حين القبول، فيصحّ العقد إذا كان الموجب هو المولى نفسه، أو صدر الإيجاب عن وكيله المطلق، وأمّا إذا صدر عن الوكيل المختصّ بالبيع فيكون قبول العبد واقعاً في حال عدم تنفيذ وكالته عن

---

١. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٣٤٢ (ضمن تراث الشيخ الأعظم).

الغير، فيصير العقد المركّب منه ومن الإيجاب حينئذ فضولياً، فلا يلغو الإيجاب أيضاً، بل يتوقّف على الإجازة، أمّا إجازة موكّل العبد في قبول الصادر عنه، أو إجازة مولى العبد في وكالة العبد عن الغير، وأيّاً ما كان يصحّ العقد بإحدى الإجازتين من غير إشكال.

الإشكال الثاني: لزوم اتّحاد الموجب والقابل؛ إذ العبد لمّا كان ملكاً للمولى حين القبول فكان بمنزلة المولى، فكأنّ الإيجاب والقبول صدر كلاهما عن المولى، غاية الأمر الإيجاب منه نفسه والقبول منه بعبده.

ولا يخفى أنّ هذا الإشكال أضعف من الإشكال الأوّل، أمّا أوّلاً فلكفاية التعدّد الإعتباري في كلّ عقدٍ، وأمّا ثانياً فلأنّه على فرض اعتبار التعدّد وعدم الاكتفاء بالتعدّد الإعتباري، التعدّد الخارجي في المقام موجودٌ، إذ الإيجاب يصدر عن شخص آخر و إنّما الاتّحاد اعتباري وملاك الصحّة وهو التعدّد الواقعي موجود في المقام، فلا وقع لهذا الإشكال أصلاً.

إلى هنا نختم الكلام في الجزء الأوّل ممّا علّقناه على مكاسب الشيخ الأعظم أُستاذ الأساتيد آية الله الكُبرى الحاج شيخ مرتضى الأنصاري -نوّرالله تعالى مضجعه- ممّا استفدناه من أبحاث شيخنا وأُستادنا الأعظم آية الله في الأنام من الله الملك العلاّم الميرزا محمّد حسين النائيني الغروي -قدّس سرّه وطيّب رمسه- مع ما سنح بخواطري الفاتر في بعض الموارد حامداً لله سبحانه، ومصلّياً على النبيّ وآله عليهم من الصلوات أنماها وأزكاها.

وكان ختامه للطباعة بيد مؤلّفة الفقير الضعيف الفاني محمّد تقيّ بن محمّد الآملي - عفى عن جرائمهما - في ضحى يوم السبت الخامس من شهر ربيع الثاني من شهور سنة ثلاثمأة وثلاثة وسبعين بعد الألف من الهجرة النبويّة على مهاجرها الآلف السلام والتحيّة، والحمد لله أوّلاً وآخراً، وظاهراً وباطناً.

الفهرس

مقدمة مجمع الإمام الحسين عليه السلام العلمي ٥

ترجمة المؤلّف ٧

أساتذته ٧

تلامذته ٨

مؤلّفاته ٨

أولاده ٨

نحن والكتاب ٩

المكاسب والبيع ٩

شكر وتقدير ١٠

كلمة المؤلف ١١

الكلام في المكاسب المحرّمة

أقسام المكاسب ١٥

المقام الأوّل: في مبادلة الأعيان المحرّمة ١٨

القسم الأوّل: في بيان المراد من النهي عن البيع ١٨

الضابط الكلّي فيما يصحّ بيعه وما لم يصحّ ٢٠

بيع العذرة و مايلحق بها ٢١

استثنائات الضابط الكلّي في بيع الأعيان النجسة ٢٢

١. بيع الكافر ٢٢

٢. بيع الكلب ٢٣

٣. بيع العصير العنبي ٢٥

٤. بيع الدهن المتنجّس ٢٧

أُمور في بيع الدهن المتنجّس ٢٨

جريان الأُصول في حكم الانتفاع عن المتنجّسات ٣٣

القسم الثاني: فيما يحرم التكسّب به من جهة الصفة الموجودة فيه أو غاية محرّمة ٣٧

حكم الدارهم المغشوشة ٣٧

حكم كسر الدراهم ٣٩

مقدّمة الحرام ٤٣

القسم الثالث: فيما يحرم لأن يحتمل أن يترتّب عليه غايةٌ محرّمةٌ ٤٧

ضابط ما يفسد من المعاملات و ما لا يفسد ٤٨

سبب الشكّ في صحّة البيع وفساده ٥٠

المقام الثاني: في مبادلة المنافع المحرّمة ٥٧

أخذ الأُجرة على الواجبات ٥٩

أقسام أخذ الأُجرة على الواجبات وحكمها ٥٩

في النيابة عن الغير في الواجبات ٦٣

في أخذ الأُجرة على العبادات ٧١

وجوه في تصحيح عمل الأجير ٧٣

بسط الكلام عن المؤلّف في تصحيح عمل الأجير في العبادات ٧٩

وجوه آخر في تصحيح عمل الأجير ٨٣

الكلام في جوائز السلطان ٨٦

كتاب البيع

في البيع ١٠٥

في تعريف البيع ١٠٨

فيما يعتبر في المبيع ١١٣

فيما يعتبر في العوض ١١٥

حكم جعل الحقّ عوضاً في البيع ١١٨

تعاريف البيع ١٢٣

حقيقة البيع ١٢٧

تقريب التمسّك بإطلاق أدلّة المعاملات ١٤٠

الكلام في المعاطاة ١٤٩

الأقوال الخمسة في المعاطاة ١٥٠

محلّ النزاع ١٥٠

الاستدلال بالسيرة على صحّة البيع المعاطاة ١٦٠

الاستدلال بالآيات في أنّ المعاطاة بيع ١٦٣

الاستدلال بآية التجارة على صحّة المعاطاة ١٦٦

الاستدلال بحديث السلطنة على صحّة المعاطاة ١٦٧

فيما أورده الشيخ الكبير الكاشف الغطاء على القول بالإباحة ١٧٤

أنحاء التصرّفات الموقوفة على الملك ١٨١

المناقشة في ادعاء كاشف الغطاء في المعاطاة ١٨٨

الكلام في حكم المعاطاة من حيث اللزوم والجواز ١٩٨

في البحث عن عدم اختلاف حقيقة الملك باللزوم و الجواز ٢٠٤

في البحث عن الاستدلال بعموم دليل السلطنة ٢١٤

في البحث عن الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا اموالكم ...﴾ ٢١٧

الاستدلال بعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ ٢١٨

في حكم المعاطاة ٢٣١

مسالك الأربعة في المعاطاة ٢٣٠

في البحث عن اشتراك المعاطاة مع البيع العقدي فيما يرتّب عليه من الأحكام ٢٣٤

وجوه خمسة في المعاطاة المعاوضيّة ٢٣٦

في البحث عمّا به يتميّز البائع عن المشتري ٣٤١
في أنحاء قصد المتعاطيين ٣٤٥
في عدم جواز اباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك ٣٥٠
في الكلام عن صحّة الإباحة بالعوض ٣٥٩
في جريان المعاطاة في غير البيع ٣٦٣
في البحث عن جريان المعاطاة في الرهن ٣٦٨
في تأسيس الأصل في لزوم المعاطاة و جوازها على القول بالملك أو الاباحة ٣٦٩
فيما لو كان أحد العوضين ديناً ٣٨٦
فيما لو نقل العينين أو أحدهما بعقد لازم ٣٩٠
فيما كان الناقل عقداً جايزاً ٣٩٩
فيما باع العين فضوليّاً ٣٠١
فيما لو امتزجت العينان أو أحدهما ٣٠٥
فيما لو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة ٣٠٨
فيما فات أحد المتعاطين ٣٠٩
في أنّ اللزوم الطارئ على المعاطاة هل هو قابل للفسخ والإقالة؟ ٣١٠
في البحث عن إجراء الخيارات في المعاطاة ٣١٤
قاعدة الخراج بالضمان ٣١٨

في ألفاظ عقد البيع ٣٢١
الخصوصيّات المعتبرة في الفاظ العقود ٣٢٥
في اعتبار الموالات بين الإيجاب و القبول ٣٣٩

في اشتراط التنجيز في العقود ٣٤٢
في المقبوض بالعقد الفاسد ٣٤٦
في الاستدلال بضمان قيمة الولد على ضمان العين ٣٤٨
قاعدة ما يضمن بصحيحه ٣٥٠
أُمور في قاعدة ما يضمن بصحيحه ٣٥٩
عكس قاعدة ما يضمن بصحيحه ٣٦١
أُمور في عكس قاعدة ما يضمن بصحيحه ٣٦٣
خلاصة القاعدة أصلاً و عكساً ٣٧٢
في وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد إلى الدافع ٣٧٧
حكم ضمان منافع المستوفاة ٣٨٣
في ضمنا منافع الغير المستوفاة ٣٨٧
حكم المثليّ و القيميّ ٣٩٠
أربعة أُمور يعتبر في المثلي ٣٩٣
حكم الشك في المثليّة و القيميّة ٣٩٩
فيما تعذّر المثل ٤٠٣
في الدراهم الساقطة عن الرواج ٤٠٨
في البحث عن ضمان القيميّ ٤١٤
في البحث عن ضمان أعلى القيم ٤٢٧
مدرك القول باعتبار قيمة يوم التلف ٤٢٩
تنبيهات ٤٣١

التنبيه الأوّل: الكلام في التفاوت الناشئ من تفاوت اضافات العين إلى المكان والزمان ٤٣١
التنبيه الثاني: في حكم بدل الحيلولة ٤٣٢
شروط المتعاقدين ٤٥٧
الأدلّة الدالّة على اعتبار البلوغ في العقود ٤٦١
في اشتراط قصد المتعاقدين لمدلول العقد ٤٦٧
في البحث عن اعتبار تعيين المالكين في البيع ٤٧٢
اعتبار الاختيار في المتعاقدين ٤٨٣
الأدلّة الدالة على اعتبار الاختيار ٤٨٦
تحقيق في مدلول حديث الرفع والاستدلال به ٤٩٠
أُمور حول معاملة المكره ٤٩٣
في بيع المكره ٥٠٩
فروع ٥١٦
البحث عن الرضا المتأخّر بالبيع المكره عليه ٥٢٥
الاستدلال بحديث الرفع ٥٣٤
في أنّ الإجازة كاشفة أو ناقلة؟ ٥٤٣
في بيع المملوك ٥٤٧