

BOBST LIBRARY



3 1142 01528 7710

5v

\$60.00

DATE DUE

DATE DUE

DATE DUE	DATE DUE

نام کتاب : کتاب البیع

نویسنده : حضرت امام خمینی ادام الله ظلّه العالی

ناشر : مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان - قم ، تلفن ۲۵۲۱۲

تیراژ : ۲۰۰۰ دوره

نوبت چاپ : چاپ سوم

تاریخ انتشار : دهه فجر ۱۳۶۳

قطع : وزیری ، دوره ۵ جلدی

"Khomeini, Ruhollah
(Kitāb al-bay')

كِتَابُ الْبَيْعِ

تأليف

العلامة الأكبر والأستاذ الأعظم آية الله العظمى

مؤيدنا الإمام الخليل آقا شيخ الإسلام موسى الخميني

إذ لم يزل يظلم العجائز

BP
144
•K58
1984
v.1
c.1

مطبعة مهر

ایران - قم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله
الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين :

كِتَابُ الشَّيْخِ

وهو ماهية ذات إضافة إلى المتبايعين وإلى المثلثين والثلثين ، وله
أحكام ، ولهذا تنقسم مباحثه إلى ما يبحث فيه عن ماهيته وما هو مربوط
بها ، كألفاظ الإيجاب والقبول وما هو بحكمها كالمعاطة ، وإلى ما يبحث
فيه عن شرائط المتبايعين وما يتفرع عليها ، وإلى ما يبحث فيه عن شرائط
العوضين والأقسام التي باعتبارهما ، كإبصار السلم والربا والنقد
والنسيئة والقبض وغيرها ، وإلى ما يبحث فيه عن أحكامها وما وقع في
ضمنها ، كالتحريات والشروط وأحكامهما ، ولما كان بحثنا على طبق كتاب
البيع للشيخ الأعظم (قده) اقتفينا أثره وإن كان الترتيب يقتضي غير ذلك .

المبحث الأول

في ماهية البيع ، ولا بد في تحصيل تعريفها من تقديم أمور :

الأول :

أن ما رمزناها من ماهية البيع هي التي ترتب عليها أبواب الكتاب من شرائط العوضين والمتبايعين وغير ذلك ، وليس ما ذكر هو البيع المقابل للشراء ولو كان ذلك موافقاً للعرف واللغة ، بل المراد تحصيل معنى ما هو المصطلح عند الفقهاء ، وهو المتقوم بالإيجاب والقبول والتملك والتملك ، فتعريفه في المقام بتمليك العين بالعوض أو تبديل مال بمال ونحوهما مما هو فعل البائع غير وجيه .

كما أن الظاهر أن البيع من مقولة المعنى لا اللفظ ، فليس الإيجاب والقبول مطلقاً أو المستعملان استعمالاً إيجابياً أو المؤثران عرفاً أو شرعاً بيعاً عرفاً ولغة وإن يطلق عليهما أحياناً ، فيقال بيع صحيح أو فاسد ، فانهما يطلقان على الأسباب ، وأما المسببات فلا تنصف بهما ، بل يدور أمرها بين الوجود والعدم ، إلا أن يقال : إن المسبب الانشائي أيضاً يتصف بالصحة والفساد كما هو التحقيق ، كما أن الانشاء أي الاستعمال الإيجابي للإيجاب والقبول ليس بيعاً ، وكذا الأثر الحاصل اعتباراً عقيب إنشاء التملك والتملك ، بل هو عبارة عن التملك والتملك أو التبديل والتبدل ، وسيأتي الفرق بينهما وما هو الحق في المقام .

وما ذكرناه يجري في المعاوضة أيضاً ، فليس يسع المعاوضة عبارة

عن التعاطي الخارجي الحسي ، بل هو قائم مقام اللفظ في البيع بالصيغة وإنشاء فعلي له ، كالأشارة القائمة مقام هيئة الأمر ، وليس المراد بالقيام مقامه أن البيع بالصيغة أصيل والمعاطاة نائبة منابه ، بل لعل الأصيل الأقدم في باب المعاملات هو المعاطاة ، وكيف كان يكون البيع من مقولة المعنى بما ذكر حتى في المعاطاة .

ثم ما هنا إشكال عقلي في جميع العقود المتقدم تحقق أثرها بالقبول ، وهو أنه لا إشكال في أن الإيجاب قبل لحوق القبول به لا يكون مؤثراً فعلاً في تحقق التمليك والتملك الاعتباريين لا عند العقلاء ولا عند المنشئ والموجب ، ضرورة أن الموجب أيضاً لا يرى خروج المثلث عن ملكه ودخول الثمن فيه بمجرد إيجابه ، فمع العلم بعدم تأثير إنشائه في تحصيل المعنى الاعتباري المطلوب كيف يمكن له الاستعمال الإيجادي للإيجاب والقصد إلى حصول الملكية ، ضرورة أن القصد إلى حصولها وتحقق الجد به متوقف على التصديق بترتب الأثر عليه وبكونه آلة للإيجاد ، ومع التصديق بعدم ذلك وبتوقفه على فعل الغير لا يعقل القصد إلى إيجاده ، فكيف يمكن إنشاء ما لا يمكن أن يتحقق ويحصل ؟ !

ولو قيل بإمكان تعلق القصد بشيء لا يترتب عليه أثر إلا بالقصد كالتعظيم والتوهين من الأمور القصدية - فإن القيام ليس تعظيماً وتوهيناً إلا بقصلهما - فمن الممكن أن يتعلق القصد بما لا يترتب عليه الأثر إلا به ، يقال له : إن القيام والرکوع والسجود آلات للتعظيم ، فإذا أدرك الإنسان عظمة الطرف فصار ذلك الإدراك وسائر المبادئ محرّكة له للقيام ونحوه من آلات التعظيم يصبر ما فعل إظهاراً لعظمته وتعظيماً له ، وإذا كان في النفس مبادئ التحقير والسخرية فأوجد آلات التعظيم بتلك المبادئ صار ما فعل إظهاراً لحقارته وتحقيراً له ، وليس في شيء من ذلك قصد التعظيم والتحقير

علة لها ، مع أن القياس باطل ، فإن فيما نحن بصدده ليس قصد الإيجاد موجباً للوجود حتى يقال : إن الموجب لما علم أن قصده كذلك موجب لترتب الأثر عليه بقصده لا محالة .

والتحقيق أن يقال : إن ألفاظ المعاملات إيجاباً أو مع قبول لا يعقل أن تكون مؤثرات لتحقق ما يتوقع منها كالملكية في البيع ، لأن الملكية والزوجية وغيرهما من الماهيات الاعتبارية المتقومة باعتبار العقلاء حدوثاً وبقاءً ، وليس لها حتى بعد الاعتبار حقيقة غير متقومة به ، فلا يصح أن يقال : إنها وإن كانت اعتبارية لكن بعد الاعتبار القانوني الكلي لا يحتاج تحققها به ، ضرورة أن مصاديق الأمر الاعتباري اعتبارية أيضاً . وبالجملة ليست للملكية والزوجية ونحوهما حقيقة مع الغض عن اعتبار العقلاء ، لا أقول : إن اللازم فعلية اعتبار العقلاء ، بل أقول : إنسه لوعرضت عليهم الأسباب الملكية ليعتبرون الآثار والنتائج ، وإن شئت قلت : تكني الفعلية الارتكازية ، وعليه لا يعقل أن يكون الإيجاب والقبول موجباً لإيجاد الملكية ووجودها فضلاً عن الإيجاب المجرد ، إذ لازمه أن تكون ألفاظ المعاملات مؤثرات في نفوس العقلاء ونفس الموجب والمنشئ لها ، مع أن للاعتبارات مبادئ ومنشئ حاصله في صقع النفوس لا يعقل أن تكون تلك الألفاظ منها ، فضلاً عن كونها علة تامة وسبباً وحيداً لها .

فالتحقيق إن الأسباب المملكة بحسب المعروف ليست أسباباً حقيقة فالحياسة ليست سبباً لحصول الملكية ، أي هذا المعنى الاعتباري المتقوم بالاعتبار ، بل هي كسائر الأسباب موضوعات لاعتبار العقلاء ، فإذا تحققت الحياسة تصير موضوعة لاعتبار الملكية عقبيها من غير أن تصير علة للاعتبار أو الأمر الاعتباري المتقوم به ، وكذلك ألفاظ العقود ، فإنها أيضاً موضوعات لاعتبارهم ، بمعنى أنهم يعتبرون الملكية إذا استعملت هذه

الألفاظ في معانيها جداً ، فإذا علم المتبايعان أن انتقال السلعة إلى أحدهما والتمن إلى الآخر في اعتبار العقلاء موقوف على إنشاء التملك والتملك جداً فلا محالة يقصدان بألفاظهما ذلك جداً ، ولو مع العلم بأن الألفاظ ليست موجودات لمعانيها حقيقة بل موضوعات للاعتبار .

وبالجمله إن الاشكال مبني على مبني فاسد ، وهو موجدية الايجاب للتمليك أو الملكية ، ومع عدم صحته انفسخ الاشكال ، فمع العلم بترتب الأثر المطلوب على الانشاء جداً ولو بنحو الموضوعية يتمشى القصد لا محالة إلى ذلك .

ولو سلم أن العقود مؤثرات كالتأثير التكويني فلا مجال لتوهم تأثير الايجاب لحصول الملكية للمتبايعين قبل لحوق القبول به ، ولا إشكال عند كافة العقلاء في أن الأثر حاصل بعد لحوق القبول وتمامية المعاملة ، فتكون ألفاظ الايجاب جزء المؤثر لاتمامه ، فإذا علم الموجب أن جزئيتها للتأثير موقوفة على إنشاء التملك جداً واستعمال الألفاظ في معانيها بقصد تحقق آثارها في موطنها فلا محالة يتعلق قصده به ، ولا إشكال في جزئيتها للأثر بعد انصرامها وتقضيها بعد ما كان لها اعتبار بقاء وبقاء اعتباري كالعقد الفضولي المتعقب بالامضاء بناءً على النقل ، والوصية المعلقة على الموت .

وعلى ذلك يسهل دفع الاشكال إن قلنا بأن الايجاب مؤثر في ظرف القبول أو بضمه ، فإن الموجب مع علمه بذلك ينشئ سبب التملك أو جزئه ليؤثر في ظرفه ، أي بعد القبول ، وهذا وإن لم يكن من قبيل التعليق في الانشاء لكن يتوقف تأثيره على تحقق القبول وعلى الظرف الخاص ، فلا تغفل .

ومما ذكرناه يظهر النظر في كلام الشيخ الأعظم حيث قال : « تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج لا في نظر الناقل ، إذ الأثر لا ينفك عن التأثير ، فالبيع وما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار ، كما تخيله بعض » ثم أمر بالتأمل .

ولعله ناظر الى أن الانتقال كما لا يحصل في الخارج لا يحصل بنظر الناقل أيضاً ، لوضوح أن الآثار المتوقعة من العقود إنما تترتب عليها بعد تماميتها وبضم القبول الى الإيجاب ، وأن الإيجاب فقط لا يؤثر في النقل وهذا أمر واضح لا يغفل عنه الناس ، مسح أن التأثير إن كان مشروطاً لا يعقل ترتب أثره على الإيجاب بلا شرط ، ولا يكون توقفه على الشرط من قبيل انفكاك الأثر عن التأثير .

وأوضح منه نظراً كلام بعض أعظم العصر حيث قال : « إن البيع الذي من فعل البائع لا ينفك عن تحقق اسم المصدر وإن لم يترتب عليه الأثر خارجاً ، فهو نظير الكسر الذي لا ينفك عنه الانكسار وإن كان من جهة ترتب الأثر ، مثل الإيجاب الذي لا يكون منشأً للآثار إلا إذا صدر ممن له الأهلية له ، ضرورة أن اسم المصدر في التملك هو الملك فاذا تحقق في الخارج لا يعقل معه عدم تحقق الأثر الذي هو الانتقال ، فالتفكيك بين تحقق اسم المصدر والأثر لا يرجع الى محصل » وتوهم أن مراده من الأثر ليس ما هو المعهود بينهم ، بل المراد منه أحكام الملكية من قبيل وجوب التسليم وحرمة التصرف غير وجيبه ، ولو أراد ذلك فهو أفسد .

الأمر الثاني :

لا شبهة في أن ما هو عمل المتبايعين بحسب الغالب هو التمليك والتملك ، وتبديل الاضافة المالكية والمملوكية باضافة أخرى ، فالتبادل يقع بين الاضافات ، كما لا شبهة في أن مراد صاحب المصباح من تفسيره البيع بمبادلة مال بمال هو المبادلة في الملكية ونحوها ، وإلا فلا معنى معقول له فان المبادلة بين الشئين لا بد وأن تكون في شيء وحيث : إما في جوهر ذاتها أو صفاتها الحقيقية ، أو اضافاتها غير الاضافة الملكية ، كالاضافة الزمانية والمكانية وغيرهما ، ومعلوم أن شيئاً منها لا معنى له في المقام ، ولا يمكن أن يكون مراده ، فلا محالة يكون مقصوده التبادل في الملكية ولو بالمعنى الأعم الذي سنشير إليه ، وهو عبارة أخرى عن التمليك بالعوض من هذه الجهة وإن كان بينها اختلاف من جهة أخرى .

وقد يقال : إن بين التعريفين فرقاً معنوياً ، فان ظاهر تعريف المصباح أن المقابلة تقع بين المملوكين ، والتعريف الآخر أن المقابلة بين السلطنتين والمتعارف تبديل الأموال لا تبديل الملكية التي هي عبارة عن السلطنة على الأموال ، فان الناس مسلطون على أموالهم لا على سلطنتهم ، وباب الاعراض عن الملك ليس من جهة شمول السلطنة ، فان الاعراض لإذهاب موضوع السلطنة ، وليس مندرجاً في موضوعها ، فالمعاوضات عبارة عن تبديل المملوكين عكس باب الارث الذي هو تبدل المالكين .

والحاصل أنه في عالم الاعتبار كل من المتبايعين واجد لاضافة بينه وبين المملوك ، والتبديل عبارة عن حل الاضافة القائمة بالتمن وجعلها قائمة بالتمن ، وهذا الحل من آثار واجدية الاضافة ، لا أن الاضافة

بتمامها تتبدل باضافة أخرى ، فالاضافة هي السلطنة ، وليس للناس سلطنة على السلطنة ، وهكذا .

فالحق إن البيع مبادلة مال بمال ، وليس عبارة عن تملك السنين بالعرض ، فالملكية جنة اعتبارية لها نحو تحقق في الاعتبار ، وبها تتبدل الأموال ، وأما هي بنفسها فليست قابلة للتبديل ، لأنه ليس للمالك ملكية على الملكية ، بل لافرق بين البيع وغيره في ذلك ، حتى مثل الهبة المجانية ، فإن الواهب لا يملك المتهدب ابتداءً ، بل يعطيه المال ، فإذا أعطاه إياه تنخلع عنه الاضافة ، ويلبسها الآخر ، انتهى ملخصاً .

وفيه موارد كثيرة للنظر نذكر مهماتها : منها - ما عرفت من أن التعريفين من هذه الجهة يرجعان الى معنى واحد وإن اختلفا من جهة أخرى كما سيأتي .

ومنها - أن السلطنة ليست هي الملكية ، بل هي من الأحكام العقلانية للملكية ، وتوهم وحدتها أوقعه في الاشكال ، وقال ما قال ، وقوله صلى الله عليه وآله : « الناس مسطون على أموالهم » (١) ينادى بما ذكرناه ، فإن اضافة الأموال الى الناس هي الاضافة المملوكية ، فقوله صلى الله عليه وآله : « الناس مسطون على أموالهم » مساوق لقوله : « الناس مسطون على أملاكهم » فإن الناس لا يسلطون على الأموال بلا إضافة مالكية بينها وبينهم ، فلو رجعت السلطنة الى الملكية يكون قوله ذلك عبارة أخرى عن قوله : الناس مالكون لأملاكهم ، وهو كما ترى من قبيل توضيح الواضح .

فلا شبهة في أن السلطنة من أحكام الملكية لا نفسها ، وأما باب الاعراض فهو أيضاً من شؤون السلطنة على الأموال ، ولا ضير في إيجابه

(١) البحار - ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث .

إعدام موضوع السلطنة ، إذ في جميع المعاملات كذلك ، فالبيع موجب لذهاب موضوع السلطنة على السلعة ، فلا فرق بين الاعراض والبيع والصلح والهبة من هذه الجهة ، فكما أن السلطنة على الأموال لازمها السلطنة على البيع وإعدام سلطنة البائع على المبيع بإعدام موضوعها كذلك لازمها السلطنة على الاعراض وإعدامها بإعدام موضوعها ، فإهو منشأ إشكاله منفسخ ، وبه يفسخ ما يترتب عليه .

ومنها - أن ما ذكره من أن التبديل عبارة عن حل الاضافة القائمة بالسلعة وجعلها قائمة بالثمن ، وهو من آثار واجديتها لا أن الاضافة بتامها تتبدل باضافة أخرى غير وجيه ، لأن حل الاضافة من طرف المملوك وبقاها في طرف المالك مما لا يعقل . من غير فرق بين الاعتباريات وغيرها . ضرورة أن المملوك بما هو مملوك مملوك المالك ، والمالك مالك المملوك ، وهما متكافئان لا يعقل المملوك بلا مالك ، ولا المالك بلا مملوك فلا يعقل خلع اضافة المملوكية وبقاء اضافة المالكية ، ولا تبديل اضافة المملوكية وعدم تبديل اضافة المالكية . وعليه يكون ما التزمه كراً على ما فر منه مع توالي فاسدة .

وبما ذكرناه يظهر أن ما تخيله في باب الارث أيضاً غير صحيح ، بل مخالف لظواهر أدلة الارث .

ثم إن هذا الحل أي خلع الاضافة وجعلها قائمة بالغير لا يعقل أن يكون من آثار تلك الاضافة ، لأن الاضافة قائمة بالطرفين ، والفرص أن الملكية عبارة عن السلطنة ، ولازمه كونها أيضاً قائمة بالطرفين ، فحينئذ خلع طرف الاضافة خلع حيثية ذاتها أو جزء ذاتها ، وهو لا يمكن أن يكون من آثارها ، بل ولا يمكن أن يكون للناس سلطنة على سلطنتهم والفرص أن السلطنة هي الملكية القائمة بالطرفين ، فخلع الاضافة تصرف

في السلطنة ولو ببعض حقيقتها على مبناه غير الوجيه ، فيكون من قبيل السلطنة على السلطنة .

ومنها - أن ما ذكره من أن الملكية من قبيل الجدة الاعتبارية ينافي تفسيرها بالاضافة ، والحق أنها من الاضافة الاعتبارية بوجه بعيد ، وإن شئت قلت : إنها أقرب في الاعتبار الى الاضافة ، والأمر سهل .

ومنها - أن قوله في الهبة : « إن الواهب لا يملك المتهدب ابتداءً بل يعطيه المال ، فاذا أعطاه إياه ينخلع عنه الاضافة ويلبسها الآخر » من غرائب الكلام ، ضرورة أن الاعطاء الخارجي ليس بهبة ، فالمراد من قوله : « يعطيه المال » إن كان الاعطاء الخارجي بلا قصد هبته فلا يعقل انخلع الاضافة ، وإن كان الاعطاء هبة فهو التملك مجاناً ، فعدم التملك وانخلع الاضافة لا يجتمعان ، وهو واضح .

الأمر الثالث :

أن ما ذكرناه في الأمر المتقدم من أن ماهية البيع عبارة عن تبديل الاضافات إنما هو في مقابل من قال : إن ماهيته تبديل المال بالمال أو العين بالمال ، فيقع التبادل بين المالين ابتداءً ، ولا يتوهم من ظاهر ما قلناه أن المراد هو التبادل بمعناه المعهود ، بمعنى أن البائع يدل اضافة الخاصة التي بينه وبين العين باضافة خاصة بين المشتري والتمن ، فان ذلك غير معقول حتى لدى العرف ، لعدم معقولية استقلال الاضافة ولو الاعتبارية منها بلا طرف ولو آناً مآ ، ولازم انتقالها من البائع الى المشتري استقلالها وجوداً واعتباراً بلا طرف ، وهو كما ترى .

ولا يتوهم أن عدم إمكان استقلالها عقلي لا عرفي ، والمقام

متقوم بتشخيص العرف ، فان العرف والعقلاء أيضاً لا يتعقلون اضافة الملكية بلا مالك ولا مملوك ، بل ما هو المتعارف لدى العقلاء هو تملك العين بالعرض غالباً ، ولازمه سلب الملكية عن نفسه وايقاع الاضافة المالكية للطرف وهما بما هما سلطانان على السلعة والثمن كان لهما أنحاء التصرفات فيها من التملك المحبان وبالعرض والاعراض ، والأخير سلب المالكية عن نفسه ، والأولان ايقاع المالكية لغيره ، ولازمه سلبها عن نفسه ، وهو عبارة أخرى عن تبديل العين بالعرض في الملكية أي إعطاء الملكية للغير بالعرض ، وعن تملك العين بالعرض .

ثم إن حقيقة البيع عبارة عن مبادلة مال بمال ولا دخل في الاضافة المالكية فيها ، ووجود الاضافة المالكية بحسب الغالب لا يوجب دخالتها في الماهية وتقومها بها ، والدليل عليه صدق عنوان البيع على بيع الأعيان الموقوفة فيما يجوز بيعها ، مع أنه لا مالك لها سيما الموقوفات العامة ، فاذا ملكها ولي الأمر كالمثولي والحاكم بالعرض صدق عليه البيع عرفاً ولدى العقلاء بلا ريب ، وكذا يبيع الحاكم الأجناس الزكوية وأمثالها لو قلنا بأنها ليست ملكاً لأحد ، بل عينها الشارع لمصارف خاصة ، وكذا الحال في بعض أقسام البيع الفضولي الذي يأتي الكلام فيه إن شاء الله ، وكذا بيع الكلي في الذمة مع عدم مالكية الشخص له ، إذ لا يعتبر العقلاء مالكية الانسان لما في ذمته ولا يعد مالاً له .

لكن لما كان للذم اعتبار على حسب اختلافها فيه يكون لصاحبها سلطنة على تملك كلي فيها حسب مقدار الاعتبار العقلاني ، فيكون ذلك تملك مال لا تملك مال مملوك أو تبديل الاضافة التي بين المالك والمملوك ، فاذا ظهر أن في الأمثلة المتقدمة ونظائرها صدق عنوان البيع ، ومن الواضح عدم اختلاف ماهية البيع في تلك الموارد وغيرها من موارد تحقق الاضافة

المالكية نستكشف أن ماهيته لا يقوم بالاضافة للمالكية وإن كانت متحققة في غالب الموارد ، فالمراد بتبادل الاضافات هو إعطاء اضافة بعوض ، وهذا عين تملك عين بعوض ، فان التملك، إعطاء الاضافة لا تبديل اضافة محققة باضافة أخرى محققة ، فتدبر جيداً .

الأمر الرابع :

لا شبهة في أن المتعارف عند الناس في أوائل تمدنهم قبل تعارف الأثمان هو تبادل الأمتعة بعضها ببعض حسب ما مستت الحاجات اليه ، فكانوا يعاوضون الخنطة بالشعير والمزروع بالملبوس وهكذا ، والآن أيضاً تكون المعاوضة بين العينين متعارفة سيما بين أهل البوادي والقرى ، فهل هي معاملة مستقلة غير البيع أو هي هو ؟ قد يتوهم من التعبير في البيع بالتملك بالبدل أو بالعوض أن ماهية البيع متقومة بكون المبيع أصلاً والثمن بدلاً بمعنى أن المبيع مطلوب بالذات والثمن بدل للمالته .

وهو وهم ، فان الربير بذلك ليس لأجل كون المبيع مطلوباً ذاتاً بخصوصياته الذاتية ، والثمن مطلوباً لأجل بدلته ، ومطلوبية بدلته عرضية مع أن ذلك أيضاً لا يصح كلياً ، بل المراد بالعوض هو العوض في المعاملة أي يكون التملك في مقابل التملك لا مجاناً وبلا عوض ، ومجرد تعارف كون المبيع سلعة وعروضاً ومقابلته الأثمان لا يوجب تقوم حقيقة البيع بذلك وصحة سلبه عن بيع الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم وعن البيع الربوي والصرف مع شيوخ إطلاقه عليها عرفاً وفي الشرع ، فالبيع تملك عين بعوض أو مبادلة مال بمال ، كان العوض من الأثمان أم لا . نعم البائع والمشتري في بيع الأعيان بالأثمان معلوم لدى العرف ،

لكن في بيع الدرهم بالدرهم يمكن أن يكون كل واحد منهما بائعاً ، فمن أوجب التملك بالعوض بائع فلا يتعين فيه البائع لدى العرف ولا المشتري فلو باع ديناراً بدينارين أو بدراهم وقبل الآخر صار الأول بائعاً والثاني مشترياً ، ولو انعكس انعكس لو لم نقل بجواز بيع الأثمان بالعروض ، لعدم التعارف ومخالفته لبناء العرف والعقلاء ، وإلا كما لا يبعد - وحكي عن العلامة لو باع ديناراً بحيوان ثبت الخيار للبائع مدعيماً عليه الاتفاق ، فيدل على صحته لدى الفقهاء - انتفى الفرق من هذه الجهة أيضاً ، بل لو فرض إنشاء العقد بصيغة المعاوضة والمبادلة من غير تقدم أحدهما كما لو وكّلا ثالثاً لاجرائه لم يكن خارجاً عن حقيقة البيع ، بل هو أيضاً تملك العين بالعوض ، نعم يمكن الفرق بينه وبين البيع بالأثمان بأن كلاً من المتبايعين ملّك عينه بالعوض ، وهو لا يوجب الخروج عن حقيقة البيع ولا التفاوت الجوهرى بينه وبين البيع بالأثمان .

الأمر الخامس :

قالوا : لا إشكال ولا خلاف في اعتبار كون المبيع عيناً ، فلا يعم المنافع والحقوق ، وربما يتشبهت لذلك بانصراف الأدلة الى ما هو المعهود خارجاً أو الشك في شمول المطلقات لغير بيع الأعيان .

وأنت خير بأن ما هو المقصود هاهنا تحصيل مفهوم البيع عرفاً ، سواء كان صحيحاً شرعاً أم لا ، لا ما هو المؤثر شرعاً ، وإلا كان اللازم تقييد الموضوع بكل ما يعتبر في مؤثرته شرعاً ، وعليه لا يتجه التمسك بالاجماع أو تسالم الأصحاب وعدم الخلاف ، ولا بانصراف الأدلة أو الشك في إطلاقها ، إذ كل ذلك أجنبي عن المقصود ، إلا أن يتشبه باتفاق

الأصحاب لتحصيل معناه العرفي ، وهو كما ترى ، لأنهم بصدد بيان التفاوت بين البيع والاجارة المؤثرين ، ولا أقل من احتمال ذلك ، فلا يمكن استكشاف المعنى العرفي منه ، فلا تغفل !

نعم ربما يتمسك بالتبادر عرفاً ، وصحة سلب البيع عن تملك المنفعة بالعوض ، وفيه منع التبادر ، والتبادر الناشئ من الغلبة غير مفيد ، وأما صحة السلب فمع رجوعها الى التبادر على ما حقق في محله ممنوعة أيضاً ، ضرورة تعارف البيع لدى العقلاء والعرف في موارد بيع غير الأعيان ، كما يتعارف بين الزراع بيع آثار الأعمال في الأرض ، مثل الشيار وحفر الجدول وتصفية الأراضي الى غير ذلك إذا أرادوا ترك الزرع أو الهجرة من قريتهم ، ولا أظن بأحد منهم التردد في صدق البيع عليه .

وقد تعارف في عصرنا بيع حق عقلائي أو اعتباري كذلك يتخيلون في الدكاكين وغيرها ، بسمونه « سر قفلي » أو حق الماء والطين ، ولا أظن بأحدهم عد ذلك غير البيع ولا الشبهة في صدق مفهوم البيع عليه ، بل الظاهر صدقه على بيع السلطان قطعة من مملكته وحومة تصرفه مع قيام الضرورة على عدم بيع الأراضي بالدور المملوكة للأشخاص ، ولو فرض كون جميع تلك الناحية معمورة لأشخاص معلومين يصح بيعها لدى العقلاء ، وهو ليس من بيع الأعيان ، بل هو بيع معنى اعتباري ، ولو نوقش في المثال فلا ينبغي المناقشة في أصل الدعوى ، فبيع المنافع والحقوق بيع عرفاً ولغة ولو فرض بطلانه .

ثم إنه لو اعتبر كون المبيع عيناً فيراد منها ما تقابل المنفعة والحق ، فعم العين الشخصية والملك المشاع والكل في المعين والكل في الذمة والدين ، وربما يقال : لا إشكال في شيء منها إلا الأخيرين ، فان فيها إشكالا ، وهو أنه لا بد في المبيع أن يكون ملكاً ومعروضاً للملكية ، وهما

ليس كذلك لعدم وجودهما ، مع أن الملكية عرض محتاج الى المحل .
 أقول : الاشكال جار في الكلي في المعين والمشاع أيضاً ، ضرورة أن
 الكلي بأي وجه فرض وبأي قيد تقيد لا يخرج عن الكلية ، ففي الكلي
 في المعين ما هو موجود في الخارج هو المتشخصات المتعينات التي غير
 قابلة للصدق على الكثيرين ، والكلي في المعين ماهية صادقة على كل واحد
 من الأفراد الموجودة في المعين ، فصاع من صبرة يصدق على كل صاع
 متحقق فيها ، ولهذا يصح تعيينه في أي صاع أراد البائع ، وما هو كذلك
 لا يعقل أن يكون موجوداً متشخصاً ، ولا فرق بينه وبين الكلي في الذمة
 إلا من جهة التقيد ، فالكلي في المعين كلي مقيد بقيد لا ينطبق لأجله إلا
 على المصاديق المتحققة في الصبرة ، والكلي في الذمة لو لم يتقيد بشيء يصدق
 على كل فرد من الطبيعة ، وهذا لا يوجب الافتراق في الكلية ، ولا يخرج
 الكلي به عن الكلية الى الشخصية المتقومة بالوجود ، وهكذا الكلام في
 المشاع ، فان النصف والثلث وغيرها من الكسور لم تكن متعينة متشخصة
 في الخارج ، وما ليس كذلك ليس بموجود خارجي .

وبالجملة الموجود في الخارج هو العين ، وأبعضها المعينة موجودة
 بتبعتها لو قلنا بموجوديتها فعلاً ، وإلا كما هو التحقيق لا يكون الموجود
 إلا نفس العين ، وقبل القسمة الفرضية لم تكن الأجزاء موجودة بوجه ،
 وبعدها تصير موجودة فرضاً ، ومع التقسيم الخارجي تخرج من الجزئية الى
 الاستقلال ، وصارت موجودة بوجودها الشخصية ، وهذا الجزء بهذا المعنى
 المتشخص أو المتعين ولو بالقوة ليس الكسر المشاع ، بل هو أمر معين ،
 والمشاع لا يعقل أن يكون معيناً ، ومع عدم التعيين يأتي الاشكال المتقدم فيه .
 والجواب في الجميع هو التشبث بأن الملكية ليست من الأعراض
 الخارجية ، بل من الاعتبارات العقلائية ، ولا مانع من اعتبارها في موضوع

اعتباري آخر ، والكلي في الذمة وكذا سائر الأمثلة ليست معدومة مطلقاً حتى في الاعتبار ، بل هي موجودات اعتبارية ، مورد اعتبارها قد يكون في الذمة ، وقد يكون في خارجها ، ومع موجوديتها يعتبرها العقلاء ملكاً ومملوكاً ، فلا إشكال من هذه الجهة ، وأما تحقيق اعتبار العقلاء في الملك المشاع والكلي في المعين والفرق بينهما فموكول إلى محله .

والانصاف أن الاشكال فيها أقوى ، والجواب أصعب من الأخيرين وأما الاشكال الآخر المختص بالكلي في الذمة بين الأمثلة والجاري في عمل الحر من عدم ماليتة لصاحب الذمة والحر فقد مر دفعه .
ويؤيد ما ذكرناه من عدم اعتبار كون المبيع عيناً في نظر العقلاء عدم الاشكال في عدم اعتبار كون العوض عيناً ، وعدم الخلاف فيه ، ولا شبهة في صدق عنوان البيع عليه ، واحتمال الالتحاق شرعاً مقطوع الفساد ، ووجه التأييد أن العوض والمعوض يختلفان بالاعتبار حسب انشاء البيع ، وأما بحسب الواقع فكل من المثلن والمثلن عوض عن الآخر ، فهامة البيع هي المبادلة بينهما ، وجعل كل منهما عوضاً عن الآخر ، وبدلاً عن صاحبه ، فالعين بدل الثمن وعوضه ، والثمن بدل العين وعوضها ، فكما لا يعتبر في العوض بمعنى الثمن كونه عيناً كذلك في العوض الآخر الذي هو مبيع ، لعدم الفرق بينهما من جهة العوضية والمعوضية ، ومن وقوع التبادل عليهما .

ولعل التزام الأعاضم بالفرق بينهما ناش إما من كلام الفقهاء في مقام الفرق بين البيع والاجارة بأنه نقل الأعيان وهي نقل المنافع ، وقد أشرنا إلى أن اتفاقهم على فرض تحققه لا يكون كاشفاً عن المفهوم العقلاني ، ولا يثبت به اللغة والمعنى العرفي ، وإما من نحو قوله : « البيع هو تملك العين بالعوض » فالتزموا في المبيع أن يكون عيناً دون العوض ،

وفيه أن صحة هذا التعريف أول الكلام .
والانصاف أن توهم الفرق بينهما عرفاً تكلف ، وشرعاً لو فرض
ثبوته خارج عن محط بحثنا .

ثم لا إشكال في صدق البيع مع كون العوض منفعة ، وأما عمل
الحر فقد استشكل فيه الشيخ الأعظم باحتمال اعتبار كون المبيع مالا قبل
المعاوضة ، واحتمال عدم مالية عمل الحر .

أقول : هذا وإن كان أمراً مستقلاً كان علينا بيانه في تحصيل مفهوم
البيع ، لكن نتعرض له تبعاً في ضمن هذا الأمر ، فنقول : قد مر عدم
اعتبار كون المبيع ملكاً للبائع كبيع ولي الوقف الموقوفة العامة ، بل
ولا يعتبر في العوض ذلك أيضاً ، كما إذا اشترى الحاكم بالصدقات أو
بالخراج شيئاً وقلنا بعدم كونها لمالك ، بل جعلاً لمصرف خاص ، وكتبادل
الوقف العام بمثله إذا اقتضت المصالح ، فيرجع الى تبادلها في الولاية أو
السلطنة ، ولا بأس به للصدق العرفي ، فهل يعتبر كونها مالا قبل وقوع
المعاوضة عليها أم لا ؟ الظاهر عدم الاعتبار ، فاذا فرض كون شيء غير
مال لدى المشتري أو البائع لكن بعد النقل صار مالا يكون تبادلها بيعاً
عرفياً ، ومورداً لاعتبار العقلاء وموافقاً لأغراضهم ، فاذا فرض عدم مالية
عمل الحر قبل وقوع المعاوضة عليه وصار مالا بعده يكون بيعه بيعاً
عرفياً عقلاً .

بل قد يقال بعدم اعتبار كونها مالا رأساً ، فان المعاوضة عليهما
بيع وإن كان فاسداً ، وفيه ما لا يخفى ، فان المنظور هاهنا هو البيع
الذي من مقولة المعنى لا ألفاظ المعاملة حتى تتصف بالصحة والفساد ،
وأمر المعنى دائر بين كونه مورداً لاعتبار العقلاء وعلمه ، ومع عدمه
لا يكون بيعاً ، فانه ماهية اعتبارية ، ومعلوم أن اعتبارات العقلاء انما

هي لأغراض واحتياجات ومصالح بحسب التمدن والتعيش ، ولا معنى لاعتبار ما لا يتعلق به غرض ولا فائدة له رأساً ، فهل يصح اعتبار عقد الازدواج بين الشجرين ، فيقال : إنه نكاح فاسد ، أو أنه ليس إلا أضحوكة ؟ ! فتبديل من ماء البحر بمن منه في البحر كتبديل كف من تراب بكف منه في البر أضحوكة لا بيع ولا معاملة أخرى .

ثم أن عمل الحر مال سواء كان كسوباً أم لا ، ضرورة أن خياطة الثوب أو حفر النهر مال يبذل بازائه الثمن ، وليس المال إلا ما يكون مورداً لرغبة العقلاء وتقاضاهم ، ومعه يبذلون بازائه الثمن .

نعم مالته باعتبار توقع حصوله ووجوده ، لكن لا بمعنى أنه قيد له ، بل بمعنى كونه مالا بلحاظه ، فيكون ذلك كجهة تعليلية لذلك ، فالفرق بين عمل الكسوب وغيره من جهة صدق المال في الأول دون الثاني ، - كما التزم به الطباطبائي (قده) في تعليقه - ليس على ما ينبغي .

نعم فرق بينها في تحقق الضمان بحسبه ، فإن الظاهر أن حبس الحر الكسوب موجب للضمان لدى العقلاء بخلاف غيره ، وهذا جار ظاهراً في العبد ، وفي سائر الأموال أيضاً ، فإن العبد أو الفرس أو غيرها قد يكون معداً للاجارة وتحصيل مال الاجارة ، وقد لا يعد لذلك ، كما في عبيد السلاطين والخلفاء ، فانهم لمجرد ازدياد الشوكة والعظمة ولا تكون عبيدهم معدين للكسب ، فحبس مثل هذا العبد لا يوجب ضمان المنافع لدى العقلاء ، وكذا أفراس السلاطين والأشراف مما لا تكون معدة للاجارة بل لركوبهم فليس غضبها موجباً لتقدير منفعة لها وتضمين الغاصب إياها ، وكذا الحال في بيت معد لاقامة العزاء لا غير ، فيجري فيه ما ذكر .

فتفي جميع تلك الموارد يفترق المعد للاجارة عن غيره لدى العقلاء

نعم مع استيفاء الغاصب منفعة منها يكون ضامناً لها ، وهو واضح ،
والظاهر عدم تعبد في المقام من قبل الشارع غير ما لدى العقلاء ، فتدبر .
وأما حصول الاستطاعة بمجرد كون الحر كسوباً فممنوع ، لأن
الاستطاعة عبارة عن واجدية الزاد والراحلة فعلاً ، وعمل الحر ولو كان
كسوباً يوجد بالتدرج ، فتحصيل الزاد في طريق الحج من قبيل تحصيل
الاستطاعة ، وليست حاصلة بالفعل .

وأما الحقوق ففيها جهتان من البحث : الأولى في ماهياتها وأقسامها
وأحكامها على سبيل الاجمال ، الثانية في صحة جعلها عوضاً أو معوضاً .
أما الأولى فلا شبهة في أن الحق ماهية اعتبارية عقلائية في بعض
الموارد ، وشرعية في بعض الموارد ، كاعتبارية الملك والسلطنة والولاية
والحكومة وغيرها ، فهو من الأحكام الوضعية ، كما لا ينبغي الريب في
أنه ماهية واحدة ومعنى وحداني في جميع الموارد ، وليس له في كل مورد
معنى مغاير للآخر ، وبعبارة أخرى أنه مشترك معنوي بين مصاديقه كأخواته .
فهل اعتباره عين اعتبار السلطنة أو عين اعتبار الملكية أو لا هذا
ولا ذلك بل هو اعتبار آخر مقابلهما ؟ يظهر من الشيخ الأنصاري (قدس)
أنه عبارة عن السلطنة مقابلاً للملك ، ومن عدة من المحققين أنه مرتبة
ضعيفة من الملك ونوع منه ، وربما يقال : إنه نحو سلطنة وملك ، فيكون
الحق والملك والسلطنة معنى واحداً وإن كان الحق أخص منها ، ويظهر من
بعض محققي المحشين على بيع الشيخ أنه في كل مورد اعتبار مخصوص
له آثار خاصة ، فحق الولاية وحق التولية والنظارة والرهانة والاختصاص
ليس إلا نفس تلك الاعتبارات ، والاضافة فيها بيانية ، وحق التحجير
عبارة عن اعتبار كونه أولى بالأرض ، وحق القصاص والشفعة والخيار
عبارة عن السلطنة .

أقول : قد أشرنا إلى أن الاعتبار في الحقوق ليس مختلفاً وإن اختلفت متعلقاتها ، وما ذكره من الأمثلة المتقدمة أي الولاية والتولية ونحوها ليس شيء منها من الحقوق ، بل هي اعتبارات أخر غير الحق والملك والسلطنة ، فالولاية والوصاية من الاعتبارات المجعولة بذاتها غير مربوطة بالحق ، والظاهر أن الاختصاص في الخمر ليس من الحقوق أيضاً فالقول بأن المذكورات كلها من الحقوق والالتزام بأن الحق في كل مورد له معنى على حدة في غاية الاشكال ، ومخالف لارتكاز العقلاء والعرف .

فاذا صح ما ذكرناه من وحدانية حقيقته كما هو كذلك عرفاً ولغة وتبادراً فالتحقيق أنه غير الملك والسلطنة ، والشاهد عليه مضافاً الى فهم العرف وارتكاز العقلاء صدقه في موارد لا يعتبر فيها الملك ولا السلطنة ، فلو سبق الى مكان في المسجد والأراضي المتسعة من الأملاك والموقوفات فلا شبهة في أنه لا يملك المكان المسبوق إليه بوجه من الوجوه ، لا ملكاً ضعيفاً ولا شديداً لو سلم تصور الشدة والضعف في الملك ، مع أن المعروف أنه أحق به من غيره ، ويتعلق به حق له على المكان ، وتوهم مالكه لتتمكن فيه كلام شعري لا ينبغي الاصغاء اليه ، ومخالف لاعتبار العقلاء ، ولو حفر نهراً وأوصله الى الشط فما لم يدخل الماء في نهره لم يكن مالكا للماء بلا شبهة بوجه من الوجوه .

ولكن يمكن أن يقال : إن له حق الحيازة ، وفي مورد التحجير يثبت حق على الأرض ، ولا تصير ملكاً له بلاريب ، ومن أمثال ما ذكر يظهر أن اعتباره غير اعتبار الملك ، ولا يكون مساوقاً له ولا أخص منه كما أن تخلفه عن السلطنة أحياناً دليل على عدم مساوقته لها ولا أخصيته منها ، فاذا انتقل حق التحجير والاستحلاف والقذف وغيرها الى الصغير أو كانت تلك الحقوق للمحجور عليه بسفه وغيره لا شبهة في اعتبار الحق

لهم كاعتبار الملك ، كما لا شبهة في عدم اعتبار السلطنة لهم حتى لدى العقلاء بالنسبة الى بعضهم ، كالصغير غير المميز والمجنون ، فالسلطنة فيها لوليه القانوني العرفي أو الشرعي .

وما قد يقال : إن سلطنتهم سلطنة القاصر ليس بشيء ، لأن القاصر مسلوب السلطنة لا مفوضها ، وللوصي والقيم والجد والأب والحاكم سلطنة مستقلة عليه وعليها ، وليس حالهم حال الوكيل ، وهو واضح .
وربما تعتبر السلطنة في بعض الموارد ولا يعتبر الحق ولا الملك ، كسلطنة الناس على نفوسهم ، فانها عقلائية ، فكما أن الانسان مسلط على أمواله مسلط على نفسه ، فله التصرف فيها بأي نحو شاء لولا المنع القانوني لدى العقلاء والشرعي لدى المشرعة .

فما أفاد الشيخ الأعظم من عدم إمكان قيام السلطنة بطرفيها بشخص واحد إن أراد الامتناع العقلي للتضائف الذي بينها ، فلا دليل على الامتناع كلية ، بل في كثير من الموارد يقوم طرفا الاضافة بشيء واحد ، وإن أراد عدم اعتبار العقلاء فهو أيضاً ممنوع ، فان الناس لدى العقلاء مسلطون على أنفسهم كما أنهم مسلطون على أموالهم ، بل في هذا العصر تعارف بيع الشخص دمه وجسده للامتحانات الطبية بعد موته ، وليس ذلك إلا لتسلطه على نفسه لدى العقلاء ، فسلطنة الناس على أنفسهم عقلائية ، وأما كون الشخص ذا حق على نفسه فغير عقلائي ، إذ لا يعتبرون العقلاء أن الانسان ذو حق على نفسه .

فلو قال الشيخ الأعظم : إن الحق لا يقوم بطرفيه على شخص واحد فيكون محقاً ومحقاً عليه كان وجيهاً ، وإن بقي الاشكال عليه من جهة تخيل أن الحق مطلقاً أو في الشفعة والخيار يتعلق على الطرف ، فيكون مطلقاً أو في الشفعة والخيار سلطاناً وسلطاناً عليه ، مع أن الامر ليس

كذلك كلياً ولا في المثاليين ، لأن حق الخيار قائم بالعقد وحق الشفعة قائم بالعين لا على الطرف ، فتوجيه بعضهم كلامه ليس على ما ينبغي . نعم يمكن توجيه كلامه بوجيه آخر سيأتي التعرض له ، بل الظاهر عدم اعتبار ملكية الانسان لنفسه ، وقد تقدم أن ماهية البيع لا تتقوم بكون المبيع ملكاً ، بل يكفي في تحققها السلطنة على التمليك .

فتحصل مما ذكر أن الحق ليس ملكاً ولا مرتبة منه ، ولا سلطنة ولا مرتبة منها ، أي لا يكون عينها ولا أخص منها ، وإلا لما تخلف عنها . ويؤيد المدعى بل يدل عليه أن الملك في جميع الموارد اضافة بين المالك والمملوك ، حتى في الملكية شيء في ذمة الغير ، لأن الملكية متقومة بالاضافة الحاصلة المذكورة ، وتكون ذمة المديون كمحافظة للمال لا دخالة لها في اعتبار الملكية ، وإن شئت قلت : حال الذمة حال الخارج بالنسبة الى الأعيان الخارجية المملوكة ، فكما أن الخارج ظرف للمملوك من غير دخالة له في اعتبار الملكية كذلك الذمة .

وأما الحق فكثيراً ما يعتبر بين ذي الحق ومن عليه الحق ففني حق الاستحلاف يكون للمدعي حق على المدعى عليه لأن يستحلفه ، فيكون الاستحلاف مورد الحق ، والمدعى صاحبه ، والمنكر من عليه الحق ، وإذا حلف المنكر أدى ما عليه ، وليس في شيء من الموارد حال الملك كذلك حتى في ملكية ما في الذمة كما عرفت . وما يرى من اعتبار (عليه) في الذم فأنما هو باعتبار الدين لا الملك ، إذ الدين له اضافة الى الدائن والى المديون ، فيكون فيه اعتبار (له) و (عليه) دون الملك ، فان اعتبار (عليه) ليس في شيء من موارد دخيلا في اعتباره .

ويؤيده أيضاً أنه يعتبر في الحق أحياناً الأداء كالدين دون الملك ، لأن الحق كالدين يعتبر في بعض الموارد على الغير ، فيصح فيه الأداء

ويصدق عليه ، وأما الملك فلا يعتبر فيه العهدة ، ولا يصح فيه الأداء والتأدية كما لا يصح ذلك الاعتبار في السلطنة ، فلا يقال : أدى سلطنته أو سلطانه كما يقال : أدى حقه .

ثم أن الظاهر أن الحق في مثل استحقاق العقوبة في العاصي واستحقاق الثواب في المطيع ، بل وحق الجار على الجار في الجملة وأبحاثها من هذا القبيل ، فيكون لله تعالى حق على العاصي أن يعاقبه ، وللمطيع على ما قالوا حق على الله تعالى أن يثيبه ، مع عدم اعتبار الملكية والسلطنة في نحو الأخير بالضرورة .

ثم أنه بعد ما علم أن الحق اعتبار مقابل الاعتبار الأخر المتقدمة فهل يكون مقتضاه ذاتاً جواز النقل والاسقاط أو تستتبعه عند العقلاء سلطنة على ذلك ، كما قلنا في الأموال المملوكة : إن الملكية اعتبار عقلائي ومن أحكامها السلطنة على التقلب والتقلب ؟ الظاهر هو الثاني ، فإن واجدية الحق ليست عبارة أخرى عن السلطنة والقدرة الاعتبارية على المذكورات بل لدى العقلاء كل ذي حق سلطان على حقه وله التقلب والتقلب فيه . نعم قد يعبر عن السلطنة بالحق بالمعنى الأعم ، فيقال : له حق على إسقاط حقه أو نقله ، ولا شبهة في عدم اعتبار حق على الحق ، بل له السلطنة على الحق ، وبها يجوز المذكورات ، فالسلطنة القائمة على الأموال والأدلاك والحقوق مقومة لتنفيذ المعاملات لدى العقلاء ، لا نفس الملك ولا نفس الحق ، ولهذا قد يتحقق الملك والحق ولا سلطنة على المذكورات كالحجور عليه ، وقد تتحقق السلطنة شخص بلا واجديته للملك والحق كالأولياء .

وقد فسر بعض الأعاظم الحق بالسلطنة الضعيفة ، ومع ذلك التزم بجواز نقله ، مع إنكاره فيما تقدم إمكان نقل الملك لكونه سلطنة ، ولا يعقل

السلطنة على السلطنة ، والناس مسلطون على أموالهم لا على سلطانهم ، مع أن نقل الحق الذي هو سلطنة على زعمه لازمه السلطنة على السلطنة نعم قال في خلال كلامه : « فاذا كان الحق عبارة عن اعتبار خاص الذي أثره السلطنة الضعيفة على شيء ومرتبة ضعيفة من الملك فهو بجميع أقسامه وانحائه قابل للاسقاط » انتهى .

وأنت خبير بأن صدر كلامه هذا مخالف لما تقدم منه « أنه سلطنة ضعيفة » كما أنه مخالف لقوله في ذيله : « ومرتبة ضعيفة من الملك » بعدما فسر الملك بالسلطنة ، ولازم كلامه هذا مع ما تقدم منه « أنه سلطنة ضعيفة » أثرها سلطنة ضعيفة ، وهو كما ترى . فلو اكتفى بالجملة الأولى وهي قوله : « اعتبار خاص الذي أثره السلطنة » بلا تقيدها بالضعيفة كان حقاً .

ثم أن الظاهر من ذيل كلامه أن قوام الحق بقابليته للاسقاط ، فاذا لم يقبل فلا يكون حقاً ، واستظهر من الشهيد أيضاً ، وفي الاستظهار نظر ، كما أن قوام الحق بقابليته للاسقاط بمعنى أن عدمها مساوق لعدمه غير ظاهر إن كان المراد قابليته فعلاً بمعنى لزوم سقوطه بالاسقاط ، وما ليس كذلك فليس بحق ، كما لا يبعد ذلك بالنظر الى جميع كلامه ، لا بمعنى اقتضائه لذلك وإن أمكن حصول المانع له .

وبالجملة إن أراد الثاني فلا بحث ، وإلا ففيه إشكال ، لأن الحق كما مرّ اعتبار خاص ، ومن أحكامه السلطنة على أمور ، كالاسقاط والنقل فلو فرض سلب جميع آثاره فلا شبهة في عدم اعتباره ، كما أن سلب جميع آثار الملكية مساوق لسلب اعتبارها لدى العقلاء ، وأما سلب بعض الآثار مع بقاء بعضها فلا ، فالحق يعتبر مع حفظ السلطنة ولو في بعض الآثار وبعبارة أخرى ليس حال الاسقاط في الحق كحال النقل في البيع ، من حيث أن شرط عدم الاسقاط كان مخالفاً لمقتضاه ، كما أن شرط عدم النقل

مخالف لمقتضى البيع ، ضرورة أن شرط عدم الإسقاط غير مناف لمقتضاه لدى العقلاء ، ولعل مراده أن الحق في حد نفسه قابل للإسقاط امكن لو كان مراده ذلك لم يتجه إشكاله على اليسد الطباطبائي (قده) فإنه أيضاً صرح بأن الحق بحسب طبعه يقتضى جواز إسقاطه ونقله لو لا المنع التبدي .

ثم أنه قد يقال : إن الحقوق على أقسام : منها - ما لا ينتقل بالموت ولا يصح إسقاطه ولا نقله ، وعدّ منه حق الأبوة ، وحق الولاية ، وحق الاستمتاع بالزوجة ، وحق السبق بالرماية قبل تمام النضال ، وحق الوصاية وأنت خبير بأن شيئاً منها ليس من قبيل الحقوق ، فمثل الولاية والوصاية ونحوها ، من الوضعيات المقابلة للحق والملك والسلطنة ، والاستمتاع بالزوجة جائز شرعاً ، ويجب عليها التمكين ، والزوج مسلط عليها في الاستمتاع وأما كونه حقاً فغير معلوم ، وفي السبق قبل تمام النضال لم يثبت حق ، بل هو عقد لازم ظاهراً يجب الوفاء به ، فقيل تمامه يجب الاتمام بناء على لزومه ، ولو قيل : إنه مثل الجمالة فلا شيء قبل تمامه ، وبعده يملك عليه الجعل .

وكيف كان لم يثبت مورد أحرز كونه حقاً ومع ذلك لم يكن قابلاً للإسقاط والنقل والانتقال .

ومنها - ما يصح نقله وإسقاطه وينتقل بالموت ، كحق الخيار والقصاص والرهانة والتحجير ونحوها ، وربما يقال بعدم قبول حق الخيار والشفعة والرهانة للنقل الى الغير ، بحيث يكون له الخيار وله تملك حصة الشريك أوله استيفاء الدين ، فإن ذلك غير صحيح أو غير معقول .

أقول : الخيار حق قائم بالعقد ، ولصاحب الخيار سلطنة على الفسخ والامضاء ، ولازم الفسخ رجوع كل من العين والتمن الى محله الأول ،

فترجع العين الى البائع والتمن الى المشتري بالفسخ ، وهذا المعنى قابل للنقل الى الغير ، وليس مقتضاه إلا فسخ العقد بالمعنى المذكور ، من غير فرق بين النقل الى الأجنبي أو الى طرف المعاملة ، فكما يصح جعل الخيار أولاً لأجنبي ولأي طرف من المتعاملين - وليس لازمه إلا ما ذكر أي فسخ العقد ورجوع العوضين الى صاحبها الأول لا الى الأجنبي - فكذلك حال النقل .

ومن ذلك يعلم حال حق الشفعة أيضاً ، فانه حق قائم بالعين المشاعة المتباعدة ليضمها الى ملكه ، وهذا بهذا المعنى قابل للنقل الى الأجنبي والى الطرف ، فيثبت لها ذلك الحق ، أي حق ضم المتباعد الى ملك الشفيع . وأما الرهن فليس بحق ، بل الحق بعد الشروط المذكورة في محله قائم بالعين المرهونة لاستيفاء الدين منها ، وهذا قابل للانتقال الى الأجنبي ليكون له حق استيفاء دين الدائن منها ، نعم لا يصح جعله للرهن ، لأن له ذلك قبل الجعل ، فلا معنى لنقل ما هو حاصل إلا أن يرجع الى الاسقاط ، وهو على فرض صحته أمر آخر .

ومنها - ما هو قابل للنقل الى من هو مثله ، كحق القسم القابل للانتقال الى الضرة لا غير ، أقول : بل الظاهر جواز نقله الى الغير حتى الى الرجل ، سيما إذا قلنا بجواز أخذ العوض بازائه ، كما هو الأشبه ، لا يمكن أن يشتري الأجنبي هذا الحق ويبيعه أو يصالحه الضرة ، وليس معنى انتقال هذا الحق أن يكون للمنتقل إليه حق الاستيفاء مباشرة ، بل معناه كونه صاحب قسم الزوجة ، فله الاسقاط ، وله الاستيفاء لو لا المانع ، وله النقل الى غيره .

ثم أن الحق بما هو معنى اعتباري قائم باعتبار العقلاء وبما أنه إضافة خاصة تتقوم بالأطراف لا يكون معنى نقله ما هو المتفاهم من ظاهر النقل

والانتقال ، بل حاله حال البيع بما مر ذكره من أن إنشاء النقل جدياً موضوع لاعتبار العقلاء ذلك الحق لغيره ، وإلا فلا يعقل النقل بمعناه الواقعي اللازم منه استقلال الاضافة بلا طرف حتى لدى العرف .

ومنها - ما يشك في صحة إسقاطها أو نقلها وانتقالها ، وعدّها منها ما لا يكون حقاً جزماً ، وما يشك في كونه حقاً ، وما يكون قابلاً للاسقاط والنقل على فرض ثبوت حقيقته ، كحق السبق في إمام الجماعة .
ثم أنه لو شك في كون شيء حقاً أو حكماً فلا أصل لاثبات أحدهما ، فلا بد من الرجوع الى الأصول العملية ، وأما لو شك في كون حق قابلاً للاسقاط أو النقل فإن كان الشك لأجل الشك في القابلية العرفية فلا يصح إحرازها بالعمومات ، لرجوع الشك الى الصدق ، وإن كان في القابلية الشرعية فقد يقال بجواز التمسك بعمومات تنفيذ العقد والصلح والشرط وسلطنة الناس على أموالهم لتصحيح المعاملة وكشف القابلية ، إذ شأن العمومات رفع هذا الشك .

وربما يرّد ذلك بأن أدلة إنفاذ المعاملات في مقام بيان إنفاذ الأسباب شرعاً عموماً أو إطلاقاً ، فاذا أحرزت قابلية النقل وشك في اعتبار سبب خاص فدلّيل عموم المعاملة كدلّيل الصلح والشرط يرفع هذا الشك ، وأما إذا شك في قبوله للنقل لا من حيث خصوصية سبب من الأسباب فلا يمكن رفعه بأدلتها .

وفيه أنه لا شبهة في أن قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » (١) أو قوله عليه السلام : « الصلح جائز بين المسلمين » (٢) أو « المؤمنون عند شروطهم » (٣)

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) الوسائل - الباب ٣ من كتاب الصلح الحديث ٢ .

(٣) الوسائل - الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ من كتاب النكاح .

ظاهر في لزوم الوفاء بكل معاقدة أو صلح أو شرط يصدق عليها تلك العناوين عرفاً ، فعلم وجوب الوفاء في مورد أو موارد مخالف لهذه العمومات والاطلاقات ، فاذا ألقيت تلك العمومات الى العقلاء لا يشكون في أن الشارع بصدده إنفاذ كلية العقود والشروط وماهية الصلح بلا قيد وشرط والشك في عدم القابلية الشرعية راجع الى الشك في اعتبار الشارع شرطاً وقيداً في المثلن أو الثمن ، وبالجملة الى عدم انفاذه معاملة خاصة ، فاذا شك في أن البيع الربوي صحيح يرجع ذلك الشك الى احتمال اعتبار الشارع شرطاً في العوضين بعد كون المعاملة عقلائية ، ولا شبهة في أن العمومات رافعة له ، ولا دليل على دعوى كونها بصدده إنفاذ الأسباب فقط حتى ترجع الى الحكم الحيثي بل الظاهر منها أنها أحكام فعلية بصدده إنفاذ المعاملات العقلائية والعقود العرفية ، ولا يزال الفقهاء الذين هم من العرف والعلاء يتمسكون بها لاثبات صحة المعاملات .

هذا مع عدم جريان الاشكال في مثل « الناس مسلطون على أموالهم » (١) مع شموله للحق الذي هو مال ، وبالقائه الخصوصية أو الفحوى يسري الحكم الى ما ليس كذلك ، لكنه يأتي الكلام فيه .

نعم هنا شبهة أخرى وهي أنه استثنى من أدلة نفوذ الشرط ما هو مخالف لكتاب الله أو غير موافق له أو حرم حلالاً أو أحل حراماً ، وكذا استثنى من دليل إنفاذ الصلح ما أحل حراماً أو حرم حلالاً ، والظاهر من مخالفة الكتاب مخالفة حكم الله تعالى ولو ثبت من سنة رسول الله صلى الله عليه وآله أو أخبار الأئمة الطاهرين سلام الله عليهم ، كما أن الظاهر أن لا خصوصية للتحليل والتحريم ، بل المراد تغيير حكم الله تعالى

(١) البحار - ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث .

كما يشهد به اختلاف التعبير في الشرط ، فيراد في الصلح أيضاً ظاهراً استثناء مطلق ما يخالف حكم الله ، ولا يبعد إسراء العرف والعقلاء هذا الاستثناء الى سائر المعاملات ، بل لا يبعد أن يكون ذلك حكماً عقلياً واستثناءً لبياً يدركه العقل ، ولو قلنا بأن الشرط أعم من الشرط الضمني والابتدائي بل مطلق العقود والمجعولات العقلانية فالأمر أوضح .

وعلى هذا لو شك في معاملة من جهة اعتبار الشارع الأقدس قيدياً أو شرطياً في العوضين به يخرجان عن القابلية للانتقال لا يصح التمسك لرفعه بالعمومات ، لكونه من التمسك بها في الشبهة المصدقية ، وهو غير جائز ولو في المخصصات اللبية ، كما قررنا في محله ، وإحراز المصداق بالأصل محل إشكال يطول التعرض له ، ولعله يأتي الكلام فيه .

نعم يمكن أن يقال : إن دليل سلطنة الناس على أموالهم الشامل للحقوق المالية لفظاً ولغيرها بالفحوى يرفع الشك في اعتبار الشارع قيدياً للعوضين ، ضرورة أن كل قيد يوجب عدم قابلية العوضين للنقل تضييقاً لسلطنة المتعاملين ، ومنافياً للعموم المذكور ، فالعموم يكشف عن عدم اعتبار الشارع قيدياً ، ويكشف عن عدم كون المعاملة مخالفة لحكم الله تعالى ، وينقح بهذا الدليل موضوع عمومات الصلح والعقد والشرط ، فيتمسك بها لانفاذ المذكورات ، ولكنه لا يخلو من مناقشة يأتي الكلام فيها .

الجهة الثانية - وهي مورد البحث الأصيل - أنه هل يعتبر في البيع أن لا يكون الحق عوضاً ولا معوضاً ، أي يكون الاعتبار فيه على وجه لو جعل الحق عوضاً أو معوضاً لخرج عن صدق البيع ، ولا بد في صدقه أن يكونا عينين أو منفعتين أم لا مطلقاً أو يفصل بين العوض والمعوض ؟ يمكن تقريب الأول بأن المعتبر في البيع تمليك العوضين ، فيقوم كل منهما مقام الآخر في الملكية ، وهذا المعنى غير متصور في نقل الحقوق ،

لأن اعتبار الحق غير اعتبار الملك والسلطنة كما مر ، وأيضاً لا يكون الحق مملوكاً لذي الحق ، بل له اضافة خاصة بها يستحق ، لا باضافة مالكية حتى يكون له إضافتان : اضافة حق وإضافة مالكية الحق ، نعم لكل ذي حق وملك سلطنة عليهما وهي من الأحكام العقلائية لهما ، فان لم يكن الحق ملكاً ولا مملوكاً وإن أطلقا عليه بنحو من المسامحة لا يكون نقله بيعاً سواء كان من طرف أو طرفين .

وفيه منع اعتبار التملك والتملك في ماهية البيع ، كما مر من صدق البيع على بيع الوقف العام مع عدم دخول ثمنه في ملك أحد ، وكما في بيع الغلات الزكوية بالنقد الزكوي بناء على عدم مملوكية الزكاة لأحد ، بل يكون الأصناف مصارف لها كما لا يبعد .

ففي أمثال ذلك يكون التبادل بين المالين في السلطنة من طرف أو طرفين لا في الملكية ، مع وضوح صدق البيع عليه ، وهو شاهد على عدم اعتبار التملك والدخول في الملك في العوضين لدى العقلاء ، وقد مرّ ضعف التفصيل بين العوض والمعوض ، وتوهم صحة المبادلة بين العينين في السلطنة دون الحقوق في غاية الضعف .

والانصاف أن نقل الحقوق بالعوض بل بالحقوق ، والأملك بها أو بالعكس بيع عرفاً ، فبيع حق التحجير بالثمن بيع لدى العقلاء .

ثم أنه يظهر من الشيخ الأعظم تقسيم الحقوق ولو تصوراً على أقسام : منها - ما لا يقبل المعاوضة بالمال ، وهذا لا إشكال في عدم صحة بيعه ، ومنها - ما لا يقبل النقل كنقل الحق الى من عليه الحق ، فجعل المانع فيه لزوم قيام طرفي السلطنة الفعلية بشخص واحد ، ومنها - ما لا محذور فيه من هذه الجهة ، كحق التحجير وكالحقوق التي على الأشخاص من غيرهم ، وجعل المانع فيها عدم ماليتها .

وأنت خبير بأن ما ذكرناه - الذي بمنزلة التفسير لكلامه ، ولا يبعد أن يكون المتفاهم من جملة كلامه - يدفع به الاشكال عنه بأن الحقوق مطلقاً ليست كذلك حتى نحتاج الى الدفع بما فعله العلمان في تعليقتها من اختصاص كلامه بحق الشفعة والخيار ، فيرد عليه بأنها ليسا على الأشخاص بل الأول متعلق بالأعيان والثاني بالعقود كما مر ، أو يرد عليه بأن دليhle أخص من مدعاه ، كما قال الطباطبائي (قده) .

نعم أن مدعاه في القسم الثاني حق وإن كان دليhle غير وجيه ، لعدم كون الحق سلطنة أولاً لما مر من اختلاف اعتبارها ، وعدم امتناع قيام طرفي السلطنة الاعتبارية بشخص واحد ثانياً ، والأولى أن يقال : إنه لا يعتبر العقلاء كون الشخص ذا حق على نفسه ، كما لا يعتبرون كون الشخص الواحد دائناً ومديوناً ، أي مديوناً لنفسه ، فالحق على الأشخاص من الاعتبارات التي تنقوم بشخصين .

وأما القسم الثالث فلا يمكن مساعدته فيه ، لأن بعض الحقوق أموال تبذل بازائها الأثمان ، ولا يعتبر في المالية إلا ذلك . ثم أن الشيخ الأعظم دفع توهم النقص عليه في القسم الثاني ببيع الدين على من هو عليه بالفرق بين اعتبار الملكية والسلطنة على الأشخاص فان هذه السلطنة متقومة بأطراف ثلاثة : السلطان والمسلط عليه وما فيه السلطنة ، فالسلطنة على المنكر في استحلافه على فرض كون الحق سلطنة متقومة بالمدعي والمنكر والاستحلاف ، وأما اعتبار الملكية فلا يتقوم إلا بالملك والمملوك ، وأما الذمة كالخارج " دخالة لها في اعتبارها ، فليس في الملك مملوك عليه .

وهو كلام متين ، وما قيل - من عدم قابلية ما في الذمة لأن يكون مملوكاً لمن عليه ، وعدم قابلية نقل الغير اليه ولو آتأماً ، فصيورة

الانسان مالكا على نفسه آنأما حتى يسقط عنه ويرأ ذمته مستحيل - مدفوع بما أفاده الشيخ (قده) ومّر تقريره ، ضرورة أن اعتبار مالكية ما في الذمة ليس اعتبار المالكية على النفس ، بل هو اعتبار المالكية لما في الذمة وهو ليس بمستحيل ، بل هو نظير بيع الدين على من هو عليه من الاعتبار العقلانية ، فزى أن العقلاء يبيعون كراً من الخنطة التي على العهدة على من عليه كيبيعهم على غيره .

نعم هذا الاعتبار له أمد خاص ، وليس كاعتبار ملكية الأعيان ، فزى أنهم لا يرون بعد البيع والانتقال اليه أنه مالك لما في ذمته مطلقاً وبلا أمد كالكيفية لسائر الأشياء ، ولهذا تكون نتيجة مالكيته براءة ذمته أو السقوط منها ، والمسألة ليست عقلية حتى يقال : لو صححت مالكيته حدوثاً لصحت بقاء ، أو يقال : لا يعقل أن يكون أثر الملكية سقوطها ، للزوم كون الشيء معدماً لنفسه ، بل هي عقلانية اعتبارية لا بد من تبعية العقلاء فيها في أصل الاعتبار ومقداره وأمهده ، ولا شبهة في اعتبار الانتقال حدوثاً ، لابقاء الملكية ، ولا إشكال فيه .

ثم أن بعض الأعظم بعد الاشكال في مالكية الشخص لما في ذمته أراد توجيه بيع الدين على من هو عليه ، فقال : « إن البيع لم يقع على ما في الذمة بقيد كونه فيها ، لأن هذا القيد يوجب امتناع تحققه ، بل يقع البيع على الكلي وهو من من الخنطة مثلاً فيصير المشتري أعني المديون مالكاً لذلك الكلي على البائع ، وحيث كان البائع مالكاً لمن من الخنطة على ذمة المديون وهو المشتري فينطبق ما على البائع على ما كان له على المديون ، فيوجب سقوط ذمتها ، وهو أشبه شيء بالتهاثر » انتهى .

وهو غريب ، لأن المتعارف لدى العقلاء بيع ما في الذمة لا بيع كلي بغير اعتبار ذلك ، فحينئذ لا بد من تصحيح هذا الاعتبار بأن يقال :

إن هنا اعتبارات ثلاثة : أحدها من " من حنطة ، ثانيها المن المتقيد بالذمة ثالثها المن الذي ظرفه الذمة واعتبر على العهدة ، ولا شبهة في أن الدين اعتبر على العهدة والذمة ، ومع ذلك قابل للتحقق الخارجي ، وذلك لأن الاعتبار فيه على النحو الثالث ، وعدم كون الذمة والعهدة إلا مخزن الأمر الاعتباري ، لا قيده ليمتنع معه تحققه ، فكما يقال : إن فلاناً أدى دينه وما في ذمته ، فبراً منه ، ولا يكون من قبيل التهاثر ونحوه بالضرورة فكذا في المقام يقع المعاملة على الدين ، أي الحنطة التي في الذمة لا على حنطة كلي بلا علامة ولا على الحنطة المتقيدة بكونها في الذمة .

والانصاف أن الخروج عن الاعتبار العقلانية التي محط هذه المباحث الى العقليات الأجنبية منها يوقع الفقيه فيما لا ينبغي لشأنه .
ثم أنه رحمه الله أنكر قابلية الحق للعوضية بعد تسليم كونه قابلاً للنقل واستدل عليه بأنه يعتبر في البيع أن يكون كل من الثمن والمثمن داخلياً في ملك مالك الآخر ، ولا شبهة في أن الحق لا يكون قابلاً لذلك ، فانه مبين مع الملك سنخاً وإن كان من أنحاء السلطنة بالمعنى الأعم ، ومن المراتب الضعيفة للملك ، ولكن كونه كذلك غير كاف لوقوعه عوضاً ، لأنه لا بد من حلول الثمن محل المثل في الملكية ، فلا بد أن يكون كل منهما من سنخ الآخر .

وفيه - مضافاً الى التناقض بين الاعتراف بكونه من المراتب الضعيفة للملك مع دعوى مباينتها سنخاً ، ضرورة عدم التباين السنخي بين مراتب شيء واحد ، ومضافاً الى عدم صحة دعوى كونه من أنحاء السلطنة وكونه من مراتب الملك كما مر - أنه لا دليل على اعتبار ذلك في البيع ، بل قد تقدم تعارف تبديل الملك بالسلطنة وبالحق لدى العقلاء وصدق البيع عليه عرفاً .

فلو أراد بما ذكر أنه يعتبر في البيع أن يكون كل من الثمن والمثمن في درجة واحدة في الملكية ، ولا يكفي فيه مبادلة مرتبة قوية بمرتبة ضعيفة منها ، وأراد بالمباينة السخية المباينة في المرتبة بتقيد كل مرتبة بالحد الذي هي فيه كان الاشكال أوضح ، ضرورة عدم اعتبار وحدة الدرجة في صدق البيع على فرض صحة كون الملك ذا مراتب ، وإلا لزم على مناه عدم صحة جعل المنافع عوضاً لتصريحه بأضعفية مرتبتها من ملك الأعيان .

ولو رجع كلامه الى ما تقدم منّا من أن الحق سنخ اعتبار مخالف للملك ، ويعتبر في البيع التمليك والتملك فقد مرّ جوابه ، هذا كله في الحقوق القابلة للنقل .

وأما الحقوق القابلة للاسقاط سواء كانت قابلة للنقل أم لا فهل يصح جعل إسقاطها أو سقوطها مقابلاً عوضاً أو معوضاً ويكون عنوان البيع معه صادراً عليه عرفاً أم لا ؟ أقول : لا ينبغي الاشكال في الصدق اذا جعل الاسقاط بالمعنى المصدرى عوضاً بل معوضاً ، بمعنى جعل عمل صاحب الحق ملكاً للطرف على عهده ، كجعل الخياطة والكتابة بالمعنى المصدرى على عهدة الخياط والكاتب ، وإن قلنا باعتبار التمليك والتملك في البيع ، ضرورة أن العمل الكذائي صار بالتمليك وجعله عوضاً ملكاً للطرف على عهدة صاحب الحق كسائر موارد جعل أعمال الحر والعبد عوضاً طابق النعل بالنعل .

وكذا الحال لو جعل السقوط بالمعنى المصدرى على عهدة صاحب الحق القادر على تحصيله بالاسقاط ، كجعل مخيطة الثوب وكناسة المسجد بالمعنى المصدرى على عهدة الخياط والكناس ، فيكون هذا المعنى ملكاً للطرف على عهدها وتكون لها القدرة على إيجاده وتسليمه .

وما قيل - : إن الإسقاط بالمعنى المصدرى والسقوط بما أنه اسم المصدر ليسا كالخيطة ونحوها مما يملكه البائع ، لأن هذا معنى حرفي غير قابل لأن يتمول إلا باعتبار نفس الحق - ليس بوجيه ، فانه - مضافاً الى أن الخيطة وسائر أعمال الحر والعبد أيضاً من المعاني المصدرية ، وليس شيء منها بذاتها متمولة ، بل اعتبار ماليتها لأجل الآثار المرغوبة المطلوبة منها لدى العقلاء ، وهذا كاف في جعلها عوضاً ومضافاً الى عدم كون حاصل المصدر معنى حرفياً - أن دعوى الفرق بين الخيطة وسائر أعمال الحر والعبد وبين هذا العمل غير صحيحة ، لأن كلاً منهما قابل للنقل والتملك . والعجب أنه بعد ما ادعى أن المصدر واسمه لا يقبل الدخول في ملك الغير والخروج عن ملك المشتري ليكون البائع مالكاً لهذا العمل ، قال : « ولا يقاس ذلك بشرط الإسقاط في ضمن عقد لازم ، لأن في باب الشرط يملك المشروط له على المشروط عليه إسقاط الحق أو سقوطه ولا ملازمة بين قابليته للدخول تحت الشرط وبين قابلية وقوعه ثمناً ، لأن إسقاط الحق يصير بالشرط مملوكاً للغير على صاحب الحق ، ولكن لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً ويحل محل المبيع في الملكية » انتهى .

وأنت خبير بما فيه ، ضرورة أن دعوى عدم قابليته للدخول في ملك الغير ليكون مالكاً على صاحبه تنافي دعوى قابليته للدخول في ملك الغير بدليل الشرط ، لأن دليل الشرط لا يجعل غير القابل قابلاً ، بل هو من النواقل لما هو قابل له ، فلو جعل انتقاله بدليل الشرط دليلاً على قابليته للتملك فالنقل بالمبيع أولى ، فانه بعد ثبوت قابليته له لا يبقى وجه لقصور تملكه بالمبيع .

وأما قوله : « لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً ويحل محل المبيع في الملكية » فغير متضح المراد ، فان أراد أنه لا يصير بلا سبب كذلك فهو

حق ، ولكنه غير مربوط بالمدعى ، ضرورة أن البيع سبب للنقل والتملك وإن أراد أنه بغير الشرط من سائر الأسباب لا يمكن أن يصير مملوكاً ليرجع الى قصور الأسباب في السببية أو تقيد القبول بوجه خاص فهو كما ترى ، مضافاً الى سوء التعبير ، والانصاف أن التفرقة بين هذا العمل وغيره لا ترجع الى محصل .

بقي شيء ، وهو أنه هل يعتبر في صدق البيع أن يكون العوضان منتقلين الى الطرف بنحو من الانتقال أي في الملكية أو السلطنة أو الحق أو لا يعتبر ذلك فيصح جعل نفس السقوط عوضاً أو معوضاً ؟ قد يقال : يكفي في طرف العوض كل ما يصلح للعوضية وإن لم يكن على وجه النقل ، كما في الاجارة بالنسبة الى المعوض ، فانه لا إشكال في صحة اجارته ليعمل عملاً للغير أو لكنس المسجد أو نحو ذلك مما لا ينتقل العمل فيه الى المستأجر ، بل يملك عليه أن يعمل ذلك للغير .

ثم قال في مورد آخر : « ليس المراد بعوضية الاسقاط كون التملك بازاء العمل ، بل المراد أن يكون العوض هو الدين مثلاً على وجه الاسقاط فلو قال : بعثت هذا بديتك عليّ بأن يكون ساقطاً كفى ، لصدق البيع عليه ، فتشمله العمومات ، وكذا الحق الذي لا يقبل إلا الاسقاط » انتهى .

أقول : أما الاجارة فلم يتجه قياسها بالمقام بعد الاعتراف بأن المستأجر يملك على المؤجر العمل للغير وللمسجد ، فان المعوض فيها على وجه النقل بلا شبهة ، لأن المنقول هو العمل للغير أو المسجد ، والمنقول اليه المستأجر ، وأما دعوى عدم اعتبار النقل في العوض فيصح جعله سقوط الحق أو الدين بغير وجهه ، لأن البيع عرفاً متقوم بالنقل ، فالاعراض مقابل الاعراض والتملك مقابل الاعراض لا بنحو يكون ذلك المعنى المصدري على عهده ، وكذا السقوط مقابل التملك أو السقوط ليس

شيء منها بيعاً عرفاً ، ولا أقل من الشك في الصدق .
 وقوله : « المراد أن يكون العوض هو الدين على وجه الاسقاط بأن
 يقول : بعثك هذا بدينك بأن يكون ساقطاً » لا يصحح الأمر ، لأن هذا
 عبارة أخرى عن التملك في مقابل سقوط الدين أو الحق ، فلا يكون الدين
 عوضاً ، بل سقوطه عوض ، وهو ليس ببيع عرفاً ، فلو قال : بعثك
 هذا بسقوط دينك لا يكون بيعاً عرفاً .

إذا عرفت ما تقدم فاعلم أنه قد عرفت البيع بتعاريف عديدة لا داعي
 لنقلها وتضعيفها إلا ما أفاده المحققون المتأخرون ، فقد عرفه الشيخ الأعظم
 بعد الاشكال في سائر التعاريف بإنشاء تملك عين بمال ، وهو قريب مما
 عرفه بحر العلوم على ما حكى عنه بأنه إنشاء تملك العين بعوض على
 وجه التراضي .

نعم يرد على الثاني ما لا يرد على الأول ، وهو أن مقتضى إطلاقه
 جواز جعل العوض ما ليس بمال ، وقد تقدم اعتباره في ماهية البيع عرفاً
 وكذا يرد عليه إخلال زيادة قيد التراضي بالمقصود ، لعدم اعتباره في مفهوم
 البيع عرفاً بلا شبهة .

ويرد عليها أن الانشاء غير البيع ، فإن حقيقته نفس التبديل لا إنشاؤه
 وكذا لا يعتبر فيه التملك ، وكذا لا يعتبر أن يكون المعوض عيناً كما تقدم .
 ومن ذلك يعرف الاشكال في تعريفه بأنه تملك عين بعوض في
 ظرف تملك المشتري ، والعجب أن من عرفه بذلك أراد التخلص عن كون
 البيع إيقاعاً ، فقال : « لازم تعريف الشيخ أن يكون البيع إيقاعاً ، وغير
 متوقف على القبول » وأنت خبير بأن تعريفه ذلك أيضاً يقتضي كونه إيقاعاً
 لو كان ذلك إيقاعاً ، لأن تملكه في ظرف تملك المشتري إيقاع ومن فعل
 البائع ، وما لا يكون إيقاعاً هو التملك والتملك ، أي الماهية الاعتبارية

المتقومة بها ، ولا يخرج التمليك بمجرد كونه في ظرف القبول عن كونه إيقاعاً .

وأردء من الكل ما عرفه بعض أهل التحقيق في تعليقه بعد النقص على تحديد الشيخ بجملة من الموارد التي التزام كونها تمليكاً مشكلاً ، منها - بيع العبد ممن ينعق عليه ، فإن الملك الحقيقي إن كان ممتنعاً شرعاً أو عقلاً فلا فرق بين زمان طويل أو قصير ، ومنها - بيع الدين على من هو عليه قائلاً : إنه لا فرق في امتناع مالكية الشخص لما في ذمته بين زمان طويل وقصير ، ومنها - بيع العبد من نفسه في بعض الموارد ، لعدم الفرق في الامتناع بين الزمانين أيضاً ، ومنها - شراء العبد تحت الشدة من الزكاة ، ومنها - اشتراء آلات المسجد والقنطرة من الزكاة ، ومنها - البيع بازاء سقوط الحق ، قال : « ولا يبعد أن يقال : إن البيع جعل شيء بازاء شيء ، فيختلف أثره بحسب الموارد » انتهى .

وأنت خبير بأن كثيراً من موارد النقص بين ما لا يرد عليه وما لا يصدق عليه البيع ، فبيع العبد ممن ينعق عليه لا شبهة في كونه تمليكاً لدى العرف ، إذ لا فرق ، لدى العقلاء في ملكية العمودين وغيرها من العبيد والاماء ، فالبيع عرفي عقلائي ، والمالكية بحققة ، والتعبد الشرعي بالانعتاق بعد الشراء لم يظهر منه عدم تحققها ، والدليل على عدم مالكية العمودين منصرف الى المستقرة كسائر الأملاك ، مع أنه تعبد ، والكلام في مفهوم البيع عرفاً ، وقد مر الكلام في بيع الدين ممن هو عليه ، وكذا الحال في بيع العبد من نفسه فإنه بعد فرض صدقه لدى العقلاء لا مانع من الالتزام بمالكيته لها آنأماً كما تقدم نظيره ، وأما فيما إذا كان العوض سقوطاً فقد تقدم عدم صدق البيع عليه ، نعم يرد عليه نحو الشراء من الزكوات كما تقدم .

وأما تعريفه بما ذكر فلا يوافق العرف واللغة ، ويرد عليه النقض الى ما شاء الله ، كجعل شيء بازاء شيء مكاناً ، وكالجمالة ، والطلاق خلعاً ومباراة ، والاجارة ، والهبة غير المجانية ، والصلح ، وكذلك جعل الله الثواب مقابل العمل الى غير ذلك .

والعجب منه حيث قال : « بهذا المسلك وإن كان غير معروف ولا مألوف إلا أن المتبع هو البرهان » وفيه أن كون ما ذكر خلاف المعروف والمألوف لدى العقلاء جميعاً أقوى دليل على بطلانه ، فان البيع من المعاني العرفية الاعتبارية ، ولا سبيل للبرهان فيه إن كان مراده البرهان الاصطلاحي ، ولو أراد أن معناه عرفاً ولدى العقلاء ذلك فلا معنى لعلم معروفيته ومألوفيته ، مع أن ما ذكر ليس معناه العرفي والعقلاني جزمياً . والظاهر أن أسدّ التعاريف هو ما حكى عن المصباح ، أي مبادلة مال بمال على ما هو الظاهر المتفاهم من كونها بين الطرفين ، والبيع بالمعنى المعهود لدى العقلاء أمر اعتباري مضاف الى الطرفين ، ولا يصغى الى ما قيل - : إن هيئة باب المفاعلة لمجرد تعدية المادة وإنهائها الى الغير ، فلا فرق بين كاتبه وكتب اليه ، ولا بين ضاربه وضربه ، إلا في أن كاتب بهيئته دال على ما أفاد الحرف أو كان لازم النسبة ، والدليل عليه استعمال باب المفاعلة في الكلام الفصيح في غير ما كان بين الاثنين - وذلك لأن الاستعمال أعم ، سيما مع قيام القرينة العقلية أو غيرها على معنى .

ولا شبهة في أنه إذا كتب الى زيد لا يقال : بينها مكاتبة ، وإذا أنهى البحث الى طرفه لا يقال : بينها مباحثة ، أو باحثه ، الى غير ذلك من الأمثلة ، والسند هو التبادر والمعروفية عند أهل اللغة والعرف ، كما اعترف بها ، وليس شيء أقرب الى إثبات اللغة من التبادر سيما عند أهل اللغة والعرف .

نعم يبقى كلام ، وهو أنه هل يعتبر في باب المضاعلة أن يكون التفاعل بين الشخصين والفاعلين أو تختلف الموارد ؟ ففي مثل تقابل جسم بجسم يكون المقابلة بين الشئيين وإن كان موقعه شخصاً واحداً ، ففي ما نحن بصدده لو أوقع البائع المبادلة بين العوضين كفى في تحقق معنى المفاعلة لكن الظاهر أن المعتبر فيها أن يكون كل من الطرفين فاعلاً والآخر منفوعاً به ، ففي المبادلة يقال : بادل زيد ماله عمرواً وعمرواً زيداً .

ثم لو سلمنا عدم اعتبار التفاعل في الباب يمكن أن يقال : إن التعريف للبيع المصطلح في كتاب البيع أي الماهية المتقومة بالايجاب والقبول وذلك لأن الظاهر في كل عنوان موضوع للحكم أو مأخوذ في الحدود وغيرها هو الفعلية مقابل الشأنية والامكان ، وكذلك الألفاظ موضوعة للعناوين الفعلية ، فالنار موضوعة للماهية الحارة بالفعل لا الأعم منها ومما هي بالقوة لا أقول : إنها موضوعة للموجود ، فانه واضح البطلان ، بل الألفاظ موضوعة للطبائع ، لكن للمتصف بالوصف العنواني فعلاً ، فلا تصدق النار على ما هي نار بالقوة والشأنية ، ولا العالم للمتلبس بالعلم شأناً والقوة ، فعلى هذا يكون البيع هو المبادلة الفعلية ، وهي متقومة بالايجاب والقبول ضرورة عدم فعلية التبادل في الاضافة إلا مع القبول ، فالايجاب لا يكفي في فعلية التبادل ، كما لا يخفى .

ثم أنه يرد على هذا التعريف أمور قابلة للدفع : منها - أنه تعريف بالأعم ، فان المبادلة بين المالين يمكن أن يكون في ذاتها أو صفتها أو سائر الاضافات غير الاضافة للملكية أو نحوها ، ويدفع بأن الظاهر من المبادلة بين المالين أن تكون المالية دخيلة فيها ، فتكون المبادلة بين المالين بما هما كذلك وسائر المبادلات ليست بما هما مالان .
وتوهم شموله لتبادل مالية أحدهما بمالية الآخر بمعنى أن ما كانت

ماليته عشرة دراهم صارت بالتبادل عشرين وبالعكس مدفوع بأنه غير معقول عادة ، فالقرينة العقلية دالة على عدم إرادته ، وتوهم عدم جواز الاتكال على القرائن اللفظية أو العقلية في الحدود وهم "بعد فهم العقلاء من الكلام ما هو المقصود ، ولا شبهة في أن المتفاهم من هذا الكلام هو التبادل في الملكية ونحوها .

ومنها - أن الظاهر منه اعتبار المالية الفعلية للمتبادلين حال التبادل ، وقد مر عدم اعتبارها ، فلو فرض أن عمل الحر ليس مالا إلا بعد النقل فهو بيع لدى العقلاء ، ويدفع بأن ما تقدم مجرد فرض وتخيل لا واقع له وإلا فكل مورد يبذل العقلاء في مقابل شيء ثمناً يكون ذلك الشيء مالا فعلاً . فعمل الحر مال بلا شبهة ، وكذا كل ما يجعله العقلاء في قبال الثمن ، ولو كان لأثر مترقب فيه ، ولم يكن ذلك الأثر فعلياً ، فتوقع ترتب الأثر على الشيء يوجب فعلية ماله ، ولا شبهة في أن المراد بالتعريف تحديد ما لدى العقلاء من المعاملة ، لا مالا وجود له إلا فرضاً وتخيلاً . وأما النقض بمثل الصلح والاجارة والهبة ونحوها فقد تصدى الأعلام لجوابه ، فلا نطيل بالبيان .

ثم أن ما ذكر من التحديد يكون للمعنى المصطلح عليه لدى الفقهاء حيث قالوا كتاب البيع مقابل الاجارة والصلح وغيرهما ، وهو غير المعنى اللغوي بلا شبهة ، سواء قلنا بأن البيع اللغوي هو التملك أم قلنا بأنه التملك المتعقب بالقبول أو التملك ، أما الأول فظاهر ، وأما الثاني فلان التملك المتعقب عبارة عن فعل البائع مع التقييد بأمر آخر يحصل بفعل المشتري ، ومعلوم أنه ليس المراد بالبيع المصطلح في قولهم : كتاب البيع هو المعنى المصدرى المتقيد ، بل المراد منه هو الماهية المتقومة بالتملك والتملك من غير نظر الى اعتبار تقدم فعل البائع فضلاً عن كونه فعله مع

تقييد ، فهذا المعنى المصطلح عليه من البيع ليس مادة للمشتقات كبيع وبيع ولا هو معنى مصدرياً حتى يدعى أن المتبادر من المصدر ومشتقاته هو التملك المتعقب ، فيرد عليه لزوم التفكيك بين بعث الاخباري والانشائي لعدم إمكان إنشاء التملك المتعقب بالقبول الذي هو فعل الغير ، ضرورة أن إنشاء التملك المتعقب فعلاً غير ممكن ، لأن وصف التعقب لا يحصل له إلا بعد تحقق القبول ، لأنه عنوان إضافي ومتصائف للمتعقب بالفتح ، وهما متكافئان ، ومجرد وثوق الموجب بحصول القبول لا يوجب إمكان إنشائه للمتعقب فعلاً كما توهم بعضهم ، ولو أريد به الذي يتعقب بعد فيكون كراً على ما فرم منه من المفاسد ، مع أن صريح كلامه هو المتعقب بالفعل . وقد أورد بعض أهل التحقيق على دعوى التبادر بأن جميع الألفاظ موضوعة لنفس المعاني المجردة عن أنحاء الوجود ، فالبيع إذا كان التملك فالموضوع له طبيعي التملك القابل لأنحاء الوجود لا الطبيعي الموجود بوجود إنشائي ، ولا الطبيعي الموجود بوجود حقيقي ، فعليه دعوى تبادر التملك الحقيقي أو الانشائي منه بلا وجه ، لعدم دخل كلا الوجودين في الموضوع له والمستعمل فيه قطعاً .

ثم برهن على دعواه بما لا يخلو عن الخلط ، ثم قال ما حاصله : إن المعاني المعاملية والطلبية لها وجود إنشائي ووجود حقيقي هو في المعاملات ، عين كونها معاني اعتبارية ، فالمستعمل فيه فيها نفس الطبيعي ، وإن كان المستفاد منه تارة نفس الطبيعي كما في تحديد البيع وأخرى أحد الوجودين من الانشائي والحقيقي بمناسبة الحكم والموضوع ، ثم قال : « ولا تستوحش من مخالفته لكلمات الأعيان بعد موافقته للبرهان المساوق للبيان » انتهى .

أقول : كأنه رحمه الله لم يصل الى مغزى مرامهم من دعوى التبادر

وصحة السلب ، فزعم أن المراد تبادل نحو وجود من الطبيعي ، وهو خلاف الواقع لعدم احتمال إرادة أحد منهم أن البيع ونحوه موضوع لوجود التملك أو المبادلة على نحو عموم الوضع وخصوص الموضوع له ، بل هنا أمور ثلاثة : الأول طبيعي التبادل الجامع بين الانشائي والحقيقي لو سلم تحقق الجامع بينهما ، والثاني طبيعي التبادل الانشائي وطبيعي التبادل الحقيقي . والثالث مصاديق التبادلين ووجوداتها الانشائية والحقيقية ، والمدعي للتبادل يدعي تبادل التبادل الحقيقي ، أي طبيعتها الذي ينطبق على الكثيرين ، ولا يدعي تبادل الوجود الحقيقي حتى يتوهم ورود الاشكال عليهم ، وإلا فأول ما ورد عليهم لزوم كون البيع موضوعاً للأشخاص ولم يقل به أحد وعلى ما ذكرناه لا يرد على القائل بالتبادل شيء مما ذكره وزعم أنه موافق للبرهان المساوق للعيان .

ثم أن دعوى وضع ألفاظ المعاملات للطبيعي الجامع بين الوجود الانشائي والحقيقي فرع وجود الجامع بينهما ، والظاهر عدمه إن قلنا بأن الوجود الانشائي ليس إلا إنشاء المبادلة والتملك من غير أن يكون هنا تبديل وتملك ، ولا جامع بين نفس المبادلة والتملك وبين إنشائها ، مع أن الانشاء من المعاني الحرفية الإيجادية ، وقد حقق في مقامه عدم الجامع بين المعاني الحرفية فضلاً عن الجامع بينهما وبين المبادلة التي هي معنى اسمي أو حرفي مبائن للانشاء ، ومع عدم الجامع ينهدم أساسه .

وعلى هذا لو قيل بأن البيع صادق حقيقة على مثل البيع الفضولي لا بد من الالتزام بالاشتراك اللفظي ، ويؤيده أن تقسيم المعاملات إلى الصحيحة والفسادة صحيح بلا تأول وتجوز . وهو آية وضعها للأسباب أو صيرورتها حقيقة فيها بكثرة الاستعمال .

وأما إن قلنا بأن الوجود الانشائي عبارة عن المبادلة الانشائية الحاصلة

بانشائها ، فيكون الانشاء سبباً والمنشأ أي المبادلة الانشائية مسبباً ، فلا إشكال في وجود الجامع ، ويكون بيع الفضولي بيعاً حقيقة كسائر البيوع كما هو الحق ، بل لا يبعد القول بأن البيع موضوع للتبادل الانشائي بنحو ما ذكر وحصول التبادل حقيقة خارج عن الماهية وأثر لها .

ثم على فرض وضعها للمسيبات فلا تتصف بالصحة والفساد ، بل أمرها دائر بين الوجود والعدم إلا على بعض التصاوير التي أشرنا اليه في الأصول مما لا يخلو من إشكال ، نعم على ما ذكرنا أخيراً من كونه موضوعاً للتبادل الانشائي فلا إشكال في اتصافه بالصحة والفساد .

وعلى فرض وضعها للأسباب فالتحقيق أنها موضوعة للأعم من الصحيح منها ، ولو فرض وضعها للصحيح فلا شبهة في عدم وضعها للصحيح الشرعي ، ضرورة عدم اصطلاح خاص ووضع مستبد للشارع الأقدس ، ولو فرض وضعها للصحيح عنده فلا ينبغي التأمل في لزوم كون اختلافه مع العرف في المفهوم ، والقول بعدم اختلافها فيه - ويرجع ردع الشارع الى التخطئة في المصدق - غير تام ، لأنه مع اتفاقها في المفهوم لا يعقل الردع والتخطئة في المصدق بعد كون تطبيق المفاهيم على المصاديق في المقام ضرورياً ، لأنه إذا كان البيع عرفاً هو الإيجاب والقبول بلا اعتبار العربية والتقديم والتأخير مثلاً وكان الشارع لا يخالف العرف فيه فوجد البيع بلا عريية مع جميع الخصوصيات المعتبرة فيه عرفاً فلا يعقل رجوع تخطئة الشارع الى عدم مصداقية ما وجد للماهية ، ضرورة أن تطبيقها عليه وجداني بداهة ، فلا بد من اعتبار الشارع قديماً فيها حتى لا تنطبق على الفاقد ، وهذا هو الاختلاف مفهوماً .

إلا أن يقال : إن الألفاظ وضعت للصحيح بالحمل الأولي أو للمؤثر كذلك ، وهو بديهي البطلان ، فاختلاف نظر الشارع والعرف على فرض

وضعها للصحيح - أي لماهية إذا وجدت في الخارج كانت مؤثرة صحيحة -
 إنما هو في المفهوم ، نعم يصح للشارع المقتن أن يعتبر في التأثير زائداً على
 ماهية البيع قيوداً آخر ، وهو خارج عن البحث ، كما هو واضح .
 ثم على فرض وضعها للأسباب الصحيحة الراجع إلى الاختلاف في
 المفهوم لا يصح التمسك بالاطلاق إذا شك في اعتبار قيد أو شرط .
 وقد يقال بجوازه في العبادات والمعاملات على مذهب الصحيحي ،
 والسرّ فيه أنه ليس الموضوع له عنوان الصحيح ، بل ما يكون جامعاً
 للشرائط الشرعية بحسب ما يستفاد من الأدلة ، بمعنى أنها طريق إلى
 الموضوع له الواقعي ، وهو نظير ما يقال في دفع الاشكال على الأعمى
 من أن المطلوب هو الصحيح قطعاً فكيف يتمسك بالاطلاق ، فيقال في
 جوابه : إن عنوان الصحة ليس شرطاً حتى يمنع معه التمسك به ، ثم مثل القائل
 بأمثلة أجنبية عن باب الاطلاق ، نحو قوله عليه السلام : « لا يضر الصائم
 ما صنع إذا اجتنب أربع خصال » (١) وغيره ما هو ظاهر في تحديد
 الموضوعات .

ويرد عليه أن أدلة إثبات الأجزاء والشرائط لا يعقل أن تكون طريقاً
 إلى الموضوع له الواقعي إلا أن يكون لها مضافاً إلى لسان إثبات ما يعتبر
 في الموضوع لسان نفي الغير ، وإلا فمجرد لسان الإثبات لا يحجز الموضوع له
 الواقعي ومن الواضح أنه ليس لها مفادان ، وإلا لوقع التعارض بين
 الأدلة المثبتة بعضها مع بعض .

وبالجملة الأمانة على ثبوت قيد لموضوع لا تكون أمانة على نفي
 اعتبار قيد آخر ، ومع الشك فيه لا يجوز التمسك بالاطلاق ، والتنظير

(١) الوسائل - الباب ١ من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ١

من كتاب الصوم .

بدفع الاشكال عن الأعمى في غير مورده ، لأن ماهية العبادة والمعاملة على الأعم ليست غير ما لدى العرف ، ولم يخرج من أدلة الانفاذ عنوان الصحيح حتى ترجع الشبهة مصداقية ، وإنما خرج منها بعض عناوين خاصة فيرجع عند الشك اليها بلا إشكال .

وقد يقال بناءً على كون الأسامي للمسيبات يشكل التمسك بالاطلاق لأن أمرها دائر بين الوجود والعدم لا الصحة والفساد ، إلا أن ترجع الأدلة الرادعة الى التخصيص الحكيم ، فيجوز التمسك بأدلة الامضاء للمسيبات ، لكن التخصيص الحكيم مع إضفاء الموضوع موجب للغوية الاعتبار ، فلا معنى لاعتبار ما لا أثر له ، فلا بد من القول برجوع الردع الى التخصيص ورفع الموضوع وعدم الاعتبار ، فتكون الشبهة مصداقية لدى الشك في الردع ، لرجوعه الى الشك في إعدام الموضوع .

لكن التحقيق جواز التمسك باطلاق أدلة الامضاء ، إذ لا يعقل رجوع الردع الى إعدام موضوع أدلة الانفاذ ، لأن موضوعها هو المسيبات العقلانية المتقومة باعتبار العقلاء ، وليس رفع اعتبارهم تحت قدرة التشريع فلا مجال فيه إلا للتخصيص الحكيم ، ومعه يصح التمسك بالاطلاقات ، وحديث اللغوية إنما يصح إذا كان الشارع معتبراً لما لا أثر له ، والفرض أن أدلة الانفاذ إنما ترد لامضاء ما لدى العقلاء ، وليس للشارع اعتبار مستقل ، نعم له التصرف والتخصيص الحكيم ، فلا إشكال من هذه الجهة ، مع أنه قد عرفت أنها موضوعة للمسيبات ، ومع ذلك تتصف بالصحة والفساد ، فالاشكال تندفع من أصله .

ثم أن التحقيق عدم جواز التمسك بالاطلاق لو وضعت الألفاظ للأسباب الصحيحة ، وكانت أدلة الانفاذ ناظرة الى الأسباب لا المسيبات . وأما إذا كانت ناظرة إلى المسيبات فلا ينبغي الريب في أن إطلاقها ملازم

لانفاذ الأسباب العرفية، وكشف الأسباب الصحيحة، بمعنى كاشفية لإطلاق إمضاء المسبب عن كون ما هو السبب لدى العرف هو السبب شرعاً، وأن ما لدى العرف هي الأسباب الصحيحة، ضرورة عدم مخالفة الشارع للعرف والعقلاء في معنى البيع المسببي، وكذا في سائر المسببات من العقود والايقاعات، فالبيع عند الجميع مبادلة مال بمال أو تمليك عين بعوض، والاختلاف لو كان انما هو في الأسباب فقط، وينشأ منه الاختلاف في تحقق المسببات لا في ماهيتها.

فحينئذ اذا قال : « أوفوا بالعقود » وكان المراد منه وجوب الوفاء بالمسببات أي المعاني المنشأة بالألفاظ أو المعاني التي تعتبر لدى الانشاء الجدي للايجاب والقبول على اختلاف المسالك وكان مقتضى عمومه لزوم الوفاء بكل معاقدة مسببة فلا محالة تكون الأسباب التي تنشأ تلك المسببات منها أسباباً عنده، وإلا فلا يعقل إنفاذ المسبب بنحو الاطلاق، فمن يرى المعاقدة باللفظ الفارسي غير محققة ولا واجبة الوفاء لا يعقل منه الاطلاق والعموم في لزوم الوفاء بكل معاقدة عقلانية، والمفروض أن العقد المسببي لدى العقلاء عين ما لدى الشارع مفهوماً وعنواناً، ودليل الامضاء متعلق بالعناوين لا بالخارجيات، وانما تنطبق العناوين على الخارجيات في الخارج.

فما أفاده بعض الأعاظم من أن إمضاء المسبب لا يلزم إمضاء السبب لعدم الاتحاد بينهما ولا الملازمة في غاية السقوط، وفي كلامه محال أنظار تركناها مخافة التطويل، كقوله : « إن نظر العرف متبع في تشخيص المفاهيم لا تطبيقها على المصاديق » تبعاً لبعض المحققين، وقوله : « إن تنفيذ المسبب يفيد لتنفيذ السبب إن لم يحكم العقل بالاحتياط في الشك في المحصل » الى غير ذلك.

وأعجب مما ذكر أنه بعد الاشكال على ما ذكر تشبث بأمر آخر لجواز التمسك باطلاق دليل إمضاء المسبب لامضاء السبب بما حاصله أن المنشآت بالعقود ليست من باب المسببات ، بل المنشأ من قبيل الايلام بالضرب ، وعنوان ثانوي لفعل الفاعل ، ويكون متعلق إرادته أولاً ، فالمتكلم يوجد المعنى ابتداءً بلا واسطة ، والألفاظ آلات لا أسباب نظير الكتابة بالقلم ، والنجارة بالمقدوم مما هي أفعاله بلا وسط وإن كانت بالآلة فإذا كان التلفظ بهذه الألفاظ فعلاً له فالأثر الحاصل منها فعل له أيضاً بلا واسطة ، لأن المصدر متحد مع اسمه ، ولا يباينه إلا اعتباراً ، ولا تفاوت بين الإيجاد والوجود ، فلو تعلق الامضاء بالأثر الحاصل من الأفعال يكون إمضاءً للمصدر أيضاً ، لاتحاد الأثر مع التأثير ، فامضاء الأثر إمضاء للمصدر ، لعدم الفرق بينهما خارجاً ، انتهى ملخصاً .

وأنت خبير بما فيه من الخلط ، لأن الألفاظ بعد كونها آلات لايجاد المعاني المنشأة بها لا يعقل أن تتحد مع ذي الآلات ، للزوم آلية الشيء لايجاد ما هو عينه خارجاً ، وهو بمنزلة آلية الشيء لايجاد نفسه ، مع أن المعاني المنشأة في المقام اعتبارية صقعها أفق النفس ، والألفاظ متحققة في الخارج ، مضافاً إلى أن وجودات الألفاظ متدرجة متصرمة بخلاف المعاني ، فكيف الاتحاد بينهما .

واتحاد المصدر واسمه أجنبي عن المقصود ، لأن المصدر إما يراد منه التلفظ فاسمه الحاصل منه اللفظ ، وهما متحدان ذاتاً مختلفان اعتباراً ، لكن غير مربوط بالمقام ، أو يراد منه مصاديق اللفظ أو التلفظ مثل بعث وآجرت فهي ليست بمصادر ، ولو أريد المصدر من بعث مثلاً ، أي البيع بالمعنى المصدرى مع اسم المصدر أي البيع بلا انتساب فهو أجنبي عن المقام لعدم التلفظ به أو يراد منه المعنى المنشأ ، فالمصدر التبديل أو المبادلة ،

واسمه الحاصل منه ذات التبادل غير المنتسب الى الفاعل أو المفعول ، فهو أيضاً أجنبي. وأما الآلات مع ذمها فمختلفات ذاتاً وماهية ، ولا اتحاد بينهما بوجه حتى يكون إمضاء أحدهما إمضاء الآخر .

وقد اعترف رحمه الله بأن ألفاظ العقود مركبات والمنشآت الحاصلة بها بسائط ، وعليه كيف يمكن الاتحاد الذاتي بينهما ؟ ولما كان هذا الكلام ظاهر البطلان حكى عن بعض مقرري بحثه أنه قال : « إن المصدر واسمه لما كانا متحدين فامضاء الأثر إمضاء للتأثير بأسبابه » وفيه أن هذا لا يصلح مطلوبه بل يفسده ، لأن البيع المسببي عبارة عن المعنى المصدرى أي التبديل أو المبادلة ، لا أثره وحاصله ، مضافاً الى أن اتعابه نفسه الشريفة انما هو لاثبات الاتحاد بين المصدر واسمه حتى يكون إمضاء أحدهما إمضاء الآخر بتوهم أن السبب والمسبب غير متحدين ، فلا يكون إمضاء المسبب إمضاء سببه ، لعدم الاتحاد مع أن الآلة وذو الآلة أيضاً غير متحدين ذاتاً بل متباينان حقيقة فكيف يكون إمضاء أحدهما إمضاء الآخر المباين معه ؟ وهل هذا إلا الكرّ على ما فرّ منه ؟

ثم لو قلنا وسلمنا أن النسبة بين العقد السببي والمسببي نسبة المصدر واسمه يمكن الخدشة في دعوى كون إمضاء أحدهما إمضاء الآخر على ما ذهب اليه من أن المناط في كون إمضاء اسم المصدر إمضاء المصدر وحدتها ذاتاً ، بأن يقال : لا شبهة في أن المصدر واسمه مختلفان عنواناً ومفهوماً واعتباراً كما صرح هو بتباينهما ، فحينئذ نقول : إن أدلة الانفاذ من الاطلاق والعموم انما تعلقت بالعناوين أو المصادرة الذاتية ، لا المصاديق مع كل ما يتحد معها .

أما المطلقات فواضح ، لأن في قوله تعالى : « أحل الله البيع » (١)

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٧٥ .

مثلاً إنما جعل الحلية - لو فرض كونه في مقام الجعل - على طبيعي البيع وماهيته المطلقة ، لا على الأفراد ، وإنما يحكم بحلية الأفراد لكون الماهية موجودة بعين وجودها ، لا لكون متعلق الحكم هو الأفراد .

وأما في العمومات نحو « أوفوا بالعقود » (١) فإن العقد عبارة عن نفس الطبيعة ، والدال على الكثرة كالجمع واللام يدل على كثرة نفس الطبيعة ، وإن شئت قلت : إن وجوب الوفاء متعلق بالأفراد الذاتية للعقد ، لا بها وما يتحد معها ، فإذا فرض كون المطلقات والعمومات بصدد تنفيذ المعاملات المسببية أي حاصل المصدر على زعمه فلا يكون إمضاء اسم المصدر إمضاء المصدر ، لأن متعلق الامضاء عنوان اسم المصدر ، وهو يخالف المصدر ، ويأبى عنه عنواناً ومفهوماً ، والاتحاد الخارجي لا يفيد بعد الاختلاف في المتعلق .

ألا ترى أنه لو قيل اسم المصدر لا يكون منتسباً الى فاعل لا يسري هذا الحكم الى المصدر ، لمكان اتحادهما خارجاً ، لأن الحكم تعلق على مورد الاختلاف ، أي الماهية والعنوان ، والتشبيث بالاتحاد الخارجي غير مفيد . والانصاف أن ما أفاده تبعيد للمسافة ، مع عدم صحته في نفسه ، ولا يحتاج تصحيح الدعوى الى تلك التكاليف ، فتدبر .

ثم أنه بما ذكرناه يظهر النظر فيما رآه في الأصول وبنى على هذا المبنى غير المسلم ، وهو إدخال المعاملات على فرض وضعها للمسيبات في النزاع في باب الصحيح والأعم ، فراجع .

هذا كله هو الكلام في مقام الثبوت والتصور ، وأما في مقام الإثبات فلا شبهة في أنه ليس للشارع في باب المعاملات اصطلاح خاص ووضع مخصوص مقابل العقلاء ، فما هو المسمى لدى العقلاء هو المسمى

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ؛ .

لدى الشارع وإن تصرف في بعضها أو كلها بزيادة قيد أو شرط على المسمى ، فعليه لا ينبغي الريب في جواز التمسك بالعموم والاطلاق لرفع الشك في اعتبار شيء زائد على المسمى ، سواء كانت الألفاظ لدى العقلاء موضوعة للصحيح عندهم أو للاعم .

نعم بناءً على وضعها للاعم عندهم قد يخلج بالبال صحة التمسك بالاطلاق لرفع القيود المعتبرة في الصحة زائدة على المسمى العرفي ، فتكون المعاملة عند الشارع بهذا اللحاظ أوسع نطاقاً مما لدى العقلاء . وبعبارة أخرى يدفع بالاطلاق القيد العقلاني مع احتمال عدم اعتباره شرعاً ، لكنه مجرد تصور لا واقعية له ظاهراً .

ثم أن الظاهر أن ألفاظ المعاملات موضوعة للمسيبات ، للتبادر . وإن لا يبعد وضعها للأسباب أيضاً ، ولعل وضعها لها تعيني بدعوى أن تقسيمها إلى الصحيحة والفسادة صحيح بلا تأول وتجاوز ، فلو كان بين الأسباب والمسيبات جامع لكانت موضوعة له ، لكن بعد عدم تعقله كما مرّ لا بد من الالتزام بالوضع تعييناً أو تعيناً ، لكن قد عرفت أن المسيبات الانشائية تنصف بالصحة والفساد ، فالتوصيف بها لا يدل على وضعها للأسباب ، ولا يحتاج إلى التكلف ، فالحق أنها موضوعة للمسيبات . وكيف كان قد تحصل مما مرّ أن التمسك بالاطلاقات مفيد ، ويرفع الشك عن الأسباب والمسيبات مطلقاً .

المبحث الثاني

في أقسام البيع بحسب الأسباب ، وهو على قسمين :

المعاطاة والبيع بالصيغة

ولا يخفى أن هذا تقسيم للبيع السببي بالذات وللمسببي بالتبع وبالعرض أي باعتبار أسبابه ، وعلى ذلك فالمعاطاة بقول مطلق هي الأفعال التي هي أسباب لانشاء معاملة من عقد أو إيقاع بناءً على جريانها فيها ، سواء كان الفعل بنحو التعاطي كما هو ظاهر التعبير بالمفاعلة ، أم بنحو الأخذ والاعطاء ، كما في النسيئة والسلم والقرض ، فليس المقصود بالمعاطاة قصرها على عنوان التعاطي والتفاعل ، بل هي اصطلاح لمعنى أعم منه ، فللمعاطاة وجوه وأقسام حسب تقسيم العقود والايقاعات اللفظية ، وليست مقصورة على الوجهين المذكورين في كتاب شيخنا الأعظم (قده) .
والظاهر أن مراده بالوجهين إنما هو في خصوص المقام الذي هو مورد كلام الأصحاب ، فقوله ذلك مقدمة لبيان مراد القوم ، لا قصر المعاطاة عليها .

ثم الأولى النظر الى القواعد في المعاطاة صحة ولزوماً ثم النظر الى ما يخالفها من إجماع أو شهرة أو غيرها .

فنقول : تدل على صحتها السيرة المستمرة العقلانية من لدن تحقق التمدين والاحتياج الى المبادلات الى زماننا ، بل الظاهر أن البيع معاطاة أقدم زماناً وأوسع نطاقاً من البيع بالصيغة ، فلا ينبغي الشبهة في أن البشر

في أول تمدنه واحتياجه الى التبادلات كان يبادل الأجناس بالأجناس من غير إنشاء المعاملات باللفظ أو الالتزام بإيقاعها به . وكان الأمر كذلك في جميع الأعصار ، سواء كانت المعاملة بين الأجناس أو بينها وبين الأثمان في زمان تعارفها ورواجها ، وكانت الأسواق من كل ملة جارية على المعاطاة ، وقلما يتفق الانشاء اللفظي في إيقاع نفس المعاملة وإن كان التقاؤل قبل إيقاعها متعارفاً ، وقد كانت متعارفة في عصر النبوة وبعده بلا شبهة ، فلو كانت غير صحيحة لدى الشارع أو غير مفيدة للملكية مع بناء العقلاء عليها ومعاملة الملكية مع المأخوذ بها مطلقاً لكان عليهم البيان القابل للردع ، ومعه كان اشتهاؤه كالشمس في رابعة النهار ، لأن ردعها موجب لتغيير أسواق المسلمين في المعاملات كما هو واضح .

أضف الى ذلك سيرة المتشرعة من العلماء والصلحاء وغيرهم ، ولم يعهد منهم إجراء الصيغة لدى شراء الخبز واللحم وغيرهما ، ولا يكون بناؤهم على صرف الاباحة ، بل بناؤهم على الملكية ، فلو قيل للمتدين المبالي بالديانة : إن ما اشتريت من السوق ليس مالك بل بقي على ملك السوق لتعجب منه ، ولرمى القائل بالانحراف والجزاف ، فدعوى عدم مبالاتهم ليست في محلها ، بل الظاهر بناء العقلاء بل المتشرعة على اللزوم أيضاً .

وبالجملة لا فرق لديهم بين إنشاء البيع بالصيغة وبين المعاطاة في شيء من الآثار صحة ولزوماً ، وليس شيء مما توهم صالحاً للردع عن السيرة كما سيأتي بيانه .

واستدل على المطلوب بقوله : « أحل الله البيع » (١) ولا بد من البحث في مفاده وإطلاقه ، فنقول : الظاهر من صدر الآية وذيلها أي قوله : « فله ما سلف » على احتمال : وقوله : « يحق الله الربسا »

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٧٥ .

هو التعرض للربا الحاصل بالمعاملة ، لا نفس المعاملة الربوية ، فحينئذ
 يحتمل في قوله تعالى : « ذلك بأنهم قالوا : إنما البيع مثل الربا » (١)
 أن يكون مرادهم بالتسوية مثلية الربح الحاصل بالبيع للربا أي الزيادة
 الحاصلة بالبيع الربوي أو الأعم منه حتى يشمل الربا القرضي ، أو يكون
 مرادهم التسوية بين البيع الذي ليس فيه الربا والبيع الذي فيه ذلك .
 وعلى الاحتمال الأول يكون قوله تعالى : « أحل الله البيع وحرم الربا »
 معناه أحل الله الزيادة الحاصلة بالبيع غير الربوي ، وحرم الزيادة الربوية
 ردعاً لزعمهم ودفعاً لتوهمهم ، ولا شبهة في دلالة الآية على هذا الاحتمال
 على صحة البيع غير الربوي ، ضرورة أن تحليل نتيجة المعاملة ليس
 تحليلاً مالكيّاً ، بل لعله لا يعقل أن يكون كذلك ، لأن عمل المتعاملين
 ليس إلا تملك الأعيان بالأثمان . وتملكها بها ، وإباحة تصرف المشتري
 في الأعيان والبائع في الأثمان من أحكام ملكيتها لهما ، وفي الرتبة المتأخرة
 عن حصول الملكية ، وهي رتبة قطع يد المشتري عن الثمن والبائع عن
 الثمن ، فلا تأثير لإباحتهما ، ولا معنى لها ، والإباحة في عرض التملك
 والتملك أو المتقدمة عليهما غير مقصودة لهما ، ولا منشأة بانشأتهما كما
 هو واضح .

فإذا أباح الله تعالى الزيادة والربح في البيع فلا محالة تكون تلك
 الإباحة لأجل مالكية المشتري أو البائع ، ولا سبب للملكية غير البيع ،
 ضرورة بطلان توهم أن الله تعالى أحل الربح الحاصل بالبيع تعبداً ومستقلاً
 بلا سببية البيع وعلى رغم المتبايعين ، فيكون ما قصداً غير واقع وما وقع غير
 مقصود لهما .

وبالجملة تحليل الربح تنفيذ لحصول الملكية ، لا تحليل مستقل

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية : ٢٧٥ .

تعدي ، وتنفيذ الملكية تنفيذ السبب المحصل لها لا جعل ملكية مستقلة
تعبداً كما هو واضح .

وبهذا البيان يمكن الاستدلال بالآية على بطلان البيع الربوي ، بأن
يقال : إن لازم تصحيحه بلا زيادة في مثل بيع المثل بالمثلين هو التعبد
بوقوع ما لم يقصدا وعدم وقوع ما قصدا ولما كان هذا في غاية البعد
لدى العرف والعقل فلا محالة تستلزم حرمة الزيادة عندهم للبطلان .

وعلى الاحتمال الثاني يكون قوله : « وأحل الله البيع وحرم الربا »
بصدد دفع توهم التسوية بين البيعين ، ولا شبهة أيضاً في دلالة على
الصحة سواء كان البيع هو السبب أم المسبب ، بتقريب أن قوله تعالى
ذلك لردع توهم التسوية ، وكانت دعواهم التسوية لتصحيح أكل الربا
لا لمجرد تسوية لإنشاء لإنشاء أو مبادلة لمبادلة ، بل مرادهم أن البيع غير
الربوي مثل الربوي في تحصيل النتيجة ، وأن النتيجة الحاصلة منها غير
مختلفتين ، ولازم ردعهم - بأنها في هذه الخاصة أي ترتب النتيجة عليهما
ليسا مثلين ، بل الله تعالى أحل البيع ، فنتيجته الحاصلة حلال ، وحرم
الربا ، فنتيجته حرام - هو صحة هذا وفساد ذلك .

وبالجملة مقصود القائلين بالتسوية بين البيعين هو التسوية في الربحين
ليدفعوا عن أنفسهم عار أكل الربا ، والردع المتوجه الى دفعه ينفي التسوية
بينهما في هذه الخاصة ، ويثبت العار عليهم ، وعليه لا شبهة في دلالة
الآية على الصحة إن كان المراد بالبيع السببي منه ، وعلى تنفيذ ما لدى
العقلاء إن كان المراد السببي منه .

ثم أن المراد بالحلية والحرمة : التكاليفيتان على الاحتمال الأول ، وتحتمل
التكليفية على الاحتمال الثاني ، وإن كان الأظهر هو الوضعية على هذا
الاحتمال ، لأن الحل والحرمة إذا نسا إلى الأسباب التي يتوصل بها إلى

شيء آخر بل الى مسببات يتوصل بها الى النتائج يكونان ظاهرين في الحكم
الوضعي وتصحيح الأسباب وتنفيذ المعاملة ، لكن لا بمعنى استعمالها في الحكم
الوضعي أو التكليفي كما يتخيل ، بل بمعنى استعمالها في معناها اللغوي أي
المنع وعدمه ، أو المنع والرخصة ، وإنما يفهم التكليف والوضع بمناسبات
الحكم والموضوع .

كما أن الأمر كذلك في صيغة الأمر والنهي ، فإنها في الوضعيات
والتكليفات تستعملان في معنى واحد ، هو المعنى اللغوي ، أي البعث
والزجر ، لكنهما إن تعلقا بالعناوين النسبية كالصلاة والخمر يفهم منهما
أن المطلوب والمبغوض نفسها ، وأن البعث والزجر تكليفيان ، وإن تعلقا
بمثل الأسباب ومالها آتية الى تحصيل الغير ، وكذا بشيء في المركبات
الاعتبارية المتوقعة منها الصحة والفساد يفهم منها الانفاذ والامضاء والصحة
والفساد والشرطية أو الجزئية أو المانعية ونحوها فقوله : « لا تشرب
الخمر » كقوله : « لا تصل في وبر ما لا يؤكل » في استعمال النهي في
معناه الحقيقي ، أي الزجر ، لكن تعلقه بالعنوان الأول دال على ممنوعيته
الذاتية ومبغوضيته في نفسه ، وبالتالي دال على مانعية الوبر عن الصلاة
لا حرمة التكليفية ، وأن لبسه فيها من قبيل وقوع حرام في واجب :
وذلك بمناسبة الحكم والموضوع .

وكذا الحال في الأمر ، بل الظاهر أن الحال كذلك في عناوين الحل
والحرمة والوجوب والجواز والقرض والمنع والرخصة وغيرها ، فإنها مستعملة
في معانيها الحقيقية ، لكن يفهم العرف بمناسبات الحكم والموضوع الوضع
والتكليف ، فقوله تعالى : « أحل الله البيع » وقوله : « حلت الصلاة
في كذا » وقوله : « حرم البيع الربوي » وقوله : « حرم الصلاة في

كذا « كقوله تعالى : « ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » (١) في كون الاستعمال في الجميع انما هو في المعنى اللغوي الحقيقي وإن اختلفت في إفادة الوضع والتكليف بلحاظ المتعلقات ، فقول بعضهم : إن الحل في الآية الكريمة استعمل في القدر المشترك بين الوضع والتكليف ، كأنه في غير محله في المقام وسائر المقامات ، لما عرفت .

ثم أن في المقام تكون الدلالة على الاحتمالين المتقدمين مختلفة ، ولا شبهة في أن البيع في الآية لم يستعمل في الماهية الاعتبارية والآثار المترتبة عليها ، وكذا لا يراد بقوله : « أحل الله البيع » إفادة التكليف والوضع بمعنى أن يكون المراد أن البيع بعنوانه حلال وضعاً وتكليفاً وكذا في الربا لو كان المراد به البيع الربوي كما لا يخفى .

ثم أن في إطلاق الآية الكريمة إشكالاً أما أولاً فلأن الظاهر أنها ليست في مقام حلية البيع وحرمة الربا ، بل بصدد بيان نفي التسوية بينهما في قبال من قال : إنما البيع مثل الربا ، فتكون في مقام بيان حكم آخر فلا إطلاق فيها يدفع به الشك عن الأسباب المحتملة وغيرها ، وأما ثانياً فلأن الظاهر من الآية أن قوله : « وأحل الله البيع » الخ إخبار عن حكم شرعي سابق لا إنشاء فعلي للحل والحرمة ، بقريئة قوله : « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس » ، ذلك بأنهم قالوا : إنما البيع مثل الربا « (٢) فلا بد وأن يكون حكم البيع والربا مسبوفاً بالجعل حتى يتوجه على القائل بالتسوية التعبير والتوعيد .

مضافاً الى أن قولهم بالتسوية ظاهر في مسبوقية سلبها ، لا كسلام ابتدائي ، فظاهر الآية والعلم عنده تعالى الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا

(١) سورة الاعراف : ٧ - الآية ١٥٧ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٧٥ .

كذا ، وذلك لأجل قولهم مخالفاً لقوله تعالى : « إنما البيع مثل الربا » مع أن الله تعالى كان أحل البيع وحرم الربا ، فقولهم بما أنه في قبال حكم الله تعالى صار موجبا للعذاب والعقاب الأخروي ، فعليه لا تكون الآية بصدد بيان الحل والحرمه بل بصدد الاخبار عن حلية وحرمة سابقتين ، ولعلها كانتا بلسان رسول الله صلى الله عليه وآله ، أو لعلها مستفادتان من نحو قوله تعالى ، « أوفوا بالعقود » (١) وتجارة عن تراض (٢) بضميمة بعض آيات تحريم الربا المخصصة له ، ولعلها ، كانتا متقدمتين في النزول على قوله : « وأحل الله البيع » الخ وإن كانت آية وجوب الوفاء في المائة التي يقال : إنها أخيرة السور نزولاً ، لعدم ثبوت كونها بجميع آياتها كذلك ، ولو سلم كما يظهر من بعض الروايات ففي ما عداها كفاية .

وبالجملة لا يصح التمسك باطلاق الآية ، لاحتمال أن يكون الحكم المجعول سابقاً بنحو خاص ، وكان القائل بالتسوية ادعى التسوية بين المجعولين ، فلا يظهر حال المجعول ، هل هو مطلق أو مقيد ، ويمكن الذب عنها بأن قوله تعالى : « ذلك بأنهم قالوا » الخ إخبار عن قولهم فلا بد وأن يكون قولهم : البيع كالربا من غير تقييد صوتاً لكلامه تعالى عن الكذب ، فيظهر منه أنهم في مقام بيان تسوية مطلق البيع غير الربوي لمطلق البيع الربوي ، أو مطلق نتيجة الأول للثاني على الاحتمالين المتقدمين فحينئذ يكون إخبار الله تعالى بأن الله أحل البيع وحرم الربا موافقاً لقولهم موضوعاً ، أي يكون الموضوع في قوله : « وأحل الله البيع » هو الموضوع لقولهم : « إنما البيع مثل الربا » فيكون إخباراً بتحليله مطلق البيع وتحريمه مطلق الربا . وبعبارة أخرى أن قولهم : « البيع مثل الربا » ثابت بحكاية الله تعالى ،

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٩ .

إذ كان بصدد بيان حكاية قولهم ، ولا يعقل تخلف حكايته عن قولهم إطلاقاً وتقييداً ، وقولهم بنحو الإطلاق كاشف عن كونه مرادهم بالطريق العقلاني ، فيثبت أنهم ادعوا مماثلة مطلق البيعين ، وأخبر الله تعالى بأنه أحل البيع الذي قالوا : إنه مماثل للربا وحرمة الربا ، فالإخبار بنحو الإطلاق بالتقريئة المتقدمة حاك عن تحليله مطلق البيع ، وتحريمه مطلق الربا ، تأمل (١) .

لا يقال : لو كان إخباراً لما أمكن مطابقته للواقع ، لأن غير البيع الربوي لا يكون حلالاً مطلقاً كبيع الغرر والمنازعة والملازمة وغيرها ، فإنه يقال - مضافاً إلى إمكان أن يكون هذا الإخبار قبل ورود تحريم تلك البيوع ، وكان البيع قبله على قسمين : صحيح محلل هو غير الربوي وفاسد محرم هو الربوي - : إنه إخبار على فرضه عن التحليل القانوني ، ولا يلزم أن يكون إخباراً عنه بمخصصاته ومقيداته ، كما أن إخبارات الأئمة (ع) وفناويهم يمكن أن تكون كذلك أو لمصالحهم أعلم بها ، لعل منها فتح باب الاجتهاد الذي به بقاء الدين القويم .

ثم أن هنا كلاماً آخر لدفع شبهة عدم كونه في مقام البيان ، وهو أن ردع القائلين تارة يكون ببيان عدم التسوية ، بأن يقال : لأنها غير مثلين ، فإن أحدهما حلال والآخر حرام ، وأخرى يكون ببيان حكم الموضوعين ، ليكون ردعاً لهم بلازم الكلام نحو الآية الشريفة ، فإنها ردع لهم ببيان حكم الموضوعين ، فحينئذ تكون في مقام بيان حكمها ليرتب عليه

(١) وجهه أن قولهم : « إن البيع مثل الربا » أيضاً في مقام بيان التسوية ، فلا إطلاق له ، مع إمكان أن يقال : إن الظاهر من الآية صدرأ وذيلاً أنها بصدد بيان تحريم الربا لا تحليل البيع ، لأن تحليله لم يكن محط كلامهم ، فلا إطلاق فيه من هذه الجهة (منه دام ظله) .

ردعهم ، وهذا لا يضر بالاطلاق تأمل .
 وبما ذكرناه يدفع توهم كون الآية في مقام التشريع ، فلا إطلاق لها .
 ويمكن أن يوجه كون الآية في مقام الانشاء بوجه بعيد ، بأن يقال :
 إن قوله : « الذين يأكلون الربا » الخ إخبار عن حالهم في القيمة ، وقوله : « ذلك
 بأنهم » الخ إخبار عن قولهم في الدنيا بعد تحليل البيع وتحريم الربا بنحو الإخبار
 عن الغيب ، فيكون قوله : « وأحل الله البيع » إنشاء ، وحاصل المعنى أن آكل
 الربا كذا وكذا في الآخرة لقوله : « إنما البيع مثل الربا » في الدنيا « وأحل
 الله البيع » أي بعد هذا التحليل والتحريم ، تأمل .
 ويستدل بقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن
 تكون تجارة عن تراض منكم » (١) ويمكن تقريب دلالة الآية على المقصود
 أي صحة البيع بما تقدم في الآية السابقة ، فيقال : الظاهر أن اسم
 الفعل الناقص هو الأموال ، « وتجارة » سادة مسدّ الخبر ، والمعنى
 لا تأكلوا أموالكم بينكم بالأسباب والطرق الباطلة كالقمار والسرقة والخيانة
 ونحوها إلا أن تكون الأموال أموال التجارة أي الحاصلة بها ، فأحل
 الأموال الحاصلة بها ، وهو ملازم لصحتها عرفاً ، فإن الأموال الحاصلة
 بها هي ما صارت متبادلة بوسيلتها كالبيع ونحوه ، وحلية الأكل أثر
 لهذا التبادل المالكي المترتب عليه قهراً ، لا يجعل المتعاملين ، ولما كان
 الترخيص الاستقلالي التعبدي غير المربوط بتبادل المالكين بعيداً جداً ، بل
 خلاف الواقع جزماً - إذ يكون من قبيل وقوع ما لم يقصدنا وعدم وقوع
 ما قصدنا ، ويرجع الأمر إلى أن تحصيل المال بطريق التجارة عن تراض لا أثر له
 وتكون التجارة مقارنة لتحليل الشارع ، وهو خلاف ظاهر الآية أونصتها وخلاف
 فهم العقلاء - فلاحالة تكون اباحة التصرف ولو في الجملة دليلاً على حصول الملك

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٩ .

بالتجارة وتحقق الأثر العقلائي لدى الشارع ، وهو المقصود .
 مضافاً الى دلالة التقييد بالباطل على أن التجارة المقابلة له حق وسبب ثابت
 عند الله وهو عين التنفيذ والتصحيح ، فكما أن الأسباب الباطلة ملغاة لدى الشارع
 ولهذا عدّها باطلة كذلك التجارة عن تراض معتبرة لديه ، لأنها حق بمقتضى
 المقابلة ، فلا شبهة في دلالتها على المطلوب .

كما لا ينبغي الاشكال في إطلاقها سيما مع كون الاستثناء منقطعاً ، إذ
 لا يأتي فيه ما ربما يقال في بعض الاستثناءات المتصلة : إن المتكلم في مقام
 بيان المستثنى منه لا المستثنى ، فان ذلك في المنقطع بعيد ، سيما في المقام
 إذ قيد التجارة بالتراضي منها ، وهو يؤكد كونه في مقام البيان ، تأمل .
 وبالجملة يظهر منها أن الأكل بالتجارة مرخص فيه ، لكونها حقاً ثابتاً
 وطريقاً مستقيماً لتحصيل الأموال ، ويؤكد إطلاقها مقابلتها بالباطل الذي
 يشعر بالعلية ، بل يدل عليها لدى العرف ، فيفهم من المقابلة أن التجارة
 عن تراض لكونها حقاً سبب للملكية وموجبة لجواز الأكل والتصرف .
 ومن هنا يمكن التوسعة في السبب الحق لكل ما هو سبب حق لدى
 العقلاء لتحصيل المال ، كسائر المعاوضات العقلانية غير البيع لو قلنا بأن
 المراد بالتجارة في الآية هو البيع ، ولعل نكتة اختصاصه بالذكر على هذا
 الفرض كونه السبب الغالب لتحصيل الأموال لا لخصوصية فيه ، ولهذا
 يمكن دعوى إلقاء الخصوصية عرفاً منه وإسراء الحكم الى كل غير باطل
 ولو لم يفهم العلية من الباطل وبالمقابلة من الحق .

لكن الظاهر عدم اختصاص التجارة بالبيع ، بل تشمل سائر المكاسب
 كالصلح والاجارة وغيرها ، بل يمكن التوسعة على فرض العلية لكل سبب
 حق ولو لم يكن من قبيل المعاملات ، كالحيازة والصيد ونحوها ، وإن قلنا
 بعدم صدق التجارة عليها ، كما أن الباطل أعم من المعاملة الباطلة وغيرها

كالبخس (كالنجش خ ل) والقمار والظلم ، كما هو المروي عن أبي جعفر عليه السلام (١) .

بل يمكن التوسعة لغير الأموال ، فيقال : إن المفهوم منها سلب سببية كل سبب باطل وإثبات سببية كل سبب حق للمسيبات مطلقاً ، فتشمل النكاح ، فانه سبب حق ، لكن هذا الاحتمال لا يوافق العرف . وبالجملة استفادة صحة جميع المعاملات بالمعنى الأنخص كالبيع والصلح والاجارة ونحوها منها بلا إشكال ، واستفادة صحة نحو الوصية والوقف والحيازة محتملة . هذا كله بناءً على أن المراد بالباطل هو المعنى العقلاني والعرفي ، كما هو ظاهر كل عنوان أخذ في موضوع الأحكام ، وأما لو أريد به ما هو بغير الوجه الشرعي ومن مقابله ما هو بالوجه الشرعي كما قال به الأردبيلي (قده) فيسقط الاستدلال بها على البيع فضلاً عن غيره ، لأنه مع الشك في اعتبار شيء فيه تصير الشبهة مصداقية ، لكنه احتمال ضعيف .

لا يقال : إن في المروي عن أبي جعفر عليه السلام (٢) عد الربا من أكل المال بالباطل ، فلا بد أن يكون المراد منه الباطل شرعاً كما قال الأردبيلي (قده) فانه يقال : على فرض ثبوت الرواية وعدم كون الربا أو بعض مراتبه من الباطل عرفاً لا بد من حملها على الباطل حكماً لا موضوعاً . وبعبارة أخرى المراد اللحاق الحكمي ، ولا يظهر من الرواية أن المراد بالباطل في الآية هو الباطل الشرعي ، ولهذا لا يزال الأصحاب يتمسكون باطلاق الآية الكريمة لرفع بعض الشكوك .

ثم أن الآية على جميع الاحتمالات تدل على المقصود ، أي سواء قرئت التجارة مرفوعة حتى يكون الكون تاماً ، أم منصوبة ويكون اسمه « تجارة » مقدره ، أم يرجع الضمير الى الأموال « وتجارة » خبره ،

بدعوى أن الأموال نفس التجارة أم بتقدير الأموال وسد التجارة مسندها وسواء كان الاستثناء متصلاً أم منقطعاً ، وسواء فهم من قوله : « بالباطل » العلية ومن مقابله كذلك أم لا ، ومن غير فرق بين أن يكون المراد من الأكلع عنوانه أو يكون كناية عن التصرف إجمالاً أو عن جميع التصرفات أو كناية عن التملك ، والتقريب في الجميع ما تقدم .

واستدل أيضاً بقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » (١) والظاهر أن العقد استعارة إما عن الحبل الذي ربط بنحو حصل فيه العقدة بادعاء أن الإضافة الاعتبارية هي الحبل وأن تبادل الإضافتين هو العقدة فاستعمل العقد الذي بمعنى ربط حقيقي بنحو خاص تحصل به العقدة وأريد منه الإضافة الاعتبارية ادعاءً واستعارة ، وإما عن عقد العسل أي غلظ تشبيهاً للمعقول بالمحسوس ، ويحتمل أن تكون « العقود » جمع العقد بكسر العين بمعنى القلادة واستعير عنه ، بدعوى أن التعاقد بينهما كالقلادة على عنقها .

والأول هو الأظهر ، لمساعدة فهم العرف له ، ويشهد له قوله تعالى : « ولا تعزموا عقدة النكاح » (٢) وقوله : « أو يعضو الذي بيده عقدة النكاح » (٣) إذ يظهر منها أن الاعتبار في العقد هو الربط الخاص الذي تحصل به العقدة إدعاءً ، ويؤيده ما حكى عن الكشاف « والعقد العهد الموثق ، شبه بعقد الحبل ونحوه » ومنه قول الخطيب .

قوم إذا عقدوا عقداً لجارحم . شدوا العناج وشدوا فوقه الكربا
وقول صاحب مجمع البيان : « وأصله عقد الشيء بغيره ، وهو وصله به كما يعقد الحبل » .

وأما العهد فالظاهر أنه الجعل في الذمة والعهدة ، والمعااهدة هي قرار

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) و (٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٣٥ - ٢٣٧ .

كل من الطرفين في عهده أن يفعل كذا ، ومعاودة الله هي التعهد والقرار على ذمته مع الله أن يفعل كذا ، وكأن اعتبار العهد والنذر واحد وإن اختلفا في بعض الاعتبارات .

وكيف كان يختلف معنى العقد والعهد ، وليس العقد هو العهد أو العهد المشدد أو أوكد العهود ، والشاهد عليه مضافاً الى ما مرّ أن العهد حقيقة في المعاهدات الاعتبارية بين الأشخاص وفي مثل عاهدت الله ، والعقد استعارة ومجاز في المعاني العقدية الاعتبارية كما يشهد به الاعتبار والوجدان ويظهر من بعض أئمة الأدب واللغة ، كصاحب مجمع البيان والبيضاوي وصاحب الكشاف كما مرّ آنفاً .

نعم الظاهر أنهما بحسب المصداق من قبيل العموم من وجه ، فربما يتفق تصادقهما على مصداق واحد باعتبارين .

والعجب ما اتفق لصاحب المجمعين حيث قال : « الفرق بين العقد والعهد أن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ، ولا يكون إلا بين المتعاقدين والعهد قد ينفرد به الواحد ، فكل عهد عقد ، ولا يكون كسل عقد عهداً » انتهى . وأنت خير بأن لازم ما ذكرنا أعمية العهد من العقد لا العكس ، ولعل الاشتباه من النسخ وإن كان بعيداً .

ووقع نظير هذا الاشتباه لبعض أهل التحقيق ، فجعل كل عهد عقداً ولا عكس ، مع ذهابه إلى أن العهد هو مطلق الجعل والقرار ، كمجمولاته تعالى في المناصب ، كالامامة والخلافة ، وكتكاليفه تعالى ، وجعل العقد ربط شيء بشيء ، فراجع كلامه ، مع أن ما جعله من العهد - كالمناصب والتكاليف تشبهاً بقوله تعالى : « لا ينال عهدي الظالمين » (١) وقوله تعالى : « وعهدنا الى ابراهيم واسماعيل أن طهرا بيتي » الخ (٢) ولهذا زعم أن

(١) و (٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٢٤ - ١٢٥ .

العهد مطلق الجمل والقرار - هو معنى آخر من العهد ظاهراً ، أي الوصية
 فقوله : « لاينال عهدي » أي وصيتي بالولاية والامامة ، وكذا قوله :
 « وعهدنا الى ابراهيم » أي أوصينا اليه ، وأما العهد المستعمل في المعاهدات
 والمعاهدات والعهود لله تعالى نحو عاهدت الله على كذا فليس نحو قوله :
 « وعهدنا الى ابراهيم » بل هو معنى آخر منه .

ثم أن من أراد أن يخرج المعاظة من العقود بدعوى أن العقد هو
 العهد المشدد ، وتشديده إنما هو باللفظ فلا يخلو كلامه إما أن يراد بالتأكيد
 والتشديد اللزوم مقابل الجواز ، فنرجع دعواه الى أن المعاظة عقد غير لازم
 والعقد اللازم ما عقد باللفظ ، فدليله عين مدعاه ، وإما أن يراد بالتأكيد
 والتشديد المعهود منهما ، فيقال في جوابه : إن العقد المسببي لا يعقل فيه
 التأكيد ، لأنه مبادلة بين المالمين مثلاً ، وهي دائرة بين الوجود والعدم
 لا المؤكد وغيره ، والعقد السببي على فرض كونه عقداً لا يعقل فيه أيضاً
 التأكيد بما هو سبب ، لأن قوله : بعث هذا بهذا لا تأكيد فيه بوجه ،
 ولو قيل بعث البتة هذا بهذا فمضافاً الى عدم وقوع العقود المتعارفة كذلك
 لا يفيد التأكيد شيئاً ، إذ لا يحصل به شيء غير ما حصل بالأول ، فيكون
 التأكيد لغواً ، فلو فرض كون العقد هو العهد المؤكد لا بد من إخراج
 مطلق العقود لفظاً ومعاظة عن مفاد « أوفوا بالعقود » واختصاصه بالعهود
 القابلة للتأكيد كالعهد على اتيان عمل : فانه قابل للتأكيد ، ولو اتفق أحياناً
 تأكيد بين المتعاقدين بعدم تخلفهما عن مقتضى العقد فهو خارج عن عنوان
 العقد لا تأكيد لمضمونه ، كما هو واضح .

ثم بعد ما تبين أن العقد بحسب المفهوم ليس بمعنى العهد أو العهد
 المؤكد أو الموثق ، ويكون بحسب الاستعمال في المعاني الاعتبارية استعارة
 عن عقد الحبل ونحوه ، فيقع الكلام أولاً في المعنى الحقيقي منه هل هو

مطلق الربط بوجه حصل منه العقدة أو الربط المشدد والمستوثق ؟ وثانياً في أن الاستعارة من مطلقه أو القسم الموثق والمؤكد منه بناءً على أن المعنى الحقيقي مطلقه ؟ الظاهر المتبادر أن عقد الحبل ونحوه هو مطلق الربط الذي حصل منه العقدة ، فقوله عقد الحبل نقض حله ، وعقد الخيط جعل فيه عقدة ، كما في المنجد ، والعقدة أعم من المشدودة وغيرها كما ترى في كتاب المنجد طبع مثالها بنحو غير المشدد ، وكتب في ذيلها « عقدة » .

والظاهر أن العقدة بالفارسية (كره) وفي منتهى الارب (كره بستنكاه) وهو مطلق ما جعل في الحبل والخيط بحكم التبادر ، وفي الصحاح « والعاقدة : الناقة التي قد أقرت باللقاح ، لأنها تعقد بذنبها » ومن الواضح أنها لا تعقده مستوثقاً ، وفي القاموس فسر العاقدة كما في الصحاح ، وعلى هذا يمكن أن يكون مراده من قوله : « عقد الحبل والبيع والعهد يعقده : شده » هو مطلق الربط الخاص ، لا تشديده وتوثيقه ، تأمل .

ويشهد لما ذكرناه شعر الحطيثة المتقدم ، إذ لو كان العقد أوكد العهود أو الموثق منها لما صح قوله في مدح القوم : بأنهم إذا عقدوا شدوا العناج وشدوا الكرب ، ويشهد لعدم الاستيثاق والتوكيد في معناه قول من فسره بمطلق العهود ، كابن عباس وجماعة من المفسرين على ما في مجمع البيان ، وكذا الأقوال التي حكاهما فيه في معنى العقود .

وبالجمله الظاهر أنه ليس في المعنى الحقيقي من العقد اعتبار التوكيد والتوثيق ، كما أن الظاهر استعارة اللفظ الموضوع للطبيعة له ، ووجه الاستعارة ومصححها هو دعوى أن الربط الاعتباري هو الحبل وتبادل الاعتبارين كتبادل طرفي الحبل بنحو يرتبط وتحصل فيه العقدة ، ولا سبيل الى القول باستعارة اللفظ بمناسبة أحد مصاديق معناه ، وهو العقد الموثق

ضرورة أن العقد الموثق ليس معنى العقد ، واللفظ لم يوضع إلا لماهية المعنى ، وخصوصيات المصاديق خارجة عن الموضوع له ، فحينئذ لو أريد الاستعارة من قسم خاص لا بد من ارتكاب تأول آخر وادعاء كون العقد المشدد والمستوثق هو العقد دون غيره ، حتى يكون اللفظ مختصاً به ادعاءً ثم استعارته للربط الاعتباري .

وإن شئت قلت : يلزم منه سبك مجاز من مجاز واستعارة من استعارة وهو خلاف الأصل وخلاف المعهود من الاستعمالات .
فتحصل مما مر أن العقد بالمعنى الاستعاري هو مطلق المعاملة بلحاظ الربط الاعتباري المتبادل .

ومما ذكر يعلم أنه من مقولة المعنى لا اللفظ ، وإنما اللفظ آلة لإيجاده أو موضوعه على احتمالين تقدم الكلام فيها ، فعليه لا فرق بين اللفظ والفعل في تحققه الاعتباري ، ولا دخالة لللفظ في معناه إلا لإيجاداً لا تقويماً ، والمعاطاة كذلك عيناً ، فيكون التعاطي كاللفظ آلة للإيجاد أو موضوعاً للاعتبار .
فترجم عدم صدق العقد على المعاطاة - لأن قوله : بعث ينشأ به معنيان : أحدهما بالمطابقة ، وهو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله ، وهو يحصل بالفعل أيضاً ، وثانيهما بالالتزام ، وهو التزام كل من المتعاقدين بما أوجده من التبديل ، ومن هذه الجهة يسمى التبديل القولي عقداً وعهداً مؤكداً ، وهذا المعنى لا يمكن أن يتحقق بالفعل ، لأنه ليس للفعل دلالة التزامية ، نعم قد يوجد هذا المعنى بفعل آخر كالمصافحة - غير وجيه من وجوه بعضها يظهر مما تقدم .

ومنها أن الالتزام بما أوجده ليس معنى التزامياً لمثل بعث وسائر ألفاظ المعاملات ، نعم بناء العقلاء على العمل بعقودهم وعهودهم ، فإن كان المراد من المعنى الالتزامي ذلك فمع عدم كونه مدلولاً التزامياً

لا يختص بالعقد بالصيغة .

ومنها أنه لو فرض كون الالتزام بذلك معنى التزامياً فلا شبهة في تحققه في المعاطاة أيضاً ، لأن المدلول الالتزامي لازم المعنى لا المعنى المقاد باللفظ فإذا كانت المعاطاة كالبيع بالصيغة في إنشاء المعنى المطابقي أي المبادلة فلا محالة يكون لازم معناه منشأً بالتبع ، سواء أنشئ المعنى بالقول أو الفعل . ثم أن لازم قوله الأخير التفصيل بين المعاطاة المقارنة للتصفيق وغيره . ثم أن معنى الوفاء بالعهد والنذر والعقد ونحوها هو العمل على طبق مقتضياتها ، فإن كان المقتضي العمل الخاص مثل نذر صوم وصلاة ، يكون وفاؤه بإتيان المنذور لا عدم فك النذر والعهد ، وإن كان مقتضاها عرفاً تسليم العرضين ، يكون الوفاء به ، لا بعدم فسخها ، فمن لم يفسخ عقد البيع ولم يعمل على مقتضاه بتسليم العين لا يقال عرفاً : إنه وفى بعقده ، لأنه لم يفسخه وإن لم يعمل على مقتضاه .

وإن شئت قلت : إن الوفاء وعدمه من لواحق العقد بعد مفروضية وجوده ، فاعدام العقد خارج عن عدم الوفاء به ، كما أن إيجاد غير الوفاء به إلا أن يقال : إن الوفاء لإبقاء العقد الحادث وعدم الوفاء لإعدامه ، وهو غير صحيح .

وكيف كان المتفاهم عرفاً من مثل أوفوا بالعقود وبالعهود هو العمل على مقتضاها عرفاً ، ولعله يختلف معناه عرفاً في استعماله مع الباء كما هو الشائع المتعارف في العقود والعهود والوعد والنذر ، وقلماً يتفق استعماله فيها مجرداً عن الباء مع استعماله بدون باء في نحو « أوفوا المكيال والميزان » فإن الشائع استعماله في نحوه بغير باء ، ولعله يراد بالثاني الاتمام مقابل التنقيص والخسران ، كما يظهر من موارد استعماله في الكتاب الكريم وغيره ، وبالأول العمل بالمقتضى وافيةً والقيام بأمر الشيء بجميع مقتضياته ، والمحافظة عليه

كما هو أحد معانيه ، ويمكن إرجاع الأول الى الثاني بوجه وبالعكس .
وكيف كان إن اختص العمل بالمقتضى بخصوص تسليم العوضين
فوجوبه في المعاطاة الحاصلة بالتعاطي لا موضوع له ، نعم فيما حصلت
بإعطاء الثمن وأخذه كما في السلم أو بإعطاء السلعة وأخذها كما في النسيئة
- وبالجملة في كل مورد أنشئ العقد بالأخذ والإعطاء في أحد العوضين -
يكون وفاؤه متصوراً في غير المأخوذ ، وأما إن قلنا بعدم اختصاصه به
حتى يشمل الرجوع الى ما أعطاه فيأتي وجوب الوفاء في المعاطاة الحاصلة
بالتعاطي أيضاً ، فمن أعطى ثم استرجع لم يف بعقده .

وليس المراد بالاسترجاع مطلق أخذ ما أعطى ، بل المراد أخذه
بعنوان إرجاع ما أعطى ، فالإيفاء به العمل بمقتضاه وافية ، والمحافظة
عليه ، فمن لم يسلم السلعة كمن سلمها ثم استرجعها غير موف به ،
ولا محافظ عليه .

ثم أنه قد يستشكل في عموم الآية ، تارة بأن مسبقيتها بما علم من
الشارع وجوب الوفاء به - كطائفة من العقود التي بين الله وبين خلقه
كالإيمان به وبكتبه ورسله ، وكالصلاة والزكاة وغيرهما ، وكبعض العقود
التي بين الناس كالبيع والنكاح وغيرهما - مانعة عن الأخذ بأصالة العموم
لأنها بمنزلة القرينة ، أو ما يصلح للقرينة ، فيظن أن يراد بها العقود
المعهودة ، لأن المائدة على ما قال المفسرون أخيرة السور النازلة في أواخر
عهد النبي صلى الله عليه وآله ، مضافاً الى أن قوله : « أحلت لكم بهيمة
الأنعام » الخ (١) تفصيل لبعض العقود على ما قيل . وهذا أيضاً مما يوجب
ضعف الحمل على العموم .

وأخرى بأن مسبقيتها بما ذكر توجب مع الحمل على العموم استعمال

الأمر في التأكيد والتأسيس معاً ، وهو كاستعمال اللفظ المشترك في أكثر من معنى واحد في الفساد ، والحمل على التناسي خلاف الأصل ، وترجيح أحد المعنيين يحتاج الى دليل .

وثالثة بأن المراد بالآية المعنى المجازي ، ومعه تتسع دائرة الكلام ومجال الجدل ، انتهى .

ثم أورد بعض الاشكالات المبتنية على كون العهد بمعنى العقد الموثق ولما مر فساد المبني لا يبقى مجال لاشكالاته المبتنية عليه ، فنرجع الى جواب ما مر .

فنقول : يجاب عن الأول بمنع القرينية في كل مسبوقة كيفما كانت أو الصالحة لها ففي نحو المورد الذي ورد إنفاذ بعض العقود في سنين طويلة زائدة على عشرين سنة لا يعد ذلك قرينة أو صالحة لها لدى العقلاء ، ألا ترى أنه إذا قال المولى : أكرم زيداً كلما جاءك ثم بعد سنين قال : أكرم عمرواً كلما جاءك وهكذا أمر باكرام عدة أشخاص ، وكان كلهم من العلماء ثم بعد سنين عديدة قال أكرم العلماء كلما جاؤوك لا يمكن ترك إكرام غير العلماء المذكورين . بله باعتذار احتمال كون المراد بالعموم المعهود . والتحقيق أن العام حجة ظاهرة عند العقلاء ، لا بد في رفع اليد عنها من ثبوت القرينة أو ما يصلح للقرينية بنحو يتكل عليها العقلاء ، وهي غير ثابتة في المقام ، بل الثابت خلافه .

والعجب من المستشكل حيث مثل بمشال ظاهر في العهد وقاس المقام به ، مع أن في ثبوت نزول المائدة بجميع آياتها في آخر عمره الشريف كلاماً ، وإن كان وردت به رواية (١) مضافاً الى إمكان أن يقال : إن كون المائدة آخرة ما نزلت مؤيد للعموم ومؤكد له ، لأن الوحي لما كان منقطعاً

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ١٥٠ - طبع صيدا .

بعدها فلا بد من تقنين قوانين كلية يرجع اليها البشر في سائر الأدوار الى آخر الأبد فتتزيل آية مجملة لا يصح الاتكال عليها في شيء من الموارد والمحاوج في آخر العهد وآخر الوصية والتقنين لا ينبغي احتمالها .

مع أن ما ذكره مبني على أن جميع المحرمات والواجبات التكليفية داخلة في مفهوم العقد ، وهو ضعيف كما تقدم ، فحينئذ بقي بعض المعاملات التي ورد تنفيذها في الكتاب ، ومن البعيد جداً أن يراد بذلك العموم خصوص تلك المعاملات ، إلا أن يقال : أريد بالعقود ما ذكر في الكتاب وما أنفذها النبي صلى الله عليه وآله ولو بالسكوت ، وهو أبعد .

وكيف كان لا وقع لهذا الاشكال رأساً كما أن كون « أحلت لكم بهيمة الأنعام » (١) تفصيل الآية مبني على أن العقد مطلق المحلل والمحرم وقد عرفت ضعفه ، ومعه لا موجب لضعف الحمل على العموم .

وعن الثاني بمنع لزوم استعمال الأمر في الأكثر ، لأن لفظ الأمر لا يستعمل في التأسيس أو التأكيد ، بل هو مستعمل في معناه أي البعث لكنه يفتزع منه التأكيد إن كان مسبقاً بأمر متعلق بعين ما تعلق به ثانياً وثالثاً ، وإلا يكون تأسيساً ، وفي المورد لم يستعمل الأمر إلا في البعث والاعراء ، وهذا بمكان من الوضوح .

وعن الثالث بمنع اتساع دائرة الكلام مع المجازية ، لأن للمجازات بواسطة القرائن ظهورات عرفية عقلائية ، وهي حجة رافعة للاحتتمالات المخالفة ، وقد مر ما هو الظاهر منها .

هذا كله إن قلنا بأن العقد غير العهد مفهوماً فضلاً عن كونه عهداً مستوثقاً ، وقد مر أن الأمر كان مبنياً على الاستعارة ، فلا يعتبر قول أهل اللغة في مصحح الدعوى ، لأنه أمر ذوقي اجتهادي .

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

وأما إن بنينا على تبعية أهل اللسان من اللغوي وغيره فالظاهر منهم إطلاق العقد على نحو البيع ، ففي الصحاح « عقدت البيع والحبل والعهد فانعقد » وعن الراغب « العقود باعتبار العقود والعاهد ثلاثة أضرب - إلى أن قال - : وعقد بينه وبين غيره من البشر - إلى أن قال - : وظاهر الآية يقتضي كل عقد سوى ما كان تركه قرينة أو واجباً » وعن البيضاوي « العقد : العهد الموثق - ثم حكى شعر الخطيئة المتقدم ثم قال - : ولعل المراد بالعقد ما يعم العقود التي عقدها الله وألزمها إياهم من التكليف وما يعقدون بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوها مما يجب الوفاء به أو يحسن إن حملنا الأمر على المشترك بين الوجوب والتدب « انتهى .

ومنه يظهر أن المراد بالتوثيق مطلق الربط الخاص وإن لم يكن لازماً ولهذا جمع بين التفسير بالعهد الموثق وبين حسن الوفاء به ، وهو بمنزلة المفسر لسائر كلمات أهل اللغة ممن عبر بالشد كالقاموس والمعيار ، ففيها « عقد البيع والحبل والعهد شده » ولا أظن أن يكون مرادها أو مراد من عبر بنحوها من شد البيع وإحكامه كما في المنجد غير إيقاعه ، كما هو ظاهر المحكي عن أقرب الموارد « عقد الحبل والبيع والعهد واليمين ونحوها عقداً : أحكمه وشده ، وهو نقيض حله » وعنه « حل العقدة حلاً نقضها وفتحها ومنه المثل يا عاقد اذكر حلاً : أي أترك سبيلاً لحل ما تعقد » .

واحتمال أن يكون المراد به غير البيع المتعارف بين الناس من المعاطاة ونحوها مما لا يكون مفاده إلا التملك والتملك بل يكون مرادهم زائداً على الصيغة ونحوها التشديد والاحكام بقول أو عمل في غاية البعد ، بسلب لعله مقطوع الخلاف ، ولعل المراد بالشد ما يعبر عنه بالفارسية بـ (بستن عقد) .

ويشهد لما قلناه من أن البيع ونحوه بمصاديقه المتعارفة داخل في العقود

تمسك الفقهاء من المتقدمين والمتأخرين بالآية الكريمة لإثبات لزوم بعض العقود المتداولة ، كالشيخ في مواضع من الخلاف وابن زهرة والعلامة والشهيد ومن تأخر عنه ، بحيث يظهر منهم مفرؤية دخولها في العقد ، فلا ينبغي الإشكال في جواز التمسك بالآية الكريمة لصحة المعاطاة .

وبما ذكرناه يدفع إشكال الزاقي (قدّه) بأن العقد الموثق إما العقد اللازم شرعاً فلا بد من إحرازه ، ومعه لا حاجة الى التمسك بالآية ، أو الموثق العرفي ، فلا بد من اثباته ، وليس مجرد بنائهم على الإبقاء على مقتضى العهد توثيقاً له ، لأن ما لا يقصد فيه الاتيان البتة ليس عهداً ، فحصول التوثيق يحتاج الى أمر آخر ، وعلى المستدل إثبات التوثيق عرفاً ، انتهى . وذلك لما مرّ من أن مراد أهل اللسان من التوثيق في المقام ما يشمل اللزوم العرفي ، ومن الواضح أنه ليس المراد بالعقود هي اللازمة شرعاً بل المراد ماهي لدى العرف كذلك . وليس المراد بالوثيقة أمراً زائداً على اللزوم أو الأعم منه على احتمال ، فيصح التمسك بالآية لصحة كل معاملة على الثاني ، ولصحة المعاملات المبنية على اللزوم في محيط العرف على الأول ، نعم مع الشك في الموضوع لا يصح الاستدلال .

وأضعف من ذلك إشكاله الآخر ، وهو احتمال كون المراد بالعقود في الآية سائر معاني العهد كالوصية والأمر والضمان ، قال : « ولو سلمنا أن للعهد معنى يلائم العقود الفقهية فارادة ذلك من الآية غير معلومة ، وذلك لما عرفت أن المتسالم بين اللغويين والفقهاء من أهل اللسان وغيرهم شمول العقد للعقود الفقهية ، هذا مع الغرض عما تقدم من أن العقد غير العهد » .

ثم أنه قد يستشكل في الآية الكريمة بلزوم تخصيص الأكثر . لخروج المعاملات الجائزة ، وهي أكثر من اللازمة . بل وخروج العقود الخيارية

فيخرج بخيار المجلس مطلق البيوع .
 هذا على الاحتمال المتقدم من مباينة مفهوم العقد للعهد ، وعلى فرض
 أن المراد به العهد أو الموثق منه وعلى فرض عمومه لكل جعل شرعي يلزم
 ذلك أيضاً ، لخروج المستحبات ، وهي فوق حدّ الاحصاء .
 وفيه - مضافاً الى أن كل تخصيص أكثر من ليس مستهجنأ ، بل
 الاستهجان انما يلزم لو كان الداخلة قليلاً جداً ، وأما مع كثرتة الى
 ما شاء الله كما في المقام فلا يكون مستهجنأ ، ولو فرض أن الخارج أكثر -
 أن في المقام لا يلزم ذلك ، أما على الاحتمال الأول فلان المراد بالعقود
 الأفراد منها لا الأنواع ، ضرورة أن الجمع المحلى يدل على تكثير الطبيعة
 فرداً لا نوعاً كما في جميع المقامات ، فالكثرة النوعية تحتاج الى قرينة ، مع
 أن القرينة في المقام على خلافها ، لأن وجوب الوفاء يلحق العقد بوجوده
 لا بطبيعته وماهيته النوعية ، تأمل .

وكيف كان لا شبهة في أن الظاهر من الجمع المحلى والكل ونحوهما
 هو كثرة الأفراد ، كما لا شبهة في أن أفراد العقود اللازمة ملأت الخافقين
 وأفراد العقود الجائزة في جنبها كالمعدوم ، وأما الخيارات كخيار المجلس
 وغيره فليست من قبيل التخصيص في العموم ، بل هي تقييد في الاطلاق
 كما هو ظاهر لدى التأمل ، والبيع الربوي والغرري ونحوهما وإن خرجت
 بالتخصيص لكن لم تكن في جنب غيرها كثيرة .

وأما على الاحتمال الثاني فان كان المراد به العقد اللازم فخرج
 العقود الجائزة موضوعي ، وإن كان الأعم منها فلا يلزم ذلك أيضاً ،
 لانصراف الآية الكريمة بمناسبة حكمها عن العقود الجائزة شرعاً بعد فرض
 ورود المائدة في آخر عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ، والعقود الجائزة
 عرفاً قليلة لو فرض خروجها ، وإن أريد بالعهد مطلق المجعول الشرعي

فلا يلزم ذلك أيضاً . لأن المستحبات خارجة انصرافاً بمناسبة الحكم والموضوع كالعقود الجائزة .

ثم أن مبنى إشكال تخصيص الأكثر هو أن الآية كانت متكفلة لاثبات الوجوب التكليفي أو اللزوم الوضعي ، وأما على فرض كونها بصدد الارشاد الى الصحة فلا إشكال رأساً ، فكان الأولى تأخير بيان هذا الاشكال والجواب الى بحث إثبات اللزوم بالآية ، والأمر سهل . فتحصل من جميع ذلك أن الآية دالة على صحة المعاطاة .

وربما يستدل للمطلوب بقوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذونه بهتانا وإثماً مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً » (١) كما حكى عن بعض أجلة العصر قدس سره .

ويمكن الاستدلال بالآية الأولى لصحة عقد النكاح ولزومه ، بدعوى أن المراد ببناء القنطار إيثاته مهراً وعدم جواز الأخذ لأجل صحته ولزومه ولازمها صحة العقد المشتمل عليه ولزومه ، وبالقضاء الخصوصية يسري الحكم الى سائر العقود .

وبالآية الثانية بأن يقال : إن قوله : « وقد أفضى » الخ كناية عن الجماع كما قال به عدة من المفسرين ، ووردت به روايات أو عن الخلوة وإلقاء السر كما عن بعض آخر ، ووردت به الرواية أيضاً ، وعلى أي حال يكون هو علة مستقلة للتعجب من أخذ المهر ، وقوله : « وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً » علة مستقلة أخرى ، فتدل على أن أخذ الميثاق الغليظ علة للصحة واللزوم ، فيسري الحكم الى كل عقد ، لأن المراد بالميثاق الغليظ هو ألفاظ عقد النكاح ، أو قرار النكاح وعقده ، ولك أن تقول : إن

المراد بقوله : « وقد أفضى بعضكم الى بعض » هو المرادوات والمواصلات التي تكون قبل عقد النكاح ، ويكون ذلك توطئة لبيان العلة ، وهي أخذ الميثاق الغليظ ، فليس في المقام إلا علة واحدة ، فتم الدلالة بعموم العلة هذا غاية ما يمكن الاستدلال بها .

لكنك خير بوهنه ، أما دعوى إلقاء الخصوصية عن عقد النكاح والاسراء الى كل عقد فهي ممنوعة جداً ، لأن لعقد النكاح في جميع الملل خصوصية ليست لغيرها ، مضافاً الى أن الظاهر أن الآية الثانية مفسرة للاولى ، ومبينة لوجه عدم جواز الأخذ ، فلا تكون الأولى مستقلة الدلالة .
وأما الثانية فمضافاً الى أن قوله : « وقد أفضى » كناية ظاهراً عن الجماع - ويكون الظاهر منها أن علة التعجب الافضاء وأخذ الميثاق الغليظ مجموعاً لا كل مستقلاً ، كما أن الأمر كذلك في الأشباه والنظائر فاحتمال استقلال كل منها مدفوع بالظهور المؤيد بمناسبة الحكم والموضوع وهي أن جعل المهر لأجل التمتع لا لمحض عقد الازدواج ، فكأنه قال : كيف تأخذون المهر مع أخذ الميثاق الغليظ والتمتع بها ، والتصرف فيها ذلك التصرف المهم به فتدل الآية على أن كل واحد من الافضاء ومن أخذ الميثاق الغليظ لا يكفي في عدم جواز الأخذ ، فلا بد من اجتماعها ، ومع الاسراء الى غير النكاح لا بد من القول بأن العقود في حد نفسها لا توجب عدم جواز أخذ ما يعطى عوضاً ، فتدل على عكس المطلوب - أن دعوى أن الميثاق الغليظ عبارة عن نفس إيقاع النكاح غير صحيحة ، بل الظاهر أن المراد بالغليظ هو ما يتعارف في خصوص النكاح الذي هو في غاية الأهمية عند عامة الملل من الالتزامات والالتزامات وأخذ العهدة والتغليظ في القرار والجمع كما هو واضح ، فيع طاقة من الخضرة بدرهم ليس من الميثاق الغليظ ، ولو أطلق عليه لكان مضحكاً .

هذا مع أن الآية الكريمة واردة لبيان استقرار المهر بالدخول كما عليه الأصحاب ، وتدلل عليه الروايات المعمول بها (١) وقد ورد في بعض الروايات الصحيحة « الميثاق هي الكلمة التي عقد بها ، وأما قوله : « غليظاً » فهو ماء الرجل يفضيه الى امرأته » (٢) ولعل المراد أن العقد صار غليظاً والعهد مشدداً بالافضاء ، والانصاف أن الآية لا دلالة لها في باب النكاح على المقصود فضلاً عن غيره .

وربما يستدل عليه بالمرسلة المشهورة أي قوله صلى الله عليه وآله : « الناس مسلطون على أموالهم » (٣) بتقريب أن ظاهره اثبات السلطنة لهم بأنواعها على النحو المتداول بين العرف ، فإذا تداولت المعاظة بينهم يشملها الحكم ، ولازمه كون أسبابها العرفية أسباباً شرعية .

وفيه أن ما لدى العرف في إنفاذ المعاملات يتوقف على أمرين : أحدهما سلطنة المالك على ماله ، فمثل المجنون والطفل غير المميز ليس سلطاناً لدى العقلاء ، فلا بد في إنفاذ المعاملة من السلطنة على المال ، ثانيها إيقاع المعاملة على طبق المقررات العقلانية ، فبيع المجهول المطلق بمجهول مطلق ليس نافذاً لديهم ، لا لقصور سلطنة المالك ، بل لمخالفته للمقرر العقلاني ، فتسلط الناس على أموالهم شيء ، ولزوم تبعية العاقد للمقررات العقلانية شيء آخر ، وليست المقررات العقلانية ناشئة عن السلطنة وليست من شؤونها ، بل هي قواعد لديهم لتنظيم الأمور وسد باب المخرج .

فتبين من ذلك أن إنفاذ سلطنة الناس على أموالهم على النحو المقرر لدى العقلاء لا يلزم إنفاذ المعاملات العقلانية . لأن السلطنة على الأموال

(١) الوسائل - الباب ٥٤ من ابواب المهور من كتاب النكاح .

(٢) الوسائل - الباب ١ من ابواب عقد النكاح الحديث ٤ .

(٣) البحار - ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث .

أحد شرائط النفوذ لدى العقلاء ، وليس في محيط العرف والعقلاء السلطنة على الأموال موجبة للسلطنة على المقررات ، فالتناس مسلطون على أموالهم وتابع للمقررات لا مسلطون عليها ، فالسلطنة على الأموال شيء أجنبي عن نفوذها بالنسبة الى الأسباب المقررة للمعاملات .

ومما ذكرنا يظهر أن البيع ليس نوعاً من السلطنة على الأموال ، ولا المعاطاة حصة منها أو نوعاً عرفياً منها ، فما قد يقال في جواب الشيخ الأنصاري - : إنه يمكن أن يقال : إن المعاطاة أحد الأنواع إذ ليس المراد منها النوع المنطقي ، بل الأعم منه ومن الصنف - ليس على ما ينبغي ، كما أن كلام الشيخ أيضاً غير وجيه ، لأن البيع والصلح ونحوها ليست من أنواع السلطنة على الأموال ، فالتناس مسلطون على أي نقل شأؤوا لا على أسبابه ، لأن أسبابه ليست من شؤون السلطنة على الأموال .

كما أنه مما ذكرنا ظهر ما في كلام بعض آخر في مقام التقريب ، قال ما محصله : « إن السلطنة ليست إلا القدرة على التصرفات المعاملية هنا المتحققة بترخيص الشارع تكليفاً ووضعاً ، فتتحقق بالترخيص الوضعي وإنفاذ ما يتصدى له ذو المال القدرة على المعاملة بما هي مؤثرة في مضمونها فالسلطنة على البيع وعلى المعاطاة حصة من طبيعي السلطنة ، فالإطلاق بلحاظ الكم والكيف جميعاً ، لأن السلطنة منتزعة بلحاظ الترخيص التكليفي والوضعي ، فلا محالة تكون الأسباب إما ملحوظة ابتداءً أو بتبع لحاظ المسببات ، وبهذا الاعتبار لها نفوذ ومضي بحسب الأسباب » .

وفيه - مضافاً إلى أن المجمعول بالرواية السلطنة على الأموال من غير لحاظ الترخيص التكليفي أو الوضعي ، ومن غير لحاظ الأسباب والمسببات وليست السلطنة منتزعة منهما وبلحاظهما ، بل هي حكم وضعي مجعول ابتداءً واستقلالاً - أن السلطنة على البيع والمعاطاة ليست حصة من طبيعي

السلطنة على الأموال ، ولا دليل على أن الجاعل في مقام إنفاذ الأسباب أو المسببات ، بل الحصص لطبيعي السلطنة على الأموال السلطنة على كل نحو من أنحاء التصرفات ، كالتصرف بالنقل مثلاً من غير نظر الى سببه بل ومن غير لحاظ النقل وسببه والمسبب منه بوجه ، بل الملحوظ طبيعة السلطنة المجعولة على الأموال ، وهي تصحح أحد أركان نفوذ المعاملة ، والركن الآخر هو أسباب النقل ، ولا تعرض للرواية له ، بل هي مهمله من هذه الجهة ، بل لا معنى لاطلاقها بالنسبة الى ما ليس حصصاً للطبيعي ضرورة أن السلطنة على العقد ليست حصصاً من طبيعي السلطنة على الأموال والسلطنة على النقل وإن كانت حصصاً منها لكن لا تصحح السلطنة على النقل السلطنة على العقد ، للفرق بين نحو قوله : « أحل الله البيع » و « أوفوا بالعقود » الذي موضوعه البيع والعقد ، وبين جعل السلطنة على الأموال . ودعوى لحاظ الأسباب والمسببات في هذا الجعل غير مرضية ، ضرورة أن الاطلاق غير العموم ، فليست الماهية المطلقة مرآة لمصاديقها وحصصها فضلاً عن ما ليس بمصاديقها ولا حصصها .

هذا كله لو سلم الاطلاق ، وأما لوقيل بعلمه وإنما هو مسوق لجعل السلطنة في مقابل الحجر وأريد به أن الناس مسلطون لا محجورون عن التصرفات ، فالأمر أوضح .

ولعل ما ذكرناه هو منظور المحقق الخراساني ، لا ما زعم تلميذه المحقق من « أن المراد بقوله : الناس مسلطون أنهم غير محجورين ، فأورد عليه بأن الظاهر منه هو ثبوت السلطنة لهم من حيث إضافة المال اليهم ، والحكم بالمقتضى استناداً الى ثبوت مقتضيه إما اقتضاء أو فعلاً لعدم المانع معقول ، لكن الحكم بعلم المانع استناداً الى ثبوت المقتضي غير معقول ، فلا معنى لحمل دليل السلطنة على أن المالك غير محجور في قبـال

المحجور ، انتهى .

وأنت خير بأن المحقق الخراساني بصدد بيان عدم الاطلاق في الرواية ومراده بأنه مسوق لعدم الحجر ليس أنه نفى الحجر بقوله ذلك ابتداءً ، بل الظاهر أن مراده أنه جعل السلطنة في قبالة الحجر ، فلا إطلاق فيه من حيث العقد وكيفيته .

مضافاً الى أن ما أورد عليه من أن الحكم بالمقتضى (الخ) غير وارد ولو فرض أن الرواية بصدد بيان عدم الحجر ، ضرورة أن الملكية ليست مقتضية للسلطنة بالمعنى المعهود للاقتضاء ، بل السلطنة من الأحكام العقلانية للاموال ، وليس في الرواية ما يشعر باستناد قائله في الحكم بالسلطنة على وجود المقتضى أو عدم المانع ، فهل ترى أنه لو ورد من الشارع بدل « الناس مسيطون » « الناس غير محجورين عن أموالهم » وجوب رده ، لعدم معقولية الاستناد الى المقتضى ، في الحكم بعدم المانع ، نعم ظاهر « الناس مسيطون » جعل السلطنة لا رفع الحجر وإن كان رفعه لازمه ، لكنه غير عدم المعقولية .

مع إمكان أن يقال : إن الحكم بالمقتضى بعد كون مقتضيه مفروض التحقق إنما هو لدفع توهم الحجر ، والمقام كذلك ، لأن المقتضى وهو كون المال مضافاً الى صاحبه مفروض ، فالمحتمل وجود الحجر ، فلا بد من دفعه ، فالقائل بصدد دفعه لا محالة ، لكن الظاهر عدم إهماله وكونه في مقام بيان جعل السلطنة فعلاً وإن لا يدفع باطلاقه الشك في الأسباب المملكة كما تقدم .

ويمكن أن يقال : إن دليل السلطنة حكم حيثي لا يدفع به الشك عن خصوصيات السبب المملك نظير حلية البهيمة ، فإن قوله : « أحلت لكم بهيمة الأنعام » ليس حكماً فعلياً مطلقاً حتى يعارض دليل الغصب ودليل

حرمة الموطوءة ، بل حكم بالحلية الذاتية مقابل حرمة لحم الخنزير والكلب وهو لا ينافي الحرمة بالغصب والوطء .

ففي المقام أيضاً يقال : إن دليل جعل السلطنة حكم حبيئي على نفس المال ، فلا إطلاق فيه بالنسبة الى الأسباب ولا الطواري والعوارض ، فلا يعارض أدلة حرمة بعض المحرمات التي بينها وبينه عموم من وجه ، بل لا تكون أدلة المحرمات والواجبات التي بينها وبينه عموم مطلق مقيدة له ، فتوهم التعارض ساقط على هذا الاحتمال ، كما أنه ساقط على الاحتمال المتقدم ، بل لو فرض الاطلاق فيه فلا يعارض أيضاً معها ، لأن هذا الحديث على فرض صدوره ليس بصدد تأسيس حكم ، بل الظاهر أنه بصدد إنفاذ حكم العقلاء ، لأن كافة العقلاء يحكمون بثبوت سلطنة الناس على أموالهم وليس مستند الفقهاء والمسلمين في هذه القاعدة الى هذا الحديث المرسل . فعليه يكون هذا الحكم على طبق حكم العقلاء ، ولا ريب في أن حكمهم تعليلي على عدم ورود حكم من السلطان الحقيقي على النفوس والأموال ، وهو الله تعالى ، فاذا ورد حكم من الشارع الأقدس يكون وارداً على هذا الحكم التعليلي ، فتحصل منه أنه لا إطلاق له على فرض إمكانه يدفع به الشك عن الأسباب .

ثم أن هنا بعض إشكالات عقلية أورها بعض أهل التحقيق :
منها - أن السلطنة معلولة للملكية ، فمتأخرة عنها وعن عدمها البديل ، فكيف يعقل أن تكون علة لزوال الملكية ، للزوم تقدم المتأخر بالطبع .
ومنها - أن الملكية علة للسلطنة ، فاذا كانت السلطنة علة لزوالها لزم علية الشيء لعدم نفسه .

ثم أتعب نفسه في الجواب عنها ، وأبعد المسافة مع أن الجواب عن نحوها سهل ، وهو أن الملكية ليست علة للسلطنة ، بل ولا موضوعاً لها

كموضوعية الجواهر للاعراض ، ضرورة أن السلطنة أمر اعتباري عقلائي لا وجود لها في الخارج .

وما أفاد ذلك المجيب بأن السلطنة عبارة عن القدرة التي هي صفة نفسانية في غاية السقوط ، إذ هي أمر اعتباري قابل للجعل ابتداءً كجعل الحكومة والولاية ونحوهما من سائر الوضعيات .

نعم في جعل السلطنة على الأموال المضافة الى الناس لا بد من تحقق الملكية حالها ، لكون السلطنة مضافة اليها من غير أن يكون الملك علة لوجودها ، فالسلطنة اعتبارية ، كما أن الملكية اعتبارية فلا علية ولا معلولية كما لا علية للسلطنة على زوال الملكية ، بل ولا علية للعقد على زوالها نحو علية العلل التكوينية كما هو واضح ، فالاشكالات العقلية في غير محلها .

نعم هنا إشكال آخر ، وهو أن ظاهر قوله صلى الله عليه وآله : « الناس » الخ أن جميع التصرفات في الأملاك إنما هي في ظرف تحقق الملكية ، فلا تشمل التصرفات المزيلة لها كإبيع والعتق والاعراض ونحوها فلا بد من حملها على التصرفات التي يبقى معها الملك .

وفيه ما لا يخفى أما بالنظر الى محيط العقلاء وحكمهم بتسلط الناس على أموالهم فلا شبهة في أن التصرفات المزيلة للملكية من أوضاع أنحاء السلطنة على الأملاك ، والرواية إنفاذ لما لدى العقلاء كما مر ، ولو أغمض عنه فلا إشكال أيضاً ، لأن الظاهر لزوم انحفاظ الملك حال أعمال السلطنة وإخراج المال عن الملكية بأعمال السلطنة لا ينافي ذلك .

وإن شئت قلت : إن السلطنة على الأملاك أوجبت نفوذ المعاملة عليها ، وبايقاع المعاملة خرجت الاملاك عن الملكية ، وانتهى موضوع السلطنة . مع أن لازم ما ذكر عدم السلطنة على الأكل والشرب ونحوهما ،

وهو كما ترى ، بل لازمه عدم صحة البيع وسائر المعاملات رأساً ، لأنها لا تكون إلا في ملك ، فلا بد على هذا الاشكال أن يكون الملك منحفظاً بعد البيع ، وهو كما ترى ، هذا كله مع أن السلطنة مجعولة للمالك على المال ، فليس المال موضوعاً لها ، وسيأتي الكلام فيه في باب الاستدلال على اللزوم .

واستدل للمطلوب أيضاً بقوله عليه السلام : « والمسلمون عند شروطهم » (١) بدعوى شمول الشروط للابتدائية منها تمسكاً بالتبادر وجملة من الروايات قال الشيخ الأنصاري : « إن الشرط يطلق في العرف على معنيين : أحدهما المعنى الحدتي - ومنه المشتقات كالشارط ونحوه ثم حكى كلام صاحب القاموس ورده ثم قال - : الثاني ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود أولاً ، وهو بهذا المعنى جامد ، واشتقاق المشروط والشارط منه ليس على الأصل ، ولهذا ليسا بمتضايين في الفعل والانفعال ، بل الشارط هو الجاعل والمشروط ما جعل له الشرط » ثم ذكر اصطلاح النحاة وأهل المعقول .

ولقد تكلف بعض المحشين ، وتصدى لارجاع الثاني الى الأول ، وجعله من المشتقات ، وبعض آخر لارجاع جميع المعاني الى معنى واحد . وهو تقييد أمر بآخر إما واقعاً أو بجعل جاعل .

والذي يظهر من كلمات اللغويين أن الالزام والالتزام إما مطلقاً أو في البيع ونحوه أحد معانيه ، وأما المعنى الثاني فلم أر شاهداً عليه في اللغة ، ففي القاموس « الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، الجمع الشروط » ونحوه في أقرب الموارد ، وظاهرهما أنهما بصدد بيان ماهية

(١) الوسائل - الباب ٦ من ابواب الخيار من كتاب التجارة

والباب ٤٠ من ابواب المهور من كتاب النكاح .

المعنى اللغوي لا بعض مصاديقها ، ولو كان الشرط عندهما مطلق الالتزام والالتزام كان التقييد لغواً بل مخللاً ، وكذا الظاهر منهما أنه الالتزام الذي ظرفه البيع ، لا أن البيع معلق عليه أو متقيد به ، ضرورة أن البيع المعلق على الشرط لا يكون الشرط فيه ، وكذا الحال في المتقيد ، فالظاهر منهما ما لدى الفقهاء من الشروط في ضمن العقد .

ثم أن قولهما في خلال الكلام « شارطه : شرط كل منهما على صاحبه » وقول الأول : « وذو الشرط : عدي بن جبلة ، شرط قومه أن لا يدفن ميت حتى يخط هو موضع قبره » لا دلالة فيه على كونه بمعنى مطلق الالتزام ، بل كلامهما في شرح الماهية قرينة على المراد منه في خلال الكلام . وفي معيار اللغة « شرط عليه كذا في البيع ونحوه : ألزمه إياه ، فالتزم هو لما اشترط عليه » وظاهره أيضاً نحو ما تقدم وإن كان دونه في الظهور .

نعم في المنجد « الشرط لإلزام الشيء والتزامه » وهو ظاهر في الاطلاق وإن كان مسبقاً بقوله : « شرط عليه في بيع ونحوه : ألزمه شيئاً فيه » .

وربما يشعر بكونه مطلق الالتزام أو العهد ما عن أصبغ بن نباتة وقد سئل « كيف سميت شرطة الخميس يا أصبغ ؟ قال : لأننا ضمنا له الذبح وضمن لنا الفتح » (١) لكنه ضعيف لكونه مخالفاً لقول جل أهل اللغة في وجه التسمية ، مع احتمال كون الضمان في عقد البيعة .

وأما الشرط بالمعنى الثاني فهو معنى عرفي كما ادعاه الشيخ ، ولم يظهر من اللغة أنه أحد معانيه ، ولعله دعا بعض المحشين إلى التكلف بارجاعه إلى الأول ، وإلى المعنى الاشتقائي ، ويحتمل بعيداً أخذه من الشريط بمعنى

(١) البحار - ج ٤٢ ص ١٨١ الطبع الحديث عن الاختصاص .

الخصوص المفتول بشرط به السرير ونحوه .

فالعمدة في المقام تحصيل المعنى الأول ، هل هو في اللغة والعرف بمعنى الالتزام والالتزام في البيع ونحوه أو مطلق الالتزام ؟ وقد عرفت أن كلمات اللغويين مختلفة لا يمكن الاتكال عليها ، ولا تصح تخطئة الطائفة الأولى بمجرد استعماله في الأخبار في الشرط الابتدائي ، لأنه أعم ، سيما بعد قيام القرينة ، كما في بعض الروايات الآتية ، وقد عرفت أن صاحب القاموس غير متفرد بذلك ، بل فيما رأيت من اللغة أن صاحب المنجد متفرد فيما قال ، كما أن صاحب مجمع البيان متفرد في جعل الشرط في البيع بمعنى العلامة .

وكيف كان لا شبهة في أن الشرط ليس بمعنى مطلق الجعل والقرار فلا يقال لجعل النصب والاشارات الشرط ، ولا مطلق الجعل المستتبع للالتزام والضيق ، كما ادعاه بعض المحشين على بيع الشيخ الأنصاري ، فلا يقال لجعل الامارة الشرعية المستتبعة للضيق والالتزام الشرط .

ولا بمعنى لزوم شيء لشيء كما ادعاه بعض آخر ، فلا يقال للحجبة المجعولة لخبر الواحد مثلاً باعتبار لزومها له : الشرط ، ولا لجعل الوجوب للصلاة باعتبار لزومه لها ، وإطلاق الشرط على الطهارة للصلاة ليس باعتبار اللزوم ، بل باعتبار تعليقها عليها وعدمها بعدمها .

ثم أنه لا شبهة في صدق الشرط عرفاً ولغة على الالتزام والالتزام في ضمن المعاملات ، سواء كان الالتزام أو الاشتراط بعنوانها أو بالحمل الشائم ، بل الظاهر أن مطلق الجعل في ضمنها - سواء كان إلزاماً أم مستتباً له ، أم كان الالتزام من أحكامه - يكون شرطاً عرفاً .

كما أن له معنى آخر في العرف ، وهو ما علق عليه شيء تشريعاً وجعلاً أو تكوينياً وخارجاً ، فيصدق على نحو الجمالة والسباق وسائر

الشرط المتداولة بين الناس مما جعل شيء معلقاً على شيء ، فيقال للمعلق عليه الشرط لا بمعنى الشرط المصطلح النحوي ، فلا تغفل ، كما أنه يطلق بهذا المعنى أيضاً على ما يتوقف عليه وجود شيء ويلزم من عدمه العدم . فهل هذا معنى جامد ، فيكون الشرط هو ما يلزم من عدمه العدم أي الذوات الجامدة الكذائية ، كما ادعاه الشيخ أو معنى حدتي اشتقائي كما تكلف لاثباته بعض أهل التحقيق ؟ لا يبعد صحة ما ذهب إليه الشيخ وكونه موافقاً للعرف ، لأن إطلاق الشرط عرفاً على مثل الوضوء للصلاة وعلى مطلق الأسباب والعلل إنما هو لأجل أن عدمها يوجب عدم ما يتوقف عليها ، ولا ينقدح في الأذهان اللزوم والملازمة ونحوهما وإن كان مثله لازم المعنى العرفي .

ولو سلم أن ذلك معنى حدتي اشتقائي لكن لا ينبغي الشبهة في أن هذا المعنى التعليقي غير ذلك المعنى المتقدم ، فالإلزام والالتزام في ضمن المعاملات معنى مخالف لكون الشيء موقوفاً عليه أو ملزوماً لشيء ، ولا جامع بينهما ، ضرورة أن المجعول في ضمن المعاملة في العرف واللغة ليست المعاملة معلقة عليه ، لعدم توقف وجودها على وجوده ، فهي معنى تنجيزي يشترط في ضمنها شيء على أحد المتعاملين مثلاً ، فلا يكون قرارهما معلقاً ، بل من قبيل قرار في قرار ، وإن كان حكمه العقلاني ثبوت الخيار للمشروط أنه لو لم يعمل المشروط عليه بالشرط ، وهو أمر غير التعليق والتوقف .

ولا يقال : إن التزام المشروط له بالعمل والوفاء بالعقد موقوف على عمل المشروط عليه بالشرط ، فإن ذلك من الأحكام العقلانية للشرط لا معنى الشرط في العقد .

وتوهم أن الجامع بينهما لزوم شيء لشيء مدفوع - بعد الغض عن أن هذا معنى عام لمطلق لزوم شيء لشيء ، وهو أعم منها لا جامع بينهما - بأنه في الشروط الضمنية ليس شيء لازماً لشيء . للفرق بين جعل شيء في ضمن شيء وجعله لازماً له ولا ملازمة بينهما . ولو فرض تحقق اللزوم أيضاً يكون ذلك لازم الجعل لا عينه ومعناه .

بل كون شيء لازم شيء ليس من الشرط بالمعنى الثاني أيضاً ، فانه على فرض حدثيته يكون المفعول الابتدائي والمعنى المطابق هو تعليق شيء على شيء ، فلا يكون ذلك جامعاً بينهما ، ولا معنى واحد منهما .

ومما ذكر علم أن توهم كون الجامع تقييد شيء بشيء ليس بشيء . لأن الشروط الضمنية ليست قيداً للبيع ولا المبيع ، فاذا باع حماراً بدينار وشرط عليه زيارة بيت الله لا يكون بيعه مقيداً بها ، وهو واضح ، وليس المبيع عبارة عن الحمار المقيد بزيارة بيت الله ، بل المبيع هو الحمار ، والشرط أمر آخر جعل في ضمن البيع ، ولهذا كان له خيار تخلف الشرط لدى العقلاء ، لا خيار تخلف الوصف والتقييد .

ثم مع عدم الجامع بينهما لا يحمل قوله صلى الله عليه وآله « المؤمنون عند شروطهم » (١) على المعنيين ، إما لعدم إمكانه كما قالوا ، أو لعدم الحمل عليه إلا مع القرينة ، لكونه خلاف المتعارف ، فلا بد وأن يراد منه أحد معنييه ، وقد دلت النصوص على إرادة المعنى الأول منه . ولا دلالة على إرادة الثاني إلا توهم دلالة بعض الروايات عليها ، وسيأتي الكلام فيها . ثم على فرض إرادة المعنى الأول فهل تشمل الالتزامات الابتدائية أو لا ؟ الظاهر المتبادر من الشرط هو الضمني ، ولا يطلق على الابتدائي

(١) الوسائل - الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ من

كتاب النكاح .

بنحو الحقيقة ، فإذا التزم إتيان شيء لا يقال : شرط إتيانه أو شرط عليه ذلك ، ولا أقل من الشك في الشمول ، ودعوى تبادل الأعم ضعيفة ، واستعماله في الروايات أو غيرها في الابتدائي أعم من الحقيقة ، مع إمكان التفصي عن الجمل أو الكل .

أما مثل قوله عليه السلام : « شرط الله قبل شرطكم » (١) و « شرط الله أكد » (٢) فقريئة مجاز المشاكلة فيه موجودة ، وأما مثل قوله عليه السلام : « الشرط في الحيوان ثلاثة أيام » (٣) فإطلاق الشرط فيه على الخيار لا يبعد أن يكون باعتبار أن جواز العقد وعدم لزومه معلق عليه ومشروط به ويؤيده قوله عليه السلام : « حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري » (٤) وفي بعض الروايات « فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء » (٥) .

وأما بعض فقرات دعاء التوبة من الصحيفة الكاملة وهو « وأوجب لي محبتك كما شرطت ، ولك يارب شرطي أن لا أعود » (٦) فلأن الحب معلق على التوبة ، والشرط في الفقرة الثانية ضمنى .

وأما إطلاقه على البيع في روايات باب من باع سلعة بضمن حالاً وبأزيد منه مؤجلاً كقوليه عليه السلام : « أمره - أي رسول الله صلى الله

- (١) الوسائل - الباب ٣٨ من ابواب المهور الحديث ١ .
- (٢) المستدرک - الباب ٥ من ابواب الخيار الحديث ٢
- (٣) الوسائل - الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١
- (٤) الوسائل - الباب ٥ من ابواب الخيار الحديث ٢
- (٥) الوسائل - الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٩
- (٦) الصحيفة السجادية الدعاء ()

عليه وآله - أن ينههم عن شرطين في بيع « (١) وفي بعضها « نهى (ص) عن بيعين في بيع « (٢) والمراد منها واحد ظاهراً ، وهو بيع سلعة بثمنين حالاً ومؤجلاً ، فلعله لأجل كونه في قوة الشرط ، فكأنه قال : إن كان حالاً فبكذا ، وإن كان مؤجلاً فبكذا ، فبهذا الاعتبار يكون شرطاً ، وباعتبار التبادل يقال : بيعان في بيع .

وفي باب اشتراء الطعام وتغير السعر قبل قبضه روايات (٣) يظن منها إطلاقه على البيع أو مطلق القرار ، وكذا في باب السلف وغيره ، والكل قابلة للتوجيه ، والارجاع الى الشرط بمعنى التعليق أو الشرط الضمني فلا فائدة في نقلها .

وأما الروايتان الواردتان في أبواب المهور على فرض دلالتها فلا تثبت بهما اللغة ، لكن ربما يقال : يمكن لإثبات اجراء حكم الشروط في الابتدائية بهما ولو للحاق حكماً ، ففي رواية منصور بزرج عن عبد صالح عليه السلام قال : « قلت له : إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه ، فأراد أن يراجعها فأبى عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها ، فأعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك ، فكيف يصنع ؟ فقال : بنس ما صنع ، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار ، قل له : فليف للمرأة بشرطها ، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : المؤمنون عند شروطهم « (٤) .

والجواب عنها - مضافاً الى أن الظاهر منها كون عقد الازدواج

(١) و (٢) الوسائل - الباب ٢ من ابواب أحكام العقود

الحديث ٣ - ٤ .

(٣) الوسائل - الباب ٢٦ من ابواب أحكام العقود .

(٤) الوسائل - الباب ٢٠ من ابواب المهور - الحديث ٤ .

مبنياً على الشرط إما في ضمنه صريحاً أو بنحو يعد في ضمنه عرفاً ، كما إذا كان إجراء العقد بعد المقابلة مبنياً عليه ، ولا مضائق في كون نحو هذه الشروط مشمولاً للدالة وصادقاً عليه الشرط - أن اللاحق الحكمي إنما يتم لو سلمت الرواية عن الاشكال ، وهو معارضتها بما دلت على بطلان هذا النحو من الشروط ولهذا حملت على التقية أو الاستحباب ، ومحل الكلام فيها باب الشروط .

وفي رواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام - « في رجل قال لامرأته : إن نكحت عليك أو تسريت فهي طالق ، قال : ليس ذلك بشيء ، إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه » (١) حيث يظهر من استدلاله أن شرطيته مفروغ عنها ، وعدم الجواز لمخالفته لكتاب الله ، ولا أقل من إثبات اللاحق حكماً .

وفيه - مضافاً الى قوة احتمال أن يكون الشرط في ضمن العقد ولو بنحو ما تقدم - أن استدلاله مبني على التقية ، ضرورة أن الطلاق لا يقع بهذا النحو ، سواء كان الشرط سائغاً أم لا ، ولعل مبني الناس دخول هذا النحو من الالتزام في قوله صلى الله عليه وآله : « المؤمنون عند شروطهم » ولو لقرائن عندهم ، لا لاقتضاء العرف واللغة .

ثم لا يخفى أنه لو بنينا على أعمية الشرط للشروط الابتدائية إما عرفاً ولغةً أو إحقاقاً وتعبداً لا يوجب ذلك الالتزام بدخول البيع وغيره من المعاملات فيها ، بدهاء أنه لا يكون الالتزام والالتزام معنى مطابقاً للمعاملات ولا التزامياً لها ، لأن البيع مبادلة خاصة أو تملك عين بعوض ، وهو عنوان غير عنوان الالتزام والالتزام ، وبناء العقلاء على لزوم بعض المعاملات غير

(١) الوسائل - الباب ٣٨ من ابواب المهجور الحديث ٢ .

كونها الالتزام والالتزام ، كما أن التزام المتعاملين بالعمل على المعاملة غير كونها لزاماً والتزاماً .

نعم لو قيل بأن الشرط مطلق الجمل والقرار لكان البيع ونحوه داخلاً فيه ، وكذا لو قيل بأنه مطلق القرار المستتبع للالتزام ولو مع عدم الدلالة عليه حتى الدلالة الالتزامية ، لكنهما ضعيفان كما تقدم .

فحصل من ذلك أن تسلمهم بأن الشرط لو شمل الابتدائي يكون البيع ونحوه داخلاً فيه غير مرضي .

نعم لا يبعد إلقاء الخصوصية عرفاً من الشروط الضمنية الى الابتدائية بل الى مطلق القرار والجمل بمناسبة الحكم والموضوع ، بأن يقال : إن العرف يفهمون من قوله صلى الله عليه وآله : « المؤمنون عند شروطهم » أن ما يكون المؤمن ملزماً به هو جعله وقراره من غير دخالة عنوان الشرط فيه فالضمنية والابتدائية والشرط وسائر عهوده على السواء في ذلك ، تأمل ، وربما يأتي تنمة لذلك .

ثم أنه لا شبهة في دلالة « المسلمون عند شروطهم » (١) على نفوذ الشرط ، سواء قلنا باستفادة التكليف منه ، لما أشرنا إليه والى وجهه في الأدلة السابقة فراجع ، أم قلنا باستفادة الوضع منه ، بأن يقال : إن الشروط أمور اعتبارية لا معنى لكون المسلم عندها على الحقيقة ، فيكون الكلام مبنياً على ادعاء كون الشروط أموراً متمثلة حساً ، بحيث يصح القيام عندها ، ولا تصح الدعوى إلا إذا كانت الشروط معتبرة عند الشارع فلو كانت ملغاة عنده وبحكم العدم كانت غير صحيحة ، فصحتها منوطة بانفاذها واعتبارها .

ثم أن تلك القضية جملة خبرية استعملت في معناها الاخباري لكن

(١) الوسائل - الباب ٦ من ابواب الخيار - والباب ٤٠ من ابواب المهور

بداعي الانشاء وجعل الداعي ، كما في الأشباه والنظائر ، فيستفاد منه حكمان : وضعي وتكليفي ، فهل الحكم التكليفي تعبدي مولوي إيجابي أو استجباني أم إرشاد الى حكم العقلاء بلزوم العمل بها ؟ فيه كلام يأتي إنشاء الله تعالى في بحث الشروط مع سائر المباحث المربوطة بها .

هذا كله فيما دلت على صحة المعاطاة وإفادتها للملكية كما في البيع بالصيغة ، وعليها فهل هي لازمة مطلقاً كما عن ظاهر المفيد ، أو إذا كان الدال على التراضي لفظاً كما عن بعض معاصري ثاني الشهيدين ، وعن جماعة من متأخري المحدثين ، أو غير لازمة مطلقاً كما عن أكثر الثقاتين بالملكية ؟ مقتضى القواعد هو الأول ، واستدل عليه باستصحاب بقاء الملك بعد رجوع المالك الأصلي ، فهل الاستصحاب كلي من القسم الثاني أو شخصي ؟ وعلى الأول هل هو جار في المقام على فرض جريانه في غيره ؟ وعلى أي حال هل هو معارض بأصل آخر أولاً ؟

ربما يقرر كونه من الثاني بأن المعاطاة موجبة للملك وبتردد بين كونه متزاولاً أو مستقراً ، وبعد الفسخ يتردد في بقاء الكلي ، للشك في كونه ما هو مقطوع الزوان أو مقطوع البقاء ، فالأصل على فرض جريانه من القسم الثاني ، وقد قال الشيخ الأعظم بإمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب ، ثم أمر بالتأمل .

ولعل وجهه أن الكلي الطبيعي متكرر الوجود في الخارج لا جامع بين أفراده خارجاً ، بل الجامع بنعت الجامعة والاشترك أمر عقلي لا موجود خارجي ، كما حقق في محله ، فالقدر المشترك لا يتحقق له حتى يستصحب لكنه بعيد عن مذاق الشيخ ، مع إمكان أن يقال : حكم العرف في المقام مخالف لحكم العقل الدقيق البرهاني ، فكأن قول الرجل الحمداني المصادف للشيخ الرئيس موافق للحكم العرفي العقلاني ، ولهذا اشتهر بينهم أن

الطبيعي يوجد بوجود فرد ما ، وينعدم بعدم جميع أفراده .
ويمكن أن يكون وجهه ما قلنا في غير المقام بأن جريان استصحاب الكلي موقوف على أن يكون المستصحب حكماً شرعياً أو موضوعاً له ، وهما منتفیان في المقام ، لأن المملوك لدى العقلاء والعرف هو الموجودات الخارجية المتكثرة ، والجامع الانتزاعي منها ليس مملوكاً ولا ملكاً في قبال الخصوصيات ، فلا يقال لمن ملك بستاناً ودكاناً : إنه ملك ذلك وذا والجامع بينهما ، نعم يصح أن يقال : إنه ملكها بعين ملكية هذا وهذا ، فان المجموع عين الجميع ذاتاً بنظر العرف ، لكن الجامع غيرهما ، فلو كان الجامع مملوكاً يكون في المملوكين مملوكات ثلاثة ، وهو كما ترى ، والشارع أيضاً اعتبر ملكية هذا وذلك دون الجامع ، فالمعنى الانتزاعي ليس ملكاً شرعاً ولا عرفاً ، فلا يجري استصحابه .

ويمكن دفعه بأن الملك في اعتبار العقلاء أمر كلي قابل للصدق على الكثيرين ، والخصوصيات الخارجية مصاديقه ، ضرورة عدم اعتبار العقلاء في كل مملوك ملكية مستقلة باعتبار مستقل يقابل الاعتبار الآخر ، فالملكية الاعتبارية نظير الماهيات الأصلية في هذا المعنى ، فلا يكون الجامع في قبال المصاديق مملوكاً مستقلاً حتى يلزم مملوكات ثلاثة في صورة مملوكية المصاديق لأن الجامع موجود بعين وجود المصاديق ، فهذا المعنى الكلي جامع بين الملكية المستقرة والمتزلزلة ، وموجود عرفاً سابقاً وشك في بقائه ، فيستصحب ويترتب عليه الحكم ، وهو حرمة تصرف الغير فيه بلا إذنه ، وجواز تصرفاته الناقلة وغيرها .

إن قلت : تعتبر في الاستصحاب وحدة القضية المتيقنة والقضية المشكوك فيها ، وليس في المقام كذلك ، لأن المتيقن هو وجود ملك قابل للصدق على المتزلزل والمستقر ، وفي زمان الشك لا يكون احتمال البقاء إلا للملك

المستقر ، فلا يحتمل الصدق على المتزلزل .

قلت : فرق بين قابلية الصدق على الكثيرين والصدق الفعلي ، والكلّي هو القابل له وما لا يمتنع صدقه عليها ، لا ما يصدق فعلاً ، والكلّي في القسم الثاني ومنه المقام كذلك ، أي قابل للصدق ولو لم يصدق فعلاً ، والمناطق في أشباه المقام حكم العرف لا العقل البرهاني ، والمفروض أنه بنظر العرف تكون الطبيعة الجامعة موجودة معها بوجود واحد ، والاختلاف بينهما في الخصوصيات ، وهذا حكم عقلائي قلّما يتفق التنبه بخلافه ، ولهذا يقال بلا تكبير : إن نوع الانسان والحيوان باقي ، وهو حكم عرفي مخالف للتحقيق الفلسفي الدقيق .

وقد يقال بحكومة استصحاب عدم تحقق الفرد الطويل على الاستصحاب المذكور ، لأن الشك في بقاءه مسبب عن الشك في حدوث الطويل . وفيه أن عدم الفرد سواء كان علة لعدم الكلّي كما قيل أم عين عدمه لا يصح استصحابه ، لرفع الشك عن بقاء الكلّي ، أما على الأول فواضح ، لأن عدم المعلول بعدم علته عقلي لا شرعي ولو كانت العلية والسببية شرعية ، لأن ترتب المعلول على علته ليس شرعياً مع جعل السببية والعلية فضلاً عما كانت تكوينية وغير جعلية .

نعم لو كان المجمعول شيئاً عقيب شيء يمكن استصحاب الثاني لاثبات الأول ، أو نفيه لنفيه على إشكال في الثاني ، ومن المعلوم أن المقسام وأشباهه ليس كذلك ، لأن نفي الطبيعي بنفي أفراده أو إثباته بإثباتها عقلي لا شرعي بناءً على علقتها له .

وكذا إن قلنا بأن عدم الطبيعي بعدم أفراده ووجوده بوجود فرد منه وذلك لأن نفي الكلّي المشترك بين الفردين بنفي الفردين ليس شرعياً والعينية إنما هي في الخارج لا في الماهية والاعتبار ، فإن خصوصية الفرد

غير الجامع بينهما عرفاً وعقلاً ، فنفي زيد بالاستصحاب لا يثبت به نفي الانسان ولو بضم الوجدان الى عدم فرد آخر منه ، فانه عقلي ، فنفي الملك المستقر بالاستصحاب لا يثبت نفي الملك الكلي ولو بضم القطع بعدم المتزلزل وعدم سبب آخر للملك ، ومما ذكرناه يظهر النظر في كلام السيد الطباطبائي رحمه الله .

وقد يستشكل في استصحاب الكلي في المقام بأن القسم الثاني قد يجري فيه استصحاب الشخصي كالكلي وقد لا يجري ، فاذا شك في إيجاد رافع أحد الحادثين يجري استصحاب الشخص الحادث ، كما لو شك في إيجاد الوضوء أو الغسل بعد العلم بالحادث المراد ، وأما لو شك بعد الوضوء في بقاء الحادث الشخصي فلا يجري استصحاب الشخص ، لأن الأمر دائريين مقطوع الارتفاع ومشكوك الحدوث ، فلا مناص عن استصحاب الكلي .
وأما في المقام فلا يجري استصحاب الكلي أيضاً ، لأن اختلاف الملك ليس إلا بنفس الارتفاع والبقاء ، فينتفي أحد ركني الاستصحاب ، لأن الجائر مقطوع الارتفاع واللازم مشكوك الحدوث .

وبعبارة أخرى لازم ذلك أخذ ما في عقد المحمول في الاستصحاب في عقد موضوعه بعد عدم الاختلاف بين الملكين إلا من جهة البقاء والارتفاع ، لأن حاصله يرجع الى استصحاب الملك الباقي ، فيكون مفاده الحكم ببقاء الباقي ، وهو كما ترى ، ومرجع هذا الاشكال في الحقيقة الى أن النوعين من الملك متباينان بتمام هويتهما ، انتهى ملخصاً .

وفيه أولاً أن جريان استصحاب الشخص فيما ذكره ممنوع ، لأن الشخص الموجود بالحمل الشائع غير متيقن ، إذ لا علم بالوجود الشخصي بخصوصيته الشخصية مع التردد بين الشخصين ، ولو أريد بالشخصي الموجود الخارجي والجزئي الحقيقي هذه العناوين بالحمل الأولي فهي كليات صادقات

على الكثيرين ولو صدقاً عرضياً .

وبالجملة مع الشك في كون الموجود هذا المصدق أو ذاك لا يعقل العلم بالشخص الحقيقي الخارجي بالحمل الشائع ، والظاهر وقوع الخلط بين الشخصي والجزئي بالحمل الأولي والشائع .

هذا إن أريد به الشخصي الواقعي المعين ، وإن أريد الفرد المررد فإن أريد المررد الواقعي فلا يعقل وجوده وتحققه ، بل وتعلق العلم به ، وإن أريد المررد عندنا والمعين في الواقع حتى يرجع الأمر الى العلم الاجمالي بأحدهما فالمعلوم أيضاً كلي قابل للصدق على كل من طرفي الترديد ، مضافاً الى أن الفرد المررد بما هو كذلك ليس موضوعاً لحكم ، فالأحكام إما متعلقة بانطبائع أو بأفرادها ، ومما ذكرنا يظهر النظر في كلام الطباطبائي في تعليقه .

وثانياً أن أساس الاشكال ومرجعه على ما اعترف به الى زعم أن الملك الجائر واللازم متباينان بتمام هويتها ، وهو بمكان من الضعف ، ضرورة أن المراد بتباينها بتمام الهوية إما التباين بحسب الوجود أي يكون وجود أحدهما غير وجود الآخر فهو مع سوء التعبير بل فساده لا ينافي وحدتها نوعاً أو جنساً ومعها يجري استصحاب الكلي ، ولا يرد عليه شيء مما زعمه .

وإما التباين بحسب الماهية ، فلازمه مع سوء التعبير أيضاً إما الالتزام بأن أحدهما ملك والآخر ليس بملك فهو خروج عن محط البحث بعد فساده في نفسه ، ضرورة أن الكلام في اللزوم بعد الفراغ عن سببية المعاوضة للملكية أو الالتزام بعدم كون واحد منها ملكاً ، فهو أفسد ، أو الالتزام بأن الملك في البيع اللازم والجائر مشترك لفظي وحقيقتها متباينتان بتمام الذات فهو أيضاً ضروري الفساد ، مع أنه مخالف لتعبيراته من تنوعه بنوعين ، وأن الاختلاف بينهما ليس باختلاف الحقيقة والماهية من غير جهة الارتفاع بالفسخ والارتفاع به ، وأن جهة تقسيمه اليها منحصر بالبقاء

والارتفاع مما ينادي بوجود ما به الاشتراك بينهما ، وهو طبيعي الملك .
فحينئذ يفسخ جميع ما نسج على زعم التباين ، ضرورة جريان استصحاب الكلي ، وهو معلوم التحقق ومشكوك الارتفاع من غير لزوم أخذ ما في عقد المحمول في الموضوع ، ولا يدور أمر طبيعة بين ما هو مقطوع الارتفاع ومشكوك الحدوث ، وبالجملة لا فرق بين المقام وغيره ، وأما الاشكال بأنه من قبيل الشك في المقتضي فمدفوع - مضافاً الى جريانه فيه كما حقق في محله - بأنه ليس منه ، فان العقد الجائر باق ما لم يفسخ والفسخ رافعه .

ثم اعلم أنه يجري استصحاب الكلي على أي حال سواء كان الملك مختلفاً في الجائز واللازم أم غير مختلف ، وعلى الأول كان اختلافهما نوعياً أو صنفياً أو بالمراتب ، غاية الأمر يتردد المستصحب بين كونه من القسم الأول من الكلي أو الثاني منه وسيأتي الكلام فيه ، وأنه بحكم القسم الثاني ، فانتظر ،

وأما الاستصحاب الشخصي فلا بد فيه من إحراز عدم اختلاف الملك الجائز واللازم بأنحائه ، فقد يقال في دفع احتمال اختلافهما نوعاً أو بالمراتب بأن الملكية عرفاً وشرعاً ليست إلا اعتبار معنى مقولي لا يخرج عن مقولة الجدة والاضافة ، وليست الملكية المقولية نوعين ولا مقولة الجدة ذات مراتب ، فلا محالة لا يكون اعتبارها نوعين أو ذات مراتب .

وفيه أن الملكية الاعتبارية وإن كانت شبيهة بمقولة الجدة أو الاضافة لكن كون اعتبارها تبعاً للمقولة أو اعتبار مقولة كذائية غير ثابت ، بل الثابت خلافه ، ضرورة أن اعتبار الملكية كان بين طوائف في أوائل التمدن في الجملة ، ولم يكن من العلم بالمقولات واصطلاحات الفلسفة وكشف الحقائق عين ولا أثر ، والآن أيضاً ليس في اعتبار العقلاء الملكية أدنى تنبه

وتوجه بالمقولات جدة أو اضافة أو غيرها ، وإنما قلنا : إن الملكية الاعتبارية شبيهة بمقولة الاضافة أو الجدة ، لا أنها مأخوذة منها أو أنها اعتبارهما ، فكون الجدة غير متنوعة بنوعين أو غير ذات مراتب أجنبي عن الملكية الاعتبارية ، ولو سلم كونها اعتبارها أو مأخوذة منها لكن لا دليل على تبعيتها لهما في جميع الخصوصيات ، فلعل الجدة الاعتبارية ذات مراتب دون الحقيقية .

فالأولى أن يقال في دفع توهم كونها ذات مراتب شدة وضعفاً : إن معنى كون شيء كذلك أن لحقيقتها عرضاً عريضاً كالنور الذي بعض مراتبه أشد في الثورية من بعض . وكالبياض والسواد ، وأما لو كان شيئان في درجة واحدة من الطبيعة وكان صدقها عليهما متواطئاً فلا تكون ذات مراتب وإن كان أحدهما غير زائل لبقاء علته دون الآخر ، إذ ليس ذلك مناط التشكيك ، كما هو واضح .

فحينئذ نقول : إن الملكية لدى العقلاء ليست ذات مراتب ، فلا يكون شخص بالنسبة الى شيء مالكاً وبالنسبة الى شيء آخر أملك ، ولا شيء مملوكاً وشيء أشد مملوكاً ، ولو زالت الملكية في مورد بزوال سببها ولم تزل في مورد فليس ذلك دليلاً على كونها ذات مراتب .
وأما احتمال كون الجواز واللزوم أو الاستقرار والترنزل من منوعات الملك وفصوله أو مصنفاته ، وكونها موجبين للتعدد النوعي أو الصنفي أو الفردي فمدفوع بأن الضرورة قائمة على أن اختلاف الملك جوازاً ولزوماً أو مستقراً ومرتزلاً ونحوهما ليس بذاته مع قطع النظر عن الأسباب والعقود المملكة ، ولا أظن دعواه من أحد ، بل المدعي يدعي أن الاختلاف بسبب الأسباب والمملكات ، فلا بد له من تسليم أن الأسباب مختلفة لدى العقلاء أي العقد قسمان : لازم وجائز وبتبعه يكون الملك كذلك .

فحينئذ نقول: إن المتصور أن العقد اللازم إما سبب قهراً للملك اللازم، ويكون العقد واسطة للثبوت بالنسبة إلى الملك اصطلاحاً، أو يكون واسطة للثبوت بمعنى آخر غير اصطلاحى، وهو اعتبار اللزوم عقيب اعتبار اللزوم، أو عقيب العقد اللازم واعتبار الجواز كذلك، أو يكون من قبيل الواسطة في العروض بمعنى أنه ينسب اللزوم إلى الملك بالعرض والمجاز. لا سبيل إلى كون العقد سبباً قهراً، لأن السببية والمسببية الحقيقية غير معقولتين في الأسباب العقلانية أو التشريعية، وأما الواسطة في الثبوت بالمعنى الثانى فلا معنى لها، بل ولا تعقل، لأن اعتبار اللزوم والجواز في العقد يفنى عن اعتبارهما في الملك، فيكون اعتبارهما لغواً محضاً. وتوهم أن اعتبارهما في الملك لا العقد تدفعه الضرورة، بداهة عدم إمكان إنكار أن العقد على قسمين لدى العقلاء والشارع الأقدس، وإرجاع الملك إلى صاحبه الأول بفسخ العقد لا بإرجاع العين مستقلاً وابتداءً، فلا محالة يكون العقد لازماً أو جائزاً في اعتباراتهم، ومع هذا الاعتبار لا معنى لاعتبار آخر لغو يكون وجوده وعدمه على السواء، فلا يبقى إلا الوجه الأخير أي كون الواسطة في العروض، والانصاف بالعرض والمجاز، وهو لا يوجب الاختلاف نوعاً أو صنفاً أو فرداً كما هو واضح.

فتحصل من جميع ذلك صحة ما أفاده الشيخ رحمه الله وإن كان في برهانه ضعف.

ومما ذكرنا يظهر ضعف الاستدلال باختلاف الأسباب لاختلاف المسببات، وأضعف منه الاستدلال بأن اختلاف الأسباب لو لم يكن موجباً لاختلاف المسببات لا يقتضى اختلاف الأحكام، فإن المراد باختلاف الأحكام إن كان اختلاف أحكام الأسباب فهو لا يقتضى إلا اختلاف

الأسباب لا اختلاف المسببات ، وإن كان المراد اختلاف أحكام المسببات ويكون المراد بالأحكام الجواز واللزوم فهو مصادرة واضحة ، وإن كان المراد أن الأسباب المختلفة تكشف عن المسببات المختلفة فمع سوء التعبير غير صحيح ، لما عرفت من عدم السببية والمسببية الحقيقية في أشباه المقام .
ثم إن الشيخ الأعظم أشار في المقام الى ما ربما يقال : من إن استصحاب بقاء علقه المالك الأول مقدم على الاستصحاب المتقدم كلياً كان أو شخصياً وفصلته في أول الخيارات بما هو غير مرضي تقريباً ودفعاً .

وما يمكن أن يقال في تقريره وجوه : منها - أن يقال : كانت للمالك قبل البيع مضافاً الى علاقة الملكية علاقة أخرى هي علاقة استرجاع العين اليه او خرجت عن ملكه ، خرجت منه العقود اللازمة ، فمع الشك في لزوم المعاوضة يشك في بقاء العلقه الثانية ، فتستصحب ، ومع حصول المعلق عليه تصير علاقة الاسترجاع فعلية ، وهو حاكم على استصحاب الملكية ، لأن الشك في بقاء الملك ناشئ من الشك في تأثير فسخه ونفوذه ومع حكم الشارع ببقاء علاقة استرجاع العين يكون فسخه مؤثراً .

وفيه أن التعليق في المقام عقلي انتزاعي لا شرعي ، لأن الشارع حكم في العقود الجائزة بجواز الرجوع تنجيزاً ، ولا دليل على هذا الحكم التعليقي شرعاً ، وفي مثله لا يجري الاستصحاب ، كما قرر في محله .

وبالجملة الحكم الشرعي التعليقي غير متيقن ، والتعليقي العقلي المنتزع غير مفيد ، مع إمكان أن يقال : إن الشارع لم يحكم إلا بجواز العقد ، وأما جواز الاسترجاع فليس حكماً شرعياً ، بل لازم حل العقد استرجاع العين ، فجوازه لازمه العقلي ، مضافاً الى أنه بعد خروج العقود اللازمة يكون الحكم بحسب الواقع للعقود الجائزة أو غير اللازمة ، ومع الشك لا يمكن إحرازه بحصول الموقوف عليه .

ومنها - أن يقال : إن للمالك علاقة المالكية قبل البيع ، ومن المحتمل حدوث علاقة أخرى هي علاقة جواز استرجاع العين عند زوال العلاقة الأولى ، فطبيعي العلاقة كان موجوداً وشك في زوالها ، فيستصحب ، وهو من القسم الثالث الجاري على الأقوى ، وفيه أن طبيعي العلاقة الجامع بين علاقة المالكية وعلاقة الاسترجاع لا أثر له ، وإثبات العلاقة الثانية باستصحاب الكلي مثبت .

ومنها - أن يقال : إن في زمن خيار المجلس كان فسخه لو فسخ مؤثراً وبعد افتراقها يحتمل بقاءه ، وفيه أن ذلك من تعليق الموضوع ولا يجري استصحابه .

ومنها - أن في زمن الخيار كان المحتمل وجود علاقة جواز استرجاع العين ، فيستصحب طبيعي العلاقة : وفيه - مضافاً إلى أن الخيار من الحقوق وجواز الاسترجاع حكم ، ولا جامع بينهما إلا بعض العناوين العرضية الانتزاعية التي ليست بحكم شرعي ولا موضوعه - أن طبيعي تلك العلاقة لا أثر له وإثبات القسم الخاص باستصحاب الكلي مثبت .

ومنها - أن في زمان الخيار جاز الفسخ وضماً ، ومن المحتمل وجود جواز وضعي آخر ، لاحتمال كون المعاطاة جائزة ، ومعه يجوز الفسخ وضماً ، أي يكون نافذاً ، فيستصحب طبيعي الحكم الوضعي ، ومع حكم الشارع في زمان الشك بقاء الجواز الوضعي ونفوذ الفسخ يرفع الشك في بقاء الملك وعدمه .

وفيه أن الجواز الوضعي في زمان الخيار ليس حكماً شرعياً ، بل حكم عقلي مستفاد من جعل الخيار ، وهو حق معمول لذي الخيار ، وليس للشارع في زمان الخيار معمول إلا ذلك ، نعم لازم ذلك عقلاً نفوذ الفسخ ، وهو ليس بحكم شرعي ، فعليه إن الجامع بينه وبين الجواز في

العقود الجائزة ليس حكماً شرعياً ولا موضوعاً له وإن كان لازمه تحقق الفسخ ورجوع العين ، لكنه ليس من قبيل الموضوع الذي يرتب عليه الحكم حتى يجري فيه الاستصحاب ، مضافاً الى أن خيار المجلس ليس في جميع الموارد ، فالدليل أخص من المدعى .

ثم لو شككنا في أن الزوم والجواز من خصوصيات الملك أو مقوماته أو من خصوصيات السبب المملك فلا ينبغي الاشكال في عدم جريانه بناءً على عدم جريانه في القسم الثاني ، لا لأن الشبهة مصداقية ، ضرورة عدم معنى لها في المقام ، لأن الشبهة المصدقية في دليل « لا تنقض » لا بد أن تلاحظ بالنسبة الى اليقين والشك لا الى الواقع ، ومن الواضح أن اليقين لم يتعلق بالجزئي ، بل بطبيعي الملك ، غاية الأمر أن في القسم الثاني من الاستصحاب يكون طرف الشبهة غالباً أمرين طويل العمر وقصيره ولا ثالث لها ، وفي المقام طرف الشبهة أمور ثلاثة ، لعدم إحراز كون الزوم من خصوصيات المسبب أو السبب ، ومعه يتردد الموجود الخارجي الجزئي من الملك بين أن يكون ملكاً جائزاً بخصوصيته أو لازماً بخصوصيته بناءً على كونها من خصوصيات المسبب أو شخصاً آخر - أي شخص الملك - بلا خصوصيتها بناءً على كونها من خصوصيات السبب ، فالمتيقن هو طبيعي الملك الجامع بين الثلاثة ، وكل منها مشكوك فيه ، فالكلي متعلق اليقين بلا ريب ، والخصوصيات الثلاث غير متعلق له بلا ريب . فأين الشبهة المصدقية حتى يقال في دفعها بجواز التمسك بالعام في المخصص اللبي كما في المقام .

والانصاف أن الاشكال والجواب أجنيان عن المقام مع ما في الجواب من الاشكال أو الاشكالات . بل لأن الاستصحاب في المقام من استصحاب الكلي نظير القسم الثاني

واشترك معه في الاشكالات كقولهم : إن الشك في البقاء مسبب عن الشك في حدوث الطويل ، والأصل عدمه ، ويقال في المقام : إن الشك في البقاء مسبب عن الشك في حدوث الملك اللازم أو الملك بلا تخصص بخصوصية والأصل عدمها .

وقولهم : إن الأمر دائر بين مقطوع الارتضاع ومحمّل الحدوث ، ويقال في المقام : إن الأمر دائر بين حدوث الملك الجائز وهو متيقن الارتضاع وما هو محتمل البقاء ، أي الملك اللازم أو الملك المتشخص بلا خصوصية اللزوم والجواز ، وهو محتمل الحدوث ، فلو صححت الاشكالات الواردة في القسم الثاني صح في المقام أيضاً .

ومما استدل به للزوم المرسلّة المعروفة « الناساس مسلطون على أموالهم » (١) وقد قربها الشيخ (قده) بوجه لا يرد عليه الاشكال المعروف من أن الشبهة مصداقية ، وحاصله أن إطلاق السلطنة كما يقتضي السلطنة على جميع التصرفات كذلك يقتضي منع الغير عن المزاحمات ، وتملك مال الغير بالفسخ مناف لإطلاق سلطنته ، فيدفع به ، ويستكشف منه عدم نفوذ فسخه . وقد أورد عليه بأن السلطنة متفرعة على مالية المال للشخص تفرع الحكم على موضوعه ، وكل إطلاق مهما بلغت سعته لا تتجاوز عن سعة موضوعه ، فالإطلاق يقتضي ثبوت السلطنة في مرتبة متأخرة عن انحفاظ المالية ، فنفس انحفاظها لا تدخل في مدلول اثبات السلطنة ، فلا يكون رفعها برفع المالية قصراً لإطلاقها .

وفيه أن السلطنة مجعولة للمالك مضافة الى ماله ، فيكون المالك مسلطاً وماله مسلطاً عليه ، ومقتضى ثبوت السلطنة على المال ليس إلا تحقق ماله بما هو ماله في ظرف السلطنة ، لعدم تعقل الاضافة بلا مضاف إليه ،

لا لأن المال موضوع الحكم ، فعليه لا بد من ملاحظة أن إبقاء المال واحتكاره لنفسه وازالته عن نفسه هل هما من حصص السلطنة على المال أولاً ، وعلى فرض كونها كذلك لا وجه لخروجها عن الاطلاق بعد فرض الاطلاق لدليلها ، ومن الواضح أنها من حصصها .

وما قرع سمع المستشكل من أن الحكم لا يتجاوز عن سعة موضوعه لا شبهة فيه ، لكن ليس المقام كذلك ، لأن السلطنة مجعولة للمالك ، وهو سلطان على ماله ، والفرض أن المال محفوظ في الإبقاء ، وهو واضح ، وفي الإزالة أيضاً ، لأنها تتعلق بالمال وزال المال بعد تعلقها به ، فالاعراض مثلاً متعلق بالمال ، وفي الرتبة المتأخرة عنه يخرج المال عن كونه مالاً له ، فاطلاق دليل السلطنة شامل لإبقاء المال وازالته ، ولهذا لو صرح القائل بأنك سلطان على مالك إبقاءً وإزالةً لا يعد منكراً ومنافياً لمقتضى الاطلاق وأما لو قال : إنك سلطان على مالك وإن خرج عن ملكك بعد ذلك منافياً لاقتضاء الاطلاق ، وحكماً مستأنفاً لا بياناً لاطلاق حكمه ، وهو واضح .

وبالجمله إن الإبقاء والإزالة من حالات الملك اعتباراً ومن أنحاء التصرفات فيه ، فحفظ المال واحتكاره من أنحاء السلطنة ، كما أن إخراج المال بالبيع والهبة والأكل والشرب وغيرها مما تزيل الملك من أنحاءها ، بل لإعدام الملك وازالته من أوضح مصاديق التسلط ومراتب السلطنة .

ثم إن هذا الحكم موافق للحكم العقلائي في الأملاك ، فإن السلطنة عليها ثابتة لدى العقلاء كافة ، وأنت إذا راجعت محيط العقلاء ترى أن إبقاء الملك وازالته عندهم من شؤون سلطنته على أمواله ، كل ذلك لأن السلطان هو المالك ، والمسلط عليه هو ماله ، وهو محفوظ مع أنحاء التصرف .

ومما ذكرناه يظهر النظر في كلام بعض أهل التحقيق ، قال ١٠٠ حاصله : « إن مقتضى سلطنته على جميع التصرفات وإن كان بنحو الالتزام نفي سلطنة

مزاحمة لسلطنته ، لكن المنفي بالالتزام ليس أنحاء السلطنة التي لا تنافي سلطنته ، فمثل الاشتراء بدون اختيار البائع منافٍ لسلطنته على البيع ، فالأخذ بالشفعة منافٍ لسلطنة المالك ، لكن السلطنة على الاسترداد التي في الحقيقة سلطنة على إزالة الملكية غير مزاحمة لسلطنته ، لأن المالك له السلطنة على الملك لا على الملكية ، فكما ليس له السلطنة على إزالة الملكية ابتداءً كذلك ليس له السلطنة على إبقاء الملكية حتى تكون سلطنة الغير على ازالتها مزاحمة لها ، ولهذا قلنا إن الاقالة والتفاسخ على خلاف القاعدة » انتهى ملخصاً .

وفيه أن سلطنة المالك على ملكه تكفي في كونه سلطاناً على إبقائه وإزالته من غير احتياج الى السلطنة على الملكية ، مع أن السلطنة على الملك بما هو ملك سلطنة على الملكية ، فإزالة ملكيته من غير اختياره من أوضح مراتب المزاحمة لسلطنته ، كما أن سلطنته على إزالة ملكه عن نفسه من أوضح مراتب السلطنة وأقواها ، مع أنه لو لم يكن له السلطنة على الإزالة لا ينبغي الفرق بين الاعراض عن ملكه وهبته وتمليكه ، فلا وجه لتفصيله بين الإزالة ابتداءً أو بأسباب كالبيع ونحوه ، مع أن الاعراض أيضاً غير الإزالة اعتباراً ، فالالتزام بالتفصيل فاسد ، والالتزام بعدم السلطنة في جميعها أفسد .

وأما دعوى أن دليل السلطنة ورد في مقابل الحجر فهو في الحقيقة مثبت للسلطنة الاضافية لا مطلقاً - كما مر تأييده سابقاً بأن أصل السلطنة حكم عقلائي ثابت للأموال ، فدليل السلطنة لم يرد لاثبات المقتضي ، بل بعد فرض ثبوته لدى العقلاء ورد لدفع توهم المانع ، وهو حجر المالك عن التصرف في ماله ، لا بمعنى أن معنى إثبات السلطنة رفع الحجر ، بل بمعنى ورود دليلها في مقابل الحجر ، فلا إطلاق له بالنسبة الى جميع أنحاء السلطنة - فمدفوعة بأنه لا يصح إنكار إطلاقه ، لأن الظاهر كونه بصدد

بيان إثبات السلطنة ، ومجرد الاحتمال لا يوجب رفع اليد عن الدليل وإحراز كون المتكلم في مقام البيان ليس المراد منه الاحراز القطعي ، بل لو اقتضى ظاهر الكلام أن المتكلم بصدد بيان حكم الموضوع لكفى ، وإلا لانسد باب صحة التمسك بالاطلاق ، ولا شبهة في أن ظاهر دليل السلطنة أن المتكلم بصدد بيان تسلط الناس على أموالهم ، فانكار إطلاقه في غير محله . ويمكن الاشكال فيه بما مر ، وهو أن دليل جعل السلطنة متعرض لجعلها على الأموال لا على الأحكام والقوانين ، ولهذا قلنا بعدم رفع الشبهة عن أسباب التمليك ، كاعتبار اللفظ أو العربية أو نحوها ، فيقال في المقام أيضاً بأن السلطنة على الأموال سلطنة عليها نقلاً وإبقاءً في مقابل النقل . وأما السلطنة على الإبقاء في مقابل جعل الشارع جواز الفسخ فيسقط الفسخ عن التأثير فلا ، لأن ذلك سلطنة على حكم الشارع ، فكما لا يمكن التمسك به لاثبات التشريع لا يمكن لسلبه .

ويمكن الجواب عنه بالفرق بين ما ذكرناه سابقاً وبين المقام ، لأن الكلام هناك في أن إطلاق دليل السلطنة على الأموال لا يقتضي إلا كون المالك سلطاناً على أي تصرف في أمواله ، وأما أن صيغة البيع كذلك أو أنه يحتاج إلى اللفظ فليس تحديداً لسلطنته ، بل هي من المقررات القانونية عرفاً أو شرعاً .

نعم لو منع المالك عن البيع مثلاً أو عن البيع من شخص أو أشخاص أو في وقت كذا يكون تحديداً لها ومقتضى الإطلاق دفع احتمالها ، فليس مقتضى دليل السلطنة جواز البيع بلفظ الهبة أو جوازه بغير لفظ .
وأما هاهنا فلما كان تملك ملك المالك عنه بغير اختياره تحديداً لسلطنته بلا إشكال ، لأن له السلطنة على إبقائه ، وتملكه كذلك مخالف لإطلاق سلطنته ، فلا محالة يدفع ذلك بإطلاق الدليل ، ويكشف منه عدم

ج ١) الاستدلال بحديث السلطنة على لزوم المعاظة وما أورد عليه) - ١٠٩ -

نفوذ النسخ ولزوم البيع، والفارق أن إيجاب إيقاع العقد عربياً ليس تحديداً للسلطنة على المال، وأما أخذ ماله بأي نحو كان فهو تحديد لها، فدليل السلطنة لا يكشف عن التشريع في الأول، ويكشف عن عدم التشريع في الثاني، فتدبر.

فان قلت: قد اعترفت سابقاً بأن دليل السلطنة ليس لبيان حكم تأسيسي، بل لانفاذ ما لدى العقلاء، وما لديهم هو حكم معلق على عدم ورود دليل يدل على أعمال السلطنة الالهية، فلا سلطنة للعبد مقابل سلطنة مولاه، بل مع كونه تأسيسياً أيضاً كذلك، لعدم جعل السلطنة للعبد مزاحمة لسلطنة مولاه، فهي أيضاً معلقة لبأ، ومع احتمال ورود دليل يدل على أعمال سلطنته تصير الشبهة في دليل السلطنة مصداقية لا يصح التمسك بالعام معها.

قلت: إن التعليق ليس من قبيل التقييد بالمتصل، بل نظير التقييد بالمنفصل العقلي، ومعه يكون الشك في تحقق المعلق عليه نظير الشك في ورود المخصص، فلا تكون الشبهة مصداقية، ألا ترى أنه لو شك في ورود دليل وارد على دليل آخر له إطلاق لا يمكن رفع اليد عن الدليل المورد احتمالاً باحتمال دليل وارد عليه.

وإن شئت قلت: إن إطلاق دليل السلطنة أو الدليل المورد احتمالاً يكشف عن عدم حصول المعلق عليه أو الوارد، فلو ورد كل مشكوك الحكم حلال ثم شك في أن التثنية حلال أولاً لاحتمال ورود أمانة على حرمة لا يرفع اليد عن الإطلاق باحتمال ورود دليل حاكم أو وارد.

وكذا لو كانت السلطنة معلقة واقعاً ولباً على عدم أعمال الله تعالى السلطنة - لكن يكون التعليق بحكم المنفصل واحتمل في مورد أعماله تعالى السلطنة - لا يصح رفع اليد عن إطلاق دليل السلطنة، بل يدفع باطلاقه

احتمال وجرى الراجع .

ثم إن بناء العقلاء وإن كان معلقاً على عدم ورود ما يخالفهم من الشارع الأقدس لكن لا يرفعون اليد عما لديهم من البناء بمجرد احتمال ورود دليل مخالف مع عدم منجزية الاحتمال ككونه قبل الفحص ، فبناؤهم على العمل بنجر الثقة والظواهر واليد وأصالة الصحة وغيرها ، إلا أن يصل اليهم ما يمنعهم عنه بطريق متعارف .

وأما توهم أن حكم سلطنة الناس على أموالهم حيثي - فلا يدفع به احتمال نفوذ الفسخ كما لا يدفع بدليل حل بهيمة الأنعام اجتهال حرمتها بالوطء - فمدفوع بأن إطلاق الحكم الحيثي على موضوعه يدفع الاحتمال المخالف لتلك الحيثية ، فلو احتملنا خروج قسم من بهيمة الأنعام عن الحلية الذاتية يدفعه الاطلاق على فرضه ، ففي المقام تملك المال بلا إذن مالكة مخالف لحيثية سلطنته ، فهو مدفوع بالاطلاق ، ويكشف منه عدم نفوذه هذا كله مع الغض عن ضعف سنده .

ومنه يظهر وجه الاستدلال بما عن أبي عبد الله عليه السلام في موثقة سماعة « لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه » (١) فإن تملك مال الغير بغير طيبة نفسه غير حلال ، ويكشف منه عدم نفوذ الفسخ . وربما يتخيل عدم إمكان إرادة الحكم التكليفي والوضعي منها فلا بد من الحمل على التكليفي لأنه أظهر ، وفيه أن الحل والجواز والمنع وعدم الحل في موارد التكليف والوضع بمعنى واحد ، ولا يستعمل شيء منها في الحكم التكليفي أو الوضعي ، كما أن الأمر كذلك في الأوامر والنواهي ، فإن هيئة الأمر في قوله : « صل » و « صم » وقوله : « إذا قمتم إلى

(١) الوسائل - الباب ٣ من ابواب مكان المصلى الحديث ١ - والباب ١

من ابواب القصاص في النفس الحديث ٣ .

الصلاة فاغسلوا وجوهكم « الخ (١) لا تستعمل إلا في البعث وإن اختلف فهم العرف بحسب المتعلقات ، كما أشرنا اليه سابقاً .

ففي قوله عليه السلام : « التقية في كل شيء يضطر اليه ابن آدم فقد أحله الله له » (٢) لم يستعمل الحل إلا في معناه ، وهو مقابل المنع فإذا اضطر الى شرب الفقاع فقد أحله الله ، ورفع منعه هو الجواز تكليفاً وإذا اضطر الى غسل الرجلين في الوضوء أو لبس الميتة في الصلاة فقد أحله الله ، ويفهم منه رفع المنع أيضاً ، لكن رفع منع الميتة في الصلاة ظاهر في الوضع ، فغير الممنوع والحل الذي عبارة أخرى منه مستعمل في معناه ، ويفهم منه التكليف في مورد والوضع في آخر من غير استعمال اللفظ في الحكم التكليفي أو الوضعي ، فان كلاً منها غير الموضوع له ، وفي المقام إن قوله عليه السلام : « لا يحل » الخ استعمال في معناه أي مقابل المنع ، ويفهم التكليف أو الوضع بحسب متعلقه .

ثم إن انتساب نفي الحل الى ذات المال مبني على الادعاء ، لأن ذاته لا تكون حلالاً أو حراماً ، والدعوى انما تصح إذا كان المال بجميع شؤونه غير حلال ، فلو حل المال ببعض شؤونه البارزة الشائعة لم تصح الدعوى بأن الذات غير حلال ، ومن الواضح أن من جملة شؤون المال ومن أوضحها هو التصرفات المعاملية ، فلو حل للغير تلك التحولات التي من أشيع التحولات فيها كانت دعوى عدم حلية الذات مستهجنة .

وإن شئت قلت : إن إطلاق عدم حلية الذات يقتضي عدم حلية جميع تحولاتها سواء سميت تصرفاً أم لا ، ولا وجه لتقدير في الكلام في

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ٦ .

(٢) الوسائل - الباب ٢٥ من ابواب الأمر والنهي الحديث ٢ من

كتاب الأمر بالمعروف .

أمثال تلك التراكيب كما قرر في محله ، ولو فرض لزوم التقدير فلا وجه لتقدير شيء خاص ، بل عدم ذكر شيء دليل العموم ، بل مناسبة الحكم والموضوع تقتضي عموم المقدر ، فما قيل : من أن المقدر هو التصرف وليس الفسخ تصرفاً خيال في خيال يظهر ضعفه مما مر .

ثم لو سلمنا أن المقدر التصرف حتى يكون ذلك وزان قوله عليه السلام في التوقيع المبارك المحكي « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه » (١) فالظاهر أن التصرف مطلق التحول والتقلب ، حسيماً كان أم لا ، كما يشهد به العرف ، ضرورة أن قوله : « له التصرف في هذا الملك تصريف المالك في أملاكهم » يراد منه مطلق التصرفات معاملية كانت أم غيرها ، وظاهر في مطلقها بلا شائبة مجاز وتأول ، وتقسيم التصرف الى المعاملي وغيره صحيح غير مجاز بحكم التبادر .

فالتصرف إذا نسب الى الأموال ظاهر في الأعم بلا شبهة ، فما في التوقيع المشار اليه « وأما ما سألت عنه من أمر من يستحل ما في يده من أموالنا ويتصرف فيه تصرفه في ماله من غير أمرنا » الخ (٢) ظاهر في الأعم ، ولا ينبغي الربيب في أن المراد منه الأعم .

وتوهم الاختصاص بمثل الأكل والشرب من التقلبات الحسية بعيد عن الصواب ، فقوله عليه السلام بعد ذلك : « فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه » أيضاً ظاهر في الأعم وأريد منه ذلك .

مضافاً الى أن الظاهر من كلمات اللغويين التعميم ، ففني المنجد « صرف الدنانير : بدلتها بدراهم أو دنانير سواها - المال : أنفقه - صرف الشيء : باعه - الدراهم : بدلها ... صرفه في الأمر : فوض الأمر اليه ...

(١) و (٢) الوسائل - الباب ٣ من ابواب الأنفال الحديث ٦ من

تصرف في الأمر احتال وتقلب فيه الصراف والصيرفي بياع النقود بنقود غيرها ، والمتصرف الحاكم على قطعة من المملكة « انتهى .
وتوهم أن المراد من التبديل هو التبديل المعاطاتي أي التصرف الخارجي كما ترى ، ضرورة أن التبديل المعاطاتي كالبيع هو الأمر السببي لا الفعل الخارجي ، فحينئذ يكون التوقيع أيضاً من أدلة الباب .
ومع الغض عن كل ما مر والتسليم بأن المقدر في الرواية المتقدمة هو التصرف ، وهو عبارة عن التصرفات الحسية يمكن لإلقاء الخصوصية بمناسبة الحكم والموضوع والتعميم .

كما يظهر مما مرّ الاشكال في مناقشاتهم ، كقولهم : إن ظاهر « لا يحل » الحرمة التكليفية دون الوضعية أو أن المقدر هو التصرف كما في التوقيع ، أو أن الجمع بين الحكم التكليفي والوضعي لا يجوز باستعمال واحد الى غير ذلك .

وقد يقال : إن الحلية المنوطة بالرضاحلية التصرف في المال لاحلية ازالة اضافة المال إليه كما مرّ نظيره في دليل السلطنة ، بل هنا إشكال آخر ، وهو أن ثبوت الحرمة المولوية لا ينافي الصحة ، والحلية هنا تناسب التكليف لانتسابها الى الأعبان لا الأسباب .

وفيه أنه على فرض تسليم ورود الاشكال في دليل السلطنة بدعوى أن الناس مسلطون على الأموال لا على الملكية ، وأن المالك لا يسلط على الإبقاء والازالة كما تقدم مع جوابه لا يرد هاهنا ، لأن عدم حلية الأموال أعم من التصرفات الحسية كما مر ، ولا شبهة في أن ازالة الاضافة عن المالك من التصرفات الناقلة والمعاملية ، وأما قضية الظهور في الحرمة المولوية فقد مرّ دفعها ، فظهرت مما ذكر صحة الاستدلال بالموثقة .

فإن قلت : ظاهر صدرها هو الحكم التكليفي كما أن حرمة الدم أيضاً

تكليفية فصارا قرينة على المراد في الذيل ، والحرمة التكليفية قرينة على خصوص التصرفات الحسية ، ومع التعميم لا تنافي الصحة .

قلت : يظهر النظر في هذا الاشكال بعد نقل الموثقة ، وهي ما عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث « إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها ، فانه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه » (١) .

وأنت خير بأن قوله صلى الله عليه وآله : « فانه لا يحل » الخ تعليل للمقصود بالقاء كبرى كلية ، ولا معنى لتقييد الكبرى بالمورد ، ولا قرينية له كما يظهر في الأشباه والنظائر ، غاية الأمر هناك علم بدخول الحرمة التكليفية في الكبرى ، فحينئذ لو قلنا بأن الحرمة التكليفية والوضعية معينان لعدم الحل ويكون الاستعمال فيهما من قبيل استعمال اللفظ في الأكثر كان لما ذكر وجه ، وأما بعد ما عرفت أن التكليف والوضع من خصوصيات المورد ، والمعنى المستعمل فيه شيء واحد فلا يتجه ما ذكر .

ثم إنه يظهر من الموثقة أعمية التصرف من التصرف الحسي ، لأن عدم رد الأمانة وحبسها ليس تصرفاً محسوساً كالأكل والشرب ، فلو كان التصرف منحصراً بالتحويلات المحسوسة لم تنطبق الكبرى الكلية على المورد المستدل عليه ، فتدبر .

واستدل أيضاً للمطلوب بقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض » (٢) ويمكن الاستدلال عليه بالمستثنى منه مع قطع النظر عن الاستثناء ، وبالاستثناء مع الغض عن المستثنى منه ، وبالخصر المستفاد من الجملتين ، وما قيل من عدم إمكان

(١) الوسائل - الباب ١ من ابواب القصاص في النفس الحديث ٣ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٩ .

الاستدلال لمقصود واحد بالمستثنى والمستثنى منه - لأنها لا محالة متناقضان فيؤول الى كون المدعى أمرين متناقضين - كأنه ناشئ من عدم التأمل في كيفية الاستدلال بها ، وسيتضح كيفيته .

أما الاستدلال بالمستثنى منه فيمكن تقريبه بأن المحتمل فيه أحد الأمرين : الأول أن يراد بالنهي عن أكل المال بالباطل سلب سببية الباطل للنقل والتمليك ، فيكون النظر في المستثنى والمستثنى منه الى عدم نفوذ الأسباب الباطلة ، ونفوذ التجارة أو مطلق الأسباب غير الباطلة ، فيكون المستثنى منه دالاً على بطلان الفسخ ابتداءً ، لأنه باطل ولغو عرفاً ولدى العقلاء بعد كون المعاظة عندهم لازمة ، كما يظهر بالتأمل في بناء العقلاء وسيرتهم ، والثاني أن يراد بالنهي عن الأكل عنوان أكل المال الحاصل بسبب باطل ، فيكون النظر ابتداءً الى حرمة أكله وإن كان لازماً بطلان السبب وعدم نفوذه ، فيدل المستثنى منه على حرمة المال الحاصل بسبب باطل ، والفسخ سبب باطل عرفاً ، فأكل المال به حرام : فيكشف عن كون الفسخ غير نافذ ، حيث لم يكن وجه لحرمة غيره .

ثم إن تنفيذ الشارع ما هو باطل لدى العقلاء إن كان من قبيل التخصيص مع حفظ الموضوع فلا شبهة في جواز التمسك بالآية مع احتمال ورود المخصص ، كما لا شبهة في عدم جوازه لو كان حكم العقلاء بالبطلان واللغو معلقاً على عدم ورود التنفيذ والاجازة من الشارع الأقدس المالك للمال والمالك إذا كان هذا الحكم كالقيد الحاف بالكلام ، ووجهه واضح . وأما لو كان من التعليقات النظرية التي بحكم المنفصلات فيقع الكلام في أن المقام من قبيل ما قلنا في دليل السلطنة بأن التعليق لما كان غير حاف بالكلام يصح التمسك بالمطلق لدفع شبهة إعماله تعالى السلطنة أم لا يكرون من هذا القبيل ، بل لا يصح التمسك بها مطلقاً ؟ الأقوى هو

الثاني ، للفرق بين دليل السلطنة وبين المقام ، لأن التعليق هناك في الحكم مع حفظ الموضوع ، فمع احتمال ورود مزاحم أقوى للسلطنة يتمسك باطلاقه كما مر ، وأما في المقام فيكون التعليق في موضوع الحكم ، لأن المفروض أنه مع ورود دليل من الشارع يخرج الباطل عن كونه باطلاً ، فهو من قيود موضوع الحكم ، فيكون التمسك بها نظير التمسك في الشبهة المصدقية للعام .

ثم إن الظاهر عدم كون الإخراج من قبيل التخصيص ، لأن الآية آية عن التخصيص الحكمي ، فمن المستهجن عرفاً أن يقال : لا تأكلوا ما حصل بالباطل إلا هذا الباطل ، فلا يحتمل تجوز الباطل تخصيصاً ، مضافاً إلى أن حكم العقلاء في مثل المقام أي في نحو الفسخ بالبطان وعدم التأثير معلق على عدم ورود التنفيذ من المالك الحقيقي ، وبعد وروده لا يرون الفسخ لغواً وبلا أثر ، والمراد بالعقلاء هم الخاضعون لله تعالى والذين يرونه مالكاً حقيقياً ، له التصرف في الأموال والنفوس ، فيكون المحيط محيط التوحيد لا الإلحاد وعدم الاعتناء بالمبادئ ، ولو شككنا في أن المقام من قبيل التخصيص أو رفع الموضوع لا يصح التمسك بها أيضاً بعين ما ذكر .
وربما يقال : إن الاستدلال بها صحيح لو كان الفسخ من الأسباب المفيدة للملك بخلاف ما لو قلنا بأن شأنه رفع أثر السبب المملك ، فإن الأكل حينئذ بالسبب الأول لا الفسخ .

وفيه أن ذلك يتم لو قلنا بأن الآية تدل على الحرمة إن حصل المال بسبب باطل مستقل ، لكنه خلاف فهم العرف ، بل الظاهر منها إلقاء تأثير الباطل ولو بمناسبة الحكم والموضوع ، مستقلاً كان أولاً ، والفسخ مؤثر في دفع المانع عن تأثير السبب الأول ، فيكون الأكل بالسبب الباطل ولو بنحو جزء العلة .

وبالجملة الظاهر من الآية الكريمة أن الحاصل بالباطل مطلقاً محرم ،
والاختصاص بالسبب التام أو المقتضي خلاف فهم العرف ومناسبة
الحكم والموضوع .

وأما الاستدلال بالمستثنى فهو بأن يقال : إن إطلاق تجوز الأكل من
الحاصل بالتجارة يقتضي جوازه بعد الفسخ أيضاً ، وهو كاشف عن عدم
نفوذه ، وإلا لم يكن وجه لجوازه ، ولا يخفى أن الإطلاق مبني على
التقريب الثاني من التريين المتقدمين : وهو أن النظر فيها إلى حرمة التصرف
وجوازه ، وأما إن كان المراد تنفيذ التجارة وسلب تأثير الأسباب الباطلة
عرفاً لدى الشارع أيضاً فلا إطلاق فيها بالنسبة إلى حالات الأكل والتصرف
حتى يشمل ما بعد الفسخ ، لأنها على الفرض بصدد تنفيذ البيع لا حرمة
الأكل ، وأقوى الاحتمالين ثانيهما . فيصح التمسك بالإطلاق ، فما في تعليقه
الطباطبائي من عدم الإطلاق غير وجهه ، إلا أن يراد به ما يأتي فيها .
وقد يقال : إن الشبهة في المقام مصداقية ، فان حصر مجوز الأكل
في التجارة عن تراض إنما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل ، لئلا
ينتقض بالاباحات ولم يعلم بعد الرجوع بقاؤه على ملكه .

وفيه - مضافاً إلى أن الاستدلال بالمستثنى غير مبني على إفادة الحصر
وسياق الكلام في عدم إفادة الآية الحصر . ويأتي أيضاً أنها لو دلت على
الحصر لا ينتقض بالاباحات ونحوها - أن انتقيد في الآية غير صحيح ،
لأن الملك بأي سبب حصل يجوز للمالكه أكله : فلا دخالة للتجارة في
جوازه ، بل تمام الموضوع له كونه ملكاً ، فالآية الكريمة على الظاهر بصدد
بيان جواز أكل ما حصل بالتجارة من الأموال التي بين الناس ، ولا تقيد
فيما حصل بالتجارة بكونه ملكاً وإن كان لازم جواز ما حصل بها كونه
ملكاً ، لكن هذا غير التقييد ، والمضرب بالتمسك هو التقييد ، وهو غير

صحيح ، فتدبر .

نعم هنا شبهة أخرى ، وهي أن الآية على الاحتمال الأول من الاحتمالين المتقدمين بصدد تنفيذ التجارة ، فكأنه قال التجارة نافذة ، فيأتي فيها ما يأتي في « أوفوا بالعقود » من الشك في الموضوع بعد الفسخ ، وسيأتي الكلام فيه ، وعلى الاحتمال الثاني يكون الموضوع لحلية الأكل هو المال الحاصل بالتجارة .

فحينئذ إن قلنا بتقييد المال بكونه حاصلًا بالتجارة فمع الفسخ يشك في الموضوع ، لأن التجارة تنتفي مع فرض تأثير الفسخ ، فلا يكون المال مال التجارة ، ومع احتمال الانتفاء تصير الشبهة مصداقية ، وإن قلنا بعدم التقييد لأن المعلول لا يتقيد بعلمه - وإن لا مانع منه في مثل المقام - فلا إطلاق فيه ، لعدم إمكان إطلاق المعلول حال عدم علمه ، فلا محالة يكون موضوع الإطلاق مضيقاً ذاتاً ، أي يكون حصّة من المال التي تكون بحسب الواقع معلولة للتجارة ، ولا يعقل إطلاق تلك الحصّة لحال فقد علمها ، لأن حال فقدتها حال فقد المعلول .

وتوهم أن الوجود الحدوثي للتجارة كافٍ في جواز الأكل - ولا يتوقف الحل على بقائها وبقاء العقد - فاسد للزوم حلية المال الحاصل بالبيع مع فرض مؤثرية الفسخ واقعاً ، وهو ضروري البطلان ، فإذا كان مع العلم بمؤثرته كذلك يكشف هذا عن ضيق ذاتي أو قيد في المال بحيث لا ينطبق إلا على المال الحاصل بالتجارة مع بقاء السبب ، فتدبر جيداً .

وأما الاستدلال بالحصر المستفاد من مجموع الجملتين فمبني على كون الاستثناء متصلًا ، وتقريب الاتصال تارة بأن قوله : « بالباطل » قيد توضيحي ذكر لبيان علة الحكم ، فكأنه قال : « لا تأكلوا أموال الناس إلا أن تكون تجارة ، فإن كل أكل باطل » وأخرى بأن المستثنى منه

محذوف أي « لا تأكلوا أموالكم بوجه من الوجوه إلا بوجه التجارة ، فإن الأكل بغير هذا الوجه باطل » .

وأنت خبير بأن الكلام ليس في إمكان كون الاستثناء متصلاً حتى يوجه تصويره وإمكانه ، بل في ظهور الكلام ، ولا شبهة في أن ما ذكر لوجه الاتصال خلاف الظاهر ، وتأويل مخالف لفهم العقلاء ولكلمات المفسرين وللروايات الواردة في نزول الآية الكريمة ، ففي صحيحة زياد بن عيسى قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله عز وجل : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » فقال : كانت قريش يقامر الرجل بأهله وماله فنهاهم الله عز وجل عن ذلك » (١) وعن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » قال : ذلك القمار » (٢) ونحوهما غيرهما (٣) .

والظاهر منها كظاهر نفس الآية أن النهي عن الأكل بالسبب الباطل فالقييد احترازي لا توضيحي ، والاستثناء منقطع ، وتوهم أن الاستثناء المنقطع خلاف الفصاحة باطل جداً ، بل قد تقتضي الفصاحة الانقطاع ، وقد ورد في الكتاب العزيز في غير المقام ، كقوله تعالى : « لا يسمعون فيها لغواً ولا تأثيماً إلا قيلاً سلاماً سلاماً » (٤) .

ثم على فرض كون الاستثناء متصلاً يمكن أن يقال بعدم دلالة الآية على الحصر في التجارة ، لأن قوله : « بالباطل » تعليل ، بمعنى أن المتفاهم العرفي منه أن البطلان موجب لذلك ، والظاهر المتفاهم أن استثناء التجارة

(١) و (٢) و (٣) الوسائل - الباب ٣٥ من ابواب ما يكتسب به

الحديث ١ - ١٤ - ٠

(٤) سورة الواقعة : ٥٦ - الآية ٢٥ و ٢٦ .

في مقابل الباطل لكونها حقاً ، والعلة تعمم وتخصص ، فيستفاد منه حلية الأكل بكل حق ، وعدمها بكل باطل ، فيدخل في الحق ما لا يكون تجارة كالأبحاث والقرض والتملك في مجهول المالك وغيرها ، فلا ينتقض الحصر بها حتى نحتاج الى ارتكاب بعض التكاليف والتوجيهات كما وقع من بعضهم ، كما أنه على فرض كونه منقطعاً يفهم من الآية الكريمة التنوع بين الباطل والحق بمناسبة الحكم والموضوع ، فلا فرق بين الاتصال والانقطاع في ذلك ، أي في دلالة الآية عرفاً على أن الباطل لبطلانه سقط عن السببية ، أو صار موجباً لحرمة الأكل مما حصل به في مقابل الحق الثابت سببته .

ثم إنه يأتي الاشكال المتقدم في التمسك بالمستثنى منه ، وهو أن الباطل العرفي لما كان معلقاً على عدم تصرف من الشارع الأقدس تصير الشبهة مع احتمال تصرفه موضوعية .

فتحصل مما ذكرناه عدم صحة التمسك بالآية لاثبات اللزوم ، لا بالجملة المستثنى منها ، ولا المستثنى ، ولا الحصر المستفاد منها على فرضه ، إلا أن يتشبه بالاستصحاب لاحتراز الموضوع ، وفيه كلام .

واستدل في خصوص البيع بالأخبار المستفيضة في خيار المجلس ، كقوله عليه السلام : « إنما رجل اشترى من رجل يبعاً فهما بالخيار حتى يفرقا ، فإذا افترقا وجب البيع » (١) فإن المعاطاة بيع ، والاستدلال تارة بجعل الخيار ، إذ الخيار مختص بالبيع اللازم ، ومقتضى الاطلاق وجود الخيار في بيع المعاطاة ، فهو لازم ، وأخرى بمفهوم الغاية بأن يقال : إن ماهية الخيار مغيية بعدم الافتراق ، ومعه يسقط الخيار ، وهو لازم للزوم ، ومقتضى الاطلاق دخول البائع بالمعاطاة ، وثالثة بقوله (ع) :

(١) الوسائل - الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٤ .

« وإذا افرقا. وجب البيع » إذ الاطلاق يقتضي أن يكون واجباً فعلياً من جميع الجهات ، وأدلة سائر الخيارات مقيدة له ، لا حيثياً .

أقول : إن قلنا بأن جعل الخيار للبيع الجائز ذاتاً لا مانع منه كجعل الخيارات المتعددة للبيع فلا دلالة لجعل الخيار على لزومه ، لأنه كاللزام الأعم الذي بثبوتة لا يحرز الملزوم الخاص .

وإن قلنا بعدم صحة جملة للجائز ذاتاً بحسب حكم العقل أو العقلاء فإن كان هذا الحكم كالتفيد الحاف بالكلام فيكون قوله عليه السلام : « البيعان بالخيار » مقيداً بكون بيعها لازماً ففي مورد الشك في كون بيع لازماً كالمعاطاة لا يصح التمسك باطلاقه ، لأن الشبهة مصداقية .

وإن قلنا بأن حكم العقل أو العقلاء كالمخصص المنفصل لا يوجب تقييد الموضوع عند صدوره وكان القيد لياً منفصلاً ، فإن قلنا بجواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية في مثله كما قالوا ، فيمكن التمسك باطلاق « البيعان بالخيار » لاثبات الخيار في المعاطاة ، وكشف لزومها ، نحو التمسك بقوله : « لعن الله بني أمية قاطبة » في مورد الشك في إيمان واحد منهم لجواز لعنه ، وكشف عدم إيمانه ؛ إذ في المخصص اللبي المنفصل جاز التمسك بالعام ، وإن قلنا بعدم الفرق بين المخصصات اللبية واللفظية في عدم جواز التمسك في الشبهة المصداقية ، كما اخترناه في محله فلا يصح التمسك باطلاقه لكشف حال الموضوع .

إلا أن يقال : إن الشبهة المصداقية للمخصص اللبي الذي لا يجوز فيها التمسك بالعام هو ما إذا خرج من العام عنوان بحسب حكم العقل وشك في مورد أنه مصداق الخارج أولاً ، وأما إذا شك في أصل الخروج ولو من جهة عدم إحراز مصداق للعنوان العقلي كما فيما نحن بصدده ، حيث لم يحرز أن للبيع مصداقاً جائزاً ، فليس الشك فيه من قبيل الشبهة

المصادقية للمخصص المحرز مخصصيته ، والتفصيل في محله .
ويمكن أن يقال : إنه لا فرق في عدم جواز التمسك بين ما ثبت
تحقق أفراد من العنوان الخارج وشك في فرد آخر ، وعدمه إذا كان المخصص
عقلياً ، ضرورة أن تحقق الفرد وعدمه لا دخالة له في الحكم ، فحكم
العقل بأن المؤمن لا يلعب ثابت ، وموجب لعدم دخول المؤمن في قوله :
« لعن الله بني أمية » من غير نظر الى خصوصيات المصاديق وخروجها
ودخولها ، فلو شك في فرد أنه مؤمن أولاً مع العلم بعدم إيمان غيره
منهم يكون من الشبهة المصادقية للمخصص ، لا الشبهة في أصل التخصيص
لأن التخصيص بحكم العقل ، وهو على النحو الكلي لا الجزئي ، ولا شك
في خروج المؤمن عن هذا العام ، والشك في المصدق غير الشك في
التخصيص ، وما نحن فيه كذلك بناءً على كون التخصيص أو عدم الدخول
بحكم العقل ، فتدبر جيداً .

وأما الاستدلال بمفهوم الغاية ففيه أن ماهية الخيار غير الجواز الحكمي ،
ضرورة أن الخيار حق مجعول الذي الخيار ، قابل للنقل والاسقاط والارث
والجواز الحكمي بخلافه ، فانه حكم للمعاملة كالهبة والوكالة غير مجعول
لأحد ولا قابل لما ذكر ، فنفي ماهية الخيار لا ينافي بقاء الجواز الحكمي .
وأما الاستدلال بذيل الرواية أي قوله عليه السلام : « وإذا افترقا
وجب البيع » ففيه أنه لا شبهة في أن الموضوع في صدرها وذيلها واحد
فلو كان الموضوع في الصدر مطلق البيع أو مقبده كان في الذيل كذلك ،
فحينئذ نقول : إن أصالة الاطلاق في الصدر تقتضي كون البيع بلا قيد
موضوع الحكم ، وإطلاقه شامل للبيع بالصيغة والمعاطاة ، كانت لازمة
واقعاً أم جائزة ، وأصالة الاطلاق في الذيل تقتضي الوجوب مطلقاً بعد
الافتراق في الموضوع المأخوذ في الصدر ، فيقع التعارض بينها ، لأن

ج ١ (الاستدلال بأخبار خيار المجلس على لزوم بيع المعاطاني) - ١٢٣ -

الوجوب المطلق يضاد البيع الجائر ، فلا بد إما من رفع اليد عن إطلاق الذيل أو الصدر .

وعلى أي تقدير لا يصح التمسك بالذيل لاثبات اللزوم في مورد الشك أما على الأول فلأن الوجوب الحيثي لا ينافي الجواز ، ولو قلنا بالوجوب الفعلي وارتكبتنا التقييد بالنسبة الى الجائر على فرضه كان التمسك به تمسكاً في الشبهة المصدقية للمخصص ، وأما على الثاني فلأن البيع في الصدر إذا اختص بالبيع اللازم يكون في الذيل كذلك ، فتصير الشبهة مصداقية لا يجوز التمسك بالعام فيها ، سواء كان التخصيص متصلاً أم منفصلاً لمظياً أو لياً .

هذا إن قلنا بصحة جعل الخيار لمطلق البيع ولو كان جائزاً ، ولو قلنا بعدم صحته فلا بد أن يكون الموضوع في الصدر مقيداً لياً والذيل تابع له فصارت الشبهة مصداقية أيضاً .

هذا كله مع الغض عن الروايات ، وأما بالنظر إليها فهي على طوائف :

منها - وهي الأكثر ما لم يصرح فيها بالمفهوم ، كقوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم : « البيعان بالخيار حتى يفترقا ، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام » (١) ونحوها في عدم ذكر المفهوم صحيحة زرارة (٢) ورواية علي بن أسباط (٣) والحسين بن عمر بن يزيد عن أبيه (٤) وغيرها .

ومنها - ما صرح به ، وهي صحيحة فضيل عن أبي عبد الله (ع) قال : « قلت له : ما الشرط في الحيوان ؟ فقال لي : ثلاثة أيام للمشتري

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الوسائل - الباب ١ من ابواب الخيار

الحديث ١ - ٢ - ٥ - ٦ .

قلت : وما الشرط في غير الحيوان ؟ قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منها « (١) وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا ، فإذا افترقا وجب البيع » (٢) .

ومنها - ما فيها حكاية فعل أبي جعفر عليه السلام ، كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : « إن أبي اشترى أرضاً يقال لها العريض ، فلما استوجبها قام فمضى ، فقلت له : يا أبا عبد الله عجلت القيام ، فقال : يابني أردت أن يجب البيع » (٣) ونحوها غيرها (٤) .

أما الطائفة الأولى فلا شبهة في عدم دلالتها على المقصود مع الغض عما مرّ بيانه ، فإن دلالتها مبنية على أن يكون المراد بالخيار ماهيته المطلقة حتى تدل الغاية على سلبها ، فيدعى أنه ملازم للزوم ، وهو غير مراد بلا ريب ، لأن جعل الغاية لماهية الخيار المطلقة - مع كونها واقعاً لخيار واحد فقط ، وسائر الخيارات على كثرتها غير مغيية بالافتراق - مستهجن فلا بد من إرادة الخيار الخاص ، أي خيار المجلس ، ولازمها سلبه خاصاً وهو غير ملازم للزوم .

ومنه يظهر الكلام في صحيحة فضيل ، فإن قوله عليه السلام : « فلا خيار » محمول على الخيار المذكور في الصدر ، لتبعية ذيلها لصدرها في ذلك ، مع أن سلب ماهية الخيار مطلقاً مع ثبوت جميع الخيارات إلا واحد منها مستهجن .

(١) ذكر صدرها في الوسائل في الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث .

وذيلها في الباب ١ منها الحديث ٣ .

(٢) الوسائل - الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٤ .

(٣) و (٤) الوسائل - الباب ٢ من ابواب الخيار الحديث ١ .

فإذا كان جميع الروايات بصدد بيان ثبوت خيار خاص وسلب الخاص بعد الغاية - لا لأنه المفهوم منها ، ضرورة أن المفهوم الاصطلاحي إنما هو فيما إذا علق السنخ على الغاية لا الشخص - لا يبقى ظهور لرواية الحلبي في الاطلاق ولا لبيان حكم آخر غير ما في سائر الروايات ، فلا بد من حمله على الوجوب الحيثي .

وبعبارة أخرى لو دار الأمر بين الحمل على الوجوب الفعلي المطلق والالتزام بأنها بصدد بيان أمر آخر غير ما في الروايات ، وكذا الالتزام بخروج جميع الخيارات على كثرتها تقييداً وبين الحمل على الوجوب الحيثي فالترجيح للثاني ، بل لو لا إلا الاخراج الكثير لكفى في تعيينه .

وأما الروايات الأخيرة - فمضلفاً الى ظهورها باعتبار قوله عليه السلام : « استوجبها » في البيع بالصيغة والى بُعد اشتراء الأراضي والقرى معاطاة وتعارف البيع بالصيغة فيها - أنها قضية شخصية لا يعلم الحال فيها ، فلا إطلاق لها يشمل المعاطاة ، فتدبر جيداً .

واستدل له بقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » (١) وقد مر بعض الكلام فيه ، ولا نعيد إلا التنبيه على أمر ، وهو أن الوفاء كما مر عبارة عن العمل بمقتضى العقد أو العهد ونحوهما ، ولا يكون إبقاء العقد وفاءً له عرفاً ، ولهذا لو ترك العمل بمقتضاه يقال : ما وفى بعقده مطلقاً ، ولا يقال : وفى به من حيث عدم الفسخ .

وبعبارة أخرى إن المنظور اليه ليس العقد إبقاءً ولإزالة في وجوب الوفاء ، بل المنظور اليه مفاد العقد ومقتضاه ، ولا شبهة في أن مقتضى العقود والعهود مختلف ، فالعهد على عمل : مقتضاه لزوم إتيانه ، والوفاء به : هو العمل ، والبيع وإن كان مقتضاه الأولي هو التمليك لكن الوفاء به

عرفاً عبارة عن تسليم المبيع لا في الجملة ، بل مع البقاء عليه ، فمن لم يسلم مطلقاً أو سلمه ورجع اليه بعنوان استرجاع المبيع لم يكن موفياً بعقده ففي المعاطاة كان الوفاء في السلف معاطاة باعطاء المبيع في وقته والبقاء عليه وعدم الاسترجاع بعنوانه ، وباعطاء الثمن في النسيئة كذلك ، وفيما كان التعاطي من الطرفين يكون الوفاء بعدم الاسترجاع ، وإبقاء مقتضى المعاملة .

فتحصل من ذلك أن الوجوب تعلق بالوفاء بالعقود ، أي العمل على مقتضاها حسب اختلاف المقتضيات ، لا بابقائها وعدم فسخها .

فحينئذ نقول : يمكن تقريب دلالة الآية الكريمة على لزوم تارة بأن يقال : إن إيجاب الوفاء والالتزام بالعمل على مقتضاها كناية عن لزوم العقد ، وإنما أمر به إرشاداً الى ملزومه ، بمعنى أنه أنشأ بهذا الكلام اللزوم للعقود ، كما في الاخبار عن الملزوم بالقاء اللازم في الكنايات ، فكما أن قوله : فلان كثير الرماد إخبار عن جوده الملزوم له عادة يكون قوله : « أوفوا بالعقود » كناية عن جعل اللزوم للعقود ، لأن لزوم العمل بمقتضى العقد ملازم عرفاً لخروج زمامه عن يد المتبايعين ، وإلا فمع كون زمامه بيدهما إبقاءً وإزالةً لم يكونا ملزمين بالعمل بمقتضاه ، فمن كان له عدم العمل على مقتضى عقده بمجرد إنشاء كلمة لا يكون ملزماً بالعمل على طبق عقده ، فقوله : « أوفوا بالعقود » من قبيل إلقاء اللازم وإرادة الملزوم كسائر الكنايات .

وأخرى بأن يقال : إن إيجاب العمل والوفاء بالعقود إلزام نحو إلزامات العقلاء ، لا لإيجاب تعبدية متعلق بعنوان الوفاء حتى يكون المتخلف عن العمل بالعقود مستحقاً لعقابين : أحدهما على غضب مال الغير ، والثاني على عدم الوفاء بعقده فانه بعيد ، فيكون قوله ذلك نظير إلزام العقلاء أو نظير إلزام العقل

يرد مال الغير الى صاحبه إن قلنا بعدم وجوبه شرعاً ، وإنما غصبه وحبسه محرم لا رده واجب ، ولازم هذا الالتزام والایجاب لزوم العقد بالتقريب المتقدم .

والفرق بينهما أن في التقريب الأول جعل اللزوم كناية عن ملزومه وإرشاداً إليه ، وفي الثاني يكون الالتزام ثابتاً للزوم ، ويثبت اللزوم بالملزمة ، لعدم الانفكاك بين لزوم العمل بالمقتضى ولزوم العقد ، أو للتنافي بين لزوم العمل وجواز العقد .

وثالثة بأن يقال : إن وجوب الوفاء مولوي شرعي بحيث يعاقب المتخلف على تركه بعنوانه ، فحينئذ قد يقال : إن إيجاب الوفاء بالعقد لأجل إيجاب مولوي آخر متعلق بإبقاء العقد ، حتى يدفع التنافي العقلاني بين إيجاب الوفاء وجواز العقد وإباحة فسخه ، وهو بعيد غاية ، ولا أظن التزامهم به ، فإن لازمه وجوب إبقاء العقد والعمل بمقتضاه مع نفوذ الفسخ . وقد يقال : إن لازم إيجاب الوفاء لزوم العقد وخروج زمام العقد عن يدهما بالتقريب المتقدم ، والفرق بينه وبينها واضح ، وعلى أي تقدير يستفاد من الآية لزوم العقد معاطاة كغيرها .

والأقرب بحسب الجمود على اللفظ هو الوجه الثالث ، ولعل الأقرب بحسب الاعتبار وبعد ثبوت العقابين مع حبس مال الغير تخلفاً عن مقتضى العقد هو الوجه الثاني ، سيما مع حكم العقلاء بلزوم الوفاء بالعقود والشروط ولا أظن التزام القوم بالوجوب الشرعي المولوي في الوفاء بعقد البيع ونحوه . وكيف كان لا يفترق الأمر على ما ذكرناه في الاحتمالات الثلاثة ، إذ على جميعها يثبت المطلوب .

ثم على ما ذكرناه لا يرد إشكال الشبهة المصدقية الذي يرد على تقريب الشيخ الأنصاري (قده) على ما يأتي ، ضرورة أن المدعى كون

الآية مثبتة للزوم العقود ، فكأنه قال : العقود لازمة ، ومقتضى لزومها سقوط الفسخ عن التأثير ، ودفع احتمال حل العقد به .
 كما أن توهم أن مقتضى عقد البيع أن المبيع ملك للمشتري بالعوض ، والقيام بهذا المقتضى التحفظ عليه بإبقائه وعدم ازالته ، وأما مقتضى الملك فهو أجنبي عن مورد العقد ، والوفاء هو العمل بمقتضى العقد لا مقتضى مقتضاه ، مدفوع بما مرّ من أن التسليم والتسلم وعدم الاسترجاع بعنوانه من المقتضيات العرفية للعقد ، فلو عقد البيع على عشرة أربال ولم يسلمها خارجاً ولم يفسخ العقد لا يقال : وفي بعقده بلا شبهة ، كما يظهر بالمراجعة الى العرف والعقلاء .

نعم التصرف في المبيع ونحوه أجنبي عن الوفاء بالعقد ، فلزوم التسليم المقتضى للعقد عرفاً ملازم للزومه .

وربما يتوهم أن الأمر بالوفاء بالعقود والشروط إما إرشاد الى حسنه ورجحانه عقلاً ولدى العقلاء ، أو موعظة حسنة يثبت بها الاستحباب ، سيما مع اختصاص الخطاب بالمؤمنين والمسلمين .

وفيه - مضافاً الى عدم الحجّة على ترك حجة ظاهرة بلا قرينة معتمدة وبمجرد كون شيء حسناً لا يوجب صرف الأمر عن الوجوب لو كان ظاهراً فيه ، كما هو المعروف . ولا صرفه عن الحجية كما عندنا ، وبالجملة لا يكون ذلك قرينة عقلائية - أن التخلف عن العهود والعقود قبيح لدى العقلاء أيضاً ، والعمل بمقتضاها لازم ، وبعض العقود الجائرة لديهم كالوكالة والعارية نسخها مناسب للجواز ، ولعل نسخها خارج عن نسخ المعاقدة والمعاهدة ، لا تخصيص في أمر قبيح .

نعم لا يبعد أن يكون ذلك الارتكاز العقلائي موجباً لترجيح الاحتمال الثاني من الاحتمالات المتقدمة ، كما أشرنا اليه ، واختصاص المؤمن

والمسلم بالذكر لا يدل على الترجيح الاستجابي لو لم يكن مشعراً بالوجوب .
 هذا كله بناء على ما هو التحقيق من أن مقتضى العقود العمل بها
 أخذاً وإعطاءً وتسليماً وتسليماً ، وأما لو قلنا بأن مقتضاها هو إبقاؤها وعدم
 فسخها فيمكن أن يقرر اللزوم بأن يقال : إن عقد المعاطاة مثلاً لو كان
 جائزاً بحسب بناء العقلاء لم يكن مانع من إلزام الوفاء به وإيجابه ، وكان
 لإيجاب الوفاء وتحريم الهدم دالاً على بقائه على جوازه شرعاً ، للزوم كون
 متعلق التكليف مقدوراً للمكلف ، ولا منافاة بين الحكم الوضعي أي نفوذ
 الفسخ وحرمة .

وأما لو كان لازماً لديهم فلا بد من جعله جائزاً شرعاً حتى يصح
 التكليف به ، فيرجع الأمر الى أن الشارع جعل المعاطاة اللازمة جائزة ،
 ثم جعل فسخها محرماً ، فأقدر المكلف على التخلف ثم أوجب الوفاء ، وهو
 مما لا يقبله الأذهان المستقيمة ، ويرده العقلاء ، فاذا دار الأمر بينه وبين
 حمل الأمر بالوفاء على الارشاد الى اللزوم بأن يقال : كأنه قال : أوف
 بالعقد ، لأنه لا ينهدم بالفسخ ، والتخلف غير ممكن عندي ، نحو قوله :
 لا تصل في بر غير المأكول أو في الدار المغصوبة لإرشاداً الى عدم صحتها
 وعدم إمكان إيجادها فالترجيح للثاني .

إن قلت : يمكن أن يجعل الأمر بالوفاء لإرشاداً الى الجواز ، فإن وجوب
 الوفاء وحرمة نقض العقد لا يعقل إلا أن يكون العقد جائزاً .

قلت : هذا أشبه شيء بالأحجية ، ولا يقبله العقلاء ، ضرورة أن بيان
 جواز العقود أو جعله بلسان إيجاب الوفاء بها من أقيح الكنايات وأفحش
 الأحاجي ، ولا يصدر من متعارف الناس ، مضافاً الى أن الارشاد الى
 الجواز لا يصح هاهنا ، لأن الجواز لازم التحريم المولوي ، ومع عدمه
 لا يصح الارشاد الى الجواز ، ومع سوق الكلام للحرمة المولوية لا يمكن

أن يكون إرشاداً الى الجواز ، لأن الجمع بين الارشاد والتحرير المولوي بكلام واحد كأنه غير ممكن ، ولو أمكن لا يحمل الكلام عليه إلا مع قيام القرينة ، منع أنه لا يدفع به الاشكال المتقدم ، أي جعل غير المقدر مقدوراً ، وجعل الحرمة له ، ولا فرق في استبعاده وعدم قبول الأذهان له بين كونها في كلام واحد أو كلام متعدد .

وبالجمله إن الارشاد الى الجواز لا يمكن إلا مع كون الوجوب مولوياً والجمع بين الارشادية الطريقية والمولوية النفسية لعله غير جائز ، ولو جاز لا يخرج الجمل عن القبح العقلائي .

ويمكن أن تقرر الدلالة على اللزوم بوجه آخر ، وهو أن وجوب الوفاء مقتضى لحرمة نقضه ونكته ، والأمر بالشيء وإن لم يقتض النهي عن نقيضه عقلاً فضلاً عن الضد الذي كالتقيض ، لكن لا يمكن إنكار الاقتضاء عرفاً بمعنى أن لازم جعل الوجوب عرفاً بتحريم النقض :

ثم إن حرمة تختلف عرفاً بحسب اختلاف الموضوعات ، فحرمة نقض العهد استعملت في معناها ، وهو المنع ، لكنها تفيد التكليف عرفاً إن كان متعلقها أمراً نفسياً ، كحبس المبيع وعدم تسليمه واسترجاعه ، والوضع إن كان المتعلق مناسباً له كالفسخ ، فكما أن النهي عن البيع ظاهر في الارشاد الى الفساد كذلك النهي عن الفسخ ، من غير استعمال اللفظ في غير ما وضع له ، وسرّ الحمل على الوضع هو السرّ في حمل النواهي المتعلقة بالمعاملات عليه ، وبالجمله « أوفوا بالعقود » يفيد تحريم النقض ، وتحريم الفسخ ظاهر في سلب تأثيره .

ثم إن هذا الوجه إنما يصح إن قلنا بأن الوفاء أعم من إبقاء العقد والعمل على سائر مقتضياته من تسليم العوضين وعدم الاسترجاع ، دون ما لو قلنا باختصاصه بإبقائه ، بدعوى أنه مقتضاه لا غير كما قيل ، أو قلنا

باختصاصه بغيره من الآثار ، بدعوى أن الوفاء عرفاً هو العمل على مقتضاه من التسليم ونحوه ، وإبقائه ليس من مقتضياته عرفاً كما قوّيناه .

أما على الثاني فواضح ، لأن المفروض استفادة الوضع من تعلق النهي بالفسخ وهو فرع تعلق الوجوب بالابقاء ، وأما على الأول فلأن إفادة الوضع أي عدم تأثير الفسخ بقوله : « أو فوا بالعقود » بدعوى أنه سبق لإفادة عدم تأثير الفسخ بانتقال المخاطب من وجوب الوفاء إلى حرمة النقص ، أي الفسخ ، ومن حرّمته إلى فساده وعدم تأثيره كالأكل من القفاء ، وكالألغاز لا يحتمل عليه الكلام .

وأما إن كان المراد الأعم فلا يلزم ذلك وإن فهم منه ، لكن مع ذلك كون ذلك من الاستفادات العرفية محل إشكال ومنع إلا أن يمنع الرجوع إلى العرف في الاستفادات العقلية بالملازمة .

ويمكن تقرير البدالة بوجه آخر ، وهو أن مقتضى إطلاق دليل وجوب الوفاء حرمة التصرفات الناقضة للعقد لا مطلق التصرفات ، حتى يقال : إن حرمتها ليست مقتضاه بل مقتضى مقتضاه ، فمن التصرفات الناقضة الأخذ بعنوان التملك وفسخ العقد ، فإذا حرم هذا الأخذ يستكشف منه عدم تأثير الفسخ العملي المبرز ببسط اليد للأخذ ، إذ مع تأثيره لا وجه لحرمة الأخذ ، لأنه تصرف في ملكه .

لا يقال : إن كلامنا في المعاطاة ، وتأثير الفسخ العملي المعاطاتي أول الكلام ، لأننا نقول : إن الكلام في اللزوم بعد الفراغ عن صحة المعاطاة ، مع أن مورد الشك هو البيع المعاطاتي الذي ادعي الاجماع على بطلانه أو جوازه ، ومثل الفسخ ليس داخلياً في معقده ، فهو صحيح على القواعد ، ويرد على هذا الوجه أن الفسخ إن حصل على فرض تأثيره بأول وجود المبرز - وهو بسط اليد قبل وصولها إلى المال والتصرف فيه -

تكون حرمة التصرف الواقع بعده غير ثابتة ، ولا يمكن اثباتها بالآية ، لاحتمال حصول الفسخ بأول وجود المبرز وإن حصل بالتصرف ، فلا محالة وقع التصرف في مال الغير ، وإثبات حرمة بالآية إن أمكن لكن لا يستنزم الحرمة قبل تحقق الفسخ للزوم ، كما هو واضح .

واستدل الشيخ الأنصاري (قده) للمقصود بوجه يمكن تقريره بما لم يرد عليه بعض الشبهات ، وهو أن المراد بوجوب الوفاء العمل بمقتضى العقد ، فنحرم التصرفات الناقضة لمقتضاه ، كالأخذ للتملك وسائر التصرفات الناقضة للعهد ، ومنها التصرفات الواقعة بعد الفسخ ، وكان هذا لازماً مسلوباً لدى العرف والعقلاء للزوم ، وهو أمر يعتبره العقلاء عقيب الحكم التكليفي كسائر الوضعيات ، فانها أيضاً معتبرة عقيب الأحكام التكليفية ، لا مجعولة أو معتبرة بالذات .

وعلى ما قررناه لا يرد عليه أن العقد لا يقتضي حرمة التصرف ، بل هي مقتضى مقتضاه ، لما عرفت من أن المراد بالتصرفات ظاهراً بمناسبة استفادة الحكم من « أوفوا بالعقود » هو التصرفات الناقضة للعهد ، كالتصرف بعنوان الاسترجاع في المعاملة وتملك ماله ونحو ذلك ، لا بعنوان غضب مال الغير ، والتصرفات الناقضة منافية لمقتضى العقد بلا شبهة .

وكذا لا يرد عليه أن مقتضى انتزاعية شيء عن شيء صحة حمل المنتزع على المنتزع منه ، إذ تحقق الأمر الانتزاعي بتحقق منشأه ، ومع تحققه يجب صحة الحمل ، كحمل الفوق على ما انتزع منه الفوقية ، وفي المقام لا يصح انتزاع الزوم من حرمة التصرفات ، وفي غير المقام أيضاً لا يصح انتزاع الملكية من جواز التصرفات مطلقاً أو انتزاع سلبها عن منعها مطلقاً ، لما عرفت أن المحتمل في كلامه بل ظاهر صدره أن المراد بالانتزاع ليس على نحو الانتزاعات المعروفة ، بل المراد منه اعتبار العقلاء

شيداً عقيب شيء ، مثلاً إن الملكية لا يعتبرها العقلاء كيفما اتفق وجزافاً بل اعتبارها موقوف على أثر في الجملة ، وما لا أثر له مطلقاً يسقط عنه اعتبارها ، فإذا سلبت آثار الملكية مطلقاً عن مال وحرم على المالك جميع التصرفات الحالية وغيرها يسقط لدى العقلاء اعتبار الملكية له ، ولو أجزى لشخص في مال جميع التصرفات الوضعية والتكليفية يعتبره العقلاء ملكاً له لا أنه تنتزع الملكية من التصرفات أو جوازها كانتزاع الفوقية وبالتحتية . وما ذكرناه وإن كان مخالفاً لظاهر ذيل كلامه ، وهو أن الحكم الوضعي لا معنى له إلا ما انتزع من الحكم التكليفي ، لكن التأمل في صدره وشتات كلماتهم لعله يعطي عدم إرادتهم المعنى المصطلح في الانتزاعات . فالعمدة في المقام هو الاشكال المعروف ، وهو أن الشبهة مصداقية بعد الفسخ ، فقد أجاب عنه المحققون بوجوده :

منها - ما أفاده بعض الأعظم (قدس) بما حاصله أنه بناءً على فأصل الحكم الوضعي في الجعل يكون مفاد قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » أن العقد لازم . فيكون الأمر لإرشاداً إليه ، وبناءً على انتزاعيته فمفاده وجوب الوفاء حتى بعد الفسخ . ولازمه عدم تأثير الفسخ ، وتوهم لزوم الشبهة المصدقية مدفوع بأنه بناءً على الانتزاعية لا بد وأن يكون الحكم التكليفي المتأصل على نحو يناسب الوضع ، والمناسب أن يتعلق الوفاء بالمعنى المصدرية أي الالتزام والتعقيد . فإذا كان الالتزام بما التزم به واجباً فمعناه أن كل واحد من المتعاقدين ليس مالكاً لالتزامه الذي ملك صاحبه ، انتهى .

وفيه أن البناء على تأصل الوضع في الجعل لا يوجب ظهور الآية في الإرشاد إليه ، كما أنه بناءً على عدم التأصل لا إلزام لرفع اليد عن ظاهرها وحملها على ما يناسب الوضع ، فكأنه رحمه الله فرغ من لزوم حمل

الآية على ما يفيد لزوم ، ثم يتفحص عن تأويل موجب لانطباقها على
 اللزوم ، أو كأن مفاد الآية الكريمة وظهورها تابعان لبنائنا .
 مضافاً الى أنه على فرض تعلق الأمر بالمعنى المصدرى لا يسوجب
 ذلك سلب مالكية الطرفين عن المعنى الوضعي والالزام التكليفي لو لم يدل
 على النفوذ باعتبار أن التكليف يكشف عن القدرة على متعلقه لا يدل
 على سلب القدرة وضعاً ، مع أن وجوب الوفاء بالالتزام والتعقيد غير
 لزومها ، بل لازمه وجوب الوفاء بمقتضاهما ، فحينئذ إن كان المراد كفاية
 حصول المعنى المصدرى الذي هو آتى التحقق في وجوب الوفاء مطلقاً لزوم
 وجوبه حتى بعد الفسخ المؤثر ، وهو ضروري البطلان ، وإن كان المراد
 وجوبه ما دام باقياً ففيه مع عدم بقائه ولو اعتباراً لو سلم ترجع الشبهة
 الى المصدقية ، ولا ينحب عليك أن ما ذكره غير ما ذكرناه في تقريب
 الآية بالوجوه المتقدمة ، فتدبر .

ومنها - ما ذكره بعض المحققين تارة بأن العقد الذي يجب الوفاء به
 دائماً هو الانشاء الذي أنشأه أولاً ، وهو أمر آتى التحقق غير قابل
 الارتفاع ، فيجب الوفاء به حتى بعد بناء أحدهما على الانتقاص وعدم
 العمل بمقتضاه ، وهو المراد من اللزوم ، وأخرى بأن المراد بالعقد هو سببه
 وهو موجود تدريجي غير باق نظير إخبار العادل ، فيجب الوفاء به والعمل
 على مقتضاه مطلقاً ، وهو المراد باللزوم .

أقول : ما أفاده من الوجهين نظير ما ذكرنا في جواب استدلال القائل
 بأن المشتق حقيقة في الأعم بقوله تعالى : « لا ينال عهدي الظالمين » (١)
 ببيان أن الظاهر وحدة ظرف الظلم وعدم النيل : فلا بد من صدق الظالم
 على من قضى عنه الظلم ، فأجيب عنه بأن الحكم المستمر إن تعلق بموضوع

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٢٤ .

آتي الوجود لا بد وأن يكون تحقق موضوعه آناماً كافياً لترتب الحكم المستمر عليه ، والظلم آتي الوجود غالباً ، وعدم النيل مستمر الوجود ، فلا بد من رفع اليد عن الظهور المذكور بالقربة العقلية ، وفي المقام أيضاً يكون الانشاء آتياً ، واللفظ متصراً غير قابل للبقاء ، ووجوب الوفاء المترتب على كل منهما مستمر ، فالوجوب المستمر مترتب على الموضوع الآتي أو المتصرم ، فلا معنى لعدم الموضوع في ترتب الحكم المذكور .
 ويدفع الجوابان بأنه لا ينبغي الاشكال في أن الظاهر من نحو قوله : « أوفوا بالعقود » وجوب الوفاء بالعقد المفروض التحقق ، كما في قوله : « لا ينال عهدي الظالمين » لكن في الثاني على تسليم ما ذكر فيه قامت قرينة عقلية على صرف ذلك الظهور ، وأما في المقام فلما كان لدى العقلاء زائداً على الانشاء واللفظ عنوان اعتباري آخر باقٍ في ظرف الاعتبار يرد عليه الفسخ والحل ونحوهما ، وقد عبر عنه بقوله تعالى : « أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » (١) حيث اعتبر للنكاح عقدة كالعقدة التي في الحبل ، كان زمام إبقائها وحلها بيد شخص ، وفي الروايات أيضاً ما يدل على هذا الاعتبار ، كقوله عليه السلام : « فإذا افترقا وجب البيع » (٢) فلا محالة يجب الأخذ بالظهور المذكور ، إذ لا مانع منه ، ولا قرينة لصرفه عما هو المتفاهم عرفاً ولدى العقلاء ، مع أنه لا معنى لوجوب الوفاء باللفظ أو بالانشاء ، بل ما هو الواجب هو الوفاء بالعقد الاعتباري الباقي ، ومع الفسخ يحتمل عدم بقاءه وتأثير فسخه فتصير الشبهة مضادقة .

وأجاب ثالثة بأن الفسخ أيضاً يحتاج الى موافقة المتعاقدين كالعقد ،

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٣٧ .

(٢) الوسائل - الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٤ .

ولو قيل باحتياج العقد في البقاء الى الطرفين قلنا يكفي فيه الالتزام السابق من الفاسخ ، فيضم الى الالتزام المستمر من الطرف .

وفيه أن احتياج الفسخ الى الطرفين انما يمكن دعواه إذا كان الفسخ معاملة جديدة وتمليكاً مستأنفاً ، وهو غير صحيح كما لا يخفى ، وأما اذا كان عبارة عن حل المعاملة السابقة فلا مجال لذلك ، ضرورة أن رفع المعاهدة بعدم بقاء أحدها أو كليهما على عهده ، كما نرى في الروابط والعهود بين الدول ، حيث أن إيجاد الرابطة يحتاج الى توافق الطرفين ، وقطع أحد الطرفين يكفي في رفعها وفسخها .

وبالجملة إن العقلاء يرون الفرق بين العقد والربط وبين الفسخ والحل مع أن احتمال الفرق بينهما في هذه الجهة يكفي في صيرورة الشبهة مصداقية فلا بد من إثبات الاحتياج الى الطرفين ، وأنى لنا به .

مضافاً الى أن احتمال تأثير الفسخ شرعاً يكفي في صيرورة الشبهة مصداقية ، والتشبيث بحكم العرف في بقاء العقد أو عدم تأثير الفسخ رجوع عن هذا الوجه الى وجه آخر آت ، هو ما أشار إليه أيضاً .

وأما دعوى ربط الالتزام السابق بالالتزام المستمر فما لا تقبلها العقلاء ، لا لصيرورة مضمون الالتزامين مختلفاً حتى يجاب بأن الزمان غير دخيل في مضمون المعاملات ، بل ظرف لوقوعها ، ولا لأن ربط الموجود بالمعدوم محال كما قيل ، حتى يقال في دفعه بأن ذلك ليس من قبيله ، بل من قبيل ربط موجود سابق اعتباري بموجود اعتباري آخر ، ولا إشكال عقلي فيه ، بل لأن الالتزام المعدول عنه لا يصلح أن يكون طرفاً للعقد والربط ، وليس المراد في مثل المقام دفع الاشكال بأي نحو اتفق ، بل لابد من مساعدة العرف والعقلاء عليه .

فالعمدة في الجواب عن الاشكال هو الوجه الآخر ، وهو أن موضوع

وجوب الوفاء العقد العرفي ، وهو باق مع الفسخ غير المؤثر عرفاً وإن كان مؤثراً في الشرع .

ومحصل الكلام فيه أنه لا شبهة في أن الموضوعات التكوينية المتعلقة للأحكام لا تنقلب عما هي عليها مع تصرف الشارع فإذا ورد أكرم كل عالم ثم ورد لا تكرم الفساق منهم لا يكشف ذلك عن أن العالم هو العادل لا شرعاً ولا عرفاً ، بل يكون ذلك تخصيصاً حكماً بلا ريب ، وقد قلنا فيما سبق : إن بعض الموضوعات المتعلقة للحكم إذا تصرف الشارع في حكمه انقلب موضوعه عرفاً ، كالباطل في قوله : « لا تأكلوا أموالكم » الخ ، فانه وإن كان عرفياً إلا أنه ينقلب عرفاً الى غير الباطل إذا جعله الشارع مؤثراً ، مثلاً إن الفسخ إذا كان في العرف غير مؤثر بعد لغواً وباطلاً ، لأن مفهوم الباطل عبارة عما لا أثر له ، فإذا جعله الشارع مؤثراً يخرج منه بذلك عن عنوان الباطل ، لأن في خروج الشيء عنه يكفي ترتب أثر عليه في الجملة ، ولا يجب أن يكون ذا أثر بجميع الاعتبارات ، وفي جميع الأوعية فالباطلان متقوم بعدم كون شيء ذا أثر بوجه ، ومقابلته غير الباطل وهو ما يكون مؤثراً في الجملة ، كما أن الأمر كذلك في سلب المالية وثبوتها فإن الأول متقوم بسلب الأثر مطلقاً ، وما لا رغبة فيه مطلقاً لا يعد مالم لا وثبوتها مقابل ذلك ، ومتقوم بثبوت الأثر في الجملة ، وتحقق الرغبة فيه كذلك .

إذا عرفت ذلك فيقع الكلام في أن الموضوعات الاعتبارية كالعقد والمهد والملكية والزوجية وأمثالها مما اعتبرها العقلاء ملحقة فيما ذكر بالموضوعات التكوينية فلا يصير حكم الشارع موجباً لانقلابها ، ويكون تصرفه تخصيصاً أو ملحقة بالباطل ونحوه ، ويكون تصرفه موجباً للانقلاب ، وخروج الأمر الاعتباري عما هو عليه ، بأن يقال : إن منع الشارع عن بيع كالبائع الربوي يخرج عن صدق عنوان البيع عليه ، لأن سلب النقل شرعاً يوجب

عدم اعتبار العقلاء النقل والتبادل ، فصار موجبا لانقلاب الموضوع لا التخصيص الحكمي .

فحينئذ لو شككنا في اعتبار الشارع أمراً في المعاملات أو في منعه عن معاملة أو شككنا في أن الفسخ مؤثر لدى الشارع بصير الشكوك موضوعية لا يصح معه التمسك بعموم الأدلة وإطلاقها .

ففي المقام لو قلنا بأن البيع العرفي يصير بسبب الفسخ المؤثر شرعاً منسحاً ، ويصير اعتبار البقاء وعدم الانفساخ به بواسطة حكم الشارع منقلباً الى عدمه عرفاً تصير الشبهة مع الشك في التأثير موضوعية ، ولو قلنا ببقاء الاعتبار العرفي وأن الفسخ على فرض تأثيره شرعاً من قبيل التخصيص الحكمي خرجت الشبهة عن الموضوعية . ومع الشك في كونه من أي القيلتين تصير الشبهة أيضاً موضوعية .

ثم لا يبعد أن تكون الأمور الاعتبارية ملحقة بالتكوينية ، فان نهي الشارع وردعه عن معاملة لا يوجب سلب اعتبار العقلاء إياها ، كما ترى أن بيع آلات اللهو والخمر والبيع الربوي بيع حقيقة لدى العقلاء ، واعتبار النقل والانتقال حاصل ، والفرق بينها وبين الباطل الذي رجحنا خروجه عن عنوانه بالجعل الشرعي واضح ، فان الباطل هو ما لا أثر له مطلقاً ، ومع جعله مؤثراً تبدلت اللامؤثرية الى المؤثرية ، سيما مع تبعية أمة كبيرة عن الجاعل الشارع ، فلامعنى لصدق الباطل عليه مع كونه مؤثراً . وأما البيع ونحوه من المعاملات العقلانية فلا يتقوم إلا باعتبار التبادل لدى العقلاء ، وهو حاصل في محيط العقلاء ، ولا يمكن للشارع سلب اعتبارهم المنوط بالمبادئ التكوينية ، ومع عدم سلبه صدق العناوين المطلوبة عليه فالبيع الربوي بيع حتى في بلاد المسلمين ، وحكم الشارع بفساده لم يخرج عن التبادل العرفي ، فلا محالة يكون ردع الشارع بمنزلة التخصيص

كالتخصيص في الأحكام المتعلقة بالموضوعات التكوينية .

وربما يقال فراراً عن التخصيص وعن صيرورة الشبهة مصداقية بعد بيان أن موضوع الحكم ليس أمراً واقعياً حتى تكون موارد الاستثناء من قبيل تخطئة العرف ، بل هو اعتباري ، والمراد بالاعتبار هو اعتبار العرف الذي لا واقع له إلا ذلك ، ما حاصله : يبقى الكلام في كون تمام موضوع الحكم هو الشيء باعتبار العرف أو باعتبار الشرع ، وبعبارة أخرى هل المعتبر باعتبار العرف أخذ بنحو الموضوعية للحكم أو بنحو المعرفة لما هو كذلك باعتبار الشرع ؟ والصحيح هو الثاني ، إذ على الأول يلزم كون موارد الاستثناء تخصيصاً حكماً ، لا تقييد الموضوع وأخذ الموضوع العرفي في مقام الإثبات بنحو المعرفة للموضوع الشرعي ، للتلازم الذي يراه الشارع بين العهد العرفي والشرعي ، فيكون الاستثناء تخصيصاً في هذه الملازمة ، لا تخطئة لنظر العرف ، ولا تضييقاً لدائرة الموضوع الحقيقي ولا تخصيصاً حكماً ، انتهى .

وفيه - مضافاً الى أن هذا مجرد تصور وتخيل لا يساعده العرف والعقلاء ، ولا تساعده ظواهر الأدلة ، ضرورة أن موضوعات الأحكام في المقام كموضوعاتها في سائر المقامات ، فكما لا اصطلاح للشارع الأقدس في التكوينات لا اصطلاح له في الاعتباريات ، فليست العقود الشرعية غير العقود العرفية ماهية ومفهوماً ، والظاهر من الأداة ترتب الحكم على الموضوع العرفي في التكوينات والاعتباريات ، وأخذ الموضوع العرفي معروفاً الى الموضوع الشرعي مخالف للظواهر ، لأن أخذ كل عنوان موضوعاً للحكم ظاهر في موضوعيته ، والحمل على المعرفة يحتاج الى قرينة عقلية أو لفظية ومجرد استبعاد التخصيص لا يصير قرينة - أن أخذ الموضوعات العرفية معروفاً الى الموضوعات الشرعية لازمه عدم تعلق الحكم بالمعروف بالكسر

وتعلقه بالمعرف بالفتح ، فيرجع الأمر بالأخيرة الى وجوب الوفاء بالعقد الشرعي ، فعاد محذور التمسك بالعام في الشبهة المصدقية ، ضرورة حصول الشك في الموضوع من الشك في اعتبار أمر شرعي فيه ، ومن الشك في نفوذ الفسخ ، مع أن التخصيص في الملازمة المذكورة يلزم التضييق في الموضوع الحقيقي ، لأن الموضوع الحقيقي بعد تخصيص الملازمة إما موافق للموضوع العرفي وهو خلف ، أو مخالف له ، والمخالفة لا يمكن إلا بقيد موجب للامتياز .

مع أن جعل الحكم للموضوع الواقعي بمعرفة الموضوع العرفي لا يجتمع مع كون النظر الى جعل الملازمة ، لعدم إمكان الجمع بين النظر الآلي والاستقلالي ، ومع تسليم إمكانه لا بد من قيام قرينة عليه ، وإلا لا يحمل الكلام عليه .

ولو أراد بما ذكر أن الشارع لما رأى الملازمة بين الموضوع العرفي والشرعي علق الحكم على العرفي ، للتلازم المذكور لصار الاستثناء تخصيصاً حكماً ، وقد فرّ منه ، بل مع رؤية الملازمة واقعاً يكون الاستثناء نسخاً لا تخصيصاً .

ولو رجع كلامه الى أن الأحكام متعلقة بالموضوعات العرفية ويستكشف منه أن الموضوع الشرعي عين العرفي فهو صحيح معقول موافق للظواهر والاعتبار ، لكن لازمه التخصيص الحكمي ، وهو يفر منه ، والفرق بينه وبين سابقه أن في هذا الوجه لا يدعى ملاحظة الشارع التلازم بينهما ، وليست نكتة الجعل ذلك ، بل الجعل القانوني فيه كسائر المجعولات القانونية . نعم لو كان مفاد الأدلة جعل نفس الملازمة المذكورة ابتداءً أو الاخبار عنها كان الاستثناء تخصيصاً في الملازمة ، ويصح التمسك بالعام في مورد احتمال التخصيص ، لكنه خلاف الظواهر جداً .

فنهض مما ذكرناه أن الموضوعات الاعتبارية ملحقة بالموضوعات الخارجية ، نعم يفترقان من جهة أخرى ، وهي أن الخارجيات لا تختلف باختلاف الاعتبار ، وأما الاعتباريات فيمكن اختلافها باختلافه ، مثلاً يمكن أن يعتبر الشارع النقل والانتقال في خصوص البيع غير الربوي ، فيكون تخصيصاته تخصصات بملاحظة اعتباره ، وهو لا ينافي أن يكون التخصيص حكماً بلحاظ اعتبار العقلاء .

وبعبارة أخرى إن الحكم العام القانوني متعلق بالعقود العرفية ، وكانت الإرادة الجدية مخالفة للاستعمالية ، كما في سائر التخصيصات ، لكن لإخراج العقود باعتبار عدم اعتبار النقل فيها شرعاً ، فالاستثناء تخصيص حكيم بلحاظ محيط العرف ، وتخصص بلحاظ محيط الشرع واعتباره .

وهذا سالم من الإشكالات المتقدمة من غير لزوم التخصيص المستنكر أي تنفيذ اعتبار العرف موضوعاً ثم التخصيص حكماً ، وإن أمكن الذب عن الاستنكار بأن السكوت عن اعتبارات العرف وعدم الردع غير الاعتبار المستقل موضوعاً والتخصيص حكماً ، والمستبعد أو المستنكر على فرضه هو الثاني دون الأول .

ثم على ما ذكرناه يصح التمسك بالعام في مورد الشك في تأثير الفسخ لأن ما يضر بالتمسك به هو التخصيص العرفي لا الشرعي ، فالعام متبع مع الشك في التخصيص ، وإن كانت نتيجة التخصيص التخصيص بلحاظ الشرع .

وهاهنا وجه آخر لدفع إشكال الشبهة المصدقية ، وهو أنه لا ريب في أن تلك الأمور الاعتبارية لا واقعية لها إلا في أفق الاعتبار وإن كان اعتبارها اعتبار أمر في الخارج ، فتعتبر الملكية والزوجية خارجاً للمالك والزوج ، لكن لا يلزم منه كونها محققة مع قطع النظر عن الاعتبار .

كما أنه لا شبهة في أن ردع الشارع عن أمر اعتباري عقلائي لا يكون مؤثراً تكوينياً في رفع اليد عن اعتبارهم ، بل ربما يكون ردعه مؤثراً لأجل تحقق مباد وخصوصيات ، وربما لا يكون كذلك ، فمن الأول نكساح بعض المحارم الذي لولا ردع الشارع كان جائزاً لدى العرف ، والطلاق بشرائطه المقررة ، حيث تكون تلك الشرائط شرعية واتبع المسلمون الشريعة في الاعتبار ، ومن الثاني البيع الربوي وبيع آلات اللهو والقمار ونحوها مما يعتبرها العقلاء حتى بعد ردع الشارع ، وبالجملة ليس مجرد ردع الشارع موجباً لانقلاب اعتبار العقلاء ، ولو فرض تأثيره فلا إشكال في أن المؤثر هو الردع الواصل لا الواقعي ، فانه غير صالح لقطع اعتبارهم ، فلو فرض أن الشارع بحسب الواقع جعل الفسخ مؤثراً ولم يصل الى العقلاء لا ينقطع اعتبارهم لبقاء العقد ولو مع احتمال تأثيره شرعاً ، فالموضوع العرفي باق قطعاً ، والشبهة ليست مصداقية ، فيصح التمسك بالعام لدفعها .

إن قلت : ما الفرق بين المقام وعنوان الباطل حيث اعترفت بأنه مع احتمال كون الفسخ مؤثراً صارت الشبهة مصداقية في قوله : « لا تأكلوا

أموالكم بينكم بالباطل » (١) ؟

قلت : الفرق أن الباطل عنوان انتزاعي عن منشأ واقعي ، وعناوين المعاملات أمور اعتبارية لا انتزاعية ، فللباطل واقعية بواقعية منشأ انتزاعه وهو ما لا أثر له بحسب الواقع وبحسب جعل العقلاء والشارع ، فان كان شيء ذا أثر واقعاً ولو بنظر طائفة من العقلاء أو بحسب جعل الشارع الأقدس لا يكون باطلاً ولغوياً ، بل يكون حقاً ، وهذا أمر واقعي تصير الشبهة مع احتمال تحققه مصداقية .

وبالجملة الباطل ما هو مسلوب الأثر بالسلب الكلي واقعاً ، وماله أثر جزئي معتد به لا يكون باطلاً ولغوياً ، فللباطل وجود واقعي ولو بوجود

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٩ .

منشأه مع قطع النظر عن اعتبار العقلاء ، بخلاف الأمور المتقومة بالاعتبار فان واقعتها به ، فلا يدفع الاعتبار العقلاني باحتمال الردع ، بل لا يدفع كثيراً ما بوصول الردع أيضاً كما أشرنا إليه .

ومما استدل به للمطلوب قوله صلى الله عليه وآله : « المؤمنون عند شروطهم » (١) وقد مر البحث فيه من بعض الجهات ، وتقدم عدم ثبوت صدق الشرط على القرار الابتدائي ، وعلى فرض شموله له فشموله لمثل البيع وسائر العقود محل إشكال ، بل الظاهر عدم صدقه عليه ، نعم لا يبعد القول بالقضاء الخصوصية عرفاً وبمناسبة الحكم والموضوع عن الشروط الضمنية ، وإسراء الحكم الى البدوية ، بل الى مطلق القرار كما مر ، فيشمل الحكم للعقود والشروط الابتدائية على تأمل .

ثم إن تلك الجملة إخبارية بداعي الانشاء ، والاختبار بالوقوع في مثل المقام لا يصح إلا مع دعوى عدم تخلف المأمور عن الإيجاد ، وبعبارة أخرى إن الاختبار بالوقوع مبني على دعوى الوقوع ، وأن المخبر به لا بد من تحققه لسد الأمر جميع أنحاء عدمه ، فكأنه مدع بأن المؤمن لا يتخلف عن قوله ، وهذا الادعاء لا يصح إلا مع كون المسلم ملزماً بإيقاعه ، فيفهم منه لزوم الإيجاد بنحو أبلغ .

وهذا نظير قول المولى لعبدته : تذهب الى السوق وتشتري كذا ، إذ هو إخبار بداعي البعث على نحو بليغ ، ومبني على دعوى التحقق وعدم التخلف ، بدعوى أن مطلوبه غير قابل للمخالفة ، فما قيل : من أن قوله (ص) « المؤمنون » الخ لا يدل إلا على الرجحان غير وجيه ، هذا مع قطع النظر عن تمسك الأئمة عليهم السلام به ، وإلا فالأمر أوضح .
ثم إن الظاهر منه هو إيجاب العمل على طبق الشروط لا إبقاؤها

وعدم فسخها وعدم الرجوع عنها ، كما قلنا في الوفاء بالعقود ، فيكون مفاده كمفاده ، وطريق الاستدلال به نحوه على ما مر من الوجوه ، فالالزام على العمل على طبق الشرط دليل على خروج زمام أمره عن يده عرفاً ، فراجع ما مر في الآية حتى يظهر وجه استفادة الحكم الوضعي أي الصحة والنفوذ ، والتكليفي أي وجوب الوفاء واللزوم أيضا .

ويظهر من الروايات الواردة في باب الشروط تلك الأحكام الثلاثة كصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سمعته يقول : من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ، ولا يجوز على الذي اشترط عليه ، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عز وجل » (١) حيث تدل على الحكم الوضعي أي النفوذ ، وكموثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام « إن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول : من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به ، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » (٢) وهي تدل على الحكم التكليفي والوضعي ، أي الصحة والنفوذ ، وتدلان على أن قوله عليه السلام : « المسلمون » الخ يدل على الوضع والتكليف ، ويمكن استفادة اللزوم من موثقة منصور بن يونس عن أبي الحسن عليه السلام في باب المهور (٣) . واستدل للمطلوب بقوله تعالى : « أحل الله البيع » (٤) وقد مر

أن فيه احتمالين : أحدهما أن يكون المراد به حلية ما حصل ، أي الربح بقريئة الصدر والذيل ، وعليه لا يعد إطلاقه بأن يقال : إن حل ما حصل باعتبار حل التصرفات ، وإطلاقه يقتضي حليتها حتى بعد الفسخ ، وهو

(١) و (٢) الوسائل - الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ١ - ٥ .

(٣) الوسائل - الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ .

(٤) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٧٥ .

مساوق للزوم ، وثانيهما أن المراد تحليل البيع غير الربوي مقابل
تحريم الربوي .

وقد ذكرنا أنه ليس منظور من قال : « إن البيع مثل الربا »
التسوية بين الانشاءين والبيعين بعنوانها ، بل المراد التسوية بينهما في حصول
الربح والزيادة دفعاً لعار أكل الربا ، ففني التسوية أيضاً بهذا اللحاظ ، فيرجع
المقصود الى نفيها في حصول الربح ، فتكون الآية بصدد بيان حلية المال
الحاصل ، فيكون لها إطلاق من هذه الجهة ، وهذا أيضاً غير بعيد ، وإن
لا يخلو من تأمل وخذشة .

ثم إن الخدشة فيه بالشبهة المصدقية كالخدشة في الآية المتقدمة ،
والجواب الجواب .

ثم إن ما ذكرناه في تقرير الأصل في صدر البحث هو استصحاب
الملكية ، وأما استصحاب بقاء العقد فلم نعرض له وفي المقام يمكن إجراؤه
لتنقيح موضوع « أوفوا بالعقود » وغيره ، وكيف كان لا إشكال في أن
الأصل لزوم عقد المعاظة حسب القواعد .

بقي الكلام في حال ما تمسك به في الباب على خلاف القواعد والأدلة
المتقدمة ، أما الأصل أو الأصول التي تمسك بها صاحب الرياض والجواهر
فلا وقع لها في المقام بعد الأدلة الاجتهادية ، ولعل تمسكهم بها مبني على
زعم عدم دلالة الأدلة المتقدمة .

وأما الأخبار فمنها - رواية خالد بن الحجاج (أو نجيح) قال :
« قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يجيء فيقول : اشتر هذا الثوب
وأربحك كذا وكذا ، قال : أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ ؟ قلت :
بلى ، قال : لا بأس به ، إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » (١)

(١) الوسائل - الباب ٨ من ابواب أحكام العقود الحديث ٤ .

ومنها - صحيحة الحلبي قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثاً وللبرق ثلثاً ، قال : لا ينبغي أن يسمي شيئاً ، فانما يحرم الكلام » (١) ونحوها غيرها .

والظاهر من قوله عليه السلام : « يحلل الكلام ويحرم الكلام » مع الغض عن صدره ومورده أن طبيعة الكلام توجب الحلبة والحرمه ، ومقتضى إطلاقه أعينتها من التكليفية والوضعية ، لما ذكرنا سابقاً من عدم اختلاف مفهوم الحل والحرمه في التكليف والوضع ، كما أن مقتضى إطلاقه كونه محلاً ومحرمًا بلا وسط ومع الوسط ، فالمحلل تكليفاً بلا وسط كتحويل صاحب الأمة إليها للغير وطءاً أو غيره ، ومع الوسط كعقد النكاح الذي يوجب تحقق الزوجية ، وبها تحل الاستمتاع ، والمحرم بلا وسط كالظهار ، ومسح الوسط كالطلاق الذي يوجب قطع الزوجية ، ومع تحريم الاستمتاع ، والمحلل الوضعي كالعقود الصحيحة التي توجب نفوذ المعاملات وتحقق النقل ومحرمه كالشرط المنفسد للعقد .

ولما كان الظاهر أن موضوع الحكم نفس طبيعة الكلام كان مقتضى الإطلاق شموله للكلام الذي محلل ومحرم معاً ، كالفسخ الذي يوجب ترادف العينين فيحرم المثلث على المشتري ، ويحلله للبائع ، وفي الثمن بالعكس ، أو محلل فقط ومحرم كذلك .

بل مقتضى إطلاقه شموله لكلام الشارع أيضاً ، فحينئذ يكون نفوذ المعاوضة وصحتها ومحللتها وضعاً بواسطة الكلام ، وهو قوله : « أوفوا بالعقود » ونحوه ، فكلامه في مقام التشريع تارة يكون محلاً وتارة يكون محرمًا مع الوسط أو بلا وسط ، وتوهم أن كلامه لم يكن سبباً لها بل كاشف عن إرادته ورضائه ناشئ من قياس الله تعالى بغيره من المخلوقات

(١) الوسائل - الباب ٨ من كتاب المزارعة والمساقاة الحديث ٤ .

ولو أريدت الارادة التشريعية فهي ملازمة للتشريع ، ولم تكن نفسها محملة أو محرمة .

وبالجمله لا سبيل لانكار المحللات والمحرمات التشريعية ، فعليه تكون المعاطة نافذة لأجل الكلام المحلل لها وضعاً ، فعليه لا يلزم تخصيص الأكثر في قوله عليه السلام : « انما يحلل الكلام » كما أفاد الشيخ الأعظم لأن كلية المحرمات والمحللات ترجع الى سببية الكلام لها .

ولو قيل : منطوق قوله عليه السلام : « انما يحلل » الشيخ معارض لمفهومه في نحو المعاطة ، لأن مقتضى المنطوق على فرض إطلاقه لما ذكر نفوذ المعاطة ، ولما كانت هي غير الكلام لا تكون محملة ، فالفعل لا يكون موجباً لتحقيق المعاملة ونفوذها ، يقال : إن الاشكال وارد على مسلك القوم أيضاً ، فان البيع لفظاً محلل ، أي ألفاظه سبب لحلية المعاملة ونفوذها ، وبعد تحقق النقل يكون ذلك أي النقل سبباً للحلية التكليفية والحرمة التكليفية دون البيع ، فالبيع سبب للنقل ، والنقل سبب لها ، فيقع التعارض المذكور . والجواب عن الاشكال - مضافاً الى أن المعارضة من قبيل المقتضي واللامقتضي ، ضرورة أن مقتضى المفهوم عدم اقتضاء غير اللفظ للتحليل والتحريم ، لا اقتضاؤه لنفي التحليل كما لا يخفى - أنه لو دار الأمر بين رفع اليد عن الاطلاق أو حمل المفهوم على أنه لم يكن محملاً بذاته ، وهو لا ينافي أن يكون كذلك لأجل الكلام الجامع له محملاً ، فالترجيح للثاني ، بل مع كون المحلل والمحرّم يرجع الى الكلام بالأخرة ولو مع الوسط يدفع المنافاة .

- ثم إن مقتضى الظهور اللفظي والسياقي سببية كل من المحرم والمحلل للتحريم والتحليل على نسق واحد، أي يكون كل منهما سبباً مؤثراً في مسببه على ما تتصور السببية والمسببية في مثل المقام ، والتفكيك بينهما خلاف

الظاهر جداً .

فما أفاده الشيخ الأنصاري (قدّه) من الاحتمالات الأربعة أو الخمسة كلها خلاف الظاهر ، أما غير الأول فظاهر ، إذ لازم الجميع ارتكاب خلاف الظاهر لفظاً وسياقاً ، فإن الظاهر من محرمية الكلام أن يكون مؤثراً في التحريم ، فالعقود الفاسدة كقولها ملكتك بضعي خارجة عن محط الرواية لأنها لغو غير مؤثرة ، فلا تكون محللة ولا محرمة ، وحمل ما وردت في المزارعة على ذلك غير وجيه ، كما يأتي .

كما أن مقتضى وحدة السياق كون المحللية على وزان المحرمية ، فالتفكيك خلاف ظاهر آخر كما أن عدم الكلام لا يؤثر في شيء ، لا أنه يؤثر في المحرمية ، مع أن حمل الكلام على عدمه من أغرب المحامل ، والاشكال المتقدم وارد على الثالث والرابع مع إشكال آخر في الأخير ، وهو تفكيك لازم فيه .

وأما الوجه الأول فيرد على ظاهره أن تقييد الكلام في الفقرتين باللفظ الدال على التحليل والتحريم الظاهر في الدلالة الوضعية اللفظية كحلت أو حرمت بلا وجه ، وخلاف ظاهر الرواية ، إلا أن يراد به ما هو أعم من ذلك ، فلا كلام فيه ، إلا أنه خلاف ظاهره .

هذا مع الغض عن صدر الرواية ، وأما بالنظر إليه فالظاهر من قول السائل في رواية خالد أن سؤاله لم يكن من حيث قول القائل : « اشتر هذا الثوب » الخ ، بل من حيثية أخرى المتفاهمة من كلامه ، وهي أن اشتراء الثوب وأخذ الربح المذكور جائز أولاً ؟ فأجاب عليه السلام بأنه مع كونه مختاراً في الأخذ والترك لا بأس به ، وهو كناية عن عدم تحقق البيع الملزم عرفاً ، وفي مقابله الذي فيه بأس ما إذا سلب الاختيار منه ، والمراد به تحقق البيع الذي هو ملزم عرفاً ، وقوله عليه السلام : « إنما

يحلل الكلام « الخ كناية عن البيع السالب للاختيار عرفاً ، وليست العناية باللفظ مقابل المعاطاة ، بل العناية بالبيع السالب له مقابل اختياره ، ومعه لا يستفاد منه ما هو المدعى من اعتبار اللفظ في التحريم والتحليل ، ولا بأس يجعل الكلام كناية عن مطلق البيع في المقام ، لقلة تحقق المعاطاة في بيع ما ليس عنده .

مضافاً الى أن المراد بالكلام في المقام ليس نفس الطبيعة ، ضرورة أنها قد تحققت بالتناول ، فالمراد به كلام خاص ، وبقرينة المقام يكون المراد هو البيع الخاص ، أي بيع ما ليس عنده ، فكأنه قال : لما لم يقع البيع الخاص لا بأس بأخذ الربح ، فان البيع بعد الشراء ، وما فيه بأس هو البيع قبل الشراء وأخذ الربح ثم الشراء ، فعليه لا تكون الرواية دالة على حصر المحلل والمحرم في اللفظ .

ويشهد لما ذكر بعض الروايات في باب بيع ما ليس عنده كصحيحة منصور (١) وغيرها ، هذا ولكن سيأتي التحقيق في مفاد الحديث صدرأ وذيلأ في الفصولي ، فانتظر .

ثم إن في دلالة « انما » على الحصر كلاماً وإشكالاً ، تعرضنا له في مقامه . وأما صحيحة الحلبي ونحوها فظاهرها أن شبهة السائل كانت في جواز اشتراط الثلث للبذر والثلث للبقر من غير نظر الى كون الاشتراط باللفظ أو بغيره ، فتكون العناية في الجواب بمحرمة الشرط الكذائي لا عدم كون غير اللفظ محرماً ، فهي قرينة على أن المراد بالكلام هو الكلام الخاص ، أي الاشتراط ، نعم لو كان غرضه السؤال عن صحة نية كون الثلث للبذر كان المناسب في الجواب حصر المحرم في اللفظ على إشكال فيه أيضاً ، وأما المناسب لشبهته ببيان أن الشرط محرم ، وهو لا يناسب الحصر .

(١) الوسائل - الباب ٨ من ابواب أحكام العقود الحديث ٦ .

وربما يتمسك بروايات أخر لاعتبار اللفظ لا دلالة في شيء منها بوجه ، بل ولا إشعار فيها لذلك ، منها - ما تمسك بها الشيخ الأعظم (قده) وادعى إشعارها به ، كرواية يحيى بن الحجاج - الموثقة على احتمال غير بعيد - قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي : اشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا ، قال لا بأس بذلك اشتراها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها » (١) .

قال الشيخ : « إن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري » انتهى ، وهو حق لكن لا يفيد شيئاً ، ولا يوجب إشعارها باعتبار اللفظ ، لأن الإيجاب والاستيجاب لا يلزم أن يكونا باللفظ فإن اللفظ لا يدل على الإيجاب بمفهومه وعنوانه ، وإنما يطلق عليه الإيجاب إما باعتبار أن لفظ البيع علة لثبوت معنى اعتباري أو باعتبار كونه علة للالتزام ، وبأيها يطلق على اللفظ يصح إطلاقه على المعاطاة ، فلا إشعار فيها بأن الإيجاب والاستيجاب باللفظ .

بل يمكن دعوى أن إطلاقها يقتضي صحة المعاطاة لو كانت بصدد البيان من هذه الجهة ، بل لقائل أن يقول : إنه مع تسليم أن المراد بالاستيجاب هو البيع بالصيغة يكون مقتضى مقابلة الاشتراء للاستيجاب وعطفه بلفظة « أو » أن المراد به هو الاشتراء معاطاةً ، فتدل على صحتها . لكن الانصاف أن العناية بعدم إيقاع البيع قبل اشترائه من غير نظر إلى اللفظ وغيره ، فلا دلالة ولا إشعار فيها لما ذكره .

وكرواية العلاء قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يبيع البيع فيقول : أبيعك بده درازده أو ده بازده ، فقال : لا بأس ،

(١) الوسائل - الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٣ .

انما هذه المراوضة ، فاذا جمع اليه البيع جعله جملة واحدة « (١) .
 وأنت خبير بأنه لا إشعار فيها لما ذكره ، إلا أن يراد بقوله (ع) :
 « جملة جملة واحدة » لفظة واحدة على أن يراد بالجملة اصطلاح النحاة
 وهو كما ترى ، ضرورة أن المراد به جعله مبيعاً واحداً ، وحاصل المراد
 أن المقولة لا بأس بها ، لكن إذا عزم البيع بابعه جملة واحدة ، أي سلعة
 واحدة ، مضافاً الى أن العناية فيها بأمر آخر غير اعتبار اللفظ .
 ومنها - روايات وردت في بيع المصحف ، كرواية سماعة عن
 أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن بيع المصاحف وشرائها ، فقال :
 لا تشتري كتاب الله ، ولكن اشتر الحديد والورق والدفين ، وقل : اشترى
 منك هذا بكذا وكذا » (٢) .

ويمكن تقريب الاستدلال بها بأن قوله عليه السلام : « قل اشترى » الخ
 ظاهر في الوجوب الوضعي الشرطي ، فيدل على اعتبار اللفظ فيه ، وبالقائه
 الخصوصية يسري الحكم الى مطلق البيع ، بل وسائر المعاملات .
 وفيه - مضافاً الى أن قوله عليه السلام : « قل : اشترى » الخ
 لا دلالة فيه على أن المراد به الإيجاب وإيقاع المعاملة كذلك ، بل لعله
 الظاهر في المقولة قبل البيع من غير نظر الى إيقاعه باللفظ أو بالمعاظة -
 أن في مثل المجموع الذي يراد ببيع بعضه لا بد من ذكر ما يقع عليه البيع
 لدفع الجهالة ، ففي مثله لا يمكن أو يشكل المعاظة ، فاعتبار اللفظ في مثله
 لا يدل على اعتباره في غيره ، مع أن العناية فيها بعدم بيع المصحف وبيع
 الحديد ونحوه ، وليست العناية بإيقاعه باللفظ ، فقوله عليه السلام :
 « قل : اشترى منك » الخ كناية عن إيقاع البيع كذلك ، أو بيان لذلك ،

(١) الوسائل - الباب ١٤ من ابواب أحكام العقود الحديث ٥ .

(٢) الوسائل - الباب ٣١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٢ .

ولا يراد به وجوب التلفظ .

ومنه يظهر الكلام فيما وردت في المزارعة كصحيحة عبد الله بن سنان أنه قال : « في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره ، فيقول : ثلث للبقر وثلث للبئر وثلث للأرض ، قال : لا يسمى شيئاً من الحب والبقر ، ولكن يقول : أزرع فيها كذا وكذا ، إن شئت نصفاً وإن شئت ثلثاً » (١) لأن تقريب الدلالة وردّه كما تقدم .

وكذا الحال فيما وردت في جواز بيع الثمار قبل بدو الصلاح مع الضميمة فراجع (٢) وأما رواية اشتراء الطن من القصب (٣) وغيرها فلا ينبغي توهم إشعارها .

بقي الكلام في دعاوي الاجماع أو الشهرة ، فلا بد من ملاحظة كلمات القوم حتى يتضح الحال .

قال شيخ الطائفة في الخلاف مسألة (٥٩) : « إذا دفع قطعة الى البقلي أو الى الشارب وقال : اعطني بقلًا أو ماءً فأعطاه فانه لا يكون بيعاً ، وكذلك سائر المحقرات ، وإنما يكون اباحة له يتصرف كل واحد منها فيما أخذه تصرفاً مباحاً من غير أن يكون ملكه ، وفائدة ذلك أن البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لها ذلك ، لأن الملك لم يحصل لها ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يكون بيعاً صحيحاً ، وإن لم يوجد الايجاب والقبول ، قال ذلك في المحقرات دون غيرها ، دليلنا : أن العقد حكم شرعي ولا دلالة في الشرع على وجوده هاهنا ، فيجب أن لا يثبت ، فأما الاستباحة بذلك

(١) الوسائل - الباب ٨ من كتاب المزارعة والمساقاة الحديث ٥ .

(٢) الوسائل - الباب ٣ من ابواب بيع الثمار الحديث ١ .

(٣) الوسائل - الباب ١٩ من ابواب عقد البيع الحديث ١ .

فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها « انتهى .
الظاهر أنه أراد نفي البيع شرعاً ، لبعده لإرادة نفي البيع العرفي ،
ضرورة صدق البيع على المعاطاة عرفاً ، فإن بيع المعاطاة بأقسامها كان
متعارفاً شائعاً من زمن قديم ، وكان مقدماً عهداً على البيع بالصيغة ،
فلا أظن بمثل الشيخ إنكار الصدق عرفاً ، ولو لا ذيل كلامه لكان من
المحتمل قريباً لإرادة قسم خاص نادر من التعاطي ، وهو ما أريدت به
الإباحة بعد ظهور نفي البيع في نفيه عرفاً .

ويشهد له قوله : « وإنما يكون إباحة له يتصرف كل منها فيما
أخذه » الخ ، لأن الإباحة من باب الأفعال لا بد فيها من المبيع والمباح له
سواء مع تفريع « يتصرف كل منها » الخ عليها ، لكن ذيل كلامه
شاهد على إرادته سلب البيع الصحيح الشرعي ، كما يشهد به مضافاً إلى
ذلك نصه في المبسوط بأنه ليس بعقد صحيح هو بيع .

ثم إن الظاهر من استدلاله على مطلوبه أي عدم كونه بيعاً بأن العقد
حكم شرعي ، ولا دلالة في الشرع على وجوده ، وتخصيصه بالإجماع بثبوت
الإباحة عدم تحقق الإجماع في الحكم الأول في عصره ، وإلا لاستدل به
لا يفقد الدليل ، ضرورة أنه مع وجود دليل قطعي كالإجماع أو دليل
لفظي من طريق أصحابنا على البطلان لا معنى للتمسك بفقد الدليل للفساد
بل لو كان دليل على الفساد من طرق العامة لأشار إليه ، كما هو دأبه ،
مع أن من سيرته في كتاب الخلاف التمسك بإجماع أصحابنا كلما تحقق ،
فعدم دعواه في خصوص هذا الكتاب دليل على عدمه .

أضف إليه أن ترك دعوى الإجماع في نفي البيع الذي عقد للبحث
وعنون المسألة له ودعواه فيما ذكره تطفلاً وتفرعاً شاهد أيضاً على عدم الإجماع
في عصره ، ولم يبق دليل على بطلانه عنده .

وعلى هذا لا يصح الاتكال على دعوى إجماع الغنية فضلاً عن دعوى من تأخر ، مع ما في إجماعات الغنية من الكلام .
 مضافاً إلى أن أعظم الأصحاب كابن ادريس والعلامة، بل وغيرهم (قدمهم) حتى قدماء أصحابنا لم يظهر منهم دعواه ، بل ظاهر العلامة أن القول بكفاية التعاطي في الحقيير وغيره كان قولاً معروفاً حيث قال : « الأشهر عندنا أنه لا بد من الصبغة » فما عن الشهيد (قده) في القواعد - من أنه يفيد الإباحة لا الملك عندنا - غير معتمد بعد ما عرفت ، مع أنه إشعار بدعوى الإجماع .

فالانصاف أن المسألة كانت من المسائل الاجتهادية منذ عصر المفيد والشيخ ومن تأخر عنهم (قدمهم) ولهذا تراهم يستدلون عليها بالأدلة والأصول : كفقدهم الدليل على الصحة ، وأصالة بقاء الملك ، وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد ، وأن الإيجاب والقبول ما حصل ، فما حصل البيع إلى غير ذلك ، مع أن المحقق الثاني (قده) ادعى أن المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم يكن كالعقد في الزوم .
 ثم إنه قد يقال بأن نظر شيخ الطائفة (قده) وغيره ليس في بطلان المعاطاة مطلقاً ، بل في بطلانها إن تأخر الإيجاب عن القبول ، كما يظهر من مثاهم ، لكنه غير وجيه ، يظهر ذلك من التأمل في كلماتهم ، فإن الظاهر من الخلاف أن المقصود مطلق المعاطاة ، بدليل ذكر قول أبي حنيفة واستدلاله بعدم حصول الإيجاب والقبول ، وهو ظاهر في عدم تحققه لعدم تحقق شرطه ، كما يظهر ذلك من المبسوط أيضاً ، بل كلام ابن زهرة في الغنية وكلمات العلامة كالصريح في ذلك ، والأمر سهل .

تنبيهات

الأول :

هل يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر في البيع بالصيغة وكذا الشرائط
المعتبرة في العوضين وغيرهما ، وتلحق بها الأحكام الملحقة بالبيع بالصيغة
كالخيارات ، أو لا يعتبر فيها شيء منها ، ولا يلحق بها حكم من أحكامه
أو يفصل بين الأقسام المتصورة في المعاطاة ، وكذا بين الشرائط والأحكام ؟
ولابد في إتصاح ذلك من البحث في الأقسام المتصورة فيها .

فمنها - أن يكون التعاطي بعنوان إباحة التصرفات إما مطلقاً أو التصرف
في الجملة ، لا أقول : إن ما في يد العقلاء من المعاطاة كذلك ، حتى يقال :
إنه خلاف الواقع ، بل أقول : لو فرض إيقاعها كذلك هل يعتبر فيها
ما يعتبر في البيع بالصيغة ، ويلحقها ما يلحقه ؟

لابد مقدمة من بيان أمر ، وهو أنه هل تكون إباحة جميع التصرفات
أي كل ما يكون للمالك لشخص مستلزماً لانتزاع ملكيته ؟ بأن يقال : إن
المالك في نظر العقلاء إنما يعتبر بلحاظ الآثار ، ولا يعتبره العقلاء فيما
لا أثر له مطلقاً ، فكما أن سلب مطلق الأثر عن شيء بالنسبة إلى شخص
يوجب سلب ملكيته وعدم اعتبارها له ، لأن اعتبارها بلحاظ الآثار .
فما لا أثر له مطلقاً لا حالاً ولا استقبالياً لا يكون ملكاً في اعتبارهم ،
كذلك إثبات جميع آثار الملكية لشخص يوجب اعتبارها له ، فإذا أباح
المالك جميع التصرفات التي هي له لغيره يكون ذلك عبارة أخرى من التملك
بحيث لو صرح مع ذلك بعدم التملك يعد تناقضاً ، فترجع تلك الإباحة

المطلقة في مقابل الاباحة كذلك الى التمليك بالعرض ، وهو عبارة أخرى عن البيع ، فيكون حالها حال بعض الأقسام الآتية .

لكن التحقيق أن هذه الاباحة لا ترجع الى التمليك ولا تنتزع الملكية منها عرفاً ، فان إباحته كذلك لا ترجع الى سلب أنحاء التصرفات عن المالك ولهذا تصح الاباحة المطلقة لأشخاص متعددة ، مع أن ملكية تمام شيء لا تعقل لأكثر من واحد ، كما أن إباحته كذلك لا توجب سلب جميع الآثار عن نفسه ، فيجوز له المنع عن تصرفاته والرجوع عن إباحته ، ومعه لا تسلب علاقة ملكيته .

إلا أن يقال بالفرق بين الاباحة بلا عوض ومع العوض ، فيلتزم بسلب الملكية عن المبيع وثبوتها للمباح له في الاباحة المطلقة المعوضة ، وسيأتي الكلام فيها .

ثم لو قلنا بأن الاباحة المطلقة وغيرها لا تفيد إلا صيرورة الشيء مباحاً لا ملكاً يقع الكلام في أنه هل يعتبر في المعاطاة كذلك ما يعتبر في البيع بالصيغة من شرائط نفس البيع فيما يمكن اعتباره في المعاطاة كتقدم الايجاب على القبول وكالتوالي بينهما؟ قد تمسك الشيخ الأنصاري (قده) لنفي اعتبارها بدليل السلطنة ، وقد تقدم في محله عدم صلاحية دليلها لنفي الشكوك الراجعة الى الأسباب .

نعم يمكن التمسك له بمفهوم « فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه » (١) وبالاستثناء في موثقة سماعة (٢) وغيرها : « لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه » بناء على إطلاق المفهوم والمستثنى فان الظاهر حينئذ أن تمام الموضوع لجواز التصرف وحل مال الغير هو الاذن

(١) الوسائل - الباب ٣ من ابواب الأنفال الحديث ٦ .

(٢) الوسائل - الباب ١ من ابواب القصاص في النفس الحديث ٣ .

وطيب النفس ، فإذا طابت نفسه يحل ماله من غير دخالة شيء آخر فيه فإذا شك في توقف الحلبة على شيء آخر غير ذلك يدفع باطلاقها ، ولا يرد عليه ما برد على دليل السلطنة ، كما هو واضح لدى التأمل .

نعم يمكن التشكيك في إطلاقها بدعوى أن القائل بصدد بيان المنطوق والمستثنى منه ، ويمكن تقريب إطلاقها بأن الحكم بعدم جواز التصرف في مال الغير بلا إذنه وجوازه باذنه وكذا الحكم بعدم حلته بغير طيبة نفس منه وحلته مع طيبته ليس من الأحكام التعبدية ، بل من الأحكام العقلية ولدى العقلاء أيضاً عدم الحل بلا طيب نفس المالك والحل معه ثابت من غير دخالة شيء آخر فيه .

وعليه فلا يتقدح في ذهن العرف من الروايات إلا ما لديهم ، فيستكشف منه أن طيب النفس تمام الموضوع للحل من غير دخالة شيء آخر فيه ، وبه يدفع الشك في اعتبار الشرائط المعتبرة في البيع فيها ، كتقدم الإيجاب على القبول وكذا ما يشك في اعتباره في المتعاملين أو العوضين ، كعدم الجهالة بهما أو بأحدهما ، وكاعتبار التقابض في الصرف والتساوي في المكيل والموزون ، ولا دليل على اعتبارها في المعاوضة المذكورة ، لأن دليل النهي عن بيع الغرر (١) غير شامل لها موضوعاً ، والنهي عن مطلق الغرر غير ثابت ، مع أنه منصرف إلى المعاوضة بين الأموال ، ولا يشمل نحو الإباحة المقابلة للإباحة ، وأدلة اعتبار التقابض مخصوصة ببيع الصرف والمورد خارج عنها موضوعاً ، ولو سلم التعدي إلى غير البيع فلا وجه للتعدي إلى مثل المقام ، ودليل حرمة الربا مخصوص بالتقابل بين العينين كقوله : الذهب بالذهب مثلاً بمثل ونحوه .

والآيات الكريمة المربوطة بالربا لا إطلاق فيها حتى يشمل غير البيع

(١) كتر العمال - ج ٢ - ص ٢٠٨ - الرقم ٤٤٥٧ و ٤٤٥٨ .

فضلاً عن المقام ، وأما الأحكام المتعلقة بالبيع نحو الخيارات فعلم شمولها للمقام واضح .

هذا كله في المعاطاة التي يراد بها الإباحة مطلقة أو غيرها ، وأما ما يراد بها التملك فمع عدم حصول الملك بها وحصول الإباحة فإن قلنا بأن الإباحة الحاصلة لإباحة مالكية متحققة في ضمن التملك كما قيل فحكمها كالصورة السابقة ، لانصراف الأدلة عن مثلها لو لم نقل بنحوها موضوعاً عن البيع ، وإن قلنا بعدم إباحة مالكية بل الشارع بعد القاء ما قصده المتبائع حكم تبعداً بالإباحة ، فلا دليل على أن المعاطاة مع فقد الشروط موضوعة للحكم بها ، فلا بد من الرجوع الى السيرة ، والأخذ بالقدر المتيقن منها ، وسيأتي الكلام فيها .

وأما ما دل على اعتبار شيء في البيع أو تعلق حكم بعنوانه فالظاهر انصرافه عن مثل هذه المعاطاة التي لا تؤثر على طبق قصد المتبائعين ، مضافاً الى أن ظاهر أدلة الخيارات غير مثلها ، والأمر سهل في هذه الفروض المخالفة للواقع .

وأما الصورة التي هي وافقة لعمل العقلاء وسيرتهم ، وكذا تكون مقتضى الأدلة المتقدمة ، وهي أن المعاطاة بيع صحيح شرعاً وعرفاً سواء قلنا بلزومها أم جوازها ، فالظاهر اعتبار الشروط التي دل دليل لفظي على اعتبارها في البيع فيها مع تمامية مقدمات الاطلاق .

وأما ما ثبتت شرطيتها بالاجماع أو الشهرة فلا يصح إثباتها للمعاطاة ضرورة أن المجمعين كلماتهم مختلفة في المعاطاة ، فكثير منهم نفوا عنوان البيع عنها ، ومعه كيف يمكن إثباتها بها فيها .

وأما الخيارات فالظاهر ثبوتها بأدلتها لها على القول بلزومها ، لاطلاق أدلتها ، وعقلانية بعضها إلا ما كان ثبوته بالدليل اللفظي ، وبناء على عدم

اللزوم فلا يبعد أيضاً ثبوتها للاطلاق ، ولا يلزم منه اللغوية سيما مع صيرورتها لازمة بتلف أحد العوضين ، كما أن جعل الخيارات المتعددة غير مستلزم للغوية وتحصيل الحاصل بعد إمكان سقوط بعض وبقاء بعض ، بل على مسلكنا من الفرق بين الأحكام والخطابات القانونية وغيرها يدفع إشكال اللغوية في أمثال المقام ، وأما قضية اجتماع المثليين فهي كما ترى .

ثم إن ما ذكروا من ثبوت جميع شرائط العقد في المعاطاة بناء على لزومها إلا الصيغة فقط وأرسلوه إرسال المسلمات غير وجيه ، ضرورة أن ما لدى العقلاء من المعاطاة لا يعتبر فيها كثير من الشروط التي اعتبرها الفقهاء في البيع بالصيغة ، كالتوالي بين الإيجاب والقبول ، مع أن بناء العرف في المعاطاة على خلافه ، كما أن الشروط التي ثبتت بالاجماع لا يمكن اثباتها لها ، ولو على القول بصحتها ولزومها وكونها كسائر البيوع ، لما أشرنا إليه آنفاً .

الثاني :

كما تتحقق المعاطاة بتعاطي الطرفين كذلك تتحقق باعطاء طرف واحد بحيث يكون إعطاؤه وأخذه كالتعاطي موجبين لتحقيقها .

وقد يقال بعدم تعقل توقف المعاطاة المقصود بها المبادلة على العطاء من الطرفين ، بل لا بد في تحققها من الاعطاء والأخذ لطرف واحد ، لأن الآخذ إن أخذ العين المنشأ باعطائها التملك منشأ به القبول لما ملكه المعطي تتم به المعاملة ، ويكون إعطاء الثمن بعدها وفاءً ، وإن لم يكن منشأ لقبول ما ملكه الأول لم يجد إعطاؤه ولو بقصد المعاوضة ، لأن الاعطاءين المستقلين كالإيجابين كذلك في عدم انعقاد المعاملة بهما ، وكان كل منهما

ناقصاً بلا قبول ، فالعطاءان من الجانبين تملكان مستقلاً لا تملك واحد معاوضي .

وفيه مضافاً الى إمكان أن يقال : إن ماهية البيع مبادلة مال بمال وهي قد تتحقق بالإيجاب والقبول ، وقد تتحقق بإنشاء المبادلة والمعاوضة بين المالكين من غير احتياج الى القبول بعنوانه ، فلو أنشأ وكيل المتعاملين التبادل بين المالكين فقال بادلت بينهما تقع المبادلة ، وهي ماهية البيع المتحققة بسبب آخر أيضاً ، وهو الإيجاب والقبول .

وبالجملة ليس الإيجاب والقبول بعنوانها مقومين لماهية البيع ، بل هما من أسباب تحققها ، كما أن إنشاء المبادلة بما ذكر من أسبابه ، بل لو قال أحد طرفي المعاملة : بادلت عيني بعينك وقال الآخر : بادلت أيضاً عيني بعينك فالظاهر تحقق البيع وصحته ، لأن ماهية المبادلة تحققت عرفاً بايقاعها ، بل البيع والشراء بالنحو المتعارف إنما حدثا بعد تعارف الأثمان وإلا فالتبادل بين الأعيان لم يكن نوعاً بالبيع والشراء ، بل بالمعاوضة والمبادلة . وتوهم أن ماهية البيع مقومة بالإيجاب والقبول ناشية من تعارف الأثمان في هذه الأعصار . مع أن المبادلة بين الأعيان شائعة ، سيما في القرى والبلاد الصغار جداً ، وليست تلك المبادلة إلا بيعاً ، وليست المبادلة عنواناً والبيع عنواناً آخر ، فالبيع مبادلة مال بمال كما مر ، بل صدق عليها تملك العين بالعوض أيضاً .

فالقول بأن إعطاء شيء في مقابل إعطاء آخر ليس معاملة ، لكونها تملكين مستقلين ليس على ما ينبغي ، لأن إنشاء تملك بازاء تملك إذا تحقق من المتعاملين يكون كل منهما مربوطاً بالآخر ، لا مستقلاً بلا ربط بينهما ، ولو أريد من الربط الربط المطاوعي فلا دليل على اعتباره ، كما أن توهم كون المعاوضة والمبادلة معاملة مستقلة وليست ببيع فاسد ، نعم

يمكن أن يقال : إنه لا يصدق عليها البيع المقابل للشراء ، وهو لا يضر .
فمضافاً الى ما ذكر أن الأخذ يمكن أن يقصد به القبول تارة ،
فتمت المعاملة به ، ويمكن أن يقصد به تحقق الايقاع العملي الخارجي
فلا يكون قبولاً ، فكما يصح الاعطاء قاصداً به الايجاب يصح الاعطاء
بعد الاعطاء قاصداً به قبول الايجاب العملي .

بل يمكن أن يقال : إن الايجاب اللفظي في البيع بالصيغة إذا وقع
عقيب إيجاب فقال البائع : بعثك داري بألف وقال الآخر : بعثك الألف
بدارك يكون الايجاب الثاني قبولاً بالحمل الشائع ، فيصدق عليه الايجاب
باعتبار ، وقبول الايجاب الأول باعتبار ، وكذا الحال في المعاطاة المقصود
بالاعطاء الثاني قبول ما أوجبه الأول باعطائه ، فتدبر .

فلا إشكال في وقوع المعاطاة باعطاء الطرفين ، كما لا إشكال في
وقوعها باعطاء طرف واحد وأخذ عنوان القبول .

والاشكال بأن القبول لا بد وأن يكون بعد تمامية الايجاب ، مع
أن الأخذ متمم الاعطاء الايجابي ، ولا يعقل أن يكون قبولاً مدفوعاً ، أما
على مسلكتنا فواضح ، وأما على مسلكت القوم فلأن لزوم تأخر القبول لأجل
كونه مطاوعة ، ولا يلزم أن يكون ذلك بالتأخر الزمني ، بل يكفي
التأخر الرتبي ، نظير الكسر والانكسار ، فالعطاء فعل واحد إذا نسب
الى الفاعل يكون إعطاءً ، وإذا نسب الى القابل يكون أخذاً وقبولاً
ومطاوعاً ، والدليل على عدم لزوم التأخر الزمني جريان المعاطاة في النسبية
والقرض عند العقلاء .

والاشكال بأن القصد لا يمكن أن يكون مشخصاً للفعل بعد ما كان
نفس ذات الفعل مبهماً غير معنون بعنوان البيع وغيره - لعدم إمكان
تعلق القصد بما يحتاج في عنوانه إليه ، للزوم الدور ، وهذا إشكال سار

فيما ذكروا في العناوين القصدية - مدفوع بأن القصد انما تعلق بإيقاع البيع مثلاً ، ولما كان الاعطاء محققاً له إذا نشأ من القصد الكذائي تعلق قصد آخر بعنوان الاعطاء ، وهذا الاعطاء الناشئ عن قصد إيقاع المعاملة ولو مع الوساطة بقصد ثانوي مقدمي ينتزع منه البيع المعاطائي من غير أن يتوقف العنوان على قصده ، فتدبر جيداً .

وقد يقال بعدم تحققها باعطاء طرف واحد وأخذها ، لأن المناط في تحقق عنوان العقد بالفعل هو كون الفعل مصداقاً لذلك العنوان ، وأما مجرد القصد من غير أن يكون كذلك فلا أثر له .

ومن هنا يظهر أن مثل الصلح والهبة المعوضة والنكاح والفيضان ونحوها لا يمكن إيجادها بالفعل ، لعدم وجود فعل يكون مصداقاً لها ، فعمدة الاشكال في المعاطاة من طرف واحد أن الاعطاء كذلك ليس مصداقاً لخصوص تبديل أحد طرفي الاضافة بمثله الذي يسمى بيعاً وإن قصد به التعويض ، وأما التعاطي من الطرفين فنفس هذا التبديل المكافي بطبعه الأصلي تبديل لأحد طرفي الاضافة الاعتبارية باضافة أخرى ، والمفروض أنهما قصداً به التبديل البيعي ، فتحقق به عنوان البيع ، انتهى ملخصاً .

وأنت خير بما فيه ، فان اعتبار صدق عنوان المعاملة على الفعل وإن كان حقاً لكن الصدق انما هو بعد قصد المتعاملين ، ومع القصد ينسلك الفعل تحت أحد العناوين ، فلو فرض التعاطي بقصد تحقق الصلح أو الهبة أو غيرها يصير الفعل مندرجاً تحت ما قصد ، ولا وجه لدعوى عدم إمكان تحقق الصلح والهبة والنكاح بالمعاطاة ، بل لو لا التعبد الشرعي لكان النكاح والطلاق بالمعاطاة صحيحاً بحسب القواعد ، لعدم الفرق بين العناوين فيها .

وكذا الحال في الاعطاء والأخذ من طرف واحد بعنوان الإيجاب

والقبول ، فلا فرق بين الاعطاء من طرفين أو طرف واحد في أنه مع عدم القصد لا يكون واحد منها بيعاً ولا غيره من سائر المعاملات ، ومع القصد يتحقق ما قصد بكل منها ، وأعجب شيء في المقام قوله : « إن التبديل المكاني بطبعه الأصلي تبديل لأحد طرفي الاضافة الاعتبارية » لكنه رحمه الله رجع عما ذكره في الهامش .

ولو لم يتحقق أخذ وإعطاء في الخارج مطلقاً ، كما إذا تصاولا من غير إعطاء وأخذ ، أو كان كل من العوضين بيد الطرف المقابل ، أي يكون التعاطي حاصلًا من قبل باختيارهما أو غيره فأرادا إيقاع المعاملة بصرف قصد كون كل من الثمن والمثمن بازاء الآخر فالظاهر عدم تحققها بذلك ودعوى أن إبقاء كل عين في يد الغير وإمساكه كافٍ في تحققها غير وجيهة لأن المعاملة لدى العرف تتوقف على إيقاع فعلي بنحو من الأنحاء .

وأما الأمثلة التي ذكرها الشيخ الأعظم (قدسه) لتحقيق المعاظة بلا إعطاء وأخذ كأخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلوس في المكان المعد له وكذا غيره من المحقرات كالحضر ، ومن هذا القبيل دخول الحمام ووضع الأجرة في كوزه مع غيبته فالظاهر حصول المعاظة بها لو فرض أنها من المعاملات العقلانية ، فإن الاعطاء لا يلزم أن يكون بالاقباض في يده ، بل لو أعد محلاً لالتقاء الثمن يعدّ إلقاءه فيه نحو إعطاء وتسليم عرفاً .

لكن الشأن في أن مثل دخول الحمام معاملة من إجارة أو جمالة أو هبة ونحوها ، بل الظاهر أنه من قبيل الاباحة بالعوض ، ولهذا لا ينقدح في ذهن أحد أن دخوله في الحمام إجارة به أو لبعضه أو اتهام لمقدار من الماء أو لمنافع الحمام ، ولعل ماء السقاء أيضاً كذلك ، نعم لا يبعد أن يكون نحو الحضر المعلومة المقدار والعدد من قبيل البيع المعاطاتي . وتحقق الاعطاء والأخذ فيه كما مر .

الثالث :

في تمييز البائع من المشتري في المعاوضة وغيرها ، والأولى تقديم كلام قد أشرنا إليه ، وهو أن البيع قد يطلق ويراد به مقابل الشراء ، وقد يطلق ويراد به مقابل الصلح والاجارة ونحوهما ، والثاني هو البيع المسببي المعبر عنه بمبادلة مال بمال ، وهو مسبب أو معتبر من الأسباب الخاصة ، كالإيجاب والقبول ، لكنه غير متقوم بهما ، بل لا يعقل تقوم المسبب بسببه ، أو الأمر الاعتباري بموضوع اعتباره ، وكذا لا يعقل تقييد المسبب أو الأمر الاعتباري بسببه أو بموضوع اعتباره ، للزوم تقدم الشيء على نفسه ، وهو محال حتى في الاعتباريات ، فاذن ما هو ماهية البيع المسببي عبارة عن مبادلة مال بمال من غير تقييد بسبب خاص .

نعم يمكن أن يدعى أن هذا الأمر الاعتباري لا يعتبر إلا من الإيجاب والقبول ، أو أنه متوقف على الإيجاب ومطاوئعه ، فاذا فقدنا ينتفي موضوع الاعتبار أو السبب ، وبه ينتفي المسبب أو الأمر الاعتباري ، لكنه ضعيف ضرورة تحقق المبادلة عرفاً بمعاوضة العينين من غير اعتبار كون أحد الاعطاءين إيجاباً والآخر قبولاً ، بل المبادلة كما تحصل بالإيجاب والقبول تحصل بإيجابين ، بأن يقول أحدهما : ملكتك هذا العين بدرهم وقال الآخر : ملكتك الدرهم بعينك .

بل الظاهر تحققها بإيجاب واحد بلا قبول ، فلو قال وكيل المتبايعين : بادلت بين مالبيها أو قال : بعث هذا العين بثمن كذا فيكفي مثله في تحقق المبادلة ، فإن القبول إنما يحتاج إليه لإظهار الرضا بما وقع الموجب ، وهو غير محتاج إليه في المثال ، لأن إيقاع المبادلة بين المالكين أو التملك بالموض

مع إذن الطرفين تمام السبب والموضوع للمبادلة العقلانية ، وقد عرفت أن المبادلة بين المالكين تمام حقيقة البيع من غير تقييد بسبب خاص .
والظاهر أن منشأ توهم اعتبار القبول والمطاوعة في البيع وتوهم تقومه بهما إنما هو من شيوع إيقاع المعاملات بالإيجاب والقبول فصار ذلك سبباً لزعم انحصار السبب فيها أو تقوم الماهية بهما ، ولعل توهم التقوم نشأ من الخلط بين البيع السببي والمسببي أيضاً ، مع أن المتأمل لا يشك في أن البيع المسببي ليس إلا المبادلة المذكورة من أي سبب حصل .

ومما ذكر يظهر النظر في كلام بعض المحققين قال : « إن حقيقة العقد بيعاً كان أو غيره تتقوم بتسبيب من أحد الطرفين ومطاوعته من الآخر لا من تسبيين ، فالتسبيب من كل منهما إلى الملكية لإيجابان بعنوان الهبة إن تعقبهما قبول ، وإلا لم يكونا هبة ولا بيعاً ، انتهى .
وفيه أن العقد لا يتقوم بما ذكر ، وكذا البيع المسببي كما عرفت ، نعم غالب العقود في الخارج كذلك من غير دليل على انحصار السبب بهما بل الارتكاز على خلافه .

إذا عرفت ذلك ففي العقد بالصيغة يكون الموجب والقابل معلومين غالباً ، فالموجب من أوقع تملك شيء بشيء ، والقابل مطاوعه سواء كان الإيجاب من صاحب السلعة أو صاحب الثمن .

وتوهم أن امتياز البائع من المشتري أمر واقعي - فالبايع من بذل خصوصيات ماله وأمسك على ماله بأخذ البذل ، والمشتري من رغب في خصوصيات الأعيان التي يتلقاها من المأكول وغيره - مدفوع بعلم العكس والطرده ، كما لا يخفى ، فإن صاحب الثمن لو أنشأ تملك ثمنه بعوض من العروض وقبل صاحب العروض يكون الأول موجباً والآخر قابلاً عرفاً ، وبهما يتحقق البيع العقلاني ، كما أن تملك دراهم بدينار وقبوله

وبالعكس بيع عرفي بلاريب .
وأما في المعاطاة فتارة يقع الكلام في مقام الثبوت كما هو مورد البحث في المقام ، فلو علم أن إعطاء الثمن يكون بقصد إيجاب المعاملة وإعطاء المثلث أو أخذ الثمن بقصد القبول يكون الموجب صاحب الثمن والقابل صاحب السلعة ، وأخرى في غيره .

فما ذكره الشيخ الأنصاري (قده) في امتياز البائع من المشتري إنما يصح في غير مقام الثبوت ، وهو مقام الترافع ، ولا يبعد البناء على ذلك في مقام الترافع وتشخيص المدعي من المنكر ، بدعوى أن سيرة العقلاء يجعل المثلث مبيعاً والثمن عوضه طريق الى الواقع ، فيحكم بالامتياز كذلك وكذا الحال في الصورة الثانية في كلام الشيخ .

وأما إذا كان لكل منهما متاعاً أو نقداً وتبادلاً بلا قصد الى الإيجاب والقبول فلا ينبغي الإشكال في كونه بيعاً عقلياً ومبادلة بين المالكين ، وأما تشخيص البائع من المشتري في مثله فأنما يلاحظ إن قلنا بلزوم وجود البائع والمشتري في جميع البيوع ، وقد عرفت عدم لزومه وإمكان تحقق المبادلة بإيجابين بل بإيجاب واحد .

فحينئذ يمكن أن يقال بصدق البائع عليهما ، وعدم صدق المشتري على واحد منهما ، ولا محذور فيه ، وإن أبيت عنه فيمكن أن يقال بصدقهما عليهما باعتبارين ، إذ المشتري لا يلزم أن يكون منشئاً للقبول بعنوانه وبالحمل الأولي ، بل القبول بالحمل الشائع هو الميزان في صحة المعاملة فحينئذ نقول : إن تعاطي كل منهما لإيجاب باعتبار عطاء سلعته بعوض وقبول باعتبار أخذ سلعة الغير بازاء سلعته ، ولا يلزم منه أن تكون جميع المعاملات كذلك ، لأن ما تشخص فيه الموجب والقابل بالإيجاب والقبول لا يعتبر شيء آخر فيه يعدّ باعتباره الموجب قابلاً وبالعكس .

ثم إن دعوى انصراف الأدلة المثبتة للحكم على البائع والمشتري عن مثل المورد الذي يكون كل منهما بائعاً ومشترياً غير وجيهة ، إذ أي انصراف في مثل قوله عليه السلام : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » وتوهم أن مراد الشيخ (قده) انصراف ما أثبت الحكم للبائع بحياله ، وللمشتري كذلك لا ما أثبتته لما كما في قوله عليه السلام : « البيعان بالخيار » فاسد جداً ، إذ لا منشأ لهذا الافتراق كما لا يخفى ، والأولى إيكال الأمر الى أدلة الأحكام ، لا دعوى الانصراف وعدمه مطلقاً ، وإن كان عدمه أوجه .

الرابع :

إن أصل المعاطاة بالمعنى الأعم يتصور على وجوه شتى بحسب قصد المتعاملين ، تعرض لبعضها الشيخ الأعظم (قده) ويظهر حكم البقية منها ظاهراً : أحدها - أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال صاحبه ، ويكون هو في قبضه قابلاً ومتملكاً بازائه ، وهذا لا إشكال فيه كما مرّ ، وليس مراد الشيخ من ذكر هذا القسم القصر عليه في معاطاة المالكين حتى يتوهم التدافع بين كلامه هنا وما مرّ منه .

ثانيها - أن يقصد كل منهما تملك ماله لغيره بازاء تملكه له ، فتكون المقابلة بين التملكين لا المالكين ، والظاهر من الشيخ أن هذه المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين ، فلو مات الثاني قبل الدفع لم تتحقق المعاطاة وأوردوا عليه بوجوه :

منها - أن هذا يتصور على وجهين : أحدهما ما ذكره ، والثاني ما إذا أعطى أحدهما ماله بعنوان التملك مقابل تملكه ، وأخذ الآخر بعنوان القبول ، فيكون الأول مالاً على عهد الثاني تملكه ، وقد تحققت

المعاطاة بالاعطاء والأخذ من غير احتياج الى الاعطاء .
 وقد ردّ الأبراد بعض أهل التحقيق « بأن التعاوض بين الشئيين ربما
 يكون بلحاظ ذاتهما لا بلحاظ إضافة أخرى زائدة على الذات ، لقبولهما
 بذاتهما للإضافة كالملكية ، فانها مضافة لذاتها ، فمرجع التملك بازاء
 التملك الى جعل إضافة الملكية بازاء إضافة الملكية ، ومقتضى التضاييف
 بين العوضية والمعوضية حصولهما معاً ، وعدم انفكاك أحد المتضاييفين عن
 الآخر » انتهى .

وأنت خبير بما فيه من الخلط بين المقام الذي يكون المفروض فيه
 مقابلة تملك بتملك ، وهما من فعل المتعاملين وبين مقابلة إضافة بإضافة
 وهي غير ما نحن بصدده ، فلا بد في المقام من ملاحظة التضاييف بين
 عوضية تملك ومعوضية تملك آخر . لا التضاييف بين الملكيتين
 أو الإضافتين .

ولا شبهة في حصول المتضاييفين عند تملك خارجي وتملك على
 عهدة الطرف ، من غير أن يكون الإيجاد الخارجي دخیلاً في حصول
 التضاييف أو ماهية المعاملة .
 والانصاف أن الاشكال وارد على الشيخ (قدّه) إن كان مراده
 انحصار هذا القسم بما ذكر .

ومنها - « أن في أصل المقابلة بين التملكين غموضاً وخفاءً ، فان
 التملك بالاعطاء حال تعلقه بمتعلقه ملحوظ آلي ، وفي جعل نفسه معوضاً
 يحتاج الى لحاظ استقلالي ، ولا يعقل اجتماع اللحاظين المتباينين في ملحوظ
 واحد ، فلا بد من أن تكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى كالصلح
 على التملك بازاء التملك ، فيستحق كل منهما التملك من الآخر بازاء
 تملك نفسه » انتهى .

وفيه - مضافاً الى أنه على فرض ورود الاشكال لا يندفع بإيقاع هذه المعاملة في ضمن صلح ونحوه ، فان العمل بالصلح لا بد وأن يكون على طبق ما وقعت المصالحة عليه ، وهو مقابلة تملك بتمليك ، أي إيقاع هذه المعاملة المعاطية ، والمفروض أن إيقاعها غير معقول ، للزوم الجمع بين اللحاظين المتنافيين ، فيقع الصلح باطلاً لعدم إمكان تحقق متعلقه ، وتوهم أن مقتضى المصالحة التملك الاستقلالي فاسد ، وخروج عن محط البحث .

ومضافاً الى أن لزوم الجمع بين اللحاظين ممنوع ، بل لا بد في هذه المعاملة من لحاظ التملك استقلالاً ، ولا يلزم لحاظ متعلقه ، ولازم التقابل بين التملكين حصول الملكية ، تأمل - .

أنه يمكن الفرق بين إيقاع التملك باللفظ والتزام الاشكال فيه وإيقاعه بالمعاطة ، ووجه الفرق أن الألفاظ آلات لمعانيها الانشائية أو الاخبارية ، ومع لحاظها آلة لا يعقل لحاظها مستقلاً ، وأما الأفعال فليست بذاتها أو بالواضحة آلات لشيء ، فيمكن لحاظ الاعطاء الخارجي المقصود به التملك مستقلاً ، ولهذا نرى بالوجدان إمكان الاخبار عن الاعطاء الخارجي المقصود به التملك ، فيقول عند إعطائه تملكاً : إعطائي كذا أو تملكي كذا ، من غير لزوم اجتماع اللحاظين اللازم في الإيقاع باللفظ .

ومنها - « أنه ليس التملك بالمعنى المصدرى مالا ، بل المال هو الحاصل من المصدر ، وليس هذا الفعل إلا آلة لحصول اسم المصدر ، فلا يمكن أن يقابل بالمال ، فمقابلة التملك بالمال باطلة فضلاً عن مقابلة التملك بالتمليك ، لأن التملك ليس بمال ، وفرق بين البيع بازام التملك وبيع المال على أن يخيظ له ثوباً ، فان الفعل في الأول آلي بخلاف الثاني فانه استقلالي يبذل بازائه المال » انتهى .

وفيه أن الاستقلالية والآلية أجنبيتان عن مالبة الأشياء وعدم ماليتها ، بل المالية تابعة بحسب اعتبار العقلاء لتعلق الرغبات بشيء ، ومع تعلقها تعتبر فيه المالية ، وببذل بازائه المال ، كان آلياً أم لا ، فالحياسة والحياطة والكتابة بالمعاني المصدرية أموال ولو باعتبار الآثار المترتبة عليها ، فالآثار جهات تعليلية لتعلق الرغبات بالأشياء وصيرورتها أموالاً ، فلا الاستقلالية ميزان المالية ، ولا الآلية ميزان سلبها أو مانعة عن اعتبارها ، فالتملك باعتبار متعلقه وبالجهة التعليلية يمكن أن تتعلق به الرغبات ويصير مالاً يبذل بازائه المال ، وفي كلامه بعض مناقشات تركنا نقل تنمة كلامه وما يرد عليه .

نعم يرد على هذا الوجه أن الاعطاء الواحد لا يمكن أن يكون تملكاً للعين وتمليكاً لتمليكتها ، فان رتبة موضوع التملك ومتعلقه متقدمة عليه ، فلا يعقل أن يكون نفس التملك تملكاً لنفسه ، فلا بد من تعلق تملك آخر به ، فحينئذ إن كان تملك العين تملكاً لها فقط خرج الكلام عن محط البحث ، وإن أريد بالاعطاء التملك للعين وللتملك يلزم أن يكون التملك مملكاً لنفسه ، وهو تقدم الشيء على نفسه .

مضافاً إلى أن اتصاف الاعطاء بالتملك في الرتبة المتأخرة عن تملك العين ، فلا يعقل أن يكون تملكاً للتملك ، وإن لم يقصد بالاعطاء تملك العين فلا يتصف بالتملك ، فلا يصلح ذلك الاعطاء المجرد لابرار تملك التملك ، ولا يعقل تعلق القصد بكونه تملكاً ، كما هو واضح .

نعم لا مانع من تملك كلي التملك باللفظ ، فيقال : ملكتك تمليكي للعين الكذائي ، فيتعلق على ذمته التملك لها ملكاً للطرف ، وفي مقام الإبراء لابد من تملك العين لحصول نفس التملك ، ولا يلزم في مقام الأداء أن يكون المؤدى منظوراً بالاستقلال ، وأما الفعل فلا يخل في بعض الفروض المتقدمة أن يكون تملكاً للتملك الكلي ، ولا يصلح لذلك في

بعضها ، فتدبر .

ثم قال الشيخ الأعظم (قده) في ذيل كلامه : « إن التمليك بازاء التمليك بعيد عن معنى البيع ، وقريب الى الهبة المعوضة - ثم قال - : فالأولى أن يقال : إنها مصالححة وتسالم على أمر معين ، أو معاوضة مستقلة » انتهى .

أقول : بل هو بيع ، لما مرّ من أن التمليك مال يبذل بازائه المال ، لتعلق غرض العقلاء به ، وأن المبادلة بينها مبادلة بين المالين ، وقد مرّ فيما سلف عدم اعتبار كون المعوض من الأعيان ، ضرورة صدق مفهوم البيع عرفاً ولغة على بيع الحقوق والأعمال ونحوها ، وبجرد عدم التعارف لا يوجب انصراف الأدلة أو عدم شمولها له ، وما هو المعتبر في المعاملات كون كيفية إيقاعها متعارفة لدى العقلاء ، فلا يصح إيقاع البيع بلفظ الاجارة ، أو إيقاع المعاظة بالعطاس مثلاً ، وأما تعارف المتعلقات فغير معتبر ، فاذا تعلق غرض صنف بل أو شخص بشيء فبذل بازائه المال واشتراه بالمال صدق عليه عنوان البيع ، وإن لم يكن متعلق الغرض مالاً متعارفاً ، كما لو تعلق الغرض بلدغ العقارب عن بيته ، واشترى كل عقرب بعشرة دنانير ، وكان غرضه الاشتهاء لافئائها ، فإن ذلك بيع عرفاً ولغة ، فلا ينبغي الاشكال في كون مبادلة التمليك بالتمليك بيعاً ، لا صلحاً ولا هبة ولا معاملة مستقلة .

ثالثها - أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض ويقبل الآخر بأخذه ، فتكون المقابلة بين الإباحة والعوض عروضاً أو ثمناً .

رابعها - أن يقصد كل منهما الإباحة بازاء الإباحة .

ثم إن الشيخ تعرض لاشكالين في هذين القسمين مع عدم اختصاصهما بالمعاظة ، لأن الأول منها وهو الاشكال في صحة إباحة جميع التصرفات

حتى المتوقفة على الملك لا يختص بالبيع أو معاملة أخرى ، بل هو إشكال على الإباحة الكذائية ، سواء كانت بدوية مستقلة وبلا عوض أم كانت مع العوض في البيع بالصيغة أو بغيرها أو سائر المعاملات ، والثاني وهو الإشكال في صحة العقد المركب من الإباحة والتملك لا يختص بالمعاطاة ، بل يشمل البيع بالصيغة أيضاً لو لم نقل بشموله لسائر المعاوزات .

وكيف كان فالاشكال الأول تارة عقلي وأخرى عقلاني وعرفي ، وثالثة شرعي من ناحية الأدلة الشرعية ، فالاشكال العقلي وكذا العقلاني إنما هو من ناحية تشخيص ماهية البيع ، بمعنى أنه إشكال على فرض خاص بحيث لو تبين بطلان الفرض يفتني موضوع الإشكال ، وحاصل الإشكال العقلي أن ماهية البيع عبارة عن تبادل إضافة المالكية والمملوكية في العوضين بمعنى أن لصاحب السلعة إضافة إلى سلعته وهي إضافة المالكية والمملوكية وكذا لصاحب الثمن إلى ثمنه ، وحقيقة البيع عبارة عن تبادل الإضافة القائمة بالسلعة وصاحبها بالإضافة القائمة بالثمن وصاحبه ، فلا يعقل تحقق الماهية بلا هذه المبادلة ، فالإباحة بإزاء التملك تضاد التبادل المعبر في ماهية البيع ، وبهذا يظهر الإشكال العقلاني أيضاً ، فإن ذلك لا يكون بيعاً عقلانياً أيضاً .

وفيه منع كون ماهية البيع لدى العقلاء متقومة بها ذكر أي بتبادل الإضافتين المذكورتين ، بل قد عرفت سابقاً أن تبادل الإضافتين بالمعنى المفهوم منه غير معقول للزوم استقلال الإضافة بلا مضاف ومضاف إليه ولو آنأماً ، وهو محال حتى لدى العرف والعقلاء وحتى في الأمور الاعتبارية . والشاهد على أن ماهية البيع غير متقومة بها ذكر ما ذكرناه في أوائل هذه الرسالة من أن بيع الوقف العام المسوغ بيعه بيع عرفاً وعقلاً وشراً بلا شائبة إشكال ، وكذا اشتراء وقف بضمن وقف آخر لأحد مسوغاته بيع ، مع

أن تبديل الاضافة بما ذكر غير معقول في مثله ، لعدم كونه ملكاً ، ومنه ومن أشباهه يعلم أن ماهية البيع ليست ما ذكر ، ومن ذلك بيع الغاصب لنفسه ، ولعل اشتراء العقلاء الثوب مثلاً للفقير من هذا القبيل على تأمل فيه بل إشكال ، وليس ذلك إلا لأجل أن ماهية البيع أوسع نطاقاً مما ذكر فبيع الوقف بالوقف هو تبادل مال بسال وإذا اشترى حاكم عيناً زكوية بنقد زكوي من حاكم آخر يكون هذا التبادل بيعاً ، ولا تبادل في الملكية بناء على عدم مالك للزكاة ، كما هو الأقرب ، نعم لو قلنا : إن مالكمها الفقراء أو الجهات يخرج ما ذكر عن مورد النقض .

وكيف كان لا إشكال في عدم تقوم ماهية البيع بتبادل الاضافتين فانقطع الاشكال العقلي والعقلاني ، وأما الاشكال من ناحية الدليل الشرعي فهو توهم منافاة ذلك لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله « لا يبيع إلا فيما تملك » (١) وعنه صلى الله عليه وآله : « لا تطلق إلا فيما تملكه ولا يبيع إلا فيما تملكه » (٢) .

وأنت خبير بأن مثله أجنبي عما نحن بصدده من لزوم دخول الثمن في كيس من يخرج المبيع من كيسه ، بل الظاهر أنه بصدد بيان عدم نفوذ بيع مال الغير بلا إذنه ، بل الظاهر من الثانية بقربينة الفقرة الأولى أن المراد من الملك ملك التصرف لا الملك المعهود ، وفي المقام يكون البيع باذن مالكة ، وكان البائع مالكاً للتصرف .

ثم لو سلمنا أن البيع هو ما ذكر ، وسلمنا ورود الاشكالات المتقدمة يمكن الذب عنها بأن يقال : إن الاباحة المطلقة تارة تكون بلا عوض فلا تنافي جواز تصرف المالك فيما أباحه ، وأخرى تكون مع العوض فهي

(١) و (٢) المستدرک - الباب ١ من ابواب عقد البيع الحديث ٣-٤ .

تتأني عرفاً بل عقلاً بقاء جواز التصرف للمالك ، لأن كل تصرف إذا أبيع بعوض يصير متعلقه متعلقاً لحق المباح له ، لأجل العقد المذكور والمعاملة المفروضة ، فكان تصرف غيره فيه تصرفاً في متعلق حق الغير بلا وجه ، وهو غير جائز لدى العقلاء ، ويرى العقلاء التنافي بين إباحة لبس عباء مطلقاً بعوض ولبس المبيع بلا إذن المباح له ، فتكون نتيجة المعاوضة قطع يد المالك الأول عن جميع التصرفات وثبوتها للمباح له .

فحينئذ لا يعتبر العقلاء الملكية للمالك الأول ، لأن اعتبارها بلحاظ أثر ولو في الجملة ، والفرض سلب الآثار مطلقاً ، ومع سلبها عنه تثبت للمباح له ، لأن ثبوت جميع أنحاء التصرفات له مع سلبها عن غيره ملازم عرفاً لاعتبار الملكية له ، فحينئذ لو التفت المبيع بهذا اللازم العقلاني لرجع إباحته الى التمليك ، وإلا لتحقق الملك بلا قصده ولا مانع منه ، وعلى ذلك تندفع الاشكالات .

نعم لو قلنا ببقاء جواز التصرف للمبيح لا تصير إباحته موجبة لسلب ملكيته ، وكذا لو قلنا بجواز الرجوع عن إباحته ، لكنها غير وجيهين ، لأن جعل الإباحة بالعوض من العقود العقلانية على الفرض ، فينسلك في عموم وجوب الوفاء بالعقد ، فيتعلق حق من المباح له بالمال ويجب على المالك تسليم العين لاستفادته وتصرفاته فيها ، ولا يجوز له التصرف بوجه بعد كون جميعها حق المباح له .

بل مقتضى القاعدة انتقال حق التصرفات الى وارثه ، لأنه حق وقد تركه ، فهو لو ارثه ، فمع سقوط جميع أنحاء التصرفات عن المبيح لا مأخذ لاعتبار الملكية له ، ولما ثبتت التصرفات بأجمعها للطرف بلا مزاحم ثبتت الملكية له .

ولو اغمض البصر عما ذكرناه أو نوقش فيه بمنع قطع ملكية المبيح

فلنا أن نقول : إن الاشكالات غير واردة رأساً ، لأن الاباحة المذكورة ليس لازماً دخول الثمن في ملك المباح له إذا باع ، ولا خروج المثلث عن ملكه ، بل لازماً جواز بيعه عن ملكه ، وأخذ ثمنه له ، والتصرف فيه بمقتضى إباحته المطلقة لو فرض شمول نطاقها لذلك ، وليس له بيعه لنفسه أو لملكه ، وأخذ الثمن لنفسه تملكاً بالبيع أو مستقلاً ، لأن الاباحة ليس لازماً تملك المباح له .

وبالجمله لازم الاباحة المطلقة إباحة التصرف في الملك أو عوضه وثمانه على فرض إطلاقها لذلك أيضاً ، لا بيعه لنفسه ، فعليه يندفع الاشكال من غير احتياج الى التكلف .

ثم إن الشيخ الأعظم (قدّه) بعد إيراد الاشكال تعرض لدفعه بوجوه نذكر بعضها ، منه - « أن المبيع أن يقصد بنفس هذه الاباحة تملكاً للمباح له ، فتكون إنشاء تملك له ، ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله ، نظير ما قال العلامة : بأن قول الرجل لملك العبد : اعتق عبدك عني بكذا استدعاء لتملكه ، واعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب ، ويقدر وقوعه قبل العتق آنأماً ، فيكون هذا بيعاً ضمناً لا يحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع » انتهى ، ويظهر منه رحمه الله أن الاشكال فيه من ناحية عدم كون المقصود كذلك فيما نحن فيه .

أقول : إن الاباحة قد تكون في خصوص ما يتوقف على الملك كالبيع مثلاً ، فإن قلنا بأن الاعطاء بقصد الاباحة إنشاء تملك يكون الأخذ الخارجى قبولاً لا يبيع المخاطب ، فلا يلزم إشكال من هذه الجهة ، وقد يكون الاعطاء بقصد إباحة جميع التصرفات حتى الموقوفة على الملك ، فحينئذ إن قلنا : إن لازمه إنشاء التملك لأجل اشتغال الاباحة

على ما يتوقف على الملك فيرجع الأمر الى التملك المنجز بصورة الاباحة فيأتي فيه ما تقدم من أن الأخذ قبول لا البيع ، فيتملك الشيء بالاعطاء والأخذ .

وفرق بين المقام وما ذكره العلامة ، لأن فيما ذكره يكون الاستدعاء من غير المالك من غير تعقبه بشيء غير العتق وفي المقام يكون الاعطاء من المالك قاصداً به انشاء التملك للأخذ ، والأخذ قبول ، فالبيع محقق قبل بيع المشتري .

وقد يكون الاعطاء بقصد الاباحة في التصرفات غير الموقوفة على الملك ويقصد التملك فيما يتوقف عليه ، ففي هذه الصورة لا يعقل أن يكون التملك تنجزياً ، للزوم تملك شيء واحد من حيث وعدم تملكه من حيث ، وهو غير عقلائي ، بل غير معقول ، فلا بد وأن يقال : إن الاعطاء لإباحة تنجزية فعلية بالنسبة الى ما لا يتوقف على الملك ، وتملك تعليقي ، ولما كان التعليق على البيع غير ممكن لابد من أن يكون معلقاً على إرادته ، فلزم منه إنشاء اباحة تنجزية وإنشاء ملك تعليقي باعطاء واحد ، وهو غير جائز على مسلكهم . للزوم محذور استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد .

نعم لو قلنا بجوازه حتى في مثل التعليق والتنجز ، أو قلنا بالفرق بين كون الفعل آلة للإنشاء وبين كون القول كذلك وجوزنا في الأول لاندفع الاشكال . لكن الظاهر عدم التزامهم به ، بل لعل استعماله في التعليق والتنجز غير جائز ، ولو جوزنا في العرضيين التنجزيين أو التعليقيين . ثم لو كانت إرادة البيع متحققة حال الاعطاء يكون الأخذ قبولاً من غير احتياج الى أن البيع المتأخر كذلك ، ولو قلنا بأن إيجاب المباح له قبول يلزم منه - مضافاً الى محذور استعمال اللفظ في أكثر ، لعدم

جامع بين القبول وتملك المال من المبيع وبين الايجاب والتملك للمشتري -
 أن البيع على ما يظهر منه في المقام هو النقل والانتقال بمعنى تبادل الاضافتين
 وخروج المبيع عن ملك البائع ، ودخول الثمن في ملكه بدلاً عنه ، وهو
 مبنى الاشكال العقلي الذي تمسك به قدس سره ، وفي المقام لا تكون إضافة
 مالكية بين البائع والعين ، وبالايجاب تتحقق الاضافة ، فلا يمكن أن يكون
 ذلك الايجاب محققاً للاضافة ومبادلاً لها ، نعم لو لم نقل بمقاكته كما تقدم
 لا يرد الاشكال المذكور .

ثم إنه يرد الاشكال على مقالة العلامة ، فانه لو كان الاعتاق جواباً
 للاستدعاء ، ويحصل النقل والانتقال به وبلاستدعاء للزم أن تحصل الملكية
 مع العتق لو كان الاعتاق سبباً لها عرضاً - وهو محال - ودخول المعتق
 الحر في ملك المالك بلا سبب لو كان الملكية متأخرة عنه ، وحصول العتق
 بعد الملكية بلا سبب لو كان الاعتاق انشاءً للعتق ، مع أن تقدير وقوع
 النقل قبل العتق بلا وجه إن كان المراد به الاعتاق ، وتأخر العتق عن سببه
 آناماً محال إن كان المراد به العتق المنشأ بالسبب .

مضافاً الى أنه لا دليل على عدم احتياج البيع الضمني الى الشروط
 المقررة ، بل القول ببطلان البيع الضمني أقرب الى الواقع من الالتزام بعدم
 احتياجه الى الشروط .

ويمكن أن يوجه كلامه بأن الاستدعاء المذكور منحل الى أمرين :
 أحدهما : العتق ، والثاني : التملك متقدماً عليه المفهوم من قوله :
 « عني » وقوله : « اعتقت عنك » بواسطة اشتماله على « عن » عتق
 بعد التملك ، ويدل على حصول التملك كلمة « عنك » فكأنه قال :
 « ملكتك فاعتقته عنك » .

والمراد بتقدير الملك آناماً تحقق الملك في الرتبة المتقدمة على العتق

فكان قوله : « اعتقته عنك » كناية عن البيع متقدماً على العتق ، وعتق بعده ، تأمل فانه مع ذلك لا يسلم عن الاشكال ، لأن الانشاء الواحد لا يصح أن يكون عتقاً وتمليكاً عرضاً ، فضلاً عن كونه إنشائين طوليين . نعم يصح ذلك في القبول بناء على ما ذكرناه من أن تام ماهية البيع يحصل بالايجاب ، والقبول كالاجازة في الفضولي ، بل يكفي فيه الرضا الباطني ولو لم يكن له مبرز ، فضلاً عن إبرازه ولو بأول كلمة من قوله : « اعتقت العبد عنه » فتحصل الملكية به ، والعتق عنه باتمام الكلام الانشائي .

وأما دفعه بالملك التقديري جمعاً بين دليل السلطنة وما دل على توقف البيع على الملك فغير وجيه ، لما ذكره الشيخ (قده) ولأن الملك التقديري لا يوجب التوفيق بين الدليلين ، فان ظاهر أدلة اعتبار الملك هو الملك التحقيقي إلا أن يراد بالتقديري التحقيقي آنأماً ، ويكون الكاشف له هو الأدلة ، لكنه - مع مخالفته لظاهر القائل - فيه محذور تحقق الملك رغماً لقصد المتبايعين .

وأما الاشكال الثاني فمندفع بأن الظاهر صدق عنوان البيع عليه وإن لم يكن مثله معهوداً متعارفاً .

والاشكال عليه تارة بأن البيع مبادلة مال بمال ، والاباحة ليست بمال ، وأخرى بأن البيع تبادل اضافة الملكية القائمة بالمالك ، وهي مفقودة وثالثة بأن أصل التبادل مفقود في المقام كما لا يخفى ، مدفوع بالمنع من عدم ماليتها ، فان ميزان المالية تعلق الرغبات بالشيء ، ولا يلزم أن تكون لخاصية فيه ، كما أن الأوراق النقدية مال لا لخاصية في ذاتها ، بل لاعتبارها الحاصل من معتمدها (پشتوانه) والاباحة المتعلقة بما فيه الخاصية المطلوبة مال بالجهة التعليقية ، ولهذا يبذل بازاها المال .

وأما حديث تبادل الاضافة بما ذكر فقد مرّ دفعه ، وأما توهم فقدان أصل التبادل فمعلوم الدفع ، لتحققه بالضرورة ، فإن الاباحة إذا كانت بعوض فلا محالة تكون معوضة ، وهو كاف في البيع ، بل الظاهر تحقق تبادل الاضافات أيضاً على فرض لزومه وعدم امتناعه ، بل بوجه معقول مرّ بيانه ظاهراً .

ثم لو فرض عدم صدق البيع عليه فلا ينبغي الاشكال في صدق التجارة عليه ، وكذا صدق العقد بعد ما تقدم صدقه على المعاطاة ، فهو تجارة صحيحة وعقد لازم واجب الوفاء ، ولو قلنا بأنه معاوضة مستقلة يكفي في صحتها ولزومها الأدلة العامة ، نحو أوفوا بالعقود والشروط ، وأما دليل السلطنة فقد مرّ أنه قاصر عن ذلك .

وأما ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) من الاشكال في شمول الأدلة لها ، لعدم كونها معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك الآخر ، بل كلاهما ملك المبيع فيخرج عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً ، ثم جزم بكفاية دليل السلطنة والشروط لو كانت معاملة مستقلة ، ففيه - مضافاً الى أن أحد العوضين هنا الاباحة لا العين ، فعدم خروج العين عن ملك المبيع لا ينافي ماهية المعاوضة ، لأنها لم تكن عوضاً كما هو الحال في الاجارة وحديث عدم المالية وعدم المعهودية قد مرّ الكلام فيه - أنه لو كان الخروج عن المعاوضات المعهودة عرفاً وشرعاً موجباً لقصور شمول الأدلة لها لم يفرق بين كونها معاوضة مستقلة أو بيعاً واكتساباً وتجارة ، والمعاملة المستقلة إذا لم تكن معهودة خرجت عن دليل الشرط أيضاً ، ضرورة أن القول بشمول دليل الشرط لها مبني على شمول الشرط للابتدائي ، فالشرط الابتدائي بيعاً كان أو معاملة مستقلة متساوي النسبة لأدلة الشروط ، فلا وجه للاستشكال في مورد والجزم بالشمول في آخر ، كما أن التمسك في ذيل

كلامه بأصالة التسلط للعجواز ليس على ما ينبغي ، فان الناس مسلطون على أموالهم لا على الأحكام والأسباب ، كما ظهر منه أيضاً .

الخامس :

مقتضى القاعدة جريان المعاطاة في كل عقد أو إيقاع يمكن إنشاؤه بالفعل ، فان الفعل كالقول آلة للايجاد والايقاع الاعتباري ، ومع الايقاع كذلك يصير المنشأ مصداقاً للعناوين العامة والخاصة ، ودليل صحتها ولزومها هو الأدلة الخاصة أو العامة .

نعم ما لا يمكن إيقاعه بالفعل فهو خارج عن البحث ، ولعل الوصية أو بعض أقسامها منه ؛ وأما النكاح فقد يتوهم أنه كذلك أيضاً بتوهم أن الفعل فيه ملازم لضده ، وهو الزنا والسفاح ، وهو كما ترى ، ضرورة أن الزنا لدى العرف غير النكاح والزواج ، سواء كان بالقول أو الفعل فلو تقاول الزوجان وقصدا الازدواج ثم أنشأته المرأة بذهابها الى بيت المرء بجهيزتها مثلاً وقبل المرء ذلك بتمكينها في البيت لذلك تحققت الزوجية المعاطاتية وترتب عليها أحكامها من جواز النظر والوطء ووجوب النفقة وغيرها .
نعم لو قصدا حصوله بنفس الوطء يكون ذلك الوطء محرماً ، لكن لا مانع من ترتب الزواج عليه ، فان السبب المحرم يمكن أن يكون مؤثراً وضعاً .

مع إمكان أن يقال : إن الوطء الخارجي منطبق عليه عنوان السبب خارجاً وعنوان الوطء المحرم ، والمحرّم عنوان ، والمحلل عنوان السبب بما هو سبب ، وهما منطبقان على الخارج ، نظير باب اجتماع الأمر والنهي ولو قيل : إن المبعوض لا يكون سبباً نظير ما يقال على الاجتماع : إن

المبعد والمبغوض لا يكون مقرباً فقد فرغنا عن جوابه في محله من أن حيثية المبغوض بالذات غير المقرب وغير السبب هاهنا .

نعم ما يمكن أن يقال في المقام : إن الوطء ليس من الأسباب العرفية والعقلانية للزواج ، وما قلنا من أن القاعدة تقتضى أن تجري المعاطاة في مطلق المعاملات ليس المراد منه أن كل فعل أو إشارة ونحوها يمكن أن يكون سبباً ، بل لا بد في الأسباب أن تكون عقلانية ، ففي مثل الوصية للعتق بعد الموت أو التملك بعده وإن أمكن إفهامها بالإشارة ونحوها ، لكن ليس مثل تلك الأفعال أسباباً عقلانية .

وقد يقال : إن الوطء غير محرم ، لعدم اقتضاء الحرمة فيه إذا كان مقارناً لحصول الزوجية ، وهو كما ترى ، إذ الوطء إذا لم يكن من لزودواج صحيح فهو محرم بضرورة الفقه ولدى المشرعة ، مع أن الزوجية متأخرة عن الوطء ، فانه سببها ، ولا يعقل حلته بسبب الزوجية ، ومع عدم سببيتها يكون من وطء الأجنبية المحرم بالضرورة .

وكذا يمكن إيقاع الطلاق بالفعل المفهم له ولو بالقرائن والمقاولات السابقة ، لكن جريان المعاطاة فيه خلاف الأدلة الشرعية ، بل إيقاع النكاح بها أيضاً مخالف لارتكاز المشرعة وتسالم الأصحاب ، بل الظاهر عدم الخلاف في عدم جريانها فيها .

وربما يستشكل في مثل القرض والرهن والوقف مما يشترط صحته بالقبض بأن المعاطاة فيه إن كانت بنفس القبض مع أن القبض شرط الصحة يلزم منه اتحاد الشرط والمشروط ، وهو محال ، إذ الشيء لا يعقل أن يكون نفسه مصححاً لفاعلية نفسه أو متمماً لقبليتها .

وربما يجاب عن خصوص القرض بأنه تملك بالضمآن ، فالعقد مثلاً مؤثر في الملك ، والقبض الخارجي مؤثر في خصوصيته ، وهو الضمان بوضع

اليد عليه : وحيث أنها متلازمان في نظر الشارع فلا يتحقق الملك الملازم للضمان إلا بعد تحقق العقد المتعقب بالقبض ، فلا يلزم اتحاد الشرط والمشروط في القرض المعاطائي ، بل اتحاد السببين لأمرين متلازمين ، فالقبض بما هو فعل أنشئ به الملك سبب له ، وبما هو استيلاء خارجي سبب للضمان ، وسببية شيء واحد بحيثيتين حقيقيتين لأمرين لا محذور فيه . وفيه أن العقد إذا كان سبباً تاماً للملك وكذا القبض للضمان فلا بد مع ملازمة السببين من ملازمتها أيضاً ، وإلا يلزم تفكيك السبب عن سببه التام ، وهو محال ، فلا بد من الالتزام بعدم صحة القرض إلا معاطاة وهو كما ترى ، ولو كان السبب للملك العقد المتعقب بالضمان فإن كان التعقب بنحو الاشتراط لزم المحذور المتقدم الذي فرّ منه ، وإن كان بنحو التقييد لزم في القرض المعاطائي تقييد الشيء بنفسه ، وهو مستلزم للاتينية ، ومع عدمها محال ، مع أن ما ذكره خروج عن ظاهر الفقهاء من أن القبض شرط للصحة .

ثم قال : والجواب العام أن الفعل الخارجي الخاص له حيثتان : من حيث الصدور من الراهن مثلاً لإقباض ، ومن حيث مساسه بالمرتهن القابض قبض ، كالأعطاء والأخذ في المعاطاة البيعي ، فهناك فعلاً حقيقة كل منهما قائم بطرف ، فلا مانع من كون أحدهما بمنزلة المقتضي والآخر بمنزلة الشرط .

وفيه أن القرض المعاطائي عقد يتم على مسلكهم بالأعطاء والأخذ ، فالأخذ متمم تحقق المعاطاة ، فلا يمكن أن يكون شرطاً للمحذور المتقدم . نعم يمكن أن يقال : إن الأخذ الخارجي واحد ذو حيثيتين : حيثية الأخذ بالمعنى المصدرى ، وهي متممة المعاملة ، وحيثية الحصول في اليد وهي شرط الصحة ، ولا مانع من كون إحدى الحثيتين شرطاً لتأثير

الأخرى ، فان الشرط في أمثال الموارد المذكورة ليس القبض بالمعنى المصدري ، ولهذا لو كان الشيء بيد المرتهن مثلاً قبل عقد الرهن ثم انعقد يكون الشرط حاصلًا ، فالشرط هو كون العين في يد المرتهن ، ومعلوم أن الأخذ بالمعنى المصدري متقدم على ما هو حاصل المصدر ، والشرط وهو الحصول في يد المرتهن وإن كان متأخرًا عن ذات الاقباض ، لكن يصح أن يكون شرطاً لتأثيره ، كما أن القبض شرط لصحة العقد المتقدم وجوداً .

ثم إن ذلك على فرض كون الشرط في مثل المعاملات كالشرط في التكوين ، وإلا فالأمر سهل .
ثم لو فرض ورود الاشكال المتقدم لا يلزم من ذلك بطلان المعاظة في المعاملات المذكورة ، وعدم جريانها فيها ، بل لازمه أن يتعدد الاعطاء والأخذ ، فمرة لانعقاد العقد ، ومرة أخرى لحصول القبض ، هذا إذا كان الشرط القبض ، وإلا فالقبض متمم المعاملة بوجوده الحدوثي ، وبقاء المقبوض في يد الطرف آناء ما بعد المعاملة بمنزلة الشرط .
فتحصل من ذلك أنه كل ما يمكن إيقاعه بالمعاظة صحت فيه ، إلا أن يدل دليل على عدم جريانها فيه .

السادس :

في ملزمات المعاظة ، وموضوع البحث فيها بعد البناء على عدم لزومها في الجملة ، سواء قلنا بالملك أم الاباحة ، أما على القول بالملك فالأصل فيها اللزوم بالأدلة المتقدمة ، لما قرر في محله من جواز التمسك باطلاق مثل « أوفوا بالعقود » فيما عدا مورد تبين الخروج .

ومحصله أن لمثل « أوفوا بالعقود » - مضافاً الى عمومه الأفرادي - إطلاقاً يستفاد منه ومن مقدمات حكمة قررتها المحقق الكركي من لزوم اللغوية ، وتبعه غيره. استمرار الحكم ، فقوله : « أوفوا بالعقود » عموماً وإطلاقاً بمنزلة قوله : « أوفوا بكل عقد مستمراً » أي يكون وجوب الوفاء به مستمراً ، وهذا الاطلاق متفرع على العموم ، فإن حكم العام موضوع الاطلاق ، ولازم التفرع أن تخصيص العام رافع لموضوع الاطلاق لا مخالف لأصالة الاطلاق ، وتقييد الاطلاق لا يوجب تخصيص العموم فمع الشك في خروج فرد من العام يكون المرجع لرفعه أصالة العموم ومع الشك في خروج فرد في قطعة من الزمان يكون المرجع أصالة الاطلاق لا العموم ، ومع الشك في الأقل والأكثر من خروج القطعات يدفع الشك في الزائد بأصالة الاطلاق .

ففي المقام لما قام الاجماع فرضاً على عدم لزوم المعاطاة والمتيقن منه عدم لزومها ما دام بقاء العينين لا يكون الاجماع مخصصاً للعموم ، بل مقيد للاطلاق ، وفي مقدار الزائد من المتيقن تكون أصالة الاطلاق رافعة للشك ، فما ذكره الشيخ الأنصاري (قده) هاهنا موافق للتحقيق وإن لم يذكر وجهه ، وأما ما ذكره في الخيارات فم منظور فيه . والتفصيل يطلب من مظانه .

ثم إن الظاهر عدم جواز التمسك للزوم بالوجوه الثمانية المتقدمة في كلام الشيخ (قده) فإن منها ما يكون المال كموضوعه . كقوله صلى الله عليه وآله : « الناس مسلطون على أموالهم » (١) أو موضوعه نحو

قوله صلى الله عليه وآله : « لا يحل مال امرىء مسلم » (١) ومنها ما يكون الملك موضوعه ، كاستصحاب بقاء الملك ، ففي مثلها لا يصح التمسك بعد تلف العينين بها ، لأن الحكم متعلق بالموضوع المفروض الوجود والمال المعدوم لا يحكم بأن الناس مسلطون عليه أو لا يحل التصرف فيه بلا رضا صاحبه ، والمعدوم لا يعتبر ملكاً حتى يستصحب ، مع ما في الاستصحاب من الاشكال الآخر ، وهو معارضته باستصحاب جواز المعاملة ولعله مقدم على الاستصحاب المذكور بالحكومة ، تأمل .

ثم لو قلنا بالملك فمع تلف العينين يكون المرجع بناءً على ما قدمنا أصالة الاطلاق ، في نحو « أوفوا بالعقود » و « المؤمنون عند شروطهم » (٢) ولا يجري الاستصحاب مع إطلاق الدليل الاجتهادي .

ويظهر من الشيخ الأعظم (قدس) عدم جريانه في نفسه بدعوى أن الجواز هنا غير متعلق بالعقد ، وليس ذلك على نحو جواز البيع الخياري من عوارض العقد ، بل لو شك في كونه متعلقاً بالعقد أو بالعوضين أو كان نحو جواز الرجوع الثابت في الهبة لا يجري الاستصحاب أيضاً ، وبالجملة حيث كان الجواز بمعنى جواز تراد العينين وارتفع مورد التراد امتنع بقاؤه . وفيه أنه إن كان المراد بالتراد هو الخارجي التكويني فلا شبهة في أن الجواز في المعاظة لا يتعلق به ، ضرورة نفوذ الفسخ اللفظي مع بقاء العينين فلا بد وأن يراد به التراد الاعتباري ، وهو تابع لفسخ العقد ، ولا يعقل تحققه بغيره ، نعم يمكن الفسخ بالقول وبالفعل أي التراد الخارجي بقصد فسخه ، فالجواز متعلق بالعقد المتعلق بالعينين على نحو تعلق الخيار ، فانه

(١) الوسائل - الباب ١ من ابواب القصاص في النفس الحديث ٣

وفيه : « لا يحل دم امرىء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه » .

(٢) الوسائل - الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ .

حق متعلق بالعقد المتعلق بالعين .
 فحينئذ إن قلنا بإمكان بقاء حق الخيار مع تلف العينين فلا مجال
 لانكار إمكان بقاء الجواز في المقام ، ومع الشك يكون مجرى الاستصحاب
 نعم لا يجري في المقام للدليل الاجتهادي .

وما أفاد رحمه الله من أنه لا دليل في مقابل أصالة الزوم على ثبوت
 أزيد من جواز تراد العينين ، فيه أنه إن كان المراد من جوازه أخذ العينين
 والتصرف فيهما من غير جواز فسخ المعاملة فهو ليس في مقابل أصالة
 الزوم الذي لا شك في تعلقه بالعقد ، أو المراد جواز ردهما في الملكية
 أي تملكها من غير فسخ فهو أيضاً كذلك ، لأنه تملك جديد غير مقابل
 لأصالة الزوم ، كجواز التملك تقاصاً ، أو المراد التراد الاعتباري الذي
 هو عبارة أخرى عن فسخ المعاملة ، فهو مقابل أصالة الزوم ، نعم القدر
 المتيقن منه جوازه ما دام بقاء العينين ، ومعه يمكن الاستصحاب بعد التلف .
 ثم لو جوزنا الفسخ في البيع الخياري بعد تلف العينين - مع أن لازمه
 ترادها اعتباراً ، وقلنا : لا مانع من اعتبار تراد المدومين - لا مانع من
 ترادها في المقام أيضاً ، فالمتيقن وإن كان ثبوت جوازه حال وجودها ،
 لكن لا مانع من ترادها الاعتباري بعد التلف ، فيجري الأصل .
 ثم مما ذكرناه يظهر الكلام في تلف إحدى العينين ، هذا على القول
 بالملكية .

وأما على القول بالاباحة فهل الأصل الزوم أو الجواز ؟ يمكن أن
 يقال : إن مقتضى وجوب الوفاء بالعقد مضافاً الى الالتزام بالملكية تسليم
 كل منها العوض وتمكينه على جميع التصرفات ، وعدم المنع من قبله ،
 وإلا لم يكن موفياً بالعقد ، والمتيقن من تصرف الشارع هو حيثية حصول
 الملك عنده لا عند العرف ، فانه ليس في مجال التشريع ، فالملكية العقلية

باقية بلوازمها ، وتعبد الشارع بعدم الملكية عنده فقط .
بل الظاهر من جواز تصرف كل منها فيما بيده حتى الموقوفة على الملك
أن الشارع أبى الاباحة اللازمة للملك على حالها .
بل لنا أن نقول : إن الاباحة في المقام ليست مالكية ، لأن المالك
لم ينشئ الاباحة ، وليس في وسعه بعد التملك جعل الاباحة ، ولا الاباحة
الشرعية بمعنى جعل ما ليس بسبب للاباحة سبباً لها وسلب السببية العقلانية
عنه ، فانه بعيد يحتاج الى دليل واضح ، ولا بمعنى جعل الاباحة في موضوع
المعاطاة بحيث لا يرتبط بسببيتها ، بأن يقال : أسقط السببية مطلقاً وجعلها
موضوعاً لأمر أجنبي ، وهذا أيضاً التزام غريب يحتاج الى دليل محكم ،
ولا بمعنى جعل الاباحة تبعاً لرضا المالك بالتصرف ، ضرورة أن رضاه
ليس إلا الرضا المعاملي ، وليس له الرضا بتصرف الغير في ملك نفسه ،
فانه ليس في وسعه ، ولا الاباحة الشرعية المسببة عن رضا الطرفين تقديراً
فان الرضا التقديري لا يعتد به ، مع أنه لا يكون كلياً ، وإحرازه في كل
معاملة غير ممكن .

فحينئذ يمكن أن يقال : إن المالك بعقده صار سبباً لحصول الملكية
وتحقق موضوع الاباحة الشرعية ، ضرورة أن الناس مسلطون على أموالهم
عرفاً وشرعاً ، فهذا المعنى يمكن أن يقال : إن الاباحة مالكية ، أي إن
سبب تحققها المالك ، مع قطع النظر عن الاجماع في المعاطاة ، وكذا شرعية
لأن الشارع أباح تصرف كل شخص في ملكه ، فالمعاطاة سبب للملكية
العقلانية والاباحة التابعة لها ، والشارع لم يكن من وسعه التصرف في الملكية
العقلانية ، وانما له عدم اعتبار الملكية أو التعبد بعدم ترتيب آثار الملكية
العقلانية ، وما ثبت بالاجماع هو الأول فقط .
بل الظاهر من الاجماع فرضاً على جواز جميع التصرفات وإباحته مع

عدم الملكية شرعاً هو التصرف من جهة دون سائر الجهات ، فالإباحة شرعية ومالكية بمعنى ، وليس بشيء منها بمعنى آخر .

فحينئذ يتمسك بالأدلة للزوم ، ومع الغض عنه يمكن أن يقال : إن الأصل للزوم إن قلنا بالإباحة المالكية ، بدعوى أن المعاطاة تنحل الى شيئين : التمليك مقابل التملك ، والإباحة بالعوض ، وهي متحققة في ضمن الأول ، فإذا قام الإجماع على عدم حصول الملك بقيت الإباحة بالعوض ، وعقدها لازم على القواعد ، لكن المبنى فاسد كما لا يخفى .

وإن قلنا بالإباحة الشرعية فإن قلنا : إن الشارع أسقط سببية المعاطاة لحصول الملكية وأثبت لها سببية للإباحة يمكن القول بالزوم بدليل وجوب الوفاء بالعقود ، فإن السبب الشرعي كالسبب العقلاني في وجوب الوفاء بمقتضاه ، ومجرد عدم قصدتها لا يوجب سلب العقدية أو سلب المقتضي ومع وجود المقتضي يكون الوفاء به العمل بمقتضاه ، ولو كان بسببية شرعية . إلا أن يقال : إن الأدلة منصرفة الى المقتضيات العقلانية التي تكون مقصوداً للمتعاملين ، وهو غير ظاهر ، سيما مع التفات المتعاملين الى السببية الشرعية ، تأمل .

وإن قلنا بان الإباحة الشرعية حكم ثابت منه لموضوع هو المعاطاة فلا يمكن إثبات الزوم بالأدلة ، لأن ترتب الأثر على الموضوع ليس مقتضاه ، وترتيبه عليه ليس وفاءً به ، فمثله خارج عن مفاد الأدلة ، فيمكن التمسك باطلاق دليل السلطنة للجواز .

إلا أن يقال : إن العقد المعاطاتي متحقق عرفاً ، وهو موضوع لحكم شرعي ، والشارع وإن أسقط التأثير في الملك لكن لم يسقط ولو تعسداً عقديته ، ودليل لزوم الوفاء شامل له بالنسبة الى إبقاء العقد بحاله ، وما لم ينحل بقي الإباحة الشرعية ، لبقاء موضوعه ، فدليل الزوم موجب لبقاء

موضوع الاباحة ، ولا مانع منه ، لأن دليل اللزوم كما يقتضي ترتيب الآثار يقتضي إبقاء العقد ، تأمل .

ولا يرفع اليد عنه إلا بالدليل أو التشبث باللغوية ، وليس في المقام شيء منها ، ولا صلاحية لدليل السلطنة لردّ العوض بعد دليل اللزوم ، لأن السلطنة ليست على الأحكام الشرعية .

وأما التمسك بأصالة بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة وتحكيمها على أصالة بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك ففيه إشكال ، لعدم كون الشك في بقاء الاباحة الشرعية مسبباً عن الشك في بقاء السلطنة ، بل هو مسبب عن الشك في مقدار جعل الشارع ، وليس نفي الاباحة من الآثار الشرعية لبقاء السلطنة .

نعم هما متضادان ، فإطلاق دليل السلطنة المثبت لجواز التراد النافي لبقاء الاباحة بعد الرجوع والرد كاف في أصالة عدم اللزوم .

وقد يقال في وجه عدم الحكومة : إن المراد بالسلطنة إما القدرة شرعاً - تكليفاً ووضعاً - على التصرف أو لازمها ، وهو عدم سلطنة الغير ، فالاستصحاب على الأول جارٍ وغير مناف لجواز تصرف الغير ، فلكل منهما التصرف فيه ، أحدهما بالملك والآخر بالاباحة الشرعية ، وعلى الثاني - ومرجه إلى استصحاب محجورية غير المالك قبل المعاطاة - ، فلا يجري استصحاب المحجورية ، ضرورة تلبسها باللامحجورية بواسطة المعاطاة ، فيستصحب اللامحجورية .

وفيه أن المراد بالسلطنة حسب إطلاق دليلها هو السلطنة التامة المطلقة على جميع التصرفات وعلى منع الغير عنها ، ضرورة أن سلطنة الغير على تصرف ما مناف لإطلاق السلطنة .

فحينئذ نقول : إن المتيقن من جواز تصرف المباح له هو حال عدم

منع المالك ، والسلطنة على المنع كانت متحققة قبل المعاطاة ولم يعلم بانقلابها بالمعاطاة ، فمض الغرض عن دليل السلطنة والشك في البقاء تستصحب ، وبعبارة أخرى أنا نشك في مقدار سقوط السلطنة بعد تحقق المعاطاة ، فكما يجري استصحاب بقاء الاباحة يجري استصحاب بقاء السلطنة المنحقة قبل المعاطاة المقتضية للسلطنة على منع المباح له عن التصرف .

ثم قال هذا القائل : « التحقيق أن يقال : إن الاجماع قائم على جواز الرجوع في المأخوذ بالمعاطاة ، واستصحابه حاكم على استصحاب الاباحة » وفيه أن الاجماع قائم فرضاً على جواز العقد المعاطاتي ، ولازمه العقلي أو العقلاني جواز الرجوع ، ولا لجماع على جواز الرجوع بمعنى النفوذ الوضعي له حتى يستصحب ، ولا أقل من الشك فيه .

هذا إذ كان العيان باقيتين ، وأما مع تلفها فيمكن تقريب أصالة اللزوم ، بأن يقال : إن الاباحة الشرعية مترتبة على بيع المعاطاة ، أي هذا البيع العقلاني الذي كان لدى العقلاء موجباً للملك واللزوم ، فالنتعاطي في بيع المعاطاة سبب عقلائي لحصول النقل والانتقال ولزوم المعاملة ، وقد قام الاجماع فرضاً على عدم حصول الملك مع بقاء العينين .

فمن إطلاق دليل سببية العقد ولو معاطاة للملك اللازم - وذلك الاجماع - نستكشف تصرف الشارع في السبب ، وجعل ما هو تمام السبب جزءه ، وجزؤه الآخر تلف العينين ، فبرفع اليد عنه في مورد القيد ، ويؤخذ بالاطلاق في غير مورده . مع الغمض عن عدم اعتبار ملكية المعلوم ، وهذا نظير بيع الصرف ، حيث تصرف الشارع في السبب وأخرجه عن تامة السبب الى بعضه ، ونظير الوقف .

وبالجملة إن إطلاق الأدلة المقتضية للسببية المطلقة مقيدة بمقدار ثبوت القيد ، وفيما عداه كان محكماً ، ولازمه أصالة اللزوم .

ثم مع الغض عنه يمكن أن يقال : إن مقتضى قاعدة الضمان باليد هو ضمان المتعاملين بالمثل أو القيمة الواقعية ، بدعوى أن إطلاق « على اليد » (١) يقتضي الضمان مطلقاً ، خرج منه الامانة المالكية بالدليل أو الانصراف ، والامانة الشرعية بالدليل ، وبقي الباقي ، والمقام ليس من الامانة المالكية ، ضرورة أن التمليك بالعوض ليس منها ، ولهذا يكون المقبوض بالبيع الفاسد مضموناً ، والمقام منه ، وأما الاباحة الشرعية الثابتة بالاجماع فلا تلازم علم الضمان ، والمتيقن منه ثبوت الاباحة لا سلب الضمان ، نظير لباحة أكل مال الغير لدى الضرورة ، فان مجردها لا يوجب نفي ضمان الائتلاف ولا ضمان اليد ، بل المقام أولى بذلك من الأكل في المجاعة ، فمقتضى ضمان اليد ضمانها بالمثل أو القيمة الواقعية وهو مشترك مع الجواز والفسخ في الأثر .

ومع الغض عنه أيضاً يمكن أن يقال : إن موضوع حكم الشارع بالاباحة لما كان العقد المعاطاتي العقلاني فما دام بقاء العقد بقيت الاباحة ، وبفسخه ترتفع ، والعقد كان جائزاً قبل تلف العينين فرضاً ، ولهذا لو فسخ أحدهما ارتفعت الاباحة عن الطرفين ، وهذا الجواز لما كان متعلقاً بالعقد العقلاني الذي هو موضوع للأثر الشرعي وبتلف العينين يشك في بقائه ، فيجري استصحاب الجواز ، وثمرته حل العقد بالفسخ وارتفاع الاباحة ، فيكون تلف العين في يده مع استرداد الاباحة ، وهو موجب للضمان بالمثل أو القيمة .

إلا أن يقال : إن ما ذكر له وجه لو كان الفسخ من الأصل ، بأن يقال : إن حل العقد من الأصل يوجب ارتفاع الاباحة ولو حكماً منه ، وبعد ارتفاعه لا يبقى وجه لعدم الضمان بالمثل أو القيمة ، فان ما يتوهم

كونه سبباً لرفع الضمان هو الاباحة الشرعية ، والفرض ارتفاعها ، ولكن المبني فاسد ، والفسخ انما يكون من حينه لا من الأصل ، ولهذا لا يضمن المباح له المنافع المستوفاة حال الاباحة بالفسخ بالضرورة .

ولو تلفت إحدى العينين وقلنا بالاباحة فقد نقل عن الشهيد (قده) القول بأصالة عدم الزوم ، لاصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة ، وردّه الشيخ الأعظم (قده) بأنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف أو قيمته ، وأبطل التمسك بقاعدة اليد ، ثم قال : « إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على الأصل المذكور - ثم تثبت بعموم « الناس مسلطون على أموالهم » - بدعوى أن السلطنة على المال الموجود بأخذه ، وعلى التالف بأخذ بدله الحقيقي ، أي المثل أو القيمة » انتهى . أقول : إن السلطنة على ردّ المال الموجود لا يلزم ضمانه بالمثل أو القيمة بعد كون المنروض تلف العين سماوياً ، فان الاباحة الشرعية الثابتة للطرفين مع رجوع إحدى العينين لا تقتضي إلا سلب الاباحة عن الطرف المقابل ، لا ضمان العين . وبالجمله لا دليل على الضمان بعد الاعتراف بأن اليد لا تقتضي الضمان فان الاباحة الشرعية لا تمتضي الضمان ، وكذا السلطنة على استرجاع العين فلا منافاة بين بقاء السلطنة وبرائة الذمة عن المثل والقيمة حتى يتعارض الأصلان .

ثم إنه لم يتضح وجه حكومة أصالة بقاء السلطنة على أصالة براءة الذمة مع أن ترتبها ليس شرعياً ، بل لا ترتب بينهما رأساً ، فان المنافي لبرائة الذمة على فرضه انما هو الرد ، لا أصالة بقاء السلطنة .

وبما ذكرناه يظهر النظر في قوله : « إن ضمان التالف ببده المعلوم » الخ لما عرفت من عدم الدليل عليه بعد الغض عن قوله صلى الله عليه وآله : « على اليد » وأما التمسك بقاعدة السلطنة على المال التالف لأخذ بدله

ج ١ (ممتضى الأصل في المعاطاة لو كان أحد العوضين ديناً) - ١٩٣ -

الحقيقي فغير وجيه ، لأن موضوع دليل السلطنة المال المفروض التحقق ، لا هو في حال وجوده وعدمه ، ضرورة أن المعدوم لا يكون موضوع السلطنة ، ولا هو ومع عدمه بدله .

والقياس بدليل اليد حيث إن مقتضاه على قول رد العين ومع عدمها ضمان المثل أو القيمة في غير محله ، لما يأتي في نخله من أن قاعدة اليد تقتضي عهدة نفس العين فقط على هذا القول ، لكن الخروج عن عهدها يختلف لدى العقلاء فمع تحقق العين يكون الخروج عن عهدها بتسليمها ، ومع التعذر عنها يكون بالمثل ومع التعذر بالقيمة ، وليس مفاد قاعدة اليد ضمان المأخوذ بنفسه ، ومع فقده بدله . ثم إنه بناءً على ما يظهر من الشيخ الأعظم (قده) من ملازمة بقاء السلطنة على العين لاشتغال ذمته بالمثل أو القيمة كان عليه رحمه الله التمسك بدليل السلطنة الثابتة للعين الموجودة ، وكشف اشتغال الذمة بالعين التالفة ، وهو حاكم على أصالة البراءة ، لا التمسك بالأصل أو السلطنة على العين التالفة .

إلا أن يقال : مع احتمال حصول الملك بتلف أحد العوضين تصير الشبهة موضوعية ، وعليه لا يصح التمسك به في العين التالفة أيضاً ، لاحتمال وقوعها عوضاً اعتباراً بعد التلف .

ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطين فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته ، فيسقط عنه ، وهو في حكم التالف ، لما أمر من إطلاق أدلة اللزوم ، والمتيقن من الخروج عنه غير هذه الصورة ، فبعد السقوط يكون العقد لازماً لا يجوز لأحدهما الرجوع .

وقد يتشبه لعدم الرجوع بوجوده : منها - أن ما في الذمة يتشخص بتشخص الأطراف والاضافات ، ومع سقوطه لا يعقل عوده ، لأن المعلوم يمتنع أن يعود ، ولعل نظر الشيخ الأعظم (قده) بقوله : « الساقط لا يعود »

الى هذا الوجه .

وفيه أن الكلي المورد للمعاملة ما هو قابل للصدق على الخارج وعلى الكثيرين ، وما هو متشخص بقيد التشخص لا يعقل أن يتحقق في الخارج وينطبق على الكثيرين ، فما في الذمة نفس الطبيعة بلا خصوصية موجوديتها في الذمة وتخصصها بالاضافات ، فعودها ليس من إعادة المعلوم .

وبعبارة أخرى إن الطبيعة بنفسها لا تتكرر ، وإنما تتكرر بالوجود والتشخص ، والمفروض أن في المقام ليس ما في الذمة هو الموجود الشخصي المتخصص بالخصوصيات ، فمثل تلك الطبيعة لا كثرة فيها ، إذ الشيء لا يتكرر بنفسه ، فاذا اعتبرت تلك الطبيعة في الذمة ثم سقطت واعتبرت ثانية وثالثة لا تكون في تلك الاعتبارات الكثيرة إلا نفسها ، لعدم لحوق ما يوجب التكرر والغيرية بها ، فمن منحنى بلا قيد وخصوصية من منها ولو لوحظ ألف مرة ، واختلاف الاعتبار واللحاظ لا يوجب اختلاف المعبر والملاحظ ، فحديث إعادة المعلوم ناشئ من الخلط بين الطبيعة بلا قيد والطبيعة الموجودة في الذمة المتخصصة بالخصوصيات .

وأما ما قال صاحب المقال : « إن كان المراد بجواز التراد التراد الملكي الباقي بعد التلف ففي المقام لا يعقل ، لأن تلف العين لا ينافي بقاء ملكية التالف اعتباراً قبل الرجوع ، بخلاف السقوط ، فانه لا معنى لاشتغال ذمته بمثل الساقط للغير قبل الرجوع ، فان اعتبار سقوط ما في الذمة وبقاؤه متنافيان مع التسالم على عدم اشتغال ذمته بشيء للغير قبل الرجوع » انتهى ملخصاً .

ففيه أن التراد الملكي إنما هو تبع للفسخ ، إذ لا يعقل بقاء العقد وتراد العين ملكاً ، فمع الفسخ ينحل العقد ، وترجع ذمة المديون مشغلة بعين ما اشتغلت ، ولو قلنا بلزوم الرد في الملكية فاللازم اعتبار الكلي في

ج ١ (الوجوه المذكورة لعدم الرجوع في المعاوضة لو كان أحد العوضين ديناً وردها) - ١٩٥ -

ذمة المديون قبل الرجوع ملكاً له لا للغير ، وبالرجوع صار ملكاً للدائن كما في الفسخ في العين الثالثة ، وعدم مالكية الشخص لما في ذمته في المقام ونظائره غير مسلم .

وما قيل : من إنه لا يعقل مالكية الشخص لما في ذمته لعله خلط بين المالكية والدائنية ، فانه لا يعقل أن يكون الشخص دائناً لنفسه ، وأما مالكيته لما في ذمته فهو أمر معقول ، ولعل في بيع الكليات يكون الاعتبار بملكية الكلي أولاً ونقله الى الغير بعده .

ومنها - أن حق الخيار أو جواز الرجوع يسقط بسقوط ما في الذمة لأن موضوعها يرتفع بالسقوط ، فلا يبقى لها متعلق .

وفيه أن متعلق الحق أو جواز الفسخ هو العقد لا العين ، كما تقدم الكلام فيه ، ومعه يكون متعلقه وموضوعه هو الأمر الاعتباري الباقي كما في سائر الخيارات ، ولو قلنا في المعاوضة بالجواز الحكمي لا حق الخيار يكون موضوعه أيضاً العقد الباقي .

ومنها - أن رجوع الذمة مشغولة بعد الفسخ لا يصحح تعلق حق الخيار ، فانه لا بد من أن يكون متعلق الحق في رتبة سابقة على الفسخ موجوداً حتى يتعلق به ، فيفسخ ويأخذ بحقه .

وفيه أن متعلق الحق وهو العقد موجود في رتبة سابقة ، ولازم حله لدى العقلاء رجوع الذمة مشغولة بما اشتغلت به أولاً ، ومما تقدم ظهر النظر فيما قيل : من أن عود الذمة اشتغال جديد غير الاشتغال الأول ، والذي ذهب لا يعود ، والعائد شخص آخر ، فان تجدد الاشتغال بتجدد المشتغل به وتكثره ، وقد عرفت عدم تجده وتكثره .

ومنها - أنه يعتبر في جواز الرجوع خروج الملك عن ملك من انتقل اليه الى ملك من انتقل عنه ، وهذا ممنوع في المقام ، لأنه إذا رد المشتري

العين الموجودة الى المدينون فلا بد من أن يخرج الدين عن ملكه ويدخل في ملك المشتري ، ودخون الدين في ملك المدينون نتيجة السقوط دائماً ، نظير انعقاد العمودين ، فيمتنع الرجوع .

وفيه - مضافاً الى منع تقوم الفسخ بخروج الملك عن ملك شخص ودخوله في ملك الآخر ، كما تقدم نظيره في البيع ، وقلنا لا يقوم بتبادل الاضافات كذلك - أنه لا دليل على ملازمة ملكية الشخص لما في ذمته للسقوط عنها ، وقياس المقام بالعمودين مع الفارق بعد قيام الدليل فيها دون المقام ، بل لا يخلو المقيس عليه من المناقشة أيضاً ، وبالجملة لا مانع من ملكية الشخص لما في ذمته وانتقاله الى غيره .

هذا كله مضافاً الى أن اللازم في مثل المقام الرجوع الى بناء العقلاء وعملهم ، لا الى مناقشات عقلية لا ترجع الى محصل ، ولا شبهة في أن العقلاء يبيعون بما في الذمم وتكون نتيجته سقوط ما فيها .

ثم لو كان لهم خيار في البيع الكذائي وفسخوا يصح الفسخ عندهم بلا ريب ، ولازمه رجوعهم الى من عليه الدين بدنيهم كما هو بناؤهم جزماً ، فالمناقشات المذكورة كالشبهة في مقابل البداهة .

هذا على القول بالملك وأما على القول بالاباحة فقد يقال : إن المعاملة باطلة لفقده الأثر ، وهو كما ترى ، لكفاية الأثر في الجملة في الصحة ، ويترتب على الاباحة صحة التصرفات الاعتبارية من البيع والصلح والأسقاط ونحوها .

وربما يقال : إن المعاطاة على ما في الذمة تلازم السقوط ، لأن التحقيق أن بيع المعاطاة المفيد للاباحة هو ما قصد المتبايعان به التمليك لا الاباحة ، ولازم ذلك تسليط كل منها صاحبه على ماله ، لما قلنا : من إن المتعاملين أوجدا مصداق التسليط المذكور ، ولازمه الاباحة المالكية ، ولازم

ذلك التسليط سقوط ما في الذمة ، لعدم تعقل تسلط الشخص على ما في ذمته ، كما لا يعقل ملكيته لما في ذمته انتهى ملخصاً .

وفي المبنى والبناء إشكال ، أما في الأول فلأن المتبايعين في المعاوضة وغيرها لا ينشئان إلا التمليك بالعوض ، وقبوله أو التبادل بين المالكين والتسليط الخارجي ليس موضوعاً لحكم ، والتسليط الاعتباري الذي هو مفاد قاعدة تسلط الناس على أموالهم ليس في البيع ونحوه من منشآت المتعاملين ، وإنما هو حكم عقلائي أو شرعي مرتب على مال الناس ، والمتعاملان بحققان موضوع السلطنة لا نفسها ، وقد قلنا سابقاً : إن الإباحة المالكية في البيع ونحوه غير صحيحة ، بل غير معقولة ، وطيب نفسها في المعاملات طيب نفس معاملي أو طيب نفس بالمعاملة ، لا طيب مطلق ولهذا قالوا : إن المأخوذ بالبيع الفاسد كالمأخوذ غصباً .

وأما في الثاني فلعدم صحة دعوى امتناع تسلط الناس على ما في ذمتهم ، بل صحة المعاملات على الكلي موقوفة على تسلطهم على ما في ذمتهم ، لأن صحة المعاملة موقوفة على تسلط الشخص على ما أوقع المعاملة عليه .

وبالجملة لا دليل على ما ذكره ، بل الدليل على خلافه ، بل لو سلم الامتناع في غير المقام لا يسلم فيه ، لأن الكلي على ذمته للغير ولا مانع من تسلطه على مال الغير في ذمته بتسليطه ، فيصح بيعه وصلحه ، كما لو وكله لذلك .

ثم لو قلنا بسقوط الدين عن الذمة فلا بد وأن يقال بلزوم المعاوضة ، لا لما ذكروا من عدم إمكان التراد ، بل لما ذكرناه سابقاً من أن مقتضى أدلة لزوم المعاملات تمامية الأسباب العقلية في التأثير ، ومع قيام الاجماع على عدم اللزوم في ظرف بقاء العينين يستفاد منه ومن إطلاق الأدلة أن

تأثير السبب مشروط بعدم بقاء العينين على ما هما عليه ، ومع سقوط إحداها يؤثر السبب في الملكية .

وأما مع القول بعدم السقوط فإن قام الاجماع على الجواز حتى في مثل المورد أي المعاطاة على الدين فهو ، وإلا فالأصل لزوم ، ولو نقلت العينان أو إحداها بعقد جائز أو لازم فمقتضى ما ذكرناه من أصالة اللزوم في غير مورد الاجماع هو لزومها ، لعدم ثبوته على فرض تحققه في مثل المورد ، وأما التشبث بامتناع التراد فغير وجيه ، لما عرفت من أن المراد بالتراد ليس الخارجي منه ، والتراد الاعتباري تبع للفسخ ، وهو ممكن .
والتحقيق أن الحق في الخيار والجواز في المقام قائمان بالعقد ، ومع حله ترجع العين الى محلها الأول اعتباراً حتى في مورد تلفها حقيقة أو حكماً كالنقل لازماً ، ولزوم رجوع العين استحقاقاً للطرف نفس العين ، لكن مع فقدها يكون حكمه العقلائي رده ما هو الأقرب اليها من المثل أو القيمة نظير ما قد يقال في قاعدة اليد .

إن قلت : لازم رجوع العين الى الفاسخ صيرورتها مملوكة له مع أنها مملوكة للمشتري الثاني ، ولا يعقل مملوكية شيء واحد بتمامه لشخصين في زمان واحد .

قلت : يمكن أن يقال : إن العين التالفة أو ما بحكمه تعتبر بالفسخ على عهدة الطرف ، ولا محذور في كون شيء واحد ملك شخص وعلى عهدة أشخاص متعددين ، كالأيدي المتعاقبة على عين مغصوبة ، فإن كلاً منهم على عهده العين على قول ، فيجب عليه ردها أو رد مثلها أو قيمتها مع أنها مملوكة للمالك المغصوب منه .

وبالجملة إن للعقلاء أحكاماً ثلاثة : أحدها أن الفسخ عبارة عن حل العقد ، ومقتضاه رجوع كل ما وقع عليه المعاقد الى أصله ، وثانيها أن

بعض الخيارات العقلانية لا يسقط بالتلف أو النقل ، ولازم ذلك أن الخيار حق قائم بالعقد ، وهو حكم ثالث عقلائي ، ولازم تلك الأحكام أنه مع تلف العين أو نقلها إذا انفسخ العقد بنسخ ونحوه ترجع العين اعتباراً الى مالكة الأصلي بنحو ما مر ، لأن رجوع المثل أو القيمة ليس حلاً للعقد أو لازم حله ، لعدم وقوعه عليهما ، ومقتضى رجوع التالف أو ما بحكمه الى المالك الأولي بالفسخ استحقاؤه لنفس العين ، ولهذا لو رجع التالف بنحو خرق العادة يكون للمالك الرجوع اليه لدى العقلاء ، وليس ذلك إلا لأن الفسخ يوجب الهدم ، وهو يوجب استرجاع العين ، ومع فقدها يكون إعطاء المثل أو القيمة بدلاً ، لكونها بمنزلتها وأقرب اليها ، لا لرجوع المثل أو القيمة عند فقدها .

ويمكن أن يقال : إن للبيع لازماً عقلياً هو عهدة تسليم العوضين بحيث لو تعذر التسليم من الأول كان العقد باطلاً أو كان خيارياً ، ولو تعذر بعد ما لم يكن في زمان العقد متعذراً صار خيارياً ، ومع التعذر لا يرجع الى المثل أو القيمة ، لعدم وقوع العقد عليهما ، والفسخ ليس له شأن إلا هدم العقد ، ومع هدمه كان لكل من الطرفين عهدة لإرجاع العين الى صاحبه ، لأن التسليم مقتضى المعاوضة ، ومع هدمها فاللازم عند العقلاء عهدة تسليم العين ، ومع التعذر يرجع الى الأقرب اليها من المثل أو القيمة ، ولا معنى للخيار هاهنا .

والفرق بين هذا والذي قبله أن الوجه السابق مبني على كون العين على العهدة نظير ضمان اليد على قول ، وهذا مبني على عهدة التسليم ، نظير الكفالة والضمان على قول العامة ، فانه عهدة أداء ما في ذمة الغير . وأما تصحيح ذلك بما يقال : من أن العقد الواقع على عين خارجية وقع على شخصها ونوعها وماليتها التي هي من أعراضها الاعتبارية ، ومع

فقد الشخص تبقى نوعيتها وماليتها ، ورد المثل ردّها ، ومع فقد المثل تبقى قيمتها ، فيجب ردها ، فغير مرضي ، لأن النوع الموجود بوجود الشخص غير قابل للصدق على غيره ، وما هو قابل له لم يقع عليه العقد ضرورة عدم وقوع العقد على جزئي وكلي ، ويأتي ما ذكر في القيمة أيضاً ، هذا على القول بالملك .

وأما على الإباحة فان قلنا بأن لازم التصرف الموقوف على الملك هو صيرورة ذلك ملكاً للناقل آناماً فمقتضى أصالة اللزوم صيرورة المعاطاة لازمة بعد النقل بعد ما كان للزوم أثر ، وهو عدم صحة حلّ العقد اللازم منه الرجوع بالمثل أو القيمة ، وإن قلنا بعدم ملكيته له آناماً فالتمسك بأصالة السبب لحصول الملك بعد النقل والتملك غير صحيح ، لأن لازمها سببية العقد للملكية ما هو ملك للغير له .

نعم يمكن أن يقال : إن المتيقن من الاجماع على عدم تأثير السبب غير المورد ، فمقتضى إطلاق السببية حصول الملك قبل النقل آناماً ، فيتحقق به موضوع أصالة اللزوم ، فلو عادت العين فاما أن يكون بفسخ أو إقالة أو سبب جديد من إرث ونحوه ، فان كان بالفسخ أو الإقالة فعلى ما ذكرناه من أصالة اللزوم وأصالة استقلال السبب لا كلام ، ومع الغض عنه والتشبه بعدم إمكان الردّ يمكن أن يقال : إن الفسخ والإقالة عند العقلاء هو حل العقد وإرجاع العين الى الحالة الأولى ، ورجوع الملكية الأولى ، لا ملكية جديدة ، فهي من قبيل إعادة المعدوم عرفاً ، وليست المسألة عقلية حتى يقال بامتناعها .

وبالجملة حكم العقلاء في الفسخ هو استرجاع الملكية الأولى ، فعليه لا يمتنع الردّ والاسترداد ، بل لو عادت بملكية حادثة يمكن أن يلتزم بجواز الردّ ، لأن الفسخ عبارة عن حل العقد ، وبحلله لدى العقلاء

ترجع نفس العين الى من انتقلت عنه حتى مع تلفها كما تقدم ، فحينئذ لو فسخ العقد والعين موجودة في ملكه ولو بملك جديد يكون مقتضى حلّ العقد رجوعها بنفسها لا بمثلها أو قيمتها ، إذ لم يتعلق العقد بها حتى يكون مقتضى حله رجوعها ، فالقول بامتناع التراد غير وجيه .

لكن التحقيق حسب ما أشرنا اليه أن لا شأن للفسخ إلا حل العقد وأما رجوع العين فليس مقتضى الفسخ ، بل مع حل العقد. تصير العين ملكاً للبايع بالسبب السابق ، وإنما تصير ملكاً له لو لا المانع ، ومعه لا ترجع اليه ، كما اذا كانت تالفة حقيقة أو حكماً ، لكن لازم الفسخ كون الطرفين ملزماً برد العوضين الى صاحبه ، فيكون لها عهدة الرد كما تكون عهدة التسليم في البيع ، ولزوم التسليم إنما هو مع بقاء العين ، ومع تلفها ولو حكماً يرجع ما هو الأقرب اليها ، وهذا من غير فرق بين حصول الملك الجديد وعدمه ، فلو عادت بفسخ أو ملك جديد يكون مقتضى عهدة الرد ردها ، والاحتمالات الأخر مبنية على مبنى غير مرضي .

نعم لو فسخ في حال كانت العين للمفسوخ عليه بفسخ أو ملك جديد فمقتضى فسخه حل المعاوضة ، فحينئذ ترجع العين الى ملك الفاسخ بالسبب السابق ، ولا منافاة بينه وبين عروض ملك للغير ، لأن العقد باق عرفاً واعتباراً ولم تسلب من العوضين صفة العوضية ، لعدم المنافاة بينها وبين المعاوضة الأخرى عليها ، فبعد حل العقد ترجع العين المملوكة للمفسوخ عليه الى الفاسخ بالسبب السابق .

وقد يقال : إن مطلق التصرفات ساقلة أو الموقوفة على الملك موجبة لسقوط الرد مطلقاً ، لأن العين تخرج بها عما هي عليها ، ولا بد في الرد من بقائها على ما هي عليها ، كما في خيار العيب ، والجواز هاهنا كخيار العيب ، وهو كما ترى مصادرة ظاهرة ، لأن المدعى أنه بالنقل يسقط الرد

والدليل المذكور أن العين لما خرجت عما هي عليها أي انتقلت الى الغير سقط ردها ، وهو عين المدعى .

وقد يقرر بما حاصله إن المراد بالجواز هو رد العين في هذه المعاوضة ومع تخلل معاوضة أخرى ينتفي موضوع الجواز ، فالموضوع معلوم الارتفاع . وفيه أن الموضوع هو العقد ، وهو معلوم البقاء اعتباراً مع ترتب الأثر عليه كما في المقام ، وتوهم أن المعاوضة الثانية موجبة لانعدام المعاوضة الأولى فاسد ، لعدم التراحم والتضاد بينهما ، ولهذا يكون النقل بالبيع ونحوه في البيع الخياري غير مسقط لاخييار ، ولو قيل بأن الموضوع هو العين فهي أيضاً باقية ذاتاً وصفة ، أي بما هي متعلقة للمعاوضة .

والقول بالفرق بين المقام والخييار بأن في الخييار يمكن أن يقال : إن الزائل العائد كالذي لم يزل ، وفي المقام يكون الزائل العائد كالذي لم يعد كلام شعري لم يصح حتى في مقام الخطابة .

ثم إن الشيخ الأعظم (قده) تعرض لفروع في ذيل كلامه لا ثمرة فيها ، ولهذا أعرضنا عنها وعن بعض التنبيهات غير المفيدة .

القسم الثاني

في البيع بالصيغة وما يتعلق به

فصل :

في ألفاظ عقد البيع ، قد مرّ في بحث المعاوضة أنها بيع صحيح لازم كسائر البيوع ، وهي متعارفة بين العقلاء ، كما أن البيع بالصيغة أيضاً

متعارف ، فالتعاطي - كالتقول - أحد أسباب إنشاء البيع ، ولو لا دليل على الخلاف كان مقتضى القواعد صحة البيع بالصيغة ، ولزومه بلا شرط وعلى نحو الاطلاق .

ولا ينافي ما مرّ من لزوم المعاطاة وصحتها مع البحث عن شرائط الصيغة ، لاحتمال اعتبار الشارع في خصوص صيغة البيع شرائط للصحة أو اللزوم ، ومع فقدتها يقع البيع فاسداً ، لأن ما وقع هي الصيغة الفاقدة لشرط التأشير ، وهي غير صحيحة ولا مؤثرة ، ولم يقع سبب آخر كفعل من إعطاء وأخذ أو إشارة أو نحوها ، ومع فقد السبب الفعلي مطلقاً والسبب القولي الصحيح لا وجه لوقوع البيع لا معاطاة ولا بالصيغة ، ولا دليل على أنه لو لم يراع شرائط صحة الصيغة يقع البيع معاطاة ، بل الدليل على خلافه ، سيما مع القول بلزوم المعاطاة ، كما هو التحقيق .

نعم لو اعتبر في العقد بالصيغة شرائط للزوم فمع عدم مراعاتها يقع صحيحاً غير لازم ، فحينئذ يكون للبيع المعاطاتي مصداق واحد ، وهو الصحيح اللازم ، وللبيع بالصيغة مصداقان أحدهما ما روعيت فيه شرائط اللزوم فيقع لازماً ، وثانيها ما لم يراع فيه فيقع صحيحاً غير لازم بمقتضى دليل الصحة ودليل اعتبار الشرط ، وأما الفاسد منها فلا كلام فيه .

ثم إن هاهنا كلاماً آخر ، وهو أنه لا إشكال في تعارف العقد المعاطاتي بالاعطاء والأخذ ، وكذا في تعارف العقد بالصيغة ، كما لا شبهة في صدق البيع عليهما ، بل قد مرّ أنه يصدق العقد أيضاً عليهما .

فهل البيع عرفاً ولدى العقلاء منحصر بهما أو يكون البيع بالإشارة بل بكل مظهر كتابة أو إشارة أو غيرها بيعاً عقلاً بديعاً بدعوى أن البيع ليس إلا المبادلة بين المالكين أو تملك عين بعوض ، فالإشارة المفهومة والكتابة وغيرها آلات لإنشاء المعنى الاعتباري ، وليس لللفظ ولا لعمل

خاص خصوصية في ذلك ، فالإشارة وسائر المبرزات آلات للانشاء في عرض واحد ، وكل منها سبب مستقل لايقاع المعاملة ؟ الظاهر ذلك .
 إلا أن يقال : إن ماهية البيع وإن كانت المبادلة لكن لا بد في تحققها من سبب عقلائي ، واللفظ والتعاطي سببان عقلائيان بلا شبهة ، وأما سائر المبرزات فليست من الأسباب العقلانية لايجاد الطبيعة وإن كانت بواسطة القرائن مفهومة للمقصود ، فهل ترى أن المتعاملين لو تقاولا بأن إيجابي هو العطسة مثلاً وقبولك وضع الكف على الكف صدق على ما فعلا البيع ونحوه ، والإشارة بالحاجب والسبلة لا تقصر من ذلك ، فهي وأمثالها ليست أسباباً عقلائية ، ولا تتحقق الماهية بها عند العقلاء .

فحينئذ لو قلنا : بأن إشارة الأخرس سبب عقلائي في عرض سائر الأسباب لا تكون قائمة مقام اللفظ ، بل هي سبب كاللفظ .
 لكن يمكن المناقشة فيه بأن الإشارة إذا لم تكن سبباً عقلاً فلا بد من الالتزام بأن العجز شرط في السبب ، فيكون المؤثر الإشارة الصادرة من الأخرس بحيث يكون السبب مركباً من الإشارة وقيد الخرس ، وهو كما ترى ، فلا بد وأن يقال : إن إشارته قائمة مقام السبب ، فلا بد في الصحة والنفوذ من دليل خاص غير الأدلة العامة .

ولو سلم يمكن المناقشة في إطلاق أدلة التنفيذ وعمومها لمثل هذا الفرد النادر الوقوع جداً ، بدعوى انصرافها عن مثله ، وصرف ندرة الوجود وإن لم يوجب الانصراف ، لكن تعارف التسمين المتقدمين وعدم تعارف غيرها وندرة وجوده بحيث يلحق بالعدم ربما يوجب صرف الأذهان عنه وانصراف الأدلة ، وفي مثله لا بد في نفوذه من دليل ، لعدم تعارفه حتى يقال : إنه أمر متعارف ، ولم يردع عنه الشارع فهو مضمي ، ولو لا دليل خاص لم يسعنا الحكم بصحته ولزومه ، إلا أن ينكر عدم التعارف ،

ويقال : إنه متعارف في بعض الظروف والحالات ، وهو كاف في عدم الانصراف ، وهو مشكل ، لأن ما هو المتعارف هو بيع الأخرس ومعاملته بنحو المعاطاة والإشارات القبلية كالمقاولات لتعيين المبيع والقيمة مثلاً .
وأما كون إشارته لإيقاع المعاملة بحيث يكون الأخرس مستثنى من سائر العقلاء الذين يكون مبايعتهم بالمعاطاة فهو غير مسلم بل مسلم الخلاف فالشائع في الظرف الخاص هو معاملة الأخرس لا بيعه بالإشارة في مقام إجراء الصيغة .

وكيف كان لو قلنا بعدم صدق البيع على ما يوقع بالإشارة حقيقة لا محيص عن القول بعدم صدقه بالنسبة إلى بيع الأخرس بها ، لأن ماهية البيع لا تختلف بالنسبة إلى الناطق وغيره ، إلا أن يلتزم بالإشراك اللفظي وهو كما ترى ، أو يقال : إن إشارة الأخرس سبب عقلائي دون إشارة غيره ، وهو أيضاً غير مرضي ، فلا بد على هذا الفرض من القول بأن بيع الأخرس ملحق بالبيع ، وهو يحتاج إلى الدليل .

وأما لو قلنا بأن للبيع عرفاً ولغة صادق على البيع بالإشارة حتى من غير الأخرس فلازمه أن يبيع يقع بالفعل ، ولا يكون قائماً مقام البيع بالصيغة ، لأن المفروض أن الإشارة أحد الأسباب في قبالة اللفظ وسائر الأفعال ، فلا فرق بين إشارة الأخرس وغيره في أنها آلة لإيجاد المبادلة ، فكما أن إشارة غير الأخرس لا تقوم مقام لفظه كذلك إشارة الأخرس ، غاية الأمر أن غيره قادر على إيجاد البيع باللفظ والإشارة وسائر الأفعال والأخرس عاجز عن إيقاعه باللفظ ، فكما أن العاجز عن الكتابة لا تقوم إشارته مقام كتبه أو لفظه كذلك الأخرس .

وبعبارة أخرى إن إشارة الأخرس كإشارة غيره آلة لإيقاع البيع بلا وسط وابتداءً في عرض اللفظ ، ولا تكون إشارته إشارة إلى اللفظ

والإيقاع باللفظ المشار اليه .

فما قال بعض أهل التحقيق - من أن الأخرس كغيره له عهد مؤكد وعهد غير مؤكد ، والاشارة منه عهد مؤكد كاللفظ من غيره ، فليس مجرد كون الاشارة فعلاً موجباً لكون معاملة الأخرس معاطاةً دائماً أو أن فعله منزل منزلة القول من غيره دائماً ، بل له سنخان من العهد كما في غيره بلحاظ قوة الدلالة على مقصده وضعفها نوعاً - غير وجيه ، لأن اشارته إن كانت باعتبار قوة دلالة عهدهم مؤكداً فمفع الغض عن عدم صحة المبني وعدم الفرق بين الاشارة وسائر الأفعال والغض عن عدم الاختلاف لدى العقلاء في عقد المعاطاة وغيرها في الصحة واللزوم يلزم منه أن تقوم اشارة غير الأخرس أيضاً مقام لفظه في ذلك ، ولازمه الالتزام بأن عقد المعاطاة عبارة عن الأخذ والاعطاء ، وأما الاشارة ونحوها مما لها قوة الدلالة فتكون كالعقود اللفظية ولا أظن التزامهم به .

وما قال رحمه الله في خلال كلامه : من أن الاشارة من مثل الأخرس عهد مؤكد غير مرضي ، لأن الاشارة بلحاظ رفع الاشتباه تكون كذلك كما صرح به القائل ، ونحو مشترك بين الأخرس وغيره ، ورفع الاشتباه ليس من الأمور النسبية .

مضافاً الى أن قوة الدلالة على تبديل العينين وعلى مقاصد المتبايعين غير مؤكدة العهد ، فصراحة الدلالة على التبديل كظهور الدلالة عليه لا تنفيذ مؤكدة العهد ، فلا بد في مؤكديته - على فرض كون موضوع اللزوم العهد المؤكد - من دلالة غير الدلالة على أصل التبديل .

نعم يمكن أن يقال : إن اشارة الأخرس على قسمين : أحدهما ما هي آلة لإيقاع المبادلة ، فهي كسائر الأسباب سبب ابتدائي له ، وليست قائمة مقام اللفظ لدى العقلاء ، وثانيها ما هي اشارة الى سبب آخر هو اللفظ

ليكون ذلك آلة لايجاد المعاملة ، وهي قائمة مقام اللفظ ، لأن ما هو السبب لايقاعها هو اللفظ المشار اليه .

وبعبارة أخرى إن إشارته تارة تكون سبباً وأخرى إشارة الى السبب . فالأول في عرض سائر الأسباب . والثاني قائم مقام السبب اللفظي لكن تصور الثاني لا يخلو من خفاء وغموض ، بل الظاهر عدم إمكانه للجمع بين اللحاظين المختلفين ، بل لو فرض صحته وإمكانه ففوق العقد به مشكل ، لأن الإشارة الى السبب لا توجب وجوده وتحققه ، كما أن حمل كلام القوم عليه مشكل أو ممنوع .

وللأخرس نوع آخر من المعاملة يقوم مقام اللفظ عرفاً ، وهو تحريك لسانه للإفادة ، فان تحريكه انما هو لايجاد اللفظ الدال على المعنى ، لا لايقاع المعنى ، فالأخرس إذا أراد التلفظ يحرك لسانه تقليداً لغيره ، ولا يلزم أن يعرف الألفاظ بعناوينها حتى يقال : إن نوع الخرسان لا يعرفونها للصمم ، بل تكفي المعرفة إجمالاً بأن غيره يوجد البيع تارة بالفعل ، وأخرى باللسان ، وأراد بتحريك لسانه إيقاع المعاملة كغيره الذي يوجد باللفظ وتحريك اللسان ، كما أن تحريك لسانه يقوم مقام قراءته . ولكن الظاهر عدم اعتبارهم تحريك لسانه ، وظاهرهم قيام اشارته مطلقاً مقام اللفظ في إفادة الصحة وال لزوم ، وهو موافق للتحقيق على فرض كونه معاملة عقلائية ، وكون مطلق المعاملات العقلائية مشمولة للأدلة ، وعدم انصرافها الى ما هو المعهود المتعارف ، أو عدم انصرافها عن إشارة الأخرس إن قلنا بانصرافها عن إشارة غيره .

ومقتضى القواعد على هذا المبنى صحة معاملاته بالإشارة بأي وجه اتفقت ولزومها ، ومع فقد الاطلاق لا بد من التماس دليل آخر على أن إشارة الأخرس قائم مقام بيعه اللفظي ، ومع الشك في صحة المعاملة بها

رأساً لا يحكم بالصحة ومع الشك بين الأقل والأكثر - أي لو شك في أن الإشارة كافية أو مشروطة بالعجز عن الكتابة أو مشروطة بلوك اللسان - لا بد من مراعاة القيود المحتملة ، لعدم جريان البراءة في المحصلات والأسباب والمسببات .

وما يقال :- من أن جريانها في الأسباب الشرعية التي ترجع الى جعل السببية والتسبب بناءً على ما هو التحقيق لا مانع منه ، ويرفع به الشك عن المسبب ، لأن الشك في تحققه ووجوده ناشئ عن الشك في اعتبار شرط أو قيد في سببه ، ومع رفعها بحديث الرفع يرفع الشك في تحققه ويحكم بوجوده ، وهو مقدم على استصحاب عدم النقل وبقاء الملك ، تحكيمياً للأصل الجاري في السبب على الجاري في المسبب ، ولو كان الأول أصل براءة والثاني استصحاباً - غير وجيه ، لأن إثبات ترتب المسبب على السبب موقوف على إثبات أن الأقل تمام السبب والسبب التام ، ومع احتماله والشك في نقصه وتمامه لا يحكم بترتبه عليه ، وجريان حديث الرفع في القيد المشكوك فيه لا يثبت كون البقية تمام السبب .

وليس المقام من الموضوعات المركبة حتى يقال باثبات جزء بالأصل والآخر بالوجدان ، بل الأمر فيه دائر بين كون الإشارة سبباً تاماً حتى يترتب عليه المسبب أو ناقصاً ، وتمامه شرط كذائي ، وإذا كانت سبباً تاماً يكون المؤثر أو الموضوع للأثر نفسها بلا دخالة شيء ، لا نفسها وعدم شيء آخر ، وما لم يحرز أنها تمام السبب لا يحكم بترتب المسبب عليها ، وإثبات تماميتها بالأصل مثبت ، بل الأصل مثبت من ناحية أخرى أيضاً ، والتفصيل في محله .

وقد تمسك الشيخ الأعظم (قدّه) بفحوى روايات طلاق الأخرس

ج ١ (ما يتمسك به لتحقق البيع بالإشارة ونحوها والجواب عنه) - ٢٠٩ -

كموثقة السكوني قال : « طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ويعتزلها » (١) ونحوها رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام (٢) وقريب منها رواية أبان بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام (٣) .
وكصحيحة ابن أبي نصر البزنطي أنه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام « عن الرجل تكون عنده المرأة بصمت ولا يتكلم ، قال : أخرس هو ؟ قلت : نعم ، ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها ، أيجوز أن يطلق عنه وليته ؟ قال : لا ، ولكن يكتب ويشهد على ذلك ، قات : فانه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟ قال : بالذي يعرف به من حاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه » (٤) .

ويمكن المناقشة فيه - مضافاً إلى ما قيل من احتمال التوسعة في خصوص باب الطلاق والنكاح لحفظ الفروج ، فلا يمكن التعدي منه إلى غيره ، تأمل - أن ما رمناه في المقام هو إثبات كون إشارة الأخرس بمنزلة بيعه اللفظي في الصحة والزوج ، وأن بيعه بالإشارة لا يكون معاطاة بعد تسليم أن بيع المعاطاة غير لازم أو مفيد للإباحة ، والروايات المتقدمة لم يظهر منها إلا أن طلاق الأخرس بكذا وكذا ، وأما أنه قائم مقام طلاقه اللفظي أو أنه طلاق معاطاتي حكمه حكم الطلاق اللفظي فلم يظهر منها ، فمع تسليم الفحوى لا يصح الاستدلال بها إلا للصحة ، لا للزوج .

وبعبارة أخرى : يظهر منها بعد التسليم أن إشارة الأخرس بيعه ، لا بيعه اللفظي حتى يكون لازماً ، وعدم كون الطلاق من غير العاجز في الشرع على قسمين : معاطاتي وبالصفة لا يلزم أن لا يكون للأخرس طلاق معاطاتي ، ولعل طلاقه معاطاتي ، وعدم وقوعه جائزاً لأجل عدم

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الوسائل - الباب - ١٩ - من ابواب مقدمات

الطلاق - الحديث ٣ - ٥ - ٢ - ١ .

كون الطلاق على قسمين : وأما البيع الذي هو في الشرع على قسمين ،
مختلفي الحكم فرضاً فلم يثبت بتلك الأخبار أن إشارة الأخرس من أي
قسم منها ، فتدبر .

ثم إن في تقدم إشارة الأخرس على كتابته أو العكس كلاماً ،
ربما يستشعر تقدم الكتابة من صححة البيزطي ، ويمكن تقريبه بأن الطلاق
لما لم يقع إلا بلفظ خاص « هو أنت طالق » والكتابة واجدة للصيغة
فاقده للتلفظ بها ، والاشارة ونحوها فاقده لكليهما ، ولعله صار موجباً
لأمر أبي الحسن الرضا عليه السلام في صححة البيزطي بالكتابة أولاً
ومع فرض العذر أمر بغيرها ، وبهذه المناسبة يمكن فهم تقديم الكتابة
عليها ، لكن على فرض تسليم الترتيب في الطلاق بشكل إسراء الحكم
إلى البيع ، لأنه يقع باللفظ وغيره حال الاختيار ، ولا دخالة للفظ في
أصل تحققه ، وإن كان دخيلاً في لزومه فرضاً فالمناسبة المذكورة غير
متحققة في البيع ، فتأمل .

وقد وردت روايات في باب الوصية (١) لعلها أولى بالتمسك بها
من روايات الطلاق وإن لا تخلو من إشكال .

وأما ما وردت في التلبية والتشهد والقراءة كموثقة السكوني (٢)
فهي أجنبية عن المقام ، ولا يستفاد منها صحة بيع الأخرس بتحريك
لسانه وإشارة إصبعه ، لأن في العبادات تعتبر المباشرة ، والمطلوب فيها
إتيان المكلف بنفسه بأي وجه أمكن ، دون باب المعاملات كما لا يخفى .

ثم إن الإيجاب والقبول لما اشتملا على مادة المفردات وهيتها وهيئة
الجملة التركيبية يقع الكلام تارة في مواد الألفاظ من حيث الصراحة

(١) الوسائل - الباب - ٤٨ و ٤٩ - من كتاب الوصايا .

(٢) الوسائل - الباب - ٥٩ - من ابواب القراءة في الصلاة - الحديث ١ .

والظهور والحقيقة والكناية والمجاز ، ومن لزوم أخذ العنوان بالحمل الأولي وعدمه ، وأخرى في هيئة المفردات من حيث اعتبار كونها جملة فعلية أو فعلا ماضياً ، وثالثة في هيئة تركيب الإيجاب والقبول من حيث الترتيب والموالة .

أما الكلام في المواد فمحصل القول فيها بل في غيرها أيضاً يتضح بعد بيان أمر ، وهو أن موضوع الحكم في باب المعاملات بيعاً كانت أو غيره لدى العقلاء وبحسب الاطلاقات والعمومات هو المعاملات المسببة وما كان بالحمل الشائع عقداً وتجاراً وبيعاً وصلاحاً واجارة وغيرها ، وهذا المعنى المسببي بالحمل الشائع تارة ينشأ بالهيئة المأخوذة فيها مواد تصدق عليها عناوين المعاملات بالحمل الأولي نظير بيعت وأجرت وصالحت ، وأخرى ينشأ ما هو بالحمل الشائع أحدها بغير ما ذكر ، كإيقاع البيع بلفظ ملكت ، والاجارة بلفظ سلطت ، وهكذا ، وثالثة ينشأ بالكنائيات والمجازيات أو بالأفعال والكتابات أحياناً ، إلى غير ذلك .

ولا ينبغي الاشكال في أن موضوع وجوب الوفاء لدى العقلاء وفي قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » (١) هو المعنى المسببي ، أي المعاقدة الواقعية ، والنقل الواقعي وبالحمل الشائع ، وهو تمام الموضوع للأحكام لدى العرف والعقلاء من غير نظر إلى آلات إنشائه وإيجاده ، ففما أنشئ البيع بلفظ « بيعت » ليس موضوع الحكم إلا التمليك والتملك الواقعي ، لا ما هو متحقق بهذا العنوان والسبب .

فتوهم لزوم أخذ عناوين المعاملات في الصيغة في غاية الفساد ، كما أن موضوع الأدلة الشرعية أيضاً كذلك ، وتوهم أن موضوعها ما هو

مأخوذ في الأدلة الشرعية كالبيع في « أحل الله البيع » (١) والصلح في قوله عليه السلام : « الصلح جائز بين المسلمين » (٢) وهكذا ، أيضاً في غاية السقوط ، ضرورة أن هذه العناوين بما هي عناوين بالحمل الأري ليست موضوعة لحكم ، بل الموضوع هي العناوين بالحمل الشائع سواء كانت آلة الانشاء لفظاً مأخوذاً فيه العناوين أم لا ، بل من غير فرق بين كون الآلة لفظاً أو غيره ، فالبيع المسيبي المنشأ باللفظ الصريح عين ما أنشئ باللفظ غير الصريح أو بالفعل أو بالإشارة أحياناً ، ولهذا لم يحتمل أحد اعتبار وقوع العقد بلفظ « عاقدت » والبيع بخصوص لفظ « بعث » والتجارة بلفظ الانحجار ، مع أن الإيقاع بغير الألفاظ الدالة على العناوين لا يصدق عليها هي بالحمل الأوي ، فالبيع والاجارة والصلح عقد لا بالحمل الأوي . والتملك بالعوض بيع لا بهذا الحمل ، مع أنها موضوعات للأحكام بلاريب .

وبالجملة كل معاقدة تحققت بأي سبب وجدت يجب الوفاء به لدى العقلاء .

فاللازم بيان أن ألفاظ الكنايات والمجازات والمشاركات اللفظية أو المعنوية هل يمكن إيقاع المعاملات بها أو لا ؟ ومع الامكان هل تكون مشمولة للأدلة أو تكون منصرفة عنها ؟

قال : بعض الأعظم قدس سره في مقام بيان علم صحة إيقاعها بألفاظ الكنايات : « إنه لا شبهة في الفرق بين الحكايات والايجابيات ، فان الحكايات لا يتعلق غرض بها إلا إظهار ما في الضمير بأي وجه اتفق إذا لم يكن خارجاً عن المحاورات ، وأما الايجابيات فانها لا توجد إلا بما هو

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٧٥ .

(٢) الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب الصلح الحديث ٢ .

آلة لا يجادها ومصداق لعنوانها ، فلو لم يكن مصداقاً لعنوان وآلة لا يجاده بل كان للزومه أو ملازمه لم يوجد الملزوم أو الملازم الآخر به وإن كان الغرض من إيجادهما إيجاد الملزوم أو الملازم الآخر ، إذ لا عبرة بالدواعي والأغراض في الإيجاديات ، والكنايات لما كانت قسم المجازات - فان قوله : « طويل النجاد » استعمل في نفس معناه الحقيقي ، وأتى معنى اللفظ إلى المخاطب لينتقل إلى ملزومه ، وهو طول القامة ، والانتقال إليه من دواعي استعمال هذه الألفاظ في معانيها ، لا أنها استعملت في طول القامة - فالأقوى عدم صحة إنشاء العنوان بها ، فان إنشاء اللازم وإيجاده في الإنشاء القولي ليس إيجاداً للملزوم عرفاً ، وكون الملزوم مقصوداً وداعياً من إيجاد اللازم لا أثر له ، لما عرفت من أن الدواعي والأغراض لا أثر لها ولو قيل بأن الملزوم وإن لم ينشأ أصالة إلا أنه منشأ تبعاً وفي المرتبة الثانية من الإيجاد ، يقال : إن الإيجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود ، فينصرف الإطلاق عنه ، ولا يشمل العمومات لخروجه عن الأسباب المتعارفة » انتهى ملخصاً .

أقول : ويظهر النظر فيه بعد اتضاح حال الكنايات في الإخبارات والإنشاءات ، وهو أن الألفاظ في باب الكنايات مستعملة في معانيها الموضوعية لها ، وكذلك الجملة التركيبية بالارادة الاستعمالية للدلالة على المعنى المكنى عنه ، فالإخبار بالكناية لإخبار جداً وحقيقة عن المكنى عنه ، لا عن المعنى المستعمل فيه ، فقوله : « زيد كثير الرماد » لم يكن إخباراً عن كثرة رماده جداً لينتقل منها أي - من المعنى المخير به - إلى جوده ، وليس الجود من دواعي الإخبار بكثرة الرماد ، بل الجود هو المخير به حقيقة دون كثرة الرماد ، ولهذا يكون صدق هذا الكلام وكذبه بمطابقة المعنى المكنى عنه للواقع وعدمها ، فلو لم يكن لزيد كثرة الرماد ولا الرماد

ولكن كان جواداً كان الاخبار صدقاً ، لأن الاخبار ليس عن كثرة الرماد ولو كان كثير الرماد ولم يكن جواداً كان الاخبار كذباً ، فلو كان المعنى المكتنى عنه من قبيل الدواعي وكان الاخبار عن كثرة الرماد حقيقة لكان الكذب والصدق تابعين للمخبر به ، أي كثرة الرماد وعدمها . وكذا الحال في ما إذا كان القائل في مقام إنشاء مدح أو ذم بالكناية فقيه أيضاً تستعمل الألفاظ في معانيها الحقيقية من غير أن يكون المراد إفهام معانيها جدياً ، بل يراد به إفادة المعنى الكنائي ، فقوله في مقام الاستهزاء : « زيد حاتم » مريداً به ذمه إنشاء للذم لا إخبار عن كونه حاتماً ، ولعل غالب الكتابات في كلمات البلغاء والشعراء من قبيل إنشاء المدح أو الذم ، سواء أتى الكلام بالجملة الاخبارية أو الانشائية ، وليس إنشاؤها من قبيل الدواعي على الاخبار حتى يكون متصفاً بالصدق والكذب ، بل هو إنشاء للمدح أو الذم ، كما لو أنشأ باللفظ الصريح ، والكناية أبلغ . فما زعم رحمه الله - من أن إنشاء اللازم وإيجاده في الانشاء القولي ليس إيجاداً للملزوم عرفاً - فيه خلط ، لأن باب الكتابات ليس من قبيل إنشاء اللازم أو الاخبار به ، بل من قبيل إنشاء الملزوم والاخبار به ، فقوله : « خذ هذا الثوب واعطني درهماً عوضه » إنشاء بيع كناية لا غير . وما ذكرناه هو الفارق بين المعاني الكنائية والمعاني الالتزامية ، لأن في باب الدلالات الالتزامية يقع الاخبار حقيقة عن الملزوم ، ويكون الملزوم والمعنى المطابقي دالاً على اللازم والمعنى الالتزامي ، فلو قال طلعت الشمس لا يكون مخبراً إلا عن طلوعها ، وبدل طلوعها على وجود النهار وذهاب الليل ، لا بالدلالة اللفظية ، بل بدلالة المعنى على المعنى ، ويكون الانتساب إلى اللفظ بالوسط ، ولهذا يكون مناط الصدق والكذب في هذا الاخبار طلوع الشمس وعلم طلوعها دون لوازم خبره ، وما قال القائل إلا كذباً واحداً أو صدقاً واحداً ولو كان داعيه من الاخبار إفهام لازمه ،

لأن الانتقال الى اللازم انتقال اليه من المعنى الملزوم المخبر به جداً .
وأما الكنايات فليست بتلك المثابة ، بل الألفاظ مستعملة في معانيها
بالاستعمال الصوري آلة للاخبار بالمعنى الكنائي أو إنشائه ، فقول القائل :
« فلان يده مبسوطة وبابه مفتوح » كناية عن جوده وكثرة زائريه ليس لإخباراً
حقيقة إلا عن جوده وكثرة وارديه ، دون بسط يده وفتح بابه ، ولعل
المدح لا يد له ولا باب ومع ذلك يكون الاخبار صحيحاً ..

ومما ذكرناه يظهر أن إيجاد المعنى المكنى عنه بالكناية ليس ضعيف
الوجود أو في كمال ضعفه حتى يدعى الانصراف ، بل كثيراً ما تكون
الكنايات أبلغ في إفادة المرام ، مع أن ضعف الوجود لا يوجب الانصراف .
كما يظهر منه أن الملزوم ليس منشأ تبعاً وفي المرتبة الثانية من الإيجاد
بل منشأ ابتداء وأصالة ، ولا منشأ غيره ، وهذا واضح جداً .

كما يظهر منه ما في المحكي عن المحقق الخراساني رحمه الله فانه بعد
الاعتراف بالصحة في المجازات استشكل في الكنايات نظراً الى عدم تأكد
المعاهدة بها لسراية الوهن من اللفظ الى المعنى لما بينهما من الارتباط ،
بل نحو من الاتحاد ، لما عرفت من عدم وهن في الدلالة ولا في المدلول .
مضافاً الى ما تقدم من أن التصريح والتكنية غير مربوطين بتأكيد
العهد ، ولو رجع اعتبار التأكيد الى اعتبار التصريح في الدلالة فهو
مصادرة .

بقي شيء ، وهو دعوى انصراف الأدلة عن العقود المنشأة بالكنايات
بل بالمجازات ، وعدم شمول العمومات لها ، لخروجها عن الأسباب المتعارفة ،
وهي في العمومات غير وجيهة ، للزوم حمل اللام في « أوفوا بالعقود »
على العهد ، وهو في غاية البعد ، وقد فرغنا في محله من عدم احتياج
العمومات إلى مقدمات الحكمة ، وأما الاطلاقات فانصرافها ليس بذلك البعد

وإن أمكن دفعه بأن المناسبة بين الحكم والموضوع توجب التوسعة إلى كل تجارة وبيع ، لأن ما هو موضوع الحل هو البيع المسيبي ، والتجارة كذلك وآلات الانشاء لا دخالة لها في الحل والحرمة ، كما أن في عرف العقلاء لا اعتناء بالآلات ، بل المنظور إليه بينهم هو العهود والعقود والتجارات .

مضافاً إلى ما قلناه في آية التجارة عن تراض (١) من استشعار العلية من قوله تعالى : « بالباطل » ويقابله الحق ، فكأنه قال : إن التجارة عن تراض حق ، فيحل أكل المال بها ، فعليه يؤكد الاطلاق بل يعم التعليل ، فتدبر جيداً .

ثم قال بعض الأعظم قدس سره في مقام بيان عدم الجواز ببعض المجازات والمشاركات ما حاصله : « لا شبهة في أن البيع وغيره من عناوين العقود والايقاعات عنوان بسيط غير مركب من الجنس والفصل ، فلا يمكن إيجادها بالتدرج ، فالتمليك البيعي والقرضي ونحوهما من الهبة والاجارة يكون في كل منها تمليكاً بعين كونه بيعاً أو قرضاً أو نحوهما ، أي لا يكون التمليك جنساً وبيعته فصلاً ، وكذا في القرض ونحوه وإن قلنا بأن كل واحد منها مبائن في السنخ مع الآخر .

مضافاً إلى أن التمليك في الجميع أمر واحد والاختلاف بينها كالاختلاف بين أفراد البيع ، فاذا كان بسيطاً لا يمكن أن يوجد تدريجاً .

ثم رتب عليه أن المجازات غير المشهورة لما احتاجت إلى قرينة صارفة عن المعنى الحقيقي فحالها أردأ من الكنايات ، لأن ما يوجد به بحسب الدلالة التصويرية هو معناه الحقيقي ، وبحسب الدلالة التصديقية معناه المجازي ، فيتناقضان وما قال المشهور بأن بعثك بلا ثمن لا يفيد فائدة الهبة مع وجود

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٩ .

القريئة الصارفة مبني على أن ما أوجد أولاً بلا مجيء قريئة كان معانداً لما أوجد ثانياً ، ولا يمكن إرجاع ما أوجد عما هو عليه في الإيجاديات ، ورتب عليه أيضاً أنه في بعض المشاركات اللفظية والمعنوية لا يصح الإيقاع للزوم لإيجاد البسيط بالتدرج ، انتهى .

وأنت خير بما في مقدمته ونتيجتها ، أما في الأولى فلأن جميع تلك العقود مركبة من جنس وفصل اعتباريين ، ضرورة أن ماهية البيع سواء أريد بها الماهية المركبة من الإيجاب والقبول أم نفس الإيجاب عبارة عن التملك بالعوض مع القبول على فرض ، وبغيره على آخر ، فالتملك جنس اعتباري هو ما به الاشتراك بين البيع والقرض والهبة والاجارة ونحوها من العقود التملكية ، وما به الامتياز والفصل المميز الاعتباري هو كونه بعوض أو بلا عوض ، أو بالضمان ، أو ما به الامتياز كونه متعلقاً بالعين أو بالمنفعة ، وبالجملة نفس التملك جنس مشترك اعتباري وكل منها ممتاز في نوعيته عن الآخر .

والعجب من دعواه بأن الخصوصيات المميزة من قبيل الخصوصيات الفردية كما به الامتياز في أفراد البيع ، وهي بمكان من الضعف ، ضرورة أن الشخصيات الفردية إنما تلحق بالشيء بعد وجوده وتحققه ، والبيع والقرض أو نحوه ممتازان بماهيتها النوعية ، سواء ألحقت بها الشخصيات الفردية أم لا ، فلا شبهة في أن ماهيات العقود مركبات اعتبارية ، نعم اعتبار تحققها لدى العقلاء والشارع دفعي لا تدريجي ، وهو أمر آخر ، فإذا أنشأ الموجب الملكية بالعوض بسد الدين وقبل المشتري يعتبر العقلاء عقبيهما انتقال المبيع الى المشتري والتمنن الى البائع دفعة لا تدريجاً ، فالانشاء تدريجي التحقق كالمنشأ بتعدد الدال والمدلول ، واعتبار النقل بالحمل الشائع دفعي بعد تحقق الانشاء إيجاباً وقبولاً .

وأما في الثانية فلأن باب المجازات والمشاركات لفظية ومعنوية لا يفترق عن باب الحقائق في أن إنشاء الماهية يكون بدوال متعددة ، واعتبار النقل حقيقة يكون دفعة .

وما زعم - من وقوع التناقض بين ما يوجد بحسب الدلالة التصورية وبحسب الدلالة التصديقية أي بين المعنى الحقيقي التصوري والمجازي التصديقي - غير وجيه ، ضرورة أنه إن أراد لزوم التناقض بحسب الواقع فلا وجه له بعد عدم إنشائه إلا المعنى المجازي ، وإنما جعل اللفظ الموضوع للمعنى الحقيقي آلة لإيجاد المعنى المجازي ، فلا وجه للتناقض ، وإن أراد لزومه بنظر غير المتبايعين فهو أيضاً غير وجيه ، لأن ذلك الكلام ما لم يتم لا ظهور فيه ، ومع تماميته يكون ظاهراً في إنشاء المعنى المجازي فحسب هذا مع الغض عن عدم معقولية التناقض بين المعنى التصوري والتصديقي .

وما قال في خلال كلامه : من أن المعنى الإيجادي لا يمكن أن يرجع عما هو عليه بعد إيجاده فهو صحيح بحسب الكبرى ، لكن لا تنطبق على المورد لعدم إيجاد المعنى ، الحقيقي في الألفاظ المستعملة مجازاً والمعنى المجازي الموجد لا ينقلب عما هو عليه ، وفي كلامه محال أنظار تركناها مخافة التطويل . فتحصل من جميع ما تقدم صحة إيقاع البيع بالكنائيات والمجازات القريبة والبعيدة وبالألفاظ المشتركة بعد الدلالة العقلانية ، وأن آلات الإيقاع لا دخالة لها في صحته وصحة سائر المعاملات . ودعوى توقيفية أسباب المعاملات لأنها أسباب شرعية في غاية السقوط ، كما أن دعوى لزوم إيقاعها بالعناوين الواردة في الشريعة أو بما يرادفها - لأنها بهذه العناوين موضوعة للأحكام الشرعية ، فلا يجوز إيقاع البيع بلفظ الهبة مثلاً ، وإيقاع النكاح بغير ما اشتملت على عنوان النكاح

أوما يرادفه - غير - وجيهة ، لما عرفت من أن الأحكام متعلقة بمقتضى المسببات لا المسببات متقبلة بتحققها بسبب خاص ، فوجوب الوفاء تعلق بالعقد الذي بين المتعاملين ، وهو من مقولة المعنى ، والألفاظ غير دخيلة فيها إلا دخالة الإيجاد ، وإلا فالموضوع للحكم نفس المسببات بحسب الأدلة الشرعية وحكم العرف والعقلاء ، سيما مع ملاحظة مناسبة الأحكام والموضوعات من أن العقد بما هو قرار محترم يجب الوفاء به ، لا بما أن اللفظ الموجد له كذا وكذا .

فعلى ذلك البحث عن ألفاظ الإيجاب والقبول ، وأن أيها مختص وأيها مشترك يقع زائداً ، كما أن احتمال اعتبار العربية ساقط ، بل احتمال اعتبار كون عقد كل ملة بلسانهم الخاص بهم أقرب ، سيما مع القول بأن الأدلة منصرفه إلى المعهود من العقود . ضرورة أن العقود المتعارفة في كل ملة هي ما أنشئت بلسانهم ، وإن كان الاحتمال المذكور أيضاً مدفوعاً بالاطلاقات والعمومات ، ودعوى الانصراف قد عرفت ما فيها ، كما أن اللحن في المادة أو الهيئة أو إعرابها إن لم يضر بتحقق المعاملة عرفاً ولدى العقلاء غير مضر بالصحة .

مسألة :

هل يعتبر في العقود إيقاعها بالإيجاب والقبول وتتقوم بهما أو يصح إيقاعها بالإيجاب فقط ؟ مقتضى الاطلاقات هو الثاني ، فلو وكل أحد المتبايعين الآخر في إيقاع البيع فقال : بعتك هذا الثوب بدرهم أو بعته هذا بهذا تم البيع وصح ، لأن حقيقته ليست إلا تمليك عين بعوض أو مبادلة مال بمال ، وقد حصلت بهذا اللفظ من غير احتياج إلى ضم القبول ، فضمه

أمر زائد ، وإنما احتيج اليه إذا كان مجري الإيجاب هو البائع من غير وكالة عن المشتري ، فلا بد في وقوعه من إيقاع الإيجاب ، وما دل على القبول من فعل أو قول .

وأما إذا كان الوكيل أو الوصي من الطرفين شخصاً واحداً فلا يلزم أن يوقع الإيجاب من قبل أحدهما والقبول من الآخر ، بل له إيقاع المبادلة بصيغة واحدة ، كقوله : بادلت بينها أو بعث هنا بهذا ، بل يمكن القول بأن مجرد الرضا بالإيجاب كاف بعد كون تمام الماهية منشأ بالإيجاب ، فلا يحتاج إلى إيقاع القبول مطلقاً .

نعم المعهود بين الناس إيقاعه بالإيجاب والقبول ، لكنه لا يصير هذا موجباً لتقومه بها ، أو لانصراف الأدلة عنه كما تقدم .

وتدل عليه مضافاً إلى العمومات والاطلاقات صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت . زوجني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : من هذه ؟ فقام رجل فقال : أنا يا رسول الله صلى الله عليه وآله زوجنيها ، فقال : ما تعطيهما ؟ فقال : مالي شيء ، قال : لا ، فأعادت ، فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام ، فلم يبق أحد غير الرجل ، ثم أعادت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة : أتحنن من القران شيئاً ؟ قال : نعم ، قال : قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه ، (١) وقريب منها رواية سهل الساعدي (٢) .

وتدل عليه روايات (٣) في أبواب عقد النكاح ، والظاهر من الرواية

(١) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب المهور - الحديث ١ .

(٢) المستدرک - الباب - ١ - من ابواب عقد النكاح - الحديث ٤ .

(٣) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب عقد النكاح .

المتقدمة أن قول الرجل : « زوجتيها » لم يكن إلا الاذن له صلى الله عليه وآله لتزويجها إياه ، لا إيقاع التزويج ، وقوله صلى الله عليه وآله : « قد زوجتكها على ما تحسن » إيقاع تمام ماهية الزوجية من غير احتياج إلى ضم أمر آخر إليه ، كما أن الأمر كذلك واقعاً ، فان ماهية الزوجية ليست إلا العقدة المعهودة ، فاذا وكل الزوجان شخصاً لايقاعها فقال : « زوجتكها » فقد أوقع علقتهما ، بل البيع والتزويج ونحوهما في جميع الموارد تحصل بالايجاب ، والقبول ليس له شأن إلا تثبيت ما أوقع الموجب ، فاذا حصل ذلك بالتوكيل فلا وجه لضم أمر آخر إليه يسمى قبولاً ، بل يقع القبول في مثله زائداً .

مسألة :

الظاهر عدم اعتبار الماضوية ، وما قيل - من أن الماضي صريح في إنشاء العناوين به ، لأنه وضع للتحقق والثبوت ، فاذا كان المتكلم في مقام إيجاد المبدأ بالهيئة كقوله : « بعث » كان صريحاً في تحقق الأمر الاعتباري ، والمضارع ليس بصريح ، لأنه موضوع لتلبس الفاعل بالمبدأ ، وهو ملازم للتحقق ولو في التلبس الحالي ، فالمضارع كاسم الفاعل لا يصح لإيقاع البيع به ، ثم ادعى القائل بأن المراجعة إلى الروايات الواردة في الأبواب المختلفة توجب القطع بأن الفعل المضارع والأمر في هذه الأبواب وقعا مقاولة ووعداً واستدعاءً انتهى .

ملفوع - بعد الغض عن صحة المعاملات بالألفاظ غير الصريحة كناية كانت أو مجازاً أو غيرهما - بأن الفعل الماضي ليس صريحاً أيضاً في الانشاء ، لأن هيئته موضوعة للحكاية عن تحقق صدور الحدث من الفاعل

وليس مرادنا الآن بيان وضع جميع هيئاته ، بل المراد هيئات الماضي المتعدى من قبيل بعث وآجرت وأنكحت واستعملها في المعنى الانشائي ليس على وجه الحقيقة والصراحة ، بل القرائن المقامية أوجبت ظهورها في الإيقاع ، وهذا دليل على عدم اعتبار الصراحة في ألفاظ العقود .

مضافاً الى أن هيئة المضارع أيضاً موضوعة للحكاية عن تحقق صدور الحدث في الاستقبال ، والفرق بينهما ليس إلا في السبق والحق ، لا بمعنى كونها بالمعنى الاسمي جزءاً لمعناها ، بل بمعنى وضعها لحصة من التحقق بالمعنى الحرفي الملازمة للسبق والحق ، والتفصيل موكول إلى محله .

فحينئذ يكون حال المستقبل كالماضي في الدلالة على الحكاية عن التحقق ، وفي أن استعمالها في الانشاء والإيقاع ليس على نحو الحقيقة ، ويحتاج الى القرائن اللفظية أو الحالية ، بل المضارع بما أنه مشترك بين الحال والاستقبال لعله أولى بالصحة .

وأما اسم الفاعل والمفعول فصحة الإيقاع بهما موقوفة على جواز الإيقاع بالكنايات ، فقولته : « أنا بائعك هذا بهذا » في مقام إيقاع البيع ، وقول المرأة : « أنا منكوستك على كذا » في مقام إنشاء النكاح صحيح على القواعد .

وتشهد عليها في الفعل المضارع الروايات الواردة في الأبواب المنفردة سيما باب النكاح ، كرواية أبان بن تغلب قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال : تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً وإن شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهماً ، وتسمي من الأجر (الأجل خ ل) ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً ، فإذا قالت : نعم

فقد رضيت ، وهي امرأتك ، وأنت أولى الناس بها « الحديث (١) .
وأنت خير بأنها في مقام بيان كيفية إجراء الصيغة بخصوصياتها ،
وتعليمه بما ذكر كيفية إجراء صيغة المتعة ، فلا وجه للحمل على المقابلة ،
سيما مع قوله : « فإذا قالت نعم » الخ .

فلا ينبغي الاشكال في صحة التزويج وغيره بالفعل المضارع ، وأما
الأمر فإن كان إنشاءً للإيجاب أو القبول ولو بالكنساية أو المجاز بنحو
مفهم لدى العقلاء فالظاهر جوازه ، وبمجرد شياسته بالاستدعاء أو الأمر
المولوي لا يوجب عدم صحة الانشاء به كما مر .

مسألة :

هل يعتبر تقديم الإيجاب على القبول مطلقا أو لا كذلك أو يعتبر في
غير العقود الاذنية دونها ؟ وهنا بعض تفاصيل آخر لا يهّم ذكره .
والذي يظهر من الشيخ الأعظم قدس سره عدم الصحة إذا كان
القبول بلفظ « قبلت » و « رضيت » ، والصحة إذا كان بلفظ الأمر والاستيجاب
على القواعد ، وكذلك إذا كان بلفظ « اشتريت » و « تملكيت » ونحوهما ، وفصل
بعضهم بين العقود الاذنية وغيرها .

والذي ينبغي التنبيه عليه مقدمة أن القبول كما أشرنا إليه ليس له
شأن إلا تقرير ما أوجده الموجب وتثبيته ، لأن قول الموجب بعنك هذا
بهذا أو بادلت بين هذا وهذا إيقاع لتمام ماهية البيع ، ولا تحتاج تلك
المعاملة في تحققها إلى إيقاع ملكية المشتري للمثمن أو البائع للمثمن ، لأن
ذلك أمر قد فرغ منه البائع وأوقعه ، وإنما تحتاج إلى قبول عمله حتى

(١) الوسائل - الباب - ١٨ - في ابواب المتعة - الحديث ١ .

يترتب عليه الأثر ، ويكون موضوعاً لاعتبار العقلاء النقل ، ففي الحقيقة شأن القبول شأن شكر الله سعيك ، لا النقل والانتقال الجديد ، بل لو قال بعد إيجاب البائع : نقلت الثمن اليك في مقابل نقلك الثمن يعدّ أمراً زائداً وإن كان صحيحاً ، لدلالته على الرضا والقبول لايجاب البائع .
فما أفاده الشيخ الأعظم قدس سره - من أن إنشاء القبول لا بد وأن يكون جامعاً لتضمن النقل وللرضا بإنشاء البائع - غير مرضي .

كما أن ما ذكره بعض الأعظم قدس سره - من أن الموجب والقابل في العقود المعاوضية كل منهما ينشئ أمرين : أحدهما بالمطابقة ، وثانيهما بالالتزام ، فالموجب ينقل ماله الى ملك المشتري مطابقة ويتملك مال المشتري عوضاً عن ماله التزاماً ، والقابل بعكس ذلك - منظور فيه من وجوه تظهر بالتأمل .

فعلى ما ذكرناه كل ما دل على هذا المعنى المطاوع ولا يكون له شأن إلا إنفاذ ما أوجده البائع يكون قبولاً ، كقبولت ورضيت ونحو ذلك وأما مثل « اشتريت » الذي مفاده نقل مال الطرف إلى ملكه بازاء نقل ثمنه إليه فليس من قبيل القبول ، بل هو إيجاب من قبل المشتري ، فان ماهية البيع التي ليست إلا مبادلة مال بمال كما يمكن إيقاعها بالإيجاب من طرف البائع يمكن إيقاعها بإيجاب المشتري ، فاذا قال المشتري اشتريت هذا بهذا أو تملك هذا بهذا لم يبق محل لإيجاب البائع ، بل لا بد له من قبول هذا الإيقاع ، وبقبوله يتم موضوع اعتبار العقلاء ، لأن إيجاب البائع بعد قول المشتري إن كان تملكاً جديداً وتملكاً كذلك فلا يرتبط بإيقاع المشتري وإن كان إيقاعاً لما أوقعه المشتري فلا يحتاج إليه ، بل المحتاج إليه تنفيذ ما أوقعه .

نعم لو كان المراد من قوله تملك : « قبلت تملكك » كان قبولاً ،

وهو خارج عما فرضه الشيخ الأنصاري قدس سره وداخل في القسم الأول .
فما أفاد الشيخ قدس سره - من أن نحو « اشتريت » إذا وقع عقيب
الايجاب يوجب تحقق المطاوعة ومفهوم القبول - غير مرضي ، بل مخالف
لما أفاده من أنه أنشأ ملكيته للمبيع بازاء ماله عوضاً ، ففي الحقيقة أنشأ
المعاوضة كالبائع ، إلى أن قال : فليس في حقيقة الاشتهاء من حيث هو
معنى القبول ، فانه إذا كان كذلك كيف يتحقق بتأخره معنى المطاوعة ،
فاذا قال البائع : « نقلت مالي إليك بالعوض » وقال المشتري : « نقلت مالك
لي بالعوض » لا يكون ذلك قبولاً بلا إشكال ، لأن معنى القبول والمطاوعة
تثبيت ما جعله البائع ، لا إيقاع أمر نظير إيقاعه .

ثم كيف يكون مع تقدمه على الايجاب من قبيل تقدم القبول على
الايجاب مع اعترافه بأنه لا يكون فيه معنى القبول ، والفرض أنه لم يقع
موقع القبول أيضاً .

وقد يقال : إن الاشتهاء والابتياح بمفهومهما متضمن لانتخاذ المبدأ ،
فإن كان بعنوان اتخاذه من الغير فهو مطاوعة قصدية ، وإن كان بعنوان
انتخاذ المبدأ ابتداءً لا من الغير فهو مساوق لبعث وشريت .

وفيه أن المطاوعة إنما هي مطاوعة فعل الغير بالمعنى المصدرى ، وهو
غير اتخاذ المبدأ من الغير ، وإن كان المراد من الانتخاذ من الغير القبول
لفعله فهو ليس من اتخاذ المبدأ بل يكون معنى الانفعال ، وهو غير
قائل به .

وعلى ما ذكرناه يخرج مثل « اشتريت » و « تملكتم » بالمعنى الأول ونحوهما
عن باب تقديم القبول على الايجاب ، وكذا الأمر والاستدعاء ، فانها بحسب
المعارف ليس إلا الاذن في إيقاع المعاملة ، فاذا أوجب المأمور ، وقال :
بعثك هذا بهذا فقد تمت بهذا الانشاء ، فالأمر إذن في الإيقاع لا قبول

للايجاب ، وتتمام حقيقة المعاملة تحصل بالايجاب فقط بعد ما كان باذن المشتري ، وهو أيضاً خارج عن باب تقديم القبول على الايجاب ، إلا أن يستعمل الأمر في القبول مجازاً أو يؤتى به اكناية عنه ، فيدخل في القسم الأول ، فما ينبغي أن يكون محط الكلام هو القسم الأول سواء أنشئ القبول بلفظه أو لفظ مرادف له أو أنشئ بالمجاز أو الكناية أو نحوهما .
 والتحقيق جواز تقديمه عليه ، لأن القبول وإن كان مطاوعة وتنفيذاً لما أوقعه البائع لكن يمكن إنشاؤه مقدماً على نحوين : أحدهما بنحو الاشتراط ، بأن يقول : إن ملكني هذا بهذا قبلت نظير الواجب المشروط فيتحقق القبول والمنشأ بعد الايجاب ، ويكون مطاوعة له حقيقة ، وتحصل الملكية بعد القبول الحقيقي ، أي المنشأ بلا فصل لو فرض اشتراط حصولها بعده في الحال ، وهو صحيح على القواعد إلا أن ثبت الإجماع على بطلانه .
 وثانيهما بنحو الواجب التعليلي ، فكما يمكن الأمر بأمر متأخر من غير اشتراط يمكن إيقاع الايجاب أو القبول كذلك ، فللقابل أن يقبل الايجاب في موطن تحققه ، فانشاؤه حالي والمنشأ استقبالي .
 وتوهم أن الايجاب والقبول من قبيل الكسر والانكسار فاسد واخلط بين الأمور الاعتبارية والتكوينية ، فسنخ معنى القبول وإن كان ينحصر لا يمكن أن يتحقق في عالم الاعتبار إلا متأخراً عن الايجاب لكن الإيقاع بالنحوين المتقدمين يوجب وجوده متأخراً عنه ، فلفظ القبول متقدم وحقيقته متأخرة .

وما أفاده الشيخ الأعظم قدس سره من أن تقدم القبول مستلزم لعدم تحقق النقل في الحال ، وهو معتبر في المعاملة - غير مرضي ، لعدم الدليل عليه ، وإنما يعتبر العقلاء حصول الأثر في المعاملات المتعارفة بعد القبول ، لكونه جزءاً متمماً لموضوع اعتبارهم ، فإن اعتبار حصول النقل

متقوم بالإيجاب والقبول ، فمع أحدهما فقط لا يتحقق موضوع الاعتبار وهذا ليس لأجل أن للقبول خصوصية لا بد من وقوع التمليك والنقل به حالاً ، بل قد عرفت أن القبول ليس بناقل ، بل الناقل لإيقاعاً هو الإيجاب . فحينئذ لو أغمض عن الاشكال العقلي بأن المعنى المطاوع لا يمكن تحققه إلا متأخراً عن الإيجاب لا يكون هذا إشكالاً ، فإذا قبل المشتري ما أوجبه البائع متأخراً وأوجب البائع بعد قبوله تم موضوع الاعتبار . هذا مع ما مرّ ذكره من أن إيقاع القبول على نحو الواجب المشروط أو المعلق يدفع الإشكال ، لأن الانتقال حاصل بعده حقيقة .

وأما التفصيل بين العقود الاذنية وغيرها فلا وجه له ، بل لا معنى معقول للعقود الاذنية ، لأن عقد الوكالة مثلاً عقد . من حكمه العقلاني جواز الاتيان بما أوكل أمره اليه ، لا أنه نفس الاذن في الاتيان ، بل الاذن في التصرف أو الاتيان في عقد الوكالة لغو لا معنى له ، فالموكل لا يوقع إلا الوكالة ، وليس معنى الوكالة الاذن في التصرف ، فانه إيقاع لا يحتاج إلى القبول ، ولا يترتب عليه آثارها ، فالوكالة أمر اعتباري لا يعتبره العقلاء إلا بعد القبول بخلاف الاذن ، فالمأذون لو ردّ الاذن يكون مأذوناً مادام الاذن باقياً ، والوكيل لو لم يقبل الوكالة أو ردّ الإيجاب لا يكون وكيلاً ، ولا يترتب على فعله الآثار ، فلو ردّ الوكالة ثم فعل ما أوكله اليه لا بعنوان قبول الوكالة لا يكون نافذاً بخلاف المأذون وبالجملة لا فرق بين العقود في ذلك جوازاً وامتناعاً وصحةً وفساداً .

مسألة :

الظاهر عدم اعتبار الموالاتة بين الإيجاب والقبول ، ولا عدم الفصل

بالأجنبي بينها ، من غير فرق بين كون دليل إنفاذ المعاملات « أوفوا بالعقود » () أو نحو « أحل الله البيع » (٢) ومن غير فرق بين أنحاء العقود .

وربما يتشبهت بدليل عقلي على الاعتبار ، فيقال : لما كان في العقود المعاوضية خلع ولبس أو إيجاد علقه فلا بد وأن يكون مقارناً للخلع لبس ومقارناً لإيجاد العلقه قبول ، وإلا فيقع الاضافة أو العلقه بلا محل ومضاف اليه .

ثم إن هذا القائل بعد الجزم بالاعتبار في العقود المعاوضية وبعده في العقود الاذنية تردد في العقود العهدية غير المعاوضية ، وجعلها محل الاشكال ، واختار الاعتبار بعده .

وأنت خبير بأن إقامة الدليل العقلي على الاعتبار والالتزام بلزوم الاضافة بلا مضاف اليه وبلا محل ينافي التردد في قسم من العقود بعد التصديق بأنها عقد ، وفيها نقل وانتقال ، ضرورة أن عقد الهبة أيضاً موجب للخلع واللبس ، فلو كان مقتضى عدم الموالاة هذا الأمر الممتنع عقلاً فلا معنى للتريد .

إلا أن يقال : إن ترديده على فرض التسليم وأن الدليل هو أمر عرفي لا عقلي ، وقد تقدم وجه النظر في التفصيل بين العقود الاذنية وغيرها . ثم إنه لو تم هذا الدليل العقلي لكان لازمه امتناع تحقق العقود مطلقاً ، لأن قيام الاضافة بذاتها وبلا محل محال ، سواء كان في آن أو في زمان طويل ، فطول الزمان وقصره شريك العلة في الامتناع ، بل لو لم يفصل القابل بين قبوله والايجاب يلزم ذلك ، لأن الايجاب حسب الفرض

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٧٥ .

علة للخلع ، فبتحققه يتحقق الخلع ، والقبول تدريجي الوجود ، فيلزم التالي الفاسد .

بل على هذا المبني يكون الامتناع من قبل الايجاب ، ولا ربط له بالقبول أو تأخره أو عدم الموالة بينهما ثم لو صح الخلع يكون المالك بواسطته أجنبياً عن العين ، فليس له اللبس لقطع سلطنته ، وأما التمليك على ما هو الحق فهو يحصل باعمال السلطنة وسلبها بعده ، هذا مع إمكان أن يقال على هذا المبني غير الوجيه وابتناء المسألة على أمر عقلي : إنه لا يلزم التالي مع عدم الموالة ، لأن الخلع واللبس الايقاعيين حصلاً بالايجاب ، لأنه تمام ماهية المعاملة ، فالوجب بايجابه يملك المشتري ويتملك الثمن إيقاعاً وإنشاءً .

وإن شئت قلت : الموجب هو المبادل بين المالين إيقاعاً ، وليس للقبول شأن إلا إنفاذ ذلك وتثبيته ، فيحصل بالايجاب الخلع واللبس الايقاعيان ، وبعد ضم القبول اليه يحصل الخلع واللبس الواقعيان الاعتباريان فلا يوجب الفصل تحقق الاضافة بلا محل كما لا يخفى .

وقد يقال : إن الايجاب يفيد النقل من حينه ، فاذا تأخر القبول عنه فاما أن يكون قبولاً لتام مضمون الايجاب ، فعلى فرض الصحة لزم حصول النقل قبل تمام العقد أو بعض مضمونه أعني النقل من حين تحقق القبول ، فيلزم عدم المطابقة بين الايجاب والقبول ، وهو معفو في الفصل القليل دون الكثير .

وفيه أن لنا اختيار الشق الأول من غير لزوم التالي الفاسد ، لما عرفت من أن الايجاب تمام ماهية العقد ، والقبول كالاجازة في الفضولي فيمكن القول بالصحة من حين الايجاب كشفاً أو حكماً ، تأمل .

أو يقال : إن الايجاب ليس مضمونه النقل من حينه ، بل مضمونه

التمليك بالعوض أو التبديل بين المالكين ، لكن ترتب الأثر عليه عرفاً وشرعاً يعني اعتبارهما لتحقق النقل موقوف على ضم القبول اليه وإن شئت قلت : بعد ضمه يؤثر في النقل لا النقل في الحين ، فالقبول قبول لتام مضمونه .

وبعبارة أخرى إن الأسباب مؤثرات في نفس المسببات ، والزمان ظرف لتحقيقها لا قيد له ، وهو واضح موافق للتحقيق ، فالشق الأول مختار ، ولا إشكال فيه .

وأما ما يقال في مقام بيان اعتبار التوالي - بأن العقد المركب من الإيجاب والقبول القائمين بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد ، مرتبط بعضه ببعض ، فلا بد في ترتب الحكم عليه من تحققه بنحو الوحدة الاتصالية والفصل الطويل أو بالأجنبي يقدح بالهيئة الاتصالية والوحدة الاعتبارية ، أو يقال : إن العقد بما أنه موضوع الأثر الواحد لا بد وأن يكون واحداً عرفاً ، والفصل مخلّ بوحده العرفية - فغير وجيه ، لأن العقد والبيع والتجارة ونحوها عبارة عن المعاني المسببية ، وقد مرّ في المعاطاة بيان أن العقد ليس من مقولة اللفظ . فعقدة النكاح الواردة في الكتاب العزيز (١) عبارة عن العلقّة المتبادلة بين المتعاملين . كأنها بتبادل الاضافتين صارت عقدة كعقدة الخيط ، وهي أمر باقٍ يصح أن يعبر عنه بقوله تعالى : « أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » فلا بد من ملاحظة هذا الربط والعلقّة المسببية ، وهي ليست من الأمور المتدرجة الوجود ، ولا من مقولة الألفاظ حتى تلاحظ هيئتها الاتصالية ، فقياسها بالقراءة والشهد والصلاة ونحوها مع الفارق ، وقد تقدم أن بالإيجاب يتم العقد والبيع ، والقبول بمنزلة الاجازة .

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٣٧

نعم ما هو المعتبر ارتباط قرارهما وعهدهما أي عهد البائع وقراره بقبول المشتري ، وهو حاصل مع بقاء الايجاب الاعتباري أي المعنى المسيبي بنظر العقلاء فما لم يصر الايجاب الكذائي منسياً ومعرضاً عنه صح ضم القبول إليه ، فلو قال : بعثك هذا الفرس قم وتفكر في صلاحك ، فقام وتأمل ساعة أو ساعتين بل يوماً أو يومين فاختار القبول بصدق العقد عليه ، ويجب الوفاء به عرفاً وشرعاً ، كما أن اليهود الكتيبة بين الدول وبين الشركاء في التجارات لا يعتبر فيها التوالي لدى العقلاء ، فالمضر عدم ربط المسيبات ، والمعتبر ربطها ، لا التوالي بين الايجاب والقبول وبين الأسباب ، من غير فرق بين كون دليل التنفيذ « أوفوا بالعقود » (١) أو « أحل الله البيع » (٢) و « تجارة عن تراص » (٣) .

ثم إن مقتضى تقريب الشيخ الأعظم ذيل كلام الشهيد (قدما) عدم الفرق في عدم الصحة بين اعتبار العقد وغيره ، لأن برهانه وهو أن الايجاب والقبول بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض ، فيه الهيئة الاتصالية ، فيقدح تخلل الفصل بهيئته الاتصالية جارٍ في غيره أيضاً ، لأن البيع والتجارة أيضاً على هذا المبني عبارة عن الايجاب والقبول المرتبطين ، وبمنزلة كلام واحد .

وما قيل في بيان الفرق - بأن العقد ربط ووصل ، ففي مفهومه معتبر ذلك ، فلا بد أن لا يتخلف العقد اللفظي أحد جزئيه عن الآخر ، بخلاف البيع والتجارة ، إذ ليس مفهومهما كفهومه مقتضياً للربط - مع كونه غير مرضي في نفسه غير مربوط باستدلال الشيخ - قدس سره - فراجع . ثم إن ما ذكره الشيخ ليس مختصاً بالأمر المتدرجة ، بل كل أمور

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية - ٢٧٥ .

(٣) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٩ .

يجمعها عنوان واحد وله هيئة خاصة اتصالية أيضاً كذلك ، كالعسكر والدار والبستان والبلد ، فالتلريح والقرار غير دخيلين ، ولا يبعد أن لا يخالف الشيخ - قدس سره - لذلك ، وإنما خص بالأمر التدريجي ، لأن المقام من قبيله .

وقد عدل بعض الأعظم عن تقريب الشيخ - قدس سره - بقوله : « كل أمرين أو أمور يجمعها عنوان واحد - كالصلاة - يجب أن لا يفصل بينها فاصل مخل بالجهة الجامعة » لكن يظهر من ذيل كلامه أيضاً الفرق بين العقد والبيع ، وفي كلامه موارد أنظار ، يظهر للناظر الدقيق .
وأما التفصيل بين العقود الاذنية وغيرها فقد مر ما يفسده .

مسألة :

ومما نقل اعتباره عن جمع التنجيز ، قالوا : فالتعليق في العقود وما بحكمه موجب للبطلان .

وما يمكن أن يتشبث به في وجه الاعتبار ما قيل في امتناع الواجب المشروط بحيث يرجع الشرط إلى الهيئة ، تارة بأن الهيئات حروف لا يعقل تعليقها بشيء ، للزوم لحاظ المعنى الآتي استقلالاً ، وأخرى بأن الحروف ، ومنها الهيئات - معاني جزئية لما حقق من خصوص الموضوع له فيها ، والجزئي غير قابل للتقييد والتعليق ، وثالثة بأن الهيئات بما أنها حروف إبداعية لا حكائية تكون آلة لإيجاد المادة اعتباراً ، والإيجاد كالوجود غير قابل للتعليق ، فإن الوجود والإيجاد تكوينياً كانا أو اعتبارياً يستحيل تعليقها ، فكما أنه لا يمكن أن يعلق وقوع الضرب على شخص على كونه عدواً كذلك يستحيل إيجاد البيع وإنشائه معلقاً ، فإن إيجاد المعنى المقصود

باللفظ إما لا يحصل رأساً أو يحصل مطلقاً ، فوقوع الإيجاد معلقاً مرجعه إلى التناقض ، فكلام القوم ومحط النزاع التعليق في المنشأ لا الإنشاء . ونحن قد فرغنا عن الجواب عنها في الواجب المشروط ، وقلنا بإمكان التعليق في المعاني الحرفية ، وكذا إمكان تعليق الجزئيات وتقييدها ، وأما الوجه الثالث الذي تشبث به بعض أعظم العصر رحمه الله وزعم أن النزاع في تعليق المنشأ لا الإنشاء ، ففيه أن قياس الإيجاد الاعتباري بالتكويني مع الفارق ، ولا يلزم من امتناع التعليق في التكوين امتناعه في التشريع وعالم الاعتبار ، فإذا قال : إن جاءك زيد فاضربه يكون القيد قيد الهيئة لا المادة ، والبعث الاعتباري معلق على مجيئه ، فما لم يجيء لا بعث بالضرورة ، وفي ظرف تحقق المجيء يتحقق البعث الاعتباري ، وبالجملة قبل حصول المعلق عليه لا إيجاب ولا وجوب ، وإنما يتحققان بعد تحققه .

والإنشاء غير التلفظ بالألفاظ الموقعة له ، والتلفظ من التكوين - ولا يعقل تعليقه - بخلاف الإنشاء والايقاع الذي هو أمر اعتباري نظير الإيجاب والتلفظ بلفظ دال عليه ، ولعل القائل رحمه الله تعالى خلط بينهما فوقع فيما وقع ، وقوله : « يلزم منه التناقض » غير وجيه ، لأنه إنما يلزم لو كان الإيجاد وعدمه بالفعل ، لكن في الواجب المشروط يكون الإنشاء مشروطاً ولازم اشتراطه تحقق الإيجاب والوجوب بعد الشرط ، وكذلك الحال في إنشاء البيع ، فإذا قال : « إن طلعت الشمس بعثك هذا بهذا » جعل إيقاع البيع مشروطاً بتحقق طلوعها ، فالإيجاد الاعتباري مشروط ، وفرق بين قوله : « بعثك هذا يوم الجمعة » مريداً به أوجدت بيع يوم الجمعة وقوله : « بعثك هذا بهذا إن جاء يوم الجمعة » لأن يوم الجمعة في الأول وصف للمنشأ بخلاف الثاني ، فإنه قيد للهيئة وشرط اللازم والعهدة في حله بجميع

جوابه على بحث الواجب المشروط .

مع أن التعليق في المنشأ لا معنى له ، لأن المعاني التصورية لا يعقل فيها التعليق ، فلا معنى لتعليق زيد أو تعليق بيع الدار ، بل التعليق لا بد وأن يرجع إلى المعاني التصديقية ، خبرية كانت أو إنشائية ، فتدبر .
ثم لو تم الدليل العقلي الذي أقامه فلا يدل ذلك على تحرير محل النزاع ، فلعل القوم لم يتم عندهم هذا الدليل ، ولهذا إن المشهور على ما حكى رجوع القيود في الواجب المشروط إلى الهيئة لا المادة ، بل رجوع القيد إلى المنشأ في المقام لازمه أن ينشأ بالفعل الملك مثلاً يوم الجمعة ، فالنتيجة إن ملك يوم الجمعة لك بالفعل ، فيكون الشيء ملكاً للمنشئ من الآن إلى يوم الجمعة وملك يوم الجمعة للطرف ، فيجوز أن يملك غيره ملك يوم السبت وآخر ملك يوم الأحد ، وهكذا نظير باب الاجارة ، فيكون الجميع مالكاً بالفعل ، كل ملكية قطعة من الزمان ، مع أن الملك ليس متكرراً بتكرر الزمان ، وليس المملوك متعدداً في المملوكية كالمنافع في كل يوم .

فالتحقيق أنه إن رجع القيد إلى الانشاء صح مطلقاً ، وإن رجع إلى المنشأ بطل مطلقاً ، لعدم تعدد المملوك حتى ينتقل في وقت ويبقى مملوك آخر ، ويكون كل قطعة من الزمان مكرراً له ، فالمملوك هو نفس الشيء والزمان ظرف له ، والمالك للبيت ليس له بيوت عدد أيام السنة أو عدد ساعات السنة ، فله أن يملك غيره ما ملكه ، وهو نفس الطبيعة .

وأما إذا رجع القيد إلى الهيئة فالتمليك لنفس الطبيعة ، ولا يتحقق التمليك إلا بعد حصول القيد أو المعلق عليه ، والسر أن القيد إن رجع إلى الهيئة يكون الطبيعة مطلقة بلا قيد ، والانشاء والتمليك معلقاً على شيء ، وإن رجع إلى المنشأ والمادة يكون التمليك بلا قيد ، فلا بد وأن يتحقق ، ولا امتناع انفكاك المنشأ عن الانشاء يصير الملكية موجودة ، لكن

لا الملكية المطلقة ، بل المقيدة بيوم الجمعة ، فللشيء ملاك متعددة حسب اقتضاء القيود الراجعة إلى المادة ، وأيضاً لازم رجوع القيد إلى المادة تمامية العقد فعلاً ، وعدم جواز الرجوع من المتعاقدين قبل حصول القيد والمعلق عليه ، بخلاف ما لو رجع إلى الهيئة ، لأن العقد على فرض حصول القيد فمع عدمه لا عقد بينهما ، بل إنشاء معلق لو حصل المعلق عليه صار إنشاءً وعقداً .

وربما يقال : إن التعليق يوجب عدم الجزم بإيقاع المعاملة ، وهو معتبر فيه .

وفيه منع الصغرى ، فإن الإنشاء المعلق جزمي على فرض التعليق كالأخبار المعلق ، فإذا قال : « لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا » لاشبهة في إخباره جزماً بالفساد على فرض تعدد الآلهة بلا شائبة ترديد واحتمال خلاف ، وكذلك إذا قال : إن جاءك زيد بعثك هذا بهذا ، فإن البيع على الفرض جزمي ، نعم حصول المعلق عليه ربما يكون مشكوكاً فيه ، وهو لا يوجب عدم الجزم على فرضه ، بل لو علقه على أمر محال لا يضر بالجزم كما لا يخفى .

بل يمكن منع الكبرى لعدم دليل على لزوم الجزم في المعاملات ولا العبادات فإن لم يعلم أن الفلان عبده أو الفلانة زوجته فقال : أنت حر لوجه الله وأنت طالق برجاء إصابة الواقع فأصاب صدق أنه أعتق عبده وطلق زوجته ، وإذا قال : بعثك هذا المال برجاء أنه ماله وكان في الواقع ماله صدق أنه باع ماله ، فلا يعتبر الجزم في الصدق بعرفي ، ولا دليل على اعتباره ، وإطلاق الأدلة وعمومها يندفع احتمالها ، ودعوى الانصراف قد مر ما فيها .

وأما تحصيل الاجماع أو الشهرة المعبرة في هذه المسألة التي للعقل

فيها قدم راسخ فغير ممكن ، ولهذا ترى تشبثهم بالدليل العقلي أو العرفي ، مع ما يقال : من أن المسألة لم تكن معنونة ، وإنما استندوا إلى باب الوكالة والوقف ونحوهما .

فالتحقيق عدم اعتبار التنجيز في المعاملات مطلقاً سواء كانت معلقة على معلوم في الحال أو الاستقبال أو مجهول كذلك ، بل أو معلوم العدم كذلك ثم بان تحققه .

مسألة :

لا إشكال في اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول ، إذ مع عدمه لا يصدق عليها العقد ، ولا للمطالع القبول ، بل قد عرفت أن القبول بمنزلة اجازة الفضولي ، فلا بد وأن يكون متعلقاً بعين ما أوجب ، وهو واضح .

وإنما الكلام في تشخيص الصغرى في بعض الموارد ، والمناطق الكلي أن في كل مورد ينحل العقد عرفاً إلى عقدين أو إلى عقد وشيء آخر فقبل القابل البعض المنحل يقع التطابق بينهما ، مثلاً لو قال المشتري البائع في بيع فرسه بألف وبيع ثوبه بألف بحيث لا يكون بين البيعين ارتباط في الغرض فباعها بألفين ، وكان ذلك لأجل الجمع في التعبير والسهولة ينحل البيع لدى العقلاء إلى بيع هذا بألف وذاك بألف ، فإذا قبل أحدهما يصدق أنه باع فرسه بألف ، ويكون القبول مطابقاً للإيجاب ، بخلاف ما إذا كان في الواقع وينظر العقلاء أو في نظر المنشيء ربط بينهما فباع المجموع بما هو مجموع ، فإنه مع قبول البعض لا يكون قبولاً لما أنشأه ولا مطابقاً لإيجابه ، فلو باع الباب فقبل أحد مصراعيه لا يتحقق المطاوعة والتطابق .

وهكذا الكلام في الشروط والمتعلقات ، ففي مثل الشرط لو قلنا بالانحلال وأنه التزام في التزام كما لا يبعد في بعض الموارد يكون القبول بلا شرط قبولاً ومطابقاً للإيجاب ، وبالجملة لا إشكال في الكبرى ، وتشخيص الصغريات على عهدة العرف ، والموارد مختلفة .

مسألة :

قالوا ومن جملة الشروط أن يقع كل من الإيجاب والقبول في حال يجرز لكل واحد من المتعاملين الانشاء ، فلا يصح مع فقدهما أو فقد أحدهما الأهلية ولو في بعض العقد ، فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير أهل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن الأهلية لم يتعقد . وقد يفصل بين ما كان عدم الأهلية بنحو يمتنع معه التعاقد والتعاقد كحوت الموجب أو نومه أو إغمائه أو جنونه حال القبول ، وككون القابل حين الإيجاب كذلك وبعده صار أهلاً وبين ما لا يكون كذلك ، ككون المشتري صغيراً حال الإيجاب أو محجوراً أو صيرورة البائع محجوراً حال القبول ، بدعوى أن مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونها معاً قابلاً للتخاطب والمعاقدة فإنه لا يتقدح القصد الجدي في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار ، وعلمه بالفتاه فيما بعد لا يصحح المعاهدة معه فعلاً ، وأما فقد الأهلية من غير تلك الناحية فلا يضر بصدق العقد ، ولهذا كان صحة بيع المكره على القواعد إذا انضم إليه رضاه .

أقول : ليست ماهية البيع إلا تملك عين بالعوض أو مبادلة مال بمال حسب ما فصل في محله ، ويقال للبيع ونحوه : العقد باعتبار العقدة

الحاصلة لإدعاء من تبادل الاضافتين على ما مر ، وهذه العقدة والمبادلة أنشئت بفعل الموجب وإيجابه من غير دخالة مخاطبة ومعاودة فيه ، فاذا قال البائع : بعث مالي بمال زيد فقد أنشأ المبادلة وأوقع المعاوضة مع عدم تخاطب وتعاهد في البين ، فاذا انضم اليه قبول الطرف صصار موضوعاً لاعتبار العقلاء والشرع للنقل العقلاني ، فلو فرض أن المشتري مجنون أو مغمى عليه ولا يمكن مخاطبته لا يضر ذلك بإيجاب الموجب ، أي التبادل بين المالكين أو تمليك العين بالعوض ، فاذا أفاق وقبل ما أوجه تم نصاب موضوع الاعتبار ، فوزان الايجاب والقبول وزان العقد الفصولي والاجازة فكما أن المجيز لا يضر عدم أهليته بصحة البيع ونفوذه مع أهليته حال الاجازة كذلك حال القبول .

فقواه : إن القصد الجدي لا ينقذ في نفس العاقل إلى المعاودة مع من هو كالجلدار أو كالحمار أجنبي عن باب البيع ونحوه ، وخلط ناش من زعم أن البيع معاودة بين الطرفين حال إيقاعه ، وقد عرفت أنه ليس إلا التمليك بعوض ، وهو يحصل بفعل البائع ، كان الطرف حال الإيقاع كالجهد والحمار أم لا . ليس التخاطب دخیلاً في ماهية المعاملات .

هذا إذا كان المشتري غير أهل حين الايجاب ، وكذا إذا خرج البائع عن الأهلية حين القبول ، فلو أوقع الايجاب فصار مغمى عليه فقبل المشتري لم يضر بالعقد والبيع ، فاذا أفاق يرى أن تمليكه بالعوض صار مورد القبول وتمت المعاوضة .

بل يمكن أن يقال : إنه لو مات صحت معاوضته وإن احتاجت إلى إمضاء الورثة ، لأن المال قبل القبول انتقل اليهم ، والورثة قائمون مقامه في ذلك ، تأمل .

فمقتضى القواعد عدم اعتبار هذا الشرط ، نعم لا بد من بقاء رضا

الموجب في الصحة الفعلية ، بل يمكن أن يقال : يكفي رضاه حال القبول أو بعده ، فلو أوجب برضا منه ثم رجع عن رضاه ثم رضى ثانياً حال القبول كفى ، بل لو ردّ الإيجاب لا يبعد القول بالصحة مع رضاه ثانياً فالرد لا يبطل الإيجاب ، ويأتي ما يفيد المقام في البيع الفضولي إن شاء الله تعالى .
 وأما ما أفاد الشيخ - قدس سره - في جواب النقض بالوصية التمليلية - بأن القبول شرط لا ركن ، فان حقيقة الوصية الإيصاء ، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه ، ولو ردّ جاز له القبول بعد ذلك - ففيه أن الوصية وإن كانت إبقاءً وهي الإيصاء لكن قد يتحقق معها عنوان آخر كالتملك ، فانه عنوان متحقق بنفس الإيصاء ، فقوله : ملكت زيداً بعد موتي كذا ينطبق عليه عنوانان : الإيصاء ، وهو إيقاع الوصية به ، والتملك ، وهو إيجاب يحتاج الى القبول كسائر الإيجابات ، من غير فرق بينه وبين التملك التنجيزي حال الحياة ، ولا بينه وبين التملك بالعوض ، فالتملك المجاني هبة . وهي عقد قائم بالطرفين ، بل لو أوصى بالتملك بعوض دون قيمته مثلاً صححت ظاهراً ، وأما قضية قيام الوارث مقامه مع فرض كونه حقاً فلا مانع منه ، وأما جواز القبول بعد الردّ فهو موافق للمساعدة في الفضولي وغيره ، إلا أن يدلّ الدليل على خلافها ، وإلا فمجرد الردّ لا يوجب هدم بيع الفضولي ولا هدم الإيجاب ، سيما على ما اخترنا من أنه تمام البيع .

فرع :

لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة فأوقع كل حسب رأيه فتارة يوقع كل على خلاف رأي صاحبه ، فأنشأ البائع بغير

الماضوية مع كونها معتبرة لدى المشتري فقبل المشتري بالفارسية مع اعتبار العربية لدى البائع ، وأخرى يوقع أحدهما على خلاف رأي صاحبه دون الآخر فهل يصح العقد مطلقاً ، أو لا مطلقاً ، أو يفصل بين الصورة الأولى وغيرها ، أو يفصل بين ما إذا كان العقد ينظر أحسب الطرفين صحيحاً وبين غيره ، أو يفصل بين الشرائط ، فما كان البطلان فيه مستنداً إلى فعل واحد منها يصح دون ما كان مستنداً إلى فعلها ، أو يفصل بين الشرائط التي كان المستند في رفعها لدى الشك الأمارات وبين ما كان المستند فيه الأصول ، أو يفصل بين المجتهد والمقلد ، أو يفصل بين كون بطلان رأي الطرف مقطوعاً به وبين كونه مظنوناً بالظن الاجتهادي ، أو يفصل بين ما إذا لم يكن قائل بصحة العقد المركب من الإيجاب والقبول الكذائي وغيره ؟ وجوه :

قال : الشيخ الأعظم - قدس سره - أردوها الأخير ، لكنه لم يتعرض لجميع احتمالات ، ويتلوه في الضعف التفصيل بين القطع بالخلاف والظن المعتبر ، كما فصل في باب الاجزاء السيد الطباطبائي - قدس سره - قائلاً : إن دليل حجية ظن المجتهد متساوي النسبة إلى الظنين ، فإذا ظن بجزئية السورة في زمان وتبدل رأيه ظناً في زمان آخر لم يهدم هذا الاجتهاد اجتهاده الأول ، ولا اجتهاد غيره اجتهاده ، لأن ظنه حجة في الزمن الأول كهذا الظن ، نعم لو تبدل إلى العلم بالخلاف يهدم اجتهاده الأول كما أن المجتهد الآخر إذا علم خطأه لا يجوز له ترتيب الأثر .

وفيه أن الطرق الاجتهادية الظنية إذا قامت على خلاف اجتهاده الأول أو اجتهاد مجتهد آخر يكشف منها فعلاً بطلان الاجتهاد السابق وخطاؤه ، ومع قيام الأمانة المعتبرة على بطلانه أو بطلان كل اجتهاد يخالفه لا يكون دليل الحجة متساوي النسبة إليها ، بل يخص الاجتهاد الفعلي بالحجة دون

غيره ، فلو دلّ دليل على طهارة الغسالة وكان في طريقه ضعف وكان مقتضى اجتهاده الأول وثيقة الراوي ثم تبدل رأيه الى عدم الوثيقة فلاشبهة في هدم اجتهاده الثاني الأول ، لقيام الطريق الفعلي على بطلانه ، ولاوجه لانطباق دليل حجية الظن عليه .

نعم هنا تفصيل آخر في باب تبدل الرأي والاجزاء ، وهو القول بالاجزاء فيما إذا كان الاتيان بالعمل مستنداً الى الأصول العنلية ، كأصالي الحل والطهارة ، وكحديث الرفع ، بل والاستصحاب ، دون ما إذا كان المستند الأمارات العقلية أو الشرعية ، وقد رجحنا هذا التفصيل في باب الاجزاء وباب تبدل الرأي .

والظاهر جريانه في المقام أيضاً ، لأن المفروض أنه بحديث الرفع مثلاً رفعت شرطية العربية واقعاً ، ومعنى ذلك أن إيجاب الشاك بالفارسية إيجاب واقعي لدى الشارع الأقدس ، فاذا ضم اليه قبول بالعربية تم ركنا المعاملة ، لأنها متقومة بإيجاب صحيح واقعي وقبول كذلك ، والمفروض تحققها . فما أفاده السيد الطباطبائي قدس سره - من أن العقد متقوم بطرفين ، فمع اعتقاد أحدهما بطلانه ولو ببطلان أحد جزئيه لا يجوز له ترتيب الأثر - انما يتم بناءً على كون مدرك الفتوى الأمانة ، مثل إطلاق دليل وجوب الوفاء بالعقد أو الشرط ، فان المجتهد الآخر الذي يرى عدم الاطلاق أو ناقش في دلالة الدليل لا محالة يرى إيجابه باطلاً لخطأ الأمانة ، وأما مع الاستناد الى حديث الرفع فلا معنى لاعتقاد البطلان ، لأن الباطل ما كان على خلاف المقرر اشري ، ومع جريان الحديث يكون الشرط مرتفعاً ، أي يعامل معه معاملة الرفع ، فيكون الإيجاب من الشاك صحيحاً لا يعقل تخلفه عن الواقع ، لعدم واقع له يطابقه أو لا يطابقه .

والحاصل أن الإيجاب فعل البائع لا المشتري ، والشارع أسقط اعتبار العربية عن فعله ولو حكماً ، ولازمه مؤثرية إيجابه الفارسي ، فإذا ضم إليه قبول مؤثر صار العقد صحيحاً ، وهو نظير الاقتداء بمن اجتهاده مخالف له ، لكنه يرى صحة صلاة إمامه واقعاً ، لاستناده في ليس ما هو مانع واقعاً إلى دليل الرفع الحاكم على أدلة اعتبار الشرائط والموانع فصار المصدق الواجد للمانع الواقعي والفاقد للشرط كذلك مصداقاً للصلاة حقيقة بدليله ، فلا يرى المأموم بطلان صلاته .

فعلى هذا يكون البيع المركب من الإيجاب والقبول وهو فعل تشريكي من الموجب والقابل صحيحاً عندهما ، لصحة الإيجاب والقبول واقعاً ، هذا إذا تمت دلالة حديث الرفع بما قررناه لدى الطرفين في موضوع الشاك في الحكم ، وإلا فلا يحكم بالصحة واقعاً .

وبما ذكرناه يظهر وجه الصحة في الصورة الأولى من الصور المتقدمة أي صورة إجراء كل منهما على خلاف رأي صاحبه فيما إذا كان استنادهما إلى الأصل لا الأمانة ، هذا كله بالنسبة إلى المجتهدين .
وأما لو كان العاقدان أو أحدهما مقلداً واستندا في الصحة إلى رأي المفتي فالظاهر هو البطلان مطلقاً ، لأن استناد المقلد إلى رأي المفتي استناد إلى الأمانة لا الأصل ، فدليل التقليد عقلائي من باب أمارية رأي المجتهد للواقع ولو كان المجتهد مستنداً في حكمه إلى الأصل ، والتفصيل يطلب من مظاره ، فان لنا طريقاً إلى الصحة مطلقاً في تبدل الرأي بالنسبة إلى المجتهد والمقلد .

ثم إن الشيخ الأعظم - قدس سره - جعل المسألة مبنية على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية أو هي أحكام عذرية ، وليس مراده ظاهراً أن الواقع تابع لاجتهاد المجتهد ، وأن مؤدى

اجتهاده حكم واقعي حتى يلزم منه التصويب كما زعم السيد الطباطبائي (قده) بل مراده أن المستفاد من أدلة اعتبار الأمارات والأصول هو لزوم ترتيب آثار الواقع عند الشك ، فالعقد الفارسي عند الشك في اعتبار العربية بمنزلة العربي في لزوم ترتيب الآثار عليه ، كما أن مرادنا من الاجزاء في باب الأصول ذلك ، بدعوى أن حديث الرفع بعد عدم جواز حمله على الرفع واقعاً لدى الشك في الحكم يحمل على ترتيب آثاره ، كترتيب آثار الحل والطهارة الواقعيين في أصلها ، غاية الأمر أن ما بيننا عليه أن دليل اعتبار الأمارات قاصر عن ذلك ، بخلاف أدلة الأصول ، وذهب بعضهم في الأمارات أيضاً إلى الإجزاء فالمسألة مبنية على ما ذكره رحمه الله ، لا على ما ذهب اليه السيد الطباطبائي (قده) .

ثم قال السيد : « إن ترتيب الأثر على ظن المجتهد الآخر جاز فيما كان فعله موضوعاً للأثر بالنسبة اليه ، كالنكاح وغيره دون ما كان فعله قائماً مقام فعله ، كاستيجار الولي للقضاء عن الميت من يعتقد بطلان صلاته ، فان فعل الأجير فعل المستأجر ، وما نحن فيه بمنزلة ذلك ، لأن العقد متقوم بطرفين ، ويجب على كل من المتبايعين إيجاد عقد البيع ، وهو عبارة عن الإيجاب والقبول - ثم قال - : البيع فعل واحد تشريكي لا بد أن يكون صحيحاً في مذهب كل منهما » انتهى ملخصاً .

وفيه - بعد الغض عن البعد عن مذاق الشارع من أن يجوز تزويج زوجة الغير باجتهاده وأن يجوز لمن يرى بطلان الطلاق أن يتزوج بالمطلقة بالطلاق الباطل - أنه بمقتضى تساوي نسبة دليل حجية ظن المجتهدين الى الظنين - كما جعل ذلك في صدر كلامه مبنى ذلك القول - لا يعقل ترجيح اجتهاد غيره على اجتهاده ، فمن يرى بطلان العقد كيف يرفع اليد عن ظنه ، ويجب عليه ترتيب آثار الصحة ، وهذا معنى اتباعه ظن غيره ، ودليل

تساوي النسبة على فرض تماميته لا يصحح ذلك .
 وأما قضية كون فعل الأجير فعل المستأجر ففيها أن الأجير ينوب
 عن الميت لا المستأجر ، ولهذا ذهب في العروة الوثقى إلى وجوب عمل
 الأجير على مقتضى تكليف الميت اجتهاداً أو تقليداً ، واحتمال أن يكون الأجير
 مكلفاً باتيان الفعل نيابة عن المستأجر الذي كان لو فعل فعل نيابة عن
 الميت في غاية السقوط .

ثم إن تنزيل المقام منزلة ما ذكر غير وجب ، ضرورة أن العقد
 المركب من الإيجاب والقبول لا يعقل أن يكون فعل كل واحد من المتعاقدين
 فكيف يكون الموجب موجباً وقابلاً ، والقابل كذلك ، ولا شك
 في أن الإيجاب فعل الموجب ، وهو موضوع الأثر بالنسبة إلى القابل ،
 فإذا ضم إليه القبول صار عقداً تاماً ، وقوله : « البيع فعل تشريكي » الخ
 مصادرة محضة .

ثم إن الشيخ الأعظم (قده) فصل بين الشروط ، وقال : « إن
 هذا كله - يعني ابتناء المسألة على ما ذكره - إذا كان بطلان العقد عند
 كل من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر كالصراحة والعريضة ونحوهما ،
 وأما الموالاة والتنجز وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر
 العقد فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد مجموع العقد » انتهى .

والظاهر أن مراده أن ما هو من قبيل تلك الشروط يسري فساده
 إلى إنشاء الآخر ، فلا يجدي في الصحة كون الأحكام الظاهرية بمنزلة
 الواقعية الاضطرارية .

أقول : هذا حق بحسب الكبرى ، لكن التنجز ليس من هذا القبيل ،
 أما إذا كان عند الموجب معتبراً دون القابل فلأن الموجب إذا أنشأ الإيجاب
 منجزاً فقال : « بعثك هذا بهذا » وقال القابل : « لو طلعت الشمس قبلت » لا يسري

التعليق الى الايجاب من القبول ، بل لا يعقل ذلك ، وهو واضح .
وتوهم لزوم عدم المطابقة بين الايجاب والقبول مدفوع - مضافاً الى
أنه أمر آخر - بأن هذا المقدار من المطابقة أي مطابقة الانشاءين لا دليل
عليه ، فلو فرض الجهل بطلوع الشمس وكانت طالعة فقبل معلقاً عليه يقع
القبول فعلياً ، بل لو كانت غير طالعة لا يضر بالمطابقة ، لما مرّ من أن
الموجب لا يوجب التعليل الحالي ، بل الحال ظرف لا يوجب وإنشائه ،
والمنشأ نفس التعليل : فاذا ضم اليه القبول يتم السبب ، سواء لحق به
في الحال أو الاستقبال .

وأما إذا كان القابل قائلاً بالاعتبار دون الموجب ، فقال الموجب :
« بتك إن طلعت الشمس » وقال القابل : « قبلت » فربما يقال : إن التعليق
يسري إليه ، وهو غير وجيه ، للفرق بين كون القبول معلقاً أو كونه
قبول أمر معلق ، والمقام من قبيل الثاني ، فالايجاب معلق ، والقبول قبول
منجز لهذا المعلق ، ففرق بين قوله عقيب الايجاب : « قبلت إن طلعت
الشمس » وبين قوله : « قبلت لإيجابك المعلق » فلا يسري التعليق
في الثاني إليه .

وأما الموالاتة فإن كان القابل يرى اعتبارها فلا كلام فيه ، إذ لا يصح
له القبول إلا بعد الايجاب بلا فصل ، نعم يمكن أن يقال : إنه لو قبل
مع الفصل وصح منه الجدل يجوز للموجب ترتيب آثار الصحة وإن لا يخلو
من إشكال ، لاحتمال كون مصب الأدلة ما إذا كان لإيجاب الوفاء ذاتاً
للطرفين لا لطرف واحد .

وإن يرى الموجب اعتبارها فأوجب ولم يقبل المشتري إلا مع الفصل
صار الايجاب بنظر الموجب فاسداً ، لأنه يرى الايجاب غير صالح لضم
القبول اليه ، فقبل تحقق القبول خرج لإيجابه عن الصحة التأهلية بنظره ،

فيبطل لإيجابه ، ويأتي في القابل ما مرّ في الموجب مع إشكاله .
وكذا الكلام في بقاء الأهلية ، فإن القائل باعتباره إن كان هو الموجب
خرج لإيجابه المتعقب بالحجر مثلاً عن صلاحية تعقبه بالقبول بنظره ، وإن
كان هو القابل ، يرى الإيجاب المتعقب بالحجر كلا لإيجاب .
ويأتي فيها بالنسبة إلى من يصح عنده العقد ما مرّ آنفاً إيراداً
وجواباً .

هذا كله فيما إذا كانت الشرائط المذكورة من قبيل الشرائط الشرعية
واختلفا في الاعتبار وعدمه .

وأما إذا اختلفا في تحقق عنوان العقد وكان منشأ الاختلاف في أحد
المذكورات ، بمعنى أن القائل باعتبار التنجيز مثلاً كان منشأ اعتباره دعوى
امتناع الانشاء معلقاً وأن القائل باعتبار الموالاة يدعي عدم حصول الهيئة
الوحدانية المعبرة عرفاً في حصول العقد وأن القائل باعتبار بقاء الأهلية يدعي عدم
تحقق المعاقدة والمعاهدة إذا لم يكن المتعاقدان على صفة الأهلية من أول العقد إلى
آخره وأن القائل بالترتيب يدعي عدم تعقل تحقق القبول قبل الإيجاب لأنه
معنى مطاوعي ، فلا شبهة في عدم إمكان التصحيح بنظر الطرفين
أو الطرف القائل بالاعتبار بدليل الرفع أو المبني الذي أشار إليه الشيخ (قده)
وهو واضح ، وهذا أمر سار في كل شرط كان كذلك .
وبالجملة إن اختلاف المباني في اعتبار الشروط موجب لاختلاف
الحكم صحة وفساداً .

مسألة :

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه ، وصار مضموناً عليه ، ويجب عليه رده ، ولا يجوز له التصرف فيه ، وتوهم أن الاذن الضمني في التصرف يرفع حرمة ، وتسليم العين المأذون في تصرفها يرفع الضمان مدفوع لا لأن الجنس لا يبقى بلا فصل ، ولا لأن البسائط ما به الاشتراك فيها عين ما به الامتياز ، لأنها كما ترى ، بل لأن إيقاع العقد بالرضا به وإرادته ومباديها ، وأما الرضا بالتصرف في المبيع أو الثمن فليس من مبادئ العقد ولا من لوازمه ، بل لا معنى له ، لأن العاقد إن رضي بالتصرف في مال نفسه قبل تمام المعاملة فهو خلاف الفرض ، ولا يفيد شيئاً ، وإن رضي به بعد صيرورة المال ملكاً للطرف فالمال في هذا الطرف ليس ملكاً له ، وإن رضي بالتصرف المشتري مثلاً فيما صار ملكاً له فلا وجه لهذا الرضا ، بل لا معنى له ، ولا يعقل الجدل به إلا مع احتمال فساد المعاملة ، والرضا بنحو الرجاء أو التعليق - وهو لا يعقل أن يتحقق في ضمن المعاملة - والرضا المستقل والمستأنف لا كلام فيه .

ومن ذلك يظهر الكلام في دفع توهم رفع الضمان ، لأن تسليم العين انما هو بعنوان الوفاء بالعقد ، وهو لا يدفع الضمان بعد تخلفه عن الواقع .
ويبدل على الضمان النبوي المشهور « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » (١) وقد اشتهر بين متأخري المتأخرين جبر سنده بعمل قدماء الأصحاب ، وهو مشكل ، لأن الظاهر من السيد علم الهدى وشيخ الطائفة والسيد ابن زهرة (قدمهم) هو لإيراده رواية واحتجاجاً على العامة ،
(١) سنن البيهقي - ج ٦ ص ٩٥ وكنز العمال - ج ٥ ص ٣٢٧ - الرقم ٥٧١٣ .

لا استناداً إليه للحكم .

قال السيد في الانتصار في مسألة ضمان الصناع : « وما يمكن أن يعارضوا به - لأنه موجود في رواياتهم وكتبهم - ما يروونه عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله : على اليد ما جنت حتى تؤديه » والظاهر منه عدم اعتماده عليه ، بل أورده معارضة لا استناداً .

وأورده شيخ الطائفة في مسائل الخلاف في غير مورد ، وفي المبسوط رواية واحتجاجاً على القوم ، كما هو دأبه في كتابيه ، لا استناداً ، ففي غضب الخلاف مسألة (٢٠) بعد عنوانها وذكر خلاف أبي حنيفة قال : « دليلنا أنه ثبت أن هذا الشيء قبل التغيير كان ملكه فمن ادعى أنه زال ملكه بعد التغيير فعليه المدلالة ، وروى قتادة عن الحسن عن سمرة (١) أن النبي صلى الله عليه وآله قال : على اليد ما أخذت حتى تؤديه » .

والظاهر أن مستنده هو الأمر الأول ، أي الأصل ، ولو كان الاستناد إلى قول النبي صلى الله عليه وآله لا وقع للاستدلال بعدم الدليل على زوال ملكه ، فايراد الرواية لمحض الاحتجاج على أبي حنيفة : بل مع احتمال ذلك لا يثبت الاستناد ، ونحوه بعض مسائل أخر في غضب الخلاف ووديعته .

وأورد في أول غضب المبسوط عدة روايات من طرقهم منها هذه الرواية ، والظاهر من نقل خصوص رواياتهم فيه وفي سائر كتب المبسوط مع وجود روايات معتمدة من طرقنا هو الاحتجاج عليهم ، لا الاستناد إليها كما يظهر بالرجوع إليه .

وفي غضب الغنية « ويحتج على المخالف بقوله (ص) : على اليد

ما قبضت حتى تؤدي « وهو ظاهر في عدم الاعتماد عليه ، ونحوه بعينه في كتاب الاجارة ، إلا أن فيه « ما أخذت » بدل « ما قبضت » واحتمال أن يكون الاحتجاج عليهم بما هو مسلم بين الفريقين ضعيف يدفعه ديدنه في الكتاب ، مع أن مجرد الاحتمال لا يثبت الاستناد ، واللازم في الجبر لإثباته .

وقد تفحصت نكت النهاية المنسوبة إلى المحقق مظان إمكان الاستدلال به فلم أجده ، مع أن تلك الموارد محال الاستدلال به لو تم سنده ودلالته عنده .

كما أن الظاهر عدم وجوده في المقنع والهداية والمراسم والوسيلة وجواهر الفقه ، وقد استشكل الأردبيلي (قده) في سنده وسند قاعدة ما يضمن بصحيحه ، وتمسك بأصل البراءة من الضمان في مقابلتها .

نعم إن ابن إدريس تمسك به في السرائر في موارد ، ونسبه جزماً إلى رسول الله صلى الله عليه وآله مع عدم عمله بالخبر الواحد ، ثم شاع الاستدلال به بين المتأخرين من زمن العلامة ، وكأنه اختلفت حالاته من عصر قدماء أصحابنا إلى عصرنا ، ففي عصر السيد والشيخ كان خبراً مروياً عنهم على سبيل الاحتجاج عليهم ، ثم صار مورد التمسك في العصر المتأخر ثم صار من المشهورات في عصر آخر ، ومن المشهورات المقبولات في هذه العصور ، حتى يقال : لا ينبغي التكلم في سنده .

فالبناء على الاعتماد عليه مشكل ، وترك العمل به - مع جزم ابن إدريس بصدوره عن رسول الله صلى الله عليه وآله مع طريقتيه في العمل بالأخبار وإن أمكن أن يكون ذلك باجتهاد منه ، وقيام قرائن عنده ربما لا نفيدها علماً ولا عملاً ، واختلاف عبارات الحديث بحيث ربما يكشف عن تكرره

وتظافره ، واعتماد محققى أصحابنا من بعد ابن إدريس إلى عصرنا مع تورعهم والتفتانهم إلى ضعفه ولا بد من الجبر في مثله ، وهو لا يمكن إلا باعتماد قدماء الأصحاب عليه ، ولعله شهادة منهم على اتكال الأصحاب عليه - مشكل آخر .

ولعل من مجموع ذلك ومن اشتهاره بين العامة قديماً على ما يظهر من علم الهدى رحمه الله ومن إتقان متنه وفصاحته بما يورث قوة الاحتمال بأنه من كلمات رسول الله صلى الله عليه وآله لاسمرة بن جندب وأشباهه ربما يحصل الوثوق بصدوره ، ولعل بناء العقلاء على مثله مع تلك الشواهد لا يقصر عن العمل بنجر الثقة .

لكن بعد اللتيا والتي في النفس تردد ، لأن ابن إدريس وإن نسبة جزماً في غير موضع إلى رسول الله صلى الله عليه وآله لكن في كتاب غضب السرائر تمسك في مسألة بالأصل وعدم الدليل ، ثم قال : « ويحتج على المخالف بقوله (ص) : على اليد الخ . وهذا يوجب حصول الاحتمال بأن سائر الموهود من قبيل الاحتجاج عليهم لا التمسك به ، وإن كان خلاف ظاهره ، ولم أر إلى الآن فيما عندي من كتب العلامة تمسكه به لاثبات حكم ، وإنما نقل عن ابن جنيد وابن إدريس التمسك به على ما حكى ، وحدثوا الاشتهار بعده لا يفيد شيئاً ، فتدبر لعل الله يحدث بعد ذلك شيئاً .

ثم إن في فقه الحديث كلاماً طويلاً الذليل ، فإن في كل واحد من كلماته مفرداً وفيها مركبة بحثاً وتعمقاً ، ربما يأتي في خلال المباحث الآتية إشباع الكلام فيه .

والذي هو مورد بحثنا هنا أن الحديث يدل على الحكم التكليفي أو الوضعي ؟ ربما يقال : إن كلمة « على » سواء أسند إلى فعل المكلف

أو إلى عين ومال ظاهرة في التكليف ، ولا بد فيه من التقدير ، وفي المقام يكون المقدر الحفظ ، والمعنى يجب على الآخذ حفظه إلى زمان الأداء ، سيما مع اضافتها إلى « اليد » فإن الظاهر منها هو التكليف المناسب لليد ، وهو الحفظ في المقام ، وسيما مع ظهور الموصول في عين ما أخذت ، فإنه لا يناسب الضمان ، لأن الضمان بعد التلف ، فالرواية ظاهرة في التكليف أو مجملة ، واعترف الشيخ الأعظم (قده) بالظهور في التكليف فيما أسند الظرف إلى فعل المكلف دون ما إذا أسند إلى مال من الأموال .

أقول : الظاهر ظهور « على » في الاستقرار على العهدة ، من غير فرق بين إسنادها إلى الفعل أو المال ، فقوله تعالى : « ولله على الناس حج البيت » الخ (١) ظاهر في استقرار الحج على عهدة المستطيع ، وأنه صار ديناً عليه ، ولهذا لو ذهبت استطاعته وجب عليه الحج واستقر في ذمته ، ولو مات يخرج من ماله ، فلو كان صرف تكليف سقط بموته ، أو سلب استطاعته لم يكن وجه له ، والوضع في الآية الكريمة يستفاد من « على » لا غير ، والظاهر أن هذا منشأ ما ورد في قضية الختمية عن رسول الله صلى الله عليه وآله « دين الله أحق بالقضاء » (٢) .

والظاهر من « على » الاستعلائية أن المال أو العمل والفعل محمول على العهدة ، ومستقر عليها كاستقرار زيد على السطح ، بدعوى أن العهدة والذمة شيء يقع ثقل المال ونحوه عليه ، فمثل لله عليّ كذا أو عليّ أن أفعل كذا ظاهر في أن ذلك الأمر دين من الله تعالى عليه ، ولهذا يقال : إنه وفي به ، ويؤمر بالوفاء بالنذر ، رفي التكليف المحض لم يصح ذلك الاطلاق إلا بتأويل .

(١) سورة آل عمران ٣-٩٧ .

(٢) كنز العمال - ج ٣ ص ٥٦ الرقم ١٠٣٧ .

ثم إن إضافة « على » الى « اليد » وجعل ما أخذت عليها إماماً مبنية على دعوى أن الشخص عبارة عن اليد الآخذة ، كما أن الأمر كذلك في إطلاق العين وإرادة الربيثة ، فانه أيضاً مبني على دعوى أن الربيثة باعتبار جمع قواه - كأنه في قوة واحدة هي العين - صار جميع حقيقته هو العين .

ففي المقام يدعى أن الغاصب ونحوه كأنه صار يداً ، فأطلق اليد وأراد معناها الحقيقي استعمالاً وادعى كون الشخص الآخذ هو اليد ، فأراد جداً أن ما أخذ الشخص على عهده ، وهو نظير ما روي عنه صلى الله عليه وآله في حق المؤمنين « هم يد على من سواهم » (١) بدعوى أنهم لوحدهم واجتماعهم وجمع قواهم على ضد الكفار ، وكون مظهر طردهم لإيأامهم وخذلانهم بهم هو أيديهم أنهم يد واحدة على من سواهم .

أو مبنية على الكناية عن الشخص الآخذ ، كما يقال في مقام لزوم ردّ الامانة أو الدين : « بأي يد أخذت لا بد أن ترده بها » أو يقال : « اليد تعرف اليد » في بيان أن كل من أخذ شيئاً لا بد أن يرده هو بعينه ولا يجوز له إلى غيره .

ثم إن الظاهر هو أن نفس ما أخذ يعلق على عهدة الآخذ ، ولا مانع من جعل الشخص على العهدة اعتباراً ، كما في الكفالة ، فان فيها يكون الشخص المكفول على عهدة الكفيل ، وهو أمر عرفي ، تأمل . فيمكن أن تقع العين على العهدة الى زمان للردّ ، وهو يختلف عرفاً ، فمع كون العين موجودة يكون الردّ والتأدية بوجه ، ومع تلفها فما هو الأقرب إليها يعد من مراتب الردّ والتأدية عرفاً ، وبالجملة بعد تصور عهدة العين الخارجية يؤخذ بالظهور ولا حجة في ردّه .

(١) الوسائل - الباب - ٣١ - من أبواب القصاص في النفس .

إلا أن يقال : إن ما وقع عليه اليد هو الموجود الخارجي ، فإن كان ما وقع عليه اليد بوجوده الخارجي على عهدة الآخذ فلا إشكال في عدم بقاءه بعد التلف والمعدومية ، فلا بد أن يسقط الضمان بتلفه ، وكذا إن كان ذلك الماهية الموجودة ، والماهية المعراة عن الوجود لم يقع عليها اليد ولا يمكن وقوعها عليها ، وإن اعتبر الشيء الواقع عليه اليد في العهدة لا بوجوده الخارجي فلا إشكال في عدم وقوع اليد عليه ، لا بوجوده الخارجي .

وإن قيل : إنه يعتبر الوجود الخارجي باقياً فيه - أنه مع كون ما وقع عليه اليد هو الوجود الخارجي الحقيقي لا ما يعتبر بقاءه الذي يرجع الى الوجود الاعتباري ، ضرورة عدم بقاء الوجود الحقيقي - أن ذلك خلاف ظاهر الحديث ، فإن الظاهر منه أن المضمون ما هو الموجود خارجاً ، لا الأعم منه ومن المعدوم الذي يعتبر موجوداً باقياً .

وبالجملة ما وقع عليه اليد لا يبقى بعد التلف والعدم بالضرورة ، واعتبار البقاء يرجع الى الوجود الاعتباري ، وهو غير المضمون ، فلا وجه معقول مقبول عرفاً وعقلاً لما أفيد ، وهذا هو المحذور لو فرض ظهور الحديث فيما ذكر ، مع أنه ممنوع كما سيأتي مفصلاً .

وهنا احتمال آخر لعلمه مراد من قال بضمان المثل أو القيمة ، وهو أن مساهية الضمان أمر تعليقي ، هو أنه لو تلف المضمون تكون الخسارة عليه ، فقوله صلى الله عليه وآله : « على اليد ما أخذت » معناه أن ضمانه عليه الى زمان الأداء ، والضمان فعلي ، لكن ماهيته أمر تقديري ، فثبوت هذا الأمر التقديري قد يكون تقديرياً - كما قبل الأخذ ، فإنه يصح أن يقال : إن أخذته كان ضمانه عليك ، ولا يصح أن يقال : ضمانه عليك - وقد يكون فعلياً كما بعده ، فيصح أن يقال : إن ما أخذت مضمون عليك ، ومعنى ذلك أنه لو تلف لا بد لك من جبران خسارته ،

فالضمان ثابت فعلاً وإن كان ماهيته أمراً تقديرياً .
بل يمكن أن يكون غير تقديري ، وهو عهدة درك خسران الغير
ونحوه ، وهو فعلي مع وقوع اليد ، وتقديري مع عدمه ، وعلى هذا
لا يرد عليه أن الظاهر من « على اليد » ثبوت الضمان والعهدة فعلاً لاتقديراً ،
وهذا أوفق بفهم العقلاء .

إلا أن يقال : إن ضمان العين لدى العقلاء عبارة عن عهدة نفسها ،
بمعنى أنه إذا جعل شيء في ضمان شخص وقبلة يطالب بنفس العين لامثلها
وقيمتها ، ومع فقدتها يطالب بالعرض ، فاذا قال الحماشي : ضع ثوبك
ها هنا وعلى ضمانه يرجع صاحب الثوب اليه بعين ثوبه بمقتضى الضمان ،
ومع التلف يرجع الى مثله أو قيمته اضطراراً ، لكونها من مراتب أداء
العين ، فالمعنى الأول مع كونه ظاهر الرواية أوفق بارتكاز العقلاء .

ويمكن أن يدفع بأن الضمان في جميع الموارد ينظر العرف عبارة عن
عهدة الخسارة لدى التلف ، فمطالبة نفس العين ليست لأجل اقتضاء الضمان
بل لأن العين مع وجودها لا بد وأن ترد ضمن الطرف أم لا ، ومع التلف
يطالب بالعرض ، لاقتضاء الضمان ، وسيأتي تنمة لذلك .

ثم إن الشيخ الأعظم - قدس سره - بعد استظهار الحكم الوضعي من
الحديث قال : « ومن هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان
الصغير بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة ، لعدم التميز والشعور » فأورد
عليه بعض أهل التحقيق بأن مفاد « على اليد » إما جعل حكم وضعي أو
الخبر عن جعله ، فالأول لا يصح على مسلكه ، لامتناع جعل الوضع
ابتداءً ، وانتزاعه من التكليف لا يصح في المقام ، لاعترافه بظهوره ،
في الوضع لا التكليف ، والثاني لا مانع منه ، لكن المبني غير وجيه ،
وعلى التسليم انتزاعه هنا محال ، لأن الأمر الانتزاعي تابع لمنشأه قوة وفعلاً

تبعية ما بالعرض لما بالذات ، ولا تكليف للصغير فعلاً حتى ينتزع منه ضمان فعلاً ، والخطاب المشروط بزمان البلوغ حكم تقديري ، فيكون الأمر الانتزاعي منه تقديرياً ، لأن فعلية الأمر الانتزاعي وتقديرية منشأه محال » انتهى ملخصاً .

أقول : بعد فرض ظهور « على اليد » في الوضع وإطلاقه الشامل ليد الصغير والمجنون المميزين لا يجوز رفع اليد عنه إلا بدليل ، والمدعى في المقام هو قيام الدليل العقلي على خلافه ، فلو أمكن التوجيه بما يدفع به الدليل العقلي بأي وجه ممكن لا يجوز رفع اليد عن الحجة ، ولو كان الدفع بعيداً عن الأذهان بنحو لا يصح الالتزام به في مقام الإثبات والاستظهار من الأدلة .

وفي المقام يمكن دفعه على التقديرين : أما على فرض أن « على اليد » إنشاء لا إخبار ، فلا يمكن أن يقال : إنه ظاهر في جعل الحكم الوضعي لكن العقل يدفع هذا الظهور ، لامتناع جعل الوضع ابتداءً على الفرض ، فيصير حكم العقل قرينة على إنشاء الوضع بلا جد وجعل واقعي بداعي الإرشاد إلى الحكم التكليفي الذي هو منشأ لانتزاع الوضع لدى العقلاء ، وإنما أنشئ بصورة الوضع للإرشاد إلى مقدار سعة التكليف الذي هو منشأ انتزاع الوضع واقعاً ، فإطلاقه دليل على ثبوت حكم تكليفي يطابق هذا الإنشاء الصوري الإرشادي ، ويكون منشأً لانتزاع وضع واقعي مطابق للإنشاء المذكور ، وما ذكره وإن كان بعيداً عن الأذهان بل شبيهاً بالأكل من القفا لكن كافٍ في إمكان الأخذ بالظهور ، ومعه يجب الأخذ به .

وأما تصوير توجيه التكليف إلى الصغير والمجنون فيأتي في الفرض الثاني ، وهو كون « على اليد » إخباراً عن جعل سابق ، فبعد فرض صحة المبني لا يرد عليه ما ذكره المستشكل ، لا يمكن أن يقال : إن

الصغير والمجنون قابلان لتوجه التكليف المعلق على زمان البلوغ والافاقسة اليهما ، ولا دليل على بطلانه ، والاجماع لم يثبت بهذا النحو ، لأن المتيقن منه التكليف بالأداء في الحال ، وحديث رفع القلم (١) لو فرض التعميم للتكليف لعله ظاهر في المنجز لا المعلق .

ويمكن أن يقال : إن الصغير والمجنون المميزين مكلفان بأداء الغرامة على نحو الواجب المعلق ، سيما على مسلك الشيخ (قده) من رجوع القيود في الواجب المشروط إلى المادة ، فلا يصح على مذهبه اشتراط التكليف بالبلوغ والافاقسة ، فلا بد من أخذ القيد إما قيداً للمكلف به أو قيداً وعنواناً للمكلف ، وفي المقام بعد قيام الحجة على ضمان الصغير المميز يتعين الأول .

وبالجملة المقصود دفع الاشكال العقلي عن الظاهر الحجة ، لعدم جواز رفضه بمجرد إشكال قابل للدفع ولو بتكلف ، نعم يبقى الاشكال في المجنون الذي لا يفيق والصغير الذي يموت قبل بلوغه .

ويمكن دفع الاشكال بوجه يعم الموارد ، وهو الالتزام بالتكليف الفعلي القانوني على الناس جميعاً ، وجعل الجنون والصغير من قبيل الأعذار العقلية التي التزمنا ببقاء فعلية التكليف معها ، فلا ممانع من تعلق الوضع حتى مع العذر عن التكليف ، لكن الانصاف أن تلك التكاليف لأجل مبنى غير وجيه في غير محلها .

وربما يستدل على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بروايات وردت في الأمة المسروقة .

منها - حسنة جميل التي هي كالصحيحة عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية ،

(١) الوسائل - الباب - ٣٦ - من ابواب القصاص في النفس - الحديث ٢٠

من كتاب القصاص .

قال : يأخذ الجارية المستحق ، ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه « (١) والاستدلال بها مبني على عدم كون المورد من باب استيفاء المنفعة ، ولا ضمان الائتلاف مباشرة أو تسيباً ، وقد أشار الشيخ الأعظم - قدس سره - الى دفع احتمالها ، بأنه نماء لم يستوفه المشتري ، وليس استيلادها من قبيل إئتلاف النماء ، بل من قبيل إحداث نماء غير قابل للملك ، فهو كالتالف لا المتلف . وقد تشبث بعض أهل التحقيق لكونه من قبيل الائتلاف بأنه « يمكن أن يقال : إن النطفة وإن كانت من الرجل إلا أنها كانت مكتملة بدم الأم ، وكانت تكونها حيواناً بالقوى المودعة في الرحم ، فكان صيرورتها حيواناً من قبل الأم ، فقد ألتفها الرجل على الأب (٢) خصوصاً إذا قيل بتكونه من نطفة المرأة ، وكان اللقاح من الرجل » انتهى .

وفيه ما لا يخفى ، فان صيرورة نطفة الرجل حيواناً بما ذكر لانوجب أن يكون الولد لصاحب الجارية حتى يصير التحرير إئتلافاً لما له ، بل اللازم لو سلم أن يكون صاحب الولد ضامناً للدم التالف وقيمة القوى المودعة ، لا لقيمة الولد سيما إذا قلنا بضمنان قيمة يوم الأداء ، كما يقتضى ظاهر الرواية المتقدمة وغيرها ، وإن أفتوا بضمنان قيمة يوم الولادة ، فان الولد بعد فظامه قد كمل ونمى بغير لبن الجارية ودمها والقوى المودعة فيها :

ومنه يظهر النظر في قوله : « على فرض كون النطفة من المرأة » فان الولد الحاصل من نطفتها صار ولداً للوالد ، وخرج عن الملك ، فلو كان ذلك موجباً للضمنان لابد من تقويمه حال كونه في جوف أمه ، أي حال الخروج عن ملك صاحبه ، لا التقويم في زمن الأداء ، كما هو

(١) الوسائل - الباب - ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد - الحديث ٥ .

(٢) كذا موجود في الأصل المطبوع ، والصواب « المالك » .

ظاهرها ، مع أن الخروج بالحكم الشرعي من قبيل التلف السماوي لا الإلتلاف حتى بالتسبب ، فإن السبب للحكم الشرعي ليس فعله ، بل نتيجة فعله موضوع للحكم .

وأضعف منه قول بعضهم : إن المشتري استوفى منفعة الرحم باشغاله بمائه ، ولا أقل من أنه أنلف منفعته على المالك بذلك ، فإنه كان مستعداً لانماء نطفة الرق ، فسلب عنه ذلك باشغاله بنطفته ، فإن استيفاء منفعة الرحم على فرض صحته لا يوجب أن يكون المضمون قيمة الولد ، كما أن إلتلاف منفعته على المالك لا يوجب ، بل اللازم على الفرض أن يكون المضمون منفعة الرحم ، والولد لا يعد منفعة الرحم ، وليست نسبة الرحم الى الولد كنسبة الثمرة الى الشجرة ، بل هو محل نشوئه عرفاً ، كما أن إلتلاف منفعة الرحم لا يوجب ضمان قيمة الولد .

نعم ظاهر بعض الروايات أن الضمان لأجل الانتفاع ، كرواية زرارة ، قال : « قلت لأبي جعفر عليه السلام : الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يبيع الرجل فقيم البيئته على أنها جاريتها لم يبع ولم يهب ، فقال : يرد إليه جاريتها ، ويعوضه بما انتفع ، قال : كان معناه قيمة الولد » (١) ، ولعل المفسر هو زرارة ، فيظهر منها أن قيمة الولد لأجل كون الولد من قبيل المنافع المستوفاة .

والعجب من بعض الأعظم حيث قال : إن العرف وإن يرى الولد منفعة لكن ليس نظره متبعاً في تشخيص المصاديق ، والظاهر أنه تبع المحقق الخراساني في ذلك .

وفيه أن الشارع لما كانت خطاباته مع العرف كخطابات العرف مع العرف وليست له طريقة خاصة غير طريقة العقلاء لا محالة يكون في تشخيص

(١) الوسائل - الباب - ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد - الحديث ٢ .

المفاهيم ومصاديقها في خطابه نظر العرف متبعاً ، كما أن الأمر كذلك في خطابات العرف بعضهم مع بعض ، ولهذا لا يعد لون الدم دماً ، والتفصيل موكول إلى محله .

وفي رواية أخرى عن زرارة قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه ، فولدت منه أولاداً ثم أن أباه يزعم (ثم أنها من يزعم خ ل) أنها له ، وأقام على ذلك البينة ، قال : يقبض ولده ، ويلفح اليه الجارية ، ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها » (١) .

وفي قوله (ع) : « ويعوضه » الخ احتمالان : أحدهما أن ما أصاب من لبنها وخدمتها أي المنافع المستوفاة منها جعل عوضاً من قيمة الولد ، فقدّر القيمة بما أصاب منها تعبداً ، والثاني ولو بملاحظة سائر الروايات أن قيمة الولد تقدير لما أصاب من اللبن والخدمة ، فقيمه على هذا ليست لأجل استيفاء المنفعة التي هي الولد ولا بازاء تفويت منافع الجارية ، ولا لأجل ضمان اليد على الجارية ، ويتبعه ضمان المنافع ، بل لأجل استيفاء سائر المنافع أي الابن والخدمة ، لكن لما كان قدرهما ربما يكون مجهولاً أو معرضاً للنزاع قدّره الشارع بقيمة الولد ، تأمل .

وتحقيق المسألة موكول إلى محله ، والآن لم نكن إلا بصدد فقه الروايات ، لا الدخول في المسألة وجمع مداركها .

وكيف كان لا تدل تلك الروايات على ما رام الشيخ الأعظم (قده) اثباتها ، نعم إطلاق حسنة جميل يقتضي الرجوع إلى المثمن ولو بعد تلفه بالتلف الساموي ، لأن الرجوع إليه ليس عرفاً مختصاً بوجوده كما لا يخفى ، فدلّت هي على المطلوب ، في الجملة على إشكال .

واستدل للمطلوب بقاعدة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده ، وهذه القاعدة وعكسها ليستا مورد نص أو معقد لإجماع ، ولهذا لو فرض عدم مطابقة مضمونها للقواعد والأدلة أو عدم معنى صحيح لها لانبالي . فنقول : قد جزم الشيخ الأعظم (قده) بأن المراد بالضمان في الجملة هو كون درك المضمون عليه ، بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي فاذا تلف وقع نقصانه فيه ، لوجوب تداركه منه ، وقد جعل هذا المعنى جامعاً للضمان في العقود الصحيحة والفسادة ، والضمان في مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض ، ثم قال : « إن المراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي ، وتداركه بغيره يحتاج الى دليل » .

فكأنه أراد بذلك أن الضمان ظاهر في الضمان الواقعي ما لم يرد دليل وقريئة على خلافه ، وفي المقبوض بالبيع الصحيح قامت القرينة على الضمان بالمسمى : ولم تقم في الضمان بالبيع الفاسد ، فيحمل على المعنى الظاهريه ، وهذا ليس تفكيكاً في الضمان ، لأن الجامع محفوظ ، والخصوصيات في الموارد لا تنافي وجود الجامع ، وبلحاظه لم يكن تفكيك .

أقول : لا شبهة في أن ردّ مال الغير إلى صاحبه بحسب اقتضاء العقد ليس دركاً ومن قبيل الضمان ، فاذا كان المثلث موجوداً في يد البائع فردّ المشتري الثمن لا يصدق أنه أدى دركه ، وكذا لو كان موجوداً في يد المشتري وردّ الثمن لا يقال : إنه دركه ، وكان الشيخ (قده) يعترف بذلك ، ولهذا فرض مورد التلف ، ولا شبهة في أن دفع الثمن إلى البائع بعد تلف المبيع في يد المشتري ليس إلا كدفعه في حال وجوده ، سواء كان في يد البائع أو المشتري .

وبالجملة تلف المبيع لا دخالة له في الضمان بوجه ، ولا دخالة له

في كيفية ردّ مال الغير بوجه ، فتلف المبيع لا يعقل أن يكون مضموناً على صاحبه ، لعدم تعقل ضمان الشخص ماله ، كما أن ردّ مال الغير ليس من قبيل اللزك ، فما جعله جامعاً بين العقد الصحيح والفساد غير مرضي . وأضعف منه في تصحيح عدم التفكيك ما قال بعض الأعظم (قده) من أنه « يمكن أن يقال بأن الضمان في الصحيح والفساد كليهما بالمثل والقيمة ، فان الضمان بالمسمى في الصحيح قبل القبض ، وهو خارج عن القاعدة ، فانها أسست لموارد ضمان اليد ، وهو يتحقق بالقبض ، ويقال : إن بالقبض ينتقل الضمان ، ومعنى انتقاله أن المسمى يصير بعد القبض هو المثل أو القيمة ، ومعنى ضمان القابض بعد قبضه مع أن المقبوض ملكه أنه لو تلف وطراً عليه فسخ أو انفساخ يجب عليه ردّ المثل أو القيمة ، فالمثل أو القيمة هو المضمون في الصحيح والفساد » انتهى .

وأنت خير بما فيه ، ضرورة أن حمل قوله : « كل عقد يضمن بصحيحه » على أنه يضمن بعد فسخه وبعد تلف المبيع - فأراد بالعقد فسخه أو الفسخ بعد العقد والقبض والتلف - من أغرب المحامل ، فطرح دليل خير من مثله ، مع أن قوله : « إن الضمان بالمسمى قبل القبض وهو خارج عن القاعدة فانها أسست لموارد ضمان اليد » تخريص منه ، لعدم دليل على الخروج ، ولا على تأسيسها لما ذكر ، فلو كان المراد بتلك القاعدة قاعدة اليد لا معنى لتغيير عبارة جامعة صحيحة خالية من الخلل بهذه العبارة المجملة المحتاجة الى التأويل والحمل .

وقد يقال : إن معنى الضمان كون الشيء في ضمن العهدة ، إذ ليس معنى هذه المادة إلا ما يفيد التضمين والمضمون وأشباه ذلك ، وبالجملة الضمان - كما يناسبه معناه الأصلي - كون الشيء في ضمن شيء ، فاذا نسب إلى الشخص فمعناه أنه في ضمن عهده ، وهذا المعنى قد يكون

بتسبب من الشخص ، كما في عقد الضمان حتى ضمان النفس ، وكما في المعاوضات لتعهد كل منها والتزامه بأخذ المال ببدله ، وقد يكون يجعل من الشارع ، والعهدة في كل مقام لها آثار وضعية وتكليفية ، ولا يختلف معنى العهدة باختلافها ، فمفاد القاعدة أنه كل مورد كان عهدة مورد العقد على المتعاقدين في الصحيح فعهدته عليهما في الفاسد ، انتهى ملخصاً .

وفيه - مضافاً إلى أن ما ذكره في معنى الضمان وأصله اللغوي مخالف للعرف واللغة ، والأول ظاهر ، ويعلم الثاني بالمراجعة إلى كتب اللغة - ان كل عهدة ليست ضماناً ، فعهدة أداء الدين غير كونه ضامناً له ، والدين متعلق بالعهدة ، لكن المديون ليس ضامناً ، وبناء العقلاء في باب البيع ونحوه على تسليم العوضين معنى غير الضمان في العرف واللغة ، فلا يقال بعد تحقق البيع أن كلاً من المتبايعين ضامن للأداء أو للمال ، وهو واضح ، فلا جامع بما ذكر بين ضمان اليد والتزام المتبايعين لتسليم العين ، إذ الثاني ليس بضمان .

ويمكن أن يقال : إن المراد بالضمان في الجملتين هو الضمان المعهود المتعارف أي الضمان بالمثل أو القيمة الواقعية ، وعهدة الأداء في فرض وجود العين لو قلنا بأن عهدة الأداء أيضاً ضمان ، وإلا فهي خارجة عن القاعدة - وإن فرض دخولها في قاعدة اليد قلنا بافادتها الضمان مع الزيادة - وذلك لأن العقد في البيع الصحيح تمام السبب لقلب اليد المالكية إلى غيرها ، فالسلطنة والاستيلاء على المال قبل العقد سلطنة واستيلاء على مال نفسه ، وبعده على مال غيره ، من غير أن يكون هذا الاستيلاء باذن مالكي أو استيذان شرعي أو مالكي ، فذلك الاستيلاء يوجب الضمان بمقتضى إطلاق على اليد ، فالعقد تمام السبب للقلب المذكور ، وبعض السبب للضمان ، لأن الاستيلاء أيضاً دخيل فيه ، ولهذا لو كانت

العين بيد المشتري وتحقق العقد لا يوجب ضماناً ، فالعقد الصحيح بعض السبب للضمان .

إن قلت : المبيع إن تلف قبل قبضه مضمون على البائع ، فصحيح البيع لا يوجب الضمان ، قلت : لا دليل على دخول البيع في أصل القاعدة ، لأنها ليست بصدد بيان موارد الضمان ، فالبيع داخل في العكس ، غاية الأمر لا بد من تقييده بالإجماع .

هذا إن قلنا باختصاص قوله : « كل مبيع تلف » الخ بالبيع ، إذ لا دليل على التوسعة والاسراء إلى سائر العقود من نص أو إجماع .
نعم ربما يقال : إنه موافق للقواعد العرفية ، وهو غير مسلم ، ولوسلم يمكن أن يقال : إن التالف لما كان بحسب النص من مال البائع ونحوه فلا بد من الالتزام بانفساخ العقد آنماً قبل التلف حتى يصح رجوع المسمى وإلا فمع بقاء العقد لا معنى لذلك ، فعليه يكون كل عقد بيع ونحوه من العقود موجباً للضمان مع بقاءه ، فلو فرضنا أن التلف وقع مع بقاء العقد كان الضمان بالمثل والقيمة الواقعية ، لكن العقود تنفسخ بالتلف ، فالعقد سبب للضمان ، وبالتلف ينفسخ ، والانفساخ بحكم الشرع أو العرف لا يوجب رفع السببية ، بل يوجب رفع السبب ، فالمراد بالسببية السببية الذاتية ، وفائدة الجعل تظهر في العقد الفاسد .

هذا حال العقود الصحيحة ، والعقود الفاسدة أيضاً كذلك ، أي يكون العقد جزء السبب للضمان ، والاستيلاء جزؤه الآخر ، فلا الاستيلاء بذاته سبب - ولهذا لو استولى عليه باذن منه أو بأمانة شرعية لا يوجب ضماناً - ولا العقد بنفسه بلا استيلاء سبب ، لكن الاستيلاء المسبوق بالعقد الفاسد بتوهم صحته صار موجباً للضمان ، ولو في هذا المورد الشخصي الذي لم تكن قيود آخر توجب تمامية السبب ولو كان اليد تمام السبب ،

لكن العقد صار سبباً بنحو للوقوع فيها .
وهذا الاحتمال أقرب من سائر الاحتمالات ، ولا يوجب التفكيك
في معنى الضمان وإن لزم منه تفكيك في الضامن ، لكنه لا مانع منه بعد
عدم تعرض القاعدة إلا للضمان .

ثم إن الظاهر من صدر كلام الشيخ الأعظم (قدس) وذيله حيث
كان بصدد دفع توهم التفكيك بين الجملتين أن الضمان بمعنى كون درك
المضمون عليه أمر جامع بين الموارد التي عدتها ، أي الضمان الجعلي
والواقعي وأقل الأمرين من العوض الجعلي والواقعي في مثل تلف الموهوب
بشرط التعويض قبل دفع العوض . وأن الموارد من أنواع الجامع بخصوصيات
لاحقة اليه ، وعلى هذا يحتمل أن يكون مراده من قوله : « المراد
بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي » هو أن الاطلاق
يقضي الضمان الواقعي ، وغيره يحتاج الى التقييد .

وبالجمله مراده لزوم التمسك بالاطلاق لرفع القيود الزائدة إلا ما
قامت القرينة على المقيد ، كالضمان الجعلي في الصحيح ، فضمان الفاسد يبي
على إطلاقه المقتضي للضمان الواقعي ، ويحتمل أن يكون مراده دعوى
انصراف الضمان إلى الواقعي ما لم يدل دليل على خلافه ، والاحتمال الثالث
الذي يلوح من خلال كلماته : أن المعنى الحقيقي للضمان هو الواقعي منه ،
وغيره ليس معنى حقيقياً له .

ويرد على الاحتمال الأول مضافاً الى ما تقدم أنه على فرض كون
الضمان هو المعنى الجامع فأصالة الاطلاق لا تثبت أحد مصاديقه ، لأن كل
مصدق يحتاج الى قيد يدفعه الاطلاق ، فالحمل على الضمان الواقعي كالحمل
على الضمان الجعلي يحتاج الى معين ، ولا يمكن تعيينه بالاطلاق ، مع أنه
لا إطلاق في القاعدة يحرز به كيفية الضمان ، لأنها بصدد بيان إبقاء

الملازمة بين الضمان في العقد الصحيح والضمان في العقد الفاسد ، لا يصدد بيان أصل الضمان أو كلفيته ، فكأنه قال : الملازمة بين الضمانين محققة ، بمعنى أن الضمان في العقد الفاسد لازم للضمان في العقد الصحيح .

وعلى الاحتمال الثالث أنه مناقض للصدر الذي يكون بصدد بيان تحصيل معنى واحد جامع بين الموارد لثلا يلزم التفكيك ، فان الضمان بالمعنى الحقيقي إن كان الواقعي منه لا يكون الضمان الجملي ضماناً حقيقياً ، وإنما يطلق عليه بضرب من التأويل ، فالمعنى الذي جعله في صدر كلامه للضمان غير صحيح ، والتفكيك بين الجملتين واقع لا محالة ، كما أنه على الفرض الثاني يلزم التفكيك أيضاً ، مع أن هذا الاحتمال بعيد عن ظاهر كلامه .

ثم إنه على ما ذكرناه فلا إشكال في استفادة الضمان بالمثل أو القيمة الواقعة من القاعدة ، وأما على مسلك الشيخ الأعظم (قده) وغيره ممن جعل للضمان معنى واحداً مشتركاً أعم من المسمى وغيره فلا بد في إثبات كلفيته وتعيين أحد المصاديق من التشبث بدليل آخر : وقد عرفت أن الاطلاق لا وجه له ، وعلى فرضه لا يفيد لاثبات الضمان الواقعي .

بل لقائل أن يقول : إن القرينة قائمة على الضمان بالمسمى ، وهي كون الضمان في الصحيح به ، فقرينة المقابلة والسياق تقتضي أن يكون الضمان في الفاسد ، مثل ما في الصحيح ، ولو نوقش فيه فلا أقل من عدم الدليل على الضمان الواقعي .

ثم إن الظاهر من القاعدة إيقاع الملازمة بين الضمانين أو جعل الضمان للفاسد مما يكون في صحيحه ضمان ، من غير تعرض لشيء آخر .

فما قد يقال : من أن القاعدة أسست لموارد ضمان اليد ، أو أسست لموارد تمييز اليد المجانية عن غيرها ، أو أسست لتمييز موارد التسليط المجاني عن غيره ، أو أسست للضمان الناشئ عن المعاوضة أو المجانية بالنسبة

الى ما دخل تحت اليد كلها تخريص .
ثم إن المنقول في عبارة القاعدة مختلف ، فان كانت العبارة « كل ما يضمن بصحيحه » الخ فلا شبهة في شمولها للعقود والايقاعات ، فتشمل مثل الجمالة والخلع أيضاً وإن قلنا إنها لإيقاعان ، وأما على فرض كونها « كل عقد يضمن » الخ فلا تشملها ، إلا إذا قلنا بأنها عقدان شبيهان بالايقاع .

وعلى أي حال فالظاهر من قوله : « كل عقد » هو العموم الأفرادي كالأشباه والنظائر ، وظاهر ذيلها كون العقد ذا فرد صحيح وفاسد فعلاً ، فلو أخذنا بظهور الصدر لا بد من التصرف في الذيل بحمله على الفرض والتقدير ، وهو خلاف الظاهر جداً ، فالأولى رفع اليد عن ظهور الصدر في العموم الأفرادي .

لكن لم يتضح رجحان الحمل على الصنف عند دوران الأمر بينه وبين النوع ، مع أن الارتكاز العرفي وشيوع الاستعمال يقتضيان الحمل على النوع ، ولهذا قد يحتمل في قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » (١) وجوب الوفاء بأنواعها في قبال من قال بظهوره في الأفراد ، ولم أر احتمال الصنف في كلماتهم .

وبالجملة إن العقود بحسب المتعارف تارة يراد بها الأفراد ، وهو الظاهر ابتداءً ، ومع قيام قرينة على علم إرادتها تحمّل لدى العرف على الأنواع ، والحمل على الأصناف يحتاج الى دليل ، ولم يتضح وجه جزم الشيخ (قده) بذلك ، مع كونه بصدد بيان نفس القاعدة لا ملركها ، والظاهر منها أن الصلح مثلاً لما لم يكن بنفسه موجباً للضمان لا يدخل في أصل القاعدة ولو اقتضى صنف منه ذلك ، وكذا الهبة ، والبيع لما كان

بنفسه موجباً للضمان ففاسده موجب له ولو فرض أن بعض أصنافه ولو بواسطة الشرط لا يوجه .

ولو قيل : لا داعي للحمل على خصوص النوع أو الصنف بل يمكن أن يقال : إن ألفاظ العموم تدل على تكثير المدخول بأي كثرة ممكنة نوعاً وصنفاً وفرداً ، ومع عدم إمكان التكثير الفردي يؤخذ بغيره ، وينتج الشمول للأنواع والأصناف ، ولعله الظاهر من الشيخ الأعظم (قدسه) حيث قال : « إن العموم ليس باعتبار خصوص الأنواع » فإنه ظاهر في أنه باعتبار الأعم منها ومن الأصناف .

يقال : إنه أيضاً خلاف الظاهر ، ضرورة أن الظاهر من مثل كل عقد كذا أو مثل « أوفوا بالعقود » خصوص التكثير الأفرادي ، فإن العقد عبارة عن نفس الطبيعة ، والألفاظ الدالة على الكثرة تكثيرها ، ولا دلالة فيها على النوع والصنف وكثرتها ، ولو منعه مانع منه يحتمل على الأنواع منه عرفاً .

بل ربما يقال : إنه لخصوص التكثير النوعي كما قالوا في : « أوفوا بالعقود » مع أن لازمه في كثير من الموارد تكثير الحكم وتكرره ، وهو مما لم يلتزمه أحد ، فإذا قال : أكرم كل عالم وقلنا بالتكثير الأفرادي والأنواعي والأصنافي يتعلق الحكم بالأفراد لأجل الانحلال ، وعلى عنوان الأنواع وعلى عنوان الأصناف ، فإن كان زيد فرداً منه وتحت صنف وصنف صنف كان اللازم منه وجوب إكرامه تارة باعتبار كونه فرداً من العالم ، وأخرى باعتبار كونه تحت صنف ، وثالثة باعتبار كونه تحت صنف صنف ، وهو كما ترى .

مضافاً إلى أن التكثير الكذائي مستلزم للحاظ نفس الطبيعة بما هي ، ولحافظها مع الخصوصيات المنوعة والمصنفة في عرض واحد وبنحو الاستقلال

حتى تتكثر بورود ألفاظ التكثير من جميع الجهات ، وهو على فرض إمكانية خلاف وجدان المستعملين .

ثم إن لازم التكثير النوعي والصنفي في المقام وقوع التعارض بين أصل القاعدة وعكسها في مثل عارية الذهب والفضة والصلح غير المحان ، لأن مقتضى شمول الصنف ضمان الفاسد منه ، ومقتضى شمول النوع عدم الضمان ، فيدخل الفرد باعتبار الصنف في الأصل وباعتبار النوع في العكس فيتعارض الحكمان .

هذا لو قلنا : بأن قضية العكس أيضاً حكم اقتضائي سالب للضمان اقتضاءً ، وأما لو قلنا بأن سلب الضمان فيه لعدم اقتضائه فلا يأتي ما ذكر ثم إن بعض الأعظم (قده) رجح العموم الأفرادي في القاعدة ، وقال : ما احتمل بعضهم في العبارة من أن معناها أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مسح الفساد هو المعنى الصحيح للقاعدة ، لأنها كجميع القضايا الحقيقية ، الحكم فيها مرتب على فرض وجود الموضوع .

وأنت خبير بما فيه ، لأن مقتضى القضية الحقيقية على فرض صحة تفسيرها بما ذكر ليس إلا فرض وجود أفراد الطبيعة لا فرض فرد منها مقام فرد آخر ، فقواه : « كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » معناه على طبق القضية الحقيقية المفروضة أنه كل عقد إذا وجد في الخارج وكان صحيحاً موجباً للضمان إذا وجد فاسده في الخارج كان موجباً للضمان وهذا غير فرض وجود الفاسد صحيحاً ، فالحقيقة تقتضي فرض وجود الموضوع ، لا فرض وجود منه وجوداً آخر ، أو فرض وصف من الفرد وصفاً آخر .

ومع تسليم ذلك كله يلزم لغوية القاعدة ، لأن الفرد الصحيح لا يمكن

أن يتحقق فاسداً ، والفرض لا يوجب الضمان ، فكل فرد صحيح لو كان فاسداً كذا لا ينتج أصلاً ، فلا بد من طرح القاعدة على هذا المبنى أو رفض المبنى ، وهو الحق إلا أن يقال : إن كل عقد فاسد لو فرض أنه صحيح ويضمن كان هو كذلك ، وبالعكس ، وهو يدفع الاشكال الأخير ، لكنه مخالف لظاهر القاعدة جداً .

نعم يمكن أن يقال : إن قاعدة كل ما يضمن قضية شرطية متصلة ، ومفادها إما الاخبار عن الملازمة بين المقدم والتالي أو إيقاع الملازمة ، أو إيقاع الضمان في الفاسد على فرض الضمان في الصحيح ، فحينئذ إما أن تكون إخباراً أو انشاءً للملازمة بين الأفراد الفعلية من الصحيح والفاسد أي الأفراد الخارجية التي تتصف بهما ، ولازمه أن لا يكون في العقد الفاسد ضمان إلا أن يوجد عقد صحيح فيه الضمان ، وهو كما ترى ، وإما أن يكونا على الفرض والتقدير كما هو قضية القضايا الشرطية ، فيراد بها أن كل عقد فرض أنه موجود في الخارج صحيحاً وكان فيه الضمان لو فرض أنه موجود فاسداً يكون فيه الضمان ، فحينئذ يمكن الأخذ بظهور الصدر في العموم الأفرادي ، فيقال : كل فرد لو وجد في الخارج وكان صحيحاً وفيه الضمان لو وجد في الخارج فاسداً فكذلك ، فيشمل الاجارة بلا أجره ، والبيع بلا ثمن مثلاً .

وبالجملة بعد ما لا يمكن الالتزام بما أفاده الشيخ الأعظم (قده) من أن الفرد الصحيح والفاسد هو الفعلي منها لا بد مما ذكر ، وهو ليس مخالفاً للظاهر بعد قضاء حق القضية الشرطية كما هو ، والأخذ بظاهر العموم الأفرادي .

ثم إن الباء في قوله : « بصحيحه » و « بفاسده » استعملت في السببية المطلقة ، كما أفاد الشيخ (قده) وجه السببية وأشرنا اليه سابقاً وأما احتمال الظرفية فبعيد ، بل غير صحيح ، لأن الظرفية الحقيقية

غير متحققة ، فان العقد لم يكن ظرفاً حقيقة ، فلا بد من التأويل والتناسب وهو في المقام ليس إلا نحو سببية للعقد ، فيرجع الأمر الى ترك استعمال الباء في السببية واستعمالها في الظرفية بمناسبة السببية ، وهو كما ترى .
فالمتحصل من مجموع ما ذكرناه أن في عبارة القاعدة احتمالات : أحدها - أن كل عقد يضمن بصحيحه ضمان المسمى يضمن بفاسده ضمان المثل ، وثانيها - يضمن بفاسده ضمان المسمى ، وثالثها - الضمان الواقعي في الصحيح والفساد كما قررناه .

فهل لهذه القاعدة الكلية على الاحتمالات أو بعضها مدرك ؟ فعن المسالك التشبث باقدام الآخذ على الضمان ، وعن المبسوط تعليل الضمان في موارد كثيرة من البيع والاجارة الفاسدين بدخوله على أن يكون المسال مضموماً عليه بالمسمى ، فاذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل أو القيمة .
أقول : لا بد في اثبات الضمان بالاقدام من كبرى كلية هي أن كل من أقدم على ضمان فهو مستقر عليه ، وصغرى هي أن الآخذ أقدم على ضمان كذائي ، أما الكبرى فلا دليل عليها ، سيما مع ما يلوح من العبارة المنقولة عن شيخ الطائفة (قده) حيث علل الضمان بالمثل بالاقدام على الضمان بالمسمى ، لأن الاقدام على ضمان خاص لا يعقل أن يصير منشأ لاستقرار ضمان آخر عليه بواسطة الاقدام ، ولهذا احتمل شيخنا الأنصاري في كلام الشيخ (قدهما) ما هو قريب جداً ، فراجع . مع أن عبارة الشيخ في بيع المبسوط وغضبه على ما عثرت عليها ليست كما نقلها ، بل ظاهرة في ضمان اليد بدليلها .

ثم على فرض أن يكون المراد التمسك بالاقدام فالظاهر أنه مصادرة ، لأن الدخول على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى عبارة أخرى من إيجاد البيع ، فيرجع الحاصل إلى أن من باع ولم يسلم له العوض كان ضامناً .

ومعلوم أن لا إقدام للمتبايعين إلا على البيع ، وما ذكر عين المدعى ، مع أن الضمان بالمسمى في العقد الصحيح ليس لأجل الإقدام على شيء إلا حصول البيع ، فمأهبة البيع الصحيح توجب ضمان المسمى لا غير ، فتدبر جيداً .

وأما الصغرى فما هو أقدم عليه ضمان المسمى لا مطلقاً ، بل ضمانه في مقابل ملكية العين ، وهو لا يقتضي أن يكون مقدماً على ضمان المسمى مع فساد المعاملة ، فضلاً عن ضمان المثل أو القيمة ، فاعتراف الشيخ الأعظم (قده) بأنه أقدم على ضمان المسمى ليس بوجيه ، كما أنه لم يقدم على كون التلف الساوي بعهدته ، فكيف يصح التشبث بالإقدام لاثبات ضمان مطلق التلف عليه ، هذا على ما قرروا في معنى الضمان والقاعدة .

وأما على ما قلناه من سببية العقد لتبديل اليد المالكية إلى غير المالكية فما أقدم عليه هو ذلك لا غير ولم يقدم على كون الضمان عليه ، والكلام هاهنا في الإقدام لا ضمان اليد الذي هو قهري ، لأن لزوم ردّ المسمى ليس ضماناً كما عرفت ، فهو لم يقدم إلا على المعاملة ، لا على كون التلف أو ضمان المسمى عليه .

نعم يمكن تقريب الإقدام على الضمان الواقعي على مبنى غير ووجه ، وهو أن معنى الضمان أن خسارته من كيسه ، فمن تلف ماله وقع خسارته عليه ، وهو أيضاً نحو ضمان وأحد معاني « ما يضمن بصحيحه » فحينئذ نقول : إن المشتري مثلاً أقدم بواسطة إقدامه المعاملي على أن تكون خسارة المبيع عليه ، وتخرج من كيسه ، لأن إقدامه المعاملي يرجع إلى أن المبيع له وخسارته عليه ، وهذه هي الخسارة الواقعية ، وكل من أقدم على ضمان استقر عليه ذلك الضمان والخسارة ولو مع فساد العقد ، لكن المبنى فاسد ، والكبرى ممنوعة .

ثم إن الشيخ الأعظم (قده) استشكل على طرد القضية وعكسها بأنه قد يكون الاقدام محققاً ولا ضمان ، كما قبل القبض ، وقد لا يكون إقدام مع تحقق الضمان ، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري ، وكما إذا قال : بعثك بلا ثمن وآجرتك بلا أجره . أقول : الظاهر عدم ورود النقوض ، أما قبل القبض فعدم الضمان لأجل انفساخ العقد قبل التلف ، والاقدام المعاملي زال موضوعه ، فهو خارج عن القاعدة والاقدام موضوعاً ، والنقض انما يرد لو لم يكن ضمان مع بقاء العقد ، .

وأما قضية شرط الضمان على البائع فلا ترد على قاعدة الاقدام بما قررها شيخ الطائفة (قده) وهو أن الاقدام على ضمان المسمى ، موضوع للحكم على ضمان المثل مع عدم سلامة المسمى ، وفي مورد شرط الضمان على البائع قد أقدم المشتري على ضمان المسمى ، وهو لا ينافي الشرط المذكور نعم لم يقدم على ضمان المثل والقيمة ، وهو ليس موضوع الضمان .
وأما البيع بلا ثمن والاجارة بلا أجره فليسا بيعاً ولا إجارة ، فمع التفات المتعاملين لا يعقل منها الجد على حصول العنوان ، ومع علم التفاتهما لا تتحقق ماهيتهما ، والعقد موجود بوجودهما ، فمع كون المنشأ بيعاً مثلاً والمفروض عدم كونه معاملة أخرى غيره لا يعقل أن يكون عقداً فهو خارج عن القاعدة موضوعاً وعن مدركها أيضاً :

وأما خبر اليد فقال الشيخ الأعظم (قده) : إن دلالة ظاهرة وسنده منجبر إلا أن مورده مختص بالأعيان ، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة أقول : أما سنده فقد مرّ الكلام فيه ، وأما عدم شموله للمنافع فمن وجوه منها - ما يظهر من الشيخ (قده) في الأمر الثالث من عدم صدق الأخذ على المنافع ، قال : « ولا إشكال في عدم شمول صلة

الموصول للمنافع ، وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ ودعوى أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة .

ومنها - ما نسب الى الشيخ من عدم صدق الأخذ باليد في المنافع ، لا الأخذ ، والنسبة في غير محلها ظاهراً .

وكيف كان يرد على الثاني أن القرينة في المقام قائمة على أن المراد باليد ليس الجارحة المخصوصة ، ضرورة أن كون العهدة على اليد لا معنى له فالجارحة لا تكون ضامنة ، ولا عليها شيء ، فلا بد أن يراد بها الشخص ، إما استعارة أو كناية كما مر ، فكأنه قال : « من أخذ شيئاً فعليه حتى يردّه » وأما الأخذ وإن كان ظاهراً في الحسي ، ويكون نحو أخذ الميثاق والعهد على نحو من التأويل لكن استعماله شائع في الاستيلاء ، وإذا دار الأمر بين تخصيص الموصول بخصوص ما يؤخذ حساً كالثوب والدرهم والدينار أو الأخذ باطلاقه يحمل الأخذ على الاستيلاء فلا شبهة في أن الثاني أولى ، لشيوع استعماله في أخذ البيت والملك والدار والبلد وغيرها مما لا يكون فيها أخذ حسي ، بل مجرد استيلاء عليها .

وإن شئت قلت : إن المتفاهم العربي من قوله (ص) : « على اليد » بعد فرض صلوره عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه ضرب قاعدة كلية للضمان ، لا في خصوص المأخوذ حساً ، ولهذا إن الشيخ الأعظم (قده) بارتكازه العقلاني اعترف بشموله لجميع الأعيان وإن أنكر شموله للمنافع ، مع أن لازم شموله لمطلق الأعيان كونه كناية عن الاستيلاء فحينئذ لا نبالي بعدم صدق الأخذ أو الأخذ باليد بعد صدق الاستيلاء .
ومنها - أن الاستيلاء على المنافع غير معقول لو فرض أن المراد بالأخذ الاستيلاء ، لأنه معنى إضافي يتوقف على المستولي والمستولى عليه ،

والمنافع أمور تدريجية الوجود متصرمة التحقق توجد شيئاً فشيئاً ، وتنعدم أو تستوفي ، فلا يكون ما مضى منها وما سيأتي متحققين ، وفي مثله لا يمكن الاستيلاء فعلاً عليه ، لأن الاضافة بين الموجود والمعدوم غير معقولة ، فمنافع الدار ظرفيتها القابلة للسكنى في عمود الزمان ، ومنافع الدابة ظهرها القابل للركوب والحمل في عمود الزمان ، وهما أمران متصرمان يتبعان الزمان ، لأن الظرفية في هذا الآن لا تبقى في الآن الآخر ، والظهر القابل للركوب في هذا الآن لا يبقى في آن آخر ، فلا يعقل الاستيلاء في مثلها .

وأما ما يقال : من أن حيثية سكنى الدار القائمة بها فعليتها بفعلية مضافها في طرف الساكن ، والمتضايقان متكافئان في القوة والفعلية ، فلا استيلاء حقيقة إلا على الدار بالنسبة الى المنافع الفائتة فهو غير وجيه ، لأن ظاهره أن سكنى الدار منفعته ، وهو خلاف الواقع ، لأن منفعة الدار لدى العقلاء عبارة عن أمر قد تستوفي بالسكونة ، وقد تلف وتصير هدرأ بتركها خالياً من الساكن ، وكذا منفعة الدابة ، فمن حبس الدابة فقد أتلّف منفعتها على صاحبها عرفاً .

ويمكن الجواب عن الاشكال بأن الشيء المتصرم يوجد شيئاً فشيئاً وينعدم ، وفي حال وجوده ولو وجوداً مستمراً غير مستقر يقع تحت اليد فيكون الاستيلاء على موجود وإن لا يبقى آتياً ، فيقع وجوده الآتي المستمر تحت اليد ، ويتلفه يصير مضموناً على ذي اليد المستولى عليه ، فذلك الوجود المستمر في عمود الزمان يقع تحت اليد بنحو الاستمرار والانصرام ، وبانعدامه يصير ضامناً شيئاً فشيئاً .

فحينئذ لو تلفت العين المستأجرة وقلنا ببطلان الاجارة الصحيحة حين الانهدام أو بكشفه عن بطلانها من رأس بالنسبة الى حال الانهدام فلا تصير

المنافع المتأخرة مضمونة عليه في الفاسد ، لعدم الضمان في الصحيح من الاجارة بالنسبة اليها ، فيكون مفاد على اليد من هذه الحيشة موافقاً لقاعدة ما يضمن ، تأمل .

نعم لو قلنا بعدم بطلانها يكون مقتضى قاعدة ما يضمن ضمان المنافع المدومة إلى آخر مدة الاجارة ، ولا يكون مدرکها على اليد لعدم اليد عليها ، كما أنه لو غصبت العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة من المستأجر وغصبها من الغاصب آخر يكون مقتضى قاعدة ما يضمن ضمان المنافع إلى آخر المدة على المستأجر ، ولا تقتضي قاعدة اليد ضمان المستأجر لمنافع زمان الخروج عن يده غصباً ، لأن المنافع التي تحت يد الغاصب تدريجاً لم تكن تحت يد المستأجر ، وكذا الحال في الغاصب الأول ، وما يقال في تعاقب الأيدي بالنسبة إلى الأعيان لا يأتي بالنسبة إلى المنافع .

وربما يقال : إن المنافع قد يقدر وجودها عرفاً فتملك كما في الاجارة فكما أن تقدير وجودها مصحح لتملكها وتملكها فكذا للاستيلاء عليها عرفاً ، وعدم الاستيلاء بالدقة العقلية لا ينافي الاستيلاء عرفاً الذي هو المدار هنا .

وفيه - مضافاً الى أن تقدير وجود المنافع في العرف والعادة ممنوع ، وإنما هو أمر أبداه العلماء بزعم الامتناع العقلي ، وأما في محيط العقلاء فالاجارة وإن كانت بلحاظ المنافع لكن بلحاظ تحققها في ظرفها ، وأنت إذا راجعت العرف لا ترى تقدير وجودها ، بل الاجارة بلحاظ المنافع التي ستوجد ، والعرف لا يأتي عن مالكية ما هو موجود في ظرفه ، فالوجود التقديري الفرضي لا يكون مصححاً للاجارة ولا مرغوباً فيه ، بل المصحح والمرغوب هو الوجود الحقيقي في ظرفه لا التقديري ، وتقدير الوجود عبارة أخرى عن الوجود التقديري ، ولو فرض الفرق بينهما فلا شبهة في أن العرف

لا يقدررون وجود المنافع كما يظهر للمراجع اليهم - أنه على فرض التسليم في باب الاجارة ، لكن لا يوجب ذلك تحقق الاستيلاء ، لأن الاستيلاء الحقيقي على الموجود المقدر أو على تقدير الوجود مما لا معنى له ، مع أن الاستيلاء عليه لا يوجب الضمان ، لأنه تابع لليد على الوجود الحقيقي للشيء لا على وجوده التقديري ، والمفروض عدم اليد على الوجود الحقيقي ، وبتقدير الوجود لا يصير الوجود الواقعي تحت اليد ، وهو واضح .

ومنها - عدم صدق التأدية في المنافع مطلقاً ، فان ظاهر قوله (ص) : « حتى تؤدي » كون عهدة المأخوذ مغيية بأداء نفس المأخوذ ، والمنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حد ذاتها بخلاف العين التي لها أداء في حد ذاتها وإن عرضها الامتناع ابتداءً أو بقاءً .

ومنه يعلم أن جعل الغاية محددة للموضوع حتى يكون دليلاً على ضمان المأخوذ غير المؤدى لا يجدي شيئاً ، فان الظاهر منه أيضاً ما كان من شأنه أن يؤدي بعد أخذه لا بنحو السالبة بانتفاء الموضوع ، هذا ما أفاده بعض أهل التحقيق .

وفيه - مضافاً الى إمكان معارضته بما أفاد في دفع الاشكال المتقدم بأن المنافع إذا كانت مقدرة الوجود صح تملكها وتملكها وصيرورتها تحت الاستيلاء عرفاً ، ولازم ذلك أن المنافع المتدرجة واقعاً صارت مقدرة الوجود في زمان وقوع الاجارة ، فتقدير وجودها فعلاً يخرجها عن تصرف الوجود الى ثباته وقراره ، فوجودها في الحال مصحح التملك والاستيلاء فعليه يكون هذا الموجود الثابت القار تقديراً من شأنه ذاتاً أن يؤدي ، والتلف ابتداءً أو بقاءً لا ينافي الشأنية ، كما أن التلف العارض للعين في الآن الأول من الأخذ لا ينافي شأنية التأدية .

وبالجملة إن لوحظت التأدية بالنسبة الى الوجود الواقعي المتصرم

فهي وإن لا تمكن ، لكن لا يعقل فيه الاستيلاء والأخذ ، وإن لوحظت بالنسبة الى ما يمكن فيها الاستيلاء والتملك في الحال فالتأدية فيها ممكنة ذاتاً ، وشأنيتها لا تنافي التلف العارض لبعض وجودها ، كما لا تنافي التلف العارض لأصل الوجود في العين ، مع أن إمكان الأداء في الجملة كافٍ في حفظ ظهور الغاية ، ولا يلزم إمكان الأداء بجميع خصوصياتها ، وتام وجودها تأمل - أن حل الاشكال بأن يقال : إن الظاهر من الخبر أن جميع العناية فيه بجعل الضمان على المأخوذ ، وانما ذكرت الغاية لتحديد الموضوع ، ومعناه أن الحكم بالضمان تعلق على المأخوذ غير المؤدى من غير نظر إلى إمكان التأدية ولا إمكانها ، وشأنية التأدية ولا شأنيتها ، فهذا نظير قوله عليه السلام : « كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه » (١) وقوله عليه السلام : « كل شيء نظيف حتى تعلم أنه قذر » (٢) حيث أن الظاهر منها جعل حكم الحلية والطهارة للمشكوك فيه من غير نظير إلى حصول العلم حتى يدعى ظهوره في إمكان حصول العلم أو شأنيتها ، فهل ينقلح منها في ذهن أحد أن المشكوك فيه لا يكون حلالاً وطاهراً إذا لم يكن له شأنية تبديله بالعلم .

وبالجملة الظاهر من قوله (ص) : « على اليد » الخ جعل الضمان على غير المؤدى سواء أمكن الأداء أم لا ، أو كان له شأنية الأداء أم لا ، مع أن الجمود على ظاهره ودعوى لابدية شأنية الأداء في المأخوذ لا السلب بانتفاء الموضوع يقتضي أن يكون الضمان ما دام العين موجودة ، فان المعلوم ليس له شأنية الأداء ، وعدم الأداء فيه من السلب بانتفاع الموضوع ، والشأنية في زمان الوجود لا يجعل السلب في زمان التلف

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من ابواب ما يكتسب به الحديث ٤ .

(٢) الوسائل - الباب - ٣٧ - من ابواب النجاسات - الحديث ٤ .

سلباً بانتفاء المحمول ، تأمل .
مع أن القضية السالبة المتلقاة من الغاية المذكورة هي ما لم يؤد
المأخوذ ، وموضوعها المأخوذ ، ومحمولها الأداء على فرض صيرورة الجملة
تامة ، وسلبها بسلب المحمول هو في زمان بقاء الموضوع أي المأخوذ ،
وشأنية الأداء أجنبية عن مدلول الغاية والمغيباً لو فرض أن التثبت بها
يصحح المدعى .

والتحقيق ما عرفت من عدم ظهور الغاية فيما ذكر ، وانما يراد بها
تحديد متعلق الحكم كالمثالين المتقدمين .

نعم هنا كلام آخر سيأتي بيانه في الأمر الرابع في بيان ضمان المثلي
وحاصله أن ظاهر « على اليد » الخ لو كان ضمان نفس المأخوذ والمفروض
أنه شامل للضمان بعد التلف فلا محالة تكون تأدية المثل في المثلي والقيمة
في القيمي أداءً لدى الشارع على فرض ثبوت الرواية ، وإلا لزم توالي
فاسدة ، فراجع ، وبذلك يفرق بين الرواية والروايتين المتقدمتين (١) .
ثم على فرض تسليم ظهورها فيما ذكر فالظاهر مساعدة العرف لالقاء
الخصوصية ، فان الظاهر منها بيان جعل الضمان على آخذ مال الغير ،
وعدم رفعه إلا بأدائه من غير دخالة لامكان الأداء عرفاً في تحقق الضمان
بعد فرض صدق الاستيلاء واليد عليه .

وبعبارة أخرى إن الأداء غاية للضمان ورافع له ، لاعدمه أو إمكانه
دخيل في حدوثة ، وبعبارة ثالثة إن تمام الموضوع للضمان في نظر العرف
هو الاستيلاء على مال الغير لا الاستيلاء على شيء ممكن الأداء ، بل
ولا على المأخوذ غير المؤدى .

وربما يقال : إن المنفعة إذا دخلت في العهدة دخلت بجميع شؤونها

(١) في ص ٢٧٧ .

واستناع أداء شخصيتها لكونها تدريجية لا يوجب امتناع سائر المراتب ، ولا كونها بقول مطلق مما لا أداء لها حتى لا يعمها الخبر .
وفيه أن ظاهر الخبر مع الغض عما ذكرناه هو إمكان أداء ما أخذ واستولى عليه لا أداء بعض مراتبه .

وأما ما قيل في جوابه - بأن الطبيعي من كل معنى موجود بوجودات متعددة والحصة منه الموجودة مع هذا الشخص غير موجودة مع الشخص الآخر ، فإذا تلف الشخص تلف الطبيعي الموجود بهذه الحصة والفرد الآخر طبيعي آخر ، فإذا تلف الشخص تلف بجميع شؤونه ، لكن من أحكام عهدة العين الثالثة شرعاً و عرفاً أداء بدلها بطبيعتها المماثلة وبما ليتها أو بأخيرتها فقط ، لأن أداء المثل والقيمة أداء نفس ما دخلت في العهدة - فلا يخلو من إشكال ، لأن موجودية الطبيعي بوجودات متعددة اللازم منها أن عدم كل فرد عدم الطبيعي ووجود كل فرد وجوده حكم عقلي برهاني ، لو ابتنت عليه تلك المسائل العرفية للزم منه عدم جريان استصحاب الكلّي من القسم الثاني والثالث ، لأن جريانه مبني على أن المحتمل للبقاء عين ما يتقن وجوده ، وهو مبني على أن الطبيعي مع كل فرد عين الطبيعي مع الفرد الآخر ، مع سقوط الإضافات وأن عدم الطبيعي بعدم جميع أفراده ، ووجوده بوجود فرد ما ، وهو حكم عقلائي عرفي .

فعلى هذا إن الشخص إذا فات لم ينعدم به الطبيعي المشترك ، ولا المالية المشتركة ، وإن فاتت الحصة المتقومة بالشخصية والمالية المتقومة بها ، وفي مقام الأداء يكفي أداء النوع المشترك والمالية المشتركة ، وهو نحو أداء عرفاً ، ولهذا يقدم العرف المثل في المثلي على القيمة ، فلو تلف الشيء بجميع شؤونه ولم يكن أداء المثل نحو أداء له بنوعيته وماليته لم يبق وجه لذلك الحكم العقلائي .

إلا أن يقال بعدم ملاك رأساً لهذا الحكم العقلائي ، وهو كما ترى ،
ومجرد الأقربية والتماثل لا يوجب التعيين ما لم يكن نحو أداء للمضمون ، تأمل .
ومنها - أن الظاهر من خبر اليد أن نفس المأخوذ على عهدة الآخذ
في زمان وجوده وفي زمان تلفه ، وإن اختلف حكم العقلاء في الزمانين ، والعين
لاستقرار وجودها قابلة لوقوعها في العهدة في الزمانين ، وأما المنافع والأعمال
فلتصرمها لا يمكن أن تقع فيها ، لا في زمان وجودهما ، وهو واضح ،
ولا في حال تلفهما ، لأن التالف إن وقع في الذمة بنحو التصرم والتدرج
فلا يبقى فيها آئين ، ولازمه عدم الضمان ، وإن وقع فيها بنحو الاستقرار
واللاتدرج فلا وجه له ، لأن اليد على المتدرج لا على المستقر الثابت ،
واليد على المتدرج لازمها وقوع المتدرج في الذمة .

وفيه أن التدرج والتصرم الواقعيين من لوازم وجود المنافع والأفعال
المتدرجة ، وما وقع في الذمة من الأعيان وغيرها عنوانها اعتباراً ، وهو
ليس بمتدرج ، فكما أن الأعيان لا تقع في الذمة بعد تلفها مع لوازمها
الوجودية كذلك المنافع ، واعتبار الشيء المتدرج لا يلزم التدرج الواقعي
فيما يعتبر .

ثم إن الشيخ الأعظم (قدس) بعد بنائه على قصور قاعدة اليد عن
الشمول للمنافع والأعمال المضمونة استدل على المطلوب بروايات : منها -
ما عن رسول الله صلى الله عليه وآله « وحرمة ماله كحرمة دمه » والرواية
بسند موثق عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله
عليه وآله : سباب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر ، وأكل لحمه معصية
وحرمة ماله كحرمة دمه » (١) ورواها الصدوق مرسلًا في ضمن ألفاظ

(١) الوسائل - الباب - ١٥٨ - من أبواب أحكام العشرة - الحديث ٣

رسول الله صلى الله عليه وآله في رواية طويلة (١) والظاهر أن مارواها الصدوق جمع روايات صادرة عنه (ص) متفرقات ، ومن البعيد صدورها جميعاً في مجلس واحد .

وكيف كان فما عن أبي جعفر عليه السلام رواية مستقلة ، ويحتمل في قوله (ص) : « حرمة ماله » الخ أن يكون التنزيل والتشبيه في أصل الحرمة ، أي كما أن دمه حرام ماله حرام ، وتكون الحرمة تكليفية ، وهذا الاحتمال في غاية البعد ، لأن الظاهر أنه صلى الله عليه وآله في مقام تعظيم المؤمن ، وهو لا يناسب بيان مجرد حرمة التصرف في ماله ، والحمل على المبالغة خلاف الظاهر لا يصح ارتكابه إلا مع قرينة ، ومجرد كونه في مقام التعظيم أو كون بعض فقراتها مبالغة لا يوجب القرينية ، مضافاً إلى بُعد حمل الحرمة على التكليفية ، وعلى المعنى المصدري .

بل الظاهر منه أن الحرمة بمعنى ما لا يجوز هتكه ، ولا يذهب هدرأ ، فدلّت على أن احترام ماله كاحترام دمه ، ومقتضى عموم التنزيل والتشبيه أن كل احترام ثبت لدمه كان ثابتاً لماله ، ولا شبهة في أن احترام دمه بعدم اراقته وعدم هدره فكذا المال ، فلا يجوز إتلافه ، ولو أتلف لا يذهب هدرأ .

فما قيل : من أن احترام الدم لا يقتضي غير حرمة الأراقة واحترام المال لا يقتضي إلا حرمة التصرف فيه غير وجيه ، لأن حرمة الدم لإراقة هدرأ مفروغ عنها بلا شبهة من صدر الإسلام ، فعموم التشبيه دال على أن حرمة المال أيضاً كذلك ، فيفهم منه أنه لا يجوز إتلافه ، ومع الاتلاف لا يذهب هدرأ ، والحمل على بعض آثار احترام الدم

(١) الفقيه - ج ٤ ص ٢٧٢ - الرقم - ٨٢٨ ورواها أيضاً في ص ٣٠٠

خلاف الظاهر .

وربما يقال : إن الظاهر أن احترام المال ليس لحيثية ماليته القائمة بذات المال المقتضية لتداركه ، بل لحيثية اضافته الى المسلم ، لأن الظاهر أن الحيثية المأخوذة في موضوع الحكم تقييدية ، فيكون الاحترام بلحاظ رعاية مالكية المسلم وسلطانه على المال ، ورعايتها لا تقتضي إلا عدم التصرف فيه بلا رضاه لا تدارك ماليته ، فانه راجع الى حيثية ماليته لا ملكيته للمسلم ، ولو كان حيثية الاحترام راجعة الى المالية لكان بذله مجاناً من صاحبه هتكاً وإن كان جائزاً ، مع أنه ليس كذلك قطعاً ، ومنه يستكشف أن الاحترام راجع الى مالكيته ، والتصرف باذنه عين رعاية سلطانه . وفيه من الغرابة ما لا يخفى ، لأن كون الحيثية تقييدية لا يقتضي أن يكون الحكم للقيد لا للمقيد ، بل يقتضي أن يكون للمقيد بما هو كذلك ، فمال المؤمن بما أنه ماله حرمة كحرمة دمه ، لا سلطان المؤمن على ماله حرمة كذا ، فالمال بذاته ساقط الاضافة لا احترام له ، كالمباحات الأصلية التي لا يحرم التصرف فيها ، ومع الائتلاف لا تدارك ، والمال المضاف الى المؤمن محترم لا يجوز التصرف فيه ، ولا يذهب هدرأ ، فالاحترام للمال المضاف بحسب صريح الرواية ، لا لاضافة المؤمن اليه ولو كانت هي منشأ له ..

ثم إن مال المؤمن ومالكيته غير سلطته عليه ، فان السلطنة من الأحكام العقلانية للملك والمال ، والخلط بينها صار موجباً للاشتباه في بعض الموارد ، ومنه المقام ، حيث أن المستشكل لأجل كون الحيثية تقييدية بدل موضوع الحكم باضافة الملكية ، وقرن إضافة الملكية باضافة السلطنة ، فقال : « إن رعاية مالكيته وسلطانه لا تقتضي إلا عدم التصرف فيه » تأمل .

ثم إن ما في ذيل كلامه من أن الاحترام لو كان للمال لكان بذله

من مالكة هتكا جائزاً ناشئ من عدم رعاية الاضافة في موضوع الحكم ،
وتخييل أن لزوم التدارك راجع الى المال بذاته ، وهو كما ترى .
ثم إنه ربما يستشكل على الاستدلال بالرواية لتضمين أعمال الحر ،
تارة بأنها ليست بمال ، وأخرى بأن الأدلة منصرفه عنها ، ويرد على
الأول بأن الأعمال الواقعة تحت الاجارة مال عرفاً ، بل الظاهر أن أعمال
الحر الكسوب مال ولو لم تقع تحت الاجارة ، وعلى الثاني يمنع الانصراف ،
بل مناسبة الحكم والموضوع تقتضي التعميم بلا إشكال .

فالعمدة في المقام أن ما رمنا اثباته بتلك الرواية - وهو ضمان ماتلف
من المنافع والأعمال بلا إتلاف وتسبب من المشتري أو البائع - لا يمكن
إثباته ، ضرورة أن حرمة دم المؤمن أيضاً لا تقتضي ذلك ، فلو فرض
أن مؤمناً كان تحت سلطة شخص فمات حتف أنفه أو بأفة سماوية لم يكن
المسلط عليه ضامناً ، فكيف يمكن إثبات الضمان بها للمنافع غير المستوفاة
والأعمال كذلك مع عدم تسبب للإتلاف والتلف .

نعم هذه الموثقة دليل لقاعدة الاتلاف في الجملة أو مطلقاً لو أتى
الخصوصية الى كل مال محترم ، وهو مشكل ، ومنه يعلم عدم تمامية
الاستدلال عليه بمثل « لا يصلح ذهاب حق أحد » (١) « ولا يصلح
ذهاب حق امرئ مسلم » (٢) .

ومنها - قوله صلى الله عليه وآله : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة
نفسه » (٣) ودلالته على الضمان ولو في الجملة غير ظاهرة ، إلا أن يقال :
إن عدم الحل شامل لحال تلفه أيضاً كما سبق من الشيخ نظيره في قوله

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٢٠ - من كتاب الوصايا - الحديث ٣ - ١

(٣) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب القصاص في النفس - الحديث ٣

وفيه « لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله » .

صلى الله عليه وآله : « الناس مسلطون على أموالهم » (١) وعدم الحل في زمان التلف لأزمه الضمان ، وهو كما ترى صغرى وكبرى .
ومنها - حليث نفي الضرر (٢) ودلالته على الضمان إما بتقريب أن نفي الضرر حقيقة إدعائية ، ومصححها أن الضرر المحكوم بالتدارك ينزل منزلة العدم ، فيدعى أن ظاهر « لا ضرر » هو النفي باعتبار لزوم التدارك كما عن بعض الفحول .

وإما بتقريب أن المصحح هو الأعم من ذلك ، أي النفي باعتبار نفي كون أحكامه تعالى ضررية ، ونفي حلية إيقاع الضرر على الغير ، والحكم بتدارك الضار الضرر الواقع منه على الغير ، بدعوى أن إطلاق نفي الحقيقة يقتضي الشمول لجميع ذلك .

وفيه - مضافاً إلى أن الدليل أخص من المدعى ، وهو إثبات الضمان بتلف سماوي - أن التحقيق في دليل نفي الضرر أنه حكم سلطاني من رسول الله صلى الله عليه وآله ، ونهي منه عن الأضرار وإيقاع الحرج على الغير ، كما يشهد به مورد القضية صدرأ وذيلاً ، وقد فصلنا ماعندنا من الشواهد في رسالة مفردة .

ثم بعد عدم دلالة ما دلت على احترام مال المسلم ونحوه وكذا دليل نفي الضرر على المقصود يمكن الاستدلال بها على عدم ضمان من تلف الشيء تحت يده بلا تسبب ومباشرة ، كالتلف السماوي ، فإن احترام مال المسلم يقتضي عدم أخذ ما تلف منه ، وكذا حكم الشرع بضمانه ضرري يدفع بدليل نفي الضرر ، ضرورة أن أخذ ترك مال الغير بلا سبب ، وبمجرد وقوع الشيء تحت يده ضرر ، والحكم ضرري .

(١) البحار - ج ٢ ص ٢٧٢ - الطبع الحديث .

(٢) الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب إحياء الموات .

ويمكن الجواب عن معارضة دليل اليد ودليل الاحترام بأن الثاني موضوعه المال ، ولا تعرض له لموضوعه ضيقاً وسعة ، ودليل اليد المثبت للضمان بالمثل أو القيمة يحقق موضوع دليل الاحترام ، فاحترام مال المضمون له الثابت بدليل الضمان يقتضى رده اليه وعدم حبه . وأما بالنسبة الى دليل الضرر فدليل ضمان اليد أخص مطلقاً من دليل نفي الضرر ، فلامساع للحكومة مع الأخص المطلق ، بل ينحصر به ذلك : نعم لو قيل بعدم شمول دليل نفي الضرر للمأخوذ غصباً بدعوى انصرافه عنه يكون بينهما عموم من وجه ، ولو كان دليل نفي الضرر حاكماً عليه لا بد من القول بعدم ضمان اليد إلا في مورد الغصب .

ويمكن أن يقال : إن إثبات أصل الضمان ليس حكماً ضرورياً ، بل الحكم بلزوم الأداء ضروري أي موجب للضرر ، فحينئذ يكون دليل اليد سالماً عن المعارض ، ودليل وجوب الأداء لما كان مفاده وجوب أداء مال الغير لا يكون ضرورياً ، أي يخرج بواسطة دليل اليد المثبت للضمان عن موضوع الضرر ، تأمل .

فانضح مما مرّ عدم دليل كافل لتمام مضمون قاعلة « كل عقد يضمن » الخ حتى قاعدة اليد ، ففي مثل المنافع الفائتة في غير يد القابض والعمل الصادر من الأجير من غير تسبب من المستأجر لا دليل على ضمانها . ثم إن التحقيق عدم الفرق بين علمها بالفساد وجهلها أو علم أحدهما ، وقد يقال : إنه مع دفع المالك ماله إلى الطرف عالماً بفساد المعاملة شرعاً أو شاكاً في صحتها يكون دقمه كاشفاً عن عدم ارتباط رضاه بالصحة شرعاً ، بل هو كاشف عن رضاه بكون ماله في يد صاحبه مع ما هو عليه من علم الاستحقاق شرعاً فيكون أمانة مالكية في يده لا يضمنه لو تلف ، بل مع كونه معتقداً بالصحة لو لم يكن اعتقادها قيداً مقوماً

بل كان داعياً أو مقارناً يكون حكمه كما ذكر .
 وفيه أن مفروض المسألة هو المقبوض بالبيع الفاسد ، فحينئذ
 لو كانت المعاملة عقلائية والفساد من ناحية إخلال شرط شرعي فلا إشكال
 في أن العقد في محيط العقلاء كان صحيحاً يترتب عليه الأثر عرفاً ،
 من غير فرق بينه وبين الصحيح شرعاً ، كما ترى أن بيع الخمر والخنزير
 وآلات اللهو من البيوع العقلائية من غير نظر منهم في ذلك إلى اعتبار
 الشرط الشرعي ، فعليه لا شبهة في أن الرضا الحاصل في إيقاعه رضى
 بالعقد فقط ، بل لا معنى لكونه راضياً بالتصرف ، فانه من قبيل الرضا
 بتصرف الغير في مال نفسه الذي هو غير مربوط به ، وبالجمله الرضا
 العقدي لا يفيد شيئاً .

وأما الدفع الذي هو مورد كلامه فلا شبهة في أنه مع بنائها على
 الصحة العقلائية يكون من قبيل العمل على مقتضى العقد ، فهل ترى أن
 بائع الخمر إذا دفعها إلى المشتري يكون دفعه بغير عنوان العمل على
 مقتضى عقده . ولهذا لو باع كلباً لا يؤدي إلا المصداق المنطبق عليه ،
 ولو باع شخصاً لا يرى هو ولا غيره من العقلاء إلا كونه مستحقاً
 لما وقع عليه العقد ، فتوهم أن العالم بالفساد الشرعي يكون أداؤه ودفعه
 لا بعنوان العمل بالمعاملة ومقتضاها في غاية الضعف .

فلا ينبغي الإشكال في عدم كون تسليم الثمن أو المثمن إلى الطرف
 من قبيل الأمانة المالكية ، ولا في أن الرضا المعاملي والرضا بالدفع الذي
 هو مقتضى المعاملة لا يوجبان رفع الضمان ، فمقتضى قاعدة اليد ضمانه
 عالماً كان أم جاهلاً ، نعم لو كان الشرط غير المراعى في المعاملة من
 الشرائط العقلائية فمع الالتفات يكون الجهد بالمعاملة مشكلاً ، ومع فرضه
 لا تكون المعاملة متحققة ، فيخرج الموضوع عن محط البحث ، وهو

المقبوض بالبيع الفاسد ، لعدم البيع ولو عرفاً .
وقد يفرق بين المقام والمعاطاة بأن التسليط عن الرضا بقصد حصول الملك هناك ابتدائي لا مرتب على أمر غير حاصل ، فعلم تأثيره في الملك لا يوجب عدم صدور التسليط عن رضاه ، لأنه غير مرتب على الملك ، بل الملك مرتب عليه فلا معنى لأن يتقيد الرضا به ، انتهى ملخصاً .
وفيه أن عدم تقيد العلة بالمعلول لا يوجب أن يكون العلة مطلفاً ، بل لا إطلاق فيها ولا تقيد ، ولا ينطبق إلا على المقيد ، أي ما هو المؤثر في الملك هو التسليط عن رضاه غير مقيد بحصول الملك منه ، ولكن لا إطلاق فيه بحيث يكون الرضا شاملاً لحال عدم الملك ، فحينئذ تكون النتيجة عدم الرضا في ظرف عدم الملك ، وهو مرادنا من أنه لا ينطبق إلا على المقيد .

وإن شئت قلت : إنه راض بتسليط يكون مبدءاً للملك لا بنحو التقيد بمعلوله ، بل بمعنى ضيقه الذاتي ، كما أن الأمر كذلك في العلة والمعلول ، فلا معنى لبقاء الرضا مع عدم حصول الملك ، أو إطلاق الرضا لحال عدم الملك ، فالقاعدة تقتضي الضمان في المعاطاة مع عدم حصول الملك وكذا في المعاطاة الفاسدة .

ويتلو كلامه في الضعف ما أفاد في الفرق بين المقام وبين ما علم المشتري بالغصب ، حيث أن تسليطه للغاصب على ماله عن رضاه موجب للاذن في التصرف ومانع عن الضمان ، بما حاصله أن تمليك الغاصب بعنوان المعاملة الحقيقية غير معقول ، وعلى فرض معقوليته بتمليك عنوان المالك وادعاء أن الغاصب هو المالك فينبئ الإقباض هنا وهناك فرق ، فانه هنا جرياً على تشريعه معقول ، بخلاف إقباض عنوان المالك ، فانه غير معقول فان الإقباض أمر خارجي يتعلق بسذات القابض ، وليس من مقتضيات

الجعل التسليم إلا إلى المالك الحقيقي أو العنواني ، والأول غير متحقق ، والثاني غير معقول ، فهذا الاقباض الصادر عن الرضا المتعلق بذات الغاصب لا بعنوانه يفيد جواز التصرف له ، وينافي تضمينه ، انتهى .

وفيه أن بيع الغصب إن صدر عن لايعتني بالقواعد والمقررات ويكون ممن يقول : إن الحلال ما حل في يدك فلا شبهة في أن تسليطه لا يفيد جواز التصرف ، وإن كان مبالياً بالمقررات وقلنا في تصحيح بيعه بالحقيقة الادعائية فلا شبهة في أن الادعاء تكون نحو الادعاء في باب الاستعارة على مسلك السكاكي ، ويكون الدعوى أن الشخص هو المالك ، فيبيعه ويسلم إليه بعنوان كونه مالكاً ، ضرورة إن التملك والتملك بعد الادعاء يكون بين الشخصين الخارجيين ، ولا يكون التملك لعنوان المالك ثم انطباق المالك على الشخص ، وهو ظاهر ، ضرورة إن الغاصب في مقام المعاملة يقولان : ملكتك هذا بهذا وقبلت ، لا ملكت المالك وأنت هو ، فحينئذ يكون التسليم باعتبار كونه مالكاً لا بعنوان ذاته كيف ما كان .

وأما التثبيت بقاعدة الغرور فمع كون القابض الجاهل ممن لا يبالي بالشرائط الشرعية ، كان تمام همه المعاملة العقلانية ، بحيث لو علم بالواقعة لأقدم على المعاملة فلا شبهة في عدم صدق الغرور بالنسبة إليه ، لعدم خدعة في البين ، وعدم استفادة الطرف من جهله ، وإنما أعطاه العوض بما أنه ماله ، وأخذه كذلك ، من غير نظر إلى حال الشرع في ذلك .

نعم لو كان مبالياً بأحكام الشرع بحيث لو علم بالواقعة لما أقدم على المعاملة ولا أخذ العوض لا يعد صدق الغرور ، لأن الطرف العالم إنما أقبضه ما هو ماله بنظر القابض خدعة وحيلة لاتمام المعاملة ، وأخذ العوض ، فإقبله جهله بحاله مع كونه موجباً للاقدام وإعطائه ما ليس بنظره

ماله نحو غرور وخدعة ، نظير إعطاء ماله لشخص بعنوان كونه ملك القابض ، فانه إذا أتلفه أو تلف في يده ليس ضامناً لقاعدة الغرور ، أو أعطى ماله لشخص بعنوان وقوع المعاملة الصحيحة عليه ، وصيرورته ماله مع عدم وقوع المعاملة رأساً تأمل .

وأما عكس القاعدة أي كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فيحتمل أن يراد به سلب ما ثبت في الأصل ، فمفاد الأصل أن كل عقد صحيحه سبب للضمان ففاسده كذلك ، ومفاد العكس أن كل عقد لا يكون صحيحه سبباً للضمان لا يكون فاسده سبباً له ، فيكون المقصود سلب السببية للضمان ، لا إثبات السببية لعدمه ، وهذا المعنى السلبى بالسلب البسيط وإن كان أعم من سلب الاقتضاء وثبوت الاقتضاء المقابل لأصل القاعدة ، لكن القضية بحسب هذا الاحتمال غير ناظرة إلا لجهة السلب لا لما ينطبق عليه انطباقاً غير ذاتي .

ويحتمل أن يكون المراد به هذا المعنى الأعم أي ما لا يقتضي الضمان وما يقتضي اللامضمان حتى يكون الأصل والعكس حاصرين لجميع أنواع العقود تصوراً ، أي ما يقتضي الضمان أو اللامضمان أو لا يقتضي شيئاً منها ، ويحتمل أن يكون المراد به خصوص ما يقتضي عدم الضمان بقريئة مقابله مع ما يقتضيه . ولا يبعد أن يكون الظاهر المعنى الأول لكن لما لم يكن أصل القاعدة وعكسها مفاد دليل أو معقد لإجماع لا ثمرة للاستظهار ، فالأولى الرجوع الى مبنى العكس حتى يتضح المراد منه .

فمقتضى ما عن شيخ الطائفة (قده) في الرهن الفاسد « إن صحيحه لا يوجب الضمان ، فكيف يضمن بفاسده ؟ » أن الصحيح لا يقتضي الضمان فكذا الفاسد ، فيكون المدعى فقسان سبب يقتضي الضمان في الصحيح والفاسد ، لا وجود سبب لعلمه ، وهو مقتضى تقريب الشيخ الأنصاري

قدس سره من أن سبب الضمان إما الإقدام عليه وإما حكم الشارع به ،
وكلاهما مفقودان ، لعدم الإقدام ، ولغوية العقد شرعاً ، ولازمه عدم
ما يقتضي الضمان ،

ثم إنه يرد على ما ذكر ما أورد عليه الشيخ الأنصاري (قده)
من عدم ثبوت الأولوية ، لاحتمال أن يكون للضمان سبب يرتفع بالمعاملة
الصحيحة دون الفاسدة ، ولا يبعد أن يكون مقتضى الدليل الآخر الذي
أشار إليه الشيخ (قده) على فرض تماميته هو اقتضاء عدم الضمان ،
لاحتمال أن تكون الامانة المالكية أو الشرعية تقتضي سلب الضمان على احتمال
بأني الإشارة إليه .

قال الشيخ : « إن قلت : إن الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان
إلا أن مقتضى عموم « على اليد » هو الضمان ، خرج منه المقبوض بصحاح
العقود التي تكون مواردها غير مضمونة على القابض ، وبقي الآخر ، قلت :
ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها ، وهي
عموم مادل على أن من لم يضمنه المالك سواء ملكه إياه بغير عوض ،
أو سلّطه على الانتفاع به أو استأمنه عليه لحفظه ، أو دفعه إليه لاستيفاء
حقه ، أو العمل فيه بلا أجر ، أو معها ، أو غير ذلك فهو غير ضامن ،
فالدليل المخصص لقاعدة الضمان عموم ما دل على أن من استأمنه المالك على
ملكه غير ضامن ، بل ليس لك أن تتهمه » انتهى ملخصاً . ثم تشبث
في الهبة الفاسدة بفحوى ذلك العموم .

أقول : لم نجد عموماً أو إطلاقاً في الأدلة بهذه التوسعة التي ادعاها
رحمه الله ، ولعل نظره الى بعض الروايات في باب الأمانة والعارية والاجارة
كمرسلة أبان بن عثمان عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : « وسألته
عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس

عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً « (١) رواها في الكافي وفي التهذيب بسند كالصحيح عنه عليه السلام ، ونحوها أو قريب منها روايات أخر في الاعارة والاجارة وغيرهما ، بدعوى أن ذيلها بمنزلة التعليل ، فيفهم منه أن كل أمين لا غرم عليه ، سواء كان الاستئمان في العقد الفاسد أو الصحيح ، وسواء كان المدفوع بعنوان الأمانة أو ما يفيد معناها ولو بالحمل الشائع ، وبدعوى أن التسليم في باب الاجارة والمضاربة ونحوها يكون من قبيل جعل العين أمانة ، وبالجملة إذا استأمن الرجل غيره بأي نحو كان لا يكون ضامناً .

وفيه - مضافاً الى إمكان الخدشة في كون ما ذكر بمنزلة التعليل ، واحتمال أن يكون بياناً لمورد القضية أي بعدما جعلته في المورد أميناً لاغرم عليه ، وهذا نحو أن يسأل الطبيب عن الرمان فيقول : بعد أن كان حلواً لآمانع منه ، أرى يفهم منه أن كل حلواً لا مانع منه ؟ - أن في الرواية احتمالات :

أحدها - أن المقصود الاخبار عن قضية واقعية ، هي أنه إذا كان أميناً لا تصدر منه الخيانة والافراط والتفريط فلا يكون ضامناً بحسب الواقع ، وعلى هذا لا يكون تعليلاً يستفاد منه غير المورد .

ثانيها - أن يراد به أنه بعد ما اتخذته أميناً وجعلت المال أمانة عنده لم يحكم عليه بالغرم إلا مع قيام البينة ، وعلى هذا يمكن أن يقال : إن الاتخاذ أميناً في عقد الوديعة إنما يصدق مع صحته ، وأما مع فساده فلا ، لأن المراد ليس كونه أميناً واقعاً أو كونه مـ د وثوق المودع ، بل المراد أنه مع اتخاذه في العقد والقرار أميناً - وجعلت بضاعتك أمانة لديه - لم يحكم عليه بالغرم ، فلا يكون صادقاً في فاسد العقد ، لأنه لم يتخذ أميناً مطلقاً

(١) الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الوديعة الحديث ٤ .

بل في العقد مع البناء على صحته .
 ثالثها - أن يراد أنه بعد اتخاذه أميناً لا يكون ضماناً بالتلف السماوي
 من غير إفراط وتفريط ، فيأتي فيه الاشكال المتقدم .
 رابعها - أن يكون المراد أنه بعد ما كان أميناً واقعاً لا يضمن ، ومقتضى
 التعليل أن لا يضمن الأمين بالتلف السماوي مطلقاً ، ويضمن غير الأمين
 ففي المقبوض بالعقد الفاسد مثلاً إذا كان القابض أميناً ثقة لا يضمن ،
 بخلاف غير الأمين .

خامسها - أن يراد أن كل من استأمنته لا يضمن ، بمعنى أن كل
 من جعلت الشيء عنده بعنوان الأمانة ليس بضامن ، فيشمل الصحيح والفاسد
 وهذان الاحتمالان بعيدان .

هذا كله بناءً على أن المراد بالاستبضاع هو المعاملة الخاصة التي يقال
 لها : البضاعة ، كما هو الظاهر .

ثم لو قلنا باستفادة عدم الضمان منها في فاسد عقد الأمانات فاستفادته
 في مثل الاجارة والرهن والوقف او قلنا بأنه عقد أو يكون موضوع القاعدة
 أعم من العقد مشكلة ، لا يمكن أن يقال : إن الاستبضاع نحو أمانة ،
 حيث إن التاجر يسلم مال التجارة إلى غيره ليتجر به وكان النفع للمالك ،
 فتسليم العين بهذا العنوان نحو استئمان ، وأما تسليم العين المرهونة للمرتهن
 والعين المستأجرة للمستأجر فليس في شيء منها استئمان وجعلها أمانة ، بل
 هو باعتبار الوفاء بالعقد ليس إلا .

وليس المراد من الرواية المتقدمة أن تشخيص الدافع أمانة الطرف
 أو تسليمه العين باعتقاد أنه أمين رافع للضمان ، حتى يقال في مثل الرهن
 والاجارة : إن الأمر كذلك ، بل المراد أن جعل الشيء أمانة وأخذ الشخص
 في هذا القرار أميناً رافع له ، ولا شبهة في أن الراهن لم يجعل المرتهن

في رهنه أميناً، وكذا المؤجر، ولئن كان التسليم مع اعتقادهما بأمانة الطرف والوثوق به، لكن ذلك ليس موضوعاً للحكم كما يظهر بالتأمل، مع أن التسليم بالاعتقاد المذكور لا يصدق كلياً.

ولا يبعد أن تكون الروايات التي بصدده بيان الحكم في تلك الأبواب المختلفة على كثرتها على طائفتين: إحداهما - كقوله عليه السلام في الحمى: « إنما هو أمين » (١) وقوله عليه السلام: « صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان » (٢) إلى غير ذلك مما هي بهذا المضمون - بصدده بيان ما تقدم آنفاً، ويكون المراد منها أن من جعل أميناً أي اتخذه صاحب المال أميناً عليه لا ضمان عليه، إما واقعا في غير مورد الافراط والتفريط، وإما ظاهراً وفي مقام الدعوى، أي يطالب البيئنة من صاحب المال واليمين عليه، وهذا تعبير شائع في كتاب القضاء.

فحينئذ لو سلمنا شمول الأدلة المذكورة لصحيح الاجارة والرهن والمصاربة وغيرها لا سبيل إلى دعوى شمولها لفاسدها، لأن المالك لم يتخذ طرفه أميناً مطلقاً، بل إنما يعمل على طبق عقد الاجارة ونحوها، والكلام في الفاسد ها هنا كالكلام في المقبوض بالبيع الفاسد، ولو كان المراد من نحو قوله: « مؤتمن » التنزيل منزلة الأمين، فلا يتصلى عن مورده، وهو واضح.

والطائفة الثانية - كقوله عليه السلام: « إذا كان مسلماً عدلاً فليس عليه ضمان » (٣). وقوله عليه السلام: « كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصانع احتياطاً للناس، وكان أبي يتطول عليه

(١) الوسائل - الباب - ٢٨ - من كتاب الاجارة - الحديث ١

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الوديعة - الحديث ١ - ٢

إذا كان مأمونا » (١) . وقوله عليه السلام : « في رجل استأجر حملاً فيكسر الذي يحمل أو يهرته فقال : - على نحو من العامل - إن كان مأمونا فليس عليه شيء ، وإن كان غير مأمون فهو ضامن » (٢) . ومنها قوله عليه السلام في الرواية المتقدمة : « بعد أن يكون الرجل أميناً » (٣) لأن الاستبضاع ليس على نحو الامانة حقيقة ، بل كان حال حال القصار والحمال ونحوهما ، - إنما هي بصدد بيان التفرغ في مقام القضاء والتفصيل بين الأمين والثقة والعدل وغيرهم ، فيحكم بغرم غير المأمون وعدم غرم المأمون ، أي في مقام القضاء ومطالبة البيئنة وتوجه اليمين .

وهذه الطائفة كالتائفة الأولى وردت في موارد يكون لها حالتان : إحداهما الضمان إذا كان التلف عن إفراط وتفریط ، وثانيتها عدمه إذا كان سماوياً بغيرهما ، فذلك المورد مفروض في تلك الروايات ، فلا يعقل تشخيص الموضوع والمورد بها ، فلا يمكن استفادة حكم العقود الفاسدة التي لم يعلم أن لها حالتين منها ، فتدبر . مع أن التفصيل بين الأمين وغيره في الضمان أعم من وجه المدعى .

وأما التشبث بموثقة إسحاق بن عمار قال : « قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الآفة على من يكون ؟ قال : على مولاه ، ثم قال : رأيت لو قتل قتيلاً على من يكون ؟ قلت : هو في عتق العبد ، قال : ألا ترى فيلم يذهب مال هذا ؟ ثم قال : رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مأتي دينار لمن يكون ؟ قلت :

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٢٩ - من كتاب الاجارة - الحديث ٣ - ١٠

(٣) الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الودیعة - الحديث ٤

لمولاه ، قال : كذلك يكون عليه ما يكون له « (٧) بدعوى استفادة العلية من ذيلها ، فكأنه قال : « كل من له الغنم فعليه الغرم » ومعلوم أن في فاسد تلك العقود يكون الغنم لصاحب المال ، فالغرم عليه ، فلا يضمن بفاسدها .

فأنت خير بما فيه ، لعدم الدليل على كونه علة للحكم ، بل الظاهر أنه تقريب إلى ذهن السائل في المورد ، كما أن صدرها الراجع إلى قتل العبد تقريب لا تعليل ، ولو كان تعليلاً للزم منه التخصيص الكثير بل المستهجن ، لأن كلية موارد الضمان من الغصب والأيادي غير المحققة ولو لم تكن تكن غصبا والمقبوض بالعقود الفاسدة التي فيها ضمان والمقبوض بالسوم وغيرها خارجة عنه .

ثم إن المستفاد من الأدلة الواردة في هذه الأبواب هل هو الضمان في مورد ، وعلمه في مورد بنحو الاقتضاء كما في إيجاب الصلاة وتحريم الخمر ، فلا يجوز شرط علمه في مورد يقتضي الضمان ولا شرط الضمان في مورد يقتضي عدمه ، ويكون الاشتراط مخالفاً للشرع بدعوى أن قوله : « لا ضمان على الجمال » مثلاً مخالف لشرط الضمان ، وكذا شرط عدم الضمان مخالف لقوله (ص) مثلاً : « على اليد » الخ وللأدلة الخاصة للضمان ، أو يكون شرط عدم الضمان في مورد الضمان مخالفاً للشرع دون شرط الضمان في مورد علمه ، بدعوى أن الظاهر من جعل الضمان أنه حكم اقتضائي ، لأن ثبوت الحكم لا يكون إلا عن اقتضاء ، وأما أدلة نفي الضمان فلا تدل إلا على علمه ، وهو لا يقتضي إلا علم ثبوته ، لعدم اقتضائه ، وكونه عن اقتضاء لا بد من الدلالة ، وهي مفقودة ، أو يكون شرط عدم الضمان في مورد أيضاً غير مخالف للشرع ، بدعوى أن الضمان إنما هو لمراعاة المالك ، فالأدلة منصرفة

عن مورد الاشتراط برضا المالك ؟ .

لا يبعد رجحان هذا الأخير ، ويدل عليه الروايات الدالة على جواز الشرط في العارية ، فانها تدل على جواز شرط الضمان فيما لا ضمان مع عدمه وجواز شرط عدم الضمان فيما فيه الضمان ، كالذهب والفضة ، ففي صحيحة زرارة قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : العارية مضمونة ، فقال : جميع ما استعترته فتوى فلا يلزمك تواه ، إلا الذهب والفضة ، فانها يلزمان إلا أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه ، وكذلك جميع ما استعمرت فاشترط عليك لزملك ، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك » (١) وفي صحيحة أخرى عنه قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ودیعة الذهب والفضة ، قال : فقال : كل ما كان من ودیعة ولم تكن مضمونة لا تلزم » (٢) ومعلوم أن المراد منه اشتراط عدم الضمان ، وإلا فمن قبيل توضیح الواضح ، وتدلل عليه بعض الروايات في كتاب الاجارة ، فراجع . هذا بحسب القواعد ومقتضى تلك الروايات ، وأما البحث الفقهي الجامع فمحتاج الى المراجعة والتفصیل .

ثم إنه قد يستدل لذكس بأن المسالك في القبض الصحيح إذا سلط القابض على ماله مجانا تخرج يده عن عموم « على اليد » إما تخصصاً أو تخصصياً ، وملاكه في الفاسد بعينه هو الملاك في الصحيح ، ولا أولوية لأحدهما .

وفيه أن التسليط في مثل عقد الاجارة والرهن ليس مجانا ، لأن التسليم لأجل الحق القائم بالعين لاستيفاء المنفعة ، ولو فرض أن الثمن في الاجارة في مقابل المنفعة لكن للمستأجر حق على العين لاستيفائها ، والتسليم لأجل

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب العارية - الحديث ٢ .

(٢) الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب الودیعة - الحديث ٣ .

هذا الحق لا المجان ، مع أنه لم يرد دليل في التسليم المجان .
ودعوى الانصراف عن هذا النحو من التسليم الذي هو لاعطاء موود
حق الغير في غير محلها ، ولو سلم الانصراف عن صحاح تلك العقود
فلم يتضح وجه لانصرافه عن فاسدها ، كما لا دليل على التخصيص .
ودعوى عدم الأولوية غير وجيهة ، لأن التسليم في الفاسد بزعم تعلق
حق الغير به ، فمثله غير خارج عن عموم اليد تخصصاً أو تخصيصاً .
ودعوى أن العقود من قبيل اللواعي على التسليم لا العنوان للعقد
الصحيح غير وجيهة ، ضرورة أن التسليم لأجل الوفاء بالعقد لا غير ،
والوفاء انما هو في العقود الصحيحة لدى المتعاملين ، فتوهم إطلاق الرضا
في غير محله ، كما مرّ نحوه في البيع الفاسد ، فتدبر .

نعم هنا كلام آخر يأتي الاشارة اليه في ضمن النقض الآتي .
ثم إنه قد يرد النقض على العكس بعقد الاجارة ، فان صحيحه
لا يضمن به بلا إشكال ، لكن فاسده يضمن به على ما هو صريح الرضا
وظاهر كلمات الأصحاب كما عن الأردبيلي (قده) وإن ادعى خلافه
المحقق الثاني (رحمه الله) على ما حكى عنه .

ولابد في المقام من تقديم أمور حتى يتضح المقصود :

الأول : أن ماهية الاجارة بحسب الاحتمال إما عبارة عن نقل المنافع
بحيث لا تكون في إيقاع عقدها إضافة بين المستأجر والعين المستأجرة ،
بل الاضافة بينه وبين المنافع هي إضافة الملكية ، فيكون مثل ملكتك منافع
الدار من قبيل اللفظ الصريح ، وأكرت وأجرت من قبيل الكناية ، لعدم
صراحتها في تملك المنفعة ونقلها .

ولما عبارة عن إضافة بين العين المستأجرة والمستأجر من غير تضمثها
لنقل المنافع ، وانما يكون نقلها تبعاً للاضافة المذكورة ، لا بسببية الاجارة

ابتداءً ، نظير نقل منافع العين في البيع ، فانها ليست تحت جعل المتعاملين ، وانما تنتقل الى المشتري تبعاً لنقل العين لاسببية العقد مستقيماً ، وهذان الاحتمالان في طرفي الإفراط والتفريط ، ومخالفتان لاعتبار العقلاء في ماهية الاجارة .

ولما عبارة عن إضافة خاصة لاستيفاء المنفعة أو للانتفاع بالعين ، بمعنى كون الاستيفاء والانتفاع غاية ملحوظة فيها أو إضافة متضمنة لنقل المنفعة ، فتكون إضافة بين العين والمستأجر متضمنة لنقل المنفعة بالعوض أو إضافة لازمها بين نقل المنافع ، فيكون عقد الاجارة سبباً للاضافة الناقلة ، فيكون النقل أيضاً مسبباً ملحوظاً و لازماً بيننا له ، وبهذا يفترق عن الاحتمال المتقدم الذي زيتناه .

ويتلوه في الضعف الاحتمال الأول من الاحتمالات الأخيرة ، فان لازمه علم نقل المنافع ، والعرف على خلافه ، وبهذا يظهر ضعف احتمال كونها عبارة عن التسليط على العين للانتفاع أو استيفاء المنفعة ، فبقي الاحتمالان .

ولا يبعد اقربية الثاني بحسب الفهم العرفي ، فالاجارة إضافة خاصة لازمها نقل المنافع ، فقوله : أكرت الدابة - أي أعطيتها بالأجر - هو اللفظ الصريح لعقد الاجارة ، بخلاف ملكة المنفعة مريداً به إيقاع الاجارة ، فانه ليس بصريح .

الثاني : الظاهر أن عقد الاجارة بما هو لا يقتضي لزوم جعل المستأجر مستولياً على العين المستأجرة ، سواء كان مورد الاجارة الحرّ أو الدابة أو المساكن ، لأن ماهية الاجارة - سواء كانت عبارة عن نقل المنافع ، أو الاضافة المستلزمة لذلك ، أو غيرهما من الاحتمالات المتقدمة - لما احتمال أن تكون عبارة عن التسليط على العين لاستيفاء المنفعة الذي زيتناه -

لا تقتضى إلا تمكين المستأجر لاستيفاء حقه من العين ، ومن المعلوم أن مجرد ذلك غير الاستيلاء ، ولا يستلزمه ، فإن الاستيلاء عبارة عن الاستبداد والتسلط على الشيء ، ومجرد التمكين للتصرف لا يقتضيه .

فاذا آجر دابة وكانت بيد المؤجر وتحت استيلائه وأذن المستأجر لاستيفاء حقه منها عمل بمقتضى عقد الاجارة ، وكذا الحال في المساكن وغيرها ، فاذا آجر بيتاً من السفينة أو القطار وأذن في استيفاء المنفعة منه عمل بمقتضاها ، مع أن المستأجر ليس ذا يد عليه ومستولياً ، بل السفينة والقطار بجميع بيوتها تحت استيلاء مديرهما ، وكذا بيوتات الملك القاهر تحت سلطته ولو آجر بعضها .

وما ذكرناه هو مقتضى القواعد ، ومقتضى الاجارة في نفسها ، ولو فرض في بعض الموارد تعارف يوجب إيقاع العقد مبنياً عليه فهو خارج عن المقتضى ، وكالشرط الضمني .

فما قد يقال - بأن إجارة الحر تقتضي عدم الاستيلاء ، لعدم إمكان أن يدخل تحت اليد ، وإجارة مثل الدابة لا تقتضيه ، وتكون بالنسبة إلى الاستيلاء بنحو اللاقتضاء ، ومثل إجارة الدار الأجرة مقابلة لكون العين مدة الاجارة في يد المستأجر - غير مرضي ، لأن الحر قد يقع تحت الاستيلاء ، ضرورة أن الأسير والمحبوس تحت اليد والاستيلاء عرفاً وواقعاً وعدم صيرورة الحر مضموناً باليد غير عدم إمكان دخوله تحتها ، ولولا انصراف دليل اليد عن غير الأموال لقلنا في النفوس بالضمان مع الاستيلاء العرفي عليها .

وأما قواه في مثل إجارة الدار: إن الأجرة في مقابل كون العين في يد المستأجر ففيه ما لا يخفى ، فإن الأجرة لو لم تكن في مقابل المنفعة صرفاً فلا أقل من كونها في مقابل الاضافة المستلزمة لنقل المنفعة ، بحيث

يكون نقلها من المقومات لا بنحو دخول التقييد وخروج القيد .
وبالجملة الاستيلاء على العين ، لا عين ماهية الاجارة ولا لازمها ،
والشاهد عليه أن ماهية الاجارة حقيقة واحدة لا يعقل أن تكون في مورد
مقتضية لشيء ، وفي مورد لعدمه ، وفي ثالث لا تقتضي شيئاً فالتحقيق
أنها لا تقتضي الاستيلاء مطلقاً .

والعجب منه رحمه الله حيث قال في صدر كلامه بأنه بناءً على أن
العقد متعلق بالعين لا يكون في الفاسد والصحيح ضمان ، لأن العين على
هذا الوجه أمانة مالكية ، ومقتضى كون العين تحت يد المستأجر مجاناً أن
لا تكون مضمونة ، وقال في المقام في بيان مبنى هذا الوجه : إنه لاشبهة
في أن الأجرة تقع في مثل الدار والعقار مقابلة لكون العين المستأجرة
تحت اليد ، فما معنى المجانية الرافعة للضمان ، مع كون الأجرة في مقابله ،
إلا أن يفرق بين كون الأجرة في مقابل ذات العين أو مقابل الاستيلاء
عليها ، وهو كما ترى .

الثالث : بناءً على ما ذكرناه من أن عقد الاجارة لا يقتضي لزوم
جعل مورد الاجارة تحت يد المستأجر لو سلب المؤجر مسع علمه بذلك
المستأجر على العين يكون ذلك التسليط الذي برضاه مع فقد ما يقتضيه
شراً أو لدى العقلاء غير موجب للضمان جزماً ، وكذا الحال لو شك في
اقتضاء الإجارة للتسليط ، فان تسليطه على ماله حينئذ تسليط ، ورضى به
على أي حال ، سيما إذا كان المورد من موارد جريان الأصول العقلية
والشرعية ، ففي مثله يخرج المورد عن دليل ضمان اليد ، من غير فرقه في
المورد بين الصحيح والفاسد ، فان تسليطه ذلك ليس باقتضاء العقد
حتى يقال : إنه عمل بمقتضاه ، وبالجملة هذا التسليط في العقد الفاسد
ولو كان بزعم صحته لكن زعمه صار موجبا للتسليط بلا اقتضاء أمر وإلزام

من الشارع أو العقلاء ، وفي مثله لا وجه للضمان .

نعم لو اعتقد أن عقدها يقتضي جعل العين تحت يد المستأجر فجعلها تحت يده عملاً بمقتضى الاجارة فالظاهر الضمان في الفاسد ، ولولا الأدلة الخارجية لكان مقتضى القواعد الضمان في الصحيح أيضاً ، لعدم تسليطه برضاه مطلقاً ، بل عمل على طبق مقتضى المعاملة ، ومثله مشمول دليل اليد .
الرابع : بناءً على ما قلناه في مقتضى الاجارة لا تكون هي نقضاً على عكس القاعدة في مورد قلنا بعدم الضمان في الصحيح والفاسد ، كبعض الموارد المتقدمة ، سواء قلنا بأن نفي الضمان هو نفي الاقتضاء ، أم قلنا باقتضاء النفي ، أو قلنا بأن الباء للظرفية .

وأما فيما قلنا فيه بالضمان في الصحيح والفاسد - وهو مورد اعتقاد المالك أن مقتضاها التسليط على العين ، ومورد الاشتراط الضمني ، فان قلنا بأن الباء للسببية من حيث ذات العقد ، أي يراد أن كل عقد صحيحه سبب من حيث ذاته للضمان ففاسده كذلك ، وكذا في العكس - فلا يرد النقض أيضاً ، لأن عقد الاجارة صحيحه وفاسده من حيث ذاته بلا نظر الى الأدلة والجهات الخارجية يقتضي الضمان في الموردين المتسلمين ، كما عرفت ، وأما لو أريد به أن كل عقد لا يكون فيه ضمان على أن تكون الباء للظرفية أو لا يكون سبباً له ولو بالجهات الخارجية فيكون الموردان نقضاً عليه ، لأن عقد الاجارة صحيحه لا يوجب الضمان بحسب الأدلة الشرعية ، مع أن القاعدة تقتضي الضمان في فاسده ، كما عرفت .

وأما بناءً على أن العقد يقتضي التسليط على العين المستأجرة فالظاهر ورود النقض عليه ، سواء قلنا بأن الاجارة عبارة عن نقل المنافع أو قلنا بأنها إضافة خاصة بين العين والمستأجر أو غير ذلك ، فانه على جميع الاحتمالات لا ينبغي الشبهة في أن العقد سبب لإيقاع حق للمستأجر على

العين المستأجرة ، وهو حق استيفاء المنفعة منها ، كما هو مقتضى ارتكاز العقلاء في ماهية الاجارة ، فحينئذ تكون العين أيضاً بنحو مصب الاجارة وليس المراد بكونها مصباً أن عقد الاجارة موجب لنقلها كما هو واضح ، بل المراد منه أعم من ذلك ، وإلا فعلى أي احتمال لا تكون مصباً ، وبالجملة أن العين المستأجرة تصير بسبب العقد متعلقة لحق المستأجر ، وهو كاف في مصيبتها له .

نعم لو قلنا بأن المراد بالضمان في الصحيح ضمان المسمى يكون العين في الاجارة غير مضمونة به ، فتكون الاجارة خارجة عن القاعدة ، كما لو قلنا بعدم تعلق حق عليها بل الاجارة ناقلة للمنفعة فقط كان للتفصيل مجال ، لكنه خلاف مقتضى الاجارة بحسب ارتكاز العقلاء .

ومن الموارد التي قيل بنقضه على العكس ضمان الصيد على الحرم إذا استعار من المحل ، مع أن صحيح العارية لا يضمن به ، ولا بد من فرض الكلام في اعارته خارج الحرم ، وهو موضوع كلام القوم ، حيث جعلوا المانع عدم جواز إمساك المستعير الحرم ، إذ في الحرم لا يجوز الاعارة أيضاً ، بل يجب الارسال على المحل والحرم .
والنقض انما يتوجه بعد ثبوت أمور :

منها - فساد تلك العارية ، إذ على فرض صحتها لا يكون الضمان نقضاً ، بل تقييد لأدلة عدم ضمان العارية الصحيحة .
ويمكن الاستدلال على فسادها بالآية الكريمة « وحرم عليكم صيد البر ما دتم حرمًا » (١) بعد ظهور الصيد في المصيد ، أي الحيوان الوحشي ، ولا يراد به المعنى المصدرى ، وذلك بقرينة إضافته إلى البر والى البحر في الآية المتقدمة عليها ، وبقرينة قوله تعالى : « متاعاً لكم

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ٩٦ .

وللسيارة « (١) وبقرينة الآيتين المتقدمتين ، أي قوله تعالى : « ليلوثكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم » (٢) وقوله تعالى : « لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم » (٣) وإنما أطلق على الحيوان: الصيد باعتبار كونه في معرض الاصطياد وهو إطلاق شائع .

فعلى هذا حرمت الآبة الكريمة ذات الصيد ، وتحريمها كما قلنا في الأشباه والنظائر مبني على دعوى كونها بتمام حقيقتها حراماً ممنوعاً ، ومصحح الدعوى كون الصيد ممنوعاً بجميع تقلباته اصطلياداً وحيازةً وتملكاً وبيعاً وشراءً واعارةً واستعارةً واستئثاناً وإمساكاً وغيرها .

وقد قلنا: إن الحرمة تكليفاً ووضعاً ليست بمعنيين مختلفين حتى يقال كما قيل : لا جامع بينهما ، بل هي بمعنى المنع ، وهو في جميع الموارد معنى واحد ، لكن المنع عن الأمور النفسية كشرب الخمر والاصطياد ظاهر في ممنوعية نفسها في الشريعة ، وهي مساوقة للحرمة التكليفية ، وإذا نسب إلى الأمور الآلية وما هو وسيلة إلى حصول أثر كالبيع والصلح والأجزاء والشروط في المركبات يكون ظاهراً في الوضع ، وهذا بعينه كالنهي المتعلق تارة بمثل الشرب والأكل ونحوهما من النفسيات وأخرى بمثل البيع وشيء في المركبات ، ففي قوله : « لا تشرب الخمر » و « لا تصل في وبر ما لا يؤكل » لم يستعمل النهي في معنيين ، بل استعمل في الزجر عن متعلقه ، لكن الزجر عن النفسيات ظاهر في المنع النفسي والحرمة التكليفية ، وعن غيرها كالبيع ونحوه ظاهر في الوضع ، فقوله تعالى : « حرمت عليكم صيد البر » يفهم منه حرمة اصطلياده وإمساكه والانتفاع به ، كشرب لبنه وأكل بيضه ونحوهما وبطلان بيعه وشراؤه

وعلايته ورديعته وإجارته ونحوها .
ويمكن الاستئلال على بطلان العارية بما دل على عدم جواز
الانتفاع به وحرمة لمسكه ، ضرورة أن الانتفاع بالمستعار من مقومات
العارية ، ولا يجمع عرفاً بين تحريم جميع الانتفاعات وإنفاذ عاريته ، ومع
عدم الانتفاع شرعاً تقع باطله ، ولو قلنا بأن ملكية المعير المحل تسلب بمجرد
وقوع الصيد في يد المحرم لكان البطلان أوضح ، لأن بقاء ملكية المستعار
في ملك المعير من مقومات العارية .

ومنها - علم زوال ملكية المعير المحل بمجرد تسليم العين إلى المحرم
المستعير ، إذ مع زوالها لا يكون الضمان على فرضه مربوطاً بالعارية
الفاصلة ، لأن التسليم إلى المحرم وتسلم المحرم بأى نحو كان موجب لسقوط
ملكه ، وهذا غير مرتبط بالاعارة وعقلها ، بل لا يكون الضمان حينئذ
ضمان اليد .

وقد يقال : إن الاستفادة من الدليل السدال على زوال ملك المحرم
عن الصيد الذي عنده زوال ملك المعير ، وهو كما ترى ، بل زوال ملك
المحرم أيضاً محل كلام ، يظهر من جملة من الروايات بقاء ملكه ، وهو
الآن ليس محط بحثنا ، وأما زوال ملك المعير فلا دليل عليه ، وربما
يقال : إن الاستفادة من مجموع ما ورد في باب الاحرام أن كلما وقع
الصيد تحت يده وإن كان ملك غيره يخرج عن المملوكية ، وهو دعوى
بلا شاهد ، بل لو وجب على المستعير المحرم إرسال الصيد لم يلزم منه
زوال حلك المعير بمجرد تسليمه ، بل زوال ملكه بعد الإرسال غير معلوم ،
كما يأتي الكلام فيه .

وأما ما قيل بانتساب زواله إلى المشهور فالظاهر من كلمات القوم
غير ذلك ، ففي المبسوط إذا كان في يدرجل حلال صيد لم يجز للمحرم

أن يستعير منه ، لأنه لا يجوز له إمساكه ، فان استعار منه بشرط الضمان ضمنه باليد ، وإن تلف في يده لزمه قيمته لصاحبه ، والجزاء لله .
وفي الشرائع « ولا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيداً ، لأنه ليس له إمساكه ، ولو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط » وفي القواعد « فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولا محل ، فان أمسكه ضمنه للمحل وإن لم يشترط عليه » وفي التذكرة « لا يحل للمحرم استعارة الصيد من المحرم ولا من المحل ، لأنه يحرم عليه إمساكه ، فلو استعاره يجب عليه إرساله ، وضمن للمالك قيمته ، ولو تلف في يده ضمنه أيضاً بالقيمة لصاحبه المحل ، وبالجزاء لله تعالى ، بل يضمنه بمجرد الامساك وإن لم يشترط صاحبه الضمان عليه ، فلو دفعه إلى صاحبه برىء منه وضمن لله تعالى » وتلك العبارات كما ترى ظاهرة من وجوه في بقاء ملك المعير .
وربما يتمسك بالآية الكريمة لزوال ملكه ، وغاية ما يمكن في تقريبها أن يقال : إن الآية كما مرّت الإشارة اليه دلت على حرمة ذات الصيد بنحو الحقيقة الادعائية ، ومصححتها حرمة جميع التقلبات تكليفاً ووضعاً ، ومنه حرمة الاصطياد مباشرةً وتسيباً ، بل ودلالةً وإشارةً ، ومنه حرمة إرجاع الصيد إلى بيت مغلق ، ومنه إرجاعه إلى الصياد ، فانه نحو إمساك أو تسيب له ، فيستفاد منها وجوب إرساله ، ولازمه الخروج عن ملك صاحبه .

وفيه أن استفادة وجوب إرسال مال الغير وحرمة إرجاعه إلى صاحبه من الآية مشكلة جداً ، إذ لا إطلاق لها يشمل مورد كون الصيد مال الغير ، ولو سلم وجوبه لكن كونه ملازماً لخروجه عن ملكه ممنوع ، كما أن إيجاب أكل مال الغير في الخمصة لا يلزم خروجه عن ملك مالكة .
وواجوه التي ذكرت أو ما يمكن أن يقال له ضعيفة ، مثل أن يقال :

إن إيجاب الأرسال مساوق لسلب جميع الانتفاعات به ، وهو مساوق لسلب الملكية ، لأن اعتبار الملكية إنما هو بلحاظ الآثار وما لا أثر له لا يعتبر ملكيته ، نظير أمر الشارع باهراق الخمر ، فإنه كاشف عن عدم كونها مملوكة ، وكأمره بإرسال المحرم صيده المملوك له ، فإنه كاشف عن سلب ملكيته .

وفيه أنه لو فرض التسليم في المثالين لكن لا نسلم في المقام ، لأن الحكم بالانلاف مع الضمان يؤكد الملكية لا مزيلها ، ومقتضى دليل ضمان الانلاف كونه مضموناً عليه ، نعم لو دل دليل على عدم ضمانه بالأرسال كان لما ذكر وجه .

ومثل ما قيل : من أن الأمر في المقام دائر بين التخصيص والتخصص ، وأصالة العموم تقتضي عدم التخصيص ، لأن جواز التصرف والأرسال مع بقاء الملكية تخصيصاً لدليل حرمة التصرف في مال الغير ، فأصالة الاطلاق كاشفة عن خروجه عن ملكه .

وفيه - مضافاً إلى أن الخروج عن ملك صاحبه قهراً تقييداً لدليل السلطنة ، بل وعدم حل مال الغير بغير طيب نفسه بناءً على كونه أعم من الوضع والتكليف - أن أصالة العموم والاطلاق غير جاريتين مع العلم بمراد المتكلم والشك في التخصيص والتقييد ، كما هو مقرر في محله .
ومنها - ثبوت الضمان لو تلف الصيد تحت يد المستعير ، إذ مع عدمه لا يكون نقضاً على القاعدة .

ويمكن أن يقال : إنه لو قلنا بمقالة الشيخ الأعظم (قدس) من عموم « على اليد » لجميع الموارد - وإنما خرج المقبوض بصحاح العقود وفاسدها بمخصص - هو عموم ما دل على أن من لم يضمه المالك واستأمنه على ملكه فهو غير ضامن ، فيمكن أن يدعى انصراف الدليل المخصص

ج ١ (التمسك بدليل نفي الحل لوجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد) - ٣٠٧ -

عن مورد حرّم الشارع إمساكه ، فيبقي المورد تحت دليل اليد ، وأما لو قلنا بانصراف دليل اليد عن الأمانات العرفية حتى الفاسد منها ، لأن تسليم المالك فيها ليس بالزام شرعي أو عقلائي ، وفي مثله دليل اليد قاصر عن شموله ، فلا ضمان ، ولا نقض .

إلا أن يقال : إن ذلك في مورد لا يكون المعير العاقد للعارية يرى نفسه ملزماً بالوفاء بعقده ولو في محيطه ، فإن ترك العمل بالوعد وعدم الوفاء بالقرار عار على بعض النفوس ، فيكون العمل على طبقه بالزام عرفي ، وفي مثله يمكن دعوى عموم دليل اليد حتى في صحاح العقود الأمانية ، إلا أنها خارجة بالأدلة الشرعية وبني فاسدها فيكون نقضاً عليها ، تأمل .

ثم إن موارد النقض على القاعدة عكساً أو أصلاً لا توجب طعناً فيها على فرض تماميتها ، لأنها عام قابل للتخصيص والتقييد .

الثاني :

من الأمور المتفرعة على المقبوض بالبيع الفاسد وجوب ردّه فوراً ، وقد تمسك الشيخ (قده) لذلك بما دل على حرمة إمساكه ، كالتوقيع المنسوب الى وليّ العصر روجي له الفداء « لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه » (١) ولا تبعد دلالتها على حرمة الامساك والحبس على المالك بمناسبة الحكم والموضوع ، ويقول له صلى الله عليه وآله : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفسه » (٢) حيث دل على حرمة المال مطلقاً ،

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب الانتفال - الحديث ٦ .

(٢) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب القصاص في النفس - الحديث ٣ =

وقد مرّ في نظائره أن الانتساب إلى الذات مبني على حقيقة إدعائية ، ومصحح الدعوى أنها محرمة بجميع شؤونها ، وفي المقام يكون من شؤونها الامسك والحبس ، فإذا كان الامسك حراماً كان الردّ واجباً ، لفهم العقلاء من حرمة وجوب ردّه على صاحبه .

والظاهر أن مراد الشيخ (قدّه) من الاستدلال بحرمة الامسك على وجوب الردّ هو دعوى فهم العرف من نحو قوله : لا تمسك مال الناس لزوم الردّ إلى صاحبه ، سيما من مثل هذه الرواية المصدرة بلزوم ردّ الأمانات إلى أهلها معللة بأنه « لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه » ولا بد من انطباق الكبرى الكلية التي هي تعليل أو بمنزلته على الصغرى ، فإن لم تكن الكبرى دالة على وجوب الردّ لم يصح جعلها تعليلاً لوجوبه ، إلا أن يقال : وجوب ردّ الأمانة لا يلزم لإيصالها إلى صاحبها ، بل يراد منه رفع اليد والتخلية بينها وبين صاحبها ، لكنه خلاف ظواهر الأدلة .

وكيف كان لا أظن أن يكون مراد الشيخ الاستدلال من حرمة الضد على وجوب ضده أو من وجوب نقيض الامسك على وجوب الردّ فإنه أمر لا يمكن أن يغفل الشيخ الأعظم (قدّه) عن فساده ، ولا يمكن توهم رجوعه عن مبناه في الأصول ، مع أنه على القول به لا يلزم وجوب الردّ ، لأن الردّ متقوم برفع يد الدافع وإثبات يد القابض ، والرفع مقدم على الإثبات دائماً ، فيتصرف هو بالوجوب دون ما تأخر عنه ، تأمل .
فما في تعليقه المحقق الخراساني إشارةً وتعليقة تلميذه المدقق تفصيلاً كأنه في غير محله ، مع أن في تعليقه الثاني وجوهاً من الخلل :
منها - قوله : « إن الامسك والردّ بمعنى الإيصال من مقولة واحدة

= وفيه « لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله ... » .

وهما مثلان لا ضدان ، لأن استيلاء المشتري واستيلاء المالك مقولة واحدة « وفيه أن الرد بمعنى الايصال غير استيلاء المالك ، بل هو فعل المشتري ، والاستيلاء صفة المالك بعد الايصال إليه ، والايصال لا يكون مع الاستيلاء من مقولة واحدة لو قلنا بأن هذه الأمور من المقولات ، وبالجملة هما ضدان أو شبيهان بالضد ، وليسا مثلين ، وهو واضح .

ومنها - قوله : « التخلية بمعنى رفع اليد من المال أمر عدمي وهو نقيض الامسك لا ضده » وفيه أن نقيض الامسك هو عدمه المجمع مع عدم وضع اليد على المال رأساً ، ومع رفع اليد بعد الوضع ، فلو كان رفع اليد نقيضه لزم جواز ارتفاع النقيضين ، فان عدم وضع اليد رأساً لا إمسك ولا رفع اليد ، مضافاً الى أن رفع اليد عن المال ليس معنى عديمياً ، بل له نحو من الثبوت ، والمعنى العدمي هو سلب اليد عن الملك . فحينئذ لو قلنا بأن رفع اليد دائماً مقدم على الايصال يختص الرفع بالوجوب ، ولا تصل النوبة إلى الايصال ، فيشكل ما أفاده المحقق الخراساني ، وإن قلنا بأن الايصال لا يتوقف على رفع اليد ، بل هو أمر مقابل له فقد يتحقق الايصال مقابل الامسك ، وقد يتحقق رفع اليد بلا إيصال كان الأمر كما أفاد المحقق الخراساني من كون التخلية ثالث الضدين .

ومنها - قوله : « إن أريد من التخلية المعنى الوجودي ، وهو تمكين المالك » وفيه أنه لا ينبغي احتمال أن تكون التخلية بمعنى التمكين ، إذ قد يتحقق التمكين عقيب التخلية ولا يتحقق ، فكيف تكون هو هي ؟ فيسقط ما فرّعه عليه .

ومنها - قوله في ذيل كلامه : « منع المالك عن ملكه ليس مشمولاً لقوله (ص) « لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله » بدعوى أن الأفعال المشمولة له ما يمكن صدوره عن طيب نفسه وصدوره لا عنه ، ومنع

المالك ليس له حالان « وفيه أن الظاهر من الحديث حصر الحلية في أمر واحد ، وهو طيب نفس المالك وما لا يكون كذلك داخل في المستثنى منه سواء كان له حالان أم لا ، وهو ظاهر .

ثم لا تبعد دلالة « على اليد ما أخذت » الخ على وجوب الرد بناءً على أن الظاهر منه عهدة نفس العين لا ضمان تلفها فقط ، ولازم عهدها وجوب إيصالها ، وبمناسبة الحكم والموضوع يفهم الفورية أيضاً ، ولا يلزم مما ذكر عدم التناسب بين المغيبا والغاية ، للفرق بين قوله : « أدّ ما أخذت حتى تؤديه » وقوله « وقوله (ص) : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » لأن الثاني مسوق لبيان العهدة التي هي اعمّ من الضمان عند التلف والنقصان ، وفي مثله لا حزاظة في الغاية ، فتدبر ، لكن في المبني إشكال . ويمكن الاستدلال لوجوب الرد بروايات متفرقة في أبواب اللقطة والتجارة والجهاد والوديعة وغيرها .

ثم إنه قد يقال : لا ينبغي الاشكال في عدم جواز التصرف فيه مع جهل الدافع لا مع علمه ، لتحقق الاذن في ضمن التملك ، والاذن مقيد بالملكية العرفية لا الشرعية ، وهي حاصلة ، والمقيد بالقيود الحاصل كالمطلق ، ودعوى أن البائع لم يصدر منه إلا التملك وقد صار لغواً فأين الاذن ؟ مدفوعة بأن هذا التملك له حيثتان ، فهو إذن من حيثية وتمليك من أخرى ، وبطلان التملك لا يوجب بطلان الاذن ، لأنه غير مشروط بصيغة خاصة ، فيكون تصرفه بطيب نفسه ، فهو جائز ، ولا يجب الرد . وفيه ما مرّت الإشارة اليه غير مرة من أن الاذن في التصرف في التملك ونحوه مما لا معنى له ، ولا يرجع الى محصل ، لأنه إما أن يتعلق بالمبيع قبل نقله ، فهو خلاف المفروض ، وإما أن يتعلق به بعده ، فلا يعقل الجدل اليه ، لأنه إذن في تصرف المشتري في ماله ، وهو لا يمكن

جده ، ولا أثر لاذنه وطيب نفسه في تصرف صاحب المال في ماله إذا تخلف عن الواقع وكان مال نفسه ، مع أن اشتغال التمليك على حثية الاذن خلاف الواقع والوجدان .

ولو سلم ما ذكره فنتي الاشكال عن عدم جواز التصرف مع جهل الدافع غير وجيه ، لأن الجاهل بالحكم الشرعي إذا لم يكن مبالياً بحكم الشرع وكان تمام همه المعاملة العرفية من غير فرق بين علمه وعدمه حاله حال العالم ، فلا بد من التفصيل بين الجاهل المبالي بحكم الشرع وغيره . ويتلوه في الضعف ما يقال : من أن تسليط المالك للمشتري يكون على وجه الداعي لا العنوانية ، فاعتقاد وجوب الوفاء واستحقاق المشتري يدعوه الى دفعه عن رضاه ، لا أن الرضا يتعلق بالدفع بعنوان ما يستحقه ، وهو وجداني ، وذلك لأن الواقع والوجدان على خلافه ، ضرورة أن البائع انما يدفع العين عملاً بعهده ووفاء به ودفعاً لملك الغير اليه ، وهذا التسليط لا يوجب الاذن في التصرف كيفما كان ، ولا الاذن في ماله ، فلا وجه للخروج عن حرمة التصرف في مال الغير بغير طيبة نفس منه .

ونحوهما في الضعف ما يقال : من أن تسليط المشتري على ماله وإن لم يكن مجاناً لكنه يسلمه عليه عن رضاه بازاء سلطانه على مال المشتري عن رضاه وإن اعتقد حصول الملك شرعاً إما بالعقد السابق أو بنفس تسليطه الذي قصد به حصول الملكية ، والغرض من التمليك حصول هذا المعنى بنحو أوفى ، وذلك لأن التسليط انما هو بعنوان الوفاء بالعقد أو بعنوان التمليك بعين التسليط لا التسليط على ماله ، والتسليط كذلك لا يفيد شيئاً بعد بطلان المعاملة وبقاء العين على ملك صاحبه ، وليس التسليط عن رضاه في مقابل تسليط غيره ، بل التسليم باعتبار كونه ملك غيره ، والتسلم بعنوان كونه ملكه .

وقوله : « والغرض من التملك حصول هذا المعنى بنحو أوفى » غير تام ، لأن الغرض من التملك صيرورة الشيء ملكاً له ، وأما تسلطه على ماله فمن شؤون ملكيته ، ولو كان الغرض حصول السلطنة فلا محالة يقصد التملك ، لأجل حصولها عقبيه لا التملك مع أثره ، فانه غير معقول أو غير واقع .

هذا كله في البيع ونحوه حتى الهبة بلا عوض فان الواجب لا ينشئ إلا التملك ، ومبادئ التملك تخالف مبادئ الرضا بالتصرف ومبادئ الاذن فيه ، ولا يعقل أن تكون مبادئ أحدهما عين مبادئ الآخر ، كما لا يعقل أن يكون للتملك حيثيتان : حيثية ذاته وحيثية أخرى ، وهو واضح . وأما العقود التي قد يطلق عليها العقود الاذنية نحو الوكالة والوديعة والعارية وغيرها مما هي بهذه المثابة فان قلنا . إن عناوينها غير مشتملة على الاذن ولا ملزومة لها وانما يترتب عليها أحكام شرعية وعقلائية من قبيل الجواز التكليفي والوضعي فحالتها حال البيع ونحوه ، وإن قلنا باشتغالها على الاذن أو لزوم الاذن لها فلا شبهة في أن العناوين بحقائقها العرفية كذلك ، ولا دخل للصحة الشرعية فيه .

فحينئذ لا يترتب على فاسدها أحكامها الشرعية ، لكن تصرفات القابض مأذون فيها ، لتحقق الاذن ، وعدم الدوران فيه بين الصحة والفساد ، بل بين الوجود والعدم ، والضرر أنه موجود ، فلو وكله في بيع داره وقلنا بأنها مشتملة على الاذن في بيعه فبطلان الوكالة شرعاً لا يستلزم عدم الاذن إلا أن يقال : إن الاذن متفيد بالوكالة الصحيحة شرعاً ، وهو كما ترى .

فما أفاده الطباطبائي (قده) في مطلق العقود يصح في تلك العقود على هذا المبنى وعلى ما قررناه ، لا على ما قرره .

ثم لو قلنا بوجوب الردّ هل تكون مؤونته على القابض مطلقاً ، أو على المالك كذلك ، أو فيه تفصيل ؟ قد يقال بالتفصيل بين المؤونة التي يقتضيها طبع الردّ الى صاحبه وبين المؤونة الزائدة على المتعارف ، فالأول على القابض دون الثاني ، فان أدلة الضرر متقبلة بما هو في طبعه ضرر ، وأما الزائد فينبغي بدليل نفي الضرر ، ذهب اليه المحقق الخراساني وتبعه بعض أعظم العصر رحمها الله تعالى .

وفيه أن طبع الردّ بما هو لا يقتضي مؤونة رأساً ، وإنما يكون في مقدمات بعض مصاديقه مؤونة ، فان كان المراد من الاقتضاء بالطبع هو اقتضاء ذاته فلا يوجد مورد يكون الردّ بذاته ذا مؤونة ، بل هي في المقدمات أحياناً .

ولو سلم أن الرد في الجملة كذلك لكن لا شبهة في أنه لا يقتضيها بذاته وطبعه ، وإلا لم تكن منفكة عن مصاديقه والواقع خلافه ، فيعلم من ذلك عدم الاقتضاء طبعاً وذاتاً ، والاقتضاء في بعض المصاديق لو سلم إنما هو للخصوصية الشخصية لا لطبع الردّ ، ومثله يكون مشمولاً للدليل نفي الضرر ، فكما أن الوضوء والغسل ضرريان ببعض مصاديقهما لا بطبيعهما ودليل نفي الضرر حاكم على أدلتها كذلك المقام بلا فرق بينهما ، وإنما قلنا فيما إذا كان شيء بطبعه ضررياً : إن دليل نفي الضرر ليس حاكماً على دليله ، لأجل لزوم لغوية الجعل ، وقيام القرينة العقلية ، والمورد ليس كذلك ، لأن الرد ليس بطبعه ضررياً ، ومقتضى حكومة دليل نفي الضرر أن المؤونة على المالك مطلقاً ، كانت متصرفة أم زائدة عليها .

هذا إذا قلنا : إن الردّ ضرري ببعض مصاديقه ، وأما بناء على أن المؤونة في المقدمة لا في نفس الردّ كما هو كذلك ، فان قلنا بأن المتقدمة واجبة شرعاً فالكلام كما تقدم ، وإن قلنا بعلم الوجوب الشرعي ، بل

لزومها من قبيل اللابدية العقلية كما هو التحقيق فان قلنا بأن دليل نفي الضرر يستفاد منه نفي الحكم الذي جاء من قبله الضرر سواء كان في نفس الموضوع أو مقدماته فالأمر كما تقدم أيضاً ، وإن خصصناه بالضرر الجائي من قبل ذات الموضوع فالمؤونة مطلقاً على القابض ، لوجوب الردّ عليه مطلقاً ، ولا دليل على نفي الحكم الجائي من قبله الضرر ، فالتفصيل غير وجيه على أي حال .

ثم إن التحقيق أن في كل مورد قلنا بأن الردّ ضروري أو يلزم منه الضرر يكون الردّ غير واجب ، لا أنه واجب والمؤونة على الطرف ، نعم بعد عدم وجوبه وجب عليه التخلية .

هذا كله مع الغض عما ذكرناه في محله من الاشكال في حكومة دليل نفي الضرر على أدلة الأحكام وأن مفاده نهي سلطاني من قبل رسول الله صلى الله عليه وآله .

ومما ذكرناه يظهر حال دليل نفي الحرج فيما لزم من المؤونة ذلك . ثم هنا تفصيل آخر أشار اليه السيد الطباطبائي وذكره بعض أعظم العصر (قدهما) وهو أنه يجب الردّ إذا نقل القابض المال الى بلد آخر مع كون المالك في بلد القبض ، وأما إذا كان المقبوض في بلد القبض وانتقل المالك إلى مكان آخر فلا يجب نقله اليه ، بل يردّه الى وكيله أو الحاكم ، لعدم دليل على لزوم الدفع إلى شخص المالك في هذه الصورة . وفيه أن الدليل على وجوب الردّ إلى المالك في هذه الصورة إطلاق دليل وجوب الردّ كقوله (ص) : « على اليد » الخ بناءً على دلالة على المطلوب ، كما ذهب اليه ثاني القائلين ، وسائر ما تقدم ، نعم لو كان الوكيل وكيلًا في القبض أو في مطلق الأمور فالردّ إليه ردّ إلى موكله في هذه الصورة وفي غيرها ، فالقول بعدم الدليل على وجوب الردّ ليس

على ما ينبغي .

ومنه يظهر الحال في فرع آخر ، وهو أنه لو نقله القابض من بلد القبض الى بلد آخر وانتقل المالك الى بلد ثالث فان مقتضى وجوب الردّ الى المالك هو النقل اليه إلا أن بتقيد بدليل نفي الضرر أو الحرج ، فتدبر . فما قال بعض الأعاظم (قده) : - من أنه يحتمل أن لا يكون الردّ الى بلد القبض أو البلد الذي انتقل اليه المالك واجباً إلا إذا كان في بلد القبض خصوصية ، بأن يكون قيمته أعلى أو راغبه أكثر - ليس بوجبه ، لعدم الدليل على لزوم الردّ الى بلد القبض ، وانما الدليل على وجوب الردّ الى مالكه كان في بلد القبض أم لا .

نعم يمكن أن يقال : إن الدافع إذا كان جاهلاً بالفساد مع مبالته بالشرع بحيث لو كان عالماً لما أقدم على المعاملة ولم يدفع ماله الى القابض وكان القابض عالماً بالحكم وحال الدافع كانت المؤونة على القابض ، سواء كانت متعارفة أم زائدة عليها ، بل ولو لزم من دفعها الحرج عليه . لكونه بحكم الغاصب ، بل هو الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال ، لانصراف أدلة نفي الضرر والحرج عن مثله ، ولو كان القابض جاهلاً مع مبالته بالشرع والدافع عالماً بالحكم وحال القابض فليست المؤونة عليه مطلقاً ، سواء قلنا بشمول دليل نفي الضرر لمثل المورد أم لا ، ولا يجب عليه الردّ ، لانصراف دليل وجوبه عنه ، نعم يجب عليه التخلية ورفع اليد عنه .

الثالث :

لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاه المشتري قبل الردّ كان عليه عوضها ، لقاعدة اليد بما تقدم الكلام فيها ، ولقاعدة الائتلاف التي هي

قاعدة عقلائية لم يردع عنها الشارع ، بل أمضاها في موارد كثيرة .
 بل يمكن استفادتها من الروايات الواردة في شهادة الزور ، كصححة
 جميل عن أبي عبد الله عليه السلام « في شهادة الزور إن كان قائماً وإلا
 ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل » (١) ونحوها غيرها :
 ومن بعض ما وردت في تلف الرهن بتفريط المرتهن ، كموثقة
 إسحاق بن عمار قال : « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن
 الرهن بمائة درهم ، وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك ، أعلى الرجل أن يرد
 على صاحبه مأتي درهم ؟ قال : نعم ، لأنه أخذ رهناً فيه فضل فضيعه » الخ (٢)
 ونحوها في رواية الصدوق إلا أن فيها « فيهلكه » فدل التعليل على أن
 كل من ضيع مال الغير فهو ضامن ، ومعلوم أن تمام العلة بنظر العرف
 هو التضييع ، لا تضييع الرهن ، فعلى رواية الصدوق عين قاعدة الاتلاف
 وعلى رواية الكليني عينها أو أعم منها ، ومن قوله (ص) : « حرمة
 مال المؤمن كحرمة دمه » (٣) على إشكال تعرضنا له في باب الفضولي .
 فما قيل من أن الاتلاف عبارة عن تضييع المال لا إفناؤه بالأكل
 والشرب فلا تشمل قاعدة الاتلاف لمثله في غاية الضعف ، لأن قاعدة
 الاتلاف عقلائية ، وما عند العقلاء ليس عنوان الاتلاف والتلف ، بل
 مطلق إعدام مال الغير بأي نحو كان كما هو واضح ، مضافاً إلى أن الاتلاف
 أعم من التضييع ولو بمناسبة الحكم والموضوع ، كما أن ما في روايات
 شهادة الزور أيضاً ليس الاتلاف بمعنى التضييع ، فالقاعدة محكمة

(١) الوسائل - الباب - ١١ - من كتاب الشهادات - الحديث ٣ .

(٢) الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الرهن - الحديث ٢ .

(٣) الوسائل - الباب - ١٥٨ - من أبواب أحكام العشرة - الحديث ٣

محصاة شرعاً .

وقد خالف في ذلك ابن حمزة (رحمه الله) في الوسيلة قائلاً بعدم الضمان لقاعدة الخراج بالضمان ، ، وقد تمسك بها شيخ الطائفة (قده) في المبسوط في بيع المصراة قال : « ولا يرد اللبن الحادث ، لأن النبي صلى الله عليه وآله قضى أن الخراج بالضمان » (١) وقال في كسب المبيع المغيب : « ولا يرد الكسب بلا خلاف ، لقوله صلى الله عليه وآله : الخراج بالضمان (٢) » وقال في الخلاف في مسائل العيب : « فيما إذا اشترى جارية حاملاً فولدت في ملك المشتري عبداً مملوكاً ثم وجد بالأم عيباً ، فانه يرد الأم دون الولد - ثم قال - : دليلنا عموم قوله : الخراج بالضمان (٣) » .

نعم نسب قبيل تلك المسألة إلى رواية عائشة « أن النبي صلى الله عليه وآله قضى أن الخراج بالضمان » (٤) والرواية منقولة عن صحاح العامة سوى صحيح البخاري والمسلم ، وإنما رووها « فيما قضى عمر بن عبد العزيز في عبد اشترى واستعمله ثم انكشف كونه مغيباً فقضى أن عمله للبائع ، فروى عليه عروة عن عائشة أنه وقع مثله في حياة رسول الله صلى الله عليه وآله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : إن عمله للمشتري ، لأن الخراج بالضمان » (٥) وعن ابن ماجه عن عائشة « إن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ثم وجد فيه عيباً فردّه فقال : يا رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قد استغل عبدي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : الخراج بالضمان » (٦) ولعل رواية عائشة المنقولة في الخلاف غير ما في

(١) و (٢) و (٣) و (٤) سنن البيهقي - ج ٥ ص ٣٢١ .

(٥) سنن البيهقي - ج ٥ ص ٣٢١ مع اختلاف يسير .

(٦) سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٣١ .

ذيل قضاء ابن عبد العزيز ، وإن أمكن أن تكون تقطيعاً . وكيف كان جواز الاستناد إليها محل إشكال ، وبمجرد تمسك الشيخ وابن حمزة (قدهما) بها لا يجبر سندها ، وأما مفادها فتارة يلاحظ مع قطع النظر عن المورد في قصة عمر بن عبد العزيز ، وأخرى مع لحاظه ، فعلى الأول يحتمل أن يكون المراد من الخراج هو الخراج المضروب على الأراضي أو الرؤوس أيضاً ، ومن الضمان تعهدات والي المسلمين تدبير أمورهم وسد حاجاتهم ، وجميع ما على الوالي في صلاح دولة الاسلام وحال المسلمين ، فالمراد أن الخراج المأخوذ من الأراضي وغيرها بازاء ما على الوالي من التعهدات على إدارة الأمور .

وأن يكون المراد بالخراج هو المنافع ، ومن الضمان ضمان الائتلاف أو الضمان بعد التلف ، فالمراد أن العين إذا تلفت أو أتلفت وكان ضمانها بالمثل أو القيمة على المتلف أو على من تلفت عنده تكون منافع العين بازاء ذلك الضمان ، فالعين المضمونة بالتلف لا تضمن منافعها ، بل ضمان العين كافٍ عن ضمان المنافع ، وهذا الاحتمال غير ما ذهب إليه أبو حنيفة على ما في صحيحة أبي ولاد (١) .

وأن يكون المراد من الضمان ضمان اليد ، كضمان الغصب ، والمقبوض بالبيع الفاسد ، فيراد أن العين إذا كانت على عهدة شخص وضمانه فالخراج بازائه ، فيوافق لرأي أبي حنيفة وابن حمزة .

وأن يكون المراد أعم من ضمان الائتلاف واليد . وأن يكون المراد الضمان الجعلي نظير قوله : ألق مالك في البحر ، وعليّ ضمانه أو وضع مالك في مكان كذا وعليّ ضمانه أو الأعم منه وما تقدم .

(١) الوسائل - الباب - ١٧ - من كتاب الاجارة - الحديث ١ .

ثم المراد بالخراج إما المعنى المصدرى أي الانتفاع بالشيء فيختص بالمنافع المستوفاة ، أو يراد به حاصله أي كل ما هو خارج من الشيء ومنفعة له فيكون أعم منها .

ثم إن الضمان في الاحتمالات المتقدمة ما عدا الأولى هو الضمان العرفي المعهود ، أي الغرامة وعهدة جبران الخسارة ولو بنحو التعليق على التلف ، والباء للمقابلة ، وأما ما في مورد الرواية المتقدمة - أي مورد اشتراء العبد - فليس الضمان فيه بالمعنى العرفي والعقلائي ، لأن العقد والقرار والتمليك والتملك والتقبيل والتقبل ليس شيء منها ضماناً عرفياً كما أن خسارة المال من كيس صاحبه ليس ضماناً عرفياً ولغة .

فقول بعض الأعاضم (قده) : إن الظاهر من الرواية ولو بمناسبة الحكم والموضوع هو الضمان الجملي المالك الممضى شرعاً - فينحصر مورد به بالبيع الصحيح - غير وجيه ، لأن البيع والشراء ليسا عبارة عن جعل الضمان ، ولا متضمنين لذلك ، كما أن الباء على هذا الاحتمال ليست للسببية ولا للمقابلة ، فان منافع مال الانسان له لأجل كونه ماله لا لتعهد وضمانه ولا بازائهما .

فحينئذ نقول : إن مورد الرواية مراد بلا شبهة وداخل في عنوان الخراج بالضمان ولو بنحو التجوز والتأول ، وإرادة غيره لا بد وأن يكون بنحو استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد أو في معنى جامع انتزاعي لو فرض وجوده ، وهو على التقديرين خلاف الأصل كما أن لازمه استعمال لفظة باء في معنيين ، وهو خلاف الأصل على فرض إمكانه ، فليست الرواية دليلاً على فتوى أبي حنيفة وابن حمزة ، ولا على فتوى شيخ الطائفة ، حيث قال : « إن حصل من المبيع ثناء قبل القبض كان ذلك للبايع إذا أراد الرد بالعيب ، لأن ضمانه على البايع ، لظاهر الخبر ، أي

خبر « الخراج بالضمان » .

مع أنه فسر به بغير ذلك ، وقال : قوله (ص) : « الخراج بالضمان » معناه أن الخراج لمن يكون المال يتلف في ملكه ، ولما كان المبيع يتلف في ملك المشتري ، لأن الضمان انتقل إليه بالقبض كان الخراج له ، والظاهر أن هذا التفسير بملاحظة مورد الرواية ، لا أنه معنى الضمان عرفاً ، ولو كان معناه ما ذكره أولاً لا يكون ظاهراً في الضمان المعهود ، لما تقدم من أنه مع لإرادة تمام الملك في البيع الصحيح لا يحمل على الضمان المعهود ، فلا بد من دليل على لإرادة غير مورد البيع ، وهو مفقود .

وهنا احتمال آخر ذكره بعض المحشين ، وهو أن الخراج خسارة الضامن ، فبراد أن الخسارة - وفي المقام خسارة منفعة خدمة العبد - إنما تثبت بسبب الضمان ، وحيث لا ضمان في المنفعة لفرض كون العبد ملك المشتري فلا غرامة ، واستشهد لذلك بما نقله الفخر عن أبي عمرو بن علاء بأن الخراج ما لزمك أداؤه .

واحتال آخر غير بعيد بملاحظة مورد الرواية ، وهو أن الخراج ليس مطلق المنفعة لا لغة ولا عرفاً ، فلا يقال لمنفعة الدابة والدار : إنها خراج بل عبارة عما وضعته الدول على الأراضي والرؤوس أو مطلق ما أخذوا بعنوان الضرائب ، ويطلق على ضريبة العبد ، قال شيخ الطائفة (قدس) في المبسوط : « ويقال للعبد الذي ضرب عليه مقدار من الكسب في كل يوم أو كل شهر : عبد مخارج » فحينئذ يمكن أن يكون المورد مما كان استعمال العبد بنحو الضريبة ، بقريضة ذكر الخراج ، ويكون المراد أن الخراج - أي ضريبة العبد - في مقابل تعهدات مولاه في تدبير أمره وتأمين معاشه وغير ذلك مما يجب شرعاً ويثبت عرفاً على المولى بالنسبة إلى عبده ومملوكه . وكيف كان لا يمكن إثبات هذا المعنى المخالف للقواعد العقلية

والشرعية بهذه الرواية المحملة الضعيفة السند ، وأما الروايات الواردة في باب شرط الخيار والرهن ففيها إرجاع الى المعنى العقلاني ، وهو تبعية نماء الملك له ، وكون خسارة الملك على مالكة ، فهي أجنبية عن فتوى أبي حنيفة .

ثم إن بعض الأعاظم (قدس) استظهر من قوله (ص) : « الخراج بالضمان » معنى لا يخلو التعرض له من فائدة ، قال ما حاصله : « أن مفاده بمناسبة الحكم والموضوع هو الضمان الجعلي الفعلي الأصلي الممضى من الشارع - ثم بعد دعوى عدم شموله للبيع الفاسد والضمان القهري كما في ضمان المغضوب قال : - انحصر الاحتمال في التعهد المصدرى الذي أمضاه الشرع ، وهذا يحتمل وجهين : الأول أن كل من تعهد لشيء كان مالكا لمنافعه وخواصه ، فيشمل الاعارة بشرط الضمان ، وعارية الذهب والفضة ، والثاني أن يكون منشأ ضمان العين والداعي اليه هو تملك المنافع ، فينحصر بباب البيع ، والظاهر هو المعنى الأخير بقريئة الباء الظاهرة إما في السببية أو المقابلة ، ومقتضاهما أن تكون السببية والمقابلة من الطرفين أي تملك المنافع صار داعياً للضمان ، والضمان صار سبباً لكون المنافع له ، كما في كل علة غائية ، وهذا يختص بضمان المشتري المبيع ، فان المقصود الأصلي من ضمان المبيع وجعل الثمن بازائه هو أن ينتفع به ، والظاهر من القاعدة أن الضمان فعلي ، وهو يناسب باب البيع ، فان المشتري ضامن للمبيع والبائع ضامن للثمن ، فلها منافعهما » انتهى .

وفسر الضمان في آخر المعاطاة عند تعرضه للقاعدة بأن معنى ضمان البائع للثمن والمشتري للثمن أن دركها عليها ، بحيث لو تلف ثم طرأ على المعاوضة فسخ أو انفساخ يجب عليها ردّ مثله أو قيمته .

وأنت خير بما فيه من وجوه : كدعوى ظهور الخبر في المعنى الأخير ، لما عرفت أن الضمان لا ينطبق على جعل الثمن مقابل العين

وبالعكس ، ولا على القرار والعقد ، فانها ليست ضماناً عرفياً ولغة .
 هذا إذا كان المراد بالضمان ما هو ظاهره في المقام ، وأما لو كان
 مراده به ما صرح به في تفسيره في المعاطاة فالنظر فيه أوضح ، لأن ذلك
 الضمان المشروط بالتلف وفسخ المعاملة لا تحقق له فعلاً ، مع أنه ادعى
 ظهور الخبر في الضمان الفعلي ، فيكون معنى الخبر على مسلكه أن منافع
 المبيع فعلاً للمشتري بسبب الضمان المفقود فعلاً المتحقق على فرض التلف
 وفسخ العقد ، وهو كما ترى من غرائب التوجيه والاستظهار .

مضافاً إلى أن هذا الضمان المشروط بالفسخ والتلف ضمان اليد ،
 وهو ضمان قهري لا جعلي ، وقد ادعى ظهور الخبر في الجعلي ، وأعجب
 منه أنه جعل مبنى استظهاره ظهور الباء في السببية أو المقابلة ، وادعى
 أن مقتضى السببية أن تكون من الطرفين ، مع أنها لا تقتضى ذلك بلاشبهة
 وحمل السبب على العلة الغائية بخلاف ظاهر آخر ، كما أن المقابلة من الطرفين
 لا محصل لها .

ثم إن الضمان بالمعنى الذي فسره لم يكن الحراج داعياً له ، ضرورة
 أن المشتري يشتري لأجل الفائدة والنفع ، لا أنه يجعل ضمانه عليه بالمعنى
 المدعى لأجل الفائدة ، فكلامه هاهنا وفيما تقدم لا يخلو من تهافت
 واضطراب وضعف وخلل ، سيما قوله : « إن الشارع إذا أخرج هذا الفرد
 من الضمان من المفهوم النفس الأمري وخطأ العرف في تطبيق المفهوم على
 المصدق » الخ ، ضرورة أنه لا معنى للخطئة في مثل المقام مما لا واقعية
 للموضوع إلا ما اعتبره العقلاء ، وهو واضح .

هذا كله في المنافع المستوفاة ، وأما غيرها الفائدة تحت يده فهي أيضاً
 مضمونة عليه ، لقاعدة اليد ، لما تقدم من أن للمنافع نحو وجود تدريجي
 يقع تحت اليد تبعاً للعين ، وتتلف تدريجياً وتصير مضمونة تدريجياً ، وقد

تقدم أن تلك المنافع قد يستوفها المشتري ، وقد لا يستوفها وتصير نالفة وليس الاستيفاء دخيلاً في تحقق النفع كما توهم ، فراجع .
ولقاعدة احترام مال المسلم وأن احترامه كاحترام دمه ، فكما أن دمه لا يهراق ، ولو أهرق لا يذهب هدرأً فكذا مساله ، لعموم التشبيه ، مع أنه موافق للقاعدة العقلائية في المقام ، فالتمسك بالأصل لنفي الضمان غير وجيه .

ثم إن الشيخ الأعظم (قدّه) بعد الذهاب إلى عدم تمامية دليل الضمان تمسك بالأصل لنفيه مطلقاً ، ولنفيه مع علم البائع بالفساد . وفيه أن التمسك بالأصل لنفيه مطلقاً بناءً على عدم الدليل عليه صحيح ، لكن في مورد التفصيل بين علم البائع وجهله غير وجيه ، لأن مبنى التفصيل هو البناء على إطلاق أدلة الضمان وشمولها للمنافع المستوفاة وغيرها ، ودعوى خروج مورد علم البائع عنها - لاندراجه تحت دليل نفي الضمان عن الأمانات لأن تسليطه مع علمه يكون مجاناً وبلا عوض فصارت العين أمانة - غير مفيدة ، لأن نفي الضمان حينئذ مستند إلى الأدلة الاجتهادية لا الأصل ، ولو قلنا بأن أدلة الضمان منصرفة عن مورد الأمانات المالكية والشرعية لكان الموعول في نفي الضمان هو أدلة الأمانات ، والقاعدة العقلائية في الأمانات المالكية لا الأصل .

ثم إن التفصيل بين علم البائع وجهله لا وجه له بعد كون المعاملة عقلائية والمتعاملين غير مباينين بحكم الشرع ، وقد تقدم التفصيل بين كون المشتري جاهلاً مالياً بحكم الشرع مع علم البائع بالفساد وبحال المشتري ، فقلنا بإمكان التمسك في مثله بقاعدة الغرور لدفع الضمان حتى ضمان الائتلاف عن المشتري ، وبين غيره ، فيكون ذلك قولاً سادساً في ضمان المنافع .

وأما التمسك بقاعدة « ما لا يضمن » فغير وجيه ، لا لما قال السيد الطباطبائي (قده) من أن المنافع ملحوظة في البيع فلا تكون مجانية ، لأن لحاظ المنافع من قبيل الدواعي والتمن بآزاء المبيع خاصة ، بل لأن الظاهر من القاعدة هو سلب الاقتضاء ، لا اقتضاء السلب كما تقدم ، فلا تنافي ثبوت الضمان بوجود سبب .

مضافاً إلى أن المنافع ليست مصعب العقد ، فهي خارجة من القاعدة موضوعاً ، مع أن القاعدة كما أشرنا إليه لم تكن ثابتة بنفسها بإجماع أو غيره فلا بد من لحاظ مبركها ، ومع لحاظه يكون الضمان موافقاً للقاعدة بدليل اليد وغيره ، لعدم تسليم المبيع مجاناً وبلا عوض ، وأما الروايات المشار إليها وقد تقدم نقل بعضها فليست بصدد بيان المنافع ، ولهذا سكتت عن المنافع المستوفاة أيضاً ، فراجعها .

نعم في رواية زرارة (١) على إحدى النسخين دلالة على المنافع المستوفاة ، لكن وجود منافع غير مستوفاة للأمة التي تؤخذ للاستيلاد زائدة على اللبن والخدمة غير معلوم لو لم نقل إنه معلوم العلم ، وأما المنافع التي استوفاهما غير القابض أو تلفت تحت يده فربما يأتي الكلام فيها في تعاقب الأيادي .

الرابع :

إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله أو قيمياً وجبت قيمته . وقد استدل شيخ الطائفة (قده) عليه بقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (٢) قال في الخلاف في بيان

(١) الوسائل - الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد - الحديث ٤ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٩٤ .

المنافع المضمونة : « والمثل مثلان : مثل من حيث الصورة ، ومثل من حيث القيمة ، فلما لم يكن للمنافع مثل من حيث الصورة وجب أن يلزمه من حيث القيمة » ثم ادعى إجماع الفرقة عليه .

أقول : تقريب الضمان بعد ما كان ظاهر الآية هو الاعتداء بالمثل ، وهو يناسب التقاص لا الضمان أن يقال : إن الحكم بأخذ مثل ما اعتدى عليه أو قيمته كاشف عرفاً عن كون الآخذ ذاحق عليه ، فيكون الأخذ بهما بحق ، وتقاصاً لما اشتغلت ذمته به : لا أخذاً مجازاً وبلا عوض ، فيستفاد من إجازة الأخذ بالمثل والقيمة أن الاعتداء موجب للضمان ، ولا يكون محرماً صرفاً ، ولا إجازة الأخذ إجازة ارتكاب محرم في مقابل ارتكاب المتعدي محرماً ، ولهذا لا يفهم من الآية الكريمة إجازة ارتكاب التجاوز بأهل من ارتكب التجاوز بأهله .

فالظاهر من الآية أن المأخوذ من مال المتعدي يصير ملكاً للمظلوم ، ويكون الأخذ بالحق الثابت ، فما قيل بأن الآية لم تدل على الضمان بل تدل على جواز التقاص في غير محله ، وبالجملة ظاهرها إجازة الاعتداء بالمثل لا زائداً عليه ، وهو دليل على الضمان كما هو مبنى استدلال شيخ الطائفة والطبرسي وغيرهما (قدم) بها على الضمان .

لكن يرد عليه أنه لا شبهة في دخول الاعتداء بالحرب في الآية لو لم نقل باختصاصها به ، لأجل كونها في خلال آيات الجهاد كقوله تعالى : « ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه ، فان قاتلوكم فاقتلوهم » (١) وقوله تعالى : « وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله ، فان انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين ، الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص ، فمن اعتدى عليكم » الخ (٢) ثم قال تعالى : « وأنفقوا

في سبيل الله ، ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة » (١) .
 فالآية على ما قال المفسرون راجعة إلى وقعة الحديبية وصد المشركين
 رسول الله صلى الله عليه وآله في عام الست في ذي القعدة عن المناسك ،
 ودخل في سنة السبع في ذي القعدة للمناسك ، واعتمر وقضى المناسك .
 فمعنى « الشهر الحرام بالشهر الحرام » يحتمل أن يكون أن ذا القعدة
 الذي قضيت مناسككم فيه بازاء ذي القعدة في السنة السابقة التي فيها منعم
 عنها ، ويحتمل أن يراد أن قتالكم معهم في الشهر الحرام بازاء قتالهم معكم
 فيه ، وقوله : « والحرمات قصاص » على المعنى الثاني يراد به ظاهراً
 أن القتال في الحرم والشهر الحرام والبلد الحرام قصاص في مقابل حربهم
 معكم وحتكهم الحرمات الثلاث .

فقوله : « فمن اعتدى » تفريع على ذلك ، فهو إما مختص بالحرب
 فلا دلالة فيه على الضمان المطلوب ، أو كبرى كلية ، فلا محالة يكون الاعتداء
 بالحرب داخلياً فيها ، ولا يمكن إخراج المورد عنها وتخصيصها بمورد
 المالمات ، ومع دخول الحرب وكونه مورد الآية لا يمكن إرادة المثلية في
 المعتدى به بأن يراد أن الماتلين إذا قتلوا منكم عدداً معلوماً اقتلوا منهم
 بهذا العدد خاصاً وإذا أصاب سهم واحد منهم عضواً خاصاً منكم لا يجوز
 لكم التعدي عن ذلك العضو ، وهذا واضح .

فلا يراد بالمثل في مورد ورود الآية المائلة في مقدار الاعتداء ،
 بل الظاهر أن المراد منه أن الكفار إن اعتدوا عليكم اعتدوا عليهم كما أنهم
 اعتدوا عليكم ، فإذا لم يكن المثل في موردها كذلك لا يمكن استفادة ضمان
 المثل في غير موردها باطلاقها ، والمثلية في أصل الاعتداء لا تفيد في إثبات
 المطلوب ، بل القرينة المذكورة أي عدم تقدير المقابلة بالمثل وجواز التجاوز

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٩٥ .

عنه قائمة على عدم دخول الماليات فيها ، فهي إما مختصة بالحرب أو شاملة لما هو نظيره ، كدافعة اللص والمهاجم .

واستدل عليه أيضاً بأن العين المأخوذة قد دخلت في العهدة بحيثية شخصها وطبيعتها التي لها أفراد ماثلة ، وماليتها وأدائها بنفسها أداءً بجميع شؤونها ، فإذا تلفت فقد امتنع الخروج عن عهدة تشخصها دون الحيثيتين الآخرين ، فيجب أداء مثلها ، فانه أداء لها ، ومع تعذر المثل بقي إمكان الخروج عن عهدة ماليتها ، فيجب أداء قيمتها ، فلها مراتب من الأداء ، انتهى .

وتقريره على وجه لا يرد عليه بعض الإيرادات المتوهمة أن المراد بدخول العين في العهدة بجميع شؤونها ليس دخولها مستقلاً حتى تكون مضمونة بشخصها مستقلاً وبنوعها وماليتها كذلك ، فيكون على عهدة الآخذ من شخصي من الحنطة ومن كلي ودرهم ، كل منها مستقلاً ، فان ذلك خلاف الضرورة ، بل المراد أن جميع الشؤون موجودة بوجود واحد ، فيكون عليه شيء واحد ذو شؤون ، فلا يرد عليه أن لازم ما ذكر أنه لو غصب متناً من الحنطة اشتغل ذمته بمن شخصي وكلي ودرهم هو قيمته . والمراد بالشؤون المذكورة هو الشؤون التي يساعد عليها العرف في باب الضمانات والغرامات ، لا الحيثيات العقلية الفلسفية ، والعرف لا يساعد إلا على ما ذكر ، فلا يرد عليه ما قديقال : من أن لازم ذلك أن يقع على عهده الأجناس القريبة والبعيدة الى جنس الأجناس ، لأن ذلك خلط بين العرفيات والعقليات .

والمراد بالمالية هو ما يعتبرها العقلاء بحسب اختلاف الأزمان من الأثمان لا الأعم منها ومن كل ما له مالية من العروض ، فان مالية الشيء . لدى العقلاء تتقدر بالأثمان ، نعم لو فرض أنه في محيط أو زمان كان

ميزان المالية ومقياسها غير الأثمان كان ذلك ماليتهما ، فلا يرد عليه أن لازم ما ذكرت جواز أداء القيمة بعروض آخر .

والمراد من بقاء الطبيعي والمالية بعسد قلف العين هو البقاء عرفاً لا عقلاً ، وقد حكم العرف بأن المهمة توجد بوجود فردٍ ما وتنعدم بعدم جميع الأفراد ، وليس ذلك إلا لأجل أن الطبيعي بنظر العرف شيء واحد باقٍ ببقاء فرداً ، كما هو رأي الرجل الهمداني ، وهذا هو المبنى لجريان الاستصحاب في القسم الثاني والثالث من الكلّي ، وإلا فعلى حكم العقل الدقيق البرهاني أن الطبيعي كما يوجد بوجود فرداً ينعدم بعدم فرداً ، فلا يجري الاستصحاب ، لعدم العلم بالحالة السابقة .

فلا يرد عليه أن الطبيعي متكرر بتكثر الأفراد وأن الطبيعي الموجود في فرد غير الطبيعي الموجود مع فرد آخر ، فإنه موجود بوجودات متعددة ، فان ذلك خلط بين حكم العقل والعرف ، هذا غاية تقريبه والدفاع عنه . لكن يرد عليه بعد البناء على حكم العرف فيما ذكر أن الطبيعي إذا وجد بفرداً في مكان خاص وانحصر وجوده بذلك الفرد فيه فكما أن وجوده بوجود هذا الفرد في ذلك المكان عدمه أيضاً بعدمه فيه ، لفرض انحصاره به ، والعدم في المكان الخاص لا ينافي الوجود مطلقاً وفي غير ذلك المكان ، ومعلوم أن العهدة بمنزلة المكان الخاص ، فاذا وقعت العين تحت يده يقع شخص واحد على عهده ، فاذا انعدم الطبيعي ، وخرج عن العهدة بانعدامه وامتناعه ، كما ينعدم بانعدام الفرد المنحصر في البيت ، ووجوده خارج البيت وعلى غير العهدة أجنبي عنها ، والمفروض أن الشؤن موجودة بوجود واحد ، وليس لها استقلال في الضمان والذمة ، فالوجه المذكور لا ينطبق على حكم العقل ولا العرف ، إذ لا يعقل بقاء الطبيعي المنحصر بالفرد مع انعدامه ، والطبيعي المضاف الى العهدة والواقع تحت

اليد منحصر بالفرد ، كما هو المفروض .
وكذا الكلام في المالية الاعتبارية ، وبالجملة لا تقع اليد إلا على الفرد والطبيعي والمالية المتحدنين معه ، ولا معنى لعهدته غيرها .
نعم لو كان على عهدته أفراد من الطبيعي بقي ما بقي فرداً على عهدته ، لكنه خلاف المفروض ، هذا إذا كان المراد بالوقوع على العهدته أن العين بوجودها الخارجي على العهدته بمعنى أن الضامن كالكفيل من الشخص متعهد للعين الخارجية .

وأما إذا كان المراد أن العين المأخوذة تعتبر في العهدته كما تعتبر الكليات فيها بمعنى أن الشخص الخارجي اعتبر على عهدته ، فيمكن أن يقال : إن الشخص المعتبر باق بوجوده الاعتباري على العهدته إلى زمان الأداء عيناً في حال وجوده ، ومثلاً أو قيمةً في حال تلفه ، وانعدام الوجود الخارجي غير مربوط بالوجود الاعتباري .

لكن يرد عليه أن اعتبار الشخص الخارجي في الذمة إن كان بمعنى انسلاخه عن الوجود الخارجي اعتباراً وحك الخارج عنه ، وتقديره في الذمة فيكون الوجود الخارجي معدوماً في الاعتبار وتعبداً ، فيلزم منه أن يجوز التصرف فيه بلا إذن صاحبه ، وأن لا يكون تلفه أو إتلافه موجباً للضمان وهو كما ترى .

وإن كان الوجود الخارجي محفوظاً ، ويقدر هو في الذمة أيضاً فإن كان المقدر فانياً في الخارج ولا حكم له بحياله يلزم الاشكال المتقدم من عدم البقاء ، وإن كان الخارج فانياً في المقدر اعتباراً وتعبداً يلزم الاشكال الأخير من عدم الضمان بتلفه وإتلافه ، وإن كان كل من المقدر والخارج مستقلاً بحياله يلزم أن يكون للشخص مال في الخارج ومال آتخر في ذمة الآخذ ، ومع تعاقب الأيدي أموال حسب تعددها ، وهو كما ترى . وسيأتي

التحقيق في معنى « على اليد » عن قريب .
ويمكن أن يقال : إن كيفية الضمان أمر عقلائي لا يختص بمحيط
الشرع ولا بالمسلمين، وحكم العقلاء في الغرامات والضمانات في المثليات بالمثل، ومع
فقد المثل بالقيمة، وليست المسألة لأفي أصلها ولا في تعيين المثلي والقيمي
من الاجماعيات والتعدييات، واستدلال شيخ الطائفة (قده) وغيره بأية
الاعتداء وغيرها مع عدم تمامية دلالة غالبها إنما هو تشبهات وتخريجات
لأمر واضح بين العقلاء .

وأما ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) من أن المثل أقرب وبعده
القيمة لعله لا يريد دوران الأمر مدار الأقربية حتى يقال : إن لازمه مع
فقد المثل من جميع الجهات، مراعاته من بعض الجهات، ولعل مراده
بيان نكتة حكم العقلاء في المثلي والقيمي .

ويمكن أن يقال في نكتة بناء العقلاء : إن المماثل للشيء إذا لم يكن
مختلفاً مع مماثله في الأوصاف والخواص - كمن من حنطة من صبرة مع
آخر منها، ومثل ما يحصل من المكائن الحديثة، حيث لا اختلاف بين أفرادها
في الجنس والوصف والخاصية - يكون أداؤه أداءً للتالف المماثل بجميع
ما هو دخيل في أغراض العقلاء، فإن الرغبات إنما تتعلق بالأشياء بلحاظ
آثارها وخواصها ومنافعها، والمثلان متحدان في جميع ذلك، والاختلاف
بينهما بشيء ليس مورد رغبتهم وأغراضهم، ككون أحدهما هوية
غير هوية الآخر .

فمن أتلف كأساً من مصنوعات معمل خاص وأدى عوضه كأساً
آخر من مصنوعاته فقد أدى ما أتلفه بجميع الجهات الدخيلة في أغراض العقلاء
ورغباتهم، فيكون أداؤه تأدية لما أتلفه، لأن اختلاف الهويتين غير منظور فيه بوجه
من الوجوه، وما هو منظور فيه هو الجنس والوصف والخاصية، وهما مشتركان فيها

بلا اختلاف بينهما . ومع فقد المثل كذلك يحكم العقلاء بيجبران القيمة ، فاذا أتلف متناً من حنطة جيدة وأراد تأدية من ردي لم يعد ذلك أداءً لما أتلفه ، ولكن القيمة جبران له ، والمراد بالقيمة هو النقد الراجح ، لا العروض المتقومة كما هو المعلوم من بناء العقلاء .

والشارع الأقدس أوكل أمر كيفية الضمان الى العرف ، ولهذا لم يتعرض لضمان المثلي مع كثرة ما وردت في الغرامات والضمانات في أبواب متفرقة ، وذلك لعدم تعبد في كيفية الضمان ظاهراً ، فالمسألة لا تحتاج الى زيادة مؤونة وتثبت ، لا في أن الضمان في المثلي بالمثل وفي القيمي بالقيمة ولا في تعيين المثلي والقيمي ، فان الأول عقلائي والثاني موكول الى العرف كسائر موضوعات الأحكام .

وإن اشتهت زيادة تشبث فنقول : إن قوله (ص) : « على اليد ما أخذت » الخ . بعد ظهوره في الحكم الوضعي والضمان وبعد إرادة الحكم التكاليفي المحض منه لا محالة يشمل حال التلف تحت يده ، ومع البناء على ظهوره في أن نفس ما أخذت عليه الى زمان التأدية ، والحمل على عهدة نفسه ما دام موجوداً وبدله في زمان التلف في غاية البعد ، والبناء على أن الحمل على الضمان بالمثل أو القيمة ابتداءً خلاف الظاهر . فنقول : إذا كان ظاهره أن ما أخذ عليه الى زمان التأدية فاما أن يراد التعليق على المحال ، والمقصود بقاء الضمان دائماً لتعذر الأداء بعد التلف ، أو يراد به سقوط الضمان بالتلف لتعذر الغاية ولغوية بقاء الضمان لكنها خلاف فهم العقلاء ، بل خلاف الضرورة ، فلا محالة يكون التعليق على ممكن ، ولازمه أن أداء المأخوذ بعد التلف بالمثل كما هو حكم العقلاء في المثلي وبالقيمة في القيمي أداء لدى الشارع الأقدس ، لأنه لو كان للأداء بعد تعذر العين وتلفها كيفية لدى الشارع غير ما عند العقلاء لكان

عليه البيان في هذه القضية المبتلى بها ، ومع عدمه يكشف أن الأداء هو ما ذكر ، هذا ولكن سيأتي أن ظاهر « على اليد » غير ما عليه المحققون المتأخرون .

ثم بعد ما كان الضمان بما ذكر من القواعد العقلانية لا يمكن إثبات إجماع أو شهرة معتمدة في الباب ، كما لا يصح دعواهما في تشخيص المثلي والقيمي ، فهما موكولان إلى العرف ، سيما الثاني منها ، فإنها كسائر العناوين المأخوذة في الأدلة التي مرجع تشخيصها العرف واللغة ، والظاهر أن حكم العرف في ضمان المثل في المثلي إنما هو فيما له مثل عادة كالحبوبات ولا يلاحظ فيه الشاذ النادر ، فما لا مثل له عادة ليس بمثلي وإن وجد له نادراً .

ثم إن التعاريف المذكورة للمثلي لا تخلو من مناقشة ، والظاهر أن تعاريف أصحابنا في الأعصار التي لم تحدث فيها المعامل الحديثة كانت على طبق المثليات في تلك الأعصار ، وأظن أن شيخ الطائفة (قده) وغيره ممن نسب اليهم تعريف المثلي بما نسب لو كانت في عصرهم هذه المعامل لعرفوه بما يشمل محصولها ، فانه من أوضح مصاديق المثلي .

ولو شك في كون شيء مثلياً أو قيميماً لا بد من الرجوع إلى الأصل وقبل بيان مقتضاه لا بد من مقدمة نافعة في المقام وغيره ، وهي أن الذمة في باب الضمانات هل تشغل بنفس الأعيان وتكون نفس العين على عهدة الضامن مطلقاً ، سواء كان الضمان ضمان اليد أو الاتلاف ، وكان أداء المثل والقيمة أداءً لها كما مرّ تقريبه ، أو يتعلق الضمان بالمثل مطلقاً ، وكان أداء القيمة مع تعذره نحو أداء له أو بدلاً اضطرارياً ، أو يتعلق ابتداءً في المثلي بالمثل وفي القيمي بالقيمة مطلقاً ، كما نسب إلى المشهور ، أو يتعلق بالقيمة مطلقاً حتى في ضمان اليد أو تفصيل بين ضمان اليد وغيره ؟

ربما يقال : « لو بني على الاعتماد على المتعارف وتزويل لإطلاقات الضمان عليه فهو ليس إلا الضمان بالمالية مطلقاً ، وليست الخصوصيات العينية ملحوظة في نظر العرف إلا عبءة الى مرتبة مالية المال ، ولذا لو سقط المثل عن المالية لم يلتفتوا إليه أصلاً ، ولا يرون دفعه تداركاً ، وكذا لو زاد في المالية لا يرون المالك مستحقاً لأزيد من قيمة ماله ، وبالجملة ليس النظر في الأموال إلا الى ماليتها ، بل لو كان خصوصية مال مطلوبة كان ذلك عرضاً خارجياً غير دخيل في حيثية الضمان ، وانما يدور الضمان مدار التمويل في أي عين كان بلا خصوصية للتقدين وللعمائل ولا لغيرهما » انتهى .

وفيه ما لا يخفى ، ضرورة أن اعتبار المالية في الأشياء انما هو لأجل الرغبات ، فما لا يكون موردها إما لعدم خاصية ونفع فيه أو لكثرةه وابتذاله لا يكون متمولاً ، ولا يعتبر العقلاء فيه المالية ، فالمالية تبع للرغبات ، وهي تبع لخواص الأشياء ومنافعها ، فالخصوصيات العينية ملحوظة ابتداءً ، وبلحاظها تعتبر المالية .

نعم ربما يتفق أن يكون النظر الى مالية الشيء وتغمض العين عن خصوصياته ، ولكنه ليس ميزاناً نوعياً أو كلياً ، فخصوصية الأعيان مطلوبة بالذات ، وتتبعها المالية لا العكس ، نعم مع سقوط المثل عن المالية ليس ردة تداركاً ، وذلك لسقوط المنافع والخصوصيات التي لأجلها تتعلق الرغبات بها أو لابتذالها الموجب لسلب الرغبات .

والعجب منه حيث زعم أن المثل إذا زادت ماليتها لا يرى العقلاء استحقاق المالك لأزيد من قيمة يوم التلف ، مع أن بناء العقلاء على خلاف ذلك ، فلو أتلف كراً من حنطة يرى العرف ضمانه بكر منها لا بقيمتها يوم التلف ، وأعجب منه دعوى أن جبران المالية يمكن بأي مال كان

فلو ألتف مناً من الحنطة كان له الجبران بأمان من التبن تكون قيمتها مساوية للتالف ، وليس للمالك مطالبة الحنطة ، مع أنه مخالف حكم العرف والعقلاء ، وهو واضح . فدعوى أن الضمان مطلقاً بالمالية ممنوعة .

والأولى صرف الكلام إلى روايات الباب فنقول : أما قوله (ص) : « على اليد » الخ فظاهر في ضمان العين المأخوذة ، بدعوى كون نفسها على العهدة كما مر ، ولا ينافيه آية الاعتداء على فرض دلالتها على ضمان المثل والقيمة ، لأن الظاهر منها هو تجويز الاعتداء بها ، أي التقاص ، وغاية ما هو لازمه عرفاً أن ذلك بحق ، وعلى عهدة الغاصب ما يكون تقاصه بالمثل أو القيمة ، وهو أعم من كون المثل أو القيمة على العهدة أو نفس العين عليها ، إذ لازم ذلك أيضاً التقاص بالمثل أو القيمة ، فاللازم أعم ، فلا تعارض الآية ما دلت على ضمان نفس العين ، فان ذلك الظهور كاشف عن كيفية الضمان فيها .

كما أن دليل احترام مال المؤمن وأنه كدمه لا يدل إلا على عدم هدره ، ولا بد من جبره ، ولازمه الضمان ، لكن لا يدل على أن العين على العهدة أو المثل ، ودليل اليد يرفع الاجمال عنه ، كما لا تنافيه الروايات السدالة على الضمان بقول مطلق ، من غير تعرض لكون العين أو المثل على العهدة ، وهي كثيرة متفرقة في أبواب العارية والوديعة والاجارة وغيرها .

وهنا طائفة أخرى لعل ظاهرها عهدة نفس العين ، وهي كثيرة أيضاً ، منها - صحيحة الصنفار قال : « كتبت إلى أبي محمد عليه السلام رجل دفع إلى رجل وديعة وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره ، فوضعها في منزل جاره فضاعت ، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من

ملكه ؟ فوقّع عليه السلام هو ضامن لها إن شاء الله » (١) .
ومنها - صحيحة على بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام ،
قال : « سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفتت ، ما عليه ؟
قال : إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، وإن لم يسم
فليس عليه شيء » (٢) ونحوهما . غيرهما ، كبعض ما وردت في الاتجار بمال
اليتيم في كتاب الزكاة (٣) وكرواية زيد بن علي المشتملة على تضمين
أمر المؤمنين عليه السلام الحمال الذي عليه قارورة فكسرها (٤) وكبعض
روايات عارية الذهب والفضة الدالة على أن الذهب والفضة مضمونان (٥)
حيث إن الظاهر من نسبة الضمان الى الأعيان أن نفسها على العهدة ، فإن
الضمان بمعنى الكفالة ، وكفالة الشيء عبارة عن جعله على عهده ، ككفالة
الشخص ، ولازمها لزوم أدائه في ظرف وجوده ، وأداء مثله أو قيمته
في ظرف تلفه ، والحمل على عهدة المثل أو القيمة أو عهدة البدل أو
الخسارة خلاف الظاهر .

ومن هذه الطائفة الموافقة لحديث « على اليد » يستكشف المراد من
الضمان في الطائفة المتقدمة ، وتوهم أنه لا فائدة في جعل العين على العهدة
بعد كون الأداء بالمثل أو القيمة على أي حال فاسد ، فإن في جعل العين
على العهدة فائدة : هي أن الاعتبار في القيمي بقيمة يوم الأداء لا يوم
التلف ، ويختلف الحكم في مقام القضاء وجريان الأصل أيضاً .

- (١) الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب الوديعة - الحديث ١ .
- (٢) الوسائل - الباب - ١٦ - من كتاب الاجارة - الحديث ١ .
- (٣) الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب من تجب عليه الزكاة .
- (٤) الوسائل - الباب - ٣٠ - من كتاب الاجارة - الحديث ١٣ .
- (٥) الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب العارية .

وربما يتوهم أن بعض الروايات مخالفة لما ذكر ، كصحيحة أبي ولاد ،
ففيها قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : فما ترى أنت ؟ فقال :
أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل - إلى أن قال : -
فقلت له : أرأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني ؟ قال : نعم
قيمة بغل يوم خالفته » الخ (١) كذا في موضع من الوسائل .
وفي الوافي نقل « البغل » معرفاً في جميع الموارد ، ولعله أصح
وإن لم يفتقر الحكم في المقام ، لأن المراد بقوله (ع) : « كراء بغل »
أو « قيمة بغل » ليس كراء أي بغلٍ أو قيمة أي بغلٍ ، فإنه مخالف
للضرورة ، بل المراد كراء بغل مثل بغله وقيمة مثله ، وهو لا يفتقر عن
كراء شخص البغل وقيمه ، لما تقدم أن اختلاف الرغبات واختلاف القيم
إنما هو باختلاف الآثار والخواص والمنافع ، والشخص بما هو شخص غير
شخص آخر ليس مورد الرغبة نوعاً ، ولا تختلف القيم باختلاف الهويات
مع التماثل في جميع الآثار والخواص والمنافع والصفات .
ثم إن وجه توهم مخالفة الصحيحة لرواية « على اليد » وغيرها
استظهار العهدة والذمة من قوله : « يلزمني » وجوابه عليه السلام بقوله :
« نعم قيمة بغل يوم خالفته » مع أن ظاهر « يلزمني » و « يلزمك »
وجوب الأداء ، فقوله (ع) : « نعم قيمة بغل يوم خالفته » ظاهر في
أن اللازم والواجب عليك أداء قيمة المتلف ، وكان مبدأ اللزوم على فرض
التلف يوم المخالفة ، فلو تلف قبله لم يلزمك شيء ، ولا يجب عليك القيمة ،
ولا تعرض فيها لكيفية الضمان ، وأن الذمة مشغولة بنفس العين وأداء
القيمة نحو أداء لها ، أو مشغولة بالقيمة لدى التلف ، ولا أقل من أن
ما ذكرناه أحد الاحتمالين المساويين ، فدعوى ظهورها في أن القيمة على

(١) الوسائل - الباب - ١٧ - من كتاب الاجارة - الحديث ١ .

العهددة مقابل ظهور « على اليد » ممنوعة ، فهي إما ظاهرة فيما لا يخالف قاعدة اليد أو غير ظاهرة فيما يخالفها .

وكرواية زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام قال : « أتاه رجل تكارى دابة فهلكت وأقر أنه جاز بها الوقت فضمنه الثمن ولم يجعل عليه كراء » (١) وفيها - بعد ضعف سندها بالحسين بن علوان ، ومتنها بموافقتة لأبي حنيفة ، ولهذا حملها الشيخ (قده) على التقية ، وما احتملناه سابقاً من أن سقوط الكراء فيما يضمن بالقيمة مع التلف لعله لأجل عدم تضمين زائد على ضمان القيمة ، ويكون الكراء داخلاً في ضمان القيمة لا يجرى في الكراء المسمى ، لاحتمال كونه زائداً على كراء المثل - أن قوله : « فضمنه الثمن » لا يدل على أن عهده مشغولة بالثمن ، لأن تضمين أمير المؤمنين عليه السلام ليس بمعنى جعل الضمان تشريعاً ، وهو واضح ، بل بمعنى تضمينه في مقام القضاء ، وتضمين الثمن في القيمي لا يخالف كون العهددة مشغولة بالعين ، فتدبر ، وكيف كان لا يمكن رفع اليد عما سبق بمثل هذه الرواية هذا كله في كيفية ضمان اليد .

وأما ضمان الائتلاف فيما إذا لم يكن فيه ضمان اليد فظاهر جملة كثيرة من الروايات أنه نحو ضمان اليد يكون نفس ما أئلفه على العهددة ، وليعلم أنه لو فرض أن مقتضى الأدلة ضمان العين في الائتلاف أيضاً لا وجه للتحاشي عنه بعد كون الميزان فيه هو الاعتبار ، وصحة اعتبار نفس العين في العهددة تالفة أو موجودة كما مرّ في ضمان اليد ، ومعها لا حجة لترك ظاهر الأدلة بمجرد الاستبعاد ، سيما مع ثمة عملية لذلك الاعتبار ، وهي كون الاعتبار بقيمة يوم الأداء ، كما أنه لو كان مقتضى الأدلة في باب الائتلاف ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي أو ضمان القيمة مطلقاً نلتزم به

(١) الوسائل - الباب - ١٧ - من كتاب الاجارة - الحديث ٥ .

إذ لا دليل عقلاً أو نقلاً على أن باب الضمانات مطلقاً على كيفية واحدة، ولو كان الضمان معنى واحداً في جميع الأبواب لا يلزم أن يكون متعلقه واحداً في جميعها ، فلو كان مقتضى الأدلة أن ضمان اليد متعلق بنفس العين و ضمان الاتلاف بالمثل والقيمة نلتزم به ، ونحكم بمقتضاها ، تأمل وانتظر .

وكيف كان فمما تدل على أن ضمان الاتلاف كضمان اليد رواية العلاء بن الفضيل - ولا يبعد أن تكون صحيحة ، إذ ليس في سندها من يناقش فيه إلا العبيدي ومحمد بن سنان ، وهما ثقتان على الأصح - عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه سئل عن رجل يسير على طريق من طرق المسلمين على دابته فتصيب رجلها ، قال : ليس عليه ما أصابت رجلها ، وعليه ما أصابت يديها ، وإذا وقف فعليه ما أصابت يديها ورجلها ، وإن كان يسوقها فعليه ما أصابت يديها ورجلها أيضاً » (١) وموثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه ضمن القائد والسائق والراكب فقال : ما أصاب الرجل فعلى السائق ، وما أصاب اليد فعلى القائد والراكب » (٢) ونحوهما روايات أخر .

وظاهرها أن الضمان متعلق بنفس المتلف ، وتقع هي في عهدة الضامن فان مضمون تلك الروايات موافق لقوله (ص) : « على اليد ما أخذت » (٣) ولا ينافي ذلك شمولها لجناية الانسان بالتلف وغيره ، لأن مقتضى الكبرى الكلية ضمان نفس الشيء ، غاية الأمر جعل الشارع في جنایات الانسان دية ومقتضى تقديرها عدم اعتبار العين في الذمة ، ولا يصح رفع اليد عن ظهورها

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ١٣ - من أبواب موجبات الضمان

الحديث ٢ - ٥ من كتاب الديات .

(٣) سنن أبيهقي - ج ٦ ص ٩٥

بالنسبة الى غير الانسان حتى في صحيحة الحلبي التي سئل فيها عن اصابة الدابة إنساناً برجلها ، فأجاب بالكبرى الكلية ، فقال : « ليس عليه ما أصابت برجلها ، ولكن عليه ما أصابت بيدها » (١) بل لا بُعد في عهدة نفس الانسان أو جنابتها وإن قدرها الشارع بتقدير لا يتجاوز عنه ، نظير تقدير دية الكلب ، وبالجملّة ظاهر هذه الروايات عهدة نفس ما أصابت الدابة .

ومنها يظهر المراد في مثل رواية عبد الله بن جعفر في قرب الأسناد بسنده عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام « أنه كان يضمن الراكب ما وطأت الدابة بيدها ورجلها ، ويضمن القائد ما أوطأت الدابة بيدها ، ويبرئه من الرجل » .

بل يستكشف المراد من الروايات الدالة على أن المتلف ضامن لما أتلف وأن تعلق الضمان بشيء عبارة عن كونه على عهدة الضامن ، كما يستكشف ذلك من بعض ما وردت في الدييات ، مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أيما رجل فزع رجلاً من الجدار أو نفر به عن دابته فخرّ فمات فهو ضامن لديته ، وإن انكسر فهو ضامن لدية ما ينكسر منه » (٢) فان ضمان الدية عبارة عن كونها على عهده ، فيظهر منها أن تعلق الضمان بالشيء عبارة عن كونه على العهدة ، كما هو الظاهر منه عرفاً ، والمقصود الاستشهاد والتأييد لما يفهم من الروايات .

فحينئذ تدل على المقصود كل ما كان مضمونها كذلك ، كوثيقة

(١) الوسائل - الباب - ١٣ - من أبواب موجبات الضمان الحديث - ٣

من كتاب الدييات .

(٢) الوسائل - الباب - ١٥ - من أبواب موجبات الضمان الحديث ٢

من كتاب الدييات .

سماعة قال : « سألته عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه ، فقال : أما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان ، وأما ما حفر في الطريق أو في غير ما يملك فهو ضامن لما يسقط فيه » (١) وصحيفة أبي الصباح قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن » (٢) وموثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابةً أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فمضب فهو له ضامن » (٣) الى غير ذلك .

وتعارض تلك الروايات صحيفة علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام ، قال : « سألته عن بختي مغتم قتل رجلاً فقام أخو المقتول فعقر البختي وقتله ، ما حاله ؟ قال : على صاحب البختي دية المقتول ، ولصاحب البختي ثمنه على الذي عقر بختيه » (٤) وأما صحيفة الحلبي في مفروض المسألة حيث قال : « صاحب البختي ضامن للدية ، ويقنص ثمن بختيه » (٥) فلا تدل على أن الثمن على العهدة ، لاحتمال كون الاقتصاص لأجل أن البختي على عهده .

كما أن الظاهر عدم مخالفة ماوردت في شهادة الزور لما مرّ لو لم نقل بموافقتها معها ، كصحيفة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٨ - من ابواب موجبات الضمان الحديث ٣ - ٢ من كتاب الديات .

(٣) الوسائل - الباب - ١١ - من ابواب موجبات الضمان - الحديث ١ من كتاب الديات .

(٤) و (٥) الوسائل - الباب - ١٤ - من ابواب موجبات الضمان الحديث ٤ - ١ من كتاب الديات .

« في شاهد الزور ما توبته ؟ قال : يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف أو الثلث إن شهد هذا وآخر معه » (١) وصحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور قال : « إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل » (٢) .

أما الأولى فلا تدل إلا على وجوب أداء المقدار المتلف ، وأما الثانية فالظاهر منها ضمان نفس المال ، والمراد بقدر ما أتلف نصفه أو ثلثه أو نحوهما كما في الأولى ، فكأنه قال : إنه ضامن لنصف ماله أو ثلثه . وأما موثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام في السفارة المطروحة وفيها : « يقوّم ما فيها ثم يؤكل ، لأنه يفسد وليس له بقاء ، فان جاء طالبها غرموا له الثمن » (٣) فالظاهر منها أن التقويم قبل الائتلاف للإذن فيه ، فما لم يقوّم لا يجوز له ذلك ، وهو حكم تعدي لصالح حال المالك لئلا يفسد ماله .

بل لعل التضمين قبل الائتلاف للإجازة في التصرف ، كما تشهد به مرسلّة الصدوق قال : « قال الصادق عليه السلام : أفضل ما يستعمله الانسان - الى أن قال - : وإن وجدت طعاماً في مفازة فقوّمه على نفسك لصاحبه ثم كله ، فان جاء صاحبه فردّ عليه القيمة » (٤) فان ظاهرها أن مريد الأكل لا بد له من تقويمه ، وجعل القيمة على نفسه ثم يأكله فجعل الضمان هنا اختياري للواجد وقبل الائتلاف ، وإن كان بالائتلاف يستقر عليه ، وكيف كان إن ذلك لا يخالف ما تقدم .

(١) و(٢) الوسائل - الباب - ١١ - من كتاب الشهادات - الحديث ١ - ٢

(٣) الوسائل - الباب - ٢٣ - من كتاب اللقطة - الحديث ١ - ١

(٤) الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطة - الحديث ٩ - ٩

وهنا روايات أخر ربما يحتمل مخالفتها لما تقدم ، مثل ماوردت في نكاح البهيمة ، كحسنة سدير المشتملة على تغريم قيمة البهيمة لصاحبها معللة بأنه أفسدها عليه (١) وصحيفة عبدالله بن سنان المشتملة على تقويم البهيمة وأخذ الثمن من الفاعل (٢) .

ولا يخفى عدم مخالفتها لما مر ، بل يمكن أن يقال بظهورهما في أن العين مضمونة ، حيث إن الظاهر منها أن المعتبر في التقويم والتغريم يوم الإحراق ، مع أن يوم الأفساد يوم الوطء ، ولعل الفصل بينهما كان كثيراً بحيث تختلف القيمة في اليومين ، مع أنه لم يستفصل ، فيظهر منه أن الميزان قيمة يوم الأداء ، فينطبق على ما تقدم ، إلا أن يقال : إنه لا دليل على خروج البهيمة من ملك صاحبها بالوطء ، لكن لما كان الحكم الشرعي ذبحها تقوّم وتذبح ، فلا شاهد فيها لما ذكر ، مع أنه قد يكون يوم التغريم غير يوم الأداء ، فتدبر .

وأما ماوردت من أن في فقاء عين الدابة ربيع ثمنها يوم فقئت العين (٣) فهو أمر تعبدى على خلاف القواعد في أرش الجنائيات ، كما أن ما وردت في دية الكلب (٤) كذلك ، فلا تخالف لما مر ، كما لا تخالفه ما وردت في عتق أحد الشركاء حصته من أنه يقوّم ويجعل قيمته على المعتق (٥) فإن المراد لإلزامه بالشراء ، فهي أجنبية عن المقام ، فراجعها ، وإن أمكن

(١) و(٢) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب نكاح البهائم - الحديث ٤

من كتاب الحدود .

(٣) الوسائل - الباب - ٤٧ - من ابواب ذيات الأعضاء - الحديث ٣

من كتاب الديات .

(٤) الوسائل - الباب - ١٩ - من ابواب ذيات النفس - الحديث ٣

(٥) الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق .

استفادة قاعدة الائتلاف منها كما يأتي .

فالعمدة في المقام صحيحة علي بن جعفر عليه السلام المتقدمة الظاهرة في أن قيمة البختي على القاتل ، فلا بد إما من التصرف فيها بإرجاعها إلى سائر الروايات ، بأن تحمل على الكناية عن وجوب الأداء ، أو تحمل على أن قيمة البختي في تلك الأزمنة كانت ثابتة لم تختلف إلى زمان الأداء أو تفيد سائر الروايات بها ، فإنها أخص منها ، أو لإرجاع سائر الروايات إليها ، فيقال : يراد بقوله عليه السلام : « عليه ما أصابت بيدها » وما هي بمضمونه أن عليه ذلك أو خسارته وغرامته ، أو لإرجاعها إلى رواية قرب الاسناد ، ويراد به أن عليه ضمانه ، ويراد بالضمان بدله مثلاً أو قيمةً ، وتحمل سائر ما اشتملت على ضمان العين على ضمان المثل والقيمة وضمان الدرك والبدل ونحوها .

والأولى لإرجاع الصحيحة إلى سائر الروايات ، لأن التصرف في رواية واحدة أولى من التصرف في تلك الروايات الكثيرة ، والتقييد المشار إليه بعيد ، لأن القيميات هي المتيقن من المطلقات ، بل التقييد مستهجن ، هذا غاية ما يمكن في تقريب كون العين على العهدة كما ذهب إليه المحققون .

والتحقيق أن يقال : إن الضمان المعهود المغروس في أذهان العقلاء هو عهدة الغرامة والخسارة ، ففي المثلي بالمثل ، وفي القيمي بالقيمة يوم الائتلاف ، وإن ضمان العين بمعنى أن نفس العين على عهدة الضامن في المثليات والقيميات خلاف المعارف والمعهود عندهم ، وفي مثله لا بد من ورود دليل صريح مخالف لبنائهم وديدنهم ، كما في دية الكلب التي وردت فيها روايات صريحة معتبرة .

وأما مثل ما وردت في باب الضمانات كضمان اليد والائتلاف كحديث اليد وغيره مما مرّ من الدلالة على تعلق الضمان بالأعيان وما وردت

في جنایات البهائم ومما هي دون ذلك في الدلالة فلا يتقدح في ذهن العرف والعقلاء منها ما يخالف بناءهم في الضمانات ، فلا يفهم من قوله (ص) : « على اليد ما أخذت » أن نفس المأخوذ حال التلف في العهدة ، فضلاً عن سائر الروايات ، فإن البناء على وقوع ما أصابت الدابة على العهدة أمر مستنكر في نظر العرف ، فحمل تلك الروايات على كثرتها على الضمان المعهود المغروس في أزمان العقلاء حمل قريب جداً ، موافق لفهم العرف والعقلاء ، مع الغمض عن المعارض ، وبسه يدفع التعارض المتهوم بين الروايات ، فيكون الضمان في جميع أبوابه ما هو المعروف بين الأصحاب والمعهود عند العقلاء ، وهذا أقرب بنظر القاصر عجلة وإن خالف ما مرّ منّا الى الآن يمحو الله ما يشاء ويثبت .

بل الظاهر من حديث اليد غير ما أفاده المحققون مما لازمه التعرض لأداء التالف حتى يلتزم بأن أداء المثل والقيمة أداء للشيء بنحوه ، كما أشرنا إليه . والتحقيق أن الغاية المذكورة فيه غاية للضمان والعهدة في زمان وجود العين ، فإن قوله (ص) : « على اليد ما أخذت » يراد منه أن الآخذ ضامن للمأخوذ ، بمعنى أنه لو تلف تكون خسارته عليه ، وغاية هذا الأمر التعليقي أي عهدة الخسارة على فرض التلف هو أداء نفس العين ليس إلا ، فلو استولى أحد على مال غيره يكون ضامناً ، أي على عهده خسارته ما لم يصل المال الى صاحبه وإن خرج عن استيلاء المستولي ، وقع تحت استيلاء غيره أم لا .

وهذا هو الظاهر من حديث اليد الموافق لبناء العقلاء في باب الضمان فإن قوله مثلاً : « أتى مالك في البحر وعليّ ضمانه أي عليّ خسارته لو تلف فالضمان عهدة الخسارة للمال بالتلف أو نحوه .

وعلى هذا توافق مضامين جميع الروايات في باب الضمانات ، فإن

قوله عليه السلام : « عليه ما أصابت الدابة بيدها أو رجلها » أي هو ضامن لإتلافه أي عليه عهدة الخسارة ، ضرورة أن الحمل على اعتبار نفس ما أصابت على عهدة السائق أو الراكب بأن يكون في يد مكسورة نفس اليد على العهدة أمر غريب عند العرف والعقلاء لو لم نقل إنه مستنكر عندهم .
فتجمع بما ذكرنا الروايات الواردة في القيميات وسائر المطلقات الواردة في باب الضمان ، فتدبر تعرف . هذا مضافاً الى ما تقدم من مفاصد اعتبار نفس العين على العهدة ، فراجع .

والظاهر أن ما اشتهر بين الأصحاب على ما حكى من ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي ليس لأمر تعبدى ، بل للإرتكاز العقلاني ، ولهذا حملوا تلك الروايات على المعهود ظاهراً ، فتدبر .

ولو شككنا في أن شيئاً مثلي أو قيمي فهل مقتضى الأصل الاشتغال أو البراءة ؟ أقول : الشبهة إما مفهومية كما لو شك في أن مفهوم المثلي ينطبق على ما يخرج من المعامل ، أو مصداقية كما لو أئلف شيئاً ولم يعلم أنه من هذا المثلي أو ذلك القيمي ، وعلى أي حال يحتمل بحسب التصور أن يكون الضمان متعلقاً بالعين مطلقاً ، وتكون هي على عهدة الضامن ، وباعطاء المثل في المثلي والقيمة في القيمي تسقط عن عهده بحكم الشرع والعقلاء ، أو متعلقاً بعنوان البدل والعوض ونحوهما مطلقاً ، أو متعلقاً بالمثل كذلك ، فيكون إعطاء القيمة عند إعواز المثل بدلاً عنه ويسقط المثل باعطائها عند الإعواز ، أو متعلقاً بالقيمة مطلقاً حتى في المثلي ، أو متعلقاً بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي .

ثم إن القيمة في جميع الموارد إما أن تعتبر بلا خصوصية بمعنى أن القيمة القابلة للأداء بكل قيمي معتبرة ومتعلقة للضمان ، أو تعتبر بخصوصية الأثمان ، وقد عرفت الحق فيها ، لكن لا بأس بذكر مقتضى الأصل على

التقدير ، ومقتضاه على فرض الشك في كيفية الضمان ، وأنه على أي نحو من الأنحاء المتقدمة ، ونحن نذكر بعض الصور ، ويتضح حال البقية منه .

فنقول : إن كان الضمان متعلقاً بنفس العين فإن قلنا بأن القيمة بلا خصوصية معتبرة في الأداء فالقاعدة وإن تقضي الاشتغال لكن تحصل البراءة اليقينية باعطاء مثل ساوت قيمته للتالف أو كانت أكثر ، لأن المضمون إن كان مثلياً فهو مثله ، وإن كان قيمياً كان قيمته بلا خصوصية وإن كانت قيمته أقل من التالف أو احتمال ذلك فإداء المماثل وشيئاً تكون قيمته بمقدار النقيصة يوجب القطع بالبراءة ، من غير فرق في الموردين بين الشبهة المفهومية أو الموضوعية ، وليس للمضمون له الامتناع عن المثل مع مساواة قيمته للتالف ، ولا للضامن الاكتفاء بالمثل مع نقصه عنه قيمة .
وإن قلنا بأن القيمة عبارة عن خصوص الأثمان فالضامن لا يقطع بالبراءة إلا باعطائها ، أي المثل والقيمة ، ومعه يقطع بها ، لكن لا يجب عليه تملكها ، لقاعدة الضرر ، بناءً على أن مفادها رفع الحكم الضرري حتى مثل المورد وإن كانت القاعدة أجنبية عن رفع الأحكام ، وعلى فرض التسليم فجريانها في مثل المورد محل إشكال ، لكن لا دليل على وجوب تملكها له لا عقلاً ولا نقلاً ، وما يجب عليه هو إيصال ماله إليه ، وهو يحصل باعطائها ليختار ما يختار .

وأما ما قال السيد في تعليقه (قده) : من أن مقتضى القاعدة وجوب الاحتياط إذ لا فرق بين المقدمة العلمية والمقدمة الواقعية ، فكما لا تجري قاعدة نفي الضرر في الثانية كذلك في الأولى ففيه - بعد البناء على جريان القاعدة في المقدمة الواقعية ، والغرض عن الإشكال الذي تقدم بيانه - أن ما ذكروا في جريانها في المقدمة الوجودية هو أن طبيعة الرد الواجب

المتوقف على المقدمات ضرورية ، ودليل نفي الضرر لا يشمل ما كانت بطبعها ضرورية ، وهو لا يجري في المقدمة العلمية ، لأن إيصال مال الغير لا يتوقف على إيصالها ، فلا يكون الرد ضرورياً بطبعه ، ولا متوقفاً على إيصال شيء أجنبي عنه ، بل العلم بالبراءة يتوقف عليه ، فإيجاب إعطاء ماله مجاناً ضرر منفي بالقاعدة ، بل لا يتوقف العلم بالبراءة على تملكها له وإعطائها مجاناً ، بل لو جعلها باختياره واختار أحدهما سقط الاشتغال فلو أخذها بعنوان أخذ ما هو مضمون على الضامن ولم يختَر واحداً منها ولم يحصل التراضي بينهما فاللازم الرجوع الى القرعة التي لكل أمر مجهول . وما قيل - من أن مصب أدلة القرعة الشبهة الموضوعية المحضة لا ما تستند الى الحكمة - غير وجيه ، لما قلناه في قاعدة القرعة من أن مقتضى الأدلة أنها لكل مجهول أو مشتبهُ تراحم الحقوق فيه ، كما أن ما اشتهر بين المتأخرين - من أن كثرة التخصيص الوارد على قاعدتها موجبة لكشف قيد حافٍ بدليلها ، فلا بد في العمل بها من عمل المشهور - لا أساس له لأن التوهم ناشئ عن توهم إطلاق أدلتها لكل مجهول تراحم الحقوق فيها أم لا ، وقد فرغنا عن دفعه ، فراجع رسالتنا في الاستصحاب حتى يتضح لك الأمر ، لكن لا بد في مراجعة القرعة من إرجاع الأمر الى الحاكم الشرعي ، وأما لو لم يأخذها ولم يرضيا بالتصالح فيرجع الى الحاكم ، وهو إما يلزمها بالتصالح أو يختار أحدهما ، وهذا اختيار في مقام القضاء ورفع الخصومة ، وهو غير الاختيار المذكور في الأخذ بأحد الخبرين للفتيا ، فالقول بأن دليل الاختيار راجع اليه في غير محله .

ومما ذكرناه يظهر الحال في الصور التي يتعلّق عنوان بالذمة ، وأريد إسقاطه بأداء شيء مردد ، كما لو قيل بتعلّق المثل مطلقاً بالذمة أو البديل والعوض ونحوهما من العناوين ، نعم لو قلنا بأن المثل في الذمة مطلقاً حتى

في القيمي، وإنما كان أداء القيمة رافعاً للضمان في القيمي لإرفاقاً على الضامن،
فمقتضى القاعدة الاحتياط، وهو يحصل بأداء المثل.

وأما ما يقال في الفرض من أن المسألة تنسرح في الشك في التعيين
والتخير فكل على مسلكه في تلك المسألة - فإما أن نقول: بأن سقوط
الذمة اليقينية بأداء المعين - وهو المثل - يقيني وبغيره مشكوك، والأصل
عدم سقوطه، أو نقول: بأن ثبوت المالية مقطوع، وثبوت تعيينها بالمائلة
من حيث الحقيقة مشكوك، وهو ضيق والناس منه في سعة - ففيه مالا يخفى،
فان المفروض إذا كان ثبوت المثل مطلقاً حتى في القيمي في الذمة،
والإرفاق إنما هو في مقام الأداء، بمعنى أن أداء القيمة موجب لسقوط
المثل عن النعمة في القيمي، لا في مقام الثبوت في الذمة، فلا وجه لدعوى
أن ثبوت المالية مقطوع، فإنها خلاف المفروض، وبالجملة إن الدوران
بين التعيين والتخير في المقام إنما هو في مقام الإسقاط، وهو يقتضي الاحتياط.

وبعبارة أخرى إن النزاع في الدوران بين التعيين والتخير وأن المرجح
فيه هل البراءة أو الاحتياط أجنبي عن مثل المقام، بل هو في التكليف
المردد بينها ثبوتاً، لا في الوضع الذي لا معنى للتخير فيه، فتدبر جيداً.

إن قلت: يمكن تقريب البراءة بأن ضمان أصل المثل الجامع بين المثل
في المثلي والقيمي معلوم، والخصوصيتين مشكوك فيهما، إلا أن في خصوصية
مثل القيمي لا ضيق على المكلف، فلا تكون مورد البراءة، بخلاف
خصوصية مثل المثلي، فإنها ضيق عليه، وهو في سعة منه، قلت: أما
في الشبهة المفهومية فلا يجري ذلك التقريب بوجه، فان المضمون معلوم
بجميع خصوصياته، فلو أتلّف ثوباً من المعمل الكذائي يتعلق على ذمته
عنوان ثوب من ذلك المعمل، وهو مبين بجميع خصوصياته، والشك في
انطباق عنوان المثلي عليه أو القيمي، وهو ليس مجرى البراءة كما هو واضح،

وأما في الشبهة الموضوعية فيمكن أن يقال : إنه بعد التردد في أن هذا المثل على عهده أو ذاك يكون أصل المثل معلوماً ، والشك في الخصوصية الزائدة ، فتجري البراءة بالتقريب المتقدم .

لكن يرد عليه أن العنوان المنتزع من المضمون بعد استقرار الضمان لا يعقل أن يكون مضموناً ، فما هو المضمون إما هذا أو ذاك لا الجامع الانتزاعي بعد استقرار الضمان ، مع أن الجامع بينهما لا مثلي ولا قيمي ، فلا يعقل أن يكون ضمانه بأحدهما ، وجريان البراءة على فرض صحته في إحدى الخصوصيتين لا يثبت الخصوصية الأخرى ، وهو واضح ، مع أن الالتزام بأحدى الخصوصيتين أيضاً ضيق عليه ، وكذلك الحال في لزوم الاحتياط لو قلنا بأن ما على الذمة في المثلي مثله وفي القيمي قيمته .

وقد يقال : إنه على هذا الفرض أن الأصل تخيير الضامن ، لأنه يعلم لإجمالا" باشتغال ذمته بالمثل أو القيمة ، وبعد قيام الإجماع على عدم وجوب الموافقة القطعية في الماليات ينتهي الأمر إلى الموافقة الاحتمالية ، وهي تحصل بأداء كل ما أراد ، واشتغال ذمته بأحدى الخصوصيتين التي اختارها المالك غير معلوم ، فالأصل هو البراءة عنها .

وفيه أن ما هو مظنة الإجماع هو تملك تمام الأطراف لتحصيل البراءة اليقينية ، وأما لو أمكن تحصيلها بغير ذلك فلا يكون مظنة الإجماع ، وفي المقام يمكن تحصيلها باعطائها لا على وجه التملك ، بل على أن يتعين ما في ذمته بواحد منها ، فمع التسليم يعلم بسقوط ذمته عما تعلق بها ، ويحصل علم لإجمالي للطرفين ، بأن أحدهما للقابض والآخر للدافع ، ولا دليل على لزوم رفع جهله ، ولا على توقف البراءة على علم الآخذ تفصيلاً بما له وجواز تصرفه فيه ، فلا بد في مثله من القرعة بعد الرجوع إلى الحاكم . ويمكن تحصيل البراءة اليقينية بوجه آخر ، وهو جعلها تحت اختيار

القابض ليختار أحدهما عوضاً عن ماله ، فمع اختياره يسقط ذمة الدافع ، ولو لم يختار ولم يتسلم يرجع الأمر إلى الحاكم لفصل الخصومة بما يرى ، فلا يرجع الأمر إلى اختيار الدافع بعد إمكان الموافقة القطعية وعدم كونها مخالفة للإجماع .

هذا كله في غير صورة البناء على أن الضمان مطلقاً بالقيمة ، وأما فيها فالأصل البراءة مع الشك في القيمة ، لدوران الأمر في مقام الاشتغال بين الأقل والأكثر ، سواء قلنا بأن المعتبر في القيمة هو الأثمان أم لا . بقيت صورة أخرى وهي ما لو بيننا على إجمال الأدلة وعدم إحراز واحد من المحتملات وكان جميع ما تقدم طرف الاحتمال ، فهل الأصل البراءة باعتبار أن الاشتغال بالمالية السارية في المثل والقيمة معلوم وبالخصوصيات الزائدة مشكوك فيه ، فتجري البراءة عنها ، أو الاشتغال لأن من المحتملات وقوع نفس العين على الذمة ، وهي مباحنة للقيمة السارية في المثل والقيمة ، فيدور أطراف العلم بين المتباينين ؟

إلا أن يقال : إن أداء المثل أداء للقيمة السارية ، فيرفع به الضمان وتخرج العهدة عنه يقيناً ، وفيه أن من المحتمل أن القيمة بخصوصية الأثمان على عهده ومعه لا يقطع بالبراءة .

وبالجملة بعد العلم الإجمالي بأنه إما أن اشتغلت ذمته بالعين أو بالمثل أو بالبدل أو بالقيمة بخصوصية الأثمان أو بالقيمة السارية فيها وفي العروض لا يمكن العلم بالبراءة باعطاء المثل فقط أو القيمة فقط ، فيأتي في هذه الصورة أيضاً ما ذكرناه في الصور السالفة .

وقال بعض الأعظم (قده) على فرض إجمال أدلة الضمان مقتضى الاستصحاب تعلق الخصوصيات الصنفية أي الصفات بالذمة ، ونشك في الفراغ بأداء القيمة ، فالأصل تخيير المالك ، وأوضحه في ضمن أمور : الأول

أن المشهور جواز المصالحة على التالف ولو كان قيمياً بأي مقدار من الذهب والفضة ، وهو دليل على عدم انتقال القيميات الى القيمة ، ولا لزم الربا ، الثاني : أن مقتضى على اليد استقرار نفس العين في الذمة حال الوجود ، ومع التلف لا يمكن بقاؤها في العهدة ، لا وضعاً ولا تكليفاً ، لكن سقوط شخص العين لا يقتضي أن تكون المالية المتقدرة بقيمة خاصة في الذمة ، بل يمكن أن يكون غير شخص العين من سائر الصفات في ذمته ، بل يمكن أن يتعلق بها ماله غير متقدرة بالقيمة ، والمالية في الجارية عبارة عما تخدم المالك ، وفي الخنطة عما يشعبه ونحو ذلك ، الثالث : أن قوله صلى الله عليه وآله : « على اليد » وإن يقتضى استقرار المثل في الذمة في المثلي والقيمة في القيمي على ما هو المرتكر في الذهن إلا أن المثلي والقيمي مجملان مفهوماً ، فلا بد من الرجوع إلى الأصل العملي ، والاستصحاب يقتضي كون التخيير للمالك ، وذلك لأن القابض دخل في عهده تبعاً للعين جميع ما له دخل في مالية الشيء ، غاية الأمر سقطت الخصوصية ، وأما وصفه فلم يعلم سقوطه بالتلف إلا إذا أحرز كونه قيمياً ، بناءً على الإجماع على كون القيمي مضموناً بالقيمة ، فيستصحب اشتغال الذمة ، وبالجملة الأصل هو المثلية ، إما للاستصحاب ، أو لما أفاده الشيخ (قده) من الأدلة الاجتهادية وإجمال المخصص « انتهى ملخصاً .

وفيه ما لا يخفى من مخالفة المقدمات للفرض الذي بناها عليه ، ومن تناقض الصدر والذيل ، ومن الخلل في نفسها ، ومن عدم انتاج ما أراد على فرض تماميتها ، ونحن نشير إلى بعض موارد النظر فيها .

منها - أنه قد مرّ منه رحمه الله أن مقتضى المذهب المشهور من أن مقتضى كون الضمان في المثلي بالمثل وفي القيمي بالقيمة أن الأصل تخيير الضامن ، وقال في الأمر الثالث ما هنا : إن مقتضى « على اليد » وإن

كان استقرار المثل في الذمة في المثلي والقيمة في القيمي إلا أنها مجملان مفهوماً ، فلا بد من الرجوع إلى الأصل ، والاستصحاب يقتضي كون التخيير للمالك ، ولا يخفى أن هذا عين فرض المشهور ، فكيف بنى عليه تخيير الضامن تارة ، وتخيير المالك أخرى .

ومنها - أنه قال في المقدمة الثانية : إن مقتضى « على اليد » استقرار نفس العين على العهدة ، وفي المقدمة الثالثة : إن مقتضاه استقرار المثل في المثلي والقيمة في القيمي ، وقال فيها أيضاً : إن القابض بعد أن وضع يده على المال استقر تمام ما له دخل في المالية على عهده تبعاً للعين ، وهو كما ترى مناقضات في كلامه .

ومنها - أنه بعد البناء على إجمال الأدلة ، وقيام الإجماع على أن ضمان القيمي بالقيمة استصحاب ضمان الوصف إلى زمان إحراز كونه قيمياً ، مع أن الإجماع على فرضه قام على الواقع ، ومع الشبهة المفهومية لم يعلم من أول الأمر أن الضمان بالمثل أو القيمة ، فلا متيقن حتى يستصحب إلى زمان الإحراز ، وبالجملة بعد قيام الإجماع يكون القيميات مضمونة بالقيمة لا بالمثل ، فلا يقين بتعلق الخصوصيات الوصفية على العهدة .

ومنها - أن الأمور المذكورة مبتنية في صدر كلامه على إجمال أدلة الضمان ، مع أن الظاهر من المقدمة الثانية والثالثة هو دلالة الأدلة نحو « على اليد » على كيفية الضمان ، فكيف الجمع بينهما ؟

ومنها - أن الاستصحاب على فرض جريانه لا ينتج تخيير المالك ، بل مقتضاه لزوم المثل معيناً ، فلا يجوز له اختيار القيمة مع عدم رضا الدافع ، وهو رحمه الله تارة يقول : إن مقتضاه تخيير المالك ، وأخرى يقول : إن الأصل هو المثلية ، إما للاستصحاب أو لما قاله الشيخ (قده) فكيف الجمع بينهما ؟

ومنها - أن ما قال من بقاء المالمية على الذمة غير متقدرة بمقدار من القيمة ، ثم التجأ الى جعل بعض الأوصاف أو الخواص عبارة عن مالمية الشيء مع أنها مناط المالمية لانفسها لا يخفى ما فيه .
ومنها - أن الأمر الأول لو تم لكان كافياً للاستصحاب ، للكشف عن تعلق بعض أوصاف العين وخصوصياتها بالذمة ، فيستصحب بقاؤها بعد التلف ، ومقتضاه أصالة المثلية ، والأمر الثاني أيضاً لا يخلو من دخالة ما في بعض الصور ، فلم يكن احتياج إلى الأمر الثالث المخل بالمبنى ، لكن تمامية الأمر الأول تتوقف على ثبوت شهرة أخرى على جريان الربا في الصلح ، وعلى ثبوت أن مبنى المشهور تعلق السحب والفضة في القيميات على الذمة ، ومع احتمال أن يكون بناؤهم أو بناء بعضهم المخل بالشهرة على أن المالمية الاعتبارية والقيمة الجامعة الاعتبارية ولو بما لا تنطبق إلا على الأثمان تتعلق بها لا يستكشف بالشهرة المذكورة ما أراده لعدم جريان الربا في مثل هذه المالمية ، بل لا بد أيضاً من إثبات أن الأثمان في جميع أعصار أهل الفتوى كانت منحصرة في التقدين ، فتدبر .

الخامس :

حكى عن القواعد « أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد » انتهى .

أقول : الأولى توسعة دائرة البحث بأن يقال : إن زيادة قيمة المثل عن قيمة التالف يوم التلف تارة تكون لزيادة القيمة السوقية ، مع عدم تعذر المثل وندرته ، بل مع كثرته زادت القيمة السوقية لجهات ، وأخرى لطريان الإعواز عليه ، مع كونه مثلياً شائعاً زمان التلف ، كما لو عرض

على بعض الحبوب إعواز وغلت قيمته ، ولكن كان مورد الرغبة ، وهذه الصورة أيضاً من الزيادة السوقية ، وثالثة ما إذا طرأ الإعواز مع عدم الرغبة وعدم زيادة القيمة السوقية لكن المالك لا يرضى إلا بزيادة على قيمة المثل ، ورابعة ما إذا كان الشيء في أصله نادر المثل وإن وجد له مثل أو مثلاً ، ففي هذه الصورة تارة تكون زيادة القيمة لكثرة الرغبات ، وأخرى لعدم بيع مالكة إلا بالزيادة ، وعلى جميع التقادير قد يكون الشيء مفصوباً ، وقد يكون مقبوضاً بالبيع الفاسد ونحوه ، مع العلم بالفساد أو الجهل به وعلى أي حال تارة يكون المتعاملان مقدمين على المعاملة العقلانية غير مبايئين بحكم الشرع ، وأخرى لا يكون كذلك ، كما إذا أراد المشتري مثلاً التمتع بالمبيع في الحال وكان من نيته الجبران ، لما يرى بطلان المعاملة . فهذه صور نتعرض لمهاتها ليظهر حال البقية ، وقبل التعرض لها لابد من التنبيه على أمر .

وهو أنه لا إشكال في حكومة دليل نفي الحرج على الأدلة الأولية ، كما أنه لا إشكال في حكومة دليل نفي الضرر عليها بناء على وروده لنفي الأحكام الضرورية ، فهل يكون لأحد دليلي نفي الحرج والضرر حكومة على الآخر أم هما متعارضان في مورد اختلافهما ؟

ما يمكن أن يقال لحكومة دليل نفي الحرج هو أن مفاد دليل نفي الضرر سلب تحقق الضرر ، ولازمه سلب جعل الحكم الضرري ، ودليل نفي الحرج متعرض بدلالته اللفظية لسلب جعله ، ولما كان الجعل مقدماً وسبباً لوجود المحمول يكون الدليل المتعرض لسلبه متعرضاً لنفي السبب ، وهو بلسانه مقدم على ما تعرض لوجود المسبب أو نفيه ، وحاكم عليه . وإن شئت قلت : إن دليل نفي الحرج متعرض لما لا يتعرض دليل نفي الضرر له ، بل لا يصلح أن يتعرض له ، نظير تعرض دليل لموضوع دليل

آخر توسعة" أو تضييقاً .

وأنت خبير بأن تحكيم دليل على آخر بعد أن يكون بينهما عموم من وجه - والقاعدة العقلانية فيها التعارض والتساقط - لا بد وأن يكون عقلاً مقبولاً لدى العرف ، بحيث لو عرض الدليلان على العقلاء لا ينقذ في ذهنهم التعارض والتخالف ، كدليل نبي الحرج مع الأدلة الأولية ، لكونه بمنزلة المفسر لها ، ولهذا ورد في رواية عبد الأعلى « هذا وأشباهه يعرف من كتاب الله : ما جعل عليكم في الدين من حرج » (١) مع أن بين دليل وجوب الوضوء ودليل نبي الحرج العموم من وجه .

والظاهر من الرواية أن تقدم دليل الحرج عليه أمر عقلائي يعرفه العقلاء والعرف من كتاب الله ، لا أنه أمر تعبدى وإن كان لإثبات المسح على المراتة تعبدياً ظاهراً ، فما يعرف من كتاب الله هو عدم وجوب المسح على البشرة بدليل نبي الحرج ، وهو شاهد على أن الجمع والتقديم عقلائي ، مع أنه لا يحتاج إلى الشاهد .

ودليل نبي الحرج والضرر ليسا بهذه المثابة ، ولا يساعد العرف على التقديم والتحكيم ظاهراً ، وما ذكرناه في وجه التحكيم غير مرضي في محيط العقلاء ، ولا بد فيه من المقبولية العقلانية ، وفرق بين المقام وبين الدليل المتعرض لموضوع دليل آخر توسعة" وتضييقاً نظير لاشك لكثير الشك مثلاً بالنسبة إلى أدلة الشكوك .

فما قيل في ضابط الحكومة - من أنه تعرض أحد الدليلين لما لا يتعرض الآخر - غير وجيه باطلاقه ، بل لا مناص فيها عن مقبوليتها لدى العقلاء ولا فدليل الضرر أيضاً متعرض لما لا يتعرض له دليل الحرج ، وبالجملة الظاهر عدم حكومة أحد الدليلين على الآخر .

(١) الوسائل - الباب - ٣٩ - من ابواب الوضوء - الحديث ٥ .

ثم لو قلنا بحكومة دليل نفي الجرح على نفي الضرر فان كان في مورد من الصور المتقدمة لإيجاب أداء المثل حرجياً وضررياً ومنع المالك عن المثل حرجياً لا ضررياً يقع التعارض بين مصداقين من دليل الجرح ، فيتمسك بدليل نفي الضرر ، فيحكم على الأدلة الأولية ، وإلا يقع التعارض بين دليل نفي الضرر والجرح من جانب ، ودليل نفي الجرح من جانب آخر وبعد السقوط تبقى الأدلة الأولية بلا معارض ، ومنه يظهر الحال في الصور جميعها ، نعم في مورد الغصب لما كانت أدلة نفي الجرح والضرر منصرفاً عنه يحكم بوجود أداء المثل كائناً ما كان ، هذا كله بناءً على مسلك القوم من حكومة دليل نفي الضرر على أدلة الأحكام .

وأما بناء على ما سلكناه من أن دليل نفيه نهي سلطاني سيامي أجنبي عن نفي الأحكام الضرورية فلزوم الضرر لا يوجب رفع الحكم ، نعم لو لزم منه الجرح يرفع بدليله .

إذا عرفت ذلك فنقول : أما الصورة الأولى والثانية مما تكون الزيادة بالقيمة السوقية فلا إشكال في وجوب الشراء : لأدلة الضمان وإطلاق دليل السلطنة وعقلانية الحكم بعد فرض الضمان ، وأما دعوى شيخ الطائفة (قده) عدم الخلاف في الغصب فلا يستفاد منها حكم المقام ، وقول الحلبي (قده) : « البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان » ليس دعوى الشهرة ، ولا يظهر منه إلا أنه مثل الغصب في أصل الضمان لا في جميع الجهات ، ولا يعارض الأدلة دليل نفي الضرر ، لعدم ضرورة اشتراء الشيء بشئ مثله ، وجبران خسارة مال الغير وإن كان ضررياً فيما إذا تلف عنده لكن لا يرفع بدليل نفيه بالضرورة ، لأنه ضرري بطبعه ، ولمعارضته بضرر الطرف ، إلا أن يقال : إنه من قبيل عدم النفع لا الضرر .

نعم لو لزم من شرائه الجرح عليه ينفي حكمه بدليله ، إلا أن يلزم

من منع المالك حرج عليه، فيتعارض الحرجان ويبقى دليل لزوم أداء المثل بلا معارض .

ولو قيل : إن دليل الحرج بما أنه امتناني لا يشمل ما لو كان الأمر على خلاف الامتنان بالنسبة إلى الطرف ، فلا يجري في المقام وإن لم يلزم حرج على المالك ، فإن منعه خلاف الامتنان ، قلنا : هذا ما اشتهر بينهم في أمثال المقام من أن دليل الحرج والرفع والضرر ونحوها بما تكون أحكاماً امتنانية لا إطلاق فيها إذا كان في مورد خلاف الامتنان ، ولهذا قالوا بصحة الصوم الضروري أو الحرجي إذا أقدم المكلف عليه .

أقول : هذا أحد الموارد التي صار الخلط بين الأحكام القانونية والشخصية سبباً للاشتباه .

والتحقيق أن الأحكام الامتنانية انما هي امتنانية بحسب القانون الكلي ولا يلاحظ فيه آحاد المكلفين ، فاذا كان في جعل قانون امتنان على الأمة كان الحكم امتنانياً ، وإن فرض مصادمته في مورد لشخص أو أشخاص ، وكونه موجباً لحرمانهم عن حق أو ملك ، كما أن المصالح والمفاسد في الأحكام على رأى العدالة ليست بمعنى كون الحكم بالنسبة إلى كل أحد ذا مصلحة وكما في الأحكام السياسية والجزائية ، فانها أحكام امتنانية على الأمة وإن كان فيها ضرر وحرج على الجاني ، فحديث الرفع امتناني مع أن جواز أكل مال الغير عند الاضطرار بلا إذن صاحبه أو مع نهيته خلاف المنته بالنسبة إليه ، وهذا لا ينافي الامتنان بحسب القانون ، وبالجملة الخلط بين الأحكام القانونية والشخصية موجب لكثير من الاشتباهات ، فتدبر جيداً .

مضافاً إلى أن رفع اليد عن إطلاق الأدلة لا يصح إلا مع إحراز الحجة، ومع احتمال كون الامتنان في تلك الأدلة نكتة التشريع لاعلة الحكم لا يصح رفع اليد عن الاطلاق، بل مع وجود الاطلاق واحتمال الانصراف لا يجوز

رفع اليد عنه ، مع أن الامتنان في تلك الأدلة إنما هو بالنسبة الى صاحب العناوين المذكورة لا غيرهم بلا إشكال وشبهة ، ففي حديث الرفع إنما يكون الامتنان على غير العالمين وعلى المضطرين وغيرهما لا على مطلق الأمة ، فقوله صلى الله عليه وآله : « رفع عن أمي ما لا يعلمون » (١) منة على من لا يعلم ، لا على العالم أيضاً وهكذا ، وقوله تعالى : « ما جعل عليكم في الدين من حرج » (٢) منة على من وقع في الحرج ، لا على مطلق الأمة ، وهو ظاهر ، فعمله لو كان الحكم على خلاف الامتنان بالنسبة الى صاحب العناوين يمكن أن يقال : لا يشمل مورداً لا يكون فيه الامتنان ، وأما إذا كان بالنسبة اليه امتنانياً لا بالنسبة الى غيره فلا محيص إلا من الأخذ بالاطلاق ، فتدبر حتى لاتوهم التناقض بين صدر كلامنا وذيله .

أما الصورة الثالثة وهي ما إذا طرأ الاعواز على المثلي ، وكان المثل عند من لا يبيعه إلا بأزيد من ثمن المثل زيادة يعتد بها فالظاهر عدم وجوب الشراء على مسلكهم ، لأن اشتراء الشيء بأزيد من ثمنه ضرر عرفاً مني بدليله ، وهذه الزيادة زائدة على طبع الخسارة .

والشيخ الأعظم (قده) مع اعترافه بلزوم الضرر عرفاً قال : « ولكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء وفقاً للتحرير ، كما عن الإيضاح والدروس وجامع المقاصد ، بل إطلاق السرائر ، ونبي الخلاف المتقدم عن الخلاف ، لعين ما ذكر في الصورة الأولى »

أقول : أما نفي خلاف الخلاف فهو في الغصب ، ولا تعرض له للمقام إلا بضم قول الحلبي اليه ، وقد عرفت ما فيه ، والتمسك بأدلة الضمان

(١) الوسائل - الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس - الحديث ١

(٢) سورة الحج : ٢٢ - الآية ٧٨ .

لا وجه له بعد حكومة دليل نفي الضرر عليها ، إلا أن تدفع الحكومة بدعوى عدم لزوم الضرر في الدفع ، ولزومه في الشراء لا يوجب رفع وجوبه ، لكونه مقدمة ، ولزوم الضرر في المقدمة خارج عن دليل الضرر . وفيه أن ظاهر « لا ضرر ولا ضرار » هو ادعاء عدم وجودهما في حومة التشريع ، ومع إيجاب ذي المقدمة الذي يلزم من مقدماته الضرر لاتصح الدعوى المذكورة ، ففني الضرر بعدما لم يكن متعلقاً بنفس الأحكام لعدم معنى لضرريتها لا محالة يرجع إلى أنه لا يلزم من قبلها ضرر ، والمقدمة الوجودية الضرورية يكون تحمل ضررها من قبل حكم الشارع ، فيشملها الدليل .

أو يقال : إن القابض أقدم على الضرر ، فلا يشملها دليله ، وفيه ما مرّ من أن الاقدام حتى على الضمان غير واقع في عمل المتعاملين اللذين أقدموا على المعاملة العقلانية حتى مع علمها بفساد المعاملة ، فضلاً عن الاقدام على الضرر ، بل هما أقدمتا على كون كل عوض مقابل عوضه لا غير . نعم مع كون المتعامل معتنياً بالدين مع علمه بالفساد يتجه الضمان والاقدام ، بمعنى أن العالم أراد أخذ مال غيره بصورة إيقاع المعاملة ، لا المعاملة الحقيقية ، لكنه غاصب يؤخذ بأشق الأحوال ، وخارج عن مورد الأخذ بالبيع الفاسد المتعارف بين الناس ، فتدبر .

وقد يقال : إن القبض إنما يكون لإقداماً على ضمان المثل وإن كان بأضعاف قيمته إذا كان حكمه في الشريعة ذلك ، فإذا علل كون الحكم هو ذلك بالاقدام كان دوراً ، وفيه أن أدلة الضمان تقتضي الضمان كائناً ما كان ، من غير توقفه على شيء ، وإنما يوجب الاقدام عدم شمول نفي الضرر لمورده ، فثبوت حكم الضمان كائناً ما كان لا يتوقف على الاقدام ، بل سلب الضمان بدليل نفي الضرر موقوف على عدمه .

وقد يقال : « إن وجوب الشراء في صورة علم وجوده إلا عند من لا يبيعه إلا بثمن غال في غاية الاشكال ، بل لا وجه له ، لأن الشيء إذا لم يكن مثله كثيراً مبذولاً فهو قيمى ، من غير فرق بين التعذر الظارىء والبدوي ، أي الذي أوجب كون الشيء قيماً من أول الأمر هو الذي أوجب سقوط المثل عن الذمة ما دام التعذر ، وبالجملة وجوده عند من لا يبيعه إلا بأضعاف قيمته في حكم التعذر ، ومقتضى قاعدة الضرر عدم وجوب شرائه على الضامن » انتهى .

وفيه أن الشيء قد يكون قيماً لدى العقلاء ، وهو ما لا يكون لماهيته مثل بحسب التعارف ولو وجد له مثل أو مثلان اتفاقاً ، لا يعدّ مثلاً كالحيوانات والأواني العتيقة التي توجد في الحفريات ، وقد يكون بحسب طبعه وماهيته ذا مثل كالحبوب ، فالحيوانات قيميات وإن وجد لها مثل نادرة ، والحبوب مثليات وإن طرأ عليها إعواز أحياناً ، وبمجرد الإعواز لا يوجب التبديل بالقيمة ، سيما إذا طرأ عليها بعد الائتلاف والتلف ، وظاهر قوله : « سقوط المثل ما دام التعذر » أن الشيء إذا صار نادر الوجود تبدل بالقيمة في الذمة ، وإذا صار كثير الوجود تبدل بالمثل ، وهو كما ترى .

والتحقيق أن الضمان في المثليات بالمثل ، أعوز أم لا ، غاية الأمر أنه عند الإعواز والتعذر أداء القيمة مع المطالبة نحو أداء للمثل .

ثم إنه مع دعوى سقوط المثل عن الذمة في ظرف التعذر لا وجه للتشبيث بدليل نفي الضرر ، لأن التمسك به فرع البناء على أن المثل على عهده ووجب شراؤه ، فيرفع بدليله .

تذنيب :

فيه مسألتان : الأولى : قال الشيخ الأعظم (قده) : « لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره » وقال السيد الطباطبائي (قده) : « لا إشكال في جواز مطالبة المالك ماله من العين أو المثل في أي مكان كان ، لعموم « الناس مسلطون » وإن لم تكن العين أو المثل موجوداً في ذلك المكان ، إذ غاية أن معه ينتقل إلى القيمة » انتهى . أقول : أما جواز مطالبته بالعين أو المثل مع إمكان أدائها فلا إشكال فيه ، ومع عدم إمكانه محل إشكال ، ولا تبعد استفادة علم الجواز من بعض ما دل على وجوب إنظار المعسر بالقاء الخصوصية ، مع أن في إمكان الجدل على مطالبة ما لا يمكن أداؤه فعلاً كلاماً ، لأن المطالبة الجدية لا يعقل إلا مع حصول مبادئها ، ومن المبادئ احتمال انبعاث المطالب عنه ببعثه ومطالبته ، ومع العلم بعدم إمكان انبعاثه لا يعقل تحقق الجدل ، وهو كالأمر بأمر غير معقول مع العلم بعدم معقوليته .

وما اشتهر بينهم من أن الانشاء قليل المؤونة لو كان المراد به أن التلفظ بألفاظ الانشاء كذلك فهو ليس بانشاء ، وإن كان المراد أن الانشاء جداً كذلك فهو ممنوع ، بل هو كسائر الأفعال الاختيارية منوط بمبادئه لا يعقل تحققه بدونها ، وتوهم أن المصلحة في نفس الانشاء في المقام ، لأنه به ينتقل الشيء إلى القيمة - نظير ما يقال في باب قصد الإقامة : إنه قد يكون المصلحة في نفس القصد لا في المقصود ، وفي باب الأمر : قد يكون المصلحة في نفسه لا في المأمور به - مدفوع بأن إنشاء المطالبة جداً بمعنى إرادة حصول المطلوب من الطرف جداً لا يجتمع مع علم لإيجاد

حتى تكون المصلحة في الانشاء لا المنشأ ، وكان المراد حصول الانشاء لا المنشأ ، وهذا أمر جارٍ في نظائر المقام مما ذكر أو لم يذكر .
وربما تكون المصلحة في الانشاء الجدي لا المنشأ ، لكن نصير ذلك علة لارادة المنشأ جداً ، لحصول المصلحة الكامنة في الانشاء ، فيكون المنشأ مطلوباً جداً بالعرض وثانياً . نعم يمكن مع تعذر المثل مطالبة قيمته لكن هو خلاف ظاهر الطباطبائي (قده) فراجع .

هذا مع أن المطالبة جداً لمصلحة فيها على فرض صحتها لا توجب الانتقال إلى القيمة مع الغض عما يأتي ، لأن ما يوجب ذلك هو مطالبة العين جداً بمعنى البعث اليها على أن تكون هي المطلوبة ، لا نفس البعث .
وأما ما ذكره السيد (قده) من أنه معه ينتقل إلى القيمة فلا وجه له في العين ، سواء أراد بما ذكر أنه مع عدمها في ذلك المكان تنتقل اليها مطلقاً ، أم أراد أنه مع عدمها فيه والمطالبة تنتقل اليها ، لعدم الدليل عليه ، فلا دليل السنطنة يقتضي ذلك ، ولا دليل اليد حتى بناءً على أن العين على العهدة إلى زمان الأداء .

وتوهم أن عهدة العين عهدة تشخصها ونوعيتها وماليتها ، ومع تعذر الشخص والمثل يبقى تعهد القيمة ، ومقتضى دليل السلطنة جواز المطالبة عند فقدها في ذلك المكان بالمثل أو القيمة ، ومع عدم المثل تبقى القيمة على عهده ، وله المطالبة بها ورفع اليد عن شخصها ونوعها مدفوع - مضافاً إلى أن ذلك لا يصحح كلامه ، لأنه مدع بأن التعذر يوجب الانتقال إلى القيمة ، وهو غير ما ذكر من الوجه - بأن العهدة غير مشغولة بالعين ، ونوعها وماليتها مستقلة ، بحيث يكون له إسقاط البعض وإبقاء الآخر ، وإلا كان له مع وجود العين وحضورها إسقاط شخصيتها ومثليتها الملازمة للشخصية ، ومطالبة المثل في غير مورد الشخص ، وكذا إسقاط المثل

والشخص والقيمة الملازمة لها ، ومطالبة القيمة في غير العين ، وهو واضح الفساد .

وبالجملة لا يقتضي دليل اليد إلا عهدة نفس العين لا غير ، والجهات الأخر مندكة فيها ، فلا يقتضي إلا عهدة واحدة لأمر ذي شؤون ، فلاوجه للانتقال إلى القيمة ، فلو أمكن للقابض إحضار العين بلا حرج يجب عليه وإلا فلا ، ويجب على المالك الصبر إلى زمان إمكانه إلا أن يكون غاصباً ، فيجب عليه الإحضار ولو مع الحرج ، وأما مع تلفها واستقرار الضمان بالمثل فمجرد عدم وجوده في بلد المطالبة لا يوجب التبديل إلى القيمة ، بل مع التعذر أيضاً لا دليل على الانتقال ، نعم مع التعذر العرفي يكون الأداء بالقيمة نحو أداء للمثل ، وهو غير الانتقال إلى القيمة قهراً .

الثانية :

هل المدار في مطالبة المثل على مكان الغضب والاستيلاء ، أو مكان التلف ، أو مكان المطالبة ، ولو مع اختلاف القيم فيها ؟ ذهب الشيخ الأعظم (قده) إلى أن للمالك المطالبة ولو كانت قيمته في مكان المطالبة أزيد منها في مكان التلف وفاقاً لجمع ، وعن الحلبي (قده) أنه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة وأصول المذهب ، قال الشيخ : هو كذلك لعموم « الناس مسلطون على أموالهم » (١) وعن ظاهر شيخ الطائفة والقاضي (قدهما) أن المدار في المثل على بلد الغضب .

وقال السيد الطباطبائي (قده) : « إن المدار على مكان وجود العين في يده إلى زمان التلف ، فللمالك مطالبته في أي مكان نقلها إليه ، فلو

(١) البحار - ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث .

أدارها في البلدان له لإزمه بالردّ إلى كل واحد منها ، لأن له أن يقول :
 إنني أريد بقاء مالي في ذلك البلد الذي وصل إليه ، وليس له لإزمه بالنقل
 إلى مكان لم يصل إليه وإن كان المالك هناك ، وكذا بالنسبة إلى المثل ،
 له المطالبة به في جميع الأمكنة التي وصلت العين إليها إلى زمان التلف ،
 ومع التعذر له قيمة المثل في تلك الأمكنة ، والوجه فيه انصراف أدلة
 الضمان ، لأن المستفاد من قوله عليه السلام : « المغصوب مردود » (١)
 « من أتلف » و « على اليد » ونحو ذلك وجوب الرد والدفع في مكان
 ذلك المال « انتهى .

وفيه ما لا يخفى ، أما في العين الموجودة فلا دليل على لزوم ردّ
 العين إلى كل مكان وصلت إليه ، وإرادة المالك بقاء ماله في مكان لا يلزم
 تبعيتها ، ومثل قوله (ع) : « المغصوب مردود » لا يدل إلا على وجوب
 ردّه إلى صاحبه ، ودعوى الانصراف إلى الايصال إلى كل مكان وصل
 إليه من غرائب الدعاوي ، ولو فرض انصراف فهو بالنسبة إلى مكان
 الغصب ، وهو أيضاً ممنوع .

نعم لا يبعد الفرق بين الأشياء التي تتعلق الرغبات العقلانية بوجودها
 في مكان الغصب أو كان لردّها إلى مكانه مؤونة أو مشقة فأراد الدافع
 ردّها إليه في غيره ، والظاهر أن للمالك الامتناع عنه ومطالبة ردّه إليه ،
 وما لا يكون كذلك نحو خاتم غضب منه في مكان وأراد ردّه في مكان
 آخر لا تختلف الحال فيها ، فالظاهر وجوب قبوله وعدم لزوم ردّه إلى
 مكان الغصب ، كما أن للمالك مطالبته في ذلك المكان ، وسيأتي الوجه فيه .
 ولو قيل : إن مقتضى دليل السلطنة تسلط المالك على إبقاء العين

(١) الوسائل - الباب - ١ - من كتاب الغصب - الحديث ٣ وفيه

« الغصب كله مردود » .

في أي مكان وصلت اليه ومع نقلها منه للمالك أن يطالبه بالارجاع إليه ، يقال : إن مقتضى دليلها ليس إلا علم جواز التصرف في سلطانه ، وعدم جواز مزاحمته فيه زائداً على سلطانه في مطلق التصرفات ، فلا يجوز للغير نقل ماله من مكان إلى مكان ، وأما إرجاعه إلى كل مكان أداره فيه فلا يقتضيه دليل السلطنة ، إذ هو سلطنة على الغير لا على المال .
وأما مع تلف العين وتعلق المثل على الذمة فلا دليل على لزوم أدائه في كل مكان دارت العين فيها ، والانصراف ممنوع ، ولو فرض انصراف يكون إلى بلد الاستيلاء والغصب أو بلد التلف ، لا إلى كل بلد وصلت العين إليه .

ولا بأس بالإشارة إلى مفاد دليل الضمان من هذه الحيثية حتى يتضح الأمر من هذه الجهة ومن بعض جهات آخر ، فنقول : إن قوله (ص) : « على اليد ما أخذت » الخ يحتمل فيه بحسب التصور أن يكون المراد بالموصول هو الشخص المأخوذ بهويته الشخصية ، وتكون العهدة مشغولة بها لا الأوصاف والاضافات التي لا دخالة لها في اختلاف الشخصية ، سواء كانت موجبة لاختلاف الرغبات والقيم أم لا ، فمن غصب عين مال وصارت عنده ناقصة ساقطة عن المالية فردّها اليه لم يكن عليه شيء ، لردّ المأخوذ المتشخص بشخصيته ، والجهات الأخر غير مأخوذة ولا مضمونة .
أو الشخص بصفاته الوجودية مطلقاً أو ما هي موجبة لاختلاف الرغبات ، ولازمه أنه مع بقاء العين يجب ردّها وجبر خسارة نقصها ، ومع تلفها يجب أداء المثل ، ولا بد فيه من مماثلته لها بجميع الخصوصيات والصفات الوجودية على الاحتمال الأول ، وبجميع ما له دخل في الرغبات على الثاني .

أو الشخص بجميع صفاته الوجودية والانزاعية مطلقاً ، أو ما هي

موجبة لاختلاف الرغبات ، ولازمه مع بقاء العين ما مر ، ومع تلفها أداء المائل بنحو ما مر ، فلو تلف الثلج في الصيف مضموناً عليه يجب عليه أدائه وجبران اختلاف القيمة .

أو الشخص كذلك مع حيثية ماليته حتى يجب جبران اختلاف القيمة السوقية لو لم نقل بأن اختلافها ناشٍ من اختلاف الرغبات الناشئة من اختلاف العين في حيثية .

أضعف الاحتمالات هو الأول ، ولا يبعد أن يكون أقواها ما قبل الأخير ، ولو باعتضاد ارتكاز العقلاء في باب الضمانات ، بأن يقال : الظاهر من دليل اليد وغيره هو وقوع المثل في المثلي على العهدة جبراً لخسارة المضمون له ، والمثل في باب الضمانات وجبر الخسارات هو ما يكون مماثلاً للتلف في الحيثيات التي تكون دخيلة في الرغبات واختلاف القيم ولو لم تكن الحيثية من الأوصاف الوجودية ، وما لا دخل له في الرغبات واختلاف القيم لا يصير مضموناً ، إذ لا دخل له في جبر الخسارة والعضوية ولو كانت من الصفات الوجودية ، ولو فرض أن اختلاف اللون في مثلي لا يوجب اختلاف الرغبة والقيمة لا تجب المماثلة فيه ، إذ لا معنى للضمان فيه عرفاً ، كما أنه لو فرض أن اختلاف حيثية غير وجودية بل انتزاعية موجب لاختلافها تكون تلك الحيثية مضمونة كالثلج في الصيف أو في المناطق الحارة ، فلو تلف الثلج في الصيف مضموناً عليه وأراد أداء مقدار مماثل له في الوزن في الشتاء الذي سقطت فيه ماليته أو نقصت لأجل اختلاف الفصل لا يبعد ذلك أداء مماثل ما تلف عنده ولا جبران خسارته .

وأما اختلاف القيمة السوقية فقد يكون لاختلاف حيثية في العين عرفاً كالثلج في الصيف والشتاء أو في المناطق الحارة والباردة ، وقد لا يكون كذلك عرفاً وإن فرض رجوعه بالأخرة إليه بتدقيق وتحقيق ،

فعلى الأول مضمونة دون الثاني لمساعدة العرف والعقلاء في الأول دون الثاني ، سيما مع بقاء العين ، فمن غصب ثلجاً في الصيف وأبقاه بعينه إلى الشتاء وأراد تسليمه لا يساعده العقلاء ، بخلاف ما لو أراد تسليمه بعد يوم ولو مع نقص قيمته السوقية ، وكذلك لو تلفت وأراد الجبران بالمائل .

وتوهم أن الانتزاعيات لا تقع تحت اليد ، ولا بد في الضمان منه مدفوع بأن وقوعها تبعية بوقوع العين تحت اليد ، ولا يلزم الوقوع استقلالاً وإلا لزم عدم ضمان الأوصاف الوجودية أيضاً ككون العبد عالماً صانعاً وكون الدابة مرتاضة ، والعين صحيحة سليمة ، مع أنها مضمونة لوقوعها تحت اليد تبعاً ، فظهر مما ذكرنا ضعف القول بوجوب ردّ العين أو المثل في كل مكان دارت العين وأراد المالك ردّها إليه .

السادس :

لو تعذر المثل في المثلي فهل يجب على الضامن دفع القيمة مع مطالبة المالك أو لا ؟ ولعل الأولى أن يقال : لو تعذر المثل هل للمالك حق مطالبة القيمة أم لا ؟ فان مطالبة المثل جداً غير ممكن ، ومطالبة القيمة إذا لم تكن بحق لم يترتب عليه أثر ، وجوازها وكونها بحق ملازم لوجوب دفعها وكيف كان ففيه وجهان :

استدل للأول بوجوه : منها - أنه مقتضى دليل اليد ، فانه ظاهر في أن نفس العين على عهده ولو مع تلفها ، وانما أداء المثل أو القيمة لكونها نحو أداء لها ، لأن أداء المثل أداء لها بمجتهتها النوعية المشتركة وبمجتهتها المالية ، فهو أقرب إليها ، ومع عدم المثل وإعوازه فالقيمة نحو

أداء لها بجهتها المالية ، وإنما يجب أداء المثل مراعاةً لحال المالك ، لكونه أقرب شيء إلى ماله المتلف ، فمع إعواز المثل ومطالبة القيمة يجب أداؤها ، لأنه مع إعراضه عن المرتبة الكاملة يجب دفع النازلة .

وفيه - مضافاً إلى ما مرّ من الاشكال في المبني بأن المتفاهم من دليل اليد هو ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي ، وأن وقوع العين على العهدة خلاف فهم العرف والعقلاء - أن كون دليل الضمان بالمثل أو القيمة لمراعاة حال المالك ، بحيث كان له الإعراض عن مرتبة ، والأخذ بمرتبة أخرى غير معلوم ، ولهذا لو كان المثل في المثلي موجوداً ليس له الإعراض عن المثلية ، ومطالبة القيمة ، بل هو ملزم بقبول المثل ، والتفصيل بين حال الإعواز وعدمه من هذه الجهة غير وجيه .

ومنها - أن اليد إذا وقعت على العين وقعت عليها بخصوصيتها الشخصية وبجهتها النوعية والمالية ، فكل تلك الجهات وقعت على عهده ، ومقتضى دليل السلطنة جواز إلقاء خصوصية المثلية ومطالبة خصوصية المالية من غير فرق بين القول بأن مقتضى دليل اليد هو عهدة نفس العين بشؤونها أو ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي ، فإن ضمان المثل وكونه على العهدة متضمن لضمان القيمة أيضاً ، فله إلقاء جهة المثلية ومطالبة القيمة .

وفيه - مضافاً إلى ما مرّ من أن لازم ذلك جواز إلقاء خصوصية المثل والعين ومطالبة القيمة مع وجود العين والمثل وهو كما ترى - أن دليل الضمان لا يدل إلا على ضمان نفس العين على المبني الأول ، والمثل في المثلي على المبني الثاني ، وليس في ضمان العين ضمانات ، ولا في ضمان المثل ضمانان عرضاً أو طولاً حتى يصح للمالك إسقاط جهة ومطالبة جهة أخرى وشؤون العين ليست مضمونة ، بل العين مضمونة ، وهي ذات مثل ومتقومة بقيمة ، فالشؤون للعين المضمونة ، لا مضمونة كالعين ، وهكذا الكلام

في المثل على المبنى الثاني ، وأما دليل السلطنة على الأموال فلا يقتضي مطالبة غير ما على عهدة الضامن ، وهو المثل في المثلي ، ولا معنى لاقتضائه أداء قيمة المال إلا إذا قيل بتبدل المثل بالقيمة عند الاعواز ، وهو أول الكلام . ومنها - ما أفاده الشيخ الأعظم (قدّه) من أن منع المالك ظلم ، وإلزام الضامن بالمثل مني بالتعذر ، ومقتضى الجمع بين الحقين وجوب القيمة . وفيه أن منع المالك عن القيمة انما يكون ظلماً لو ثبتت القيمة على عهدة الضامن ، وهو أول الكلام ، ومع ضمان المثل إلزام الضامن بغير ما للمضمون له لعله ظلم ، ولو قيل : إن المثل مشتمل على المالية فتعذر المثل لا يوجب سلب سلطنة المالك عن المالية ، فقد مرّ جوابه بأن العهدة لا تشتغل إلا بالمثل لا به وبالقيمة ، ولا دليل على الانقلاب بمجرد التعذر ، نعم لو كان التعذر إلى الأبد أو إلى أمد بعيد جداً يمكن أن يقال : إن منع المالك ظلم ، وهو لا يخلو من تأمل أيضاً ، لكن الرجوع إلى القيمة في الفرض عقلائي دون غيره ، لكن إطلاق كلام الشيخ يقتضي الحكم بوجوب القيمة مع التعذر ولو إلى أمد قريب .

ثم إنه لم يتضح مراده من الجمع بين الحقين ، إذ ليس للضامن حق ضرورة أن كون الإلزام منفيّاً بالتعذر غير ثبوت الحق ، وفي طرف المالك أيضاً محل إشكال ، إذ ليس له حق المطالبة فعلاً مع تعذره ، وحق مطالبة القيمة غير ثابت ، مع كون الذمة مشغولة بالمثل فقط .

ومنها - ما أفاده أيضاً ، وهو التمسك بقوله تعالى : « فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (١) فإن الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى .

وفيه - مضافاً إلى ما تقدم من أن الآية بما أنها راجعة إلى الاعتداء

في الحرب لا يمكن استفادة المثلية منها بالمعنى المنظور ولو قلنا بأنها كبرى كلية فراجع - أن الظاهر منها مع الغض عما ذكر أن الاعتداء لا بد وأن يكون بالمثل وللزام الضامن بالقيمة اعتداء عليه بما وراء المثل ، ولم يرخصه الشارع ، ولو سلم أن الآية كناية عن عدم الاعتداء زيادة على مقدار اعتداء الغاصب أو الضامن لكن لا يفهم منها جواز الاعتداء والاقتصاص بكل شيء ليس مقدار مساوية أزيد من المضمون ، لعدم كونها حينئذ إلا بصدد المنع عن التعدي بالزيادة لا جواز الأخذ بما لا يكون زائداً فلا إطلاق فيها من هذه الجهة .

ثم إن احتمال كون الآية لإرشاداً إلى ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي بعيد غاية ، مع ملاحظة سياقها وشأن نزولها .

ومنها - ما تشبث به بعضهم وتبعه آخر ، وهو أن الصبر إلى أن يوجد المثل ضرر عليه ، وفيه ما لا يخفى ، ضرورة أن دليل نفي الضرر لو نفي الأحكام الضرورية فلا حكم ضروري في المقام ، لأن ما على عهدة الضامن هو المثل ، ولم يمنع الشارع باطلاق دليل أو عمومته عن أخذه ولزوم التأخير مع التعذر عقلي ، مضافاً إلى أن اثبات القيمة لا يمكن بدليل نفي الضرر إذ ليس شأنه إلا نفي الحكم الضروري ، لا إثبات أمر مباين أو مخالف كاثبات القيمة مع ضمان المثل ، مع أن التأخير ليس ضرورياً دائماً .

ومنه يظهر الكلام في دليل نفي الحرج لو كان التأخير حرجياً ، لأن دليل نفيه لا يني باثبات أمر آخر ، ولهذا قلنا في رواية عبد الأعلى في باب المسح (١) : إن تمسك الامام عليه السلام بدليل نفيه إنما هو

(١) الوسائل - الباب - ٣٩ - من ابواب الوضوء - الحديث ٥ .

لرفع وجوب المسح على البشرة ، وأما أمره بالمسح على المرارة فليس بمقتضى دليل الحرج .

هذا كله لو قلنا بأن « لا ضرر ولا ضرار » حاكم على الأدلة الأولية ، وأما إن قلنا بأنه حكم سلطاني من رسول الله صلى الله عليه وآله على أمته ، ونهي منه عن الاضرار بالغير وإيقاع الحرج عليه فلا يصح التمسك به أيضاً لاثبات القيمة ، لأن تأخير أداء المثل لو كان حرجياً أو ضرورياً فلا يكون بفعل الضامن ، وليس للمالك على الضامن قيمة المثل حتى يكون تأخير أدائها موجبا للاضرار أو إيقاع الحرج .

ومنها - التمسك ببناء العرف مع عدم ردع الشارع ، بدعوى أن بناءهم عند تعذر المثل مطالبة القيمة ، وإلزام الضامن على أدائها ، وفيه أنه غير ثابت في التعذر إلى أمد ، سيما إذا كان الأمد قريباً واتصاله على فرضه إلى عصر المعصوم عليه السلام غير ثابت .

ومنها الإلزام بالانقلاب إلى القيمة عند تعذر المثل ، بأن يقال : إن الوضع منتزع من التكليف ، ولا يعقل التكليف بأداء المتعذر ، فلا بد من التكليف بأداء القيمة ، لأن احتمال سقوط الضمان مطلقاً مخالف للضرورة ، فمع التكليف بها ينتزع اشتغال الذمة بالقيمة ، وهو المطلوب ، فللمالك مطالبتها وليس للضامن التأخير .

وفيه - مضافاً إلى أن التحقيق إمكان جعل الوضع ابتداءً ووقوعه ، وجعله لا يتوقف على إمكان الأداء فعلاً - أنه لو سلم ذلك يمكن أن يقال : إن مقتضى إطلاق أدلة الضمان أن المثل على عهد الضامن في المثلي : ولو مع التعذر ، فيكشف منه تكليف مناسب لحال التعذر ، وهو التكليف التعليقي ، فينتزع منه الوضع فعلاً ، لأن التكليف فعلي متعلق بأمر استقبالي ، وهو يصحح الضمان بالمثل ، وعدم الانقلاب إلى القيمة فيما إذا تعذر إلى أمد .

ويمكن أن يجاب بوجه آخر ينتج عدم الانقلاب ولو مع التعذر الى الأبد ، وهو أن التكاليف القانونية فعلية على موضوعاتها غير مقيّدة ولا معلقة ، والأعذار العقلية ليست قيوداً لها ، فحرمه شرب الخمر مجعولة على عنوانها مطلقاً ، والجاهل ببحرمتها أو موضوعها والمضطر الى ارتكابها عقلاً معذوران في ارتكاب الحرام الفعلي كما فصلناه في باب الاشتغال ، فيكون التكليف الفعلي القانوني المتعلق بعنوانه منشأ لانتراع الوضع مطلقاً .

ولو قيل في تقريب الانقلاب : بأن جعل المثل لدى تعذره لغو ، سيما إذا كان التعذر الى الأبد كما أن التكليف به كذلك بل هو ممتنع ، يقال : كلا ، أما فيما إذا كان إلى أمد فواضح ، وأما مع التعذر مطلقاً فلوجود الأثر ، لأن الاشتغال بالمثل موجب لاعتبار قيمة يوم الدفع ، بخلاف ما إذا كان التبديل من حين التعذر ، مضافاً الى ما قلناه في محله : من أن اللغو في المجموعات القانونية تلاحظ بالنسبة الى الحكم الكلي القانوني ، لا إلى آحاد المكلفين وخصوصيات التكليف ، للزوم توالي فاسدة تعرضنا لها في الباب المشار اليه .

ثم لو قلنا بالانقلاب فكما يجب على الضامن عند المطالبة أداؤها يجب على المالك قبولها ، وليس له الرد ، ولو امتنع منه تلقى عنده أو ردّ إلى الحاكم ، فلا وجه للتفصيل .

ثم إن في زمان اعتبار القيمة احتمالات ووجوهاً كثيرة لا بد في تحقيق ما هو الحق من ذكر أمور :

الأول : قد عرفت أنه لا دليل على انقلاب المثل عند إعوازه الى القيمة ، وربما يقال : إنه لو استندنا في لزوم القيمة إلى قوله تعالى : « فاعتدوا عليه » الخ والى أن المتبادر من إطلاق الضمان هو وجوب الرجوع إلى ما هو الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل توجه القول بصيرورة التالف

قيماً بمجرد تعذر المثل ، إذ لا فرق في تعذره بين الابتدائي كما في القيميات وبين الطارئ بعد التمكن ، كما فيما نحن فيه ، ودعوى اختصاص الآية وإطلاقات الضمان في الحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداءً لا يخلو من تحكم ، هكذا أفاد الشيخ الأعظم (قدّه) وتبعه في الجملة بعضهم .

وفيه أنه لو استندنا إلى الآية نظير استناد شيخ الطائفة (قدّه) وقلنا بأن مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلي والقيمة في غيره ، فتدل على ضمان المثل في المثلي سواء أعوز ابتداءً أم طرأ عليه ، فإن الاعواز لا يوجب خروج الشيء عن المثلي إلى القيمي ، لأن الميزان في القيمي ليس عدم وجود المثل له في الخارج اتفاقاً ، بل بعض الأشياء بحسب الخلقة الأصلية أو بحسب الصناعة مثلي ولو أعوز مثله ، وبعضها قيمي كذلك ولو وجد له مثل نادراً ، فالحنطة مثلية بحسب الخلقة ولو فرض عروض الاعواز والقحط حال وقوع اليد عليها أو بعده ، والآية الكريمة بناءً على ما ذكر دالة على ضمان المثل في المثلي وكان الحكم متعلقاً بنفس الطبيعة كما هو الشأن في جميع الأحكام وموضوعاتها ، وإعواز المثل أحياناً لا يخرج الشيء عن المثلية ، ولا يرفع الحكم عن الموضوع أي طبيعة المثل في المثلي ، كما أن ارتكاز العقلاء أيضاً كذلك في الضمانات ، ولهذا لو فرض الاعواز في مدة طويلة ثم وجد المثل وشاع يحكم العقلاء بوجوب أداء المثل ، وكذا لو أعوز وأراد الضامن إعطاء الفرد النادر المماثل ليس لصاحب المال عدم قبوله لدى العقلاء .

وبالجملة إن الضمان بالمثل قانون كلي لم يلاحظ فيه الاعواز وعلمه ، ولو قلنا بلزوم أداء القيمة عند الاعواز فليس لأجل انقلابه إليها ، بل لأقربيتها إليه في مقام التأدية ، وهذا نظير القول بأن ظاهر قاعلة اليد ضمان نفس العين وأداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي ، نحو أداء لها من غير انقلاب العين إليها .

وأما قوله رحمه الله : « إنه لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداءً كما في القيميات » الخ فقد عرفت ما فيه ، ومنه يظهر النظر فيما قال بعض أعظم العصر (قده) من أن الذي يوجب في ضمان العين عند تلفها استقرار القيمة في الذمة لا المثل هو الميزان للتعذر الطارئ للمثل ، لما عرفت من أن ميزان القيمة والمثلية غير مربوط بالتعذر وعدمه ، فتدبر جيداً .

الثاني : قد ذكرنا سابقاً أن قوله (ص) : « على اليد » الخ موجب لضمان العين المأخوذة بجميع صفاتها الحقيقية والانزاعية والاضافية بما هي دخيلة في الرغبات واختلاف القيم ، فالدابة مضمونة بوصف ارتياضها وصحتها وسلامتها ، والتلج المأخوذ في الصيف وفي قارة إفريقيا مضمون بالوصف المذكور ، لأنه موجب لاختلاف الرغبات والقيم ، وقد عرفت وقوعها تحت اليد تبعاً ، وهو كاف في الضمان ، ولهذا يكون وصف الصحة والسلامة مضموناً بلا إشكال لوقوعه تحتها تبعاً .

فلو وقع شيء تحت يده واتصف بصفات موجبة لزيادة الرغبات ولو بعمل من الآخذ كما لو حكّ العقيق وخاط الثوب وجعل الدابة مرتاضة ونحو ذلك ثم زالت الصفات عنه ضمن الغاصب صفاته ، فمع وجود المغصوب يجب رده وأداء قيمة الصفات التالفة ، ومع تلفه لا بد من رده مثله بصفاته إن كان مثلياً ، وردد أعلى القيم من زمن الغصب والأخذ بالبيع الفاسد إلى زمان التلف إن كان علو القيمة لأجل صفات ولو انزاعية واضافية .

وأما مجرد زيادة القيمة السوقية إن لم ترجع إلى وصف أو فقد وصف فضمانها مشكل ، لعدم مساعدة العرف عليه ، بل يمكن أن يقال : إن القيمة تعتبر للشيء بازائه وإزاء صفاته الموجبة للرغبات ، ولاتلاحظ وصفاً للشيء .

الثالث : أن الاحتمالات ومبانيها كثيرة نتعرض لمبانيها ومبانيها ، ومحصل الكلام فيها أنه إما أن نقول : بأن مقتضى أدلة الضمان هو وقوع العين على العهدة في المثلي والقيمي حال التلف والتعذر ، ولا تنقلب الى غيرها إلى زمان الأداء بالمثل أو القيمة أو نقول : بأن مقتضاها ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي ، وعلى هذا الاحتمال إما أن نقول : ببقاء المثل على العهدة الى زمان الأداء حتى مع تعذره مطلقا ، وأن أداء القيمة عند التعذر نحو أداء للمثل ، أو نقول : بانقلابه الى القيمة وقت عروض التعذر ، وبانقلاب العين في الاحتمال الأول الى القيمة وقت تعذر الأداء ، فهذه الاحتمالات هي المعتد بها من بين الاحتمالات .

فإن قلنا بالاحتمال الأول فمن جمع من المحققين أن الاعتبار بقيمة وقت الأداء ، بتقريب أن مالية العين حاله لا تحتاج الى عناية ، بخلاف غير حاله كحال التعذر أو التلف أو المطالبة ، فانها تحتاج الى عناية ومعين ، بل نفس التكليف بأداء مالية العين تقتضي تعيين ماليتها عند تعلق الأداء بها ، لأنها قيمتها بالفعل .

وأنت خير بأن هذا التقريب قاصر عن إثبات مطلوبهم ، لأن التكليف على هذا المبنى لم يتعلق بأداء القيمة والمالية ، ضرورة عدم انقلاب العين الى القيمة ، وليس دليل لفظي دال على وجوب أداء قيمة العين حتى يستظهر منه ما ذكر .

فالأولى أن يقال : إن مقتضى هذا المبنى وجوب الخروج عن عهدة العين التي تكون في ذمته بأداء قيمتها التي هي نحو أداء لها ، وما هو نحو أداء لها عرفاً هو أداء قيمتها الفعلية لا القيم الأخرى ، فلو فرض أن قيمتها حال الأداء مائة وقبلها خمسون فأداء الخمسين ليس نحو أداء لها ، ولو فرض أن قيمتها قبلها مائتان يكون أداء مائة أداءً لها ، وأداء مائتين أداءً مع زيادة

غير ملزمة .

ثم إن ما ذكر لا ينافي ما ذكرناه من لزوم اعتبار العين على مبنى تعلقها بالذمة مع جميع صفاتها الدخيلة في الرغبات والقيم ، فالعين بأوصافها على العهدة وأداء قيمتها بلا لحاظ تلك الأوصاف ليس أداء لها عرفاً ، والظاهر أن نظر الأعيان في اعتبار قيمة يوم الأداء هو قيمتها مع لحاظ الأوصاف المذكورة ، وإلا فإدلة الضمان حجة عليهم .

وقد يقال : « إن المالية بلحاظ حال التلف مالية حقيقية موجودة مضمونة ، وأما المالية قبل التلف فموجودة لكنها غير مضمونة ، ولهذا لا يجب تداركها مع دفع العين إذا نقصت ماليتها ، والمالية بعد التلف ليست موجودة ، بل مفروضة بفرض وجود العين ، ولا تدارك حقيقة إلا للمالية المتحققة بتحقق العين لا المتقدرة للعين المفروضة ، فالاعتبار بقيمة يوم التلف ، هذا على فرض كون العين على العهدة ، وأما إذا قلنا بأن المثل عليها إلى وقت الأداء فالاعتبار بيومه ، لأن المثل كلي متحقق في الذمة له مالية موجودة لا مفروضة ، وهو الفارق بين بقاء العين على العهدة إلى زمان التفريغ وبقاء المثل إلى زمان الأداء ، فان العين حيث كانت شخصية وقد تلفت فلا وجود لها ولا مالية إلا بالفرض ، بخلاف المثل ، فانه كلي لا يتوقف اشتغال الذمة به على وجود شيء يطابقه خارجاً ، فلا تلف له ، فماليته حال الأداء متحققة لا مفروضة » انتهى .

وفيه أن الفرق بينهما بما ذكره غير مرضي ، لأن الكلي انما له مالية لا باعتبار نفسه من حيث هي ، بل باعتبار مالية مصاديقه المحققة أو المقدرة ، فتكون مصاديقه التي هي تحت قدرة الضامن أو البائع جهة تعليلية ، لصيرورة الكلي في الذمة مالاً ، نظير الأوراق النقدية ، فانها مال باعتبار الذهب والفضة وغيرهما التي هي بازائها ويقال لها : « پشتوانه » ولهذا لمو أسقطت الدولة

اعتبارها سقطت ماليتها ، والكلي إذا كان على ذمة معتبرة أمكن لصاحبها إيجاد مصاديقه مهما أراد أو يطالب آجلاً أو عاجلاً يكون مالا ، ومع عدم الامكان مطلقا لا تعتبر له المالية ، فكما أن مالية الكلي باعتبار غيره وهو مصاديقه كذلك مالية العين التي هي في الذمة باعتبار أنها مضمونة ، وأن صاحب الذمة قادر على أدائها بمثلها أو قيمتها ، والعين المعلومه خارجاً غير معلومة في صقع الاعتبار ، ولها مالية باعتبار إمكان تأديتها بالمثل والقيمة ، فلا فرق بين الكلي في الذمة وبين العين فيها ، لا من جهة المعلومية من جهة والموجودية من أخرى ، فان كلاً منها معدوم خارجاً وموجود اعتباراً ، ولا من جهة المالية ، فان كلاً منها بذاته مع قطع النظر عن إمكان تحقق ما لا مالية له ، ولهذا لا يعتبر الكلي في ذمة من لا يمكنه إيجاد مصاديقه عاجلاً ولا آجلاً ولا مالية له ، فالعين المعتبرة في ذمة من أمكنه أداء مثلها أو قيمتها مال ، والمسألة عقلانية لا عقلية ، فالاعتبار على هذا المبنى بقيمة يوم الأداء مع اعتبار جميع الأوصاف الدخيلة في الرغبات .

وأما قوله : « إن المالية قبل التلف غير مضمونة وإن كانت موجودة » فان أراد بها القيمة السوقية فلا كلام ، وقد مرّ وجهه ، وإن أراد الأعم منها ومن الجهات والأوصاف الدخيلة في الرغبات فقد مرّ أنها مضمونة بدليل الضمان .

ثم لو تمسكنا بقوله تعالى : « فاعتدوا عليه » الخ فنارة نقول : بأنه متعرض للتقاص بعد الفراغ عن الضمان ولا تعرض له للضمان ، وإن يستكشف منه أن ذمة المقاص عنه مشغولة بشيء ، فلا يكون متافياً لدليل اليد لو قلنا بدلالته على أن نفس العين على العهدة حتى بعد تلفها ، فيكون الكلام حينئذ كما تقدم ، كما أنه لو قلنا بدلالته على ضمان المثل في المثلي

وأن مفاد دليل اليد وغيره أيضاً ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي وقلنا ببقاء المثل على الذمة إلى وقت الأداء من غير انقلابه إلى القيمة فالكلام هو ما تقدم بلا فرق بينهما .

ولو قلنا : بأن مفاد القاعدة ضمان نفس العين ، ومفاد الآية ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي يقع التعارض بينهما ظاهراً ، وطريق الجمع إما بأن يقال : إن الآية كالنص في ضمان المثل والقاعدة ظاهرة ، فيجب تحكيم النص ، أو يقال : إن القاعدة ظاهرة فرضاً في عهدة نفس العين ، والآية لو كانت نصاً أو كالنص فانما هي نص في الاعتداء بالمثل لا في ضمان المثل ، والاعتداء بالمثل لازم أعم ، غاية الأمر لو خليت ونفسها يمكن أن يقال باستكشاف ضمان المثل ، لكن مع لحاظ قاعدة اليد الدالة على ضمان العين وعهدها لا يستكشف منها إلا ذلك ، لعدم التنافي بين كون العين على العهدة والاعتداء بالمثل ، بل لازم عهدها الاعتداء به ، وهذا الجمع هو الأقرب بل المتعين ، هذا على فرض تسليم ظهور القاعدة فيما ذكر ، وكون الآية دليل الضمان ، وإلا فلا تصل النوبة إلى ما ذكر .
ولو قلنا : بالانقلاب إلى القيمة عند التعذر فتارة يكون التعذر بدوياً ، أي حين تلف العين كان المثل متعذراً ، وأخرى طارئاً ، فعلى الأول يكون الاعتبار بقيمة العين يوم التلف ، لأنه يوم الانقلاب إليها ، ولا وجه لاعتبار قيمه سائر الأيام ، إلا أن يقال : بضمان القيم أيضاً ، فتنقلب إلى أعلى القيم من حين الأخذ إلى حين التلف مع مراعاة جميع الأوصاف اللخيلة في زيادة القيم .

وعلى الثاني أيضاً كذلك إن قلنا بأن المثل والقيمة كليهما غرامة نفس العين ، وأن ضمان المثل في المثلي لسد خلل مال الغير بمقدار الامكان ، وهو ماهيتها النوعية ، ومع عدم الامكان من هذه الجهة لا بد من ضمان

قيمتها ، لأنها سدّ لخللها في هذا الحال بالمقدار الممكن ، فلا بد حينئذ من اعتبار قيمة يوم تلفها .

وأما إن قلنا : بأن العهدة مع التعذر الطارئ تشتغل بالمثل ، ولا بد من الخروج عن عهده لا عهدة العين ، لأن المفروض عدم كون العين على العهدة فلا وجه لمراعاة قيمتها ، فالمثل المضمون ينقلب الى القيمة لا العين المفقودة غير المضمونة ، فحينئذ لا بد من اعتبار قيمة المثل يوم التعذر ، هذا إذا قلنا بضمّان المثل في المثلي ، ولو قلنا بأن العين على العهدة الى زمان تعذر المثل ثم تنقلب الى القيمة كان المدار قيمة يوم التعذر .

ثم إن الوجه في اعتبار أعلى القيم من حين الأخذ الى حين التلف هو ما أشرنا إليه سابقاً من أن العين مضمونة بجميع أوصافها الدخيلة في الرغبات ، فلو قلنا بأن وصف التقويم أيضاً من الأوصاف الواقعة تحت اليد تبعاً فلا محالة تكون القيمة العالية مضمونة ، ومنع تنزيلها لم يرتفع الضمان فلو تلفت العين صارت بقيمتها العالية مضمونة .

وأما بعد التلف فلا وجه لضمان زيادة قيم الأمثال الى حين التعذر أو الأداء ، لأن العين التالفة خرجت عن تحت اليد ، ووقوعها على العهدة على القول به أو وقوع مثلها غير كونها تحت اليد ، فلا وجه لضمان زيادة قيم أمثال العين أو العين المفروضة الوجود ، فيسقط كثير من الاحتمالات كأعلى القيم من حين الأخذ الى حين الاعواز أو المطالبة أو الأداء أو من حين التلف الى الأحيان المشار إليها .

فما قال بعض أعاضم العصر (قده) بأن الانقلاب الى القدر المشترك بين العين والمثل ، أي أعلى القيم من زمان الأخذ الى زمان إعواز المثل وجيه ، لأنه لو قلنا بضمّان القيمي بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف يتتبع في المقام ضمانه بأعلى القيم من حين أخذ العين الى زمان إعواز

المثل ، لأن معنى الضمان بأعلى القيم هو استقرار مراتب القيمة السوقية في عهدة الضامن بشرط تلف المضمون ، فإذا تعذر ردّ المثل بقي ارتفاع قيمته على العهدة ، كما أن ارتفاع قيمة العين أيضاً عليها ، انتهى .

ففيه ما عرفت من أن كون الشيء على العهدة غير كونه تحت اليد ، والموجب للضمان هو الثاني ، ولهذا لو كان عليه صاع من الحنطة بواسطة القرض أو البيع ولم يؤده مع المطالبة لم يضمن ارتفاع قيمته ، وذلك لعدم وجه للضمان ، لعدم كون ما في الذمة تحت اليد ، فالقول بضمان أعلى القيم في الغصب إلى زمان التلف لا ينتج ما ذكر ، وتوهم شمول آية الاعتداء لذلك بزعم أن عدم أداء الدين والمثل حين ارتفاع قيمته اعتداء يعتدى فيه بالمثل وهو القيمة فاسد ، لأن الاعتداء مع المطالبة اعتداء في تأخير أدله ما في ذمته ، لا اعتداء في قيمته ، مضافاً إلى ما عرفت من أن الآية الكريمة ليست دليلاً على الضمان ، وبالجملة إن ما ذكر ليس له وجه فضلاً عن كونه وجيهاً .

وينبغي التنبيه على جهات :

الأولى : أن المحكي عن التذكرة « أن المراد باعواز المثل أن لا يوجد في البلد وما حوله » وعن المسالك زيادة قوله : « مما ينقل عادة منه إليه » وعن جامع المقاصد إكمال الأمر إلى العرف ، وقال بعض الأعظم (قله) : « إن الذي يوجب في ضمان العين عند تلفها استقرار القيمة لا المثل هو الميزان لتعذر الطارئ للمثل ، وبعبارة أخرى عدم وجود المماثل بحسب الخلقة الإلهية أو مطلقاً المتضمني لاستقرار قيمة العين في الذمة عند تلفها هو الموجب لصلق تعذر المثل » .

وفيه ما نقدم في بعض المباحث السالفة من أن الميزان في القيمي لدى العرف غير الميزان في تعذر المثل بعد كونه بحسب الماهية مثلياً ، فراجع .
 وأما الرجوع إلى العرف في تشخيص الموضوع والعنوان فصحيح لا يحيص عنه إذا كان الموضوع مأخوذاً في دليل لفظي أو معقد إجماع ، وهو في المقام مفقود ، أما الدليل اللفظي فظاهر ، وأما الإجماع فالظاهر عدم ثبوته ، لأن المسألة عقلانية لا تعبدية ، ومن المحتمل قريباً رجوع كلمات القوم إلى الأمر العقلائي ، فلا يمكن كشف إجماع تعبدية في مثله .
 وأما الاتكال على بناء العقلاء في أصل المسألة - أي في كون الاعواز سبباً لدى العقلاء لعدم الالتزام بالمثل ، وجواز مطالبة القيمة ولزوم أدائها لدى الاعواز ، بأن يقال : إن كيفية التفرغ موكولة إلى العرف ، وهم يلزمون بالمثل عند وجوده ، وأما عند تعذره وإعوازه فلا يلزمون به ، ولو بالحمل من البلاد النائية - فهو غير بعيد في الجملة ، وأما إلزامهم بالقيمة مع إعواز المثل إلى أمد فهو غير ثابت ، سيما إذا كان قريباً ، نعم في الاعواز المطلق أو مع أمد بعيد جداً فالظاهر الرجوع إلى القيمة والالتزام بها في العرف .

وقد يقال : إن مناط جواز المطالبة بالبدل مجرد علم وجوده في البلد وما يقرب منه مما يحتاج نقله إلى مضي زمان ، فإن للمالك أن لا يصبر إلى زمان النقل ، لأن مقتضى السلطنة على ماله جواز مطالبة ماليته فعلاً بأخذ البدل ، وإن أمكن إعطاء نفس المال بعد مضي مقدار من الزمان حسب ذكره في بدل الحيلولة ، وقد قال هذا القائل فيما سبق : «لن للمالك إلقاء جهة المثلية والمطالبة بمالية ماله بدليل السلطنة» .

وقد مرّ ما فيه من أن ما على الضامن ليس أموراً متعددة قليلة لإلقاء بعض وإلقاء بعض ، ولهذا لا يلتزم القائل ولا غيره . بأنه مع وجود

العين للمالك إلقاء ما عدا قيمتها والمطالبة بها ، مع أن دليل السلطنة لو اقتضى ما زعمه اقتضى ذلك أيضاً ، وبالجملة ليس على الضامن في المثلي إلا المثل ، ولا يفي دليل السلطنة عند تعذره بالالزام بالقيمة ، فانها ليست على عهده ، وأما قضية بدل الحيلولة فسيأتي لإنشاء الله الكلام فيها .

وقال الشيخ الأعظم (قده) : « إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس وتسليطهم على أموالهم أعياناً كانت أم في الذمة وجوب تحصيل المثل كما كان يجب ردّ العين أينما كانت ولو كانت في تحصيله مؤونة كثيرة ، ولذا كان يجب تحصيل المثل بأي ثمن كان » انتهى .

ولعل مراده من عموم وجوب أداء مال الناس هو مثل قوله (ص) : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفسه » (١) بأن يقال : إن مقتضى انتساب نفي الحلبة إلى ذات المال أنه لا يحل بجهة من الجهات ، ومنها حبسه وعدم رده إلى صاحبه ، ولا يحل حبس الأموال التي في الذمة وإبقائها فيها ، بل يجب إخراجها إلى الخارج وجعلها تحت سلطنة المالك .

ولعل العطف في قوله : « وتسليطهم » تفسيري ، وأراد به دليل السلطنة ، وأن مقتضى إطلاق دليلها هو التسليط على إخراج ما في النعم إلى الخارج بالمطالبة ، فحبس ماله الذي في ذمة الغير مخالف لإطلاق سلطته ، فلا بد من نفيه وإعطاء المثل ولو بالحمل من البلاد النائية ، وتحمل مؤونة كثيرة ، إلا إذا كان تحملها حرجياً .

ثم إن بناء العقلاء في باب الضمانات والغرامات لو كان عدم الإلزام بالمثل لدى تعذره عرفاً ، بأن لا يوجد إلا نادراً يلحق بالمعدوم أو في البلاد النائية فهل يوجب ذلك تقييد دليل السلطنة أو أن دليلها رادع لبنائهم ؟ بدعوى أن بناءهم ليس بحجة إلا مع الامضاء وعدم الردع ، وإطلاق دليل

السلطنة رادع ، كما قال بعض أهل التدقيق .

ويمكن أن يقال : إن سلطنة الناس على أموالهم لما كانت عقلانية لا يفهم من دليلها إلا ما هو المرتكز عندهم ، والارتكاز العقلائي قرينة على أنه يراد منه ما هو المرتكز عندهم . وإن شئت قلت : إنه منصرف الى ما هو المرتكز ، ولا إطلاق له بالنسبة إلى غيره ، فكانت النتيجة عدم صلاحيته للرادعية ، فان العقلاء مع قولهم بسلطنة الناس على أموالهم بناؤهم على علم لإلزام الضامن بالمثل عند التعذر ، وإذا كان دليل السلطنة على طبق حكم العقلاء فلا محالة لا يشمل مثل المقام ، فتدبر .

نعم يمكن القول : برادعية مثل قوله (ص) : « لا يحل مال امرئء ، الخ ، لأن عدم الحلية التكليفية شرعية لا عقلانية ، ومعه لا مانع من رادعيته ، ولا يأتي فيه ما قلناه في دليل السلطنة .

ثم إن إطلاق دليل عدم حل مال المسلم الشامل للمتعدر عرفاً لا عقلاً كما يستفاد منه جواز المطالبة بالمثل ولزوم خروج الضامن عن عهده ولو بالحمل من سائر البلاد ما لم يكن حرجياً يستفاد منه عدم جواز المطالبة بالقيمة ، لدلالته التزاماً على بقاء المثل في العهدة وعدم الانقلاب عند التعذر العرفي ، تأمل .

وكيف كان لا مجال للتمسك بدليل السلطنة وعدم حل مال الغير لجواز مطالبة القيمة ، ضرورة أنها ليست على عهده كما عرفت ، فما هو مال الغير وله سلطان عليه هو المثل ، ومقتضى دليل السلطنة على فرض ودليل حرمة مال الغير هو الالتزام بالمثل لا غير ، فما قيل : من أن للمالك إلقاء حيثية المثل والمطالبة بالقيمة قد تقدم ما فيه ، كما أن ما قيل : من أن مقتضى دليل السلطنة جواز المطالبة بالمثل والقيمة معاً لا يرجع الى محصل . ثم إن الشيخ الأعظم (قدّه) قال : « ورد في بعض أخبار السلم

أنه إذا لم يقدر المسلم اليه على إيفاء المسلم فيه تخيير المشتري ، ومن المعلوم أن المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلي ، بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة ، وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه « انتهى .

أقول : الأخبار المشار اليها على كثرتها أجنبية عن الدلالة على تخيير المشتري بين إلزام البائع بأداء القيمة وبين الصبر ، بل جملة منها تدل على أنه إذا لم يقدر على إعطاء جميع المسلم فيه فلا بأس بأخذ بعض وأخذ رأس مال البقية ، فكان الشبهة فيها في جواز انحلال البيع الواحد ، والصحة في بعض المبيع ، والفسخ أو الانفساخ في بعض ، وبعضها يدل على تخيره بين أخذ رأس المال والانظار ، وأنت خير بأنها أجنبية عن الذي نحن بصدده من جواز الإلزام بالقيمة عند تعذر المثل عرفاً ، وبعضها يدل على أنه إذا لم يف البائع كان المشتري أحق بماله ، وهو دليل على الانفساخ بمجرد عدم الوفاء ، وبعضها يدل على أنه إذا كان له على رجل تمر أو حنطة ونحوهما يجوز أخذ قيمتها مع تراضيهما ، وبالجملة ليس في الروايات ما يصح الاستئناس به للمقام ، فراجعها .

هذا إذا كان مراده الاستئناس من حكم تلك المسألة ، وأما لو كان المراد الاستئناس من التعذر العرفي على أن التعذر في المقام عرفي ، كما لا يبعد أن يكون ظاهر كلامه ، ففيه أن حمل التعذر الوارد في لسان الدليل في مسألة على العرفي لا يوجب الاستئناس في مسألة أجنبية لم رد فيها ذلك ، وكان مقتضى إطلاق دليلها جواز المطالبة مع التعذر العرفي كما تقدم ، ولو فرض الاستئناس فلا يصح معه تقييد الدليل ورفع اليد عن إطلاق الحجة .

الثانية :

الميزان في القيمة مع تعذر المثل يختلف باختلاف المباني ، فان قلنا

ببقاء العين على العهدة إلى زمان الأداء فالميزان قيمتها يوم الأداء مع لحاظ جميع الأوصاف المضمونة كما تقدم الوجه فيه ، ومنها وصف الانحصار وعزة الوجود .

فما قيل من أن الميزان على ذلك قيمة يوم التلف - لأن العين في زمان فقدها لا تكون لها قيمة موجودة ، وقبل زمان التلف قيمتها غير مضمونة ، فما هي موجودة ومضمونة قيمة يوم التلف - غير وجيه ، لما عرفت من أن العين على فرض كونها في العهدة لها وجود اعتباري متقوم باعتبار إمكان أداء غرامتها ، كما أن متمولية المثل باعتبار إمكان الوجود ، وإلا فهو بنفسه ليس بمال ، وقد عرفت أن بعض الأوصاف التالفة مضمونة حتى مع وجود العين ، وكذا الحال لو قلنا بعهدة المثل وبقائه إلى زمان الأداء مع القول بأن اللازم أداء قيمة المثل ، وأن له في الضمان استقلالاً .

وأما إن قلنا بأن أداء المثل بعنوان غرامة العين ومع تعذره تكون القيمة غرامة لها فالمثل والقيمة غرامة العين على الترتيب ، فاللازم مراعاة قيمة يوم تلف العين ، لأن المفروض أن العين لم تكن على العهدة حتى يقال : إن في زمان الأداء لها وجود اعتباري متقوم ، والمثل الذي في العهدة لا تلاحظ قيمته على هذا ، لأن القيمة غرامة العين لا المثل ، فلا بد من مراعاة قيمتها حال التلف مع اعتبار جميع الخصوصيات اللخيلة في التقويم ، وإن قلنا بضمان القيمة لدى التعذر فإن كان التعذر من أول الأمر كان الاعتبار بقيمة يوم التلف أيضاً وإن كان طارئاً وكانت المثل أو العين على العهدة إلى زمان التعذر ، فالاعتبار بقيمة يوم التعذر .

ثم على جميع المسالك لا بد من مراعاة القيمة مع لحاظ التعذر ومراتبه ، فلو فرض أن يوم الأداء كانت العين على فرض تحققها منحصرة بالفرد ، وباعتباره قيمتها غالبية لا بد من مراعاة تلك القيمة لدى الأداء ، كما أنه

لو كانت في زمان وجودها تحت يد الضامن منحصرة ، ولأجله كانت غالى القيمة وفي زمان الأداء خرجت عن الانحصار لا بد من تغريم وصف الانحصار ، وهذا غير اختلاف القيمة السوقية التي قلنا بعدم ضمانها ، والمراد بقيمتها حال انحصار الوجود أو عزته هي ما تلاحظ باعتبار رغبة العقلاء ، لا باعتبار أغراض آخر كما أشار اليه الشيخ الأعظم (قده) .

ومما ذكرناه من اختلاف المباني في اعتبار زمان القيمة يظهر الحال في اعتبار مكانها ، فمع القول ببقاء العين أو المثل على العهدة بعنوان ذاته استقلالاً فالاعتبار بقيمة بلد الأداء ، فإن أداء قيمة بلده نحو أداء لها ، لا قيمة سائر البلاد كما ذكرنا في زمان الأداء ، ولا فرق بين الزمان والمكان من هذه الجهة ، وإن قلنا بأن المثل على العهدة لا العين وأداء القيمة عند تعذر المثل غرامة للعين ، فالمعتبر قيمة بلد تلف العين ، ولو قلنا بأن التعذر موجب لضمان القيمة فالتعذر البدوي موجب لضمان قيمة بلد التلف ، والتعذر الطارىء موجب لضمان قيمة باد التعذر ، وفي جميع الفروض لا بد من لحاظ الأوصاف التي ذكرها .

لو
لو أخذ الثلج
ورده عند الد
الدخيلة في الرء
وغيرها لوقوعها ته
السوقية .

عن التقويم وسقطت مالميتها كما
• ردة ، أو أخذ الماء في المفازة
اليد من أن الأوصاف
في بين الحقيقية
ير اختلاف القيمة

فما أفاده بعض أهل التحقيق تبعاً لشيخه المحقق الخراساني - بأن
عهدة اليد مغيية بأداء المأخوذ ، فلا ينبغي الشك في خروج العين عنها
بأدائها وإن سقطت عن المالية ، كما لا ريب في الخروج عنها بأدائها
مع تنزل قيمتها - غير وجيه في نحو المثاليين المتقدمين مما هو متيقن
مورد البحث .

هذا إذا كان دليل الضمان قاعدة اليد ، وأما لو كان قاعدة الائتلاف
فقد يقال : إن الظاهر منها هو إلتلاف المال لا إلتلاف المالية ، وإخراج
العين من مكان إلى مكان آخر لا مالية لها فيه لإزالة ماليتها ، وليس كجعل
الخل خراً بأعمال عمل فيه ، فإنه إزالة صفة الخلية وبتبعها زوال المالية ،
فضمانه من حيث إزالة الصفة لا من حيث إزالة المالية .

وفيه أن إزالة الصفة الدخيلة في المالية إذا كانت مضمونة لا يفرق
فيها بين الصفات الحقيقية والاعتبارية والاضافية الدخيلة في المالية ، فنقل
الماء من المفازة الى شاطئ الدجلة سلب لصفة دخيلة في التقييم ، وإزالة
تلك الصفة كإزالة صفة الخلية إلتلاف للمال ومشمول لدليل الائتلاف ،
كما أن حبس الثلج من الصيف الى الشتاء إزالة صفة إضافية دخيلة
في التقييم .

ثم إنه بناء على ما ذكرناه في مفاد دليل اليد لا فرق بين بقاء العين
كما تقدم وبين تلفها تحت يده مع كونها موصوفة بصفة دخيلة في زيادة
القيمة ولو كانت عند تلفها زائلة ، فلو سقطت العين عن القيمة لأجل
زوال صفة دخيلة في المالية صارت مضمونة بتلك الصفة ، سواء قلنا بأن
العين على العهدة أو المثل .

ومما ذكرناه يظهر الحال في إسقاط الدول الدرهم عن الاعتبار ،
فإن الدرهم مع وصف رواجه واعتباره تحت يده ومضمون عليه ، ولا بد

من لحاظ هذه الصفة وتدارك العين الموصوفة بهذه الصفة ، سواء كان سقوطه عن الاعتبار موجباً لزوال المالبية أو لنقص القيمة ، فان دليل الضمان يشملها باعتبار واحد ، وما قيل : من أنه مع سقوط المالبية كلية ليس أداء المثل تداركاً - لأن تغريم العين ليس إلا من حيث رعاية مالبيتها ، وما ليس بمال لا يتدارك به المال ، ومع بقاء المالبية في الجملة يكفي أداء المثل - غير وجيه ، لأن الغرامة إن كانت بلحاظ المالبية فكما أن ما ليس بمال لا يتدارك به المال كذا المالبية النازلة لا تتدارك بها المالبية الغالية ، والتحقيق ما عرفت من ضمان الأوصاف الدخيلة في المالبية مطلقاً ، لا ضمان المالبية .

ثم إن النصوص الواردة في باب الدين والقرض فيما إذا أسقط السلطان الدراهم عن الرواج - ففي بعضها أن عليه الدراهم الراجعة كما أخذ الراجعة ، وفي بعضها أن له أداء الدراهم الساقطة لا الراجعة - لا يستفاد منها حكم المقام ، لأن باب ضمان اليد أجنبي عن باب القرض ، فان اليد واقعة على الشيء بجميع خصوصياته وصفاته من غير دخالة الجعل والقرار فيها ، وأما القرض فهو عقد واقع على نفس الدرهم والدينار لا الدرهم في مكان أو زمان كذا ، فمع تنزل قيمة الدرهم باسقاطه السلطان ورواج ما هو الأعلى منه ليس على المقرض إلا الدراهم الأولى ، تأمل . ومفروض السؤال في الروايات تنزل القيمة لا سقوطها عن المالبية ، وبينها فرق عرفاً ، وكيف كان لا يقاس بين البابين .

ثم إن للأخبار المشار إليها وجه جمع مقبول عرفاً ، وهو أن في صحيحة يونس بطريق الكليني موضوع الحكم ما إذا أعطى ما ينفق بين الناس ثم سقطت الدراهم بحيث لا تنفق بينهم ، فقال : « لك أن تأخذ منه ما ينفق

بينهم كما أعطيته ما ينفق بينهم « (١) وأما صحيحته الأخرى بطريق الشيخ (٢) فالمفروض فيها ما يكون السقوط موجباً للوضيعة ، لا عدم الاتفاق ، فتكون الدراهم بعد إسقاط السلطان رائجاً وإن كان فيها وضیعة فحكم (ع) بأن له الدراهم الأولى المأخوذة لا الثانية ، ومعلوم أن لا اختلاف بينهما ، وهذان الحكمان عقلائي .

وأما صحیحة صفوان فمضمرة لا يعلم أن المسؤول عنه الامام عليه السلام أو صفوان ، لاحتمال أن يكون المسؤول عنه صفوان وكان الحكم اجتهاداً منه ، هذا حال سندها . وأما متنها فهو هذا « سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم عن رجل وسقطت تلك الدراهم ، وتغيرت ولا يباع بها شيء ألساحب الدراهم الأولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس ؟ فقال : لساحب الدراهم الأولى « (٣) فيحتمل أن يكون المراد أنها حين استقرضه كانت ساقطة ولم يعلم المستقرض ، ولهذا لم يأت بلفظة فاء ، فتكون جملة « وسقطت » الخ جملة حالية للاستقرض ، وعدم التصدير بلفظة « قد » سهل ، فيكون الحكم فيها على موضوع ثالث ، وهو الاستقرض في حال السقوط .

وإن شئت قلت : إن صحیحة يونس الأولى صريحة في مفادها ، وهو التفصيل بين الرواج وغيره ، وهذه الصحیحة لها ظهور ضعيف قابل للحمل عرفاً على ما ذكر ، فيحمل عليه جمعاً ، فيرتفع التعارض بينهما ، وأما سائر الجموع كما عن الصدوق والشيخ وما أفاده بعض الأعظم (قدم) فغير وجيه ، فراجع .

الرابعة :

لو شككنا في الخروج عن العهدة بأداء ما سقط عن المالية فتارة يفرض بقاء العين وسقوطها عن المالية ، وأخرى تلفها ، وعلى الثاني تارة مع البناء على بقاء العين على العهدة إلى زمان التدارك ، وأخرى مع البناء على وقوع المثل عليها بتلف العين إلى زمانه ، وثالثة مع البناء على انقلاب العين أو المثل إلى القيمة عند التعذر .

فعلى الأول لو دفع العين مع سقوطها عن القيمة وشك في الخروج عن العهدة لأجل الشك في أن التدارك هل يجب بالمالية أو بخصوصية العين أو بكليتها ؟ فمقتضى الأصل بقاء نفس العين على العهدة ، وعدم سقوطها بأداء ما سقطت عن القيمة إلى أن يؤدي قيمتها مع ذلك ، وليست خصوصية العين شيئاً مضموناً وخصوصية المالية شيئاً آخر مضموناً مستقلاً حتى يقال : إن أداء خصوصية العين مرجب لسقوط ضمانها ، والاشتغال بخصوصية المال مشكوك فيه ، ضرورة إن المضمون شيء واحد وإن كان له مالية ، لكن ماليته ليست مضمونة مستقلاً ، والمفروض عدم إحراز ضمان المأخوذ بماليته ومعه يشك في الخروج عن عهدة العين فيستصحب .

وقد يقال : « لا مجال لهذا الأصل ، إذ لم يثبت للعهدة أثر شرعاً وعرفاً إلا وجوب دفع العين ، فلا معنى للتعبد بالقيمة من التعبد ببقاء العين إلا بالأصل المثبت ، لأن بقائها مع دفع العين ملزوم عادة أو عقلاً لوجوب التدارك بالمالية ، نعم أصالة بقاء الخروج عن عهدة العين بدفعها قبل سقوطها عن المالية لا بأس بها » انتهى .

وفيه أن أصالة بقاء اشتغال الذمة لازمه عقلاً وجوب الخروج عن العهدة وهذا لازم أعم للحكم الواقعي والظاهري ، كما أن وجوب الطاعة لازم أعم للحكم الواقعي والظاهري ، وفي مثله لاشائبة للمثبتية ، فكما أن استصحاب وجوب صلاة الجمعة جار ولازمه العقلي لزوم الاطاعة والايان بالمستصحب إذ مع عدم الايان يستحق العقوبة على الواقع لو فرض المصادفة ، لتامة الحجية وانقطاع العذر ، ولو كان حكم العقل بلزوم الايان من آثار الواقع لما جرى الاستصحاب ، لأن الأثر عقلي ، كذلك في المقام إن لزوم الخروج عن العهدة حكم عقلي للأعم من الواقعي والظاهري ، فكما أن العقل حاكم بلزوم الخروج عن عهدة مال الغير مع العلم بالاشتغال كذلك مع استصحاب بقاء العهدة حاكم بلزوم الخروج عنها ، لتامة الحجية على الواقع .

وبالجملة لا يراد باستصحاب بقاء العهدة ترتيب أثر الواقع على الموضوع حتى يقال : إنه أثر عقلي لا يترتب عليه إلا مع القول بالأصل المثبت ، بل يراد لإثبات الاشتغال فقط ، ومعه يحكم العقل بلزوم الخروج عن العهدة بأي شيء يمكن ، والمفروض أن أداء العين الساقطة عن المالية لا يوجب العلم بالخروج ، فلا بد من أداء القيمة أيضاً لتحصل البراءة القطعية ، بل قاعدة الاشتغال لعلها كافية .

وأما الأصل الآخر الذي نفى البأس عنه فلا أصل له ، لأن الأصل التنجيزي لا معنى له ، لعدم تحقق الدفع حتى يقال : إنه كان كذلك سابقاً ، بل هو يرجع الى التعليق في الموضوع بأن يقال : إنه لو دفعت العين قبل خروجها عن المالية لكانت مسقطاً للعهدة والآن كذلك ، وهو مبني على جريان الاستصحاب في التعليقات الموضوعية ، وهو ضعيف ، نعم لو قلنا بأن قاعدة اليد كما أفادت عهدة العين أفادت حكماً تعليقياً ، وهو الخروج عن العهدة بالأداء ، وكان هذا الحكم شرعياً لا عقلياً محضاً جرى

الاستصحاب التعليقي ، وهو حاكم على التنجيزي كما قرر في محله .
 ومما ذكرناه يظهر الحال في سائر الصور ، فان استصحاب بقاء العين
 على العهدة في فرض تعلقها بالذمة حتى بعد التلف وبقائها الى زمان
 التدارك جارٍ مع الشك في أن أداء المثل الساقط عن القيمة تدارك أو لا ،
 وحكمه لزوم الخروج عن عهدها بأداء القيمة أيضاً ، والاستصحاب التعليقي
 المقابل غير جارٍ على فرض ، وحاكم على آخر كما مر .
 لكن القائل : بعدم جريان الاستصحاب الأول في فرض وجود
 العين للمثبتية وجريان الثاني ذهب إلى جريان الأول في المقام دون الثاني
 فقال : الأصل بقاء العين في العهدة وعدم سقوطها إلا بدفع القيمة والمثل
 تداركاً لحيشة الطبيعة النوعية ولحيشة المالية « وفيه بعد الغض عما ذكرناه
 أن استصحاب بقاء العين على العهدة لا يثبت لزوم التدارك بالمثل والقيمة
 جميعاً ، لأنه ليس أثراً شرعياً للواقع ، بل العقل يحكم بلزوم أدائهما لتحصيل
 القطع بالبراءة .

إلا أن يقال : إن لزوم أداء المثل في المثلي والقيمة عند التعذر حكم
 شرعي ، ومع الاستصحاب يعلم إجمالاً بلزوم دفع أحدهما أو هما معاً ، فأثر
 الاستصحاب حكم شرعي مردّد ، والعلم الاجمالي بالحكم الظاهري منجز ، وفيه أنه
 على هذا المبنى لا يكون ما ذكر شرعياً ، بل عقلي لأجل الأقربية إلى المأخوذ
 وقال في بيان عدم جريان الثاني : إنه لم يثبت في السابق سقوط
 العهدة بأداء المثل بذاته حتى يقال ببقائه على حاله ، بل بما هو أقرب إلى
 التالف ، وهو أمر لبّي ، فيشك فعلاً في أن الأقرب إليه في نظر الشارع
 هو المائل في الصورة فقط أو المائل للمالية أو هما معاً ، فلا يقطع بسقوط
 العهدة إلا بهما معاً .
 وفيه أنه مع الغض عما ذكرناه لا وقع لهذا الاشكال ، لأن مصداق

المثل الموجود في الخارج إذا سقط عن المالية يصح أن يقال : إن هذا الموجود كان دفعه مسقطاً لما في الذمة في زمان ماليته والآن كما كان ، ومنشأ الشك كائناً ما كان لا يضر بالاستصحاب مع وحدة القضية المتيقنة والمشكوك فيها ، فإن كون المالية منشأً للأقربية أو الصورة النوعية أوهما معاً محقق الشك ، وهذا نظير ما إذا علم أن زيداً واجب الإكرام ولم يعلم أن منشأ وجوبه علمه أو هاشميته ، فإنه مع زوال علمه يشك في وجوب إكرامه ، فيستصحب بلا إشكال ، ومع البناء على أن المثل في العهدة عند تلف العين لا مانع من جريان استصحاب بقائه ، وحكمه العقلي ما عرفت . واستشكل القائل فيه بأن منشأ الشك في كفاية أداء المثل الشك في أن المالية من مقومات المثل الذي اشتغلت الذمة به حتى لا يسقط ذمة المثل بأداء المماثل في الصورة فقط أو من حالاته حتى يسقط بأدائه ، فالموضوع الذي قد اشتغلت الذمة به مردد بين مقطوع البقاء بعد أداء المثل ومقطوع الارتفاع بعد أدائه ، وإذا لا موضوع محرز فلا مجال للاستصحاب .

وفيه أن هذا هو الإشكال المعروف في القسم الثاني من استصحاب الكلي ، وهو مدفوع في محله ، وفي المقام إن ما في العهدة إما المثل المتقوم بالقيمة أو المثل غير المتقوم بها ، وهما صنفان من الكلي ، أي المثل بلا شرط ، فلا إشكال في صحة استصحاب الطبيعي ، ومع ذلك يحكم بلزوم الخروج عن العهدة والقطع بالبراءة وقضية الدوران بين مقطوع البقاء على فرض ومقطوع الارتفاع على فرض آخر محققة الشك أو لازمه ، فكل أمر مشكوك فيه على فرض يكون أحد طرفيه مقطوعاً به ، ولو قلنا بأن التعذر يوجب الانقلاب إلى القيمة وشك في أن الخروج عن القيمة في المثل تعذر أو لا يستصحب بقاء المثل ، وحكمه العقلي ما عرفت من لزوم ردّ المثل والقيمة فتدبر .

الخامسة :

لو دفع القيمة عند تعذر المثل ثم تمكن منه فان قلنا بأن العين على العهدة إلى زمان التدارك وقلنا بأن أداء المثل نحو أداء ناقص للعدر عن أداء التام بتلفها ، وأن أداء القيمة عند تعذر المثل أداء للعين بوجه أنقص من أداء المثل وكذا لو قلنا بأن المثل على العهدة وأداء القيمة نحو أداء ناقص للمثل للعدر عن الأداء التام فلا محيص عن القول بأن وجدان المثل موجب لرفع العذر عن أداء ما في العهدة ، وأن الأداء الناقص لا يعد أداءً عند رفع العذر ، فكما أن العين لو رجعت بنخرق العادة لا بد من أداؤها إلى مالکها وأخذ المثل أو القيمة ، كذلك أداء القيمة أداء عذري لبعض مراتب العين أو المثل ، ومع إمكان الأداء بجميع مراتبه أو بمرتبته الكاملة لا بد من أداؤه .

وأما إن قلنا بأن أداء المثل في المثليات غرامة تامة وجبران كامل للخسارة وأداء القيمة عند تعذره أيضاً غرامة كاملة وجبران تام في باب الغرامات فلا بد من التفصيل بين رجوع العين خرقاً للعادة وبين رفع العذر والتمكن من المثل بعد أداء القيمة ، بتقريب أن العين بما لها من الهوية الخاصة لا تجبر بالغرامة ، لأن الهويات لا توجب اختلاف الرغبات ، فمن من حنطة يجبر بمن آخر منها مع تساويها في جميع الأوصاف الموجبة لاختلاف الرغبات ، وكونه ذا هوية خاصة لا دخالة له في باب الغرامات فلو أئلف متاً منها وأدى متاً مماثلاً من جميع الجهات الموجبة لاختلاف الرغبات فقد أدى الغرامة تامة ، وأجبر الخسارة كاملة ، وخرج عن عهدة ما يكون مضموناً عليه لكن لم يجبر الهوية الشخصية لعدم كونها دخيلة

في الغرامة ، لأن الدخيل فيها عرفاً هو الطبيعة الموصوفة بصفات دخيلة في الرغبات ، فاذا فرض رجوع العين بشخصها بخرق العادة فللمالك مطالبة الهوية ، لعدم جبرها فرضاً ، والهوية ملكه ، والمثل وإن كان تمام الغرامة لكنه غرامة لما هو دخيل في باب الغرامة والضمان ، لا لما هو خارج عنه . وأما مع تعذر المثل فتكون القيمة تمام دركه وكال جبره ، وذلك لأن القيمة ليست في عرض سائر الأوصاف كالعربية في الفرس ، والخلوص والكون في بلد كذا في الحنطة ، فالقيمة بدل من المثل وغرامة له تماماً غير ناقص في الغرامة ، فمع وجود المثل يكون هو تمام غرامة العين ، ومع فقدته أو كون العين قيمة تكون القيمة تمام غرامتها وجابرة للخسارة ومعه لا معنى لبقاء المثل على العهدة .

وأما التفصيل الذي أفاده الشيخ (قدّه) فغير وجيه ، بل لو عكس الأمر وقال في صورة عدم سقوط المثل عن العهدة كانت القيمة من قبيل بدل الحيلولة ، بدعوى أن القيمة غير جابرة لحيث النوع والمثل ، وأما مع الانقلاب الى القيمة سواء كان الانقلاب للمغصوب أم مثله فلا رجوع كان أوجه .

كما أن ما قال بعض المحشين من أن مبنى الشق الأول من كلام الشيخ - أي عدم جواز الرجوع مع كون المثل على العهدة - هو أن للمالك إسقاط خصوصية المماثل للطبيعة ومطالبة حيثية المالية ، ومع إسقاط الأولى وأخذ الثانية لا وجه للرجوع غير وجيه ، فانه مضافاً الى ما سبق من أن عدم جواز إسقاط بعض الحيثيات ببقاء بعضها أن المبنى لو كان ذلك لكان اللازم التفصيل بين ما إذا أسقط المالك حيثية المثلية وطالب بالبقية وبين ما إذا طالب بالقيمة بلا إسقاط ، فانه مسلط على ماله على فرضهم ، مع أن الكلام في المقام محض فيما إذا أخذ القيمة غرامة من غير نظر إلى

إسقاط المثلية ، وأخذها أعم منه .
 ومن ذلك يتضح ما في كلام الشيخ (قده) من فرضه المراضاة
 بين الغريم والمالك بأن القيمة عوض للمثل ، مع أنه لو فرض المراضاة
 بينها لم يكن فرق بين الصور ، ولا يتجه التفصيل ، مضافاً إلى أن المفروض
 أخذ الغرامة ولو من غير رضاه لا المراضاة بالمعاوضة ، ولو فرض مراضاة
 فانما هي لأخذ الغرامة لا للمعاوضة ، فان باب أخذ الغرامات أجنبي عن
 باب المعاوضات .

السابع :

لو كان التالف في المأخوذ بالبيع الفاسد قيمياً فلا إشكال في كونه
 مضموناً بالقيمة في الجملة .
 ومحط الكلام هو أنه كما أن المثلي المضمون بالمثل مع وجود مثله
 يكون ضمانه بالمثل قهرياً إجبارياً في طرفي الضامن والمضمون له ، بمعنى
 أن الضامن ملزم بأداء المثل وليس له الخيار بينه وبين أداء القيمة حتى
 الدراهم والدنانير ، فضلاً عن القيمة السارية في سائر الأجناس كما زعم
 بعضهم ، وقال : إن الضمان في باب الغرامات إنما هو بالقيمة السارية
 في كل متقوم ، والمقصود جبر الخسارة بأي وجه كان ، وهو كما ترى
 مخالف لعمل العقلاء وللمتقاهم من أدلة الضمانات ، وكذا المضمون له
 ملزم بأخذ المثل ، وليس له المطالبة بالقيمة ، واحتمال كونه بمقتضى دليل
 السلطنة مسلطاً على إلقاء خصوصية المثل ومطالبة القيمة قد عرفت ما فيه
 فهل يكون حال القيمة في القيمي كذلك ؟ بمعنى أن كلاً منوا ملزم بأداء
 القيمة وأخذها ، بحيث لو وجد مثل للقيمي من جميع الجهات نادراً

كان للمضمون له إلزام الضامن بأداء القيمة ، وكذا لو وجد ذلك في يد الضامن كان له إلزام المضمون له بالقيمة ، وبالجملة ضمان القيمة في القيمي قهري لا يجوز لها التخلف عنه أو أن الضمان بها إرفاق ، فلو أراد الضامن تحصيل المثل وأدائه ليس للمضمون له ردّه ومطالبة القيمة ، وكذا لو كان المثل بحسب الاتفاق تحت يد الضامن كان للمضمون له مطالبته ، وليس للضامن إلزامه بالقيمة ؟ الظاهر عدم استفادة شيء مما ذكر من نفس إطلاق أدلة الضمان ، كقاعدة اليد والاتلاف واحترام مال المسلم ، فإنها غير متعرضة لهذه الخصوصيات .

نعم ما يمكن أن يقال : هو أن أدلة الضمانات على كثرتها في الأبواب المتفرقة غير متعرضة لكيفية ضمان المثلي والقيمي ، مع أن بيانها محل الحاجة جداً لو كان للشارع طريقة خاصة ، فإنها أمر مورد للابتلاء في كل يوم مراراً ، وفي مثله لا يصح إهماله مع اختلاف طريقته للعرف ، فيستكشف منه أن طريقته هي طريقة العقلاء بعينها .

والمراد بالاطلاق في كلام الشيخ الأعظم (قده) وغيره ليس بالمعنى المعهود ، بل المراد منه ذكر الضمان بلا بيان الكيفية في المثلي والقيمي ، وهذا نظير ما يقال في أدلة تطهير النجاسات : إن من عدم بيان كيفيته يمكن استكشاف وحدة طريقة الشارع مع العرف في كيفية تطهيرها ، وإلا كان عليه البيان مع هذا الابتلاء العام ، فالإهمال وعدم البيان في موارد كان للعرف طريق خاص فيها وكان المورد محل الابتلاء كافٍ في استكشاف وحدة الطريقتين ، فلا بد في المقام مع الغرض عن الأدلة الخاصة التي نتعرض لها والبناء على كون المرجع هو الأدلة العامة والقواعد الكلية كقاعدة اليد وغيرها من مراجعة طريقة العرف في باب الضمان .

والظاهر أن نظر العرف في ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة أن

المثل نحو أداء للمضمون وجبر لخسارة المضمون له ، كما أن القيمة في القيمي أو عند تعذر المثل في المثلي كذلك ، وأن البناء على تضمين القيمة ليس بناءً تعديلاً إلزامياً مطلقاً ، أي حتى مع وجود مثله في يد الضامن أو مع إرادة الضامن أداء المثل من جميع الجهات بنظر العرف ، فإن الالتزام بالقيمة مع ذلك كأنه خلاف بناء العقلاء في الغرامات وإن لم نقل به في باب القرض ونحوه .

نعم يمكن الاستفادة لزوم الغرامة بالقيمة في مطلق الضمانات من بعض روايات الرهن ، كوثقة إسحاق بن عمار قال : « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم ، وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك ، أعلى الرجل أن يردّ على صاحبه مأتي درهم ؟ قال : نعم ، لأنه أخذ رهنًا فيه فضل وضيّعه ، قلت : فهلك نصف الرهن ، قال : على حساب ذلك ، قلت : فيترادان الفضل ، قال : نعم » (١) ورواها الصدوق عن صفوان بن يحيى عن إسحاق بن عمار نحوها إلا أنه قال : « فيهلكه » .

يظهر منها بترك الاستفصال أن الرهن سواء كان مثلياً أم قيميّاً وسواء كان المثل متعديراً أم لا ، أو وجد للقيمي مثل أم لا إذا هلك بتفريط منه مضمون بالقيمة ، لأن سقوط مائة درهم دليل على أن الضمان بالقيمة وإلا فلا وجه للسقوط ، كما أن لزوم تأدية مأتي درهم دليل على أن الدراهم على عهده في المثلي والقيمي مطلقاً .

ويظهر من التعليل أن إتلاف مال الغير مطلقاً بل التلف تحت يده تفريطاً موجب لضمانها في المثليات والقيميّات ، ضرورة أن المتفاهم عرفاً من قوله (ع) : « لأنه أخذ رهنًا فيه فضل وضيّعه » أن تمام العلة للضمان هو التضييع من غير دخالة للرهن والفضل فيه ، وهو يفيد قاعدة الإتلاف

(١) الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الرهن - الحديث ٢ .

مع الزيادة ، وهي بيان كيفية الضمان ، وأنه بالقيمة مطلقاً ، بل لو قرئ « يهلك » على نسخة الشيخ والكليني (قدهما) بفتح الياء على أنه مضارع مجرد يمكن استفادة ضمان اليد في الجملة منها أيضاً ، فلا شبهة في دلالتها على الضمان بالقيمة .

والظاهر أن مراد الشيخ الأعظم (قده) مما دلت على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط في ذمته بحساب ذلك هو هذه الرواية وما شابهها ضرورة دلالتها على سقوط مائة درهم بتلف الرهن الذي يساوي ثلاثمائة ، ودل ذيلها على الحساب بالنسبة لو تلف النصف ، والعجب أن السيد الطباطبائي (قده) قال : « لم أعر على هذا الخبر » فكأنه زعم أن مراد الشيخ وجود رواية مشتملة على لفظ السقوط ، وإلا فدلالة الروايات على السقوط بالحمل الشائع واضحة .

كما أن حمل مثلها على التراضي بينها واحتسابها كذلك غريب ، ضرورة أن قوله عليه السلام : « على الرجل أن يرد على صاحبه مأتي درهم » حكم إلزامي دال على أن لزوم أداء القيمة لا اشتغال ذمته بها ، وإلا لم يكن وجه للزوم أداؤها ، وأين هذا من التراضي بينها ! ويدل على المقصود قوله (ع) : « على حساب ذلك » بعد فرض تلف النصف وقوله : « فيترادان الفضل » الذي صدقه أبو إبراهيم عليه السلام .

بل نفس هذه العبارة المنقولة عن أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن على ما في بعض الروايات تدل على أن الضمان بالقيمة ، لأن معنى تراد الفضل أن الدين يسقط بحساب الرهن التالف مضموناً ، فإن زاد الرهن سقط من الضمان بمقدار الدين ، وأخذ الراهن فضله ، وإن نقص سقط بمقداره من الدين وأخذ المرتهن البقية ، والسقوط والتهاتر لا معنى لهما إلا مع الضمان بالقيمة ، فلو فرض أن العهدة مشغلة بالمثل أو العين لا وجه

للتهاثر ، بل لا بد في المثلي من أداء مثله ، وفي القيمي تبقى العين على العهدة إلى زمان الأداء ، فالسقوط والتهاثر القهري لا وجه له إلا مع الضمان بالقيمة ، مع أن في الروايات تصریحاً بذلك .

ففي صحيحة أبي حمزة قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام : يترادان الفضل ، فقال : كان علي عليه السلام يقول ذلك ، قلت : كيف يترادان ؟ فقال : إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه ، وإن كان لا يسوى ردّ الراهن ما نقص من حق المرتهن ، قال : وكذلك قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك » (١) .

وفي صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن ، وإن كان الرهن أقل من ماله فهلك الرهن أدّى إلى صاحبه فضل ماله ، وإن كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شيء » (٢) ونحوها غيرها مما تدل على أن الضمان بالقيمة من وجوه . وتدل أيضاً عليه ما دلت على احتساب ما استفاد المرتهن من غلات الأرض مما عليه ، كصحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في كل رهن له غلة أن غلته تحسب لصاحب الرهن مما عليه » (٣) ورواية إبراهيم الكرخي قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن بماله أرضاً أو داراً لها غلة كثيرة ، فقال : على الذي ارتهن الأرض والدار بماله أن يحتسب لصاحب الأرض والدار ما أخذه من الغلة ، ويطرحه عنه من الدين له » (٤) فإن الغلة

(١) و (٢) الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الرهن - الحديث ١ - ٤ .

(٣) و (٤) الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب الرهن - الحديث ١ - ٥ .

مطلق فائدة دار أو أرض أو نحو ذلك حتى نحو الزرع والتمر ، فتسدل الروايات باطلاقها على الاحتساب ، ولو كان المضمون مثل الزرع والتمر كما دلت عليه صحيحة محمد بن قيس (١) .

وتدل عليه أيضا روايات متفرقة : منها - موثقة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام « أنه قضى في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت الدار واحترق أهلها واحترق متاعهم ، قال : يغرم قيمة الدار وما فيها ، ثم يقتل » (٢) فان الظاهر منها أن الدار وما فيها يغرم بالقيمة ولو كان المتاع مثلياً أو قيمياً وجد له مثل أحياناً ، واحتمال عطف « ما فيها » على القيمة فيكون المراد أنه يغرم قيمة الدار ويغرم ما فيها من غير تعرض للقيمة وغيرها بعيد مخالف لظاهرها ، كما أن احتمال أن في مورد قضاء أمير المؤمنين عليه السلام كان متاع الدار قيمياً لا يوجد مثله بعيد ، لأن ظاهرها أن ذلك من قضاياه الكلية وأحكامه لا قضية خارجية ، مع أنه لو سلم كانت حكاية أبي عبدالله عليه السلام لافادة الحكم لا لنقل التاريخ ، فلا بد من بيان ما هو دخيل في حكمه ، فلو كان متاع البيت قيمياً وكان حكم المثلي غير القيمي كان عليه بيان خصوصية الواقعة الدخيلة في الحكم .

وكيف كان استفاد منها قاعدة كلية ، وهي أن إتلاف مال الغير موجب لضمان القيمة ، فان وجوب الغرامة لأجل الضمان لا اقتراحاً ، وهو واضح ، كما أن خصوصية النار والاشعال في الدار ونحوها ملغاة بنظر العرف ، والظاهر منها أن التسبب لاتلاف مال الغير موجب للضمان بالقيمة .

(١) الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب الرهن - الحديث ٦ .

(٢) الوسائل - الباب - ٤١ - من ابواب موجبات الضمان - الحديث ١ من

ومنها - موثقة السكوني في قضية السفارة المطروحة (١) ففيها « فان جاء طالبها غرموا له الثمن » فان التفرغ بالقيمة مع أن بعض ما فيها من قبيل المثلي دليل على أن الضمان مطلقا بالقيمة إلا أن يقال : إن ذلك تعبد خاص في المورد للإذن في الأكل ، فهو ضمان جعلي لأجل جواز الأكل ، فيستقر بالأكل ، كما تشهد به مرسله الصدوق كما تقدم .

ومنها - في خصوص القيميات صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى ابن جعفر عليها السلام قال : « سألته عن بختي مغتم قتل رجلا فقام أخو المقتول فعقر البختي وقتله ما حاله ؟ قال : على صاحب البختي دية المقتول ولصاحب البختي ثمنه على الذي عقر بختيه » (٢) وقريب منها صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام (٣) ومقتضى إطلاقهما عدم الفرق بين ما وجد له مثل أو لا ، وليست غلبة فقدان المثل بحد توجب الانصراف . ومنها - موثقة سماعة قال : « سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه ، فقال : هذا فساد على أصحابه يقوّم قيمة ، ويضمن الثمن الذي أعتقه ، لأنه أفسده على أصحابه » (٤) وقريب منها صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام (٥) ويظهر من التعليل أن ضمان الثمن معلول لإفساد مال الغير مطلقا ، ولا يختص بهذا النحو من الإفساد في الجملة ، كما هو واضح . نعم يمكن أن يقال : إن التعليل مناسب لأصل الضمان لا لكونه بالقيمة ، فلا يدل على أن الضمان بالقيمة في مطلق المضمونات . ومنها - رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : « سألته

(١) الوسائل - الباب - ٢٣ - من كتاب اللقطة - الحديث ١ .

(٢) و (٣) الوسائل - الباب - ١٤ - من ابواب موجبات الضمان - الحديث

٤ - ١ من كتاب الديات .

(٤) و (٥) الوسائل - الباب - ١٨ - من كتاب العتق - الحديث ٥ - ١ .

عن رجل أصاب شاة في الصحراء - الى أن قال - : وإن لم تعرف فكلها وأنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه « (١) وعن كتاب علي بن جعفر مثله إلا أنه قال : « إن جاء صاحبها يطلبها أن ترد عليه ثمنها » والظاهر صحة الثانية ، والأولى ضعيفة ، وظاهرها بعيد عن الأذهان إن قيل : الظاهر منها ضمان نفس العين وأريد بأدائها الأداء التنزيلي بأداء قيمتها كما قلنا في « على اليد » بحسب بعض الاحتمالات ، والظاهر غلط النسخة ، والأصل « تردّه عليه » كما تشهد به الصحيحة ، بل قوله (ع) : « يطلب ثمنها » .

ومنها - صحيحة أبي ولاد الآتية إلى غير ذلك .

فتحصل من جميع ما ذكر أن مقتضى الأخبار ضمان الأشياء بالقيمة مطلقا ، مثلية كانت أم قيمية ، متعذرة المثل كانت أم لا ، ولا بد من الخروج عن مقتضاها من دليل مخرج ، والظاهر أن المثلي الذي وجد مثله خارج عنها ، ويكون ضمانه بالمثل كما ادعى الاجماع عليه ، وقال صاحب الجواهر : « إنه من قطعات الفقه » وعن غاية المراد « أطبق الأصحاب على ضمان المثلي بالمثل إلا ما يظهر من ابن الجنيد » وقد أوّل كلامه أيضاً ، وكيف كان لا دليل على خروج مطلق المثلي ، بل الخارج ما هو موجود مثله ، لا المتعذر ولا نادر الوجود .

وأما صحيحة صفوان الجمال « أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول : من وجد ضالة فلم يعرفها ثم وجدت عنده فإنها لربّها أو مثلها عن مال الذي كتّمها » (٢) وفي نسخة من الفقيه وعن الكافي « ومثلها » بالواو

(١) الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطة - الحديث ٧ .

(٢) الوسائل - الباب - ١٤ - من كتاب اللقطة - الحديث ١ .

فلا تقاوم ما تقدم مع اختلاف النسخ واغتشاش المتن ، لأن المفروض وجودها عند المراجع ، فلا بد من التصدير بأنه لو كانت نافلة فمثلها ، فتعرضت لفرض غير مذكور ، مع أنه لا يلائم نسخة الكافي والفقيه وظهورها في تعلق ضمان للمثل بالمال الخارجي ، وهو خلاف المتسالم عندهم وخلاف أدلة الضمانات ، مع أن الحمل على المائل في القيمة بقرينة قوله : « من مال الذي كتبها » غير بعيد ، سيما إذا قلنا بأن المثل بالمعنى المهود لإصلاح حادث .

ولهذا قال الشيخ (قده) في قوله تعالى : « فاعتدوا عليه » الخ : إن القيمة مثل عند تعذر المثل ، فصحطه على الأعم ، بل الحمل عليه مقتضى الجمع بينها وبين صحيحة علي بن جعفر المتقدمة المصرحة بضمان الثمن . ثم إن الاعتبار في القيمة إما أن يكون بيوم الأداء وهذا هو الأقوى لو قلنا بأن العين في المضمونات على العهدة إما بشخصيتها أو بمطلق خصوصياتها أو بخصوصياتها الدخيلة في الغرامات أو قلنا بأن المثل على العهدة حتى في القسيات ، لما قلنا بأن العهدة إذا اشتغلت بالعين أو المثل لا بد من الخروج عنها ، وهو بأداء قيمة يوم الأداء ، فانها نحو أداء لها ، وأما أداء قيمة الأيام السالفة أو المستقبل فلا يعد أداءً إذا نقصت القيمة عن يوم الأداء ، وأداء وزيادة إذا زادت

وما قيل : من أن مالية العين لا تعين لها بناتها ، وإذا أضيفت إلى الأزمان تكون مع تلك الاضافة قيمته مطلقاً لا ينبغي إصفاؤه ، كما أن ما قيل : من أن العين في زمان التلف لا قيمة لها إلا فرضاً قد مر ما فيه . نعم المبنى غير مرضي لما تقدم منّا ، لا لما ذكره بعض الأعظم (قده) من أن جعل الأحكام غاية للضمان ملازم لامكان أداء المضمون . والشخص بعد التلف لا يمكن أدائه ، والملازم الالتزام بسقوط الضمان ، وذلك لأن

أداء المثل أو القيمة نحو أداء عرفاً ، فجعل الأداء غاية حتى في زمان التلف لازمه أن يكون أداء المثل أو القيمة أداءً عند الشارع ، كما هو كذلك عرفاً .

وقد ناقض القائل قوله ذلك بما تقدم منه في ذيل الأمر الرابع بأن أداء المأخوذ بعد أداء عرفاً وعادة بأداء مثله أو قيمته ، ومع أدائها فكأنه لم يتلف منه شيئاً ، ويصدق أنه هو الذي أخذته ، إلى غير ذلك من تعبيراته ، ومع ذلك قال في المقام أيضاً : إن أداء القيمة ليس أداءً للمصداق ، فلا وجه لسقوط ما في الذمة بأمر مبائن له ، ولا يعقل تعيين القيمة للبديلة بنفسها ، فراجع .

ثم إن القائل جعل أمراً آخر مبنى القول بيوم الدفع ، وهو أن قوام الشيء بماليته لا بشخصيته ومثليته ، فما يبقى في الذمة ما هو الركن للشيء ، وهو ماليته التي هي عبارة عما ينتفع به من غير تقديرها بقيمة ، فلو كان المأخوذ حقة من الحنطة فتلفت بقي في الذمة ما يشيع عشرة أنفس إلى زمان المطالبة ، فيقوم بقيمة هذا اليوم انتهى ملخصاً .

وفيه ما لا يخفى من مخالفته لما تقدم منه ، ونفى الشبهة عنه بأن المرتكز في الأذهان أن المثل في المثلي مضمون ، وكذا القيمة في القيمي ، ولما هو بناء العقلاء في الفروقات .

ثم إن تفسيره المالية بما ينتفع به ، وما ينتفع به بما يشيع عشرة أنفس في الحنطة مثلاً من غرائب الكلام ، فإن الخصوصيات التي ينتفع بها تكون منشأ للماليات الأشياء لانفسها ، ثم لو بقي في الذمة عنوان ما يشيع عشرة أنفس ، فلا معنى لزوم أداء قيمة الحنطة مثلاً ، فإن المثل لم يتعلق بالذمة كما ذكره ، وعنوان ما يشيع يصدق على الحنطة والشعير وغيرها ، ولو قيل بأن ما يشيع من الحنطة مضمون فيها فهو كرت علي ما فر منه مع قيد

غير صحيح .

وإن قلنا بأن القيميات مضمونات بالقيمة فإن قلنا بأن المثل في المثليات والقيمة في القيميات يتعلق بالعهد حال الأخذ ، فتكون العين مضمونة بالمثل حتى في زمان وجودها ، ويكون أداء نفس العين موجباً لسقوط المثل عن العهد ، وكذلك القيمي يكون مضموناً بالقيمة بمعنى أن قيمته بالفعل على الذمة ، وأداء العين موجب لسقوطها عكس الاحتمالات السابقة ، كان الاعتبار بيوم الأخذ والغصب ، فإنه يوم تعلق القيمة بالعهد ولا وجه لتعلق قيمة العين في سائر الأزمنة عليها ، لأنها ليست قيمتها فعلاً وبلا قيد . وإن قلنا بأن معنى ضمان العين أمر تعليلي ، هو أنه لو تلفت يقع على ذمته المثل في المثلي والقيمة في القيمي يكون الاعتبار بيوم التلف . ومبنى أعلى القيم من يوم الأخذ إلى يوم التلف هو ضمان الأوصاف حتى وصف التقويم ، وهو ضعيف .

وأضعف منه احتمالات آخر ، كاحتمال الأعلى من يوم الأخذ إلى يوم الأداء ، أو من يوم التلف إلى يوم الأداء لابتنائها على كون ما في العهد مضموناً وأن العين التي هي في العهد لو علت قيمته صارت مضمونة ، وهو كما ترى ، ضرورة أن الاعتبار في قوله (ص) : « على اليد ما أخذت » الخ أن العهد مترتبة على الأخذ ، وأن الاستيلاء والأخذ سبب للعهد والضمان ، فجعل العهد استيلاءً بخلاف الاعتبار في القاعدة وخلاف فهم العرف ، ولو جعل الاستيلاء الذي هو العهد سبباً لعهد أخرى لزم أن يكون فوق العهد عهداً ، وهو كما ترى ، مع أن اللازم للمبنى المذكور أن يكون الحكم محققاً لموضوعه ، وهو وإن كان ممكن الدفع عقلاً كما في الاخبار مع الوساطة ، لكن هناك كان موافقاً لارتكاز العرف بخلافه هاهنا ، لبعده عنه جداً ، مضافاً إلى أن الاستيلاء الذي كان يحكم الشرع قهراً على

الضامن خارج عن دليل اليد ، ضرورة عدم موافقة العقل والعقلاء على ذلك ، وبالجملة إن الضمان من أحكام المأخوذ لا المضمون .

ولا يبعد أن يكون أقواها بنظر العرف احتمال ما قبل الأخير الذي نتيجته اعتبار قيمة يوم التلف ، هذا بحسب مقتضى قاعدة اليد وإطلاقات أدلة الضمان .

وأما بحسب الأدلة الخاصة فلا بد من النظر فيها حتى يتضح الأمر ، منها - صحيحة أبي ولاد الحناط قال : « اكرتت بغلاً إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي ، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبّرت أن صاحبي توجه إلى النيل فتوجهت نحو النيل ، فلما أتيت النيل خبّرت أن صاحبي توجه إلى بغداد فاتبعته وظفرت به ، وفرغت مما بيني وبينه ، ورجعنا إلى الكوفة ، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذري ، وأردت أن أتحمّل منه ممّا صنعت وأرضيه فبدلت له خمسة عشر درهماً ، فأبى أن يقبل ، فتراضينا بأبي حنيفة ، فأخبرته بالقصة وأخبره الرجل ، فقال لي : ما صنعت بالبغل ؟ فقلت : قد دفعته إليه سليماً ، قال : نعم بعد خمسة عشر يوماً ، قال : فما تريد من الرجل ؟ فقال أريد كراء بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً ، فقال : ما أرى لك حقاً ، لأنه اكرته إلى قصر ابن هبيرة فخالف فركبه إلى النيل وإلى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكراء ، فلما ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراء ، قال : فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرحمته مما أفنى به أبو حنيفة ، فأعطيته شيئاً وتحلّت منه ، وحججت تلك السنة فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما أفنى به أبو حنيفة ، فقال : في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها ، وتمنع الأرض بركتها ، قال : فقلت لأبي عبدالله عليه السلام : فما ترى أنت ؟ فقال : أرى له عليك

مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة الى النيل ، ومثل كراء بغل راكباً من
 النيل الى بغداد ، ومثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة توفيه إياه ، قال :
 فقلت : جعلت فداك قد علمته بدراهم ، فلي عليه علفه ؟ فقال : لا لأنك
 غاصب ، قال : فقلت : أرأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني ؟
 قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته ، قلت : فان أصاب البغل كسر أو دبر
 أو غمز ، فقال : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه ، فقلت
 من يعرف ذلك ؟ قال : أنت وهو ، إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك ،
 فان ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك ، أو يأتي صاحب
 البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك ،
 فقلت : إني كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحللتني ، فقال : إنما رضي بها
 وحللتك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم ، ولكن ارجع اليه فأخبره
 بما أفنتك به ، فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك ،
 قال أبو ولاد : فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاري فأخبرته بما
 أفنتني به أبو عبدالله عليه السلام ، وقلت له : ما شئت حتى أعطيكه ؟ فقال :
 قد حبيت إلى جعفر بن محمد عليها السلام ، ووقع له في قلبي التفضيل
 وأنت في حل ، وإن أحببت أن أردّ عليك الذي أخذته منك فعلت « (١) .
 وقد اختلفت نسخ الحديث ، ففي الوسائل ومرآة العقول نقلها كما
 نقلتها بتنكير « البغل » في كلام أبي عبدالله عليه السلام في ضمان الكراء
 وضمن البغل ، وفي الوافي عن الكافي والتهذيب نقله معرفة باللام في جميع
 الموارد ، وفي غصب الوسائل نقله منكرأ في بعض الموارد ومعرفة في بعض .
 وكيف كان الظاهر أن أبا حنيفة تشبث بما عن النبي صلى الله عليه وآله

(١) الوسائل - الباب - ١٧ - من كتاب الاجارة - الحديث ١ إلا أنه أسقط

ذيله وذكر تمامه في الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ و ٢٩١ .

« الخراج بالضمان » (١) بزعم أن المراد منه أن الخراج مقابل الضمان ، أي وقوع العين تحت اليد مضمونة ولو لم تلتف ، مع أن الرواية على فرض صدورهما محتملة لمعنى آخر أقرب إلى الفهم ، وهو أن العين إذا كان لها خراج وتلفت تحت يد من استوفى خراجها أو تلف الخراج تحت يده يكون الخراج بازاء ضمانه ، أي ما استقر على عهده من قيمة العين ، فإن قيمتها تلاحظ باعتبار منافعها ، فمع أداء قيمتها لا تؤخذ منافعها ، وهذا أمر لا تستبعده العقول بخلاف ما أفتى به أبو حنيفة ، فإنه مخالف للعقل والعدل الاسلامي ، فلهذا استرجع صاحب البغل ، وتحلل منه أبو ولاد مع فتواه بنفعه ، وقال الصادق عليه السلام : ما قال ، وقال المكارم : ما قال كما في ذيلها .

ثم إنه لا فرق بحسب الواقع بين تنكيب البغل وتعريفه في مقدار الكراء لما أشرنا إليه سابقاً من أن الهوية بما هي لا دخالة لها في القيم والرغبات وما هي دخيلة فيها الخواص والآثار والأوصاف ، ككون البغل قوياً سريع السير مرتاضاً غير شמוש ، فكل ما كان بهذه الأوصاف المرغوبة يكون كراؤه عين كراء غيره ، فقولته (ع) : « له عليك كراء بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل » يراد به البغل المائل لبغله بحسب فهم العرف وارتكاز العقلاء ، لا كراء أي بغل شاء كان مخالفاً لبغله أم لا ، ومسح المائلة لا فرق بين كراء شخص بغله أو كراء مماثله ، وهو واضح .

وأما مورد الاستشهاد للمقصود ففقرتان منها : أولهما قوله : « رأيت لو عطب أو نفق أليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته » ويمكن الاستشهاد بها لاثبات قيمة يوم التلف ، بأن يقال : إن أبا ولاد سأل عن الضمان إذا عطب أو نفق ، ولا شبهة في أن الدهن

الحالي عن المناقشات ينقدح فيه من قوله : « لو عطب أو نفق أليس يلزمي ؟ » أنه يلزمي قيمة البغل حال تلفه ، فإنها قيمته الفعلية لا قيمة الزمان الماضي أو الاستقبال ، وإطلاق كلامه لما كان يقتضى ضمان التلف تحت يده مطلقاً أجاب عليه السلام بأن ضمان التلف ثابت لا مطلقاً ، بل حال الغصب والمخالفة ، فقيده يوم المخالفة لدفع توهم الضمان لو تلف قبل الغصب ، وهو في المثال من الكوفة الى قنطرتها .

ففي الجواب تصديق لقول أبي ولاد من حيث ، وهو لزوم القيمة إذا تلف النبي في ارتكازه وارتكاز كل عاقل أنها تعتبر حال التلف ، إذ هي القيمة له فعلاً ، وردع له من حيث ، وهو الذي لازم لإطلاقه من أن الضمان على فرض التلف ثابت من وقت الأخذ ، فقال عليه السلام : إنه ثابت يوم الغصب والمخالفة ، فقوله (ع) : « يوم خالفته » قيد لقوله عليه السلام : « نعم » أو للفعل المدلول عليه به ، كما هو ظاهر التركيب اللغوي ، والقيمة الموردة للتصديق قيمة يوم التلف .

وأما ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) فبعد لزوم توجيه الوجه الأول - بأن مراده من إضافة القيمة المضافة إلى البغل إلى اليوم ثانياً هو أن القيمة مضافة إلى البغل ، وهو مضاف إلى اليوم ، لا لإفادة تقييده ، بل لإفادة تقييد القيمة المضافة إليه ، وأن المضاف إلى المضاف إلى الشيء مضاف إلى ذلك الشيء ثانياً أي مع الواسطة ، ويشعر به قوله عقيب ذلك وتفريراً عليه ، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة - يكون مخالفاً للظاهر جداً ، لأن إضافة البغل إلى اليوم غير مأنوسة ، ومخالفة للذوق والفهم العرفي ، فلو أراد إضافة القيمة إلى اليوم بعد إضافتها إلى البغل كما يوهم ظاهر كلامه فهو أبعد لو سلم إمكانه ، كما أن إضافة المجموع إليه غير صحيح ، وكونه قيد الاختصاص وإن أمكن بلحاظ ثانوي ولا إشكال

في تقييد المعاني الحرفية عقلاً لكنه مخالف للظاهر جداً .
 ثم إنه قد يقرر عدم إمكان ما هو ظاهر كلام الشيخ (قدسه) في
 الاضافة اللفظية بأن لفظ القيمة لم يذكر على النهج الخاص لإمرة واحدة
 ولا يعقل وجوده الشخصي مرة أخرى لتضاف إلى اليوم ، وفيه أن ذلك
 مبني على زعم أن في الاضافة اللفظية لا بد من جعل المضاف في اللفظ مرتبطاً
 بالمضاف إليه ، مع أنه في المتصرمات غير معقول ، فان الارتباط المذكور
 لا يعقل أن يكون قبل الاستعمال ، وهو واضح ، ولا بعده فانه لا مضاف
 ولا مضاف إليه بعد تمامية ذكر المضاف ، لانعدام المضاف وعدم تحقق
 المضاف إليه ولا حال الاستعمال لعدم تمامية المضاف وعدم وجود المضاف إليه .
 بل التحقيق أن اللفظ المضاف لا يفيد إلا معناه ، وكذا المضاف إليه ،
 والربط المذكور مفاد الهيئة ، فكما يمكن أن يفيد الاخبارات المتعددة عقيب
 ذكر المبتداء - فيقال زيد عالم قادر عادل ، فهذه الهيئة أو الهيئات تفيده
 المعاني التصديقية المتعددة ، ولا يحتاج إلى تكرار المبتداء - كذلك يمكن أن
 يفيد الاضافات المتعددة بالعطف ، ويمكن إفادة المتعددة منها بغير العطف
 فيقال : غلام زيد هند من غير لزوم تكرار اللفظ ، فالاضافة مفاد الهيئة
 لا المضاف أو المضاف إليه ، نعم يمكن الاشكال بأن هذا غير معهود في
 الاستعمالات ، وهو أمر غير عدم المعقولة .

ويقرر الامتناع في الاضافة المفهومية بعدم تعقل ملاحظة مفهوم القيمة
 في المثال مع مفهومين مترتبين في مرحلة الاستعمال في استعمال واحد متقوم
 بلحاظ واحد ، فان لازمه اجتماع المحاظين في لحاظ واحد ، وفيه أن ذلك
 مبني على لزوم لحاظ المضاف حال استعمال المضاف إليه ، وهو غير مسلم ،
 بل غير صحيح ، لأن كل لفظ استعمال في معنى يلاحظ المعنى ويستعمل
 اللفظ فيه ، وبعد الانتقال إلى اللفظ المتأخر والمعنى المتأخر ينصرم اللفظ

ويذهل عن المعنى بوجه تفصيلي وإن كان محفوظاً في الارتكاز خصوصاً في الجمل المشتمة على القيود الكثيرة ، فعند ذكر المضاف لا يلاحظ إلا معناه ، كما أن الملحوظ في حال ذكر المضاف إليه هو معناه ، واشتغال الجملة على هيئة ملحوظة على النحو الحرفي موجب لتحقيق الاضافة وإفادة الربط ، فلو فرض أن الهيئة الكذائية كانت دالة على إضافة أمرين بالمضاف لا يأتى العقل عن صحتها ، وإن كان الاشكال عدم كون مثله معهوداً في الاستعمالات فهو معنى آخر غير عدم المعقولية ، مع أن ما ذكره على فرض صحته يلزم منه اجتماع الملحوظين في لحاظ واحد ، وهو غير ممنوع .

ولو قيل : إن تشخص اللحاظ بالملاحظ فمع تعدده يتعدد يقال : إن تعدد اللحاظ والملاحظ في عرض واحد ممكن وواقع ، وأما الاشكال بأن المعاني الحرفية غير قابل لللحاظ والتقييد فقد فرغنا عن تهجينه في الأصول ، فراجع .

وأما قوله - : « تعلق الظرف بقوله (ع) : « نعم » يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل بعيد جداً ، بل غير ممكن ، لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان » - ففيه أن الظاهر هو السؤال عن أصل الضمان ، وإلا كان الحق أن يقول : « ما يلزمني يوم المخالفة؟ » ولعل منشأ السؤال ما سمع عن أبي حنيفة من أن ضمان الأصل لا يلائم ضمان الكراء ، وأن الخراج بالضمان ، ورأى السائل أن أبا عبدالله عليه السلام أثبت الكراء فأراد أن يستفسر منه أنه مخالف لأبي حنيفة في الكراء وضمان أصل البغل أو في الكراء فقط .

وبعبارة أخرى إن أبا حنيفة ادعى الملازمة بين ضمان البغل وسقوط الكراء بتوهم أن الخراج بالضمان ، وحيث ردّ أبو عبدالله عليه السلام عليه بأن الكراء ثابت زعم أبو ولاد أو احتمال أن ثبوت الكراء كاشف

عن عدم ضمان الأصل ، للملازمة بين ثبوت الضمان وسلب الكراء على ما أتفق به أبو حنيفة فسأل أنه مع ثبوت الكراء هل يثبت الضمان ؟ وقال : « رأيت لو عطب ٢ الخ ، ولعل همزة الاستفهام في « أليس يلزمني » من زيادة النسخ وإن كان ثبوتها أيضاً لا مانع منه ، وبالجملة سأل أبو ولاد عن ضمان الأصل باحتمال سقوطه مع ثبوت الكراء ، فأجاب عليه السلام بثبوتها ، أي ثبوت هذا المعنى التعليقي ، أي لو عطب أو نفق يلزمه ، لا مطلقاً بل يوم المخالفة ، فكانه قال : يلزمك يوم المخالفة والاستيلاء على مال الغير غصباً قيمة يغل إذا عطب أو نفق ؛ فهذا المعنى التعليقي ثابت بالفعل يوم الغصب ، كما قلنا في خبر « على اليد » فمضمون الصحيحة موافق لخبر « على اليد » مع اختلاف غير جوهرية ، وهو ذكر القيمة ، لكون المورد من القيميات .

وربما يقال تأييداً للشيخ الأعظم (قده) : « إن هذه الفقرة ظاهرة في قيمة يوم المخالفة من غير لزوم ما ارتكبه الشيخ من مخالفة القواعد العربية ، والخروج عن طريقة أهل اللسان ، فانه بناءً على أن يكون « يوم مخالفته » متعلقاً بـ « نعم » ، فيكون المعنى أنه يلزمك يوم المخالفة القيمة ، أما أنها قيمة ذلك اليوم أو غيره فالحديث ساكت عنه ، إلا أنه بالالتزام يدل على أن المدار قيمة يوم المخالفة ، فانه لو لم يكن يوم المخالفة إلا يوم دخول نفس العين في العهدة لكان ذكر القيمة بلا موجب ، لأن ما يه المال إذا قدرت بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة تكون القيمة قيمة ذلك اليوم لأنه لا يعقل أن يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعلياً ويقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة » انتهى .

وأنت خبير بما فيه ، فان ذكر القيمة ليس لكونها ثابتة فعلاً على عهده ، بل لأجل أنه لو تلف البخل ثبتت القيمة ، فلم تقدر القيمة

يوم المخالفة ، ولا يكون الضمان بمعنى ثبوت القيمة على عهده فعلاً وثبوتها على فرض التلف تقدير لها بيوم التلف عرفاً ، لأن ضمان قيمة الشيء إذا تلف هو قيمته حال التلف ، وسائر التقييم ليست قيمته فعلاً ، فتصير العبارة على فرض تعلق الظرف : « نعم » هكذا « يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل إذا تلف » وهي ظاهرة في قيمة يوم التلف ، وإن كان ثبوت هذا المعنى التعليقي يوم المخالفة ، والعجب أنه مع البناء على تعلق الظرف بـ « نعم » جعله في كلامه متعلقاً بالقيمة حتى قال ما قال .

وأعجب منه قوله : إن « البغل » في بعض نسخ الكافي والاستبصار محلى باللام ، فيكون يوم المخالفة حالاً من القيمة ، وفيه أن الحال وصف مبيّن للهيئة ، ولا يكون اليوم وصفاً للقيمة ، فجعله حالاً مخالف للواقع وللقواعد العربية .

ثم إن في العبارة على فرض تجرد البغل عن اللام احتمالين : أحدهما كون البغل منوناً ، والثاني كونه مضافاً إلى اليوم ، والثاني بعيد ، وعلى فرضه لا يكون ظاهراً في قيمة يوم المخالفة ، ولا يكون الظرف حينئذ متعلقاً بـ « نعم » أو الفعل المستفاد منه ، ولعل اضافته إليه للدلالة على أن في يوم المخالفة الذي كان أوائل سيره لعل البغل كان سمياً نشيطاً على صفات ويحتمل زوالها عنه بعده ، فهي مضمونة كما تقدم ، فلا بد من لحاظه بتلك الصفات ولم يحتمل زيادة صفة مرغوبة عليه في خلال ذلك السفر ، لكن يحتمل قريباً بل يظن مع ذلك التعب وسرعة السير به لأخذ الغريم في المسافات البعيدة زوال الصفات المرغوبة ، فالاعتبار بيوم المخالفة على هذا الوجه ليس لدخاله ذاتاً ، بل لاحتمال موصوفيته بما ذكر .
وبالجملة الظاهر منه على فرض الاضافة أن البغل الموصوف بصفات يوم المخالفة مضمون بقيمة يوم التلف بالتقريب الذي تقدم .

وأما لو قرئ منوناً يكون الظرف متعلقاً بـ «نعم» ، ولا فرق في المقصود بين تنكيره وتعريفه ، لما عرفت من أنه مع التنكير يراد المماثل من الجهات المرغوب فيها ، وأما قول الشيخ الأعظم (قده) : « إن إسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة ، لا لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل ، والقيمة انما هي قيمة المثل » فغير ظاهر ، لأنه مع إسقاط حرف التعريف والاضافة الى اليوم يستفاد منه قيمة البغل بالصفات التي في ذلك اليوم أو قيمة ذلك اليوم ، ومع التنكير ظاهر في أن عليه يوم المخالفة قيمة بغل مماثل لبغله إذا عطب أو نفق ، وهو نص على خلاف ذلك المذهب ، فكيف يوهمه .

ثم إن في قوله : « فان أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز فقال (ع) : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه » احتمالات كثيرة حاصلة من تعلق « يوم ترده » بـ «عليك» أو بالقيمة أو بالعيب ، وعلى أي تقدير يكون المراد من الردّ ردّ قيمة ما به التفاوت أي الأرش أو ردّ البغل ، وعلى أي تقدير يكون المراد بـ «عليك» حكم وضعي أو تكليفي ، ولازم كل احتمال معلوم عند التأمل ، ويشترك الكل في شبهة ، وهي أنه لو لم يتعقب الأمر بردّ الأرش والبغل لزم أن لا يكون ضمان أصلاً ، فان قيمة يوم الردّ أو عيب يومه أو ضمان يومه لا يتحقق إلا بتحقيق اليوم ، وهو كما ترى ، وأيضاً يشترك الكل في شبهة أخرى ، وهي أن القيمة في غير يوم التلف فرضي لا واقعي ، لأن قيمة يوم ردّ البغل أو ردّ الأرش ليست متحققة ، لأن البغل الموجود فعلاً لم يكن متحققاً في الزمان الآتي فكيف يمكن تحقق قيمته ، فهي إذن فرضي لا واقعي ، ولازمه جعل ضمان تعبدي فرضي غير مرتبط بالتعيّب والتلف إلا في فرض ضمان يوم التلف . والظاهر أن يكون اليوم متعلقاً بـ «عليك» نظير الجملة السابقة ، فحينئذ

ليس المراد منه أن الضمان يتعلق بعهدته يوم الردّ ، ضرورة أن يومه غير دخيل في أصل تعلق الضمان ، فلا بد من حمله على ما تعارف تعبيره ، بأن عليك ردّ التفاوت يوم تردّ البغل ، أي إذا تردّه تردّ ما به التفاوت أيضاً ، من غير عناية الى دخالة يوم الردّ في شيء ، فحينئذ يستفاد منه قيمة يوم التلف والعيب بعد ضم قوله : « إن أصاب البغل » الخ اليه ، كما مرّ نظيره في الفقرة السابقة .

وقال صاحب الجواهر (قده) في كتاب الغصب : « إن الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب الصحيحة المحشاة « تردّه عليه » من دون لفظ اليوم ، ومعناه تردّ الأرش عليه مع البغل ، وهو غير بعيد ، وإن كان حق العبارة حينئذ « تردّها » بضمير التأنيث ، لكن أمره سهل ، فيكون نسخة الجواهر موافقاً لما استظهرناه ، كما أن ما ذكرناه موافق لقواعد باب الضمان من ضمان قيمة يوم التلف في القيميات ، كما هو ظاهر « من أتلف » و « على اليد » .

نعم هنا كلام ، وهو أن العيب والنقص لو ارتفع هل يرتفع الضمان به مطلقاً ، أو لا مطلقاً ، أو تفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن فلا يرتفع وغيره فيرتفع ، أو تفصيل بين أن يكون زوال العيب عوداً للحالة السابقة عرفاً كما لو نسي العبد فتزل سعره ثم زال النسيان أو شمست الدابة ثم زال وصفها ، فإن في مثلها عوداً للوصف السابق أو يكون زواله بحصول وصف مماثل له ، كما لو زال شعرها فتزلت قيمتها ثم نبت شعرها مثل الأول ؟

والأقوى هو هذا التفصيل ، فإن في مثل الوصف العائد يكون غاية قاعدة اليد حاصلة ، فانه لو أدى العبد بعد ذكره يكون مؤدياً لما أخذ ، بخلاف ما إذا زال وصف وحصل مثله ، فانه ضامن لما أخذه ولو تبعاً ،

وما أدّاه مثله لا عينه ، ولا يرتفع الضمان به ، وهذا نظير ما لو خرب البناء تحت يده مضموناً ثم بنى نحوه ، فان ذلك لا يرتفع به الضمان ، وهو واضح ، وما قلنا في ضمان اليد يأتي في ضمان الائتلاف ، فان المتلف لو عاد عيناً عرفاً سقط الضمان بخلاف ما لو عاد مثله .

ثم إن في قوله : « فمن يعرف ذلك » احتمالين : أحدهما من يعرف قيمة البغل ، وعلى ذلك جرت كلماتهم ، ثم وقعوا في حيز بيبص في إرجاع الحلف والبينة إلى شخص واحد ، وهو خلاف قواعد باب القضاء ، فهرب كل مهرباً .

والثاني الذي هو ظاهر الرواية وإن لم أر احتمالاً في كلماتهم أن يكون المراد من يعرف قيمة ما بين الصحيح والمعيب ، لأن الجملة الأولى قد أعرض عنها سؤالاً وجواباً ، وتوجه السائل إلى مسألة أخرى هي ضمان العيب ، فأجاب بضمان قيمة ما بين الصحيح والمعيب ، فقوله : « من يعرف ذلك » عقيب هذه الجملة ظاهر في الرجوع إلى الثانية ، والاختصاص بالأولى بعيد جداً ، والرجوع اليها بعيد أو غير ثابت .

ومع الرجوع إلى الثانية يمكن أن يقال : إن الظاهر من قوله (ع) : « إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك » هو الحلف على قيمة البغل المعيوب الموجود بين أيديهما ، لا على قيمة أيام آخر ، ومعلوم أن في الاختلاف بينهما في قيمة المعيوب يكون صاحب البغل منكراً ، لأنه يريد أن يجلب النفع إلى نفسه ، فينكر زيادة قيمة المعيب ، بخلاف صاحبه ، فانه يريد دفع الضرر عن نفسه ، فيدعي زيادة قيمته ، فمع كون قيمة الصحيح خمسين فان كانت قيمة المعيب عشرين يكون التفاوت ثلاثين ، وإن كانت ثلاثين يكون التفاوت عشرين ، فالضامن يدعي الثلاثين وصاحب البغل ينكره ، فالقول قوله ، فيحلف أو يرد الحلف إلى صاحبه .

وأما قوله (ع) : « أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم أكرى كذا وكذا » صريح في أن اختلافها راجع الى قيمته حال الصحة دون حال العيب وإن كان الاختلاف لتشخيص ما به التفاوت بينهما ، ومن المعلوم أن في هذا الاختلاف يكون القول قول الضامن وصاحب البغل مدع للزيادة .

وبالجمله ظاهر الجملة الأولى هو الاختلاف في قيمة المبيع ، فيتوجه الحلف الى صاحب البغل ، وصريح الجملة الثانية أن الاختلاف بينهما في قيمة الصحيح ، لأن يوم الكراء يوم صحة البغل ، والاختلاف في قيمة الصحيح لتشخيص ما به التفاوت ، فيكون صاحب البغل مدعياً والضامن منكرأ ، فالرواية متعرضة لهورتين من صور الدعوى بحسب الظهور والصرحة وموافقة للقاعدة ، ويستفاد منها الصورة الثالثة .

وما ذكرناه وإن كان مخالفاً للظاهر في الجملة أي الظهور في وحدة القضية لكن ليس ذلك الظهور بمثابة أمكن معه رفع اليد عن القواعد المسلّمة ، سيما مع الاحتمال الذي ذكرناه بالتقريب المتقدم ، ولا أقل من التعارض بين الظهور الذي قرّبناه وظهور سياق الكلام في وحدة القضية ، فلا يصح الاستدلال بها وتخصيص القواعد المحكمة .

وإن شئت قلت : إنه بعد ظهور السؤال والجواب في قضية التفاوت بين الصحيح والمعيّب أن طبع النزاع فيها يرجع الى الاختلاف في قيمة الصحيح أو قيمة المعيّب أو فيها معاً ، وفي الاختلاف الأول كان المالك مدعياً ، وفي الثاني منكرأ ، ولم يكن أبو عبدالله عليه السلام بصدد بيان جميع خصوصيات باب القضاء في اختلافها ، لأنه كان محولاً الى القاضي عند حضور المتخاصمين ، بل أجمل عليه السلام في ذلك ، ومع ذلك يمكن كشف مورد الاختلاف من الرواية بعد معهودية أن البيئة على المدعي

واليمين على المدعى عليه بين المسلمين من زمن رسول الله صلى الله عليه وآله وكان في عصر أبي عبد الله عليه السلام هذا الحكم معروفاً معلوماً ، ومن القواعد المحكمة المغروسة في الأذهان ، ومعها يستكشف من فتوى أبي عبد الله عليه السلام بتوجه الحلف إلى المالك أن محل الخلاف قيمة المريب ، ولا محالة كان الضامن مدعياً ، والمالك منكرأ ، والقضية الثانية التي أفتى فيها باقامة المالك البينة على أن قيمة البغل يوم الاكراء كذا يستكشف من فتواه أن هذه قضية أخرى يتوجه الحلف فيها الى الضامن والبينة على المالك .

وبما أن احتمال تخصيص القاعده المعروفة من عهد رسول الله صلى الله عليه وآله كان بعيداً في الأذهان يستكشف مورد القضيتين ، مع أنك قد عرفت أن طبع هذا الخلاف يكون ذا جهتين وحيثيتين ، فباحداهما يكون المالك مدعياً ، وبالآخرى منكرأ .

وما ذكرناه لو لم يكن ظاهر الرواية أو مستكشفاً منها فلا أقل من كونه احتمالاً مساوياً لا يمكن استظهار خلافه ، ولا يصح تخصيص مثل تلك القاعدة بها ، مع أن التخصيص بخصوص كراء البغل أو كراء الدابة غير وجيه جداً ، وبمطلق الغاصب غير ممكن الالتزام ، وما قيل : من أن ذلك مقتضى أخذ الغاصب بأشق الأحوال ليس بشيء ولا أظن التزامهم بخروج مطلق الغاصب عن قواعد باب القضاء .

ولعل نظرهم في الحمل على قيمة نفس البغل إلى قوله : « من يعرف ذلك ؟ » فإن البغل لو كان موجوداً لا يقال ذلك ، ولم يجب الامام عليه السلام بما أجاب ، بل أرجعها إلى أهل الخبرة ، ولم يحكم بالحلف ، فإنه بعد فقد البينة ، فيعلم منه عدم إمكان إقامتها لفقد البغل ، ولهذا قال : « أو يأتي صاحب البغل » الخ ، لأن قيام البينة حال الاكترأ ممكن .

وفيه - مضافاً الى أن ما ذكر مجرد تخريف ظني لا يتكل الى ظهور -
 أن تفاوت ما بين الصحة والعيب الحاصل حين حدوثه أيضاً مجهول نوعاً
 لغيرهما ، لأنها عارفاً بمقدار نشاط البغل وصفاته الدخيلة في القيمة ،
 وأما مقدار حصول العيب فمعلوم للغاصب ، وكذا للمكاري بحسب تخصصه
 في تلك الأمور ، وأن كسر اليد إذا مضى عليه خمسة أيام مثلاً - كان بحسب
 الحدوث بأي مقدار ونقص من القيمة كذا ، ولما كان الميزان يوم حدوث
 العيب - والاندمال لا ينظر اليه - يكون إقامة البيئنة غير ميسورة فأرجعها الى
 الحلف بأن قيمة البغل في زمان الحدوث كذا وكذا ، وما ذكرنا وإن
 كان لا يخلو من تكلف لكن كفى في مقابل ما قيل ، وفي علم جواز رفع
 اليد عن الظهور وترك القواعد في باب القضاء .

ومما ذكرناه في معنى الصحيحة يظهر أن مارامه الشيخ الأعظم (قده)
 من استفادة قيمة يوم الغصب من الفقرة الثانية غير وجيه ، كما يظهر بالتأمل .
 ثم إن الصحيحة وإن وردت في مورد الغصب لكن لا تبعد استفادة
 حكم الضمان مطلقاً منها ، بأن يقال : لو كان المستفاد منها ما يحتمل دخالة
 الغصب فيه كأعلى القيم مثلاً لم يصح إسماء الحكم الى مطلق باب الضمان
 لكن بعد استفادة قيمة يوم التلف منها لا يحتمل خصوصية في الغصب
 بالنسبة الى يومه ، لأن قيمة يوم التلف قد تكون أقل من سائر الأيام ،
 ومعه لا خصوصية في الغصب ، فيفهم العرف منها أن ما ذكره من ضمان
 يوم التلف حكم الضمان ، لا ضمان الغاصب ، وإلا يلزم أن يكون ضمانه
 في بعض الأحيان أقل من غيره ، سيما مع كون ضمان يوم التلف عقلاً .
 مع ما عن الحلبي (قده) من أن البيع الفاسد يجري عند المحصلين
 مجرى الغصب في الضمان ، ولعل نظر المحصلين أيضاً الى الأمر العقلائي ،
 وهو أن أبواب الضمان على نسق واحد ، هذا إذا كان مراد الحلبي (قده)

تسوية البابين في كيفية الضمان أيضاً لا في أصل الضمان .
 وما يمكن الاستشهاد به للمطلوب أي ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بقيمة يوم التلف روايات الرهن المتقدمة ، كوثقة أبان بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « في الرهن إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقه على الراهن فأخذه ، وإن استهلكه تراداً الفضل بينهما » (١) بناءً على أن المفروض في الجملة الثانية أيضاً الضياع وأراد التفصيل في موضوع الضياع بين التفريط وغيره أو بين التضييع وغيره ، فتدل في الرهن أنه مع ضياعه بتفريط أو تضييع يسقط المقدار المقابل ، وترادان الفضل ، والظاهر منه أن الاستهلاك موجب للتأثر ، وأن به ينتقل الرهن إلى القيمة وأما إذا كانت الجملة الثانية في غير فرض الضياع بأن يراد من الاستهلاك الأهلاك والاتلاف فتخرج عن مورد ضمان التلف .

وكوثقة إسحاق بن عمار قال : « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك ، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مأتي درهم ؟ قال : نعم ، لأنه رهن رهناً فيه فضل وضيعة ، قلت : فهلك نصف الرهن ، قال : على حساب ذلك ، قلت : فيترادان الفضل ، قال : نعم » (٢) بناءً على المحكي عن الكافي والتهديب كما نقلناه من فرض الهلاك ، لا الاتلاف والأهلاك كما في رواية الصلوق ، ويظهر من التعليل أن كل من هلك مال الغير تحت يده بتضييع ضمن قيمته يوم التلف ، فيدل على المقصود في الجملة ، كما أن ذيلها المفروض فيه الهلاك على جميع النسخ يستفاد منه ذلك بدعوى موافقة فهم العرف في أن العلة في الجملة المتقدمة جارية في حكم الدليل أيضاً ، وأما

(١) الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب الرهن - الحديث ٢ .

(٢) الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الرهن - الحديث ٢ .

احتمال دخالة خصوصيات الرهن في الحكم فبعيد مخالف لفهم العرف سيما في باب الضمان .

وكصحيحة محمد بن قيس (١) وغيرها الظاهر منها فرض التلف والتهاتر وتراد الفضل بمجرد التلف ، والظاهر منها أن القيمة تتعلق بالذمة حال التلف ، واحتمال أن يكون المراد قيمة يوم التفريط لا يوم التلف بعيد جداً لا يحتمله العرف والعقلاء .

ثم إن إسراء الحكم منها الى المورد بعد التعليل المتقدم انما هو بدعوى أن العقلاء يفهمون منها أن خصوصيات المورد من الرهن والفضل ونحوهما غير دخيلة في الحكم ، وما هو تمام الموضوع هو التلف مضموناً سيما مع كون الضمان في القيميات لديهم بقيمة يوم التلف ، واحتمال دخالة التعدي والتفريط في الضمان بعيد بالنسبة الى بعض مراتب التعدي ، كركوب الدابة مثلاً نصف ساعة مما يوجب انقلاب يد الأمانة الى الضمان ، فيكون الدليل عليه هو قاعدة اليد ، ولو منعت دلالتها فلا إشكال في التأيد ، فتدبر .

والانصاف أن المراجع الى أخبار أبواب الضمانات وارتكاز العقلاء فيها لا ينبغي له الريب في أن الضمان في القيميات مطلقاً بقيمة يوم التلف نعم ربما يتوهم من بعض الروايات خلاف ذلك ، مثل ماوردت عن أبي عبد الله وأبي إبراهيم وأبي الحسن الرضا عليهم السلام : « في الرجل يأتي البهيمة فقالوا جميعاً : إن كانت البهيمة للفاعل ذبحت ، فإذا ماتت أحرقت بالنار ، ولم ينتفع بها ، وضرب هو خمسة وعشرون سوطاً ربع حد الزاني ، وإن لم تكن البهيمة له قومت وأخذ ثمنها منه ، ودفع الى صاحبها وذبحت وأحرقت بالنار ، ولم ينتفع بها ، وضرب خمسة وعشرون سوطاً فقلت : ما ذنب البهيمة ؟ فقال : لا ذنب لها ولكن رسول الله

(١) الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب الرهن - الحديث ٤ .

ج ١ (ما استدل به على أن الضمان بقيمة يوم الأداء والجواب عنه) - ٤٢٣ -

صلى الله عليه وآله فعل هذا ، وأمر به لكيلا يجتري الناس بالبهاثم وينقطع
النسل « (٤) .

ورواية سدير عن أبي جعفر عليه السلام « في الرجل يأتي البهيمة
قال : يجلد دون الحدّ ، ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها ، لأنه أفسدها
عليه ، وتذبح وتحرق وتدفن إن كانت مما يؤكل لحمه ، وإن كانت مما
يركب ظهره أغرم قيمتها ، وجلد دون الحدّ ، وأخرجها من المدينة التي
فعل بها فيها إلى بلاد آخر حيث لا تعرف ، فيبيعها فيها كيلا يعير بها
صاحبها » (٥) بدعوى أن الظاهر منها أن الاعتبار بيوم أداء القيمة لا يوم
الافساد ، فان يومه يوم إتيان البهيمة ، ويوم الذبح والتغريم غيره .
وفيه نظر أما بالنسبة إلى ما يركب ظهره فانه لا يخرج عن ملك
صاحبه ، وتغريم الواطء ليس من قبيل تغريم الضمانات ، بل لتعميك
الدابة عليه قهراً ، فهو خارج عن المورد ، وأما بالنسبة إلى ما يؤكل لحمه
فان قلنا بعدم خروجه عن ملك صاحبه أيضاً فالتقويم حال الاتلاف يدل
على أن الاعتبار بيوم التلف ، وإن قلنا بخروجه إما لظهور قوله :
« أفسدها عليه » أو لسلب الملكية عرفاً بعد سلب جميع آثارها فيمكن
أن يقال : إن ظاهرهما أن الوطء سبب لتلك الأحكام ، أي التقويم
والذبح والحرق ، والظاهر ترتب الأحكام عليه بلا مهلة ، فيكون الاعتبار
بتقويم يوم الوطء والإفساد ، وإنما لم يذكره إما للاتكال على الظهور العرفي
أو لعدم اختلاف قيم الحيوانات في أيام قلائل ، سيما في تلك الأزمنة ،
وتختلف زمان التقويم عن زمان الوطء بأزمة كثيرة بعيد نادر .

ثم إنه حكى عن الشهيد الثاني (قدّه) الاستشهاد بصحيفة أبي ولاد

(٤) و (٥) الوسائل - الباب - ١ - من أبواب نكاح البهاثم

الحديث ١ - ٤ من كتاب الحدود .

على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب الى التلف ، قال الشيخ الأعظم (قده) لم يعلم لذلك وجه صحيح ، ولم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب . أقول : يمكن توجيهه بأن يقال : بناءً على كون البغل نكرة منونة والظرف متعلقاً بـ «نعم» على ما هو مقتضى القاعدة لا شبهة في أن المراد به بغل مشابه للتالف فيما هو دخيل في الغرامات ، وعلى ذلك كما أن اللازم اعتبار المشابهة في وصف الصحة والسلامة والعربية كذلك اللازم اعتبار المشابهة في القيمة إذ المشابه التام ما هو مشابه في كل الجهات ، وكما أن الأوصاف المذكورة لو سلبت عن العين لا بد من اعتبارها في الضمان كذلك القيمة الغالية لو سلبت عنها لا بد من اعتبارها فيه .

وأما بناءً على تتابع الاضافات فاضافة البغل الى يوم المخالفة وإن كانت ظاهرة على ما قيل في أن الاعتبار بقيمة يومها ، لكن بعد التجزئة والتحليل يمكن استفادة أعلى القيم منها ، بأن يقال : إن اليوم بما هو غير دخيل في الغرامة كما هو واضح ، وكذا يوم المخالفة بعنوانه ، بل باعتبار تحقق الغصب والاستيلاء على مال الغير بلا إذنه ، وهذا أمر مستمر من وقت المخالفة إلى زمان التلف ، فلو كانت القيمة في يوم من الغصب عشرة وفي آخر عشرين وفي ثالث رجعت إلى العشرة فأدى العشرين يصدق أنه أدى قيمة حال الاستيلاء مطلقا المستمر من أول زمانه إلى زمان التلف ، لأن الأعلى مشتمل للأدنى ، وأما لو أدى العشرة لا يصدق إلا أداء قيمة يوم كانت قيمته عشرة ، فضمان قيمة حال الاستيلاء بقول مطلق هو ضمان الأعلى ، وغيره ضمان حال خاص ، هذا على النسخ التي كان فيها البغل بلا لام .

وأما على غيرها فيمكن أن يقال : إن الظرف متعلق بـ «نعم» ، والمعنى يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل بقول مطلق ، فلو كان اللازم عليه أعلى

القيم يصدق لزومها بلا تقييد بزمان خاص بخلاف غيره ، ولو جعل الطرف قيدا للقيمة يأتي فيها ما مرّ من نتائج الاضافات .

لكن كل ذلك مجرد تصورات وتخريجات لا يساعد عليها العرف والعقلاء في باب الضمانات ، وقد عرفت ظهورها في قيمة يوم التلف ، كما عرفت أن إضافة القيمة الى البغل توجب ظهورها في المشابهة من غير جهة القيمة عرفاً فاذا قيل : عليك قيمة بغل مشابه لبغلك يفهم منه عرفاً بقرينة إضافتها إليه أن المراد بالمشابهة هي المشابهة في الأوصاف التي يتقوم بها ، لا نفس القيمة وعلوها .

ومما ذكرناه يظهر عدم صحة الاستناد في ضمان أعلى القيم الى دليل ضمان اليد ، لأن الظاهر منه عرفاً أن المأخوذ في القيميات مضمون بالقيمة ، فيكون المعنى : على الآخذ قيمة المأخوذ إذا تلف ، وهو ظاهر في قيمة ذات المأخوذ بأوصافه المأخوذة تبعاً غير نفس القيمة ، لأن الظاهر من قوله : عليه قيمة المأخوذ بخصوصياته هو الخصوصيات المقابلة للقيمة المتقومة بها لا نفس القيمة ، لأن القيمة لا قيمة لها ، والظاهر أن مراد القائل بأن العين مضمونة في جميع الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمتها هو ما ذكرناه من أن خصوصية علو القيمة أيضاً مضمونة كسائر الخصوصيات ، وقد ظهر جوابه .

وأما ما أفاده الشيخ الأعظم (قدّه) في توجيهه - « من أن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان وصارت ماليتها مقومة بتلك القيمة فكما أنه إذا تلفت حيثئذ يجب تداركها بتلك القيمة فكذا إذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت ، إذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين أن تتلف أو تبقى ، نعم لو ردت تدارك تلك المالية بنفس العين ، وارتفاع القيمة السوقية أمر اعتباري لا يضمن بنفسه ، لعلم كونه مالا وإنما هو مقوم لمالية المالك

وبه تمايز الأموال قلة وكثرة ، فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن ، وإن تلفت استقرت عليها تلك المراتب ، لدخول الأدنى تحت الأعلى نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة ، حيث إنه يضمن الأعلى منها انتهى - فغير وجيه ، لأن المتبع في المقام هو أدلة الضمانات ، نحو دليل اليد ، وأما الحيلولة فليس عليها دليل مستقل بهذا العنوان ، فلا بد من لحاظ دليل الضمان ، فإن قلنا بأن القيمة السوقية كسائر الأوصاف مضمونة بتبع العين لا بد من القول بالضمان ، كانت العين باقية ومردودة أم لا ، لأن ردّ العين ليس ردّ تلك المرتبة من المالية ، والمفروض أنها مضمونة ، فكما أن العين إذا عيبت وردت معيبة لا بد من جبران العيب وغرامته ، لأن صفة السلامة مضمونة بتبع العين ، ولا بد من جبرها بعد عدم إمكان ردّها ، فكذلك صفة علوّ القيمة ، ولا يعقل أن تكون العين جارية لتلك المرتبة من المالية ، كما لا يعقل أن تكون جارية لصفة السلامة .

وإن قلنا بأن القيمة السوقية غير مضمونة ، وقلنا بالفرق في الغرامات بينها وبين سائر الأوصاف كما أشار إليه رحمه الله فلا وجه لزوم جبرانها ولو تلفت العين ، ضرورة أن التلف لا يوجب خروج الشيء عما هو عليه ، فالتفصيل بين ردّ العين وتلفها غير وجيه ، وما قيل : من أن القيمة مضمونة إلا أن الإجماع قام على عدم لزوم جبران تفاوت القيمة السوقية مع ردّ العين فيه - مضافاً إلى ما عرفت من أن القيمة لا تكون مضمونة ، لظاهر دليل الضمانات وبناء العقلاء في بابها - أن الإجماع غير ثابت في مثل المسألة ، لقرب احتمال أن يكون نظر الفقهاء إلى أدلة الضمانات وقواعد باب الغرامات .

ثم إن الظاهر أن مراد الشيخ (قده) من تنظير المقام بالمنافع المتفاوتة المتضادة ليس في أصل الضمان ، بل في دخول الأدنى تحت الأعلى ، فلا بد

عليه ما أوردوا عليه من إبداء الفرق بين المقام ومورد التنظير .
 وربما يستند في ضمان أعلى القيم الى قاعدة الضرر ، ويمكن تقريبها
 مع الغض عمّا قلنا فيها ، بأن يقال : إن دعوى عدم الضرر بنحو الحقيقة
 الإدعائية لا مصحح لها إلا بسدّ الشارع الأقدس جميع أنحاء الضرر على
 الأمة ، بأن ينهى عن الأضرار ويسدّ الضرر بعد وقوعه بإيجاب الجبران
 وعدم جعل حكم ضرري ، فلو كان من حكم الشارع هدر أموال الغير
 وعدم لزوم جبران الخسارات مع شيوع إيقاع الضرر والخسارة بين الناس
 شيوعاً فاحشاً ، وشيوع تلف الأموال المحترمة تحت أيديهم لم تصح دعوى
 عدم الضرر ، فلأزم صحة هذه الدعوى وإطلاقها عدم هدر الأموال ،
 وهو يساوق الضمان ، ولكن دليبه أخص من المدعى ، إذ قد لا يصدق
 الضرر في المقام .

وأما ما قيل : من أن تضمين أعلى القيم مستفاد من قوله تعالى :
 « فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (١) فإن العين في زمان علو قيمتها
 كانت تحت يد الضامن ، وكان معتدياً في ذلك ، فللمالك الاعتداء عليه بمثل
 ذلك ، وهو القيمة الغالية فقد عرفت ما فيه عند التعرض للآية الكريمة
 في ضمان المثلي ، فراجع

وعن الحلبي (قده) وغيره الاستدلال على أعلى القيم بقاعدة الاشتغال ،
 وقال الشيخ الأعظم (قده) ، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان
 المستفاد من حديث اليد ، وفيه - بعد الغض عن عدم صحة التمسك
 بالأصل مع الأدلة الاجتهادية والقواعد العقلانية المضادة - أن التمسك به
 فرع البناء على أن المستفاد من أدلة الضمانات تعلق نفس العين بالذمة في
 المثليات والقيميات ، أو تعلق المثل بها فيها ، فانه مع الشك في السقوط

كان الأصل الاشتغال ، ويصح استصحاب بقاء العين أو المثل على العهدة لترتب وجوب أدائها أو حرمة حبسها على صاحبها ، وأما بناءً على ضمان القيمة في القيمي فالأصل البراءة ، للدوران بين الأقل والأكثر .

وقد يقال : بناءً على تعلق العين بالذمة إن قاعدة الاشتغال محكمة لو قلنا بأن العين تسقط عن الذمة بأداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي ، فمع أداء الأقل يشك في السقوط ، والأصل الاشتغال ، ويجري الاستصحاب وأما لو قلنا بأن العين لا يعقل سقوطها عنها مع امتناع تأديتها التي هي الغاية فلا شك في السقوط ، وإنما الشك في التكليف الزائد ، لأن الواجب تدارك مالية ما في العهدة ، وهي مرددة بين الأقل والأكثر .

وفيه أن القائل ببقاء العين على الذمة وعدم سقوطها الى الأبد لا بد وأن يقول بأن العين لما كانت لها خصوصية شخصية ، وهي بهذه الخصوصية على الذمة لا يعقل سقوطها ، لامتناع تأديتها ، وأن يقول : إن اللازم على المكلف الخروج عن عهدة غرامتها وضمانها من غير أن يتعلق بالقيمة تكليف مستقل يتردد بين الأقل والأكثر ، ومن غير أن يتعلق بالذمة وراء نفس العين بجميع جهاتها شيء ، حتى يقال : إن المالية مرددة بين الأقل والأكثر ، فلا المالية على العهدة ولا التكليف متعلق بأداء القيمة مستقلاً ، بل العين على العهدة ، ولا بد من الخروج عن عهدة غرامتها ، وإن لم تسقط بعد أداء الغرامة أيضاً ، لمكان استقرارها على الذمة بشخصيتها ومع أداء الأقل يشك في الخروج عن عهدة الغرامة والضمان ، فالأصل الاشتغال ، ويصح الاستصحاب ، تأمل جيداً .

وقد يقال : « إن الأصل الاشتغال مع البناء على ضمان القيميات بالقيمة ، لأن المالية القائمة بالأعيان التي هي من حيثياتها وشؤونها أمر اعتباري بسيط ، لا من الأعراض الخارجية حتى تكون لها قلة وكثرة أو

زيادة ونقص ، ولا هي عبارة عن الدينار والدرهم اللذين لهما قلة وكثرة ، لأنها غير قائمين بالحنطة والشعير ، بل لهما مالية اعتبارية مساوية لمالية الحنطة أو غير مساوية ، نعم المالية القائمة بالعين يتدارك بها بعد تلفها ، لأنها محضان في المالية كسائر المسكوكات ، فالقلة والكثرة ليستا فيما اشغلت به الذمة ، ولا في مالية الدرهم والدينار ، بل فيما يتدارك به خارجاً في مقام الأداء ، فلا محالة لا تتردد بين الأقل والأكثر ، بل بنحو التباين ، فان أنحاء المالية بسائط متباينة ، فيشك في أن المالية التي قد اشغلت الذمة بها هذه المالية المتعينة أو مالية أخرى متعينة ، وهما بسيطان متباينان ، فلا مجال إلا للاشتغال ، انتهى .

وأنت خبير بما فيه من الخلط بين العقليات والعرفيات ، والخروج عن طريقة العقلاء في باب الضمانات ، وعن ظواهر أدلة الضمانات الموكولة إلى العرف ، مع أنه بعد اللتيا والتي لم يأت بشيء مثبت ، لعدم قابلية هذه المالية الاعتبارية للزيادة والنقص والقلة والكثرة ، لأن المنظور في ثبوت القلة والكثرة ليس الحقيقية منها الثابتة للكم المتصل أو المنفصل ، بل المراد القلة والكثرة في الاعتباريات ، فالمالية المساوية لعشرة دراهم أقل من المالية المساوية للعشرين ، وهي أكثر منها بلا ريب لدى العرف والعقلاء ألا ترى أنه لو اشغلت ذمته بما يتردد بين المالية المساوية للعشرين أو العشرة فأدى ما يساوي ماليته العشرين يرى العقلاء تأدية ما عليه بلا تسامح ، ولا يكون عرفاً من قبيل المصالحة على المتباينين ، مع أنه لو كان كما ذكره من التردد بين المتباينين كانت تأدية ما يساوي ماليته العشرين المباشنة للعشرة غير كافية في رفع الاشتغال ، ضرورة عدم إمكان اندراج المائتين في مباينه ، ولا أظن حتى من القائل أن يلتزم بأنه مسح أداء أعلى القيم يشك في البراءة عن الضمان ، وهو دليل واضح على أن الأعلى والأدنى

من قبيل الأقل والأكثر لا المتباينين ، والأولى إيكال هذه الأبواب إلى العرف والعقلاء حتى يتضح المطلوب .

ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف حتى على القول بأن القيمي مضمون بالمثل ، لأن عمدة دليل الضمان قاعدة اليد ، وهي لا تشمل المثل الذي على العهدة ، ولو قلنا بأن ارتفاع القيم مضمون ، وذلك لأن موضوع دليل اليد هو الاستيلاء على مال الغير ، وكون الشيء على العهدة والذمة غير كونه تحت اليد والاستيلاء ، فما في العهدة خارج عن دليل اليد موضوعاً ، وهو واضح .

مضافاً إلى أنه لو قلنا بأن كون الشيء على العهدة نحو استيلاء عليه ينصرف دليhle عنه ، لأن استقرار المثل على الذمة إنما هو بدليل اليد ، ولو قلنا بإمكان كون الدليل محققاً لموضوعه ، وإمكان شموله له حكماً ، كما يقال في القضايا الحقيقية والأخبار مع الواسطة ، لكن الامكان العقلي غير الشمول العرفي ودلالة الدليل ، فلا يستفاد من دليل اليد ضمان المثل ، وأن المثل المضمون به مضمون بضمان آخر هو علو قيمته ، نعم لو كان دليل الضمان قاعدة الضرر بالتقريب المتقدم أو آية الاعتداء لكان لضمان الزيادة حال التلف وجه ، لكن قد عرفت الخدشة فيها ، هذا كله في الضمان بحسب اختلاف الأزمنة ويأتي الكلام أيضاً في اختلاف القيمة بحسب الأمكنة .

فعلى ما ذكرناه من الاستظهار من أدلة الضمان ومن ظهور صحيحة أبي ولاد في أن الاعتبار بيوم التلف لا إشكال في ضمان قيمة مكان التلف أيضاً ، بتقريب أن المتفاهم من الأدلة أنه إذا تلف المأخوذ عليه قيمته في القيميات ، وهو ظاهر في أن القيمة الفعلية عليه ، وهي قيمة حال التلف في مكان التلف ، وقيم سائر الأمكنة كسائر الأزمنة تقديرية ،

فيقال : لو كان هذا الشيء في مكان كذا كانت قيمته كذا ، وهو خلاف
ظواهر الأدلة .

وأما بناءً على أن الاعتبار بقيمة زمان الغصب كما قرّب الشيخ
الأعظم (قده) دلالة صحيحة أبي ولاد عليه فالالتزام بقيمة مكان التلف
مشكل بل غير ممكن ، لأن لازم الجمع بين اعتبار زمان الغصب ومكان
التلف أن يقال : إن المضمون قيمة يوم الغصب في مكان التلف ، فإذا
كان للعين في يوم الغصب أو نحوه قيمة في المكان الذي تتلف فيه بعد
كانت مضمونة عليه فكان المضمون قيمة الشيء في المكان المذكور يوم الغصب
بعد تلفه ، بمعنى أن المضمون قيمته في ذلك المكان يوم الغصب ، ولا يمكن
استفادة ذلك من أدلة الضمانات كقاعدة اليد وصحيحة أبي ولاد وغيرها .
فان قلت : مقتضى إطلاق أدلة الضمانات ضمانه يوم التلف في مكان
التلف ، ومقتضى صحيحة أبي ولاد ضمان قيمة يوم الغصب ، والجمع
بينهما بأن يقال بضمان قيمة يوم الغصب في مكان التلف ، قلت : مضافاً
إلى ما عرفت من عدم دلالة الصحيحة على ضمان قيمة يوم الغصب لأنه
ليس جمعاً عقلياً ، لأن ظاهر الصحيحة على فرض دلالتها على ضمان يوم
الغصب هو ضمان ذلك المكان أيضاً ، لا المكان الآخر ، ولعل الشيخ (قده)
بنى على ضمان يوم التلف كما يظهر من خلال كلامه ، وعلى هذا يكون
زمان التلف ومكانه واحداً .

ثم إنه لو تعذر الوصول إليه مع عدم التلف كما لو غرق أو سرق
أو ضاع أو أبق فالظاهر تسالمهم على بدل الخيلولة ، وإنما الكلام في دليبه ،
واستدل عليه بأمور :

منها - قاعدة اليد ، وربما تقرر دلالتها « بأن الظاهر منها بمناسبة
غايتها أن المأخوذ بنفسه في عهدة ذي اليد ، والعهدة مع وجود العين

تكليفية ، ومع تلفها مالية يجب تداركها بحصة مماثلة لها ، وعند تعذر ردّها وعدم تلفها لا تكون عهدة التكليف ولا عهدة تدارك نفسها ، حيث إنها غير تالفة ، فلو لم يجب تداركها من حيث قوات السلطنة على الانتفاعات بها كان اعتبار عهدها فعلاً لغواً ، فالالتزام بكونها في العهدة فعلاً يقتضي الالتزام بأثر لها فعلاً انتهى .

وفيه أن اعتبار العهدة في باب الضمانات لا يكون اعتبارات كثيرة في كل حال وأن لها بحسبها غايات وآثار ، بل لا بد وأن لا يكون اعتبار الأمر الوضعي بحسب الجعل القانوني لغواً وإلا يلزم سقوط الدين عن ذمة المدين لو فرض عدم قدرته على الأداء في برهة من الزمان ، لعين ما ذكر ، وهو كما ترى ، مع أن الأثر لا يجب أن يكون بدل الحيلولة بل للعهدة آثار أخرى ، منها جواز المصالحة وجواز أخذ الأجرة وغير ذلك .

ويمكن تقريب دلالتها بأن يقال : بناءً على كون نفس العين على العهدة لا تكون القاعدة متكفلة إلا لعهدة العين ، فمعنى « على اليد » أن ما أخذ على عهدة الآخذ إلى زمان الأداء ، وحكم العهدة موكول إلى العقلاء ، وهو مختلف لديهم ، فإن كان المأخوذ موجوداً مقدور التسليم يجب رده ، لاقتضاء العهدة ذلك ولو كان في محل آخر يحتاج إلى النقل والمؤونة ، وإن كان تالفاً تقتضي العهدة ردهً بدله مثلاً أو قيمةً ، وإن كان موجوداً لكن انقطع يد الغاصب والمغضوب منه عنه - كما لو غصبه غاصب قاهر لا تمكن لإزالة يده عنه إلى الأبد - تقتضي العهدة أيضاً ردهً بدله مثلاً أو قيمةً ، لأن التلف بعنوانه غير دخيل في الضمان والغرامة لدى العقلاء ، بل الموضوع لها انقطاع يد المالك عن ملكه للتالي ، ففي المثال المذكور ليست العين تالفة بالوجدان ، ولا تقتضي العهدة ردها بالضرورة ، وحكمها لدى العقلاء الغرامة بردهً المثل في المثل والمثل في القيمة في

القيمي ، وكذا العهدة تقتضي البذل مع احتمال الرجوع والعود ، كما لو
احتمل خروج ما ألقى في البحر بواسطة أمواجه .
وبالجمله ليس عنوان التلف مأخوذاً في قاعدة اليد حتى يقع البحث
في صدقه ولا صدقه ، بل هي على هذا المبنى لا تدل إلا على عهدة العين ،
وحكم العهدة عقلائي ، وهو ما ذكرناه .

بل لو فرض أخذ الاتلاف والتلف فيها كان الحكم ما ذكرناه ،
بل يمكن إسراء ما ذكر الى قاعدة الاتلاف بأن يقال : إن إتلاف مال
الغير ليس بعنوانه موضوعاً للضمان والغرامة ، بل لكونه موجباً لانقطاع
يد المالك عن ملكه أبداً ، ومع فرض انقطاع يده كذلك مع وجوده كان
ملاك ضمان الاتلاف موجوداً ، وهو حكم عقلائي فقاعدة الاتلاف مع لحاظ
المناسبات المغروسة في ذهن العقلاء تنفيذ ضمان ما قطع يد المالك عنه أبداً ،
أو مع احتمال العود من باب الاتفاق كغرق مال الغير ، هذا إذا قلنا بأن
العين على العهدة .

وأما لو قلنا بأنها تدل على ضمان المثل والقيمة فيمكن أن يقال : إن
التلف غير مذكور في القاعدة ، ومناسبات الحكم والموضوع في باب الغرامات
والضمانات توجب استفادة ضمان خسارة مال الغير ولو مع وجوده ، كما
قلنا في انقطاع يده عنه مطلقاً كثال الغاصب القاهر ، وكانغرق والاباق
والسرقة ، فان المتفاهم من دليل اليد الدال على لزوم جبر خسارة المالك
أن انقطاع يده عنه خسارة يجب جبرها ، وهو برد مثله في المثلي وقيمته
في القيمي ، وعلى هذا تحمل الروايات الواردة في ضمان العارية إذا سرق
أو ضاعت ، فان الضمان فيها ليس إلا ضمان اليد لا شيئاً آخر خارجاً عن
ضمان الاتلاف واليد ، وسيأتي تنميم البحث عن قريب .
ومنها - قاعدة السلطنة ، قال الشيخ الأعظم (قدس) : « إن تسلط

الناس على ما لهم الذي فرض كونه في عهده يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذر نفسه ، نظير ما تقدم في تسلطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثلي « انتهى .

وفيه - مضافاً إلى ما تقدم من الاشكال في المثلي المتعذر - أن التنظير مع الفارق ، فإن في المثلي يكون المثل على العهدة ، فيمكن أن يقال : إنه مشتمل على حيثية المثلية والمالية ، ومقتضى دليل السلطنة جواز إسقاط الحيثية الأولى ومطالبة الحيثية الثانية ، وأما في المقام فلا تكون العين على عهده على مسلك الشيخ القائل بأن مقتضى دليل اليد ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي .

وعلى مسلك بعض المتأخرين عنه من أن ظاهر « على اليد » أن نفس العين على العهدة ، وباقية إلى زمان الأداء ، فالظاهر عدم التزامهم بأن العين في زمان وجودها على عهدة الضامن كما هي في عهده في زمان تلفها ، لأنها في زمان التلف على عهده كعهدة الدين ، فهي على عهده بمايتها بحيث كان له مال على عهده ، فإذا مات يتعلق الضمان بأمواله ، وأما في زمان وجودها ، فليس الأمر كذلك ، لأن لازمه أن يكون للمالك مالان : أحدهما على عهدة الضامن والآخر في الخارج ، وهو كما ترى ، أو الالتزام بما نسب إلى أبي حنيفة من صيرورة المغصوب ملكاً للغاصب ، وهو أفحش ، فعلى هذا عهدة العين في زمان وجودها عهدة أداؤها فقط لا كونها على ذمة الضامن كما بعد التلف .

فلابد للقائل بأن ظاهر دليل اليد أن نفس العين على العهدة إمامن الالتزام بأن « على اليد » ليس دليل الضمان ، بل دليل على عهدة الأداء فقط ، كما التزم به بعضهم ، أو الالتزام بأن المستفاد منها أمران : أحدهما عهدة العين بمعنى عهدة أداؤها في زمان وجودها ، والثاني عهدها

عند التلف ، بمعنى كونها على ذمة الضامن ، بحيث تكون من أموال المضمون له يتصرف فيها كيف شاء ، واستفادتها منه مشكلة ، بل ممنوعة لأن نحو العهدة في زمان الوجود يغير نحوها في زمان التلف .

وبعبارة أخرى إن من ضروريات الفقه أن العين النالفة تحت يد الغاصب ونحوه مضمونة عليه يجب أداء مثلها أو قيمتها ، وذمة الضامن مشغولة بمال المضمون له ، سواء قلنا : إن العين على ذمته أو المثل والقيمة ، ومن ضروريات الفقه أن العين في زمان وجودها ليست بهذا النحو مضمونة وليست ذمة الضامن مشغولة بمال المضمون له ، بحيث يكون كأحد أمواله يتصرف فيه كيف شاء ، فالأولى اشتغال الذمة بالمال نحو الديون ، والثانية عهدة العين ، أي عهدة أدائها ، لا اشتغال الذمة بها كاشتغالها بالديون .

وكيف كان ليس في زمان وجودها مال على ذمة الضامن يكون موضوعاً لدليل السلطنة ، وإنما موضوعه المال الخارجي ، ويكون سلطاناً عليه ، وسلطنته عليه لا تقتضي السلطنة على الغير ، ولا على ماله ، بل لو خرجت العين عن تحت استيلاء الضامن بوقوعها تحت يد أخرى أو وقوعها في البحر ونحوه لا يصلح دليل السلطنة لإيجاب ردها إلى صاحبها لقصوره عن إثباته ، نعم ما دام كونها تحت يده يصح التمسك بدليلها ، للالتزام باخراجها عن تحت يده ، لأن إطلاق السلطنة يقتضي دفع المزاحمات لسلطانه ، وأما لزوم استرجاعها إلى يد المالك فليس مفاد دليلها ، كما أنه قاصر عن جواز إلزام الضامن على عقد بيع أو مصالحة ، كما احتمله السيد الخشي رحمه الله .

وأما دليل نفي الضرر بتقريب سبق منّا على مباني القوم وإن لا مانع من جريانه في العدميات وغيرها ، وفي سد الخلل وغيره كما عرفت لكن لا يلزم منه أداء المثل أو القيمة في جميع الموارد ، لأن غاية ما يستفاد

منه هو سد خلل الضرر وجبرانه ، فاذا أمكن جبره بأعطاء الأجرة وقيم
المنافع يكون كافياً ، نعم لو لم يمكن الجبر إلا بأداء المثل أو القيمة لصح
التمسك به لولا فساد المبنى ، كما أن التمسك بآية الاعتداء على فرغ
كونها دليل الضمان لا بأس به ، ولكن مرة الكلام فيها .
هذا كله في ضمان بدل الخيلولة في الجملة ، ويتم الكلام في فروع
في ضمن أمور :

الأول : أن التعذر إما أن يكون بنحو يسقط التكليف بالأداء معه
بمعنى عدم كون الضامن قادراً على أدائه ، أو يسقط تكليفه به بقاعدة الحرج
ونحوها أو لا ، وعلى الأول تارة يعلم بعدم الوصول اليه للتالي أو يظن به
أو يحصل اليأس من الوصول أو لا يرجى وجدانه ، وأخرى يعلم بوصوله
أو يظن أو يرجى حصوله في زمان طويل جداً أو تصير كذلك أو متوسط ،
فهل أدلة الضمان كافية لاثبات الضمان في جميع الصور ؟

يظهر من الشيخ الأعظم (قدس) ثبوته بها في غير ما إذا حصل في
زمان قصير جداً متمسكاً بدليل اليد على ما في النسخ الصحيحة من
التاجر على ما قيل ، ويأنه جمع بين الحقين ، وبدليل السلطنة .
ويمكن تقريب قاعدة اليد بأن يقال : إن قوله (ص) : « على
اليد » ظاهر في الضمان الفعلي للمأخوذ إلى زمان الأداء ، فكأنه قال :
إن غرامة المأخوذ على الآخذ إلى زمان أدائه ، وهذا بعينه ضمان الخيلولة
غاية الأمر خرج منه انصرافاً صورة حضور العين أو حصولها في زمان
قصير جداً بحيث لا يطلق عليه الغرامة والضمان ، وبقي الباقي ، فعلى هذا
تكون قاعدة اليد مسوقة لضمان الخيلولة ليس إلا ، لأن الغاية لا تناسب
ضمان التلف ، ويلحق به ما يحكم التلف ، وأما سائر الصور لتدخل فيها
فالضمان بدليل اليد ثابت إلى رد العين ، فلا بد من أداء قيمة اللوح

المغضوب إلى زمان الأداء .

أو يقال : إن قوله (ص) : « على اليد » شامل باطلاقه لمطلق العهدة والضمان ، سواء كان فعلياً كما قلنا آنفاً أو معلقاً على التلف ونحوه كما قالوا ، والغاية إما للحصول ما يمكن حصوله فتكون لافادة ضمان الحيلولة ، أو غاية لمطلق الضمان ولو لم تحصل في بعض المصاديق ، وكيف كان تدل القاعدة على ضمان بدل الحيلولة بأقسامها .

أو يقال : إن معنى « على اليد » هو الضمان المعلق على التلف ونحوه ، أو أن الضمان الفعلي هو أمر معلق على التلف ونحوه ، كما احتملناه سابقاً ، لكن المناسبات المغروسة في ذهن العقلاء توجب استفادة الضمان في جميع الصور ، فان ما هو المناط لدى العرف في باب الغرامات كما تقدم هو انقطاع يد المالك عن ماله من غير فرق بين انقطاعها عنه دائماً أو في مدة غير قصيرة .

ومما ذكرناه يظهر الحال في التعذر غير الموجب لسقوط التكليف وإن احتاج الى مقدمات توجب التأخير زماناً غير قصير ، لعدم الفرق عرفاً فيما هو المناط في الغرامات بين انقطاع اليد عن ماله مع عدم إمكان العود إلا في زمان طويل ، وبين توقف العود الى مقدمات اختيارية توجب التأخير كذلك .

فهذه ثلاثة أوجه في تقريب « على اليد » للضمان في الصور المتقدمة وإن كان الوجهان الأولان لا يخلوان من مناقشة ، لعدم مساعلة العرف عليها ، لكن الوجه الأخير غير بعيد سيما بالنسبة الى بعضها ، وأما سائر الأدلة فقد عرفت ما في التمسك بها .

الثاني : أن ثبوت المثل أو القيمة مع تعذر العين كثبوتها مع تلفها في أن على الضامن أن يدفعها ، وليس للمالك الامتناع إن كان دليل بدل الحيلولة

قاعدة اليد ، كما تمسك بها الشيخ الأعظم (قده) سواء قلنا بأن مفادها عهدة العين الى زمان الأداء أو عهدة المثل أو القيمة لدى التلف ونحوه ، وذلك لأن العين على الأول تقع على عهدة الضامن في زمان الحيلولة بنحو ما تقع عليها في زمان وجودها أو تلفها ، فكما أن دليل السلطنة الذي تمسك به الشيخ (قده) لا يقتضي السلطنة على إبقاء العين على عهدة الضامن في حال وجودها أو تلفها ، لأن ذلك سلطنة على غيره لا على ماله ، ودليل السلطنة على الأموال حيثي لا يقتضي السلطنة على نفس الغير وماله ، فليس للمالك إلزام الآخذ على بقاء العين على عهده ، وللضامن إلزامه على الآخذ ، وله إخراج ذمته عن ماله ، كما أن للمديون أداء دينه في وقته ، وليس للدائن الامتناع عنه ، كذلك الحال في الحيلولة ، إذ المفروض أن العين على عهده بنحو واحد في زمان وجودها وتلفها والحيلولة بينها وبين صاحبها ، فله إفراغ عهدها عنها في جميع الصور .
وأولى بذلك على الاحتمال الثاني ، لأن مقتضى دليل اليد على هذا الفرض أن على الآخذ المثل أو القيمة إذا تلف المأخوذ ، ومع فرض استفادة ضمان بدل الحيلولة منه لا بد من دعوى أن الميزان في اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة هو انقطاع يد المالك عن ماله كما قررناه ، فحينئذ يكون للضامن رفع شغله ، وليس للمالك سلطنة على إبقائها على عهده ، لأنها سلطنة على الغير .

وبالجملة إن مفاد دليل اليد واحد ، ولا يعقل أن يفيد في مورد عهدة العين أو شغل الذمة بالمثل أو القيمة وفي مورد غير ذلك ، فلو كان دليل الحيلولة ذلك لا محيص عن الالتزام بأن للدافع حق الردّ وللمالك مطالبة ماله .

وكذا الكلام لو كان الدليل آية الاعتداء ، لما مرّ من أن تجوز

التقاص كاشف عن كونه بحق ، وعن ضمان الطرف واشتغال ذمته ، ومعه لا فرق بين التلف والتعذر .

وكذا لو كان حديث الضرر بما قربناه لاشتغال النمة .

وكذا قاعدة السلطنة إن قلنا : إن السلطنة على المال تقتضي لزوم جبرانه ببذله ، ولازمه العقلاني أن البذل على عهده ، لأنه لازم الجبران بحق ، نعم لو قلنا بأن قاعدتها تقتضي وجوب الجبران بالبذل عند مطالبة المالك فلا تقتضي اشتغال الذمة ولا العهدة ، فحينئذ ليس للضامن أداء البذل إلزاماً ، كما أنه ليس له إلزام المالك بالمطالبة ، ولا يجب عليه البذل إلا بعد المطالبة ، وللمالك المطالبة وتركها لقاعدة السلطنة ، لكن في المبنى إشكال .

وأما قولهم : إن المالك مخير بين المطالبة والصبر ومع المطالبة يجب الأداء فقد مر ما فيه في بعض النظائر ، وحاصله أن المراد بالمطالبة إما مطالبة العين المتعذرة أو مطالبة بدله وجبران خسارته ، فعلى الأول لا يعقل المطالبة الجدية مع علمه بالتعذر ، بل ليس له المطالبة حينئذ ، وعلى فرض تعقلها وجوازها لا دليل على وجوب أداء البذل لو لا تعلقه بالذمة ، فجواب المطالبة هو العذر عن الأداء ، ولا دليل على تبديل العين بالعوض عند المطالبة ، كما أن المطالبة الصورية ليست موضوعاً لحكم ولا موضوعاً لتبديل العين بالعوض ، وعلى الثاني فإن طالب مع عدم كون البذل على عهده فهي مطالبة في غير موردها ، ولا أثر لها ، وإن طالب مع كون البذل على عهده فله إفراغ ذمته ، وليس للمالك الامتناع منه ، فالحاصل أن المطالبة على فرض غير معقولة وغير جائزة : وعلى فرض له إفراغ ذمته كسائر الاشتغالات .

الثالث : بعد بذل بدل الخيلولة هل يملكه المضمون له أو يكون له

التصرف المطلق من غير ملكية ؟ قال الشيخ الأعظم (قده) : « لولا ظهور الإجماع وأدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحة مطلقة » .

أقول : تقريب دلالة أدلة الغرامات أن يقال : إن قوله (ص) : « على اليد » بلسان واحد دال على الضمان ، فكما أن في التلف يكون أداء المضمون أداءً لمال المالك ومقتضاه تملكه بالأخذ فكذلك في المقام ، وبهذا التقريب يمكن أن يقال في سائر الأدلة الدالة على الضمان فرضاً .
وفيه أن تقريب دلالة قاعدة اليد مثلاً على الضمان في باب الحيلولة كما تقدم هو أن المناسبات المغروسة في الأذهان توجب الحكم بأن المالك في باب الغرامة انقطاع يد المالك عن ماله ، فحينئذ نقول : إن الضمان بدليل اليد على حسب مقدار الانقطاع ، ففي التلف لما كان يده منقطعة من حيث المالية والملكية والسلطنة ونحوها كان على الآخذ غرامته بنحو ذلك ، وهي لا تحصل إلا بصيرورة المأخوذ ملكاً له والمالك مسلطاً عليه والحيلولة إن كانت كذلك - كما لو قلنا في المال الذي غرق في البحر أنه صار خارجاً عن ملك مالكة ، ومباحاً أصلياً بملكه من سبق إليه ، كما يشعر أو يدل عليه بعض روايات اللقطة - كان مقتضى الجبران والغرامة صيرورة البديل ملكاً للمالك ، وأما لو لم نقل بخروجه عنه مطلقاً أو في بعض صور آخر غير الغرق فلا يقتضي دليل اليد إلا جبر ما قطعت يد المالك عنه ، والفرض أن المال بقي على ملك المالك ، وما انقطعت يده عنه هي السلطنة عليه بحيث يتصرف فيه كيف شاء ، فلا بد من جبران ذلك ، وهو يحصل باعطاء المثل أو القيمة يتصرف المضمون له كيف شاء حتى التصرف الموقوف على الملك ، ولا يتوقف ذلك على صيرورة المال ملكاً له .

وبهذا يظهر الحال في سائر أدلة الضمان ، فدعوى ظهور أدلة الغرامات في الملكية غير ظاهرة إن أريد به الدلالة اللفظية ، وإن أريد به الدلالة الالتزامية بأن يقال : إن دليل الغرامات يدل على لزوم جبر مال الغير ، وفي المقام ليس الجبر إلا بالإباحة المطلقة حتى المتوقفة على الملك وسلب جواز مطلق التصرفات عن الضامن ، وهو ملازم عرفاً لسلب مالكية الضامن وثبوت مالكية المضمون له ، لأن الملكية لا اعتبار لها مع سلب جميع آثارها ، وتعتبر عرفاً مع ثبوت جميع آثارها فهو أيضاً غير وجيه في المقام ، لأن ذلك لو سلم إنما هو في مورد السلب والثبوت على نحو الاطلاق في جميع الأزمنة ، وأما مع سلبها مطلقاً في بعض الأزمنة أو سلبها في الجملة في جميعها أو ثبوتها كذلك فلا ، والمقام بحسب كثير من صورته يكون السلب والاثبات فيه في بعض الأزمنة أو يحتمل كونها في بعضها ، ومعه لا مجال لما ذكر ، وإن أريد بالدلالة الالتزامية أن إباحة ما يتوقف على الملك مثل البيع أو الوطاء أو العتق ملازم للملكية ، لأن هذه الإباحة إباحة معلولة للملك ، ولا يعقل تحققها إلا مع ثبوت علتها .

ففيه أن الإباحة في المقام ليست معلولة للملكية ، لأن أدلة الغرامات لا تفيد كما عرفت إلا لزوم جبر الخسارة ، والمفروض أن المأخوذ بقي على ملك صاحبه ، فهو مال مملوك له انقطعت عنه سلطنته واستفادته منه ، فلا بد من جبر هذه الخسارة لا غير ، وهو يحصل في البيع والانتقالات الأخر بإباحتها لا بمعنى نقلها عن ملكه ، بل بمعنى إباحة نقلها عن ملك الضامن وأخذ قيمتها المملوكة للضامن وانصرف فيها بما شاء ، وأما البيع لنفسه وعن ملكه فلا تقتضيه أدلة الغرامات .

وأما في وطاء الجارية فلا بد للضامن من تحليل وطئها وسائر الاستمتاع منها لو فرض كون الأمة بدلاً عن أمة لا قيمتها ، كما في سائر

القيميات .

وأما العتق فلا بد من إباحة الضامن عتقه من ماله في الكفارات المتعلقة على ذمة المالك ، وفي العتق الاستحيائي للثواب لا بد من إباحته وإعطاء الثواب له ، فلا تتوقف تلك التصرفات بحسب أدلة الغرامات على كون الشيء ملكاً للمضمون له ، فتدبر . مع أن الوطاء والعتق خارج عن موضوع البحث ، لأن العبد والأمة قيميان ، والتصالح في مورد لا يوجب أن يكون بدل الحيلولة ، تدبر .

الرابع : يظهر من الشيخ الأعظم (قده) وغيره مفروغية ضمان منافع العين المتعذرة ونماءاتها المتصلة والمنفصلة قبل أداء غرامتها ، وجعلوا محل الكلام والاشكال فيها بعد أداء الغرامة واختاروا علمه ، وعلته الشيخ (قده) بصدق الغرامة الموجبة لخروج الغارم عن عهدة العين وضمانها .

والتحقيق على فرض كون دليل الضمان قاعلة اليد أنه بالنسبة إلى ما قبل أداء الغرامة إن قلنا بأن دليل اليد يوجب ضمان توابع المأخوذ ومنافعه مطلقاً ولو لم تقع تحت اليد تبعاً فيكون مفاد القاعلة أن اليد على الشيء توجب ضمانه وضمان توابعه ومنافعه بوقوع اليد عليه لا عليها ولو تبعاً ، فلا يحيص عن القول بالضمان ، وهو واضح .

وأما إن قلنا بأن اليد على العين لا تكفي لضمان ما ذكر ، بل الظاهر من دليل اليد هو ضمان ما وقع تحت اليد وصار مأخوذاً ، غايبة الأمر يع الأخذ الاستقلالي والتبعي فضمان النماءات والمنافع لأجل وقوع اليد عليها تبعاً ، فلا بد وأن يقال : إن التوابع الموجودة حال كون الشيء تحت اليد مضمونة ، دون ما حدثت بعد خروجه عن تحت اليد ، فلا بد من التفصيل بين المنافع قبل الغرامة ، فالحادثة بعد التعذر والخروج عن تحت اليد غير

مضمونة ، لقصور دليل اليد عن اثبات الضمان فيها ، والظاهر من دليل اليد ذلك ، ف ضمان ما لا يد عليه ولو تبعاً لا يثبت بدليلها ، وبهذا ظهر مبنى ضمان المنافع والنماءات الحاصلة للعين في الأيدي المتعاقبة ولا ضمانها ، وسيأتي انشاء الله الكلام فيها ، والعجب منهم مع ذهابهم الى أن ضمان المنافع لأجل وقوع اليد عليها تبعاً قالوا في المقام بضمان توابع العين المتعددة قبل أداء غرامتها ، ونفى الاشكال بعضهم عنه .

وأما بالنسبة الى ما بعد أدائها فالذى ينبغي أن يقال : أنه على المبنى الأول في معنى « على اليد » فان قلنا بأن الغرامة غرامة عن العين وجميع لواحقها فلا ضمان بالنسبة الى المنافع الحادثة بعدها ، لأداء غرامتها فرضاً ، وإن قلنا بأنها غرامة العين ومنافعها الموجودة قبل الأداء وأما ما حصلت بعده كالنتاج الحاصلة بلقاح بعده وكذا النماءات المتصلة بالمنافع الحادثة بعده فلم تكن غرامة لها فعليه ضمانها ، لأن المفروض بقاء العين على ملك صاحبها والنتاج والنماءات تابعة لها في الملكية ومضمونة بضمانها .

بل يمكن أن يقال : إن ما أدى ليست غرامة العين ، لما مرّ أن دليل اليد لا يقتضي أن يكون البدل في الحيلولة ملكاً للمضمون له ، بل هو ملك الغارم ويتصرف المضمون له فيه أي تصرف شاء ، فبدل الحيلولة ليس غرامة عنها ، لأنها باقية على ملك مالكيها . كما أن المدفوع باقٍ على ملك الدافع ، وإنما سلطه عليه بدلاً عن قطع سلطته عن ماله ، فعلى هذا لم يخرج الغارم عن عهدة العين وضمانها ، فلو تلفت وكانت قيمتها أكثر من المدفوع يضمنها الغارم ، هذا إذا قلنا بأن حدوث اليد على شيء سبب لضمانه وضمان توابعه ولواحقه .

وأما على المذهب المنصور فلا ضمان لما لم يقع تحت يده ولو تبعاً نعم لو كان دليل الضمان قاعدة الضرر يمكن القول بالضمان على إشكال

في المبني والبناء ، وكذا الحال في آية الاعتداء لو كانت دليلاً في المقام .
الخامس : لو زال التعذر فالظاهر ثبوت التراد ، بل قيل : لاختلاف
بينهم فيه ، من غير فرق بين مثل الفرق والسرقة والضياح مما يعدّ تلفاً عرفياً
وبين ما لا يعد كذلك إلا أنه متعذر الحصول ، بل الظاهر أن الأمر كذلك
لو فرض رجوع التالف الحقيقي بخرق العادة .

إنما الكلام في وجهه ، فيحتمل أن يكون الوجه اقتضاء ماهية البدلية
والغرامة ذلك ، لأن البديل بدل ما لم يتحقق المبدل منه ، ومع تحققه
لا معنى للبدلية والغرامة ، ويمكن أن يقال : إن أداء القيمة في القيمي
والمثل في المثلي أداء لبعض شؤون العين ، وبعض شؤونها متعذر الأداء ،
وهو هويتها وشخصيتها ، ومقتضى « على اليد » عهدة العين بخصوصيتها
الشخصية ، وأداء القيمة أداء لماليتها وأداء المثل أداء لنوعيتها لا شخصيتها
وهويتها ، فإنها غير مضمونين بالغرامة ، وليس أداء القيمة والمثل غرامة
لها ، لعدم المالية لها ، وعدم كونها مورد رغبات الناس ، فمسع تعذر
العين لا يمكن أداؤها ، فإذا زال التعذر وجب الرد ، وأما احتمال المعاوضة
المالكية أو القهرية العقلانية أو القهرية التعبدية الشرعية فضعيف .

أما الأول فواضح ، ضرورة عدم انقداح معاوضة في ذهنها وعدم
إنشائها ، والثاني كذلك ، لعدم اعتبار العقلاء التالف الحقيقي ملكاً للغارم
في مقابل ما يؤدي غرامة وليس اعتبار الضمان فيه غيره في التالف العرفي
وكذا الثالث ، لأن أدلة الغرامات والضمانات لا تدل على المعاوضة ،
والعرف لا يفهمون منها إلا ما هو المعهود لديهم ، وليست الغرامة لدى
المتشرعة غير ما لدى العقلاء .

وقد يقال : « عدم جواز الجمع بين العوض والمعوض لا يختص
بالمعاوضات ، إذ هو مقتضى العوضيّة ، إذ لا معنى لكون الشيء عوضاً عن

شيء مع بقاء ذلك الشيء بحاله وفي محله ، نعم الفرق بين المقامين أن في المعاوضات لا بد من اعتبار وجود العوض المقابل في كل من الطرفين بخلاف باب الغرامات ، فانه يفرض العوض تالفاً ومعدوماً فيؤخذ بدله من حيث أنه غير موجود ، وحينئذ فلا معنى لبقاء العين على ملك مالكها ، وحيث إنها مال في حدّ نفسها ولا بد له من مالك فلا بد أن ينتقل قهراً إلى من أعطى البديل ، انتهى .

أقول : لولا تعليله أمكن أن يقال : إن دعواه يرجع إلى حكم العقلاء وإن كانت تلك الدعوى أيضاً مخدوشة ، لكن ظاهر تعليله أنه مع فرض كون العوض معدوماً لا معنى لكونه مملوكاً ، وفيه أنه مع فرض معدوميته لا معنى لفرض كونه مملوكاً ومالاً ولا شيئاً آخر ، فما وجه قوله : « حيث إنها مال في حدّ نفسها » الخ ، ولو أراد رفع اليد عن اعتبار المعدومية فحينئذ لا يكون معدوماً ، فهو ملك لصاحبه .

ثم كون الشيء مالاً لا يستلزم أن يكون له مالك ، ضرورة مالية المعادن ونحوها ولا مالك لها ، نعم لو كان الشيء مملوكاً لا بد له من مالك ثم لو كان لا بدية الانتقال قهراً إلى من أعطى البديل لأجل البدلية فالمفروض أن حال البدلية كان المبدل معدوماً فرضاً ، فلا يعقل الجمع بينهما ، وإن كان ذلك مقتضى كون الشيء مالاً فهو أفحش ، لأن كون الشيء مالاً لو فرض احتياجه إلى مالك لا يلزم أن يكون مالكه معطي البديل ، مع فرض عدم اقتضاء البدلية ذلك ، بل الأقرب على هذا البيان بقاؤه على ملك مالكه .

والتحقيق أن الغرامة عنوان مستقل ، وماهيتها تقتضي رجوع المتعذر بعد رفع تعذره إلى ملك المالك لو فرض خروجه منه ، هذا في التالف ولو عرفاً ، وأما المتعذر غير التالف فقد عرفت أن العين والغرامة كل بقي

على ملك صاحبه .
ثم الظاهر أن العين التالفة عرفاً تبقى على ملك مالِكها ، لعدم دليل على خروجها منه ، ولا تقتضي ماهية الغرامة ذلك ، ولهذا لا يقولون به في بدل الخيلولة ، كما أن العين المتعدرة باقية عليه ، فلو ارتفع العذر ورجعت التالفة فهل يجب ردها إلى صاحبها قبل وقوعها تحت يده أو لا ؟
الظاهر قصور الأدلة اللفظية عن إثبات وجوبه ، أما مثل « لا يحل مال امرئ مسلم » الخ (١) و « لا يجوز لأحد أن يتصرف » الخ (٢) فلعدم شمولها لما لا تكون تحت يد الغارم ، ومجرد قدرته على ردها إلى صاحبها لا يوجب شمولها لها ، فالشيء الذي هو خارج عن تحت يده لا يكون في تصرفه ، وإن قلنا بأن الامساك تصرف .

وأما « على اليد » فدلالته متوقفة على أن يقال : إن الأخذ بوجوده الحدوثي علة لعهدة العين ، ووجوب الأداء حين وجودها وضمائها حين تلفها عقلائي لازم للعهدة ، وهو محل تأمل ، لقوة احتمال أن يكون المراد به الضمان ، أي لو تلفت عليه خسارتها ، أو لو انقطع يده عنها بأخذه فعليه خسارتها ، بل التحقيق ذلك كما مر .

نعم يمكن التمسك باستصحاب وجوب الأداء الثابت قبل التعذر بأن يقال : إن التعذر لا يوجب سقوط الوجوب ، بل الوجوب على فعليته في الأعداء العقلية غاية الأمر أن المكلف معذور في مخالفته ، وقد قررنا في محله أن التكاليف القانونية لا تخرج عن الفعلية بواسطة الجهل والعذر ، وأن مبادئ جعل القوانين

(١) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب القصاص في النفس - الحديث ٣

وفيه « لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه » .

(٢) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب الانفصال - الحديث ٦ من

كتاب الخمس .

الكلمية وغاياتها غيرها في توجه التكليف إلى الأشخاص ، فراجع . فحينئذ لو علمنا بأن لا مزاحم للتكليف إلا العذر العقلي وهو علة منحصرة فلا يبقى شك في ثبوت التكليف ، ولو احتمالنا أن المساوق للعذر تحقق علة لسقوطه فيستصحب بقاءه .

وأما استصحاب عدم التكليف فغير جارٍ ، لأن العذر العقلي لا يوجب السقوط ، فبقي احتمال ، فلا متيقن حتى يستصحب ، ولو قلنا بسقوط التكليف بالأعذار فمع العلم بكون العذر علة منحصرة ولا علة غيره فمع رفع العذر لا يبقى شك ، ومع احتمال عدم الانحصار ومقارنة العذر لعله أخرى له يجري استصحاب عدم التكليف وبقاء السقوط على حاله ، ولا يجري استصحاب الوجوب ، لانتقاضه باليقين بالسقوط ، ولعل مراد الشيخ الأعظم (قده) من جريان استصحاب الوجوب وعدم جريان استصحاب عدمه ما ذكرناه ، وإلا فيرد عليه إشكال ظاهر ، إذ بعد البناء على سقوط الوجوب لا وجه لاستصحابه .

السادس : لو رجعت العين النالفة عرفاً كما لو خرج ما في البحر بواسطة الأمواج أو وجدت العين المسروقة أو الضائعة فهل ترجع الغرامة إلى ملك الغارم بمجرد ذلك ، بدعوى أن الغرامة بازاء العين النالفة مادامت نالفة ، وبعد تغير العنوان ورجوع النالفة ترجع الغرامة إلى الغارم ، وهذا نظير ما يقال في التيمم بدل الغسل بناء على الرافعية : إن الرفع عن موضوع خاص ، فإذا تبدل زالت الرافعية ، أو لا ترجع إلا بعد رد العين إلى صاحبها ، بدعوى أن التلف جهة تعليلية للزوم الغرامة ، وأن الغرامة بازاء العين لأجل انقطاع يد المالك عنها أبدأ عرفاً ومقابل الانقطاع رجوعها إليه ؟ وهذا أوجه بنظر العرف ، فلا يرد عليه أنه على فرض كونه جهة تعليلية ينتج زوال الملكية بمجرد التيسر ، لأن ما هو العلة انقطاع

خاص هو التلف عرفاً أو ما بحكمه كالتعذر ، ومقابل هذا سلب هذا الانقطاع لا وصوله بيده ، والظاهر أن العرف في جانب الانقطاع يحكم بعليه الانقطاع الخاص كما ذكر ، ولكن في جانب سلبه لا يوافق إلا برجوعها إلى المالك ، ولو شك فيه يستصحب بقاء الملكية أو السلطنة .

وأما الأصول التي تمسك بها الشيخ الأعظم (قده) وهي استصحاب كون العين مضمونة بالغرامة وعدم طروء ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضماناً جديداً فيين مثبت وغير جار على مسلكه ، فإن استصحاب عدم السبب المزيل لاثبات الملكية وكذا عدم سبب ضمان جديد لاثبات بقاء الضمان مثبت ، واستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة لا أصل له ، إلا أن يرجع إلى استصحاب بقاء الغرامة على ما هي عليه ، وهو من الشك في المقتضي ، لاحتمال كون الملكية على عنوان خاص لا يقتضي البقاء ، أو علتها علة خاصة لا تقتضي العلية فيما زاد ، فتدبر . وكذا استصحاب بقاء الملكية شك في المقتضي ، وهو غير جار على مسلكه .

وبهذا يظهر الحال في بدل الحيلولة على القول بملكيتها للمضمون له ، وأما على القول بصيرورته مباحاً له وله التصرف فيه بما شاء فيقع الكلام في قطع الإباحة هل هو بمجرد رفع التعذر أو مع الوصول ؟ أقربها الثاني . ثم لو قلنا : إن مجرد وجدان المال في الفرع الأول ورفع التعذر في الثاني يوجب رجوع الغرامة ورفع الإباحة عنها فهل يتجدد ضمان جديد بمجرد أو يعود الضمان الأول لا من الأول بل بعد الوجدان ، أو لا ضمان بعدهما إلا إذا وقعت العين تحت يده مطلقاً ، أو عدواناً ؟ وجوه : أقربها رجوع الضمان الجديد بالسبب الأول ، وذلك لاقتضاء الغرامة ذلك عرفاً ، لأن مقتضى دليل الضمان هو كون حدوث اليد على شيء موجباً لضمانه ولزوم غرامته ، والغرامة ما دامت كونها غرامة توجب رفع الضمان .

ومع سلب عنوان الغرامة عن المدفوع عاد الضمان بسبب سابق ، وهو اقتضاء اليد ، وهذا أمر عرفي عقلائي لازم عنوان الغرامة ومقتضى ذاتها عرفاً ، من غير أن يكون تقييداً وتحديداً ، بأن يكون الغرامة رافعة للضمان إلى أمد كذا بنحو التقييد .

وأما الضمان الجديد الحادث بسبب حادث فلا دليل عليه بعد العمل بمقتضى اليد وعدم يد جديدة على العين ، كما أن القول بعدم الضمان مطلقاً خلاف فهم العقلاء من الأدلة وبنائهم في باب الغرامات ، بل هو مقطوع الخلاف .

ثم على فرض عدم رجوع الغرامة إلا بعد ردّ العين فالظاهر عدم جواز حبسها ومطالبة الغرامة ، لدليل تسلط الناس على أموالهم وعدم مزاحم له ، إلا أن يقال : لازم الغرامة عند العقلاء جواز حبسها ومطالبة إعادة الملكية على فرض ملكية المالك ، وإعادة السلطنة على فرض جبران السلطنة ، فله أن يقول : سلب الملكية أو سلب السلطنة بدل عن سلب سلطنتك ، ولازم البدلية جواز مطالبة المبدل عند أداء البديل ، فله الحبس في جميع الصور . وأولى بذلك ما لو قلنا برجوعها إلى الغارم ، سواء قلنا بالملكية ورجوع الملك أو قلنا بسلب سلطنته عنها حال التعذر ورجوعها عند التمكن ، فالظاهر جواز حبسها ومطالبة الغرامة ، لأن ذلك لازم الغرامة والبدلية لدى العقلاء .

وما قيل - من أن جواز الحبس في باب المعاوضات والمعاملات إنما هو للشرط الضمني ، وفي باب انفساخها لقيام الإجماع ، والمقام ليس من المعاوضات ، ولو كان منها يكون من قبيل المعاوضة القهرية التعبدية ، فلا شرط ضمني ولا قيام لإجماع ، والقاعدة تقتضي وجوب ردّ العين وعدم جواز حبسها حتى على القول برجوع الغرامة لدى التمكن - منظور فيه ،

لأن في باب المعاوضات أيضاً ليس شرط ضمنى من المتعاملين ، ولا قيام إجماع تعبدى في مورد فسخها ، بل لزوم التسليم والتسلم من الأحكام العقلانية لباب المعاوضات وباب انفساخها ، كما أن الأمر كذلك في باب الغرامات ، فإن الغرامة بدل العين أو لماليتها أو لسلطنتها ، ومقتضى البدلية عرفاً جواز حبس المبدل ومطالبة البدل ، ومع هذا الحكم العقلائي لا يفهم من دليل لزوم ردّ المال إلى صاحبه لزومه مطلقاً ، سواء أدى بدله أم لا ، فدليل إيجابه منصرف عنه .

السابع : لو خرجت العين عن التقويم ، فإن عدت تالفه عرفاً فالظاهر خروجها عن الملكية ، لعدم اعتبار ملكية ما تكون تالفه كرطوبة اليد إذا بقيت من الماء المغمصوب ، فإنها لا تعدّ ملكاً للمغمصوب منه ، بل الظاهر عدم تحقق حق الأولوية فيها أيضاً ، فإنها عرفاً كالأعراض مثل اللون والرائحة .

وأما لو لم تعدّ تالفه فهل الخروج عن المالية موجب للخروج عن ملكية مالكها كما هو مختار الطباطبائي (قده) في تعليقه أو لا ؟ الظاهر هو الثاني ، لعدم تبعية الملكية للمالية ، فإن ورداً واحداً يجتنى من شجرة مملوكة ملك لصاحبه في العقل والشرع ، لتبعية الثمرة للشجرة في الملكية ولو لم يعدّ مالاً ولا يبذل بازائه مال ، والثلج في الشتاء من الماء المملوك ملك وليس بمال وهكذا ، ومن ذلك أجزاء الزجاج المكسورة والفاكهة الفاسدة .

ثم على فرض ملكية ما ليس بمال لا يجوز التصرف فيه بلا إذن صاحبه ولو قلنا بعدم شمول مثل قوله (ص) : « لا يحل مال امرئ

ج ١ (عدم خروج ما سقطت ماله من ملك مالها بعد أداء غرامتها) -- ٤٥١ -

مسلم « الخ (١) و « لا يجوز لأحد » الخ (٢) مما تعلق فيها الحكم على عنوان المال له ، للقبح العقلي والعقلاني المستكشف منه عدم رضا الشارع به فإنه ظلم مع أن الاستيلاء عليه غضب محرم شرعاً وقبيح عقلاً ، مضافاً إلى إمكان أن يقال : إن الأدلة المذكورة شاملة له ، لقرب احتمال إرادة ما له ارتباط وإضافة إلى الغير كإضافة المالكية من المال ، بل لا يبعد شمولها لإضافة الاختصاص أيضاً ، والمال المأخوذ فيها نظير ما يقال في العرف : إن هذا مالي وذلك مال زيد ، ولا شبهة في عدم اختصاص هذا الاطلاق بما يبذل بازائه المال ، فإنه يقال : إن هذه الحجة مال زيد وإن هذا الورد ماله ، ولا يراد به إلا ما هو مضاف إليه إضافة المالكية مع عدم المالية له ، وليس فيه تأول وتجوز ، وكيف كان لا يجوز التصرف في ملك أحد كما لا يجوز في ماله .

ثم لو فرض بقاء ملكية ما خرجت عن التقويم فهل تخرج من ملك مالها بعد أداء غرامتها ؟ الظاهر عدمه ، لأنها لا تقع بازاء خصوصية الهوية ، لما عرفت في بعض المباحث السالفة من أنها بازاء العين في ماليتها أو في خصوصياتها المرغوبة فيها الموجبة لزيادة الرغبات والقيم ، والعين المملوكة غير المتقومة غير ملحوظة في الغرامات والضمانات ، فبقاء ملكيتها غير مانع من أخذ الغرامة بتامها ، ولا يلزم منه الجمع بين البدل والمبدل منه . بل لو فرض وقوع الغرامة بازاء الهوية لا يقتضي ذلك خروجها عن ملك صاحبها ، لأن باب أداء الغرامات ليس من المبادلات والمعاضات

(١) الوسائل - الباب - ١ - من ابواب القصاص في النفس - الحديث ٣

وفيه « لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه » .

(٢) الوسائل - الباب - ٣ - من ابواب الأنفال - الحديث ٦ من كتاب

الخمس .

المالكية - وهو واضح ، ضرورة عدم إنشاء مبادلة بين الطرفين -
 ولا العقلانية ، لعدم اعتبار العقلاء ملكية ما يعطى غرامته للغارم ، بل الظاهر
 المرتكز بينهم بقاءه على ملكية صاحبه ، ولهذا يقال بحسب ارتكازهم : إن
 مال المغصوب منه سرق وغرق وضاع حتى بعد الغرامة ، وإذا وجد يقال :
 إن ماله وجد ، لا مال الغارم ، ولا يعتبر العقلاء أداء الغرامة معاوضة ،
 ولا ردّ العين معاوضة أخرى ، أو انفساخاً لمعاوضة ، ويؤيده أن الغرامة
 في التلف الحقيقي وغيره على نهج واحد مع وضوح عدم اعتبار العقلاء
 ملكية التالف الحقيقي في مقابل الغرامة ، والأدلة الشرعية لا تدل إلا على
 الضمان ولزوم الغرامة ، ولا يستفاد منها إلا ما لدى العرف ، فاحتمال
 المعاوضة القهرية التعبدية ضعيف .

بقي الكلام في خصوص الخياطة بالخيط المغصوب ، فإن لم يصر
 الخيط بعد الاخراج تالفاً ولم يوجب إخراجته تلف شيء من الغاصب
 فلا إشكال في لزوم ردّه ، وعدم لزوم الغرامة وإن أوجب تلف مال
 الغاصب ، كما إذا انجر الى تلف ثوبه ، ومثل الخشبة المستدخلة في البناء
 إذا كان إخراجها موجباً لهدم البناء ، فهل يجب ردّ المغصوب وإن صار
 ما صار ، لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال لأجل انصراف أدلة نفي الحرج
 والضرر عنه ، أو لا يجب ، لأن ذلك أمر سفهي تنصرف أدلة وجوب
 الردّ وحرمة الحبس عن مثله ، بل لا بد من الغرامة بدلاً للحيلولة ، أو
 يكون بحكم التالف تجب غرامته ، ويجوز للغارم التصرف فيه أو يبقى على
 ملكه بعد الغرامة أيضاً؟ وجوه ، لعل الأول أقرب إلى القواعد ، ويشهد له
 بعض الروايات الواردة في من غصب أرضاً فبنى فيها ، أنه يرفع بناؤه
 وتسلم التربة إلى صاحبها ، ليس لعرق ظالم حق « (١) وفي من زرع أو

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب الغصب - الحديث ١ .

غرس في أرض الغير « أنه يقلعه ويذهب به حيث شاء » (١) وإطلاق نحو « المغصوب مردود » (٢) و « الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها » (٣) .

لكن الانصاف أن المسألة مشكلة ، فان الرويتين الأولتين لا يستفاد منها حكم المقام ، فان العرق والبناء بقاؤهما في ملك المالك غصب وبلاحق ، وفي المقام بقاء ملك المالك في ملك الغاصب ، و « المغصوب مردود » لا إطلاق فيه يشمل ما يستلزم خراب المال المحترم ، والحجر المغصوب لا يبعد أن يكون كناية عن استلزام الغصب الضرر على الغاصب من قبل الله ، ولا يستفاد منه ما رمناه ، فلا دليل في المسألة على جواز غرق سفينة فيها ملايين من مال الغاصب ، وهدم بناء مشتمل على طبقات كثيرة بمجرد كون لوح مغصوب فيها ، أترى إمكان الالتزام بأنه لو كان خاتم مغصوب ضاع في بناء مشتمل على عشر طبقات من الغاصب يحكم بلزوم هدم البناء للعثور على الخاتم ! فالأقوى الالتزام بالبدل للحيولة ، والحكم بتعذر تسليم العين مع بقائها على ملك مالكيها .

وإذا انجر الى تلف الخيط فهل هو بحكم التلف تجب غرامته ، ويجوز التصرف فيه ، أو أن الخيط في هذا الحال غير تالف ، فهو ملك لصاحبه والثوب ملك للغاصب ، فيقوم الخيط فان ساوى قيمته في هذا الحال مع سابقه أو زادت فهي لصاحبه ، وإن نقصت يجبره الغاصب ، أو يجب

(١) الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب الغصب - الحديث ٢ .

(٢) الوسائل - الباب - ١ - من كتاب الغصب - الحديث ٣ وفيه « الغصب

كله مردود » .

(٣) الوسائل - الباب - ١ - من كتاب الغصب - الحديث ٥ وفيه « الحجر

الغصب » .

غرامته وبقيت العين على ملك صاحبها أو ألزم الغاصب باخراجه ومع تلفه
يغرم ؟ وجوه .

ثم إنه ذكر الشيخ الأعظم (قده) قسماً آخر ، وهو ما لو خرج
المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه كما لو صار الخل خمراً ،
والأولى بسط الكلام في نحو المثال في جهتين :

الأولى : أن المعروف بينهم أن الخمر لا تكون ملكاً عند الشارع ،
فاذا صار الخل خمراً خرج عن ملك صاحبه ، وظاهر بعضهم عدم الفرق
بين الخمر المتخذة للتخيل وغيرها . والمتمثل في المقام ابتداءً أمور :
منها - أن الشارع أسقط الملكية العقلانية عن الخمر ونحوها ، فردعهم
عن اعتبار الملكية فيها ، وهذا غير موجبه ، لأن سلب اعتبار العقلاء
ليس بسد التشريع ، والعقلاء على اعتبارهم في ملكية الخمر ونحوها ،
فلا يرجع إسقاط الملكية العقلانية إلى محصل ، ومنها - أن الشارع خطأهم
في ملكيتها ، وهو أيضاً غير صحيح ، لعدم واقعية للملكية إلا الاعتبار ،
فلا معنى للتخطئة فيها ، ومنها - أن الشارع لم يعتبر ملكيتها في قبيل العقلاء ،
فيكون له بما أنه مقنن الآثار وراء اعتبارهم ، ومنها - عدم تصرفه في
ناحية اعتبار الملكية ، لكنه أسقط آثار الملكية . لا يقال : إسقاط جميع
الآثار مساوق لإسقاط الملكية ، للغوية اعتبارها مع سلب جميعها ، فانه
يقال : اعتبار الملكية عقلانية ، والشارع تبع لهم ، وليس له اعتبار مستقل
في قبالم حتى يقال : إنه لغو ، ولا ملزم له لسلب اعتبارها ، بل له
السكوت عنه وسلب الآثار ، بل بعد سلب الآثار لعل سلب الملكية كان
لغواً ، مضافاً الى ممنوعة سلب جميع الآثار كما يأتي .

ثم إن هذين الأخيرين محتملان ، والأول أقرب إلى كلمات العلماء ،
والثاني أقرب الى الاعتبار ، لأن الملكية ليست من الحقائق الشرعية ،

واعتبار الشرع غير دخيل في حصولها ، بل هي من الاعتبارات العقلانية في جميع الموارد ، وللشارع النهي عن ترتيب الآثار وضعاً وتكليفاً وإن أمكن له سلب الملكية في محيط تقنينه ، لكن سلب الآثار أقرب الى الفهم بحسب ظاهر الأدلة كقوله (ص) : « ثمن الخمر سحت » (١) وسائر ماوردت في الخمر مما يمكن دعوى انصرافها عن العصير المغلي للتثليث أو التخليل على فرض صيرورته خمرأ ، بل ظاهر شيخ الطائفة (قده) في رهن الخلاف عدم قيام إجماع على عدم ملكية الخمر قال : « الخمر ليست بمملوكة ويجوز إمساكها للتخليل والتخلل - ثم قال - : دليلنا لإجماع الفرقة على نجاسة الخمر ، وعلى تحريمها الإجماع ، فمن ادعى صحة أنها مملوكة فعليه الدلالة » حيث تمسك في مورد المسألة المبحوث عنها بعدم الدليل ، فلو قام الإجماع على عدم المملوكية تمسك به جزماً كما هو دأبه في الكتاب وصرح في أوله .

ثم لو قلنا بسلب الآثار لا يبعد القول بعدم سلب جميعها عن المتخذة للتخليل كسلبها عن المتخذة للشرب ، فالعصير المغلي بنفسه لو فرض صيرورته خمرأ بالغليان لم تهتك حرمة ، ولا يوجب ذلك جواز إراقته ، ولا سلب الضمان لو أهريق ، لقصور الأدلة عن اثبات سلب الأحكام عن مثله ، نعم الخمر المتخذة للشرب لا حرمة لها ، ويجب إهراقها ، كما أراقها رسول الله صلى الله عليه وآله على ما في الروايات وأمر بإهراقها (٢) . بل لا يبعد أن يكون ما يؤخذ للشرب مسلوب الاحترام ، ولو مثل العصير القابل للتخليل والتخمير على إشكال بل منع ، بل لو قلنا بسلب الملكية عن الخمر شرعاً يمكن أن يقال بقصور الأدلة عن شمول مثل العصير المغلي المتخذ للتخليل أو مطلقاً قبل أن يصير خمرأ متعارفة

يشربها الفساق ، والمسألة مشكلة تحتاج الى التتبع والتحقيق ، ونحن نذكر الآن على سبيل الاحتمال ولو ازم المحتملات .

الثانية : لو قلنا بأن المتخذة للتخليل أو ما تصير خلاً ملك ولم يسقط الشارع ملكيتها وإن سلب آثارها ، لا يبقى مجال للبحث عن أنها بعد التخليل من المباحات التي تصير ملكاً لمن سبق إليها أو ترجع إلى ملك مالکها قبل التخمير .

وأما لو قلنا بسلب الملكية فهل تصير بعد التخليل من المباحات أو ترجع إلى ملك صاحبها قبل التخمير ، أو يفصل بين ما اتخذت للتخليل وغيرها ولو صارت خلاً قهراً وبلا قصد ؟ الظاهر هو الثاني ، لا لكون حق الأولوية من المراتب الضعيفة للملك ومع سلب المرتبة الشديدة والشك في زوال الضعيفة تستصحب ، ضرورة أن لازم الشدة والضعف في ماهية أو حقيقة بقاء نفس الحقيقة في جميع المراتب ، فالسواد شديده وضعيفه سواد ، ولا يعقل أن يكون ضعيف الملك غير ملك ، ولا شديد حق الأولوية غير حقها ، ولازم ذلك كون الملك عبارة عن حق الأولوية مطلقاً وهو كما ترى ، مضافاً إلى أنه مع كون حق الأولوية مرتبة من الملكية لا بد من سلبها وزوالها ، لأن الخمر غير مملوكة مطلقاً والالتزام بملكيتها كذلك كما ترى ، مع أن المعاني الاعتبارية لا تقبل التشكيك ، وليست الملكية مقولة حقيقية ، بل شبيهة ببعض المقولات في بعض الحيات ، ولا لكون الأولوية من آثار الملكية السابقة المتحققة عند زوالها ، ضرورة أن أثر الشيء لا يعقل تحققه بعد عدمه .

بل لأن للمالك سلطنة عقلانية ممضاة من الشارع على ماله لقوله (ص) : « الناس مسلطون على أموالهم » (١) فهذه السلطنة سلطنة على أنحاء

(١) البحار - ج ٢ ص ٢٧٢ - الطبع الحديث .

التصرفات الحقيقية والاعتبارية حتى السلطنة على الحفظ وعلى سلب يد الغير والمنع عن استيلائه ، ويمكن أن يعبر عنها بالأولوية وبالحق أحياناً ، ومع زوال ملكية العين بقي بعض شؤون السلطنة جزءاً كسلطنة حفظها للتخلييل ، وسلطنة المنع عن استيلاء الغير عليها وحيازتها ، وكان هذا من الواضحات لدى العقلاء والمشرعة ، فيستكشف منه أن المال في القاعدة واسطة للثبوت في بعض الآثار ، فلا يرد أن الأثر لا يعقل بقاؤه مع رفع موضوعه ، فحينئذ مع رجوعها خلافاً ترجع إلى ملك صاحبها وسلطانه لا إلى الغير الأجنبي منها ، ولا تصير من المباحات بعد التخلييل ، ولو شك في بقاء السلطنة تستصحب ، ومع الغض عنه يجري الاستصحاب الحكمي ، كاستصحاب حرمة التصرف فيها وعدم حليتها ، لأن الموضوع في الاستصحاب عرفي يلاحظ فيه وحدة القضية المتيقنة والمشكوك فيها ، وحكم الحرمة وعدم الحلية وإن تعلق بعنوان مال الغير في لسان الأدلة لكن بعد تحقق مصداق مال الغير بصير الموجود الخارجي معلوم الحرمة ، فيقال : إن هذا العصير لا يحل التصرف فيه بلا إذن زيد مثلاً ، وبعد غليانه يشك في بقاء الحكم المتعلق بهذا الشخص ، فيستصحب لوحدة القضيتين .

والعجب من السيد الطباطبائي (قده) حيث أنه مع تصديقه بأن الموضوع في الاستصحاب عرفي قال : « إن الحكم تعلق بعنوان مال الغير ومع خروجه عن ملكه يرتفع الحكم قطعاً » وأنت خبير بأن هذا يرجع إلى أخذ الموضوع من الدليل لا من العرف ، فتدبر جيداً .

هذا بعض الكلام في المقبوض بالبيع الفاسد ، والفروع الأخر موكولة إلى كتاب الغصب ، والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً .

فهرس الجزء الاول من

كتاب البيع

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
١٣	حقيقة البيع مبادلة مال بمال	٣	تعريف البيع
١٤	عدم تقوم حقيقة البيع بكون المبيع أصلاً والثمن بدلاً	٣	ما يبحث عنه في كتاب البيع
١٥	اعتبار كون المبيع عيناً في صدق البيع	٤	المراد من البيع الذي يبحث عن ماهيته
١٦	التمسك بالتبادر لاعتبار كون المبيع عيناً	٤	البيع من مقولة المعنى
١٦	صدق البيع على بيع الحقوق	٤	المعاطاة من مقولة المعنى
١٦	المراد من العين في المبيع ما يقابل المنفعة والحق	٥	التحقيق عما هو المؤثر في التمليك وما أورد في المقام
١٦	الاشكال في بيع الكلي في الذمة والدين	٨	فساد ما ذكره الشيخ الانصاري والمحقق النائيني (قدما) في المقام
١٧	جريان الاشكال في بيع المشاع والكلي في المعين	٩	البيع هو التبادل في الاضافة
١٧	الجواب عن الاشكال المتقدم	٩	ما قيل في تعريف البيع
		١٠	المناقشة فيما ذكره البعض في تعريف البيع
		١٢	بيان المراد من تبادل الاضافات

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٢٥	التزام المحقق النائبني (قده) بجواز نقل الحقوق	١٨	تأييد عدم اعتبار كون العوض عيناً
٢٦	المناقشة في كلام المحقق النائبني (قده) حول نقل الحقوق وإسقاطها	١٨	منشأ الفرق بين العوضين
٢٧	الحقوق التي لا تنتقل بالموت ولا يصح إسقاطها ولا نقلها	١٩	عدم الفرق بين العوضين
٢٧	الحقوق التي يصح نقلها وإسقاطها وتنتقل بالموت	١٩	صدق البيع مع كون العوض منفعة
٢٨	الحق الذي قابل للنقل إلى مثل ذي الحق	١٩	إشكال الشيخ (قده) في بيع عمل الحرّ والجواب عنه
٢٨	المراد من النقل في الحقوق	١٩	القول بعدم اعتبار المالية في العوضين والجواب عنه
٢٩	الحق الذي يشك في صحته إسقاطه أو نقله وانتقاله	٢٠	مالية عمل الحرّ سواء كان كسوباً أو لا
٢٩	التمسك بالأصل عند الشك في كون شيء حقاً أو حكماً	٢٠	ثبوت الضمان في حبس الحرّ الكسوب دون غيره
٢٩	حكم ما إذا شك في حق أنه قابل للإسقاط أو النقل	٢١	عدم حصول الاستطاعة بمجرد كون الحرّ كسوباً
٣٠	عدم جواز التمسك بالعمومات عند الشك من جهة اعتبار الشارع شرطاً في العوضين يخرجان به عن القابلية للانتقال	٢١	التحقيق عن ماهية الحق
٣١	هل يجوز جعل الحق أحد العوضين	٢١	التحقيق عن كيفية اعتبار الحق
		٢٢	عدم كون الحق ملكاً ولا سلطنة
		٢٣	تحقق السلطنة من دون حق ولا ملك
		٢٣	بطلان دعوى الشيخ (قده) عدم قيام السلطنة بطرفيها بشخص واحد
		٢٥	هل جواز النقل والإسقاط في الحقوق من مقتضياتها أو تابع للسلطنة عليها

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
للبيع وما يرد عليه	أولاً ؟
٤١ أسدّ التعارف ما حكى عن المصباح	٣١ التقريب للقول بعدم جواز جعل الحق
٤٢ ما هو المعتبر في باب المفاعلة ؟	عوضاً ولا معوضاً
٤٢ ما أورد على التعريف المحكي عن	٣٢ الردّ على القول بعدم جواز جعل
المصباح ودفعه	الحق أحد العوضين
٤٤ ما أورده المحقق الاصفهاني (قدّه)	٣٢ تفصيل الشيخ بين الحقوق في جواز
على دعوى التبادر في المقام والجواب	جعلها أحد العوضين
عنه	٣٣ ما أورد على تفصيل الشيخ (قدّه)
٤٥ هل الجامع بين الوجود الانشائي	٣٤ كلام المحقق النائيني (قدّه) في بيع
والحقيقي موجود أم لا ؟	الدين على من هو عليه والمناقشة فيه
٤٦ اختلاف الآثار باختلاف الموضوع له	٣٥ استدلال المحقق النائيني (قدّه) لعدم
لألفاظ المعاملات	قابلية الحق للعوضية والجواب عنه
٤٧ هل يجوز التمسك بالاطلاق عند	٣٦ هل يصح جعل إسقاط الحقوق القابلة
الشك - بناء على وضع الألفاظ	له أحد العوضين أم لا ؟
للأسباب الصحيحة - أولاً ؟	٣٨ هل يعتبر في صدق البيع أن يكون
٤٨ الاشكال في التمسك بالاطلاق بناء	العوضان منتقلين أم لا ؟
على كون الأسماء للمسببات	٣٩ ما ذكره الشيخ والسيد بحر العلوم
والجواب عنه	قدس سرهما في تعريف البيع وما
٤٨ عدم جواز التمسك بالاطلاق لو	يرد عليها
وضعت الألفاظ للأسباب الصحيحة	٣٩ الاشكال الوارد على التعريف الآخر
٤٩ ما أفاده المحقق النائيني (قدّه) في	للبيع
عدم الملازمة بين إمضاء المسبب	٤٠ تعريف المحقق الاصفهاني (قدّه)

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٦٣	شمول اطلاق آية التجارة للمعاطاة	٥٠	وإمضاء السبب والمناقشة فيه
٦٣	عدم اختصاص التجارة بالبيع	٥٢	تحقيق المحقق النائيني (قده) عن جواز
٦٤	شمول اطلاق الآية لكل سبب حق	٥٣	التمسك باطلاق دليل إمضاء المسبب
	وعدم اختصاصها بالأموال		لامضاء السبب والجواب عنه
٦٤	سقوط الاستدلال بالآية لو أريد	٥٤	التحقيق عن الموضوع له في باب
	بالباطل المعاملة بغير الوجه الشرعي		المعاملات في مقام الاثبات
٦٥	الاستدلال بآية الوفاء بالعقود على	٥٤	دعوى التبادر في كون الألفاظ
	صحة المعاطاة		موضوعية للمسببات
٦٥	التحقيق عن معنى العقد والعهد	٥٤	تقسيم البيع إلى المعاطاة والبيع بالصيغة
٦٦	ما ذكره صاحب المحمدين والمحقق	٥٤	تعريف المعاطاة
	الاصفهانى (قدم) في الفرق بين	٥٤	الاستدلال بالسيرة لصحة المعاطاة
	العهد والعقد	٥٥	الاستدلال بآية الحل لصحة المعاطاة
٦٩	العقد من مقولة المعنى دون اللفظ	٥٧	الاستدلال بآية الحل على بطلان البيع
٦٩	بطلان توهم عدم صدق العقد على		الربوي
	المعاطاة	٥٧	هل الحرمة والحلية في آية الحل
٧٠	التحقيق عن معنى الوفاء بالعقد والعهد		تكليفتان أو وضعيتان
	ونحوهما	٥٩	الاشكال في إطلاق آية الحل لصحة
٧١	الاشكالات الواردة على عموم الآية		المعاطاة
٧٢	الجواب عن الاشكال الأول في عموم	٦١	الجواب عن الاشكال في الاطلاق
	الآية	٦٢	التقريب لكون الآية في مقام الانشاء
٧٣	الجواب عن الاشكال الثاني والثالث	٦٤	الاستدلال بآية التجارة على صحة
	في عموم الآية		المعاطاة

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
٨٣ بعض الاشكالات العقلية التي أوردتها	٧٤ نقل كلمات اللغويين في معنى العقد
المحقق الاصفهاني (قده) على	والعهد والاستظهار منها
الاستدلال بحديث السلطنة في المقام	٧٥ بيان إشكال المحقق التراقي (قده) في
والجواب عنه	عموم الآية والجواب عنه
٨٤ الاشكال الأخير على الاستدلال	٧٥ الاشكال الأخير في عموم الآية
بحديث السلطنة والجواب عنه	٧٦ الجواب عن الاشكال الأخير في
٨٥ الاستدلال بدليل الشرط على صحة	عموم الآية
المعاطاة	٧٧ الاستدلال بآية القنطار والافضاء
٨٥ بيان ما ذكره الشيخ من اطلاق	على صحة المعاطاة
الشرط على معنيين	٧٨ الجواب عن الاستدلال بالآيتين
٨٥ نقل كلمات اللغويين حول معنى الشرط	المتقدمتين على صحة المعاطاة
٨٧ التحقيق عن مفهوم الشرط	٧٩ الاستدلال بحديث السلطنة على صحة
٨٧ صدق الشرط على الالتزام والالتزام	المعاطاة والجواب عنه
في ضمن المعاملات	٨٠ ليس البيع نوعاً من السلطة على
٨٩ هل الشرط بالمعنى الحدتي يشمل	الأموال والمعاطاة حصّة منها
الالتزامات الابتدائية أو لا؟	٨٠ بيان بعض الاستدلالات بحديث
٩٢ عدم دخول البيع في الشروط	السلطنة على صحة المعاطاة والجواب
٩٣ دلالة دليل الشرط على نفوذه	عنه
٩٤ هل المعاطاة لازمة مطلقاً أو غير لازمة	٨١ ما أوردته المحقق الاصفهاني على استاده
مطلقاً؟	الخراساني (قدهما) عند التعرض
٩٤ الاستدلال بالاستصحاب لاثبات	لحديث السلطنة
لزوم المعاطاة	٨٢ الجواب عما أورد على المحقق الخراساني

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
الملك أو مقوماته أو خصوصيات السبب	٩٤ التحقيق عن الاستصحاب الجاري في المقام هل هو كلي أو شخصي ؟
١٠٥ الاستدلال بحديث السلطنة على لزوم المعاطاة	٩٦ القول بحكومة استصحاب آخر على الاستصحاب الكلي في المقام والجواب عنه
١٠٥ ما أورد على الاستدلال بحديث السلطنة على لزوم المعاطاة والجواب عنه	٩٧ الاشكال في جريان الاستصحاب الكلي في المقام والجواب عنه
١٠٦ مناقشة المحقق الاصفهاني (قده) في دلالة حديث السلطنة على لزوم المعاطاة	٩٩ جريان الاستصحاب الكلي في المقام على كل حال
١٠٧ دفع مناقشة المحقق الاصفهاني (قده) في المقام	٩٩ تقريب جريان الاستصحاب الشخصي لاثبات لزوم المعاطاة والجواب عنه
١٠٨ دعوى عدم جعل السلطنة على الأحكام والقوانين ودفعها	١٠١ هل العقد واسطة في الثبوت أو العروض ؟
١١٠ الاستدلال بحديث « لا يجل » على لزوم المعاطاة	١٠١ ضعف الاستدلال باختلاف الأسباب لاختلاف المسببات
١١٠ المناقشة في الاستدلال بحديث « لا يجل » بأنه محمول على الحكم التكليفي والجواب عنها	١٠٢ ما أشار اليه الشيخ من تقديم استصحاب بقاء علقه المالك الأول على الاستصحاب المتقدم
١١٣ ما أورد على الاستدلال بحديث « لا يجل » على لزوم المعاطاة والجواب عنه	١٠٢ بيان الوجوه المذكورة لتقريب كلام الشيخ والجواب عنها
١١٤ الاستدلال بأية التجارة على لزوم	١٠٤ عدم جريان الاستصحاب لو شك في أن اللزوم والجواز من خصوصيات

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
المعاطاة بقوله (ع) : « ولذا افترقا وجب البيع »	المعاطاة
١٢٣ نقل الاخبار الواردة في خيار المجلس	١١٥ كيفية الاستدلال بالمستثنى منه في آية التجارة على لزوم المعاطاة
١٢٤ بيان مقدار دلالة أخبار خيار المجلس	١١٦ ما أورد على الاستدلال بالمستثنى منه في آية التجارة والجواب عنه
١٢٥ الاستدلال بآية الوفاء بالعقود على لزوم المعاطاة	١١٧ كيفية الاستدلال بالمستثنى في آية التجارة على لزوم المعاطاة
١٢٦ كيفية تقريب دلالة الآية على لزوم المعاطاة	١١٧ ما أورد على الاستدلال بالمستثنى في آية التجارة والجواب عنه
١٢٧ عدم ورود الاشكال على التقريب المذكور لدلالة الآية	١١٨ كيفية الاستدلال بالحصص في آية التجارة على لزوم المعاطاة
١٢٨ التوهم بأن الأمر بالوفاء لإرشاد أو وعظ والجواب عنه	١١٩ القول بعدم دلالة الآية على الحصر
١٢٩ التقريب الرابع لدلالة الآية على لزوم المعاطاة	١٢٠ عدم جواز التمسك بآية التجارة للزوم المعاطاة لا بالجملة المستثنى منه ولا المستثنى ولا الحصر
١٣٠ التقرير الخامس لدلالة الآية على لزوم المعاطاة	١٢٠ الاستدلال بأخبار خيار المجلس على لزوم البيع المعاطاتي
١٣١ التقرير السادس لدلالة الآية على لزوم المعاطاة	١٢١ عدم صحة الاستدلال على لزوم المعاطاة يجعل الخيار للمتبايعين
١٣٢ تقرير كلام الشيخ (قده) عند استدلاله بالآية على لزوم المعاطاة	١٢٢ عدم صحة الاستدلال على لزوم المعاطاة بمفهوم « حتى يفترقا »
١٣٣ جواب المحقق النائيني (قده) عما أورد على الاستدلال بالآية بأن الشبهة	١٢٢ عدم صحة الاستدلال على لزوم

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
يحلل « الخ	مصادقية بعد الفسخ والخذشة فيه
١٤٨ عدم دلالة الروايات المتقدمة على	١٣٤ الوجوه التي ذكرها المحقق الاصفهاني
عدم لزوم المعاطاة	قدس سره في الجواب عن الاشكال
١٥٠ الاستدلال ببعض أخبار المراجعة على	المتقدم والمناقشة فيها
عدم لزوم المعاطاة والجواب عنه	١٣٦ الجواب الصحيح عن الاشكال المتقدم
١٥١ الاستدلال بالروايات الواردة في بيع	١٣٩ ما قيل في الجواب عن الاشكال
المصحف على عدم لزوم المعاطاة	المتقدم ودفعه
والجواب عنه	١٤١ الفرق بين الموضوعات الاعتبارية
١٥٢ بطلان التمسك بأخبار المزارعة وبيع	والموضوعات الخارجية
التجار قبل بدو الصلاح على عدم لزوم	١٤١ الجواب الأخير عن الاشكال المتقدم
المعاطاة	١٤٣ الاستدلال بدليل الشرط على لزوم
١٥٢ دعاوي الاجماع والشهرة على عدم	المعاطاة
لزوم المعاطاة	١٤٤ الاستدلال بأية الحل على لزوم المعاطاة
١٥٢ نقل كلام الشيخ (قده) في الخلاف	١٤٥ جريان الأصل للزوم المعاطاة
١٥٣ البحث حول عبارة الخلاف	١٤٥ التمسك بالأصل لعدم لزوم المعاطاة
١٥٥ تنبيهات :	١٤٥ الأخبار التي تمسكوا بها لعدم لزوم
١٥٥ هل يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر في	المعاطاة
البيع بالصيغة أم لا ؟	١٤٧ الاشكال بوقوع التعارض بين المنطوق
١٥٥ بيان بعض أقسام المعاطاة	والمفهوم لقوله (ع) : « انما يحلل
١٥٥ هل اباحة التصرفات تستلزم انتزاع	الكلام ويحرم الكلام » والجواب عنه
الملكية عن المالك أو لا ؟	١٤٨ الجواب عن الوجوه التي ذكرها
	الشيخ (قده) في قوله : « انما

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
١٥٦ تمسك الشيخ (قده) لثني اعتبار	١٦٣ طرف واحد والجواب عنه
١٥٨ ما يعتبر في البيع بالصيغة بدليل السلطنة والجواب عنه	١٦٣ اعتبار التقابض حين المعاملة في تحقق المعاظة
١٥٨ التمسك بحديثي « لا يجل » لثني اعتبار ما يعتبر في البيع بالصيغة	١٦٣ الموارد التي ادعى الشيخ (قده) تحقق المعاظة فيها
١٥٨ الكلام في المعاظة التي أريد بها التملك	١٦٤ تميز البائع عن المشتري في المعاظة وغيرها
١٥٨ كل ما اعتبر في البيع بالصيغة بالدليل اللفظي معتبر في المعاظة	١٦٤ هل التملك بالبيع متوقف على الايجاب والقبول أم لا ؟
١٥٨ ما اعتبر في البيع بالصيغة بالاجماع أو الشهرة غير معتبر في المعاظة	١٦٥ نقل كلام المحقق الاصفهاني (قده) في اعتبار التسبب ومطوئته في حقيقة العقد والجواب عنه
١٤٨ ثبوت الخيارات في المعاظة على القول باللزوم	١٦٥ البائع والمشتري في العقد بالصيغة هو الموجب والقابل
١٥٩ عدم اعتبار مطلق الشروط في المعاظة	١٦٦ امتياز البائع عن المشتري في المعاظة تارة في مقام الثبوت وأخرى في غيره
١٥٩ كفاية الاعطاء من طرف واحد في تحقق المعاظة	١٦٦ ما ذكره الشيخ (قده) في امتياز البائع عن المشتري بصح في غير مقام الثبوت
١٥٩ القول بعدم تعقل توقف المعاظة على الاعطاء من الطرفين	١٦٦ صدق البائع على كلا الطرفين إن لم يقصدا الايجاب والقبول
١٦٠ الجواب عما قيل من عدم معقولية توقف المعاظة على الاعطاء من الطرفين	١٦٧ بطلان دعوى انصراف أدلة أحكام
١٦٢ القول بعدم تحقق المعاظة باعطاء	

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
على تقدير ورود الاشكالات المتقدمة	التبايعين في محل الكلام
على البيع	١٦٧ ذكر بعض أقسام المعاطاة الذي ذكره
١٧٥ عدم ورود الاشكالات المتقدمة من أصلها	الشيخ (قدّه)
١٧٥ جواب الشيخ (قدّه) عن الاشكال المتقدم	١٦٧ ما أورد على الشيخ (قدّه) في تقسيمه المعاطاة
١٧٦ التفصيل بين الموارد في ورود الاشكال واندفاعه	١٦٨ جواب المحقق الاصفهاني (قدّه) عما أورد على الشيخ (قدّه) والمناقشة فيه
١٧٧ الاشكال على كلام العلامة (قدّه) الذي نقله الشيخ (قدّه) في المقام	١٦٨ الايراد الثاني على الشيخ (قدّه) في المقام
١٧٧ توجيه كلام العلامة (قدّه)	١٦٩ الجواب عما أورد على الشيخ (قدّه)
١٧٨ الجواب عن الاشكال وردّه	١٦٩ الايراد الثالث على الشيخ (قدّه) في تقسيم المعاطاة
١٧٨ إشكال آخر على كلام العلامة (قدّه) والجواب عنه	١٧٠ الجواب عما أورد على الشيخ (قدّه)
١٧٩ إشكال الشيخ على كلام العلامة قدس سرهما والجواب عنه	١٧١ استبعاد الشيخ (قدّه) صدق البيع على التمليك بازاء التمليك والجواب عنه
١٨٠ جريان المعاطاة فيما يمكن إنشاؤه بالفعل	١٧١ القسم الثالث والرابع من المعاطاة
١٨٠ جريان المعاطاة في النكاح	١٧١ ما أورده الشيخ (قدّه) على القسمين الأخيرين من المعاطاة
١٨٠ هل يحصل النكاح بالوطء المحرم أم لا ؟	١٧٢ بيان ما أورده الشيخ (قدّه) والجواب عنه
١٨١ جريان المعاطاة في الطلاق لولا الأدلة الشرعية	١٧٣ انقطاع ملكية المالك الأول حتى

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
بالإباحة المالكية	١٨١ الاستشكال في جريان المعاطاة في مثل
١٨٨ اختلاف الحكم باختلاف المراد من	القرض والرهن والوقف
الإباحة الشرعية	١٨١ الجواب عن الاشكال في خصوص
١٨٩ تحكيم أصالة بقاء سلطنة المالك قبل	القرض
المعاملة على أصالة بقاء الإباحة	١٨٢ دفع الجواب عن الاشكال الوارد
والاشكال فيه	في القرض
١٨٩ تقريب عدم حكومة اصالة بقاء	١٨٢ دفع الاشكال على المعاطاة في القرض
سلطنة المالك على أصالة بقاء الإباحة	والرهن والوقف والجواب عنه
والجواب عنه	١٨٣ عدم بطلان المعاطاة في القرض والرهن
١٩٠ دعوى حكومة استصحاب جواز	والوقف حتى على ورود الاشكال
الرجوع على استصحاب الإباحة	١٨٣ منزمات المعاطاة
وفسادها	١٨٣ الأصل يقتضي لزوم في المعاطاة على
١٩٠ تقريب أصالة اللزوم على القول	القول بالملك
بالإباحة مع تلف العينين	١٨٤ عدم جواز التمسك للزوم بالوجوه
١٩١ التمسك بدليل اليد لضمأن المتعاملين	المتقدمة في كلام الشيخ (قده)
بالمثل أو القيمة	١٨٥ المرجع هو أصالة الاطلاق عند تلف
١٩٢ مقتضى الأصل عند تلف إحدى	العينين على القول بالملك
العينين على القول بالإباحة	١٨٥ عدم جريان أصالة الاطلاق والجواب
١٩٢ دعوى الشهيد (قده) أصالة اللزوم	عنه
في المقام وجواب الشيخ (قده) عنه	١٨٦ هل الأصل اللزوم أو الجواز على
١٩٣ مقتضى الاصل لو كان أحد العوضين	القول بالإباحة ؟
دينياً على القول بملك	١٨٨ مقتضى الأصل هو اللزوم على القول

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
بعدم السقوط	١٩٣ الوجه الأول لعدم الرجوع في المقام
١٩٨ لزوم المعاوضة لو نقلت العينان أو إحداهما بعدها بعقد جائز أو لازم	١٩٤ الجواب عن الوجه المتقدم لعدم الرجوع
على القول بالملك	١٩٤ نقل كلام صاحب المقال في المقام والجواب عنه
١٩٨ ثبوت الخيار وعدمه تابع لانحلال العقد وعدمه	١٩٥ الوجه الثاني لعدم الرجوع في المقام والجواب عنه
١٩٩ القول بسقوط الخيار في المقام وتقريبه	١٩٥ الوجه الثالث لعدم الرجوع في المقام والجواب عنه
٢٠٠ لزوم المعاوضة لو نقلت العينان أو إحداهما بعدها بعقد جائز أو لازم	١٩٥ الوجه الرابع لعدم الرجوع في المقام والجواب عن الوجه المتقدم لعدم الرجوع
على القول بالاباحة	١٩٦ القول ببطلان المعاملة لو كان أحد العوضين ديناً على القول بالاباحة والجواب عنه
٢٠١ القول بسقوط حق الردّ بالتصرفات الناقلة الموقوفة على الملك	١٩٦ القول بأن المعاوضة على ما في الذمة يلازم السقوط
٢٠٢ الجواب عن القول بسقوط حق الردّ بالتصرفات الخ	١٩٧ الاشكال في سقوط ما في الذمة بالمعاوضة عليه
٢٠٢ القسم الثاني في البيع بالصيغة وما يتعلق به	١٩٧ لزوم المعاوضة على القول بسقوط الدين عن الذمة بها
٢٠٢ في ألفاظ عقد البيع	١٩٨ مقتضى الأصل هو اللزوم مع القول
٢٠٣ صحة البيع بالصيغة ولزومه مطلقاً لولا الدليل على الخلاف	
٢٠٣ تحقق البيع بالإشارة والكتابة وغيرهما	
٢٠٤ دعوى عدم سببية غير اللفظ والتعاطي	

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٢١٢	هل تقع المعاملات بالكنائيات والمجازات والمشاركات أو لا ؟	٢٠٤	في تحقق البيع
٢١٢	هل تكون المعاملة الواقعة بتلك الألفاظ مشمولة للأدلة أو لا ؟	٢٠٥	المناقشة في القول بعدم سببية الإشارة
٢١٢	تحقيق المحقق النائبي (قده) حول عدم صحة إيقاع المعاملات بالكنائيات	٢٠٥	التحقيق عن صدق البيع على البيع بالإشارة وعدمه
٢١٣	المناقشة فيما ذكره المحقق النائبي (قده) من عدم تحقق المعاملات بالكنائيات	٢٠٦	تفصيل المحقق الأصفهاني (قده) بين العهد المؤكد وغيره بالنسبة إلى الأخرس والجواب عنه
٢١٤	الفرق بين المعاني الكنائية والالتزامية	٢٠٦	تقسيم إشارة الأخرس
٢١٥	بطلان ما حكي عن المحقق الخراساني قدس سره من الاشكال في الكنائيات	٢٠٧	لا يحتاج بيع الأخرس إلى تحريك لسانه
٢١٥	هل الأدلة منصرفه عن العقود المنشأة بالكنائيات والمجازات أو لا ؟	٢٠٧	حكم الشك في صحة المعاملة بالإشارة
٢١٦	بيان المحقق النائبي (قده) في عدم صحة إيقاع العقد بالمجازات والمشاركات	٢٠٨	تمسك الشيخ (قده) بفحوى روايات طلاق الأخرس
٢١٧	الجواب عما أفاده المحقق النائبي (قده) في المقام	٢٠٩	المناقشة في استدلال الشيخ (قده) بروايات طلاق الأخرس
٢١٨	صحة إيقاع المعاملة بالكنائيات والمجازات والمشاركات	٢١٠	هل تتقدم الكتابة على الإشارة أم لا ؟
٢١٨	بطلان دعوى لزوم إيقاع المعاملات بالعناوين الواردة في الشريعة	٢١٠	التمسك بروايات وصية الأخرس وإشكاله
		٢١٠	عدم صحة التمسك بما ورد في تلبية الأخرس وتشهده وقراءته
		٢١١	الكلام في مواد الألفاظ في الصيغة
		٢١١	تحقق المعاملة سواء أنشئ بالصراحة أو الكناية أو المجاز

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٢١٩	علم لزوم العربية في صيغة المعاملة	٢٢٧	بطلان التفصيل بين العقود الاذنية وغيرها في تقديم القبول على الايجاب
٢١٩	كفاية الايجاب وحده في صحة العقود	٢٢٧	عدم اعتبار الموالة بين الايجاب والقبول
٢٢٠	الاستدلال ببعض الروايات على كفاية الايجاب فقط	٢٢٨	التثبت بالدليل العقلي لاعتبار الموالة والجواب عنه
٢٢١	عدم اعتبار الماضوية في الصيغة	٢٢٩	الاستدلال لاعتبار الموالة والجواب عنه
٢٢١	دعوى لزوم الماضوية في الصيغة والمناقشة فيها	٢٣٠	استدلال آخر لاعتبار الموالة والجواب عنه
٢٢٢	الاستدلال ببعض الأخبار على عدم اعتبار الماضوية	٢٣١	مقتضى استدلال الشيخ عدم الفرق في البطلان بدون الموالة بين اعتبار العقد وغيره
٢٢٣	هل يعتبر تقديم الايجاب على القبول مطلقا أو لا كذلك أو يفصل ؟	٢٣١	عدم اختصاص ما ذكره الشيخ (قده) بالأمر المتدرجة
٢٢٣	تفصيل الشيخ (قده) بين الفاظ القبول	٢٣٢	اعتبار التنجيز في العقود
٢٢٣	التحقيق عن مدلول القبول	٢٣٢	الوجوه المذكورة لاعتبار التنجيز في العقود
٢٢٤	فساد ما أفاده الشيخ (قده) في مدلول القبول	٢٣٣	الجواب عما استدلل به لاعتبار التنجيز
٢٢٤	بطلان ما أفاده المحقق النائيني (قده) فيما ينشئه المتعاقدان	٢٣٤	صحة العقد إذ ارجع القيد إلى الانشاء
٢٢٤	حكم ما لو تقدم المشتري بقوله : « اشتريت »		
٢٢٦	جواز تقديم القبول على الايجاب		
٢٢٦	اشكال الشيخ (قده) في المقام بأن		

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	بين القطع بالخلاف والظن المعتبر		دون المنشأ
	والجواب عنه	٢٣٤	عدم تحقق التملك إلا بعد حصول
٢٤١	التفصيل في الاجزاء بين الاستناد إلى		القيود إذا رجع إلى الهيئة
	الأصول العملية والاستناد إلى	٢٣٥	الاشكال بأن التعليق ينافي الجزم
	الأمارات العقلية الشرعية		وهو معتبر فيه والجواب عنه
٢٤١	جريان التفصيل المتقدم في المقام	٢٣٦	عدم اعتبار التنجيز في المعاملات
٢٤٢	بطلان العقد لو اختلف المتعاقدان	٢٣٦	اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول
	في شروط الصيغة عن تقليد	٢٣٦	التحقيق عن تشخيص الصغرى
٢٤٢	ابتناء الشيخ (قده) المسألة على كون	٢٣٧	اعتبار الأهلية في المتعاقدين
	الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية	٢٣٧	التفصيل بين أنحاء سلب الأهلية
	الاضطرارية وبيان مراده	٢٣٧	عدم اعتبار الأهلية في المشتري حال
٢٤٣	بيان السيد الطباطبائي (قده) الموارد		إيجاب البائع
	التي يترتب الأثر فيها على ظن	٢٣٨	عدم اعتبار الأهلية في البائع حال
	المجتهد والجواب عنه		قبول المشتري
٢٤٤	تفصيل الشيخ (قده) بين الشروط عند	٢٣٩	الجواب عما أفاده الشيخ (قده) في
	اختلاف نظرية المتعاقدين والمناقشة فيه		جواب النقض بالوصية التمليلية
٢٤٦	عدم إمكان التصحيح لو كان	٢٣٩	صور اختلاف نظرية المتعاقدين في
	الاختلاف في تحقق عنوان العقد من		شروط الصيغة اجتهاداً أو تقليداً
	جهة فقدان بعض الشروط	٢٤٠	الأقوال عند اختلاف المتعاقدين في
٢٤٧	المقبوض بالعقد الفاسد		شروط الصيغة
٢٤٧	ضمان المقبوض بالعقد الفاسد وجوب	٢٤٠	تضعيف بعض الأقوال
	ردّه	٢٤٠	تفصيل السيد الطباطبائي (قده)

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
الذي لا يفتق والصغير الذي يموت	٢٤٧ الاستدلال بدليل اليد على الضمان
قبل البلوغ ودفعه	٢٤٧ التحقيق عن حجية دليل اليد
٢٥٦ الاستدلال بماورد في الأمة المسروقة	٢٥٠ هل حديث اليد يدل على الحكم التكليفي
على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد	أو الوضعي ؟
وما قبل فيها	٢٥٠ القول بظهور حديث اليد في الحكم
٢٦٠ الاستدلال بقاعدة « ما يضمن	التكليفي
بصحيحه يضمن بفاسده » على ضمان	٢٥١ استفادة الحكم الوضعي من حديث اليد
المقبوض بالبيع الفاسد	٢٥٢ المراد من « اليد » هو الشخص الآخذ
٢٦٠ ما ذكره الشيخ (قده) في المراد	٢٥٢ استقرار ما أخذ على عهدة الآخذ
بالضمان في الجملتين	٢٥٣ الاشكال على اعتبار ما وقع عليه
٢٦٠ الجواب عما ذكره الشيخ (قده) في المقام	اليد على العهدة
٢٦١ تضعيف ما ذكره المحقق الثاني	٢٥٣ بيان آخر في استفادة الضمان من
قدس سره في الضمان	حديث اليد
٢٦١ ما قبل في معنى الضمان	٢٥٤ استدلال الشيخ (قده) بحديث اليد
٢٦٢ الجواب عما قبل في معنى الضمان	على ضمان الصغير بل المجنون
٢٦٢ ما يمكن أن يقال في معنى الضمان	٢٥٤ إيراد المحقق الاصفهاني على الشيخ
٢٦٣ العقود الفاسدة كالصحيحة	قدس سرهما في المقام
٢٦٤ ما يحتمل في كلام الشيخ (قده) في	٢٥٥ شمول لإطلاق حديث اليد للصغير
معنى الضمان وما يرد عليه	والمجنون لولا الدليل على خلافه
٢٦٥ استفادة الضمان بالمثل أو القيمة من	٢٥٥ دفع الدليل العقلي المخالف لإطلاق
القاعدة	حديث اليد
٢٦٥ تكفل القاعدة للملازمة بين الضمانين	٢٥٦ الاشكال في شمول دليل اليد للمجنون

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
٢٧٤ الجواب عن الوجه الثالث	٢٦٥ بطلان القول بكون القاعدة مؤسسة
٢٧٥ القول بكفاية تقدير وجود المنافع	لموارد الضمانات
لشمول دليل اليد بها والجواب عنه	٢٦٦ هل القاعدة تشمل الايقاعات أولا؟
٢٧٦ الوجه الرابع لعدم شمول دليل اليد	٢٦٦ منافاة « كل عقد » لذيل القاعدة
للمنافع والجواب عنه	٢٦٦ عدم الحمل على الصنف عند دوران
٢٨٠ الوجه الخامس لعدم شمول دليل اليد	الأمر بينه وبين النوع
للمنافع والجواب عنه	٢٦٨ ترجيح المحقق النابني (قده) العموم
٢٨٠ الاستدلال بدليل حرمة مال المؤمن	الافرادي والجواب عنه
على الضمان	٢٦٩ ما يمكن ان يقال في مفاد القاعدة
٢٨١ المناقشة في دلالة دليل حرمة مال	٢٦٩ الباء في « بصحيحه » و « بفاسده »
المؤمن على الضمان و الجواب عنها	مستعملة في السببية المطلقة
٢٨٢ دعوى أن مقتضى دليل حرمة مال	٢٧٠ بيان المحتملات في عبارة القاعدة
المؤمن عدم جواز التصرف فيه	٢٧٠ بيان ملرك القاعدة والمناقشة فيه
رضاه والجواب عنه	٢٧٢ إشكال الشيخ (قده) في مدرك
٢٨٣ الاستشكال في الاستدلال بالرواية	القاعدة طرداً وعكساً
لتضمن أعمال الحزب وما يورد عليه	٢٧٢ دلالة خبر اليد على مضمون القاعدة
٢٨٣ عدم دلالة دليل حرمة مال المؤمن	٢٧٢ عدم شمول دليل اليد للمنافع
على ضمان المنافع والأعمال النالفة	٢٧٢ ما ذكره الشيخ (قده) في عدم
بدون تسبب من المشتري أو البائع	شمول دليل اليد للمنافع
٢٨٣ دلالة دليل حرمة مال المؤمن لقاعدة	٢٧٣ الجواب عما ذكره الشيخ في المقام
الاتلاف	٢٧٣ الوجه الثالث لعدم شمول دليل اليد
٢٨٣ الاستدلال بحديث « لا يجل » للضمان	للمنافع

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
٢٨٨ التثبيت بقاعدة الغرور لعدم الضمان فيما إذا جهل القابض	٢٨٤ الاستدلال بحديث نفي الضرر للضمان والجواب عنه
٢٨٩ المحتملات في عكس قاعدة « ما يضمن بصحيحه »	٢٨٤ الاستدلال بدليل حرمة مال المؤمن و « لا يحل » و « لا ضرر » على عدم ضمان من تلف الشيء تحت يده بلا تسبب ومباشرة
٢٩٠ ما تمسك به الشيخ (قده) لمبنى عكس القاعدة والجواب عنه	٢٨٥ الجواب عن الاستدلال المتقدم
٢٩١ المحتملات في روايات عدم ضمان من استأنه المالك	٢٨٥ استنتاج عدم تكفل دليل لمضمون قاعدة « كل عقد يضمن »
٢٩٢ عدم شمول روايات عدم ضمان من استأنه المالك لباب الاجارة والرهن والوقف	٢٨٥ عدم الفرق في الضمان بين علم المتعاملين بفساد المعاملة وجهلها أو علم أحدهما
٢٩٥ هل يجوز شرط الضمان فيما لا ضمان وبالعكس أو لا ؟	٢٨٥ القول بعدم الضمان مع علم البائع بالفساد
٢٩٦ ما يستدل به لعكس قاعدة « ما يضمن بصحيحه » والجواب عنه	٢٨٦ الجواب عن القول بعدم الضمان مع علم البائع
٢٩٧ النقص على عكس قاعدة « ما يضمن بصحيحه » بعقد الاجارة	٢٨٧ الفرق بين البيع بالصيغة والمعاطاة من جهة الضمان والجواب عنه
٢٩٧ بيان ماهية الاجارة	٢٨٧ الفرق بين ما علم البائع بالفساد وما علم المشتري بالغصب
٢٩٨ عدم اقتضاء عقد الاجارة لجعل المستأجر مستولياً على العين	٢٨٨ الجواب عن الفرق بين علم المشتري بالغصب وبين علم البائع بالفساد
٢٩٩ بطلان التفصيل في موارد الاجارة من جهة الاستيلاء	

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
فوراً	٣٠٠ عدم ثبوت الضمان لو سلط المالك
٣٠٧ استدلال الشيخ (قده) بحديثي «لا يجل» لعدم جواز حبس المقبوض بالبيع الفاسد	المستأجر على العين
٣٠٨ بيان المراد من استدلال الشيخ (قده)	٣٠١ عدم ورود النقض على عكس القاعدة
٣٠٨ عدم ورود ما ذكره المحقق الخراساني والمحقق الاصفهاني (قدهما) على الشيخ (قده)	على بعض المباني ووروده على آخر
٣٠٨ موارد النقاش من كلام المحقق الاصفهاني (قده)	٣٠٢ النقض على عكس قاعدة « ما يضمن بصحيحه » بضمن الصيد على المحرم إذا استعار من المحل
٣١٠ دلالة خبر اليد على وجوب رد المقبوض بالبيع الفاسد	٣٠٢ فساد إعاره الصيد للمحرم والاستدلال له بالآيات
٣١٠ إمكانية الاستدلال لوجوب الرد بما ورد في أبواب اللقطة والتجارة والجهاد والوديعة	٣٠٤ الاستدلال لبطلان اعادة الصيد للمحرم بما دل على عدم جواز الانتفاع به وحرمة إمساكه
٣١٠ عدم جواز التصرف في المقبوض بالبيع الفاسد مع جهل الدافع بالفساد والجواب عنه	٣٠٤ عدم زوال ملكية المعير المحل بتسليم العين إلى المحرم المستعير
٣١١ تضعيف القول بأن تسليط المالك للمشتري على وجه الداعي لا العنوانية	٣٠٥ التمسك بالآية لزوال ملك المعير المحل بتسليم العين إلى المحرم المستعير والجواب عنه
٣١١ تضعيف القول بأن تسلط المشتري على ماله بازاء تسلطه على مال المشتري	٣٠٦ الوجوه المذكورة لزوال ملك المعير في المقام والجواب عنه
	٣٠٦ ثبوت الضمان لو تلف الصيد تحت يد المحرم المستعير
	٣٠٧ وجوب رد المقبوض بالبيع الفاسد

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
٣٢١ بيان ما استظهره المحقق النائيني (قدمه) من « الخراج بالضمان » والمناقشة فيه	٣١٢ عدم ثبوت أحكام البيع ونحوه في المقام للعقود الاذنية
٣٢٢ ثبوت الضمان في المنافع غير المستوفاة التالفة تحت يد القابض بالبيع الفاسد	٣١٣ هل مؤونة رد المقبوض بالبيع الفاسد على القابض أو لا ؟
٣٢٣ التمسك بالأصل لنسي الضمان في المنافع التالفة والمناقشة فيه	٣١٤ عدم وجوب الرد إذا استلزم الضرر
٣٢٣ تضعيف القول بالتفصيل بين علم البائع بالفساد وجهله	٣١٤ التفصيل الذي ذكره السيد الطباطبائي والمحقق النائيني (قدمهما) في وجوب الرد وعدمه والجواب عنه
٣٢٣ المناقشة في التمسك بقاعدة « ما لا يضمن » لعدم الضمان في المنافع التالفة	٣١٥ حكم ما إذا نقل القابض المال من بلد القبض إلى بلد آخر وانتقل المالك إلى بلد ثالث
٣٢٤ ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي عند تلف المبيع	٣١٥ ثبوت الضمان في المنافع المستوفاة قبل الرد
٣٢٤ الاستدلال بأية الاعتداء لضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي	٣١٧ الاستدلال بقاعدة « الخراج بالضمان » لعدم الضمان في المنافع المستوفاة
٣٢٥ تقريب الاستدلال بالآية والمناقشة فيه	٣١٧ التحقيق عن مدرك قاعدة « الخراج بالضمان »
٣٢٧ الاستدلال لضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي وتقريبه	٣١٨ التحقيق عن مفاد « الخراج بالضمان »
٣٢٨ ما يرد على الاستدلال المتقدم	٣١٩ المراد بالضمان في « الخراج بالضمان »
٣٢٩ تقريب الاستدلال المتقدم بوجه آخر وما يرد عليه	٣٢٠ المراد بالخراج في « الخراج بالضمان »
٣٣٠ ضمان المثل في المثلي حكم عقلائي	٣٢٠ علم بإمكان الاستدلال بنحو « الخراج بالضمان »
٣٣٠ بيان نكتة بناء العقلاء	

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
الغرامة والخسارة دون العين .	٣٣١ الاستدلال بدليل اليد على ضمان المثل
٣٤٤ استفاضة عهدة الغرامة والخسارة	في المثلي والقيمة في القيمي
من دليل اليد .	٣٣٢ المناقشة في التعاريف المذكورة للمثلي
٣٤٥ مقتضى الأصل عند الشك في مثلية	٣٣٢ حكم الشك في مثلية الشيء أو قيمته
الشيء وقيميته .	٣٣٢ الأقوال فيما يشتغل به الذمة في باب
٣٤٦ مقتضى الأصل عند الشك على	الضمانات .
القول بتعلق الضمان بالعين .	٣٣٣ القول باشتغال الذمة بالمالية ودفعه
٣٤٦ المناقشة فيما ذكره السيد الطباطبائي	٣٣٤ الأدلة الدالة على أن المضمون نفس
قدس سره من وجوب الاحتياط	العين في ضمان اليد .
٣٤٧ الرجوع إلى القرعة عند عدم التراضي	٣٣٧ هل ضمان الاتلاف كضمان اليد أولاً؟
٣٤٧ مقتضى الأصل عند الشك على القول	٣٣٨ الأدلة الدالة على أن ضمان الاتلاف
بتعلق الضمان بعنوان البدل ونحوه	كضمان اليد .
٣٤٨ المناقشة في دعوى اندراج المسألة	٣٤٠ ما دل على أن الضمان بالثمن في ضمان
على الفرض المتقدم في الشك في	الاتلاف .
التعيين والتخير .	٣٤٠ التأيد لكون المضمون نفس المتلف
٣٥٠ مقتضى الأصل عند الشك على	بما ورد في شهادة الزور والسفرة
القول بتعلق الضمان بالقيمة .	المطروحة وغيرهما .
٣٥٠ مقتضى الأصل عند عدم إحراز أحد	٣٤٢ الروايات التي يتوهم مخالفتها
المحتملات .	لضمان نفس المتلف .
٣٥٠ بيان المحقق النائيني (قده) لاثبات	٣٤٣ لإرجاع الصحيحة الدالة على ضمان
تعلق الصفات بالذمة عند إجمال	الثمن إلى سائر الروايات .
الأدلة والأصل الجاري حينئذ .	٣٤٣ تصحيح القول بأن المضمون هو

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	في الفرض والجواب عنه .	٣٥١	المناقشة في موارد من كلام المحقق
٣٥٩	ما قبل في لزوم الشراء في الفرض		الثانيني (قده) .
	من أن القابض أقدم على الضرر	٣٥٣	حكم ما إذا لم يوجد المثل إلا بأكثر
	أوضمان المثل مهما كان والجواب عنهما		من ثمن المثل .
٣٦٠	القول بصيرورة المثل قيمياً بطرو	٣٥٣	صور زيادة القيمة السوقية .
	الاعواز عليه والجواب عنه .	٣٥٤	حكومة دليل نفي الحرج والضرر
٣٦٠	الضمان في المثليات بالمثل مطلقاً .		على الأدلة الأولية .
٣٦١	دعوى الشيخ والسيد الطباطبائي	٣٥٤	تقريب حكومة دليل نفي الحرج على
	قدس سرهما جواز مطالبة المالك بالمثل		دليل نفي الضرر .
	في مكان التلف أو غيره والمناقشة فيها	٣٥٥	المناقشة في تحكيم دليل نفي الحرج
٣٦٣	هل العبرة في المثل بمكان الغصب		على نفي الضرر .
	أو التلف أو المطالبة .	٣٥٥	تضعيف ما قبل في ضابط الحكومة
٣٦٣	اختلاف الأقوال في المثل من ناحية	٣٥٦	وجوب شراء المثل وإن زادت
	المكان .		قيمه السوقية .
٣٦٣	نقل كلام السيد الطباطبائي في المقام	٣٥٦	عدم لزوم شراء ما زادت قيمته
٣٦٤	المناقشة في كلام السيد الطباطبائي (قده)		السوقية إن استلزم الحرج .
٣٦٤	التمسك بدليل السلطنة لجواز مطالبة	٣٥٧	القول بأن دليل الحرج امتناني
	المالك أرجاع ماله إليه والجواب عنه		لا يشمل المقام والجواب عنه .
٣٦٥	التحقيق عن مفاد دليل اليد .	٣٥٧	الأحكام الامتنانية قانون كلي لاشخصي
٣٦٧	هل تجب القيمة على الضامن عند	٣٥٨	عدم لزوم شراء المثل بأكثر من ثمنه
	تعذر المثل أولاً ؟		لو طرأ عليه الاعواز .
٣٦٧	الاستدلال بدليل اليد على وجوب	٣٥٨	تقوية الشيخ (قده) لزوم الشراء

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
٣٨١ عدم إمكان الرجوع إلى العرف أو	القيمة عند تعذر المثل .
الاتكال على بناء العقلاء في المراد	٣٦٨ الاشكال في الاستدلال بدليل اليد
من الاعواز	في المقام .
٣٨١ ما قبل في مناط جواز المطالبة بالبدل	٣٦٨ الاستدلال بدليل اليد ببيان آخر
والجواب عنه	لوجوب القيمة عند تعذر المثل
٣٨٢ ما قاله الشيخ (قدّه) في مقتضى	والجواب عنه .
دليل وجوب أداء مال الناس وبيان	٣٦٩ استدلال الشيخ (قدّه) لوجوب
مراده	القيمة عند تعذر المثل والجواب عنه
٣٨٢ هل بناء العقلاء يقيد مدلول دليل	٣٦٩ تمسك الشيخ (قدّه) بأية الاعتداء
السلطنة أو دليلها يردع بناءهم	لوجوب القيمة عند تعذر المثل
٣٨٣ توافق بناء العقلاء لدليل السلطنة	والجواب عنه .
٣٨٣ استفادة عدم جواز المطالبة بالقيمة	٣٧٠ استدلال آخر لوجوب القيمة عند
من دليل « لا يحل »	تعذر المثل والجواب عنه
٣٨٣ عدم تمامية التمسك بدليل السلطنة	٣٧١ التمسك ببناء العرف لوجوب
و « لا يحل » لجواز مطالبة القيمة	القيمة عند تعذر المثل والجواب عنه
٣٨٣ استيناس الشيخ (قدّه) لجواز	٣٧١ دعوى الانقلاب إلى القيمة عند تعذر
المطالبة بالقيمة ببعض أخبار السلم	المثل والجواب عنه
٣٨٤ الجواب عما ذكره الشيخ (قدّه)	٣٧٢ التحقيق عن زمان اعتبار القيمة
٣٨٤ اختلاف القيمة من حيث الزمان	٣٨٠ المراد من إعواز المثل
باختلاف المباني	٣٨٠ بيان المحقق النائيني (قدّه) حول إعواز
٣٨٦ اختلاف القيمة من حيث المكان	المثل
باختلاف المباني	٣٨١ الجواب عما أفاده المحقق النائيني (قدّه)

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
الزام الضامن والمضمون له بذلك أولاً ؟	٣٨٦ ثبوت الضمان بسقوط العين عن المالية
٣٩٧ طريقة الشارع في باب الضمانات هي طريقة العقلاء	٣٨٧ تضعيف ما أفاده المحقق الخراساني والاصفهاني (قدهما) في المقام
٢٩٨ استفادة لزوم الغرامة بالقيمة في مطلق الضمانات من بعض روايات الرهن	٣٨٧ القول بعدم الضمان في سقوط المالية لو كان الدليل قاعدة الائتلاف والجواب عنه
٣٩٨ ضمان القيمة مطلقاً بائناً مال الغير أو تلفه تحت يده تفريطاً	٣٨٧ عدم الفرق في ضمان المالية بين بقاء العين وتلفها
٤٠١ الروايات المتفرقة الدالة على ضمان القيمة بائناً مال الغير	٣٨٧ ضمان المنالية باسقاط الدولة مالية الدرهم
٤٠٣ خروج المثلي الذي وجد مثله عن مقتضى الروايات	٣٨٩ الروايات الواردة في تنزل قيمة الدرهم المقترضة
٤٠٤ العبرة في القيمة بيوم الأداء على بعض المباني	٣٩٠ مقتضى الأصل عند الشك في الخروج عن العهدة بأداء ما سقط عن المالية
٤٠٦ العبرة في القيمة بيوم الغصب على المبني الآخر	٣٩٤ هل تفرغ الذمة بدفع القيمة عند تعذر المثل ثم التمكن منه أو لا ؟
٤٠٦ العبرة في القيمة بيوم التلف على المبني الثالث	٣٩٤ اختلاف الحكم باختلاف المباني
٤٠٦ القول باعتبار أعلى القيم من يوم الأخذ إلى يوم التلف	٣٩٥ المناقشة في تفصيل الشيخ (قده) في المقام
٤٠٦ القول باعتبار أعلى القيم من يوم الأخذ إلى يوم الأداء أو من يوم	٣٩٥ المناقشة في كلام بعض المحشين (قده)
	٣٩٦ ضمان القيمة لو كان المأخوذ بالبيع الفاسد قيمياً
	٣٩٦ هل القيمي كالمثلي في الضمان من ناحية

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
٤٢٧ الاستدلال بآية الاعتداء لضمان أعلى القيم والجواب عنه	التلف إلى يوم الأداء
٤٢٧ الاستدلال بأصالة الاشتغال لضمان أعلى القيم	٤٠٧ نقل صحيحة أبي ولاد
٤٢٧ استدلال الشيخ (قده) بالاستصحاب لضمان أعلى القيم والجواب عنه	٤٠٩ التحقيق عن مدلول صحيحة أبي ولاد
٤٢٨ التمسك بالاشتغال بناءً على تعلق العين بالذمة والجواب عنه	٤٢٠ استفادة حكم الضمان مطلقاً من صحيحة أبي ولاد
٤٢٨ التمسك بالاشتغال بناءً على ضمان القيميات بالقيمة	٤٢١ الاستدلال بروايات الرهن لضمان قيمة يوم التلف
٤٢٩ الجواب عن جريان الاشتغال على المبنى الأخير	٤٢٢ الروايات التي استدل بها على اعتبار قيمة يوم الأداء
٤٣٠ عدم الاعتبار بزيادة القيمة بعد التلف	٤٢٣ عدم دلالة الروايات على اعتبار قيمة يوم الأداء
٤٣٠ الاعتبار بقيمة مكان التلف	٤٢٣ استشهاد الشهيد الثاني (قده) بصحيحة أبي ولاد لاعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف وتوجيه كلامه
٤٣١ عدم إمكان الالتزام بقيمة مكان التلف مع القول بقيمة زمان الغصب	٤٢٥ عدم صحة الاستناد إلى دليل اليد لضمان أعلى القيم
٤٣١ ضمان بدل الحيلولة عند تعذر الوصول إلى المال	٤٢٥ ما أفاده الشيخ لضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى زمان التلف
٤٣١ تقريب دلالة قاعدة اليد على بدل الحيلولة في الفرض	٤٢٦ الجواب عما أفاده الشيخ (قده)
٤٣٢ المناقشة في تقريب دلالة القاعدة	٤٢٧ الاستناد إلى قاعدة الضرر لضمان أعلى القيم والجواب عنه
٤٣٢ تقريب آخر لدلالة القاعدة على	

الصفحة الموضوع	الصفحة الموضوع
٤٤٤ لزوم ردّ العين عند زوال التعذر عنه	٤٣٣ استدلال الشيخ (قده) بقاعدة السلطنة
٤٤٤ القول بعدم لزوم ردّ العين إلى مالكها بعد ردّ البديل اليه	٤٣٤ الجواب عن استدلال الشيخ (قده)
٤٤٥ الجواب عن القول بعدم لزوم ردّ العين الخ	٤٣٥ عدم دلالة دليل نفي الضرر على ضمان بدل الخيلولة
٤٤٦ بقاء العين التالفة على ملك مالكها وكذا المتعذرة	٤٣٦ عدم صحة التمسك بآية الاعتداء لضمان بدل الخيلولة
٤٤٦ حكم ما لو ارتفع العذر أو رجعت التالفة	٤٣٦ بيان أقسام التعذر من الوصول إلى المال
٤٤٧ هل ترجع الغرامة إلى الغارم برجوع العين أو لا ؟	٤٣٦ هل أدلة الضمان تدل على ضمان بدل الخيلولة في جميع الصور أو لا ؟
٤٤٨ الأصول التي تمسك الشيخ (قده) بها لبقاء الغرامة في ملك صاحب العين والجواب عنها	٤٣٦ استدلال الشيخ (قده) بدليل اليد على ضمان بدل الخيلولة فيما إذا حصل المال في زمان قصير
٤٤٨ رجوع بدل الخيلولة إلى الغارم برجوع العين	٤٣٦ تقريب قاعدة اليد -
٤٤٨ قطع الإباحة عن بدل الخيلولة بوصول العين إلى المالك	٤٣٧ ثبوت أحكام تلف العين عند تعذرها
٤٤٨ رجوع الضمان الجديد بالسبب الأول عند وجدان المال أو رفع التعذر	٤٣٩ هل المضمون له يملك بدل الخيلولة أو تباح له التصرفات ؟
٤٤٩ عدم جواز حبس العين إذا وجدت ومطالبة الغرامة	٤٤٢ هل المنافع للعين المتعذرة قبل أداء الغرامة مضمونة أو لا ؟
٤٥٠ خروج العين عن الملكية لو خرجت	٤٤٣ هل المنافع للعين المتعذرة بعد أداء الغرامة مضمونة أو لا ؟

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	الضرر على الغاصب		عن التقويم وعدت تالفة
٤٥٣	حكم ما إذا استلزم إخراج الخيط	٤٥٠	عدم خروج العين عن الملكية بخروجها
	المغصوب تلفه		عن المالية
٤٥٤	هل العصير يخرج عن الملكية بمجرد	٤٥٠	عدم جواز التصرف فيما لا مالية له
	خمرته أم لا ؟		بدون إذن صاحبه
٤٥٥	عدم سلب جميع آثار الملكية عن الخمر	٤٥١	عدم خروج ماسقطت عن المالية عن
	المتخذة للتخليل		ملك مالكها بعد أداء غرامتها
٤٥٦	هل تصير الخمر بعد التخليل من	٤٥٢	وجوب إخراج الخيط المغصوب عما
	المباحات أو ترجع إلى ملك صاحبها ؟		خيط به إذا لم يتلف ولم يتلف شيئاً
		٤٥٢	حكم ما إذا استلزم رد المغصوب

جدول الخطأ والصواب

الخطأ	س	ص
توجيه كلامه بوجه	٣	٢٤
السيد	٣	٢٧
فقبل	١٣	٢٧
عمرأ	٦	٤٢
مما هو	١٣	٤٧
المشددة	٥	٦٨
العقد بمعنى العهد	٦	٧٢
.....	٣	٧٣
الرواية	١٠	١٢٥
وغيرهما	٣	١٥٤
عنهما	١٠	١٥٤
متاع أو نقد	١١	١٦٦
معلوم	٢١	١٩٢
لما	١٨	١٩٣
الملك	٨	٢٣٤
الغير	١٤	٢٣٧
بين	٣	٢٤٠
نظر	١٢	٢٧٧
وقد لا يتحقق	٢٠	٣٠٩
قيمية	٩	٣٩٥
جميعاً	١٨	٤٢٢
التعاريف	٣	٤٦٠

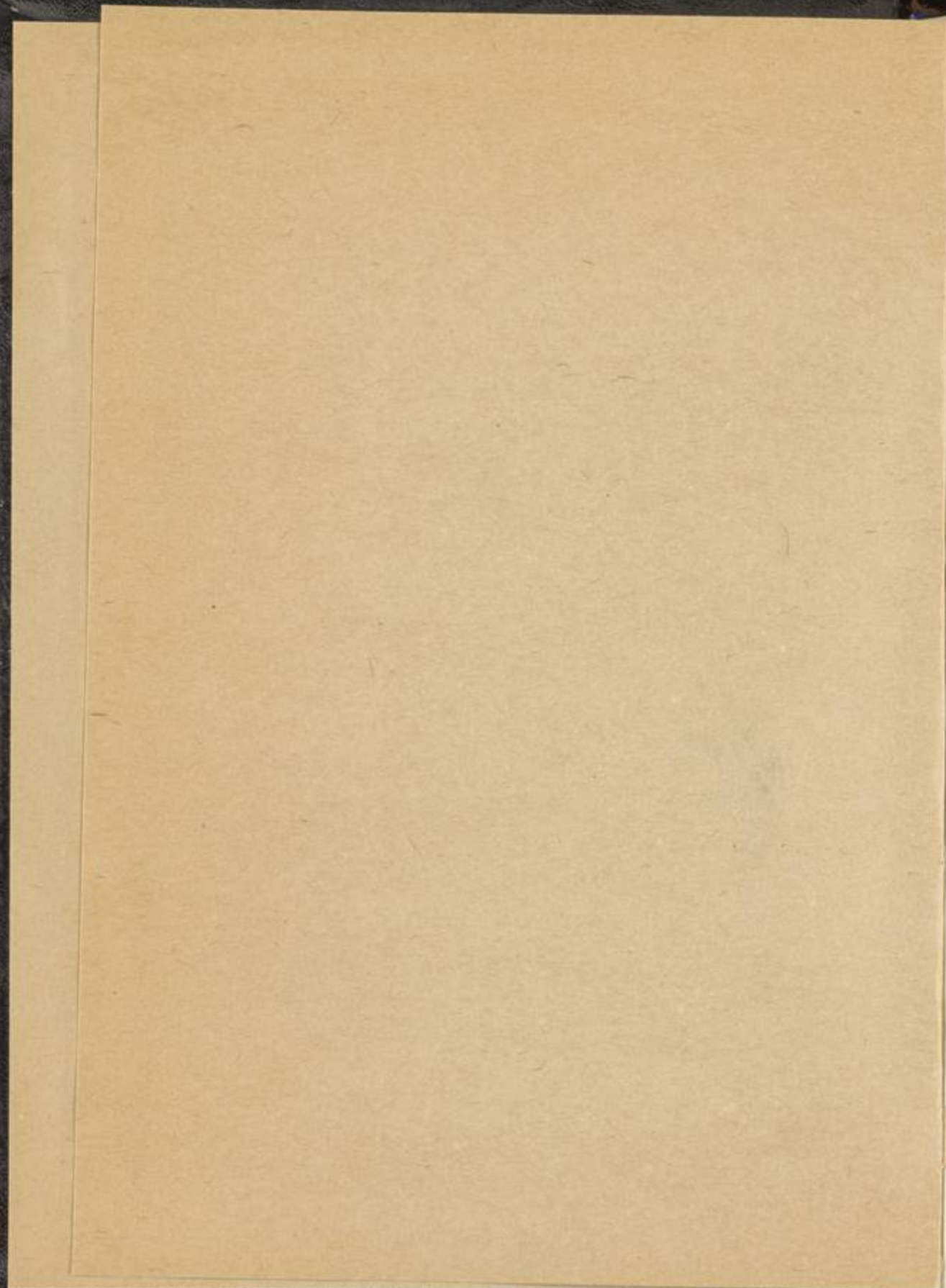
فهرست کتابخانه

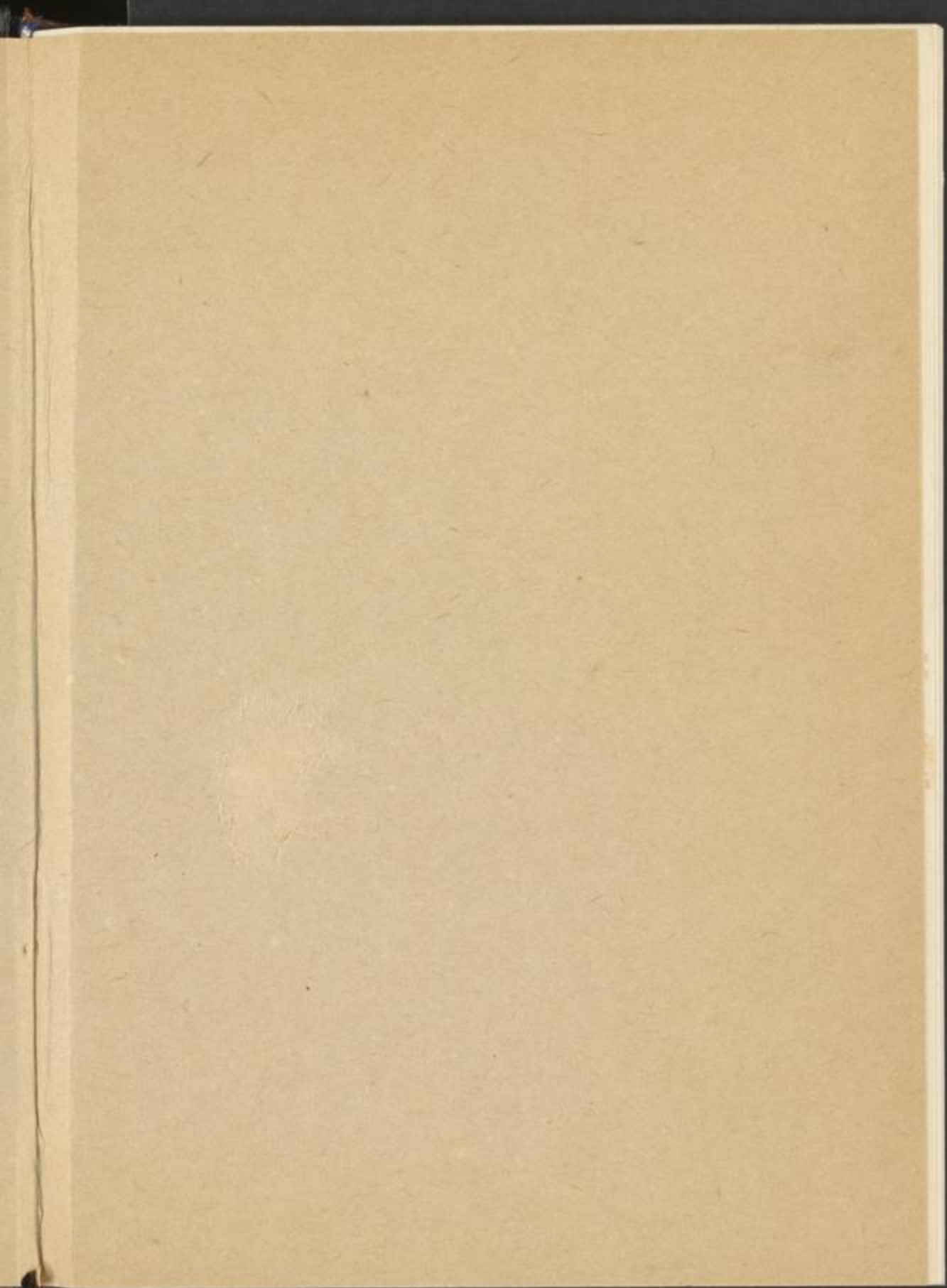
ردیف	عنوان کتاب	تعداد	نوع	ملاحظات
1	تفسیر قرآن مجید	10	مطبوعه	
2	تفسیر المیزان	10	مطبوعه	
3	تفسیر نمونه	10	مطبوعه	
4	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
5	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
6	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
7	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
8	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
9	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
10	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
11	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
12	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
13	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
14	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
15	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
16	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
17	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
18	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
19	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	
20	تفسیر قرآنی	10	مطبوعه	

مطبعة مهر
 ایران - قم

تاریخ اسلام









**Elmer Holmes
Bobst Library**

**New York
University**

