

الآراء الفقهيّة

قسم البيع
(١)

الجزء الرابع

تأليف

آية الله الاستاذ
الشيخ هادي النجفي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تاريخ تصحيح الكتاب من نظم فضيلة العلامة القدير الشاعر المُفلق
السيد عبدالستار الحسيني البغدادي حفظه الله تعالى:

عَرَضَ عَلَيَّ صَاحِبُ السَّمَاخَةِ، الفَقِيهُ المَحَقُّ، آيَةُ اللَّهِ الشَّيْخُ (الهادي) مِنْ آلِ (أبي
المجد) النَّجْفِيِّ - دَامَ ظِلُّهُ - كِتَابَهُ النَّفِيسَ الْقِيَمَ المَوْسُومَ بِـ (الآراء الفقهية)
المجلد الرابع - قَبْلَ طَبْعِهِ، وَ غَبَّ الْإِنْتِهَاءَ مِنْ مُطَالَعَتِهِ حَضَرْتَنِي هَذِهِ الْأَبْيَاتُ فِي
تَقْرِيطِهِ - إِجْمَالاً - وَ فِي آخِرِهَا تَأْرِيخُ الْإِنْتِهَاءِ مِنْ إِتْمَامِهِ، رَاجِياً مِنْ سَمَاخَةِ الشَّيْخِ
النَّجْفِيِّ قَبُولَهَا:

بِـ (النَّقْضِ وَ الْإِبْرَامِ) (هادي) الْوَرَى مِيزَانُهُ الرَّاجِحُ دُونَ^(١) أَرْتِيَابِ
إِذْ سَابَرَ (الآراء) مُسْتَقْصِياً وَ خَاضَ مِنْ (قَامُوسِهِنَّ)^(٢) الْعُبَابِ
مُسْتَكْنِهَا أَسْرَارَ مَا جَاءَ مِنْ أَحْكَامِ دِينِ اللَّهِ فِي كُلِّ بَابِ
شَمَّرَ عَنْ سَاعِدِهِ^(٣) جَاهِداً بِهَمَّةٍ لَا تَنْشِنِي لِالصَّعَابِ

(١) الوجه أن يقال: (من دون...) لَكِنْ خُذِفَتْ (من) - هنا - لِمُرَاعَاةِ الوُزْنِ.

(٢) الْقَامُوسُ: مِنْ أَشْهَاءِ الْبَحْرِ، وَ قَدْ سَمِيَ الْمَجْدُ الْفَيْرُوزِ أَبَادِي كِتَابَهُ فِي اللُّغَةِ بِـ (القاموس...) تَشْبِيهاً
لَهُ بِالْبَحْرِ لِاتِّسَاعِ مَوَادِّهِ اللُّغَوِيَّةِ، وَ هَذِهِ التَّسْمِيَةُ هِيَ الَّتِي أَوْ قَعَتِ الْمَتَأَخَّرِينَ فِي الْإِسْتِنْبَاهِ:
فَطَنُوا (القاموس) مُرَادِفاً لِ(المعجم) وَ الْأَمْرُ كَمَا تَرَى!

(٣) يُقَالُ: نَمَّرَ عَنْ سَاعِدِهِ، وَ عَنْ سَاعِدَيْهِ، كِلَاهِمَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ، إِذَا جَدَّ فِي الْأَمْرِ وَ أَنْتَدَبَ لَهُ.

وَكَيْفَ لَا يَخْوِي الْعُلَا مَا جِدُّ
لِلَّهِ مِنْ سَفَرٍ أَتَانَا بِهِ
أَسْفَرَ مِثْلَ الشَّمْسِ لِكِنَّهُ
فَصُؤْلُهُ قَدْ حُرِّرَتْ فَاعْتَدَتْ
(مَنَاطُهَا) (تَنْقِيحُهُ) مُعْرَبٌ
لَا يَعْتَرِي الْأَشْكَالَ مَضْمُونُهُ
مِنْهَا جُهُ الْمَهْبِيعُ مَنْ يَقْفُهُ
وَبِ (اللَّيَالِي الْعَشْرِ) أَرَّخُ: (أَجَلٌ
مِنْهُ إِلَى (الْمَجْدِ) ^(١) تَجَلَّى أَنْتَسَابُ
ضَمَّ إِلَى الْحِكْمَةِ فَضَلَ الْخِطَابُ
لَا يَتَوَارَى نُورُهُ بِالْحِجَابِ ^(٢)
بُغْيَةً ^(٣) مَنْ يَرُومُ مَحْضَ اللَّبَابِ
عَنْ فِكْرِ خَرِيَّتٍ، سَدِيدِ انْتِخَابِ
كَمَا خَلَا فِي الْعَرْضِ مِنْ كُلِّ عَابٍ ^(٤)
يَحْظُ بِتَحْصِيلِ الْمُنَى وَالرَّغَابِ
قَدْ سَلَكَ الشَّيْخُ سَبِيلَ الصَّوَابِ

١٤٣١ هـ ق

(١) فِيهِ تَوْرِيَّةٌ لِأَنْتَسَابِ آيَةِ اللَّهِ الشَّيْخِ الْهَادِي - دَامَ ظِلُّهُ - إِلَى جَدِّهِ الْأَعْلَى، آيَةِ اللَّهِ الْعَظْمَى عِلْمِ
الْفُقَهَاءِ وَالْمُجْتَهِدِينَ الْإِمَامِ الشَّيْخِ مُحَمَّدِ الرِّضَا آلِ (صَاحِبِ الْحَاشِيَّةِ عَلَى الْمَعَالِمِ) الْمَلَكَبِ بِ(أَبِي
الْمَجْدِ) ^(٢).

(٢) فِيهِ تَلْمِيحٌ بِ(الْإِفْتِسَابِ) مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: «... حَتَّى تَوَارَتْ بِالْحِجَابِ» وَ الصَّمِيرُ فِي (تَوَارَتْ)
عَائِدٌ عَلَى الشَّمْسِ.

(٣) بُغْيَةٌ: يَضْمُ الْبَاءِ وَ كَسْرُهَا، لَكِنَّ الشَّائِعَ الْيَوْمَ الْإِفْتِسَابُ عَلَى الضَّمِّ.

(٤) الْعَابُ: الْعَيْبُ.

سَلَخُ شُعْبَانَ الْمُعْظَمِ ١٤٣١ هـ. ق.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي أحلَّ البيع و حرّم الربا و الصلاة و السلام على مؤسس الشريعة و الأحكام محمّد رسول الله ﷺ و على مبيّنيها أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام و لأحد عشر من ولده الأئمة المعصومين عليهم السلام لا سيما على الحجة الثاني عشر بقية الله الإمام المنتظر المهدي عجل الله تعالى فرجه الشريف و جعل أرواحنا فداه.

بعد الفراغ من البحث حول المكاسب المحرّمة لأبّد من الشروع في البحث عن كتاب البيع و هو من كتب القسم الثاني من أقسام الفقه، لأنّ الفقه ينقسم إلى أربعة أقسام:

١- العبادات: و هي أمور اشترط في صحّتها النية أو شرّعت للمصالح الأخروية.

٢- المعاملات: و هي بنفسها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ: العقود: و هي مالّالفاظ فيها مدخلية و مشتملة على إيجاب و قبول أو لأقل

مشتملة على رضا الطرفين أو المتضمنة لقصد من الجانبين.

ب: الايقاعات: و هي ايضاً ما للألفاظ فيها مدخلية ولكن تشتمل على إيجابات

فقط أو مقاصد أو رضا من جانب واحد.

ج: الأحكام: و هي ما أثبتها الشرع من غير توقيف على لفظ أو قصد أو رضاً.^(١)

و هذه التعاريف ليست من التعاريف الحقيقية بل من قبيل شرح الاسم و لذا لا

تطرّد و لا تتعكّس.

(١) كذا قسّمها الشيخ جعفر كاشف الغطاء عليه السلام في شرح القواعد ٩٧/١ و ٩٦.

٦..... الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

و ربّما عبّر عن بعض الكتب النهائية في الفقه بالسياسات نحو: القضاء و الشهادات و الحدود و القصاص و الديات.

و جماعة عبّروا عن هذا الكتاب بالبيع كما في الانتصار^(١) و المبسوط^(٢) و الخلاف^(٣) و الغنية^(٤) و الجامع للشرائع^(٥) و الدروس^(٦) و كذا ربّما بالتجارة كما في الشرائع^(٧) و المراد بالتجارة هي البيع وَ تَوَابُعُهُ، و ليس المراد بها ما ذكره الزمخشري من أنّها «صناعة التاجر و هو الذي يبيع و يشتري للربح»^(٨).

و كذا ربما عبّروا عن هذا الكتاب بالمتاجر كالعلامة في القواعد^(٩) و الشهيد في اللمعة^(١٠) و هو مصدر ميمي بمعنى التجارة كالمقتل بمعنى القتل.

و حيث كان الإنسان مَدَنِيّاً بالطبع و لا يمكنه الاستقلال بحوائجه كلّها فلا بدّ في حفظ النظام من تشريع المعاملات و تعلّم أحكامها و بما أنّ اشتغال الجميع بها يوجب اختلاف النظام و جب التصدي لها كفاية كما في مصباح الفقاهة^(١١).

(١) الانتصار / ٤٣٣.

(٢) المبسوط / ٧٦/٢.

(٣) الخلاف / ٣/٣.

(٤) الغنية / ٢٠٧.

(٥) الجامع للشرائع / ٢٤٤.

(٦) الدروس / ١٩١/٣.

(٧) شرائع الاسلام / ٣/٢.

(٨) الكشف / ٢٤٢/٣.

(٩) قواعد الاحكام / ٥/٢.

(١٠) اللمعة / ١٠٣.

(١١) مصباح الفقاهة / ٣/٢.

الإضافة الحاصلة بين المال و مالكه

قبل الورود فيها لا بدّ من التّدكّير مُجَدِّدًا بِالْفَرْقِ بين المال و الملك و النسبة بينهما؛
المال: هو ما يبذل بإزائه المال أو الشيء و يتنافسون فيه و يدخرونه و يميل إليه النوع في
حدّ ذاته و لا يختص بالأعيان بل يعم المنافع و بعض الحقوق أيضاً.

و النسبة بينه و بين الملك هي العموم من وجه، لأنّه قد يوجد الملك و لا يوجد المال
كالحبّة من الأرز فإنّها ملك و ليست بمال، و قد يتحقّق المال من دون الملك كالمباحات
الأصلية قبل حيازتها و قد يجتمعان نحو: الأراضى و الدور و السيارات و نحوها و هي
كثيرة.

و أمّا الإضافة بين المال و مالكه: فتارةً هي إضافة حقيقية خالقية: و هي
مالكية الله تعالى بالنسبة إلى جميع الأشياء و المخلوقات، فالجميع ملك لله تعالى ملكيّة
حقيقية ذاتية إشراقية خالقية: ﴿قل اللهم مالك الملك﴾^(١).

و أخرى: هي إضافة ذاتية تكوينية: و المراد بالذاتي هنا هو ما لا يحتاج تحقّقه إلى
أمر خارجي و ليس المراد به الذاتي في باب البرهان: أيّ ما ينتزع من مقام الذات، و لا
الذاتي في باب الإيساغوجي أيّ: الجنس و الفصل.

و هذه الاضافة نحو: ملكيّة كلّ فرد لأعضائه و أطرافه و نفسه و أعماله و أفكاره و
ذمّته.

و ثالثة: إضافة عرضية اعتبارية: يظهر تعرّف العرضية ممّا يقابلها من الذاتية،
فالمراد بها هي ما يحتاج تحقّقه إلى أمر خارجي و المراد بالإعتباري أيّ ليس له وجود
حقيقي، متأصل بالذات. و هذه الاضافة نحو: ملكيّة كلّ فرد لأمواله الخارجية.
و هذه الأخيرة إمّا الأُولية المنقسمة إلى الأصلية الاستقلالية و التبعية الغيرية.

(١) سورة آل عمران ٢٦.

٨..... الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

و إمَّا الثانويَّة المنقسمة إلى الاختيارية و القهرية و تفصيل ذلك:

أ: الاضافة الأوَّلية الأصلية نحو: الاضافة الماليَّة الحاصلة بالعمل أو بالحيازة أو بهما معاً.

ب: الاضافة الأوَّلية التبعية فهي ما تكون بين المالك و نتاج أمواله نحو: أنه اصطاد حيواناً حياً فولد له.

الاضافة الثانويَّة: و هي أيضاً على نوعين:

أ: الاختيارية: و هي الحاصلة من المعاملات من البيوع و الهبات.

ب: القهرية: و هي الحاصلة من الإرث و الوقف و الوصية بناءً على أن الأخير من الإيقاعات.

و لتفصيل هذا البحث راجع مصباح الفقاهة ٢/ (٧-٤).

تعريف البيع

قال أحمد بن فارس: «بيع: الباء و الباء و العين اصلٌ واحدٌ، و هو بيع الشيء و رُبما سَمِيَ الشَّرَى ببيعاً و المعنى واحدٌ. قال رسول الله ﷺ: لا يبيع أحدكم على بيع أخيه، قالوا: معناه: لا يَشْتَرِ على شِرَى أخيه، و يقال: بعث الشيء بيعاً، فإن عَرَضْتَهُ للبيع قلتُ أُبعِثُهُ...» (١) (٢).

و قال الفيومي: «... و البيع من الأضدادِ مثلُ الشِّراءِ و يُطلق على كلِّ واحد من المتعاقدين أنه بائع، ولكن إذا أُطلق البائعُ فالمتبادر إلى الذهن باذلُ السُّلعةِ، و يُطلق البيع على المبيع فيقال: بيعٌ جيدٌ و يُجمعُ على يبيع، و بعثٌ زيداً الدارَ يتعدى إلى مفعولين و كثر الاقتصار على الثاني لأنه المقصودُ بالإسناد و لهذا تتمُّ به الفائدة نحو بعثُ الدارَ، و يجوز الاقتصارُ على الأوَّل عند عَدَمِ اللَّبْسِ نحو: بعثُ الأميرَ لأنَّ الأميرَ لا يكون مملوكاً يُباعُ... و الأصل في البيع مُبادلةُ مالٍ بمالٍ لقولهم يبيعُ رابعٌ و يبيعُ خاسرٌ و ذلك حقيقةٌ في وصف الأعيان لكنَّهُ أُطلق على العقد مجازاً لأنه سببُ التملك و التملك و قولهم: صحَّ البيعُ أو بطلَ و نحوه أي صيغة البيع لكن لما حُذِفَ المضافُ أُقيِمَ المضافُ إليه مقامه و هو مذكَّرُ أسند الفعل و إليه بلفظ التذكير...» (٣).

و قد عرّفه الفقهاء بكلمات مختلفة أذكر لك بعضها:

البيع: انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضي، فلا ينعقد على المنافع و لا على ما لا يصحّ تملكه و لا مع خلوه عن العوض و لا مع جهالته و لا

(١) و لذا لا يصحُّ قولهم: المباعُ لا يرجع لأنَّ مَفْصُودَهُمْ: الذي دَفَعَ عليه أَلْبَيْعُ لا المَعْرُوضُ و الصوابُ: المَبِيعُ.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٣٢٧/١.

(٣) المصباح المنير / ٦٩.

١٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

مع الإكراه، و يظهر هذا التعريف من المبسوط^(١) و السرائر^(٢) و التذكرة^(٣) و نهاية
الإحكام^(٤) و التحرير^(٥) و التلخيص^(٦) و القواعد^(٧).

و في المختلف^(٨): أنه العقد على الانتقال المذكور وأنه المتبادر من البيع عند الإطلاق.
و في الكافي^(٩): أنه عقد يقتضي استحقات التصرف في المبيع و الثمن و تسليمهما. و
نحوه في النافع^(١٠) و الدروس^(١١) و التنقيح^(١٢) من أنه الإيجاب و القبول على اختلافها في
القيود زيادة و نقصاناً.

و استقرب المحقق الثاني^(١٣) أنه نقل الملك من مالك إلى غيره بصيغة مخصوصة. و هو
ظاهر الشرائع^(١٤) و اللمعة^(١٥) حيث عرفا فيهما عقد البيع بما دلّ على نقل الملك فيكون نقلاً
لا انتقالاً و لا عقداً و اختاره السيّد بحر العلوم في مصابيح على ما حكى عنه تلميذه

(١) المبسوط ٧٦/٢.

(٢) السرائر ٢٤٠/٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ٥/١٠.

(٤) نهاية الإحكام ٤٤٧/٢.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٥/٢.

(٦) تلخيص المرام ٩٤/.

(٧) قواعد الأحكام ١٦/٢.

(٨) مختلف الشيعة ٥١/٥.

(٩) الكافي في الفقه ٣٥٢/.

(١٠) المختصر النافع ١١٨/.

(١١) الدروس ١٩١/٣.

(١٢) التنقيح الرائع ٢٣/٢.

(١٣) جامع المقاصد ٥٥/٤.

(١٤) الشرائع ٧/٢.

(١٥) اللمعة الدمشقية ١٠٩/.

الأول: هل يعتبر في البيع كون المعوِّض من الأعيان؟ ١١

صاحب المفتاح^(١)، الذي جميع هذه المنقولات منه و اختار هو أنه: «إنشا تملك العين بعوض على وجه التراضي»^(٢).

ولعلّ الصحيح في تعريفه هو: تملك خاص بعوض أو تبادل العين أو الشيء بعوض على وجه التراضي بين الطرفين. أو «تمليك العين بالعوض في ظرف تملك المشتري» كما عن المحقّق النائيني^(٣). و لازمه التبادل و تعويض طرفي إضافة الملكيّة.

و الذي يسهل الخطب أنّ العرف يعرفون البيع و أنّ مفهومه من المفاهيم الواضحة البديهية الارتكازية التي يعرفها كلّ أحد في الجملة، و ليس له حقيقة شرعية و لا حقيقة متسرعة كما اعترف به الشيخ الأعظم^(٤) فهذه التعاريف المختلفة كلّها إشارة إلى ذلك المفهوم العرفي المرتكز في الأذهان فلا تترتّب فائدة على النقص و الإبرام عليها و تطويل الكلام فيها.

نعم هاهنا أمورٌ لابدّ من التنبيه عليها:

الأول: هل يعتبر في البيع كون المعوِّض من الأعيان؟

المصرّح به في كلام جماعة من الأصحاب و لعل المشهور هو هذا الاعتبار كما قال الشيخ الأعظم^(٥): «الظاهر اختصاص المعوِّض بالعين، فلا يعمّ أبدال المنافع بغيرها و عليه استقرّ اصطلاح الفقهاء في البيع»^(٥).

و قال قبله صاحب الجواهر: «لا خلاف و لا اشكال في اعتبار كون المبيع عيناً و

(١) مفتاح الكرامة ٤٧٦/١٢.

(٢) مفتاح الكرامة ٤٨٢/١٢.

(٣) منية الطالب ١١٤/١.

(٤) المكاسب ١٠/٣.

(٥) المكاسب ٧/٣.

لذلك اشتهر بينهم أنه لنقل الأعيان كإشتهار أن الإجارة لنقل المنافع»^(١).
ولكن يظهر من الشيخ أنه يستعمل البيع في نقل غير الأعيان في شأن بيع العبد المدبّر إذا عاد إلى مولاه فهل يعود حكم التدبير أم لا؟ قال: «و الذي نقوله إن كان حين باعه نقض تدبيره فإنّه لا يعود تدبيره وإن كان لم ينقض تدبيره فالتدبير باق، لأنّ عندنا يصحّ بيع خدمته دون رقبته مدّة حياته...»^(٢).

وقال الشيخ في نهايته: «ومتى أراد المدبّر بيعه من غير أن يتفصّل تدبيره لم يجز له: إلا أن يُعلّم المبتاع أنّه يبيعه خدمته و أنّه متى مات هو، كان حرّاً لا سبيل له عليه»^(٣).
وقد حكى الشهيد عن ابن الجنيد قوله: «تباع خدمته مدّة حياة السيّد»^(٤).
كما ورد في بعض الروايات استعماله في غير نقل الأعيان:

منها: موثقة اسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال: سألته عن رجل في يده دار ليست له ولم تزل في يده و يد آباءه من قبله قد أعلمه من مضى من آباءه أنّها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فبيعها و يأخذ ثمنها؟ قال: ما أحبّ أن يبيع ما ليس له، قلت: فإنّه ليس له، قلت: فبيع سكنها أو مكانها في يده فيقول: أبيعك سكني و تكون في يدك كما هي في يدي، قال: نعم ببيعها على هذا.^(٥)

و منها: صحيحة اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أرضاً من أرض أهل الذمة من الخراج و أهلها كارهون و إنّما يقبلها من السلطان

(١) الجواهر ٢٠٨/٢٢.

(٢) المبسوط ١٧٢/٦.

(٣) النهاية ٥٥٢/.

(٤) الدروس الشرعية ٢٣٣/٢.

(٥) وسائل الشيعة ٣٣٥/١٧، ح ٥، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

الأول: هل يعتبر في البيع كون المعوِّض من الأعيان؟ ١٣

لعجز أهلها عنها أو غير عجز، فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها إلا أن يضاروا و إن أعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها. قال: و سألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أن أناساً من أهل الذمة نزولوها، له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.^(١)

و نحوها خبر محمّد بن شريح^(٢) و خبر أبي بردة بن رجاء^(٣) و صحيحة حريز^(٤) و حسنة ابراهيم بن أبي زياد^(٥) و موثقة محمّد بن مسلم و عمر بن حنظلة^(٦).

و منها: صحيحة أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سُئِلَ عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أيطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياتها؟ فقال: أيّ ذلك شاء فعل^(٧).

و نحوها معتبرة السكوني^(٨) و خبر عليّ^(٩).

و حمل الجميع على «مسامحة في التعبير»^(١٠) كما عن الشيخ الأعظم عليه السلام مشكلاً جداً.

مضافاً إلى خروج بيع الكلّي في جميع أقسامها: من الكلّي في ذمّة البائع أو في ذمّة الغير

و الكلّي المشاع و الكلّي في الخارج، و الكلّ يتفقون على صحة بيع الكلّي.

فالظاهر أنّ المراد بالعين في كلماتهم إذا كان الشخص الخارجي فلا يصح جميع هذه

(١) وسائل الشيعة ٣٧٠/١٧، ح ١٠، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) وسائل الشيعة ٣٧٠/١٧، ح ٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٥٥/١٥، ح ١، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو.

(٤) وسائل الشيعة ١٥٧/١٥، ح ٦.

(٥) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥، ح ٤.

(٦) وسائل الشيعة ١٥٦/١٥، ح ٣.

(٧) وسائل الشيعة ١١٩/٢٣، ح ١، الباب ٣ من أبواب التدبير.

(٨) وسائل الشيعة ١٢٠/٢٣، ح ٤.

(٩) وسائل الشيعة ١٢٠/٢٣، ح ٣.

(١٠) المكاسب ٧/٣.

الموارد ولكن إذا كان المراد بالعين ما يقابل المنفعة لتشمل الشخص الخارجي والكلي بجميع أقسامها و يخرج منه الموارد المذكورة في الروايات التي مرّت آنفاً. و الذي يختلج بالبال كما مرّ: أنّ (بِحَذْفِ أَلْبَاءِ) البيع ليس له حقيقة شرعية و لا متشعبة و على هذا كُُلّ ما سماه عرف العقلاء بيعاً فهو بيع و أمضاه الشارع بـ (أحل الله البيع) ^(١) إلا ما خرج بالدليل نحو: البيع الربوي و غيره. و على ما ذكرناه تدخل الروايات أيضاً من دون مسامحة و لذا قال صاحب الجواهر رحمته الله: «و عن بعض المتأخرين اعتبار عينية العوضين، و هو وهم» ^(٢) و الله العالم.

الثاني: بيع الكلي

الأعيان في البيع تارة تكون شخصيةً و أخرى كُليَّةً.

العين الشخصي إما يكون بالفعل موجوداً و إما أن يكون بالقوة الأول نحو: بيع الأعيان الخارجية، و الثاني نحو: الأثمار المتجددة في بيع الثمرة على الشجر. و أمّا الكلي فهو أيضاً على أقسام: الأول و الثاني: الكلي الثابت في الذمة، و الذمة تنقسم إلى ذمة البائع نفسه أو ذمة غيره، الكلي الثابت في ذمة الإنسان نفسه نحو: بيع من من الأرز حالاً أو سَلماً، و الكلي الثابت في ذمة غيره كبيع الدين ممّن هو عليه أو من غيره. فهاتان صورتان.

الثالث: الكلي المشاع: كثلث الدار أو كسر آخر منها.

الرابع: الكلي في المعين: كصاح من الصبرة المعينة.

لا اشكال في تعلق البيع بجميع هذه الصور في العرف و عند العقلاء و لم يئنّه الشارع

(١) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٢) الجواهر ٢٢/٢٠٩.

الثالث: الحقوق و بيعها ١٥

عنها فصار البيع صحيحاً و لا يصغي إلى الاشكالات الباردة في بيع الكلّي في الذمّة من أنّ الملكيّة تحتاج إلى محلّ تعرضها و هو هنا غير موجود، و الكلّي قبل تحقّق العقد لا يعدّ مالاً، و كيف يبيع الإنسان ما لا يملكه؟

و الجواب عن الأوّل: بأنّ الملكيّة أمر اعتباري و ليست من الأمور الحقيقية المتأصلة من الأعراض حتّى تحتاج إلى محلّ.

و عن الثاني: المالية تدور مدار العرف و العقلاء و هي حاصلة في مَنْ مِنَ الأُرز حالاً أو سَلماً.

و عن الثالث: بأنّ العرف يُعدّ الملكيّة ثابتة له و لو على نحو الإجمال و القوّة لأنّ القدرة القريبة من الفعل تجعل الإنسان مالكاً لشيء بالقوّة نظير الثمرة المتجددة على الشجرة. و الحاصل: بعد اعتراف العرف و العقلاء بصحة هذه البيوع فلا عبرة بهذه الاشكالات الواهنة.

الثالث: الحقوق و بيعها

الحقّ في اللغة يستعمل بمعنى: ثابتٌ و موجودٌ و في الاصطلاح يطلق على مَعْنَيْنِ و هما الحقيقي و الاعتباري.

أمّا المعنى الإصطلاحي الحقيقي: فَيُرَادُ به وجود الشيء و أنّه واقع في العالم الوجود و يتحقّق خارجاً نحو: قول رسول الله ﷺ: عليّ عليه السلام مع الحقّ و الحقّ مع عليّ عليه السلام.^(١)

وأمّا المعنى الاصطلاحي الاعتباري فَالْحَقُّ أَنَّ هذا المعنى لا يتحقّق في الخارج إلاّ مع الاعتبار. كحقّ الزوجية و حقّ الخيار. و المراد به هو سلطنة و أولويّة شرّعت رعاية لحال

(١) تاريخ مدينة دمشق ١٢٠/٣، شرح نهج البلاغة ٢٩٧/٢، تاريخ بغداد ٣٢١/١٤، كنز العمال ١٥٧/٦، مجمع الزوائد ٢٣٥/٧، و نموها في صحيح الترمذي ٢٩٨/٢، مستدرک الصحيحين ١١٩/٣ و ١٢٤، مجمع الزوائد ٢٤٣/٧ و ١٣٤/٩.

المكلّف ورفقاً به أو لكونه أهلاً لذلك.

قال أمير المؤمنين عليه السلام في خطبة خطبها بصفين: «أمّا بعد فقد جعل الله سبحانه لي عليكم حقّاً بولاية أمركم و لكم عليّ من الحقّ مثل الذي لي عليكم، فالحقّ أوسع الأشياء في التواصف وأضيقتها في التناصف، لا يجري لأحدٍ إلّا جرى عليه ولا يجري عليه إلّا جرى له ولو كان لأحد أن يجري له و لا يجري عليه لكان ذلك خالصاً لله سبحانه دون خلقه لقدرته على عباده و لعدله في كلّ ما جرت عليه صروف قضائه ولكنّه سبحانه جعل حقّه على العباد أن يطيعوه و جعل جزاءهم عليه مضاعفة الثواب تفضلاً منه و توسّعاً بما هو من المزيد أهله»^(١).

و على هذه الاساس ما ورد من الحقّ على الله تعالى ليس منه تعالى إلّا التفضل و الرحمة نحو قوله تعالى: ﴿و كان حقّاً علينا نصر المؤمنين﴾^(٢) و قوله تعالى: ﴿كتب ربكم على نفسه الرحمة﴾^(٣) و أمّا بالنسبة إلى غير الله تعالى فتكوّن الحقوق متقابلة بين الطرفين في الغالب.

الفرق بين الحقّ و المال: الحقّ هو سلطنة متعلّقة بالمال و ليس بالمال نفسه نحو:

حقّ التحجير و حقّ الرهانة و حقّ الخيار.

و بعبارة أخرى: الحقّ كالمالك في أنّه سلطنة متعلّقة بالمال و ليس المال نفسه، نعم

يصحّ تعلّقه بما يتعلّق بالمال كحقّ الخيار و الشفعة.

و كذا يصحّ تعلّقه بنفس الغير كتعلّق حقّ الولاية لولي الصغير بنفسه.

و كذا يصحّ تعلّقه بدمّة الغير كحقّ الزوجية.

(١) نهج البلاغة، الخطبة / ٢١٦.

(٢) سورة الروم / ٤٧.

(٣) سورة الانعام / ٥٤.

أقسام الحقوق بالنسبة إلى صحة النقل و الإسقاط ١٧

و أمّا الفرق بين الحقّ و بين الملك: فَأَنْتَهُمَا مشتركان في كونهما سلطنةً ولكن الفرق بينهما أَنَّ الحقّ متعلّقه إمّا أن يكون من سنخ المال - ولكن من مال غير من هو له - و إمّا أن يكون من غير سنخ المال.

ولكن الملك لا بدّ أن يكون متعلّقه من سنخ المال بل من مال من هو له ولو كان لقلّته و حقارته لا يعدّ مالاً في العرف.

و الفرق بين الحقّ و الحكم الترخيصي - لا الايجابي و التحريمي - يمكن أن يقال بأنّ الفرق بينهما: أنّ المجموعول ابتداءً في الحقّ هو السلطنة و في الحكم هو الإباحة. و بعبارة أخرى: الداعي إلى تشريع الحقّ هو الرعاية من الشارع لحال المكلّف و لباقته للسلطنة ولكن الحكم الترخيصي الداعي إلى جعله خلوه من المصلحة و المفسدة في نوعه.

و الحقّ و الحكم الترخيصي كثيراً ما يشتبه أحدهما بالآخر نحو: الرجوع إلى المطلقة الرجعية قبل انقضاء العدة، أو الجواز في العقود الجائزة بالأصالة.^(١)

أقسام الحقوق بالنسبة إلى صحة النقل و الإسقاط

١- ما لا يصح نقله و لا اسقاطه، و لا ينتقل بالموت نحو: حقّ الأبوة و حقّ الولاية للمجتهد الجامع شرائط الإفتاء، و حقّ الاستمتاع بالزوجة.

٢- ما يجوز اسقاطه و لا يصح نقله و لا ينتقل بالموت أيضاً: كحقّ الغيبة بناءً على وجوب إرضاء صاحبه و عدم كفاية التوبة.

٣- ما لا يصح نقله ولكن يجوز اسقاطه و ينتقل بالموت: كحقّ الشفعة على

(١) و لتفصيل هذا البحث راجع كتاب البيع ١/ (١٣-١٠) لشيخنا آية الله الشيخ محمّد على الأراكي رحمته الله.

وجه.

٤- ما يصح نقله و إسقاطه و ينتقل بالموت أيضاً: كحقوق الخيار و القصاص و الرهانة و التحجير و الشرط.

٥- ما يجوز إسقاطه و نقله لا بعوض و لا ينتقل بالموت: كحقِّ القَسْم على ما ذكره جماعة كالشيخ في المبسوط^(١) و العلامة في القواعد^(٢) و الشهيد في اللمعة^(٣). وفيه نظر بيّن.

٦- ما هو محلُّ الشكِّ في صحة الإسقاط و النقل و الانتقال نحو: حقُّ الرجوع في العدة الرجعية، و حقُّ النفقة في الأرقاب كالأبوين و الأولاد، و حقُّ الفسخ في النكاح بالعيوب، و حقُّ المطالبة في القرض و الوديعة و العارية، و حقُّ الفسخ في العقود الجائزة كأمثال: الشركة و المضاربة و الوكالة و الهبة.^(٤)

و اعلم: أنَّ مِنْ لَوَازِمِ الْحُكْمِ عَدَمُ جَوَازِ إِسْقَاطِهِ و من لوازم الحقِّ جواز إسقاطه ما لم يمنع عنه مانع، و إذا ما شككنا بِنُفُوذِ الإسقاط و عدمه، فالأصلُّ يجري بالنسبة إلى عدم النفوذ و عدم السقوط، كالرجوع في العدة إلى المطلقة الرجعية قبل انقضاء العدة فيشك أنه حكم حتى لا يؤثر إسقاطه أو حق حتى يؤثر فيحكم ببقائه بعد الإسقاط للاستصحاب.

ثم: إذا تَعَيَّنَتِ الحَقِيقَةُ وَ طَرِحَتِ الحَكْمِيَّةُ و شككنا في أنها تقبل النقل و الانتقال أم لا؟ فالأصلُّ يقتضي عدم نفوذ النقل و الانتقال فلا يجوز بيعها.

و قد أسس المؤسس الحائري رحمته الله أصلاً ثانياً في المقام حيث يقول: «لكن يمكن

(١) المبسوط ٣٢٥/٤.

(٢) القواعد ٤٥/٢.

(٣) اللمعة الدمشقية ١٧٤/.

(٤) في هذه الأقسام راجع حاشية الفقيه اليزدي على المكاسب ٢٨٢/١ و ٢٨١.

أقسام الحقوق بالنسبة إلى صحة النقل و الإسقاط ١٩

استفادة الأصل و القاعدة على القبول من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: ما ترك الميت من حقِّ فلوارثه^(١)، و في رواية: زيادة «أو مال» بعد قوله «من حقِّ»، و على الأوَّل: معناه الأعم الشامل للمال و كيف كان فمضمونه تأسيس القاعدة على أن كلَّ حقٍّ ينتقل بالموت إلى الوارث فيستكشف منه القابلية للنقل في جميع الحقوق ضرورة أن الانتقال الفعلي الذي هو مضمون الرواية فرع القابلية فيكون هذا أصلاً ثانوياً حاكماً على الأصل الأوَّل، غاية الأمر أنه خرج ما خرج^(٢).

و فيه: أولاً: هذه الرواية مرسلة، لم تنتقل في كتب الحديث بل نقلت في كتب الاستدلال فقط كما يَظْهَرُ من مصادرها.
و ثانياً: يمكن المناقشة في دلالتها بأن المراد من الحقِّ فيها الحقوق التي تقبل النقل و الانتقال.

ولكن يمكن تأييد المؤسس الحائري رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بأنَّ الحقَّ إذا كان من الحقوق التي تُعَوَّرَفُ نقلها و انتقالها عند العرف أمكن القول بامضائها من ناحية الشارع بعد عدم وصول الردع عنه بخصوصها. لما مرَّ في تعريف البيع.

و أمَّا التمسك بعمومات البيع و الصلح و العقد لأجل جواز النقل بنحو القابلية الشرعية فلا يتم لأنَّه تمسك بالعام في الشبهة المصداقية له.

و لأحدٍ أن يقال: الحقوق التي تقوم بالأشخاص أو العنوان لا يجوز التعدي منها إلى

(١) وردت الرواية في دعائم الإسلام ٣٩٥/٢ هكذا: ما ترك الميت من شيء فلورثته. نعم وردت هذه الألفاظ المذكورة في كتب الاستدلال نحو: المسالك ٣٤١/١٢ و المسفاتيح ٨٢/٣ و الحدائق ٣٢٦/٢٠ و حاشية مجمع الفائدة / ٢١٤ للوحيد و رياض المسائل ٢٠٢/٨ و الجواهر ٧٥/٢٣.

(٢) كتاب البيع ١٧/١ بقلم شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

٢٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

غيرها نحو: ولاية الفقيه أو حقوق الوصاية بالنسبة إلى الوصي أو القيمومية بالنسبة إلى القيم أو التولية بالنسبة إلى المتولي، وأما غيرها إذا تُعُورَفَ نقلها ولم يرد من الشرع النهي عنه فيجوز نقلها وانتقالها.

و بعبارة أخرى: الحق بطبيعته يقتضي جواز إسقاطه و نقله، لأن من له الحق كان مالكا له و مسلطاً عليه، فالمنع منهما إما تعدي أو من جهة قصور في كفيته بحسب الجعل، و تحصيل عدم الأوّل واضح، و الثاني نحو أن يكون الحق متقوّمًا بشخص خاص أو عنوان خاص كحق التولية في الوقف و حق الشفعة بالنسبة إلى الشريك.

و إذا شك في كون شيء حقًا، فهل يجوز إسقاطه أو نقله أم لا؟ الظاهر لا، و أمّا إن علم كونه حقًا و علم المنع التعدي أو كون الشخص أو العنوان مقوّمًا له فلا اشكال، و إن شك في المنع فمقتضى العمومات صحة التصرفات فيه، و كذا إن شك في كون الشخص أو النوع مقوّمًا بحسب الجعل الشرعي بعد إحراز القابلية بحسب العرف، مقتضى العمومات يُدُلُّ على صحة التصرفات فيه بعد فرض صدق عناوينها.

و من ذلك يَظْهَرُ أن ما يقال من أن العمومات لا تثبت القابليّات، مدفوع بأن ذلك إذا كان الشك في القابلية العرفية، ولكن ما نحن فيه هو في القابلية الشرعية و شأن العمومات إثباتها. هذا ما أفاده الفقيه البيزدي^(١) بتلخيص منّا.

و بما ذكرنا تظهر مواقع النظر في ما ذهب إليه المحقّق السيّد الخوئي: «من أن الحكم و الحق متحدان حقيقة لأنّ قوامهما بالاعتبار الصرف - ثم قسّم المعجولات الشرعية على ستة أقسام و قال: - و هذه الامور الاعتبارية و إن اختلفت من حيث الآثار اختلافًا واضحاً ولكنّها تشترك في أنّ قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسيم المعجول الشرعي أو

(١) حاشية المكاسب ٢٨٣/١.

أقسام الحقوق بالنسبة إلى صحة النقل و الإسقاط ٢١

العقلاني إلى الحقّ و الحكم لكي نحتاج إلى بيان الفارق بينهما، بل كلّها حكم شرعي أو عقلائي قد اعتبر لمصالح خاصة...، نعم، تختلف هذه الأحكام في الأثر اختلافاً ظاهراً فبعضها يقبل الإسقاط و بعضها لا يقبله، و السرّ في هذا الاختلاف هو أنّ زمام تلك الأمور بيد الشارع حدوثاً و بقاءً، فقد يحكم ببقائه كما حكم بحدوثه، و قد يحكم بارتفاعه ولو كان ذلك باختيار أحد المتعاملين أو كليهما، نعم المتبع في ذلك - في مقام الإثبات - هو الأدلة الشرعية و على الجملة إنّ الجواز و اللزوم الوضعيين كالجواز و اللزوم التكليفيين فإن جميعها من الأحكام الشرعية و لا تفاوت في ماهيتها و ذواتها و إن اختلفت آثارها.

... نعم لا مانع من تخصيص اطلاق الحقّ اصطلاحاً بطائفة من الأحكام - وهي التي تقبل الإسقاط، إذ لا مُشاحّة في الاصطلاح... و ممّا يدل على اتحاد الحقّ و الحكم أنّ لفظ الحقّ في اللغة بمعنى الثبوت و لذا يصح إطلاقه على كلّ أمرٍ متقرر في وعائه المناسب له، سواء أكان تقررًا تكوينياً أم كان اعتبارياً...»^(١) و قد استشكل^(٢) على هذا المبنى في عدم جواز جعل الحقّ ثمنًا في البيع لأنّ الحقّ حكم شرعي غير قابل لأنّ تتعلّق به إضافة ملكية أو غيرها، و غاية الأمر يكون قابلاً للإسقاط و به ينتهي أمره.

أقول: و فيه: أوّلاً: ظهر ممّا ذكرنا الفرق بين الحكم و الحقّ^(٣) و اعتباريتهما لا تدلّ على كونهما شيئاً واحداً و إلّا صار جميع العقود و الأحكام شيئاً واحداً لأنّ الجميع مُشترِكٌ في الاعتبارية.

و ثانياً: الحقوق ممّا يبذلّ العقلاء في قبالتها الأموال و تكون مورداً لرغبتهم و

(١) مصباح الفقاهة ٢/٤٧-٤٥).

(٢) مصباح الفقاهة ٢/٤٣.

(٣) و لتفصيل الفرق بينها راجع كتاب البيع ١٢/١ و ١١ من تقارير المؤسسة الحائري بقلم شيخنا آية الله الأراكي رحمته الله.

٢٢ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

تنافسهم فيصدق عليها أنّها مال بالحمل الشائع فلا مانع من جواز المعاوضة عليها كما اعترف^(١) به قبل هذا الاشكال. وكذا يجوز بيعها.

و ثالثاً: إنّ ثبوت الحقّ في موارد عدم ثبوت الحكم - وهو الجواز أو اللزوم - يدلّ على افتراقهما وأنهما شيئان مختلفان كما إذا باع داره ببيع الخيار ثم عرض له السفه، فإنّه يقوم وليه مقامه، مع أنّ الخيار كان مجعولاً للبائع، أو كان شريك مالك الحصة سفيهاً لا يصح له الأخذ بالشفعة فإنّه يقوم وليّه مقامه مع أنّ الشفعة مجعولة للشريك نفسه لا لوليّه.

و لذا مثل حقّ التحجير أو السبق يعدّ أولوية اعتبارية للشخص بالإضافة إلى الأرضِ الموات أو المسجد و المدرسة و نحوهما و هذه الأولوية في نفسها قابلة للنقل إلى الآخر مجاناً كان أو بال عوض فتشملها أدلة حلية البيوع و او فوا بالعقود و جواز الصلح و نحوها. و قد تعرض لهذا الجواب شيخنا الأستاذ^(٢) - مد ظله -.

و كذا تظهر مواقع النظر في كلام المحقّق النائيني^(٣) من أنّ قوام الحقّ بقابلية للإسقاط بخلاف الحكم تبعاً للشهيد^(٤) و تعجّب من الفقيه اليزدي كيف يقسم الحقوق إلى ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبل!

لما مرّ أنّ من لوازم الحقّ جواز إسقاطه ما لم يمنع عنه مانع تعدي أو من جهة قصور في كيفية جعله بحيث يكون متقوماً بشخص خاص أو عنوان خاص، لا من مقوماته و على هذا يوجد في الحقوق ما لا يجوز إسقاطه كحقوق الله على الانسان و حقوق رسول الله ﷺ و الأئمة عليهم السلام عليه، و كـبعض الحقوق المتقابلة بين المؤمنين من الفرديّة و الاجتماعيّة و العائليّة و

(١) مصباح الفقاهة ٤٢/٢.

(٢) ارشاد الطالب ١٣/٢.

(٣) منية الطالب ١٠٧/١.

(٤) الفوائد و الفوائد ٤٣/٢.

أقسام الحقوق بالنسبة إلى صحة النقل و الإسقاط ٢٣

الحكومية و الحقوق المتقابلة بين الممل و كذا الحقوق بين الانسان و الطبيعة و الحيوانات و نحوها. (١)

فما ذكره المحقق النائيني يوجب خروج عدّة متناهية من الحقوق و هو غير سديد. و الحاصل: حيث أنّ الحقوق التي يجوز نقلها و انتقالها بل يجوز إسقاطها تُعدّ في العرف مالاً فلا بأس ببيعها و العجب من الجد الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمته حيث ذهب إلى عدم صحة بيعها و قال: «وأمّا الحقوق: فالظاهر أنّها لا تقع ثمناً و لا مئثماً لخفاء الملكية فيها فلا تتبادر من الملك» (٢).

و لعلّ لما ذكرنا استشكل تلميذه صاحب الجواهر عليه بقوله: «في شرح الأستاذ اعتبار عدم كونه حقاً مع أنّه لا يخلو من منع لما عرفته من الإطلاق المزبور [أي من إطلاق العوض و الثمن بحيث يدخل الشخصي و الكلّي و العين و المنفعة] المقتضي لكونه كالصلح الذي لا إشكال في وقوعه على الحقوق، فلا يبعد صحة وقوعها ثمناً في البيع و غيره، من غير فرق بين اقتضاء ذلك سقوطها كبيع العين بحق الخيار و الشفعة على معنى سقوطهما و بين اقتضاءه نقلها كحقّ التحجير و نحوه، و كان نظره رحمته في المنع إلى الأوّل باعتبار معلومية كون البيع من النواقل لا من المسقطات بخلاف الصلح.

و فيه: إنّ من البيع، بيع الدين على من هو عليه، و لا ريب في اقتضائه حينئذ الإسقاط ولو باعتبار أنّ الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه الذي يعينه يقرر في نحو حقّ الخيار و الشفعة، و الله أعلم» (٣).

(١) في هذا المجال راجع «رسالة حقوق» لبعض أساتذتنا - مد ظله - باللغة الفارسية و قد أتعب

نفسه الشريفة في عدّ الحقوق المختلفة.

(٢) شرح القواعد ١١/٢.

(٣) الجواهر ٢٠٩/٢٢.

أقول: قد عرفت أنّ صاحب الجواهر رحمته الله ذهب إلى جواز بيع الحقوق التي يجوز إسقاطها ونقلها وانتقالها بجعلها في البيع ثمنًا. والصحيح عندنا جواز بيعها بلا فرق بين كونها ثمنًا أو مثنًا لما مرّ في تعريف الحقّ والبيع ما يصح معاملتها وبيعها، والله العالم.

الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغة؟

انشاء العقد باللفظ و قراءة الصيغة هل يعتبران في البيع أم لا؟ ذهب المشهور على الاعتبار بل كاد أن يكون إجماعاً، ولكن جماعة من الفقهاء يقولون بعدم الاعتبار: منهم: الشيخ المفيد قال: «و البيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له، إذا عرفاه جميعاً و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالأبدان»^(١).

و استفاد من هذه المقالة جماعة من الفقهاء نحو الشَّهيدَيْنِ^(٢) و المحقّق الكرّكي^(٣) عدم اعتبار الصيغة و الإكتفاء بالمعاطاة فحيثُذ ما ذكره العلامة في المختلف: «بأنّ للمفيد قولاً يوهّم الجواز - ثم ذكر كلام المفيد - وقال: ليس في هذا تصريح بصحته إلاّ أنّه موهّم»^(٤)، غير تام.

و منهم: الشيخ الطوسي في ظاهر المبسوط يقول: «البيع هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي»^(٥) و لم يشترط العقد هنا وإن اشترطه في غيرها.

(١) المقنعة ٥٩١/.

(٢) الدروس ١٩٢/٣؛ المسالك ١٤٧/٣.

(٣) جامع المقاصد ٥٨/٤.

(٤) مختلف الشيعة ٥١/٥.

(٥) المبسوط ٧٦/٢.

الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغة؟ ٢٥

و منهم: ابن ادريس الحلّي في السرائر^(١) ذهب إلى تعريف الشيخ ولم يشترط العقد.
و العلامة أخذ هذا التعريف في عدّة من كتبه نحو: التذكرة^(٢) و النهاية^(٣) و
التلخيص^(٤) و التحرير^(٥) و القواعد^(٦) و لكنّه بعده تعرّض لإشترط الصيغة أو خروج
المعاطاة كما في النهاية حيث يقول فيها: «المعاطاة ليست بيعاً»^(٧).
و منهم: السيّد حسن ابن السيّد جعفر^(٨) و هو من مشايخ الشهيد الثاني حيث قال

(١) السرائر ٢/٢٤٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠/٥٠.

(٣) نهاية الأحكام ٢/٤٤٧.

(٤) تلخيص المرام ٩٤/.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢/٢٧٥.

(٦) قواعد الأحكام ٢/١٦.

(٧) نهاية الأحكام ٢/٤٤٩.

(٨) هو بدر الدين الحسن بن جعفر بن فخر الدين بن الحسن بن نجم الدين الأعرج الحسيني العاملي الكركي - من مشايخ علي بن هلال الكركي و الشهيد الثاني و الشيخ حسين بن عبد الصمد والد البهائي - و كان ابن خالة المحقّق الكركي و وصفه الشهيد الثاني في إجازة للوالد البهائي بقوله: «شيخنا الأجل الأعلم الأكمل ذي النفس الطاهرة الزكية أفضل المتأخرين في قوّته: العلميّة و العمليّة»... ثم ذكر نسبه و كتبه. [راجع رسائل الشهيد الثاني ١١١٦/٢ و ١١١٧]. المتوفي عام ٩٣٣ كما في الأمل، أو ٦ شهر رمضان ٩٣٦ كما في نظام الأقوال و له أقوال في الفقه لعلّه بعضها مختصة به:

منها: تطهير الماء النجس إذا وقعت قطرة واحدة من المطر عليه. كما نقل عنه ثاني الشهيدان في روض الجنان ١/١٧٢، المحدّث البحراني في الحدائق ١/٢٢١، و المحقّق القمي في غنائم الأيام ١/٥٣٠.

و منها: اشتراطه في دم الحيض في الثلاثة رؤيته في أوّل الأوّل و آخر الثالث و أيّ وقت من الثاني. كما نقل عنه في الحدائق ٣/١٦٩ و المستند ٢/١٩٤ و الجواهر ٣/١٥٧ [٢٨٤/٣].

في المسالك: «و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضاً، لكن يشترط في الدال كونه لفظاً وإطلاق كلام المفيد أعم منه، والنصوص المطلقة من الكتاب والسنة الدالة على حلّ البيع وانعقاده من غير تقييد بصيغة خاصة يدلّ على ذلك، فأنا لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ معين غير أنّ الوقوف مع المشهور هو الأجود...»^(١).

و منهم: المحقّق الأردبيلي قال: «فاعلم أنّ الذي يظهر أنّه لا يحتاج في انعقاد عقد البيع المملّك الناقل للملك من البائع إلى المشتري و بالعكس إلى الصيغة المعينة كما هو المشهور، بل يكفي كلّ ما يدلّ على قصد ذلك مع الإقباض وهو المذهب المنسوب إلى الشيخ المفيد من القدماء وإلى بعض معاصري الشهيد الثاني رحمته الله. وهو المفهوم عرفاً من البيع لأنّه كثيراً ما يقال في العرف و يراد بذلك، بل إنّما يفهم عرفاً ذلك من لم يسمع من المتفقهة شيئاً و لهذا تسمع يقولون بعنا و يريدون ذلك من غير صدور تلك الصيغة بل بدون الشعور بها و لهذا يصحّ أنّه أوقع البيع بدون الصيغة و بالجملة الاطلاق واضح... و الأصل و الاستصحاب متروك بالأدلة التي ذكرناها و هي أربعة عشر دليلاً من الكتاب و السنة و الإجماع و ترك البيان و عدم نقل الصيغة و التصرف المفيد للملكيّة و الشريعة السهلة و لزوم الحرج و

→ منها: أنّه جعل مقارنة النية مع تكبيرة الإحرام في الصلاة من أركانها كما نقل عنه صاحب الجواهر ١٢/٢٤٠.

و منها: لو أجنب فنام فطلع الفجر صح صومه لو نوى الاغتسال ليلاً ولكن شرط هو اعتياده الانتباه و إلّا كان كمتعمّد البقاء، كما في المسالك ١٨/٢، و نسب في هامش بعض نسخه إليه. و منها: أنّه يرى جعل وضع الحديد في عصا المدائق حيلة على جواز الفعل، نظراً إلى دخوله بذلك في النصل [في الرماية]، كما نقل عنه في المسالك ٨٥/٦.

وله مصنّفات منها: المحجة البيضاء و العمدة الجليلة و مقنع الطلاب و شرح الطيبة الجزرية، انظر ترجمته في أمل الآمل ١/٥٦ و تعليقه للأفندي ٤٢/ و طبقات أعلام الشيعة، القرن العاشر ٤٩/.

الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغة؟ ٢٧

الضيق المنفي عقلاً و نقلاً و اللزوم بعد التصرف و التجارة عن تراض و العلم به و الملك بدون اللزوم عند الأكثر و غرض حصول العلم و بقاء المال للوارث بعد موت البائع... و بالجملة ما نرى له دليلاً قوياً إلا أنه مشهور...»^(١).

و منهم: المحدث الكاشاني في المفاتيح^(٢).

و منهم: المحقق السبزواري قال: «و قول المفيد غير بعيد و النصوص المطلقة من الكتاب و السنة دالة على حلّ البيع و انعقاده من غير التقييد بصيغة مخصوصة. و لم ينقل عنهم عليه السلام اعتبار خصوص لفظ مع توفرّ الدواعي في ذلك لو كان شرطاً»^(٣).

و منهم: المحدث البحراني يقول في شأن هذا القول: «... و إليه يميل والدي و الشيخ عبدالله بن صالح البحراني، و نقلاه عن شيخهما العلامة الشيخ سليمان بن عبدالله البحراني، و هو الظاهر عندي من أخبار العترة الأطهار التي عليها المدار في الإيراد و الإصدار كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى على وجه لا تعتريه غشاوة الإنكار هذا...»^(٤).

و منهم: الفاضل التراقي قال: «و الثالث: ظاهر المفيد و جمع من المتأخرين و هو الحق...»^(٥).

و منهم: الفقيه اليزدي قال: «أنّ المسألة (أي أنّ المعاطاة بيع) راجعة إلى الشك في شرطية الصيغة في انعقاد البيع و لا دليل عليها، و عدم الدليل في مثل هذه المسألة دليل العدم لأنّه لو كان كذلك لبان و وجب على الشارع البيان، مع أنه لم يرد ذلك في شيء ممّا

(١) مجمع الفائدة و البرهان ٨/١٤٢-١٣٩.

(٢) مفاتيح الشرائع ٤٨/٣، مفتاح ٨٩٦.

(٣) الكفاية ٤٤٩/١.

(٤) الحدائق ٣٥٠/١٨.

(٥) مستند الشيعة ٢٥٣/١٤.

وصل إلينا من الأخبار لا من طرق العامة ولا من طرق الخاصة مع توفر الدواعي على نقل مثله في مثل هذه المسألة...»^(١).

و جماعة من العامة يذهبون إلى هذا القول منهم: بعض الشافعية وأحمد بن حنبل و مالك بن أنس كما نقل عن الأخيرين العلامة في التذكرة^(٢) و قال ثاني الشهيدين: «... و الذي اختاره متأخرو الشافعية و جميع المالكية انعقاد البيع بكلّ مادّل على التراضي و عدّه الناس بيعاً و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدم، و ما أحسنه و أمتن دليله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه»^(٣).

أقول: لا يبعد تمامية هذا القول و عدم احتياج البيع و غيره من المعاملات إلى الصيغة الخاصة و اللفظ و تشمله الإطلاقات و العمومات الواردة في حلّيّة البيوع و الوفاء بالعقود فحينئذ تدخل المعاطاة في البيع و غيره على الأصل الأوّلي، فلا نحتاج عن البحث حول صيغة البيع أو المعاملة ما هي؟ و صيغة الإيجاب و صيغة القبول ما هما؟ و تقديم الإيجاب على القبول لازم أم لا؟ و لزوم النطق بهما فلا تكفى الإشارة إلّا مع العجز! و لزوم التصريح فلا يقع بالكناية، و لزوم الجزم فلو علّق العقد على شرط لم يصح، و لزوم التطابق في المعنى بين الصيغتين و عدمه! لأنّنا استغينا عن جميع هذه الأبحاث.

نعم: بالنسبة إلى النكاح خصوصاً الأحوط جريان الصيغة و التلفظ بها و يلحق به بعض الإيقاعات نحو: الطلاق و الظهار و اللعان و الإيلاء و نحوها و التفصيل يطلب من محلّه.

(١) حاشيته على المكاسب ٣٣٦/١.

(٢) تذكرة الفقهاء ٧/١٠.

(٣) المسالك ١٥٢/٣.

تنبيه:

و أمّا ما ورد في ألسن الفقهاء - أعلى الله مقامهم - من «أنّ المحلّل و المحرّم هو اللفظ»^(١) أو «إنّما يحرّم و يحلّل الكلام»^(٢) أو إقامة التعليل من صاحب الجواهر للسيد حسن بن جعفر الحسيني عليه السلام حيث اشترط «في الدال كونه لفظاً»^(٣) بقوله: «محافظة على حصر التحليل و التحريم بالكلام»^(٤) إنّما نشأت من معتبرة خالد بن الحجاج^(٥) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا قال: أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به إنّما يحلّ الكلام و يحرّم الكلام.^(٦) مفاد هذه المعتبرة مفاد عدّة من الروايات حيث واعد الرجل أحداً شيئاً منه و ليس عنده الآن موجوداً فاشتره من أجله فهل يلزم الوفاء بهذا الوعد و الشراء منه فأجابه الإمام عليه السلام بعدم لزوم الوفاء بل إن شاء اشتره و إن شاء تركه. و من هذه الروايات صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج^(٧) و صحیحنا منصور بن حازم^(٨).

ولكن إنّما الكلام في ذيلها «إنّما يحلّ الكلام و يحرّم الكلام» ما معناها؟ قال صاحب الوسائل عليه السلام: «فيه دلالة على عدم انعقاد البيع بغير صيغة، فلا يكون بيع المعاوضة معتبراً،

(١) حاشية مجمع الفائدة و البرهان / ٦٤/ للوحيد البهبهاني عليه السلام.

(٢) رياض المسائل ٢١٤/٨.

(٣) كما في المسالك ١٤٧/٣.

(٤) الجواهر ٢١٢/٢٢.

(٥) و في الكافي ٢٠١/٥، ح ٦ خالد بن نجيب.

(٦) وسائل الشيعة ٥٠/١٨، ح ٤. الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٧) وسائل الشيعة ٥١/١٨، ح ٩.

(٨) وسائل الشيعة ٥٢/١٨، ح ١١ و ١٢.

فتدبر»^(١).

وقد حملها صاحب الحدائق^(٢) على عدم لزوم البيع حتَّى يحرم الرد والرجوع إلَّا إذا حصل من الكلام ما يوجب الانتقال.

و تبعه في الحمل الوحيد^(٣) و سيّد الرياض^(٤).

ولكن ذكر الشيخ الأعظم^(٥) لهذا الذيل و اختار هو أثنتين منها و هما كما قال: «فتعيّن: المعنى الثالث: و هو أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلَّا وجوده قبل شراء العين التي يريد بها الرجل لأنّه بيع ما ليس عنده، و لا يحلّل إلَّا عدمه، إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلَّا التواعد بالمبايعة، و هو غير مؤثر. فحاصل الرواية أنّ سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عدماً و وجوداً.

أو المعنى الرابع و هو: أنّ المقابلة و المراضاة مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلّل للمعاملة، و ايجاب البيع معه محرّم لها.

و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل...»^(٦).

و ذكر المحقّق النائيني خمسة وجوه محتملة لهذا الذيل و قال: «... و على أيّ تقدير لا

تدلّ الرواية على اعتبار اللفظ في المعاملات...»^(٧).

(١) وسائل الشيعة ٥٠/١٨.

(٢) الحدائق ٣٥٥/١٨.

(٣) حاشية مجمع الفائدة و البرهان ٦٤/.

(٤) رياض المسائل ٢١٤/٨.

(٥) راجع المكاسب ٣/ (٦٣-٦١).

(٦) المكاسب ٦٤/٣.

(٧) منية الطالب ١٦١/١.

الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغة؟ ٣١

وقال المحقق السيّد الخوئي رحمته الله بعد المناقشة في احتمالات الشيخ الأعظم: «والمتحصل من جميع ما ذكرنا أنه لا دلالة في رواية ابن نجيب على اعتبار اللفظ في صحة البيع أو لزومه لكي تدلّ على فساد المعاطاة أو على عدم لزومه»^(١).

وقال شيخنا الاستاذ: «و الصحيح أن ذكر الكلام باعتبار فرض المقاوله و المساومه في الرواية و أنها ربّما تكون متضمنة لإنشاء البيع و الالتزام قبل تملك المتاع و ربّما لا تكون، لا لأنّ لإنشاء البيع بالكلام خصوصية لا تجري في المعاطاة»^(٢).

ولكن بنظرنا القاصر إن ناقشت أنت في كلام الشيخ الأعظم و غيره لا يمكن الأخذ بإطلاق ذيل الرواية لأنّ مقتضاه عدم تحقّق الإباحة و لا يقول به أحد كما تبّه عليه الفقيه اليزدي^(٣)، و حملت على أنّ التحليل و التحريم في جميع العقود - من حيث الجميع حتّى تشمل النكاح و الطلاق و نحوهما - إمّا هو بالكلام. أو حملت على الأغلبية و الأكثرية أو على الحصر الإضافي لا على الحصر الحقيقي لا سيما بعد ما علمنا من الخارج بأنّ غير الكلام أيضاً يحلّل و يحرمّ نحو الرضاع و الرجوع في العدة فعلاً لا قولاً و الدخول في الأمّ بعد عقد النكاح الذي يوجب حرمة بنتها و بعد مبنانا من عدم صحة الاستدلال بالحروف أو الالفاظ الخاصة - و هي هنا كلمة «إنّما» - في الروايات لأنّها نقلت بالمعنى لا باللفظ.

و على هذا البيع كما ينعقد بالعقد ينعقد بالفعل و الله العالم.

و في ختام هذا المبحث أذكر لك كلام المحقق السيّد الخوئي رحمته الله حيث يقول: «... و المتحصل من جميع ذلك: أنّ إطلاق كلمة البيع على الإيجاب و القبول من الأغلاط الواضحة

(١) مصباح الفقاهة ١٥٤/٢.

(٢) ارشاد الطالب ٦٤/٢.

(٣) حاشية المكاسب ٣٣٨/١.

لا من الاستعمالات المجازية»^(١).

الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟

محل هذا البحث هو علم الأصول ولكن نتعرض إليه تبعاً للشيخ الأعظم رحمته ولما فيه من الفوائد منها جواز التمسك بالإطلاقات.

قال الشهيد الأوّل: «الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم وسائر العقود لا تطلق على الفاسد إلاّ الحج لوجوب المضي فيه»^(٢).

وقال الشهيد الثاني في المسالك في ذيل قول المحقّق في الشرائع: «إطلاق العقد ينصرف إلى العقد الصحيح دون الفاسد»^(٣) مألّفه: «عقد البيع وغيره من العقود حقيقةً في الصحيح، مجازاً في الفاسد، لوجود خواص الحقيقة والمجاز فيهما كمبادرة المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره وغيره، من ثمّ حمل الإقرار به عليه، حتّى لو ادّعى إرادة الفاسد لم يُسمع إجماعاً وعدم صحة السلب وغير ذلك من خواصّه، ولو كان مشتركاً بين الصحيح والفاسد ليقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة وانقسامه إلى الصحيح والفاسد أعمّ من الحقيقة، وحيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرّ بالفاسد. ولو حَلَفَ على الإثبات سواء كان فساده لعدم صلاحته للمعاوضة كالخمر والخنزير أو لفقد شرط فيه كجهالة مقداره وعينه سيأتي البحث فيه»^(٤).

وقد نوقش كلاهما بأنّ مفهوم البيع أمرٌ عُرْفِيٌّ وهو الذي يمضيه الشارع تارة ويرده أخرى و عليه فلا يعقل أخذ الصحة الشرعية في مفهومه إلاّ على القول بالحقيقة الشرعية في

(١) مصباح الفقاهة ٧٩/٢.

(٢) القواعد و الفوائد ١٥٨/١.

(٣) الشرائع ١٣٨/٣.

(٤) المسالك ٢٦٣/١١.

الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟ ٣٣

ألفاظ العقود و هو بديهي البطلان.

و لذا قال الفقيه اليزدي: «الظاهر أنه أعم من الصحيح العرفي أيضاً، بمعنى أن الفاسد في نظر العرف أيضاً بيع، فكلّ تملك عين بعوض مع التعقب بالقبول بيع سواء أمضاه العرف و الشرع أم لا، و هذا واضح جداً»^(١).

ولكن أجاب الشيخ الأعظم عن هذه المناقشة بقوله: «نعم، يمكن أن يقال: أن البيع و شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: «بعث» عند الإنشاء لا يستعمل حقيقة إلا في ما كان صحيحاً مؤثراً - ولو في نظر القائل - ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده و إلا كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف، فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعث» عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر و مجاز في غيره...»^(٢).

و بعبارة أخرى: يمكن أن يوضع البيع لما هو المؤثر في الملكية واقعاً، و يكون الإمضاء، من الشرع أو العرف طريقاً إلى ذلك، و قد يحكم الشارع بعدم حصول الملكية، إلا أن ذلك من ناحية تخطئة الشارع أهل العرف و إذن فلا منافاة بين أن يكون البيع مفهوماً عرفياً و بين أن يكون موضوعاً لخصوص الحصة الصحيحة.

والحاصل: إن البيع بمعنى الأسم المصدرية حقيقة فيما هو المؤثر في الملكية واقعاً و من الظاهر أن هذا لا يتوقف على القول بثبوت الحقيقة الشرعية في المفاهيم العرفية - هذا ما افاده المحقق السيّد الخوئي^(٣) في توضيح كلام الشيخ -.

(١) حاشية المكاسب ٣١٥/١.

(٢) المكاسب ٢٠/٣.

(٣) مصباح الفقاهة ٨٠/٢.

ولكن شيخنا الاستاذ^(١) - قدس الله روحه - تعدى من البيع بمعنى الاسم المصدرى إلى المصدرى ووجه استدلال الشيخ بقوله: «... فالبيع ولو بمعناه المصدرى من العناوين القصديّة فيمكن أن يكون المستعمل فيه أمراً واحداً عند الشرع والعرف وهو ما يترتب عليه الأثر المترقب - فإنّ الأثر المترقب في البيع انتقال المالكين - فالمعنى مبهم من حيث

(١) ارتحل إلى رحمة ربّه شيخنا الأستاذ آية الله العظمى الحاج الشيخ الميرزا جواد التبريزي رحمته في الساعة العاشرة من الليل المسفر صباحه عن يوم الاثنين الثامن والعشرين من شهر شوال المكرم عام ١٤٢٧ بعد مرض لازمه أربع سنوات و صار حليفاً للفراس قريباً من شهرين و لعلّ شهراً منها كان في المستشفى أولاً بقم و ثانياً بطهران حتّى لثى داعي الله، و نقل جثثانه الشريف إلى قم - عش آل محمد عليهم السلام - في نفس الليل و وصل إليه بعد منتصفه و استقبله ليلاً شيخنا الأستاذ آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني - مدظله - عند مدخل المدينة و شيعه حتّى بيته الشريف و دخله و عزّى أبناءه قريباً من الساعة الثانیة بعد منتصف الليل. و لأجل ارتحاله عطلت دروس الحوزات العلميّة الشيعيّة في جميع البلدان يومين، و كما عطلت قم في يوم تشييعه و هو يوم الأربعاء الثلاثين من شوال و قد حضرت تشييعه و الصلاة عليه و لم أر في حياتي نظيراً له من حيث كثرة الأزدحام من جميع الطبقات و قد صلى عليه شيخنا الاستاذ الوحيد الخراساني و دفن في زاوية مسجد «بالاسر» فوق رأس مرقد المؤسس الحائري رحمته، و قد أقيمت له مجلساً ترحيمياً في مسجدي في يوم الأربعاء القعد الحرام ١٤٢٧ بأصهان و كذا مجلساً تأبينياً بعد عام واحد على ارتحاله في يوم ٢٥ شهر شوال المكرم ١٤٢٨ يوم الثلاثاء استشهد الإمام الصادق عليه السلام و قد كتبت ترجمته في كتابي «طريق الوصول إلى أخبار آل الرسول عليهم السلام» فراجع، رحمه الله رحمة واسعة و حسرة مع مولا أمير المؤمنين و أولاده المعصومين عليهم السلام أمين رب العالمين.

و قد حضرت عليه أربعة عشر عاماً في الفقه و أصوله و حتى مجلس تعليقه على المنهاج و العروة و الوسيلة كما قرأت عليه في هذه المدّة عدّة من الكتب الفقهيّة منها: الطهارة و الصلاة و الخمس و القضاء و الشهادات و الحدود و القصاص و الديات، و من الأصول دورتين في الأدلة العقلية و دورة في مباحث الألفاظ و قد كتبت جميع هذه الدروس على نحو التقرير منه في قريب من عشرين مجلداً، فحقوقه عليه السلام على كثير لا يسعها هذه الأسطر.

الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟ ٣٥

الذات و القيود، و مبيّن من حيث الأثر و إذا كان المعاطاة مثلاً أمراً يترتب عليه انتقال المالكين في اعتبار العرف و الشرع تكون بيعاً عندهما، و لو لم يترتب عليه انتقال شرعاً فهي لا تكون بيعاً عند الشارع و بالجملة يمكن أن لا يكون خلاف بين الشرع و العرف في المعنى المصدري أو الاسم المصدري و يصح القول بأن ألفاظ المعاملات موضوعة للصحة فلا تطلق على الفاسدة إلا بطور المجاز»^(١)

أقول: الملكية الحاصلة من البيع و غيره من الأمور الاعتبارية التي تدور مدار الاعتبار من حيث الوجود و العدم، و ليست من الأمور التكوينية المتأصلة في الخارج نحو الخمر و الخنزير، و على هذا فلا يتصور التخطئة في الملكية بأن يوجد مورد توجد فيه الملكية و لم يلتفت إليها العرف و يكشف عنها الشارع تخطئة له.

و لذا لو قلنا بوضع لفظ البيع لما هو المؤثر في الملكية فإن كان المراد منه الاعتبار العقلائي أو الأعم منه و من الاعتبار الشرعي فلا بد من الالتزام بوضع البيع للأعم. و إن كان المراد من الاعتبار هو خصوص الاعتبار الشرعي فلا بد من القول بالحقيقة الشرعية في ألفاظ العقود و حينئذ يعود المحذور المتقدم أي أخذ الصحة الشرعية في المفهوم العرفي. هذا ما افاده السيد الخوئي^(٢) رحمته الله.

لا يقال: التخطئة في الأمور الاعتبارية لم تتم ولكن يمكن قبول التخطئة من ناحية الملاكات و المصالح و المفساد.

لأننا نقول: الأحكام التكليفية تدور مدار الملاكات و المصالح و المفساد غالباً ولكن الأحكام الوضعية لا تقاس بها و الملاك و المصلحة في نفس اعتبارهما كالأحكام الطريقية

(١) ارشاد الطالب ٢/٢٦.

(٢) مصباح الفقاهة ٢/٨١ و ٨٠.

التي تكون المصلحة في نفسها كحجيَّة البيِّنة الشرعية وأخبار الآحاد.
 نعم، ربَّما تصح التخطئة في الملاك أو في نفس الاعتبار، لأنَّ الاعتبار لا بدَّ أن يكون
 ناشئاً من المصلحة الواقعية الداعية إليه، ومع عدم وجود تلك المصلحة يحكم الشارع بعدم
 صحة اعتبار الملكيّة و يكشف عنه خطأ العقلاء في اعتبارهم نحو: عدم ملكيّة الخمر و
 الخنزير و الميتة عند الشارع أو الحكم ببطلان البئع الربوي و الغرري و نحوهما، و هذا
 الاستدراك هو المختار عندنا.

تذكرة لا بدّ من التنبيه عليها:

الظاهر أن مراد الشيخ الأعظم رحمته الله هو ما ذكره جدنا العلامة النقي صاحب الهداية رحمته الله
 في آخر بحث الصحيح والأعم بعد اختياره القول بالأعم ثم ذكر كلام الشهيدين و سعى في
 توجيه كلامهما - و لعلَّ الشيخ أخذه منه رحمته الله - حيث يقول: «فالأظهر أن يقال بوضعها
 لخصوص الصحيحة أيّ المعاملة الباعثة على النقل و الانتقال أو نحو ذلك ممّا قرّره تلك
 المعاملة الخاصة، فالبيع و الإجارة و النكاح و نحوها إنّما وضعت لتلك العقود الباعثة على
 الآثار المطلوبة منها، وإطلاقها على غيرها ليس إلاّ من جهة المُشاكَلَةِ أو نحوها على سبيل
 المجاز.

لكن لا يلزم من ذلك أن تكون حقيقة في خصوص الصحيح الشرعي حتّى يلزم أن
 تكون توقيفيتها متوقّفة على بيان الشارع لخصوص الصحيحة منها، بل المراد منها إذا وردت
 في كلام الشارع قبل أن يقوم دليل على فساد بعضها هو العقود الباعثة على تلك الآثار
 المطلوبة في المتعارف بين الناس، فيكون حكم الشرع بحلّها أو صحتها أو وجوب الوفاء بها
 قاضياً بترتب تلك الآثار عليها في حكم الشرع أيضاً فَتَنْتَابِقُ صحتها العرفية و الشرعية،
 وإذا دلّ الدليل على عدم ترتب تلك الآثار على بعضها خرج ذلك عن مصداق تلك
 المعاملة في حكم الشرع و إن صدق عليه اسمها بحسب العرف نظراً إلى ترتب الأثر عليه

الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟ ٣٧

عندهم. و حينئذ فعدم صدق اسم البيع -مثلاً- عليه حقيقة عند الشارع و المتشعبة لا ينافي صدقه عليه عند أهل العرف مع اتحاد العرفين، و عدم ثبوت عرف خاص عند الشارع، إذ المفروض اتحاد المفهوم منه عند الجميع، وإنما الاختلاف هناك في المصداق، فأهل العرف إنما يحكمون بصدق ذلك المفهوم عليه من جهة الحكم بترتب الأثر المطلوب عليه، و إنما يحكم بعدم صدقه عليه بحسب الشرع للحكم بعدم ترتب ذلك الأثر عليه، ولو انكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف لا من قبل الشارع لم يحكم عرفاً بصدق ذلك عليه أيضاً كما أن البيوع الفاسدة في حكم العرف خارجة عندهم عن حقيقة البيع.

فظهر أنه لا منافاة بين خروج العقود الفاسدة عند الشارع عن تلك العقود على سبيل الحقيقة و كون المرجع في تلك الألفاظ هو المعاني العرفية من غير أن تتحقق هناك حقيقة شرعية جديدة فتأمل جيداً»^(١).

أقول: أنت ترى بأن ما اوردناها على الشيخ الأعظم لم يرد على العلامة الجدّ رحمته الله لأنه صرح بعدم ثبوت عرف خاص عند الشارع و عدم تحقّق حقيقة شرعية في المعاملات، و قد تبه على هذا الأخذ الفقيه اليزدي رحمته الله في حاشيته^(٢) ولكن استشكل عليه بقوله: «... إن الملكية و كذا أخواتها من الزوجية و الحرية و الرقية و نحوها أحكام مجعولة للعقلاء أو الشارع و اعتبارات عقلائية أو شرعية و لا واقع بها إلا هذا الاعتبار... إذ لا معنى حينئذ لتخطئة العرف في المصداق إذ المفروض أن العقد بدون الشرط الشرعي الفلاني سبب عندهم مفيد للملكية فلا يمكن أن يقال ما تراه سبباً ليس بسبب لأنّ الفرض أنه هو الجاعل للسبب و الواضع للاسم. نعم: يمكن تخطئته في أصل الجعل بأن يقال أن مقتضى المصلحة أن

(١) هداية المسترشدین ٤٩٢/١.

(٢) حاشية المكاسب ٣١٩/١.

لا يجعل هذا سبباً، وهذا غير التخطئة في المصداق...»^(١).

وفيه: بنظري القاصر يمكن ارجاع التخطئة في أصل الجعل إلى التخطئة في المصداق بادّعاء أنّ البيع الربوي أو الغرري أو المجهول ثمناً أو مثنماً لم يكن عند الشارع بيعاً، وهذه أيضاً بعينها هي التخطئة في مصداقيته لعنوان البيع فيتم ما ذكره العلامة الجد صاحب الهداية رحمته الله.

و قد اعترف الفقيه اليزدي رحمته الله بعد صفحة بإمكان التخطئة في المصداق حين استشكل على بعض الأفاضل بقوله: «أولاً: فما ذكره من عدم امكان التخطئة في المصداق كما ترى»^(٢).

ثمرّة هذا البحث:

قد يقال: بأنّ ثمرّة بحث الصحيح والأعم في المعاملات تظهر في صحة التمسك بالاطلاقات الواردة فيها وعدمها، وقبل الورد في البحث لا بدّ لنا من تعريف الإطلاق و النسبة بينه وبين التقييد والتذكر بمقدمات أو مقدمة الحكمة: فأما الإطلاق: فهو رفض القيود عندنا لا جمعها، وأنّ الملاك فيه كون حيثية الطبيعة تمام الموضوع.

و النسبة بينه وبين التقييد: في مقام الثبوت هي التضاد لا يجتمعان ولا يرتفعان، ولكن في مقام الإثبات هي تقابُلُ العدم والملكيّة، إي إذا استحيل التقييد لجهة من الجهات لا يمكن الحكم بالإطلاق من هذه الجهة.

(١) حاشية المكاسب ٣٢١/١.

(٢) حاشية المكاسب ٣٢٣/١.

و أمّا مقدمات الحكمة أو مقدمتها فهي:

١- كون المتكلم في مقام البيان و يمكن إحرازه بالأصل العقلائي. ولكنّه إذا علمنا أنّه من جهة في مقام البيان ثم شككنا في أنّه من يأت سائر الجهات أيضاً في مقام البيان أم لا؟ لا تجري أصالة أنّه في مقام البيان.

٢- تمكن المتكلم من الاتيان بالقيّد و لم يأت به. لما مرّ أن التّقابُل بين الاطلاق و التقييد في مقام الإثبات هو العدم و الملكة. و الكلام في هذا المقام.

٣- عدم ورود القيد في كلام المتكلم لا متصلاً و لا منفصلاً. لأنّ مع ورود القيد متصلاً لم يبق مجال لتوهم الاطلاق و مع وروده منفصلاً يحو الاطلاق السابق لأقل من جهة هذا القيد.

و أمّا وجود القَدْرِ المتيقن في مقام التخاطب، كقدر المتيقن في الخارج فلا يمنع من الاطلاق. الأوّل: نحو القيود المأخوذة في أسئلة السائلين و إجابة الإمام بالاطلاق. و الثاني: نحو قول المولى: اكرم العالم، و وجود العلم من الخارج بأنّ الفقيه هو القَدْر المتيقن منه، ولكنّ وُجُودَ القَدْرِ المتيقن في الخارج لا يوجب رفع اليد عن إطلاق العالم.

و يمكن إرجاع المقدمتين الثانية و الثالثة إلى الأولى فحينئذ تصير المقدمة الوحيدة

في المقام هو كون المتكلم في مقام البيان.^(١)

ثم بعد التذکر بهذه المقدمة على القول بأنّ ألفاظ المعاملات موضوعة للأعم فلا بأس بالتمسك بإطلاق خطابات المعاملات و على القول بأنّها موضوعة للصحيح عند العرف أو المعاملة الباعثة على النقل و الانتقال - كما ذكره العلامة الجديّ في توجيه كلام الشهيدين عليه السلام - فلا بأس أيضاً بالتمسك بإطلاقها، أمّا على القول بأنّها موضوعة للصحيح

(١) فراجع نهاية الاصول / ٣٨٣/ تقارير السيّد المحقّق البر و جردى عليه السلام لتوضيح ذلك.

٤٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

عند الشرع فلا يصح التمسك بإطلاقها و تصير مجملة و عليه فلو احتمل اعتبار شيء شرعاً في معاملة يلزم من القول بكونها موضوعة للصحيحة عدم جواز التمسك بالاطلاق، لأنَّها صارت مجملة.

ولكن مع ذلك نحن نرى أنَّ ديدن الفقهاء التمسك بالاطلاقات في ألفاظ المعاملات، حتى القائلون بالصحيح يتمسكون بها و الشيخ الأعظم رحمته الله (١) يستدل لهم بوجهين على سبيل منع الخلو:

الأوَّل: حمل لفظ البيع و غيره من العقود في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثِّر عند العرف في النقل و الانتقال، يعنى حمل لفظ البيع على البيع الصحيح العرفي المؤثِّر في النقل.

و فيه: أنت ترى أنَّ هذا الوجه لا يَبْتَنُّ على القول بالصحيح، بل هو الوجه الذي ذكره العلامة الجد و تبعه الشيخ الأعظم في توجيه كلام الشهيدين من حمل الصحيح في كلامهما على الصحيح العرفي و عليه قد مرَّ منَّا جواز التمسك بالاطلاق، ولكن البحث هنا حول جواز التمسك بالاطلاق على القول بالصحيح الشرعي - لأنَّ ما يصدق عليه البيع الصحيح العرفي يمكن أن يكون في الشرع باطلاً - و هذا الوجه لا ينتج بالنسبة إليه.

و لذا قال المحقِّق السَّيِّدُ الخوئي رحمته الله إنَّ هذا البيان يكون «عبارة أخرى عن القول بوضع ألفاظ المعاملات للأعم» (٢).

الثاني: أن يحمل البيع على المصدر الذي يراد من لفظ «بعث» بتقريب: أن البيع في مثل قوله تعالى: ﴿أحلَّ اللهُ البيع﴾ يستعمل في معناه المصدري و أريد منه الحليَّة التكليفية

(١) المكاسب ٢٠/٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٨٤/٢.

أو الوضعية ويحمل على المصاديق العرفية، لأن بيان جعل الحكم التكليفي على المصاديق الشرعية لغو محض.

ويمكن ان يستعمل في معنى الاسم المصدري وأريد منه الحلية الوضعية ولا بد أن يحمل على امضاء المصاديق العرفية لأن بيان جعل الحكم الوضعي على المصاديق الشرعية لغو محض.

وبعبارة ثالثة: هذا الخطاب انحلافي فيعم جميع المصاديق العرفية وإلا يصير لغواً. وهذا التقريب مستفاد من كلام شيخنا الاستاد^(١).

و فيه: وأنت ترى أيضاً بأن حمل البيع على المصاديق العرفية لا يجمع مع القول بالصحيح، بل هذا عين القول بالأعم.

و الظاهر عدم الفرق بين الوجهين بل يرجعان لثباً إلى وجه واحد.

ولذا قد تمسكوا الصحة الاستدلال باطلاقات للصحيح بوجوه أخرى:

منها: البيع ونحوه من العقود يطلق تارة على السبب أخرى على المُسَبَّب:

البيع السببي: عبارة عن العقد المركب من صيغتي الإيجاب والقبول، أو التعاطي

خارجاً بقصد تحقق المبادلة.

البيع المسببي: عبارة عن تبادل الإضافتين المتحققَّين بالطرفين أو ما يحصل من

الانشاء و يعتبر أمراً باقياً في عالم الاعتبار.

ثم إذا كان المراد من البيع هو السببي وكان الشارع في مقام إمضاء الأسباب العرفية و

لم يرد شيئاً على ما هو سبب عندهم فحينئذ يصح التمسك بالاطلاق في نفي اشتراط العربية

في صيغة العقد مثلاً.

(١) إرشاد الطالب ٢٧/٢.

٤٢ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

وأما إذا كان المراد من البيع هو المُسَبَّبِ لآنه أمرٌ مستَقَرٌّ قارٌّ ويعتبرُ أمراً باقياً في عالم الاعتبار فلا يصح التمسك بالاطلاق لأنَّ أمر المُسَبَّبِ يدور مدار الصحة و الفساد، والوجود والعدم ولا يلاحظ الأسباب.

والظاهر أنَّ المطلقات الواردة في الكتاب و السنة كلَّها واردة في مقام إمضاء المسببات دون الأسباب حتَّى قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) بقريئة تعلق وجوب الوفاء بها تكون ظاهرة في المسببات لأنَّ الأسباب آنية الحصول و غير قابلة للبقاء حتَّى تكون متعلقة لوجوب الوفاء بل القابل هي المسببات التي لها نحو بقاء بعد انعدام أسبابها^(٢)، فحينئذ لا يمكن التمسك باطلاقات المعاملات.

و بعبارة أخرى: أنَّ العرف لا يرى الدليل المتكفل لحكم على المُسَبَّبِ من إمضاء و نحوه ناظراً إلى إثبات ذلك الحكم أو لازمه لسببٍ، لعدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة.^(٣)

و الحاصل: أنَّ المُسَبَّبِ حيث أنه موجود آخر في قبال السبب فلا دليل على أن يكون إمضاء المُسَبَّبِ إمضاءً للسبب.^(٤)

و قد نُسِبَ^(٥) إلى الشيخ الأعظم جوابٌ في حلِّ هذا الاشكال: بأنَّ العرف حيث يرى حصول المُسَبَّبِ بسببٍ معين عندهم فإمضاء المُسَبَّبِ يستلزم امضاء السبب. و استشكل عليه الناسب بقوله: «إنَّ المُتَّبِعَ هو أنظار العرف في تعيين المفاهيم لا في

(١) سورة المائدة ١/.

(٢) كما ذكره المحقِّق النائيني في أجود التقريرات ٧٢/١ و تقريرات مكاسبه ١١٢/١.

(٣) كما ذكره السيِّد الروحاني رحمته الله في منتقى الاصول ٢٩١/١ و ٢٩٠.

(٤) كما ذكره السيِّد الروحاني رحمته الله في منتقى الاصول ٢٩١/١ و ٢٩٠.

(٥) الناسب هو المحقِّق النائيني في الأجود ٧٢/١ و فوائد الاصول ٨٠/١.

التطبيق، فهم وإن رأوا حصول المسبب عند وجود أمر خاص إلا أن امضاء المسبب لا دليل على كونه إمضاءً لنظره في التطبيق أيضاً، بل المتبع هو نظر الشارع فإن ثبت وإلا فيتمسك بإصالة عدم حصول المسببات...»^(١).

و يمكن أن يقال: إنَّ أمر المسبب و السبب يتصور على ثلاثة وجوه:

أ: مسببٌ ليس له إلا سبب واحد.

ب: مسببٌ له أسباب متعددة في عرض واحد.

ج: مسببٌ له أسباب متعددة و نحن نقطع بتأثير أسباب فيه و تأثير بعض آخر منها

مشكوك.

وإمضاء المسبب يكون إمضاءً للسبب في الصورتين الأُوليين و أمّا في الصورة الثالثة

فلا و العمدة في التمسك بالاطلاقات من قبيل هذه الصورة الأخيرة.

و قد أجاب المحقق النائيني عن الإشكال بجواب آخر و هو:

«أنَّ نسبة العقود إلى المعاملات ليست نسبة الأسباب إلى مسبباتها حتّى يكونا

موجودين خارجيين يترتب أحدهما على الآخر ترتباً قهرياً و الإرادة تكون متعلّقة

بالمسبب بتبع تعلّقها بالسبب حيث أنّ اختيارتيه باختيارتيه... بل نسبتها إليها نسبة الآلة

إلى ذبيها... بدهة أن قول: بعث ليس بنفسه موجداً للملكية نظير الإلقاء الموجد للإحراق،

بل الموجد هو الإرادة المتعلّقة بإيجاده إنشاءً، فإذا لم يكن من قبيل الأسباب و المسببات

فليس هناك موجودان خارجيان حتّى لا يكون امضاء أحدهما إمضاءً للآخر بل الموجود

واحد غاية الأمر أنّه باختلاف الآلة ينقسم إلى أقسام عديدة فالبيع المنشأ باللفظ العربي

قسم و بغير العربي قسم آخر، فإذا كان المتكلّم في مقام البيان و لم يقيد بنوع دون نوع

(١) أجود التقريرات ٧٢/١.

فيستكشف منه عمومه لجميع الأنواع و الأصناف، كما في سائر المطلقات طبق النعل بالنعل»^(١).

و قد قرّر هذا الجواب عن النائي في تقريرات بحث مكاسبه بما ملخصه: «باب المنشأ بالألفاظ الإنشاء ليس من باب المسببات و الأسباب بل هو من قبيل إيجاد ذي الآلة بآلة إيجادها و ألفاظ العقود آلات لإيجاد المعاني الإنشائية بها، و الفعل المباشري الصادر عن الفاعل إمّا أن لا يتوقف صدوره عنه على آلة كإيجاد النفس للصور الذهنية في صنعها، أو يتوقف صدوره عنه على آلة، و الآلة إمّا تكون من أعضائه كالتكلم المتوقف على اللسان أو يكون أمراً خارجاً كالكتابة المتوقفة على القلم فعلى هذا صدور هذه المعاني الإيجابية الإنشائية عن الفاعل يكون بالمباشرة لكن باستعانة تلك الألفاظ في إنشائها و إيجادها فتلك الألفاظ كالأفعال في باب المعاطاة آلات لإيجاد تلك المنشآت فلا يصح وصفها بالمسببات و لا وصف آلاتها بالأسباب.

و هذه المنشآت لها اعتباران، اعتبار نفس ذاتها من حيث هي مع قطع النظر عن انتسابها إلى الفاعل، و اعتبارها من حيث انتسابها إلى الفاعل، فهي بالاعتبار الأوّل معنى اسم مصدرى، و بالاعتبار الثاني معنى مصدرى و هذان الاعتباران واردان على حقيقة واحدة و إنّما الفرق بالاعتبار و عليهما فامضاء المنشأ بالإنشاء عين إمضاء إنشائه بالآلة المعدّة لإنشائه، سواء كان الإمضاء متعلّقاً بالمعنى المصدرى أو بالاسم المصدرى، أمّا على الأوّل فواضح ضرورة أنّ إيجاد كلّ شيء له آلة تخصّه فامضاء الكتابة بالمعنى المصدرى عين إمضاء إيجادها بالقلم فالممضي هو الكتابة بالقلم و إمضاء الفعل باعتبار صدوره عن الفاعل عين إمضاء إيجادها بالآلة المعدّة لإيجادها عرفاً. و أمّا على الثاني حيث أنّ المعنى

(١) أجود التقريرات ٧٤/١ مع تلخيص.

المصدري يكون عيناً للمعنى الاسم المصدري بحسب الواقع وإنما التغاير بينهما بالاعتبار، فإمضاء معنى الاسم المصدري عين إمضاء المصدري لأنَّ المعتبر في صدق الإمضاء هو صدق العنوان الذي تعلّق به الإمضاء على المصداق الخارجي فيكون إمضاء البيع بالمعنى الاسم المصدري عين إمضاء البيع بالمعنى المصدري فالكلام الكلام»^(١).

أقول: وفيه: لو سلّمنا وقبلنا من المحقق النائيني رحمته الله بأنَّ نسبة المنشأ بألفاظ الإنشاء هي نسبة ذي الآلة بآلة إيجاده وأن ألفاظ العقود الآت لإيجاد المعاني الإنشائية بها، ومع ذلك لا يمكننا التمسك بالاطلاق لأنَّ دليل إمضاء المعاملة لا يكون في مقام البيان من جهة إمضاء الآلة ومع عدم كونه في مقام البيان فلا يصح التمسك بالاطلاق بلا فرق بين كون الألفاظ من الأسباب أو الآلات. وما ذكره من أنَّ الآلة و ذبها موجودان بوجود واحد مع عدم تماميتها لا يفيدنا في المقام شيئاً من عدم نظر دليل الإمضاء إلى جهة العقد أو السبب أو الآلة على حدّ تعبيره و تسميته السبب آلة لا يُعَيَّرُ واقعه و عدم النظر إليه.^(٢)

و المحقق السيّد الخوئي أجاب عن الاشكال بجواب آخر على ما سلكه في معنى الإنشاء المختص به قال في تعريفه: «فالتحقيق أن حقيقة الإنشاء ليست عبارة عن إيجاد معنى - كالطلب وغيره - باللفظ كما هو المعروف... بل الصحيح أن الإنشاء حقيقة هو إبراز أمر نفسي باللفظ غير قصد الحكاية، فالمتكلم بمقتضى تعهده وإلتزامه يكون اللفظ الصادر منه مبرزاً لاعتبار من الإعتبارات القائمة بنفسه وأنه هو الداعي لإيجاده...»^(٣) و على مَبْنَاهُ استشكل على أستاذه بقوله: «بل التحقيق أن يقال: أن المراد من المسبب في المعاملة ليس هو الإمضاء الشرعي أو إمضاء العقلاء، ضرورة أن البيع ونحوه اسم لفعل

(١) راجع المكاسب و البيع ١/ (١١٦/١١٢) بقلم العلامة الشيخ محمد تقي الآملي رحمته الله.

(٢) راجع منتقى الاصول ١/ ٢٩٢ و ٢٩١.

(٣) تعليقة السيّد الخوئي على أجود التقريرات ١/ ٣٧ و ٣٦.

البائع، وهو يصدر منه لا من غيره، بل المراد منه هو الاعتبار الصادر من البائع، المُظهِرُ باللفظ أو بغيره و الاعتبار أمر قائم بالمعتبرِ بالمباشرة بلا احتياجٍ إلي سبب أو آلة.

و قد عرفت سابقاً أنه لا أساس لما هو المعروف من كون الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ و على ما ذكرناه فإذا كان دليل الإمضاء وارداً في مقام إمضاء الاعتبارات الصادرة من المتعاملين فمقتضى إطلاقه و عدم التقييد بمظهرٍ خاصٍ يثبت عموم الإمضاء لكل ما يمكن أن يكون مظهرًا له، و بذلك يستغني عن جميع ما أُفيد في المقام في وجه التمسك بالإطلاقات في المعاملات مع عدم تماميتها في أنفسها فافهم و اغتتم^(١).

أقول: لو تمَّ هذا المبنى صح ما بنى عليه ولكن قد بحثنا في أبحاثنا الأصولية عدم تماميته و أنه مذهب متفرد به ﷺ و الشاهد على بطلانه أن العقلاء يَحْدِثُونَ الْأُمُورَ الْإِنْشَائِيَّةَ نحو المعاملة و النكاح بنفس إجراء الصيغة و لا يكفي فيها التوافقات القبليَّة، و الوجدان يشهد على ذلك. كما أنه يشهد بعدم صدق الإنشاء و الاعتبار قبل إيجاد اللفظ و حدوثه و التفصيل موكول إلى محلّه.

قد عرفت إلى هنا عدم تمامية الأجوبة و الذي نذهب إليه أن أدلة الإمضاء في المعاملات تدور مدار المسببات ولكن العرفية منها لا الشرعية و إلا تكون لغواً كما مرّ، و إمضاء المسبب العرفي إمضاء لأسبابه العرفية فكُلَّمَا يدخل في الأسباب العرفية يدخل في الإمضاء، و على هذا يصح التمسك بالإطلاقات.

و بعبارة أخرى: أن العرف يرى أن الدليل المتكفل لإمضاء المسبب ناظر إلى إمضاء أسبابه، فعليه يمكن التمسك بالإطلاق لكون المتكلم في مقام البيان من هذه الجهة^(٢). فيرتفع الإشكال و الحمد لله على كلِّ حالٍ.

(١) تعليقه على أجود التقريرات ٧٣/١ - وراجع أيضاً مصباح الفقاهة ٨٤/٢ و ٥٣.

(٢) و لتفصيل البحث راجع منتقى الأصول ٢٩٥/١ و ٢٩٤ تقرير أبحاث السيّد الروحاني ﷺ.

فَصْلٌ:

المُعَاظَةُ

المُعَاطَةُ

و هي مُفَاعَلَةٌ من الإِعْطَاءِ^(١) و باب المفاعلة يرد للمشاركة بين الاثنين كالتفاعل ولكن لا ينحصر به و لذا قال شارح النَّظَامِ: «و فاعل لنسبة أصله و هو مصدر ثلاثية إلى أحد الأمرين متعلقاً بالآخر للمشاركة صريحاً، فيجيء العكس ضمناً نحو: ضاربته و شاركته...، و بمعنى فَعَّلَ نحو: ضاعفته بمعنى: ضَعَفْتُ، و بمعنى فَعَّلَ نحو: سافرتُ بمعنى سَفَرْتُ...»^(٢).

و عليه كما يمكن أن يرد باب المفاعلة للمشاركة بين الاثنين في عمل أو فعل كذا يرد و يستعمل فيما إذا فَعَلَهُ واحدٌ من دون اشتراكٍ. فلذا استعمال المعاطاة لغة و عرفاً في العقود التي بين الاثنين والإيقاعات التي تحتاج إلى طرف واحد يجوز حقيقة من دون استعمال مجاز في البين و على هذا يجوز استعمال لفظة المعاطاة في الإيقاعات أيضاً من دون تجوُّز. هذا كله بالنسبة إلى التعريف اللغوي.

أمَّا المعاطاة في مصطلح الفقهاء فَهِيَ «أن يُعْطَى كُلٌّ من الاثنين عوضاً عمّا يأخذه من

(١) جامع المقاصد ٥٧/٤.

(٢) شرح النَّظَامِ / ٥٥.

٥٠ الآراء الفقهيّة - البيع (١) / ج ٤

الآخر»^(١) أو «هي إعطاء كلّ واحد من المتبايعين من المال عوضاً عمّا يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص»^(٢).

التعريف الثاني وإن ورد في البيع ولكن لا يختص به وقد اعترف المحقق الثاني بأنّ في كلام بعض الفقهاء «ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة وكذا في الهبة»^(٣). وعلى هذا يمكن جريانها في جميع العقود. بل الإيقاعات نحو الوقف وغيره.

وقال الشيخ يحيى بن حسين بن عشيرة البحراني رحمته الله في الفرق بين المعاطاة البيعي و نفس البيع: «أنّ المعاطاة لا يلزم إلاّ بذهاب أحد العوضين أو بعضه بخلاف البيع بالعقد، فإنّه يلزم بنفس العقد و التقابض للثمن و المثلن و لا يبطل إلاّ بالإقالة أو بحصول فسخ من عيبٍ أو خيارٍ. و المعاطاة يفيد إباحةً لا ملكاً»^(٤).

وقال السيّد عبدالفتاح المراغي: «إنّ سيرة المسلمين قديماً و حديثاً على كون الوقف و الإذن و الإجازة و البذل و الأخذ بالشفعة و الفسخ و الإسقاط بالأفعال كما يكون بالأقوال...»^(٥).

صورها بحسب قصد المتعاطين

قد ذكر صاحب الجواهر رحمته الله لها أربع، إثنان منها غير مشهور:

١- أن يقع الفعل من المتعاطين من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحة بل يعطي

(١) المكاسب ٢٤/٣.

(٢) رياض المسائل ٢١٢/٨.

(٣) جامع المقاصد ٥٩/٤.

(٤) بهجة الخاطر و نزهة الناظر ٩٤/.

(٥) العناوين ٩٩/٢.

البقال مثلاً شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه.^(١)

و استشكل الشيخ الأعظم رحمته الله عليه بأنّ المعاطاة عمل إراديّ و اختياريّ من الطرفين وحيث أنّ المعاملات محصورة في أمور معينة و معلومة من البيع و القرض و الهبة و نحوها التي تفيد ملك العين، و من الإجارة التي تفيد ملك المنفعة و من العارية التي تفيد إباحة الانتفاع، و من طرف آخر يمكن لهما أن يقصدا أيّ منها شاء بلا مانع في البين فعليهما أن يقصدا إحدي المعاملات المعروفة.

و فيه: لم يتم عندنا انحصار المعاملات في العقود الدراجة المعروفة و يمكن إيجاد و إحداث العقود الجديدة نحو: التأمين بجميع أقسامها و على هذا لا يتم ما ذكره شيخنا الأعظم رحمته الله، و ظاهر الشهيد^(٢) في حواشيه على القواعد أنّها معاوضة مستقلة. ثم لو قلنا بأنّها معاوضة مستقلة لا بأس بها و تبعه جدنا الشيخ جعفر في شرحه على القواعد^(٣).

و بما ذكرنا يظهر عدم تمامية ما ذكره صاحب الجواهر بأنّ: «دعوى كونها معاوضة مستقلة لا تدخل تحت اسم شيءٍ من المعاوضات، لكن فيه: أنّه لا دليل عليه، بل ظاهر حصر الأصحاب النواقل فيما ذكروه من الأمور المخصوصة خلافه، مضافاً إلى إصالة عدمه، اللهم إلا أن يستند فيه إلى السيرة و إن كان دون إثباتها على وجه تكون معتبرة خرط القتاد»^(٤).

(١) الجواهر ٢٢٦/٢٢ ثالثها.

(٢) نقل عنه صاحباً مفتاح الكرامة ٥١١/١٢ و الجواهر ٢٢٦/٢٢.

(٣) شرح القواعد ٣٢/٢.

(٤) الجواهر ٢٢٧/٢٢.

٢- أن يقصد الملك المطلق^(١) دون خصوص البيع^(٢).

ولكن استشكل صاحب الجواهر نفسه على هذه الصورة بأن: «لا ريب في فساده عند من اعتبر الصيغة الخاصة في ملك المعاوضة لانتفاء المشروط حينئذ بانتفاء شرطه، وأمّا القائل بعدم اشتراطه فقد يقول بصحته و تنزيله على البيع بناءً على أنه الأصل في نقل الأعيان ولا يخرج عنه إلا بقصد غيره كما صرح به بعض مشايخنا^(٣)، لكن قد يناقش في ثبوت الأصل المزبور لعدم الدليل عليه و مطلق النقل جنس مشترك بينه و بين الصلح و الهبة بعوض فلا يتشخص إلا بقصده و لذا لا يكفي في صيغة البيع ملكتك و نحوها، و قد يقول بصحته على أن يكون من الهبة المعوضة، و فيه أنها محتاجة إلى القصد أيضاً»^(٤).

و استشكل عليه أيضاً الشيخ الأعظم بأن التملك الخاص هو البيع أي «التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير»^(٥). فهذا التملك المطلق ليس بيعاً عند الشيخ الأعظم.

و يمكن أن ندافع عن هذه الصورة بما ذكرناه آنفاً من عدم حصرية العقود و المعاملات بما هو المذكور عند قدماء أصحابنا^(٦) و من الممكن إحداث عقود و معاملات جديدة تشملها الإطلاقات الواردة في شأن العقود نحو قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٦)، و

(١) الجواهر ٢٢٧/٢٢.

(٢) المكاسب ٢٣/٣.

(٣) و هو الشيخ جعفر قال في شرحه على القواعد ١٠/٢: «إنّ الأصل في مطلق التمليك للأعيان التنزيل على البيع». و قال أيضاً فيه ٣٢/٢: «فالباع أصل في المعاوضة على الأعيان مقدّم على الصلح و الهبة المعوّضة، و الإجارة في نقل المنافع مقدّمة على الصلح و الجعالة».

(٤) الجواهر ٢٢٧/٢٢.

(٥) المكاسب ٢٤/٣.

(٦) سورة المائدة ١/.

لأحدٍ أن يقال: بأنَّ الملك المطلق أحدي هذه العقود.

و يؤيد ما ذكرنا من عدم انحصار المعاملات كلام الشيخ الأعظم رحمته بأنَّ: «يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود - كبيع لبن الشاة مدّة و غير ذلك - كون التمليك المطلق أعمّ من البيع»^(١).

قال الشيخ في النهاية: «لا بأس أن يُعطي الانسانُ الغنمَ و البقرَ بالضريبة مدّة من الزمان بشيءٍ من الدراهم و الدنانير و السّمن و إعطاء ذلك بالذهب و الفضة أجود في الاحتياط»^(٢).

و علّق العلامة عليه: «و التحقيق أنّ هذا ليس ببيع و إنّما هو نوع معاوضة و مرضاة غير لازمة بل سائغة و لا منع من ذلك»^(٣).

و المحقّق الثاني وافق العلامة و قال في هذا الفرع: «لم يكن بيعاً حقيقياً بل نوع معاوضة و مرضاة غير لازمة بل جائزة وفاقاً لاختياره في المختلف...»^(٤).

يظهر من هذه الكلمات لأساطين الفقه عدم انحصار المعاملات عندهم في العقود الدارِجَةِ المتعارفة و عليه فلا وجه لمنع ابن إدريس^(٥) أو حمل هذه المعاملة على الصلح كما ذكره الشهيد بعنوان قول^(٦).

و كذا يؤيده جواز تقبل أحد الشريكين حصّة شريكه بشيءٍ معلوم، إذا كان بينهما

(١) المكاسب ٢٤/٣.

(٢) النهاية / ٤٠٠.

(٣) مختلف الشيعة ٢٤٩/٥.

(٤) جامع المقاصد ١١٠/٤.

(٥) السرائر ٣٢٢/٢.

(٦) الدروس ١٩٧/٣.

نخل أو شجر.

قال ثاني الشهيدين: «و ظاهر الأصحاب أنّ الصيغة تكون بلفظ القبالة و أنّ لها حكماً خاصاً زائداً على البيع و الصلح لكون الثمن و المثلن واحداً، و عدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص... كما لا دليل على إيقاعه بلفظ التقبيل أو اختصاصه به، و إنّما المعلوم من الرواية^(١) أنّه معاملة على الثمرة و أنّه لازم بحيث يملك المتقبّل الزائد و يلزمه لو نقص...»^(٢).

ظاهر الشهيد الثاني أنّه معاملة مستقلة غير البيع.

و قال المحقّق الأردبيلي: «يجوز أن يتقبّل أحد الشريكين أو أكثر من الشريك حصته واحداً كان أو أكثر من الثمرة بمقدار معلوم من الثمر عشر تغارات مثلاً، لا على سبيل البيع، بل هو على سبيل القبول و المراضاة و دليله الأصل و الحاجة لأنّها قد تدعو إليه...»^(٣).

و قال صاحب الحدائق في شأن هذا الفرع: «... و ليس هذا من قبيل البيع و إنّما هي معاوضة مخصوصة تسمى القبالة و هي مستثناة من المزبنة و المحالقة...»^(٤) و لكنّه حملها على الصلح و قال: «... و هذا هو الصلح بلا إشكال»^(٥).

و قال المتتبع العاملي: «أنّ هذا التقبيل هل هو معاملة برأسها غير الصلح و البيع؟ أو أحدهما و يكون مستثنى من القاعدة؟ ظاهر الأصحاب الأوّل كما في المسالك و هو كما قال بل هو صريح جماعة و في الروضة^(٦) نسبه إلى ظاهر الشهيد و جماعة...»^(٧).

(١) صحيحة يعقوب بن شعيب المروية في وسائل الشيعة ٢٣١/١٨، ح ١. الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار.

(٢) المسالك ٣/٣٧٠.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ٢٢١/٨.

(٤) الحدائق ٣٦٢/١٩.

(٥) الحدائق ٣٦٣/١٩.

(٦) الروضة البهية ٣/٣٦٩.

و أمّا الاثنان المشهوران فهما:

٣- أن يبيع كلّ منهما للآخر التصرف فيما يعطيه.

٤- أن يتعاطيا على وجه التمليك الحاصل من البيع.

قيدنا هذه الصورة الأخيرة بالبيع حتى لا تتحد مع الصورة الثانية - وهي الملك

المطلق - .

و من المعلوم وقوع الإباحة و التمليك تابع لقصد البائع و المشتري و على هذا لا تنحصر الصور بالأزبع بل يمكن زيادتها بأن يقصد البائع الإباحة و المشتري الملك أو العكس و قد تعرض الشيخ الأعظم لأحكام بعض هذه الصور في التنبيه الرابع^(٨) و نحن نفتني أثره إن شاء الله تعالى فانتظر.

الأقوال فيها

١- المعاطاة البيعية بيع و نحوها من المعاملات المعاطائية و أنّها تدل على اللزوم إذا كانت عقداً لازمة سواء أكان الدال على التراضي لفظاً أم غيره و قد مرّ في الأبحاث السابقة نسبة هذا القول إلى ظاهر المفيد^(٩) و اطلاق كلام الشيخ في المبسوط^(١٠) و المقدس الأردبيلي^(١١) و المحدث الكاشاني^(١٢) و السبزواري^(١٣) و الشيخ سليمان البحراني و تلميذيه الشيخ عبدالله البحراني و والد الشيخ يوسف البحراني صاحب الحدائق على ما نقل عنهم

(٧) مفتاح الكرامة ٥٢٣/١٣.

(٨) المكاسب ٨٠/٣.

(٩) المقنعة ٥٩١/.

(١٠) المبسوط ٧٦/٢.

(١١) مجمع الفائدة و البرهان ١٤٢/٨.

(١٢) مفاتيح الشرائع ٤٨/٣.

(١٣) الكفاية ٤٤٩/١.

صاحب الحدائق في كتابه^(١) و اختاره هو أيضاً و الفاضل النراقي^(٢) و الفقيه البيزدي^(٣)، و هو مختار أحمد و مالك و بعض الشافعية من العامة.

٢- و هو القول الأوّل ولكن مع التقييد بأنّ الدال على التراضي أو المعاملة يكون لفظاً و قد نسب هذا القول ثاني الشهيدين إلى شيخه السيّد حسن ابن السيّد جعفر الحسيني العاملي الكركي المتوفى عام ٩٣٣ أو ٩٣٦ و هو ابن خالة المحقّق الكركي و له أختياراتٌ مُختَصَّةٌ به في الفقه كما مرّ منّا^(٤)، و استجود هذا القول في المسالك^(٥) إلاّ أنّه خلاف المشهور و قال: «ما أحسنه و أمتن دليله إن لم ينعقد الاجماع على خلافه»^(٦).

٣- أنّها تفيد الملكية الجائزة و تصير لازمة بذهاب إحدى العينين و هو مختار المحقّق الثاني^(٧) و حمل عليه كلام كلّ من قال بالإباحة في المعاطاة، و الحمل بعيد من كلماتهم و قد حمل ثاني الشهيدين^(٨) مقالة العلامة في التحرير^(٩) عليه، و هو أيضاً بعيد ولكن قال المحقّق النائيني: «فالأقوى أن يقال: إنّ التعاطي بقصد التملك يفيد الملك الجائز...»^(١٠).

٤- إنّها تفيد الإباحة ولكن اباحة جميع التصرفات حتّى التصرفات المتوقفة على الملك، مع بقاء كلّ من العينين على ملك صاحبه و يحصل الملك اللازم بتلف إحدى العينين

(١) الحدائق ٣٥٠/١٨ و ٣٦١.

(٢) مستند الشيعة ٢٥٣/١٤.

(٣) حاشية المكاسب ٣٣٦/١.

(٤) في صفحة ٢٥ من هذا المجلد.

(٥) المسالك ١٤٧/٣.

(٦) المسالك ١٥٢/٣.

(٧) جامع المقاصد ٥٨/٤.

(٨) المسالك ١٤٨/٣.

(٩) تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٥/٢.

(١٠) منية الطالب ١٢٢/١.

أوما هو بمنزلة التلف وقد نُسب هذا القول إلى أبي الصلاح الحلبي^(١) والشيخ في الخلاف^(٢) والمبسوط^(٣) وأبناء البراج^(٤) وزُهرة^(٥) وإدريس^(٦) وسعيد^(٧) والعلامة في تذكرة الفقهاء^(٨) والشهيد في الدروس^(٩) وقال ثاني الشهيدين: «... لأن من أجاز المعاطاة سَوَّغ أنواع التصرفات»^(١٠) ونحوها في الروضة^(١١) وذهب إلى هذا القول سيّد الرياض^(١٢).

٥- المعاطاة تنفيذ اباحة جميع التصرفات إلا ما يتوقف على الملك كالوطني والعق وبيع، قال الشهيد في حواشيه على القواعد: «لا يجوز لأحدهما أن يخرجها في زكاةٍ وخمسٍ أو ثمن الهدي قبل التلف - يريد تلف العين الأخرى - وقال: ويجوز أن يكون الثمن والمثمن مجهولين لأنها ليست عقداً وكذا جهالة الأجل، وقال: ولو اشترى أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن فإن وطئ كان بشبهة»^(١٣).

و عليه يحمل كلام الشيخ^(١٤) بأنّ الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و

(١) الكافي في الفقه ٣٥٣.

(٢) الخلاف ٤١/٣، مسألة ٥٩.

(٣) المبسوط ٨٧/٢.

(٤) جواهر الفقه ٥٦.

(٥) غنية النزوع ٢١٤/.

(٦) السرائر ٢٥٠/٢.

(٧) الجامع للشرائع ٢٥١/.

(٨) تذكرة الفقهاء ٧/١٠.

(٩) الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

(١٠) المسالك ١٤٩/٣.

(١١) الروضة البهية ٢٢٢/٣.

(١٢) رياض المسائل ٢١٤/٨.

(١٣) نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥١٠/١٢.

(١٤) المبسوط ٣١٥/٣.

القبول ولا يحلّ وطؤها.

٦- أنّها معاملة فاسدة تفرد به العلامة في نهايته وقال: «المعاطاة ليست بيعاً... و هل هو إباحة؟ أو يكون حكمه حكم المقبوض بسائر العقود الفاسدة الأقرب الثاني، فلكلّ منهما مطالبة الآخر بما سلمه إليه مادام باقياً و يضمنانه إن كان تالفاً...»^(١). ولكنّه رجع عنه في التحرير^(٢) و التذكرة^(٣).

٧- أنّها معاملة مستقلة غير البيع قاله الشهيد^(٤) في حواشيه على القواعد و تبعه جدُّنا الشيخ جعفر كما في شرح القواعد^(٥) و الفرق بينهما أنّ الشهيد ذهب إلى إباحة جميع التصرفات بالمعاطاة إلا ما يتوقف على الملك كما مرّ ولكن الشيخ جعفر ذهب إلى أنّها تفيد الملكية كما تبّه عليه الفقيه البيزدي^(٦).

المختار من الأقوال

و هو يبني على أمور:

الأوّل: المعاطاة المقصود بها البيع، بيع أو تجارة عرفاً والمنكر مكابراً كما قال الشيخ الأعظم: «وأمّا منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة»^(٧).
وأمّا ما ذكره ابن زهرة من أنّ المعاطاة «ليس ببيع و أنّها هو إباحة للتصرف»^(٨) ثم

(١) نهاية الإحكام ٤٤٩/٢.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٥/٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ٧/١٠.

(٤) نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥١١/١٢.

(٥) شرح القواعد ٣٢/٢.

(٦) حاشية المكاسب ٣٣٥/١.

(٧) المكاسب ٤٠/٣.

(٨) غنية النزوع / ٢١٤.

ادعى عليه الإجماع، فإن كان مراده نفي صدق البيع على المعاظة عرفاً و حقيقة فهو مردود و من الممكن أنه نفي الصحة أو اللزوم و لذا قال: «إنما هو إباحة للتصرف».

الثاني: بيعية المعاظة راجعة إلى الشك في شرطية الصيغة في انعقاد البيع و قد مرّ في الأبحاث السابقة عدم الدليل على هذا الاشتراط و عدم الدليل فيها دليل العدم لأنه لو كان لظَهَرَ و بانَ و لزم على الشارع البيان، مع أنه لم يرد في رواياتنا و حتّى روايات العامة مع توفر الدواعي على نقله.

الثالث: «السيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاظة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطأ و الإيضاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك»^(١) كما قاله الشيخ الأعظم.

أي أنّ سيرة المتشركة قائمة من زمننا هذا إلى زمن النبي ﷺ على جريان أحكام البيع على المأخوذ بالمعاظة من دون فرق بين المأخوذ بالمعاظة أو بالصيغة.

و دعوى: بنائها على عدم المبالاة و المسامحة كما عن صاحب الجواهر^(٢) و تبعه الشيخ الأعظم^(٣) ممّا لا يصغى إليها، لأنّ العامليين بهذه السيرة عدّة أشخاص لا يُمكن رَمِيهِمْ بعدم المبالاة نحو العلماء و الفقهاء بل أصحاب الأئمة عليهم السلام و لذا قال الفقيه البيهقي^(٤): «من المعلوم أنّ الأئمة عليهم السلام و أصحابهم بل سائر الناس من العلماء و العوام كانوا يتصرّفون في الهدايا و العطايا تصرّف الملاك، و لم يعهد من أحدٍ منهم إجراء الصيغة فيها، مع أنه لا فرق بينها و بين البيع بناءً على اعتبارها في الملكيّة فتدبر»^(٤).

(١) المكاسب ٤٠/٣.

(٢) الجواهر ٢٤٣/٢٢.

(٣) المكاسب ٤٢/٣.

(٤) حاشية المكاسب ٣٣٦/١.

٦٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

الرابع: بعد صدق البيع على المعاطاة عرفاً أو التجارة يشملها قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢) ولذا قال الشيخ الأعظم: «و كيف كان ففي الآيتين مع السيرة كفاية»^(٣).

بل يُدُلُّ عليها قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٤) بعد ما مرَّ من عدم اشتراط العقد بالصيغة، وحتَّى على القول باشتراطها فيه، لأنَّ المراد بالعقود العهود ولا إشكال في صدق العهد على المعاطاة. فالمعاطاة بيع لازم.

الخامس: إذا وافقت أنت معي فهو، وإلَّا يتحقَّق ما ذكره الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء من أنَّ القول بالإباحة في المعاطاة يستلزم تأسيس «قواعد جديدة: منها: أنَّ العقود وما قام مقامها لا تتبع القصد، وقصد الملك والتمليك عند المعاملة و البناء عليهما لا محض الإباحة بها لا ينافيها.

ومنها: أنَّ ارادة التصرف من المملَّكات فتملك العين والمنفعة بإرادة التصرف بهما أو معه دفعة، وإن لم يخطر ببال المالك الأوَّل الإذن في شيء من هذه التصرفات لأنَّه قاصد للنقل من حين الدفع وأنَّه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال: اعتق عبدي، و تصدَّق بمالي عنك.^(٥)

ومنها: أنَّ الأخماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وحقَّ المقاسمة و الشفعة والمواريث والربا والوصايا تتعلَّق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف

(١) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٢) سورة النساء / ٢٩.

(٣) المكاسب ٤٢/٣.

(٤) سورة المائدة / ١.

(٥) لتوضيح الاشكال راجع إلى ما قاله المحقِّق النائيني في منية الطالب ١٣٣/١.

به أو عدم العلم به فينفى بالأصل فتكون متعلقة بغير الأملاك، وأنّ صفة الغنى و الفقر تترتب عليه كذلك فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك.^(١) ومنها: كون التصرف من جانب مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف.

ومنها: جعل التلف السماوي من جانب مملّكاً للجانب الآخر و التلف من الجانبين معيّناً للمسمّى من الطرفين و لا رجوع إلى قيمة المثل حتّى يكون له رجوع التفاوت. و مع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بأنّه المطالب - لأنّه تملّك بالغصب أو التلف في يد الغاصب - غريب و القول بعدم الملك بعيد جداً. مع أنّ التلف القهري: إنّ التالف قبل التلف فهو عجيب، و معه بعيد لعدم قابليته حينئذ، و بعده ملك معدوم، و مع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض و نفي الملك مخالف للسيرة و بناء المتعاملين.

ومنها: أنّ التصرف إنّ جعلناه من النواقل القهرية، فلا يتوقّف على النية فهو بعيد و إنّ اوقفناه عليها كان الواطي للجارية من غير علم واطناً بالشبهة، و الجاني و المتلف جانياً على مال الغير و متلفاً له.

ومنها: أنّ النماء الحادث قبل التصرف إنّ جعلناه حدوثه مملّكاً له دون العين فبعيداً أو معها فكذلك، و كلاهما منافي لظاهر الأكثر. و شمول الإذن له خفي.

ومنها: قصر التملّك على التصرف مع الاستناد فيه إلى أنّ إذن المالك به إذن بالتملّك فيرجع إلى كون المتصرّف في تملكه نفسه موجباً قابلاً، و ذلك جار في القبض بل هو أولى منه لاقتراحه بقصد التملك دونه و إيراد عدم الملازمة بين صحة التملك مجاناً و صحّته

(١) لتوضيح الاشكال راجع إلى ما قاله المحقّق النائيني في منية الطالب ١٣٦/١.

معاوضة مشترك الإلزام و الكلام الكلام»^(١).

و مقصود هذا الفقيه صرف استبعاد هذا القول كما نَبّه عليه الشيخ الأعظم^(٢) لا الاستدلال بهذه الوجوه و لذا لا ينبغي النقض فيها و العجب منه أنه تصدّى له^(٣) مع اعترافه بأنه «لم يذكرها للاعتماد و الإنصاف أنّها استبعادات في محلّها»^(٤).

وَهُمَا

الأوّل منهما: تخيل استفادة لزوم الصيغة من بعض الروايات:

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله^(٥) في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنّما هي ماء، قال: يصيد كفاً من سمك تقول: أشتري منك هذا السمك و ما في هذه الأجمة بكذا و كذا.^(٥)

و منها: صحيحة رفاعة النخاس قال: سألت أبا الحسن موسى^(٦) قلت له: أيصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهماً فإنّ ذلك جائز.^(٦)

و منها: موثقة سماعة عن أبي عبد الله^(٧) في الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، و يقول: أشتري منك هذا الشيء و عبدك

(١) شرح القواعد ٢/٢٧-٢٣.

(٢) المكاسب ٣/٤٦.

(٣) راجع المكاسب ٣/٥٠-٤٦.

(٤) المكاسب ٣/٥٠.

(٥) وسائل الشيعة ٣٥٥/١٧، ح ٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٦) وسائل الشيعة ٣٥٣/١٧، ح ١، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه.^(١)
 و منها: موثقة أخرى له عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن بيع المصاحف و شرائها؟
 فقال: لا تشتري كتاب الله ولكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين و قل: اشترى منك هذا بكذا
 وكذا.^(٢)

و منها: حسنة عبدالرحمن بن سيابة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: إن
 المصاحف لن تشتري فإذا اشترت فقل: إنما اشترى منك الورق و ما فيه من الأديم و
 حلبيته و ما فيه من عمل يدك بكذا وكذا.^(٣)

و منها: موثقة و مضمرة عثمان بن عيسى قال: سألته عن بيع المصاحف و شرائها؟
 فقال: لا تشتري كلام الله ولكن اشتر الحديد و الجلود و الدفتر، و قل اشترى هذا منك بكذا و
 كذا.^(٤)

و منها: صحيحة بُرَيْدِ بْنِ مَعَاوِيَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ
 عَشْرَةَ آلَافٍ طَنْ قَصَبٍ فِي أَنْبَارٍ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ مِنْ أَجْمَةٍ وَاحِدَةٍ وَ الْأَنْبَارُ فِيهِ ثَلَاثُونَ أَلْفَ
 طَنْ، فَقَالَ الْبَائِعُ: قَدْ بَعْتَكَ مِنْ هَذَا الْقَصَبِ عَشْرَةَ آلَافٍ طَنْ، فَقَالَ الْمَشْتَرِي: قَدْ قَبِلْتُ وَ
 اشْتَرَيْتُ وَ رَضَيْتُ، فَأَعْطَاهُ مِنْ ثَمَنِهِ أَلْفَ دَرَاهِمٍ، وَ وَكَّلَ الْمَشْتَرِي مِنْ يَقْبِضُهُ فَأَصْبَحُوا وَ قَدْ
 وَقَعَ النَّارُ فِي الْقَصَبِ فَاحْتَرَقَ مِنْهُ عَشْرُونَ أَلْفَ طَنْ وَ بَقِيَ عَشْرَةَ آلَافٍ طَنْ، فَقَالَ: الْعَشْرَةَ
 آلَافٍ طَنْ الَّتِي بَقِيَتْ هِيَ لِلْمَشْتَرِي وَ الْعَشْرُونَ الَّتِي احْتَرَقَتْ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ.^(٥)

(١) وسائل الشيعة ٣٥٣/١٧، ح ٢، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) وسائل الشيعة ١٥٨/١٧، ح ٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) وسائل الشيعة ١٥٨/١٧، ح ١، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

(٤) وسائل الشيعة ١٥٨/١٧، ح ٣، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

(٥) وسائل الشيعة ٣٦٥/١٧، ح ١، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع و شروطه.

الطنّ: حزمةٌ من حطبٍ أو قصب

و منها: موثقة سماعة قال: سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها؟ فقال: لا إلا أن يشتري معها شيئاً غيرها رطبة أو بَقلاً^(١) فيقول: اشتري منك هذا الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا، فإن لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة و البقل، الحديث.^(٢)

و منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قدم لأبي متاع من مصر فصنع طعاماً و دعا له التجار، فقالوا: نأخذك منك بده دوازده، قال لهم أبي: و لم يكون ذلك؟ قالوا: في عشرة آلاف ألفين، فقال لهم أبي: فإني أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفاً، فباعهم مساومة.^(٣)

و منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: في رجلين كان لكل واحدٍ منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طبأت أنفسهما.^(٤)

تلك عشرة كاملة من الروايات و أنت ترى بأن غاية ما يمكن أن يقال فيها: أن المعاملات الواردة في هذه الروايات أنشأت باللفظ و لا إشعار فيها باعتبار اللفظ فضلاً عن الدلالة. مضافاً إلى جريان السيرة على المعاطاة، فالنهي الوارد عنها لا بدّ بأن يكون طائفة

(١) البقل: هو ما ينبت في بزره لا في أصل ثابت جمعه بَقُول و أبقال، و بزر الحبوب: أي بذرها، فحينئذٍ فالخضروات قسم من البقل لا جميعها.

(٢) وسائل الشيعة ٢١٩/١٨، ح ١، الباب ٣ من أبواب بيع الثمار.

(٣) وسائل الشيعة ٦١/١٨، ح ١، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

(٤) وسائل الشيعة ٤٤٥/١٨، ح ١، الباب ٥ من أبواب كتاب الصلح.

من النصوص الصريحة الصحيحة كالنهي عن القياس، ولا يفيد بعض الإطلاقات و
العمومات.

الثاني منهما: قد يتوهم أنّ النهى الوارد عن بيع المنابذة و الملامسة و الحصاة يشمل
المعاطاة أو أنّ المعاطاة تكون من مصاديقها.

قد ذكر الصدوق بسند ضعيف عن النبي ﷺ أنّه نهى عن المنابذة و الملامسة و بيع
الحصاة.^(١)

و قال في تفسيرها: «ففي كلّ واحدة منها قولان: أما المنابذة فيقال: إنّها أن يقول
الرجل لصاحبه: انبذ إليّ الثوب أو غيره من المتاع أو انبذه إليك و قد وجب البيع بكذا و كذا.
و يقال: إنّما هو أن يقول الرجل: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع و هو معنى قوله أنّه نهى
عن بيع الحصاة.

و الملامسة أن تقول: إذا لمست ثوبى أو لمست ثوبك فقد وجب البيع بكذا و كذا. و
يقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب و لا ينظر إليه فيقع البيع على ذلك.
و هذه بيوع كان أهل الجاهلية يتبايعونها فنهى رسول الله ﷺ عنها لأنّها غرر
كلّها»^(٢).

و قد فسروا بيع الحصاة بثلاثة تفاسير^(٣):

أحدها: أن يجعل اللمس للشيء و النبذ له و إلقاء الحصاة بيعاً موجباً كما عن ابن

(١) معاني الأخبار ٢٧٨/ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٣٥٨/١٧، ح ١٣، الباب ١٢ من أبواب
عقد البيع و شروطه.

(٢) معاني الأخبار ٢٧٨/ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٣٥٨/١٧ ذيل ح ١٣.

(٣) حكاها الرافعي في المجموع ١٩٤/٨ و ١٩٣ و نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥١٦/١٢.

٦٦ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

زهرة في الغنية^(١)، ووجه بطلانها جعل اللمس والنبد بيعاً و عقداً موجباً للانتقال واللزوم.
الثاني: أن يقول: بعتك ثوباً من هذه الأثواب و ارم بهذه الحصاة فعلى أيها وقعت
فهو مبيعٌ و وجه بطلانه جهل المبيع.

الثالث: أن يقول: بعتك هذا على أنك بالخيار إلى أن أرمي بهذه الحصاة، و بطلانه
لإيهام مدّة الخيار.

فقد كان معنى النهى عن هذه البيوع: لا تعقدوا بالنبد و لا باللمس كما كان أهل
الجاهلية يفعلون.

دفعه: المعاطاة شيءٌ و هذه البيوع أشياء أُخر، فالمعاطاة ليست من مصاديقها و
لا تشمل هذه البيوع المعاطاة. هذا أولاً.

و ثانياً: الرواية عامية ضعيفة الإسناد.

و ثالثاً: الظاهر أن تعيين المبيع في هذه البيوع بهذه الأفعال، لا أصل إيجابه و قبوله و
انشائه بأن يقول: «بعتك ما يقع عليه الحصاة أو ما لامسته أو ما نبذته» فتكون علة النهى
أنها بيعٌ غرريٌّ كما تبه عليه الفقيه البيهقي^(٢) فلا ربط لها بالمعاطاة.

و ينبغي التنبيه على امور:

الأول: إعتبار شروط البيع في المعاطاة و عدمه و هل يلحق بها أحكام البيع أم لا؟
قال الشيخ جعفر: «أنها هل هي داخلة في إسم المعاملة التي جاءت في مقامها
فيجري فيها شرائطها و أحكامها؟

الظاهر من جماعة من الأصحاب إختيار ذلك فيجري فيها قائمَةٌ مقام البيع مثلاً

(١) غنية النزوع / ٢١٤.

(٢) حاشية المكاسب / ٣٣٨/١.

تنبهات المعاطاة، الأول: اعتبار شروط البيع في المعاطاة و عدمه... ٦٧

أحكام الشفعة و الخيار و الصرف و السلم و بيع الحيوان و الثمار و جميع شرائطه سوى الصيغة. و لم يقم على ذلك شاهد معتبر من كتاب أو سنة أو إجماع»^(١).

أقول: هاهنا مقامان من البحث:

المقام الأول: إعتبار شروط البيع فيها

١- بناءً على المختار من أن البيع المعاطاتي بيع في الواقع فحينئذ تعتبر فيها جميع شروط البيع و لا دليل على أنها تختص بالبيع القولي.

٢- و أمّا بناءً على القول بالإباحة بمعنى كون قصد التمليك داعياً إلى إنشاء ما هو مصداق للإباحة و هو التسليط عن قصدٍ و ارادةٍ فَتَقَعُ الإباحة لأنها المقصودة بالإنشاء الفعلي عن اختيار و يتخلف قصد التمليك من باب تخلف الداعي، و على هذا المسلك و هو مختار المحقق النائيني^(٢) على القول بالإباحة أيضاً يعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع من الشروط، لأن في هذه المعاملة الخاصة كون العوضين فيها مضموناً بالمسمى لا بالمثل أو القيمة فلا بدّ في إثبات صحتها من قيام دليل و الدليل هو السيرة و هي دليلٌ لُبِّي لا إطلاق لها و لا عموم فيجب الأخذ بالمتيقن منها و هو ما أجمع فيه الشرائط المعتبرة في البيع.

لا يقال: عموم دليل السلطنة ينفي اعتبارها.

لأننا نقول: دليل السلطنة و عمومها ناظرٌ إلى إيجاد المسببات و لا ينظر إلى الأسباب بل لا يعقل جعلها في ناحية الأسباب بعد كونها أسباباً شرعية و لا بدّ فيها من الجعل التشريعي.

٣- و أمّا بناءً على القول بالإباحة بمعنى أنه مع الإنشاء الفعلي للمتعاملين التمليك مع

(١) شرح القواعد ٣١/٢.

(٢) المكاسب و البيع ١٩١/١ و ١٩٣.

قصدهما به، حكم الشارع تعبدًا بحصول الإباحة و عدم حصول الملك إلى زمان تحقق إحدى الملزمات. فحينئذ يجري فيها جميع ما يعتبر في البيع لأن المفروض كون قصدهما التمليك و كان هو المنشأ بإنشائهما، غاية الأمر لم يترتب المنشأ بواسطة حكم تعدي من الشارع و صار ترتيبه منوطاً على أمر متأخر من وجود إحدى الملزمات و هذا لا يخرج من كونه بيعاً و يصير نحو توقف الملكية في بيع الصرف على القبض.

قال المُحَقِّقُ النَّائِبِيُّ فِي ذَيْلِ هَذَا الْمَبْنِيِّ: «لَأُظَنُّ لِهَذَا الْمَسْلُوكِ قَائِلاً وَلَا أُصَدِّقُ بِوُجُودِ

القائل به»^(١).

أقول: إِنَّمَا يَأْتِي مَا ذَكَرَهُ الْمُحَقِّقُ النَّائِبِيُّ عَلَى الْقَوْلِ بِانْحِصَارِ الْعُقُودِ فِي الرَّائِجِ وَالْدَارِجِ فِي أَلْسِنَةِ الْفُقَهَاءِ وَ عَلَيْهِ فَلَا بَدَّ مِنْ حَمْلِ هَذِهِ الْمَعَامَلَةِ عَلَى الْبَيْعِ وَ تَأْتِي فِيهِ الشَّرُوطُ الْمَعْتَبَرَةُ فِيهِ وَ لَكِنْ عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ انْحِصَارِهَا كَمَا مَرَّ سَابِقاً فَلَمْ يَدُلْ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ هَذِهِ الْمَعَامَلَةَ بَيْعٌ حَتَّى أَجْرِينَا شَرْطَهُ، وَ لِأَحَدٍ أَنْ يَقُولَ: أَنَّهَا مَعَامَلَةٌ جَدِيدَةٌ حَدِيثَةٌ وَ لَمْ تَجْرُ فِيهَا شُرَاطُ الْبَيْعِ، فَتَأْمَلْ.

و قد مرَّ منَّا في القول الرابع من الأقوال في المعاطاة ذكُرُ القائلين به، و هم كثيرون و

الظاهر عدم تمامية ما ذكره النائبي رحمته الله من عدم القائل به.

٤- و أمَّا بناءً على القول بالإباحة بمعنى أن قصد المتعاطيين من أوَّل الأمر هو الإباحة

و كان الدليل على صحتها أدلة التسليط كما ذكره صاحب الجواهر^(٢) فحينئذ تدلُّ إطلاق

الدليل على صحتها ولو مع فقد الشروط.

ولكن قد مرَّت المناقشة في إطلاق دليل السلطنة أو عمومها من أنها ناظرة إلى إيجاد

(١) المكاسب و البيع ١٩٢/١ تقرير أبحاث المحقق النائبي بقلم العلامة الشيخ محمد تقى الأملي رحمته الله.

(٢) الجواهر ٢٢٤/٢٢.

تنبهات المعاطاة، الأول: اعتبار شروط البيع في المعاطاة و عدمه... ٦٩

المسببات و لا ينظر إلى إيجاد الأسباب. فحينئذ يفتصر الدليل على السيرة و ينحصر بها، و هي دليل لبي فيجب الأخذ بالمتيقن منها و هو ما إجتماع فيه الشرائط المعتبرة في البيع. فقد عرفت اعتبار شروط البيع في المعاطاة على جميع المباني إلا المبني الثالث، و قد مر من النائي عدم وجود القائل به و قد مرّت منّا المناقشه في هذا كلّه في المقام الأول.

المقام الثاني: لحوق أحكام البيع للمعاطاة

بعض أحكام البيع يلحق بالمعاطاة نحو: الربا لأنّه يجري في كلّ معاملة و معاوضة و لا يختص بالبيع، فعلى القول بأنّها بيع فواضح و على القول بالإباحة على جميع وجوه الأربعة المتقدمة في المقام الأول فلأنّها معاوضة يكون الضمان فيها بالمسمى لا بالمثل أو القيمة فتكون إمّا بيعاً أو معاملة معاوضة و على التقديرين فيجري فيها الربا.

و أمّا انفساخ العقد بالتلف قبل القبض و إن استُفيد من النص ولكن ليس من التعدييات الصرفة بل هو منطبق على التزام المتعاملين بالتسليم ضمناً فإذا امتنع التسليم أنفسخت المعاملة، فهو يجري في المعاطاة لعدم اختصاصه بالبيع بل يجري في كلّ معاملة و معاوضة، فعلى القول بأنّها بيع فالأمر فيه واضح و على القول بالإباحة بالوجه المتقدمة فالأمر كذلك لأنّ المعاوضة المفيدة لإباحة العوض المسمى قوامها بوجود المباح فلو تلف لا يبقى مورد للإباحة و تعلق الإباحة بالمثل أو القيمة لا وجه له.

و أمّا الخيارات فأمرها مختلف بالنسبة إلى قبل لزوم المعاملة و بعده.

و أمّا عدم جريانها قبل اللزوم فواضح؛ لأنّ الخيار حقّ و سلطنة لذي الخيار على التزام الآخر، بحيث إن شاء حلّ العقد اللازم و إن شاء أمضاه و ليس لصاحبه هذه السلطنة و الحقّ، فمع عدم لزوم المعاملة فلا وجه لهذه السلطنة. و يكون نفى الخيار فيه من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

اللهم إلا أن يقال: على القول بأنّها بيع أو بيع يفيد الإباحة شرعاً قبل الملزمات يجري فيها

الخيار أيضاً لأنَّ جوازها من وجه لا ينافي جوازها من وجه آخر، وهذا هو المختار. ويمكن أن يقال: إنَّ المعاطاة من المعاملات اللازمة فيجربى فيه الخيار كما لا يبعد. وأمَّا جريانها بعد اللزوم على القول بأنَّها بيع لازم أو القول بأنَّها تفيد الإباحة و بعد تحقق إحدى الملزمات يفيد الملكية و اللزوم فلا إشكال في جريان أحكام الخيار، لكون المعاطاة حينئذٍ بيعاً فيقع فيها ما يقع في البيع من الخيارات.

و على القول بأنَّها بيع جائز أو القول بالإباحة بمعنى كون التملك داعياً إلى إنشاء ما هو مصداق للإباحة كما ذهب إليه المحقق النائي، أو القول بالإباحة بمعنى أن قصد المتعاطيين من أوَّل الأمر هو الإباحة كما ذكره صاحب الجواهر، فحينئذٍ قد يقال^(١) بأنَّ ثبوت الخيار فيها بعد اللزوم مبنيٌّ بأن كون اللزوم المتحقق بإحدى الملزمات حكماً أو حقياً، على القول الأوَّل لا تجرى الخيارات، و على القول الثاني تجري ولكن تصوير كونه حقياً ليتمكن فيه ثبوت الخيار مشكل و سيأتي البحث عن هذه المقالة في بعض التنبيهات الآتية^(٢) إن شاء الله تعالى.

الثاني: لا يعتبر في المعاطاة قبض العوضين بل يكفي أحدهما

قال الشهيد: «من المعاطاة أن يدفع إليه سلعة بثمن يوافقه عليه من غير عقد ثم تهلك عند القابض فيلزم الثمن المسمى...»^(٣).

ونحوه في حواشيه على القواعد^(٤) وكذا في حواشي المحقق الثاني على الإرشاد^(٥).

(١) و القائل المحقق النائيني رحمته الله في تقارير بحثه الشريف فراجع المكاسب و البيع ١/١٩٦.

(٢) يأتي في التنبيه السابع.

(٣) الدروس ٣/١٩٢.

(٤) كما نقل عنه في مفتاح الكرامة ١٢/٥٠٩.

(٥) حاشيته على إرشاد الأذهان ٣٣٤/ المطبوعة في المجلد التاسع من حياة المحقق الكركي و

تنبهات المعاطاة الثاني: لا يعتبر في المعاطاة قبض العوضين بل يكفي أحدهما ٧١

تبعهما الشيخ يوسف في الحدائق^(١) والسيد المجاهد في المناهل^(٢) وقال الشيخ جعفر: «هل يُعتبر فيها قبض العوضين معاً - كما يظهر من لفظهما أو يكفي أحدهما فيجري فيه السلم و النسيئة، و يجري حكمها في قابض أحد الطرفين إذا تلف في يده قبل قبض الآخر؟ الظاهر الثاني، لقضاء السيرة بقيامها مقام عقود المعاوضات بأسرها»^(٣). و تبعهم أصحاب المفتاح^(٤) و الجواهر^(٥) و المكاسب^(٦).

و قال ثاني الشهيدين: «لو وقعت المعاملة بقبض أحد العوضين خاصة - كما لو دفع إليه سلعة بثمن وافقه عليه، أو دفع إليه ثمناً عن عين موصوفة بصفات السلم فتلف العوض المقبوض - ففي لحوق أحكام المعاطاة و لزوم الثمن المسمى و المثلثن الموصوف نظر، من عدم صدق اسمها، لأنها مفاعلة تتوقف على العطاء من الجانبين و لم يحصل و الإقتصار بما خرج عن الأصل على موضع اليقين إن كان، و من صدق التراضي على المعاوضة و تلف العين المدعى كونه كافياً في التقابض من الجانبين، و الظاهر أن الحكم واحد. و قد ذكر أولهما شيخنا^(٧) في الدروس و ألحقه بها»^(٧).

و قال نحوه في الروضة^(٨).

→ آثاره، و نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٠٩/١٢.

(١) الحدائق ٣٦٤/١٨.

(٢) المناهل / ٢٧٠.

(٣) شرح القواعد ٣١/٢.

(٤) مفتاح الكرامة ٥٠٩/١٢.

(٥) الجواهر ٢٣٨/٢٢.

(٦) المكاسب ٧٥/٣ للشيخ الأعظم^(٧).

(٧) المسالك ١٥١/٣.

(٨) الروضة البهية ٢٢٤/٣.

وأنت ترى أنّ الشهيد الثاني لم يختَر أحد طرفي الحكم بل ذكرهما على وجه الاحتمال. وبعد نقل هذه الأقوال لتنتقيح محل النزاع و تحرير مَوْضِعِ الخِلافِ يمكن أن يقال: أنّ لفظَ المعاطاة لم يرد في آية ولا رواية ولا أنه معقد للإجماع التعبدي حتّى يحفظ على هذا العنوان و يؤخذ بالقدر المتيقن منه. بل الإجماع و السيرة قائمان على جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة وإن كان الإعطاء أو التعاطي من طرف واحد.

مضافاً إلى ما مرّ منّا في أوّل بحث المعاطاة بأنّ باب المفاعلة لا ينحصر بالمشاركة بين الإثنين بل يجيء أيضاً من طرف واحد نحو: ضاعفته بمعنى ضَعَفْتُ و سافرتُ بمعنى سَفَرْتُ، و على هذا الإعطاء أو التعاطي من طرف واحد أيضاً يصدق عليه المعاطاة بلا إشكال و تجوّز و بالقَدَرِ الْمُتَيَقَّنِ، فيجرى عليه ما يجري عليها على جميع المباني في المعاطاة.

فرعان تعرّض لهما الشيخ الأعظم رحمته

الأوّل: هل مجرد وصول الثمن إلى البائع و المثلن إلى المشتري بأيّ نحو اتفق يُعدّ معاطاة؟ استظهر الشيخ الأعظم من كلام المحقّق الأردبيلي حيث يقول: «و لأنّ الظاهر أنّ الفرض حصول العلم بالرضا وهو حاصل»^(١)، «أنّ المعيار في المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا بالتصرف»^(٢) و قال في توضيح ذلك: «أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا وأنّ عمدة الدليل على ذلك هي السيرة، ولذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين، و السيرة موجودة في المقام أيضاً...»^(٣).

ثمّ مثل بالأمثلة الثلاثة:

١- تعارف أخذ الماء مع غيبة السقاء و وضع الفلّس في المكان المعدّ له إذا علم من

(١) مجمع الفائدة و البرهان ١٤١/٨.

(٢) المكاسب ٧٥/٣.

(٣) المكاسب ١١٣/٣.

تنبيهات المعاطاة الثاني: لا يعتبر في المعاطاة قبض العوضين بل يكفي أحدهما ٧٣

حال السقاء الرضا بذلك»^(١).

٢- إن بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس في الموضع المعدّ له»^(٢).

٣- «الدخول في الحمام و وضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته»^(٣).

أقول: الظاهر عدم كفاية الرضا في المعاملات بالمعنى الأخص و الأعم و الذي يُصَحِّحُ المعاملة هو أستنادها إلى البائع و المشتري، أو الطرفين في غير البيع، و هذا الاستناد لا يتم إلا بأقل من الإذن، و صِرْفُ الرضا لا يكفي في تصحيح المعاملة، فحينئذٍ في أي صورة يكشف الإذن مع تعاطي الطرفين بل مع الإعطاء من طرف واحد صحت المعاملة و إلا فلا كما ذكر الشيخ الأعظم كفاية الرضا على القول بأن المعاطاة يوجب الإباحة فقط لا التمليك و قال: «فالمعيار في المعاطاة: وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف، و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة»^(٤).

هذا كله بالنسبة إلى أصل المسألة و أمّا الأمثلة المذكورة في كلام الشيخ الأعظم رحمته فهي وإن صححت هذه المعاملات ولكن لا لجهة التي ذكرها و هي الرضا فقط، بل لأنها من قبيل المعاوضة الخاصة التمليكية أو الإباحة بالعوض، نعم يمكن حمل الثاني منها على البيع المعاطاتي المتعارف ولكن إيجابه ليس بمباشرة المالك بل إنما هو بمباشرة وكيله و في الكل حصل التعاطي من الجانبين و يمكن تحصيل الإذن بأنّ الحَمَامِي إذا فتح باب حَمَامَةٌ أو إذا فتح الخضار أو البقال أو العطار دكانه لبيع المحقرات التي فيها أو إذا ملأ السقاء فزبته من الماء و

(١) المكاسب ٧٥/٣.

(٢) المكاسب ١١٣/٣.

(٣) المكاسب ٧٥/٣.

(٤) المكاسب ١١٤/٣.

جعله في المعرض فيكشف من نفس هذه العملية الإذن العام في المعاوضة أو المعاملة كما هو الظاهر. فإننا نحكم بصحة المعاملة في هذه الموارد لا من جهة أنَّها كلُّها من البيع المعاطاتي و أنَّها يكفي فيها الرضا، بل من جهة أنَّها معاوضة خاصة تملكيَّة أو إباحة بالعوض و يوجد فيها إذن طرفي المعاوضة أو الإباحة أو المعاملة.

و يمكن القول بأنَّ الثلاثة كلُّها بيَّع معاطاتيٌّ و دفع الغرر من المثاليين الأوَّل و الثالث بأنَّهما حُملا على القدر المتعارف عند الناس.

نعم، قد تتحقَّق المعاملة بلا عطاء من الجانبين و هو أن يكون مال كلِّ من الجانبين عند الجانب الآخر نحو إذا كان المالان عند كلِّ منهما بسبق أمانةٍ أو غضب أو إطارة ربحٍ فحينئذ إن ثبت الإذن بالنسبة إلى المالين تمت المعاملة و إلا لم يصدق عنوان المعاملة بمجرد الرضا لما مرَّ و قد إعترف الشيخ الأعظم به فيما بعد و قال: «و ربَّما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن عطاء و في صحته تأمل»^(١).

و كذا يجوز الأكل في هذه الأمثلة الأخيرة حتَّى مع عدم الرضا بشرط صدق عنوان التقاص و حدوده.

الثاني: قال الشيخ الأعظم رحمته الله: «لو قلنا بأنَّ اللفظ الغير المعتبر في العقد كالفعل في إنعقاد المعاوضة، أمكن خلوَّ المعاوضة من الإيعطاء و الإيصال راساً، فيتقاولان على مبادلة شيءٍ بشيءٍ من غير إيصال و لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك و أمَّا على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا أكد^(٢)»^(٣).

(١) المكاسب ٨١/٣.

(٢) الإشكال هو العلم بعدم قيام السيرة هذه على إباحة التصرف دون الصورة السابقة و هي أن يكون التعاطي من طرف واحد. كما في المصباح ١٧٢/٢.

(٣) المكاسب ٧٦/٣.

تنبيهات المعاطاة، الثالث: بماذا يتميّز البائع عن المشتري؟ ٧٥

أقول: حتّى على القول بأنّ اللفظ الغير المعترف في العقد كالفعل في المعاطاة لا يمكن القول بإمكان خلوّ المعاطاة من التعاطي أو لأقل من الإيعاء من طرف واحد، لأنّه حتّى على القول بأنّ المعاطاة بيع فعليّ لا يتم إلاّ بايعاء أحد طرفي البيع من الثمن فصار البيع سلماً أو من الثمن فصار البيع نسيئةً أو منهما فصار نقداً وأما مع خلوّهما فصار بيع الكالي بكالي و يكون باطلاً عند الجميع. فما تعرّض له الشيخ الأعظم في هذا الفرع غير تام.

و وافقنا المحقّق العراقي^(١) على عدم إيجاد البيع حينئذ و استغرب كلام الشيخ

الأعظم رحمته من عدم استبعاد الصحة كصدق البيع عليه في هذا الفرع.

الثالث: بماذا يتميّز البائع عن المشتري؟

يتميّز البائع عن المشتري في المعاطاة بل و في العقد القولي بأنّ البائع هو الذي بذل ماله مع خصوصياته ولكن أمسك بماليتها بأخذ البديل ليحفظ تمّوله و لئلا ينقص ماله بدفع العين و يختار البائع في الأغلب من الأبدال النقود لأنّها أسهل في الحمل و الاشتراء و المصرف.

و أمّا المشتري فإنّ رغب في خصوصيات العين التي يريد شراءها فمقصوده العين

لرفع حاجاته ولكن حيث لا يعطي مجاناً و بلا بدل التّجاً إلى إحضار بدلها.

و يمكن أن يقال بأنّ تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري من الواضحات التي لا

تحتاج إلى البيان و إنّما الغرض من عقد هذا التنبيه بيان صدق مفهوم البائع أو المشتري من

جهة السعة و الضيق ليبيّن مقدار صدقهما و بالمآل يرجع إلى الشبهة في المفهوم فلذا نقول:

إذا كان أحد العوضين نقداً و الآخر سلعةً أو عرضاً، فصاحب النقد يكون مشترياً و

(١) حاشية المكاسب / ١٢٩/ لآية الله الميرزا أبو الفضل النجم آبادي كتبه من تقرير أبحاث المحقّق العراقي.

صاحب السلعة و العرض يكون بائعاً، لقيام سيرة العقلاء على ذلك.
و أمّا إذا كان كلا العوضين نقداً أو سلعة، فَمَنْ يُرَدُّ حفظ تمّوله أو ازدياده يَكُنُّ بائعاً و
من يُرَدُّ رفع حاجاته و سدّ خلّاته فهو المشتري.

و في هذه الصورة إذا كان غرض كلّ من المتعاملين هو التحفظ على ماليّة ماله و تمّوله
و كسب الربح و المنفعة أو رفع الحاجة و سدّ الخلّة نحو تبادل بيت بيت أو سيارة بأخرى و
نحوها فأَيُّهما يكون بائعاً و أَيُّهما يكون مشترياً؟ ذكر الشيخ الأعظم أربعة وجوه في تعيينهما:
١- يكون بيعاً و شراءً بالنسبة إلى كلّ منهما لأنّ البيع لغة مبادلة مالٍ بمالٍ كما مرّ عن
المصباح^(١)، و الاشتراء هي ترك الشيء و الأخذ بغيره كما عن صاحب اللسان^(٢) و
القاموس^(٣) فحينئذ يصدق على كلّ منهما أنّه بائعٌ و مُشْتَرٍ لكن لا تَتَرْتَّبُ عليهما أحكام
البائع و المشتري المختصة بهما لأنّها تجري في حقّ البائع المحض و المشتري كذلك.
٢- يكون بيعاً بالنسبة إلى المعطي أولاً متاعه و شراءً بالنسبة إلى الآخذ و الذي
يعطي متاعه ثانياً.

٣- يكون من قبيل المصالحة لأنّها بمعنى التسالم على شيءٍ و لذا حملوا صحيحة محمّد
بن مسلم الواردة في رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كلُّ واحد
منهما كم له عند صاحبه فقال كلُّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندي، فقال لبيد:
لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما^(٤). حملوها على الصلح.

٤- يكون معاوضة مستقلة حيث لا يدخل تحت العناوين المتعارفة السابقة.

(١) المصباح المنير / ٦٩.

(٢) لسان العرب ١٠٣/٧.

(٣) قاموس اللغة ٣٤٨/٤.

(٤) وسائل الشيعة ٤٤٥/١٨، ح ١، الباب ٥ من أبواب الصلح.

تنبهات المعاطاة، الثالث: بماذا يتميّز البائع عن المشتري؟ ٧٧

فهذه أربعة وجوه مذكورة في كلام الشيخ الأعظم رحمته وأختار هو الثاني منها^(١) و
تبعه المحققان النائيني^(٢) والإصفهاني^(٣).

وأختار الرابع منها الفقيه اليزدي^(٤) والمؤسس الحائري^(٥) والمحققون العراقي^(٦) و
الإيرواني^(٧) والحكيم^(٨) والخوئي^(٩) والأردكاني^(١٠).
فلا بد لنا من التحقيق حول الوجوه الأربعة و لذا نقول:

أما الوجه الأول: فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ يُؤَيِّدُهُ قَوْلُ بَعْضِ اللُّغَوِيِّينَ نَحْوَ أَحْمَدَ بْنِ فَارَسٍ
حَيْثُ يَقُولُ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ: «بِيعَ الشَّيْءُ وَرَبَّمَا سُمِّيَ الشَّرِيَّ بَيْعاً وَالمَعْنَى وَاحِدٌ»^(١١) وَ يَقُولُ
الْفَيْوُمِيُّ: «الْبَيْعُ مِنَ الْأَضْدَادِ مِثْلَ الشَّرَاءِ وَ يُطْلَقُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ أَنَّهُ
بَائِعٌ»^(١٢)، وَلَكِنْ يَرِدُ عَلَيْهِ بِأَنَّ لَوْ تَمَّ هَذَا الْوَجْهَ لِيَجْرِيَ حَتَّى بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْبَيْعِ الْمُتَعَارَفَةِ فَلَا
يَخْتَصُّ أَحَدُهُمَا بِكَوْنِهِ بَائِعاً وَ الْآخَرَ مُشْتَرِيّاً وَ مِنَ الْبَدِيهِ بَطْلَانُ هَذَا الْأَمْرِ. مُضَافاً إِلَى أَنَّهُ
لَوْ كَانَ حَصَلَ الْغَرَضُ مِنَ الْبَيْعِ وَ الشَّرَاءِ الْأَوَّلَيْنِ فَاجْرَاءِ الثَّانِي مِنْهُمَا لَيْسَ لَهُ مَوْضُوعٌ بَلْ

(١) المكاسب ٧٩/٣.

(٢) منية الطالب ١٦٩/١.

(٣) حاشية المكاسب ١٦١/١.

(٤) حاشيته على المكاسب ٣٧٧/١.

(٥) كتاب البيع ١٠٥/١ الآية الله الشيخ محمد على الأراكي.

(٦) حاشية المكاسب ١٣٢/١ لآية الله النجم آبادي تقريراً لمحاضرات المحقق العراقي.

(٧) حاشيته على المكاسب ٧٢/٢.

(٨) نهج الفقاهة ١٠٨/١.

(٩) مصباح الفقاهة ١٧٥/٢.

(١٠) غنية الطالب ٦٤/٢.

(١١) معجم مقاييس اللغة ٣٢٧/١.

(١٢) المصباح المنير ٦٩/١.

هُوَ لَعْوٌ. و العقلاء لم يذهبوا في سببهم بالأمر اللغوية.

و أمَّا الوجه الثاني: فالواضح عدم تماميته على إطلاقه بحيث ربّما يعطي البائع ماله ثانياً كما في البيع السلم وربّما ينشأ العقد بصيغة القبول بعد إنشاء المشتري صيغة الإيجاب. فهذا الوجه في محله لا يتم حتّى نتمسك به في موارد الإشتباه.

و أمَّا الوجه الثالث: فلَوْ سلمنا حمل الصحيحة على المصالحة كما هو الظاهر، ولكن الصلح معاملة خاصة معيّنة لأقل من قصدها وتبتهها وبدونها لا تتحقّق و قصدها وتبتهها هنا مفقودة.

و أمَّا الوجه الرابع: فلَوْ ذهبنا إلى إمكان وجود عقود و معاملات مستقلة غير العناوين الدارجة فحينئذ يمكن أن يفرض هنا معاوضة مستقلة كما مال إليها جماعة من الأعلام ولكن العرف يرى هذه المعاملة بيعاً لا غيره فلا يتم هذا الوجه لأنّ العرف ينظر إليها بعنوان البيع.

و على هذا بنظري القاصر هذه المعاملة تكون بيعاً فإن أقّر كلّ منهما بأنّه البائع أو المشتري و لم يلحق به نفيه من الجانب الآخر فيقبل منه و تتربّط عليه آثاره و إلاّ ففي ترتب الأحكام المختصة تحتاج إلى المرافعة الشرعيّة و إثباتها بضوابط القضاء من البينة و اليمين و غيرهما.

الرابع: الوجوه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين للمعاطاة

قبل الورود في البحث لا بدّ لنا من التذكير بالفرق بين التنبّهين الثاني و الرابع فلذا نقول: الغرض من الثاني بيان مورد المعاطاة و ما هو المبرز الخارجي لما قصده المتعاطيان و بعبارة ثالثة مقام الإثبات، و الغرض من الرابع بيان ما يمكن أن يقصده المتعاطيان و بعبارة أخرى مقام الثبوت.

ثم الوجوه المتصورة في المقام بلغت إلى العشرة لأنّ المبادلة: إمّا أن تكون بين المالين و

تنبيهات المعاطاة، الرابع: الوجه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين للمعاطاة ٧٩

هما إما بين ملكيتهما أو بأباحتها أو مختلفين أي ملكية أحدهما وإباحة الآخر. فهذه ثلاثة أقسام.

وإما أن تكون بين الفعلين وهما أيضاً يمكن أن يكونا بين تمليكين أو إباحتين أو مختلفين أي بين تملك وإباحة فهذه أيضاً ثلاثة.

وإما أن تكون بين مال وفعل، والفعل يمكن أن يكون إباحة أو تملكاً، والمال إما أن يجعل عوضاً في كونه ملكاً أو في كونه مباحاً فهذه أربعة ويكون المجموع عشرة وجوه كما ذكره المحقق الإيرواني^(١).

والظاهر صحة جميع الأقسام لشمول العمومات، نعم فيما كان أحد الطرفين أو كلاهما إباحة فيه إشكال إذا كان المقصود إباحة جميع التصرفات حتى الموقوفة على الملك كما ذكره الشيخ الأعظم ونبه على هذا الأخير الفقيه البيهقي^(٢).

ثم إن الشيخ الأعظم تعرض لأربعة من هذه الوجوه لإيضاح حكم الباقي منها ونحن نقفني أثره:

الوجه الأول: المقابلة بين المالكين في الملكية

بأن يقصد كل من المتعاطيين تملك ماله بمال الآخر فتكون المقابلة بين المالكين لا بين التملكين فحينئذ تتم المعاملة بإعطاء أحدهما وأخذ الآخر لأن الأول تملك والثاني تملك، فأعطاء الثاني لا يكون إنشاء القبول ولا إنشاء التملك وإنما هو وفاء بالعقد، ولذا لومات الثاني قبل دفع ماله لم يؤثر في المعاطاة وتماميتها.

و بهذا الإطلاق تُستعمل المعاطاة في الرهن والقرض والهبة.

(١) حاشية المكاسب ٧٣/٢.

(٢) حاشيته على المكاسب ٣٧٦/١.

٨٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

و مثله - أي مثل صدق المعاظة بإعطاء واحد و خلافاً لظهور باب المفاعلة أو
أشتهاره - صدقُ المصالحة و المزارعة و المساقاة و المضاربة و المؤاجرة كما عن الشيخ
الأعظم^(١).

و أعارض عليه المحقق النائيني بأنَّ لو تمَّ هذا الكلام الأخير من الشيخ الأعظم^{عليه السلام} في
المعاظة بأنَّها بالإعطاء و القبض الأوليين تمت و حصلت، فهو يتنافي مع ما ذكره في الأمر
[التنبيه] الثاني من أنَّ المتيقن من مورد المعاظة هو حصول التعاطي^(٢) و الوجه في ذلك أنَّ
العطاء الثاني لا أثر له و لا يتحقَّق به إلا عنوان الوفاء بالمعاظة^(٣).

ولكن يمكن أن يجاب بأنَّ الأيجاب و القبول يحصلان بالإعطاء و القبض أولاً و إنَّ
دفع العين ثانياً خارج عن حقيقة المعاظة و هو وفاء بالعقد الفعلي ولكن مع ذلك أنَّ المتيقن
من المعاظة في قبال العقد اللفظي هو ما تعقبه الإعطاء من الطرف الثاني أيضاً فلاتنا في بين
الأمرين كما عن السيّد المحقق الخوئي^(٤).

و بعبارة أخرى: إنَّ المعاظة تمت بالإعطاء و القبض الأوليين و إعطاء الثاني و كذا
قبضه خارج عن حقيقة المعاظة و هو وفاء بالعقد كما مرَّ ولكن المراد من المتيقن من
المعاظة هو تيقنه من معنى باب المفاعلة لأنَّ المتيقن من موارد استعمالها هو اشتراك المبدأ
بين الطرفين، فهذا الوزن ينادي باعتبار إنشاء المعاملة بالعطاء من الطرفين كما عن المحقق
المروج^(٥).

(١) المكاسب ٨١/٣.

(٢) المكاسب ٧٤/٣.

(٣) منية الطالب ١٦٩/١.

(٤) مصباح الفقاهة ١٧٦/٢.

(٥) هدى الطالب ٨٠/٢.

تنبيهات المعاطاة، الرابع: الوجه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين للمعاطاة ٨١

و قد مرّ منّا في أوّل بحث المعاطاة بأنّها تُسْتَعْمَلُ في طرف واحد أيضاً ولا تختص
باشترك الاثنين بالمبدأ. نعم: يمكن أن يقال بأنّ الاشتراك قدر مُتَيَقَّنٌ كما عن الشيخ
الأعظم رحمته.

و كما يمكن أن يكون إنشاء القبول بدفع العوض، بأن يكون أخذ المعوّض من باب
الاستيفاء لا بعنوان القبول كما كان هو الغالب وقوعاً فلا وجه لإهماله.
لا يقال: إذا أعطاه البائع بعنوان التمليك فلا يمكن أخذه إلا بعنوان القبول فيكون دفع
العين الأخرى من باب الوفاء لا محالة.

لأنّا نقول: كما يمكن أن يكون أخذه بعنوان القبول كذا يمكن أن يكون الأخذ بعنوان
تتميم الإيجاب و الاستيفاء للمبيع و دفع العين الأخرى بصير إنشاء للقبول كما قاله الفقيه
البيزدي (١) رحمه الله.

و بعبارة أخرى: كما يتصور كون القبول في هذا الوجه أن يكون بأخذ المعوّض،
فكذلك يتصور كونه بإعطاء العوض فحينئذ لا يترتب عليه الثمرة المذكورة في كلام الشيخ
الأعظم رحمته من أنّه لو مات الثاني قبل إعطاء العوض مات بعد العقد كما عن المؤسس
الحائري (٢) رحمه الله.

الوجه الثاني: المقابلة بين التملكين

هذا الوجه أيضاً يمكن أن يقرّر على الوجهين:

الأوّل: ما ذكره الشيخ الأعظم (٣) بأن يقصد كلّ منهما تمليك ماله للآخر بإزاء تمليك
الآخر ماله إيّاه فيكون تمليكاً بإزاء تمليك فالمقابلة يصير بين التملكين لا الملكين و متقوّمة

(١) حاشيته على المكاسب ٣٧٨/١.

(٢) كتاب البيع ١٠٦/١ بقلم شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي رحمته.

(٣) المكاسب ٨١/٣.

بالإعطاء من الطرفين فحينئذ فلومات الثاني قبل الدفع لم يتحقّق المعاطاة كما لو مات أحدهما بين الإيجاب والقبول.

و بعبارة أخرى: قَصَدَ كُلُّ مِنَ الْمُتَعَاظِيَيْنِ التَّمْلِيكَ بِأَن يَكُونَ تَمْلِيكَ الْأَوَّلِ مُشْرُوطاً بِتَمْلِيكَ الثَّانِي، بِحَيْثُ لَوْ لَمْ يُمَلِّكَ الثَّانِي لَمْ يَتِمَّ تَمْلِيكَ الْأَوَّلِ.

قال الشيخ الأعظم: «و هذا بعيد عن معنى البيع»^(١) لأنهم اعتبروا في تعريف البيع أن يكون المبيع من الأعيان فحينئذ يخرج التملك لأنّه من الأفعال لا الأعيان.

و فيه: قد مرّ في التنبيه الأوّل في بداية الكتاب عدم اعتبار كون المبيع أن يكون من الأعيان فلا وجه لبعده هذا القسم من تعريف البيع و يصح أن يكون بيعاً.

ثمّ حيث أنّ الشيخ الأعظم بَعَّده عن البيع قرّبه بثلاثة وجوه آخر:

أ: الهبة المعوّضة: و قد قرّبها من وجه و هي: «لكون كلّ من المالين خالياً عن العوض»^(٢). أيّ المقابلة وقعت بين التملّكين و هما فعلاّن، لا بين الملكين و هما ما لان فتكون كالهبة المعوّضة.

و قد بَعَّدها من وجه و هي: أنّ حقيقة الهبة هي الإعطاء بلا بدل فقوامها تكون بالمجانبة، و اعتبار العوض في المعوّضة منها يمكن أن يكون على نحو الداعوية أو الاشتراط، لا على نحو المعاوضة أو المقابلة، و من المعلوم في هذا القسم أنّهُ قابل التملك بإزاء التملك و هو يكون غير الهبة التي حقيقتها المجانية و حيث ذكر بالتفصيل وجه بعده عن الهبة المعوّضة ذكر وجهين آخرَيْن و هما:

ب: مصالحة و تسالم على أمر معيّن: بأنّ يكون المقام من قبيل الصلح المعاطاتي.

(١) المكاسب ٨١/٣.

(٢) المكاسب ٨١/٣.

تنبيهات المعاطاة، الرابع: الوجه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين للمعاطاة ٨٣

أقول: و يمكن أن يناقش في هذين الاحتمالين الأخيرين بأنهما لا يتحققان إلا مع قصدهما و خلو قصدهما عند المتعاطيين معلوم.

ج: معاوضة مستقلة: تشملها إطلاقات ﴿تجارة عن تراض﴾ و نحوها.

هذا ما ذكره الشيخ الأعظم رحمته في المقام بتوضيح متأ.

و يمكن أن يناقش في هذا الوجه الأخير بأن بعد صحة بيعية هذه المعاطاة لا نحتاج إلى جعلها معاوضة مستقلة.

الثاني: تقرير آخر لهذا الوجه: و هو كما يُمكن أن يكون القبول في هذا القسم بالإعطاء من الطرف الآخر فكذلك يمكن أن يكون القبول بالأخذ من الطرف الآخر و يكون التملك واجباً عليه من باب الوفاء فلا يترتب ما ذكره الشيخ الأعظم من الثمرة من عدم تحقق المعاطاة لو مات الثاني قبل الدفع، بل لو أخذ و مات تمت المعاطاة و على ورثته الإعطاء. فحينئذ يكون كالإجارة فكما في الإجارة يحصل تملك الأجرة و العمل على العهدة و وجب الأتيان به و فاءً بالعقد قبل حصوله فكذلك في المعاطاة هنا يحصل تملك المال و التملك على العهدة قبل حصوله و وجب الأتيان به و فاءً بالمعاملة و قال الفقيه اليزدي رحمته: «و يمكن أن يقال إن هذا [التقرير] هو المتعين»^(١).

الوجه الثالث: المقابلة بين الإباحة و التملك

بأن يقصد البازل أو لاً إباحة ماله للأخذ بإزاء أن يملك الآخذ ماله إياه أو بالعكس كأن يقول: أبحث لك التصرف في داري هذه في مقابل كذا مقدار من المال، بحيث يكون المال ملكاً لي. أو يقول: ملكتك هذا المقدار من المال في مقابل إباحتك تصرفي بإدارك. و في هذا القسم يقابل الإباحة مع المال أو التملك له و قبول الثاني يكون بالأخذ و

(١) حاشيته على المكاسب ٣٧٩/١.

التصرف في الدار مثلاً أو في المال فحينئذ يكون أداء المال أو الدار وفاءً بالمعاملة فلا تكون هذه المعاملة مقومة بالإعطاء من الطرفين.

وقد عممنا الوجه عمّا ذكره الشيخ الأعظم^(١) تبعاً للفقهاء اليزيدي^(٢).

وقد استشكل عليه الشيخ الأعظم بإشكالين يردان على هذا الوجه، وحيث يرد أحد الإشكاليين على الوجه الرابع أيضاً، لذا نذكرهما بعد الوجه الرابع.

الوجه الرابع: المقابلة بين الإباحيتين

بأن يقصد كل منهما إباحة ماله للآخر بإزاء إباحة الآخر ماله إياه فيكون الإباحة في مقابل الإباحة أو الإباحة بداعي الإباحة لأنها يمكن أن تصور على نحو الداعي. وكما قد تكون المقابلة بين الإباحيتين اللتين هما من الأفعال، كذلك يمكن أن تكون المقابلة بين المالكين على وجه الإباحة كما ذكره الفقهاء اليزيدي^(٣).

وقد استشكل عليه الشيخ الأعظم بإشكال يشترك وروده على الوجهين الثالث والرابع.

أمّا الإشكال المشترك على الوجهين الأخيرين

وهو أنّ الإباحة من حيث هي إباحة لا تسوغ جميع التصرفات، حتّى المتوقفة على الملك إلا على نحو التشريع.

بتقريب: للمالك أن يبيح التصرف في ماله للغير ولكن ليس له إلا الإباحة في التصرفات المشروعة وإلا تكون الإباحة مشرّعاً حتّى تقدر على التصرفات الغير المشروعة. ومن جملة التصرفات الغير المشروعة للمجاز هي التصرفات الموقوفة على

(١) المكاسب ٨٢/٣.

(٢) حاشيته على المكاسب ٣٨٠/١.

(٣) حاشيته على المكاسب ٣٨٠/١.

تنبيهات المعاطاة، الرابع: الوجه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين للمعاطاة ٨٥

الملك نحو: البيع و الوقف و العتق و الوطي و نحوها.

ثم قد تصحح التصرفات التي تختص بالمالك للمباح له بوجوه:

١- منها: قصد المبيع من إباحة ماله للمباح له هو إنشاء التوكيل في بيع ماله للمباح

له ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة من طرف المبيع.

أو قصد المبيع تمليك ماله بصيغة الإباحة، فيكون إنشاء الإباحة إنشاءً لتمليك المال

للمباح له، فحينئذ لو باع المباح له المال، يكون بيعه بمنزلة قبوله، فيصير نحو قول الرجل

لمالك العبد: «اعتق عبدك عني بكذا»، فهذا القول استدعاءً لتمليكه، وإعتاق المولى عنه

جواب لذلك الإِستدعاء فيُعد هذا القول بيعاً ضمناً لا يحتاج إلى شروط البيع كما قال

العلامة: «إنما يفتقر إلى الإيجاب والقبول فيما ليس بضمناً من البيوع أمّا الضمني كـ«اعتق

عبدك عني بكذا» فيكفي فيه الإلتماس والجواب ولا تعتبر الصيغ المتقدمة إجماعاً»^(١).

و فيه: ظهور كلمة الإباحة لم يدخل فيه التوكيل أو التمليك، فهما غير مَقْصُودَيْنِ، و

لو أراد المبيع إرادتهما كان عليه التصريح بهما، مضافاً إلى أن استيفاء الأموال والأعمال

بالاستدعاء المعاملي يُفْتَضِي وقوع ما استدعاه في ملك المستدعي وهذا المعنى مفقود في

الإباحة لأن مجردها لا توجب الملكية كما تَبَّه على هذا الأخير المحقق النائيني^(٢).

٢- منها: دلالة دليل شرعي على حصول الملك للمباح له بعد إنشاء الإباحة توسط

المبيع ولو آناً ما قبل بيعه فحينئذ يَقَعُ البيع في ملكه، نظير دخول العمودين في الملك آناً ما

بحيث لا يقبل غير العتق. وهذه الدلالة موجودة وهي إمّا «دلالة الاقتضاء»^(٣) أو عموم

(١) تذكرة الفقهاء ١٠/١٠.

(٢) راجع منية الطالب ١٧٣/١ و ١٧٤.

(٣) والمراد بها ما يتوقف صحة الكلام عليه عقلاً نحو قوله تعالى ﴿و اسئل القرية﴾ أو شرعاً نحو قول الأمر «اعتق عبدك عني».

«الناس مسلطون على أموالهم»^(١).

و فيه: دلالة الاقتضاء تامة حيث ما وجدت نحو قول الأمر: «اعتق عبدك عني»، و وجهها هُوَ أنَّ استيفاء المال أو العمل المحترمين مع عدم قصد التبرع من المالك أو العامل يقتضي ضمان المستوفي و مقتضى ضمانه أنتقال ما استوفاه إلى ملكه، لأنَّ ضمانه يكون من باب المعاملة لا الغرامة، و نظيرها قول الأمر: «أدِّ ديني» أو «أحلِّق رأسي».

ولكن هذه الدلالة مفقودة هنا لأنَّ إعتاق عبد الغير أو بيع ماله للمباح له مشروط بالإباحة المطلقة بحيث تشمل التصرفات التي لا تصح إلا من المالك، و إذا أنت تريد تصحيح هذه الإباحة المطلقة بالتمسك بصحة هذا الإعتاق أو البيع يكون دوراً واضحاً فدلالة الاقتضاء لا تجري في مثل «إعتق عبدي عنك» و «إشتر لنفسك من مالي داراً» كما تبيّه عليه المحقق النائيني^(٢).

وأمّا عموم حديث «الناس مسلطون على أموالهم» فإتّما يدل على تسلُّط الناس على أموالهم لا على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كلَّ تصرف جائز شرعاً فالإباحة وإن كانت مطلقة إلا أنه لا يباح بها إلا ما هو جائز بذاته في الشريعة. فحينئذ دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتق عبد الغير لنفسه حاكم على عموم الحديث. نظير حكومة دليل عدم جواز عتق عبد الغير على عمومات وجوب الوفاء بالنذر و العهد، إذا نذر عتق غيره له أو لنفسه فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري - ولو أنا ما - للناذر كما عن الشيخ الأعظم^(٣) و قال: «و لأجل ما ذكرنا صرَّح المشهور، بل قيل^(٤): لم يوجد خلاف في أنه لو

(١) عوالي اللآلي ٢٢٢/١، ح ٩٩.

(٢) منية الطالب ١٧٥/١ و ١٧٤.

(٣) المكاسب ٨٧/٣.

(٤) الفائل هو صاحب الجواهر في كتابه ١٧٤/٢٣ قال فيه: «بلاخلاف أجده فيه».

تنبيهات المعاطاة، الرابع: الوجه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين للمعاطاة ٨٧

دفع إلى غيره مالاً وقال: إشتريه لنفسك طعاماً... لم يصح»^(١).

أقول: كما ذهب إليه الشيخ في المبسوط^(٢) و المحقق في الشرائع^(٣) و العلامة في القواعد^(٤) و اقتصر في التذكرة^(٥) و التحرير^(٦) على نقل كلام الشيخ في المبسوط و الشهيد في الدروس^(٧) و الشيخ مفلح الصيمري البحراني في غاية المرام^(٨) و المحقق الثاني في جامع المقاصد^(٩) و الشهيد الثاني في المسالك^(١٠).

ولكن استتقرب العلامة الجواز في المختلف^(١١) و تؤيده بل تعينه صحيحة يعقوب بن شعيب^(١٢) و لذا بها تُحمَلُ صحيحة الحلبي^(١٣) و صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله البصري^(١٤) على خوف التهمة كما في مفتاح الكرامة^(١٥)، و حُكِمَ بالصحة لو دفع إليه مالاً و أمره بالشراء له، و الله العالم.

(١) المكاسب ٨٥/٣.

(٢) المبسوط ١٢١/٢.

(٣) الشرائع ٢٦/٢.

(٤) قواعد الأحكام ٨٧/٢.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٠٦/١٠.

(٦) تحرير الأحكام الشرعية ٣٣٨/٢.

(٧) الدروس الشرعية ٢١١/٣.

(٨) غاية المرام ٥٨/٢.

(٩) جامع المقاصد ٤٠٠/٤.

(١٠) المسالك ٢٥٢/٣.

(١١) مختلف الشيعة ٢٨٧/٥.

(١٢) التهذيب ٤٢/٧، ح ٦٨، الفقيه ٢٥٩/٣ ذيل ح ٣٩٣٥.

(١٣) الكافي ١٨٥/٥ ح ٥، الفقيه ٢٨٥/٣ ح ٣٩٣٤، التهذيب، ٢٩/٧ ح ١٣.

(١٤) الكافي ١٨٦/٥ ح ٩، التهذيب ٣٠/٧ ح ١٤.

(١٥) مفتاح الكرامة ٦٧٨/١٤.

و تبعهما صاحب الجواهر في الجملة و قال: «إلَّا أَنْ الْإِنْصَافَ عَدَمَ خَلُوَ ذَلِكَ عَنِ الْبَحْثِ أَنْ لَمْ يَكُنْ إِجْمَاعًا، وَ لَوْ عَلِمَ بِقَرِينَةٍ إِرَادَةَ قَرْضِ الدَّرَاهِمِ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ الْقَضَاءَ لَمَّا عَلَيْهِ مِنَ الطَّعَامِ بِجِنْسِ الدَّرَاهِمِ أَوْ الْاسْتِيفَاءِ بَعْدَ الشَّرَاءِ وَ الْقَبْضِ لَهُ، وَ يَكُونُ التَّعْبِيرُ الْمَزْبُورَ بِاعْتِبَارِ مَا يَتَوَلَّى إِلَيْهِ، أَوْ لِأَنَّهُ السَّبَبُ فِي هَذَا الشَّرَاءِ، خَرَجَ عَنِ مَوْضُوعِ الْبَحْثِ، وَ اللَّهُ أَعْلَمُ»^(١)

٣- و منها: ما نحن فيه يكون من قبيل بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه، لأنَّ البيع و العتق في الفرض يكشفان عن رجوع الواهب في هبته قبلهما بآنٍ و نحو ذلك بيع ذي الخيار بحيث يسقط به خياره.

و فيه: الإباحة لم تثبت الملكية هنا بحيث يكشف البيع أو العتق فيها، و إذا لم تثبت الملكية فالبيع و العتق يقعان في غير الملك و يحكم ببطالانهما.

قد وَّجَّهُوا إِشْكَالَ الشَّيْخِ الْأَعْظَمِ بِأَنَّ الْإِبَاحَةَ لَا تَسَوِّغُ التَّصَرُّفَاتِ الْمَوْقُوفَةَ عَلَى الْمَلِكِ بِأَمْرَيْنِ:

أ: حقيقة البيع هو تبديل أحد طرفي الإضافة بالنسبة إلى العين و الثمن و مقتضى ذلك انتقال العين من مالكة إلى المشتري و انتقال الثمن من المشتري إلى مالك العين، فإذا قال المالك لأحد: «اشتر لنفسك من مالي داراً» أو «خُذْ هَذِهِ الْفُلُوسَ وَ اشْتَرِ لِنَفْسِكَ طَعَامًا أَوْ ثَوْبًا» فحينئذٍ تصير إضافة الثمن و المثلن لشخص واحد فلا يتحقق تبادل الإضافتين التي هي ماهية البيع و حقيقته أو خروج أحد العوضين على ملك شخص و دخول العوض الآخر في ملك شخص آخر يعنى خروج الثمن من ملك مالكة و لكن دخول الدار أو الطعام أو الثوب في المثال للمباح له. فإذا لم تَتَّحَقَّ ماهية البيع لا يوجد. إلَّا على نحو التقاريب

تنبيهات المعاطاة، الرابع: الوجه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين للمعاطاة ٨٩

الثَلَاثَةُ الَّتِي ذَكَرَهَا الشَّيْخُ وَاسْتَشْكَلَ عَلَيْهِ - وَهَذَا هُوَ الْمَانِعُ الْعَقْلِيُّ - .

ب: المانع الشرعي: لا بدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مَلِكًا لِلْبَائِعِ حَتَّى يَصِحَّ بَيْعُهُ لَمَّا وَرَدَ مِنْ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «لَا يَبِيعُ إِلَّا فِيمَا تَمَلَّكَ»^(١) وَعَنْهُ ﷺ: «لَا طَلَاقَ إِلَّا فِيمَا تَمَلَّكَهُ وَلَا يَبِيعُ إِلَّا فِيمَا تَمَلَّكَهُ»^(٢) وَقَوْلُهُ ﷺ: «لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ يَمْلِكُ وَقَدْ وَجِبَ الشَّرَاءُ مِنَ الْبَائِعِ عَلَى مَا يَمْلِكُ»^(٣). وَقَوْلُهُ ﷺ: «مَا أَحَبُّ أَنْ يَبِيعَ مَا لَيْسَ لَهُ»^(٤) وَقَوْلُهُ ﷺ: «لَا تَشْتَرِهَا [الْأَرْضَ] إِلَّا بِرِضَا أَهْلِهَا»^(٥) وَقَوْلُهُ ﷺ: «الضَّيْعَةُ لَا يَجُوزُ ابْتِيَاعُهَا إِلَّا مِنْ مَالِكِهَا أَوْ بِأَمْرِهِ أَوْ رِضًا مِنْهُ»^(٦).

و في المثال حيث باع المباح له مال المبيع فيكون بيعه باطلاً لأنه باع مال غيره و يخرج العين من مال المبيع و يدخل الثمن في مال المباح له.

ولكن هذا الإشكال وإن قبله جمع كثير من الأصحاب رضي الله عنهم ولكنه غير تام عندنا لما مرَّ من أن البيع و حقيقته و ماهيته معلومة عند العرف و هو من المفاهيم الواضحة عندهم و لا يحتاج إلى تعريف حتى يقال في ماهيته بتبديل الإضافتين، فهذه الماهية من رأسها لا تتم للزوم استقلال الإضافة و صيرورتها بلامضاف و لا مضاف إليه ولو آناً ما و هو محال حتى في الأمور الاعتبارية عند العقل و العقلاء و العرف و يظهر هذا صريحاً في الإعراض عن الملكية، و يمكن أن ينقض عليها: من بيع الوقف العام في صورة جوازه، و بيع الوقف و

(١) عوالي الآلي ٢/٢٤٧، ح ١٦ و نقل عنه في مستدرك الوسائل ١٣/٢٣٠، ح ٣.

(٢) عوالي الآلي ٣/٢٠٥، ح ٣٨ و نقل عنه في مستدرك الوسائل ١٣/٢٣٠، ح ٤.

(٣) الفقيه ٣/٢٤٢، ح ٣٨٨٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٧/٣٣٥، ح ٥. معتبرة اسحاق بن عمار.

(٥) وسائل الشيعة ١٧/٣٣٤، ح ٣. صحيحة محمد بن مسلم.

(٦) وسائل الشيعة ١٧/٣٣٧، ح ٨. توقيع الحميري.

أشترى شيء آخر بدله بثمن وقف آخر بحيث يصير وفقاً في صورة جواز هذا البيع والشراء إذا طرأ أحد مجوّزات بيع الوقف، و شراء عين زكويّة بنقد زكويٍّ وأمثال هذه المعاملات تكون بيعاً عند العرف و الشرع و العقلاء ولكن ليس فيها تبادل الإضافتين فيظهر عدم تمامية هذه الماهية. هذا كلّه بالنسبة إلى المانع العقلي.

و أمّا المانع الشرعي: فإنّ ما ورد في هذه الروايات و إن تلقّاها المسلمون بالقبول ولكن المراد منها عدم جواز بيع مال الغير إلّا بإذنه أو عدم جواز بيع ما لا يقبل التملك كالخمر وليس المراد منها دخول الثمن في مال من يخرج العين المثلث من ماله و دخول العين المثلث في مال من يخرج الثمن من ماله، فإذا قال المبيح للمباح له: «خذ هذه الأموال واشتر لنفسك داراً»، هذا القول بنفسه إذن في جواز بيع ماله و شراء دارٍ للمباح له، و هذا المقدار من الإذن يكفي في صحة البيع و يخرج من الفضولي أيضاً.

و الشاهد لما ذكرنا وقوع هذه البيوع و المعاملات و المبادلات و المباحات في الخارج و عند العرف كثيراً و حيث ينظر العرف إليها بعنوان البيع فتشملها إطلاقات ﴿أحل الله البيع﴾ و ﴿تجارة عن تراض﴾ و ﴿أوفوا بالعقود﴾ و «الناس مسلطون على أموالهم» و لا نحتاج إلى تصحيحها بما ذكره الشيخ الأعظم بالوجه الثلاثة الماضية.

و ما توصلنا إليه من نتيجة الاستدلال هو الموافق لرأي الفقيه اليزدي^(١) و المحقق

الإيرواني^(٢) و على كفيته و طريقه و نتيجته المحقق الخميني^(٣).

أمّا الإشكال المختص بالوجه الثالث

فإنّ الإباحة بعوض التملك لا تندرج في المعاوضات المالية لأنّ كلّاً من العوضين يدخلان في

(١) حاشية المكاسب ٣٨١/١.

(٢) حاشيته على المكاسب ٧٤/٢.

(٣) كتاب البيع ١٧٣/١ و ١٧٢.

تنبيهات المعاطاة، الرابع: الوجه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين للمعاطاة ٩١

ملك المبيح، أمّا ما أباحه معلوم و أمّا ما عوضه فالمفروض أنه عوض الإباحة فيدخل في ملك المبيح، فهو قد جمع بنى الملكين ولا دليل على مشروعية هذه المعاملة كأنه قد جمع بين الثمن و الثمن.

و يمكن الاستدلال على مشروعيتها و صحتها بأنّها نوع من الصلح لأنّها بمعنى التسالم و الاتفاق على أمر و لا يشترط فيها لفظ (صالحت) أو (تسالمت) بل يكفي كل لفظ أو فعل يدلّ عليه و لو بالالتزام كما ورد في صحيحة محمد بن مسلم «لك ما عندك و لي ما عندي»^(١) و ما ورد في مصالحة الزوجين نحو صحيحة الحلبي^(٢) و غيرها^(٣) من الروايات الواردة في تفسير قوله تعالى: ﴿و إن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً و الصلح خير﴾^(٤).

و يمكن أن يناقش فيه: بعدم وجود دلالة لفظية أو فعلية على إنشاء الصلح و لا يدلّ حتّى السياق على أنّها صلح و لم يقصده المتعاطيان و مجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحة و إلّا لزم إرجاع جميع العقود حتّى النكاح إلى الصلح. كما عن المحقّقين النائيني^(٥) و الخوئي^(٦).

و كذا الاستدلال على صحتها بقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» المذكور في موثقة منصور بن يونس (بزرج)^(٧) لا يتم لعدم دخول الشروط الإبتدائية في الرواية، و على

(١) وسائل الشيعة ٤٤٥/١٨، ح ١، الباب ٥ من أبواب الصلح.

(٢) وسائل الشيعة ٣٤٩/٢١، ح ١، الباب ١١ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق.

(٣) راجع جميع روايات الباب المذكور في المصدر السابق.

(٤) سورة النساء ١٢٨.

(٥) منية الطالب ١٨٥/١.

(٦) مصباح الفقاهة ١٩٠/٢.

(٧) وسائل الشيعة ٢٧٦/٢١، ح ٤، الباب ٢٠ من أبواب المهور.

فرض دخولها فالمرادُ بها التزام المؤمن بشروطه تكليفاً أيّ يجب على كلّ مؤمن الوفاء بشرطه لأنّه من علائم إيمانه لا وضعاً كما عن المحقّق السيّد الخوئي^(١).

نعم، يمكن القول بأنّها معاوضة أو معاملة مستقلة يشملها قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تِرَاضٍ﴾^(٣) بل يمكن القول بأنّها بيع فيشملها قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٤) ولا سيما بعد تصحيح التصرفات التي تختص بالمالك في الإباحة كما مرّ آنفاً.

و كذا قوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم»^(٥).

وقد عدّ المحقّق الإيرواني^(٦) من الإباحة بالعوض بعض المعاملات الشائعة من عصر الشارع إلى زماننا هذا نحو الدخول في الحمامات مع إعطاء العوض و كذلك الدخول في المطاعم وأشباه ذلك.

و حيث صححنا هذه المعاملة و جرت الآيات الثلاث في شأنها فهل القول بلزومها يكون تماماً أم لا؟

ثم استدل الشيخ الأعظم^(٧) لجوازها بحديث السُّلْطَنَةِ و أصلتها - بعد القول بأنّ الأقوى لزومها -، و يرده الفقيه اليزدي^(٨) بأنّ متقضى السلطنة على المال لزوم الإباحة

(١) مصباح الفقاهة ١٩٠/٢.

(٢) سورة المائدة ١/.

(٣) سورة النساء ٢٩/.

(٤) سورة البقرة ٢٧٥/.

(٥) عوالي اللآلي ٢٢٢/١، ح ٩٩.

(٦) حاشيته على المكاسب ٧٦/٢.

(٧) المكاسب ٩٠/٣.

(٨) حاشيته على المكاسب ٣٩١/١.

تنبيهات المعاطاة، الخامس: جريان المعاطاة في جميع العقود وبعض الإيقاعات. ٩٣
المفروضة لا جوازها لأنه إذا كان مسلطاً على ماله وقد أباحه بعوض فيلزم أن تكون نافذة
لازمة.

ولكن الظاهر أن القول بالجواز إذا كان أحد طرفي المعاملة أو كلاهما الإباحة يكون
متعيّناً بقاعدة السلطنة حيث للمبيح أن يرجع عن إباحته لتلك القاعدة أو بحديث «لا يحل
مال أمرئٍ مسلم إلا بطيب نفسه» فإذا رجع المبيح عن إباحته فلا يحلّ للمباح له التصرف
في المال، وللمباح له الرجوع في ملكه أيضاً لأنه ملكه للمبيح في قبالة إباحته فإذا رجع هو
عنه فيجوز له الرجوع في ماله. فهذه المعاملة جائزة وضعاً و تكليفاً، و العجب من المحقق
الإيرواني^(١) حيث قال بالجواز الوضعيّ و هو الموافق لما قرّرناه ولكن ذهب إلى اللزوم
التكليفي بالأطلاقات الواردة في تصحيح هذه المعاملة و أنت تعلم بأجنبيّتها عن اللزوم
التكليفي بعد ثبوت الجواز الوضعي و الله العالم.

الخامس: جريان المعاطاة في جميع العقود و بعض الإيقاعات

صرح الشيخ بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك و قال: «إذا
وصلت الهدية إلى المهدى إليه لم يملكها بالوصل و لم تلزم و يكون ذلك إباحة من المهدي
حتى أنه لو أهدى إليه جارية لم يجز أن يستمتع بها لأن الإباحة لا تدخل في
الاستمتاع...»^(٢).

و ظاهر الشيخ الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد و قال: «إذا بنى مسجداً
خارج داره في ملكه فإن نوى به أن يكون مسجداً يصلّي فيه كلّ من أراد زال ملكه عنه، و
إن لم ينو ذلك فملكه باقى عليه سواء صلى فيه أو لم يصل...»^(٣).

(١) حاشية المكاسب ٨١/٢.

(٢) المبسوط ٣١٥/٣.

(٣) المبسوط ١٦٢/١.

و تبعه ابن ادريس الحلي في الهدية وقال: «إذا أهدى لرجل شيئاً على يد رسوله فإنه على ملكه بعد، وإن مات المهدي إليه كان له استرجاعه، وإن مات المهدي كان لوارثه الخيار، وإذا وصلت الهدية إلى المهدي إليه، لم يملكها بالوصول ولم تلزم ويكون ذلك إباحة من المهدي»^(١).

وكذا العلامة الحلي قال في الهبة من القواعد: «و لا تكفى المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب، نعم يباح التصرف. و الهدية كالهبة في الإيجاب والقبول والقبض»^(٢). وقال في بحث الرهن من التذكرة: «والخلاف فيه بالمعاطاة والاستيجاب والإيجاب عليه المذكورة في البيع بجملته آت هاهنا»^(٣).

و يلوح من عبارته في هبة التذكرة كفاية المعاطاة في الهدية حيث نقله عن بعض العامة و لم يناقش فيه قال: «الهبة عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول باللفظ كالبيع و سائر التمليكات، و أمّا الهدية فذهب قوم من العامة إلى أنه لا حاجة فيها إلى الإيجاب والقبول اللفظيين، بل البعث من جهة المهدي كالإيجاب والقبض من جهة المهدي إليه كالقبول، لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ من كسرى و قيصر و سائر الملوك فيقبلها، و لا لفظ هناك، و استمر الحال من عهده إلى هذا الوقت في سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يُعتدّ بعبارتهم، و منهم من اعتبرهما كما في الهبة و الوصية. و اعتذروا عمّا تقدّم بأنّ ذلك كان إباحة لا تمليكاً. و أُجيب بأنّه لو كان كذلك لما تصرّف الملاك، و معلوم أنّ النبي ﷺ كان يتصرّف فيه و يُملكه غيره. و الصدقة كالهدية في ذلك بلا فصل. و يمكن الإكتفاء في هدايا الأطعمة بالإرسال و الأخذ من غير لفظ الإيجاب والقبول

(١) السرائر ١٧٧/٣.

(٢) قواعد الأحكام، ٤٠٥/٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ٩١/١٣.

تنبيهات المعاطاة، الخامس: جريان المعاطاة في جميع العقود و بعض الإيقاعات. ٩٥

جريباً على المعتاد بين الناس. و التحقيق مساواة غير الأطمعة لها، فإن الهدية قد يكون غير طعام، فإنه قد اشتهر هدايا الثياب و الدواب من الملوك إلى رسول الله ﷺ فإن مارية القبطية أم ولده كانت من الهدايا. و قال بعض الحنابلة: لا يفتقر الهبة إلى عقد بل المعاطاة و الأفعال الدالة على الإيجاب و القبول كافية، و لا يحتاج إلى لفظ، لأن النبي ﷺ كان يهدي و يُهدى إليه، و يُفَرِّق الصدقة و يأمرُ بتفريقها، و لم ينقل في ذلك لفظ إيجاب و لا قبول، و لو كان شرطاً لأمر به...»^(١).

و تبع الشهيد الشيخ في الاكتفاء بغير اللفظ في وقف المساجد و قال بعد نقل كلام الشيخ: «فظاهره الاكتفاء بالنية، و أولى منه إذا صلّى فيه، و ليس في كلامه دلالة على التلفظ و لعله الأقرب»^(٢).

و قال في بيع الدروس: «... و شبهها (أى شبه المعاطاة) اقتضاء المدين العوض عن النقد أو عن عرض آخر، فإن ساعره فذاك، و إلا فله سعر يوم القبض، و لا يحتاج إلى عقد و ليس لهما الرجوع بعد التراضي»^(٣).

و قال في رهنها في اشتراط الصيغة المخصوصة: «و لو قال: خذه على مالك أو بمالك فهو رهن. و لو قال: إمسكه حتى أعطيك مالك و أراد الرهن، و لو أراد الوديعة أو اشتبهه فليس برهن، تنزيلاً للفظ على أقل احتمالاته...»^(٤).

و قال المحقق الثاني في بيع كتابه: «و أعلم أن في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة و كذا في الهبة، و ذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين، عمله و

(١) تذكرة الفقهاء ٤١٥/٢ من طبع الحجري.

(٢) ذكرى الشيعة ١٣٣/٣.

(٣) الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

(٤) الدروس الشرعية ٣٨٣/٣.

استحق الأجر ولو كان هذا إجارة فاسدة لم يجز له العمل، و لا يستحق أجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلك، و كذا إذا وهب بغير عقدٍ، فإنَّ ظاهرهم جواز الإيتلاف و لو كانت هبة فاسدة لم يجز، و منع من مطلق التصرف. و هو ملخص وجيه»^(١).

و استشكل على قول العلامة في القواعد: «و لا بدَّ فيه (أى في القرض) من إيجاب صادر عن أهله: كقوله: أقرضتك أو تصرَّف فيه أو انتفع به أو ملكتك و عليك ردَّ عوضه و شبهه، و قبول، و هو: ما يدلُّ على الرضى قولاً أو فعلاً»^(٢). بقوله: «ظاهر عباراتهم: أنه لا بدَّ من الإيجاب القولي، و عبارة التذكرة^(٣) أدلَّ على ذلك. و يرد عليه: أنه قد سبق في البيع الاكتفاء بالمعاطاة التي هي عبارة عن الأخذ و الإعطاء فإن اكتفى في العقد اللازم بالإيجاب و القبول الفعليين فحقه أن يكتفي بهما هنا بطريق أولى. و ليس ببعيد أن يقال: إنَّ انتقال الملك إلى المقترض بمجرد القبض موقوف على هذا، لا إباحة التصرف إذا دلَّت القرائن على إرادتها»^(٤).

و نحوها في حاشيته على إرشاد الأذهان^(٥).

و قال في تعليقه على الإرشاد: «إنَّ من المعاطاة الإجارة و نحوها بخلاف النكاح و الطلاق و نحوهما فلا تقع أصلاً»^(٦).

ولكن استشكل على كلام العلامة في رهن التذكرة الذي مرَّ منَّا آنفاً بقوله: «... و

(١) جامع المقاصد ٥٩/٤.

(٢) قواعد الأحكام ١٠٣/٢.

(٣) راجع تذكرة الفقهاء ٣٢/١٣.

(٤) جامع المقاصد ٢٠/٥.

(٥) حاشية إرشاد الأذهان / ٤٣٠ المطبوعة ضمن المجلد التاسع من حياة المحقِّق الكركي و آثاره.

(٦) نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٠٩/١٢ و لم أجده في حاشية إرشاد الأذهان المطبوعة ضمن المجلد التاسع من حياة المحقِّق الكركي و آثاره مع كثرة تتبعي لها.

تنبيهات المعاطاة، الخامس: جريان المعاطاة في جميع العقود وبعض الإيقاعات. ٩٧

يشكل بأنّ باب البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع بخلاف ما هنا، أمّا الاستيجاب و الإيجاب فنعم»^(١).

وقال في فرض صيغ عقود: «فأمّا الإيجاب: فلا بدّ أن يكون بالقول، فلا يكفي الدفع على وجه القرض من غير لفظ في حصول الملك، نعم يكون ذلك في القرض كالمعاطاة في البيع فيثمر إباحة التصرف، فإذا تلف العين وجب العوض. و الذي ينساق إليه النظر أنّ المعاطاة في البيع تثمر ملكاً مترزلاً و يستقر بذهاب أحد العينين أو بعضها، ومقتضى هذا أنّ النماء الحاصل من المبيع قبل التلف شيء من العين يجب أن يكون للمشتري، بخلاف الدفع للقرض هنا فإنّه لا يثمر إلا محض الإذن في التصرف وإباحة الإتلاف، فيجب أن يكون نماء العين للمقرض، لبقائها على الملك، إذ لا معاوضة هنا و لا تمليك بخلاف الأوّل»^(٢).

وقال في هبة جامع المقاصد بعد نقل محتوى كلام العلامة في هبة التذكرة الذي مرّ آنفاً: «و هذا قويّ متين، يؤيده أنّ الهدية مبنية على الحشمة و الإعظام، و ذلك يفوت مع إعتبار الإيجاب و القبول و ينقص موضعها من النفس، و مطالبة المهدى إليه بالتمليك و سؤال الرسول هل هو وكيل فيه أم على تقدير اعتبار عبارته و نحو ذلك خروج عن مقصودها»^(٣).

وقبل ثاني الشهيد كلام المحقق الثاني في بيع جامع المقاصد و قال بعد نقل كلامه: «... و لا بأس به إلا أنّ في مثال الهبة نظراً من حيث أنّ الهبة لا تختص بلفظ، بل كلّ لفظ يدل على التمليك بغير عوض كافٍ فيها كما ذكره في بابه. و جواز التصرف في المثال المذكور موقوف على وجود لفظ يدل عليها، فيكون كافياً في الإيجاب. اللهم إلا أن يعتبر القبول القول مع

(١) جامع المقاصد ٤٥/٥.

(٢) صيغ العقود و الايقاعات / ١٨٧، المطبوع في ضمن المجلد الأوّل من رسائل المحقق الكركي.

(٣) جامع المقاصد ١٤٢/٩.

ذلك، ولا يحصل في المثال فيتجه ما قاله»^(١).

وقبل المعاطاة في الإجارة و قال: «لَمَّا كان الأمر بالعمل يقتضي استيفاء منفعة مملوكة للمأمور متقومةً بالمال وجب ثبوت عوضها على الأمر كالاستيجار معاطاةً»^(٢).
وقال في هبة المسالك بعد نقل نص عبارة هبة التذكرة: «وهذا الذي ذكره من التحقيق يشعر بما نقلناه عنه من الاكتفاء بذلك، وهو حسنٌ، ومع ذلك يمكن أن يجعل ذلك كالمعاطاة يفيد الملك المتزلزل و يبيح التصرف والوطني ولكن يجوز الرجوع فيها قبله عملاً بالقواعد المختلفة...»^(٣).

وتبعه المحقق الأردبيلي وفي ذيل قول العلامة في الإرشاد: «ولو أمره بعمل له أجره بالعادة فعليه الأجرة وإلا فلا»^(٤) قال: «هذا الحكم مشهور و يحتمل أن يكون مجمعاً عليه و لعلّ سنده اقتضاء العرف فإنه يقتضي أن يكون مثل هذا العمل بالأجرة، فالعرف مع الأمر بمنزلة قوله: اعمل هذا و لك عليّ الأجرة، فيكون جعالة أو إجارة بطريق المعاطاة مع العلم بالأجرة، ولو كان من العادة مثل أجره الحمالين، و يبعد كونها إجارة باطلة...»^(٥).

و ذهب صاحب الحقائق إلى عدم اعتبار الصيغ الخاصة بالنسبة إلى جميع العقود و قال: «... أنه لا يعتبر فيها أزيد من الألفاظ الدالة على الرضا بمضمون ذلك العقد كيف كانت، و على أيّ نحو صدرت، و مع استكمال جميع ما يشترط فيه، من غير توقف على الصيغ الخاصة التي اوجبوها في كلّ عقد، و أمّا الاشكال في كون ذلك يسمى معاطاة أم لا؟... ما

(١) مسالك الأفهام ١٥٢/٣.

(٢) مسالك الأفهام ٢٢٩/٥.

(٣) مسالك الأفهام ١١/٦.

(٤) إرشاد الأذهان ٤٢٥/١.

(٥) مجمع الفائدة و البرهان ٨٣/١٠.

تنبهات المعاطاة، الخامس: جريان المعاطاة في جميع العقود وبعض الإيقاعات. ٩٩

أشرنا إليه آنفاً من أن هذه التسمية إنما هي اصطلاحية ذكرها في باب البيع...»^(١).

و قال الفاضل المراغي: «إنَّ المعاطاة هل هي ملحقة في كلِّ باب بالعقد الذي هو أصل لها؟ فيكون في مقام البيع بيعاً وفي مقام الإجارة إجارةً وفي مقام الصلح صلحاً وفي مقام الهبة هبةً ونحو ذلك أو هي معاملة مستقلة؟ مقتضى حصر الأصحاب أبواب المعاملات في الأمور المخصوصة وعدم ذكرهم للمعاطاة عنواناً آخر دخولها فيها، كما أنَّ صدق لفظ البيع والإجارة ونحو ذلك من ألفاظ المعاملات أيضاً يقتضى كون المعاطاة داخله فيها... و حيث قلنا باندرجها تحت أسامي العقود، فالظاهر جريان جميع الأحكام المذكورة في أبواب العقود من الشرائط في المتعاقدين أو العوضين وغير ذلك من أحكام الخيارات والضمان والشروط ونحو ذلك من التوابع وغيرها آتية في المعاطاة»^(٢).

و قال الفقيه اليزدي: «إنَّ مقتضى ما هو التحقيق من شمول العمومات العامة و الخاصة بكلِّ عنوان للمعاملات الفعلية كالقولية وكون المعاطاة على طبق القاعدة جريانها في جميع العقود جائزة كانت أو لازمة إلا ما قام الاجماع فيه على اعتبار الصيغة الخاصة كالنكاح والتحليل ونحوهما...»^(٣).

وقال المؤسس الحائري رحمته الله: «لا اشكال في إمكان المعاطاة في سائر العقود كما في البيع ولا في صدق عناوين تلك العقود على ما كان منها بالمعاطاة، كما كان باللفظ بلا فرق، و مقتضى ذلك دلالة أدلة صحة تلك العقود - كالإجارة والهبة والصلح ونحوها على صحة المعاطاة فيها، نعم استثنوا من ذلك عقد النكاح، فحكموا بعدم جريان المعاطاة فيه»^(٤).

(١) الحدائق ٣٦٤/١٨.

(٢) العناوين ١٢٩/٢ و ١٢٨.

(٣) حاشيته على المكاسب ٣٩١/١.

(٤) كتاب البيع ١١٣/١ بقلم شيخنا آية الله الشيخ محمد على الأراكي رحمته الله.

قال المحقّق الأصفهاني: «إنّ صحة المعاوضة في البيع إن كانت على القاعدة وأنّها بيع فبعمّها أدلة البيع، فكذا في غيره من المعاملات لعدم الفرق في صدق عناوينها بين البيع و غيره... إذا عرفت ما ذكرنا نعرف أنّ التمسك بالاطلاق لجريان المعاوضة في العقود و الايقاعات بمعنى صحتها بالإنشاء الفعلي كالإنشاء القولي بمكان من الإمكان وإن لم يصدق عليه المعاوضة بعنوانها، لما مرّ مراراً أنّ المعاوضة بعنوانها لم ترد في آية ولا رواية ليدور الأمر مدارها بعنوانها، نعم بعض العقود و الايقاعات ممّا قام الدليل على انحصار سببها في صيغة خاصة كالطلاق و العتق و شبههما و بعضها ربّما يدعى البرهان على عدم جريان المعاوضة فيها»^(١).

وقال المحقّق السيّد الخميني: «مقتضى القاعدة جريان المعاوضة في كلّ عقد أو إيقاع يمكن إنشاؤه بالفعل، فإنّ الفعل كالقول آلة للإيجاد و الإيقاع الإعتباري، و مع الإيقاع كذلك يصير المنشأ مصداقاً للعناوين العامة و الخاصة، و دليل صحتها و لزومها هو الأدلة الخاصة أو العامة، نعم ما لا يمكن إيقاعه بالفعل فهو خارج عن البحث، و لعلّ الوصية أو بعض أقسامها منه...»^(٢).

وقال المحقّق السيّد الخوئي: «... فلا بأس بالالتزام بجريان المعاوضة في جميعها إلّا ما خرج بالدليل، و إذن فيكون ما هو المنشأ بالأفعال من المعاملات مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الدالة على صحة العقود و الايقاعات و لزومهما»^(٣).

وقال شيخنا الأستاذ رحمته الله: «الصحيح الالتزام بجريان المعاوضة في سائر المعاملات عقوداً و إيقاعاً أخذاً بإطلاق صحتها و نفوذها، نعم لا تجري في عقد أو إيقاع قام الدليل

(١) حاشية المكاسب ١/١٨٣.

(٢) كتاب البيع ١/١٨٠.

(٣) مصباح الفقاهة ٢/١٩٢.

تنبيهات المعاطاة، الخامس: جريان المعاطاة في جميع العقود و بعض الإيقاعات. . . . ١٠١
على اعتبار اللفظ في إنشائه كما في النكاح و الطلاق حيث أن مطلق اللفظ غير كاف [في
إنشائهما فضلاً عن الإنشاء بمجرد الفعل»^(١).

أقول: قد عرفت جريان المعاطاة في الجملة و في بعض العقود أو الإيقاعات من
أساطين الفقه و أعلام الطائفة نحو: الشيخ الطوسي في الهدية و وقف المساجد، و تبعه ابن
ادريس في الهدية، و كذا العلامة في الهدية و الهبة و الرهن، و الشهيد في وقف المساجد و أداء
الدين و الوثيقة فيه، و المحقق الثاني في الإجارة و الهبة و الهدية و القرض، و ثاني الشهيد
في الإجارة و الهبة و الهدية، و الأردبيلي في الإجارة، و مال إلى جريانها في جميع العقود و
الإيقاعات صاحب الحدائق و الفاضل المراغي و الفقيه اليزدي و المؤسس الحائري و
المحققون الأصفهاني و الخميني و الخوئي و شيخنا الإستاذ - قدس الله أسرارهم - و يظهر مما
سردناه عليك وجه استغرابنا من صاحب الجواهر حيث يقول: «و أغرب من ذلك كله
دعوى جريان المعاطاة في مورد جميع العقود جازها و لازمها، فيتحقق مسماها بها دون
عقدها للإطلاق عرفاً، و فائدة العقد حينئذ اللزوم في اللازمة منها و لا فائدة له في غيره إذ
هو كما ترى لا ينبغي صدورها ممن ذاق طعم الفقه»^(٢). فتأمل.

ما يستثنى من المعاطاة:

ثم القائلون بالتعميم و جريان المعاطاة في جميع العقود و الإيقاعات استثنوا موارد.
منها: الوصية: لأنها لا تُنشأ إلا بالقول و ليس في موردها فعل يكون مصداقاً لها و
مثلها جعل القيمومية و التدبير. و الإشكال فيها ليس من ناحية القابل و العقد و الإيقاع،
بل الإشكال من ناحية الفاعل بحيث لا يوجد هناك فعل يدل على هذه الأمور، و لو وجد

(١) إرشاد الطالب ٨٦/٢.

(٢) الجواهر ٢٤٤/٢٢.

١٠٢ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

فعل يدل عليها تمّت المعاطاة فيه. نحو: أن يسأل أحد عن غيره من القِيمِ بعدك على أولادك أو أموالك؟ أو من الوَصِيِّ في ما وصيت به؟ أو أيّما من بيوتك أو أراضيك جعلتها للمسجد أو المدرسة؟ أو أيّ من عبيدك أو إمائك يكون بعدك حراً أو حرّة؟

و في جميع هذه الموارد أشار إلى شخص أو بيت أو أرض، أو عينه بفعل دون قول، بلا فرق في ذلك بين الحياة المستقرة أو حالة الاحتضار مع شرائطها ينفذ ما أقربها أو قرّره أو عينه، ولعلّه لم ينكر هذا أحد من فقهاءنا الكبار، و على هذا تجرى المعاطاة بالنسبة إلى الوصية و التدبير و القيمومية و نحوها.

و لِأَنَّهُ لم ينحصر الإنشاء المعاطاتي بالإعطاء و الأخذ الخارجيين حتّى يستشكل بأنّ هذه الأمور من الأمور الاستقبالية فيستحيل إنشاؤها بفعل يتحقق قبل الموت بل المعاطاة هي تبديل الفعل بدل القول في المعاملات و عليها تجرى المعاطاة في الوصية و القيمومية و التدبير.

و بما ذكرنا يظهر جريان المعاطاة في الوقف و كذا في الرهن لِأَنَّا ذهبنا إلى اللزوم في المعاطاة لا الجواز في المعاملات اللازمة، لِأَنَّ الرهن من العقود اللازمة من طرف الراهن و كذا تجرى المعاطاة في القرض.

و قد يستشكل جريان المعاطاة في الضمان لِأَنَّ انتقال الدين من ذمّة إلى أخرى لا يمكن أن يتحقق بالفعل الخارجي.

و يرد عليه: كما يمكن أن ينتقل المال في البيع بالمعاطاة كذلك يمكن انتقال الدين، و لا فرق في الانتقال في عالم الاعتبار بين العين و الدّين فكما يمكن الانتقال بالمعاطاة في العين فكذلك يمكن في الدين.

و أمّا جريان المعاطاة في النكاح: فَقَدْ يتوهم عدم جريانها فيه لِأَنَّ الفعل فيه ملازم لضده و هو الزنا و السفاح، بل هو مُضادٌّ له حقيقةً و من الواضح أنّه لا يمكن إنشاء شيءٍ

تنبهات المعاطاة، الخامس: جريان المعاطاة في جميع العقود وبعض الإيقاعات. . . . ١٠٣
من الأمور الإنشائية بضده.

و دفعه: الزنا عند العرف غير النكاح و الزواج سواء كان انشاءه بالقول أو الفعل، و
الزنا يكون قسيمة، لو قَصَدَ الزوجان النكاح و أنشأه بالفعل لا بالقول، تحقّق الزوجية، و
الوطي بعدها ليس من الزنا.

و من هنا ظهر جواب تسبّب الوطي للنكاح و الإشكال فيه بأنّ الوطي يحتاج إلى
سبب محلّل له، فلو كان سبباً لحلّيّة نفسه لزم إتحاد السبب و المسبب في مرتبة واحدة مع
امتناع تأثير الشئ في نفسه.

و أما جوابه: فَإِنَّ الزَّوْجَيْنِ يَقْصِدَانِ النِّكَاحَ بِالْفِعْلِ ثُمَّ يَتَحَقَّقُ وَ مِنْ بَعْدِهِ يَقَعُ الْوَطِي
و من أين لزم إتحاد السبب و المسبب؟ هذا أولاً.

و ثانياً: امتناع إتحاد السبب و المسبب و امتناع تأثير الشئ في نفسه في عالم التكوين
تام و أمّا عالم الاعتبار غيره، و ما هو ممتنع في عالم التكوين يمكن وقوعه في عالم الاعتبار،
لأنّهما عالمان بينهما بون بعيد و لكل واحد منهما قوانينه و قياس أحدهما بالآخر مع الفارق و
عَئِزٌّ سَدِيدٌ.

و ثالثاً: على القول بالاتحاد بين السبب و المسبب و على القول بصحة قياس العالمين
يمكن أن يجاب عن الإشكال بعدم الاتحاد لأنّ السبب هو الوطي و المسبب هو الحلية فلم
يلزم إتحاد السبب و المسبب، و لا تأثير الشئ في نفسه. كما عن المحقّق الإصفهاني^(١) و له
أجوبة أخرى لهذا الإشكال إن شئت فراجع حاشيته على المكاسب^(٢).

و يمكن ان يستدل لجريان المعاطاة فيه بخبر عبدالرحمن بن كثير المرزوي في الكافي

(١) حاشية المكاسب ١/١٨٤.

(٢) حاشية المكاسب ١/١٨٧-١٨٤.

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى عمر فقالت: إنِّي زينتُ فطهرني، فأمر بها أن ترحم، فأخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام، فقال: كيف زينتِ؟ فقالت: مررتُ بالبادية فأصابني عطش شديد فاستسقيت أعرابياً فأبى أن يسقيني إلا أن أمكّنه من نفسي، فلما أجهدني العطش و خفتُ على نفسي سقاني، فأمكنته من نفسي، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: تزويج و ربّ الكعبة ^(١).

بتقريب: حمل أمير المؤمنين عليه السلام فعلها على التزويج بحيث لما اشتدّ عطشها رضيت بالنكاح فصار مهرها الماء الذي به دفعت عطشها، و مدّته دفعة واحدة فهذا نكاح موقت بالمهر المعلوم و دفعة واحدة و قد جرى بالفعل و المعاطاة لا القول و الصيغة.

و حمل الرواية على الاضطرار خلاف ظاهرها لأنّ أمير المؤمنين عليه السلام لم يحمل عملها على الاضطرار بل حمله على النكاح. و القول بحمله على الاضطرار تصحيحاً لما ورد من الأمر بالرجم، لا يتم لأنّ أمره - و هو الثاني - ليس بفقيه و كلّ الناس أفقه منه أو أعلم على حدّ تعبيره ^(٢). لأنّ الرجم لا يتم إلا إذا كانت الزانية ذات بعل فحينئذ لا يتم نكاحها فعليه لا بدّ من حملها على الاضطرار. و قد ظهر ممّا ذكرنا جوابه بأنّ أمير المؤمنين عليه السلام حمله على النكاح لا الاضطرار. مع أنّ الاضطرار أيضاً يمكن أن يرفع به الذنب و الحد من جانب المرأة فقط.

فالرواية تدل على جواز النكاح المعاطاتي بل وقوعه ولكن سندها ضعيف بعلي بن حسان و هو مشترك بين الواسطي الثقة و الهاشمي مؤلّاهم المرمي بالكذب و الوقف، و

(١) الكافي ٤٦٧/٥، ح ٨.

(٢) سنن البيهقي ٢٣٣/٧؛ الدر المنثور ١٣٣/٢؛ الكشاف ٤٩١/١ ذيل آية ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج و اتيتم أحديهنّ قطاراً﴾ من سورة النساء / الآية ٢٠؛ و نقل عنهم العلامة السيّد مرتضى الفيروز آبادي في كتابه «السبعة من السلف» ٨٨/ و ما بعده.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة..... ١٠٥

كلاهما ينقلان عن عبدالرحمن بن كثير - وهو كان عمّ الهاشمي - وقد يقال: بضعفه أو مَجْهُوْلِيَّتِهِ ولكن قال الوحيد في شأنه: «رواية الأجلء الثقات كتبه تشهد على الاعتماد بل الوثاقه» وله أكثر من أربعين رواية في الكتب الأربعة.

فإن ذهبنا إلى أنّ المراد بعلي بن حسان هو الواسطي - لا الهاشمي - وإلى اعتبار عبدالرحمن بن كثير كما عليه الوحيد، صار سَنَدُهَا مُعْتَبَرًا ولكن في الجميع نظر بيّن. و الذي يسهّل الخطب وجود الإجماع بين الأصحاب من عدم تحقّق النكاح المعاطاتي و أنّه لا يتحقّق إلا بالصيغ الخاصّة المتداولة بين المُتَشَرِّعَةِ و يلحق بالنكاح، الطلاق فإنّه أيضاً لا يتحقّق إلا بالقول و الصيغ الخاصّة و كذا الظهار و الإيلاء و اللعان. فيظهر ممّا ذكرنا جريان المعاطاة في جميع العقود و الإيقاعات إلا ما خرج بالدليل.

السّادس: ملزمات المعاطاة

قد مرّ أنّ المعاطاة - في المعاملات التي أصلها اللزوم - تدل على اللزوم و - في المعاملات التي أصلها الجواز - تدل على الجواز فلا فرق بين الأثيان بالمعاملة وإجرائها بالقول و الصيغة بها وإجرائها بالفعل و المعاطاة، و على هذا فنحن في فسحة عن هذا المبحث - أي ملزوماتها -.

وأما إذا ذهب أحد إلى القول بالجواز في المعاملات المعاطاتية - كما لعلّه هو المشهور - فسوف يأتي هذا البحث و يجري القول في ملزوماتها.

ثم ذهب الشيخ الأعظم أولاً إلى تأسيس الأصل في المقام و قال: «إنّ الأصل على القول بالملك اللزوم... و أمّا على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم»^(١).

لأنَّه يُؤَدَّى أَقَام ثمانية أَوْجُهُ^(١) تدل على اللزوم على القول بالملك وحيث أغمضنا الكلام عنها هناك نبحثها هنا تكميلاً للفائدة باختصار:

١- الاستصحاب

بتقريب: أن كل واحد من المتعاطيين ملك الآخر ماله بالمعاطاة، ثم يشك بخروج المال عن ملك أحدهما برجوع صاحبه، فيستصحب بقاء الملك الحادث بالمعاطاة وهذه عبارة أخرى عن اللزوم في المعاملات.

و قد استشكل على هذا الاستصحاب الشخصي بوجهين:

الأوّل: عدم اتحاد الْقَضِيَّتَيْنِ المتيقنة والمشكوكة في هذا الاستصحاب لأنّ المتيقنة منهما هي القدر المشترك بين فردي الملك: اللازم والجائز، والمشكوكة منهما هي الفرد المعين أيّ الملك اللازم، فاليقين تعلّق بالقدر المشترك بين فردي الملك، والشك تعلّق بحدوث فرد معيّن وهو الملك اللازم. ومع عدم اتحاد القضيتين لا يجري الاستصحاب.

الثاني: وجود أصل حاكم على هذا الاستصحاب - على فرض جَرِّ يانِه - وهو اسْتِصْحَابُ بَقَاءِ الْعَلَاقَةِ التي أثارها جواز الرجوع بين المالك الأوّل وماله ومع جريان هذا الاستصحاب فلا مجال لجريان استصحاب ملكيّة المالك الثاني.

و بعبارة أخرى: مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التي له فحينئذ يجوز له الرجوع فيها وهذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المقتضي لِللُّزُومِ.

ثمّ أجاب عن الاشكال الأوّل بوجهين:

الأوّل: نمنع انقسام الملك إلى قسمين و تنوّعه بنوعين وهما الملك المترلزل و الملك المستقر لطبيعة الملك لكي يجري الاستصحاب في الكلّي وهو القدر المشترك بينهما. بل نجرى

تنبهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - الاستصحاب ... ١٠٧

الاستصحاب في الشخص و هو الملكية التي هو اضافة خاصة بين المالك و المملوك، و التزلزل و الاستقرار ينشأان من حكم الشارع على الملك بزواله برجوع المالك الأوّل و عدمه. فحينئذ اللزوم و الجواز حكمان للملك و ليسا منوعين له.

و الوجه فيه لأنّ المنشأ في العقود اللازمة و الجائزة كلاهما أمرٌ واحدٌ و هو إضافة الملكية التي هي أمر بسيط شخصي. و استقرار الملك أو تزلزله حكمان شرعيان للملك يستندان إلى حكم الشارع بجواز الرجوع و عدمه الناشي في اختلاف السبب المملّك. و لا يستندان إلى المالك بوجه بحيث يكون الخيار بيده.

الثاني: يجرى الاستصحاب حتّى على القول بأنّه كلّيّ، لجريان الاستصحاب في القسم الثاني من أقسام الكلّي على المشهور الذي موردنا يحسب منه، و هو عبارة عن العلم بوجود الكلّي في ضمن أحد فردين: أحدهما معلوم الارتفاع و الآخر محتمل الحدوث و لكنّ الأثر مُتَرَتَّبٌ على الجامع بين الفردين لا على خصوصيتهما الفرديان، نحو: إذا علم بنجاسة مردّدة بين البول و الدم فإنّه بعد العُسل مرّة يشك في بقاء النجاسة: فيستصحب بقاء النجاسة.

و في ما نحن فيه: أيضاً لا نستصحب الأفراد و هما اللزوم و الجواز الحاصلان من الملك، بل نستصحب الجامع بينهما و هو استصحاب كلّى الملك و بعد جريانه نحكم باللزوم. لم يجب الشيخ الأعظم عن الإشكال الثاني هنا - في بحث البيع - ولكن طرح الإشكال في اوائل بحث الخيارات و أجاب عنه بقوله: «إن أريد بقاء علاقة الملك أو علاقة تتفرع على الملك، فلا ريب في زوالها بزوال الملك.

وإن أريد بها سلطنة إعادة العين في ملكه، فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك، و إنّما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل، فإذا فُقد الدليل فالأصل عدمها.

وإن أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع، فإنّها تستصحب عند الشك فيصير

١٠٨ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

الأصل في البيع بقاء الخيار، كما يقال: الأصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف، في مقابل مَنْ جعلها لازمة بالتصرف، ففيه: - مع عدم جريانه فيما لا خيار في المجلس، بل مطلقاً بناءً على أنّ الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم ﴿أوفوا﴾ لا الاستصحاب - أنه لا يجدي بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم^(١).

و يجيب عن الإشكال الثاني بوجوه أُخر:

الأول: العلاقة الموجودة بين المالك وماله ليست إلا العلاقة المالكية وأما غيرها فمن أوّل الأمر ثبوتها محلّ ترديد.

الثانيّة: العلاقة الموجودة ليست إلا الإضافة المالكية بين المالك وملكه و هذه قد ارتفعت قطعاً بنقل المال إلى غيره، و لم تكن هناك إضافة أُخرى حتّى تستصحب ليكون حاكماً على أصالة اللزوم، فالشك حينئذٍ في حدوث علاقة جديدة للمالك الأوّل بعد الفسخ - لا في بقائها - و الأصل عدمها.

الثالثة: العقد الخياري يوجب بسبب الخيار أن يحدث علاقة لذي الخيار فهو مالك لأن يملك، لا أن العلاقة الأولى باقية له، كما ذكره المحقق النائيني^(٢).

الرابعة: ان كان المراد من العلاقة هي جواز رجوع المالك السابق إلى العين و استرجاعها من الآخذ بالمعاطاة فلا ريب في أنّ ذلك لم يكن موجوداً سابقاً و أنّه مشكوك الحدوث فعلاً، فالأصل يقتضي عدمه دون بقائه.

الخامسة: وإن كان المراد منها أنّ الملكية الثابتة للمالك لها مراتبُ شتّى التي لم يعلم

(١) المكاسب ٢٣/٥ و ٢٢.

(٢) منية الطالب ١/١٤٤.

تنبهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - الاستصحاب ... ١٠٩

زوال جميعها بالبيع المعاطاتي، بل من المحتمل أن الملكية إذا زالت بحدّها الأقوى بقيت منها
المرتبة الضعيفة.

فيرد عليه: الملكية الاعتبارية ليست مشكّكة وليست ذات مراتب، لأنّ اعتبار أئمة مرتبة
منها مغايرة لاعتبار مرتبتها الأخرى. فحينئذ إذا زال المرتبة الأقوى ثبوت مرتبة أخرى
منها تحتاج إلى دليل وهو مفقود.

السادسة: وإن كان المراد منها هو بقاء سلطنة المالك و قدرته على التصرف في العين
لأنّ الملكية والسلطنة أمران مُتغايران ويمكن تفكيك أحدهما عن الآخر كما في المحجور بقي
ملكه من دون السلطنة وفي الولي والوصي لهما السلطنة على أشخاص أو أموال من دون
الملك، فعلى هذا أنّ المتيقن هو سقوط الملكية وأما السلطنة للمالك فزوالها مشكوك فيه
فتستصحب.

و يرد عليه: نعم يتغاير الملكية عن السلطنة ولكن تغايرهما من قبيل تغاير الحكم
و موضوعه لأنّ الملكية موضوع للسلطنة و إذن قندور السلطنة مدار موضوعها - أي
الملكية - و على هذا لا يجري استصحاب بقاء السلطنة لعدم اتحاد الْقَضِيَّتَيْنِ المتيقنة و
المشكوكة، لأنّ المتيقنة منهما أنّها هي السلطنة المترتبة على المكية والمشكوكة منهما أنّها هي
السلطنة العارية عن الملكية فلا يجري استصحاب السلطنة. و من المعلوم أنّ انفكاكهما في
الموارد الخاصة لوجود دليل خاص و نص معتبر. كما يظهر من ألسيد المحقق الخوئي (١) رحمته الله.

(١) مصباح الفقاهة ١٣٦/١ و ١٣٥.

٢- حديث السلطنة

و هو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ النَّاسَ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ.^(١)

مقتضى الجمع الوارد على الجمع هو عموم السلطنة لكلِّ مالكٍ على ماله، فيجوز له جميع أنحاء التصرفات المجرّزة شرعاً في ماله، ومنع سلطنة غير المالك عنه، فحينئذ الخبير متضمن لعقدين:

أ: العقد الإيجابي: وهو سلطنة المالك على ماله بجميع أنحاء السلطنة و التصرف، ولكن نعلم من الخارج تقييده بالشرعية المقدسة.

ب: العقد السلبي: وهو نفي سلطنة الغير عن ماله بأيِّ نحو كان، وهذا الأخير يخرج من عموم الأوّل، و العقد الإيجابي لا يكون تامّاً حتّى يلحقه العقد السلبي، أي أنّ تصرّفات المالك لا تكون تامة إلاّ أن يُلحَقَها نفي تصرفات الغير.

و على هذا الأساس عموم سلطنة المالك على ماله ينفي سلطنة الغير عن ماله فحينئذ يدلُّ على عدم نفوذ رجوع الغير أي المالك الأوّل السابق. لأنّ المال الآن للمالك الأخير و السلطنة عليه تختص به لا بالأوّل، فعموم السلطنة يدلُّ على اللزوم و عدم نفوذ رجوع المالك الأوّل.

و قد يناقش في دلالة عموم السلطنة أو إطلاقها على اللزوم بوجوه:

الأوّل: ما يظهر من المحقق الخراساني من أنّ الرواية في مقام بيان عدم محجورية المالك لا في نفوذ جميع تصرفاته فلا يتم التمسك بها لأجل إثبات لزوم المعاملة، قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «...» حيث أنّه مسوق لبيان سلطنة المالك و تسلّطه، قبلاً لحجره، لا لبيان تشريع أنحاء السلطنة، كي يجدي فيما إذا شك في تشريع سلطنته فلا يجوز التمسك به على صحة معاملة خاصة و

(١) عوالي اللآلي ٤٥٧/١، ح ١٩٨ و نقل عنه في بحار الأنوار ٢٧٢/٢، ح ٧ (١/٣٥٨).

تنبهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - حديث السلطنة . ١١١

جواز تصرف خاص مع الشك فيهما شرعاً، فافهم»^(١).

و تبعه في هذه المناقشة المحقق السيّد الخوئي حيث يقول: «... أن دليل السلطنة يتكفل ببيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعة و عدم كونه محجوراً عن التصرف في تلك الجهات و ليس لغيره أن يزاحمه في ذلك، و عليه فشان دليل السلطنة شأن الأوامر المسوقة لبيان أصل الوجوب من غير نظر فيها إلى تعيين الواجب من حيث الكم و الكيف. و على الجملة: أن دليل السلطنة لا يدل على استقلال الملاك في التصرف في أموالهم من جميع الجهات بحيث لو منع الشارع عن التصرف فيها من ناحية خاصة كان ذلك مخصصاً لعموم الحديث...»^(٢).

و يرد عليهما: إنّه لا قصور في عموم الناس و لا في إطلاق السلطنة و مقتضى مقابلة الجمع بالجمع أن يكون كلّ أحد مسلطاً على ماله بأيّ نحو من أنحاء السلطنة و منها: منع الغير عن التصرف في ماله كما عن المحقق النائيني^(٣).

الثاني: سلطنة المالك لا تُنافي الخيار بناءً على كونها مُتعلّقةً بالعقد لا بالعين، فصاحب الخيار يفسخ العقد - أي حلّه - و لازمه إرجاع العين، فحينئذ لا يكون الفسخ تصرفاً في ملك الغير حتّى يكون منافياً مع عموم سلطنته.

و يرد عليه: تعلق الخيار بالعقد و حلّه لا بالعين - حتّى على القول به - يرجع بالمآل إلى التصرف بالعين لأنّ تعلقه بالعقد طريقي لا موضوعي، أيّ تعلق الخيار بالعقد و حلّ العقد به يصير طريقاً إلى استرجاع العين و التصرف فيه، و حقّ استرجاع العين يستلزم أن تكون سلطنة المالك ناقصة، لأنّه ينجرّ إلى التصرف في العين - و بعموم السلطنة وإطلاقها

(١) حاشية المكاسب / ١٢ للمحقق الآخوند الخراساني.

(٢) مصباح الفقاهة ١٠٢/٢ - و نحوها فيه ١٣٧/٢.

(٣) منية الطالب ١٥٤/١.

تنفي هذا الحقّ كما ذكره المحقّق النائيبي^(١).

الثالث: إنّ التمسك بهذه الرواية لأجل إثبات اللزوم في المعاطة على القول بالملكية فيها يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لذلك العام، لأنّ مع الشك في تأثير الفسخ يشك في بقاء أصل الملكية، فالتمسك بها في إثبات الملكية يكون من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

و بعبارة أخرى: إذا شك في لزوم معاملة أو جوازها وفسخ أحد المتعاملين فحينئذ يشك في جواز تصرفات المالك لاحتمال تأثير الفسخ ورجوع المال عمّا انتقل إليه إلى ما انتقل عنه واثبات اللزوم و نفوذ تصرفات المالك بعموم دليل السلطنة أو إطلاقها تمسك بالعام في الشبهة المصدقية لذلك العام.

و يرد عليه: نعم، التمسك به في الشبهات الموضوعية تمسك بالعام في الشبهة المصدقية فإذا شك في عقد بين البيع والهبة لا يمكن القول باللزوم بعموم دليل السلطنة، لاحتمال كونه من مصاديق ما ثبت فيه شرعاً سلطنة غير المالك على ملك المالك إذا كان العقد في الشريعة من العقود الجائزة، بخلاف الشبهة الحكمية والفرق بينهما واضح فإنّ مرجعها إلى الشك في أصل التخصيص في الشبهة الحكمية، وإلى الشك في مصداق المخصص إذا كانت الشبهة مصدقية.

و بعبارة واضحة: نفرض أنّين، أحدهما أنّ يقع فيه الفسخ والآخر أنّ يقع فيه التصرف بعد الفسخ في العين المرتجعة، ومن الواضح أنّ الشك يقع في الآن الثاني وفي جواز تصرفات المالك فيه أم لا؟ والشك ناشٍ من نفوذ الفسخ من المالك السابق و عدم نفوذه، ولكن ببركة عموم السلطنة يحكم بجواز تصرفات المالك في العين المرتجعة فإذا جاز تصرفه

(١) منية الطالب ١/١٥٤، المكاسب و البيع ١/١٧٨.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - حديث السلطنة . ١١٣
لم يؤثر الفسخ و يحكم بالزوم ولكن هذا إذا كانت الشبهة حكمية بحيث نشك في أصل
وجود التخصيص و الأصل عدمه، ولكن إذا كانت الشبهة مصداقية يقع الشك في مصداق
المخصص و عموم الدليل لا يتمكن من تعيين مصداق مخصصه.

الرابع: ما ذكره المحقق الإصفهاني بقوله: «إنّ المنفى بالالتزام هي السلطنة المنافية
لسلطنة المالك على جميع التصرفات الواردة على المال، دون غيرها من أنحاء السلطنة، مثلاً
سلطنة المالك على بيع ماله تنافي سلطنة الغير على اشتراؤه منه بدون اختياره و ليس سلطنة
الغير على الرجوع سلطنة على تملك المال على حدّ سلطنة الشفيع على تملك مال المشتري
ببذال الثمن لتكون مزاحمة لسلطان المالك، بل سلطنة على الرد و الاسترداد، فهو في الحقيقة
سلطنة على إزالة الملكية، و المالك له السلطان على الملك لا على الملكية، فكما ليس له
السلطنة على إزالة الملكية ابتداءً، كذلك ليس له السلطنة على إبقاء الملكية، حتّى تكون
سلطنة الغير على إزالتها مزاحمة لها»^(١).

حاصل إشكاله يرجع إلى الفرق بين السلطنة على الملك التي أثبتتها الحديث و
السلطنة على الملكية التي هي خارجة عن مدلول الحديث، لأنّ مقتضى ترتب السلطنة على
أموالهم - أي الملك - تأخرها رتبة عن إضافة الملكية و سلطنتها تأخر كلّ حكم عن
موضوعه و هذه إضافة الملكية و سلطنتها أيضاً متأخرة عن العقد المملّك أو المعاطاة، و
حيث أن نسبة الفسخ إلى العقد نسبة الرفع إلى المرفوع فلو فسخ المالك الأصلي كان مقتضاه
إعدام العقد أو انحلاله الموضوع لإضافة الملكية الموضوع للسلطنة، فظهر مما ذكرنا أنّ فسخ
العقد يتقدّم على السلطنة الملك برتبتين و على السلطنة الملكية برتبة واحدة فلا معنى لتأثير
سَلْطَنَةِ المَلِكِ في الفسخ الذي يتقدّم عليه برتبتين و لا حتّى تأثير السلطنة الملكية عليه لأنّ

(١) حاشية المكاسب ١/١٣٩.

الفسخ يتقدّم عليه برتبة واحدة لاستحالة تكفل الحكم بإبقاء موضوع نفسه و لاستحالة تأثير الحكم في أمر متقدّم عليه برتبة أو رتبتين على موضوع نفسه.

ولكن يرد عليه: أوّلاً: نحن لا نفرق بين السلطنة على الملك و الملكيَّة، لأنّ سلطنة المالك على ملكه تكفي في كونه سلطاناً على إبقائه وإزالته من غير احتياج إلى السلطنة على الملكيَّة، و على فرض تعددهما أنّ السلطنة على الملك بما هو ملك سلطنة على الملكيَّة أيضاً فإزالة ملكيته من غير اختياره من أوضح مراتب المزاحمة لسلطنته و عموم حديث السلطنة أو إطلاقها ينفىها.^(١)

و ثانياً: حديث تعدد الرتبة على فرض صحتها أجنبي عن الاستظهار العرفي المعوّل عليه في الخطابات الشرعية فلا ينظر إليها.

و ثالثاً: على فرض صحة الفسخ بالمآل ينافي سلطنة المالك الفعلي على المال و لذا يُنفىه عموم حديث السلطنة أو إطلاقه.

و رابعاً: قد مرّ مراراً عدم سراية القوانين الحاكمة على عالم الكون إلى عالم التشريع و الجعل و الاعتبار، و الاعتبار سهل المؤنة يكفي في صحته عدم اللغوية، و ما قرّره المستشكل يختص بعالم التكوين لا الاعتبار.

هذا كلّه بالنسبة إلى المناقشات الواردة في دلالة الحديث و جواباتها.

و أمّا سنده: فهذه الرواية لم تذكر في كتبنا إلا على نحو الإرسال فسندها ضعيف.

قد يقال: بانجبار ضعف سندها بعمل المشهور من فقهاءنا على طبقها و إرسالهم إليها في كتبهم الاستدلالية إرسال المُسلّمات حتّى جعلوا مفادها من القواعد الفقهيّة المسلّمة عندهم و قد تمسك بها أساطين فقه الشيعة:

(١) لتفصيل هذا الجواب راجع كتاب البيع ١٠٧/١ للمحقّق الخميني رحمته الله.

تنبهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - حديث السلطنة . ١١٥

فَقَدْ قَالَ الْمُحَقِّقُ فِي قَرْضِ الشَّرَائِعِ: «الْقَرْضُ يُمْلِكُ بِالْقَبْضِ لَا بِالتَّصْرِيفِ، لِأَنَّهُ فَرَعٌ الْمَلِكِ فَلَا يَكُونُ مَشْرُوطاً بِهِ، وَهَلْ لِلْمُقْرِضِ أَنْ تَجَاعَهُ؟ قِيلَ: نَعَمْ، وَلَوْ كَرِهَ الْمُقْتَرِضُ، وَقِيلَ: لَا، وَهُوَ الْأَشْبَهُ، لِأَنَّ فَائِدَةَ الْمَلِكِ التَّسَلُّطُ»^(١).

وَقَالَ تَلْمِيذُهُ وَابْنُ أَخْتِهِ الْعَلَّامَةُ فِي بَيْعِ التَّذَكُّرَةِ: «يَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ مَا فِيهِ مَنَفَعَةٌ لِأَنَّ الْمَلِكَ سَبَبٌ لِإِطْلَاقِ التَّصْرِيفِ، وَالْمَنَفَعَةُ الْمُبَاحَةُ كَمَا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهَا فَيُبَاحُ لغيره بذل ماله فيها توَصُّلاً إِلَيْهَا وَدَفْعاً لِلْحَاجَةِ بِهَا، كَسَائِرِ مَا أُبِيحَ بَيْعُهُ وَسِوَاهُ أَجْمَعِ عَلَى طَهَارَتِهِ كَالثِّيَابِ وَالْعَقَارِ وَبَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ وَالْخَيْلِ وَالصِّيُودِ أَوْ مُخْتَلِفاً فِي نَجَاسَتِهِ كَالْبُغْلِ وَالْحِمَارِ وَسَبَاعِ الْبَهَائِمِ وَجَوَارِحِ الطَّيْرِ الصَّالِحَةِ لِلصَّيْدِ كَالْفَهْدِ وَالصَّقْرِ وَالْبَازِيَّ وَالشَّاهِينَ وَالْعَقَابَ، وَالطَّيْرَ الْمُقْصُودَ صَوْتَهُ كَالهَزَارِ وَالْبَلْبِلِ، وَهَذَا هُوَ الْأَقْوَى عِنْدِي، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ»^(٢).

وَقَالَ فِي بَحْثِ كَيْفِيَةِ الْأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ: «يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِيِ التَّصْرِيفُ فِي الشَّقِصِ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَهُ الشَّفِيعَ وَقَبْلَ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ فَإِذَا تَصَرَّفَ صَحَّ تَصَرُّفُهُ لِأَنَّ مَلِكَهُ بِالْعَقْدِ إِجْمَاعاً وَفَائِدَةً الْمَلِكِ اسْتِبَاحَةَ وَجْهِ الْاِنتِقَاعَاتِ وَصَحَّ قَبْضُ الْمُشْتَرِيِ لَهُ، وَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنَّ الشَّفِيعَ مَلِكٌ عَلَيْهِ أَنْ يَمْلِكَ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ تَصَرُّفَهُ كَمَا لَوْ كَانَ الثَّمَنُ مَعْيِياً فَتَصَرَّفَ الْمُشْتَرِيِ فِي الْمُبِيعِ. وَكَذَا الْمَوْهُوبُ لَهُ إِذَا كَانَ الْوَاهِبُ مَمَّنَّ لَهُ الرَّجُوعَ فِيهَا، فَإِنَّ تَصَرُّفَهُ يَصَحُّ وَإِنْ مَلِكُ الْوَاهِبِ [الرَّجُوعَ] فِيهَا...»^(٣).

وَقَالَ فِي قَرْضِ الْمُخْتَلَفِ: «مَسْأَلَةٌ: قَالَ الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوطِ^(٤) وَالْخِلَافِ^(٥): يَجُوزُ لِلْمُقْرِضِ أَنْ

(١) الشرائع ٦٢/٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٣٣/١٠، مسألة ١٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٥١/١٢، مسألة ٧٤٠.

(٤) المبسوط ١٦١/٢.

يرجع في عين القرض. وقال ابن ادريس: ليس له ذلك إلا برضى المقرض^(٦). وهو الأجود لنا: أنه ملكه بالقرض و القبض، فلا يتسلط المالك على أخذه منه لانتقال حقه إلى المثل أو القيمة. واحتج الشيخ بأنه كالهبة. والجواب: المنع من المساواة بين المسألتين^(٧).
وبالجملة: حديث السلطنة يدلُّ على لزوم و تمت عندنا دلالتُّه و يجبر ضعف سنده
بالشهرة، و الحمد لله.

لا يقال: إنهم لم يذكروا تمسكهم بحديث السلطنة فمن الممكن أنهم تمسكوا بالقاعدة المقبولة عند العقلاء من ذهابهم إلى أن حق السلطنة على المال للمالك.
لأننا نقول: إنهم تمسكوا باطلاق السلطنة و الاطلاق لا يستفيد إلا من الحديث و الدليل اللفظي لأن ليس للقاعدة المقبولة عند العقلاء إطلاقاً لأنها دليل لبي فلا يجوز التمسك بإطلاقها أي ليس لها إطلاق أصلاً و حيث أنهم تمسكوا بإطلاق السلطنة فهم يتمسكون بحديث السلطنة.

٣- حديث لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه

قد وردَ مضمون هذا الحديث في عدَّة من الروايات:

منها: موثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه^(٨).

(٥) الخلاف ١٧٧/٣، مسألة ٢٩٩.

(٦) السرائر ٦٠/٢.

(٧) مختلف الشيعة ٣٩٢/٥.

(٨) وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - حديث لا يحل مال امرئٍ . ١١٧

و نحوها صحيحة أبي اسامة زيد الشحام^(١).

و منها: التوقيع الشريف المرويُّ بسند صحيح عن الناحية المقدسة وفيه: و أمّا ما سألت عنه من أمر الضياع التي لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها، و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتساباً للأجر و تقرباً إليكم؟ فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحلّ ذلك في مالنا؟! من فعل شيئاً من ذلك لغير أمرنا فقد استحلّ منّا ما حرم عليه و من أكل من مالنا شيئاً فإنّما يأكل في بطنه ناراً و سيصلى سعيراً^(٢).

و منها: خبر محمّد بن زيد الطبري قال: كتب رجل من تجار فارس من بعض موالي أبي الحسن الرضا عليه السلام يسأله الإذن في الخمس، فكتب إليه: بسم الله الرحمن الرحيم، إنّ الله واسع كريم ضمن على العمل الثواب و على الضيق الهَمّ، لا يحلّ مال إلا من وجه أحلّه الله، إنّ الخمس عوننا على ديننا و على عيالاتنا و على أموالنا، الحديث^(٣).

و منها: مرسلة ابن شعبة الحراني رفعه عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنّه قال في خطبة الوداع: أيها الناس، إنّما المؤمنون إخوة و لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه^(٤).

و منها: مرسلة ابن أبي جمهور الأحمسيّ رفعه عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنّه قال: المسلم أخو المسلم، لا يحلّ ماله إلا عن طيب نفسه.

و عنه صلى الله عليه وآله قال: لا يحلبن أحدكم ماشية أخيه إلا بإذنه^(٥).

(١) وسائل الشيعة ١٠/٢٩ ح ٣، الباب ١، من أبواب القصاص في النفس.

(٢) وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

(٣) وسائل الشيعة ٥٣٨/٩، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح ٣.

(٥) مستدرک الوسائل ٣٣١/٣، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصل.

و هذه الروايات تدلُّ على حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه و فيها الصحيحة والموثقة ولكن خصوص ما ذكره الشيخ الأعظم من الرواية لم أقف عليه في كتب الحديث و كأنه نقل المضمون أو المعنى.

و أمَّا دلالتها: فإنَّ الروايات تدلُّ على سبب حلِّيَّة التصرف في مال الغير هو طيب نفسه و رضاه - أى طيب نفس مالكة و رضاه - و لم يجز للغير التصرف فيه إلا بإذنه و رضاه، فلا يجوز للغير أن يتملك ذلك المال بدون إذن مالكة و رضاه حيث أن تملكه كذلك مُنافٍ لانحصار سبب الحلِّ في الرضا و الإذن.

و بلا فرق بين ذلك الغير أنه المالك السابق أو غيره فحينئذ انحصار سبب الحلِّ في رضا المالك و إذنه يكشف عن عدم نفوذ فسخ المالك السابق لأنَّ الفسخ و الرجوع تصرف في مال الغير و كلَّ تصرفٍ غير مشروط برضا المالك أو إذنه ممنوع شرعاً فلا ينفذ فسخه و هذه عبارة عن لزوم الملك.

توهم: موضوع الحرمة هو مال الغير و مادام هذا الموضوع محققاً ثبتت الحرمة و إذا انتفى انتفت الحرمة لأنَّ الحكم لا يتعرض لموضوعه نفيّاً أو إثباتاً فحينئذ التمسك بهذه الأحاديث على لزوم المعاطاة تمسك بالعام في الشبهة المصدقية لذاك العام، لأنَّ بعد الرجوع و نفوذه من المالك الأوَّل لا يبقى موضوع لمال الغير حتَّى يتمسكَ بحديث لا يحلُّ مال الغير. دفعه: ظهر ممَّا ذكرنا في حديث السلطنة^(١) لدفع هذا الاشكال من جواز التمسك بالعام في الشبهات الحكمية لذاك العام لأنَّه يرجع بالمآل إلى الشك في أصل التخصيص و الأصل عدمه و ما نحن فيه من هذا القبيل، لا من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لذاك العام. هذا أوَّلاً.

(١) الاشكال الثالث في حديث السلطنة.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - حديث لا يحل مال امرئٍ . ١١٩

و ثانياً: الحليّة في مال الغير منوطٌ بطيب نفسه أعني رضاه وإذنه و حيث أنّ جواز التصرف في مال الغير منوط برضاه وإذنه فقط و على الفرض لا يرضى المالك لغيره بالفسخ ولا يأذن فيه، فالفسخ لا ينفذ و يردّ.

و ثالثاً: عدم حليّة مال الغير يشمل تملكه أيضاً و لا معنى لحرمة التملك إلاّ فساده و عدم تأثيره في الملكية فصار مفاد الرواية أنّه لا يحلّ التصرف في مال أحدٍ و لا تملكه بأيّ سبب من الأسباب إلاّ بطيب نفسه كما عن المصباح^(١).

نعم، لأجل تمامية الاستدلال لا بدّ من التّدكير بأمر مهمّة:

الأوّل: أنّ المراد بالحلّ في الشريعة المقدسة أعني عدم وجود المانع الشرعي و لذا يمكن الذهاب و المضي فيه و هذا المعنى أعمّ من الوضع و التكليف مع وحدة المعنى، و المراد بالحرمة في الشريعة أعني وجود المانع الشرعي و لذا لا يمكن الذهاب و المضي فيها و لذا يشمل الوضع و التكليف معاً بالمعنى الواحد كما مرّ منّا هذا المبنى في البحث عن المكاسب المحرّمة.

الثانية: الحلّ إذا تعلّق بالمال ظاهر بالأعم من الوضع و التكليف و توهم الاختصاص بالتكليف فقط بمثل الأكل و الشرب و غيرهما من التقلّبات الحسيّة و المعاملية بلا ترديد فإذا جاز له ذلك، لم يجز لغيره إلاّ مع طيب نفسه و رضاه و إذنه. فحينئذ لا يتم إطلاق ما ذكره بعض الأعلام من أنّ الحلّ إذا أسند إلى الأعيان الخارجية يُراد منه الحلّ التكليفي فقط لأنّه من الممكن استفادة الحلية المطلقة أي التكليف و الوضع معاً بالمعنى الذي مرّ منّا بحيث لا يستلزم منه استعمال اللفظ في أكثر من معنى - و إن ذهبنا إلى جوازه في الأصول - كما إذا أسند إلى الأموال أو النساء أو غيرهما.

(١) مصباح الفقاهة ١٣٨/٢.

الثالثة: حذف المضاف في حديث «لا يحلّ مال أمرىء» أي لا يحلّ التصرف في مال أمرىء، قرينة على عمومية المضاف أيّ التصرف فحينئذ يشمل التصرف الخارجي و الاعتباري معاً، لأنّه لا يصح إطلاق عدم حلّيّة الذات إلا بملاحظة أنّ المنفي جميع الأمور و التقلبات من الحسيّة و الاعتبارية و المعاملية.

بعد وضوح هذه الأمور يظهر ما في إشكال السيّد السّيدي الحكيم و الخوئي عليهما السلام حيث يقول السيّد الحكيم: «هذا يتوقف على أن يكون المراد من الحلّيّة، الحلّيّة الوضعيّة ليكون موضوعها تصرفات الإعتبارية التي منها التملك، أمّا لو كان المراد منها الحلّيّة التكليفيّة كما هو الظاهر منها، و لا سيّما بقرينة السياق و المورد، إذ لم نعثر على المتن المذكور إلا على ما رواه سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام... اختصّت بالتصرفات الحقيقية مثل أكله و لبسه و نحوهما فلا تشمل التملك، و أمّا رواية تحف العقول... فضعيفة السند»^(١).

و فيه: مضافاً إلى مرّ من أعمية الحرمة للوضع و التكليف مع وحدة المعنى، و وجود التوقيع الشريف المروي بسند صحيح و فيه: «فلا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»^(٢) الظاهر في الأعم من الوضع و التكليف.

و يقول السيّد الخوئي: «... إذا أسند لفظ الحلّ إلى الأمور لاعتبارية كالبيع و نحوه أريد منه الحلّ الوضعي و التكليفي معاً، و إذا أسند ذلك إلى الأعيان الخارجية أريد منه الحلّ التكليفي فقط... و هكذا الحال في لفظ التحريم. و عليه فلفظ الحلّ في الرواية الشريفة إنّما نسب إلى المال و هو إمّا من الأعيان الخارجية أو من المنافع و على كلا التقديرين فلا معنى لحلّيّة ذلك إلا باعتبار ما يناسبه - كالتصرف - و إذن فيراد من حلّيّة المال حلّيّة التصرف

(١) نهج الفقاهة / ٨١ و ٨٠، طبع عام ١٤٢١، قم المقدّسة بتحقيق جواد القيومي الإصفهاني.

(٢) وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح ٧.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - حديث لا يحل مال امرئٍ . ١٢١
فيه... وعلى هذا فمعنى الرواية: أن الشارع المقدس لم يرخص في التصرف في مال امرئٍ إلا
بطيب نفسه، وإذن فهي أجنبية عما نحن فيه»^(١).

و فيه: قدمر أعمية الحرمة والحلّ للوضع والتكليف سيما إذا أسند إلى المال والنساء
و عمومية التصرف كما يظهر من حذف المضاف و وافقنا على هذا الإشكال شيخنا
الاستاذ عليه السلام فيما أوردّه على استاذّه وقال: «وجه الضعف ما ذكرنا من أن الظاهر من إضافة
عدم الحلّ إلى المال الذي من قبيل الأعيان تعلّقه بالتصرفات المتعارف، تعلقها به سواء
كانت حقيقية أو اعتبارية و مقتضى عدم الحلّ في الإعتباريات هو الوضع»^(٢).

و كذا يظهر ما في اشكالات المحقق الأردكاني حيث يقول: «... لكن يرد على هذا
الوجه من التمسك تارة: بأن الظاهر من لا يحلّ الحرمة التكليفية لا الوضعية فهي مختصة بغير
التملك، وأخرى: دعوى ظهور الرواية في تقدير التصرف بقريئة التصريح به في رواية «لا
يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره»، و ثالثة: يلزم منه الجمع بين إرادة الحكم التكليفي و
الوضعي في كلمة واحدة فالمراد من قوله عليه السلام: لا يحلّ، أحد الحكمين و قد تقدم ظهوره في
الأوّل»^(٣).

و الحاصل: تمامية الاستدلال على اللزوم بمضمون هذه الروايات على القول بالملك
في المعاطاة عندنا و الله العالم.

(١) مصباح الفقاهة ١٣٩/٢.

(٢) إرشاد الطالب ٥٨/٢.

(٣) غنية الطالب ٤٩/٢.

٤- قوله تعالى: ﴿و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ﴾^(١) تمسك الشيخ الأعظم بهذه الآية الشريفة مرتين تارة بالنظر إلى مجموع المستثنى و المستثنى منه و جعله الدليل الرابع. وأخرى استفاد اللزوم من المستثنى منه من دون انضمام الاستثناء و جعله الدليل الخامس.

تقريب الوجه الأوّل: الأكل في الآية الشريفة كناية عن التصرف و التملك كما هو الشائع في كل لغةٍ و في كلمات فصحاءها، فالآية تدلّ على عدم جواز تملك أموال الناس أو التصرف فيها بسبب من الأسباب الباطلة التي لم يَمْضُها الشارع - كالقمار و السرقة و الربا و غيرها - إلا أن يكون سبب الأكل و التصرف و التملك هو التجارة عن تراض فقط.

و لا فرق في استفادة انحصار سببية الناقل و المملّك للأموال في التجارة عن تراضٍ بين كون الإستثناء متصلاً - كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربية - فحينئذ تكون الباء للسببية و يصير مفاد الآية الشريفة عدم جواز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب الباطلة إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض، فيستفاد من الآية الشريفة حصر الأسباب الصحيحة في التجارة عن تراض.

و بين ان يكون الاستثناء منقطعاً فتصير الآية ظاهرة في بيان الكبريين الكليتين و هما حرمة تملك أموال الناس بالباطل، و نفوذ التجارة عن تراضٍ و صحتها فحينئذ لا بد من إحراز موضوع كل من الكبريين بالعرف حتى يترتب عليه حكمه الخاص. و لا يمكن اثبات الحصر في هذا الفرض بالقرينة المقامية و هي: أنّ الشارع في هذا المقام بصدد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و لا يذكر إلا التجارة عن تراض و لا ريب بأنّ الإهمال يضرّ بالمقصود فلا محالة يستفاد حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات في التجارة عن تراض.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - آية تجارة عن تراض ١٢٣

و على كلّ تقدير ينحصر السبب الناقل في الأموال بالتجارة عن تراض، وأمّا الرجوع من المالك السابق و فسخه فلا يدخل في التجارة لأنّها هي الإِعطاءُ و الأخذُ بقصد الاسترباح و من المعلوم إنّ المالك الأوّل حين رجوعه لا يُحصّل ربحاً بل إنّما يستردّ عين ماله.

و كذا لا يصدق على الرجوع و الفسخ عنوان التراضي لفرض عدم رضا المالك الفعلي به و إلاّ كان إقالة من الطرفين.

و على هذا الأساس مجموع المستثنى و المستثنى منه يدُلُّ على عدم جواز الرجوع و الفسخ من المالك السابق - أي عدم نفوذ فسخه - فتصير المعاملة لازمة. هذا بنظرنا القاصر. ولكن بنظر الشيخ الأعظم لا يتم هذا الاستدلال لأنّه قال في بحث الاختيار من شروط المتعاقدين مانصه: «... لأنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إمّا بمفهوم الحصر و إمّا بمفهوم الوصف، و لا حصر كما لا يخفى لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ، و مفهوم الوصف - على القول به - مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في ﴿ربائبكم اللاتي في حجوركم﴾^(١)...»^(٢).

فالشيخ الأعظم يرى الاستثناء منقطعاً لا يدُلُّ على الحصر فلا يتم الاستدلال على اللزوم على رأيه كما نتّه عليه الفقيه البيهقي^(٣).

و تبعه شيخنا الأستاذ^(٤) و قال: «... أنّ الاستثناء في الآية من قبيل الاستثناء المنقطع فلا يفيد حصراً حيث أنّ التجارة عبارة عن البيع و الشراء بقصد تحصيل الربح كما هو حال التجار في الأسواق، و التجارة بهذا المعنى لا تكون داخلة في عنوان الأكل بالباطل حتّى

(١) سورة النساء / ٢٣.

(٢) المكاسب ٣/ ٣٣١.

(٣) حاشية المكاسب ١/ ٣٦٠.

يعمُّها النهي لو لا ذكر الاستثناء. وبالجملة الآية متضمنة لحكم التملك بالباطل وأنه فاسد في الشرع و لحكم التملك بالتجارة و التراضي وأنه جائز، وأمَّا ساير المملكات التي لا تدخل في عنوان الأكل بالباطل بحسب بناء العقلاء كالهبة و الاجارة و الصلح و البيع و الشراء لا يقصد تحصيل الربح إلى غير ذلك فليست للآية دلالة عليها، و على ذلك فعدم كون الرجوع من التجارة و لا من التراضي لا يوجب الحكم بفساده»^(١).

أقول: إن تمت القرينة المقامية المدَّعاة سابقاً من أن الشارع في هذا المقام بصدد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و لا يذكر إلا التجارة عن تراض و من المعلوم أن الاهمال يضرُّ بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر و تم الاستدلال و يمكن دخول كثير من الأمور الاقتصادية في عنوان التجارة و لا ينحصر بالبيع الاسترباحي فقط و لكن تبعد تمامية القرينة عندنا.

و بعبارة أخرى: نحن نذهب إلى أن الاستثناء في الآية الشريفة منقطع - كما مرَّ منَّا في أوّل البحث عن الأدلة العامة في المكاسب المحرّمة^(٢) - ولكن العقد الثاني في الآية أي التجارة عن تراض أيضاً مطلق يشمل المعاطاة فيحكم بصحتها و لزومها، فالتمسك في هذه الاخيرة بالاطلاق اللفظي لا المقامي فتأمل.

و أمَّا التوهم السابق في تقريب الاستدلال بحديثي السلطنة و لا يحلّ من أن التمسك بهما يكون من مصاديق التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لذاك العام، لا يجري هنا لأنّ المستفاد من الآية الشريفة حصر سبب تملك أموال الناس في التجارة عن تراض و من المعلوم أن رجوع المالك السابق لا يصدق عليه التجارة - و لا عن تراض - فتدلّ بالدلالة المطابقية

(١) إرشاد الطالب ٥٩/٢.

(٢) راجع الآراء الفقهيّة ١٣/١.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة- لاتأكلوا أموالكم بينكم... ١٢٥

على عدم جواز أكل المال بهذا الرجوع أو الفسخ، أعني بطلانهما.
و على ما ذكرنا لا بد أن تكون عبارة الشيخ الأعظم هكذا: «و التوهم المتقدم في السابق غير جار هنا...»^(١) مع وجود كلمة الغير، وإلا لا تتم العبارة إلا بالبعض.
التأويلات الباردة نحو: «التوهم المتقدم في السابق جار هنا مع جوابه و دفعه» كما ذكره السيّد اليزدي^(٢)

٥- قوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾

تمسك الشيخ الأعظم هنا بجملة المستثنى منها فقط من دون انضمام الاستثناء:
تقريب الوجه الثاني: إنّ تملك أموال الناس بغير رضا منهم و قهراً و غلبة تملك بالباطل و أكل و تصرف بالباطل عرفاً فهو حرام بمتقضى النهى عنه، فيكون تملك المال بالفسخ بدون رضا مالكة أكلاً للمال بالباطل.

نعم، إذا أذن الشارع - وهو المالك الحقيقي - في التصرف ولو من دون رضا مالكة الاعتباري يخرج من البطلان موضوعاً و تخصّصاً لحكومة الشارع على أنه ليس من أكل المال بالباطل لا حكماً و تخصيماً.^(٣)

و بعد ورود إذن الشارع لا يحكم العرف المتشرعة بكونه مصداقاً للباطل كما في حقّ المارّة و الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار نحو خيار حيوان و المجلس - و أمّا الأخذ بالخيارات المستندة إلى الشرط الارتكازي أو المجعولة بتوسط المتعاقدين فليس من أوّل الأمر أكلاً للمال بالباطل عرفاً - و الأسباب القهرية نحو: الإرث و الارتداد و الإلتاف في

(١) المكاسب ٥٥/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٣٥٩/١.

(٣) كما يراه الفقيه اليزدي تخصيماً و خروجه عن البطلان حكماً لا موضوعياً في حاشيته على

المكاسب ٣٦٠/١.

حال الغفلة.

ولكن اورد المحقق السيّد الخوئي على الاستدلال بالآية الشريفة بقوله: «هذا الاستدلال مبنيٌّ على أن يكون المراد من الباطل هو الباطل العرفي لكي يكون ذلك أمراً معلوماً في نظر أهل العرف و متميّزاً عن السبب الصحيح، و أما لو أريد منه الباطل الواقعي - كما هو الظاهر لأنّ الألفاظ موضوعة للمفاهيم الواقعية - أو احتملت إرادة ذلك من كلمة الباطل في الآية فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لأننا نحتمل احتمالاً عقلياً أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحة للأكل لا من الأباطيل الواقعية، و عليه فيكون التمسك بالآية في المقام من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصادقية. و هذا ظاهرٌ»^(١).

أقول: المخاطب بالآية الشريفة كغيرها من الأدلة الشرعية هو العرف فلا بدّ من حملها على المعاني العرفية وإلاّ صارت مجمّلة كما مرّ متّافياً أوائل هذا المجلد، و حيث أنّ الآية الشريفة وردت بالنسبة إلى الأموال و مالكيّتها و المالكية يعدّ من الأمور الاعتبارية لا الواقعية فحينئذ - في المقام - يكون مراده عليه السلام من المفاهيم الواقعية - هو الاعتبارية منها - و على هذا لأجل عدم تطرق الإجمال في الآية الشريفة لا بدّ من حمل كلمات الباطل و التجارة و التراضي على المعاني العرفية منها، و لكن للشارع الحكومة عليها و تعينها في موارد خاصة و ما ذكره الشارع يخرج من المعاني العرفية بالتخصّص و الموضوع تعبداً لا التخصيص و الحكم كما مرّ آنفاً فحينئذ يرى العرف رجوع المالك السابق أو فسخه خارجاً عن التجارة عن تراضي فيحكم ببطلان الرجوع و عدم نفوذ الفسخ و يندفع اشكال المحقق الخوئي عليه السلام و الله العالم.

(١) مصباح الفقاهة ١٤١/٢.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - أخبار خيار المجلس ١٢٧

٦- أخبار خيار المجلس

هناك عدّة من الروايات تدل على خيار المجلس:

منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام. ^(١)

منها: صحيحة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا، الحديث. ^(٢)

و منها: معتبرة بل صحيحة فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما. ^(٣)

و منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع، الحديث. ^(٤)

و منها: صحيحة محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: بايعت رجلاً فلما بايعته قمتُ فمشيتُ خطأً ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين إفترقنا. ^(٥)

هذه الروايات وأمثالها تدل على لزوم البيع بعد تفرقة المتبايعين، و من المعلوم أنّ البيع المعاطاتي أيضاً يبيع بالحمل الشايح و عند العرف و العقلاء و الشرع فتكون مشمولة لعموم الروايات الماضية.

(١) وسائل الشيعة ٥/١٨، ح ١، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ٥/١٨، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة ٦/١٨، ح ٤.

(٥) وسائل الشيعة ٨/١٨، ح ٣، الباب ٢ من أبواب الخيار.

ان قلت: هذا الروايات وإن دلت على لزوم البيع بعد تفرقة المتبايعين عن مجلس العقد، إلا أن المراد من اللزوم هو اللزوم من ناحية خيار المجلس فقط لا على وجه الاطلاق، والشاهد عليه امكان وجود الخيارات الأخر في البيع فإذن لا تدل هذه الروايات على لزوم البيع مطلقاً.

قلت: هذا الاحتمال ممكن في مقام الثبوت ولكنه خلاف الظاهر من الروايات في مقام الإثبات، فإن اطلاقها يقتضي اللزوم بعد التفرق، فلا موجب لصرفها إلى اللزوم من ناحية خيار المجلس فقط. كما في المصباح.^(١)

نعم: يمكن تقييد هذا الاطلاق بالأدلة الواردة في اثبات غيرها من الخيارات كما في كل اطلاق، ولكن الاطلاق بالنسبة إلى الموارد الأخر موجودٌ ومنها: لزوم البيع باق و يجري و يثبت به اللزوم في البيوع.

٧- قوله تعالى: ﴿ اوفوا بالعقود ﴾^(٢)

الأمر الوارد في الآية الشريفة يكون إما إرشادياً أو مولوياً: على الأوّل: يكون الأمر إرشادياً إلى صحة المعاملة و لزومها، بناءً على أن المراد بالعقود هي العهود - كما يأتي - أو لم يبين، فالآية تدل على وجوب الوفاء بكل ما صدق عليه عنوان العهد أو العقد عرفاً، و من المعلوم أن المعاطاة عهد أو عقد عرفي كسائر العهود أو العقود، فتكون مشمولة بعموم الآية الشريفة.

و على الثاني: - كما عليه الشيخ الأعظم في أوّل الخيارات^(٣) - يكون الأمر بالوفاء مولوياً و دلالتها على اللزوم يحتاج إلى تقديم مقدمات:

(١) مصباح الفقاهة ١٤٣/٢.

(٢) سورة المائدة ١/.

(٣) المكاسب ١٧/٥.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - اوفوا بالعقود ... ١٢٩

الأولى: هيئة «افعل» ظاهرة في الوجوب التكليفي وبعث المكلف نحو المادة ولا يرفع اليد عن الظهور إلا بالقرينة القطعية وهي مفقودة في المقام فلا يمكن حمل الأمر على الإرشاد.

الثانية: الوفاء هو عبارة عن القيام بمقتضى العقد كما عن البيضاوي^(١).

الثالثة: العقود الواردة في الآية الشريفة لغوياً عبارة عن: «العقد نقيض الحل» كما عن ابن منظور^(٢)، أو «الجمع بين أطراف الشيء و يستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل و عقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع» كما عن الراغب^(٣)، أو «عَقَدَ الحبلَ و البعَ و العهدَ يعقده: شدّه» كما عن الفيروزآبادي^(٤)، أو «العقد: العهد الموثق» كما عن البيضاوي^(٥)، أو «العقود جمع عقد بمعنى معقود، وهو أو كد العهود، و الفرق بين العقد و العهد: أنّ العقد فيه الاستيثاق و الشدّ، و لا يكون إلا بين متعاقدين، و العهد قد ينفرد به الواحد، فكلُّ عهدٍ عقدٌ، و لا يكون كلُّ عقدٍ عهداً، و أصله: عقد الشيء بغيره، و هو و صلُّه به كما يعقد الحبل» كما عن الطبرسي^(٦).

و قد نقل الطبرسي بعد تفسير العقود بالعهود - و كما في صحيحة عبدالله بن

سنان^(٧) - أقوالاً أربعة في العقود الواردة في الآية:

أحدها: العهود التي كان أهل الجاهلية يعاهد بعضهم بعضاً على النصر و المؤازرة و

(١) تفسير البيضاوي ١١٢/ من طبع الحجري.

(٢) لسان العرب ٢٩٦/٣.

(٣) المفردات ٣٤١/.

(٤) القاموس المحيط ٣١٥/١.

(٥) تفسير البيضاوي ١١٢/، طبع الحجري.

(٦) مجمع البيان ١٥١/٢.

(٧) تفسير القمي ١٦٠/١.

١٣٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

المظاهرة على من حاول ظلمهم.

ثانيها: العهود التي أخذها الباري على عباده بالإيمان به و طاعته فيما أحلّ لهم أو حرّم عليهم.

ثالثها: العقود التي يتعاهد بها الناس كعقد الأيمان والنكاح والعهد والبيع، أيّ العقود الفقهيّة، و المعاملات بالمعنى الأعم.

رابعها: العهود المأخوذة من أهل الكتاب على العمل بما فيها من تصديق نبيّنا ﷺ ثم رجّح الطبرسي^(١) القول بعموم العهود لكلّ ما اوجبه الله تعالى على العباد والفرائض و الحدود و العقود الفقهيّة المتداولة بين العقلاء.

و قد زاد الفاضل النراقي على هذه المعاني الأربعة بأربعة أخرى^(٢).

و بعد وضح هذه المقدمات الثلاث يتمّ تقريب الاستدلال: بأنّ العقد سواء كان مطلق العهد أو خصوص المؤكّد منه يصدق على المعاطاة، اذ لا شبهة في أنّ عنوان العهد و العقد لا ينحصر في العهد أو العقد اللفظي و القولي و لذا يشمل الفعلية و العمليّة منهما و هي المعاطاة فالشارع أمر بالإيفاء بالمعاطاة حدوداً و بقاءً، فلو لم يلتزم العاقد في العمل بمقتضى العقد حدوداً أو بقاءً لم يصدق الوفاء به. فوجوب الوفاء بالعقد يعني استمرار الالتزام به و هذا هو المطلوب.

ولكن جماعة من الأصحاب استشكلوا في هذه الدلالة:

منهم: الفاضل النراقي من أنّه يحتمل أن يكون المراد بالعقود في الآية سائر معاني العهد كالوصية و الأمر و الضمان و قال: «و لو سلّمنا أنّ للعهد معنى يلائم العقود الفقهيّة

(١) راجع مجمع البيان ١٥٢/٢ و ١٥١.

(٢) عوائد الأيام، العائدة الأولى / (٥-٢).

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة - اوفوا بالعقود ... ١٣١

فإرادة ذلك من الآلية غير معلومة»^(١).

و ما عنه أيضاً: من أن العهد الموثق إما العقدُ اللازمُ شرعاً، فلا بدّ من إحرازه و معه لا حاجة إلى التمسك بالآلية، أو الموثقُ العرفي فلا بدّ من إثباته، وليس مجرد بنائهم على الإبقاء على مقتضى العقد توثيقاً له، لأنّ ما لا يقصد فيه الإتيان البتة ليس عهداً فحصول التوثيق يحتاج إلى أمرٍ آخرٍ و على المستدلّ إثبات التوثيق عرفاً.^(٢)

و فيه: العقد سواء يترادف مع العهد أم لا، يكون من أظهر مصاديق العقد و أتمّها العقود الفقهية هذا أوّلاً.

و ثانياً: صحيحة ابن سنان دلّتنا على الترادف بين العقد و مطلق العهد لا الموثق منه فقط حتى يرد إشكاله الثاني.

و ثالثاً: على فرض أن المراد بالعقد هو العهد و هو الموثق منه لا مطلقاً، يكون المراد من العهد الموثق هو العرفي منه، و المراد منه هو الإتيان بمقتضى العقد على سبيل الحتم و القطع، و هذا يجرى بالنسبة إلى المعاطاة البيعي أيضاً.

و منهم: المحقق الإيرواني قال: «إنّ الآلية لا تجدي لإثبات اللزوم عموماً، و إنّما تجدي لإثباته في خصوص ما إذا كان العقد متعلّقاً بالفعل لا في العقد على النتيجة الذي منه المقام، إذ العقد على النتيجة إما أن يكون مؤثراً في وقوع تلك النتيجة أو لا يكون مؤثراً، و على كلّ حال لا عمل خارجي له من العاقد حتّى يخاطب بخطاب «اوفوا»، و أمّا التسليم للعوذين فذلك ليس لأجل أنه مصداق للوفاء و إنّما هو من جهة أنه بالعقد صار ملكاً للغير فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه...»^(٣).

(١) عوائد الأيام ٨/.

(٢) عوائد الأيام ٨/.

(٣) حاشية المكاسب ٦١/٢.

و فيه: قد مرَّ تقريب الاستدلال على اللزوم على كلِّ من المولوية والإرشادية و من المعلوم أن البيع المعاطاتي كالقولي يتعلَّق بالتمليك أو التبديل من دون فرق بين العقد القولي و الفعلي، فكلُّ منهما يتعلَّق بالتبديل أو التمليك الذي هو فعل يتعلَّق به خطاب أو فوا، هذا. مع أنَّ العقد الواقع على النتيجة يتعلَّق به «أوفوا» باعتبار مقتضياته، فإنَّ الملكية تترتَّب عليها آثارٌ من حرمة تصرف غير المالك أو حرمة مزاحمته، فالوفاء بالملكية عبارة عن التصرفات المترتبة عليها، كما عن المحقِّق المروج.^(١)

و منهم: المحقِّق النائيني بعد تقريب دلالة آية ﴿أوفوا بالعقود﴾ على اللزوم سواء على القول بتأصل الأحكام الوضعية أو على القول بأنَّها منتزعة عن الأحكام التكليفية كما عليه الشيخ الأعظم عليه السلام قال: «دلالة الآية على اللزوم في المعاملات اللفظية لا إشكال فيها، كما لا إشكال في عدم دلالتها عليه في المعاطاة، لعدم إمكان إفادتها له ثبوتاً، مضافاً إلى قيام الإجماع على الجواز»^(٢).

و فيه: على القول بترادف العقد مع العهد لا إشكال في أنَّ المعاطاة من العهود فتشملها الآية الشريفة.

بل العقد يمكن أن يُنشأ بأمرين مستقلين:

الأوَّل: اللفظ و الصيغة الخاصة.

الثاني: الفعل و العمل الخارجي.

فالمعاطاة عقد تشملها الآية الشريفة.

و أمَّا الإجماع المذكور في كلام النائيني فقد عرفت سابقاً الأشكال فيه و عدم ثبوته.

(١) هدى الطالب ١/٥٤٨.

(٢) منية الطالب ١/١٥٦.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة- المؤمنون عند شروطهم .. ١٣٣

فما ذكره عليه السلام غير تام.

و الآية الشريفة تدل على اللزوم في المعاطاة.

٨- قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»

وَرَدَ هذا الحديثُ من رسول الله صلى الله عليه وآله في موثقة منصور بن يونس بُزُرْج^(١)، و بلفظ «المسلمون عند شروطهم» عن أمير المؤمنين عليه السلام كما في حسنة إسحاق بن عمار^(٢) و عن غيره من الأئمة عليهم السلام كما في صحيحتي عبد الله بن سنان^(٣) و صحيحة محمد بن مسلم^(٤) فهذه الرواية ليست بمرسلة كما في نقل الأحسائي^(٥).

وقد تمسك بها عدّة من أعلام الأئمة على اللزوم حتّى في المعاطاة^(٦) أو مطلق البيع^(٧). و تبعهم الشيخ هنا في بحث البيع^(٨) ولكن ناقشهم في أوّل الخيارات^(٩) بمنع صدق الشرط على الالتزامات الابتدائية ثم عاد إلى القول الأوّل - أي صدق الشرط على الالتزامات الابتدائية - في بحث الشروط^(١٠) فلا بدّ من البحث حول كلمة «الشرط» هل تشمل الالتزامات الابتدائية أم لا؟ يظهر من بعض اللغويين شموله لها:

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢٧٦، ح ٤، الباب ٢٠ من أبواب المهور.

(٢) وسائل الشيعة ١٧/١٨، ح ٥، الباب ٦ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٦/١٨، ح ١ و ٢.

(٤) وسائل الشيعة ٥٥/٢٦، ح ١، الباب ٢١ من أبواب موانع الإرث.

(٥) عوالي اللآلي ١/٢١٨، ح ٨٤ و ١/٢٩٣، ح ١٧٣ و ٣/٢١٧، ح ٧٧ و نقل عنه في مستدرک الوسائل ٣٠١/١٣، ح ٧.

(٦) نحو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ٨/٣٨٣.

(٧) نحو صاحب الحدائق في كتابه ٤/١٩.

(٨) المكاسب ٥٦/٣.

(٩) المكاسب ٢١/٥.

(١٠) المكاسب ١٢/٦ و ١١.

قال ابن فارس: «شرط: الشين والراء والطاء أصلٌ يدلُّ على عَلَمٍ وعلامةٍ وما قارب ذلك من عَلَمٍ. من ذلك الشرط: العلامة. وأشراط الساعة: علاماتها ومن ذلك الحديث حين ذكر أشراط الساعة، وهي علامتها، وسمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامةً يُعرفون بها. ويقولون: أشرط فلان نفسه للهلكة، إذا جعلها علماً للهلاك. ويقال: أشرط من إبله وغنمه، إذا أعد منها شيئاً للبيع. قال الشاعر:

فأشرطَ فيها نفسه وهو مُعصِمٌ وألقى بأسبابٍ له و توَكُّلاً

و من الباب شَرَطَ الحاجم، وهو معلوم، لأن ذلك علامةٌ وأثر...»^(١).

وقال الزمخشري: «ش ر ط: شرط عليه كذا واشترط و شارطه على كذا و تشارطاً

عليه وهذا شَرِطِي و شَرِيطِي...»^(٢).

وقال الفيومي: «شرط: الحاجم شَرَطاً، من بايى ضرب و قتل، الواحدة شَرِطَةٌ و

شَرِطْتُ عليه كذا شرطاً؛ أيضاً و اشترطت عليه، و جمع الشرط شُرُوطٌ مِثْلُ قَلْسٍ و

قُلُوسٍ...»^(٣).

و يظهر من ابن عشيبة البحراني أن «الشرط ما يمكن وقوعه و عدمه كدخول زيد

الدار أو يتحتم الوقوع ولكن غير معلوم كإدراك الثمرات و قدوم الحاج»^(٤). و كذا أن

«الشرط يتعلّق بفعله و بفعل غيره... و الشرط المقصود منه مجرد التعليق خاصة لا غير»^(٥).

وقال الطريحي: «و الشرط معروف و جمعه شروط كقُلْسٍ و قُلُوسٍ و شرط الحاجم

(١) معجم مقاييس اللغة ٢٦٠/٣.

(٢) أساس البلاغة / ٢٣٣.

(٣) المصباح المنير / ٣٠٩.

(٤) بهجة الخاطر و نُزْهَةُ الناطِرِ / ٧١.

(٥) بهجة الخاطر و نُزْهَةُ الناطِرِ / ٧٢.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة- المؤمنون عند شروطهم .. ١٣٥
شرطاً من باب ضرب و قتل و شرطت عليه كذا شرطاً و اشترطت عليه و منه حديث
بريرة: شرط الله أحقّ، يريد ما أظهره و ما بيّنه من حكم الله بقوله: الولاء لمن أعتق و قيل:
هو إشارة إلى قوله تعالى ﴿وإخوانكم في الدين و مواليكم﴾^(١) و الشريطة في معنى
الشرط و جمعها شرائط^(٢).

و أنت ترى أنّ كلماتهم مطلقة تشمل الالتزامات الابتدائية كما أنّ الشرط استعمل
في عدّة من النصوص هكذا نحو: صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر^(٣) حديث: أنّ
شرط الله قبل شرطكم، الحديث^(٣).

و نحوها مرسله ابن مسلم^(٤).

و صحيحة علي بن رئاب عن أبي عبدالله^(٥) قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام
للمشتري اشترط أو لم يشترط، الحديث^(٥).

و نحوها صحيحة فضيل^(٦).

و قوله ^{سَلَّمَ} في قضية بريرة: الولاء لمن أعتق و شرط الله أكد و كلُّ شرطٍ خالف
كتاب الله فهو رُدٌّ، الحديث^(٧).

(١) سورة الأحزاب / ٥.

(٢) مجمع البحرين / ٣٦٣ من طبع الحجري.

(٣) وسائل الشيعة ٢١/٢٩٦، ح ١، الباب ٣٨ من أبواب المهور.

(٤) وسائل الشيعة ٢١/٢٧٧، ح ٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور.

(٥) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ١، الباب ٤ من أبواب الخيار.

(٦) وسائل الشيعة ١٨/١١، ح ٥، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(٧) مستدرک الوسائل ١٣/٣٠٠، ح ٢، الباب ٥ من أبواب الخيار - راجع في قصة بريرة وسائل
الشيعة ٢٣/٦٥، ح ٢، الباب ٣٧ من أبواب كتاب العتق. صحيحة الحلبي و أربعين البهائي مع
تعليقة الخواجوي / (٥٠٩-٤٩٩)، سنن البيهقي ١٥/٥٥٥، باب بيع المكاتب، ح ٢٢٣٤٤.

و قد ورد عن سيّد الساجدين علي بن الحسين عليه السلام في دعاء التوبة من الصحيفة الشريفة: «و قد قلت يا إلهي في محكم كتابك إنك تقبل التوبة عن عبادك و تعفو عن السيئات و تحبّ التوابين فاقبل توبتي كما وعدت و اعف عن سيئاتي كما ضمنت و أوجب لي محبتك كما شرطت و لك ياربّ شرطي ألاعود في مكروهك و ضمانني أن لا أراجع في مذمومك و عهدي أن أهجر جميع معاصيك...»^(١).

و ماورد في دعاء الندبة من قوله عليه السلام: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا...»^(٢).

ولكن مع ذلك كلّه ورد التخصيص في الشرط بحيث لا يشمل الالتزامات الابتدائية في كلمات بعض اللغويين:

منهم: ابن منظور قال: «الشرط: إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه و الجمع شروط»^(٣).

و منهم: الفيروزآبادي قال: «الشرط: إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه كالشريطة جمعه شروط»^(٤).

و منهم: سعيد بن عبدالله الخوري الشرتوني صاحب أقرب الموارد قال: «شرط عليه في البيع و نحوه شرطاً: ألزمه شيئاً فيه»^(٥).

فظهر مما ذكرنا عدم تفرد صاحب القاموس بالتخصيص كما يظهر من الشيخ

(١) الصحيفة السجادية. الدعاء الحادي و الثلاثون، دعاء التوبة و طلبها.

(٢) مصباح الزائر ٤٤٦/ و نقل عنه في مجار الأنوار ١٠٤/١٠٢.

(٣) لسان العرب ٣٢٩/٧.

(٤) القاموس / ذيل مادة شرط من طبع الحجري (٣٦٨/٢).

(٥) أقرب الموارد ٥٨٣/١.

تنبيهات المعاطاة، السادس: ملزمات المعاطاة، أدلة لزوم المعاطاة- المؤمنون عند شروطهم .. ١٣٧

الأعظم.^(١)

و أمّا ما ذكر من الروايات و الأدعية فيمكن حملها على الالتزامات المعاملية أو الضمنية و غير الابتدائية^(٢) و ما لا يمكن حملها كذلك فغاية ما يمكن أن يقال فيها أنها استعمال و الاستعمال أعم من الحقيقة. فعليه صدق الشرط على الالتزامات الابتدائية مشكلاً. خلافاً للفاضل النراقي^(٣) و الفقيه اليزدي^(٤) فإنّهما يريان الصدق و الشمول و السيّد الإشكوري^(٥) فإنّه يراه الإنصاف. و تبعهم الفقيه السبزواري^(٦).

مضافاً إلى حمل الرواية على الالتزام التكليفي لا الوضعي، فصار معناها يجب على كلّ مؤمن الوفاء بشرطه تكليفاً كما عن المحقّق الإصفهاني^(٧) و ظاهر السيّد المحقّق الخوئي^(٨).

و أمّا حملها على خطاب أخلاقي مسوق لما يقتضيه الإيمان و يقود إليه، نظير «المؤمن إذا وعد وفى» فلا يمكن استفادته الوجوب منها كما عن المحقّق الإيرواني^(٩) محل تأمل بل منع. و الحاصل: استفادة اللزوم من هذه الرواية لمعاطاة على القول بالملك مشكلاً جداً.

(١) المكاسب ١٢/٦.

(٢) راجع في هذا المجال إلى حاشية المكاسب ١٠٩/٥-١٠٥ للمحقّق الإصفهاني.

(٣) راجع عوائد الأيام / ١٤٢.

(٤) راجع حاشيته على المكاسب ٣٦١/١ و ٣٢٩/٣.

(٥) مهذب الأحكام ٢٣٢/١٦.

(٦) بُغية الطالب في شرح المكاسب ٧٧/١.

(٧) حاشيته على المكاسب ١٤٨/١.

(٨) مصباح الفقاهة ١٤٢/٢.

(٩) حاشية المكاسب ٦٢/٢.

ثمَّ يقع الكلام في ملزمات المعاطاة على القول بأنَّها جائزة ذاتاً:
منها: تلف العوضين

لا اشكال ولا خلاف عندهم في أنه لو تلف العينان في بيع المعاطاة صارت لازمة كما في الحدائق^(١) و شرح القواعد^(٢) و المناهل^(٣) و المفتاح^(٤) و الجواهر^(٥).
أمَّا على القول بالإباحة: فواضح لأنَّ يجوز لكلِّ من المتعاطيين الرجوع في ماله لأنَّ المال باقٍ على ملك معطيه ولكن مع بقاء العينين و أمَّا اذا تلفتا لزمَت المعاطاة لا متناع الرجوع.

لا يقال: المتعاطيين وضع يدهما على مال الآخر لأنَّ مالكة أباح له التصرف فيه، و من المعلوم أنَّ للمالك استرداد ماله من المباح له مادام موجوداً، و لو تلف استقرَّ بدله عليه، فكلُّ منهما ضامن لمال الآخر بمقتضى «على اليد ما أخذت حتَّى تؤدي» و قاعدة الضمان أيّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن، فإذا جاز الرجوع إلى بدل العينين فقد استمرت الإباحة و لم تلزم المعاطاة بمجرد تلف العينين، لأنَّ التلف غير مانع من الرجوع إلى البدل و المراد به الرجوع إلى المثل أو القيمة لا ما قابله في المعاطاة.

لأنَّا نقول: لا تجري هنا قاعدة الضمان أيّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن و كذا لا تجري قاعدة على اليد ما أخذت حتَّى تؤدي، لأنَّ الأولى تختص بمورد لم يعط المتلف بإزاء المال الغير مالاً آخرأ مع رضاية صاحب المال و المعطي و إلاّ ذمته مشغولة بذاك المال

(١) الحدائق ٣٦٢/١٨.

(٢) شرح القواعد ٢٨/٢ للشَّيخ جعفر عليه السلام.

(٣) المناهل ٢٦٩/ من طبع الحجري للسَّيِّد محمَّد المجاهد عليه السلام.

(٤) مفتاح الكرامة ٥٠٦/١٢.

(٥) الجواهر ٢٣٠/٢٢.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - تلف العوضين ١٣٩

المُعْطَى.

والثانية تختص باليد المضمنة وهي إما اليد العدوانية أو اليد المشروط عليها الضمان وكتاهما منتفيتان في المقام، لأنّ المفروض حكم الشارع بإباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة، فاليد السابقة لم تكن مضمنة قطعاً لاستنادها إلى إذن الشارع وإذا تلفت العين امتنع انقلاب اليد عمّا هو عليه، فلا بدّ من استناد الضمان إلى موجب آخر والمفروض عدمه. نعم: هذا البيان إنّما يتمّ على القول بكون الإباحة المترتبة على المعاطاة - المقصود بها الملك - إباحة مالكية.

ولكن إذا قلنا بأنها إباحة شرعية - كما هو الظاهر فلا يتم ما ذكرناه أخيراً تبعاً للشيخ الأعظم ^(١) - فيجري ما أفاده ^(٢) في مناقشاته ^(٣) لكاشف الغطاء ^(٤) من الالتزام بحصول الملكية آنأ ما قبل التلف فيكون التلف في ملك المالك الثاني ويكون ضامناً بضمان المسمّى، لأنّ الإجماع يقتضي عدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة، وقاعدة ضمان اليد تقتضي كون التلف من ذي اليد لأنّ المفروض أنّ المعاطاة لم تفد إلا الإباحة الشرعية فحينئذ لا بدّ أن يقال جمعاً بين الأدلة ببقاء المال في ملك مالكة الأول ولكن آنأ ما قبل التلف يدخل في ملكية الثاني وإذا حصلت الملكية للثاني فذمته مشغولة بالضمان المسمّى فقط كما تبّه عليه المحقّق الخوئي ^(٣) تبعاً لأستاذة المحقّق النائيني ^(٤).

و أمّا على القول بالملك: فلا بدّ أوّلاً من تمهيد مقدمة وهي:

تقسيم اللزوم والجواز إلى القسمين وهما الحكمي والحقي

(١) المكاسب ٩٦/٣ و ٩٨.

(٢) المكاسب ٤٩/٣.

(٣) مصباح الفقاهة ١٩٩/٢.

(٤) منية الطالب ١٩٧/١.

اللزوم الحكمي: هو ما كان باقتضاء من ذات المعاملة مع قطع النظر عن التزام المتعاملين بل نفس طبع المعاملة أينما تحققت تقتضي اللزوم و يترتب عليه عدم وقوع الإقالة فيها و عدم صحة شرط الفسخ فيها و عدم انفساخها بالفسخ إلا أن يرد دليل بالخصوص على انفساخها بالفسخ أو الاقالة فيؤخذ به بمقدار دلالته و يقتصر عليه و ذلك كالنكاح.

اللزوم الحقي: هو ما كان ناشئاً عن اقتضاء التزام المتعاملين على مضمون المعاملة من غير أن يكون في ذات المعاملة اقتضاء اللزوم و يترتب عليه صحة شرط الفسخ فيها و قبولها للإقالة و انفساخها بالفسخ كالوكالة بشرط عدم عزل الوكيل.

و مما ذكرنا من تعريف اللزومين يظهر تعريف الجوازين و هما:

الجواز الحكمي: هو ما كان باقتضاء من ذات المعاملة و طبعها مع قطع النظر عن توافق المتعاملين على الجواز و يترتب عليه وقوع الاقالة فيها و جواز فسخها نحو عقدي الهبة و الوكالة.

الجواز الحقي: و هو ما كان ناشئاً من توافق المتعاملين على الجواز من دون أن يكون الجواز في ذات المعاملة نحو جعل الخيار و شرط الفسخ لأحد المتعاملين أو كليهما في البيع.

ثم ذهب الشيخ الأعظم (١) إلى أنه على القول بالملك يحكم بلزوم المعاطاة و المتيقن من مخالفة دليل اللزوم في المعاطاة - بسبب الإجماع على القول به - هو صورة إمكان تراّد العينين فمع تلفهما و امتناع التراّد يرتفع فرض إمكان الجواز و يثبت اللزوم. يظهر منه عليه السلام اختصاص ثبوت جواز الحكمي بصورة بقاء العينين فلا يصح الرجوع

(١) المكاسب ٩٦/٣ السطر الأخير.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - تلف العوضين ١٤١

مع التلف لارتفاع مورده بخلاف جواز الحقي فإنه يصح مع بقائهما و تلفهما إلا أنه عند التلف يرجع إلى المثل أو القيمة، و عدم تمامية هذا البيان يظهر ممّا ذكرنا في تعريف الجوازين لأنّ الجواز الحكمي ليس مختصاً بصورة بقاء العينين على نحو الإطلاق بل يفصل فيه بين ما كان بناء المعاملة على الضمان و كانت معاوضة و بين ما لم تكن كذلك كالهبة فيشترط جواز الرجوع ببقاء العين أو العينين في الثاني دون الأول.

أمّا الأول فلانّ بناء المعاملة على الضمان المسمّى، فإذا سلم المسمّى فهو و مع عدمه إمّا بفساده من الأول أو بواسطة الرجوع فلا بدّ من الرجوع إلى المثل أو القيمة و ليس التلف في هذه الصورة مانعاً عن الرجوع بعد إمكانه بأخذ المثل أو القيمة.

أما الثاني فلانّ المعاملة ليست مبنية على الضمان فالواهب إنّما وهب العين للمتهدب لكي يتلقه بلا ضمان له بالمثل أو القيمة فإذا كان باقياً في يد المتهدب فله الرجوع بعين ماله فإذا تلف فليس له الرجوع بأخذ مثله أو قيمته لكون مبنى المعاملة على عدم التضمين بالمثل و القيمة كما يظهر هذا الاشكال و التعاريف من المحقق النائيني^(١).

أقول: هذا الاشكال يرد على ظاهر عبارة الشيخ من قوله^(٢): «... فلما عرفت من إصالة اللزوم و المتيقن من مخالفتها جواز تراذّ العينين و حيث ارتفع مورد التراذّ امتنع»^(٢). ولكن على ما ذكرنا من تقريب كلام الشيخ فلا يرد و الحمد لله.

ثمّ قال المحقق النائيني: «إذ اصارت المعاطاة لازمة بالتلف أو بغيره من الملزمات فهل هذا اللزوم الطاري حقيّ أو حكمي لا يخلو كلّ منهما عن إشكال لبعد اللزوم الحقي بلا التزام في البين كما هو المفروض، و كون البيع المعاطاتي بعد تلف العينين أو أحدهما [صار] لازماً

(١) المكاسب و البيع ٢٢٧/١ و ٢٣٠.

(٢) المكاسب ٩٦/٣.

كالنكاح بحيث يحكم بعدم صحة التقايل فيه و عدم قابلية لاشتراط الفسخ يكون أبعد لعدم الالتزام بأحكام اللزوم الحكمي فيه من أحدٍ من الأصحاب.

و حلّ الإشكال هو اختيار كون اللزوم فيه حقياً لا حكماً، بدعوى عدم الحاجة في اللزوم العقدي إلى الالتزام العقدي دائماً بل يكتفي في تحقيقه بجعله من الشارع، وهذا الجواز الحقيقي حيث أنه قد يكون بجعل المتعاملين كما في خيار الشرط، وقد يكون بجعل الشارع كما في خيار المجلس والحيوان، وكذلك اللزوم الحقيقي، تارة يكون بجعل المتعاملين كما في المعاملة العقدية وأخرى يكون بجعل الشارع كما في المعاطاة عند تغيير العينين عمّا هو عليه فهذا اللزوم حقيقي يترتب عليه صحة التقايل وغيره ممّا يترتب على اللزوم الحقيقي لكنّه لا يكون بواسطة التزام المتعاملين بل إنّما هو بجعل الشارع فتبصر»^(١).

أقول: ما ذكره رحمته الله صحيح ولكن لا بدّ من إصلاح التعاريف الماضية بما ذكره أخيراً و الأمر سهل لأنّه لا مُشاحّة في الاصطلاح.

لا يقال: إذا ثبت بالإجماع جواز الملك قبل التلف في المعاطاة و شك في انتفاء ذاك الجواز بالتلف، من الممكن إحراز استصحاب الجواز و الحكم بعدم لزوم الملك بعد التلف أيضاً و نتيجتها جواز فسخ المعاملة بعد التلف و الرجوع بالمثل أو القيمي.

لأنّ الشيخ الأعظم رحمته الله^(٢) أجاب عن هذا الإشكال بجوابين:

الأوّل: الفرق بين الجواز في العقد الخياري و الجواز في المعاطاة فإنّ الأوّل بمعنى انحلال العقد و فسخه و لذا يجري بعد تلف العين أيضاً لأنّ متعلّقه العقد و هو باق على حاله ولو بعد تلف العين أو العينين، ولكن الثاني بمعنى الرجوع في العين و جواز تملّكها مجدداً و

(١) المكاسب و البيع ٢٣٠/١.

(٢) المكاسب ٩٧/٣.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - تلف العوضين ١٤٣

الجواز لا يتعلق بنفس المعاطاة بل بموضوع التراد، فعليه بعد تلف العين أو العينين فلا يمكن الرجوع فيها وكذا لا يمكن تملكها فلا يجري الجواز لإنعدام موضوعه ومع الانعدام لا يجري الاستصحاب.

الثاني: حتى على التردد في أن متعلق الجواز في المعاطاة هل هو نفس المعاطاة أو الرجوع في العين أو العينين أي التراد من الطرفين لا يجري الاستصحاب، لأن من شرائط جريان الاستصحاب هو إحراز اتحاد القضيّتين المتيقنة والمشكوكة ومع عدم إحرازهما - لأنه على فرض تعلق الجواز بالرجوع في العين أو العينين فلا يبقى موضوع في البين حتى يستصحب وكذا تختلف القضيّتان - فلا يجري الاستصحاب.

إن قلت: غاية ما يمكن أن يقال على تقريب الشيخ الأعظم رحمته عدم جريان استصحاب فرد الجواز لإنعدام موضوعه أو لعدم إحراز قضيتي المتيقنة والمشكوكة، ولكن يجري استصحاب كلي الجواز بتقريب: الإجماع يدل على أن المعاملة المعاطاتية حتى على القول بالملك جائز إجمالاً، ولا يُدرى هذا الجواز الذي يتعلّق بها هل هو الجواز الصغير أي إلى بقاء العينين وإمكان ترادّهما أو المتعلّق بها هو الجواز الكبير أي إلى ما بعد تلف العينين وبعد عدم إمكان ترادّهما، فيستصحب كلي الجواز على نحو استصحاب القسم الثاني من الكلي المتفق عليه جريانه.

قلت: لا يجري استصحاب القسم الثاني من الكلي في المقام لعدّة من الوجوه:

منها: الإجماع دليل لبيّ لا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه وهو هنا جريان جواز إلى

بقاء العينين وإمكان ترادّهما.

ومنها: المناط في عدم جريان الاستصحاب هنا هو الشك في بقاء موضوعه نظير

العلم باجتهاد الفردين الأوّل أو الثاني، والأوّل منهما مات فلا يجوز تقليده والثاني منهما

حيٌّ وإن كان هو المجتهد فيجوز تقليده ولكن لا ندرى لعلّ الأوّل يكون مجتهداً بخلاف

الاستصحاب الكلي القسم الثاني لأن موضوعه هو الكلي.

ومنها: ثم على فرض جريان استصحاب القسم الثاني من الكلي في المقام لا يفيد شيئاً لأن الآثار المختصة بكل فرد لا تترتب عليه بخلاف آثار الكلي لأنها تترتب و جواز فسخ المعاواة بعد تلف العينين من الآثار المختصة للفرد الطويل فلا تترتب، فعليه لا يترتب على جريان الاستصحاب الكلي أثراً و مع عدم ترتب الأثر لا يجري لأنه من الأصول العملية.

إن قلت: نعم، استصحاب الكلي القسم الثاني لا يجري في المقام، ولكن يمكن جريان استصحاب الفرد المردد كالحديث المردد بين الأصغر والأكبر بعد الوضوء بحيث يكون فعلاً مردداً بين ما هو مقطوع الارتفاع إذا كان الحدث أصغر لأنه تؤضاً و بين ما هو مقطوع البقاء إذا كان الحدث أكبر لأنه لا يغتسل و لذا تترتب الآثار المختصة بالحدث الأكبر.

بتقريب: أن هنا فردين للجواز، الفرد الأصغر وهو الجواز إلى تلف العينين و امكان ترادفهما، و بعد تلف العينين هذا الجواز قد ارتفع يقيناً، و الفرد الأكبر وهو الجواز إلى ما بعد تلف العينين و بعد عدم امكان الترادف، و هذا الفرد الأكبر بعد تلف العينين يكون باقياً قطعاً، و لذا باستصحاب الفرد المردد نستصحب الفرد الأكبر من الجواز و تترتب عليه آثاره المختصة له.

قلت: نمنع من جريان استصحاب الفرد المردد لا سيما بعد القطع بارتفاع الفرد الأصغر، بأن الفرد المردد إذا كان الأصغر قد ارتفع يقيناً بعد التوضي في المثال و بعد تلف العينين في المقام، و إذا كان الأكبر فهو مشكوك الحدوث من الأوّل فلا يجري الاستصحاب في حقه. هذا أولاً.

و ثانياً: الفرد المردد بما هو مردد لا ماهية له و لا وجود، فليس موضوعاً لأثرٍ شرعي حتى يصح التمسك بالاستصحاب لإثبات ذلك الأثر.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - تلف العوضين ١٤٥

و ثالثاً: استصحاب الفرد المردد لا يجري - بنظرنا القاصر - بلا فرق بين صورتى الشك في ارتفاع الفرد القصير على تقدير حدوثه، و اليقين بارتفاعه على تقدير حدوثه و التفصيل يطلب من بحث الاصول و الحمد لله.

و قد اعترض المحقق السيّد الخوئي على الشيخ الأعمش عليه السلام بقوله: «إن كان المراد من الترادّ هو الترادّ الخارجى فهو غير مفيد بديهة أن مجرد ردّ العين خارجاً مع بقائهما في ملك الآخر بالمعاطاة لا يترتب عليه أثر.

و إن كان المراد من الترادّ هو فسخ العقد [الذي] لا يكون إلا بتراد العين خارجاً، أو بعد تحقق التراد في الخارج فهو متين، ولكنّه ليس شيئاً آخر وراء تعلق الخيار بنفس العقد، لأنّ الأدلة الدالة على لزوم العقود إنما تدل على لزوم كلّ عقد، و قد قام الاجماع على أنّ المعاطاة المقصود بها الملك تفيد الإباحة إلى زمان معين، و من الواضح أن الاجماع لبيّ، فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن، و هو ما إذا أمكن تراد العينين، و في غير هذه الصورة يتمسك بعموم العام.

و إذن فلا بدّ للمصنف أن يعلّل لزوم المعاطاة مع تلف العينين بأنّ المأخوذ بالمعاطاة إنّما تلف من ملك المالك الثانى، فلا يجوز للمالك الأوّل أن يرجع إليه، إذا المتيقن من جواز الرجوع إنّما هو صورة الفسخ بترادّ العينين و هو غير ممكن مع تلفهما»^(١).

ولكن يرد عليه: أنّ المعتبر في المعاطاة من جواز الرجوع ليس فرض الفسخ بترادّ العينين أي الفسخ الخاص بل هو الفسخ المطلق و الشاهد عليه أنّه إذا فسخ أحد المتعاطيين المعاطاة قولاً مع بقاء العينين ولكن لم يسلم العين إلى مالكه الأوّل بعد الفسخ عصياناً، لا ريب في انفساخ المعاطاة و عصيان المانع. و هذا يدل على أنّ المعتبر في المعاطاة نفس الفسخ

(١) مصباح الفقاهة ٢/٢٠٠.

- لا الفسخ الخاص و هو المشروط بترادّ العينين - غاية الأمر المتيقن من وجود الإجماع جواز الفسخ حال امكان ترادّ العينين، وإذا شك في ثبوته في حالة أخرى كتلف إحدى العينين فيستصحب جواز الفسخ كما في سائر موارد الاستصحاب و كما عليه شيخنا الأستاذ^(١).

و كذا استشكل الأستاذ^(٢) على الشيخ الأعظم^{رحمته} بعدم وجود الفرق بين جواز فسخ الهبة أو المعاطاة و جواز الفسخ في موارد الخيار إلا أنّ جواز الفسخ فيهما حكمي لا يسقط بالإسقاط و جواز الفسخ في الخيارات حقي قابل للإسقاط، فعليه على القول بترتب الملكية الجائزة على المعاطاة، يحكم بجواز فسخها و بعد تلف أحد العينين أو كليهما يستصحب ذلك الجواز كاستصحاب الخيار بعد طرو ما يحتمل معه زواله، و مع جريان استصحاب الجواز لا مجال لإستصحاب بقاء الملك المالك الثاني الذي حصل ملكه بالمعاطاة، لأنّ استصحاب بقاء جواز الفسخ حاكم عليه و مع جريانه لا يبقى موضوع له. أقول: يرد على الأستاذ^{رحمته} ما مرّ منّا من أنّ الملك يفيد اللزوم، قد خرج من هذا العام المعاطاة على القول بالملك إجماعاً بأنّها تفيد الملكية الجائزة - على مسلك القوم - و بعد تلف العينين نشك في بقاء اللزوم على القاعدة الأولى أو الجواز للإجماع و حيث كان دليل الجواز الإجماع و هو دليل لبيّ يؤخذ بالقدر المتيقن منه، و هو بقاء الجواز قبل تلف العينين و فيما بعد التلف نرجع إلى القاعدة الأولى و هي اللزوم فلا نشك في حكم ما بعد التلف حتّى نحتاج إلى الاستصحاب و الحمد لله.

(١) إرشاد الطالب ٨٩/٢.

(٢) إرشاد الطالب ٩٠/٢.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - تلف العوضين ١٤٧

فذلكة القول في المقام

تلف العوضين يوجب اللزوم في المعاطاة بلا فرق بين القول بالملك و الاباحة ولكن قبل التلف يحكم بالجواز فيها بلا فرق أيضاً بين قولي الملك و الاباحة - على مسلك القوم - و الوجه في ذلك باختصار:

قبل تلف العينين يحكم بجواز الرجوع: أمّا على القول بالاباحة فواضح لأنّ كلاً منهما يرجع إلى ملكه و أمّا على القول بالملك لقيام الإجماع عليه بأنّ مقتضى القاعدة اللزوم لكن المعاطاة خرج منها بالإجماع و القدر المتيقن منه قبل تلف العينين.

و بعد تلف العينين يحكم باللزوم: أمّا على القول بالاباحة فلانتقال كلّ من العينين من مالها الأوّل إلى الآخر آنّما قبل التلف، فتلف في ملك نفسه و لذا يحكم باللزوم و عدم الرجوع إلى المثل و القيمة جمعاً بين الدليلين القول بالاباحة و الاجماع على عدم الرجوع إلى المثل و القيمة بعد التلف.

و أمّا على القول بالملك: فإنّ الملك يقتضي اللزوم و قد خرج من هذا اللزوم المعاطاة إجماعاً و الإجماع دليل لثبوت يؤخذ بالقدر المتيقن منه و هو الجواز قبل تلف العينين و بعده يرجع إلى اللزوم الأوّل.

ثم إنّ هنا أصلين آخرين يمكن اثبات اللزوم بهما بعد التلف:

أحدهما: استصحاب براءة ذمّة كلّ واحد من المتعاطيين عن ضمان المثل أو القيمة عند تلف العينين، أو براءة ذمّة من وقع عنده التلف لو كان التالف إحدى العينين، و هذا الأصل لا غبار عليه ضرورة أنّ التالف قبل الرجوع مضمون بالمسمى و بعد الرجوع يشك في ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة و يكون المرجع في هذا الشك هو أصالة العدم.

و ثانيهما: استصحاب بقاء الملكية الثابتة آنّما قبل التلف - التي قد مرّ منّا توضيحها - لإثبات عدم جواز الرجوع إلى المثل أو القيمة ضرورة أنّ عدم جواز الرجوع

١٤٨ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

من آثار تلك الملكيّة الثابتة قبل التلف، إذ لا ملكية بعده لسلب الملكية بعد التلف بسلب موضوعها.

وقد تبّه المحقّق النائيبي^(١) على هذين الأصلين في المقام وقد مرّ منّا أيضاً أنّ عدم الرجوع إلى المثل أو القيمة بعد تلف العينين في المعاطاة إجماعيٌّ. هذا تمام الكلام في تلف العوضين و الحمد لله.

و منها: تلف إحدى العينين

المشهور بين الأعلام صيرورة المعاطاة لازماً بعد تلف إحدى العينين كما عليه الشهيد^(٢) والفاضل المقداد^(٣) والمحقّق الثاني^(٤) والشهيد الثاني في الروضة^(٥)، و صاحب الميسية^(٦).

وقال المحقّق الثاني في حاشيته على الإرشاد أنّه: «الأظهر بين عامّة المتأخريين»^(٧) و في جامع المقاصد نسبه إلى «جمع من متأخري الأ أصحاب»^(٨).
و تبعهم الشيخ جعفر^(٩).

(١) المكاسب و البيع ٢٣٤/١ و ٢٣٣.

(٢) الدروس الشرعية ١٩٢/٣، والحاشية النجارية، مخطوطة و نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٠٧/١٢، وكذا ظاهر اللمعة ١٠٩/.

(٣) التنقيح الرائع ٢٥/٢.

(٤) جامع المقاصد ٥٨/٤ و رسالته «صيغ العقود» المطبوعة ضمن رسائل المحقّق الكركي ١٧٨/١ و حاشيته على إرشاد الأذهان ٣٣٣/.

(٥) الروضة البهية ٢٢٣/٣.

(٦) الميسية، مخطوطة، كما نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٠٧/١٢.

(٧) حاشيته على إرشاد الأذهان ٣٣٣/.

(٨) جامع المقاصد ٥٨/٤.

(٩) شرح القواعد ٢٨/٢.

ملزمات المعاطاة على القول بأنّها جائزة - تلف إحدى العينين ١٤٩

ولكن قال الشهيد الثاني في المسالك: «لو تلفت العينان معاً تحقّق الملك فيهما ولو تلفت إحداهما خاصة فقد صرّح جماعة بالاكْتفاء به في تحقّق ملك الأخرى، نظراً إلى ما قدّ مناه من جعل الباقي عوضاً عن التالف لتراضيهما على ذلك، ويحتمل هنا العدم، التفاتاً إلى إصالة بقاء الملك لمالكه و عموم الناس مسلطون على أموالهم، والأوّل أقوى فإنّ من بيده المال مستحقّ قد ظفر بمثل حقّه بإذن مستحقّه فيملكه، وإن كان مغايراً له في الجنس و الوصف لتراضيهما على ذلك»^(١).

و تبعه في الاحتمال و تنظر في اللزوم المحقق السبزواري وقال: «... و المشهور بينهم أنّه يفيد إباحة تصرف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض لا أنّه بيع فاسد و هو أقوى بناءً على القول بعدم اللزوم و على هذا يجوز له الرجوع في المعاوضة مادامت العين باقية، قالوا: فإذا ذهبت لزمت، و فيه نظر»^(٢).

و تبعهما السيّد المجاهد على القول بالاباحة التي لا يرضاها نفسه و قال: «منهل: قد بيّنا فيما سبق أنّ المعاطاة لا تفيد اللزوم، فيجوز لكلّ من المتعاطيين الفسخ و الاسترداد و إن لم يرض الآخر به إلّا في مواضع: ... و منها: ما إذا تلف أحد العوضين... ولكن في المسالك... و فيه نظر لأنّ الوجهين المذكورين إنّما يتجهان إن قلنا أنّ المعاطاة لا تفيد نقل الملك و أمّا على تقدير إفادتها الملك كما هو المختار فلا، فالمعتمد عليه عدم جواز الفسخ حينئذ لأنّ الأصل عدم جواز الرجوع بعد انتقال الملك...»^(٣).

و قال الفاضل النراقي: «... و لو تلفت إحداهما خاصة فلا يجوز الرجوع لصاحب التالفة، و هل له ردّ الموجودة بلا مطالبة شيء لو أراد له لمصلحة و امتنع صاحبه؟ الظاهر: نعم،

(١) المسالك ١٤٩/٣.

(٢) الكفاية ٤٤٩/١.

(٣) المناهل ٢٦٩/.

لإصالة عدم اللزوم... و لصاحب الموجودة الرجوع إليها لذلك أيضاً على الأقوى، ثم الآخر يرجع إلى قيمة التالفة أو مثله كذا قالوا. وهو بإطلاقه مشكلاً، بل الموافق للقواعد أن يقال: لو كان التلف لا من جهة صاحب الموجودة فلا يرجع إليه بشيء، لأصل البراءة و عدم دليل على الاشتغال.

وإن كان منه فإن قصد الرجوع قبل الإلتلاف فعليه المثل أو القيمة، إذ كونه مادوناً في الإلتلاف إنما كان مع عدم قصده الرجوع، فمعه يكون غاصباً، فيعمل فيه بقاعدة الغصب. وإن لم يقصده قبله فمقتضى الأصول وإن كانت برئت ذمته عن المثل أو القيمة لعدم كونه غاصباً و جواز رجوعه إلى عينه للأصل، إلا أن الإجماع و نفي الضرر يمنعان عن الأمرين معاً، فلا بد من أحدهما، ولكن تعيين أحدهما مشكلاً. و تعيين الاشتغال مطلقاً أو على كون المعاطاة إباحة محضة لقاعدة الغصب كعدم الرجوع على كونها تمليكاً لئلا يلزم الجمع بين المالين باطل، لمنع صدق الغصب، و تسليم جواز جمع المالين إذا اشتغلت ذمته بمثل أحدهما أو قيمته، إلا أن تَعَيَّنَ الاشتغال بإثبات جواز الرجوع بمثل: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١) و «على اليد ما أخذت»^(٢).^(٣)

أقول: على القول بالملك يحكم باللزوم بعد تلف إحدى العينين لأن الإجماع قائم بجواز المعاطاة و قدر المتيقن منه صورة إمكان تراؤ العينين و مع تلف أحدهما تنتفي صورة الجواز و يحكم باللزوم.

و أمّا على القول بالاباحة فقد نسب الشيخ الأعظم رحمته الله إلى بعض مشايخه - و لعل هو السيّد المجاهد رحمته الله - وفاقاً لبعض معاصري شيخه - و لعلّه هو الفاضل النراقي رحمته الله - تبعاً

(١) عوالي اللآلي ٢٢٢/١، ح ٩٩.

(٢) عوالي اللآلي ٣٨٩/١، ح ٢٢.

(٣) مستند الشيعة ٢٦١/١٤ و ٢٦٠.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - تلف إحدى العينين ١٥١

للسهيد الثاني عليه السلام في المسالك حيث استوجه أصالة عدم اللزوم بأمرين:

١- بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها.

٢- التمسك بعموم على اليد.

و في النسبة نظر يظهر لك بالتأمل في نقل كلمات الأعلام الثلاثة.

و قد ناقش الشيخ الأعظم عليه السلام فيهما و ردّ الأوّل منهما بأنها معارضة بأصالة

براءة ذمّة من تلف عنده مالٌ صاحبه عن مثله أو قيمته و إذا تعارضا تساقطا.

و الوجه في المعارضة: أنّ أصالة بقاء سلطنة المالك تقتضي جواز استرداد العين

الموجودة و الرجوع ملازم لضمان بدل التالف من المثل أو القيمة للقطع بعدم مجانية التالف،

أو للإجماع المركب على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية و جواز رجوع مالك

العين التالفة ببدلها.

و ردّ الثاني منهما: بأنّ اليد تكون معدومة عند الحكم بالضمان - على القول به - و

هو حال التلف. و اليد السابقة على التلف لم تكن يد ضمانٍ لأنّها بإذن الشارع أو المالك. بل و

لا بعد التلف إذا قصد مالك العين الموجودة على امضاء المعاطاة و لم يرد الرجوع. فاليد إذا لم

تكن عدوانية قبل التلف و لا بعده لا تنقلب إلى العدوانية حتّى توجب الضمان.

فيبقى في المقام إرادة الرجوع و قصده و هذه الإرادة ليست من موجبات الضمان و به

يظهر إشكال الشيخ الأعظم عليه السلام على الفاضل النراقي عليه السلام حيث فصل بين ارادة الرجوع و

عدمها.

ثم ناقش الشيخ الأعظم عليه السلام بنفسه في ما ذكره:

المناقشة الأولى: أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة على رجوع ماله حاكمة على

أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة، لأنّ الشك في ضمان المثل أو القيمة و عدمهما مسبب عن

الشك في بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و عدمها، و من الواضح حكومة الأصل السببي

على الأصل المسببي، فمع جريان أصالة بقاء السلطنة، لا تجري أصالة عدم الضمان فلا معارضة في البين.

مضافاً إلى أنّ وجود الضمان في الجملة في المعاطاة عند تلف إحدى العينين من المُسَلِّماتِ وإثما الكلام في أنّ المُتَلَفَ ضامنٌ بالبدل الحقيقي - أي المثل أو القيمة - أو البدل الجعلي و المسمى - أي العين الموجودة - فلا تجري أصالة عدم الضمان - للعلم بوجوده إجمالاً - حتى تعارض أصالة بقاء سلطنة المالك.

المناقشة الثانية: يمكن التمسك بعموم «الناس مسلطون على أموالهم» و الحكم بوجود السلطنة للمالكين على مالهما فإن كان المال موجوداً فهو مسلط على أخذه برجوعه فيه، وإن كان المال تالفاً فهو مسلط على بدله الحقيقي - أي المثل أو القيمة - فيثبت بهذا العموم جواز الرجوع بعد تلف إحدى العينين، و من الواضح أنه مع وجود دليل لفظي - و هو العموم - لا تصل النوبة إلى الأصل العملي - و هو أصالة بقاء سلطنة المالك - حتى تناقش فيها بالمعارضة مع أصالة براءة الذمة.

ثم أمر الشيخ الأعظم رحمته الله بالتدبر ولعله لوجود المناقشة في هذه الاستدلالات ومنها: عدم شمول عموم «الناس مسلطون على أموالهم» للمال التالف و لذا لم يستدل بها أحدٌ على الضمان.

ثم يمكن أن يُناقشَ قولُ الشيخ الأعظم رحمته الله بوجوه:

منها: لا يجوز التمسك بأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة لأجل جواز رجوعه فيها لأنّ هذا الأصل يقتضي جواز رجوع مالك العين التالفة في مثلها أو قيمتها أعني اشتغال ذمة من بيده تلف المال و التالي باطل إجمالاً فالمقدّم مثله.

هذا مع أنّ الغماض عن اقتضاء المعاطاة للملكية و لو أنّا ما قبل التلف - كما هو مختار الشيخ الأعظم رحمته الله في جواب الشيخ جعفر رحمته الله - وإلاّ ينقلب التمسك بأصالة بقاء سلطنة المالك

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - تلف إحدى العينين ١٥٣

كما هو الواضح.

و منها: اليد الموجودة في المُعاطاة يدُ ضَمانٍ - حتّى على القول بأنها تفيد الإباحة - لأنّ الاخذ و الإعطاء فيها ليسا بمجانبيين، نعم إنّما الكلام فيها بعد تلف العينين أو إحدَيهما في الضمان الحقيقي - أى المثل أو القيمة - أو الضمان الجعلي و المسمّى - أى العين الموجودة - كما اعترف به الشيخ الأعظم في كلماته الأخيرة.

فليعلم بأنّ اليد في موردين لم تكن يد ضمان:

أوّلهما: أن يسلط المالك غيره في التصرف على ماله مجاناً، فتلف المال عند المتصرف، الوجه في عدم الضمان حينئذ لأنّ المالك قد أجاز التصرف في ماله بلا عوض. ثانيهما: أن تكون اليد يد أمانة - بلا فرق بين الأمانة الشرعية و الأمانة المالكية - لأنّه ليس على الأمين سبيل فليست يده يد ضمان.

و من المعلوم أنّ اليد في المعاطاة ليست من أحد الموردين.

و منها: ذهب الشيخ الأعظم رحمته الله إلى حكومة أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة و هذه الحكومة يمكن أن تقرر بوجهين: الأوّل: ما ذكرناه في توضيح كلام الشيخ الاعظم بأنّ الشك في ضمان المثل أو القيمة و عدمها مسبب عن الشك في بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و عدمها، و من المعلوم حكومة الأصل السببي على الأصل المسببي.

و يرد عليه: حكومة الأصل السببي على الأصل المسببي إنّما تتم فيما إذا كان ارتفاع ضمان المثل أو القيمة ليس من الآثار الشرعية للأصل السببي، و من الواضح عدم ثبوت ضمان المثل أو القيمة ليس من الآثار الشرعية لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة، بل من لوازمه العقلية لوجود الملازمة الخارجية بين جواز رجوع مالك العين الموجودة فيها و جواز رجوع مالك العين التالفة في بدلها الواقعية. فالحكومة الواردة في كلام الشيخ الأعظم

لا تتم.

الثاني: المراد بأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة هي استصحاب ملكيته على عينه و المراد بأصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة هي جريان البراءة عن اشتغال ذمّة التالف، و من البديهي حكومة دليل الاستصحاب على دليل البراءة. لارتفاع موضوع البراءة بجريان الاستصحاب.

و يرد عليه: نعم، دليل الاستصحاب يكون حاكماً على دليل البراءة، أمّا إذا كان مجرهما واحداً و على فرض بقدر المجرى فكلّ يجري في مجراه و مانحن فيه من قبيل الثاني لأنّ جريان استصحاب ملكية مالك العين الموجودة لم يثبت شرعاً اشتغال ذمّته بالمثل أو القيمة، لأنّ اشتغال الذمة يعدّ من اللوازم العقلية لهذا الاستصحاب لأنّه يثبت بالملازمة الخارجية بين جواز رجوع المالكين. فحينئذ تقديم الاستصحاب على البراءة هنا لتعدد المجرى يحتاج إلى حجية الأصل المثبت.

مضافاً إلى تبديل براءة الذمة عن الاشتغال بالمثل أو القيمة باستصحاب عدم اشتغال الذمة قبل التلف و كذا بعده مادام لم يقصد الرجوع، فحينئذ لا يقدم أحد الاستصحابين على الآخر فيتعارضان و يتساقطان و بعد يرجع إلى أصالة البراءة.

هذا بعض المناقشات الواردة على الشيخ الأعظم رحمته الله و هي مأخوذة من كلام المحقق

السيد الخوئي (١).

و منها: تلف بعض العينين أو بعض إحدى العينين

قال المحقق الكركي: «و يكفي [في لزوم] تلف بعض إحدى العينين لامتناع الترادف في

الباقى، إذ هو موجب لتبعض الصفقة و للضرر، و لأنّ المطلوب هو كون إحداهما في مقابل

(١) مصباح الفقاهة ٢/ (٢٠٦-٢٠٢).

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - تلف بعض العينين أو بعض إحدى العينين . ١٥٥

الأخرى»^(١).

و نحوها في صيغ العقود^(٢) و حاشية الإرشاد^(٣) له أيضاً. و تبعه الشهيد الثاني في الروضة^(٤).

و تبعهما الشيخ جعفر^(٥) و قال: «أنا نعلم من تتبّع كلمات القوم والنظر إلى السيرة القاطعة أنّ الجواز مشروط بإمكان الردّ وبالخلوّ عن الضرر المنفي بحديث الضرار فلو تلف كلّ أو بعض منه، أو من فوائده بتصرف بعين أو منفعة من ركوب أو سكنى أو حرث أو دخول في عمل و نحوها، أو بيع أو إجارة أو زراعة أو مساقاة و نحوها على وجه لا يمكن فسخها شرعاً، أو بإتلاف أو تلف سماوي، تعدّر الردّ و لم يتحقّق مصداقه، و لو صدق في البعض امتنع أيضاً مع حصول الضرر بالتبعيض.

و تغيير الصورة بطحن أو تفصيل أو خياطة أو صيغ و نحوها، لو دخل تحت الردّ جاءه ثبوت الضرر غالباً بتبديل الأوصاف و اختلاف الرغبات.

نعم، لو بقي الشيء على حاله وزاده حسناً بصقل أو إخراج غبار و رفع و سخ و نحوها لم يكن فيه ذلك.

و أمّا المزج على وجه لا يتميّز فلا يمكن الردّ بعينه، و قبول الجميع فيه منته، و دخول مال الغير في ماله، من غير فرق بين الأجود و مقابلاته»^(٥).

ولكن ناقشهم الشهيد الثاني نفسه في المسالك و قال: «و فيه نظر، فإنّ تبعض الصفقة

(١) جامع المقاصد ٥٨/٤.

(٢) صيغ العقود، المطبوعة في رسائل المحقّق الكركي ١٧٨/١.

(٣) حاشية إرشاد الأذهان / ٣٣٤ قال فيها: «فلا حاجة إلى تلف العين بل يكفي تلف البعض».

(٤) الروضة البهية ٢٢٣/٣.

(٥) شرح القواعد ٢٩/٢.

لا يوجب بطلان أصل المعاوضة، بل غايته جواز فسخ الآخر فيرجع إلى المثل أو قيمه كما في نظائره، وأمَّا الضرر الحاصل من التبعض المنافي لمقصودهما من جعل إحداهما في مقابلة الأخرى فمستند إلى تقصيرهما في التحفظ بإيجاب البيع، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً. و يحتمل حينئذ أن يلزم من العين الأخرى [ما] في مقابلة التالف و يبقى الباقي على أصل الإباحة بدلالة ما قدمناه»^(١).

و قال في الحدائق بعد نقل هذا المقال من ثاني الشهيدين: «و هو جيد بناءً على قواعدهم»^(٢).

و في الجواهر نقل كلام الشيخ جعفر بطوله وردّ عليه بقوله: «و لا يخفى عليك مواقع النظر في كلامه بعد الإحاطة بما ذكرناه و حديث الضرار لو قضى بذلك لقضى به في الخيار كما أنه لا سيرة معتدّ بها في إثبات أكثر هذا الأحكام أو جميعها، و لم يصدر من المتعاملين سوى قصد البيع على نحو غيره من البيوع، فلا بناء للمعاملة على شيء من ذلك، وإصالة اللزوم بعد فرض انحصار دليلها في آية ﴿أوفوا﴾ المعلوم عدم صدقها على ما نحن فيه كما صرح به الكركي و عليه بنى ثبوت الجواز في هذا البيع لا وجه لها. على أن المتجه بعد ثبوت الجواز استصحابه حتّى يحصل المخرج، فكل ما شك في ارتفاع الجواز معه كان مقتضى الاستصحاب المزبور ثبوته.

اللهم إلا أن يقال: أنه يكفي في اللزوم استصحاب الملك الذي قد فرض ثبوته، إنما يخرج عنه بالمتيقن وهو مع بقاء العين بحالها، فكلّ ما شك حينئذ في الجواز معه كان مقتضى الاستصحاب المزبور اللزوم فيه، إلا أنه هو أيضاً كما ترى محلّ للنظر و المنع كما تقرر في

(١) المسالك ١٤٩/٣.

(٢) الحدائق ٣٦٣/١٨.

ملزمات المعاطاة على القول بأنّها جائزة - كون أحد العوضين ديناً ١٥٧

نظائره»^(١).

أقول: مع قطع النظر عن المناقشات الواردة على كلمات القوم في طرفي المسألة، بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الملك تجرى أصالة اللزوم لأنّ المتيقن من الإجماع على الجواز هو إمكان تراّد العينين، و الاجماع دليل لبيّ يؤخذ بالقدر المتيقن منه وهو تراّد العينين، وفي غيرها يحكم بأصالة اللزوم.

وبناءً على أنّها تفيد الملكية الجائزة أو المتزلزلة - على القول بها - فيحكم بالجواز في الفرضين، لأنّ القدر المتيقن من تبديل هذه الملكية الجائزة باللازمة هما صورتا تلف العينين أو تلف إحداهما وأما ألفرضان الخارجان عن الصورتين فيحكم فيهما بالجواز. و أمّا بناءً على القول بأنّ المعاطاة تفيد إباحة مالكية فتجري قاعدة سلطنة الناس على أموالهم و ثبت الجواز بها.

و على القول بأنّها تفيد إباحة شرعية لا تجري قاعدة السلطنة لأنّها محكومة بدليل الإباحة الشرعية و يجري استصحاب الإباحة و نتيجتها هي اللزوم. و من البديهي في موارد الجواز أنّه يمكن الترادّ ولكن بالنسبة إلى العين التي تلف بعضها مع زيادة الأرش و جبران النقيصة أو الرجوع إلى المثل أو القيمة.

و منها: كون أحد العوضين ديناً

إذا كان زيد مديوناً لعمرو بألف ريال ثم اشترى عمرو منه سجاداً بألف ريال بالمعاطاة، يترتب عليه فراغ ذمّة زيد عمّا اشتغلت به لعمرو و حينئذ تصير المعاطاة لازمة من أوّل تحققها لعدم إمكان الترادّ الذي هو موضوع الجواز.

و لذا قال الشهيد في الدروس: «و من المعاطاة أن يدفع إليه سلعة بثمن يوافق عليه

(١) الجواهر ٢٣٧/٢٢ و ٢٣٦.

من غير عقد، ثم تهلك عند القابض فيلزم الثمن المسمى وشبهها اقتضاء المدين العوض عن النقد أو عن عرض آخر، فإن ساعره فذاك، وإلا فله سعر يوم القبض ولا يحتاج إلى عقد، و ليس لهما الرجوع بعد التراضي»^(١).

وكذا جعل في قواعده^(٢) الإبراء مردداً بين الإسقاط و التملك.

أقول: قبل الشروع في بحث اللزوم لابد من البحث عن صحة هذه المعاطاة فلذا على القول بصحة المعاطاة في الإعطاء من طرف واحد الأمر واضح و يحكم بصحتها، وأما على القول بعدم كفاية الإعطاء من طرف واحد فيحكم بصحتها أيضاً لأن الدين بمنزلة المقبوض فلا يحتاج إلى القبض ثانياً.

ثم وقع الخلاف في بيع الدين على من هو عليه كبيع من ينعق عليه بعد الاتفاق على حصول البراءة للذمة في الأول، و الاعتاق في الأخير، في أن المبيع أعني الدين في الأول و العبد في الثاني يتلف على المشتري بنفس إنشاء البيع و المنشأ و كانت ملكية الدين لمن هو عليه و العبد لمن ينعق عليه لا تنتج إلا نتيجة التلف، أو أن الدين أو العبد ينتقلان إلى المشتري و يدخلان في ملكه آنما تم يتلفان عليه بسقوط الدين و بانعتاق العبد.

و منشأ القول الأول: في باب الدين هو لأجل استحالة أن يسلط الانسان على نفسه بمال و يملك على نفسه شيئاً لعدم صحة اعتبار مال الانسان على نفسه عند العقلاء أو لأنه قد مرّ منّا في أول البيع بأن كل أحد مالك لذمته و ما فيها بالملكية الذاتية التكوينية كما يملك أعضاءه و جوارحه، لا بالملكية الاعتبارية العرضية كما يملك الأموال و مع حصول الملكية الذاتية التكوينية يكون جعل الملكية الاعتبارية العرضية لغواً - كما عليه المحقق

(١) الدروس ١٩٢/٣.

(٢) القواعد و الفوائد ٢٩١/١ للشهيد و نقل عنه الشيخ في المكاسب ٩/٣.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - كون أحد العوضين ديناً ١٥٩

السيد الخوئي^(١) و سيأتي الاشكال فيه في الفرق بين الذمة و ما فيها - و إذا ورد الدليل على صحة بيع الدين عليه فيصير مآلة إلى إبراء ذمته عن الدين بالعوض أو سقوطه كذلك، لا صيرورته مالاً لما في ذمته، و كذا في بيع من ينعق عليه يُقيم الدليلين:

الأول منهما: يدل على أن الإنسان لا يملك عموديه.^(٢)

و الثاني منهما: يدل على انعتاقهما عليه بعد البيع.^(٣)

و الجمع بينهما يقتضي كون البيع لا ينتج إلا الانعتاق على البائع من دون تحقق ملك للمشتري أصلاً.

و منشأ القول الثاني: في باب الدين فلأن المانع عن اعتبار المال للإنسان على نفسه إنما يمنع عن اعتباره على نحو الاستمرار، و أمّا اعتباره لما ثبت في ذمته عن الغير ملكاً يترتب عليه الإبراء لا ملكاً مستقراً، فلا مانع عن اعتباره، و أمّا في باب العتق فلأن الدليل على عدم ملكية العمودين أيضاً إنما يمنع عن الملك المستقر لا الملك المترتب عليه العتق. قد اختار الشيخ الأعظم^(٤) و تبعه المحقق النائيني^(٥) القول الثاني، و لكن يظهر ممّا ذكرنا بالنسبة إلى باب الدين و بيعه عدم الفرق بين استحالة أن يسلط الإنسان على نفسه بمال استمرارية أو ابتدائية، أو أن كل إنسان يملك ذمته بالملكية الذاتية التكوينية، لا الملكية الاعتبارية العرضية، فحينئذ جعل الملكية الاعتبارية العرضية بالنسبة إلى الذمة تكون لغواً حتى إذا كانت على نحو الملكية الابتدائية لا الاستمرارية التي لا يترتب عليه إلا الإبراء -

(١) مصباح الفقاهة ٢/٢٠٧.

(٢) راجع وسائل الشيعة ١٨/٢٣، الباب ٧ من أبواب كتاب العتق.

(٣) راجع وسائل الشيعة ١٨/٢٣، الباب ٧ من أبواب كتاب العتق.

(٤) المكاسب ٣/٩٨ قال: «يملكه من في ذمته فيسقط عنه».

(٥) المكاسب و البيع ١/٢٤٢.

على مبنى المحقق السيّد الخوئي رحمته الله كما مرّ.

فَالْقَوْلُ المختار بالنسبة إلى هذا الباب هو القول الأوّل و وافقنا المحقق العراقي رحمته الله (١) و
 أمّا بالنسبة إلى باب العتق فالظاهر تمامية اختيار المحقق النائيني لأنّ ظاهر الجمع بين الدليلين
 الماضيين بانضمام ما دلّ على أنه لا عتق إلا في ملك، بل ورد في صحيحة منصور بن حازم:
 «لا عتق قبل الملك» (٢) هو حدوث الملك آنأ ما للمشتري ثمّ الانعتاق عليه.

هذا التفصيل هو مختارنا في المقام و الذي يسهل الخطب هو التنبيه على عدم ترتب
 ثمرة عملية في البابين - أي الدين و العتق - لأنّ الْقَوْلَيْنِ يذهبان إلى سقوط الدين و انعتاق
 العمودين.

ثم يقع الكلام في أنّ هذا التلف الشرعي - أي سقوط الدين - هل هو كالتلف
 التكويني الخارجي يكون من ملزمات المعاطاة أم لا؟

فلذا نقول بناءً على القول بالملك يكون التلف الشرعي الاعتباري كالتلف الخارجي
 التكويني، لأنّ على القول بالملك تكون المعاطاة لازمة إلا في فرض كون العوضين عينيين و
 امكان الترادّف في هذا الفرض تكون جائزة إجماعاً و في فرض كون أحدهما ديناً، و مع التلف
 الشرعي الاعتباري لا يمكن الترادّف فتخرج المعاطاة من تحت فرض الجواز و تكون لازمة.
 و بما ذكرنا يظهر أنه إذا كان أحد العوضين ديناً و لو كان على ذمّة غير المتعاطيين
 تكون المعاطاة لازمة.

و أنه ليس اللزوم فيها متوقفاً على القول الثاني فيما مرّ - من صيرورة الدين ملكاً لمن
 هو عليه ثم تلف عليه كما هو مختار الشيخ الأعظم و تبعه المحقق النائيني - بل على القول

(١) حاشية المكاسب / ١٥١ / لا ية الله الميرزا ابو الفضل النجم آبادي رحمته الله من تقرير أبحاث المحقق
 العراقي رحمته الله.

(٢) وسائل الشيعة ١٥/٢٣، ح ١، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - كون أحد العوضين ديناً ١٦١

المختار وهو سقوط الدين بنفس حدوث المعاطاة من دون وساطة الملكية - أيضاً يجري، فعليه ما ذكره الشيخ الأعظم رحمته الله من قوله: «فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه»^(١) كما مرّ هو اختيار الشيخ في المقام لا ابتناء المسألة عليه.

و ما ذكره الشيخ الأعظم رحمته الله من قوله: «الظاهر أنه في حكم التلف»^(٢) أي أنّ سقوط الدين في حكم التلف الخارجي التكويني من جهة إيجاد اللزوم في معاطاة العينين غير تام لأنّ نفس وجود الدين في طرف المعاطاة يخرجها من فرض الجواز، نعم، التساوي بين التلفين و عدم إمكان التراد يؤيد هذا الخروج.

و أمّا التعليلُ الوارد في كلامه رحمته الله من قوله: «لأنّ الساقط لا يعود و يحتمل العود، و هو ضعيف»^(٣) لا يتم عندنا لإمكان عوده بالإقالة و الفسخ، قال شيخنا الاستاذ رحمته الله: «لأنّ عود ما على الذمة إليها في بعض الموارد شاهد قطعي لإمكانه، كما إذا باع المديون لآخر بعشرة دنا نير متاعه منه بألف على شرط إبراء ذمته من العشر و خياطة ثوبه المعين، فأخذ المشتري المتاع و سلم الألف و أبرأه عن العشر ولكن امتنع عن خياطة الثوب فإنه لا ينبغي الريب في أنّ للبائع خيار تخلف الشرط و إذا فسخ يعود العشر إلى ذمته، و هذا عود بعد السقوط.

و الحاصل، أنه لا يمكن قياس عود المال إلى الذمة بعود الشيء الخارجي بعد صيرورته معدوماً و يقال بأنّ الشيء لو كان عوده بشخصه الأوّل لزم تخلل العدم في الوجود الواحد، و لو كان بشخص آخر يكون غيره لا الأوّل، و الوجه في الفرق أنّ ثبوت المال على الذمة اعتبار يتعلق بالطبيعي و يمكن اعتباره ثانياً بنحو لا يكون بينه و بين

(١) المكاسب ٩٨/٣.

(٢) المكاسب ٩٨/٣.

(٣) المكاسب ٩٩/٣.

الطبيعي الأوّل ميز أصلاً»^(١).

لا يقال: أنتم ذهبتم إلى القول بالملكية الذاتية الحقيقية بالنسبة إلى الذمّة لكلّ أحد فكيف تذهبون إلى ما ذكره شيخكم الأستاذ رحمته الله من «أنّ ثبوت المال على الذمّة اعتبار يتعلّق بالطبيعي ويمكن اعتباره ثانياً الخ»، والجمع بين الملكيتين الحقيقية والاعتبارية لا يمكن! فكيف ذهبتم إلى هذا الجمع؟!

لأنّنا نقول: هناك شيان لا بدّ بأنّ يفرق بينهما:

الأوّل: الذمّة لكلّ أحد و تكون ملكيتها على نحو الملكية الحقيقية.

الثاني: ما في الذمّة و عليها و تكون ملكيته غالباً على نحو الملكية الاعتبارية كعشرة دنانير أو منّ من الحنطة، و ناهيك غالباً - لا دائماً - لأنّه ما في الذمّة قد يكون ملكيته على نحو الملكية الحقيقية نحو: بيع اختراع اخترعته أو كتاب ألفته أو مقالة قلّتها أو بدائع فكرٍ أبدعتها. و على ما سردناه عليك يمكن لك التمييز بين الذمّة و ما فيه و تعلّق الملكية بقسميها عليهما بل على ما في الذمّة.

و نضرب لك مثلاً حتّى تكون على بصيرة من الأمر نحو العلم و المعلوم، العلم يكون من الأشياء الحقيقية و يكون متّحداً مع ذات العالم، ولكن المعلوم كما يمكن أن يكون من الأشياء الحقيقية كالنفس و خالقها و رسول الخالق كذلك يمكن أو يكون من الأشياء الاعتبارية كالقوانين الموضوعة في الممالك و نحوها، و مع ذلك لا تنافي أن يكون متّحداً مع العالم و علمه.

و بما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكره المحقّق الأصفهاني رحمته الله من قوله: «أنّ الذمّة المطلقة لا معنى لها، فإنّها ليست من الأوعية و الظروف بل هي نحو ثبوت الشيء اعتباراً، فشخص

(١) إرشاد الطالب ٩٣/٢ و ٩٢.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - كون أحد العوضين ديناً ١٦٣

الذمة يتشخص بأطرافها و هي من له و من عليه و ما فيها، و ليس هي على اعتباريتها بأعظم من العلم الذي يتشخص بالعالم و المعلوم بذاته»^(١).

و ضعف ما ذكره المحقق الخراساني رحمته الله من قوله: «لا يكاد يعود نفس الساقط حقيقة لإمتناع إرادة المعدوم، لكنّه لا يختص بالساقط، بل الملكية الزائلة عن العين الموجودة، كذلك لا تعود لذلك، وإعادة مثله كما في الملكية بمكان من الإمكان، فالعمدة مع الشك هو إصالة عدم العود، و عدم زوال ملكه عمّا انتقل إليه بعوض الدين، و لا استصحاب للجواز هيهنا، ليحكم عليها كما لا يخفى»^(٢).

فذلكة القول في المقام

لعلّ أجلي ما يكشف عنها هو بيان المؤسس الحائري رحمته الله - و هو أحسن مقال، بل تحقيق القول في المقام - قال: «قد يبحث عن جواز و لزوم هذا القسم من المعاطاة من جهة القواعد و قد يبحث عنهما من جهة إمكان الترادّ و عدم إمكانه.

أمّا الكلام في الأوّل: فهو أنه لا شك أنّ القدر المتيقن من الخروج عن تحت قاعدة اللزوم هو صورة كون العوضين عينين، فتبقي صورة كون أحدهما ديناً تحت القاعدة من أوّل الأمر.

أمّا الكلام في الثاني: فهو أنه كما يمكن نقل السلطنة على الدّين من الدائن إلى المديون، كذلك يمكن نقلها من المديون إلى الدائن ثانياً، فليس دَينيّة العوض كتلفه، فأصالة الجواز - لو لا العمومات - ثابتة، لثبوت موضوعها، لا أنها منفية لانتفائه»^(٣).

و أمّا بناءً على القول بالإباحة: فقد قال الشيخ الأعظم رحمته الله: «و الظاهر أنّ الحكم كذلك

(١) حاشيته على المكاسب ٢٢٢/١.

(٢) حاشية المكاسب ٢٤/ للآخوند الخراساني رحمته الله.

(٣) كتاب البيع ١٢٠/١ بقلم مقررره شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي رحمته الله.

على القول بالإباحة، فافهم»^(١).

مراده عليه السلام أنه يوجب سقوط الدين لا أنه يوجب اللزوم كما في القول بالملك، لأنَّ «إباحة الدين على من عليه الدين لا يفعل لها معنىً إلاَّ سقوطها» كما ذكره المحقِّق الخراساني رحمته الله^(٢).

وقد تبيَّه على تشابه سقوط الدين في القولين لا اللزوم المحقِّق الإصفهاني رحمته الله في حاشيته على المكاسب قال: «ليس غرضه [أي غرض الشيخ الأعظم] رحمته الله: أنَّ الحكم هو اللزوم على القول بالإباحة، فإنَّ كون الإباحة مفيدة للسقوط لا يوجب كون السقوط بأعظم من التلف، مع أنه لا لزوم عنده عليه السلام على القول بالإباحة في صورة التلف الحقيقي لجريان أصالة السلطنة في طرف العين الباقية، و الرجوع بالبدل الواقعي في طرف العين التالفة، فكيف بما هو في حكم التلف. بل غرضه رحمته الله أن جعل الدين عوضاً على الإباحة يوجب السقوط، كما أنه يوجبه على القول بالملك، حيث لا معنى لإباحة الدين إلاَّ الإبراء والإسقاط...»^(٣).

و تبعه تلميذه المحقِّق السيِّد الخوئي رحمته الله^(٤).

نعم، يمكن القول باللزوم حتَّى على القول بالإباحة في المقام لأنَّ «الإباحة تثبت في المعاطاة بالإجماع و السيرة و من الظاهر أنَّ الإباحة في مقابل الملك لا معنى لها في المقام فيكون الإجماع و السيرة في سائر الموارد و يثبت الملك في المورد من الأوَّل كما هو مقتضى

(١) المكاسب ٩٩/٣.

(٢) حاشيته على المكاسب / ٢٤.

(٣) حاشيته على المكاسب ١/ ٢٢٢.

(٤) مصباح الفقاهة ٢٠٧/٢.

ملزمات المعاطاة على القول بأنّها جائزة - نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز . ١٦٥

حلّ البيع ووجوب الوفاء بالعقد». كما عليه شيخنا الأستاذ^(١) تبعاً لأستاذة المحقق السيّد الخوئي^(٢) وعلل الشيخ أشار إلى هذا بقوله فافهم في آخر كلامه.

وأما على القول بأنّ الحكم على القول بالإباحة أيضاً هو اللزوم كما في القول بالملك فيمكن أن يشير أمر الشيخ بالتفهّم إلى الجواز لجريان قاعدة السلطنة ولذا قال الفقيه اليزدي: «حاله حال تلف إحدى العينين على القول بالإباحة، فيمكن الحكم بالجواز لقاعدة السلطنة بالنسبة إلى العوض الموجود، ولعلّه إليه أشار بقوله «فافهم»^(٣).

و منها: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز

عدّه المحقق الثاني من ملزمات المعاطاة وقال: «... بل تعدّر الرد بعقد لازم كبيع و

وقف و نحوهما»^(٤).

و هكذا عدّه من ملزمات المعاطاة في الميسية.^(٥)

وقال ثاني الشهيدين: «لو نقل أحدهما العين عن ملكه، فإن كان لازماً كالبيع والهبة

بعد القبض والوقف والعتق فكالتالف وإن كان جائزاً كالبيع في زمن الخيار فالظاهر أنّه

كذلك لصدق انتقال الملك عنه فيكون كالتلف»^(٦).

و نحوها في الروضة.^(٧)

وقال الشيخ جعفر: «أنّه لا ريب ولا خلاف في أنّ المعاطاة تنتهي إلى اللزوم وأنّ

(١) إرشاد الطالب ٩٣/٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٢٠٨/٢.

(٣) حاشيته على المكاسب ٣٩٩/١.

(٤) حاشية الإرشاد ٣٣٤/.

(٥) الميسية، مخطوطة، ونقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٠٧/١٢.

(٦) المسالك ١٥٠/٣.

(٧) الروضة البهية ٢٢٣/٣.

التلف الحقيقي أو الشرعي - بالتقل بالوجه اللازم للعوذين معاً - باعث على اللزوم وكذا للواحد منهما. واحتمال العدم فيه وفي الناقل الشرعي في حكم العدم... فلو خرج عنه ولو بعقد جائز دخل في حكم آخر»^(١).

وقال الفاضل النراقي: «ولو لم تتلف العين ولكن وقع التصرف فيها، فإن كان بنقل الملك اللازم فكالتلف لأنَّه سلَّطه على ذلك. وإن كان بالمتزلزل فيحتمل اللزوم أو الإلزام بالاسترداد أو بالمثل أو القيمة»^(٢).

أقول: التصرفات الواقعة على العينين من المتعاطيين إذا كانت متوقفة على الملك بلا فرق بين التصرفات الخارجية كالوطء وبين التصرفات الاعتبارية، والأخير منها بلا فرق بين الإيقاعات كالوقف والعتق والعقود، والأخير منها بلا فرق بين العقود غير المعاوضة كالهبة والعقود المعاوضة، والأخير منها بلا فرق بين أن يَقَعَ على الأعيان كالبيع والرهن وأن يَقَعَ على المنافع كالإجارة. وبلا فرق بين أن يكون التصرف ناقل العين كالبيع وأن يكون غير ناقل للعين كالوديعة والعارية، فكل ذلك موجب لسقوط الردِّ ولزوم المعاطة.

و سواء في ذلك كَلَّه العقد اللازم أو الجائز، والعقد باللفظ والصيغة أو بالعمل والمعاطة، فَسَخَّ العقد بخيار أو إقالة أم لا، عاد العين إلى مَنْ أُنْتَقَلَ عنه بمعاوضة أخرى أم لا، وفي المعاطة بلا فرق بين قولي الملك والاباحة.

و الوجه في ذلك أنَّ جواز المعاطة مشروط ببقاء العين بعينها وعدم خروجها عن ملكه، وعدم تصرفات المالكية فيها وكل ذلك يكون من التصرفات المالكية أي لا تجوز هذه التصرفات إلا من المالك، وإذا تصرَّف في العين بهذه التصرفات المالكية ولا يمكن

(١) شرح القواعد ٢٨/٢ و ٢٩.

(٢) مستند الشيعة ٢٦١/١٤.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز . ١٦٧

الترادّ فتصير المعاطاة لازمة.

أمّا على القول بالملك لأنّ القدر المتيقن من الجواز الثابت بالإجماع هو عدم التصرفات المالكي ومعها تخرج المعاطاة من القدر المتيقن و فيحكم بلزومها. و على القول بالإباحة لأنّ الجواز مشروط ببقاء العين بعينها و مع هذه التصرفات يفقد الشرط بل أنّها في حكم التلف كما اعترف به الشيخ الأعظم (١) فيحكم بلزومها. و بعد الحكم بلزومها فإنّ رجوع العين إلى المتعاطي بالفسخ أو الإقالة أو معاوضه أخرى لا يخرجها عن اللزوم لأنّ بعد خروج المعاطاة عن الجواز إلى اللزوم، رجوعها مجدداً إلى اللزوم يحتاج إلى دليل و هو مفقود.

و لا فرق في ما ذكرناه بين عقدي اللزوم و الجائز لأنّ بعد هذا التصرف المالكي لم تبق العين بعينها فتصير المعاطاة لازمة، و كذا لا فرق بين العقد بالصيغة و المعاطاة لما ذكرنا. و كذا لا فرق بين التصرفات الناقلة للعين و غير ناقلة لها كالإجارة و العارية و الوديعة، لأنّ الأخير أيضاً من التصرفات المالكيّة في العين و الفرق بين العين التي عقد عليها هذه العقود و غيرها واضح فلم تبق العين بعينها و لذا صار المعاطاة بها لازمة خلافاً للمحقّق النائيني (٢) حيث أنّه يرى في التصرفات غير الناقلة بقاء العين على حالها.

و كذا لا يجري استصحاب جواز الرد الثابت قبل العقد للقطع بانقطاعه بالعقد فموضوعه معدوم، لأنّ «الموضوع غير محرز» (٣) كما عليه الشيخ الأعظم (٤) و بما ذكرنا يظهر جواب السيّد الحكيم (٥) من بناء قول الشيخ على «أنّ المرجع في تعيين موضوع

(١) المكاسب ٩٩/٣.

(٢) منية الطالب ٢٠٧/١.

(٣) المكاسب ٩٩/٣.

الاستصحاب الدليل لا العرف ومع إجمال الدليل لا يحرز موضوعه»^(١)، مع أن العرف أيضاً لا يرى في المقام وحدة الموضوع في القضيتين.

و العجب من شيخنا الأستاذ رحمته حيث يقول: «المستصحب جواز الترادُّ وضعاً أي نفوذ الترادُّ و صحته، و عدم إمكان الترادُّ قبل فسخ العقد اللازم لا يوجب ارتفاع هذا الجواز»^(٢). و لعلَّه رحمته تنبَّه على عدم تمامية كلامه فذكر بعده إشكال الشيخ الأعظم بأنَّ الموضوع غير محرز في الاستصحاب و لم يرد عليه.

نعم، يمكن جريان الاستصحاب التعليقي - على القول به - بأنَّ استحقاق أخذ العين عند كونها في ملك الطرف المقابل كان ثابتاً و هذا الاستحقاق التعليقي مستمر حتَّى عند كون العين خارجة عن الملك و أثره أنها إذا رجعت إلى الملك صار مستحقاً كما فسره في المقام المحقِّق الإيرواني^(٣) و العمدة عدم جريانه.

و أعجب منه مقالة المحقِّق الخراساني^(٤) حيث جمع بين جواز رجوع المالك الأوَّل الذي هو من المتعاطيين في الهبة التي وهبها المتعاطي الآخر، و بين عدم جواز ردِّه للمعاطاة، و كذا حكم بإمكان الجمع بين العوضين في يد المالك الأوَّل أحدهما بالمعاطاة و الآخر بالرجوع في العين الموهوبة، و لا يخفى ما في كليهما من التأمل.

و قد ناقشه تلميذاه المحققان النائيني^(٥) و الإصفهاني^(٦).

(١) نهج الفقاهة / ١٤٣ طبع عام ١٤٢١ ق.

(٢) إرشاد الطالب ٩٣/٢.

(٣) حاشيته على المكاسب ٨٨/٢.

(٤) حاشية المكاسب / ٢٥.

(٥) منية الطالب ٢١٢/١.

(٦) حاشيته على المكاسب ٢٢٦/١.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - لو باع العين ثالث فضولاً ١٦٩

و كذا لا ينقضى تعجبي ممّا نسب إلى المحقق العراقي رحمته الله من أنه بنى كلام الشيخ «ولو عادت العين بفسخ ففي جواز التراد... و عدمه... و جهان أجودهما ذلك»^(١) على إصالة اللزوم و قال: «و أمّا بناءً على ما اخترناه من إصالة الجواز، فلا ريب في جواز التراد لأنّ الخروج عن الملك إنّما يمنع جواز الرجوع من جهة فقد الموضوع لا لضعف في سلطنة الارتجاع، فإذا عادت العين إلى ملكه عادت سلطنة الارتجاع عليها لأنّها عين ما ملكه الباقي، مع بقاء سلطنة الارتجاع إنّما منع عن فعليتها خروجها عن ملكه، فإذا ارتفع المانع أثر المقتضي أثره»^(٢).

و الوجه فيه: بعد الحكم عليها باللزوم من أيّ جهة كانت، رجوع حكم الجواز عليها بأيّ وجه كان يحتاج إلى دليل و هو مفقود، مع الاعتراف بأنّ «الملك الحاصل بالفسخ لا يعقل أن يكون شخص الذي زال بل هو شخص آخر» كما عليه المحقق الإيرواني رحمته الله^(٣) فالحكم بلزومه يحتاج إلى دليل.

و منها: لو باع العين ثالثً فضولاً

تارة أجاز البيع المالك الأوّل الأصلي الذي منه ينتقل العين بالمعاطاة إلى الثاني، و أخرى أجازة المالك الثاني الذي تنتقل العين إليه، و الإجازتان تأتيان على قولي الملك و الإباحة فتصير الفروع أربعة:

الأوّل: أجاز المالك الأوّل على القول بالملك.

قال الشيخ الأعظم رحمته الله: «لم يُبعد كون إجازته رجوعاً كبيعته و سائر تصرفاته

(١) المكاسب ٩٩/٣.

(٢) حاشية المكاسب ١٥٢/ من تقرير المحقق العراقي بقلم آية الله الشيخ الميرزا أبوالفضل النجم آبادي.

(٣) حاشيته على المكاسب ٨٨/٢.

الناقلة»^(١).

مراده نفي البعد عن صحة بيع الفضولي حينئذ لأنَّ المالك الأوَّل بإِجازته للبيع الفضولي فسخ المعاطاة، و صار بنفسه مالكا للعين ولذا إجازته تكون نافذة، وكذلك ردّه. وأما وجه البعد في كلامه ﷺ يمكن أن يقدر بوجهين:

أ: عدم الدليل على كون الإجازة فسخاً أو رجوعاً، بخلاف التصرفات الناقلة من ذي الخيار، لأنّه قد ثبت الدليل على أنّها رجوع و الدليل هو الإجماع.

ب: أنّ الفسخ في المعاملة المعاطاتية لا بدّ أن يكون بترادّ العينين بخلاف الفسخ في العقود، و من المعلوم إجازة بيع الفضولي ليس ردّاً للعين حتّى يصدق الترادّ.

ولكن يمكن أن يُناقشَ ألّوَجْهان:

أما الأوَّل: فإنّ التصرفات المنافية للمعاطاة تكون رجوعاً عند العرف و فسخاً عندهم. و أنت ترى بأنّهم لا يفرقون بين التصرفات الناقلة من ذي الخيار أو في المعاطاة من أنّها رجوع في الخيار أو المعاطاة و تكون ردّاً لهما.

و أما الثاني: فإنّ المعتبر في الفسخ هو إمكان الترادّ لا الترادّ الخارجي و في إجازة بيع الفضولي توسط المالك الأوَّل يمكن الترادّ بالرجوع إلى العين إن كانت موجودة أو المثل و القيمة إن كانت مفقودة.

الثاني: أجاز المالك الثاني على القول بالملك.

قال الشيخ الأعظم: «نَقَدَ بغير اشكال»^(٢).

أقول: لأنّه مالك للعين حين وقوع العقد فينفذ إجازته و كذلك ردّه و تكون إجازته

(١) المكاسب ١٠١/٣.

(٢) المكاسب ١٠١/٣.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - لو باع العين ثالث فضولاً ١٧١

كبيعه المباشري ملزماً للمعاطاة، و أمّا ردّه فليس إلاّ هدماً للعقد الفضولي فلا تخرج المعاطاة من التزلزل إلى اللزوم. بخلاف إجازة المالك الأوّل أو ردّه لأنّهما منه كانا فسحاً للمعاطاة و كاشفّين عن الرجوع في المعاطاة بالدلالة الالتزامية.

الثالث: أجاز المالك المبيح على القول بالإباحة

على القول بالإباحة، العين باقية على ملك المالك الأوّل فينفذ إجازته و ردّه، و إجازته تكون رجوعاً في المعاطاة و تدلّ على فسحها، لعدم الفرق بين إجازته و بيعه المباشري.

ثم هل يكون ردّه رجوعاً عن المعاطاة أم لا؟ قد يقال: بأنّ ردّ العقد الفضولي لا يترتب عليه إلاّ بقاء ماله على ما كان عليه مملوكاً له و هذا لا ينافي إباحته للمتعاطي فتبقى الإباحة على حالها.

ولكن ردّ المحقّق السيّد الخوئي هذه المقالة بقوله: «ولكن في هذا خلطاً بين المعاطاة المقصود بها الإباحة و بين المعاطاة المقصود بها الملكية مع ترتب الإباحة عليها بالتعبد، ففيما إذا أعطى المالك ماله و قصد به الإباحة لم يكن ردّ العقد الواقع عليها فضولاً رجوعاً عن الإباحة بخلاف إجازته. و أمّا إذا أعطى ماله قاصداً به التمليك فهو أجنبي عن ذلك المال في اعتباره، و الإباحة الشرعية مترتبة على هذا الاعتبار حدوثاً و بقاءً، فمادام هذا الاعتبار كان باقياً فهو أجنبي عن المال، فليس له ردّ العقد الواقع عليه، فردّه يكشف بالدلالة الالتزامية عن رجوعه في المعاطاة و إرجاع مملوكه إلى نفسه، فكان الردّ كالإجازة في أنّه يكون رجوعاً عن المعاطاة»^(١).

الرابع: أجاز المباح له على القول بالإباحة

(١) مصباح الفقاهة ٢/٢١١.

إجازته نافذة و صح العقد الفضولي بها و كذلك صارت المعاطاة بها لازمة، لأنّ شأن الإجازة الصادرة منه شأن البيع الصادر منه و لذا توجب لزوم المعاطاة. و أمّا ردّه فلا يؤثر في إبطال العقد الفضولي، لأنّه ليس له إلّا جواز التصرف فيها دون ردّ العقد الواقع عليها.

و بعبارة أخرى: مع ردّه لا يضاف العقد إليه و يجوز للمالك التصرف في ماله بإجازته للعقد الفضولي و تكون هذه رجوعاً عن المعاطاة.

و بالجملة يمكن التفصيل بين إجازة المباح له و ردّه بأنّ إجازته تصحح العقد ولكن ردّه لا يردّه خلافاً للشيخ الأعظم^(١) و المحقّق النائيني^(٢).

و قال الشيخ الأعظم^(٣) في الصورتين الأخيرتين ما نصه: «و ينعكس الحكم إشكالاً و وضوحاً على القول بالإباحة»^(٣).

مراده: أنّ الاشكال يأتي في الصورة الأخيرة و هي إجازة المباح له، و هو عبارة عن استدعاء نفوذ إجازته، الملكية آنأ ما قبلها له و هذه الملكية أيضاً لا تفيد على القول بأنّ الإجازة كاشفة و ليست بناقلة لأنّ الملكية آنأ ما قبل الإجازة لا تصحح العقد الفضولي بناءً على أنّ الإجازة كاشفة - كما هو الصحيح - نعم تصححه بناءً على أنّ الإجازة ناقلة.

و جوابه: ترتب الإباحة على المعاطاة لم يدل دليل لفظي عليها بل هو مقتضى الإجماع المدعى، و المتيقن منه هو ما قبل صدور العقد الفضولي المتعقب بإجازته، و في غيره يتمسك بالاطلاقات الواردة و بها تثبت الملكية من حين صدور العقد.

هذا كلّه على مبنى القوم و إلّا على القول المختار في المعاطاة من أنّ المعاطاة بيّع بلا

(١) المكاسب ١٠١/٣.

(٢) المكاسب و البيع ٢٥٧/١.

(٣) المكاسب ١٠١/٣.

ملزمات المعاطاة على القول بأنّها جائزة - لو باع العين ثالث فضولاً ١٧٣

فرق بينها وبين البيع باللفظ، فالمال ينتقل إلى الثاني وله الإجازة أو الرد في العقد الفضولي و ليس لغيره، فإذا أجاز نفذو وإن ردّ المال، فهو باق على ملكه.

ثم قال الشيخ الأعظم: «و لكلّ منهما ردّه قبل إجازة الآخر»^(١).

أقول: للمالك الأوّل ردّه - على قولي الملك والإباحة - و ردّه رجوع في المعاطاة. و أمّا الثاني فله ردّه على القول بالملك لأنّه مالك و له الإجازة و الردّ، و أمّا على القول بالإباحة فردّه يرد انتساب العقد الفضولي إليه ولكن يمكن للمبيح أن يجوز العقد و لو بعد ردّه و هذا الأخير هو الفارق بيننا و بين الشيخ الأعظم كما مرّ.

ثم قال الشيخ الأعظم: «لو رجع الأوّل فأجاز الثاني، فأن جعلنا الإجازة كاشفة لغى الرجوع و يحتمل عدمه، لأنّه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و يلغو الإجازة، و إن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً»^(٢).

أقول: لو رجع المالك الأوّل أو المبيح عن المعاطاة ولكن العقد الفضولي وقع قبل رجوعه ثم وقع الرجوع ثم أجازه الثاني فهل يؤثر الرجوع أو الإجازة؟ فليعلم بأنّ الفضولي قد يبيع الثمن و قد يبيع المثل، و الرجوع قد يقع من البائع و الإجازة من المشتري و أخرى بالعكس، فهذه أربعة فروع تارة وقع على القول بالملك و تارة وقع على القول بالإباحة فصارت ثمانية و الكل يقع على قولي الكشف و النقل فصارت ستة عشر.

في بعض الفروع لا بأس بالقول بالصحة نحو: إذا كان المبيع فضولاً هو المبيع معاطاة و الراجع هو المشتري و المبيح هو البائع، أو كان المبيع هو الثمن و الراجع هو البائع و المبيح هو

(١) المكاسب ١٠١/٣.

(٢) المكاسب ١٠١/٣.

المشتري فلا إشكال في نفوذ الإجازة و صحة العقد لأنَّها تقع على ملك مالكة، وبلا فرق بين قولي الملك والإباحة وكذا بلا فرق بين قولي الكشف والنقل في الإجازة، فهذا حكم ثمانية فروع.

و بقيت ثمانية فروع محل البحث و هي: باع الفضولي المبيع فرجع البائع ثم أجاز المشتري، أو باع الفضولي الثمن فرجع المشتري ثم أجاز البائع على قولي الملك والإباحة وكذا على قولي الكشف والنقل.

و أنت ترى بأنَّ لا فرق هنا بين قولي الملك والإباحة و الحكم فيهما واحد ولكن الكلام كلَّ الكلام يظهر في الفرق بين قولي الكشف والنقل، لأنَّه لو رجع الأوَّل ثم أجاز الثاني فلو جعلنا الإجازة كاشفة - بمعنى عدم دخلها في العقد لكون السبب التام هو العقد بحيث كانت الإجازة طريقتاً صرِّفاً إلى الواقع كالعلم كما يظهر من بعض نحو: سيِّد الرياض^(١) و صاحب الجواهر^(٢) - لغى الرجوع لوقوعه في ملك الغير ولو كان سابقاً على الإجازة لتأخره عن السبب التام و هو العقد.

ولكن هذا المعنى من الكشف غير تام لأنَّه وإن كان محتملاً في مقام الثبوت ولكن لا دليل عليه في مقام الإثبات، ولأنَّ هذا المعنى في الكشف يتم إذا كان صدرت الإجازة من المالك، لا من كلِّ أحدٍ، و من المعلوم رجوع المالك الأوَّل يرفع موضوع الإجازة من المالك الثاني فلا تكون إجازته صادرةً من المالك.

ولكن لو جعلنا الإجازة كاشفة و لكنَّها بمعنى أنَّها دخيلة في تأثير الإنشاء السابق للعقد إمَّا بنحو الشرط المتأخر أو بنحو القيدية على أن يكون المؤثر في صحة العقد الفضولي

(١) رياض المسائل ٢٢٧/٨.

(٢) الجواهر ٢٨٥/٢٢ و ٢٨٧.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - امتزاج إحدى العينين بغيرها ١٧٥

و ترتب الملكية عليه هو الإنشاء السابق المقيّد بتعقب الإجازة، صارت الإجازة لاغية لأنّ المالك الثاني قد انقطعت علاقته عن المال برجوع المالك الأوّل عن معاطاته.

ولو جعلنا الإجازة ناقلة فلغويتها في المقام ظاهرٌ.

هذا كلّه في فرض تقدم الرجوع على الإجازة ولكّنهما إذا تقارنا فأيهما يقدم على الآخر؟ لو قلنا بشمول الإجماع القائم على جواز المعاطاة حتّى في صورة رجوعه حال إجازة المالك الثاني فلا يبقى مجال لإجازة الثاني والرجوع يقدم عليها، ولو قلنا بعدم شمول الإجماع في هذه الصورة كان الرجوع لاغياً و تقدم الإجازة.

وفي فرض الشك في الشمول و عدمه حيث كان الإجماع دليلاً لبيئاً، لا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو صورة عدم المقارنة بين الرجوع و الإجازة، ففي صورة المقارنة لا يجري الإجماع و تقدم الإجازة حينئذ و لله الحمد.

و منها: امتزاج إحدى العينين بغيرها

قال المحقّق الثاني في تعليقه على الإرشاد: «و مثله (أي في معنى التلف)... أو خلطت

بما لا يتميّز معه»^(١).

و نحوها في الميسية^(٢).

و قال ثاني الشهيدين: «لو اشتبهت بغيرها أو امتزجت بحيث لا يتميّز فإن كان بالأجود فكالنصف. و إن كان بالمساوي أو الأردأ احتمل كونه كذلك لإمتناع الترادّ على الوجه الأوّل، و اختاره جماعةٌ. و يحتمل العدم في الجميع لأصالة البقاء»^(٣).

و علّق صاحب مفتاح الكرامة على قوله «و اختاره جماعةٌ» بقوله: «لعله فهمه من

(١) حاشية الإرشاد / ٣٣٤.

(٢) كما نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٠٨/١٢.

(٣) المسالك ١٥٠/٣.

إطلاقهم»^(١). وهذا إشارة على عدم وجود قائل صريح بهذا التفصيل من فقيهه متتبع.

و نحوها في الروضة^(٢) وكذا احتمال عدم إلحاق الامتزاج بالتلف فيها.

وقال الشيخ جعفر: «وألحق به طحن الحنطة و مزجها مطلقاً أو بالأجود دون الأدنى و المساوي... وأما المزج على وجه لا يتميز فلا يمكن ردّه بعينه و قبول الجميع فيه منته و دخول مال الغير في ماله، من غير فرق بين الأجود و مقابلاته»^(٣).

وقال الشيخ الأعظم: «ولو امتزجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد و يحتمل الشركة، و هو ضعيف. أمّا على القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به، نعم لو كان المزج مُلحِقاً له بالإتلاف جرى عليه حكم التلف»^(٤).

أقول: الامتزاج لا بدّ أن يكون امتزاجاً عرفياً و أمّا ما لم يكن كذلك ولو كان امتزاجاً عقلاً فلا عبرة به نحو امتزاج الاوراق النقدية، ثم الامتزاج إمّا أن يكون بغير جنسه و إمّا أن يكون بجنسه، والأوّل على القسمين تارة على وجه الاستهلاك كامتزاج ماء الورد بالزيت، و أخرى على وجه لا يُعدّ تالفاً كالخل الممتزج بالأنجيين.

الثاني: تارة يمتزج بالمساوي و أخرى بالأراداً و ثالثة بالأجود.

فهذه مواردُ الامتزاج الخمسة ذكرها الشيخ الأعظم في بحث خيار الغبن^(٥)، و يأتي

الحكم في كلّ منها على قولي الملك و الإباحة في المعاطاة فصار عشرة فروع.

(١) مفتاح الكرامة ٥٠٨/١٢.

(٢) الروضة البهية ٢٢٣/٣.

(٣) شرح القواعد ٢٨/٢ و ٢٩.

(٤) المكاسب ١٠١/٣.

(٥) المكاسب ١٩٩/٥.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - امتزاج إحدى العينين بغيرها ١٧٧

و من المعلوم عند أهله أنّ البحث عن التغيير و الامتزاج يأتي في خمسة أبواب أقالاً:

هنا و خيارا العيب و الغبن و الهبة و التفليس.

و الفقهاء حكموا بسقوط خيار العيب بالتغيير و المزج لأنّ المناط فيه بقاء العين

بعينها كما تدل عليه صحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام في الرجل يشتري

الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً، فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه و أخذ

التمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب. (١)

و أنت تعرف بأنّ المناط مشترك بين المزج و التغيير فيسقط الردّ دون الأرش. و

الأصحاب الحقوا خيار الغبن و الهبة بخيار العيب و الأوّل يأتي حكمه مفصلاً في محلّه

كالمُلحَق إن شاء الله تعالى فانتظر.

و أمّا الهبة و إن كان نُسب (٢) إلى ظاهر المحقّق اختصاص سقوط الرجوع فيها بالتلف

الحقيقي دون التغيير و الامتزاج لأنّه قال: «.. و إن كان اجنبياً فله الرجوع مادامت العين باقيةً

فإن تَلَفَتْ فلا رجوع... و هل يلزم بالتصرف؟ قيل: نعم، و قيل: لا يلزم و هو الأشبه» (٣).

ولكن الظاهر الحاقهما بالتلف في الهبة أيضاً لما ورد في صحيحة الحلبي عن أبي

عبدالله عليه السلام قال: إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع و إلا فليس له. (٤)

ولكن في باب التفليس حكموا بأنّ التغيير و المزج لا يوجب سقوط حقّ صاحب

العين عن عينه لأنّ المناط فيه وجود العين فما لم يطرأ عليها التلف فصاحب العين أحقّ بها و

هما لا يخرجان العين عن امكان رجوع صاحبها إليها فلا يضرب مع الغرماء لما ورد في

(١) وسائل الشيعة ٣٠/١٨، ح ٣، الباب ١٦ من أبواب الخيار.

(٢) المناسب هو المحقّق النائيني في منية الطالب ٢١٧/١.

(٣) شرائع الإسلام ١٨٠/٢ كتاب الهبات.

(٤) وسائل الشيعة ٢٤١/١٩، ح ١، الباب ٨ من أبواب كتاب الهبات.

صحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل باع متاعاً من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يدفع الثمن ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه، فقال: إذا كان المتاع قائماً بعينه ردّ إلى صاحب المتاع وقال: ليس للغرماء أن يُحصّوه»^(١).

و نحوه صحيحة عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه؟ قال: لا يُحصّاه الغرماء.^(٢)

نعم في بعض صور، باب التفليس خلافاً كما في المزج بالأجود عن الشيخ في الخلاف حيث قال: «إذا باع زيتاً فخلطه المشتري بأجود منه ثم أفلس المشتري بالثمن سقط حقّ البائع من عين الزيت و...»^(٣).

و تبعه العلامة في التذكرة وقال: «أن يمتزج بالأجود فالأجود فالأصح أنه يسقط حقه من العين و ليس إلا المضاربة بالثمن...»^(٤).

ولكن المشهور باقون على جواز الرجوع في العين ولو مع التغيير والمزج في الجملة و التفصيل يطلب من كتاب الحجر.

ثم التغيير و الامتزاج في المعاطاة هل يلحقان بخياري العيب و العبن و باب الهبة أو يلحقان بباب الحجر و التفليس؟ الظاهر لحوقهما بالأوّل و الحكم بلزوم المعاطاة و عدم جواز الردّ لأنّ على القول بالملك دليل الجواز هو الإجماع، و هو لا يأتي في صورة التغيير و الامتزاج و لأقل من الشك في إتيانه فلا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو فرض بقاء العين من دون تغيير و مزج.

(١) وسائل الشيعة ٤١٤/١٨، ح ١، الباب ١٥ من أبواب كتاب الحجر.

(٢) وسائل الشيعة ٤١٥/١٨، ح ٢.

(٣) الخلاف ٢٦٦/٣، مسألة ٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٥٢/١٤.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - امتزاج إحدي العينين بغيرها ١٧٩

و على القول بالإباحة أيضاً تثبتُ الإباحة الشرعية في المعاطاة بالإجماع فالكلام
الكلام.

مضافاً إلى قيام السيرة القطعية على عدم جواز الرجوع في المعاطاة في صورتني
التغيير و الامتزاج.

و بما ذكرنا يظهر وجه ضعف احتمال الشركة على القول بالملك كما ضعفه الشيخ
الأعظم، و كذا عدم تمامية الشركة على القول بالإباحة الواردة في كلامه عليه السلام، و أمّا دليل
الشركة على القولين فليس إلا السيرة العقلائية على تحقق الشركة عند حصول الامتزاج
بين العينين بحيث يمتنع تمييز إحداهما وإفرازها عن الأخرى بحسب العادة بلا فرق في
جريان السيرة بين الامتزاج بجنسه أو بغيره و لم يثبت الردع الشرعي عنها، فهذه السيرة
العقلائية مع عدم ورود الردع شرعاً تثبت الشركة. ولكن مع ملاحظة ما ذكرناه لا يتم
القول بالشركة في المقام.

و كذا لا تتمّ مقالة المحقق الخراساني حيث يقول: «لو قيل بحصول الشركة بمجرد
الامتزاج، و إلا لم يمتنع الترادد لبقاء الأجزاء الممتزجة على ما كانت عليه من الملك أو
الإباحة، لمن صارت إليه من المتعاطيين فيصح ردّها إلى من انتقل عنه. فتدبر جيداً»^(١).
و فيه: أولاً: قد مرّ أنّ جريان السيرة العقلائية على تحقق الشركة عند حصول
الامتزاج بين العينين و عدم ورود الردع الشرعي، فما ذكره بعنوان القيل تمام ولكن في غير
المقام.

و ثانياً: و كذلك مرّ من أنّ ممّا يوجب لزوم المعاطاة عدم بقاء العين على ما هي عليه
من الوصف كما في خيار العيب و غيره، و ليس منحصرأً بخروج المال عن قابلية التملك.

(١) حاشية المكاسب / ٢٥.

و منها: التغيير في صورة إحدى العينين

قال ابن ادريس الحلبي: «... ولكل واحد منهما أن يرجع فيما بذل لأنَّ الملك لم يحصل لهما بشرط أن بقيا، فإن لم يبق أحدهما بحاله كما كان أوَّلاً فلا خيار لأحدهما...»^(١).
يمكن حمل كلامه على صورة التغيير أو إطلاقه يشملها.

وقال المحقق الثاني في تعليقه على الإرشاد: «و مثله (أي في معنى التلف) لو تغيَّرت من حالة إلى أخرى كالحنطة تُطحن أو اشتبهت بغيرها...»^(٢).
و نحوها في الميسية^(٣) بل الحقَّ فيها بالتلف تغيير صفتها كخياطة الثوب و صبغه و قصره.

وقال الشهيد الثاني: «لو تصرف فيها تصرفاً غير ناقل للملك و لا جزء سببه فإن لم تتغير العين به عن صفتها - كالاستخدام [و الانتفاع بالأثناء] و لبس الثوب - فلا أثر له في اللزوم، و إن أوجب تغييراً إلى حالة أخرى - كطحن الحنطة و صبغ الثوب - احتمال كونه كذلك لأصالة بقاء الملك مع بقائه، و لزوم المعاطاة بذلك و به جزم بعض الأصحاب لما تقدم من امتناع الترادُّ بسبب الأثر المتجدد. و عندي فيه إشكال»^(٤).

و احتمال عدم اللاحق بالتلف في الروضة^(٥).

وقال الشيخ جعفر: «... و الحقُّ به طحن الحنطة... و خياطة الثوب و صبغه و قصره... و تغيير الصورة بطحن أو تفصيل أو خياطة أو صبغ و نحوها، لو دخل تحت الردِّ

(١) السرائر ٢/٢٥٠.

(٢) حاشية الإرشاد / ٣٣٤.

(٣) كما نقل عنه في مفتاح الكرامة ١٢/٥٠٧ و ٥٠٨.

(٤) المسالك ٣/١٥٠.

(٥) الروضة البهية ٣/٢٢٣.

ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة - التغيير في صورة إحدى العينين ١٨١

جاءه ثبوت الضرر غالباً بتبديل الأوصاف و اختلاف الرغبات، نعم لو بقي الشيء على حاله وزاده حسناً بصقل أو إخراج غبار و رفع و سخ و نحوها لم يكن فيه ذلك»^(١).
و قال الشيخ الأعظم: «و لو تصرّف في العين تصرفاً مغيّراً للصورة - كطحن الحنطة و فصل الثوب - فلا لزوم على القول بالإباحة، و على القول بالملك ففي اللزوم و جهان مبنيان على جريان استصحاب جواز الترادّ و منشأ الاشكال أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيٌّ أو حقيقيٌّ»^(٢).

أقول: قد ظهر مما ذكرناه في الامتزاج أنّاً من أنّ دليل الجواز على قولي الملك و الإباحة الشرعية هو الإجماع فلا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو عدم التغيير و القول باللزوم في صورة التغيير.

فالتغيير يلحق بالامتزاج و هما هنا يلحقان بخياري العيب و الغبن و الهبة كما مرّ في بحث الامتزاج، و لا يلحقان بباب التفليس كما مرّ، فما ذكره الشيخ من الجواز على القول بالإباحة، و ابتناء المسألة على جريان الاستصحاب و عدمه على القول بالملك لا يتم.
لأنّ المراد بالإباحة هو الشرعية منها لا المالكية فحينئذ لا بدّ من ملاحظة دليلها و هو الإجماع، و لا تبني المسألة على جريان الاستصحاب على القول بالملك لأنّ دليل الجواز أيضاً هو الإجماع و مع عدم إتيان الدليل في صورة التغيير فلا تصل النوبة إلى الاستصحاب حتّى نبحت في أنّ الموضوع فيه عرفي - كما هو الصحيح - أو حقيقي.

مضافاً إلى قيام السيرة المستمرة على اللزوم فيها في صورتها التغيير و الامتزاج كما مرّ، و حيث أنّ الصورتين (التغيير و الامتزاج) من سنخ واحد فلا نطيل الكلام فيهما و يظهر

(١) شرح القواعد ٢٨/٢ و ٢٩.

(٢) المكاسب ١٠١/٣ و ١٠٢.

لك الحكم ممّا ذكرناه في صورة الامتزاج و الحمد لله.

و منها: موت أحد المتعاطيين

هل المعاطة على القول بجوازها تصير لازمة بموت أحد المتعاطيين؟ أم تبقى على جوازها و اختيارها يكون بيد الوارث؟!

قال الشيخ الأعظم: «ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتّى يورث بالموت و يسقط بالاسقاط ابتداءً أو في ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، و على القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام...»^(١).

أقول: الوارث يرث من مورّثه ما تركه من حقّ أو ملك، و الجواز في المعاطة على القول بها لا يكون حقّاً و لا ملكاً بل يكون حكماً شرعياً و لذا لا يورث، لأنّ الحكم الشرعي الجواز يختص بالمتعاطيين و انتقله إلى ورثتهما يحتاج إلى دليل مفقود في المقام و لذا يكون نظير الحكم الشرعي بالجواز في الهبة.

ثم قد مرّ أنّ دليل الجواز في المعاطة على قولي الملك و الإباحة الشرعية ليس إلاّ الاجماع، و الاجماع دليل لثبتي يؤخذ بالقدر المتيقن منه و هو فرض نفس المتعاطيين و لا يجري في حقّ ورثتهما و لأقل من الشك فيؤخذ بالقدر المتيقن منه و هما المتعاطيان أنفسهما فبموت أحدهما تصير المعاطة لازمة.

مضافاً إلى وجود السيرة القطعية على لزوم المعاطة بموت أحد المتعاطيين على قولي الملك و الإباحة.

فظهر ممّا ذكرنا عدم صحة الفرق بين قولي الملك و الإباحة حيث يظهر من الشيخ

(١) المكاسب ١٠٢/٣.

تنبيهات المعاطاة - السابع: المعاطاة بيع أو معاوضة مستقلة ١٨٣

الأعظم الفرق بينهما، وكذا عدم تمامية القول بالإباحة المالكية، كما يظهر من تمثيل الشيخ في المقام حيث يقول: «و على القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرف»^(١). بل على القول بالإباحة ليست إلا الشرعية منها. ولا يجري استصحاب الجواز لأن المتيقن منه يكون راجعاً إلى الميت لا وارثه، فالموضوع مغاير في قضيتي المتيقنة والمشكوكة ولذا لا يجري الاستصحاب.

و منها: جنون أحد المتعاطيين

هل جنون أحدهما يلحق المعاطاة باللزوم؟ أم لا؟

ذهب الشيخ الأعظم إلى جواز المعاطاة مع طرو الجنون ولذا قال: «ولو جنّ أحدهما، فالظاهر قيام وليّه مقامه في الرجوع على القولين»^(٢).

ولكن ظهر ممّا ذكرنا أنّ دليل الجواز هو الاجماع والقدر المتيقن منه هو عدم طريان الجنون على أحدهما و معه يحكم باللزوم و ينتفي قيام وليّه مقامه في الرجوع. قد طال بنا الكلام في التنبيه السادس من المعاطاة و تم و الحمد لله أولاً و آخراً.

السابع: المعاطاة بيع - ولو بعد اللزوم- أو معاوضة مستقلة؟

إذا كانت بيعاً تجري في حقها أحكام البيع من الفسخ بالخيارات والإقالة ولو بعد اللزوم، و قد بحثنا في التنبيه الأوّل عن ترتب أحكام البيع على المعاطاة ولكن واعدنا لتفصيل بحث الخيارات إلى هنا، ولكن قبل الورود في البحث لا بدّ من نقل كلام الشهيدين ثم تعليق الشيخ عليهما.

(١) المكاسب ١٠٢/٣.

(٢) المكاسب ١٠٢/٣.

نقل السيّد العاملي عن الشهيد أنّه قال في حاشيته على القواعد: «إنّ المعاطاة معاوضة برأسها إمّا لازمة وإمّا جائزة»^(١). وقال العاملي: «وهل تصير بيعاً على تقدير لزومها بأحد الوجوه أو معاوضة برأسها؟ ففي حواشي الكتاب أنّها معاوضة برأسها إمّا لازمة وإمّا جائزة فقد جعلها أولاً و آخراً معاوضة على حدة، وهو الظاهر من كلامهم»^(٢). و علق الشيخ الأعظم على كلام الشهيد: «الظاهر أنّه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كلّ من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى فلا بدّ أن يقول بالإباحة اللازمة، فافهم»^(٣)

أقول: قد مرّ عدم انحصار العقود و الإيقاعات بما ذكره الأصحاب قديماً و يمكن إحداث عقود حديثة نحو التأمين و تشملها الإطلاقات و العمومات كقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٤) و لذا يمكن جعل المعاطاة برأسها معاوضة مستقلة.

ولكن إن جعلنا الإباحة الواردة في المعاطاة الإباحة المالكية - كما هو ظاهر الشيخ الأعظم في بعض كلماته - فإنّ لزومها من الإبتداء لا يلزم الملك، بخلاف الإباحة الشرعية لأنّ اللزوم الإبتدائي فيها يلزم الملك، فلا بدّ من حمل الإباحة في كلام الشيخ على مذهبه أيّ الإباحة المالكية، لا الشرعية منها. و نبه عليه شيخنا الاستاذ^(٥).

ثم قال ثاني الشهيدين: «على تقدير لزومها بأحد الوجوه المذكورة، فهل تصير بيعاً

(١) مفتاح الكرامة ٥١١/٢.

(٢) مفتاح الكرامة ٥١١/١٢.

(٣) المكاسب ١٥٠/٣.

(٤) سورة المائدة ١/.

(٥) إرشاد الطالب ١٠٠/٢.

تنبيهات المعاطاة - السابع: المعاطاة بيع أو معاوضة مستقلة ١٨٥

أو معاوضة برأسها؟ يحتمل الأوّل، لأنّ المعاوضات محصورة و ليست أحدها و كونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل، و يحتمل الثاني لإطباقهم على أنّها ليست بيعاً حال و قوعها فكيف تصير بيعاً بعد التلف.

و تظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها - كخيار الحيوان - لو كان النالف الثمن أ و بعضه، و على تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاطاة أم من حين اللزوم؟ كلّ محتمل. و يشكل الأوّل بقولهم: «أنّها ليست بيعاً، و الثاني بأنّ التصرف ليست معاوضة بنفسه. اللهم إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب و التلف تمامه. و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا، بناءً على أنّها ليست لازمة و إنّما يتم على قول المفيد و من تبعه. أما خيار العيب و الغين فيثبتان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتفٍ»^(١).

ثم علّق عليه الشيخ الأعظم^(٢) بأنّ كلام ثاني الشهيدين يجري على القول بالإباحة في المعاطاة، أمّا على القول بالملك حتّى المترزل و الجائر منه، يعدّ المعاطاة بيعاً بلا إشكال عندهم و إذا لزمّت صارت بيعاً لازماً، و اختار^{عليه} على القول بالإباحة أنّها بيع عرفي لم يصحّحه الشارع و لم يمضه إلا بعد التلف أو ما في حكمه، و بعده تترتب عليه أحكام البيع عدا ما أختصّ دليhle بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر.

أقول: هذا الكلام من الشيخ الأعظم ظاهر في الإباحة الشرعية - خلافاً لبعضها الآخر أظاهر في الإباحة المالكية كما مرّ في بحث الامتزاج و التغيير و موت أحدهما - و أنّ المعاطاة بيعٌ على القولين ولكن على القول بالملك قبل اللزوم و على القول بالإباحة بعده فيكون اللزوم على هذا القول الأخير كالتقابض في ألبيع الصرف فحينئذ - أي حين اللزوم -

(١) المسالك ١٥١/٣.

(٢) المكاسب ١٠٤/٣ و ١٠٣.

على القول بالإباحة و على القول بالملك من أوّل أزمنة التعاطي يترتب عليها جميع أحكام البيع و من جملتها الخيارات هذا ما يستفاد من كلام الشيخ الأعظم.

و أمّا جريان الخيارات في المعاطاة

فإنّه قبل ورود البحث لا بدّ من التذكير بأنّ الخيارات على أقسام ثلاثة:

- ١- تارة يثبت الخيار في البيع بالشرط الضمني و الارتكاز العرفي من غير تصريح بالشرط في ضمن العقد نحو خيار العيب و الغبن و خيار تأخير الثمن.
 - ٢- و أخرى يثبت فيه بالجعل و الاشتراط من قبل المتبايعين سواء كان شرط فعل على أحدهما أو اشتراط صفة في أحد العوضين نحو خياري الرؤية و تخلف الوصف، و من البديهي عدم إمكان توقف أصل العقد على تحقق الشرط لأنّه يستلزم التعليق في العقود و هو مبطل اجماعاً - على المشهور - و لذا يحكم بأنّ لزوم العقد متوقف على الوفاء بالشرط.
 - ٣- و ثالثة يثبت الخيار فيه بالدليل الشرعي التعبدي نحو خياري المجلس و الحيوان.
- ثم من المعلوم جريان الخيارات في المعاطاة على القول بأنّها بيع لازم، لأنّها بيع و لذا تجري جميع الخيارات فيها.
- و عدم توهم جريانها فيها على القول بأنّها تفيد الإباحة المالكية نحو: إباحة الطعام و الألبسة و الأمكنة.

و أمّا على القول بأنّها معاوضة مستقلة فيجري القسم الأوّل و الثاني منها دون الثالث لانحصار دليلها بالبيع فقط.

و على القول بأنّها تفيد الإباحة الشرعية أو الملك الجائر - أي المتزلزل - أيضاً يجري القسم الأوّل و الثاني منها لأنّ دليل القسم الأوّل يأتي في جميع المعاملات و كذلك القسم الثاني يأتي حين الاشتراط و الجعل في المعاملات بل القسم الثالث لأنّها بيع عرفاً.

إن قُلت: أثر الخيار هو جواز العقد و من المعلوم - على القولين أيّ الملكية الجائزة و

تنبهات المعاطاة - السابع: المعاطاة بيع أو معاوضة مستقلة ١٨٧

الإباحة الشرعية - تكون المعاطاة جائزة بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض.

قُلْتُ: قد مرّ منّا في التنبيه الأوّل بأنّ الجواز من ناحية لا ينافي الجواز من ناحية أخرى كما يمكن أن تترتب على بيع عدّة من الخيارات، و تظهر الثمرة في طر و إحدى الملزمات و مع طريانها صارت المعاطاة لازمة فتشمر جريان الخيارات، مع جواز أخذ الأرش في عدّة منها.

إن قُلْتُ: الظاهر من أدلة الخيارات عموماً و الخيارات المختصة بالبيع - نحو خياري المجلس و الحيوان - خصوصاً، اختصاصها بالعقود اللازمة من غير ناحية هذا الخيار، فلا تشمل المعاطاة لأنّها الجائزة.

قُلْتُ: مضافاً إلى ما مرّ في الجواب عن الاشكال السابق، أنّها تختص بعقد لازم عند المتعاقدين و المعاطاة منها، و لا اللازم عند الشارع لأنّها حتّى في العقد اللفظي أيضاً لا تتم لاجتماع الخيارات.

إن قُلْتُ: على فرض جريان الخيارات في المعاطاة، يمكن جريانها على القول بالملك ولو كانت الجائزة ولكن على القول بأنّها تفيد الإباحة الشرعية فكيف يمكن جريانها فيها مع أنّها ليست إلاّ اباحة شرعية و لكلّ منهما التصرف في مال الآخر فقط فكيف يمكن جريان القسم الثاني من الخيارات الثابتة بالجعل و الشرط مع عدم لزوم المشروط، و كذلك القسم الأوّل منها لأنّها تثبت بالشرط الضمني و الإرتكازي، و القسم الثالث أيضاً دليله مختص بالبيع فقط فلا يجزى في الإباحة الشرعية، فلا يجري الخيارات بأثرها على القول بالإباحة الشرعية.

قُلْتُ: قد مرّ منّا بأنّ الجواز لا ينافي جريان الخيار وأنّ المعاطاة على القول بالإباحة الشرعية أيضاً معاوضة و معاملة، مضافاً بأنّ الإطلاقات الواردة في وجوب الوفاء بالشرط تشمل المقام، و المعاطاة بيع عرفاً و عند المتعاطيين فتجرى الأقسام الثلاثة من الخيارات

حتَّى على القول بأنَّها تفيد الإباحة الشرعية.

وكذلك يجرى خيار تأخير الثمن أيضاً في المعاطة على جميع الأقوال فيها لأنَّه قد مرَّ في التنبيه الثاني صحة المعاطة وإن كانت من طرف واحد ومع عدم لحوق الثمن بها يجري هذا الخيار.

وأما مبدأ خياري المجلس والحيوان هل يُحسَّب من مجلس إحدي الملزمات و يومها أو يُحسَّب من مجلس التعاطي و يومه، فالظاهر هو الثاني لأنَّه هو مبدؤها على جميع الأقوال فلا يلاحظ زمن طرو الملزمات.

وبما ذكرنا يظهر عدم تبني جريان الخيارات على القول بأنَّ اللزوم فيها حقِّي و عدم جريانها على القول بأنَّ اللزوم فيها حكمي، لأنَّ الخيار ثابت فيها حتَّى قبل اللزوم لعدم التنافي بينهما، هذا تمام الكلام في جريان الخيارات في المعاطة و الحمد لله.

الثامن: هل العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة معاواة؟

مسألتان لا بدَّ من التنبيه عليهما ثم وجه الجمع بينهما:

أما الأولى منهما: المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان.

فقد قال الشيخ في المبسوط: «إذا باع عبداً بيعاً فاسداً وأقبضه لم يملك ولم ينفذ عتقه ولا شيء من تصرفه من البيع والهبة والوقف وغير ذلك و يجب عليه ردّه و ردّ ما كان من نمائه المنفصل منه لأنَّ ملك الأوّل لم يزل عنه فالتصرف فيه لا يصح و يلزمه ردّه على البائع لأنَّه ملكه و لا أثم عليه...»^(١).

و قال في غصب المبسوط: «... و جملته أنّ كلّ منفعة تضمن بعقد الإجارة فإنَّها تضمن بالغصب كمنافع الدار والدابّة والعبيد والثياب المقبوض عن بيع فاسد فإنَّه لا يملك

تنبيهات المعاطاة - الثامن: هل العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة معاطاة؟ ١٨٩
بالبيع الفاسد ولا ينتقل به الملك بالعقد وإذا وقع القبض لم يملك به أيضاً لأنه لا دليل عليه،
وإذا يملك به كان مضموناً...»^(١).

وقال في الخلاف: «إذا اشترى جارية شراءً فاسداً ثم قبضها فاعتقها لم يملك بالقبض
ولم ينفذ عتقها ولا يصح شيء من تصرفه فيها مثل البيع والهبة والوقف وغير ذلك ويجب
ردّها على البائع بجميع نمائها المنفصل منها... دليلنا على ذلك: أنه إذا كان البيع فاسداً فملك
الأول باق لم يزل وإذا لم يزل فكل من تصرف في ملكه بغير إذنه يجب أن لا يصح تصرفه
لأنه لا دليل على صحته»^(٢).

وقال فيه أيضاً: «إذا اشترى جارية بيعاً فاسداً فوطأها فإنه لا يملكها ويجب عليه
ردّها و عليه إن كانت بكرًا عشر قيمتها وإن كانت ثيباً نصف عشر قيمتها... دليلنا: إجماع
الفرقة وأخبارهم، فإنهم رووا ذلك منصوصاً عن الأئمة عليهم السلام وإجماعهم حجة»^(٣).

وقال في غصب الخلاف: «المقبوض ببيع فاسد لا يملك، ولا بالقبض. وبه قال
الشافعي، وقال أبو حنيفة: يملك بالقبض. دليلنا: أنه لا دليل على أنه يملك بهذا القبض، فمن
ادعى ذلك كان عليه الدلالة، لأن الأصل أنه على ملك مالكة»^(٤).

وقال ابن ادريس الحلبي: «... لأن هذا بيع فاسد، والبيع الفاسد عند المحصلين يجري
مجري الغصب في الضمان...»^(٥).

وقال المحقق: «ولو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضموناً

(١) المبسوط ٦٤/٣.

(٢) الخلاف ١٥٨/٣، مسألة ٢٥٠.

(٣) الخلاف ١٥٨/٣، مسألة ٢٥١.

(٤) الخلاف ٤٠٣/٣، مسألة ١٢.

(٥) السرائر ٢٨٥/٢.

عليه»^(١).

و قال في غصب الشرائع: «لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمه و ما يتجدد من منافعه و ما يزداد من قيمته لزيادة صفة فيه، فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه إلى حين تلفه...»^(٢).

و قال العلامة: «ولو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك و ضمن»^(٣).

و قال في غصب القواعد: «و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمه و ما يتجدد من منافعه الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء و بدونه إشكال...»^(٤)

و قال في التذكرة: «البيع الفاسد لا يفيد ملكية المشتري للمعقود عليه سواء فسد من أصله أو باقتران شرط فاسد أو بسبب آخر ولو قبضه لم يملكه بالقبض، ولو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا أجمع و به قال مالك و الشافعي و أحمد...»^(٥).

و قال في نهج الحقّ و كشف الصدق: «ذهبت الإمامية إلى أنّ الشراء الفاسد لا يملك بالقبض و لا ينفذ عتقه لو كان عبداً أو أمة، و لا يصح شيء من تصرفه ببيع أو هبة أو غيرهما...»^(٦).

و قال الشهيد الأوّل: «حكم البيع الفاسد استرداد العوضين أو بدلتهما و لا يوجبه

(١) الشرائع ٧/٢.

(٢) الشرائع ١٩٤/٣.

(٣) القواعد ١٧/٢.

(٤) القواعد ٢٣٨/٢.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢٩٠/١٠.

(٦) نهج الحقّ و كشف الصدق ٤٨٥/.

تنبيهات المعاطاة - الثامن: هل العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة معاطاة؟ ١٩١
ايصال القبض و يرجع صاحب العين بمنافعها المستوفاة، فلو فاتت بغير استيفاء
فوجهان...»^(١).

و قال ابن فهد الحلبي: «إذا اشترى فاسداً لم يملك و كان لمالكة الرجوع فإن تعيَّب
ضمن أرشه ولو زاد... اجماعاً»^(٢).

و قال المحقق الثاني: «[لاريب أنه مضمون عليه]^(٣) كالصحيح لأنهما تراضيا على
ذلك فيحكم عليه به فلو تلف بغير تفريط كان من ضمانه، و إذا علم بالفساد لم يجزله
التصرف عندنا، لأنه فرع الملك و لم يحصل و كذا نقول في كلِّ عقدٍ يضمن بصحيحه يضمن
بفاسده، كما أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»^(٤).

و قال أيضاً في كتاب الغصب: «لاريب في أن البيع الفاسد مضمون لأن كلَّ عقد
يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و ذلك لأنه إنما دخل على تملك العين في مقابل الثمن، فإذا
كان العقد غير مملَّك و جب ردُّ كلِّ من العوضين إلى مالكة فلو تعذر و جب بدله من الثمن أو
القيمة لامتناع فوات العين و ما جعلت في مقابله»^(٥).

و قال الشهيد الثاني: «لا إشكال في ضمانه إذا كان جاهلاً بالفساد لأنه أقدم على أن
يكون مضموناً عليه فيحكم عليه به، و إن تلف بغير تفريط، و لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: على اليد ما
أخذت حتى تؤدي^(٦) و من القواعد المقررة في هذا الباب أن كلَّ عقد يضمن بصحيحه

(١) الدروس ١٩٤/٣.

(٢) المهذب البارع ٣٦١/٢.

(٣) الزيادة من نقل مفتاح الكرامة ٥٣٨/١٢ و يقتضيها السياق.

(٤) جامع المقاصد ٦١/٤.

(٥) جامع المقاصد ٣٢٤/٦.

(٦) عوالي اللآلي ٢٢٤/١، ح ١٠٦ و ٣٨٩/١، ح ٢٢ - سنن البيهقي ٩٥/٦.

يضمن بفاسده، وأنَّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ولا فرق - مع جهله - بين كون البائع عالماً بالفساد أو جاهلاً، مع احتمال عدم الضمان لو علم، لتسليطه على إتلافه، مع علمه بكونه باقياً على ملكه وكذا لو كان عالماً بالفساد. ولو كان البائع جاهلاً به و المشتري عالماً بالضمان أولى. والأقوى ثبوته في جميع الصور، فيتراذان العينين مع بقائهما و بدلتهما مع تلفهما، ويرجع صاحب المنافع المستوفاة بها. ولو فاتت بغير استيفاء فوجهان. ولو زادت العين فللمالك إلا أن تكون الزيادة بفعل الآخر جاهلاً فهي له عيناً كانت كالصبغ أو صفة كالصنعة»^(١).

و قال في كتاب الغصب: «لا اشكال في عدم ملك المشتري شراءً فاسداً لأنَّ نقل الملك من مالك إلى آخر موقوف على أسباب نصبها الشارع و حدود حدّدها، فما لم يحصل فالملك باق على أصله. و تسميته على تقدير فساد الشراء مشترياً مجاز بحسب الصورة وإلا فالبيع حقيقة لا يطلق إلا على الصحيح.

و أمّا كونه مضموناً عليه فلائنه قبضه ليكون مضموناً عليه كذلك، و لعموم على اليد ما أخذت حتّى تؤدي و للقاعدة المشهورة أن ما كان مضموناً بصحيحه يضمن بفاسده، و البيع لو صحَّ انتقل ضمان المبيع إلى المشتري بمعنى كون تلفه من ماله فيكون في فاسده كذلك...»^(٢).

و علّق فيه على قول المحقّق: «و من الأسباب: القبض بالعقد الفاسد»^(٣). بقوله: «هذا الثلاثة من جملة الأسباب للضمان بغير الغصب و الحكم في الأوّل منها موضع وفاق، لعموم: على اليد ما أخذت حتّى تؤدي لأنَّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و المراد بالعقد

(١) المسالك ١٥٤/٣.

(٢) المسالك ٢٢٢/١٢.

(٣) الشرائع ١٨٧/٣.

تنبيهات المعاطاة - الثامن: هل العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة معاطاة؟ ١٩٣

هنا عقد البيع ونحوه من العقود اللازمة الموجبة لانتقال الضمان إلى القابض، لا مطلق العقد، فإنّ منه ما لا يضمن بصحيحه - كالقراض والوكالة و الودبعة - فلا يضمن بفاسده»^(١).

وقال المحقّق السيزواري: «لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، لإنتفاء الأسباب المقتضية للملك. و المقطوع به في كلام الأصحاب أنّه مضمون عليه لعموم: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي و للقاعدة المشهورة أنّ ما كان مضموناً بصحيحه يضمن بفاسده. و البيع لو صحّ انتقل ضمانه إلى المشتري بمعنى كون تلفه من ماله، فيكون في فاسده كذلك. و في التعليلين تأمل. و إن لم يثبت اجماع فيه كان للمأمل فيه مجال»^(٢).

أقول: هذا كلّه في تطور المسألة الاولى و يأتي تفصيل أحكامها بعد أقل من مائة صفحة ستأتي إن شاء الله^(٣) فانتظر.

و أمّا الثانية منهما: وَ هُوَ الإِخْلَالُ بِالشَّرْطِ المَعْتَبَرَةِ فِي الصِّيغَةِ جَعَلَ البَيْعَ مَعَاطَةً فَقَدْ قَالَ أَبُو الصَّلَاحِ الحَلِّي: «فإن اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع و لم يستحق التسليم و إن جاز التصرف مع اختلال بعضها للراضى [للتراضي] دون عقد البيع و يصح معه الرجوع»^(٤).

و قال أيضاً: «و إن كان مع كون العقد فاسداً ممّا يصح التصرف فيه للتراضي فلكلّ منهما الرجوع بعين ما رضي بتسليمه خاصة، فإن هلكت العين في يد أحدهما لم يصح الرجوع»^(٥).

(١) المسالك ١٢/١٧٤.

(٢) الكفاية ٢/٦٥٣.

(٣) راجع صفحة **** من هذا المجلد.

(٤) الكافي في الفقه ٣٥٣/٣.

(٥) الكافي في الفقه ٣٥٥/٣.

و قال الشهيد الأوَّل بعد نقل كلامه: «لعلَّه أراد المعاطاة»^(١).

و قال المحقِّق الثاني في رسالته «صيغ العقود والإيقاعات»: «... فلو أوقع البيع بغير ما قلناه و علم التراضي منهما كان معاطاة، لا يلزم إلَّا بذهاب أحد العينين و كذا القول في الإجارة و نحوها بخلاف النكاح و الطلاق و نحوهما فلا تقع أصلاً»^(٢).

و قال الشهيد الثاني: «أنَّها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح»^(٣).

و قال الشيخ يوسف البحراني: «ولو ظنَّ أنَّ المالك رضي لهذا المال بالبدل المعلوم فهو راض بأن يتصرف فيه عوضاً عمَّا في يده، فالأكل حينئذ ليس بالباطل، بل بالرضا فإنَّه رضي بالتصرف فيه بأن يجوز له التصرف في بدله و قد جوز صاحبه ذلك و عرف كلَّ واحد من صاحبه ذلك. فحينئذ يجوز تصرف كلَّ واحد في بدل ماله و إن لم يكن بسبب البيع، بل بسبب الإذن المفهوم مع البدل و كأنَّه يرجع إلى المعاطاة و الإباحة مع العوض من غير بيع و لا تجد منه مانعاً، غاية الأمر أنَّه يكون لكلَّ واحد الرجوع عن قصده الأوَّل و أخذ ماله عيناً و زيادة»^(٤).

قال الشيخ جعفر: «... نعم، لو وقع العقد من كاملين لاغنيين به (أي بالعقد) قاصدين للمعاطاة أو الإباحة، جأت أحكامها بتمامها»^(٥).

أقول: هذا الكلام غير فرعنا هذا.

و قال السيِّد محمَّد المجاهد: «إذا كان إيجاب البيع وقبوله بغير اللغة العربية من الألفاظ

(١) الدروس ١٩٤/٣.

(٢) رسالة صيغ العقود والإيقاعات، المطبوعة في ضمن رسائل المحقِّق الكركي ١٧٨/١.

(٣) الروضة البهية ٢٢٥/٣.

(٤) الحدائق ٤٦٧/١٨.

(٥) شرح القواعد ٣٥/٢.

تنبيهات المعاطاة - الثامن: هل العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة معاطاة؟ ١٩٥

الفارسية وغيرها فلا اشكال في صحة البيع حينئذ وإفادته إباحة التصرف ونقل الملك بناءً على المختار من إفادة المعاطاة ذلك لظهور عدم القائل بالفصل بين الأمرين ولفحوى مادّل على إفادة المعاطاة أو عمومها الملك...»^(١).

أقول: الانتقال إلى المعاطاة مطلقاً أيّ بلا فرق بين التقابض و عدمه لم يظهر من

السيد المجاهد رحمته الله.

و قال الفاضل النراقي: «على القول باشتراط الصيغة - كما هو المشهور - فهل هي

شرط اللزوم خاصة، أو مع انتقال الملك أيضاً، أو هما مع إباحة التصرف؟ لا ينبغي الريب في الإباحة بدونها للأصل والإجماع وإذن المالك في التصرف.

و القول بكونه بيعاً فاسداً مع شذوذه لا ينفي إلا الإباحة الشرعية من جهة البيع لامطلقاً، مع أنّ حرمة التصرف في المقبوض بالبيع الفاسد بجميع أفرادها - حتى ذلك - لم تثبت. نعم، ينبغي تقييد إباحة التصرف من كلّ منهما بعدم قصده الرجوع بماله حال التصرف لأنّه المعلوم من الإذن.

أمّا الأوّلان فيجب بناؤهما على كون المعاطاة ونحوها ممّا تجرد عن الصيغة بيعاً عرفاً ولغة، أم لا؟ فإن قلنا به - كما هو الحق - فالحقّ هو الأوّل لانحصار دليل اشتراط الصيغة عندهم حينئذ وتخصيص عمومات اللزوم بالاجماع، وانحصاره في اشتراط اللزوم ظاهراً، أو مع بعض الظواهر الذي لا تثبت منه حرمة التصرف بدون الصيغة، وتبقي عمومات حلوية البيع خالية عن المعارض فيصير البيع في الشرع قسمين: لازم وجائز.

وإن لم نقل به فالحقّ هو الثاني، اذ تدلّ على اشتراط الصيغة حينئذ الأصول المتقدمة

وهي جارية في نفي الملك.

و اطلاق القول بنقل الملك مع المعاطاة - تمسكاً بأنه لولاه لما تحقّق الملك بالتلف -
ضعيف جداً»^(١).

أقول: لم يظهر من الفاضل التراقي الانتقال إلى المعاطاة مطلقاً.

ولكن سيّد الرياض ناقشهم في الحاقه بالمعاطاة وقال: «و احتمال اللاحق بالمعاطاة في عدم لزوم قيمة الفائت و الاكتفاء عنها بالعوض المبدول بالرضا في المقابل كما في عبارة بعض الأصحاب غير جيّد بناءً على عدم الدليل على الاكتفاء بالعوض و لزومه بمجرد الرضاء السابق، بل يترتب على العقود الناقلة بشرائط الصحة و هي هنا مفقودة. فإن تراضيا بالبدلين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما فلا كلام فيما ذكره و إن انتفى فالإكتفاء بالرضاء السابق في لزومه يحتاج إلى التأمل، سيما مع العلم بأنّ المُنْشَأَ زعم صحة المعاملة، فبعد كشف الفساد و عدم الرضاء بعده لم يكن هناك رضاء في الحقيقة، فلكلّ منهما الرجوع إلى المال أو بدله مع التلف فإن الناس مسلطون على أموالهم...»^(٢).

و تبعه في الجواهر: «... نعم لو علم منهما ولو بالقرائن بعد ذكرهما العقد عدم إرادتهما ذلك بل قصد الإنشاء بتقابضهما و أراد حصول الملك أو الإباحة جرى عليه حكم المعاطاة، و كان خارجاً عمّا نحن فيه»^(٣).

فعلى هذا يكون صاحب الجواهر من القائلين بعدم تحقّق المعاطاة مطلقاً.

أقول: هاهنا فرعان: الأوّل منهما إجماعي و هو أنّ المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان، والثاني منهما: أنّ الاخلال بالشروط المعتبرة في الصيغة يجعل البيع معاطاة كما ذهب إليه بعض الأصحاب، فكيف يمكن الجمع بين الفرعين؟

(١) المستند ٢٥٩/١٤.

(٢) رياض المسائل ٢٥٥/٨.

(٣) الجواهر ٢٥٦/٢٢.

تنبيهات المعاطاة - الثامن: هل العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة معاطاة؟ ١٩٧

جَمْعُ صَاحِبِ مِفْتَاحِ الْكِرَامَةِ

قال السيّد العاملي في وجه الجمع بين المسألتين: «موضوع المسألة ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة أو اشتبه الحال، وفي الظن في الرضا بدونه إشكال، فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن لترتبها على زعم الصحة، فكان التصرف حينئذ تصرفاً بغير إذن وأكل مال بالباطل لانحصار وجه الحلّ في كون المعاملة بيعاً أو تجارة عن تراض أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض، والأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض، وكذا البواقي للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شيء في المقابل، فالرضا المتقدم كالعدم. فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمرّ رضاهما فلا كلام في صحة التصرف بأيّ نوع اتفق سواء صحت المعاملة أو فسدت فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد في شيءٍ كما بيّنا ذلك في مبحث المعاطاة...»^(١).

أقول: حاصل جمعه يرجع إلى أمرين و يحكم بصحة المعاطاة فيهما وهما:

الأوّل: تحقق المعاطاة بالتراضي الموجود حال العقد إذا علم بعدم تقيّده بصحة

المعاملة.

الثاني: حصول المعاطاة بالتراضي الجديد الحادث بعد العقد و العلم بالفساد.

و استشكل عليهما الشيخ الأعظم^(٢) و ردّ:

الأوّل منهما: بأنّ التراضي الموجود حين العقد مقيّد بالتملك لا أنّه مطلق، و من

البديهي انتقاء المقيد بانتفاء قيده، فبانتفاء التملك ينتفي التراضي.

و الثاني منهما: أنّ كلام الجماعة لا يقبل الحمل على التراضي الجديد و وقوع

معاطاة جديدة بالتقابض الواقع بعد العقد الفاسد. لأنّ كلامهم ظاهر في حصول المعاطاة

بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

(١) مفتاح الكرامة ٥٣٩/١٢ و نقل عنه الشيخ في المكاسب ١٠٨/٣.

(٢) راجع المكاسب ١٠٩/٣.

وجه جمع المحقّق الخراساني

قال: «يمكن أن يقال: أنّ الصيغة المفروضة، وإن لم تتضمن إلّا إنشاءً واحداً و المفروض فسادها للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلّا أنّ الصحة و الفساد لما كان من الأمور الإضافية... كان فساد الصيغة المُنشأ بها التملك بما هي عقد البيع، ولا يترتب عليها شيء مما يكون آثار العقد من اللزوم وغيره، لا ينافي كونها معاطاةً و داخلة في المسألة التي تكون معركة للآراء و صحيحة بما هو بيع عند بعض و اباحة عند الآخر إلى غير ذلك من الأقوال فيها، و الحكم بالضمان بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزل على أنّه حكم اقتضائي لا فعلي، بمعنى أنّ قضية فسادها بما هو عقد، ذلك لو لم يجيء في البين الحكم بصحته بوجه آخر، أي بما هو بيع بغير العقد، و هذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر في المقامين فتفتن»^(١).

و فيه: حمل الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد و هكذا فساد عقده بما هو معاملة و معاوضة على الحكم الإقتضائي لغو محض، لأنّ العنوان الثاني و هو المعاطاة دائماً يكون موجوداً فيه، لا سيما إذا قلنا بأنّ العقد الفاسد حكمه حكم المعاطاة مطلقاً أي ولو لم يتحقق معه قبض أصلاً كما نسبته الشيخ الأعظم^(٢) إلى ظاهر غير واحد من مشايخه المعاصرين له، و مع وجود المعاطاة دائماً في العقد الفاسد فلا تصل النوبة إلى الضمان أصلاً فجعل الحكم بالضمان ولو على نحو الحكم الإقتضائي يكون لغواً لعدم تحقق فعليته أصلاً. و هذا مراد شيخ مشايخنا المحقّق النائيني^(٣) في الردّ على المحقّق الخراساني.

ما هو المختار في المقام

إذا لم يتحقق القبض بعد الصيغة الفاسدة فهذا خارج عن المعاطاة المصطلحة لعدم

(١) حاشية المكاسب / ٢٦.

(٢) المكاسب / ١٠٧/٣.

(٣) منية الطالب / ٢٢٨/١.

تنبيهات المعاطاة - الثامن: هل العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة معاطاة؟ ١٩٩

التقايض المعتبر في المعاطاة، فلا بد من إخراجه من كلام الجماعة، ومن هنا ظهر أن القول بأن الإنشاء القولي الغير الجامع لشرائط الصحة يرجع إلى المعاطاة مطلقاً - أي سواء تحقق القبض أو لم يتحقق - فلا وجه له لخروجه عن عنوان المعاطاة بالكلية. وإن تحقق القبض و يكون بناؤهما على الإغماض عن الصيغة الفاسدة و يريدان انشاء العقد مجدداً بالفعل، فهذه الصورة تدخل في عنوان المعاطاة بلا ريب و تكون خارجة عن محط كلام الجماعة.

و إن تحقق القبض ولكن ليس بناؤهما على الاغماض بل أنّهما يقبضان وفاءً بما التزم به على البيع الفاسد بحيث لم يعلم منهما رضا بالتصرف في ماله. إلا الرضا المعاملي الذي كان في ضمن الإنشاء الفاسد و مقيداً به، فهذه الصورة ليست إلا المقبوض بالعقد الفاسد الذي هو موجب الضمان، و هذه أيضاً خارجة عن موضوع البحث. ولكن إن تحقق القبض و ليس بناؤهما على الاغماض بل أنّهما يقبضان لا بما أنّ القبض يكون وفاءً بل رضاً جديداً يحصل لهما في أي حال و هذه الصورة هي محل كلام الجماعة.

ثم هذا الرضا تارة يكون حقيقياً كما لو علّمنا بفساد الصيغة و مع ذلك رضياً بالتصرف، و أخرى تقديرياً كما لو جهلاه و لكن يظهر من حالهما أنّهما لو علما بفساد الصيغة لرضيا بالتصرف أيضاً و يكون كالرضا من شاهد الحال في غير المقام. و ادخال هذا في المعاطاة يتوقف على أمرين:

الأول: كفاية الرضا الشأني في صحة المعاطاة لصدق طيب النفس المعتبر في أكل مال الغير و صرح بكفايته المحقق التستري في المقابس^(١) و يمكن حمل كلام السيّد العاملي: «فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما...»^(٢) عليه.

(١) مقابس الأنوار / ١٣٨.

(٢) مفتاح الكرامة / ٥٣٩/١٢.

الثاني: عدم اعتبار إنشاء عنوان العقود قولاً ولا فعلاً، بل كفاية مجرد وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر، بل يكفي قبض أحد العوضين. لا سيّما في المعاطاة، و السيرة موجودة بالنسبة إليها لأنّ بناء الناس على أخذ المحقرات من دكاكين أربابها و وضعهم الفلوس في الموضع المعدّ له، و على دخول الحمام و وضع الفلوس في كوز صاحبه. ولكن يمكن إن يناقش في الأمرين:

أمّا الأوّل منهما: قد مرّ منّا عدم كفاية الرضا مطلقاً - أي سواء كان شائناً أو فعلياً - في العقود و الإيقاعات و أنّها تحتاج إلى الإذن و الانتساب.

ثم، لو قلنا بكفاية الرضا الباطني في إباحتها جميع التصرفات حتّى ما كان منها متوقّفاً على الملك فكيف يتحقق الركن الآخر وهو الضمان بالمسمى و انتقال التالف إلى ملك من تلف في يده؟ كما نبيّه عليه المحقّق النائيني^(١).

أمّا الثاني منهما: فمن الواضح أنّ العقود و الإيقاعات تكون من الأمور الإنشائية و هي تحتاج إلى الإنشاء و إلاّ لا يتحقق في الخارج، و الإنشاء كما يمكن أن يكون باللفظ يمكن أن يكون بالفعل و أمّا حدوثها من دون إنشاء فلا يمكن.

نعم: يمكن أن يكون إنشائها من طرف واحد بالخصوص مع تحقق الإنشاء العام من طرف آخر كما يمكن الذهاب إليه بالنسبة إلى أخذ المحقرات من دكاكين أربابها مع غيابهم و وضع الفلوس في موضعها و على دخول الحمام و وضع الأجرة في كوز صاحبه و نحوها، و قد مرّ تفصيل هذا البحث في التنبيه الثاني فراجع.

و بالجملة: الحكم بتحقيق المعاطاة بمجرد الإخلال بالشروط المعتمدة في الصيغة

مشكل جداً.

فصل:

عقد البيع

الأول: الأصل في العقود هل هو الصحة أم الفساد؟ ٢٠٣

قبل الكلام في عقد البيع لابد من البحث حول تمامية حدوث العقود بالألفاظ فقط، و عدم حدوثه إذا لم يكن هناك لفظ!؟ أو عدم تماميته، ولأجل ظهور هذا البحث لابد من تقديم أمور:

الأول: الأصل في العقود هل هو الصحة أم الفساد؟

العقود و الإيقاعات أمور حادثة و مسبقة بالعدم، كما أنّ نتائجها من الزوجية و الملكية و الفراق و نحوها أيضاً منها، فإذا شك في تحققها أو تحقق نتائجها يحكم بأصالة عدمها بفسادها و عدم تحقق نتيجتها و هذا هو المراد من أصالة الفساد من العقود و الإيقاعات.

و إذا شكنا في جزئية شيء في نفس الصيغة أو شرطيته لها أو مانعته لها أو لترتب الأثر عليها فلا يجري حديث الرفع فيها، لا لعدم جريانه في الأحكام الوضعية كما ذهب إليه جمع، و لا لعدم جريانه في خصوص الجزئية و الشرطية و المانعية بالنسبة إلى نفس التكليف أو متعلق التكليف كما ذهب إليه السيد الخوئي^(١)، لأننا نذهب إلى جريانه في الأحكام الوضعية مطلقاً بلا فرق بين أن تكون مجعولة بنفسها كالملكية و الزوجية و الرقية و نحوها، أو

(١) مصباح الفقاهة ٩/٣ و ١٠.

تكون راجعة إلى نفس التكليف نحو: الشرطية و الجزئية و السببية و المانعية بالنسبة إلى الوجوب، أو تكون راجعة إلى متعلِّق التكليف نحو الشرطية و الجزئية و المانعية بالنسبة إلى الواجب أو المأمور به أو المكلف به، فحديث الرفع يجري في جميعها و التفصيل يطلب من علم الاصول.

ولكن مع ذلك كلُّه لا يجري في المعاملات بالمعنى الأعم بأسرها، لأنَّها تحتاج إلى إمضاء الشارع حتَّى تَصِحَّ عنده و حديث الرفع غير ناهضٍ بإثبات تحقق الإمضاء فلا يمكن جريانه فيها و هذا هو سرُّ عدم جريانه فيها.

قد يقال: فلماذا أجراه الإمام عليه السلام فيها لما ورد في صحيحة صفوان و البنظي عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يُسْتَكْرَهُ على اليمين، فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وُضِعَ عن أمتي ما أكرهوا عليه و ما لم يطبقوا و ما أخطأوا. (١)

ولكن نقول: بأن الإمام أجرى حديث الرفع بالنسبة إلى نفي الحكم التكليفي لليمين وأنَّ ليس عليه الوفاء به لأنَّه مكره فجميع ما يحلف بها من الزوجية و الرقية و الملكية باقية على ما كانت عليها و لا يلزمه الوفاء به، و هذا غير جريانه في المعاملات.

وبما ذكرنا تظهر مواقع النظر في كلام المحقق الإيرواني حيث يقول: «لا مانع من هذه الأصالة بناءً على جريان البرائة في الأحكام الوضعية كما يظهر من استدلال الإمام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره و عتاقه فينفي بأصالة عدم الوجوب و وجوب كلِّ خصوصية شك فيها بمعنى عدم دخلها في تأثير السبب و عدم كونها من أجزاء السبب، و لا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقُّق النقل و الانتقال، لأنَّ هذا في مرتبة السبب و ذاك في

(١) وسائل الشيعة ٢٣/٢٢٦، ح ١٢، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان.

الثالث: هل العقود تحتاج إلى اللفظ ولا تتحقق بدونه؟ ٢٠٥

مرتبة المسبب، و الاستصحاب إنما يقدم على إصالة البرائة حيث يكونان في مرتبة واحدة»^(١).

الثاني: هل يجوز التمسك بالإطلاقات عند

الشك في صحة العقود والإيقاعات؟

بعد عدم جريان حديث الرفع في المعاملات و التمسك بأصالة عدم تحقق العقد و نتيجته و استصحاب عدمهما، هل يجوز التمسك بالعمومات أو الإطلاقات في مورد منها إذا فرض وجودها أم لا؟

نعم، يجوز التمسك بالإطلاقات و العمومات حيث ما وُجِدَتْ نحو قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾^(٢) أو قوله ﷺ: «لكل قوم نكاح»^(٣). حيث أنها مطلقة بالنسبة إلى أنكحة غير المسلمين من الإلهيين أو غيرهم. و بعد التمسك بالإطلاق تُنفى الجزئية أو الشرطية المشكوكة أو المانعية المترددة و يحكم بصحة العقد و ترتب الأثر عليه.

و على هذا إذا وجد إطلاق أو عموم فهو مقدّم على أصالة عدم تحقق العقد و أثره لأنهما من التمسك بالدليل اللفظي و هو مقدّم على الأصل العملي كما هو الواضح.

الثالث: هل العقود تحتاج إلى اللفظ ولا تتحقق بدونه؟

قد يقال: بوجود الاجماع على أن العقود لا تتحقق من دون اللفظ^(٤) أو أن العقود اللازمة لا تتحقق بدونه.^(٥)

(١) حاشيته على المكاسب ٩٥/٢.

(٢) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٣) وسائل الشيعة ٨٠/١٥، ح ٢، و ٢٩٩/١٧، ح ٢، و ١٩٩/٢١، ح ٢.

(٤) كما عن ابن زهرة في الغنية ٢١٤.

(٥) كما عن المحقق الثاني في جامع المقاصد ٣٠٩/٥.

ولكن يمكن أن نقول في الجواب: عدم إمكان تحصيل هذا الإجماع في كلمات القدماء من أصحابنا عليهم السلام و أمّا المتأخرون فلا عبرة بإجماعهم - على فرض وجوده - لأنّ المسألة تكون من المسائل الاجتهادية المستنبطة و ليست من الأصول المتلقاة من الأئمة المعصومين عليهم السلام فحينئذ أدعاء الإجماع في المقام لا يغني و لا يضمن من جوع. و قد مرّ الكلام في بحث المعاطاة من أن الروايات قاصرة عن اثبات لزوم اللفظ في العقود فراجع ما حررناه هناك.

نعم، العقود و الايقاعات تعدان من الأمور الإنشائية، و الإنشاء يحتاج إلى ما يُنشأ به حتّى توجد في الخارج و ما يُنشأ به كما يمكن أن يكون من الألفاظ يمكن أن يكون من الأفعال، فالإنشاء يُوجد باللفظ و بالفعل فلا يتحقّق باللفظ فقط بل يتحقّق بالفعل أيضاً كما باللفظ.

ثمّ بعض الأمور الإنشائية لا تتحقّق إلا باللفظ بل إلا بالصيغ الخاصة نحو: النكاح و الطلاق و الظهار و الإيلاء و اللعان.

فما ورد من الروايات بالنسبة إلى الأخرس و طلاقه يكون خلاف القاعدة الأولى لأنّ الطلاق معتبر فيه اللفظ الخاص، و الأخرس إن لم يتمكن من التكلّم به ولكن يتمكن من التوكيل، و لذا لو كنّا و القاعدة الأولى لا بدّ له من التوكيل ولكن النصوص وردت في مباشرته للطلاق و نفوذ طلاقه كما ورد في صحيحة البزنطي أنه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت و لا يتكلّم، قال: أخرج هو؟ قلت: نعم، و يعلم منه بغض لامرأته و كراهة لها، أيجوز أن يطلق عنه وليّه؟ قال: لا، ولكن يكتب و يشهد على ذلك، قلت: أصلحك الله، فإنّه لا يكتب و لا يسمع، كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف به من

الثالث: هل العقود تحتاج إلى اللفظ ولا تحقّق بدونه؟ ٢٠٧

أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها. (١)

و في حسنة أبان بن عثمان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الخُرس (٢) قال: يلفُّ

قناعها على رأسها و يجذبه. (٣)

و في معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها و

يضعها على رأسها و يعتزلها. (٤)

و نحوها خبر أبي بصير. (٥)

و كذا تحريك لسان الأخرس و إشارته يقومان مقام تلييته و تشهدته و قراءته

الصلاتية كما في معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تلبية الأخرس و تشهدته و قراءته

القرآن في الصلاة تحريك لسانه و إشارته بإصبعه. (٦)

و لذا نأخذ بهذه النصوص و نحكم بنفوذ طلاقه، و بعدم الفرق بينه و بين النكاح

فكذا نكاحه، و أمّا غيرها من العقود و الإيقاعات فحكم الأخرس مطابق للقاعدة الأولية

من إنشائها بالفعل تصح منه و من غيره.

فحينئذ لا فرق بين الأخرس و غيره في العقود و كذا المعاطاة فالتفصيل بينه و بين

غيره كما يظهر من الشيخ الأعظم عليه السلام (٧) في غير محلّه. لأنّه قادر على إنشاء العقد ولكن

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

(٢) الخُرس: جمع الأخرس.

(٣) وسائل الشيعة ٤٧/٢٢، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة ٤٨/٢٢، ح ٣.

(٥) وسائل الشيعة ٤٨/٢٢، ح ٥.

(٦) وسائل الشيعة ١٣٦/٦، ح ١، الباب ٥٩ من أبواب القراءة في الصلاة - و وسائل الشيعة

٣٨١/١٢، ح ١، الباب ٣٩ من أبواب الإحرام.

(٧) المكاسب ١١٨/٣.

بالإشارة و كذلك هو قادرٌ على إنشاء المعاطاة بها و بفعله فلا فرق بينه و بين غيره في المعاطاة.

و يؤيد ما ذكرنا من كفاية الإنشاء بالفعل ما ورد في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أن أباه حدثه: أن أمانة بنت أبي العاص بن الربيع و أمها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله فتزوجها بعد علي عليه السلام المغيرة بن نوفل، أنها وجعت و جعاً شديداً حتى اعتقل لسانها فأتاها الحسن و الحسين عليهما السلام و هي لا تستطيع الكلام، فجعلا يقولان - و المغيرة كاره لما يقولان -: اعتقت فلاناً و أهله؟ فتشير برأسها: أن نعم، و كذا و كذا، فتشير برأسها: نعم أم لا، قلت: فأجازا ذلك لها؟ قال: نعم. ^(١)

و كذا خبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهاليهما يسأله: اعتقت فلاناً و فلاناً فيوميء برأسه أو تؤمي برأسها في بعض نعم، و في بعض: لا، و في الصدقة مثل ذلك، أيجوز ذلك؟ قال: نعم جائز. ^(٢)

و كذا خبر محمد بن جمهور عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن فاطمة بنت أسد أم أمير المؤمنين عليه السلام كانت أول امرأة هاجرت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله من مكة إلى المدينة على قدميها - إلى أن قال - و قالت لرسول الله صلى الله عليه وآله يوماً: إني أريد أن أعتق جاريتي هذه، فقال لها: إن فعلت أعتق الله بكل عضو منها عضواً منك من النار، فلما مرضت أصت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله و أمرت أن يعتق خادمها و اعتقل لسانها، فجعلت تؤميء إلى رسول الله صلى الله عليه وآله إيماء فقبل رسول الله صلى الله عليه وآله وصيتها، الحديث. ^(٣)

ولذا ذهب المحقق في ظاهر عبارته في النافع إلى الاكتفاء بالإشارة مع إمكان النطق و

(١) وسائل الشيعة ٨٠/٢٣، ح ١، الباب ٤٤ من أبواب كتاب العتق.
 (٢) وسائل الشيعة ٣٧٤/١٩، ح ٢، الباب ٤٩ من أبواب كتاب الوصايا.
 (٣) وسائل الشيعة ٣٧٤/١٩، ح ٣.

الرابع: هل تتحقق العقود بالكتابة؟ ٢٠٩

قال: «و تكفي الإشارة الدالة على القصد، و لا تكفي الكتابة ما لم تنضم القرينة الدالة على الإرادة»^(١).

و قال في الجواهر: «... لما ذكرناه من كفاية الفعل في إجراء حكم الوصية و إن لم يتحقق بذلك عقدها و أنه كالمعاطاة في البيع»^(٢).

الرابع: هل تتحقق العقود بالكتابة؟

على ما سلكناه من أن العقود تحتاج إلى ما تُنشأ به و هو يمكن أن يكون قولاً و صيغةً و كذلك يمكن أن يكون فعلاً و عملاً و ثالثة يمكن أن يكون كتابةً و خطأً، فحينئذ يجوز تحقق العقود و الإيقاعات بالكتابة إلا ما دلّ الدليل على لزوم التلفظ و ألتنطق بها نحو: النكاح و الطلاق.

ولكن عند القوم العقود لا تتحقق إلا باللفظ و مع عدم التمكن من اللفظ نحو الأخرس تتحقق بالإشارة و مع عدم التمكن منها تتحقق بالكتابة. فالكتابة عندهم تكون أدون من الإشارة و لذا قال في المفتاح معلقاً على قول العلامة في القواعد: «و لا تكفي الكتابة بدون الإشارة و اللفظ»، «قضية مفهوم العبارة كفاية الكتابة في العمل بها مع القرينة الدالة على المراد و العجز عن النطق كالأشارة المفهمة و قد حكى الإجماع في الإيضاح على ذلك، و في التنقيح أنه لا خلاف فيه، و في جامع المقاصد نفى الشك فيه و به صرح في الجامع و التذكرة في موضعين منها و التحرير و التبصرة و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروضة... و قد احتمل في التذكرة في أول كلامه كفاية الكتابة مع القدرة على النطق و هو الظاهر من عبارة النافع...»^(٣).

(١) المختصر النافع / ١٦٣.

(٢) الجواهر ٢٤٦/٢٨.

(٣) مفتاح الكرامة ٣٧٩/٩ من الطبعة الاولى.

و في وصايا الجواهر: «ربّما ظهر من تقييد الاكتفاء بالعجز عدم الاكتفاء بها مع الاختيار، بل هو صريح المحكي عن الفاضل و ولده و الشهيدين و المحقّق الثاني و القطيفي بل عن السرائر نفي الخلاف فيه، نعم عن التذكرة احتمال الاكتفاء بها مع الاختيار في أوّل كلامه بل لعلّه الظاهر من النافع و في الرياض أنّه لا يخلو عن قوة مع قطعية دلالة القرينة...»^(١).
و قال الشيخ جعفر: «و العبارة السقيمة مقدّمة عليها (أي على الإشارة) و الكتابة مؤخّرة عنها»^(٢).

ولكن علّق عليه صاحب الجواهر بقوله: «... بل لا يبعد أنّ المراد كل ما دلّ على المقصود غير اللفظ حتّى الكتابة التي قد صرح في الاجتزاء بها حينئذ في محكي التحرير و نهاية الإحكام و الدروس و غيرها... فما في شرح الأستاذ من أنّ الكتابة قاصرة عن الإشارة لا يخلو من نظر هذا»^(٣).

أقول: دخول الكتابة في الإشارة بعيد في الغاية، لأنّهما شيئان مختلفان حتّى عند عرف ذلك الزمان كما هو الواضح.

و قال الشيخ الأعظم رحمته الله: «و الظاهر أيضاً كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه، وأمّا مع القدرة على الإشارة فقد رجّح بعض الإشارة و لعلّه لأنّها أصرح في الإنشاء من الكتابة، و في بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس و إليه ذهب الحلّي رحمته الله هناك»^(٤).

(١) الجواهر ٢٤٨/٢٨.

(٢) شرح القواعد ١٨/٢.

(٣) الجواهر ٢٥١/٢٢.

(٤) السرائر ٦٧٨/٢.

(٥) المكاسب ١١٨/٣.

الرابع: هل تتحقّق العقود بالكتابة؟ ٢١١

يؤيد ما ذكرناه من تحقّق العقود بالكتابة آيتها^(١) الواردة في كتاب الله تعالى وهي أطول آية.

وصحيحة البنظي عن الرضا^(٢) في شأن الأخرس أنه قال في حديث: ولكن يكتب ويشهد على ذلك، الحديث.^(٢)

ومعتبرة يونس في رجل أخرج كذب في الأرض بطلاق امرأته، قال: إذا فعل في قبل الظهر بشهود وفهم عنه كما يفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنة.^(٣) وصحيحة إبي حمزة الثمالي قال: سألت أبا جعفر^(٤) عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إبي امرأتي بطلاقها أو اكتب إلى عبدي بعتقه، يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ قال: لا يكون طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده وهو يريد الطلاق والعتق ويكون ذلك منه بالأهله والشهود ويكون غائباً عن أهله.^(٤)

أقول: تحمل الرواية على طلاق الغائب عن أهله وأما حملها على التقية أو على التلغظ معها أو على حدود علم الزوجة والعبد بالطلاق والعتق أو على الأخرس كما عن صاحب الوسائل فلا يتم. نعم يأتي منّا في آخر البحث ما يفيد في المقام فانتظر. وفي معتبرة سدير عن أبي جعفر^(٥) قال: دخلت على محمد بن علي، ابن الحنفية - وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية فلم يجب، قال: فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت له: خطّ بيدك، فخطّ وصيته بيده في الرمل ونسخت أنا في صحيفة.^(٥)

(١) سورة البقرة / ٢٨٢.

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

(٣) وسائل الشيعة ٤٨/٢٢، ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة ٣٧/٢٢، ح ٣، الباب ١٤ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه.

(٥) وسائل الشيعة ٣٧٢/١٩، ح ١، الباب ٤٨ من أبواب كتاب الوصايا.

لم يذكر الصدوق سنده إلى عبدالصمد بن محمد في مشيخة الفقيه ولكن له سند آخر للرواية في كتابه كمال الدين^(١) وكذا للشيخ سند لها في التهذيب^(٢) وكلاهما معتبران. وسدير ذكره النجاشي^(٣) في ترجمة ابنه الحسن ولم يطعن عليه فهو إمامي معتبر.

وحسنة ابراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته: هذه وصيتي، ولم يقل: إني قد اوصيت إلا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب عليه السلام: إن كان له ولد ينفذون كلَّ شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البرِّ وغيره.^(٤)

نعم، قدمر في أول البحث أن بعض العقود لا تتحقَّق إلا باللفظ ومنها: الطلاق لما ورد في صحيحة زرارة قال: سألته عن رجل كتب إلى امرأته بطلاقها أو كتب بعق مملوكه ولم ينطق به لسانه، قال: ليس بشيء حتى ينطق به.^(٥)

وورد في خبر زرارة^(٦) أيضاً.

وكذا ورد في صحيحته الأخرى قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته أو بعق غلامه ثم بدا له فمحاها، قال: ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به.^(٧) فكلُّ ما ثبت بالدليل خروجه فهو وإلا تتحقَّق العقود بالكتابة والله العالم.

(١) كمال الدين / ٣٦.

(٢) التهذيب / ٢٤١/٩.

(٣) رجال النجاشي / ٦٢، الرقم ١٤٦.

(٤) وسائل الشيعة / ٣٧٢/١٩، ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة / ٣٦/٢٢، ح ١.

(٦) وسائل الشيعة / ٨١/٢٣، ح ١، الباب ٤٥ من أبواب كتاب العتق.

(٧) وسائل الشيعة / ٣٦/٢٢، ح ٢.

الخامس: ما ينشأ به لابدٌ و أن يكون صريحاً في العقد و الإيقاع ٢١٣

الخامس: ما يُنشأ به لابدٌ أن يكون صريحاً في العقد و الإيقاع

قد عرفت أن العقود و الإيقاعات تكون من الأمور الإنشائية و هي لا تتحقق إلا بما يُنشأ به، و قد مرَّ أن ما يُنشأ به كما يمكن ان يكون قولاً و لفظاً و صيغة كذلك يمكن أن يكون فعلاً و عملاً، و كذلك يمكن أن يكون كتابة و سطرأً، و لكن في الجميع لابدٌ أن يكون ما ينشأ به العقد أو الإيقاع صريحاً أو ظاهراً عرفاً في ذاك العقد أو الإنشاء، بحيث يتميّز عن غيره فمادام لم يكن صريحاً أو ظاهراً عرفاً في العقد لا يتحقق ذلك.

نعم، يمكن تعيين الظهور و تصريح بالقرائن المقالية و الحالية في تمييز عقد عمّا سواه. و بما ذكرنا نستغنى من البحث حول مادة الصيغة و هيئتها و ترتيبها و أنّها بأجمعها موكل إلى العرف و تعيين الظهور إلا ما ورد من الشرع تحديدها نحو صيغ النكاح و الطلاق و الظهار و الإيلاء و اللعان و أنّها لا تتحقق إلا بالصيغ الخاصة.

ثم لابدٌ من التنبيه على فروع:

الإختلاف في تعيين الموجب و القابل

ذهب الشيخ الأعظم^(١) فيه إلى الحكم بالتحالف و عدم ترتب الآثار المختصة بالبائع و المشتري عليهما.

و فيه: الآثار إمّا مترتب على عنوان البيع نحو خيار المجلس أو على عنوان المشتري فقط كخيار الحيوان فإنّه مختص به على المشهور.

ولو فرض وجود أثر على عنوان البائع فلا بد من تعيين المدعي و المنكر على موازين القضاء للمدعي البينة و اليمين على من أنكر و لا تصل النوبة إلى التداعي و التحالف.

و أمّا ما قد يقال: من أن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و استندل له

(١) المكاسب ٣/١٣٤.

بالإجماع ومرسلة عوالي اللآلي عن النبي ﷺ أنه قال: كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه^(١) وخبر عقبة بن خالد في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتّى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فإذا أخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه حتّى يردّ ماله إليه.^(٢) فهذه ثمرة تترتب على عنوان البائع.

فلا يتم، لأنّ الاجماع مدركيّ والمرسلة لا يمكن الاستدلال بها والخبران ضعيفان سنداً ولا يجبر ضعف سندهما بعمل الأصحاب، لعدم استناد عملهم بهما لوجود السيرة القطعية عند العقلاء بتسليم الثمن والمثمن في المعاملات والقبض والإقباض فمادام لم يتحقّق القبض فإن تلف فهو من مال صاحبه الأوّل وهذه السيرة تجرى في ناحية البائع كما تجرى في ناحية المشتري بالنسبة إلى الثمن. فلا تترتب هذه الثمرة على عنوان البائع خاصة.

هل تعتبر العربية في العقد؟

المحكي عن السيّد عميد الدين: «يشترط في سائر العقود والندور والعهد واليمين وقوعها باللفظ العربي»^(٣).

واعتبرها الفاضل المقداد^(٤)، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد^(٥) ورسالة صيغ العقود^(٦) وحاشية الارشاد^(٧)، والشهيد الثاني في الروضة^(٨).

(١) عوالي اللآلي ٢١٢/٣، ح ٥٩ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٣٠٣/١٣، ح ١، الباب ٩ من أبواب الخيار.

(٢) الكافي ١٧١/٥، ح ١٢.

(٣) الحاكي عنه هو الشهيد في حواشيه على القواعد كما في مفتاح الكرامة ٥٢٣/١٢.

(٤) التنقيح الرائع ١٨٤/٢، كنز العرفان ٧٢/٢.

(٥) جامع المقاصد ٥٩/٤.

(٦) رسالة صيغ العقود ١٧٨/، المطبوعة في المجلد الأوّل من رسائل المحقّق الكركي.

هل تعتبر العربية في العقد؟ ٢١٥

و استدلل لها المحقق الثاني في حاشية الارشاد و جامع المقاصد بالتأسي، و زاد في الأول بـ«أنَّ إيقاع العقد بلفظ غير الماضي غير صحيح مع أنه عربي اتفاقاً فغير العربي بطريق أولى»^(٩).

و فيه: أولاً: نعم، الرسول الأعظم ﷺ أنشأ العقود بالعربية ولكن من جهة أنها لسان قومه كما هي كذلك في محاوراته و محادثاته.

و ثانياً: لو كانت العربية معتبرة لظهرت و بانت لأنَّ الناس يُبْتَلَوْنَ بها أكثر من ابتلائهم بالصلوات الخمس.

و ثالثاً: سيأتي منّا عدم اعتبار الماضية في العقود، و منع الأولوية في المقام لأنَّ من الممكن أنَّ غير العربية يكون صحيحاً ولكن العربية بغير الماضي لم تكن صحيحة، و يمكن ان يقال: «إذا لم يكن قادراً على الماضي يجوز بغير العربية و لا يجوز بغير الماضي» كما في مفتاح الكرامة^(١٠).

و رابعاً: شمول عمومات و مطلقات العقود و وجوب الوفاء بها للعقد غير العربي.
و خامساً: ولو قلنا باعتبار العربية فإنَّما تكون مع القدرة و أمّا مع العجز فتجوز بغير العربية كما قطع به الأصحاب ولو بالتعلم بلامشقة و لا فوت غرض مقصود كما نبّه عليه الفاضل الإصبهاني^(١١).

نعم، في صيغ النكاح الإجماع على عدم الصحة بغير العربية مع القدرة كما عن الشيخ

(٧) حاشية الارشاد / ٣٣٥ المطبوعة في المجلد التاسع من حياة المحقق الكركي و آثاره.

(٨) الروضة البهية ٢٢٥/٣.

(٩) حاشية الارشاد / ٣٣٥.

(١٠) مفتاح الكرامة ٥٢٧/١٢.

(١١) كشف اللثام ٤٧/٧.

٢١٦ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

في المبسوط^(١) و العلامة في التذكرة^(٢)، و خالفهم ابن حمزة في الوسيلة^(٣) و ذهب إلى أستحباب العربية فيه.

و أمَّا العربي الملحون من حيث المادة أو الهيئة أو الإعراب بناءً على القول باعتبار العربية، فإنَّ العربيَّة الصحيحة المتيقَّنة تكون من أسباب النقل و الانتقال و أمَّا الملحونة فلا، فلا يصحَّ إنشاء العقود بها.

إمَّا بناء على ما اخترناه من جواز إنشاء العقود بكلِّ ما يُنشأُ به فلا بدَّ من التفصيل بين ما يعدُّ في العرف أيضاً غلطاً فلا يصح الإِنشاء به و بين ما يعد غلطاً بحسب القواعد العربية فقط ولكن العرف يستعملونه فيتم الإِنشاء به.

و بالجملة فالأمر في العربية الملحونة مُوكَّل إلى العرف و أنه يحكم بغلطها أو لا يراها غلطاً و في الأخير يصح الإِنشاء به.

ثم هل المعتبر - على فرض اعتبارها - عربية الصيغة فقط فيصح نحو: بعتك - اين كتاب را به فلان مقدار - أو لا بد أن يكون الجميع بالعربية؟!

الظاهر كفاية صحة العقد بعربية صيغتها، أما سائر متعلقاتها فيجوز فيها غير العربية لعدم احتمال أن يكون اللفظ غير العربي مخالفاً بصحة العقد، و يدلُّ على ما ذكرنا عدَّة من الروايات.

منها: صحيحة اسماعيل بن عبد الخالق^(٤) و صحيحة العلاء^(٥).

(١) المبسوط ١٩٤/٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٨٢/٢ من طبع الحجري.

(٣) الوسيلة ٢٩١/.

(٤) وسائل الشيعة ٥٣/١٨، ح ١٤، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٥) وسائل الشيعة ٦٣/١٨، ح ٥، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغة تفصيلاً؟ ٢١٧

وبهما تحمل صحيحة الحلبي^(١) وخبر جراح الملائي^(٢) ومعتبرة حنان بن سدير^(٣) على الكراهة، والله العالم.

هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغة تفصيلاً؟

جهله بها يتصور على القسمين:

الأوّل: أن يكون المنشيء جاهلاً بمعنى الصيغة و مضمونها راساً بل ربما يكون المرتكز في ذهنه غير ما يفهمه أهل اللغة و العالمون بها فحينئذ لا يصح الإنشاء بها للإخلال بقصد الإنشاء فلا يتحقّق الإنشاء لأنّه لا يدري معنى الصيغة حتّى يقصد الإنشاء بها.

الثاني: المنشيء يعلم إجمالاً معنى الصيغة ولكنّها جاهل بها تفصيلاً - أي لا يدري وقوع أيّ جزء منها بإزاء أيّ جزء من معناها - فهو لا يدري كيفية الدلالة، فحينئذ يجوز الإنشاء بها لعدم الدليل على اعتبار العلم التفصيلي بمعنى الصيغة و لقيام السيرة القطعية على الصحة في هذا الفرض، لأنّ لا يطالع على المعنى التفصيلي إلا الأفاضل. و لم يثبت أيّ ردع بالنسبة إلى جريان العقود و الإيقاعات توسط عموم الناس الغافلين من كيفية الدلالة و معاني المفردات.

و من هنا ظهر عدم ابتناء المسألة على اعتبار العربية في الصيغة كما هو ظاهر الشيخ الأعظم عليه السلام حيث يقول: «الظاهر هو الأوّل (أي اعتبار العلم التفصيلي) لأنّ عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له عند العرب...»^(٤). بل الظاهر ايتان النزاع حتّى على القول بجواز إنشاء الصيغ بغير العربية ولذا اعترض

(١) وسائل الشيعة ٦١/١٨، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٦٢/١٨، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٦٣/١٨، ح ٣.

(٤) المكاسب ١٣٧/٣.

عليه الفقيه اليزدي بقوله: «... بل يكفي الإيتان بالصيغة الصحيحة بقصد الإنشاء مع العلم بها بأنَّها لإنشاء البيع أو غيره، وإن لم يفهم المعنى تفصيلاً ولم يميز بين الخصوصيات، حتَّى بالنسبة إلى النكاح أيضاً فتدبر»^(١).

اشتراط الماضوية في الصيغ

ذهب إلى الاشتراط ابن حمزة في الوسيلة^(٢) و المحقق في الشرائع^(٣) و العلامة في التذكرة^(٤) و التحرير^(٥) و المختلف^(٦) و القواعد^(٧) و الإرشاد^(٨) و ولده في شرحه^(٩) و الشهيد في الدروس^(١٠) و اللمعة^(١١)، و الفاضل المقداد في التنقيح^(١٢)، و المحقق الثاني في جامع المقاصد^(١٣) و صيغ العقود^(١٤) و حاشية الإرشاد^(١٥)، و الشهيد الثاني في المسالك^(١٦) و

(١) حاشيته على المكاسب ٤٢٤/١.

(٢) الوسيلة / ٢٣٧.

(٣) شرائع الإسلام ٧/٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ٨/١٠.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٥/٢.

(٦) مختلف الشيعة ٥٣/٥.

(٧) قواعد الأحكام ١٧/٢.

(٨) إرشاد الأذهان ٣٥٩/١.

(٩) نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٥٢/١٢.

(١٠) الدروس الشرعية ١٩١/٣.

(١١) اللمعة الدمشقية ١٠٩/١.

(١٢) التنقيح الرائع ٢٤/٢.

(١٣) جامع المقاصد ٥٩/٤.

(١٤) رسالة صيغ العقود / ١٧٧ المطبوعة في ضمن المجلد الأوّل من رسائل المحقق الكركي.

(١٥) حاشية الإرشاد / ٣٣٥.

(١٦) المسالك / ١٥٣/٣.

اشترط الماضي في الصيغ ٢١٩

الروضة^(١)، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة و البرهان^(٢)، و الفيض الكاشاني في المفاتيح^(٣) فهذا هو المشهور بين الأصحاب كما في الأخيرين.

ولكن نُسب الخلاف إلى القاضي ابن البراج في كتابيه: قال في الكامل: «لو قال المشتري: يعني هذا، فقال البائع: بعتك، انعقد»^(٤).

و قال في المهذب: «لو قال المشتري: يعني هذا، فيقول البائع: بعتك، صح»^(٥).
و استدل لهم: بأن الماضي صريح في الإنشاء بخلاف الأمر و المضارع، لأنَّ الأمر استدعاء و المضارع أشبه شيءٍ بالوعد.

و أنَّ الإنشاء بغير الماضي خارج عن العقود المتعارفة فلا تشملها العمومات.
و أنَّ الاجماع قائم على عدم جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر كما نبّه عليه في التذكرة^(٦) بالنسبة إلى الأوّل فقط.

و استدل على عدم الاشتراط: صدق عنوان العقد على المنشأ بالمضارع و الأمر فيكون مشمولاً للاطلاقات و العمومات.

وأنهما يكونان صريحين في الإنشاء بالقرائن المقالية أو الحالية كما أنَّ الماضي كذلك بهما.

و الاجماع المُدعى لا يفيد شيئاً لأنّه مدركيٌّ و مدركه هو الوجوه الاعتبارية التي

(١) الروضة الهيئة ٢٢٥/٣.

(٢) مجمع الفائدة و البرهان ١٤٥/٨.

(٣) مفاتيح الشرائع ٤٩/٣.

(٤) نقل عنه العلامة في مختلف الشيعة ٥٣/٥.

(٥) المهذب ٣٥٠/٢.

(٦) تذكرة الفقهاء ٨/١٠.

ذكروها.

وقد ورد في عدَّة من الروايات الإنشاء بصيغة المضارع أو الأمر:

منها: صحيحة رفاعة النَّخَّاس. (١)

و منها: موثقة سماعة. (٢)

و منها: موثقة أُخرى له. (٣)

و منها: موثقة عثمان بن عيسى و مضمرة. (٤)

و منها: خبر عبدالله بن سليمان. (٥)

و منها: خبر أبان بن تغلب. (٦)

و منها: خبر هشام بن سالم الجواليقي. (٧)

و منها: خبر الأحول و هو محمَّد بن علي بن النعمان مؤمن الطاق. (٨)

و منها: صحيحة ثعلبة بن ميمون. (٩)

و منها: موثقة أبي بصير. (١٠)

(١) وسائل الشيعة ٣٥٣/١٧، ح ١، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) وسائل الشيعة، ٣٥٣/١٧، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٥٨/١٧، ح ٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

(٤) وسائل الشيعة ١٥٨/١٧، ح ٣.

(٥) وسائل الشيعة ١٥٩/١٧، ح ٦.

(٦) وسائل الشيعة ٤٣/٢١، ح ١، الباب ١٨ من أبواب المتعة.

(٧) وسائل الشيعة ٤٥/٢١، ح ٦، وسائل الشيعة ٢٦٤/٢٠، ح ١٠، الباب ١ من أبواب عقد

النكاح.

(٨) وسائل الشيعة ٤٤/٢١، ح ٥.

(٩) وسائل الشيعة ٤٣/٢١، ح ٢.

(١٠) وسائل الشيعة ٤٤/٢١، ح ٤.

تقديم الإيجاب على القبول ٢٢١

و لا يضر إضمار هاتين الأخيرتين مضافاً إلى جلالته راو بينهما وأنهما لا ينقلان إلا من الإمام عليه السلام، لأنّ الكلام في جواز إنشاء العقود بصيغة المضارع وأنهما - أي ثعلبة و أبابير - أنشأا عقد النكاح بالمضارع و لا يمكن لأحد أن يقال أنّهما لا يعلمان إنشاء عقد المتعة. فتلك عشرة كاملة من الروايات - و الباحث يجد أكثر منها - فيما يدلّ على جواز إنشاء العقود بصيغتي المضارع و الأمر، لأنّ خبر الأحوال ورد بصيغة الأمر.

تقديم الإيجاب على القبول

هل يعتبر الترتيب بين الإيجاب و القبول بتقديم الأوّل؟

نسب الشهيدان في غاية المراد^(١) و المسالك^(٢) إلى الشيخ في الخلاف دعوى الاجماع على الاعتبار فلا بدّ من ملاحظة كلامه.

قال الشيخ في الخلاف: «إذا قال: بعنيه بألف، فقال: بعتك لم يصح البيع حتّى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت أو قبلت... دليلنا: إنّ ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به و ما ادعوه لا دلالة على صحته و الأصل عدم العقد، و من ادعى ثبوته فعليه الدلالة»^(٣).
أقول: و أنت ترى عدم وجدان الاجماع في كلامه عليه السلام على اعتبار التقديم إنّما قال بأنّ العقد لو وقع إيجابه أوّلاً ثمّ قبوله، الكلّ يقول بانعقاده و هذا البيان صحيح منه ولكنّه لن يدعي الاجماع في المقام ولذا قال في المفتاح بالنسبة إلى ادعاء اجماع الخلاف: «وهو وهم قطعاً لأنّي تتبعت كتاب البيع فيه مسألة مسألة و غيره حتّى النكاح فلم أجده أدعى ذلك و إنّما عبارته في المقام توهم ذلك المستعجل... إلا أن يريد أنّه استدلّ بأنّه مجمع عليه»^(٤).

(١) غاية المراد ١٦/٢.

(٢) المسالك ١٥٣/٣.

(٣) الخلاف ٣٩/٣، المسألة ٥٦.

(٤) مفتاح الكرامة ٥٢٩/١٢.

قال في بيع المبسوط: «عقد النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول سواء تقدّم الإيجاب فقال [كقوله] زوّجتك بنتي، فقال، قبلت النكاح أو تأخّر الإيجاب كقوله: زوّجني بنتك، فقال: زوّجتك، بلاخلاف.

فأمّا البيع فإن تقدم الإيجاب فقال: بعته، فقال: قبلت، صحّ بلاخلاف، وإن تقدّم القبول فقال: بعنيه بألف فقال: بعته، صحّ، والأقوى عندي أنه لا يصحّ حتّى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت. فإذا ثبت هذا فكلّ ما يجري بين الناس إنّما هو استباحات و تراض دون أن يكون ذلك بيعاً منعقدًا...»^(١).

ولكن قال في نكاح المبسوط: «... فإذا تعاقدنا فإن تقدّم الإيجاب على القبول، فقال: زوّجتك، فقال: قبلتُ التزويج صحّ، وكذلك إذا تقدّم الإيجاب في البيع على القبول صحّ بلاخلاف.

و أمّا إن تأخّر الإيجاب و سبق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج: زوّجتها، فقال: زوّجتكها صحّ، وإن لم بعد الزوج القبول بلاخلاف، لخبر سعد الساعدي قال الرجل زوّجنيها يا رسول الله ﷺ، فقال: زوّجتكها بما معك من القرآن، فتقدم القبول و تأخّر الإيجاب، وإن كان هذا في البيع، فقال بعنيها، فقال: بعتهها صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين، و قال قوم منهم لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب»^(٢).

و أنت ترى بأنّ الشيخ عدل في باب النكاح عمّا ذهب إليه في باب البيع من المبسوط و الخلاف من لزوم تقدّم الإيجاب على القبول في البيع فقط و قال: «صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين».

(١) المبسوط ٨٧/٢.

(٢) المبسوط ١٩٤/٤.

تقديم الإيجاب على القبول ٢٢٣

و الحاصل: اعتبار الترتيب بين الإيجاب والقبول هو مذهب الشيخ في الخلاف^(١) و بيع المبسوط^(٢)، و خيرة ابني حمزة و ادريس في بيع الوسيلة^(٣) و السرائر^(٤)، و عدّه من الأقوى العلامة في التذكرة^(٥) و من الأشهر في المختلف^(٦) و نجله في الإيضاح^(٧) كما هو ظاهر شرحه على الإرشاد^(٨)، و كذا ظاهر الشهيد في غاية المراد^(٩) و كذا عدّه من الأقوى الفاضل المقداد في التنقيح الرائع^(١٠)، و المحقق الكركي في جامع المقاصد^(١١) و في صيغ العقود^(١٢) ذهب إلى أنّه الأصح، و في حاشيته على الإرشاد على أنّه الأظهر^(١٣)، و ذهب الشيخ جعفر على أنّه الأشهر و الأظهر في شرحه على القواعد^(١٤).

و أمّا عدم الاعتبار فهو مذهب جماعة كما هو المنقول^(١٥) عن القاضي ابن البراج و

(١) الخلاف ٣/٣٩.

(٢) المبسوط ٢/٨٧.

(٣) الوسيلة ٢٣٧/٢.

(٤) السرائر ٢/٢٥٠.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٠/٨.

(٦) مختلف الشيعة ٥/٥٢.

(٧) إيضاح الفوائد ١/٤١٣.

(٨) نقل عنه في مفتاح الكرامة ١٢/٥٢٩.

(٩) غاية المراد ٢/١٦.

(١٠) التنقيح الرائع ٢/٢٤.

(١١) جامع المقاصد ٤/٦٠ و ١٢/٧٤.

(١٢) صيغ العقود ١٧٧/ المطبوعة في ضمن المجلد الأوّل من رسائل المحقق الكركي.

(١٣) حاشية الإرشاد ٣٣٥/٣.

(١٤) شرح القواعد ٢/١٩.

(١٥) الناقل هو العلامة في المختلف ٥/٥٢.

عدّه المحقّق في الشرائع^(١) من الأشبه، و ذهب العلامة في نهاية الأحكام^(٢) أنّه الأقوى وفي التحرير^(٣) أنّه الأقرب، و تنظر في الاشتراط في القواعد^(٤) و الإرشاد^(٥) و تبعه الشهيد في الأقربية في الدروس^(٦)، و في اللمعة^(٧) ذهب إلى عدم اعتبار الاشتراط وإن كان تقديمه أحسن، و عدم الاعتبار هو اختياره في حواشيه على القواعد^(٨). و صاحب الميسية^(٩) ذهب إلى أنّ عدم الاشتراط هو الأقوى و كذا الشهيد الثاني في المسالك^(١٠)، و في الروضة^(١١) ذهب إلى عدم الاشتراط وإن كان تقديم الإيجاب أحسن، و المحقّق الأردبيلي ذهب إلى أنّه الأظهر في مجمع الفائدة والبرهان^(١٢)، و المحقّق السبزواري على أنّه الأقرب في الكفاية^(١٣). و كذا الفقيه المتتبع السيّد العاملي في مفتاح الكرامة^(١٤). و كلّ هذه المنقولات منه عليه السلام.

و هو ظاهر السيّد ابن زهرة في الغنية لأنّه لم يتعرض لهذا الاشتراط، و نحوه في

(١) الشرائع ٧/٢ و ٢١٧/٢.

(٢) نهاية الأحكام ٤٤٨/٢.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٥/٢.

(٤) قواعد الأحكام ١٧/٢.

(٥) إرشاد الأذهان ٣٥٩/١.

(٦) الدروس الشرعية ١٩١/٣.

(٧) اللمعة ١٠٩/ و ١٨٤.

(٨) نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٣١/١٢.

(٩) نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٣١/١٢.

(١٠) المسالك ١٥٤/٣.

(١١) الروضة البهية ٢٢٥/٣.

(١٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٤٥/٨.

(١٣) الكفاية ٤٤٩/١.

(١٤) مفتاح الكرامة ٥٣١/١٢.

تقديم الإيجاب على القبول ٢٢٥

الرياض للسيد الطباطبائي و المستند للفاضل النراقي.

و ذهب بعضٌ إلى التفصيل بين النكاح و غيره من العقود فيجوزُه فيه دون غيره كما يظهر من الشيخ في بيع المبسوط^(١) و ابن حمزة في الوسيلة^(٢) و يمكن استفادة هذا التفصيل من كلام فخر المحققين في إيضاح الفوائد^(٣)، و نسب السيد محمد العاملي - صاحب المدارك - عدم اشتراط تقديم الإيجاب في النكاح إلى المشهور بين الأصحاب في كتابه نهاية المرام^(٤). و ذهب بعضٌ إلى التفصيل بين القبول بلفظ قبلت و نحوه و غيره فجوزَ التقديم في الثاني دون الأوّل كما يظهر من الشهيد الثاني في المسالك^(٥) و المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة و البرهان^(٦).

فهذه أربعة أقوال في المقام.

أدلة الأقوال

يمكن أن يستدل للترتيب بوجوه:

الأوّل: أصالة عدم تحقّق العقد و عدم تحقّق الآثار المترتبة عليه و منها النقل و الانتقال إلّا بما ثبت من الأدلة، و ليس إلّا ما قدّم فيه الإيجاب.
الثاني: أدلة وجوب الوفاء بالعقود تنصرف إلى ما كانت منها مرتبة بين الإيجاب ثم القبول و العكس ليس مشمولاً لأدلتها فلا يصحّ.

(١) المبسوط ٨٧/٢.

(٢) الوسيلة ٢٣٧/ و ٢٩١.

(٣) إيضاح الفوائد ٤١٣/١.

(٤) نهاية المرام ٢٦/١.

(٥) المسالك ١٥٤/٣.

(٦) مجمع الفائدة و البرهان ١٤٦/٨.

الثالث: القبول هو انفعال - أي مبني على كون الفعل صادراً من آخر حتى يتحقق الانفعال - فلو قدّم القبول لزم البناء على أمر لم يتحقق.

ويمكن أن يستدل لعدم اعتبار الترتيب بوجوه تظهر منها المناقشة في أدلة الترتيب: الأول: اطلاق أدلة وجوب الوفاء بالعقود الشامل لصورتي التقديم والتأخير والأصل عدم التقييد.

الثاني: الروايات الواردة في بيع العبد الآبق^(١)، وبيع المصحف^(٢)، وبيع الثمر^(٣) و صيغة المتعة^(٤) التي مرّ بعضها في البحث عن الماضوية تدلّ على جواز تقدّم القبول.

الثالث: ما ورد في جواز جعل المهر تعليم شيء من القرآن نحو: صحيحة محمد بن مسلم^(٥) ومرسلة سهل بن سعد الساعدي^(٦) التي رواها العامة^(٧).

و يستفاد من الروايتين أحكام أربعة:

أ: جواز تقديم القبول على الإيجاب.

ب: جواز وقوع القبول بلفظ الأمر.

ج: جواز الفصل بين الإيجاب والقبول.

د: جواز جعل المهر تعليم شيء من القرآن.

ولكن استفادة الثلاثة الأول منهنما مبنيّة على أنّ الإيجاب قوله ﷺ: «زوّجْتُكها» و

(١) وسائل الشيعة ٣٥٣/١٧، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) وسائل الشيعة ١٥٨/١٧، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) وسائل الشيعة ٢١٩/١٨، ح ١، موثقة سماعاً، الباب ٣ من أبواب بيع الثمار.

(٤) وسائل الشيعة ٤٣/٢١، الباب ١٨ من أبواب المتعة.

(٥) وسائل الشيعة ٢٤٢/٢١، ح ١، الباب ٢ من أبواب المهور.

(٦) عوالي اللآلي ٢٦٣/٢، ح ٨ و نقل عنه في مستدرک الوسائل ٦١/١٥، ح ٢.

(٧) صحيح البخاري ١٩٢/٤، ح ٤٧٤٢، سنن البيهقي ٢٤٢/٧.

تقديم الإيجاب على القبول ٢٢٧

القبول قول الصحابي: «زوّجنيها» قبلها بفصل غير قصير كما فهمه جمع^(١).
و يمكن أن يستدل للتفصيل بين النكاح وغيره من العقود بأن النص ورد فيه كما في
صحيحة محمد بن مسلم ومرسلة سهل الساعدي المذكورين، وأمّا في غيره من العقود
فَيَتَمَسَّكُ بالأصل من لزوم اشتراط الترتيب.

إن قلت: إذا قبلت تقديم القبول على الإيجاب في النكاح فيجري في غيره من العقود
إمّا لوجود الإجماع المركب بعدم القائل بالفرق بين النكاح وغيره، وإمّا بالأولية القطعية إذ
من المعلوم أنّ الاحتياط في أمر الفروج أزيد من غيره وإذا صحّ العقد فيه، ففي غيره بطريق
أولى.

قلت: يمنع وجود الإجماع المركب صحّ القائل بالفصل - كما مرّ القائل به - ونمنع أيضاً
الأولية بأنّ الإيجاب في النكاح إنّما هو في طرف المرأة وهي تستحي غالباً فالمناسب
تقديم القبول ولعلّ السر فيه مراعاة الحياء - كما عن الفاضل المراغي^(٢) - وهو غير موجود
في الأبواب الأخر.

و يمكن أن يستدل للتفصيل بين القبول بلفظ قبلت ورضيت وبين غيره نحو
تزوّجت و اشتريت و ابتعت، بأنّ كلمة القبول و ما بمعناه صريحة في الانفعال أعني أنّه مبنيّ
على كون الفعل صادراً من الآخر أوّلاً ثم القبول وإلّا لزم البناء على أمر لم يتحقّق.
و بعبارة أخرى: كلمة القبول و ما بمعناه صريحة في البناء على أمر سابق فاستعمالها
فيما لم يقع بعد مستبعد راجع إلى استعمال المجاز البعيد، بل ولو أبقى معناه على ما هو عليه لزم
إرادة المحال، فأمره دائر بين إرادة المحال أو المجاز البعيد وكلاهما ممّالاً يصح فلا يجوز تقديمه.

(١) راجع مصباح الفقاهة ٥١/٣.

(٢) هو السيّد المير عبدالفتاح الحسيني المراغي المتوفى عام ١٢٥٠ من تلاميذ الشيخ الأكبر
الشيخ جعفر كاشف الغطاء في كتابه «العناوين» ١٧٠/٢.

وأمَّا ما عداه فلا صراحة فيه في هذا المجال فلو أبقى على معناه صار كالإيجاب، ولو صُرف عن معناه - أيضاً - إلى القبول لم يكن بعيداً عن معناه.^(١)

فذلكة كلام الشيخ الأعظم في المقام و نقده

قسّم صيغة القبول باعتبار ألفاظها إلى ثلاثة أقسام:

الأوّل: إذا وقع القبول بلفظ قبلت و رضيت ونحوهما لم يجز تقديمه على الإيجاب، للإجماع، وأنّ العمومات محمولة على العقود المتعارفة و أنّه ليس منها، وأنّ القبول فرع الإيجاب و ليس مجرد الرضا به حيث يمكن تعلّق الرضا بالأمر المتأخّر بل المراد منه الرضا بالإيجاب المتضمن لآثار العقد نحو نقل المال من الموجب إلى القابل نقلاً فعلياً و هذا المعنى لا يتحقّق إلا بتأخّر الرضا عن الإيجاب، و السرّ في ذلك أنّ كلمة قبلت و أشباهها قد اخذ فيها مفهوم الإنفعال و المطاوعة و لا يتحقّق ذلك في الخارج إلا بتأخّره عن الإيجاب. وفيه: أوّلاً: الإجماع المدعى غير تام وقد عرفت الأقوال في المسألة و وجود المخالف و على فرض تماميته أنّه مدركيّ و ليس مدركه إلا هذه الوجوه الاعتبارية المردودة. و ثانياً: لا وجه لحمل العمومات أو الاطلاقات على العقود المتعارفة بل هما تشملان المتعارفة و غير المتعارفة.

و ثالثاً: المتحصل من كلمات أهل اللغة و العرف أنّ العقد لا يوجد إلا بين شخصين سواء كان الصادر منهما مركباً من الإيجاب و القبول أو مركباً من الإيجابين فقط، و الاطلاقات و العمومات تشملهما. ولذا يمكن أن يعدّ القبول المقدم إيجاباً من صاحبه فيدخل في تركيب العقد من الإيجابين.

(١) راجع العناوين ١٧٠/٢.

تقديم الإيجاب على القبول ٢٢٩

و لذا نص الشهيد الثاني^(١) في مقامات عديدة أنّ القبول المقدم يكون في معنى الإيجاب.

و رابعاً: لو سلمنا احتياج العقد إلى القبول و سلمنا أيضاً أخذ الانفعال و المطاوعة في مفهوم القبول، و لكننا لا نسلم استحالة تقدّم القبول على الإيجاب لأنّ القبول تارة يتعلق بالمعنى المصدرى أعني به إنشاء البائع، القول بالاستحالة يمكن أن تأتي هنا، و أخرى يتعلق باسم المصدر أعني به نفس الأثر المترتب على العقد مع قطع النظر عن اضافته إلى طرف الآخر فحينئذ يمكن القول بتحقق القبول قبل الإيجاب لأنّ مفهوم الانفعال و المطاوعة هو الأخذ و يصدق عليه أنه أخذ المبدأ - وهو العقد الخاص كالنكاح أو البيع - و صح العقد نحو قوله: قبلت و رضيت بأن أكون زوجاً لك و أن تكوني زوجة لي، أو قبلت و رضيت مالك بمالي و نحوها.

و عليه فلا محذور من جهة تحقق الانفعال و المطاوعة في تقدّم القبول في العقود أصلاً. و خامساً: كل من المتعاقدين متساويان في إحداث العقد، فكل من بدأ بالإحداث قاصداً ذلك صح، سواء سمّيته قبولاً أو إيجاباً لأنّ القبول بهذا المعنى إيجاب كما مرّ و عموم أدلة العقود يشمله كما نص عليه الفاضل المراغي^(٢) و قد مرّ من ثاني الشهيدين أنّفاً.

الثاني: إذا وقع القبول بلفظ الأمر نحو: بعني أو زوجني بنتك و أمثالها لم يجز أيضاً تقديمه على الإيجاب لأنّه استدعاء و ليس بصيغة القبول، مضافاً إلى اعتبار الماضيّة في العقود كما عليه جماعة.

و فيه: أولاً: قد مرّ عدم اعتبار الماضيّة فلا تعيد.

(١) راجع المسالك ١٥٤/٣ و ٩٥/٧ - الروضة البهية ١١٠/٥.

(٢) العناوين ١٧٣/٢.

٢٣٠ الآراء الفقهيّة - البيع (١) / ج ٤

و ثانياً: يمكن أن تُعدَّ صيغة الأمر بالقرائن الحالية و المقالية قبولاً بالنسبة إلى العقد كما هو الحال في صيغة الماضي.

و ثالثاً: أدل دليلٍ على إمكان الشيء وقوعه و قد مرّ بعض الروايات الواردة في تقدم القبول بصيغة الأمر نحو: خبر الأحول مؤمن الطاق^(١) و صحيحة محمد بن مسلم^(٢) و مرسله سهل الساعدي^(٣).

الثالث: إذا وقع القبول بلفظ اشتريت و ابتعت و ملكت - مخففاً - يجوز تقديمه على الإيجاب، لعدم أخذ عنوان المطاوعة فيه حينئذ فأنشأ المشتري بهذه الألفاظ ملكية المثلث لنفسه بإزاء الثمن فلا يفرق في ذلك تقدّمه على الإيجاب و تأخره عنه. أقول: الجواز تام عندنا في جميع الصور الثلاث.

ثم قال الشيخ الأعظم في آخر كلامه: إنَّ العقد «إمّا أن يكون التزاماً بشيءٍ من القابل كنقل ماله عنه أو زوجية، و إمّا لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب.

و الأوّل على قسمين: لأن الالتزام الحاصل من القابل إمّا أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة أو متغيراً كالاشتراء.

و الثاني أيضاً على قسمين: لأنّه إمّا أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض، و إمّا أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة و العارية و شبههما.

فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كلّ من القسمين»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٤٤/٢١، ح ٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢٤٢/٢١، ح ١.

(٣) مستدرک الوسائل ٦١/١٥، ح ٢.

(٤) المكاسب ١٥٦/٣.

تقديم الإيجاب على القبول ٢٣١

ولكن يمكن أن ينقض عليه، إذا قال أحد لصاحبه: قبلت المصالحة على مالك الفلاني بهذا المال أو المبلغ، وأجابه الآخر: صالحتك مالي الفلاني بمالك أو المبلغ، ولا أظن بأحد أن يذهب إلى بطلان هذه المصالحة لأجل تقديم قبولها.

وكذا إذا قال للواهب: تملكك مالك مجاناً، أو قال: قبلت هبتك، وقال الواهب بعد ذلك: وهبتك أو ملكتك إياه، فهل لأحد أن يقول ببطلان الهبة؟!

وكذا إذا قال المقترض: قبلت أو تملكك منك مائة دينار مع الضمان، وقال المقرض: خذها، فهل يمكن القول ببطلانها؟!

وكذا إذا قال المرتهن: أخذت أو قبلت مالك الفلاني رهناً على دينك، وقال الراهن: أرهنت، فهل لأحد القول بعدم انعقاد هذا العقد؟!^(١)

وهل أنت ترى فرقاً بين هذه الأمثلة الأربعة وبين قول المشتري: قبلت هذا الثوب بألفين، وقال البائع بعده: بعته بهما.

وبين قول أحد: قبلت وكالتك في هذا الأمر، وأجابه الموكل بقوله: وكلتك. وبين قول المستعير: أعزني أو قبلت عاريتك لهذا العين، وأجابه المعير بقوله: أعرتك.

ولعمري فصل الشيخ الأعظم رحمته الله وجه تفريقه بين الأمثلة الأربعة الأولى والثلاثة الأخيرة حتى تعلمنا الفرق بينها!!

والحاصل: القول المختار في المقام هو جواز تقدم القبول على الإيجاب مطلقاً أي بلافق بين ألفاظ القبول و بلافق بين عقد النكاح وغيره من العقود والحمد لله.

(١) هذه الأمثلة الثلاثة الأخيرة لشيخنا الاستاذ رحمته الله في إرشاد الطالب ١١٥/٢.

الموالاتة بين الإيجاب و القبول

هل تعتبر الموالاتة بينهما؟ وأن لا يتأخر القبول بحيث لا يعدّ جواباً للإيجاب؟ ذهب إلى اعتباره الشيخ في خلع المبسوط^(١) و العلامة في نكاح القواعد^(٢) و خلعها^(٣) و بيع نهايته^(٤) و الشهيد في وقف الدروس^(٥) و بيعها^(٦) و قواعد^(٧) و الفاضل المقداد في التنقيح^(٨) و المحقق الثاني في خلع رسالة صيغ العقود^(٩) و بيع جامع المقاصد^(١٠) و ثاني الشهيدين في هبة المسالك^(١١) و خلعها^(١٢) و الشيخ جعفر في شرح القواعد^(١٣) و السيّد العاملي في المفتاح^(١٤).

قال الشهيد في القواعد: «الموالاتة معتبرة في العقد و نحوه، و هي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه، و قال بعض العامة: لا يضرّ قول الزوج بعد الإيجاب:

(١) المبسوط ٣٦٢/٤.

(٢) القواعد ١٠/٣.

(٣) القواعد ١٦١/٣.

(٤) نهاية الأحكام ٤٥٠/٢.

(٥) الدروس ٢٦٤/٢.

(٦) الدروس ١٩١/٣.

(٧) القواعد و الفوائد ٢٣٤/١، القاعدة ٧٣.

(٨) التنقيح الرائع ٢٤/٢.

(٩) المطبوعة ضمن رسائل المحقق الكركي ٢٠١/١.

(١٠) جامع المقاصد ٥٩/٤.

(١١) المسالك ٩/٦.

(١٢) المسالك ٣٨٤/٩.

(١٣) شرح القواعد ٢١/٢.

(١٤) مفتاح الكرامة ٥٣٢/١٢.

«الحمد لله و الصلاة على رسول الله ﷺ، قبلت نكاحها»^(١).

و منه: الفورية في استتابة المرتدّ فيعتبر في الحال، و قيل^(٢) إلى ثلاثة أيام.

و منه: السكوت في اثناء الأذان فإن كان كثيراً أبطله.

و منه: السكوت الطويل في اثناء القراءة أو قراءة خلالها، و كذا التشهد.

و منه: تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمّدوا أو نسوا حتى ركع فلا

جمعة. و اعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة.

و منه: الموالاتة في تعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر، و الموالاتة في سنة التعريف، فلو

رجع في اثناء المدة استؤنف ليتوالى»^(٣).

أقول: اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه يعدّ من الأمور البديهية، لأنّ

الاستثناء من النفي يعيد الإثبات، و الاستثناء من الإثبات يفيد النفي فلا بدّ من الاتصال

بينهما للإفادة و كان لهما ظهور واحد. و في فرض انفصال أحدهما عن الآخر كان لكلّ منهما

ظهور خاص و لذا حكم بكفر من قال: لا إله و لم يعقبه بقوله إلا الله. أو أتى به بعد مدة

طويلة.

و الظاهر أنّ الشهيد أراد أن يأخذ من اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه

دليلاً عاماً لاعتبار الاتصال في كل أمرٍ تدريجيّ ثبتت له الصورة الاتصالية في نظر العرف.

و مثل ذلك بلزوم الفورية في استتابة المرتد حيث تجب عليه المبادرة إليها بعد طلب

التوبة منه، و الوجه في ذلك ثبوت الدليل الشرعي على وجوب الاستمرار في الإسلام و

عدم قطعه بالكفر. فلا يصح الاتيان بها على المثال في ما نحن فيه و لذا قال الشيخ الأعظم:

(١) قاله النووي، أنظر المجموع ٣٠٧/١٧.

(٢) قائله هو العلامة في الإرشاد ١٨٩/٢.

(٣) القواعد و الفوائد ٢٣٤/١، القاعدة ٧٣/.

«إنَّ المطلوب في الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلا بدَّ من اعادته في أقرب الأوقات»^(١).
 و أمَّا دخول المأمومين في صلاة الجمعة قبل ركوع الإمام فيحتاج إلى دليل شرعي
 إن وجد فهو ويحمل عليه كلام الشيخ الأعظم: «لأنَّ هيئة الاجتماع في جميع أحوال الصلاة
 من القيام و الركوع و السجود مطلوبة فيقده الإخلال بها»^(٢) و إلا يرجع فيه إلى أصل
 البراءة و صحة صلاتهم حتَّى لو دخلوا بعد الركوع.
 و أمَّا اعتبار اتصال لزوم الموالاة في تعريف اللقطة بحيث تُعرف في كلِّ مرَّة أنَّه تكرر
 للتعريف السابق أيضاً فيحتاج إلى دليل شرعي و هو مفقود في المقام فيرجع فيه إلى
 البراءة.

و بالجملة: أخذ اعتبار الاتصال بين جملتي الاستثناء دليلاً على اعتباره، في كلِّ أمر
 تدريجي له الصورة الاتصالية، قياس مع الفارق و يمكن المناقشة أيضاً في الأمثلة كما قال
 الشيخ الأعظم: «و للتأمل في هذه الفروع و في صحة تفريعها على الأصل المذكور مجال»^(٣).
 نعم: إذا أخذ في موضوع حكم شرعي أمرٌ تدريجيٌّ مقيَّدٌ بالهيئة الاتصالية إذا انتفي
 الاتصال انتفي الموضوع فينتفي الحكم. و تمام الكلام في ثبوت هذا الاتصال في الموضوع إذا
 ورد يجب مراعاته ولكن في صورة الشك، أصل العدم يجري في المقام و يحكم بعدم اعتباره.

أدلة اعتبار الاتصال بين إيجاب العقد و قبوله

الأوَّل: ما ذكره الشيخ الأعظم تنميماً و تحصيلاً لبيان الشهيد و هذا نصه: «أنَّ الأمر
 المتدرِّج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية في العرف فلا بدَّ في ترتب الحكم المعلق عليه
 في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية، فالعقد المركب من الإيجاب و القبول القائم بنفس

(١) المكاسب ١٦٠/٣.

(٢) المكاسب ١٦٠/٣.

(٣) المكاسب ١٦٠/٣.

المتعاقدين بمنزلة كلامٍ واحدٍ مرتبط ببعضه ببعض فيقدح تخلل الفصل المخلّ بهيئته الاتصال به ولذا لا يصدق التعاقد إذا كان الفصل مُفْرَطاً في الطول كسنة أو أزيد، وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو في كل أمرٍ بحسبه، فيجوز الفصل بين كلٍّ من الإيجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كلٍّ واحدٍ منهما، ويجوز الفصل بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف كما في الأذان والقرأة»^(١).

و حيث إنّ هذا البيان يرتبط بالعقود و آية وجوب الوفاء بها استشكل الشيخ السيّد الأعظم عليه السلام بقوله: «ما ذكره حسنٌ لو كان حكم الملك و اللزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود و باطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك، وإما لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجارة عن تراض فلا يضرّه عدم صدق العقد»^(٢).

أقول: يمكن أن يجاب عن إشكال الشيخ الأعظم بعدم الفرق بين العقد و البيع و التجارة في الصدق مع عدم الموالاته، كما لا فرق بينها على فرض عدم الصدق مع عدمها، فالنتفصيل المذكور بين العقد و اخوته - أي البيع و التجارة - في غير محلّه كما اعترف بذلك الفقيه اليزدي^(٣) و المحقق الإيرواني^(٤) و شيخنا الأستاذ^(٥) - قدس الله أسرارهم - و خلافاً للمحقق السيّد الخوئي^(٦) حيث وافق الشيخ في تفصيله.

(١) المكاسب ١٥٩/٣ و ١٥٨.

(٢) المكاسب ١٥٩/٣.

(٣) حاشية المكاسب ٤٣٨/١.

(٤) حاشيته على المكاسب ١٠٠/٢.

(٥) إرشاد الطالب ١١٧/٢.

(٦) مصباح الفقاهة ٥٤/٣.

ولكن يمكن أن يناقش على أصل استدلاله بأنّ مجرد تعليق الحكم على مرّكب لا يدلّ على اعتبار الموالاة بين أجزائه ما لم يعلم اعتبار الهيئة الاتصالية بينها إمّا من العرف كما في لواحق الكلام من الجُمَلِ الاستثنائية و سائر القرائن المتصلة، وإمّا من الشرع كما ورد اعتبارها في الأذان والقراءة ونحوها.

و أمّا العقود فيمكن منع احتياجها إلى الطرفين مفهوماً لأنّها بمعنى العهود أو العهود المشدّدات وهي يمكن تحصيلها من طرف واحد كما في النذر والعهد واليمين. هذا أولاً. و ثانياً: وعلى فرض احتياجها إلى الطرفين كما في بعضها من البيع والنكاح، لا يتم اعتبار اتصال القبول بالايجاب، لأنّه لو كان لأحد طرفي العقد من الايجاب أو القبول بقاء في عالم الاعتبار، يتم العقد مع الحاق طرفه الآخر ولو بعد فصل طويل كما يظهر ذلك بملاحظة المعاملات الجارية بين الأقوام والملل المختلفة بالكتابة أو البرقيات أو الإنترنت - المصطَلَح عليه في عصرنا - أو بايصال المال إلى طرف آخر، وبملاحظة لو أنّ أحداً قال بعد سماع الايجاب: إنّي لا أقبل حتّى أتأمّل في صلاحه و فساده و بعد أيام أو أسبوع أو حتّى عدّة شهور قال: قبلت. فلا بدّ من القول بصحة الجميع وهذا أقوى شاهد على عدم اعتبار الموالاة في العقود.

نعم: إذا فرض أنّ الطرف رجع عن ايجابه قبل قبول الآخر لم يتحقق العقد، و في صورة الشك يمكن للشاك أن يسأل من طرفه هل أنت باق على ايجابك و بعد علمه ببقاء ايجابه يمكنه إنشاء قبوله وتظهر هذه المناقشة إجمالاً من المؤسس الحائري^(١) والمحقّق السيّد الخوئي^(٢) و شيخنا الاستاذ^(٣).

(١) كتاب البيع ١/١٣٩ و ١٤٠ بقلم شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي رحمته.

(٢) مصباح الفقاهة ٣/٥٥.

(٣) إرشاد الطالب ٢/١١٧.

ولذا قال السيّد الحكيم: «الظاهر الاكتفاء في تحقق العقد ببقاء العهد النفساني في نفس الموجب فإذا كان باقياً إلى زمان القبول و تحقق، كفى ذلك في تحقق العقد عندهم ولو مع الفصل الطويل... وهذا هو السرّ في عدم صدق العقد مع الفصل المفرط كسنة أو أزيد...»^(١).
الثاني: ما ذكره المحقّق النائي بقوله في العقود العهدية المعاوضة كالبيع وما يلحق بها كالنكاح ونحوهما: «أنّه لما كان فيها خلع و لبس أو إيجاد علقه فلا بدّ أن يكون مقارناً للخلع لبس، وهكذا مقارناً لإيجاد العلقه قبول، وإلا يقع الاضافة و العلقه بلا محلّ و مضاف إليه»^(٢).

و استشكل عليه المحقّق السيّد الخوئي بالنقض و الحلّ و أمّا النقض: «أنّ هذا الوجه يقتضي استحالة تحقق العقد مع وجود الفصل بين الايجاب والقبول و لازم ذلك أن لا يوجد عقد في العالم، لأنّه لا يتحقّق إلا بوجود الفصل بين ايجابه و قبوله - ولو بزمان قليل - و من البيّن أنّه لا يفرق - في استحالة الفصل بينهما - بين أن يكون الفاصل هو الزمان القصير و بين أن يكون ذلك هو الزمان الطويل و هذا بيّن لا ريب فيه.

و الحلّ: أنّ الخلع و اللبس - في اعتبار البائع - ليس على وجه الاطلاق و إلاّ لتحقّق ذلك قبل تحقق القبول، مع أنّه لا يتحقّق قبله حتّى في اعتبار نفس البائع فضلاً عن امضاء العقلاء أو الشارع. بل الخلع و اللبس في اعتبار البائع معلق على قبول المشتري و على فرض تحقّقه، و عليه فالخلع مقارن باللبس دائماً، سواء أتحققت الموالاتة بين الإيجاب والقبول أم لم تتحقّق»^(٣).

و استشكل عليه شيخنا الاستاذ رحمته الله أيضاً بقوله: «أنّ العقد ليس بذلك و الشاهد

(١) نهج الفقاهة / ١٧٧.

(٢) منية الطالب / ٢٥١/١.

(٣) مصباح الفقاهة / ٥٥/٣ و ٥٦.

٢٣٨ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

ملاحظة العقود حتَّى التمليكيَّة كبيع الكلِّي بالذمة فضلاً عن مثل عقد النكاح أو المضاربة و
الوكالة و نحوها.

و ثانياً: على تقدير كون العقد في حقيقته ما ذكر فيكفي في تحقق اللبس بقاء الخلع و
عدم الغائه و مع حصول اللبس في أيِّ زمان يتحقَّق المجموع»^(١).

أقول: مضافاً إلى وجود السيرة القطعية على عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب و
القبول في معاملات الناس و تجارتهم و إرسال الهدايا من البلاد النائية. و منها: إرسال ملك
الحبشة النجاشي بعد اسلامه بالهدايا و مارية القبطيَّة أم ابراهيم ابن رسول الله ﷺ كما ورد
تفصيله في تفسير علي بن ابراهيم القمي^(٢) و إعلام الوري بأعلام الهدى^(٣) للطبرسي و
قصص الأنبياء^(٤) للقطب الراوندي، و راجع في هذا المجال دلائل النبوة^(٥) للبيهقي و البداية و
النهاية^(٦) لابن كثير.

تنبيهات

ثم هاهنا امور لابد من التنبيه عليها:

الأول: فذلك ما ذكره المحقِّق النائيني في المقام

قسَّم العقود إلى الثلاثة:

١- العقود العهدية المعاوضية: كالبيع و ما يلحق بها كالنكاح و نحوهما و ذهب إلى

(١) إرشاد الطالب ١١٨/٢.

(٢) تفسير القمي ١/١٨٦-١٨٣ و نقل عنه في بحار الأنوار ١٨/٤١٦-٤١٤ -
[٨/٤٨٩-٤٨٧] من الطبعة الحديثة البير وتبيته.

(٣) إعلام الوري بأعلام الهدى ١/١١٩ و نقل عنه في بحار الأنوار ١٨/٤١٩ [٨/٤٩١].

(٤) قصص الأنبياء ٣٢٣/ ح ٤٠٤ و نقل عنه أيضاً في بحار الأنوار ١٨/٤١٩ [٨/٤٩١].

(٥) دلائل النبوة ٣٠٨/٢.

(٦) البداية و النهاية ٨٣/٣.

الموالاتة بين الإيجاب و القبول ٢٣٩

اعتبار الموالاتة فيها بالدليلين الماضيين -الأوّل و الثاني-، و قد مرّ الإشكال فيهما فلا نعيده.

٢- العقود العهدية الغير المشتملة على المعاوضة: كالهبة و الرهن، و تارة ناقشها بالإشكال في كونها من العقود كما في منية الطالب^(١)، و أخرى يجرى فيها الدليل الأوّل فقط دون الثاني كما في المكاسب و البيع.^(٢)

و فيه: لا اشكال في كونها من العقود في الشرع و عند العرف، و قد مرّ عدم تمامية الدليل الأوّل.

٣- العقود الإذنية: نحو الوكالة و العارية و الوديعة، ذهب فيها إلى عدم اعتبار الموالاتة فيها لأنّ اطلاق العقد عليها تكون مسامحة و يكفي فيها كل ما يدلّ على الرضا.^(٣)

ثم قال في آخر كلامه بالنسبة إلى إرسال الهدايا من البلاد البعيدة: «جميع هذه الأفعال الصادرة من الوسطة كأنّها صادرة من الموجب، فهو بمنزلة من كان في المشرق و كانت يده طويلة تصل إلى المغرب فمدّ يده و أعطى شيئاً لمن كان في المغرب فإنّ فعله يتمّ في زمان و صول يده إلى المغرب فتأمل جيّداً»^(٤).

ناقشه تلميذه المحقّق السيّد الخوئي بقوله: «ولكن هذا لا يستقيم، للفرق الواضح بين ما نحن فيه و بين المثال المزبور، بدهاة أن المهدى في -مورد السيرة- ربّما يغفل عن هديّته في زمان و صولها إلى المهدى إليه و عندئذ لا يمكن تنزيل فعل الرسول و الوسطة منزلة فعل المرسل»^(٥).

(١) منية الطالب ٢٥٣/١.

(٢) المكاسب و البيع ٢٩١/١.

(٣) راجع منية الطالب ٢٥٣-٢٥١) /١ - المكاسب و البيع (٢٩١-٢٨٩) /١.

(٤) منية الطالب ٢٥٣/١.

(٥) مصباح الفقاهة ٥٧/٣.

الثاني: مقالة الشيخ الأعظم حول رواية سهل الساعدي

روى سهْلُ الساعديُّ: أنَّ النبي ﷺ، جاءت إليه امرأةٌ فقالت: يا رسول الله إنِّي قد وهبت نفسي لك، فقال ﷺ: لا اربة لي في النساء، فقالت: زوّجني بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوّجنيها، فقال: هل معك شيء تصدقها؟ فقال: والله ما معي إلا ردائي هذا، فقال: إن أعطيتها إياه تبقى ولا رداء لك، هل معك شيء من القرآن؟ فقال: نعم سورة كذا وكذا، فقال ﷺ: زوّجتكها على ما معك من القرآن. (١)

أقول: قد مرّ منّا أنّ هذه الرواية عاميّةٌ مضافاً إلى إرسالها ولكن وردت بمضمونها صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: زوّجني، فقال رسول الله ﷺ: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوّجنيها، فقال: ما تعطيتها؟ فقال: مالي شيء، قال: لا، فأعدت فأعاد رسول الله ﷺ الكلام فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول الله ﷺ في المرّة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال: قد زوّجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه. (٢)

قال الشيخ الأعظم: «يظهر من رواية سهل الساعدي، جواز الفصل بين الإيجاب و القبول بكلام طويل أجنبي، بناءً على ما فهمه الجماعة من أنّ القبول فيها قول ذلك الصحابي: زوّجنيها، والإيجاب قوله ﷺ بعد فصل طويل: زوّجتكها بما معك من القرآن، ولعلّ هذا موهنٌ آخر للرواية، فافهم» (٣).

و علّق عليه شيخنا الاستاذ: «الموهن الأوّل ما تقدم أنّاً من أنّه لا دلالة فيها على اقتصار الرجل في قبوله النكاح باستدعائه، و وجه عدم الدلالة عدم ورودها في مقام بيان

(١) مستدرک الوسائل ٦١/١٥، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٤٢/٢١، ح ١.

(٣) المكاسب ١٦١/٣.

كيفية عقد النكاح بل حكاية قضية شخصية لبيان جواز جعل تعليم القرآن مهراً.

و الموهن الثاني: لزوم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول.

ولكن لا يخفى ما فيه: فإن قبول الإيجاب ليس استدعائه الأول ليقال: بتخلل الفصل

الطويل بينه و بين ايجاب النكاح بل إنه قد كرّر استدعاء بعد نداء رسول الله ﷺ ثانياً و

ثالثاً، و قد سأله رسول الله ﷺ في الثالثة عن عرفانه القراءة في الفحص عمّا عنده ممّا يمكن أن

يجعله مهراً فأجاب الرجل بنعم الذي يمكن جعله في أمثال المقام قبولاً من غير تخلل بين

الإيجاب و القبول بالأجنبي أو غيره و على تقدير كون القبول هو استدعائه الأخير فلا

فصل بين الايجاب و القبول بالأجنبي الطويل، فلاحظ الحديث^(١).

أقول: ما ذكره ﷺ في آخر كلامه لا يمكن المساعدة عليه لأن «نعم» الوارد في الرواية

في كلام الصحابي يكون جواباً لسؤال رسول الله ﷺ، هل معك شيء من القرآن؟ في روايه

سهل الساعدي، و سؤال: أتحسن من القرآن شيئاً؟ في صحيحة محمد بن مسلم، و جعله

قبولاً خلاف ظاهر الرواية.

و يمكن المناقشة في الموهن الأول بأنه لو كان للقضية -ولو كانت شخصية- ذيل لا بدّ

من التعرض له لا سيما في كلام سيدنا أبي جعفر عليه السلام، و من الممكن مراد الشيخ من الموهن

الأول هو إرسال الرواية و عاميتها في خبر سهل الساعدي، فلا يتم لا الموهن الأول و لا

الثاني و الرواية تدلّ على جواز الفصل الطويل و بالكلام الأجنبي بين الإيجاب و القبول في

العقود و لعلّ إلى ما ذكرنا أشار الشيخ الأعظم بقوله فافهم.

ولكن قال السيّد الحكيم في وجه أمره بالتفهم: «لعلّه اشارة إلى ما تقدّم من أنّ اعتبار

الموالاتة إنّما هي في خصوص العقد لا مطلق الأسباب كالتجارة و البيع، لأنّه خلاف عموم

نفوذهما و يمكن أن يكون النكاح كذلك»^(١).

الثالث: الفاصل بين الإيجاب و القبول

قد مرّ تعريف الموالاة هنا بالاتصال بين الإيجاب و القبول، فالفاصل بينهما ينعدم الموالاة، و هو يقع على أقسام:

أ: الرّد

يتخلل بين الإيجاب و القبول إمّا من الموجب أو من القابل و كلاهما يوجبان بطلان و العقد لأنّ في الرّد من الموجب لا يبقى إيجاب حتّى يلحقه القبول، و من القابل أيضاً مبطل للإيجاب فلا ينفع القبول بعده، لأنّ مع تخلل الرد لا يكون عقداً، لا شرعاً و لا عرفاً فلا يشملها اطلاقات صحة العقود، و الأصل أيضاً يقتضي فسادهُ لأنّ الأصل في العقود الفساد، و الإجماع المحضّل من الأصحاب في أبواب مختلفة من العقود المشروطة صحتها بعدم تخلّل الرد، و كذا الاجماع المحكي^(٢) المستفيض عليه.

و كذا يدلّ عليه الاتفاق بينهم من بطلان العقد الفضولي إذا يلحقه الرد و لا ينفعه الاجازة بعد الرد مع تمامية الإيجاب و القبول هناك، و أمّا هنا فبطريق الأولى لأنّه الإيجاب فقط إذا كان الراد هو القابل أو حتّى من دون إيجاب إذا كان الراد هو الموجب.

و من عدم تمامية الاستصحاب التأهلي كما مرّ منّا في بحوثنا الأصولية.

و كذا الرّد يبطل بتخلله في أثناء الإيجاب أو القبول و كذلك يبطل بتخلله بين العقد و القبض في كلّ عقد يشترط فيه القبض كالوقف و الحبس و السكنى و الهبة و القرض و الصدقة و الصرف و السّلم لعدم حصول، التملك ما لم يتحقّق القبض.

(١) نهج الفقاهة / ١٧٨.

(٢) حكاة الفاضل المراغي في العناوين ١٧٧/٢.

التنجز في العقود ٢٤٣

وأما ما ذهب إليه المشهور^(١) من أصحابنا من أنّ الموصي له لو ردّ الوصية في حياة الموصي فله أن يقبل بعد وفاته فلا ينافي ما ذكرناه لأنّه «لا حكم لهذا الردّ لأنّه ما وجب له شيء حتّى يرده كما لو عفى عن الشفعة قبل البيع، فلا يكون له حكم و يكون له القبول بعد وفاة الموصي» كما في المبسوط^(٢).

ب: السكوت

لابأس بتخلّل السكوت بين الإيجاب والقبول، مادام الطرف الآخر باقياً ولساكت قبول العقد، أو إنشاء إيجابه لو تقدّم القبول، لأنّ السكوت لا يبطل العقد بخلاف الردّ.

ج: تخلّل الكلام الأجنبي

أو ما في حكمه من الشرط الفاسد، أيضاً لا بأس به، مادام الإيجاب أو القبول من الطرف الآخر باقياً.

د: تخلّل ما هو من لواحق العقد

من الشرائط والخيارات والقيود و توصيف السّلعة ونحوها فلا بأس بها عند الكلّ. و ما ذكرنا يجري في العقود اللازمة و الجائزة، بل الصحة في الأخيرة لعلّه إجماعيّ في الفواصل الثلاثة الأخيرة.

و هذا تمام الكلام في عدم اعتبار الموالاة في العقود و الحمد لله.

التنجز في العقود

ذكر جماعة اعتباره في العقود:

منهم: الشيخ في وكالة المبسوط قال: «إذا علّق الوكالة بصفة مثل أن يقول: إن قدم

(١) كما نسبه الشهيد إليهم في الدروس ٢٩٦/٢ و ثانيه في الروضة ١٥/٥.

(٢) المبسوط ٣٣/٤.

الحاج أو جاء رأس الشهر فقد وكتك في البيع فإنّ ذلك لا يصح لأنّه لا دليل عليه»^(١).
و قال في وكالة الخلاف: «مسألة: إذا قال: إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر، فقد وكتك في البيع فإنّ ذلك لا يصحّ و به قال الشافعي. قال أبو حنيفة: يصحّ، دليلنا: أنّه لا دليل على صحة هذا العقد، و عقد الوكالة يحتاج إلى دليل»^(٢).

و قال ابن ادريس في وكالة السرائر: «وإذا قال: إن جاء رأس الشهر فقد وكتك في الشيء الفلاني، فإنّ الوكالة لا تنعقد و إنّ ذلك لا يصح، فأما إن وكتله في الحال بأن يبيع الشيء إذا جاء رأس الشهر جاز ذلك و صحّ، لأنّ الوكالة صحت في الحال و انعقدت ثم أمره بتأخير البيع إلى رأس الشهر، والمسألة الاولى ما انعقدت الوكالة في الحال بل يحتاج إذا جاء رأس الشهر إلى عقد الوكالة فافترق الأمران»^(٣).

و قال المحقّق في وكالة السرائر: «و من شرطها أن تقع منجّزة فلو علقت بشرط متوقّع أو وقت متجدد لم تصحّ، نعم لو نجّز الوكالة و شرط تأخير التصرف جاز»^(٤).
و قال العلامة في شرائط صيغة البيع من التذكرة: «الجزم، فلو علّق العقد على شرط لم يصحّ و إن كان الشرط المشيئة للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدّته، و هو أحد قولي الشافعية، و أظهر الوجهين لهم: الصحة، لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد لأنّه لو لم يشأ لم يشتر»^(٥).

و قال في وكالة التذكرة: «لا يصحّ عقد الوكالة معلّقاً بشرط أو وصف، فإن علقت

(١) المبسوط ٣٩٩/٢.

(٢) الخلاف ٣٥٤/٣.

(٣) السرائر ٩٩/٢.

(٤) السرائر ١٥١/٢.

(٥) تذكرة الفقهاء ٩/١٠.

عليهما بطلت مثل أن يقول: إن قدم زيد أو إذا جاء رأس فقد وكّلتك، عند علمائنا - وهو أظهر مذهب الشافعي - لأنه عقد يملك به التصرف حال الحياة لم يبين على التغليب و السراية فلم يجز تعليقه بشرط كالبيع، ولأنّ الشركة و المضاربة و سائر العقود لا تقبل التعليق فكذا الوكالة.

و قال بعض الشافعية و أبو حنيفة و أحمد: يصحّ تعليقها على الشرط لأنّ النبي ﷺ قال في جيش مؤتة: «أميركم جعفر فإن قُتل فزيد بن حارثة فإن قتل فعبده بن رواحة» و التأمير في معنى التوكيل. و لأنّه لو قال: أنت وكيل في بيع عبدي إذا قدم الحاج أو وكّلتك في شراء كذا في وقت كذا صحّ إجماعاً و محلّ النزاع في معناه.

و الفرق ظاهر بين تنجز العقد و تعليق التصرف و بين تعليق العقد، إذا ثبت هذا، فلا خلاف في جواز تنجز الوكالة و تعليق العقد مثل أن يقول: وكّلتك في بيع العبد و لا تبعه إلاّ بعد شهر فهذا صحيح و ليس للوكيل أن يخالف....

قد بيّنا بطلان الوكالة المعلّقة على الشرط و هو أظهر قول الشافعية، فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط فالأقرب صحّة التصرف لأنّ الإذن حاصل لم يزل بفساد العقد و صار كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً، فقال بع كذا على أن لك العُشر من ثمنه تفسد الوكالة ولكن إن باع يصحّ و هو أحد وجهي الشافعية.

و الثاني: لا يصحّ لفساد العقد، و لا اعتبار بالاذن الضمني في عقدٍ فاسدٍ ألا ترى أنّه لو باع بيعاً فاسداً و سلّم إليه المبيع لا يجوز للمشتري التصرف فيه، و إن تضمّن البيع و التسليم الإذن في التصرف و التسليط عليه.

و ليس بجيد، لأنّ الإذن في تصرف المشتري باعتبار انتقال الثمن إليه و الملك إلى المشتري و شيءٍ منهما ليس بحاصل و إنّما أذن له في التصرف لنفسه ليسلم له الثمن، و هنا إنّما أذن له في التصرف عن الإذن ل نفسه... فإن قلنا بالصحة - على ما هو مختارنا - فأثر بطلان

الوكالة أنه يسقط الجعل المسمّى إن كان قد سمّي له جُعلاً إلى أجره المثل»^(١).
 وقال في نهايته: «و لا بدّ وأن يقع الايجاب والقبول منجزاً، فلو علّقه على شرط لم يقع كما لو قال: إن دخلت لأصالة بقاء الملك، ولو علّقه على مشية المشتري بأن قال: بعثُ هذا بألف إن شئت، فقال: اشتريتُ لم ينعقد أيضاً لما فيه من التعليق، كما لو قال: إن دخلتُ الدار، و يحتمل هنا الصحة لأنّ هذه صفة تقتضيها إطلاق العقد فإنه لو لم يشأ لم يشتروا^(٢)، الحقّ الأوّل فإنّه حالة الايجاب غير عالم بحاله فلم يوقع الإيجاب منجزاً»^(٣).

وقال في وكالة القواعد: «و يجب أن تكون منجزّة فلو جعلها مشروطة بشرط متوقع أو وقتٍ مترقّبٍ بطلت. نعم لو نجّز الوكالة و شرط تأخير التصرف إلى وقت أو حصول شرط جاز كأن يقول: وكّلتك الآن و لا تتصرف إلا بعد شهر. وإذا فسد العقد لتعلّقها على الشرط احتمل تسويغ التصرف عند حصوله بحكم الإذن، و فائدة الفساد سقوط الجعل المسمّى و الرجوع إلى الأجرة»^(٤).

وقال في وقف التحرير: «إذا علّق الوقف على شرط أو صفة لم ينعقد و كان باطلاً... و لانعلم فيه خلافاً»^(٥).

وقال الشهيد في وقف الدروس: «ولو قال إذا متُّ أو إن متُّ فهو وقف فالظاهر بطلانه لتعليقه. ولو قال هو وقف بعد مماتي احتمل ذلك أيضاً، و أن يحمل على الوصية

(١) تذكرة الفقهاء ١٥/١٦-١٣).

(٢) كذا في المصدر ولكن الظاهر زيادة «وا» كما يدل عليها السياق.

(٣) نهاية الأحكام ٤٥١/٢.

(٤) القواعد ٣٤٩/٢.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢٩١/٣.

به»^(١).

و قال أيضاً في عنوان خامس شرائط الوقف: «التنجز فلو علّق بشرطٍ أو وصفٍ بطل، إلا أن يكون واقعاً، والواقف عالم بوقوعه كقوله: وقفتُ إن كان يوم الجمعة»^(٢). وقال المحقّق الثاني في وكالة جامع المقاصد: «يجب أن تكون الوكالة منجزة عند جميع علمائنا، فول علقها بشرط وهو ممّا جاز وقوعه كدخول الدار، أو صفة وهي ما كان وجوده محققاً كطلوع الشمس لم يصح. وذهب جمع من العامة إلى جوازها معلقة لأنّ النبي ﷺ قال في غزاة مؤتة: «أميركم جعفر فإن قتل فزيد بن حارثه»، الحديث. والتأمير في معنى التوكيل ولأنّه لو قال: أنت وكيلي في بيع عبدي إذا قدم الحاج صحّ إجماعاً، وفي كون التأمير توكيلاً نظر والفرق بين محل النزاع والمفروض ظاهر، لأنّ المعلق فيه هو التصرف لا التوكيل ولا بحث في جوازه... و اعلم أن قوله «فلو جعلها مشروطة بشرط» لا يريد به إلا التعليق أمّا مطلق الاشتراط فلا، فلو قال: «وكلتكَ في كذا و شرطت عليك كذا ممّا لا مانع منه صحّ، و اعلم أيضاً أنّ توقيت الوكالة لا يلزم، لكن لا يجوز التصرف بعده»^(٣).

و قال في شرائط الوقف: «أحدها: تنجزه، فلو علّق بشرطٍ أو صفة مثل أن يقول: إذا جاء زيد فقد وقفت داري، أو إذا جاء رأس الشهر وقفت عبدي لم يصحّ لعدم الجزم به، كما لا يصحّ تعليق البيع والهبة، واستثنى في الدروس ما إذا كان المعلق عليه واقعاً والواقف علم بوقوعه كقوله: وقفت إن كان اليوم الجمعة. وقد سبق في الوكالة مثل ذلك والمراد بالشرط: ما جاز وقوعه وعدمه بالنسبة إلى العادة، والصفة: ما كان محقق الوقوع عادة»^(٤).

(١) الدروس ٢٦٣/٢.

(٢) الدروس ٢٦٤/٢.

(٣) جامع المقاصد ١٨٠/٨ و ١٨١.

(٤) جامع المقاصد ١٤/٩ و ١٥.

و قال في نكاح كتابه: «يشترط في عقد النكاح التنجيز قطعاً، لانتفاء الجزم بدونه فيبطل ولو علقه بأمر محتمل أو متوقع الحصول»^(١).

و قال الشهيد الثاني في وكالة المسالك: «من شرط الوكالة وقوعها منجزاً عند علمائنا فلو علقها على شرط متوقع وهو ما يمكن وقوعه و عدمه، أو صفة وهي ما كان وجوده في المستقبل محققاً كطلوع الشمس وإليها أشار بقوله: أو وقت متجدد لم يصح. و احترز بتعليقها على الشرط عمّا لو قرنها بشرط لا يقتضي التعليق كـ «وكلتلك في كذا و شرطت عليك كذا» ممّا لا مانع منه فإنه جائز.

و اعلم أنه متى فسد العقد لتعليقه على الشرط فهل يصح التصرف بعد حصول الشرط؟ قرّب في التذكرة ذلك محتجاً بأن الإذن حاصل لم يزل بفساد العقد و صار كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقال: بع كذا على أن لك العُشر من ثمنه، تفسد الوكالة، ولكن إن باع يصح، ولأنّ المقتضي للصحة حاصل وهو الإذن، إذا الغرض حصول المعلق عليه و انتفاء المانع إذ ليس إلا رفع الوكالة وهي أخص من مطلق الإذن، و رفع الخاص لا يستلزم رفع العام فعلى هذا فائدة الفساد سقوط الجعل المسمّى في عقد الوكالة إن كان و الرجوع إلى أجره المثل كما في المضاربة الفاسدة حيث يحكم فيها بعدم استحقاق الحصّة المشروطة و وجب للعامل أجره المثل.

و فيه: أنّ الوكالة ليست أمراً زائداً على الإذن و الجعل المشروط ليس جزءاً منها و إنما هو شرط زائد عليها، لصحتها بدونه، بخلاف المضاربة فإنّ اشتراط الحصّة شرط في صحتها، و لأنّه لو تمّ ذلك لزم الحكم بصحة التصرف مع فساده بوجه آخر، كعزل الوكيل نفسه مع علم الموكل به و سكوته، فإنّ الإذن حاصل منه فلا يرتفع بفسخ الوكيل. و لأنّ

العقد حينئذٍ فاسد قطعاً. ولا معنى للفاسد إلا ما لا يترتب عليه أثره. ولأن الإذن المطلق إنما وجد في ضمن الوجه المخصوص، إذ لا وجود للكلي إلا في ضمن جزئياته ولم يوجد منها إلا هذا الجزئي، فإذا ارتفع ارتفع الكلي و للتوقف في هذا الحكم مجال»^(١).

وقال في وقف المسالك: «... واشترط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق كالبيع وغيره من العقود وليس عليه دليل بخصوصه... ويستثنى من بطلانه بتعليقه على الشرط ما لو كان الشرط واقعاً و الواقف عالماً بوقوعه كقوله: «وقفت إن كان اليوم الجمعة، فلا يضرّ كغيره»^(٢).

قال الفاضل الإصبهاني في نكاح كشفه: «(و يشترط التنجز) اتفاقاً، إذ لا عقد مع التعليق، خصوصاً وأمر الفروج شديد. (فلو علّقه) ولو بأمرٍ متحقّق كأن يقول: إن كان اليوم يوم الجمعة فقد زوّجتك (لم يصح) وإن لم يرد التعليق، لأنّه غير صريح فهو بمنزلة الكناية»^(٣).

وقال سيّد الرياض في وقفه: «و يشترط فيه التنجز فلو علّقه على شرط متوقّع أو صفة مترقّبة، أو جعل له الخيار في فسخه متى أراد من دون حاجة بطل بلاخلاف فيه، وفي الصحة لو كان المعلّق عليه واقعاً و الواقف عالمٌ بوقوعه كقوله: وقفت إن كان اليوم الجمعة، و كذا في غيره من العقود و بعدم الخلاف صرّح جماعة و لعلّه كافٍ في الحجية»^(٤).

وقال السيّد جواد العاملي في مفتاحه معلّقاً على قول العلامة في القواعد: «و يجب أن

(١) المسالك ٢٣٩/٥ و ٢٤٠.

(٢) المسالك ٣٥٧/٥.

(٣) كشف اللثام ٤٨/٧.

(٤) رياض المسائل ١٠٣/١٠.

تكون منجزة»: «عند علمائنا كما في التذكرة^(١)، أجمع كما في جامع المقاصد^(٢)، وفي شرح الإرشاد لفخر الإسلام: أنّ تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية وكذا سائر العقود جائزة كانت أو لازمة، و عن غاية المرام^(٣) أنه لا خلاف فيه، و مع ذلك قال في الكفاية^(٤): أنه المشهور و أنه غير مرتبط بدليل واضح... و به - أي وجوب التنجيز - صرح في الخلاف^(٥) و المبسوط^(٦) و السرائر^(٧) و الشرائع^(٨) و النافع^(٩) و التحرير^(١٠) و الإرشاد^(١١) و اللعة^(١٢) و التنقيح^(١٣) و جامع المقاصد^(١٤) و المسالك^(١٥) و الروضة^(١٦) و هو قضية بقية الشروح^(١٧) و الحواشي^(١٨) حيث سكتوا عمّا في متونها ولا يقدر في ذلك عدم التعرض له في

(١) تذكرة الفقهاء، ١٣/١٥.

(٢) جامع المقاصد ١٨٠/٨.

(٣) غاية المرام ٣٣٧/٢.

(٤) الكفاية، ٦٧١/١.

(٥) الخلاف ٣٥٤/٣.

(٦) المبسوط ٣٩٩/٢.

(٧) السرائر ٩٩/٢.

(٨) شرائع الإسلام ١٥١/٢.

(٩) المختصر النافع / ١٥٤.

(١٠) تحرير الأحكام الشرعية ٢٢/٣.

(١١) إرشاد الأذهان ٤١٧/١.

(١٢) اللعة الدمشقية / ١٦٦.

(١٣) التنقيح الرائع ٢٨٠/٢.

(١٤) جامع المقاصد ١٨٠/٨.

(١٥) مسالك الأفهام ٢٣٩/٥.

(١٦) الروضة البهية ٣٦٨/٤.

(١٧) منها: إيضاح الفوائد ٣٣٣/٢؛ و غاية المراد ٢٨٨/٢؛ و كنز الفوائد ٨٦/٢.

(١٨) نحو حاشية الإرشاد للشهيد الثاني المطبوعة ضمن غاية المراد ٢٨٨/٢.

المختصرات التي هي متون أخبار كالمقنعة والمراسم والكافي والنهاية والوسيلة وفقه الراوندي والجامع - بل لا ذكر لباب الوكالة في المقنع والانتصار - والدليل على ذلك بعد الاجماع نقلاً و تحصيلاً أن الأصل عدم جواز الوكالة خرجت المنجزة بالاجماع وبعض الأخبار و بقي الباقي...»^(١).

و قال صاحب الجواهر في وكالة كتابه: «(من شرطها أن تقع منجزة) كغيرها من العقود بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، لمنافاته مقارنة ترتب السبب على المسبب المستفاد مما دلّ على تسبب العقود (فلو علقت على شرط متوقّع) كمجىء زيد (أو وقت متجدّد لم تصحّ)، بل قيل: إنه كذلك في التعليق على أمرٍ محقّقٍ نحو: إذا كانت الشمس طالعة فأنت وكيل، لا لفوات المقارنة المزبورة بل للشك في تناول الاطلاقات لمثل ذلك، فيبقى حينئذ أصل عدم ترتب الأثر بحاله»^(٢).

أقول: خالف جماعة من الفقهاء هذا الإجماع الوارد في كلمات القوم، ومن المخالفين المحقّق الأردبيلي قال في وكالة مجمع الفائدة: «أن الأصل وعموم أدلة التوكيل وكونه جائزاً ومبناه على المساهلة دون الضيق و ما تقدم في عبارة التذكرة من أنه إذن وأمر وأنه مثل الإذن في أكل الطعام ولا شك في جواز تعليقه مثل إن جئت فأنت مأذون في الأكل ونحوه مع عدم مانع ظاهر يدلّ على جواز التعليق. و يؤيده عدم ظهور فرق كثير في المآل بين ما صوّراه من المجوزات مثل التوقيت وذكر الشرط والمنع إلا بعد كذا وبين التعليق. و يؤيده أيضاً جواز التعليق في العقود الجائزة مثل القراض»^(٣)، بل هو وكالة بجعل و العارية و

(١) مفتاح الكرامة ٥٢٦/٧، الطبعة الأولى (٢٠/٢١ و ٢١ من الطبعة الحديثة).

(٢) الجواهر ٣٥٢/٢٧ وراجع أيضاً ٢٥٣/٢٢ و ١٩٨/٢٣ و ٧٨/٣٢ و ٧٩.

(٣) أهل العراق يسمّونه مضاربة كما في التحرير ٢٢٤/٣.

غيرهما...»^(١).

ولكن ردّ عليه الوحيد في حاشيته على مجمع الفائدة بقوله: «العموم ما وجدناه، نعم وجدنا اطلاقات مثل ما ذكر من أنّ «الوكيل وكيل حتّى يبلغه العزل» وأمثاله من الأخبار^(٢) والقاعدة أن ينصرف إلى الأفراد الشائعة وكون ما نحن فيه منها محلّ تأمل. والأصل ما نعرفه لأنّ الحكم الشرعي و ترتب الآثار الشرعية يحتاج إلى دليل شرعي و مجرد الجواز لا يقتضي ترتب الآثار سوى إباحة التصرف فتأمل»^(٣).

و منهم: المحقّق السبزواري قال في وكالة الكفاية: «ومذهب الأصحاب - كما نقل - أنّ من شرط صحة الوكالة أن يقع منجّزة فلو علّقت بشرط وهو ما أمكن وقوعه أو صفة وهو ما تحقّق وقوعه كانت باطلاً... وادّعى في التذكرة الإجماع على صحة قوله: أنت وكيل في بيع عبدي إذا قدم الحاج، ولعلّ الشرط قيد للبيع، و به يحصل الفرق بينه وبين المعلّق الممنوع، و مرجعهما بحسب المآل واحد، و منع التعليق غير مرتبط بدليل واضح إلا أن يثبت الإجماع عليه»^(٤).

و منهم: صاحب الحدائق قال في وكالة كتابه: «لا خلاف بين الأصحاب في اشتراط التنجيز في الوكالة فلو علّقها على شرط... بطلت... و بالجمله فمقتضى إطلاق روايات الوكالة و عمومها هو الصحة مطلقاً و تخصيصها يتوقف على الدليل و ليس إلا الاجماع، فمن ثبت عنده حجية الإجماع و أنّه دليل شرعي فله أن يخص به عموم تلك الأخبار و إلا

(١) مجمع الفائدة و البرهان ٥٣٣/٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٦١/١٩ و ١٦٢ الباب ١ و ٢ من أبواب كتاب الوكالة.

(٣) حاشية مجمع الفائدة و البرهان ٤٦١/٤.

(٤) الكفاية ٦٧١/١.

فالعمل على ما دلت عليه تلك العمومات...»^(١).

و ذهب المحقق القمي^(٢) إلى أن التعليق في الوكالة لا يضر بصحتها.

وقال الشيخ الأعظم: «و بالجمله فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها و وقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً»^(٣).

و تبعه المحقق الخراساني وقال: «و تحصيل الاجماع في مثل هذه المسألة من الاتفاق لو كان أشكل لاحتمال تشبث البعض لو لا الجلل أو الكل بما أشار إليه من الوجوه الاعتبارية بما فيها من الضعف، و المنقول منه في مثلها ليس بحجة ولو قيل بحجيته في نفسه، فالعمل باطلاقات أبواب المعاملات لا يخلو من قوة»^(٤).

و قال المحقق السيد الخوئي: «لادليل على بطلان العقود بالتعليق لكي يكون ذلك الدليل مخصصاً لأدلة صحة العقود»^(٥).

و قال المحقق السيد الخميني: «فالتحقيق عدم اعتبار التنجز في المعاملات مطلقاً سواء كانت معلقة على معلوم الحال أو الاستقبال أو مجهول كذلك، بل أو معلوم عدم كذلك ثم بأن تحققه»^(٦).

أقسام التعليق و أحكامها

قبل الورود في البحث لابد من التذكير بعقود يصح فيها التعليق، و العقد معه يكون

(١) الحدائق ١٠/٢٢ و ١١.

(٢) جامع الشتات ٣٠٧/١.

(٣) المكاسب ١٧٢/٣.

(٤) حاشية المكاسب ٢٩/.

(٥) مصباح الفقاهة ٧٠/٣.

(٦) كتاب البيع ٣٣٦/١.

صحيحاً:

منها: التعليق لبيان اعتبار وصف في المبيع نحو: اشتريت هذا الثوب إن كان من القطن.

و منها: التعليق لاثبات حقّ زائد نحو: بعتك هذا بكذا بشرط أن تخط لي ثوباً.
و منها: التعليق لتحديد المتعلّق نحو: وكّلتك في بيع داري بشرط أن تبيعه بعد النيروز.

و منها: التعليق لتحديد الإنشاء نحو: وقف المدرسة لإسكان طالب العلم بشرط أن يصلي صلاة الليل و يلبس العمامة.

و منها: التعليق لتحديد اللزوم نحو: بعتك سيارتي بكذا بشرط أن ترضى زوجتي ببيعها.

و منها: التعليق لتحديد المتعلّق من جهة الصحة التأثير نحو: زوجتي فلانة هي طالق إن كانت في طهر غير الواقعة.

و منها: التعليق لتحديد ما يعتبر في المُنشئ نحو: اشتريت منك دارك بشرط أن لا تكون محجوراً.

و منها: التعليق لتحديد ما يعتبر في العقد نحو: بعتك دار الفلاني فضولياً بشرط أن يجيز.

و منها: التعليق لتحديد جزء المقتضي للعقد نحو: بعتك هذا إن قبلت.^(١)
و لأجل بيان الضابطة الكلية نرسم لك أقسام التعليق و أحكامها تبعاً للمحقّق

(١) راجع في هذا المجال حاشية المكاسب / ٢٠٤ لآية الله ابوالفضل النجم آبادي من تقرير المحقّق العراقي - رحمه الله عليهما - .

السيد الخوئي^(١) وإن يمكن الزيادة فيها كما عن الفاضل المراغي^(٢).
المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق أو محتمل التحقق، وكذا إما أن يكون أمراً
حالياً أو استقبالياً فصار أربعة.

والشرط الذي علق عليه العقد إما أن يكون دخيلاً في مفهوم العقد أو يكون دخيلاً
في صحته أو لا يكون دخيلاً في شيء منهما فصار العدد اثني عشر قسمًا.
وأما التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقد فلا شبهة في صحته نحو قول الزوج:
زوجتي طالق إن كانت زوجتي، أو قول الواقف: وقفت هذه الدار إن كانت ملكي. أو قول
البائع: إن كان هذا مالي فقد بعته بكذا.

وهذا المقدار من التعليق لا يضر بالعقد، لأن العقد بنفسه معلق عليه معنى حتى لو لم
يذكر في اللفظ، فلو جاء به العقد في صيغته فلا بأس به.

و عليه يحكم بصحة التعليق في أربعة من الأقسام:

١- أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً و معلوم الحصول كقول الزوج: إن كانت فلانة
زوجتي فهي طالق.

٢- أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً مع الجهل بتحقيقه كما إذا قال الرجل: إن كانت
هذه زوجتي فهي طالق، مع جهله بأنها زوجته.

٣- أن يكون المعلق عليه أمراً استقبالياً و معلوم الحصول في ظرفه نحو قول البائع
للمشتري: بعتك حديقتي إن قبلت مع علمه بأن المشتري يقبله.

٤- أن يكون المعلق عليه أمراً استقبالياً و مجهول التحقق في ظرفه نحو قول المرأة:

(١) مصباح الفقاهة ٣/٦٥-٦٢.

(٢) راجع العناوين ٢/٢٠٦-١٩١.

أنكحتك نفسي على الصداق كذا، و هي لا تعلم بأن الرجل يقبل النكاح أم لا؟
و التعليق في هذه الصور الأربع لا أشكال في صحته لأنّ العقد و مفهومه في الواقع
معلّقان على هذه الأمور فذكرها في الصيغة و عدمه لا يغيّر الواقع.
و أما التعليق على ما هو داخل في صحة العقد دون مفهومه فهو أيضاً على أربعة
أقسام:

١- أن يكون المعلّق عليه أمراً حالياً و معلوم الحصول كقول الرجل: إن كان هذا
الشيء ممّا يملك فقد بعته بكذا، مع علمه بأنه ممّا يملك.

٢- أن يكون المعلّق عليه أمراً حالياً و مجهول التحقّق نحو قول البائع: إن كنت غير
محجور فقد بعتك هذا المال، و هو لا يدري بحجره أم لا؟!

٣- أن يكون المعلّق عليه أمراً استقبالياً و معلوم التحقّق كالتسليم و التسلم في بيع
الصرف كقول البائع: بعتك هذا الذهب بكذا إن أخذتها و سلمت إليّ الثمن.

٤- أن يكون المعلّق عليه أمراً استقبالياً و مجهول التحقّق، نحو المثال السابق مع عدم
علم البائع بتحقّق التسليم و التسلم.

و التعليق في هذه الصور الأربع أيضاً لا أشكال في صحته لأنّ صحة العقد تتوقّف
عليها في الخارج و ذكره في الصيغة لا يغيّر شيئاً.

مضافاً إلى أنّ جميع هذه الصور الثمان تشملها العمومات و لم يرد أيّ مخصص لها.
و أمّا التعليق على الصفة أو الشرط اللذين لا دخل لهما في تحقّق عنوان العقد و
مفهومه و لا في صحة العقد فهو أيضاً على أربعة أقسام:

١- أن يكون المعلّق عليه أمراً حالياً و معلوم الحصول كأن يقول البائع للمشتري: إن
كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك داري، مع علمه بأنّ هذا اليوم يوم الجمعة.

و قد مرّ من الشهيد في وقف الدروس^(١) صحة هذا القسم و تبعه ثانيه في وقف المسالك^(٢) و تبعهما جماعة و منهم: سيّد الرياض قال: «و بعدم الخلاف صرّح جماعة و لعلّه كافٍ في الحجية»^(٣) ولكن ناقشه الفاضل الأصبهاني في نكاح كشفه^(٤) لا من جهة التعليق بل من جهة عدم التصريح و أنّه بمنزلة الكناية.

ولكن لا إشكال في صحته لأنّ المضرّ بالعقد هو واقع التعليق لا صورته و التعليق في الفرض صوريّ. و لا نقبل قول صاحب كشف اللثام في عدم التصريح و أنّه بمنزلة الكناية، بل هو العقد المصرح به و ليس فيه الكناية.

٢- أن يكون المعلّق عليه أمراً حالياً و مجهول التحقّق عند العاقد كقول البائع: إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعثك داري، و هو لا يدري أنّ يوم الجمعة موجود أم لا؟!.

٣- أن يكون المعلّق عليه أمراً استقبالياً و معلوم التحقّق في المستقبل، بحيث يقع العقد مشروط بتحقّق ذلك الأمر أعني العاقد ينشئ العقد في ظرف تحقّق الأمر الاستقبالي نحو قول البائع: بعثك داري إذا أهلّ شهر رجب، و يريد من ذلك تحقّق البيع من حين رؤية هلال رجب.

٤- أن يكون المعلّق عليه أمراً استقبالياً و مجهول التحقّق في المستقبل نحو قول البائع: إن جاء زيد الحاج من سفرة حجّه فقد بعثك داري.

و هذه الثلاثة الأخيرة هي مورد الإجماع المدعى من بطلان التعليق في العقود. فلا بدّ من البحث حول الوجوه التي أشتدّ لها على بطلان التعليق في العقود فنقول:

(١) الدروس ٢/٢٦٤.

(٢) المسالك ٥/٣٥٧.

(٣) رياض المسائل ١٠/١٠٣.

(٤) كشف اللثام ٧/٤٨.

الوجوه المستدلُّ بها على بطلان العقود بالتعليق:

الوجه الأوَّل:

الإجماع المذكور في كلمات الفقهاء نحو: العلامة في وكالة التذكرة^(١) ووقف التحرير^(٢) وولده في شرح الإرشاد^(٣) والمحقّق الثاني في وكالة جامع المقاصد^(٤) والشهيد الثاني في تمهيد القواعد^(٥) ووكالة المسالك^(٦) ووقفه^(٧)، والمحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع^(٨) والإصفهاني في كشف اللثام^(٩) والسبزواري في الكفاية^(١٠) و صاحب الحدائق^(١١) والشيخ مفلح الصميري البحراني في غاية المرام^(١٢) وسيد الرياض^(١٣) و صاحب الجواهر^(١٤).

و فيه: أولاً: قد عرفت وجود المخالفين في المسألة وهم أصحاب مجمع الفائدة و

(١) تذكرة الفقهاء ١٣/١٥: ورد فيها: عند علمائنا.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٢٩١/٣: ورد فيها: لا نعلم فيه خلافاً.

(٣) كما نقل عنه صاحب مفتاح الكرامة ٥٢٦/٧ من الطبعة الأولى، (٢٠/٢١) وفيه: لا يصح عند الإمامية.

(٤) جامع المقاصد ١٨٠/٨ وفيه: عند جميع علمائنا.

(٥) تمهيد القواعد ٥٣٣/ وفيه: الاتفاق عليه.

(٦) المسالك ٢٣٩/٥ وفيه: عند علمائنا.

(٧) المسالك ٣٥٧/٥ وفيه: موضوع وفاق.

(٨) مفاتيح الشرائع ٢٠٧/٣ وفيه: عدم الخلاف فيه.

(٩) كشف اللثام ٤٨/٧ وفيه: اتفاقاً.

(١٠) الكفاية ٦٧١/١ وفيها: مذهب الأصحاب - كما نُقل - .

(١١) الحدائق ١٠/٢٢ وفيه: لا خلاف بين الأصحاب.

(١٢) غاية المرام ٣٣٧/٢ ونقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٢٦/٧، (٢٠/٢١) وفيه: لا خلاف فيه.

(١٣) رياض المسائل ١٠٣/١٠ وفيه: بلا خلاف فيه.

(١٤) الجواهر ٣٥٢/٢٧ وفيه: بلا خلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه.

البرهان، و الكفاية و الحدائق و القوانين و المكاسب و كفاية الأصول و معجم رجال الحديث و تحرير الوسيلة كما مرّت أقوالهم فلا نعيدها.

و ثانياً: على فرض تحقّق الاجماع يكون مدركياً أو لأقل من أن يكون محتمل المدركية فلا يفيد في المقام شيئاً.

الوجه الثاني:

عدم قابلية الإنشاء للتعليق كما اشتهر لأنّ الإنشاء هو تحقّق الوجود الإنشائي في نفس الأمر فلا يعقل تعليقه على شيءٍ ما، لأنّ ما وجد يمتنع عدمه فكيف يمكن أن يكون موجوداً على تقديرٍ و معدوماً على تقديرٍ آخر.

و فيه: نعم الأمر كذلك ولكن ليس الكلام في تعليق الإنشاء بل في تعليق المنشأ و لاشبهة في إمكانه بل وقوعه في الأحكام العرفية و الشرعية و العقود و الايقاعات نحو: الوصية و التدبير و النذر و العهد و اليمين، و المثال للأحكام الشرعية نحو: الواجبات المشروطة و المثال للأحكام العرفية كثير.

الوجه الثالث:

الظاهر من آية ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) و ﴿أحل الله البيع﴾^(٢) أنّ الحكم بوجود الوفاء و حلّيّة البيع يترتب على تحقّق موضوعه خارجاً، وإذا كان في البين تعليق يتخلّل بين العقد و وجوب الوفاء به، أو البيع و الحكم بحلّيّته و هو انتظار حصول المعلق عليه. فتكون العقود أو البيوع التعليقيّة خارجةً عن مدلول الآيتين و المفروض عدم وجود خطاب آخر يقتضي وجوب الوفاء أو حلّيّته و صحته فتكون باطلة.

(١) سورة المائدة / ١.

(٢) سورة البقرة / ٢٧٥.

٢٦٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

و كذلك الأمر بالنسبة إلى حديث السلطنة - وهو قوله ﷺ: الناس مسلطون على أموالهم^(١) -.

و فيه: أجاب الشيخ الأعظم^(٢) عن هذا الوجه بوجوه:

الأوّل: أدلة وجوب الوفاء أو حليّة البيع أو حديث السلطنة ناظرة إلى وجوب الوفاء بالعقد أو الإيقاع أو حليّة البيع أو السلطنة على الأموال بأيّ نحو تحقّق في الخارج منجزاً كان أو معلقاً.

وبالجملة: الإمضاء الشرعي للعقود أو البيوع أو إدارة المال تابع لجعل المتعاقدين أو المتبايعين و أو المديرين و المسلطتين فإذا كان مطلقاً فيكون أثره الشرعي منجزاً غير مشروط بشيء. و إذا كان معلقاً فأثره الشرعي يكون معلقاً مشروطاً بوجودان الشرط و المعلق.

و الحاصل: لزوم الوفاء بالعقد يكون نظير الوفاء بالعهد الذي يكون مطلقاً أو مطلقاً. الثاني: ثبت في الشريعة تخلف الأثر عن العقد في موارد مختلفه نحو: الوقف والهبة قبل حصول القبض لأنّ الملكية فيهما مشروط به. و البيع قبل انقضاء خيار المجلس. و بيع الصرف و السلم قبل حصول تحقّق القبض في المجلس. و الوصية. و المعاطاة - على القول بإفادتها الإباحة مع قصد الملكية - فحينئذ لا يفسد العقد من تأخير ترتب الأثر عليه و إلّا لزم القول بفساد الجميع.

و فيه: يمكن أن يرد على هذا الجواب بأنّ صحة هذه المعاملات تكون بالنص الخاص فلامورد للنقض بها و قياس غيرها عليها.

(١) عوالي اللآلي ٢٢٢/١، ح ٩٩ و ٤٥٧/١، ح ١٩٨ و نقل عنه في مجار الأنوار ٢٧٢/٢، ح ٧، (٣٨٥/١).

(٢) راجع المكاسب ١٧٠/٣ و ما بعدها.

الثالث: الدليل أخص من المدعى لأنه إنما يلزم تخلف الأثر عن العقد في ما إذا كان التعليق على أمر خارجي غير دخيل في تحقق العقد نحو: بعثك داري بكذا إن جاء زيد من السفر. وأما إذا كان التعليق على أمر حالي كقبول المشتري فإنه لا يلزم تخلف الأثر عن العقد لأن القبول جزء من العقد لا أمر خارج عنه.

و فيه: قد ظهر ممّا مرّ خروج مثل هذا التعليق الأخير عن محل الكلام فلا يتم ما ذكره.

الرابع: الدليل أخص من المدعى لأنه لا يجري في التعليق على الشرط الذي يشك في تحققه في الحال فإن تحقق الشرط، فيكون العقد مراعى بالعلم بظهور الواقع. وإن انكشف وجود المعلق عليه في الواقع فيحكم بصحة العقد من حين حدوث العقد. وإلا فيحكم بفساده من غير أن يكون العقد موقوفاً على الشرط لكي يلزم منه تخلف الأثر عن العقد.

و بعبارة أخرى: يكون وجوب الوفاء في هذه الموارد مراعى بانكشاف الحال لا موقوفاً على حصول الشرط.

الخامس: الدليل لا يجري في العقود التي يتأخر مقتضاها عنها بحسب طبعها أو الدليل الخاص نحو: الوصية والتدبير والسبق والرماية والجعالة، ومن الواضح، أن الكلام ليس في خصوص البيع وليس على بطلان التعليق في كل عقد دليل مستقل. فالدليل أخص من المدعى من وجه آخر أيضاً.

الوجه الرابع:

أسباب العقود و الايقاعات أمور توقيفية فلا بد أن يقتصر فيها بالقدر المتيقن و هو ليس إلا العقد العاري عن التعليق.

و فيه: اطلاق الأدلة و عمومها تدلّ على صحة كلّ ما صدق عليه عنوان العقد أو

البيع أو التجارة عن تراض أو سلطنة الناس على أموالهم.

الوجه الخامس:

ما ذكره المحقق النائيني رحمته الله من أنَّ العمومات و الاطلاقات الدالة على صحة العقود منصرفة عن العقد المعلق إلى العقد المنجز قال رحمته الله: «إنَّ التعليق ليس ممَّا جرى عليه العرف و العادة في الأمور العهدية و العقود المتعارفة بين عامَّة الناس و إن مسَّت الحاجة إليه إحياناً في العهود الواقعة بين الدول و الملوك فلا يشملها أدلة العقود و العناوين ممَّا يشك في صدقها عليه»^(١).

و أجاب عنه تلميذه المحقق السيد الخوئي بالمنع عن هذا الوجه كبرى و صغرى. أمَّا منع الكبرى: فلأنَّ الانصراف لو صح فإنَّما يتم في المطلقات بدعوى احتياجها إلى مقدمات الحكمة فإذا لم يكن بعض أفراد المطلق متعارفاً في الخارج كان ذلك قادحاً في شمول الاطلاق لهم، ولكن هذه الدعوى لا تجري في العمومات لأنَّ العموم فيها يكون بحسب الوضع فلا نحتاج إلى مقدمات الحكمة حتَّى يجري ذلك البيان.

و أمَّا منع الصغرى: فلا نسلم كون العقود المعلقة غير المتعارفة ضرورة أنَّها واقعة في العرف كثيراً كتعليق البيع على إجازة الأب أو الزوجة أو الصديق ونحوه.^(٢)

الوجه السادس:

ما ذكره الشهيد الثاني بعد دعوى الاتفاق على عدم صحة التعليق في العقود بقوله: «الانتقال مشروط بالرضا و لا رضا إلا مع الجزم و لا جزم مع التعليق»^(٣).

و فيه: يمكن المناقشة في الجميع لأنَّ الانتقال مشروط بالإذن لا الرضا و شاهده بيع

(١) منية الطالب ٢٥٥/١.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٧٠/٣.

(٣) تمهيد القواعد ٥٣٣/.

التنجز في العقود ٢٦٣

المضطر، والإذن، أو الرضا عنده موجودان مع التعليق و شاهد ذلك العقود المعلقة الموجودة في الشريعة نحو: الوصية و التدبير و النذر و العهد و اليمين و الجعالة و السبق و الرماية.

الوجه السابع:

قد مرّ في أوّل الفصل من أنّ الأصل في العقود هو الفساد لأنّها مسبوقّة بالعدم و كذا الأصل في ترتب الآثار عليها هو العدم و مع الشك و التردد في شمول الاطلاقات و العمومات للعقود المعلقة و عدم جواز التمسك بهما يجري أصالة الفساد و أصالة عدم ترتب الآثار فيحكم بطلان العقود المعلقة، و يمكن تأييده بالإجماع المُدعى أو لأقل من فتوى المشهور على بطلانها و لعلّ هذا البيان هو مراد الشيخ بقوله: «لادليل عليه»^(١) أو «لادليل على صحة هذا العقد»^(٢).

و كذا مراد شيخنا الاستاذ رحمته من قوله: «ولكن يمكن دعوى انصراف أدلة المعاملات عن التعليق... فالحكم فيها بالبطلان لقصور دليل الامضاء لا لمانع خارجي»^(٣).

الوجه الثامن:

ما ذكره الفقيه الهمداني في تعليقه على المكاسب: «إنّ تنقيح المقام يتوقف على معرفة الأسباب المملّكة في أنظار أهل العرف من أنّها هل متحقّقة عندهم مع التعليق، أم يتوقّف عندهم تحقّقها على الجزم^(٤) و التنجز^(٥) و بدونها لا يرتّبون عليها حال كونها مجردة عن

(١) المسبوط ٣٩٩/٢.

(٢) الخلاف ٣٥٤/٣.

(٣) إرشاد الطالب ١٢٣/٢.

(٤) الجزم: أن يكون المتبايعان قاطعين بمحصول الأثر حين ايقاع العقد. حاشية المكاسب / ٤٥ للمحقّق الهمداني.

(٥) التنجز: أن لا يكون معلقاً على شيء بأدوات الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها. حاشية المكاسب / ٤٥ له.

هذين الشرطين آثار الملكية بل يعدّون ما صدر من المالك من اللفظ مثل قوله: هذا لك إن جاء زيد من السفر، مجرد الوعد على الإعطاء ولا يحصل به - مع قطع النظر عن إمضاء متأخر عن حصول الشرط - تمليك عندهم، فيكون على هذا التمليك على هذا منافياً للتعليق فيه»^(١).

الوجه التاسع:

ما ذكره الفقيه الإشكوري من أن أدلة العقود و الإيقاعات غير ما استُثني من النذر و الوصية و التدبير و الظهار و نحوها قاصرة عن شمول التعليق، لظهورها في كون السبب ما أنشأه الموجب على وجه أوجد مفادها تحقيقاً و فعلاً فيترتب على إيجاده وجود مفاده. و دعوى: أن الغرض ليس إلا ترتيب ما أوجده المنشئ، غايته أنه يترتب عليه التحقّق و الفعلية عند وجود المعلق عليه.

مسلمة، لو لا ظهور الأدلة في أن السبب في نظر المشهور ليس مطلق إنشاء هذه المعاني، بل إنشائها على وجه الاطلاق كما يظهر من كلمات القوم.^(٢)

الوجه العاشر:

ما جاء في تقرير المحقّق العراقي من: «أن الغرض من إنشاء العقود و الإيقاعات حصول الالتزام من المنشئ بسبب الإنشاء و تحقّق العناوين الطارئة، و التعليق على الأمور الغير المتوقفة عليه التأثير ينافيه، لكونه موجبا لعدم تحقّق ذلك العنوان بخلاف التعليق على الأمور المتوقفة عليه التأثير.

فإن قلت: إن إنشاء الأمر يصح تعليقه على ما يشتهيه الأمر فيتحقّق معه الطلب

(١) حاشية المكاسب ٤٦/ له أيضاً.

(٢) راجع بغية الطالب في شرح المكاسب ١٧٦/١ للفييه السيّد أبوالقاسم الإشكوري المستوفى عام ١٣٢٤ق.

التطابق بين الإيجاب و القبول ٢٦٥

المشروط، فلم لا يصحّ تعليق البيع على ما يشتهيه البائع، فتحقق معه المبادلة المشروطة و يترتب الأثر عند وجود الشرط...؟!!

قلت: فرق بين المقامين لأنّ الانشائية في الأوامر والنواهي إنّما هي باعتبار النسب المدلولة لهيئة أو الأداة بالوضع و أنّها قابلة للتعليق بخلاف العقود و الإيقاعات الانشائية و إنّما هي باعتبار ترتب العناوين الطارئة، و التعليق على غير ما يترتب عليه التأثير ينافيها، فإنّ مَنْ أظهر المبادلة على تقدير مشيئة زيد أنّه لم يكن مبادلاً فعلياً و لم يتحقق منه مبادلة أخرى على تقدير مشيئته. و الأثر إنّما يترتب على المبادلة لا على مجرد مشيئتها و الرضا بها»^(١).

و بما ذكرنا ظهر أنّ الثلاثة الأخيرة هي مورد الإجماع المدعى و دعوى كون المتيقن منه صورة كون الشرط مشكوك الحصول في الاستقبال فقط كما في كلام المؤسس الحائري^(٢) لا شاهد عليه.

و بالجملة: بطلان العقود المعلّقة تبعاً للمشهور تام عندنا و موافق للاحتياط و الله العالم.

التطابق بين الإيجاب و القبول

قبل الخوض في البحث لا بدّ من ملاحظة كلمات القوم:

قال الشيخ في الخلاف: «إذا قال واحد لإثنين: بعثكما هذا العبد بألف، فقال أحدهما:

قبلت نصفه بحسابه، و ردّ الآخر، لم ينعقد العقد، و به قال أبو حنيفة.

و قال الشافعي: ينعقد العقد في حقّه، سواء قبل صاحبه أو ردّه.

(١) حاشية المكاسب / ٢٠٠ و ٢٠١ من تقارير المحقّق العراقي لآية الله الميرزا ابوالفضل النجم آبادي.

(٢) كتاب البيع ١٤٧/١ بقلم شيخنا آية الله الشيخ محمد عليّ الأراكي^(٣).

دليلنا: إنَّ قبوله غير مطابق للايجاب وإنَّ العقد يحتاج إلى دلالة، ولا دليل على ثبوت هذا العقد»^(١).

وقال في المبسوط: «إذا قال واحد لآخر: بعتكما هذا العبد بكذا فقال أحدهما: قبلتُ نصفه بنصف ما قال من الثمن، لم ينعقد العقد لأنَّه غير مطابق لايجابه. وإنَّ قال واحد لرجلين: بعتكما هذين العبدين بألف فقبل أحدهما أحد العبدين بخمسمائة لم يجر إجماعاً وفي الأوَّل خلاف.

والفرق بينهما أنَّه إذا قال: بعتكما هذين العبدين بألف فإنَّما أوجب لكلَّ واحد منهما نصف كلِّ واحد من العبدين فإذا قبل أحد العبدين فقد قبل ما لم يوجبه و بئس لا يقتضيه إيجابه، لأنَّ الثمن ينقسم على قدر قيمة العبدين ولا يقابل نصف الثمن أحدهما. فإنَّ قال: قبلتُ نصف كلِّ واحد منهما بنصف الثمن كان مثل المسئلة الأولى سواء. وإنَّ قال: قد قبلتُ نصف أحد العبدين بحصَّته من الثمن لم يصحَّ إجماعاً لأنَّ حصَّته مجهولة.

وإنَّ قال واحد لرجلين: بعتكما هذين العبدين بألف درهم هذا العبد منك و هذا العبد الآخر منك فقبله أحدهما بخمسمائة لم يصحَّ لأنَّه قبله بئس لم يوجب له لأنَّ الألف مقسومة على قدر القيمتين لا على عددهما وهو إجماع»^(٢).

وقال القاضي ابن البراج في المهذب: «وإذا قال رجل لرجلين: بعتكما هذا العبد، فقال الواحد منهما: قبلتُ نصفه بنصف ما قال من الثمن، لم ينعقد البيع لأنَّه ليس مطابقاً لإيجابه، فإنَّ قال: بعتكما هذين العبدين بألف فقبل أحد العبدين بخمسمائة لم يجر بغير

(١) الخلاف ٣/٤٠، مسألة ٥٨.

(٢) المبسوط ٢/١٢٨.

التطابق بين الإيجاب و القبول ٢٦٧

خلاف، و في الناس مَنْ خالف في المسألة الأولى، و الفرق بينهما أنه إذا قال بعتكما هذين العبدین فإنما اوجب لكل واحد منهما نصف كل واحد من العبدین، و إذا قبل أحد العبدین فقد قبل ما لم يوجبه و بئس لا يقتضيه إيجابه لأن الثمن ينقسم على قدر قيمة العبدین و لا يقابل بنصف الثمن أحدهما.

فإن قال: قبلت نصف كل واحد منهما بنصف الثمن كان مثل المسألة الأولى، فإن قال: قبلت نصف أحد العبدین بحصة من الثمن لم يصح أيضاً لأن حصته مجهولة. و إذا قال واحد لاثنتين: بعتكما هذين العبدین بألف درهم، هذا العبد منك و هذا العبد منك فقبله أحدهما بخمسمائة لم يصح لأنه قبله بالثمن الذي لم يوجب لأن الألف مقسومة على قدر القيمتين لا على عددهما إجماعاً^(١).

و قال العلامة في القواعد: «و لا بد من التطابق بين الإيجاب و القبول، فلو قال: بعتك هذين بألف فقال: قبلت أحدهما بخمسمائة، أو قبلت نصفهما بنصف الثمن، أو قال بعتكما هذا بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن لم يقع»^(٢).

و قال في التذكرة: «لا بد من التطابق في المعنى بين الصيغتين، فلو قال: بعتك هذين بألف، فقال: قبلت أحدهما بخمسمائة، أو: قبلت نصفهما بنصف الثمن. أو قال: بعتكما هذا بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن، لم يقع على أشكال في الأخير، أقربه الصحة و اختيار البائع»^(٣).

أقول: سيأتي منه رضي الله عنه توضيح الإشكال و تقريب الصحة و الخيار في نقل كلامه عن المختلف.

(١) المهذب ٣٩٤/١ و ٣٩٣.

(٢) قواعد الأحكام ١٧/٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠/١٠.

و قال في تلخيص المرام: «ولو قال: بعتهما هذا العبد بألف، فقال أحدهما: قبلت بخمسمائة لم يصحَّ على رأيي، لاختلال التطابق بين الإيجاب والقبول، أما لو قال: بعتهما هذين العبدين بألف، فقال أحدهما: قبلت أحدهما بخمسمائة لم يصحَّ إجماعاً»^(١).
و قال في النهاية: «و يشترط المطابقة بين الإيجاب والقبول فلو قال: بعتك بألف صحيحة، فقال: قبلت بألف قراضة^(٢)، أو بالعكس. أو قال: بعتك جميع كذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمائة. أو قال لإثنين: بعتهما بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بخمسمائة لم يصح.

ولو قال: بعتك هذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمائة و نصفه بخمسمائة، احتمل الصحة لأنَّه تصريح بمقتضي الاطلاق و لا مخالفة، و ترتبه على أنَّ تفصيل الثمن هل هو من موجبات تعدد الصفقة، و البائع هنا اوجب بيعة واحدة و الفاعل قبل بيعين لم يوجبهما البائع، ففيه مخالفة.

ولو قال: بعتك بألف، فقال: اشتريت بألف و خمسمائة، لم يصح أيضاً»^(٣).
و قال في المختلف: «قال الشيخ في المبسوط و الخلاف: إذا قال واحد لإثنين: بعتهما هذا العبد بألف فقال أحدهما: قبلت نصفه بخمسمائة لم ينعقد العقد لعدم التطابق بين القبول و الإيجاب و تبعه على ذلك ابن البراج، و الأقوى عندي الصحة و ثبوت الخيار للبائع، أما الصحة فلأنَّ البائع لم يقصد بقوله: «بعتهما» تمليك كلِّ واحد منهما جميع المبيع و لا تمليك أحدهما ذلك، و لا تمليك كلِّ واحد منهما نصف الثمن، وإتاما قصد تمليك كلِّ واحد منهما نصف المبيع بنصف الثمن، و قد أتى باللفظ الدال عليه وضعاً فيجب الحكم بالصحة، كما لو قال:

(١) تلخيص المرام / ٩٥.

(٢) قراضة: ما سقط بالقرض (أي القطع) كقراضة الذهب و الثوب، قراضة المال: ردُّه.

(٣) نهاية الأحكام ٤٥٠/٢.

بعتكما هذا العبد بألف نصفه منك بخمسمائة و نصفه من هذا بخمسمائة فإنه يجوز عندهما ولا فرق بينهما، وأما ثبوت الخيار فلأنّ البائع قصد تمليك كلّ واحد بشرط تمليك الآخر، فإذا فقد الشرط وجب أن يثبت له الخيار»^(١).

و قال الشهيد: «و يشترط فيهما التطابق، فلو قال: بعتك العبدين بألف، فقال: قبلت أحدهما بنصفه لم يصحّ، وإن تساوى القيمة، وأولى بالبطلان ما لو قال: بعتكما العبدين بألف فقبل أحدهما بخمسمائة، لأنّ الإيجاب لم يقع للقبيل، إلا على نصف العبد قضية للإشاعة»^(٢).
و علّق المحقّق الثاني على قول العلامة «و لا بدّ من التطابق بين الإيجاب و القبول»، بقوله: «أي: على الوجه المخصوص، الذي يدل عليه باقي كلامه، لا مطلق التطابق للاتفاق على أنّه لو قال: بعتك، فقال: اشتريت، صح»^(٣).

و علّق على قوله: «قبلت أحدهما بخمسمائة» و «أي: لا يصحّ هنا على أصح الوجهين، و يحتمل الصحة، لأنّه في قوة عقدين، و من ثمّ افترقا في الشفعة لو اختصت بأحدهما، و ليس بشيء، لأنّ ذلك حقّ ثابت في البيع بالأصالة، و رضاها محمول عليه، بخلاف ما هنا، لأنّ رضا البائع إنّما وقع على المجموع بالمجموع»^(٤).

و قال الشيخ جعفر في شرح القواعد مع متنه: «(و لا بدّ من التطابق بين الإيجاب و القبول) في المتعاقدين و في قدر العوضين (فلو) اختلفا في أحدهما أو كليهما بأن قال: بعتك هذين بألف، فقال: قبلت أحدهما) أو بعضه منفردين أو مع بعض الآخر (بخمسمائة) أو قبلتُهما بنصف الثمن أو قبلت أحدهما (أو قبلت نصفهما) أو نصف أحدهما (بنصف الثمن) أو

(١) مختلف الشيعة ١٨٦/٥.

(٢) الدروس ١٩١/٣.

(٣) جامع المقاصد ٦٠/٤.

(٤) جامع المقاصد ٦٠/٤.

بكلِّه (أو قال: بعثكما هذا بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه) أو كلِّه (بنصف الثمن) أو بكلِّه، أو قال: بعثك أحدهما، فقال: قبلتَهُما كليهما (لم يقع) وإن جمع الشرائط الآخر. وكذا لو لم يحصل التطابق في جنس العوضين أو قدرهما أو مكانهما أو زمانهما إلى غير ذلك.^(١)

وأمَّا لو حصل التطابق الحقيقي دون الصوري، كأن قال في الأوَّل: قبلت كل واحد منهما بخمسمائة، أو قال: قبلت أحدهما بخمسمائة و الآخر بخمسمائة، وفي الآخر: قبلنا كل واحد من نصفه، أو قبلناه بنصفي الثمن، أو: قبلنا نصفه بنصف الثمن و نصفه الآخر بنصفه الآخر، فالأقرب الصحة^(٢).

و نختم نقل الأقوال بكلام صاحب الجواهر - وهو كالحصيلة للبحث - قال: «و من ذلك يعلم الحال في التطابق بين الإيجاب و القبول الذي قد صرح به غير واحد من الأصحاب، لكن على معنى المطابقة بينهما بالنسبة إلى المبيع و الثمن، لا مطلق التطابق للإتقان على صحة الإيجاب بيعت و القبول باشتريت، بل الظاهر صحة قبلت النكاح مثلاً لإيجاب زوّجتك كما عن جماعة التصريح به، بل المراد المطابقة التي مع انتفائها ينتفي صدق القبول لذلك الإيجاب و بالعكس، و الظاهر أنّ من ذلك ما لو قال: بعثك هذين بألف فقال: قبلت أحدهما بخمسمائة، ضرورة تعلق الرضا بالمجموع، وأولى من ذلك ما لو قال: بعثكما العبدین بألف فقبل أحدهما بخمسمائة، بل عن المبسوط أنّه لم يجز إجماعاً، بل عنه أيضاً أنّه لو قال: قبلت نصف أحد العبدین بحصة من الثمن لم يصح إجماعاً، لأنّ حصته مجهولة. بل الظاهر عدم الصحة لو قال: قبلت نصفهما بنصف الثمن، كما عن المبسوط التصريح به أيضاً لما عرفت، و عنه أيضاً أنّه لو قال: بعثكما هذين العبدین بألف هذا العبد منك و هذا العبد من الآخر فقبل

(١) وردت هذه العبارة في بعض نسخ شرح القواعد هكذا: «و كذا يشترط التطابق في جنس العوضين أو مكانها أو زمانها أو المركب منها إلى غير ذلك».

(٢) شرح القواعد ٢٠/٢.

التطابق بين الإيجاب و القبول ٢٧١

أحدها بخمسمائة لم يصح لأنه قبله بثمن لم يوجب له، بأن الألف مقسومة على قدر القيمتين لا عددهما و هو إجماع، قلت: وجهه واضح كما ذكره.

نعم لو قال: بعثكما هذين العبدين هذا العبد منك بخمسمائة و هذا الآخر منك [بخمسمائة] صح لمعلومية ثمن كل منهما مع ظهور عدم ارادة اشتراط تمليك كل منهما بتملك الآخر، أمّا لو قال: بعثكما هذا بألف فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن، فالظاهر عدم الصحة كما في القواعد و محكي المبسوط و الخلاف و القاضي و نهاية الأحكام و التلخيص لظهور إرادة الاجتماع، خلافاً للفاضل في محكي المختلف و التذكرة فالصحة مع الخيار. ولو قال: بعثك هذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمائة و نصفه بخمسمائة فالأقوى الصحة، لأنه تصريح بمقتضى الاطلاق من غير مخالفة، مع احتمال البطلان، ولو قال: بعثك بألف فقال: اشتريت بألف و خمسمائة فالأقوى الفساد لعدم المطابقة، و ربما احتتمل الصحة إلى غير ذلك من الفروع التي مدارها ما عرفت^(١).

أقسام التطابق بين الإيجاب و القبول

و هو يتصور على أنحاء و الوجه في اعتبار كلّها ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري لصدق المعاقدة و أمّا أقسامها:

- ١- التطابق بالاضافة إلى عنوان المعاملة: بأن يقول البائع: بعثك داري، و يقول المشتري: قبلت هبتك أو الصلح.
- ٢- التطابق بالاضافة إلى المبيع كأن يقول البائع: بعثك الكتاب، و يقول المشتري: قبلت بيع الدار.
- ٣- التطابق بالاضافة إلى الثمن كأن يقول البائع: بعثك سيارتي بألف دولار أمريكي،

(١) الجواهر ٢٥٦/٢٢ و ٢٥٥.

و يقول المشتري: قبلت البيع بألف تومان إيراني.

٤- التطابق بالإضافة إلى البائع و المشتري - أي طرفي العقد - فلو قال زيد لعمر:

بعتك هذا الدار بكذا، قال عمرو: قبلت البيع لخالد.

و الوجه في ذلك مضافاً إلى عدم ورود الإيجاب و القبول على موردٍ واحدٍ، من الممكن عدم رضا البائع ببيع داره لخالد أو عدم رضا الخالد ببيع دار زيد. و تظهر الثمرة في ما إذا كان أحد المبيعين - أو كليهما - في الذمة، لاختلاف ذم الأفراد في الاعتبار فربّ شخصٍ لا يعتمد عليه إلا في الأمور الحقيرة و ربّ شخصٍ يعتمد عليه حتّى في الأمور الخطيرة فلا بدّ من التطابق بين الإيجاب و القبول من هذه الجهة.

نعم: إذا قبل عمّروُ البيع لخالد و رضي زيد بالبيع لخالد، فالبيع يكون صحيحاً.

٥- التطابق بالإضافة إلى الشروط المذكورة في العقد. و الوجه في ذلك لأنّ مرجع

اعتبار الشرط في العقد إمّا إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشيءٍ كشرط عقد النكاح، أو إلى تعليق لزمه على شيءٍ كاشتراط صفة في المبيع، أو تعليقهما معاً عليه كاشتراط عمل في البيع و نحوه.

و مرجع الجميع في العرف إذا لم يقبل أحدهما الشروط في العقد إلى بطلانه و عدم انعقاده. و الحاصل أنّ البطلان في موارد تعليق العقد واضح، و أمّا في مورد تعليق لزمه أيضاً فيمكن أن يقال مضافاً إلى ما ذكرنا من «أنّ تعليق اللزوم يرجع إلى جعل الخيار، و جعل الخيار إنّما يرجع إلى تحديد المُنشأ»^(١) و عدم التطابق بين مُنشأتهما يوجب بطلان العقد.

٦- التطابق بالإضافة إلى أجزاء المبيع و الثمن كأن يقول البائع: بعتك هذا الأرض

(١) كما في مصباح الفقاهة ٧٣/٣.

هل يجوز إنشاء أحد المتعاقدين في حال كون الآخر فاقداً لشرائطه؟ ٢٧٣

بمليون، وقال المشتري: قبلت نصف الأرض بنصف مليون. والوجه في ذلك: «عدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر»^(١) كما عن المحقق النائيني، أو «عدم المطابقة من جهة الشرط»^(٢) كما عن المحقق السيد الخوئي لأن بيع كل نصف من المبيع في قبال نصف الثمن مشروط بنصفه الآخر.

نعم: في كل موردٍ ينحلّ العقد عرفاً إلى عقدين أو عقود، فقبل بعضها يقع التطابق و يكون صحيحاً.

هذا تمام الكلام في التطابق.

هل يجوز إنشاء أحد المتعاقدين في حال كون الآخر فاقداً لشرائطه؟

ذهب الشيخ الأعظم رحمته الله - وهو أول من تنبّه لهذا الشرط - إلى عدم الجواز وأنّ المعترف في العقد أن يقع كلٌّ من الإيجاب والقبول في حالٍ يجوز لكلٍّ من الموجب والقابل الانشاء.

قال: «فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب لم ينعقد.

ثم إنّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب - كالموت والجنون و الإغماء بل النوم - فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنى المعاقدة و المعاهدة حينئذ....

وإن كان لعدم الاعتبار برضاها فلخروجه أيضاً عن مفهوم التعاقد و التعاقد لأنّ المعترف فيه عرفاً رضا كلٍّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه كمن يعرض له الحجر بفلسٍ أو سفّهٍ أو رقيٍّ - لو فرض - أو مرض موت.

(١) منية الطالب ٢٥٧/١.

(٢) مصباح الفقاهة ٧٤/٣.

و الأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق وكذالو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راضٍ، أو كان ممن لا يعتبر رضاه - كالصغير - فصحة كل من الإيجاب والقبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب وبه يتم معنى المعاودة، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس أحدهما أو قام ولم يكن قيامه معتبراً لم يتحقق معنى المعاودة»^(١).

ثم خرَّج^(٢) الوصية من العقود وجعلها في الإيقاعات لصحة القبول من الموصى له بعد موت الموصي، أو صحة القبول بعد الرد في حال حياة الموصي وقبوله بعد موته، و الشاهد عليه لو مات الموصى له قبل القبول قام وارثه مقامه.

وكذا صرح^(٣) بأن صحة بيع المكره يكون على خلاف القاعدة لأجل الإجماع. و وافقه المحقق النائيني حيث يقول: «لا يخفى أن هذا الشرط أيضاً كالشرط السابق من القضايا التي قياساتها معها بل منشاء اعتباره هو المنشأ لاعتبار الشرط السابق لأن العقد لا ينعقد إلا بفعل الإثنين، فلو فقد حين أنشأ أحدهما شرائط العقد فوجودها سابقاً أو لاحقاً لا أثر له و مجرد تحقق الشرط حين أنشأ الآخر لا يفيد بعد يكون إنشائه جزءاً للعقد لا إيقاعاً مستقلاً، فلو كان المشتري حين إنشاء البائع نائماً لا يصح العقد وكذلك العكس. و التفصيل بينهما كما في حاشية السيد لا وجه له. ما يدعيه من الصحة بلا إشكال في العقود الجائزة فائماً في العقود الإذنية لا العهدية.

ثم لا فرق بين الموت والجنون ونحوها وبين الفلس والرقية ونحو ذلك لأن المدار في التطابق بين المشتري والبائع حال العقد على اجتماع جميع شرائط الصحة و اللزوم.

(١) المكاسب ١٧٧/٣ و ١٧٦.

(٢) المكاسب ١٧٦/٣.

(٣) المكاسب ١٧٧/٣.

هل يجوز إنشاء أحد المتعاقدين في حال كون الآخر فاقداً لشرائطه؟ ٢٧٥

و بعبارة أخرى: المدار على ما به يصير العقد عقداً، نعم رضا المشتري حين ايجاب البائع وكذا العكس غير معتبر في صحت العقد و المعاهدة، لأنّ ما يعتبر في صدق العقد هو قصدهما لايجاد المادّة، لا رضاهما به، فلا يكون صحة بيع المكره إذا لحقه الرضا على خلاف القاعدة»^(١).

و وافق المحقّق الأصفهاني الشيخ الأعظم في الجملة و قال: «أمّا عدم الأهلية لما يوجب امتناع تحقّق المعاهدة و المعاهدة كموت الموجب أو نومه أو إغمائه أو جنونه حال قبول القابل مثلاً، فإنّ مناط عهد كلّ منهما و التزامه وإن كان حياة المتعهد و عقله و يقظته و هي مفروضة الحصول هنا، إلا أنّ مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونهما معاً كذلك في حال الإيجاب و في حال القبول، إذ معية المتعاقدين ليست معية جسم مع جسم و لا معية حيوان مع حيوان بل معية شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير و يلتزم له الغير، و إلا فلا ينقدح القصد الجدي في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار و علمه بالتفاته فيما بعد لا يصحح المعاهدة معه فعلاً....

و أمّا عدم الأهلية لعدم الرضا المعتبر ولو لعدم اعتبار رضاه، فمن الواضح أنّه لا دخل له بالتعاهد و التعاقد فإنّهما متقومان بالشعور و الالتفات المحقّقين للقصد الجدي إلى المعاهدة مع الغير....

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ استمرار الأهلية بين الايجاب و القبول غير لازم، فإنّ مقوم المعاهدة مع الغير التفاتهما و شعورهما حال كون كلّ منهما معاقداً مع الآخر، و قد عرفت أنّ النوم و الإغماء فضلاً عن غيرهما لا يوجب زوال الالتزام، حتّى يعتبر استمرار الأهلية

(١) منية الطالب ٢٥٧/١.

لبقاء الالتزام»^(١).

وتبع المحقِّق الأردكانيُّ المحقِّق الأصفهانيَّ ونقل كلامه إلَّا أنَّه قال: «إنَّ المناسب ذكر هذا الشرط في جملة شروط المتعاقدين...»^(٢).

وقبل السيِّد ابوالقاسم الإشكوري ما ذكره الشيخ في شرحه على المكاسب وقال: «أنَّ التأمُّل قاضٍ بصحة ما ذكره المصنّف»^(٣).

ولكن ناقش الفقيه اليزدي ما ذكره الشيخ وقال: «لادلُّيل على هذه الكلية و عدم صدق المعاقدة و المعاهدة إتما يتم في بعض الفروض كما لو كان المشتري في حال ايجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهة الإغماء أو النوم أو الجنون، وأما بقية الصور فنمنع عدم الصدق خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الايجاب مع علمه بذلك، أنَّ المشتري يقبل لا محالة، وكذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقة أو السفه. نعم في جملة من الفروض يحتاج إلى إمضاء الغير كالوارث المالك للعين، أو الولي أو نحوهما، وهذا غير البطلان و يشهد لما ذكرنا من صدق المعاهدة عدم الفرق في ذلك بين كون العقد لازماً أو جائزاً، مع أنَّه لا بأس بالنوم بين الايجاب والقبول في العقود الجائزة بلا إشكال، وكذا يشهد له باب الوصية والجواب الذي يذكره المصنّف كما ترى فتدبّر»^(٤).

و اعترض المحقِّق الإيرواني على الشيخ في قوله: «فوجه الاعتبار عدم تحقُّق معنى المعاقدة» بقوله: «فيه منع، فإنَّه لا يعتبر في تحقُّق المعاقدة إلا وجود الشرائط المعتبرة في كلِّ من المتعاقدين حال إنشاء نفسه، نعم لو ارتفع رضا الموجب بالمعاملة حال لحوق القبول

(١) حاشية المكاسب ١/٢٩٣-٢٩١.

(٢) غُنية الطالب ١١٤/٢.

(٣) بُغية الطالب في شرح المكاسب ١/١٨٤.

(٤) حاشية المكاسب ١/٤٤٦.

هل يجوز إنشاء أحد المتعاقدين في حال كون الآخر فاقداً لشرائطه؟ ٢٧٧

من الآخر لم يبعد عدم صدق المعاقدة بخلاف مالومات أو جُنّ أو أغمى عليه، فإنّ كلّ ذلك غير مانع من تحقّق مفهوم المعاقدة عند قبول الطرف الآخر»^(١).

واعترض المحقّق السيّد الخوئي على الشيخ وذهب إلى عكس ما ذهب إليه الفقيه اليزدي، وقال: «ولكن التحقيق يقتضي الالتزام بالصحة إذا فقد المشتري شرائط صحة الانشاء حال انشاء البائع، وبالفساد في عكسه. والوجه في ذلك: أنّ المناط في تحقّق العقد إنّما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري و عليه فإذا أنشأ البائع حال كون المشتري نائماً أو غافلاً أو مغمى عليه ثم التفت المشتري إلى هذا الانشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع صدق عليه عنوان العقد جزماً و يحكم بصحته للعمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود. بل تدل على ذلك السيرة الواقعة بين التجار لأنّ المتعارف فيما بينهم - غالباً - أن يكتب بعضهم إلى بعض بيع متاعه الخاص بقيمة معينة و يقبله المكتوب إليه مع أنّه ربّما يكون - عند كتابة البائع - نائماً أو غافلاً أو مجنوناً، و لا شبهة في صحة هذه المعاملة.

و أمّا إذا لم يبق البائع على الشرائط حين قبول المشتري حكم بفساد العقد إذ يرتفع التزام البائع بانتفاء شرائط الانشاء عنه و لا يتصل التزامه بالتزام المشتري إلّا في مثل النوم و الغفلة فإنّهما لا ينافيان بقاء التزام البائع للسيرة المزبورة»^(٢).

القول المختار

اشتراط صحة العقد بأن المتعاقدين من أوّل الايجاب إلى آخر القبول لا بدّ أن يكونا مُسْتَجْمِعَيْن لجميع شرائط الانشاء - إضافة إلى أن كلّ من الموجب و القابل لا بدّ أن يكون في إجراء إيجابه و قبوله مستجمعاً لشرائط الانشاء - ممّا لا دليل عليه، لأنّ صحة المعاقدة و

(١) حاشيته على المكاسب ١٠٧/٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٧٥/٣.

المعاهدة يتم فيما إذا كان كلٌّ منهما قابلاً لشرائط الانشاء في حال إجراء صيغته الخاصة به. لأنَّ المناط في تحقُّق المعاقدة هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري، وكذا يشملهُ العمومات والاطلاقات الواردة في صحة البيع ووجوب الوفاء بالعقد وتجارة عن تراضٍ و الناس مسلطون على أموالهم. مضافاً إلى جريان السيرة القطعية المتداولة بين الناس في العقود.

و لعل ما ذكرنا هو وجه عدم تعرض الاصحاب عليهم السلام إلى هذا الاشتراط إلى القرن الثالث عشر حيث عنونه الشيخ الأعظم - أعلى الله مقامه - وقبل منه السيّد الإشكوري بالجملة، والمحققون النائيني والإصفهاني والأردكاني في الجملة.

وناقشه السيّدان الفقيه اليزدي والمحقق الخوئي كلٌّ منهما على عكس الآخر. والمختار عندنا عدم اعتبار ما ذكره الشيخ بالكلية ووافقنا جماعة من الأصحاب نحو المحققين الشهيدي في هداية الطالب^(١) والإيرواني في حاشيته على المكاسب^(٢) والمروج في هدى المطالب^(٣) و شيخنا الأستاذ في إرشاد الطالب^(٤).

نعم: إذا مات الموجب قبل تحقُّق القبول أو جُنَّ لا يبعد انفساخ الإيجاب، ويمكن أن يقال ببقائه والإستيذان من ورثته أو وليّه كما عليه الفقيه اليزدي^(٥). والله العالم.

(١) هداية الطالب ٢/٢٣٠.

(٢) حاشية المكاسب ٢/١٠٧.

(٣) هدى الطالب ٢/٦١٥ من طبعة عام ١٤٢٨ق.

(٤) إرشاد الطالب ٢/١٣١ و ١٣٢.

(٥) حاشيته على المكاسب ١/٤٤٦.

فرع: اختلاف المتعاقدين اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة ٢٧٩

فرع: اختلاف المتعاقدين اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة

إذا اختلف المتعاقدان - اجتهاداً أو تقليداً - في شروط الصيغة فهل يجوز لكل واحدٍ منهما العمل باجتهاده أو تقليده مع أنّ الآخر يراه باطلاً؟ أم لا يجوز ولا بدّ من إلقاء العقد بحيث يكون صحيحاً عند كلٍّ منهما؟ أم فيه تفصيل بين أن يكون العقد المركب منهما هل يقول بصحته أحد من الفقهاء أو لا؟ في صورة وجود القائل بالصحة يكون العقد صحيحاً و في صورة عدمه فلا.

مقالة الشيخ الأعظم في المقام

ذهب الشيخ الأعظم^(١) إلى أنّ أردء الوجوه هو التفصيل ولم يذكر وجه الأردئية. و الوجه فيها: أنّ عدم وجدان القائل بالصحة لا يوجب الجزم بالبطان و لا يقتضي الفساد بل يمكن ما لا قائل بصحته يكون موافقاً للواقع. و لذا قال الفقيه اليزدي في وجه الأردئية: «و ذلك لأنّ مجرد عدم القائل لا يكفي بل لا بدّ من كونه مخالفاً للإجماع و ليس كذلك لأنّ عدم القائل به إنّما من باب الاتفاق لا من جهة بنائهم على عدم صحته فتدبر»^(٢). و تبعه الشارح الشهيدي فقال: «و مجرد عدم وجود القائل بها لا يستلزم الإجماع على عدم»^(٣).

و قال الإيرواني: «و السر في ذلك أنّ مثل هذا الاجماع الذي لم يتورد فيه أقوال المجمعين على عنوان واحد بل كلّ أفتى بعنوان غير العنوان الذي أفتى به صاحبه و بتصادق العناوين صار المصداق فيه مورداً للاتفاق ممّا لا يعتدّ به عندهم لتخطئة كلّ من المفتين

(١) المكاسب ١٧٨/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٤٤٧/١.

(٣) هداية الطالب ٢٣٢/٢.

صاحبه في الفتوى»^(١).

و ذهب الشيخ الأعظم^(٢) إلى أنّ الأوّلين مبنيان على أن الأحكام الظاهرية هل هي بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية أم هي أحكام عذرية يكون العامل بها معذوراً - بعد اجتهاده أو تقليده فيها - في عمله قبل كشف الخلاف؟!

فعلى الأوّل فالمؤثر عند أحدهما مؤثرٌ عند الآخر أيضاً ولو كان أحدهما مخالفاً للثاني، فيحكم بالصحة مطلقاً.

و على الثاني فلا يترتب عليه أثر لأنّ المُنشئ و إن رأى ترتب الأثر على إنشائه إلا أنّ الآخر يراه مخطئاً لاغياً فلا يمكن له أن يترتب عليه الأثر.

هذا إذا كان بطلان العقد مستنداً إلى فعل الآخر عند كلّ من المتعاقدين بحيث لا يسري من جزءٍ إلى الجزء الآخر و أمّا إذا يسري من جزءٍ إلى الآخر فالقول فيه هو البطلان و الفساد مطلقاً و الأخير نحو اعتبار الموالاة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفة صحة الانشاء من أوّل العقد إلى آخره، لأنّ الموجب إذا أنشأ معلقاً أو من دون بقاء الآخر على صحة الإنشاء، أو القابل أنشأ من دون الموالاة، في هذه الموارد لم يجز لكلّ منهما الإنشاء في قبال إنشاء الآخر، هذا كلّهُ فحوى مقالة الشيخ الأعظم^(٣) في المقام.

مناقشة مقالة الشيخ الأعظم^{رحمته}

يمكن أن يلاحظ على مقالته:

أولاً: أنّ الأحكام الظاهرية الاجتهادية ليست بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية و إلّا لزم التصويب المجمع على بطلانه.

(١) حاشية المكاسب ١/١٠٩.

(٢) المكاسب ٣/١٧٨ و ١٧٩.

(٣) المكاسب ٣/١٧٨ و ١٧٩.

فرع: اختلاف المتعاقدين اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة ٢٨١

وقد ذكر في علم الأصول وجوه الجمع بين الأحكام الواقعية والظاهرية قد عدناها إلى ثمانية جمع في محاضراتنا الأصولية منها: جمعان للشيخ الأ عظم و جمع للمحقق الخراساني و جمع للسيّد محمّد الفشاركي - و جمعه متين عندنا^(١) - و جمع للمحقق النائيني^(٢) و آخر للمحقق العراقي^(٣) و سابع للمحقق السيّد الخوئي^(٤) - و هو أيضاً تام - و ثامن للسيّد محمّد الداماد^(٥) - و هو أيضاً تام - .

و منها: أنّ التنافي في الأحكام الشرعية في الموردین: المبدأ و المنتهى، و أمّا عدم التنافي في الأحكام الظاهرية و الواقعية في المبدأ فلأنّ الحكم الواقعي نشأ من المصالح و المفاسد الواقعية و لكن المصلحة في الحكم الظاهري إنّما تكون في نفس جعل الحكم لا في متعلّقه فلا يلزم من مخالفتها اجتماع المصلحة و المفسدة، و أمّا عدم التنافي بينهما في المنتهى فلأنّ الحكم الظاهري موضوعه الشك في الحكم الواقعي و عدم تنجزه لعدم وصوله فمادام لم يصل الحكم الواقعي لا يحكم العقل بوجوب امتثاله فلا مانع من امتثال الحكم الظاهري، و إذا وصل الحكم الواقعي فلا يبقى مجال لامتنال الحكم الظاهري لكون الحكم الظاهري دائماً في طول الحكم الواقعي، لأنّه مجعولٌ في ظرف عدم وصول الحكم الواقعي، و هذا هو أحد وجوه الجمع الصحيح بينهما في المقام.

ثانياً: أنّ الاختلاف في طريقة الأمارات أو موضوعيتها يتم بالنسبة إلى من قامت

(١) راجع كتب تلاميذه نحو المؤسس الحائري في درر الفوائد ٣٥١/٢ و جدنا العلامة أبي المجد

الشيخ محمّد الرضا النجفي الأصفهاني^{رحمته} في وقاية الأذهان ٤٨٧/.

(٢) راجع أجود التقريرات ١٢٨/٣ و ما بعدها.

(٣) راجع تعليقه على فوائد الاصول ١٠٢/٣.

(٤) مصباح الاصول ١٠٨/٢.

(٥) المحاضرات ٩٠/٢ تقريرات السيّد محمّد الداماد^{رحمته} بقلم آية الله السيّد جلال الدين الطاهري

الأصفهاني - مدظله - .

عنده الأمانة فإنَّه على القول بالطريقة لا يجزيء العمل بعد كشف الخلاف و على القول بالموضوعية يجزيء، وأمَّا بالنسبة إلى غير مَنْ قامت عنده الأمانة فالأمانة كتنفء بمفادها يحتاج إلى دليل ليُدلَّ على أنَّ الحكم الظاهري في حقِّ كلِّ أحدٍ حكم واقعي في حقِّ غيره، ولا يتم هذه الكبرى إلا في موارد نحو: جواز إيتام المتطهر بالوضوء بالمتطهر بالتميم، وحرمة تزويج المعقودة بالفارسي لمن يرى فساد العقد الفارسي لما ورد أنَّ لكلِّ قوم نكاحاً، وإذا أسلم الزوجان أو زوج الكتابية حكم ببقاء النكاح السابق.

و الحاصل: مجرد كون مفاد الأمانة حكماً حقيقياً في حقِّ الموجب أو القابل لا يفيد شيئاً في المقام بل لا بدَّ أن يكون ذلك حكماً حقيقياً في حقِّ غيره لأنَّه أحد طرفي العقد. ثالثاً: قد مرَّ منَّا عدم اعتبار العربية و الماضوية و الترتيب و الموالاة و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الانشاء إلى آخر العقد في صيغ العقود، نعم الصراحة و التنجيز معتبران فلا يتم تفصيل الشيخ الأعظم عندنا.

رابعاً: على قوله ﷺ أيضاً لا بدَّ من الحاق الترتيب بالموالاة و التنجيز لأنَّ التقدُّم و التأخُّر من الأمور المتضائفة بعدم مراعاته من طرف يخلُّ بطرف آخر أيضاً و لذا قال الفقيه البيزدي: «الظاهر أنَّ الترتيب كالموالاة»^(١). هذا كلُّه ما يرد على الشيخ الأعظم في المقام.

مقالة المحقِّق الأصفهاني وردّها

قال تحت عنوان تحقيق المقام ما ملخصه: «إنَّ الملكية إذا كانت من الأمور الواقعية و كانت الأمانة حجة من باب الطريقة فهي لا توجب إلا العذر عند الخطأ، فالتصرف بالعقد الفارسي تصرف في مال الغير و هو حرام غاية الأمر أنَّه معذور في هذا التصرف الحرام. و إن كانت حجة من باب الموضوعية فالتصرف و إن كان في مال الغير حقيقة لكنَّه جائز

(١) حاشية المكاسب ٤٤٩/١.

فرع: اختلاف المتعاقدين اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة ٢٨٣

حقيقة لكون التصرف بعنوان أنه تصرف في مال الغير بسبب العقد عليه ذو مصلحة غالبية على مفسدة التصرف في مال الغير فلا يكون حراماً واقعاً....

وأما إذا كانت الملكية من الاعتبارات [كما هو الصحيح] فأسبابها أيضاً جعلية فربما يكون ذات العقد العربي - بما هو - ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية من الشارع، وربما يكون العقد الفارسي - لا بما هو بل بما هو عقد قامت الحجة على سببته شرعاً - ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية شرعاً، فما انتقل إلى المعتقد بالعقد الفارسي ملك شرعاً حقيقة حيث لا واقع للاعتبار إلا نفسه فيترتب جميع آثار الملك عليه...، وإن كانت لا سببية للعقد الفارسي بالاضافة إلى غير المعتقد و عليه فليس له كشف الخلاف، بل لا يجوز التسبب به بعد تبديل الرأي، وإلا فالاعتبار لا ينقلب عمّا هو عليه.

هذا بخلاف ما عدا الأمور الوضعية كالواجبات التكليفية على الموضوعية فإن مجرد كون صلاة الجمعة التي أخبر بوجوبها العادل بلحاظ العنوان الطارئ ذا مصلحة كما يقتضيه ظهور الأمر بها في البعث الحقيقي المنبعث عن مصلحة في متعلقه و عرضاً، لا يقتضي أن تكون المصلحة فيه مصلحة بدلية عن مصلحة الواقع، فبعد كشف الخلاف يتبين بقاء مصلحة الواقع على حاله فيجب تحصيلها، وليس في باب المعاملات مصلحة لازمة التحصيل كي يجري فيها هذا البيان»^(١).

واعترض عليه تلميذه السيد المحقق الخوئي: «هذا الذي أفاده... وإن كان متيناً بناءً على السببية إلا أننا ذكرنا في مبحث الجمع بين الأحكام الظاهرية والواقعية من علم الأصول أن الالتزام بالموضوعية والسببية حتى السببية السلوكية - التي اخترعها الشيخ الأعظم في رسائله - مستلزم للتصويب، فإذن فلا يمكن الالتزام بذلك، فلامناص وقتئذ عن القول

(١) حاشية المكاسب ٢٩٥/١.

بالطريقة المحض في جعل الأمارات و لازم ذلك هو عدم جواز اكتفاء أحد المتعاقدين بما يراه الآخر صحيحاً فيحكم بالصحة من جانب و بالفساد من جانب آخر»^(١).

أقول: حمل كلام المحقق الأصفهاني عليه السلام في ذيل الملكية الاعتبارية على الموضوعية و السببية في حجية الأمارات ممكن، ولكن يمكن حمله على الطريقة أيضاً - لو لم نقل أنه يحمل عليها فقط - و المراد بقوله: «سببته شرعاً»^(٢) يمكن أن يحمل على سببية العقد الفارسي على الملكية الاعتبارية لو لا قوله: «ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية شرعاً»^(٣)، و على أي حال يمكن الأخذ بقوله حتى بناءً على القول بالطريقة في حجية الأمارات كما هو المختار.

مقالة الفقيه اليزدي عليه السلام في المقام و مناقشتها

قال: «ثم لا يخفى أن ترتيب الأثر على ظن المجتهد الآخر إنما يكون فيما لو فعله موضوعاً للحكم بالنسبة إليه كما في مثال النكاح و غيره و أمّا إذا كان فعله قائماً مقام فعله فلا، كما إذا استأجر الولي الذي يجب عليه القضاء عن الميت من يعتقد بطلان صلاته و إن كانت صحيحة عند نفسه، فإن فعل الأجير فعل المستأجر فلا يجوز الاكتفاء به.

و ما نحن فيه بمنزلة ذلك، فإن العقد متقوم بطرفين، و يجب على كل من المتبايعين إيجاد عقد البيع، و هو عبارة عن الإيجاب و القبول، فلا يجوز لواحد منهما الأكل إلا بعد ذلك، فمع اعتقاد أحدهما بطلانه - ولو بطلان أحد جزئيه - لا يجوز له ترتيب الأثر، و إنما يتم ما ذكره المصنف لو كان المؤثر في حقّ البائع في جواز الأكل الإيجاب الصحيح، و بالنسبة إلى المشتري القبول الصحيح و ليس كذلك، إذ المؤثر المجموع و هو فعل كل واحد منهما... و بالجملة: البيع فعل واحد تشريكي، و لا بدّ من كونه صحيحاً في مذهب كل منهما ليتمكن

(١) مصباح الفقاهة ٨٣/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٢٩٦/١.

(٣) حاشية المكاسب ٢٩٦/١.

فرع: اختلاف المتعاقدين اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة ٢٨٥

ترتيب الأثر عليه، وهذا بخلاف مسألة النكاح فإنّ الفعل للأوّل والثاني مرتب عليه
أثره»^(١).

وكذا أفتى في عروته بما ذكره هنا وقال: «إذا كان البائع مقلداً لمن يقول بصحة
المعاطاة مثلاً أو العقد الفارسي والمشتري مقلداً لمن يقول بالبطلان لا يصح البيع بالنسبة
إلى البائع أيضاً، لأنّه متقوم بطرفين فاللازم أن يكون صحيحاً من الطرفين، وكذا في كلّ عقد
كان مذهب أحد الطرفين بطلانه ومذهب الآخر صحته»^(٢).

يمكن أن يلاحظ عليه: أولاً: لا يكون البيع فعلاً واحداً تشريكياً بل هو فعّان
مرتبط أحدهما بالآخر ولذا قال المحقّق الخميني رحمته الله: «أنّ العقد المركب من الإيجاب والقبول
لا يعقل أن يكون فعل كلّ واحد من المتعاقدين فكيف يكون الموجب موجباً وقابلاً، و
القابل كذلك، ولا شك في أن الإيجاب فعل الموجب وهو موضوع الأثر بالنسبة إلى القابل
فإذا ضم إليه القبول صار عقداً تاماً وقوله: «البيع فعل [واحد] تشريكي» الخ، مصادرة
محضة»^(٣).

ثانياً: إنّ العقد متقدم بالطرفين لا يقتضي أن يكون القابل ينشيء قبوله ومقصوده
على نحو ينشأ الموجب إيجابه ومقصوده به.

وثالثاً: على فرض قبول أنّ البيع فعل واحد وهو لا يقتضي إمّا الصحة أو الفساد،
لا يتم إلا بحسب الحكم الواقعي، وأمّا بالنسبة إلى الحكم الظاهري فلا مانع من الالتزام
بالتفكيك بأن يعمل كلّ من الموجب والقابل بما تقتضيه وظيفته الظاهرية.

(١) حاشية المكاسب ٤٤٨/١.

(٢) العروة الوثقى - الاجتهاد والتقليد، المسألة ٥٥.

(٣) كتاب البيع ٢٤٤/١.

٢٨٦ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

الأولان من الملاحظات للمحقِّق النائيني^(١) والثالث للسيد الخوئي^(٢) ولذا كتبنا في تعليقنا على العروة الوثقى في ذيل المسألة المذكورة: «بل يصح»، وفي آخرها: «نعم، في أمثال الفروج لزم مراعاة الاحتياط». فلا يتم ما ذكره الفقيه اليزدي^(٣).

(١) منية الطالب ٢٦٠/١.

(٢) مصباح الفقاهة ٨٤/٣.

وصل:

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

قد مرّ بعض كلمات القوم في المقام في التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة والان
تضاف إليها أحكامه:

الأول: لا يملك المشتري المقبوض بالعقد الفاسد

إذا كان العقد باطلاً لا يتحقّق آثاره المقصودة كالملكية مثلاً في البيع فمقتضى بطلان
البيع بقاء كلِّ من المالين على ملك صاحبه الأول و لا حاجة إلى التمسك بأصالة عدم
الانتقال لعدم الشك في المقام حتّى يجري فيه الأصل.
و بعبارة أخرى: المؤثر في حصول الملكية إنّما هو العقد فإذا حكم بفساده لم يؤثر في
الملكية و صار كالمعدوم لا يؤثر في شيء.

صرح بعدم الملكية في فرض فساد العقد الشيخ في كتابه^(١)، و المحقّق في موضعين
من الشرائع^(٢)، و العلامة في القواعد^(٣) و التذكرة^(٤) و نهج الحقّ^(٥)، و ابن فهد في المهذب

(١) المبسوط ١٤٩/٢، ٦٤/٣ - الخلاف ١٥٨/٣، ٤٠٣/٣.

(٢) الشرائع ٧/٢، ١٩٤/٣.

(٣) القواعد ١٧/٢، ٢٣٨/٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢٩٠/١٠.

(٥) نهج الحقّ و كشف الصدق ٤٨٥/.

٢٩٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

البارع^(١)، و المحقّق الثاني في جامع المقاصد^(٢)، و الشهيد الثاني في المسالك^(٣)، و المحقّق السبزواري في الكفاية^(٤)، و الشيخ جعفر في شرح القواعد^(٥)، و تلميذاه صاحب المفتاح^(٦) و الجواهر^(٧).

قال في الأخير: «بلا خلاف، بل الاجماع بقسميه عليه، للأصل بعد فرض بطلان السبب الذي أريد الانتقال به، و فرض عدم إرادة غيره من أسباب الملك، حتّى المعاطاة بناءً على أنّها منه...»

(١) المهذب البارع ٣٦١/٢.

(٢) جامع المقاصد ٦١/٤.

(٣) المسالك ٢٢٢/١٢.

(٤) الكفاية ٦٥٣/٢.

(٥) شرح القواعد ٣٢/٢.

(٦) مفتاح الكرامة ٥٣٧/١٢.

(٧) الجواهر ٢٥٦/٢٢.

الثاني: ضمان القابض

استدل عليه بوجوه:

الأوّل - الاجماع: بمعنى كون تلفه عليه

ادعى الشيخ في باب الرهن من المبسوط^(١) وفي موضعين من البيع في المبسوط^(٢) والخلاف^(٣) الاجماع عليه صريحاً و تبعه ابن ادريس في السرائر^(٤) و ابن فهد الحلّي في المهذب البارع^(٥) و المحقّق الثاني في جامع المقاصد^(٦) و الشهيد الثاني في غصب المسالك^(٧) و السبزواري في الكفاية^(٨) و الشيخ جعفر في شرح القواعد قال: «للإجماع المحصّل فضلاً عن المنقول المعتضد بالشهرة المستفيضة تحصيلاً و نقلاً»^(٩) و السيّد العاملي في المفتاح قال: «هذان الحكمان (عدم الملكية و الضمان) ممّا قد طفحت به عباراتهم»^(١٠) و قال صاحب الجواهر: «بلاخلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه»^(١١).

الثاني - على اليد ما أخذت حتّى تؤدي

(١) المبسوط ٢/٢٠٤.

(٢) المبسوط ٢/١٥٠.

(٣) الخلاف ٣/١٥٨، مسألة ٢٥١.

(٤) السرائر ٢/٢٨٥: و فيه: «عند المحصلين».

(٥) المهذب البارع ٢/٣٦١.

(٦) جامع المقاصد ٤/٦١.

(٧) مسالك الأفهام ١٢/١٧٤.

(٨) الكفاية ٢/٦٥٣.

(٩) شرح القواعد ٢/٣٣.

(١٠) مفتاح الكرامة ١٢/٥٣٧.

(١١) الجواهر ٢٢/٢٥٧.

و يدلُّ عليه بعد الإجماع النبوي المشهور: على اليد ما أخذت حتَّى تؤدى.^(١)
لايستشكل على سند الرواية بأنَّ راويها هو قتادةُ عن الحسن البصري^(٢) عن سمرة
بن جندب^(٣) المعلوم حالهما، ولم يسمع حسب رأي البخاري و مسلم - الحسن عن سمرة
إلَّا حديث العقبة^(٤) و ابن حزم أيضاً ضعَّف الحديث بدعوى انقطاعه لأنَّ قتادة لم يدرك
الحسن^(٥).

لأنَّ شهرتها و العمل بمضمونها يكفي في اعتبارها، و قد قال العلامة البلاغي: «... قد
شاعت روايته بين الفريقين و كثرت روايته و الاعتماد عليه بين الأصحاب، بل لم يخل من
الاعتماد عليه في الاستدلال فيما رأيناه كتاب يتعرض لمدارك الأحكام و وصفه في جامع
الشتات^(٦) بالمشهور المقبول بل ذكر في المضاربة^(٧) و وصفه بالرواية المجمع عليها. و كاشف
الغطاء في شرح القواعد^(٨) بالمستفيض المجمع على مضمونه، و في الرياض^(٩) بالمشهور

(١) عوالي اللآلي ١/٢٢٤، ح ١٠٦، ١/٣٨٩، ح ٢٢؛ سنن البيهقي ٦/٩٥ و ٩٠؛ كنز العمال
٣٢٧/٥، الرقم ٥٧١٣؛ سنن ابن ماجه ٢/٨٠٢، ح ٢٤٠٠؛ و سنن الترمذي ٣/٥٦٦،
ح ١٢٦٦؛ و سنن ابن داود ٣/٢٩٦، ح ٣٥٦١؛ سنن النسائي ٣/٤١١؛ و مسند احمد بن حنبل
٥/٨ و ١٢ و ١٣؛ المستدرک على الصحيحين ٢/٤٧.

(٢) لبعض ما طُعنَ عليه به عندهم راجع ميزان الاعتدال ١/٥٢٧ و عندنا راجع رجال الكشي
٩٧/، ح ١٥٤ و الاحتجاج ١/١٧١.

(٣) لبعض ما طُعنَ عليه راجع شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد ٤/٧٣ و ٧٧ و ٧٨؛ و تاريخ
الطبري ٤/١٧٦؛ و قاعدة لا ضرر لشيخ الشريعة الإصفهاني ٣٥/ و ٣٦.

(٤) راجع نصب الرأية ٥/٣٩٨ للزيعلي.

(٥) المحلّي ٩/١٧٢.

(٦) جامع الشتات ٣/٤٠٥ و فيه: «حديث مشهور على اليد كه أصحاب به آن عمل كرده اند».

(٧) جامع الشتات ٣/٣٤٠ من طبعة الحروفي الاولى.

(٨) شرح القواعد ٢/٣٣.

(٩) رياض المسائل ٨/٢٥٤ و فيه: الخبر المشهور.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الثاني: ضمان القابض ٢٩٣

المقبول، و في غضب مفتاح الكرامة^(١) بالمشهور المعمول به في أبواب الفقه، و في ودیعة المقابس^(٢) بالقوية المعروفة المجمع عليها. و في العناوين^(٣) بالمنجبر بالشهرة المتلقى بالقبول عند العامة و الخاصة بحيث يغني عن ملاحظة سنده و صحته بل هو ملحق بالقطعیات في الصدور، و في الجواهر^(٤) أنه مجبور بالعمل^(٥).

أقول: الظاهر استناد الأصحاب قديماً و حديثاً هو على هذا الحديث بحيث يظهر للمتأمل الوثوق بصدوره و الآن أذكر لك - مضافاً إلى ما مرّ من العلامة البلاغي - بعض هذه الاستنادات:

منهم: الشريف المرتضى في بحث ضمان الصنّاع من الانتصار^(٦) احتجاجاً عليهم.
و منهم: شيخ الطائفة في أول غضب المبسوط^(٧).
و منهم: الشيخ في أول ودیعة المبسوط^(٨).
و منهم: الشيخ في رهن الخلاف^(٩) و في غضبه مرتان^(١٠) و ودیعته^(١١).

(١) مفتاح الكرامة ٢٢٨/٦ من الطبعة الاولى.

(٢) المقابس / ٢٥٣.

(٣) العناوين ٤١٦/٢.

(٤) الجواهر ٣٥/٣٧ و استدل به أيضاً في ١١٦/٢٧ و ٣٥٨/٣١.

(٥) العقود المفصلة ٢/، المطبوعة مع تعليقه على المكاسب على الحجر، و ص ٢٣ من المطبوعة في ضمن المجلد السابع من موسوعة العلامة البلاغي.

(٦) الانتصار / ٤٦٨.

(٧) المبسوط ٥٩/٣.

(٨) المبسوط ١٣٢/٤.

(٩) الخلاف ٢٢٨/٣، مسألة ١٧.

(١٠) الخلاف ٤٠٨/٣ و ٤٠٩، مسألة ٢٠ و ٢٢.

(١١) الخلاف ١٧٤/٤، مسألة ٥.

و منهم: ألسيد ابن زهرة في غضب الغنية وإجارتها^(١) احتجاجاً عليهم.
 و منهم: ابن ادريس الذي لا يرى الأخبار الآحاد موجباً للعلم والعمل وقال: «و
 قد بينا أنّ أخبار الآحاد عند أصحابنا لا توجب علماً و لا عملاً، و الواجب على المفتي
 الرجوع في صحة الفتوى إلى الأدلة القاطعة»^(٢). و قال أيضاً: «الواجب الأخذ بالأدلة
 القاطعة للأعداء، و ترك أخبار الآحاد التي لا توجب علماً و لا عملاً فإنه أسلم للديانة،
 لأنّ الله تعالى ما كلّفنا إلاّ الأخذ بالأدلة و ترك ما عداها»^(٣).
 تمسك بهذه الرواية في عدّة مواضع من كتابه نحو: رهن السرائر مرتين^(٤) وفي غضبه
 كذلك^(٥) وإجارتته^(٦) و وكالته^(٧).
 و منهم: الشيخ على بن محمّد بن محمّد القمي السبزواري في غضب جامع الخلاف و
 الوفاق و رهنه و إجارتته^(٨).
 و منهم: العلامة تمسك بها في عدّة من كتبه نحو: متاجر المختلف^(٩) و رهنه^(١٠) و
 عاريتته مرتين^(١١) و لقطته^(١٢) و وديعته^(١٣) و إجارتته^(١٤).

(١) غنية النزوع ٢٨٠ و ٢٨٩.

(٢) السرائر ٣٢٢/٢.

(٣) السرائر ٤٢٢/٢.

(٤) السرائر ٤٢٥/٢ و ٤٣٧.

(٥) السرائر ٤٨١/٢ و ٤٨٤.

(٦) السرائر ٤٦٣/٢.

(٧) السرائر ٨٧/٢.

(٨) جامع الخلاف و الوفاق ٣٤٣ و ٢٩٩ و ٣٥٤.

(٩) مختلف الشيعة ٣٢١/٥.

(١٠) مختلف الشيعة ٤١٧/٥.

(١١) مختلف الشيعة ٧٢/٦ و ٧٧.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الثاني: ضمان القابض ٢٩٥

و قال في غصب التذكرة: «كلّ من غصب شيئاً وجب عليه ردّه على المالك سواء طالب المالك برده أو لا، مادامت العين باقية بلاخلاف، لقول النبي ﷺ: على اليد ما أخذت حتّى تؤديه»^(١٥).

و قال في ضمانها: «وكلّ من يثبت يده على مال الغير ولا حقّ له في إمساكه وكان المال باقياً وجب عليه ردّه على مالكه بلاخلاف، لقول النبي ﷺ: على اليد ما أخذت حتّى تؤدي، ولأنّ حقّ المالك متعلّق بمالته، و مالته لا تتحقّق إلا برده إليه»^(١٦).
و ذكرها العلامة في كتاب الرهن^(١٧) مرّتين، وكذلك في كتاب الوديعة^(١٨)، وفي كتاب العارية^(١٩) ثلاث مرّات.

و هكذا ذكرها ولده فخر المحقّقين مكرراً في كتابه ايضاح الفوائد^(٢٠).

و هكذا الفاضل المقداد في التنقيح^(٢١) مكرراً.

و منهم: الشهيد قال في غصب الدروس: «يجب ردّ المغصوب إلى مالكه إجماعاً و

لقوله ﷺ: على اليد ما أخذت حتّى تؤديه...»^(٢٢)

(١٢) مختلف الشيعة ٨٧/٦.

(١٣) مختلف الشيعة ٦٣/٦.

(١٤) مختلف الشيعة ١٥٨/٦.

(١٥) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجري.

(١٦) تذكرة الفقهاء ٣٧٤/٢ من الطبع الحجري.

(١٧) تذكرة الفقهاء ١٩٤/١٣ و ٢٥٨.

(١٨) تذكرة الفقهاء ١٦١/١٦ و ٢١٨.

(١٩) تذكرة الفقهاء ٢٧١/١٦ و ٢٧٣ و ٢٩٦.

(٢٠) ايضاح الفوائد ١١٦/٢ و ١٢٤ و ١٥٨ و ١٦٠ و ١٦٧ و ٣٠٨ و ٣٢٤ و ٣٢٧ و ٣٢٩.

(٢١) التنقيح الرائع ٢٤٥/٢ و ٢٤٩ و ٢٥٩ - ١١٢/٤ و ١٢٤.

(٢٢) الدروس ١٠٩/٣.

و ذكرها أيضاً ابن فهد الحلّي في المهذب البارِع^(١) مكرراً و المحقّق الثاني في جامع المقاصد^(٢) و الشهيد الثاني في المسالك^(٣)، و المحقّق الأردبيلي مع حكمه بعدم صحة الرواية كما يأتي ذكرها مكرراً في كتابه^(٤).

و بما ذكرنا يظهر الوثوق بصدورها من رسول الله ﷺ فلا يُضغى إلى ما ذكره المحقّق الأردبيلي^(٥) في بحث المأخوذ بالبيع الفاسد بعد الاعتراف بأنّ الخبر مشهور حكم بأنّ صحته غير ظاهرة و تمسك بأصل البراءة من الضمان في مقابله.

و تبعه المحقّقان السيّدان الخوئي^(٦) و الخميني^(٧)، لأنّ الأوّل منهما لا يرى جبر ضعف السند بعمل المشهور، و كلاهما لا يران استناد المشهور إلى الرواية.

و تبعهم شيخنا الاستاذ^(٨).

و قد ذهبنا في أبحاثنا الأصولية تبعاً للمشهور إلى جبران ضعف السند بعمل المشهور و ظهر ممّا ذكرنا استناد المشهور من المتقدمين و المتأخرين إليها، فالرواية عندنا تكون مؤثوقة بصدورها هذا كلّ في أمر سندها.

و أمّا دلالتها: فالذي يظهر من جماعة ظهورها في الحكم التكليفي فقط - أي وجوب

(١) المهذب البارِع ٥٦٠/٢ - ٧/٣ و ٩ و ٣٩ - ٣١١/٤.

(٢) جامع المقاصد ١٠٩/٤ و ١٧٧ - ٢٩/٥ و ٣١ و ٩٨ و ٣٠٧ و ٣٤١.

(٣) المسالك ١٤٢/٣ و ١٥٤ و ٣٤٣ و ٤٤٠ - ٣٨/٤ و ٣٩ و ٥٦ و ٥٨ و ٢٠٧ و ٣٣٧ و ٣٥٩ و

٣٨٣ و ٣٨٥ و ٣٩٨ - ٤٧/٥ و ٧٨ و ٩٣ و ١١٦ - ٦٣/٦.

(٤) مجمع الفائدة ١٦٩/٩ و ٢٢٨ و ٦٠٢ - ٢٧٦/١٠ و ٤٤١ و ٤٥١ و ٤٩٩.

(٥) مجمع الفائدة و البرهان ١٩٢/٨.

(٦) مصباح الفقاهة ٨٨/٣ و ٨٩.

(٧) كتاب البيع (٢٥٠-٢٤٧).

(٨) إرشاد الطالب ١٣٩/٢.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الثاني: ضمان القابض ٢٩٧

الردّ - دون الحكم الوضعي - أي الضمان - كما صرح به ابن حزم في المحلّي^(١) والشاهد على ذلك أنّ الشيخ في كتاب الغصب من المبسوط^(٢) لم يتمسك بها لأجل ثبوت الضمان في فرض تلف المغصوب، وكذا العلامة^(٣) تمسك بها في وجوب ردّ المغصوب إلى مالكه والفاضل النراقي^(٤) صرّح بأنّها تدل على وجوب حفظ المال عن التلف و ردّه إلى مالكه ولا تدل على الضمان بوجهه و تبعه المحقّق الإيرواني^(٥).

لأنّ كلمة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي، وأجابه الشيخ الأعظم بأنّ «هذا الظهور إنّما هو إذا أسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلفين لا إلى مال من الأموال»^(٦). أقول: لا يخفى أنّ المراد باليد هو الاستيلاء على المال كما هو المراد بها في قاعدة اليد. ثم إنّ كلمتي «على اليد» في الحديث خبر مقدم و جار و مجرور متعلّق بثابت أو لازم بقريئة الحكم و الموضوع، و «ما أخذت» مبتدأ مؤخّر و ما موصولة و «حتّى تؤدي» غاية للحكم. فصار معناها: ما أخذته اليد ثابت عليها حتّى تؤديه. و بعد الأداء يرفع الحكم، و من الواضح مع وجود العين أنّ الثابت - أي الواجب شرعاً - هو ردّ نفس العين و مع تلفه تصل النوبة إلى بدله المثلي أو القيمي. فالرواية تدل على الحكم الوضعي - أي الضمان عند تلف العين - و الحكم التكليفي - أي وجوب ردّ العين - و إذا كان يجب عليه الردّ يجب عليه حفظه عقلاً حتّى يتمكن من الردّ. هذا ما يخطر بالبال عند التأمل في الرواية. و وافقنا على ذلك

(١) المحلّي ١٧٢//٩.

(٢) المبسوط ٥٩/٣ و ٦٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ٣٧٤/٢ من الطبع الحجري.

(٤) عوائد الأيام ١٠٩/ و ١١٠، العائدة ٣٣.

(٥) حاشية المكاسب ١١١/٢.

(٦) المكاسب ١٨١/٣.

المحقِّق الشَّهيدى ^(١) رحمته الله.

ثم قال الشيخ الأعظم: «و من هنا كان المتَّجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز و الشعور» ^(٢).
 واستشكل عليه ^(٣) بأنَّ هذا يتم بناءً على تأصل الأحكام الوضعية، وأمَّا بناءً على انتزاعها من الأحكام التكليفية كما هو مذهب الشيخ الأعظم فلا يمكن شمول الرواية للصغير و المجنون لانتفاء التكليف في حَقِّهما ليصحَّ انتزاع الوضع منه.
 و أجاب السيّد الحكيم عن هذا الاشكال بقوله: «امكان انتزاع ذلك الحكم الوضعي من الحكم التكليفي المتوجه إلى الولي، أمَّا لو حملنا الرواية على الحكم التكليفي فلا وجه لصرِّفها إلى الولي لأنَّ تخصيصها بأدلة رفع القلم أولى من ذلك فيتعيَّن ارتكابه [أي تخصيصها]...» ^(٤).

الثالث - الروايات الواردة في الأُمَّة المسروقة

و قد استدل الشيخ الأعظم بالروايات الواردة في الأُمَّة المسروقة لأجل ثبوت الضمان:
 و منها: موثقة جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقُّ و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه ^(٥).

(١) هداية الطالب ٢/٢٣٩.

(٢) المكاسب ٣/١٨١.

(٣) الاشكال للسيّد اليزدي في حاشية المكاسب ١/٤٥٣.

(٤) نهج الفقاهة / ١٩٤.

(٥) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٥، ح ٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الثاني: ضمان القابض ٢٩٩

بتقريب ذكره بقوله: «فإن ضمان الولد بالقيمة - مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى، وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتالف لا المتلف فافهم»^(١).
و بعبارة أوضح: الولد يكون منفعةً و نماءً للجارية ولكن المشتري لم يستوف هذه المنفعة لأن الولد تابع لوالده في الحرية، و الحرّ لا يُقوّم بالمال. و من هنا ظهر الفرق بين الاستيلاء و منافعها الأخرى. فإذا كانت اليد على المنافع توجب الضمان فبطريق أولى تكون اليد على العين ضامنة.

ان قلت: المشتري باستيلاء الجارية أتلف منفعتها على مالها لتربية نطفة الرق و لذا يصدق الإتلاف.

قلت: الإتلاف هو إعدام الموجود، و هو هنا مفقود بل المشتري أحدث فيها نماءً غير قابل للملك، لحكم الشارع بحرّية الولد فهو كالتالف بالتلف السماوي لا كالتلف حتى يكون مورداً لقاعدة الإتلاف.

ولعل أمره بالتفهم في آخر كلامه إشارة إلى إمكان صدق الإتلاف على الاستيلاء، أو إلى أنّها استيفاء لنماء الجارية. و على الأوّل يكون الضمان بقاعدة الإتلاف و على الثاني يكون الضمان بقاعدة الاستيفاء للمنافع لا اليد.

و لعلّه إشارة إلى: أنّ الوطي إذا كان مانعاً عن صدق الإتلاف على حدوث الولد غير قابل للملك فلا محالة يكون مانعاً أيضاً عن صدق الضمان باليد، ضرورة أنّ التلف تحت اليد إنّما يوجب الضمان باليد إذا كان التالف ملكاً للمضمون له. و من المعلوم أنّ الولد لم يكن ملكاً لصاحب الجارية فلا تدل الرواية على ضمان اليد، بل يمكن أن يكون ضمان الولد بسبب

(١) المكاسب ٣/١٨١.

تعدي غير الأسباب المعروفة كما قاله المحقق المروج^(١).

بيان المحقق النائيني

قرّر المحقق النائيني رحمته ما يدعيه الشيخ الأعظم من ضمان قاعدة اليد في المقام - مع اختلاف له يظهر لك - بما ملخصه: ليس استيلاء الأمة داخلاً تحت موارد ضمان المنافع مستقلاً لأنّ المستولد «لم يستوف منفعة الأمة - فإن استيفاء المنافع إنّما هو من قبيل الركوب والجلوس والأكل والشرب والوطني ونحو ذلك -».

وعدّ العرف حصول الولد له منفعة من الأمة لا اعتبار به، لأنّ نظر العرف ليس متّبِعاً في تعيين المصاديق.

نعم أوجد ما هو السبب لفوت المنفعة على المالك، لأنّ وطأه الذي استلزم الحمل صار سبباً لفوت المنفعة عليه، ولكن ضمان مَنْ منع المالك من التصرف حتّى تلف المنفعة ممنوع، إلا إذا قيل بأنّ قاعدة «لا ضرر» كما تنفي الحكم الثابت الذي يلزم منه الضرر كذلك تثبت الحكم الذي لو لا تشريعه لزم منه الضرر.

و بالجملّة: الذي استوفاه المشتري إنّما هو الوطاء، والمفروض أنّ القيمة لم تجعل عوضاً له بل للولد، والولد ليس من المنافع المتلفة، ولا ممّا كان المشتري سبباً لإتلافها، لأنّ الولد لم يكن لمالك الأمة حتّى يكون مشتري الأمة سبباً لإتلافه، فليس استيلاء الأمة إلاّ من قبيل منع المالك من السكن في داره، فضمان الولد الذي يرجع إلى ضمان قيمته لكونه حرّاً إنّما هو من جهة تبعيّة المنافع التالفة للعين المضمونة، فيدلّ الخبر على ضمان العين لا للاولوية، بل لأنّ ضمان العين صار سبباً لضمان التالف.

و بالجملّة: منشأ الضمان إمّا قاعدة اليد أو الإتلاف أو التسبب، والأخيران منتفیان

(١) هدى الطالب ٥٣/٣ من الطبعة الحديثة.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الثاني: ضمان القابض ٣٠١

في المقام. أمّا الإِتلاف فلأنّ الأب لم يستوف المنفعة، فإنّ الولد لا يعدّ من المنافع، فإنّ حكمه حكم الأب والأمّ، فكما أنّه لا يكون من المنافع... فمراد المصنّف عليه السلام من أنّ الاستيلاء ليس استيفاءً أنّه ليس ممّا استعمله و أتلفه المستولد.

و الأصل في هذا التعبير للعلامة عليه السلام أنّه قال في التذكرة: «منفعة بدن الحرّ تضمن بالتفويت، لا بالفوات، فلو قهر حرّاً و استعمله في شغلٍ ضمن أجرته، لأنّه استوفى منفعه و هي متقومة، كما لو استوفى منافع العبد، ولو حبسه مدّة لمتلها أجره و عطّل منفعه فالأقوى أنّه لا يضمن الأجرة، لأنّ منفعه تابعة لما لا يصحّ غصبه... إلى آخره»^(١).

«... و أمّا باب التسبب فواضح أنّ وطء المشتري ليس سبباً لتلف المنفعة الموجودة المملوكة لمالك الأمة فلا يدخل تحت قاعدة الضمان بالتسبب، فانحصر أن يكون منشأ ضمان اليد»^(٢)

و فيه: أولاً: ذهب النائي إلى عدم كون الولد نماءً للأمة - مع إقرار الشيخ الأعظم به - لأنّ نظر العرف ليس متبعاً في تعيين المصاديق، و لا يتم ما ذكره صغرى و كبرى لصدق المنفعة على الولد حقيقةً و عرفاً، و حيث لم يكن للشارع في خطابات مع العرف طريقة خاصة بل يتبع هو طريقة العقلاء فلا محالة من أن يصير تشخيص العرف في المفاهيم و مصاديقها معتبراً^(٣) و يدل على كونها منفعة بل منفعة مستوفاة خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام:... يردّ إليه جاريته و يعوّضه بما انتفع، قال: كان معناه قيمة الولد.^(٤) الظاهر أنّ التفسير من زرارة.

(١) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/٢ من الطبع الحجري.

(٢) منية الطالب ٢٦٣/١ و ٢٦٤.

(٣) قد تنبّه لنفي الكبرى المحقق الخميني في البيع ٢٥٨/١.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠٤/٢١، ح ٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

و ثانياً: يردّ عليه و على الشيخ الأعظم حيث أنكر أنّ الاستيلاء هو استيفاء المنفعة خبر زرارة حيث عدّ فيه الولد بأنه منفعة مستوفاة كما يظهر من قوله عليه السلام: «بما انتفع»، و لم يذكر فيه استيفاء منفعة أخرى من منافع الجارية.

و ثالثاً: أنكر على الشيخ الأعظم الأولوية و قال: «ضمان الولد الذي يرجع إلى ضمان قيمته لكونه حرّاً، إنّما هو من جهة تبعية المنافع التالفة للعين المضمونة فيدلّ الخبر على ضمان العين للأولوية، بل لأنّ ضمان العين صار سبباً لضمان التالف». فكأنّه قبل ما أنكره من كون الولد منفعة، و كذا لا يتم من إنكاره للأولوية، لأنّ تأمل بعضهم في ضمان المنافع المستوفاة في صدق الأخذ عليها و انحصار حديث اليد بما يقبل الردّ إلى مالكة - و هو العين - و عليه فإذا حكم الشارع بضمان قيمة الولد الذي هو من قبيل منفعة الجارية كان ضمان نفسها ثابتاً بالأولوية، مع اعترافه عليه السلام بتسبب ضمان المنفعة عن ضمان العين.

و رابعاً: قال عليه السلام: «فليس استيلاء الأمة إلا من قبيل منع المالك من السكن في داره» حيث شابه الاستيلاء بمنع المالك عن استيفاء منفعة ملكه، و الوجه في عدم تماميته أنّ الوطي ليس سبباً للحمل بل إنّما هو معدّله فتشبيهه بمنع المالك الذي يكون سبباً لعدم استيفائه منافع ملكه غير تام. كما يمكن القول بوجود الضمان في المشبه به، على ما قد يقال، خلافاً للعلامة في التذكرة كما مرّ و في التحرير قال: «ولو حبس صانعاً مدّة عن عمله فكذلك لا يضمن أجرته، و لا يضمن الحرّ لو غصبه و إن كان صغيراً»^(١).

مقالة المحقّق الأصفهاني و مناقشتها

قال الأصفهاني: يمكن أن يقال: إنّ النطفة و إن كانت من الرجل إلا أنّها لما كانت مكتملة بدم الأمّ و كانت تكوّنها حيواناً بالقوى المودعة في الرحم، فكانّ صيرورتها حيواناً

(١) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٠/٤.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الثاني: ضمان القابض ٣٠٣

من قبل الأمّ فقد أتلّفها الرجل على الأب^(١)، خصوصاً إذا قيل بتكوّنه من نطفة المرأة وكان اللقاح من الرجل، أو قلنا بأنّ الولد ينعد رقاً و إنّما يصير حرّاً بالولادة فإنّه إتلاف حقيقة^(٢).

و فيه: أوّلاً: الولد يتكوّن من نطفتي الرجل و المرأة معاً لا من الرجل فقط و لا من المرأة فقط، و الرحم يكون محل نشوئه عرفاً و حقيقة، نعم، قد يقال بإمكان تكثير السلول الواحد من الانسان و الحيوان و هو عملية الاستنساخ البشري أو الحيواني ولكن هذه العملية غير الاستيلاد.

و ثانياً: صيرورة نطفة الرجل حيواناً بما ذكر لا توجب أن يكون الولد لصاحب الجارية حتّى يصير التحرير إتلافاً لِمَالِهِ، بل لازمه - لو سلم - أن يكون صاحب الولد ضامناً للدم التالف و قيمة القوى المودعة، لا لقيمة الولد و لا سيّما إذا قلنا بضمان يوم الأداء.

و ثالثاً: على فرض كون النطفة من المرأة فإن الولد الحاصل من نطفتها يصير ولداً للأب و يخرج عن الملك فلو كان ذلك موجباً للضمان فلا بدّ من تقويمه حال كونه في جوف أمّه و حال الولادة - أي حال الخروج عن ملك صاحبه - لا التقويم في زمن الأداء.

و رابعاً: الخروج بالحكم الشرعي يكون من قبيل التلف السماوي لا الإتلاف و لا الإتلاف بالتسبيب، فإنّ السبب للحكم الشرعي - و هو الولادة - ليس فعله، بل نتيجة فعله يكون موضوعاً للحكم^(٣).

(١) كذا في المطبوعتين من الكتاب، ولكن الصحيح «المالك» كما نبه عليه المحقّق الخميني في البيع

٢٥٧/١.

(٢) حاشية المكاسب ٣٠٤/١.

(٣) الثلاثة الأخيرة كانت للسيد الخميني رحمته الله في بيعه ٢٥٧/١.

مقالة المحقّق الإيرواني و نقدها

قال الإيرواني: «يمكن أن يقال: إنّ المشتري استوفي منفعة الرحم باشتغاله بمائه أو لأقل من أنّه أتلف منفعته على المالك بذلك، فإنّه^(١) كان مستعداً لإنماء نطفة الرّق فسلب عنه ذلك بإشغاله بنطفته، وبهذا يصدق الإلتلاف ولا يتوقّف صدقه على فعليّة النماء، فمن سقى أشجار الغير المستعدة للأثمار مائاً مالحاً منعه عن الإثمار يصدق أنّه أتلف ثمرها...»^(٢).
و فيه: أولاً: الولد لا يعدّ منفعة الرحم و ليست نسبة الرحم إلى الولد كنسبة الثمرة إلى الشجرة بل هو محل نشوئه و ارتقائه عرفاً و حقيقة، نعم يصدق أنّه منفعة الجارية كما مرّ.
و ثانياً: ثم على فرض صحة استيفاء منفعة الرحم لا يوجب أن يكون المضمون قيمة الولد، بل المضمون حينئذ الدم التالف و قيمة القوى المودعة و هو كما ترى.
و ثالثاً: على فرض تمامية ما ذكره و ضمان الولد لا بدّ أن تكون قيمة يوم الولادة هي ألتعينيّة لا قيمة الولد يوم الأداء و بينهما بون.

مقالة المحقّق الخميني

ذكره^(٣) خبر زرارة قال: قلت لأبي عبد الله^(عليه السلام): رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنّها له و أقام على ذلك البيّنة، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها.^(٣)

ثم قال^(٣): «و في قوله^(عليه السلام): «و يعوّضه» الخ احتمالان: أحدها: أنّ ما أصاب من لبنها و خدمتها أيّ المنافع المستوفاة منها جعل عوضاً من قيمة الولد، فقدر القيمة بما أصاب منها

(١) أيّ الرحم.

(٢) حاشية المكاسب ١١٢/٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠٤/٢١، ح ٤.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الثاني: ضمان القابض ٣٠٥

تعبداً، والثاني: ولو بملاحظة سائر الروايات أنّ قيمة الولد تقدير لما أصاب من اللبن و الخدمة، فقيمته على هذا ليست لأجل استيفاء المنفعة التي هي الولد ولا بازاء تفويت منافع الجارية ولا لأجل ضمان اليد على الجارية و يتبعه ضمان المنافع بل لأجل استيفاء سائر المنافع أي اللبن و الخدمة، لكن لما كان قدرهما ربما يكون مجهولاً أو معرضاً للنزاع قدره الشارع على قيمة الولد، تأمل»^(١).

و فيه: أولاً: الظاهر بقريئة بقية روايات الباب^(٢) يحمل «قيمة ما أصاب من لبنها» على قيمة الولد.

و ثانياً: في هذه الرواية زيادة لا بد من الأخذ بها و هي ضمان خدمة الجارية على البائع لأنها معطوفة على «ما أصاب من لبنها» و ظهور العطف في المغايرة و التعدد ثابت. وبالجملة: في هذه المسألة ترجع الجارية إلى مالکها و يدفع صاحب الولد قيمته إلى المالك مع ضمان خدمة الجارية. و للمشتري أن يرجع في قيمة الجارية و الولد إلى من غره بقاعدة الغرور. و الظاهر أنّ ضمان الولد فيها يكون من قبيل ضمان التلف الحكمي كما عليه الشيخ الأعظم، لا ضمان قاعدة الإلتلاف أو ضمان التسبب أو ضمان استيفاء المنافع. ولكن العمدة في المقام عدم دلالة هذه الروايات على ما كنا بصدد اثباته، لأنّ البائع في هذه الروايات يكون غاصباً و لذا لا يتوهم أحد عدم الضمان منه حتى إذا كان العقد غير معاوضي كالهبة. ولكن في بحث ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لا يكون البائع غاصباً بل يكون مالکاً و في هذه الصورة يثبت الضمان أيضاً هو أول الكلام و الروايات الماضية لا تدل على ذلك كما تبّه عليه المحقق السيد الخوئي^(٣).

(١) البيع ٢٥٩/١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠٤/٢١، ح ٢ و ٣ و ٥، من الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٣) مصباح الفقاهة ٩٠/٣.

نعم: يظهر من العلامَّة عدم الفرق بين البائع المالك و الغاصب قال: «و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، سواء كان البائع المالك أو الغاصب أو غيرهما، و يضمنه و ما يتجدد من نمائه و ما يزداد به قيمته لزيادة صفة...»^(١).

الرابع - قاعدة ما يُضمن بصحيحه يُضمن بفاسده

هذه القاعدة و مفهومها^(٢) أو سالبتها^(٣) أو نقيضها^(٤) - و لا عكسه^(٥) - و هي ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، و ردت في كلام العلامَّة حيث قال: «إذا فسد الرهن و قبضه المرتهن لم يكن عليه ضمان لأنَّه قبضه بحكم أنَّه رهن، و كلَّ عقدٍ كان صحيحه غير مضمون ففاسده كذلك و كلَّ عقد كان صحيحه مضموناً ففاسده مثله. أمَّا الأوَّل: فلانَّ الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى باقتضائه. و أمَّا الثاني: فلانَّ من أثبت اليد عليه أثبتته عن إذن المالك و لم يلتزم بالعقد ضماناً، و لا يكاد يوجد التسليم و التسلم إلا من معتقدي الصحة»^(٦).

الظاهر وقوع السهو من قبل النساخ في العبارة بتبديل الأوَّل بالثاني و بالعكس.

و ورد نظيرها في كتاب الاجارة منها.^(٧)

و هكذا يظهر من كلمات الشيخ في موارد من العقود الفاسدة كما في غضب المبسوط:

منها: قال: «فإن كان المبيع قائماً ردّه، و إن كان تالفاً ردّ بدله، إن كان له مثل و إلاّ

(١) تحرير الأحكام الشرعية ٥٤٣/٤.

(٢) كما في الجواهر ٢٥٩/٢٢.

(٣) كما في الجواهر ٢٥٢/٢٧.

(٤) كما في هدى الطالب ٥٧/٣.

(٥) كما في المكاسب ١٨٢/٣.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢٥١/١٣، مسألة ١٧٤.

(٧) تذكرة الفقهاء ٣١٨/٢ من الطبع الحجري.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الثاني: ضمان القابض ٣٠٧

قيمته لأنّ البائع دخل على أن يسلم له الثمن المسمّى في مقابلة ملكه فإذا لم يسلم له المسمّى اقتضى الرجوع إلى عين ماله، فإذا هلكت كان له بدلها، وكذلك العقد الفاسد في النكاح يضمن المهر مع الدخول، وكذلك الإجارة الفاسدة، والباب واحد»^(١).

ومنها: قال: «وإن كان مع الجهل بالحال فكلّمَا دخل المشتري على أنّه يملكه ببذل وهو أرش البكارة ونقصان الولادة وقيمتها إن ماتت لا يرجع به على الغاصب، لأنّه قد دخل على أنّه مضمون عليه بالثمن فإذا تلفت في يده استقرّ الثمن عليه»^(٢).

ومنها: قال: «إذا غصب ثوباً فباعه فنقص في يد المشتري كان للمالك أخذ ثوبه وله أن يطالب بأرش النقص من شاء منهما، يطالب الغاصب لأنّه سبب يد المشتري و يطالب المشتري لأنّه نقص في يده، فإن طالب الغاصب رجح بما غرم على المشتري وإن طالب المشتري لم يرجح بما غرم على الغاصب، لأنّه دخل على أنّ العين عليه مضموناً بالبدل، فإذا ذهب بعضها كان بدل الذاهب عليه»^(٣).

ومنها: قال: «و هكذا كلّ ما كان قبضاً مضموناً مثل أن يأخذ على سبيل السّوم أو على أنّه بيع صحيح، أو كان ثوباً فأخذه على أنّه عارية مضمونة، فكلّ هذا يستقرّ عليه، لأنّه دخل على أنّه مضمون عليه، فلم يكن مغروراً فيه»^(٤).

و هكذا استفاد أصلها و نقيضها من رهن المبسوط حيث قال: «إذا رهن رجل عند غيره شيئاً بدين إلى شهر على أنّه إن لم يقبض إلى محلّه كان بيعاً منه بالدين الذي عليه لم يصح الرهن ولا البيع اجماعاً لأنّ الرهن موقت و البيع متعلّق بزمان مستقبل، فإن هلك هذا

(١) المبسوط ٦٥/٣

(٢) المبسوط ٦٨/٣

(٣) المبسوط ٨٥/٣

(٤) المبسوط ٨٩/٣

٣٠٨ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

الشيء في يده في الشهر لم يكن مضموناً عليه لأنَّ صحيح الرهن غير مضمون عليه فكيف فاسده و بعد الأجل فهو مضمون عليه لأنَّه في يده ببيع فاسد، و البيع الصحيح و الفاسد مضمون عليه إجماعاً^(١).

و الحاصل: إنَّ هذه القاعدة و نقيضها و إن لم يُصرَّح بها في كلام مَنْ تقدَّم على العلامة إلاَّ أنَّها مذكورة في كلمات الشيخ تلوياً كما مرَّ و حيث يُعبَّر عن الشيخ بأنَّه لسان المتقدمين فيظهر أنَّ القاعدة كانت متداولة بينهم.

و الشهيد الثاني بعد اعترافه بالقاعدة و كليتها في مواضع، قال في إحداها: «لم يخالف فيها أحد»^(٢) و منها: عارية المسالك قال: «و أمَّا مع فسادها فلأنَّ حكم العقد الفاسد حكمُ الصحيح في الضمان و عدمه - كما أسلفناه في مواضع - قاعدة كلية»^(٣).

ولكن تأمل في كليَّة أصلها في سبق المسالك و قال: «و قاعدة أنَّ كلَّ ما كان صحيحه موجباً للمسمَّى ففاسده موجب لأجرة المثل لا دليل عليها كلية، بل النزاع واقع في بعض موارد، فكلَّ ما لا إجماع و لا دليل صالح يدل على ثبوت شيءٍ فالأصل يخالف مدَّعي القاعدة»^(٤).

و تبعه في المناقشة المحقِّق الأردبيلي و تنظر في أصلها و نقيضها حيث قال في المقبوض بالسَّؤم^(٥) أو البيع الفاسد: «دليلهم الخبر المشهور «على اليد ما أخذت حتَّى تؤدي» و

(١) المبسوط ٢٠٤/٢.

(٢) المسالك ٥٦/٤.

(٣) المسالك ١٣٩/٥.

(٤) المسالك ١١٠/٦.

(٥) المقبوض بالسَّؤم: أيَّ أنَّ المال الذي أخذ للبيع أو الشراء مضمون مثل الغصب. كذا في مجمع الفائدة ١٩٢/٨.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة ٣٠٩

«القاعدة المشهورة كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و «ما لا يضمن بصحيحه لا

يضمن بفاسده» و صحتها غير ظاهر، و الأصل يقتضي العدم»^(١)

ثم يقع الكلام في هذه القاعدة ضمن مقامات:

المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة

و هو متضمن لجهات من البحث:

الجهة الاولى: ما المراد من العقد؟

قال الشيخ الأعظم: «إنّ المراد بالعقد أعمّ من الجائز و اللازم بل ممّا كان فيه شائبة

الإيقاع أو كان أقرب إليه فيشمل الجعالة و الخلع»^(٢).

العقد اللازم نحو: البيع و الصلح و النكاح، و الجائز منه نحو: الهبة و الوكالة، و ما كان

فيه شائبة الإيقاع مثل به الجعالة و الخلع:

أما الجعالة: فهي عند جماعة من الأصحاب عقد جائز نحو: الشيخ^(٣) و ابن حمزة^(٤) و

العلامة في تذكرة الفقهاء^(٥) و الإرشاد^(٦) و ابنه في الايضاح^(٧) و الشهيد^(٨) و المحقّق الثاني^(٩).

ولكن المحقّق الحلّي جعلها في قسم الايقاعات من الشرائع^(١٠) و تبعه صاحب

(١) مجمع الفائدة و البرهان ١٩٢/٨.

(٢) المكاسب ١٨٣/٣.

(٣) المبسوط ٣٣٣/٣؛ النهاية ٣٢٣/.

(٤) الوسيلة ٢٧٢/.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢٨٨/٢ من الطبع الحجري.

(٦) إرشاد الأذهان ٤٣٠/١.

(٧) ايضاح الفوائد ١٦٢/٢.

(٨) الدروس ١٠٠/٣.

(٩) جامع المقاصد ١٨٩/٦.

(١٠) الشرائع ١٢٦/٣.

الجواهر وقال: «و لعلَّه الأصح»^(١).

و أمَّا الطلاق الخلعي ففيه أيضاً احتمالان بل قولان، أحدهما: كونه عقداً كما عليه الأصحاب و اعترف بأنَّ الخلع من عقود المعاوضات الشهيد الثاني في المسالك^(٢).
و ثانيهما: كونه جعالةً أو فداءً و ذهب الشهيد الثاني بأنه «لا يعلم قائله من الأصحاب لكنّه مذهب جميع منْ خالفنا من الفقهاء [العامة] إلّا من شذ منهم»^(٣).
ثم إنَّ الشهيد الثاني رجَّح جانب الفداء والجعالة^(٤) و احتمله الفاضل الأصفهاني في كشفه وقال: «و يحتمل الصحة بناءً على أنَّ البذل ليس إلّا افتداءً أو جعالة... ثم ضَعَّفه و قال: - و يَضَعُّفُ بأنَّ الكلام في صحته على وجه يكون عوض الخلع و وقوعه خلعا...»^(٥).
و هذه الوجوه أوجبت تردد الشيخ الأعظم في كون الجعالة أو الخلع عقداً جائزاً أو إيقاعاً و لذا قال: «مما كان فيه شائبة الإيقاع»^(٦) و لعلَّ مراده بشيء كلِّ ما اشتمل على المعاوضة من العقود و الإيقاعات.

ولذا ذهب الفاضل المراغي إلى أنَّ أصل القاعدة يختص بعقود المعاوضات و نقيضها يشمل الأمانات كالوديعة و رأس مال المضاربة و العين المستأجرة - دون منفعتها - و العقود المجانية: كالهبة بلا عوض.^(٧)

(١) الجواهر ١٨٩/٣٥.

(٢) المسالك ٣٩٢/٩.

(٣) المسالك ٣٩٢/٩.

(٤) المسالك ٣٩٣/٩.

(٥) كشف اللثام ٢٠٦/٨.

(٦) المكاسب ١٨٣/٣.

(٧) العناوين ٤٦٣/٢.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة ٣١١

الجهة الثانية: ما المراد من الضمان؟

الضمان تارة يراد به المعنى المصدرى أي جعل الشيء في العهدة و يقال له بالفارسية: «عهده گرفتت و شيء را در عهده قرار دادن» كما في قاعدة الخراج بالضمان، وأخرى يراد به معنى الأسم المصدرى أي مطلق كون الشيء في العهدة ولو بسبب غير اختياري كما في قاعدة ما يضمن.

أما الأول: قاعدة «الخراج بالضمان» كما ورد في الحديث النبوي^(١) فيدل أن النماء ملك له أعني أن كل من تعهد ضمان شيء بالتضمن المعاملي فمنافعه له، وهذا من غير فرق بين أن يكون التضمن على نحو يفيد الإباحة أو التملك فإن مقتضى إطلاقه كون منفعه للضامن.

وبالجملة: مقتضى الضمان المعاوضي أن تكون المنافع ملكاً للضامن، والنبوي يكون بمنزلة الحكم المعلل لأنه يتعرض لمنشاء ملكية النماء فإن الباء في قوله ﷺ: «بالضمان» بمعنى المقابلة فحينئذ يكون قاعدة تبعية النماء للعين ناظرة إلى اقتضاها بحسب طبعها الأصلي - مضافاً إلى عدم ورودها في النصوص و مدركها لا يكون إلا الاجماع أو العقل و كلاهما لبيان و ليس لهما اطلاق حتى يعارضا النبوي - و أمّا إذا اقتضت معاملة انفكاك النماء عن العين في الملك فلا تنافي بينها و بين الملازمة في الملكية بحسب الطبع الأصلي.

و بعبارة أوضح: الخراج في الحديث يراد منه مطلق المنافع الحاصلة من الأعيان، و المراد بالضمان فيه المعنى المصدرى أي بالفارسية «عهده گرفتت و شيء را در عهده قرار دادن» و جعله في العهدة ببذل العوض في مقابله كما في البيع و ما يدل على جعله في العهدة ببذل عوضه و ثمنه كلمة «الباء» الوارد على الضمان لأنها تدل على المقابلة و السببية بحيث

(١) سنن ابن ماجه ٧٥٤/٢، ح ٢٢٤٣، سنن البيهقي ٣٢١/٥؛ عوالي اللآلي ٢١٩/١، ح ٨٩.

بعد الانتفاع بالمنفعة تكون العين باقيةً ولا تكون تالفَةً كالانتفاع بالخبز واللحم، و ظاهر المقابلة والسببية أيضاً يدلُّ على أنَّ الضمان يوجب جواز الانتفاع بالمنفعة وهذا لا يكون إلاَّ في العقد الصحيح لا الفاسد.

و الحاصل: الرواية تدل على أنَّ المنفعة لِمَنْ يكون على عهده الضَّمان بالمعنى المصدري - أي قبل عهدة الشيء - العين في صورة بقاء العين و في صورة العقد الصحيح. نحو جواز الانتفاع بالعين - مثل الدار - لمن باعه و شروط لنفسه الخيار لسنتين فيجوز له الانتفاع به ولو فسخ العقد لا يكون ضامناً لمنفعة الدار لأنَّ الخراج بالضمان.^(١) فظهر ممَّا ذكرنا أنَّ الضمان في النبوي ليس بمعنى الإسم المصدري بأنَّ مَنْ يكون ضامناً لشيءٍ - سواء كان منشاء الضمان هو الغصب أو غيره - فمفغته له، لأنَّ هذا المعنى هو الذي أفتي به أبو حنيفة و قال أبو عبد الله عليه السلام في شأنه: في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها.^(٢)

هذا معنى الضمان بالمعنى المصدري^(٣) وليس المراد بالضمان في قاعدة ما يُضمن هذا المعنى.

و أمَّا الثاني: قاعدة «ما يُضمن بصحيحة يُضمن بفاسده» و نقيضها، فالضَّمان فيها بمعنى الاسم المصدري لأنَّه يتناسب مع بناء يُضمن للمفعول.

ثم ذكروا للضمان بهذا المعنى ثلاثة أقوال:

الأول: لزوم درك المضمون عليه بمعنى كون دَرَكه و خسارته في ماله الأصلي أي

(١) في هذا المجال راجع المبسوط ١٢٦/٢ و المكاسب و البيع ٣٣٠/١ و ما بعدها، و هو تقريرات

المحقَّق النائيني بقلم العلامة الشيخ محمد تقى الآملي عليه السلام.

(٢) وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ح ١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.

(٣) راجع منية الطالب ١٤٢/١ و ١٤٣.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة ٣١٣

كون درك المضمون و خسارة تلفه على الضامن بأن يجب عليه تداركه بأداء بدله من ماله و هو مختار الشيخ الأعظم^(١).

الثاني: كون تلفه في ملك الضامن أي كل ما يقتضي صححة أن يكون المدفوع لو تلف، تلف في ملكه ففاسده أيضاً كذلك، و بعبارة أوضح: أن الضمان بمعنى الخسارة الواردة على مال الضامن و وقوع التلف في ملكه، كما يظهر من صاحب الرياض^(٢)، و نسبه النائيني^(٣) إلى العلامة في الأواني المكسورة و صاحب المقابس في مطلق الضمانات ولو في غير باب الإلتاف كباب المغصوب و نحوه، و كذلك المامقاني^(٤) نسبه إلى الشيخ على ما في حواشي الروضة، ولكن لم أجد النسبتين مع تنبهي.

الثالث: مطلق التعهد الجامع بين فرض التلف و عدمه، فالتعهد في الموجود بحفظه و حراسته و رده إلى صاحبه، و في التالف بردّ مثله أو قيمته، و هو مختار المحقق الميرزا حبيب الله الرشتي^(٥) في رسالته في الغصب، و المحققين النائيني^(٦) و الأصفهاني في حاشيته^(٧) و الإيرواني^(٨) و السادة البجنوردي^(٩) و الحكيم^(١٠) و المروج^(١١).

(١) المكاسب ١٨٣/٣.

(٢) رياض المسائل ٢٥٤/٨.

(٣) منية الطالب ٢٦٥/١.

(٤) غاية الآمال ٢٧٧/.

(٥) كما نقل عنه صاحب بُغية الطالب ١٩٩/١.

(٦) المكاسب و البيع ٣٠٠/١.

(٧) حاشية المكاسب ٣٠٩/١.

(٨) حاشية المكاسب ١١٣/٢.

(٩) القواعد الفقهية ١١١/٢.

(١٠) نهج الفقاهة ١٩٦/.

(١١) هدى الطالب ١١٢/٣.

و القائل بالقول الثاني عدل عن القول الأوَّل لأنَّ: المقبوض بالعقد الفاسد لو تلف بيد المشتري كانت خسارته عليه و وجب دفع بدله إلى البائع و أمَّا في العقد الصحيح فلا يتصور معنى للضمان - بهذا المعنى أي تدارك مال الغير - لأنَّ المال حينئذٍ تلف من ملكه و فيه، لا من ملك البائع حتَّى يجب على المشتري تداركه و لذالم يتضح المراد من كلمة الضمان في أوَّل القاعدة: «ما يضمن بصحيحه». و هذا الأمر صار موجِباً للعدول إلى القول الثاني. و اعترض عليه الشيخ الأعظم بقوله: «فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إنَّ الانسان ضامن لأمواله»^(١). و مراده عدم صدق الضمان على تلف المال المملوك لشخصٍ أنَّه ضامن لماله التالف، بل المناط فيه تدارك الخسارة الواردة على المالك إذا تلف ماله عند غيره بلا إذنه أو أتلفه ذلك الغير.

و ما يوجب عدوله إلى القول الثاني أيضاً لا يتم لأنَّ المراد بالضمان في العقود الصحيحة هو الضمان المعاوضي و هو «يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى هو و المالك على كونه عوضاً و أمضاه الشارع، كما هو المضمون بسبب العقد الصحيح»^(٢). ثم لإثبات مختاره تممه بقوله: «و أخرى: بأداء عوضه الواقعي و هو المثل و القيمة وإن لم يتراضيا عليه. و الثالثة: بأداء أقلَّ الأمرين من العوض الواقعي و الجعلي كما ذكره بعضهم في بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط تعويض قبل دفع العوض»^(٣).

و مراده ببعضهم هو المحقق الثاني في جامع المقاصد حيث قال معلّقاً على قول العلامة «فإن اوجبه فالأقرب مع التلف ضمان أقلَّ الأمرين من العوض و قيمة الموهوب»^(٤) بقوله:

(١) المكاسب ١٨٣/٣.

(٢) المكاسب ١٨٣/٣.

(٣) المكاسب ١٨٣/٣.

(٤) قواعد الأحكام ٤٠٩/٢.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة ٣١٥

«وجه القرب: إنَّ المتهم مخيّر بين الأمرين فالمحقّق - اللزوم - هو الأقل، ولأنّه إن كان العوض أقل فقد رضي به الواهب في مقابل العين.

وإن كان الموهوب أقل فإنَّ المتهم لا يجب عليه العوض، بل للواهب الرجوع في العين فلا يجب أكثر من قيمتها، ويحتمل قيمة الموهوب وقت تلفه لأنّه مضمون فوجب ضمانه بالقيمة، ويضعّف بأنّ له إتلافه بالعوض لأنّه قد سلطه على ذلك والأصحّ الأوّل»^(١).
و تبعه ثاني الشهيدين وقال: «إذا تقرر ذلك و قلنا بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته أو أقل الأمرين من ذلك و من العوض؟ وجهان، أجودهما الثاني لما عرفت من أنّ المتهم مخيّر بين الأمرين و المحقّق لزومه هو الأقل لأنّه إن كان العوض الأقل فقد رضي به الواهب في مقابلة العين، وإن كان الموهوب هو الأقل فالمتهم لا يتعيّن عليه العوض بل يتخيّر بينه و بين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها. و هذا هو الأقوى»^(٢).

ولكن صاحب الجواهر قال بعد نقل مقال الشهيد الثاني: «و لا يخفى عليك ما فيه بعد فرض عدم انفساخ العقد بذلك و الاكتفاء برّد العين مع وجودها لا يقتضي الاكتفاء بقيمتها بعد تلفها، بل اللازم من اقتضاء قاعدة تعذر أحد فردي المخيّر التي اعترف بها تعيّن الفرد الثاني فتأمل جيداً...»^(٣).

و اختار الفقيه اليزدي قول صاحب الجواهر في المقام و حيث أنّ في كلامه تحقيقاً في مسألتنا هذه نذكر كلامه بعينه قال: «اختلفوا فيما إذا تلفت العين الموهوبة بشرط التعويض قبل دفع العوض على أقوال:

(١) جامع المقاصد ١٧٨/٩.

(٢) المسالك ٦٣/٦.

(٣) الجواهر ٢١٠/٢٨.

٣١٦ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

أحدها: ما في الشرائع^(١) و عن الفاضل^(٢) و ولده^(٣) من عدم الضمان و عدم وجوب العوض.

الثاني: ما عن جماعة^(٤) من تعيّن دفع العوض المسمي لأنّه قبل التلف كان مخيّرًا بين دفعه و رد العين، و إذا تعذّر الثاني تعيّن الأوّل بعد عموم وجوب الوفاء بالعقد. الثالث: ما عن المسالك^(٥) من وجوب أقلّ الأمرين فقد رضي به الواهب في مقابل العين و إن كان الموهوب هو الأقلّ فالمتهب لا يتعين عليه العوض بل يتخير بينه و بين العين، فلا يجب عليه مع تلفها أكثر من قيمتها، و المصنف [الشيخ الأعظم] أشار إلى القول الثالث. و لا يخفى أنّ الأقوى هو الثاني بناءً على التخيير مع بقاء العين كما لا يخفى، لكن الكلام في صحة المبنى و إن ذهب إليه جمع^(٦)، فإن مقتضى القاعدة وجوب دفع المسمي معينا لعموم وجوب الوفاء بالعقود.

نعم، يتعين ما في المسالك لو قلنا - في صورة بقاء العين - بعدم وجوب دفع المسمي، و أنّ للواهب الرجوع في عينه، لا أن يكون المتهب مخيّرًا، إذ حينئذ لو تلفت العين أيضاً لا يجب عليه دفع العوض، فللواهب أخذ قيمة العين الموهوبة، لكن هذا غير ما ذكره صاحب المسالك من الوجه كما لا يخفى.

(١) الشرائع ١٨٢/٢ ولكن فيه بعد الحكم بعدم الضمان قال: «و فيه تردد».

(٢) تذكرة الفقهاء ٤٢٢/٢ من الطبع الحجري - و تنظر في التضمين في القواعد ٤٠٩/٢ و قال فيه: «ففي تضمين نظر، فإن أوجبناه فالأقرب مع التلف ضمان أقلّ الأمرين من العوض و قيمة الموهوب».

(٣) إيضاح الفوائد ٤٢٠/٢.

(٤) و منهم صاحب الجواهر ٢٨/٢١٠ كما مرّ.

(٥) المسالك ٦٣/٦ تبعاً لصاحب جامع المقاصد ١٧٨/٩ كما مرّ.

(٦) كالمحقق في الشرائع ١٨٢/٢ و العلامة في القواعد ٤٠٩/٢.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة ٣١٧

ثم لا يخفى أنه على أي حال لا يكون من التخيير بين العوض الواقعي و الجعلي حسب ما رامه المصنف، وذلك لأنه مخير بين دفع العوض المسمى و دفع العين بدفع قيمتها بناءً على ما في المسالك من الوجه، وهذا ليس تخييراً إلا بين العوض أو العين، لا بين نوعي العوض، فتأمل.

و أمّا على وجهنا فالأمر أوضح لأنه إنما يتعين دفع العوض الواقعي بعد عدم الوفاء بالعقد المفروض عدم وجوبه، فيكون من باب الفسخ، و الحكم بدفع العوض الواقعي لكون يده يد ضمان فتدبر و للكلام في المسألة مقام آخر»^(١).

أقول: لا أدري ما الفرق بين العوض الواقعي و الجعلي و ما ذكره من العوض المسمى و دفع العين بدفع قيمتها، و هل العوض المسمى غير العوض الجعلي، و هل العوض الواقعي غير دفع العين بدفع قيمتها - لو كانت قيمية - فما ردّ به على الشيخ الأعظم غير تام و لعلّ أمره بالتأمل في آخر إشكاله إشارة إلى ما ذكرناه.

و الحاصل: ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ «المراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي لأنّ هذا هو التدارك حقيقة»^(٢).

و استشهد على مختاره بأنّ اشتراط الضمان في العارية يحمل على ذلك و كذلك ما ورد في أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات^(٣) و غيرها^(٤).

(١) حاشية المكاسب ١/ (٤٥٦-٤٥٤).

(٢) المكاسب ٣/ ١٨٤.

(٣) لم أجد في كتاب الغصب من وسائل الشيعة ٢٥/ (٣٩٣-٣٨٥) ما ورد فيه لفظة ضمان إلاّ صحيحة أبي ولاد ٢٥/ ٣٩٠، ح ١، الباب ٧، و قد مرّ ممّا آنفاً أنّ المراد بها الضمان بالمعنى المصدرى لا معنىً لأسم المصدرى الذي هو محلّ الكلام.

(٤) نعم وردت لفظة ضمان في الوديعة من كتاب وسائل الشيعة ١٩/ ٨١، ح ١، الباب ٥ من أبواب

ثم تعرض لمقالة الشيخ جعفر حيث قال في شرح القواعد بعد ذكر القاعدة: «وهي صريحة في أصل الضمان إلا أنها يُحتمل فيها وجهان: أحدهما: الضمان بمقدار ما أقدم عليه من المقابل، ثانيهما: قيمته ما بلغت وهو الظاهر»^(١).

واستشكل عليه بأنه مع فرض فساد العقد لا وجه لحمل الضمان على الضمان المسمى وهو كلام متين، إلا يمكن أن يدفع عن الشيخ جعفر هذا الإشكال بحمل القيمة في كلامه على الثمن أو الضمان المسمى أو الضمان الجعلي ولكن هذا يتم في الجملة الأولى من القاعدة أي «ما يضمن بصحيحه» فقط، ويمكن حمل القيمة على القيمة السوقية في القيميات فحينئذ يتم في الجملة الثانية من القاعدة «يضمن بفاسده» فقط. وهذا الحمل في كلامه وإن كان خلاف الظاهر ولكن لا بد منه تحفظاً من ورود واضح الإشكال في كلام الأبطال.

المختار في معنى الضمان

الظاهر بمساعدة الروايات الواردة في كتاب الضمان^(٢) أنه عبارة عن التعهد والالتزام بمال الغير^(٣) وهو يصدق مع وجود عينه برده كما في المال المغصوب ومع تلفه بدفع بدله

→ كتاب الوديعة، وفي ضمان العارية إذا اشترط راجع وسائل الشيعة ٩١/١٩، ح ١، الباب ١ من أبواب كتاب العارية، و ٩٦/١٩، ح ١ و ٩٧/١٩، ح ١، وما ورد في ضمان الصنّاع راجع وسائل الشيعة ١٤١/١٩، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة ح ١ و ٦ و ١٠ و ١٩، وما ورد في ضمان الحمال ونحوه راجع وسائل الشيعة ١٤٨/١٩، الباب ٣٠ من أبواب كتاب الإجارة، ح ٤ و ٨ و ١٣.

(١) شرح القواعد ٣٤/٢.

(٢) راجع كتاب الضمان من وسائل الشيعة ٤٢٢/١٨، ح ١ و ٢ و ٣ من الباب ٢ من أبواب الضمان، و ٤٢٣/١٨، ح ١ و ٢ و ٣ من الباب ٣، و ٤٢٥/١٨، ح ١، من الباب ٤، ونحوها من الروايات.

(٣) و يؤيد هذا المعنى كلمات اللغويين، قال الفيومي في المصباح المنير ٣٦٤: «ضمنتُ المال و به

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة ٣١٩

- مثلياً أو قيمياً كان - ومع وجود العقد الصحيح بدفع المسمى و ما يجعل بين الطرفين من العوض و هذه الاختلافات من مصاديق الضمان، أو فقل من لوازمه و هو ناشئة من الاختلاف في أسباب الضمان.

و ممّا ذكرناه يظهر أنّ تفسير الشيخ الأعظم للضمان من كون درك المضمون عليه تفسير باللازم أو ذكر أحد مصاديقه.

و أبعد منه تفسيره بكون تلفه في ملك الضامن، و وقوع تلفه في ملكه ولو آناً ما قبل تلفه لعدم الموجب لتقدير هذا الملك، و لا يمكن القول بهذه الملكية و هي آناً ما قبل التلف إلا في موردين:

أحدهما: مورد الحكم بتحقق علّة الملكية.

و ثانيهما: مورد الحكم بتحقق معلولها.

وفي المقام ليس شيء منهما بمتحقق لأنّ الحكم بضمان المثل أو القيمة لا يلازم الملكية بوجه من الوجوه بل يلازم عدمها - كما قاله المحقق النائيني^(١) -.

فظهر أنّ معنى الضمان هو التعهد - كما عليه المحققون الرشتي والنائيني والأصفهاني و الإيرواني والبجنوردي والحكيم والمروج^{رحمته} كما مرّ - وردّ العين أو مثلها أو قيمتها أو ثمنها ليس إلا مصاديقه.

و لا ينقضي تعجبي من المحقق الخراساني^{رحمته} لأنّه قال: «و حيث أنّ هذه القاعدة بألفاظها، ليست ممّا دلّت بها آية و لا وردت في رواية و ما وقعت في معقد اجماع لم يكن بيان معناها من المهم بشيء، ضرورة أنّه لا بدّ أن يراد منها ما يساعد عليه سائر القواعد، و

→ ضماناً فأنا ضامنٌ و ضمينٌ ألترمته ألترمته»، و قال الجوهري في صحاح اللغة ٢١٥٥/٦: «ضمنت الشيء ضماناً كلّفْتُ به فأنا ضامنٌ و ضمينٌ».

(١) المكاسب و البيع ٣٠٣/١.

٣٢٠ الآراء الفقهيّة - البيع (١) / ج ٤

أمّا المهم بيان أنّ قضيتها الضمان في أيّ الموارد، ساعد عليه ظاهر القاعدة أو لم تساعد، وهكذا الحال في عكسها»^(١).

و تبعه المحقّق السيّد الخوئي^(٢) في المقام.

الجهة الثالثة: العموم في كلّ عقد هل يكون بلحاظ النوع أو الصنف أو الأشخاص؟

المراد بالنوع هو جنس المعاملة القائمة بالطرفين من البيع والإجارة والهبة والعارية

والصلح والجعالة والوديعة والوكالة والرهن ونحوها.

ثم إنّ لكلّ نوع من هذه الأنواع أقساماً وهي أصناف ذلك النوع نحو البيع وما في

تحتة من بيع النقد والنسيئة والصرف والحيوان والثمار والفضولي والغرري ونحوها. و

الإجارة وما تحتة من إجارة الأعيان والأعمال، والهبة وما تحتة من الهبة بذي رحم أو

بشرط التعويض أو المعوضة ونحوها. والعارية وما تحتة من عارية النقدين وغيرهما و

العارية بشرط الضمان وغيرها.

و المراد بالأفراد هو أشخاص العقود التي تقع خارجاً بإنشاء المتعاقدين.

إن كان المراد من العقد النوع يدخل بعض العقود المحدّدة في القاعدة نحو: البيع و

الإجارة والجعالة، وإن كان المراد منه هو الصنف يدخل فيها أصناف متعددة، وإن كان

المراد منه الشخص يدخل فيه الكثيرون. هذا كلّ بحسب مقام الثبوت.

و أمّا بحسب مقام الإثبات فقد ذهب الشيخ الأعظم^(٣) إلى أنّ المراد من العقد هو

صنّفه، لأنّه لو كان المراد منه أنواع العقود^(٤) يلزم منه عدم أطراد نقيض القضية نحو أن يكون

(١) حاشية المكاسب / ٣٠.

(٢) مصباح الفقاهة ٣/ ٨٧.

(٣) المكاسب ٣/ ١٨٥.

(٤) كما ذهب إليه الميرزا حبيب الله الرشتي^(٤) ونقله تلميذه في بغية الطالب ١/ ٢٠٠.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة ٣٢١

الصلح لا يقتضي الضمان فيكون فاسده كذلك، مع أن الصلح المعاوضي يقتضي الضمان و كذلك العارية والهبة ونحوها.

و كذا لا يمكن أن يكون المراد من العقد أشخاصه - خلافاً لاحتمال صاحب الجواهر^(١) - لأن ظهور القاعدة في فعالية القسمين يمنع عن الحمل على الأشخاص، لأن الفرد الشخصي الموجود في الخارج جزئي ولا يمكن له الاتصاف بوصفين متقابلين وهما الصحة والفساد بل يوجد إما صحيحاً وإما فاسداً، و يتوقف اتصافه بوصفين على التقدير و الفرض و هو خلاف الظاهر.

لا يقال: منشأ الضمان شخص العقد الصادر لو كان صحيحاً هو الإقدام و هو موجود في صورة فساد فالبيع مع الثمن لو كان صحيحاً يضمن لمكان الإقدام ففي فاسده أيضاً كذلك، و البيع بلا ثمن لو كان صحيحاً ليس فيه الضمان لمكان إنتفاء الإقدام ففساده أيضاً كذلك.

لأننا نقول: إن الكلام في القاعدة نفسها و الإقدام مدرك للقاعدة - كما يأتي - و هو خارج عن محل الكلام.^(٢)

فلا بد أن يحمل العموم في كل عقد على صنفه، هذا ما ذكره الشيخ الأعظم رحمته بتقرير منّا في المقام.

ولكن اعترضه المحقق النائيني و حمل كل عقد على العموم الأفرادي أي الاحتمال الأخير في كلام الشيخ الأعظم و استدل لقوله بوجهين:

الأول: الحمل على الأشخاص و العموم الأفرادي هو ظاهر القضية كما في غيرها من

(١) الجواهر ٢٧/٢٤٧ في كتاب الإجارة بحث الإجارة الفاسدة.

(٢) راجع المكاسب ٣/١٨٧ و ١٨٦.

القضايا، لأنّ قضية كلّما يضمن بصحيحه يضمن بفساده نظير جميع القضايا الحقيقية في كونها منحلّة إلى شرطية شرطها عقد وضعها و جزائها عقد حملها، فمعنى ما يضمن بصحيحه هو أنّه لو وجد عقد وكان على تقدير وجوده و صحته ممّا فيه الضمان فهو على تقدير وجوده و فساده فيه الضمان أيضاً.

الثاني: إنّ هذه القضية بالفاظها ليست واردة في نصّ الكتاب أو السنّة، بل إنّما هي قاعدة أشتُخِرَتْ من مدرّكها فالمتبع حينئذ هو المدرّك و مدرّك هذه القاعدة هو الإقدام - كما يأتي - وإذا كان المدرّك مقتضياً للإحتمال الأخير - كما اعترف عليه الشيخ الأعظم - يتعيّن الحمل عليه ولو كان اللفظ ظاهراً في غيره.^(١)

و تبعه تلميذه السيّد البجنوردي رحمته و قرّره بقوله حتّى يرفع عنه إشكال الشيخ الأعظم: «ليس المراد أنّ هذا الشخص الخارجي الذي صحيح و فاسد، صحيحه كذا و فاسده كذا، بل المراد أنّ كلّ عقد أو إيقاع كان بحيث أنّه على تقدير أن يكون صحيحاً فيكون فيه الضمان فهو على تقدير فساده أيضاً يكون فيه الضمان أي بعد القبض. و كلّ عقد أو إيقاع على تقدير صحته لا يوجب الضمان لأنّه أقدم على أن يكون مجاناً و بلا عوض فهو على تقدير فساده أيضاً لا يوجب الضمان لأنّه أقدم على أن يكون بلا عوض و مجاناً فيكون بواسطة هذا الإقدام خارجاً عن تحت عموم على اليد تخصيصاً أو تخصصاً. و هذا الحكم عام يشمل جميع أشخاص طبيعة العقد أو الإيقاع...»^(٢).

و انتقد المحقّق الخميني كلامَ النائيني بعد ما ذهب إلى الأخذ بظاهر العموم الأفرادي بقوله: «مقتضى القضية الحقيقية على فرض صحة تفسيرها بما ذكر ليس إلاّ فرض وجود

(١) المكاسب و البيع ٣٠٥/١.

(٢) القواعد الفقهيّة ١١٥/٢.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة ٣٢٣

أفراد الطبيعة لا فرض فرد منها مقام فرد آخر، فقله: «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» معناه على طبق القضية الحقيقية المفروضة أنّه كلّ عقدٍ إذا وجد في الخارج وكان صحيحاً موجباً للضمان إذا وجد فاسده في الخارج كان موجباً للضمان، وهذا غير فرض وجود الفاسد صحيحاً، فالحقيقية تقتضي فرض وجود الموضوع، لا فرض وجود منه وجوداً آخرأ أو فرض وصف من الفرد وصفاً آخرأ»^(١).

أقول: يرد هذا الاشكال على النائيني ولكن من عجيب الاتفاق أنّ المستشكل رحمته ذهب إلى مقالة يرد عليه هذا الإشكال فيها بعينه حيث يقول: «... وأما أن يكونا على الفرض و التقدير كما هو قضية القضايا الشرطية، فيراد بها أن كلّ عقد فرض أنّه موجود في الخارج صحيحاً و كان فيه الضمان لو فرض أنّه موجود فاسداً يكون فيه الضمان، فحينئذ يمكن الأخذ بظهور الصدر في العموم الأفرادي، فيقال: كلّ فرد لو وجود في الخارج و كان صحيحاً و فيه الضمان لو وجود في الخارج فاسداً فكذلك يشمل الإجارة بلا أجرة و البيع بلا ثمن مثلاً»^(٢).

و أعجب منه مقالة السيّد الحكيم تبعاً للمحقّق الهمداني^(٣) رحمته لأنّه لا يمكن حملها على الفرد و الشخص، حيث يقول: «... فالمراد بالعقد هو الجامع بين فردين لا الفرد الذي يكون موضوعاً لحالين: الصحة و الفساد»^(٤).

و المختار في المقام حمل كلّ عقد على العموم الأفرادي و على الفرد و الشخص و لا محالة لا بدّ من تقدير بلافق بين إرادة الفرد أو الصنف كما نبّه عليه المحقّق الإشكوري حيث

(١) كتاب البيع ٢٦٨/١.

(٢) كتاب البيع ٢٦٩/١.

(٣) حاشية المكاسب ٤٩/ للفقيه الهمداني.

(٤) نهج الفقهة ٢٠١.

يقول: «أمّا ارادة اتصاف الثاني و الفرضي، لعدم وجودهما في الفرد فعلاً فلا ضرر فيها أبداً بعد كون الفرض و التقدير لازماً على تقدير إرادة النوع و الصنف أيضاً بأن يقال: إنّ هذا الصنف على تقدير وجوده في الخارج صحيحاً مضمون فكذا فاسداً، غاية الأمر أنّ المقدّر في الصنف هو الوجود، و في الفرد هو تقدير الصحة، أي كلّ فرد على تقدير صحته يضمن كان فاسده أيضاً كذلك...»^(١). و بهذا البيان يرتفع الاشكال عن النائيني و السيّد الخميني. و على ما ذكرناه يكون معنى القاعدة ما ذكره المحقّق الشهيدي من قوله: «أنّ كلّ عقد يكون فردة الخارجي المتصف بوصف الصحة موجباً للضمان، ففردة الخارجي المتصف بوصف الفساد مع تحقّق أصل حقيقة العقد المتحد مع الفرد الصحيح من جميع الجهات إلّا الجهة الموجبة للفساد، يكون موجباً له أيضاً»^(٢).

الجهة الرابعة: معنى الباء في القاعدة

ذكر الشيخ الأعظم^(٣) لمعنيها ثلاثة احتمالات:

الأوّل: الظرفية و أنّها بمعنى «في» نحو قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ بِبَدْرٍ﴾^(٤) و قوله تعالى: ﴿وَبِالْأَسْحَارِ هُمْ يَسْتَغْفِرُونَ﴾^(٥) و قوله تعالى: ﴿وَنَجَّيْنَاهُمْ بِسِحْرِ﴾^(٦). و صار معنى القاعدة كلّ عقد تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده أيضاً. الثاني: السببيّة نحو قوله تعالى: ﴿إِنكُمْ ظَلَمْتُمْ أَنْفُسَكُمْ بِاتِّخَاذِكُمُ الْعَجَلِ﴾^(٧) و

(١) بُغِيَةَ الطالِب ٢٠٠/١، و نحوها في غنية الطالب ١٢٧/٢.

(٢) هداية الطالب ٢٤٧/٢.

(٣) المكاسب ١٨٧/٣.

(٤) سورة آل عمران ١٢٣.

(٥) سورة الذاريات ١٨.

(٦) سورة القمر ٣٤.

(٧) سورة البقرة ٥٤.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة ٣٢٥

قوله تعالى: ﴿فَكَلًّا أَخَذْنَا بِذَنْبِهِ﴾^(١) وقسمها إلى قسمين:

أ: السببية التامة: بمعنى العلية التامة بحيث يكون العقد على نحو العلية التامة بالنسبة إلى الضمان في العقود الصحيحة و الفاسدة، و نفي هذا الاحتمال في العقدين.
ب: السببية المطلقة الشاملة للناقصة: بحيث يكون العقد سبباً ناقصاً لإيجاد الضمان في العقد الصحيح و الفاسد لأنَّ كلَّ منهما يحتاج إلى القبض لترتب الضمان.
و عند الشيخ الأعظم كلُّ من ألاحتمالين الأول و الثاني من القسم «ب» محتمل ولكن احتمال السببية التامة بمعنى العلية التامة لا يتم.

ثم ذكر أن الغرض من ذكر هذه المحتملات هو دفع توهمين^(٢):

الأول: سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد على

الصحيح في السببية؟!

الثاني: ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض فلا بد من تخصيصها

بإجماع أو حديث على اليد و نحوها. انتهى ما ذهب إليه الشيخ الأعظم^(٣).

أقول: ظهر من الشيخ بطلان السببية التامة بمعنى العلية التامة و هو تام.

و أمّا الظرفية فيمكن ان يناقش فيها بانتفاء الظرفية الحقيقية لأنَّ العقد لا يكون

ظرفاً حقيقياً للضمان فلا بد من التجوّز فيها بجعل استعمالها في الظرفية بمناسبة السببية، وكذا

الظرفية الاعتبارية لأنَّ الظرف الاعتباري للضمان هو العهدة - كما مرّ - نعم، العقد سبب

لثبوت الضمان في العهدة فلا بدّ حينئذ من التجوّز أيضاً، فكلُّ من احتملي الظرفية يكون فيهما

التجوّز و هو خلاف الظاهر و الأصل.^(٣)

(١) سورة العنكبوت ٤٠/.

(٢) المكاسب ١٨٨/٣.

(٣) راجع كتاب البيع ٢٦٩/١ و هدى الطالب ٩٨/٣.

فيبقى القول بالسببية الناقصة للعقد لترتب الضمان في الصحيح والفاسد كما هو مختار المحققين الشهيدي^(١) والنائيني في أحد تقريراته^(٢) والخميني^(٣) والمروج^(٤). خلافاً للسيد الإشكوري^(٥) حيث ذهب إلى السببية التامة في العقود الصحيحة والسببية الناقصة في العقود الفاسدة.

و خلافاً للفقهاء اليزدي^(٦) و المحقق الإيرواني^(٧) حيث ذهبوا إلى الظرفية، وعدّها الأوّل منهما الأوّل، والثاني عدّها تعيناً، مع إقراره بأنّه: «نعم، كون الظرفية خلاف ظاهر الباء مسلّم»^(٨).

و خلافاً للهمداني^(٩) و النائيني في أحدٍ تقريراته^(١٠) و السيد البجنوردي^(١١) و السيد السبزواري^(١٢) لأنّهم وافقوا الشيخ الأعظم في الاحتمالين.

الجهة الخامسة: هل يعتبر فيها الضمان بمقتضى العقد أو تشمل الضمان بمقتضى الشرط؟ اقتضاء العقد الصحيح للضمان تارة يكون بذات العقد نحو البيع وأخرى يكون

(١) هداية الطالب ٢/٢٤٧.

(٢) المكاسب و البيع ١/٣٠٧.

(٣) كتاب البيع ١/٢٦٩.

(٤) هدى الطالب ٣/٩٨.

(٥) بغية الطالب ١/٢٠٣.

(٦) حاشية المكاسب ١/٤٥٧.

(٧) حاشية المكاسب ٢/١١٤.

(٨) حاشية المكاسب للإيرواني ٢/١١٥.

(٩) حاشية المكاسب ٩/٤٩ للفقهاء الهمداني.

(١٠) منية الطالب ١/٢٦٩.

(١١) القواعد الفقهيّة ٢/١١٤.

(١٢) مهذب الأحكام ١٦/٢٥٣.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة ٣٢٧

بالشرط نحو شرط الضمان في العارية أو شرط ضمان العين في الإجارة، لأشكال في شمول القاعدة للقسم الأول - أي إذا كان الضمان بذات العقد - ولكن هل تشمل القسم الثاني - أي إذا كان الضمان بالشرط النافذ - أم لا؟

ذهب الشيخ الأعظم إلى الأول بدعوى أن «المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه»^(١) و استشكل في شمول القاعدة للثاني.

أقول: بناءً على المختار من أن العموم في كل عقد هو العموم للأفرادي وأن المراد بالباء هو السببية المطلقة الشاملة للناقصة لا إشكال في شمول القاعدة لكل من القسمين - أي إذا كان الضمان بذات العقد أو إذا كان بالشرط - لأن الثاني أيضاً من أفراد القاعدة وإذا كان العقد المشروط بالضمان صحيحاً يكون بفساده أيضاً ضماناً.

أمّا بناءً على مختار الشيخ الأعظم من أن العموم فيها صنفى والمراد بالباء إذا كان السببية هكذا يمكن القول بالشمول لأن العقد مع الشرط و بدونه صنفان مستقلان^(٢) فتجري القاعدة في حق كل منهما أي إذا كان العقد المشروط بالضمان سبباً للضمان صحيحاً فكذلك سبباً للضمان فاسداً.

وكذا على مختاره من العموم الصنفى والمراد بالباء إذا كان الظرفية والأمر كذلك بل هو أوضح وتشملهما القاعدة، أي إذا كان العقد المشروط بالضمان في صحيحة ضمان يكون في فاسده أيضاً ضماناً.

فما ذكره الشيخ من التبادر بالنسبة إلى الاختصاص هو مكابرة.

ويؤيد ما ذكرنا أن منشأ الضمان في القاعدة هو الإقدام على الضمان والمعاوضة وهذا

(١) المكاسب ١٨٥/٣.

(٢) كما تبه عليه الفقيه اليزدي في حاشية المكاسب ٤٥٦/١.

المنشأ كما يكون موجوداً في ذات العقد كذلك يمكن أن يكون موجوداً في الشروط. فلا فرق بينهما.

و على ما ذكرنا ذهب الشهيد الثاني في مسألة الاستعارة من الغاصب مع جهل المستعير بالغصب واشتراط الضمان، فهل للمالك أن يرجع إلى المستعير لو تلفت العين؟ قال: «... لأننا لم نضمّنه من حيث الغصب بل من حيث كونها عارية مضمونة و دخوله على ذلك، فإذا تبين فسادهما لحقّ حكم الفاسد بالصحيح، كما سلف من القاعدة»^(١).

فالشهيد الثاني يجعل الضمان من مشمولات القاعدة و بمقتضى الشرط و تبعه سيّد الرياض إذ قال: «... وإن أُلزم الغاصب لم يرجع على المستعير، إلّا مع علمه أو كون العين مضمونة فيرجع عليه فيهما لاستقرار الضمان عليه في الأوّل وإقدامه في الثاني على الضمان مع صحة العارية فكذا عليه الضمان مع الفساد، للقاعدة الكلية أن كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده لكن هذا لا يوجب إلّا ضمان العين دون المنفعة، فإنّها ليست بمضمونة بالكلية ولو في الذهب و الفضة، بل المضمون فيهما هو العين خاصة»^(٢).

ولكن ما ذكرنا لا يجري بالنسبة إلى ما يكون من قبيل شرط عدم الثمن في البيع أو عدم الأجرة في الاجارة أو عدم المهر في النكاح، لأنّ البيع - لو خلّي و نفسه - يكون مقتضياً للضمان وكذا الاجارة مقتضياً للأجرة و النكاح للمهر، وإذا اشترط في البيع عدم الثمن أو في الاجارة عدم الأجرة أو في النكاح عدم المهر يكون الشرط موجباً لعدم الإقدام - الذي هو منشأ الضمان - فيقع باطلاً على قول أو يكون هبة مجانية بالنسبة إلى العين أو المنفعة أو البضع على قول آخر بناءً على جواز إيقاع العقود بالألفاظ المجازية فإن المراد من البيع حينئذ هو

(١) المسالك ١٤٢/٥.

(٢) رياض المسائل ٤٥٠/٩.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة ٣٢٩

الهبية، وكذا المراد من الاجارة هو هبة المنافع أي العارية، والمراد من النكاح هبة المهر أو صلحه مجاناً أو تفويض البضع^(١)، و يكون الشرط قرينة عليه فنفس الشرط يوجب الإقدام على المجانية، فإن كانت هبة صحيحة فلا ضمان فيها وإن كانت فاسدة فلا ضمان أيضاً لأجل عدم الإقدام كما تبّه عليه المحقق النائيني^(٢).

ثم اختار^(٣) فساد هذا القبيل وقال: «و التحقيق هو البطلان مطلقاً سواء قلنا بصحة العقد بالألفاظ المجازية أم لا، أمّا على الثاني فواضح وأما على الأول فلاّنه على تقدير القول به يقتصر على ما إذا لم يكن الإنشاء بالألفاظ الدالة على ما يضاد المعنى الحقيقي مثل إنشاء البيع بلفظ الهبة أو الهبة بلفظ البيع ممّا يكون مدلول القرينة منافياً لمقتضى العقد بحيث يوهم اندارجه تحت الشرط المخالف للعقد بل كان مثل لفظ نقلتُ وأشباهه من الألفاظ المجازية التي كان المانع عن انعقاد العقد بها كون معناها معنى جنسياً مشتركاً محتاجاً إلى انضمام فصل إليه المستلزم لتدرجية إيجاده المنافي مع بساطته»^(٣).

و تبعه تلميذه السيّد الخوئي^(٤).

و على أيّ حال وافقنا على عدم ضمان في هذه الفروض الشهيدان^(٥) واليك نص كلامهما مع اعتراض المحقق الثاني على الشهيد ودفاع ثاني الشهيدين عن الأول: قال المحقق الثاني نقلاً من الشهيد: «و في حواشي الشهيد: إنّ هذا إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأجرة، أو يكون متضمناً له فهناك يقوى عدم وجوب الأجرة لدخول العامل على ذلك»^(٥).

(١) المكاسب و البيع ٣٠٧/١.

(٢) و ذهب إلى الأخير الفقيه الأصفهاني في الوسيلة ٣٤٦/٢.

(٣) المكاسب و البيع ٣٠٩/ و ٣١٠.

(٤) مصباح الفقاهة ٩٧/٣.

(٥) جامع المقاصد ١٢٠/٧.

و استحسنة الشهيد الثاني في المسالك.^(١)

و اعترض المحقق الثاني على الشهيد وقال: «هذا صحيح في العمل، أمّا مثل سكنى الدار التي يستوفيهما المستأجر بنفسه، فإنّ اشتراط عدم العوض إنّما كان في العقد الفاسد الذي لأثر لما تضمنه من التراخي فحقّه وجوب أجره المثل. ومثله ما لو باعه على أن لا ثمن عليه. ولو اشترط في العقد عدم الأجرة على العمل فعمل فلا شيء، لتبرعه بعمله»^(٢).

و أجاب الشهيد الثاني عنه بقوله: «و يندفع الاشكال فيها بأنّه مع اشتراط عدم الأجرة يكون اللفظ الوارد في ذلك دالّاً على إعارة العين المؤجّرة فإنّ الإعارة لا تختص بلفظ مخصوص بل ولا على لفظ مطلقاً كما تقدم. ولا شك أنّ اشتراط عدم الأجرة صريح في الإذن في الانتفاع من غير عوض، باللفظ فضلاً عن القرينة فلا يترتب عليه ثبوت أجره»^(٣).

و استدل صاحب الجواهر للشهيد بقوله: «و كان وجهه أنّه متبرع بالمال و العمل مجاناً قادم على ذلك، فهو أشبه شيء حينئذ بالعقود الفاسدة المجانية كالهبة والعارية ونحوهما مما لا يضمن بفاسدهما فلا يضمن بصحيهما.

بل قد يقال بشمول هذه القاعدة للفرض، بناءً على ارادة أشخاص العقود منها لأصنافها ولا ريب في عدم الضمان في المقام لو فرض صحة العقد المزبور، فكذلك لا يضمن به على الفساد للقاعدة المزبورة التي عرفت أنّ الوجه فيها إقدامهما على عدم الضمان في التقديرين كما أنّك قد عرفت تقريره حينئذها»^(٤).

(١) المسالك ١٨٤/٥.

(٢) جامع المقاصد ١٢٠/٧.

(٣) المسالك ١٨٤/٥.

(٤) الجواهر ٢٤٧/٢٧.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الأول: قاعدة الإقدام ٣٣١

و استشكل العلامة في الضمان و قال: «و الأقرب انعقاد البيع بلفظ السَلَم فيقول: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا الدينار و كذا^(١) لو قال: بعتك بلا ثمن أو على أن لا ثمن عليك، فقال: قبلت، ففي إنعقاده هبة نظر، ينشأ من الالتفات إلى المعنى و اختلال اللفظ، و هل يكون مضموناً على القابض؟ فيه إشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضموناً و دلالة لفظه على اسقاطه»^(٢).

أقول: الظاهر من الفقهاء صحة عقد النكاح بلا مهر قال الفقيه الأصبهاني في الوسيلة: «بل لو صرّحت بعدم المهر بأن قالت زوّجتك نفسي بلامهر، فقال: قبلت صح و يقال لهذا - أي لإيقاع العقد بلامهر - تفويض البضع و للمرأة التي لم يذكر في عقدها مهر مفوّضة البضع»^(٣).

فما ذكرناه من بطلان هذه العقود لا يجري في عقد النكاح.

هذا كلّ في المقام الأول من البحث أعني معاني ألفاظ القاعدة، ثمّ يقع البحث في

مدركها.

المقام الثاني: مدرك القاعدة

الأول: قاعدة الإقدام

و المراد بها أنّ كيلا المتعاقدين أقدا على أن يكون مال الآخر انتقل إليه بضمان لا مجاناً و بلا عوض.

من بعض كلمات الشيخ يظهر أنّ مدرك قاعدة ما يضمن هو قاعدة الإقدام حيث حكم بدخوله في البيع أو الاجارة أفاستدين على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى فإذا

(١) لم يرد لفظه كذا في نسخة.

(٢) القواعد ٤٤/٢.

(٣) وسيلة النجاة ٣٤٦/٢ من الطبع الحجري.

لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة.^(١)
 و قد يظهر من الشهيد الثاني أنّ مدرك قاعدتنا هو الإقدام حيث يقول في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل: «... و فاسد كل عقد يتبع صحيحه في الضمان و عدمه فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك و حيث كان صحيح البيع مضموناً على المشتري ففاسده كذلك. و السر في ذلك أنّهما تراخيا على لوازم العقد فحيث كان مضموناً فقد دخل القابض على الضمان و دفع المالك عليه، مضافاً إلى قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي، و هو واضح»^(٢).

ولكن يظهر منه في بحث المقبوض بالعقد الفاسد أنّ قاعدتنا دليل مستقل في رديف قاعدة الإقدام و حديث اليد فقال: «لا إشكال في ضمانه إذا كان جاهلاً بالفساد لأنّه أقدم على أن يكون مضموناً عليه فيحكم عليه به و إن تلف بغير تفریط و لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي و من القواعد المقررة في هذا الباب أنّ كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده و أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده»^(٣).

كما يظهر من الشيخ الأعظم ذلك حيث يقول بعد صفحة: «نعم في المسالك ذكر كلاً من الإقدام و اليد دليلاً مستقلاً»^(٤).

ثم ناقش الشيخ الأعظم^(٥) قاعدة الإقدام بوجوه ثلاثة:

(١) راجع المبسوط ٦٥/٣ و ٦٨ و ٨٥ و ٨٩، ٢٠٤/٢ كما مرّ نصوص كلام الشيخ في أوّل البحث

حول قاعدة ما يضمن فراجعها.

(٢) المسالك ٥٦/٤.

(٣) المسالك ١٥٤/٣.

(٤) المكاسب ١٩١/٣.

(٥) المكاسب ١٨٩/٣ و ١٨٨.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الأول: قاعدة الإقدام ٣٣٣

الأول: الضمان الموجود في العقد المعاوضي هو الضمان المسمى في العقد الفاسد وهو الضمان الخاص فالمتعاقدان أقدماء و تراضيا و تواطئا بالعقد الفاسد عليه و المفروض عدم امضاء الشارع لذلك، و أمّا الضمان الواقعي - وهو المثل أو القيمة - مما لم يُقدّم عليه .
وبعبارة أخرى: قاعدة الإقدام لا تثبت الضمان الواقعي، إذ المُقَدَّم عليه - وهو الضمان المعاوضي - المسمى - وهو غير واقع، و الواقع المدعى هو الضمان المثل أو القيمة غير مُقَدَّم عليه .

الثاني: النسبة بين قاعدتي ما يضمن و الإقدام عموم من وجه فلا يمكن أخذ قاعدة الإقدام مدركاً لقاعدة ما يضمن، إذ قد يكون الإقدام موجوداً و لا ضمان نحو تلف المبيع قبل القبض، و قد يكون الضمان و لا إقدام في البين نحو: شرط ضمان المبيع على البائع إذا تلف عند المشتري، و كما إذا قال: بعثك بلائمن أو آجرتك بلا أجره .

الثالث: ما الدليل على أن كون قاعدة الإقدام موجبا للضمان على نحو الاستقلال في رديف قاعدتي الإلتاف و استيفاء المنفعة و نحوهما؟

ولكن يمكن أن يجاب عن الشيخ الأعظم رحمته بأمور:

عن اشكاله الأول بما ذكره المحقق الخراساني بقوله: «يمكن أن يقال بأنّهما أقدماء على أصل الضمان في ضمن الإقدام على ضمان خاص، و الشارع إنّما لم يمض الضمان الخاص لا أصله، مع أنّ دليل فساد العقد ليس بدليل على عدم إمضائه فافهم»^(١).

و بعبارة أخرى: إنّ هنا إقدامين هما: إقدام عام على أصل الضمان و إقدام خاص على الضمان المسمى و إذا حكم الشارع ببطلان العقد يبطل الإقدام الخاص - أي ضمان المسمى - ولكن الإقدام العام باقٍ على أصل الضمان .

(١) حاشية المكاسب / ٣١ .

و بعبارة ثالثة: المقصود من البيع أولاً وبالذات هو تملك الغير للمبيع و تملكه للثمن و أمّا خصوصية الثمن يمكن أن يقال أنّه مطلوب آخر فبانتفائه لا ينتفي ما هو المطلوب أولاً^(١). أعني إذا حكم الشارع ببطلان العقد بطل الثمن المسمى ولكن أصل الضمان يمكن أن يكون باقياً على نحو تعدد المطلوب. أو على نحو الشرط في ضمن العقد حيث بطلان الشرط لم يسر إلى العقد. و أصل العقد باق على صحته. لأنّ العقد هو الأصل و الشرط هو الفرع، و بطلان الفرع لا يسري إلى الأصل.

و يمكن أن يجاب عن إشكاله الثاني: بأن تلف المبيع قبل القبض يعدّ انفساخاً حقيقياً للعقد و مع الانفساخ لا يصدق الإقدام و لا الضمان، و أمّا في مثل البيع بلا ثمن و الاجارة بلا أجره فقد مرّ عدم الضمان تبعاً للشهيدين عليه السلام. و أمّا شرط ضمان المبيع على البائع إذا تلف عند المشتري فهو إمّا شرط فاسد لا يفسد به العقد، أو أنّه شرط مفسد للعقد و في الصورتين لم يتم ضمان البائع. فما ذكره الشيخ الأعظم من النقوض غير تام.

و يمكن أن يجاب عن اشكاله الثالث الذي قبله المحقّق الخراساني في قوله: «لكن لا دليل على كون الإقدام سبباً للضمان أصلاً»^(٢) و الفقيه اليزدي لأنّه قال: «الأولى أن يقال إنّ الإقدام لا يكون موجباً للضمان أصلاً لعدم الدليل عليه و هذا هو الوجه...»^(٣).

يمكن أن يقرر الجواب بأنّ دليل حجية قاعدة الإقدام هو سيرة العقلاء و بناؤهم في أبواب المعاملات على أنّه إذا أخذ شيئاً من الطرف، لا يأخذه إلاّ أن يعطي بدله و عوضه، فإن تراضيا على العوض المعين - المسمى - فهو، و إن تعذّر المسمى - بأيّ دليل كان التعذر - يرون المأخوذ مضموناً على الآخذ بالضمان الواقعي - أي المثل أو القيمة - فإذا حكم الشارع

(١) كما في حاشية المكاسب / ٥١ للفقهاء الهمداني.

(٢) حاشية المكاسب / ٣١.

(٣) حاشية المكاسب / ٤٥٧/١.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الثاني: خبر اليد ٣٣٥

بفساد المعاملة و عدم لزوم أداء المسمى يرونه ضامناً بالضمان الواقعي. ولم يرد من الشارع ردع هذه السيرة والبناء.^(١) وإذا قررنا قاعدة الإقدام بهذا التقرير لا يمكن ردّها و يمكن أن نجعله دليلاً لقاعدة الإقدام فتأمل.

اعترف الشيخ الأعظم ببعض ما ذكرنا حيث يقول بعد سطور: «ثم إنّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام و الدخول عليه، بيان أنّ العين والمنفعة اللذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجاناً و تبرّعاً حتّى لا يقضي احترامهما بتداركهما بالعوض كما في العمل المتبرّع به و العين المدفوعة مجاناً أو أمانة»^(٢).

هذا نظير ما ذكرناه ولكن أضاف إليه: «فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال و احترام الأعمال»^(٣).

أقول: و في هذه الاضافة نظر بين يظهر من التأمل في ما ذكرناه.

الثاني: خبر اليد:

و هو قوله صلى الله عليه وآله: على اليد ما أخذت حتّى تؤدى^(٤).

قال الشيخ الأعظم: «و أمّا خبر اليد فدلالته و إن كانت ظاهرة و سنده منجبراً إلاّ أنّ مورده مختص بالأعيان، فلا يشمل لمنافع و الأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة»^(٥). و قال بعد صفحات: «و لا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع، و حصولها

(١) قرر السيّد البجنوردي هذا البناء للعقلاء في القواعد الفقهية ١٠٥/٢ و جعلها دليلاً مستقلاً للضمان. و تبعه السيّد الخوئي في مصباح الفقاهة ٩٦/٣.

(٢) المكاسب ١٩٠/٣.

(٣) المكاسب ١٩١/٣.

(٤) عوالي اللآلي ٢٢٤/١، ح ١٠٦، ٣٨٩/١، ح ٢٢ و قد مرّ مصادره في ما سبق.

(٥) المكاسب ١٨٩/٣.

في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ و دعوى: أنه كناية عن مطلق الاستيلاء
الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة»^(١).

و يظهر من الشيخ الطوسي تمسكه بخبر اليد حيث قال في مسألة إذا باع عبداً بيعاً
فاسداً: «... وإذا وجب ردّه نُظِرَ فإن كان بحاله لم يزد و لم ينقض ردّه و لا شيء عليه إلا أن
يكون له أجره و هو أن يكون المبيع ممّا ينتفع به مع بقاء عينه انتفاعاً مقصوداً فيجب أجره
مثله للمدّة التي أقام في يده...»^(٢).

و أنت ترى تمسكه باليد حتّى في المنافع و بعد صفحة يظهر منه أنّها خبر اليد حيث
يقول: «... و إن ردّها حاملاً و ولدت في يد البائع لزمه ما ينقص بالولادة...»^(٣).

و كذا قال: «فإذا ثبت أنّ البيع فاسد نظر فإن كان المبيع قائماً أخذه مالكة و هو البائع
الأوّل... و إن طالب الثاني و غرمه لم يرجع إلى الأوّل لأنّه تلف في يده...»^(٤).

و قال: «... و إن طالب البائع رجع البائع على المشتري بأكثر ما كانت قيمته من حين
قبضه إلى حين العتق، لأنّه دخل على أنّه عليه بعوض و قد تلف في يده، و إن طالب
المشتري لم يرجع المشتري على البائع بما غرم لأنّ التلف في يده، فاستقرّ الضمان عليه»^(٥).

و قد تقدم كلام الشهيد الثاني و تمسكه بخبر اليد و جعلها من مدارك قاعدة ما
يُضمن و قد مرّ أيضاً عدّها في رديف خبر اليد للضمان.^(٦)

(١) المكاسب ٢٠٤/٣.

(٢) المبسوط ١٤٩/٢.

(٣) المبسوط ١٥٠/٢.

(٤) المبسوط ١٥٠/٢.

(٥) المبسوط ٩٨/٣.

(٦) المسالك ١٥٤/٣.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الثاني: خبر اليد ٣٣٧

ثم خبر اليد هل يشمل المنافع المستوفاة و غير المستوفاة أم لا، و يختص بالأعيان

فقط؟

ذهب الشيخ الأعظم^(١) إلى أنه مختص بالأعيان بالأدلة التالية:

- ١- عدم شمول لفظة «ما» الموصولة للمنافع.
- ٢- عدم صدق الأخذ عرفاً بالنسبة إلى المنافع ولو حصلت في اليد بقبض العين.
- ٣- دعوى أن المراد من الأخذ هو مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان

مشكلة.

و أضاف إليها المحقق الأصفهاني وجهاً رابعاً وهو:

- ٤- «عدم صدق التأدية في المنافع مطلقاً فإن ظاهر قوله «حتى تؤدي» كون عهدة المأخوذ مغيية بأداء النفس المأخوذ و المنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حد ذاتها، لا كالعين التي لها أداء في حد ذاتها وإن عرضها الامتناع ابتداءً أو بقاءً»^(٢).
- و قد شرح لنا المحقق السيد الخوئي بيان أستاذه بقوله: «أن الظاهر من ذيله هو اختصاصه بالأعيان فقط، بدهة أن الظاهر من الأداء هو رد المأخوذ بعينه بدءاً. و مع عدم التمكن منه ينوب عنه رد المثل أو القيمة. و من الواضح أن رد المأخوذ بعينه لا يعقل في المنافع، لأنها ما لم توجد في الخارج ليست بمضمونة و بعد وجودها فيه تنعدم و تنصرم، و حينئذ فلا يمكن أدائها إلى المالك كلياً يشملها دليل ضمان اليد»^(٣).

و أضاف السيد الحكيم وجهاً خامساً وهو:

- ٥- أن المراد من الأخذ هو «الاستيلاء على شيء يتوقف على كونه موجوداً حقيقياً

(١) المكاسب ٢٠٤/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٣١٧/١.

(٣) مصباح الفقاهة ١٢٨/٣.

ولا يصح بالإضافة إلى المنافع التي هي من الأمور الاعتبارية ولا وجود لها حال الاستيلاء على العين، فنسبة الاستيلاء إليها يتوقف على نحو من التجوّز والعناية وذلك ممّا لا قرينة عليه فيختص الدليل بضمان العين لا غير»^(١).

ولكن يمكن أن يناقش في الكلّ:

أمّا الأوّل: فلوضوح شمول لفظة «ما» الموصولة للمنافع، لأنّ «ما» هنا يراد به، لفظ «الشيء»، ويمكن أن يرادف بين لفظة الشيء والوجود أو الموجود وليس في الألفاظ أعماً منه. مضافاً إلى أنّ شمول الموصول يكون بقدر شمول صلته وهي كلمة «أخذت» وإذا ظهر شمول كلمة «الأخذ» للمنافع كما سيأتي ظهر شمول «ما» الموصولة لها.

وأمّا مناقشة الدليل الثاني والثالث والخامس - والكلّ مشترك في المناقشة في مدى دلالة كلمة «الأخذ» - فيظهر ممّا ذكره المحقّق السيّد الخوئي بقوله: «أنّ مفهوم كلمة الأخذ أوسع من ذلك [من أن تختص بالأعيان]، لعدم اختصاصه بالأخذ الخارجي وإلّا لزم منه خروج كثير من الأعيان عن مورد الحديث كالدار والأرض والبستان والحديقة وأشباهها ممّا لا يقبل الأخذ الخارجي.

و ممّا يدل على صحة ما ذكرناه: أنّ مفهوم الأخذ يصح انتسابه إلى الأمور المعنوية كالعهد والميثاق والرأي وأمثالها كما أنّه يصح انتسابه إلى الأمور الخارجية، وإذن فلا وجه لتخصيص مفهوم الأخذ بالأعيان الخارجية وإنّما هو كناية عن الاستيلاء على الشيء كما أنّ كلمة بسط اليد كناية عن الجود والسخاء وكلمة قبض اليد كناية عن البخل ولا ريب أنّ استعمال لفظ الأخذ في هذا المعنى - الذي ذكرناه - كثير في القرآن وغيره ومنه قوله تعالى:

(١) نهج الفقاهة ٢٢٩/.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الثاني: خبر اليد ٣٣٩

﴿ لا تأخذه سنة ولا نوم ﴾^(١)،^(٢).

أقول: الشاهد لما ذكره المحقق السيد الخوئي الاستعمالات القرآنية لكلمة الأخذ أو مشتقاتها نحو: قوله تعالى: ﴿ وإذ أخذ الله ميثاق النبيين لما آتيتكم من كتاب و حكمة ﴾^(٣) و ﴿ وإذ أخذنا ميثاقكم ورفعنا فوقكم الطور ﴾^(٤) و ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾^(٥) و ﴿ خذوا ما آتيناكم بقوة واذكروا ما فيه لعلكم تتقون ﴾^(٦) و ﴿ ما آتاكم الرسول فخذوه و ما نهاكم عنه فانتهوا ﴾^(٧) وغيرها من الآيات.

ولذا قال الفقيه اليزدي: «إذ من المعلوم أنّ الأخذ ليس بمعنى القبض باليد وإلّا لزم عدم الحكم بالضمان في كثير من الموارد، هذا. مع أنّه يمكن أن يقال يكفي صدق الأخذ بالنسبة إلى العين في ضمان المنافع فإنّ حاصل المعنى أنّ ما أخذت اليد مضمونة و يجب الخروج عن عهدتها و من شؤون الخروج عند عهدة العين أداء عوض منافعتها، كما أنّ من شؤونه أرش العيب و نحوه»^(٨).

و أمّا مناقشة الدليل الرابع فيظهر من إجابة المحقق الخميني رحمته له حيث يقول: «إنّ الشيء المتصرم يوجد شيئاً فشيئاً و ينعدم، و في حال وجوده ولو وجوداً مستمراً غير مستقر يقع تحت اليد فيكون الاستيلاء على موجود و إن لا يبقى آنين، فيقع وجوده الآنّي

(١) سورة البقرة / ٢٥٥.

(٢) مصباح الفقاهة ١٢٨/٣.

(٣) سورة آل عمران / ٨١.

(٤) سورة البقرة / ٩٣.

(٥) سورة الأعراف / ١٩٩.

(٦) سورة البقرة / ٦٣.

(٧) سورة الحشر / ٧.

(٨) حاشية المكاسب ٤٦٧/١.

المستمرّ تحت اليد و يتلفه يصير مضموناً على ذي اليد المستولي عليه، فلذلك الوجود المستمرّ في عمود الزمان يقع تحت اليد بنحو الاستمرار و الانصرام و بانعدامه يصير ضامناً شيئاً فشيئاً»^(١).

وبقوله: «إنّ المنافع إذا كانت مقدرة الوجود صح تملكها و تملكها و صيرورتها تحت الاستيلاء عرفاً، و لازم ذلك أنّ المنافع المتدرجة واقعاً صارت مقدّرة الوجود في زمان وقوع الاجارة، فتقدير وجودها فعلاً يخرجها عن تصرف الوجود إلى ثباته و قراره، فوجودها في الحال مصحّح التملك و الاستيلاء فعليه يكون هذا الوجود الثابت القارّ تقديراً من شأنه ذاتاً أن يؤدي، و التلف ابتداءً أو بقاءً لا ينافي الشأنيّة كما أنّ التلف العارض للعين في الآن الأوّل من الأخذ لا ينافي شأنيّة التادية.

و بالجملة: إنّ لوظ التادية بالنسبة إلى الوجود الواقعي المتصرّم فهي وإن لا تمكن، لكن لا يعقل فيه الاستيلاء، و الأخذ، و إن لوحظت بالنسبة إلى ما يمكن فيها الاستيلاء و التملك في الحال فالتادية فيها ممكنة ذاتاً و شأنيّتها لا تنافي التلف العارض لبعض وجودها...»^(٢).

و كذا «مع أنّ إمكان الأداء في الجملة كافٍ في حفظ ظهور الغاية، و لا يلزم إمكان الأداء بجميع خصوصياتها و تمام وجودها تأمّل»^(٣).

ثم قال: «إنّ حل الإشكال بأن يقال: إنّ الظاهر من الخبر أن جميع العناية فيه بجعل الضمان على المأخوذ و إنّما ذكرت الغاية لتحديد الموضوع و معناه أن الحكم بالضمان تعلّق على المأخوذ غير المؤدى من غير نظر إلى إمكان التادية و لا إمكانها و شأنيّة التادية و لا

(١) كتاب البيع ٢٧٤/١.

(٢) كتاب البيع ٢٧٦/١.

(٣) كتاب البيع ٢٧٧/١.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الثاني: خبر اليد ٣٤١

شأنيتها... وبالجملة الظاهر من قوله ﷺ «على اليد» الخ جعل الضمان على غير المؤدى سواء أمكن الأداء أم لا، أو كان له شأنية الأداء أم لا...»^(١).

أقول: فهذه أربعة أجوبة للمحقق الأصفهاني ﷺ فظهر مما ذكرنا المناقشة في جميع أدلة المخصّصين لحديث أليد بالأعيان، فحيثُذ يصحّ القول بأنّ حديث اليد يشمل المنافع مطلقاً - أي المستوفاة منها و غير المستوفاة - والله العالم.

تنبيه:

ولكن لا بدّ من التنبيه على أنّ النسبة بين الاستيلاء على الشيء و استيفاء منافعه مختلفة:

الأوّل: الأعيان التي يتوقف استيفاء منافعها على كونها تحت استيلاء المستوفي كالدار المستأجرة للسكنى، وفي هذا القسم قبض المنفعة يصدق بقبض العين و تكون المنافع تحت اليد بتبع العين فاليد على العين يد على المنفعة.

الثاني: الأعيان التي لا يكون استيفاء منافعها بالاستيلاء على العين كعمل الحر، فضمانه في هذا القسم إنّما هو بالاستيفاء فكلّ ما سلمت المنفعة للمستأجر يكون ضامناً لها في العقد الصحيح كانت أو الفاسد.

الثالث: ما يمكن بكلا القسمين - الأوّل و الثاني - كالدابة أو السيارة المستأجرة لحمل المتاع وفي هذا القسم يجري حكم القسمين أعني ما كان منه استيفاء المنفعة بالتصرف في العين فيكون ضمانها باليد، و ما كان منه بالاستيفاء و حصولها للمستأجر فبالاستيفاء. كما تبيّه عليها المحقق النائيني^(٢).

(١) كتاب البيع ٢٧٧/١.

(٢) المكاسب و البيع ٣١٩/١ و ٣١٨.

و ممَّا تلوناه عليك يظهر النظر في مقالة المحقق الخراساني: «و مورده وإن كان مختصاً بالأعيان، إلا أنَّ قضية كونها مضمونة ضمان منافعها، ف ضمان المنافع في الإجارة الفاسدة إنما يكون بتبع ضمان العين المستأجرة و بالجملة قضية ضمان اليد، ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونة بها، فاخصاص مورده بالأعيان، لا يوجب اختصاص الضمان بها، نعم الحرّ، حيث لم يكن نفسه مضمونة باليد، لم يكن أعماله مضمونة في الإجارة الفاسدة بها، فافهم»^(١).

و وجه النظر في مقالته عدم اختصاص حديث اليد بالأعيان كما مرّ ولكن حكمه ب ضمان المنافع تام وكذا تقسيمه الثنائي للمنافع فما مرّ من النائي من تقسيمه الثلاثي غير تام و يمكن الحاق بعض أقسام القسم الثالث بالأوّل و بعضها بالثاني، و يأتي ضمان منافع الحرّ ولو كانت غير مستوفاة في ما بعد^(٢) فانتظر، و الحمد لله.

الثالث: قاعدة الاحترام

وهي احترام مال المسلم و يصدق الموضوع - أي المال - على الأعيان كما أنه يصدق على المنافع فتكون قاعدة الاحترام الدليل الثالث لقاعدة ما يُضمن. و تُستفاد قاعدة الاحترام من طوائف من الروايات:

الاولى: ما دلّ على عدم حلية مال المسلم لغيره إلا عن طيب نفسه.

منها: صحيحة أبي أسامة زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وقف بمنى حين قضى مناسكها في حجة الوداع - إلى أن قال: - فقال: أيّ يوم أعظم حرمة فقالوا: هذا اليوم، قال: فأيّ شهر أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا الشهر، قال: فأيّ بلد أعظم حرمة؟ قالوا:

(١) حاشية المكاسب / ٣١.

(٢) راجع فرع ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس، في هذا المجلد ص ٤١٧.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الثالث: قاعدة الاحترام ٣٤٣

هذا البلد، قال: فإنّ دماءكم و أموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلى يوم تلقونه فيسألكم عن أعمالكم، ألا هل بلغت؟ قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد ألا من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها فإنه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه، ولا تظلموا أنفسكم ولا ترجعوا بعدي كفاراً.^(١)

و منها: مرسله ابن شعبة الخرائني عن رسول الله ﷺ أنه قال في خطبة الوداع: أيها الناس إنّما المؤمنون إخوة، و لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفسٍ منه.^(٢)

و منها: خبر محمّد بن زيد الطبري قال: كتب رجل من تجار فارس من بعض موالي أبي الحسن الرضا عليه السلام يسأله الإذن في الخمس فكتب إليه: بسم الله الرحمن الرحيم، إنّ الله واسع كريم ضمن على العمل الثواب و على الضيق الهمم^(٣)، لا يحلّ مال إلا من وجه أحلّه الله، الحديث.^(٤)

و منها: التوقيع الشريف بسند صحيح و فيه: و أمّا ما سألت عنه من أمر الضياع التي لناحيتنا هل يجوز اقيام بعمارتها و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتساباً للأجر و تقرباً إليكم؟ فلا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه فكيف يحلّ ذلك في مالنا؟! التوقيع.^(٥)

و منها: مرسله الأحسائي عن رسول الله ﷺ أنه قال: المسلم أخو المسلم لا يحلّ

(١) وسائل الشيعة ١٠/٢٩، ح ٣، الباب ١ من أبواب القصاص في النفس، و ذكرها مختصراً في

وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي.

(٢) وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح ٣.

(٣) و في التهذيب ١٣٩/٤، ح ٣٩٥ و المقتنة ٤٦/٤: و على الخلاف العقاب.

(٤) وسائل الشيعة ٥٣٨/٩، ح ٢، الباب ٣ من أبواب الانفال.

(٥) وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

ماله إلا عن طيب نفسٍ منه. (١)

بتقريب: إنَّ حرمة مال المسلم يراد بها حرمة التصرف فيه و هو أعم من التصرف الخارجي كالأكل و الشرب و الاعتباري كالبيع و الصلح، فصارت الحرمة تكليفية بالنسبة إلى التصرفات الخارجية و وضعيَّة بالنسبة إلى التصرفات الاعتبارية، و الحرمة تقتضي ضمان المتصرِّف فيه و بما ذكرنا يظهر عدم تمامية اختصاصها بالحرمة التكليفية كما يظهر من المحقِّق السيِّد الخوئي (٢) رحمته الله.

و كذا لا يتم ما يقال بأنَّ «لو قبض ماله لا بالقهر و الغلبة - حتَّى تكون يده عادية - لاشيء عليه لو تلف بالتلف السماوي من دون ارتباط إلى القابض لا مباشرة و لا تسبباً» (٣).

لأنَّه في مسألتنا أعطى ماله في مقابل عوض معين فإذا صارت المعاملة باطلة و حكم الشارع بعدم جواز أخذ ثمن المسمى و تلف المال في يد المشتري، فلا يرضى البائع بهذه المعاملة و المعاوضة و لا تطيب نفسه بها فيكون المشتري ضامناً حتَّى في فرض التلف - و كما هو كذلك في فرض الإتلاف - و بما ذكرنا يظهر جواب هذا الإشكال في الطائفة الثانية أيضاً.

الثانية: ما دلَّ على أنَّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه

منها: موثقة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: سباب المؤمن

فسوق و قتاله كفر و أكل لحمه معصية و حرمة ماله كحرمة دمه. (٤)

(١) عوالي اللآلي ٤٧٣/٣، ح ١.

(٢) مصباح الفقاهة ٩٠/٣.

(٣) القواعد الفقهيَّة ١٠٦/٢ للسيد البجنوردي.

(٤) وسائل الشيعة ٢٩٧/١٢، ح ٣، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الثالث: قاعدة الاحترام ٣٤٥

بتقريب: نزل حرمة مال المؤمن منزلة حرمة دمه و عموم التنزيل يقتضي ثبوت كلِّ حكم للدم، للمال أيضاً و حيث أنّ الدم لا يذهب هدراً و إراقته حرام تكليفاً و وضعاً و هو يوجب ثبوت القصاص أو الدية فكذلك المال حرام التصرف فيه من دون إذن مالكه و على فرض التصرف الحرام يوجب الضمان. و السياق ليس بحجة و ظهور بقية الفقرات في الحكم التكليفي لا يوجب ظهور الأخيرة في الحكم الوضعي^(١).

و العجب من المحقق السيد الخوئي حيث خصص الرواية في صورة الإلتلاف - لا التلف - و علّله بقوله: «إذ لا يتوهم عاقل أنه إذا تلف مال مؤمن بأفة سماوية ضمن به سائر المؤمنين و عليه فيكون الدليل أخص من المدعى»^(٢).

وجه التعجب: لا يتوهم لو مات أحد حتف أنفه أو قُتل أحد في المجتمع فديته على الجميع حتّى يتوهم ذلك بالنسبة إلى تلف المال، نعم لو وجد قتيل في قبيلة أو قرية - و كانت موضع آتّهام - تُعقلُ الدية^(٣) بينهم لما دلّ عليه النصوص^(٤).

و كذلك بالنسبة إلى المال و أمّا إذا كان المالك لا يرضى إلاّ ببدل ماله و أبطل الشارع ثمن المسمى فهل لأحد أن يقول بعدم حرمة المال حينئذ و جواز أكله من دون عوض و ضمان؟! كلاً.

الثالثة: ماورد من الروايات من التعليل فيها بعدم ذهاب حقّ أحدٍ.

منها: صحيحة ضَرَّيس الكناسي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملّتهم؟ فقال: لا، إلاّ أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم،

(١) خلافاً للسيد الخوئي في مصباح الفقاهة ٩١/٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٩١/٣ و راجع كتابه ١٢٩/٣.

(٣) أي تكون على (العاقلة).

(٤) راجع وسائل الشيعة ١٤٨/٢٩، الباب ٨ من أبواب دعوى القتل.

وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية لأنَّه لا يصلح ذهاب حقِّ امرئ مسلم و لا تبطل وصيته. (١)

و منها: صحيحة الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته: هل تجوز شهادة أهل ملَّة من غير أهل ملَّتهم؟ قال: نعم، إذا لم يوجد من أهل ملَّتهم جازت شهادة غيرهم، إنَّه لا يصلح ذهاب حقِّ أحد. (٢)

و منها: موثقة سماعة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الذمَّة؟ فقال: لا تجوز إلَّا على أهل ملَّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لأنَّه لا يصلح ذهاب حقِّ أحد. (٣)

بتقريب: أنَّ عنوان الحقِّ عام يشمل الحقوق المالية و الحقوق المصطلحة في مقابل الحكم و المال و الملك (٤)، فحينئذ يدلُّ التعليل الوارد في الروايات بأنَّه إذا ثبت حقُّ شخصٍ على غيره لا يجوز ذهابه و فواته بغير عوض و ليس هذا إلَّا معنى الضمان.

ولكن يمكن أن يناقش في دلالة هذه الطائفة الثالثة بأنَّها «واردة في مورد الوصية و أنَّ للمسلم أن يوصي بماله و هذا حقُّ له و لا يصلح أن يذهب حقُّه، و عليه فإن أمكن الإشهاد عليه من المسلمين فهو، و إلَّا تجوز شهادة غيرهم أيضاً و هذا المعنى أجنبي عمَّا نحن فيه بالمرَّة» (٥) كما عن المحقِّق السيِّد الخوئي.

(١) وسائل الشيعة ٣٠٩/١٩، ح ١، الباب ٢٠ من أبواب الوصايا.

(٢) وسائل الشيعة ٣١٠/١٩، ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة ٣١١/١٩، ح ٥.

(٤) قد مرَّ منَّا تعريف الحقوق، و الفارق بينها و بين الحكم و المال و الملك في التنبيه الثالث بعد تعريف البيع في أوَّل الكتاب فراجع ص ١٥ من هذا المجلد.

(٥) مصباح الفقاهة ٩٣/٣.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الرابع: قاعدة نفي الضرر . . ٣٤٧
و لأحد أن يقول: نتمسك بالتعليل الوارد في ذيل الروايات وهو عدم جواز ذهاب
حق أحد هدرأً، و الوصية إحدى مصاديقه و لا يختص بها و قاعدة الاحترام يشملها
التعليل و الحمد لله.

الرابع: قاعدة نفي الضرر

الروايات الواردة حول قاعدة لا ضرر مستفيضة عند الفريقين:

منها: موثقة زرارة. (١)

و منها: معتبرة أبي عبيدة الحدّاء. (٢)

و منها: خبر زرارة. (٣)

و منها: خبر عقبة بن خالد. (٤)

و منها: خبر آخر لعقبة بن خالد. (٥)

و منها: مرسل الصدوق عن رسول الله ﷺ أنه قال: لا ضرر و لا ضرار في

الإسلام. (٦)

و منها: صحيحة هارون بن حمزة الغنوي. (٧)

و منها: صحيحة و مكاتبة محمد بن الحسين. (٨)

(١) وسائل الشيعة ٤٢٨/٢٥، ح ٣، الباب ١٢ من أبواب كتاب إحياء الموات.

(٢) وسائل الشيعة ٤٢٧/٢٥، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ٤٢٩/٢٥، ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة ٣٩٩/٢٥، ح ١، الباب ٥ من أبواب كتاب الشفعة.

(٥) وسائل الشيعة ٤٢٠/٢٥، ح ٢، الباب ٧ من أبواب إحياء الموات.

(٦) الفقيه ٣٣٤/٤، ح ٥٧١٨، باب ميراث أهل الملل.

(٧) الكافي ٢٩٣/٥، ح ٤.

(٨) الكافي ٢٩٣/٥، ح ٥.

و منها: خبر ثالث لعقبة بن خالد.^(١)

و منها: صحيحنا الحلبي.^(٢)

و منها: صحيحة محمد بن مسلم.^(٣)

و منها: مرسلة القاضي نعمان المصري وهي خبر هدم الحائط.^(٤)

و منها: مرسلة أخرى له.^(٥)

و هذه أربع عشرة من الروايات المذكورة فيها قاعدة لا ضرر أو تطبيقها من طرفنا. وقد ورد ذكرها في كتب العامة أيضاً نحو مسند أحمد^(٦) و سنن ابن ماجه^(٧) و سنن الدار قطني^(٩) و المراسيل مع الأسانيد لأبي داود^(١٠) و كنز العمال للمتقي الهندي.^(١١) بل يمكن القول بتواترها الإجمالي كما ذهب إليه المحقق الخراساني^(١٢). و هذه الروايات تدل على نفي الحكم الضري في الشريعة المقدسة و أنّ الحكم

(١) الكافي ٢٩٤/٥، ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٣٦/٢٣، ح ١ و ٢، الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق.

(٣) وسائل الشيعة ٤٠/٢٣، ح ١٢.

(٤) دعائم الاسلام ٥٠٤/٢، ح ١٨٠٥ و نقل عنه في مستدرک الوسائل ١١٨/١٧، ح ١.

(٥) دعائم الاسلام ٤٩٩/٢، ح ١٧٨١ و نقل عنه في مستدرک الوسائل ١١٨/١٧، ح ٢.

(٦) مسند أحمد ٣١٣/١.

(٧) سنن ابن ماجه ٧٨٤/٢، ح ٢٣٤٠ و ح ٢٣٤١.

(٨) بالهاء الخالصة و ليس بالتاء القصيرة المربوطة كما تبّه عى ذلك محققو العامة. تمّن عرضوا لترجمته. و ليست بعربيّة.

(٩) سنن الدارقطني ٢٢٨/٤ و ٨٢٢/٤.

(١٠) المراسيل مع الأسانيد ٢٠٧/، ح ٢، باب ٧١ في الإضرار.

(١١) كنز العمال ٩١٩/٣، ح ٩١٦٧ و ٦١/٤، ح ٩٥١٩ و ح ٩٥١٨ و ٨٤٣/٥، ح ١٤٥٣٤.

(١٢) كفاية الأصول ١٥٩/٣ طبع جماعة المدرسين بقم المقدسة، عام ١٤٢٧ق.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الرابع: قاعدة نفي الضرر . . ٣٤٩

الضرري غير مجعولة فيها وإذا وصلت الأحكام الشرعية إلى حدّ الضرر تنفي بهذه القاعدة المهمة و التفصيل يطلب من الأبحاث الأصولية في نهاية مطاف البحث حول الأصول العملية، يبحث فيها حول قاعدة لا ضرر مفصلاً.^(١)

و من المعلوم أنّ الحكم بعدم ضمان القابض لما قبضه بالعقد الفاسد ضرر على مالكة فأدلة نفي الضرر تنفيه.

ولكن يمكن أن يناقش فيه بعدّة من الوجوه:

الأوّل: أدلة لا ضرر لو دلّت على الضمان - ولم تدل - فإنّما تدل عليه في بعض الموارد نحو: الإلتلاف أو استيفاء المنافع أو فيما كان العمل بأمر الأمر و أمّا في فرض التلف السماوي - مع تحفظ القابض عليه - فلا موجب لإضراره دفعاً لتضرر المالك.

الثاني: إذا انتفى الضمان المسمى ببطلان المعاملة يبقى الضمان بالنسبة إلى البدل الواقعي و حينئذ تقع المعارضة في شمول أدلة نفي الضرر لكلا الطرفين لأنّ البدل الواقعي قد يزيد على البدل المسمى بكثير و لم يقدم عليه القابض بوجه من الوجوه.

الثالث: - وهو العمدة في المقام - عدم شمول أدلة نفي الضرر للأحكام العدمية لأنّها تنفي ما ثبت بالعمومات من الأحكام الشرعية، و عدم الضمان و غيره من الأمور العدمية ليست أحكاماً شرعية مجعولة من قبل الشارع، لأنّ ما يصحح استناد الضرر هو إيجاد ما يستلزمه و أمّا عدم إيجاد المانع عن الضرر فلا يتحقّق به إسناد الضرر.

مضافاً إلى أنّ الالتزام بعموم الأدلة للأحكام العدمية يوجب تأسيس فقه جديد كما

هو الثابت في محلّه.^(٢)

(١) قد بحثنا حولها شهرين كاملين في مجوئنا الأصولية والله الحمد.

(٢) راجع في هذا المجال تقرير أبحاث المحقّق النائيني حول قاعدة لا ضرر المطبوع في ضمن منية

تنبيه:

هذا تمام الكلام في مدرك قاعدة ما يضمن ولكن بقي هنا أمرٌ لا بدّ من التنبيه عليه و هو بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن و لم تقع بأمره كالسبق في المسابقة الفاسدة هل فيها ضمان أم لا؟ أي هل يستحق السابق أجره المثل أم لا؟ ذهب إلى عدم الضمان و عدم استحقاقه أجره المثل جماعة عدّ منهم:

الشيخ قال في المبسوط: «وَمَنْ قَالَ الْمُنَاضِلَةَ بَاطِلَةً، فَتَنَاضَلَا فَإِنْ كَانَ النَّاضِلُ هُوَ الْمَسْبُوقَ فَلَا كَلَامَ يَمْسُكُ مَالِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ النَّاضِلُ هُوَ الْمَسْبُوقَ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْمَسْمُومَ لِأَنَّ الْمَسْمُومَ سَقَطَ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ. وَقَالَ قَوْمٌ يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ الْمَثَلِ كَالْبَيْعِ وَالصَّلْحِ وَالْإِجَارَةِ، وَقَالَ آخَرُونَ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَجِبُ أَجْرَةُ الْمَثَلِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَفُوتُ عَلَى الْعَامِلِ عَمَلُهُ وَ عَادَ بِهِ نَفْعُهُ إِلَى النَّاضِلِ كَالْقِرَاضِ الْفَاسِدِ يَجِبُ عَلَيْهِ أَجْرَةُ مَثَلِ الْعَامِلِ لِأَنَّهُ فُوتَ عَلَيْهِ عَمَلُهُ فِيمَا عَادَ نَفْعُهُ إِلَيْهِ»^(١)

وَأنت ترى بأنَّ الشيخ ذكر طرفي المسألة من استحقاق أجره المثل و عدمها و استدل لهما و لم يختر في المقام شيئاً فعَدَّ الشيخ بواسطة هذا الكلام و عدم اعتراضه على القول بعدم استحقاق أجره المثل من القائلين به، لا بأس به.

نعم، عنون صدر المسألة في الخلاف و قال: «إِذَا تَنَاضَلَا فَسَبِقَ أَحَدُهُمَا صَاحِبُهُ فَقَالَ لَكَ عَشْرَةٌ بِشَرَطٍ أَنْ تَطْعَمَ السَّبِقَ أَصْحَابَكَ كَانَ النَّضَالُ صَحِيحاً وَ الشَّرْطُ بَاطِلاً، وَ بِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَ أَبُو إِسْحَاقَ الْمُرُوزِي، وَ قَالَ الشَّافِعِيُّ: النَّضَالُ بَاطِلٌ، دَلِيلُنَا: أَنَّ الْأَصْلَ صِحَّتُهُ وَ

→ الطالب ٤١٨/٣ و مصباح الأصول ٥٥٩/٢ تقرير أبحاث السيّد الخوئي و منتقى الأصول ٤٥٠/٥ تقرير أبحاث المحقق الروحاني رحمته الله.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الرابع: قاعدة نفي الضرر . . ٣٥١

أن مضامة الشرط إليه تفسده يحتاج إلى دليل»^(١).

و هذه المسألة أيضاً تخلو من القول بالفساد و عدم استحقاق أجره المثل.

و منهم: المحقق قال: «الخامسة: إذا فسد عقد السبق، لم يجب بالعمل أجره المثل و يسقط المسمى لا إلى بدلٍ، ولو كان السبق مستحقاً و جب على الباذل مثله أو قيمته»^(٢).

و القسم الأخير من كلامه يرجع إلى ظهور عدم مملوكية العوض لمن يجب عليه بذله فحكم بالانتقال حينئذ إلى المثل أو القيمة.

و منهم: الشهيد الثاني نقل استدلال الفائلين بوجوب أجره المثل بفساد العقد ثم قال ردّاً عليهم: «و عندي فيه نظر لأنّ الالتزام لم يقع إلا على تقدير العقد الصحيح و الأصل براءة الذمة من وجوب شيء آخر غير ما وقع عليه العقد. و الفرق بين هذا العقد و بين ما يجب فيه أجره المثل من العقود واضح، لا من جهة ما ذكره من رجوع نفع عمل العامل إلى من يخاطب بالأجرة حتى يرد عليه مثل العمل الذي لا يعود به عليه نفع في القراض، بل لأنّ تلك العقود اقتضت أمر العامل بعملٍ له أجره في العادة، فإذا فسد العقد المتضمن للعوض المخصوص بقي أصل الأمر بالعمل الموجب لأجره المثل بخلاف هذا العقد، فإنّه لا يقتضي أمراً بالفعل، فإن قوله: سابقتك على أن من سبق منّا فله كذا، و نحو ذلك من الألفاظ الدالة على المراد ليس فيها أمر و لا ما يقتضيه بفعل له أجره، فالأصل براءة الذمة من وجوب شيء آخر غير ما تضمنه العقد...»^(٣).

و منهم: المحقق الأردبيلي ولكن على القول بأنّ عقد السبق جائز - كما عليه الشيخ

(١) الخلاف ١٠٥/٦، مسألة ١٠.

(٢) الشرائع ١٨٨/٢.

(٣) المسالك ١٠٩/٦.

في الخلاف^(١) - قال: «ثم اعلم إنَّه على تقدير كونه جائزاً كالجعالة يقوى عدم لزوم شيء في صورة الفساد مطلقاً لعدم الدليل»^(٢).

و منهم: المحقِّق السيزواري قال: «السادسة: إذا فسد عقد السبق ففي وجوب أجره المثل و عدمه قولان و الأقرب الثاني فيسقط المسمى لا إلى بدل، ولو ظهر كون السبق مستحقاً للغير و لم يرض المالك ففي ثبوت المثل أو القيمة أو ثبوت أجره التمثل قولان، و المسألة محلّ إشكال»^(٣).

و ذهب إلى استحقاق أجره المثل و الضمان جماعة:

منهم: العلامة قال في القواعد: «فإن فسدت المعاملة بكون العوض ظَهَرَ خمراً رجع إلى أجره مثله في جميع ركضه لا في قدر السبق، و قيل: يسقط المسمى لا إلى بدل. ولو فسد لاستحقاق العوض و جب على البازل مثله أو قيمته و يحتمل أجره المثل»^(٤).

و قال في التحرير: «السابع: كلّ موضع فسدت فيه المسابقة فإن كان السابق هو المخرج لم يستحق شيئاً على صاحبه و كان سبقه له، وإن كان الآخر استحقَّ على المخرج أجره المثل، ولو كان العوض مستحقاً كان على مخرجه قيمته أو مثله»^(٥).

و نحوه في تذكرة الفقهاء^(٦).

و منهم: ولده قال في الإيضاح: «إذا فسد عقد المسابقة لفقد شرط في السبق المعين

(١) الخلاف ١٠٥/٦، مسألة ٩.

(٢) مجمع الفائدة و البرهان ١٨٨/١٠.

(٣) الكفاية ٧٢٩/١.

(٤) القواعد ٣٧٥/٢.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ١٦٩/٣.

(٦) تذكرة الفقهاء ٣٥٧/٢ من الطبع الحجري.

قاعدة ما يضمن بصحيحه - المقام الثاني: مدرك القاعدة - الرابع: قاعدة نفي الضرر . . ٣٥٣

في العقد فإما أن لا يكون له قيمة في شرع الإسلام ولا يملك لكونه خمراً أو يكون له قيمة في شرع الإسلام و يمكن تقويمه فهنا مسألتان ذكرهما المصنف في هذا الكلام:

أما الأولى: ففيها قولان (ذكرهما المصنف هنا)^(١) الثاني منهما قول الشيخ لأنه لم يعمل له شيئاً و فائدة عمله يرجع إليه بخلاف ما إذا عمل في الإجارة أو الجعالة الفاسدين فإنه يرجع العامل إلى أجرة المثل لأن فائدة العمل ترجع إلى المستأجر و الجاعل و اختاره أبو القاسم بن سعيد.

و الأولى: اختيار المصنف لأن كل عقد استحق المسمى في صحيحه فإذا المعقود عليه في فاسده و جب عوض المثل كالإجارة لأنه بصحة الإجارة عليه علم أنه مملوك لصاحبه مقصود في المعاوضة متقوم و الفاسد يتضمن الأمر فينتفي التبرع.

(ب) [و أما الثانية] ^(٢): و هو أن تكون له قيمة شرعاً و يمكن تقويمه كما لو خرج مستحقاً فيحتمل استحقاق مثله إن كان مثلياً و إلا فالقيمة لأنهما تراضيا على هذا العوض و قد تعذر فله ما يقوم مقامه و الأصح أجرة المثل لأن العقد الفاسد على عمل يصح لو لا هذا الخلل يجب أجرة المثل»^(٣).

و منهم: المحقق الثاني اختار في المسألة الأولى - و هي فساد العقد لأجل كون العوض ظهر خمراً مثلاً - قولِي العلامة في القواعد و التذكرة و هو و جوب «أجرة المثل لأن كل عقد استحق المسمى في صحيحه فإذا وجود المعقود عليه في الفاسد و جب عوض المثل و العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك و مع ذلك يكون مضموناً فيرجع إلى أجرة المثل

(١) الظاهر زيادة هذه الجملة الواردة بين القوسين ولكنها موجودة في المطبوعة.

(٢) الزيادة متنا و ليست في النسخ.

(٣) إيضاح الفوائد ٣٦٨/٢.

بجميع ركضه لا إلى القدر الذي سبق به لترتبه على جميع ركضه»^(١).
 وكذا اختار في المسألة الثانية - وهي فساد العقد لأجل أن يكون العوض مستحقاً
 للغير - لزوم اجرة المثل وهو يرى دليل المسألتين واحد وكذا الفتوى.^(٢)
 ثم استشكل في الوجه الثاني الذي ذكره العلامة في التذكرة: «وهذا وإن كان أقرب
 لكن يشكل بانتفاء العرف فيه بين الناس»^(٣). وردّه بقوله: «ولكن انتفاء العرف لا يوجب
 العدول إلى الطرف الآخر الضعيف فإن أمكن الوقوف عليه وإلا اصطلاحاً»^(٤).
 أقول: الظاهر - والله العالم - عدم الفرق بين المسألتين و دليلهما واحد كما نبّه
 عليه المحقق الثاني^(٥) و التفصيل بين فساد عقد المسابقة من رأسها و ما لو ظهر كون
 السبق مستحقاً للغير و لم يرض المالك بأنّ السبق في غير محلّه لأنّ مآل الثاني أيضاً ينجر
 إلى الأوّل - أي فساد العقد - .

وفي كليهما يكون الضمان موجوداً لعدم التبرع بالعمل ولأنّ عمل المؤمن كماله محترم
 - و لا يكون الضمان منحصرأً بصورة الأمر بالعمل كما يظهر من الشهيد الثاني^(٦) - وإذا
 انتفت أجرة المسمى تصل النوبة إلى أجرة المثل بلا فرق بين المسألتين. وهذا القول هو مختار
 المحقق الثاني وقبله فخر المحققين و والده العلامة في أحد احتمالاته، وبعد صاحب الجواهر كما
 سيأتي كلامه.

(١) جامع المقاصد ٣٣٧/٨.

(٢) جامع المقاصد ٣٣٨/٨.

(٣) تذكرة الفقهاء ٣٥٧/٢ من الطبع الحجري.

(٤) جامع المقاصد ٣٣٨/٨.

(٥) جامع المقاصد ٣٣٨/٨.

(٦) المسالك ١٠٩/٦.

قاعدة ما يضمن - الثالث: هل يختص الضمان بصورة الجهل بفساد المعاملة أم يعم صورة العلم؟ ٣٥٥

وبما ذكرنا يظهر عدم تمامية مقالة المحقق النائيني حيث يقول: «انتفاء مقتضى الضمان إذا لم يعد عمل العامل إلى الأمر بوجه، و لم يتحقق من الأمر ما يوجب الضمان من يد أو إتلاف أو استيفاء فلا موجب للضمان»^(١).

وكذا عدم تمامية مقالة تلميذه المحقق السيد الخوئي حيث يقول في المقام: «... فإذا فقد شرط من شرائط عقد المسابقة و صار فاسداً كان ذلك مصداقاً للقمار المحرّم فيكون أكل المال به أكلاً له بالباطل، إذ المفروض أنّه لم يتحقق في مورد المسابقة الفاسدة ما يوجب الضمان...»^(٢).

و وجهها: أنّ الشارع لا يرى لعمل القمار احتراماً ولكن يرى لعمل المسابقة الخاصة احتراماً فإذا كان العمل محترماً و لم يتبرع السابق به فلا بدّ له من اعطاء أجره المثل. و لذا قال صاحب الجواهر ما نصه: «...إنّما المقتضي لها (أي لأجرة المثل) عدم كون العمل متبرعاً به و الأصل ضمانه لأنّ عمله كماله و هو في الجميع حاصل...»^(٣).

المقام الثالث: هل يختص الضمان بصورة الجهل

بفساد المعاملة أم يعم صورة العلم؟

المسألة لها صور أربع: علم الدافع و القابض بالفساد و جهلها و علم الدافع و جهل القابض و عكسه.

و حكم جميع الصور الأربع الضمان كما عليه المشهور^(٤) لإطلاق النص أو الفتوى كما

(١) المكاسب و البيع ٣٠٨/١.

(٢) مصباح الفقاهة ٩٩/٣.

(٣) الجواهر ٢٣٨/٢٨.

(٤) تبه عليه الفقيه المامقاني غاية الآمال ٢٨١/.

قاله الشيخ الأعظم^(١) أو لإطلاق السيرة العقلائية على ضمان اليد مع الإقدام كما عن المحقق الخوئي^(٢).

أو لإطلاق ما مرّ من الأدلة على الضمان وهي قاعدة الإقدام و حديث على اليد و قاعدة الاحترام و جريانها في جميع الصور.

ولكن احتمل ثاني الشهيدين عدم الضمان في فرضي علم الدافع بالفساد و جهل القابض به و علمهما وقال: «مع احتمال عدم الضمان لو علم، لتسليطه على إتلافه مع علمه بكونه باقياً على ملكه و كذا لو كانا عالمين بالفساد - ثم قال: - و الأقوى ثبوته في جميع الصور»^(٣).

وأخذ المحقق الأردبيلي محتمل الشهيد الثاني و ذهب إلى عدم الضمان في الفرضين و قال: «و هو (أي عدم الضمان) مع الجهل بالفساد قويٌّ و مع علم الآخر أقوى... و مع علمه بالفساد... كالمغصوب...، و أما مع الجهل بالفساد - سيما في أمر غير ظاهر الفساد و كذا بعد العلم به ولكن مع عدم العلم بوجوب الردّ في الحال - فالضمان غير ظاهر»^(٤).

و تبعهما الفقيه اليزدي قال: «التحقيق عدم الضمان مع علم الدافع خصوصاً مع جهل القابض لأنّ الإذن في التصرف مسقط للضمان»^(٥).

ولكن ظهر ممّا ذكرنا من جريان الأدلة في الفروض الأربعة الحكم بالضمان في جميعها فلا يصغى إلى محتمل ثاني الشهيدين و اختيار المحقق الأردبيلي و الفقيه اليزدي له عليه السلام.

(١) المكاسب ١٩٢/٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٩٩/٣.

(٣) المسالك ١٥٤/٣.

(٤) مجمع الفائدة و البرهان ١٩٢/٨.

(٥) حاشية المكاسب ٤٥٨/١.

قاعدة ما يضمن - الثالث: هل يختص الضمان بصورة الجهل بفساد المعاملة أم يعم صورة العلم؟ ٣٥٧

لا يقال: إذا كان الدافع عالماً بالفساد ولكن جهل القابض بالفساد تصدق عليه قاعدة الغرور وأن المغرور يرجع على مَنْ غرّه، لأنّ الدافع العالم بالفساد إذا رضي ببيع ماله بثمن بخس ظاهراً - لأنّ البيع في الحقيقة يكون باطلاً بأيّ دليل - لأجل الرجوع إلى ثمن المثل بعد تصرف البائع الجاهل بالبطلان فهذا يدخل في قاعدة الغرور، وهذا البيع و الإقباض الظاهري من البائع يكون خدعة و يدخل في قاعدة الغرور.

لأنّنا نقول: هذا الفرع لا يدخل تحت قاعدة الغرور لأنّ القابض الجاهل (المشتري) قبض المال مع ضمانه بالمسمّى وإقراره به و الدافع العالم (البائع) سلّطه على المال بأنّه ملكه في مقابل العوض لا بعنوان الأمانة أو العارية، فمع هذا الاقرار من القابض الجاهل و هذا النوع من التسليط - أي في مقابل العوض لا مجاناً - من الدافع العالم فلا يكون في البين غرورٌ، و حينئذ لو كان العين موجودة لا يجوز للقابض الجاهل (المشتري) التصرف في المال و لا الانتفاع به و يجب عليه دفعه إلى الدافع العالم (البائع) بعد علمه ببطلان العقد. و بعبارة أخرى: قاعدة الغرور لا تتحقّق إلاّ بأمرين، أحدهما: علم الغارّ و ثانيهما: جهل المغرور، و من المعلوم أنّ القابض يكون جاهلاً بفساد العقد، إلاّ أنّه عالم و مقرّر بأخذه في مقابل العوض و عدم أخذه مجاناً.

نعم: يمكن جريان قاعدة الغرور في الزائد عن العوض المسمّى لأنّ الدافع غارّ بالنسبة إلى هذا الزائد فيرجع إليه لا إلى القابض المغرور كما قاله المحقّق الخوئي^(١).
إن قلت: المالك الدافع مع علمه بالفساد قد سلّط القابض على ماله، فصار المال أمانة مالكية عند القابض و حينئذ إذا تلف لم يحكم بضمانه لما ورد من الروايات^(٢) على عدم

(١) مصباح الفقاهة ٣/١٠٠.

(٢) وسائل الشيعة ٧٩/١٩، الباب ٤ من أبواب الوديعة.

ضمان الأمين مع عدم التفريط.

قلت: تسليط المالك الدافع لا يكون مجانياً و بلاعوض حتى صار المال أمانة مالكية بل تسليطه يكون بإزاء العوض، وأقرّ القابض بالعوض و هذه الكيفية من التسليط فالضمان في مقابل المال يكون موجوداً و حتى على فرض الشك في بقاء الضمان يستصحب.

إن قلت: إن الإذن المتحقق في ضمن العقد الباطل يكون مسقطاً للضمان.

قلت: هذا الإذن موجود ولكن ليس على نحو الاطلاق بل إنما هو إذن مقيد بدفع عوض المقبوض كما نبّه عليه المحقق السيد الخوئي^(١).

و سيأتي تفصيل البحث في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب إن شاء الله تعالى فانتظر.

تذكرة:

قد يتوهم انتقاض قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده بالنكاح الفاسد مع علم المرأة بالفساد لأنها حينئذ تكون زانية و لا مهر لبغي، مع أن النكاح الصحيح يقتضي الضمان بالمهر المسمى أو المثل على اختلاف الفروض.

و فيه: النكاح خارج عن هذه القاعدة موضوعاً لأنّ المهر ليس بإزاء الوطي أو الاستمتاع الزوجية حتى يوجب الضمان على كلا تقدير صحة العقد و فساده بل المهر يقع بإزاء الزوجية الاعتبارية - دائمية كانت أو مؤقتة - و استحقات الزوجة للمهر وقع بنفس العقد، نعم الدخول يوجب استقرار تمامه تعبداً.

فالبضع و الاستمتاع و الوطي لا مالية لها شرعاً فلا تقابل بالمال، نعم ثبت مهر المثل في بعض الموارد كالوطي بالشبهة تعبداً لاحترام الأعراض.

(١) مصباح الفقاهة ٣/١٠٠.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفساده ٣٥٩

و بالجملة: النكاح خارج عن القاعدة موضوعاً لأن موضوعها العقود التي يكون الضمان فيها مستنداً إلى غير العقد فانكاح الصحيح فيه المهر و النكاح الفاسد أيضاً فيه مهر المثل و أمّا الزنا ولو من جانب المرأة ليس فيها شيء لورود لا مهر لبغْيٍ، فلا وجه لتوهم انتقاض القاعدة و الحمد لله.

و هذا تمام الكلام في البحث حول أصل قاعدة ما يضمن و أمّا نقيضها أو سالبتها و

هي:

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفساده

فقد مرّ ورود هذه القاعدة أيضاً في كلمات الأعلام في أوّل البحث حول أصل القاعدة و معاني الألفاظ الواردة فيها لا نعيدها.

و يظهر معنى النقيض أو السلب من معنى الأصل للمتأمل و حاصل معناها: كلّ عقد لا يقتضي ضماناً إذا كان صحيحاً فلا يقتضي ضماناً إذا كان فاسداً كما في العقود الوكالة و المضاربة و الجعالة.

و ما ورد في تعريف شيخنا الأنصاري رحمته الله من: «أن كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففساده لا يفيد ضماناً»^(١) ظاهر مورد العقد هو ما تعلّق به العقد كالعين في البيع و المنفعة في الإجارة ولكن مراده هنا أعمّ منه و من متعلّق متعلّق العقد كما يظهر من حكمه بعدم ضمان العين المستأجرة فاسداً و من المعلوم أنّ العين في عقد الإجارة يكون من متعلّق متعلّق العقد و متعلّق عقد الإجارة هو المنفعة كما مرّ. ولو لم يكن مراده أعم تخرج العين المستأجرة عن القاعدة موضوعاً و يرجع فيها إلى قاعدة اليد المقتضية للضمان.^(٢)

(١) المكاسب ١٩٢/٣.

(٢) كما ذكره في هداية الطالب ٢٧٥/٢.

٣٦٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

ثم مثَّل بالعارية الغير المضمونة للقاعدة وقال: «بل المضمونة بناءً على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه»^(١).
وقد مرَّ في الجهة الخامسة من المقام الأوَّل من البحث حول أصل القاعدة عمومية القول بالضمان بشروط أيضاً فراجع.

وقال في المفتاح: «قد طُفحت عباراتهم بهذه القاعدة وقد أدَّعي الإجماع عليها وهي معروفة بينهم من غير نكير»^(٢).

ثمَّ هاهنا جهتان من البحث:

الجهة الأولى: دليل اعتبار قاعدة ما لا يضمن

الأوَّل: الأولوية المستفادة

من كلام الشيخ الطوسي و مرَّ بنصه في أوَّل البحث حول قاعدة ما يضمن و استظهارها من كلماته من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فإن هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضموناً عليه لأنَّ صحيح الرهن غير مضمون عليه فكيف فاسده...»^(٣).

وقال الشيخ الأعظم في توضيحه^(٤) بشرح منَّا: أنَّ سبب الضمان في العقود الصحيحة المضمَّنة كالبيع و الاجارة أمران:

الأوَّل: إقدام المتعاقدين من ضمان كلِّ منهما بمال الآخر.

الثاني: إمضاء الشارع لما أقدم عليه و حكمه بوجود الوفاء بما التزم به.

و كلا الأمرين منتفٍ في مثل الرهن أمَّا الأوَّل فلأنَّ تسليم العين إلى المرتهن ليس

(١) المكاسب ١٩٢/٣.

(٢) مفتاح الكرامة ٤١٤/١٩.

(٣) المبسوط ٢٠٤/٢.

(٤) المكاسب ١٩٦/٣.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده - دليل اعتبارها ٣٦١

بقصد تمليكها له بعوض بل بقصد كونها وثيقة عنده فصار أمانه عنده.

وأما الثاني: فلأنّ الامضاء يكون على طبق المُمضى ومماثلًا له ولما كان الممضى هو البناء على تسليم العين إلى المرتهن و تسلمها بلاعوض و من دون ضمان يكون إمضاءه كذلك و الإمضاء تأتي على فرض صحة العقد لا فساده و المفروض أنّه فاسد فلا ضمان. و قال في وجه الأولوية^(١) بشرح منّا: الرهن الفاسد أولى بعدم الضمان إمّا من صحيح تلك العقود التي ليس في فاسدها ضمان، وإمّا من العقود الفاسدة التي في صحيحها ضمان، فهذان احتمالان في وجه الأولوية:

أما الأول: فلأنّ صحيح هذه العقود ليس فيه ضمان لانتفاء الموجب للضمان - وهو الإقدام - فإذا انتفى الضمان في صحيحه ففاسده أولى بعدم الضمان، مضافاً إلى عدم الإمضاء في الفاسد.

أما الثاني: فإذا كان العقد الذي في صحيحه ضمان بسبب الإقدام و الامضاء نحو البيع الصحيح و الاجارة الصحيحة، إذا انتفى السببان في الفاسد لانهما أقدم على الضمان الخاص و المفروض أنّه منتف لأنّ العقد فاسد، و الإمضاء مفقود كذلك لفساد العقد فإذا يمكن القول حينئذ بعدم الضمان فيه، يكون عدم الضمان في الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه أولى منه، لأنّه على تقدير صحته و الإمضاء الشرعي له لا يكون فيه ضمان فيكف مع فساده و عدم وجود الإمضاء له.

كلا الاحتمالين يأتي و يمكن أن يستظهر من كلام الشيخ الأعظم. كما حمل المحقق الشهيدي كلامه على الأوّل^(٢) تبعاً للمحقق الإشكوري^(٣)، و المحققون اليزدي^(٤) و

(١) المكاسب ١٩٧/٣.

(٢) هداية الطالب ٢٨٥/٢.

(٣) بُغية الطالب ٢١٦/١.

الأصفهاني^(٥) و الحكيّم^(٦) على الثاني.

ولكن أبدع المحقّق الإيرواني احتمالاً ثالثاً وهو ملاحظة الأولوية بين عقدين يقتضي صحيح أحدهما الضمان ولا يقتضيه الآخر وقال: «ينبغي تقرير الأولوية هكذا: إنّ صحيح العقد الذي كان فيه إقدام على الضمان ليس في فاسده إقدام، لما عرفت أنّ الإقدام حاصل على المسمّى ولا ضمان به، وما به الضمان وهو المثل أو القيمة لا إقدام عليه، فإذا كان هذا حال ما كان الإقدام في صحيحه على الضمان موجوداً فكيف ما لا إقدام في صحيحه على الضمان، فإنّه بالأحرى أن لا يكون في فاسده إقدام على الضمان»^(٧).

فهذه ثلاثة احتمالات في وجه الأولوية في كلام الشيخ الأعظم^{رحمته} والاحتمال الأوّل متعيّن في كلام الشيخ الطوسي - قدس الله أسرارهم - و حيث كلام الشيخ الأنصاري يرجع إليه فلا بدّ من الأخذ بالاحتمال الأوّل وان كان في عبارته تشويش أو إغلاق. مضافاً إلى عدم تمامية احتمالي الثاني والثالث لما مرّ من وجود الضمان بالنسبة إلى العقد الفاسد الذي يكون في صحيحه ضمان لأنّه يدخل في أصل قاعدة ما يضمن ولأنّ الخدشة الآتية في كلام الشيخ الأعظم يرد على الاحتمال الأوّل فقط، فهذه ثلاثة قرائن يقتضي الاحتمال الأوّل. كما أنّ المحقّق الهمداني^(٨) يرى الاحتمال الأوّل بين الاحتمالات أعدلها وأظهرها. ولكنّ في المقام احتمالاً آخر يخرج الكلام عن الأولوية - باحتمالاتها الثلاثة - بالكلية وهو أن يكون المراد بكيف في كلام شيخ الطائفة^{رحمته} التعجب فقط من القول بالضمان في العقد

(٤) حاشية المكاسب ٤٦٢/١.

(٥) حاشية المكاسب ٣٤٠/١.

(٦) نهج الفقاهة ٢١٤/١.

(٧) حاشية المكاسب ١٢٢/٢.

(٨) حاشية المكاسب ٦٤/ و ٦٣.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفساده - دليل اعتبارها ٣٦٣

الفاسد الذي لا يكون في صحيحه ضمان، و على هذا الاحتمال يغلق باب الأولوية.
ثم يחדش الشيخ الأعظم^(١) في الأولوية المذكورة بما حاصلها: يمكن أن يدعي أحدٌ بأنّ صحة العقد وإمضاء الشارع له في العقود الصحيحة التي لم يكن فيها ضمان سببٌ لعدم وجود الضمان، وهذا السبب - أيّ صحة العقد و امضاء الشارع له - في العقود الباطلة لا يجري فلا اولوية في الفاسد.

و بعبارة أخرى: الصحيح منها ليس فيها الضمان لإمضاء الشارع عقداً ليس فيه إقدام على الضمان من الطرفين فالفاسد منها ليس فيها الضمان لعدم الإقدام على الضمان و لعدم إمضاء شرعي و لذا يختلف مبنى عدم الضمان فيهما من دون أولوية في البين.
وهذه المناقشة جاءت في كلام المحقق السيد الخوئي وقال: «إنّ عدم الضمان في العقد الصحيح - كالهبة الصحيحة مثلاً - إنّما هو من جهة كون المال ملكاً مجانياً للقباض، و من الواضح أنّه لم تحصل له الملكية في العقد الفاسد - كالهبة الفاسدة مثلاً - و إذن فلا وجه لدعوي الاولوية هنا بوجه»^(٢).

ثم يناقش الشيخ الأعظم على أصل استدلال شيخ الطائفة^(٣) بقوله: «إن قلت: إنّ الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان، إلا أنّ مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض و بقي الباقي»^(٣).
و أجاب الشيخ الأعظم بنفسه عن هذا الاشكال بقوله: «ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفسادها»^(٤) و جاء بما يمكن أن يعدّ دليلاً مستقلاً

(١) المكاسب ١٩٧/٣.

(٢) مصباح الفقاهة ١١٣/٣.

(٣) المكاسب ١٩٧/٣.

(٤) المكاسب ١٩٧/٣.

لقاعدة ما لا يضمن ولذا نبحت عنه تحت عنوان الدليل الثاني.

الثاني: عموم ما دلّ على أنّ من لم يُضمَّنه المالكُ فهو غير ضامن

كما ادعاه الشيخ الأعظم^(١) وهو مستفاد من النصوص المتفرقة:

منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر^(ع) قال: سألته عن الرجل يستبضع

المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان؟ قال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً.^(٢)

الاستبضاع أو البضاعة معاملة يدفع صاحب العين عينه إلى غيره ليتجر به وكان

النفع للمالك و العين تكون أمانة عند الغير. يقال له بالفارسية «امانت فروشى».

و منها: موثقة غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله^(ع): إنّ امير المؤمنين^(ع) أتى

بصاحب حمّام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمّنه، وقال: إنّما هو أمين.^(٣)

و منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله^(ع) قال: صاحب الوديعة و البضاعة

مؤتمنان، الحديث.^(٤)

و منها: صحيحة أخرى له و فيها: ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب

العارية و الوديعة مؤتمن.^(٥)

و منها: صحيحة ثالثة الحلبي عن أبي عبدالله^(ع) في حديث: عن رجل استأجر

(١) المكاسب ١٩٧/٣.

(٢) التهذيب ١٨٤/٧، ح ١٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٣٩/١٩، ح ١، الباب ٢٨ من أبواب كتاب الإجارة.

(٤) وسائل الشيعة ٧٩/١٩، ح ١، الباب ٤ من أبواب الوديعة.

(٥) وسائل الشيعة ٩٣/١٩، ح ٦، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده - دليل اعتبارها ٣٦٥

أجيراً فأقعده على متاعه فسرق قال: هو مؤتمن. (١)

و منها: صحيحة أبي بصير المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث: وفي رجل استأجر جَمَّالاً فيكسر الذي يحمل أو يهريقه، فقال: على نحو من العامل إن كان مأموناً فليس عليه شيء، وإن كان غير مأمون فهو ضامن. (٢)

و منها: معتبرة مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ليس لك أن تأتمن من خانك ولا تتهم من اتّمنت. (٣)

و منها: صحيحة مسعدة بن زياد عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: ليس لك أن تتهم من قد اتّمنت، ولا تأتمن الخائن وقد جرّبت. (٤)

و منها: صحيحة محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى الفقيه عليه السلام [أي الإمام الحسن العسكري عليه السلام] في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصّره فدفعه القصار إلى قصار غيره ليقصّره، فضاع الثوب، هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره وإن كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً إن شاء الله تعالى. (٥)

تلك عشرة كاملة من الأحاديث الصحاح يستفاد منها «كل أمين ليس بضامن»، و العقود الفاسدة تكون من صغريات هذا العموم لصدق الأمين على المستأجر في الاجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين، والمستعير في العارية الفاسدة ونحوها، فليس في فاسد هذه العقود ضمان، و مما ذكرنا ظهر عدم تمامية كلام المحقق الشهيدي حيث علق على العموم

(١) وسائل الشيعة ١٤٢/١٩، ح ٣، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٤٤/١٩، ح ١١، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.

(٣) وسائل الشيعة ٨١/١٩، ح ٩، الباب ٤ من أبواب الوديعة.

(٤) وسائل الشيعة ٨١/١٩، ح ١٠.

(٥) وسائل الشيعة ١٤٦/١٩، ح ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.

الوارد في كلام الشيخ الأعظم بقوله: «لم نعر بهذا الدليل»^(١).
 ثم تعرّض الشيخ الأعظم إلى كيفية خروج الهبة الفاسدة من عموم على اليد و
 استدل «بفحوى ما دلّ على خروج صور الاستئمان فإن استئمان المالك لغيره على ملكه إذا
 اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى»^(٢).
 مراده: أنّ عدم الضمان في صورة قطع العلقه عن المال بالكلية أولى من عدم ضمانه في
 موارد الاستئمان التي تبقى ملكية العين لمالكها.
 ثم شرّح لنا وجه تقييد التسليط المطلق بالمجانبة بقوله: «والتقييد بالمجانبة لخروج
 التسليط المطلق بالعوض كما في المعاوضات فإنّه عين التضمنين»^(٣).
 مراده: أنّ التسليط المطلق له فردان: أحدهما: بلاعوض وهو الهبة و الآخر مع
 العوض وهو المعاوضات، وما ذكر من الاولوية تجري في القسم الأوّل - أيّ بلاعوض - لا
 القسم الثاني - أي مع العوض - ولخروج القسم الثاني أتى بقيد المجانبة.
 و اعترض عليه المحقق ألسيد الخوئي بأنّ «قاعدة ضمان اليد لا تشمل موارد
 التسليط المجاني لكي نحتاج إلى تخصيصها بأدلة الاستئمان، وعليه فمورد الكلام خارج عن
 قاعدة ضمان اليد، و عن مورد أدلة الاستئمان - أيضاً - خروجاً تخصيصاً»^(٤).
 ثم اضاف إلى ذلك: «أن المالك لم يسلط غيره على ماله في موارد الاستئمان ليتصرف
 فيه أيّ تصرف، بل سلطه عليه ليحفظه عن التلف، بخلافه في الهبة الفاسدة، فلا يمكن قياس

(١) هداية الطالب ٢/٢٨٧.

(٢) المكاسب ٣/١٩٨.

(٣) المكاسب ٣/١٩٨.

(٤) مصباح الفقاهة ٣/١١٣.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده - دليل اعتبارها ٣٦٧

أحدهما بالآخر»^(١).

و الشيخ الأعظم لم يأت إلا بهذين الدليلين في مستند قاعدة ما لا يضمن ولكن يمكن أن يستدل لها بوجوه أخر نذكرها لك.

الثالث: عدم ثبوت الدليل على الضمان

الدليل الوحيد على عدم الضمان في موارد قاعدة ما لا يضمن هو عدم ثبوت الدليل على الضمان فنأخذ بها مادام لم يثبت دليل على وجود الضمان، وهذا الدليل تام تنبّه عليه المحقق السيد الخوئي^(٢).

الرابع: إقدام المتعاقدين على المجانية

المتعاقدان أقدا في كلّ من العقدين - الصحيح والفسد - على المجانية وهذا الإقدام رافع للضمان.

ولكن يمكن أن يناقش عليه: بأنهما أقدا على المجانية في فرض صحة العقد فقط فإذا ارتفعت الصحة ارتفع السبب الرفع للضمان - أيّ المجانية - ومقتضى عموم على اليد ثبوت الضمان.

اللهم إلا ان يقال: بخروجها عن عموم على اليد تخصصاً كما مر عن المحقق الخوئي آنفاً.

الخامس: الأصل العملي: البراءة

ثبوت الضمان يحتاج إلى دليل فإذا شك في ثبوته يُنفى أصالة البراءة. وهذا الدليل تام على فرض عدم إمكان التمسك بحديث «على اليد» إمّا لضعف سنده

(١) مصباح الفقاهة ١١٤/٣.

(٢) مصباح الفقاهة ١١٤/٣.

أو خروج المورد تخصصاً منه وإلا مع فرض الدليل اللفظي لم يصل النوبة إلى الأصل العملي.
هذا تمام الكلام في مستند قاعدة ما لا يضمن و الحمد لله أولاً و آخرأ.

الجهة الثانية: ما يمكن أن يعد من موارد نقضها

و قد ذكروا فروعاً بعنوان نقوض القاعدة:

منها: ضمان العين المستأجرة فاسدٌ

كما عليه سيّد الرياض قال: «العين مضمونة في يد المستأجر مطلقاً كما نُسب إلى

المفهوم من كلمات الأصحاب و لعله لعموم الخبر بضمن ما أخذته اليد»^(١).

و المناسب هو المحقق الأردبيلي قال: «إنّ الظاهر أنّ العالم كالغاصب لا يجوز له

التصرف و لا يستحق شيئاً لما مرّ من أنّ الإذن إنّما علم بالعقد لا اعتقاد أنه صحيح و يلزم

الطرف الآخر ما يلزمه و قد بطل و هو عالم بالفرض فيبقى أصل المنع على حاله كما قيل في

البيع الباطل، بل يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل أيضاً»^(٢).

أقول: الظاهر من الأردبيلي أنّه ذهب إلى أنّ مورد نفي الضمان في هذه القاعدة مورد

العقد فقط - و هو متعلّقه - فلا يعم متعلّق متعلّقه خلافاً للشيخ الأنصاري رحمته الله و جماعة، و

ذهب أيضاً إلى أنّ المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج عنه كالشرط

الواقع في متنه وفاقاً للشيخ الأنصاري و لذا قال في مسألة اشتراط ضمان العين في عقد

الإجارة هو عدم ضمان العين على تقدير فساد العقد لفساد الشرط المذكور مستدلاً عليه

بالأصل «و بما تقرّر عندهم من أنّ كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده»^(٣).

و ظاهر هذا الكلام من الأردبيلي عدم الضمان بالنسبة إلى العين المستأجرة كما

(١) رياض المسائل ٤٤/١٠.

(٢) مجمع الفائدة و البرهان ٥٠/١٠.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ٦٩/١٠.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده - موارد نقصها ٣٦٩

استفاد من اطلاق كلام سيّد الرياض حيث يقول: «و العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر و لا ما ينقص منها إلاّ مع تعدّي و تفريط، بلا خلاف أجده بل عليه الاجماع في الغنية و هو الحجة، مضافاً إلى النصوص المستفيضة...»^(١).

ولذا قال في مفتاح الكرامة: «و قد قال في مجمع البرهان بعد أربع قوائم: إنّ الشرط الفاسد يبطل العقد و لا ضمان لأنّه تقرّر عندهم أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و مثل ذلك قال في الرياض قبل ذلك بمقدار أربع قوائم تقريباً»^(٢).

ولكن في مقابل هذا القول تجد قولاً بعدم الضمان و لعلّ هو المشهور كما اختاره العلامة في القواعد و قال: «العين أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلاّ بتعدّي أو تفريط في المدّة و بعدها إذا لم يمنعها مع الطلب، سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة»^(٣).

و قال في التحرير: «إذا كانت الاجارة فاسدة لم تكن العين مضمونة أيضاً إلاّ بالتعدّي»^(٤).

و قال في التذكرة: «إذا كانت الاجارة فاسدة لم يضمن المستأجر العين أيضاً إذا تلفت بغير تفريط و لا عدوان، لأنّه عقد لا يقتضي صحيحه الضمان فلا يقتضيه فاسده كالوكالة و المضاربة. و حكم كلّ عقد فاسد حكم صحيحه في وجوب الضمان و عدمه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده و ما لم يجب في صحيحه لم يجب في فاسده، ولأنّ الأصل براءة الذمة من الضمان، لأنّه قبض العين بإذن مالکها فلم يجب عليه ضمانها لعدم

(١) رياض المسائل ١٥/١٠.

(٢) مفتاح الكرامة ٤١٤/١٩.

(٣) القواعد ٣٠٤/٢.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية ١١٧/٣، مسألة ٤٢٦٣.

موجب له مع هذا القبض»^(١).

و اطلق بعضهم عدم الضمان و لم يقيدَه بالعقد الصحيح كالمحقق حيث قال: «العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلا بتعدُّ أو تفريط و في اشتراط ضمانها من غير ذلك تردُّ أظهره المنع»^(٢).

و ابن حمزة في الوسيلة^(٣) و الشهيدين في اللمعة و شرحها^(٤).

و صرح المحقق الثاني أيضاً بعدم الضمان حيث يقول: «و المنفعة المستوفاة بالإجارة الفاسدة مضمونة بأجرة المثل، و هل العين مضمونة بالاستيفاء؟ يلوح من كلامهم العدم، و الذي ينساق إليه النظر كونها مضمونة، لأنَّ التصرف في العين غير جائز فهو بغير حق، فيكون في حال التصرف استيلاءً عليه بغير حق و ذلك معنى الغصب، إلا أنَّ كون الإجارة الفاسدة لاتضمن بها كما لاتضمن بالصحيحة مناف لذلك، فيقال: أنه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقاً، و الأصل براءة الذمة من الضمان، فلا تكون العين بذلك مضمونة، إنما يضمن المنفعة خاصة و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن، لأنَّ استيلاءه بغير حق و هو باطل»^(٥).

قال في الجواهر: «قلت لا يخفى عليك أنَّ الذي عثرنا عليه من كلام الأصحاب في المقام صريح في عدم ضمان العين المستأجرة في العقد الفاسد، كما صرح به في القواعد و جامع

(١) تذكرة الفقهاء ٣١٨/٢ من الطبع الحجري.

(٢) الشرائع ١٤٠/٢.

(٣) الوسيلة ٢٦٧/.

(٤) الروضة البهية ٣٣١/٤.

(٥) جامع المقاصد ٢١٦/٦ و ٢١٥.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفساده - موارد نقصها ٣٧١

المقاصد ومحكى التذكرة، بل في مفتاح الكرامة^(١) عن الرياض والمجمع التصريح بذلك أيضاً في مقام آخر من الإجارة، لعلّه لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده كما استدللّ به في التذكرة والجامع، بل لم أجد من صرّح هنا بالضمان^(٢).

يمكن أن يستدل على القول بالضمان بوجهين:

الأوّل: خروجها عن قاعدة ما لا يضمن لأنّ موردها مورد العقد و متعلّقه و هو في الاجارة المنفعة، و لم يكن موردها متعلّق متعلّقه و هو العين في الاجارة، فالعين باقية على كونها أمانة في يد المستأجر و ليس عليها ضمان على القاعدة الأولية، ولكن الأردبيلي قيّد الإذن في التصرف في هذه الأمانة في صحة العقد و المفروض بطلانه فيصح القول بالضمان لعدم جواز التصرف شرعاً و المفروض تصرفه فينتج الضمان.

وقرّر هذا البيان صاحب الجواهر في قوله: «و ذلك لأنّ المراد من الايجاب و السلب فيها ما كان مضموناً بسبب العقد، و ما لم يكن مضموناً كذلك على معنى أنّ الضمان و عدمه فيه مورد العقد كالمنفعة في الإجارة و العين في الهبة، و لا ريب أنّ عدم الضمان في العين المستأجرة لا مدخلية للعقد فيه و إنّما هو باعتبار كونها أمانة، فيدور الضمان في الفاسدة حينئذ عليها، لا من القاعدة المزبورة و كذلك العين في العارية، فمع فرض عدم الأمانة لما سمعته من تقييد الإذن بالصحة المفروض انتفاؤها يتجه ما نسباه - [الأردبيلي و سيّد الرياض] - إلى الأصحاب من الضمان حينئذ، خصوصاً مع علم المستأجر بالفساد و خصوصاً إذا كان الفساد من جهة الغصب و نحوه»^(٣).

الثاني: ترجيح قاعدة اليد على قاعدة ما لا يضمن عند المعارضة، و قرّر صاحب

(١) مفتاح الكرامة ٤١٤/١٩ كما مرّ نص بيانه.

(٢) الجواهر ٢٥٢/٢٧.

(٣) الجواهر ٢٥٣/٢٧ و ٢٥٢.

الجواهر هذا الدليل بقوله: «وإن كان قد يوجّه على تقدير صحة النسبة إلى الأصحاب بما سمعت من عموم على اليد المعارض للقاعدة المزبورة من وجه و يرجّح عليها بالنسبة المزبورة، و دعوى العكس باعتزادها بقاعدة الأمانة يدفعها ما سمعته من الرياض أخيراً من أنه إذا كان الدفع بعنوان الصحة تكون الإذن كالمقيدة بذلك فمع الفساد ينكشف أن لا إذن فلا تكون أمانة»^(١).

ولكن تنظر صاحب الجواهر^(٢) في كلا الدليلين و تبعه شيخنا الأنصاري^(٣) و هو المختار لأنّ المراد من مورد العقد في القاعدة أعم من متعلّقه و متعلّق متعلّقه فتشمل العين، و قاعدة ما لا يضمن حاكمة على قاعدة اليد لعدم وجود موضوع لها لو لا هذه الحكومة أصلاً بناءً على كون النسبة بينهما العموم المطلق أو غالباً بناءً على كون النسبة بينهما العموم من وجه.

و النسبة بينهما تصير مثل النسبة بين قاعدتي الفراغ و التجاوز، و الاستصحاب بحيث أنّهما حاكمان أو إردان على الاستصحاب و إلّا لم يبق مورد لهما. و الحاصل: الظاهر - و الله العالم - عدم ضمان العين المستأجرة بالعقد الفاسد فهذا الفرع يدخل في القاعدة و لا يكون مورد نقض لها.

و منها: الصيد الذي أستعاره المُحرّم من المُحلّ

العارية الصحيحة لا يكون فيها الضمان فلا بدّ أنّ ألفاسدة منها كذلك ولكن الأصحاب حكموا بالضمان في الصيد الذي استعاره المحرّم من المحلّ لأنّه يجب عليه ارساله و

(١) الجواهر ٢٥٢/٢٧.

(٢) الجواهر ٢٥٣/٢٧ و قال: «و مع ذلك فالانصاف أنّه لا يخلو دعوى عدم الأمانة مطلقاً حتّى في صورة الجهل منها من بحث و نظر كما هو واضح و الله العالم».

(٣) المكاسب ١٩٤/٣.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفاسده - موارد نقصها ٣٧٣

الارسال هو الإِتلاف و المُتَلَفُ ضامنٌ.

قال في الشرائع: «و لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلِّ صيداً لأنّه ليس له امساكه، ولو أمسكه ثم أرسله ضمنه وإن لم يشترط عليه»^(١).

وقال في التذكرة: «لا يحلُّ للمُحرِّم استعارة الصيد من المحرم ولا من المُحلِّ لأنّه يحرم عليه إمساكه فلو استعاره وجب عليه إرساله و ضمن للمالك قيمته. ولو تلف في يده ضمنه أيضاً بالقيمة لصاحبه المُحلِّ وبالجزاء لله تعالى، بل يضمه بمجرد الإمساك وإن لم يشترط صاحبه الضمان عليه، فلو دفعه إلى صاحبه بريء منه و ضمن لله تعالى...»^(٢).

وقال المحقّق الكركي بعد نقل مقال العلامة في التذكرة: «و في موضعين منه إشكال: أحدهما: أنّ وجوب الارسال مع كون الصيد ملكاً لآدمي - و حقّ الآدمي مقدّم على حقّ الله تعالى - غير ظاهر، وإنّما الذي يقتضيه الدليل ردّه على مالكه و وجوب الجزاء لله تعالى. الثاني: وجوب القيمة للمالك المُحلِّ لو تلف في يده بغير تعدّد - مع عدم اشتراط الضمان أيضاً غير ظاهر، لأنّ غاية ما هناك أنّها عارية فاسدة و كلّ عقد لا يضمّن بصحيحه لا يضمّن بفاسده، ولأنّ المالك لما أعاره فقد رضي بعدم ثبوت الضمان عليه الذي هو مقتضى العارية، فلا وجه لتضمينه.

فالحاصل: أنّ الذي يقتضيه النظر خلاف الأمرين، لكن لم أظفر إلى الان بمخالف فإنّ المصنف في التحرير^(٣) قد صرح بالثاني و كذا المحقّق في الشرائع»^(٤).

(١) الشرائع ١٣٦/٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٣٨/١٦، مسألة ٨٣.

(٣) لم أجد ما ذكره في التحرير المطبوع و الموجود فيه استعارة المُحلِّ صيداً من مُحرِّم راجع تحرير الأحكام الشرعية ٢٢١/٣، مسألة ٤٤٩٢، نعم يوجد في تلخيص المرام في معرفة الأحكام

وقال ثاني الشهيدين: «لا شبهة في عدم جواز استعارة المحرم الصيد من المحلِّ والمحرم لما ذكره المصنف [صاحب الشرائع] من تحريم إمساكه عليه، فلو استعاره بعقد العارية فهل يقع العقد فاسداً؟ يحتمله للنهي، و عدمه لأنَّ المعاملات لا يبطلها النهي إلاً بدليل خارج. و عبارة المصنف [صاحب الشرائع] وغيره لا تدل على أحد الأمرين صريحاً، لأنَّ عدم الجواز أعمُّ من الفساد كما ذكرنا.

فعلى تقدير قبضه له إن رده على المالك لزمه الفداء لله تعالى و برىء من حقِّ المالك و إن تلف في يده فلا شبهة في ضمانه الفداء لله تعالى لأنَّه ثابت عليه بمجرد الإمساك كما في الصيد الذي ليس بمملوك حتَّى لو كان المعير مُحرماً أيضاً فعلى كلِّ واحد منهما فداء. و مقتضى عبارة المصنف و جماعة أنَّه يضمنه مع التلف للمالك أيضاً بالقيمة لأنَّهم جعلوه من العواري المضمونة و إن لم يشترط فيها الضمان و دليله غير واضح، إذ مجرد تحريم استعارته لا يدلُّ على الضمان سواء قلنا بفساد العقد أم بصحته، أمَّا مع صحته فالأصل في العارية عندنا أن تكون غير مضمونة إلاً أن يدلُّ دليل عليه و لم يذكروا هنا دليلاً يعتمد عليه، و أمَّا مع فساده فلأنَّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه - كما أسلفناه في مواضع - قاعدة كليَّة»^(٥).

أقول: نسبة القول بالضمان مع التلف إلى المحقِّق و جماعة كما في كلام ثاني الشهيدين عليه السلام لا تتم و استفادها عليه السلام من إطلاق كلامهم، و يظهر من صاحب الجواهر عدم وجود المصرح بالضمان في صورة التلف السماوي فهذه النسبة غير تام كما يأتي.

→ /١٤٠ له ما نصه: «العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلاً أن... أو يستعير الصيد و هو محرم...».

يمكن استفادة ما ذكره المحقِّق الثاني من إطلاق كلامه عليه السلام.

(٤) جامع المقاصد ٦/٦٠.

(٥) المسالك ٥/١٣٩.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفاسده - موارد نقصها ٣٧٥

قال في الجواهر: «بل يجب عليه ارساله وحينئذ فلو أتم وأمسكه ثم أرسله ضمنه و إن لم يشترط عليه ذلك في العارية، ووجوب ذلك عليه لا ينافي ضمانه لمالكه وإن أقدم على إعارته لمن يكون تكليفه إتلافه بالارسال، فإن ذلك لا يقتضي ذهاب حرمة ماله كما لا يقتضي إبطال سببية الضمان الحاصلة من عموم قوله: «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»، و عدم الضمان بالعارية الفاسدة لقاعدة عدمه في الصحيح منها مع تسليمها في صورة العلم إنما تتم في التلف بغير تفريط لا الاتلاف.

و دعوى: عدمه في المقام أيضاً باعتبار كون تكليفه ذلك، يمكن منعها: أولاً: لإمكان دعوى وجوب تسليمه إلى صاحبه ترجيحاً لحق المخلوق على حق الخالق.

و ثانياً: بعد تسليمها بمنع مادلاً على عدم ضمان العارية في الفرض لأقل من الشك فيبقى عموم من أتلف وأصالة احترام المال بحاله.

و على كل حال فمن ذلك ظهر لك أنه لا وجه للإشكال في الجزم بالضمان من المصنف و الفاضل و غيرهما بعدم الدليل عليه لقاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفاسده ضرورة كون المراد الضمان في الفرض المذبور وإن كان إطلاقهم يوهم ذلك، لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذي ذكرناه، فإنه الموافق لذكر مسألة المحرم بخصوصه»^(١).

و تبعه الشيخ الأعظم وقال: «أن وجه ضمانه - بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته - أن المستقر عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذي هو سبب ضمان ملك الغير في كل عقد

لا بسبب التلف»^(١).

و استشكل الفقيه اليزدي على الشيخ الأعظم بقوله: «لكن يمكن منع المبنى [أي البناء على أنه يجب على المحرم إرساله] فإن التخلُّص عن الإمساك كما يمكن بالارسال كذلك يمكن بالدفع إلى المالك، مع أنَّ حقَّ المخلوق مقدّم على حقِّ الخالق»^(٢).

و العجب من المحقِّق النائيني^(٣) حيث قال في توضيح ما أفاده الشيخ أموراً ثلاثة أذكر لك مختصرها: الأوَّل: وجوب الإرسال هل هو حكم تكليفي محض أو أنَّ الصيد بسبب وقوع يد المحرم عليه خرج عن الملكية و صار من المباحات بالأصل و جهان بل قولان أقواهما الثاني^(٤).

الثاني: لافرق في ضمان المستعير بين ما إذا كان المعير عالمًا بالموضوع والحكم أم لا و كان جاهلاً.

الثالث: لو لم يرسل المستعير الصيد بل ردّه إلى المعير فهل يسقط به الضمان أم لا؟ قولان أقواهما الثاني.

أقول: المناقشة في الأوَّل و الثالث واضحة و ناقضية هذا الفرع للقاعدة تبنتي على أمور:

الأوَّل: فساد عقد العارية المذكورة لورود النهي عن إمساك الصيد توسط المُحرِّم.

الثاني: وجوب الإرسال على المحرم و لا يكفي دفعه إلى مالكه.

الثالث: امساك المحرم الصيد ثم إرساله في حكم التلف.

(١) المكاسب ١٩٥/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٤٦٠/١.

(٣) المكاسب و البيع ٣١٥-٣١٣/١.

(٤) في هذه المقالة هو تابع للحاج آقا رضا الهمداني في حاشيته على المكاسب ٧٣/.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفاسده - موارد نقصها ٣٧٧

و يمكن أن يناقش في الكلّ بصحة عقد العارية لأنّ النهي في المعاملات لا يدل على الفساد، ولا يجب عليه إرساله بل يحرم عليه إمساكه ورفع الامساك ممكن بالردّ إلى مالكه وبالردّ خرج من الضمان، نعم يجب عليه الكفارة لله تعالى، وإرسال المحرم الصيد لا يكون تلفاً بل يكون إتلافاً كما عليه الأعلام فيشملة قاعدة الإلتلاف كما تبيّه على الأخير المحقّق النائيني^(١) وكما مرّ قبله من صاحب الجواهر والشيخ الأعظم.

فرعٌ:

هل يثبت الضمان مع الإرسال مطلقاً، أم يختص بصورة جهل المعير؟ ذهب الفقيه البيزدي إلى اختصاصه بصورة الجهل وقال: «هذا [الضمان] لا يتم في صورة علم الدافع، فإنّه حينئذ يعدّ من المتلف لماله بدفعه إلى من هو مكلفٌ بإتلافه فلا وجه لاستقرار القيمة في ذمّته خصوصاً إذا كان جاهلاً بأنّه صيداً و بالحكم»^(٢).

أقول: تم إسناد الإلتلاف إلى المستعير فهو ضامن ولو مع فرض علم المعير و الإلتلاف موجب للضمان كما مرّ عن المحقّق النائيني^(٣) و تبعه تلميذه السيّد الخوئي^(٤).

و منها: المنافع غير المستوفاة من المبيع فاسداً^(٥)

البيع إذا كان صحيحاً يقتضي الضمان المسمّى بالنسبة إلى العين و كذلك يقتضي الضمان مطلقاً إذا كان فاسداً، والمنافع المستوفاة في البيع يقتضي الضمان^(٦) صحيحاً كان البيع

(١) المكاسب و البيع ٣١٥/١.

(٢) حاشية المكاسب ٤٦٠/١.

(٣) المكاسب و البيع ٣١٤/١.

(٤) مصباح الفقاهة ١٠٧/٣.

(٥) يأتي تفصيل ضمان المنافع مطلقاً في الرابع من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد راجع صفحة ٣٩٥ و ما بعدها.

(٦) كما قاله العلامة في القواعد ٢٣٨/٢: «لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمّنه و ما

٣٧٨ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

أو فاسداً لأنَّ الاصل وهو العين تكون مضمونة وكذلك الفرع وهو المنفعة^(١) ولأنَّ المنافع على قسمين:

الأوَّل: كانت من الأعيان و استيفائها يكون إتلافاً لها نحو: البيضة بالنسبة إلى الدجاج و اللبن بالنسبة البقرة و الصوف بالنسبة إلى النعجة.

الثاني: كانت من غير الأعيان و استيفائها بمنزلة التلف نحو: السكنى في الدار و الركوب في السيارة و نحوها و حيث كان الأصل مضموناً يكون فرعه أيضاً مضموناً و لعموم قوله ﷺ: على اليد ما أخذت حتى تؤدي و لأنَّه أثبت يده على العين بغير استحقاق - على فرض بطلان المعاملة - و المالك الذي سلَّطه على العين رضي بكونه تحت يده في مقابلة الثمن و صحة المعاملة فإذا بطلت المعاملة و الثمن لا يرضى المالك بفوات منافعه ولو لم يستوفها المشتري السابق.^(٢)

فالمنافع المستوفاة موردٌ للضمان في البيع الصحيح و الفاسد بما مرَّ و بقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

ولكن عدَّت المنافع غير المستوفاة موردًا لنقض القاعدة لأنَّها في الصحيح ليس لها ضمان ولكن حكموا بأنَّها في الفاسد تكون مضمونة.

لا يقال: ضمان العين يستتبع ضمان المنافع - المستوفاة منها و غير المستوفاة - في العقد الصحيح كان أو فاسداً. فيدخل المنافع بكلي قسميها في أصل القاعدة أعني ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، لا تقيضها و سلبها.

→ يتجدد من منافعه الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء، و بدونه إشكال». (١) كما استدل به المحقق الثاني في جامع المقاصد ٣٢٤/٦ و تبعه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٣٥٧/١٨.

(٢) كما تبَّه عليها الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة ٣٥٨/١٨.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفاسده - موارد نقصها ٣٧٩

لأننا نقول: الثمن في العقد الصحيح يقع بإزاء أصل العين لا منافعها وإن كانت المنافع تكون من دواعي المعاملة ولكن لا يقع في قبالتها ثمن، فالمنافع بقسميها خارجة عن مورد العقد ولا تدخل تحت عنوان أصل القاعدة ولا نقيضها. فلا يعدُّ من نقوض نقيض القاعدة. ولا بدُّ من ثبوت ضمانها و عدمه من ملاحظة دليل آخر نحو قاعدة الإلتاف أو قاعدة الإحترام ونحوها. هذه إجابة الشيخ الأعظم^(١) عن النقص بتوضيح منّا و تبعه المحقّق الإصفهاني^(٢).

ولكن يمكن أن يناقش عليه بأنَّ بيانه هذا ينافي ما مرّ منه^(٣) من أنَّ مورد العقد عنده يكون أعمّاً من متعلّق العقد و متعلّق متعلّقه حيث مثل بمورد العقد بعدم ضمان العين المستأجرة فاسداً^(٣) فلا يمكن الجمع بين البيانيين.

ولكن الفقيه اليزدي أجاب عن النقص ببيان آخر وقال: «المنافع وإن لم تكن مقابلة بالمال إلاّ أنّها ملحوظة في القيمة و زيادة الثمن و هذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة، و من هنا يعرف حال الشروط فإنّه لو فرض شرط الخياطة في عقد فاسد فعمل بالشرط يكون من له الشرط ضامناً، لأنّ في الصحيح وإن لم يكن الشرط مقابلاً بالمال إلاّ أنّه ملحوظ في زيادة الثمن و نقصانه، فكأنّه مقابل بالمال و لذا اشتهر أنّ للشرط قسطاً من الثمن يعنى في اللبّ، فتدبر»^(٤).

وفيه: ردّ المحقّق الأصفهاني عليه بقوله: «أنّ هذا المعنى لا يحقّق ضمانين بالإضافة إلى المنفعة والعين، والاشكال في كون المنافع [غير المستوفاة] مضمونة على حدّ ضمان العين في

(١) راجع المكاسب ١٩٥/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٣٣٨/١.

(٣) المكاسب ١٩٣/٣.

(٤) حاشية المكاسب ٤٦١/١.

الفاسد مع أنَّها غير مضمونة في الصحيح»^(١).

و بعبارة أخرى: دخالة المنافع في زيادة الثمن لا يستلزم ضامنها بغير ضمان العين و دونه كما أنَّ الشروط لها دخل في زيادة القيمة مع أنَّها لا تدخل في الضمان. وثبوت الضمان في مثل الخياطة فلاجل احترام العمل و استناد تحققه في الخارج إلى أمر المشروط له فلا صلة له بالمقام كما تبَّه عليه المحقِّق السيِّد الخوئي^(٢).

و أجاب المحقِّق الأصفهاني مضافاً إلى جواب الشيخ الأعظم بإجابة ثالثة و هي: «نعم، ربَّما يتصور ضمان العين بنحو تكون متضمناً لضمن المنافع الفاتئة في الصحيح و الفاسد كما إذا كانت العين لها أمد خاص و عمر مخصوص فإذا أمضى منه شهر مثلاً نقصت قيمة العين، فهذا النقص ملحوظ في الصحيح و الفاسد، فلا فرق حينئذ بين القول بضمن العين و المنافع معاً أو ضمان العين تامة فتدبر»^(٣).

و فيه: نعم مُضيّ مدّة خاصة من عمر العين و إن اوجب نقصاناً فيها إلا أنَّ الضمان حينئذ بالعين لا المنافع التي لم يستوفى و لذا اعترف في آخر كلامه بعدم الفرق حينئذ، كما ذكره تلميذه المحقِّق السيِّد الخوئي^(٤).

و للمحقِّق النائيني إجابة رابعة للنقض - و يمكن عدّها توضيحاً لكلام الشيخ الأعظم - قال: أنَّ المدار على مورد العقد و مصبه و متعلِّقه و هو في البيع العين، فالعين في البيع الصحيح مضمون و كذلك في الفاسد ولكن «منافع العين التي تعلق بها البيع حيث أنَّ المنفعة في البيع ليست متعلِّقة للعقد و لا يبذل بازائها الثمن، بل الثمن يقع بإزاء العين و إن

(١) حاشية المكاسب ٣٣٨/١.

(٢) مصباح الفقاهة ١٠٨/٣.

(٣) حاشية المكاسب ٣٣٨/١.

(٤) مصباح الفقاهة ١٠٩/٣.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفساده - موارد نقصها ٣٨١

كان يتفاوت ثمنها بواسطة المنفعة لتفاوت الرغبة بالنسبة إلى العين بواسطة التفاوت في منفعتها، لكان خارجاً عن مورد تلك القاعدة [أي قاعدة ما يضمن] فلا يرد النقص بضمان المنافع التي لم يستوفها فإنها غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنها مضمونة في العقد الفاسد، وذلك لأن تلك المنافع ليست متعلقة العقد حتى يكون ضمانها في حال فساد العقد مع ضمانها في حال صحته نقضاً للقاعدة»^(١).

وقال في تقريراته الأخرى: «أن مورد الأصل والعكس هو مورد العقد ومصبه لا ما هو خارج عنه وإنما حكم بتبعيته له شرعاً، أو التوقف استيفاء المنفعة عليه، ومن هذا الأمر ظهر عدم ورود النقص بالنسبة إلى المنافع، ولا تلف العين المستأجرة، ولا تلف الحمل ونحو ذلك من النقوض»^(٢).

أقول: أنت ترى أن هذه الإباحة هي جواب الشيخ الأعظم بتوضيح من المحقق النائيني كما مرّ، ولكن زاد تلميذه السيّد الخوئي في إجابته: «وإنما المنافع في الصحيح تابع للعين بحكم الشارع وفي الفاسد حيث أن العين لم تنقل إلى القابض فيضمن منافعها»^(٣). ثم ردّ عليه بقوله: «أنه لو صح ذلك فلازمه الحكم بالضمان فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة الفاسدة، بديهية أن المنافع في الهبة الصحيحة تابعة للعين وحيث أن العين لم تنقل إلى المتهب في الهبة الفاسدة فتضمن منافعها»^(٤).

يعنى: يتولد من هذه الإجابة مورد نقض آخر وهو ضمان المنافع في الهبة الفاسدة مع

أن في صحيحها ليس ضمان.

(١) المكاسب و البيع ٣٠٨/١.

(٢) منية الطالب ٢٧٣/١.

(٣) مصباح الفقاهة ١٠٩/٣.

(٤) مصباح الفقاهة ١٠٩/٣.

و للمحقِّق البجنوردي إجابة خامسة على طرف النقيض من إجابة الشيخ الأعظم و النائيني والأصفهاني لأنَّهم يقولون بخروج المنافع عن العين في قبالة الضمان والمسمي ولكنَّه يقول بتبعية المنافع للعين من جهة الضمان والمسمي قال: «إنَّ الضمان في الصحيح عبارة عن المسمي، و المسمي في الصحيح موجود بدل العين، فبعوض ملكية العين يشتغل ذمته بالمسمي، و المنافع مطلقاً سواء كانت مستوفاة أو غير مستوفاة من توابع العين، فإذا كانت العين مضمونة فالمنافع أيضاً مضمونة، كما هو الظاهر من قوله ﷺ: الخراج بالضمان، أيَّ المنافع التي للعين تكون لمن انتقل إليه العين بواسطة ضمان المسمي، فكان المسمي في البيع الصحيح عوض العين و منافعه، فلا نقض»^(١).

و تبعه السيّد الخوئي وقال: «كلُّ من العين والمنفعة مورد للعقد، نهاية الأمر أنَّ العين مورد للعقد بالإصالة و المنافع مورد له بالتبعية، و من الواضح أنَّ عقد البيع ممَّا يضمن بصحيحة و فاسده، سواء في ذلك نفس المبيع و منافعه و إذن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعدة طرداً بالمبيع الفاسد»^(٢).

أقول: السيّدان يتبعان المحقِّق الخراساني رحمته و قد مرّت مقالته في الثاني من مدارك قاعدة ما يضمن تحت عنوان تنبيه ذيل خبر اليد حيث يقول: «قضية كونها [العين] مضمونة ضمان منافعها»^(٣)، و مرّ ممَّا اختار هذا الكلام، و كذا مرّ من أنَّ مورد العقد يكون أعماً من متعلِّق العقد و متعلِّق متعلِّقه فالمنافع تدخل القاعدتين و حينئذ، لا بدُّ لنا من القول بتبعية المنافع للعين و إذا كانت العين مضمونة فالمنافع كذلك بلا فرق بين المستوفاة منها و غير المستوفاة و لا تنقض القاعدة كما عليه السيّدان البجنوردي و الخوئي رحمتهما و الحمد لله.

(١) القواعد الفقهيَّة ١٢٤/٢.

(٢) مصباح الفقاهة ١٠٩/٣.

(٣) حاشية المكاسب ٣١/ للمحقِّق الآخوند الخراساني رحمته.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفساده - موارد نقصها ٣٨٣

و منها: الضمان في حمل المبيع إذا كان البيع فاسداً

إذا كان المبيع حيواناً حاملاً فإمّا أن يكون كلّ منهما يدخل في المبيع و يقسّط الثمن عليهما فحينئذ لا إشكال على الضمان بالنسبة إلى كليهما في البيع الصحيح أو الفاسد. وأمّا إذا كان المبيع خصوص الأمّ فقط فيبقى الحمل أمانة عند المشتري إلى الولادة و بعدها يسلمه إلى البائع فحينئذ إذا كان البيع صحيحاً فلا إشكال في ضمان الأمّ و عدم ضمان الحمل و أمّا إذا كان البيع فاسداً فضمن الأمّ يكون على القاعدة ولكن جماعة ذهبوا إلى ضمان الحمل التالف و بالنسبة إلى ضمان الحمل يكون نقضاً لقاعدة ما لا يضمن، لأنّ في صحيحه ليس الضمان ولكن يكون في فاسده ضماناً.

و من القائلين بالضمان شيخ الطائفة لأنّه يرى دخول الحمل في المبيع تبعاً قال: «وإن باع بهمية أو جارية حاملاً و استثنى حملها لنفسه لم يجز لأنّ الحمل يجري مجرى عضو من أعضائها»^(١).

ولكن على هذا المبنى لا يكون نقضاً لقاعدتنا بل يدخل في أصل قاعدة ما يضمن. ولكن قال: «من غصب جارية حاملاً ضمنها و حملها معاً، و ولد المشتراة شراءً فاسداً مثل ذلك و في الناس من قال لا يضمن»^(٢).

و منهم: المحقق قال في الشرائع: «و غصبُ أُمّةِ الحاملِ غصبٌ لولدها، و لثبوت يده عليهما. و كذا يضمن حمل الأُمّة المبتاعة بالبيع الفاسد»^(٣).

و منهم: العلامة في التذكرة^(٤) و الإرشاد^(٥) و التحرير قال في الأخير: «ولو اشترى

(١) المبسوط ١٥٦/٢.

(٢) المبسوط ٦٥/٣.

(٣) الشرائع ١٨٥/٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ٣٧٦/٢ سطر ٣٤ من كتاب الغصب، الطبع الحجري.

بالبيع الفاسد الأمة الحامل أو الدابة الحامل، ضمن الأصل والحمل معاً»^(٦).
ولكن العلامة في القواعد أفتى بعدم الضمان وقال: «و يضمن حمل الغصب لا حمل
المبيع بالفاسد و السؤم»^(٧).

و تبعه جماعة منهم: الشهيد قال: «و غصب الحامل غصب الحمل، أمّا حمل المبيع
فاسداً أو المستام فلا ضمان فيه، و قال الفاضل: يضمن الحمل في البيع الفاسد، و لعله أراد مع
اشتراط دخوله»^(٨).

و منهم: المحقّق الثاني قال: «أمّا حمل الغصب فإنّه مغضوب كالأصل، و أمّا حمل
المبيع فإنّه ليس مبيعاً، إذ لا يندرج الحمل في بيع الأمّ، فيكون أمانة في يد المشتري لأصالة
عدم الضمان، و لأنّ تسلّمه بإذن المالك الذي هو البائع»^(٩).

و منهم: الشهيد الثاني قال: «و أمّا ضمان حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد فإنّما يتم
مع دخوله معها في البيع إمّا تبعاً كما يقوله الشيخ^(١٠) أو مع الشرط^(١١). أمّا لو لم يكن داخلاً لم
يتّجه ضمانه، لأنّه مقبوض بإذن المالك و ليس مبيعاً فاسداً حتّى يضمن بفاسده كما يضمن
بصحيحه، و مثله القول في المقبوض بالسؤم بالنسبة إلى الحمل، فإن كان السؤم لهما ضمنهما
على القول بضمان الأمّ، و إن كان لها خاصة اختصّ بها.

و قد اختلف كلام العلامة في المسألة ففي التحرير جزم بضمان الأمة والحمل معاً كما

(٥) إرشاد الأذهان ٣٦٢/١.

(٦) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٢/٤.

(٧) القواعد ٢٢٣/٢.

(٨) الدروس ١٠٨/٣.

(٩) جامع المقاصد ٢٢٠/٦.

(١٠) كما مرّ كلام الشيخ في المبسوط ١٥٦/٢.

(١١) كما مرّ آنفاً من الشهيد في الدروس ١٠٨/٣.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده - موارد نقصها ٣٨٥

ذكره المصنف [صاحب الشرائع] وفي القواعد جزم بعدم ضمان الحمل وهو الأصح ولا إشكال مع دخوله في البيع»^(١).

و ذهب إلى عدم الضمان في الروضة^(٢).

و منهم: المحقق الأردبيلي قال: «و أمّا عدم الضمان في المأخوذ بالبيع الفاسد أو المأخوذ بالسؤم فإن الحمل و إن كان مقبوضاً إلاّ أنّه غير مبيع بالبيع الفاسد و لا مأخوذ بالسؤم فلا يدخل تحت ما يدل على ضمانه مثل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، نعم إن اشترى مع الحمل يكون حكمه حكم الحامل هنا فتأمل»^(٣).

و منهم: السيّد العاملي قال بعد نقل القائلين بعدم الضمان: «و لعلّه قضية كلام الباقيين إلاّ من استعرفه [في كلامه و قد مرّ في كلامنا] لأنّه ليس مبيعاً فيدخل في البيع فيكون أمانة في يد المشتري لأصالة عدم الضمان و لأنّ تسلّمه بإذن البائع»^(٤).

أقول: يظهر لك ممّا ذكرناه إنّ النزاع بين القوم لفظي^(٥) لأنّ القائل بالضمان أراد صورة كون الحمل جزءاً من المبيع كما مرّ الاعتراف به من الشيخ في المبسوط^(٦) أو أراد صورة اشتراط دخول الحمل في المبيع كما يظهر من العلامة في الإرشاد حيث يقول: «ولو باع الحامل فالولد له [أي للبائع] إلاّ أن يشترطه المشتري»^(٧) و مرّ من الشهيد^(٨) في توجيهه

(١) المسالك ١٥٥/١٢.

(٢) الروضة البهية ٢٤/٧.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ٥١١/١٠.

(٤) مفتاح الكرامة ٧٤/١٨.

(٥) كما نبيّه عليه المحقق الخوئي في مصباح الفقاهة ١١٠/٣.

(٦) المبسوط ١٥٦/٢.

(٧) إرشاد الأذهان ٣٦٦/١.

(٨) الدروس ١٠٨/٣.

٣٨٦ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

كلام العلامة و القائل بعدم الضمان أراد خروج الحمل من البيع فلا نزاع و لا نقض على القاعدة.

لأنه على الفرض الأوّل يدخل في أصل القاعدة و على الفرض الثاني يدخل في تقيضها فلانقض أصلاً و لله الحمد.

و منها: الشركة الفاسدة

قال الشيخ الأعظم: «و يمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة، بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجب للضمان»^(١).

قال شيخنا الأستاذ رحمته: «و وجه النقض أنّ مع صحة عقد الشركة و جواز تصرف كلّ من الشريكين في مال المشترك يكون المال المزبور في يد كل منهما كالمال في يد الوكيل أمانة مالكية فلا يضمن، بخلاف صورة فساد عقدها و البناء على عدم جواز التصرف في مال الشريك فإنّه تكون يده على مال صاحبه، يد عدوان فيضمن و هذا ينافي القاعدة المزبورة في عكسها»^(٢).

و قبله قال السيّد البجنوردي في توضيح النقض: «الظاهر أنّ مراده [أي مراد الشيخ الأعظم] شركة الأموال بعقد الشركة فيكون النقض عبارة عن أنّ أحد الشريكين مثلاً في الشركة الصحيحة لو تصرّف في المشترك و صار تحت يده - كما هو المتعارف عند الشركاء - فتلف ذلك المال من دون تعدّد و تفریط لا يكون ذلك الشريك ضامناً لحصّة شريكه الآخر و هذا مقتضى صحة عقد الشركة، و أمّا لو لم يكن العقد صحيحاً و كانت الشركة فاسدة فيكون ذلك الشريك ضامناً لقاعدة «و على اليد ما أخذت حتّى تؤديه» و لا بدّ من فرض

(١) المكاسب ١٩٦/٣.

(٢) إرشاد الطالب ١٥٤/٢.

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده - موارد نقصها ٣٨٧

التلف في صورة عدم إذن ذلك الشريك الآخر في التصرف، فلا إذن من طرف المالك ولا أن جواز التصرف مقتضى عقد الشركة فلا يكون المال لا أمانة مالكية ولا أمانة شرعية فتكون اليد يد ضمان...»^(١).

أقول: يمكن أن يناقش في النقض أولاً: تفرغ الضمان على الحكم التكليفي كما هو ظاهر كلام الشيخ الأعظم لا يتم لعدم وجود التلازم بينهما، اللهم إلا أن يقال بأن عدم الجواز في كلامه عليه السلام هو عدم الجواز الوضعي لفساد عقد الشركة.

و ثانياً: بعد فساد عقد الشركة لو فوّض كلّ منهما زمام ماله إلى شريكه العرفي - لا الشرعي - وجعله أميناً في ماله فلا ضمان عليه لو تلف من دون إفراط ولا تفریط فلا يفرق في عدم الضمان بين الشركة الصحيحة أو الفاسدة ولا وجه لتوهم النقض^(٢).
ثم ما ذكر من موارد النقض على القاعدة أصلاً أو نقيضاً على فرض تمامية تلك الموارد - ولم تتم كما مرّ - لا توجب رداً وطعناً عليها لأنّها عام قابل للتخصيص والتقييد كما لا يخفى^(٣).

(١) القواعد الفقهية ١٢٦/٢.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ١١١/٣.

(٣) كما تبيّن عليه الحاج آقا رضا الهمداني في حاشيته على المكاسب ٧٩/ و تبعه المحقق الخميني في البيع ٣٠٧/١ عليه السلام.

الثالث: وجوب ردّ المبيع فاسداً إلى مالكة فوراً

هذا حكم تكليفي في المقام ادعاه الشيخ الأعظم و استدل عليه بوجوه ثلاثة:

الأوّل: الإجماع

فإنّه يدعي عليه السلام ورود الاجماع المنقول الوارد في كلمات جماعة من الأصحاب - قدس

الله أسرارهم - .

ولكنه لم يذكر إلاّ المحقق الأردبيلي لأنّه قال في مجمع الفائدة: «ومع علمه بالفساد و بعدم جواز تصرفه و حفظه و وجوب رده إلى مالكة معجلاً كالمغصوب، و ذلك قد يكون بعلمه بطلب من المالك على تقرير الفساد و عدم رضاه بكونه عنده و فتوى العلماء له بذلك فهو ضامن...»^(١).

و قال الشيخ الأعظم: «الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد، و جوب ردّه فوراً إلى المالك، و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه»^(٢).

أقول: ثبوت الإجماع في المسألة بقول الواحد الذي يدعي هو فتوى العلماء على قسم خاص من الفرع - وهو فرض علم المشتري بالفساد و طلب المالك له - في غاية الاشكال و منعه واضح ثم ظاهر الشيخ الأعظم حرمة التصرف في مال الغير يكون دليلاً على وجوب الردّ و هذا تامّ على مبنى الذين يقولون: إنّ حرمة الضد يقتضي وجوب ضده، ولكنّه لم يتم حتّى عنده عليه السلام، فلا يكون هذا مراده بل لعلّ مراده فهم العرف من حرمة التصرف في مال الناس يقتضي لزوم الرد إلى المالك.

(١) مجمع الفائدة و البرهان ١٩٢/٨.

(٢) المكاسب ١٩٩/٣.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الثالث: وجوب ردّ المبيع فاسداً إلى مالكه فوراً ... ٣٨٩

فرع: مؤونة الرد على من؟

هذا الفرع محلّه في ختام البحث ولكن قدّمه الشيخ الأعظم ونحن نقتفى أثره: قال العلامة في تذكرة الفقهاء: «إذا اشترى شراءً فاسداً وجب عليه ردّه على مالكه، لعدم خروجه عنه بالبيع، و عليه مؤونة الرد كالمغضوب لوجوب لا يتم الواجب إلا به»^(١). وقال المحقّق الثاني في جامع المقاصد: «فرع: على المشتري مؤونة ردّ المبيع فاسداً إن كان له مؤونة كالمغضوب ولا يرجع بالنفقة إلا إذا كان جاهلاً بالفساد، إذ لا يعدّ متبرّعاً بنفقته، إذ لم يُنفق إلا بناءً على أنّه ماله، فإذا فات ذلك رجع كلُّ إلى حقّه و جعل في التذكرة^(٢) البائع غاراً»^(٣).

ثم الشيخ الأعظم يرتضي قول العلامة بـ «أنّ مؤونة الرد على المشتري»^(٤) ولكنّه ذهب إلى أنّ عليه مؤونة عادية و أمّا الكثيرة يقيّد بأدلة نفي الضرر فينفي، قال: «اطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤونة كثيرة إلا أن يقيّد بغيرها بأدلة نفي الضرر»^(٥). و اعترض عليه السيّد اليزدي وقال: «على تقدير وجوب الردّ حتّى مع علم الدافع يمكن أن يقال بكفاية التخلية ثم على فرض كون الردّ واجباً و كون مؤونته على القابض إنّما يتم فيما إذا كان هو الناقل له عن مكانه، و أمّا إذا كان في مكان القبض و قد انتقل البائع إلى بلد آخر فلا دليل على وجوب نقله إلى ذلك البلد و كون مؤونته على القابض فتدبر»^(٦).

(١) تذكرة الفقهاء ٢٩٢/١٠، مسألة ١٢٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٩٣/١٠.

(٣) جامع المقاصد ٤٣٥/٤.

(٤) مرّ قوله في تذكرة الفقهاء ٢٩٢/١٠.

(٥) المكاسب ١٩٩/٣.

(٦) حاشية المكاسب ٤٦٤/١.

و قال أيضاً: «لا فرق بين الكثيرة و اليسيرة في كونه ضرراً، إلا أن يراد بالكثيرة ما يكون فيه اجحاف، فتدبر»^(١).

وقال المحقّق النائيني: «إنما الكلام في أنّ مؤونة الردّ على القابض مطلقاً أو على المالك كذلك أو فيه تفصيل؟ وجوه، و الأقوى هو الأخير.

و حاصله: أنّه لو كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه - طبعاً - ردّ مال الغير فهو على القابض، ولو لم يكن كذلك بأن كانت زائدة عليه فلا يجب عليه، و ذلك لأنّ الحكم المجعول إذا اقتضى في طبعه مقداراً من الضرر فهو مخصّص لقاعدة الضرر، و لأقل من عدم حكومتها عليه. نعم، لو احتاج الردّ إلى المؤونة الزائدة على المتعارف بحيث صار وجوبه بدون جبرانه من المالك اجحافاً على القابض فأدلة لا ضرر حاکمة عليه.

ثم لا فرق في وجوب الردّ إذا كان متوقّفاً على المؤونة المتعارفة بين نقل القابض المال عن مكانه إلى بلدٍ آخر، أو لا مع وجود المالك في بلد القبض.

و أمّا إذا كان المقبوض في بلد القبض و انتقل المالك إلى مكان آخر فلا يجب نقله إليه، بل يرده إلى وكيله أو الحاكم، لعدم دليل على لزوم الدفع إلى شخص المالك في هذه الصورة. و يشكل الأمر لو نقله القابض من بلد القبض إلى بلد آخر و انتقل المالك أيضاً إلى بلد ثالث فيحتمل أن لا يكون الردّ إلى بلد القبض أو البلد الذي انتقل إليه المالك واجباً، إلا إذا كان في بلد القبض خصوصية بأن يكون قيمته أعلى أو راغبه أزيد أو نحو ذلك.

و على أيّ حال، الردّ إلى البلد الذي انتقل إليه المالك لا دليل عليه، إلا إذا نقله القابض أيضاً إلى هذا البلد، فإنّه مع مطالبته يجب دفعه إليه، لأنّ ماله موجود و يستحق

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الثالث: وجوب ردّ المبيع فاسداً إلى مالكه فوراً ... ٣٩١

المطالبة فيجب ردّه إليه»^(١).

واعترض عليه تلميذة المحقّق السيّد الخوئي وقال: «ويرد عليه: أن وجوب الردّ في

نفسه

لا يقتضي أيّ ضرر إذ قد يكون الردّ غير محتاج إلى المؤونة أصلاً، فالمؤونة أمر قد يحتاج إليه الردّ، وقد لا يحتاج إليه ذلك، وإذن فدلّيل نفي الضرر يقتضي اختصاص وجوب الردّ بما لا يحتاج إلى مؤونة.

ثم اعترض على تفصيل الشيخ الأعظم - أي الفرق بين المؤونة القليلة والكثيرة -

بقوله: «فإن تحمل الضرر مرفوع في الشريعة المقدسة ولا فرق بين قليله وكثيره».

ثم اختار: «نعم، لا بأس بالالتزام بكون المؤونة على القابض فيما إذا كانت المؤونة من

القلّة بمرتبة لا تعدّ ضرراً عرفاً»^(٢).

الثاني: التوقيع الشريف

المروي بسند صحيح عن أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدي الثقة قال: كان فيما ورد

علّي من الشيخ أبي جعفر محمد بن عثمان العمري - قدس الله روحه - في جواب مسألتي إلى

صاحب الدار... فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه فكيف يحلّ ذلك في

مالنا؟! التوقيع.^(٣)

بناءً على أن الإمساك أنا ما مصداق للتصرف الحرام، فيجب التخلّص منه برده فوراً

إلى مالكه.

(١) منية الطالب ٢٧٦/١.

(٢) مصباح الفقاهة ١٢٥/٣.

(٣) وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، ومختصراً في وسائل الشيعة

٣٨٦/٢٥، ح ٤، الباب ١ من أبواب الغصب.

تنبّه الشيخ الأعظم إلى وجود مناقشة في هذا الاستدلال وقال: «ولو نوقش في كون الامسك تصرفاً»^(١).

و مراده: عدم صدق التصرف على مجرد الإمساك حتّى يكون منهيّاً عنه لأنّ التصرف مأخوذ من الصرف فيراد به التقليل و التقلُّب.

بل يمكن ان يقال: بخروج الإمساك عن التصرف موضوعاً و تخصصاً، لعدم صدق التصرف فيه و يؤيده كلاما شيخ الطائفة و ابن ادريس الآتيان في آخر البحث.

بتوضيح: أنّ القابض بالعقد الفاسد - بلا فرق بين العقود المعاوضي و غير المعاوضي - تارة يمتنع عن ردّ المقبوض إلى مالكة حتّى مع مطالبتة، و أخرى لا يمتنع عن ذلك:

فعلى الأوّل: لا شبهة في حرمة إمساكه لأنّه من أظهر مصاديق الغصب.

و على الثاني: لا يجب ردّه إلى مالكة لا فورياً و لا غيره، لأنّ لا يجب على القابض إلاّ

التخلية بين المال و مالكة و أمّا الزائد فلا شيء عليه.^(٢)

الثالث: النبوي الشريف

الوارد في خطبة الوداع لرسول الله ﷺ أنّه قال: أيها الناس إنّما المؤمنون إخوة، و لا

يحلّ لمؤمن مال أخيه إلاّ عن طيب نفس منه.^(٣)

قال الشيخ الأعظم في تقريب الاستدلال به: «حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال

المتعلّقة به، التي منها كونه في يده»^(٤).

مراده: أنّ «لا يحلّ» منسوب إلى الذات - و هو المال - فلا بدّ من تقدير الفعل

(١) المكاسب ٢٠٠/٣.

(٢) كما في مصباح الفقاهة ١٢٠/٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح ٣، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي.

(٤) المكاسب ٢٠٠/٣.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الثالث: وجوب ردّ المبيع فاسداً إلى مالكه فوراً ... ٣٩٣

المناسب، وحيث لا تكون قرينة على تحديد فعل خاص لزم تحريم جميع الأفعال والشؤون المتعلقة بالمال ومنها إمساكه لأنّ حذف المتعلق يدل على العموم.

و يناقش فيه: بوجود القرينة للتعين وهي أنّ الحلية أو الحرمة إذا اسندت إلى الأعيان فلا بدّ أن يراد بها الحلية أو الحرمة التكليفيان، ففي النبوي يكون المراد به عدم جواز الانتفاع به أو عدم جواز تملكه و على التقديرين لا تدل على حرمة الإمساك.

نعم، يحتمل أن يكون المقدّر مطلق التصرف، وهو أيضاً لا يفيد، لأنّه قد مرّ خروج الإمساك عن التصرف موضوعاً و عن حرمة تخصصاً.

هذا كلّه في أدلة الشيخ الأعظم في المقام.

و أُسْتَدِلُّ على حرمة الإمساك و وجوب الردّ بحديث «على اليد» بتقريبين:

الأوّل: ما ذكره المحقّق النائيني إذ قال: «عموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى» فإنّه وإن لم يكن متعرّضاً للحكم التكليفي بالدلالة المطابقيّة إلّا أنّه متعرض له بالدلالة الالتزامية فإن استقرار الضمان على عهدة القابض ملازم لوجوب الردّ لأنّه لا أثر لاستقرار الضمان على العهدة إلّا وجوب ردّ العين مادامت باقية و ردّ المثل أو القيمة لو كانت تالفة، فحرمة إمساك مال الغير من غير إذنه و وجوب ردّه إليه فوراً بالفورية العرفية لا أشكال فيه»^(١).

و اعترض عليه تلميذه المحقّق السيّد الخوئي بعد قبوله الملازمة هنا ولكن قال:

«الحكم التكليفي الملازم للحكم الوضعي - هنا - ليس هو وجوب ردّ العين إلى صاحبها لكي تترتب عليه حرمة الإمساك، وإّما الواجب على القابض هو وجوب التخلية بين المال و مالكه، و أمّا الزائد على ذلك فلم يدل عليه دليل شرعي و لا عقلي»^(٢).

(١) منية الطالب ٢٧٤/١.

(٢) مصباح الفقاهة ١٢٣/٣.

الثاني: ما ذكره المحقق الإيرواني في قوله: «فالأولى تبديل الاستدلال به بالاستدلال بعموم على اليد، فإنه إن لم يكن مقصوراً ببيان التكليف فلا أقل من أن يعمّ الوضع و التكليف جميعاً بتقريب أن مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها و دفع البدل مع التلف»^(١).

ثم اعترض عليه المحقق السيد الخوئي بوجه ثلاثة: «أولاً: ارادة الحكم التكليفي من حديث على اليد يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال لأن الحكم التكليفي لا يتعلق بالمال نفسه، و ارادة الحكم الوضعي منه لا يحتاج إلى تقدير شيء أصلاً فلا يمكن الجمع بين الحكمين إذ لا يمكن الجمع بين التقدير و عدمه.

و ثانياً: الغاية الواردة في الحديث تناسب مع الحكم الوضعي فقط لا الحكم التكليفي و لا الجمع بينهما، لأنه إذا أريد من النبوي الحكم التكليفي كان معناه: أنه يجب ردّ المال المأخوذ من مالكه بدون إذنه حتى تؤديه أي حتى تردّه إلى صاحبه و لا شبهة في أن هذا الاستعمال مستهجن جداً.

و ثالثاً: قد مرّ أن حديث على اليد ضعيف السند»^(٢). انتهى ملخصاً.

أقول: قد مرّ الوثوق بصدور الحديث و يمكن أن يكون ذكر الغاية للتأكيد و التعليل و حيث يكون التقدير اللازم واضحاً و لذا حُذِفَ و عليه يمكن الذهاب إلى الجمع بين الحكمين، و لا سيّما على القول المختار من جواز استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد و يتم استدلال المحقق الإيرواني عليه السلام.

ثم لا بدّ من التنبيه على أمرين:

(١) حاشية المكاسب ١٢٤/٢.

(٢) مصباح الفقاهة ١٢٤/٣ و ١٢٣.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الرابع: ضمان المنافع ٣٩٥

الأوّل: عدم الفارق في وجوب الردّ بين العقود المعاوضيّة الفاسدة و العقود غير المعاوضيّة الفاسدة لأنّه بعد بطلان العقد لا يبقى للآخذ وجه شرعي في تصرفاته، نعم إذا أذن له المالك من جديد فلا بأس بها أو إذا علم رضا المالك في بعض تصرفاته فلا بأس بذلك البعض كما هو الواضح.

الثاني: ما ورد في كلام شيخ الطائفة من عدم الإثم في إمساكه في قوله: «إذا باع عبداً بيعاً فاسداً وأقبضه لم يملك بالقبض ولم ينفذ عتقه ولا شيء من تصرفه... و يجب عليه ردّه وردّ ما كان من نمائه المنفصل منه لأنّ ملك الأوّل لم يزل عنه فالتصرف فيه لا يصح و يلزمه ردّه على البائع لأنّه ملكه و لا إثم عليه لأنّه قبضه بإذن مالكة...»^(١).

و تبعه ابن ادريس و قال: «متى ابتاع بيعاً فاسداً فهلك المبيع في يده أو حدث فيه فساد كان ضامناً لقيمته... ولأرش ما نقص من قيمته بفساده لأنّه باق على ملك صاحبه ما انتقل عنه، فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم بإمساكه»^(٢).
يحملان إمّا على ما مرّ من خروج الإمساك عن التصرف موضوعاً و تخصصاً لعدم صدق التصرف بالإمساك و يؤيد هذا المبني، وإمّا على ارادة صورة الجهل بالفساد كما حملهما الشيخ الأعظم^(٣) على الأخير، و الحمد لله.

الرابع: ضمان المنافع

يقع الكلام هنا في جهتين:

الجهة الأولى: المنافع المستوفاة

وقد ذهب المشهور إلى الحكم فيها بالضمان بل كأنّه إجماعي لتعيين المخالف فيه: قال

(١) المبسوط ١٤٩/٢.

(٢) السرائر ٣٢٦/٢.

(٣) المكاسب ٢٠٠/٣.

الشيخ: «إذا باع عبداً بيعاً فاسداً وأقبضه لم يملك... وإذا وجب ردّه نظر فإن كان بحاله لم يزد ولم ينقص ردّه ولا شيء عليه إلا أن يكون له أجره وهو أن يكون المبيع ممّا ينتفع به مع بقاء عينه انتفاعاً مقصوداً فيجب أجره مثله للمدّة التي أقام في يده، وإن كان متغيّراً فإن كان زائداً ردّه بزيادته لأنّ ماله قد زاد فكانت الزيادة له سواء كانت الزيادة منفصلة أو متصلة وإن كان ناقصاً كان عليه أرش ما نقص وإن تلفت في يده كان عليه أكثر ما كانت قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف...»^(١).

وقال ابن ادريس: «ومتى ابتاع بيعاً فاسداً، فهلك المبيع في يده أو حدث فيه فساد كان ضامناً لقيّمته، أكثر ما كانت إلى يوم التلف والهالك، ولأرش ما نقص من قيمته بفساده، لأنّه باق على ملك صاحبه، ما انتقل عنه، فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم بإمساكه»^(٢).

أقول: «عند أصحابنا» ظاهر في الإجماع وكذا تمثيله بالمغصوب ولذا قال الشيخ الأعظم إنّ ظاهره «الاتفاق على الحكم»^(٣).

وقال العلامة: «... و يجب عليه أيضاً أجره المثل للمدّة التي كانت في يده سواء استوفى المنفعة أو تلفت تحت يده لأنّ يده ثبتت عليه بغير حقّ فهو كالمغصوب. ولو زادت العين في يد المشتري زيادة منفصلة كالولد والثمرة أو متصلة كالسمن وتعلّم الصنعة، وجب عليه ردّ الزيادة أيضاً لأنّها نماء ملك البائع فيتبع الملك، فإن تلفت الزيادة ضمنها المشتري وهو أحد وجهي الشافعية، وفي الآخر: لا يضمنها المشتري عند التلف.

وإن نقصت وجب عليه ردّ أرش النقصان لأنّ الجملة مضمونة عليه حيث قبضها

(١) المبسوط ١٤٩/٢.

(٢) السرائر ٣٢٦/٢.

(٣) المكاسب ٢٠١/٣.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الرابع: ضمان المنافع ٣٩٧

بغير حقّ ولأنّه قبضها على سبيل المعاوضة فأشبهت المقبوض على وجه السّؤم...»^(١).
وقال الفاضل المقداد: «وأما منفعه فهي مضمونة مع التفويت، خلافاً لابن حمزة^(٢)
محتجاً بأنّ الخراج بالضمان ونقض بالغاصب مع ضمانه قطعاً^(٣)، وأما مع الفوات فوجهان من
اصالة البرائة و من أنّها منافع عين مضمونة فتضمن»^(٤).

المخالف في المسألة و دليله و مناقشته

أقول: قد عرفت أنّ المخالف في المسألة ابن حمزة في كتابه الوسيلة و قد استدل
بالنبوي الخراج بالضمان^(٥) بتقريب أنّ ضمان العين عليه فتكون منافعها له.
و فيه: أولاً: الرواية ضعيفة الإسناد.

ثانياً: أنّها منتقضة بالمغصوب كما مرّ عن الفاضل المقداد.

ثالثاً: قد مرّ منّا معنى الرواية ومدى دلالتها في بحث معاني ألفاظ قاعدة ما يضمن في
الجهة الثانية: ما المراد من الضمان؟^(٦) و قلنا إنّ للضمان معنيين: الأوّل: المعنى المصدرى، و
الثاني: معنى الاسم المصدرى، و مثلنا للأوّل بقاعدة الخراج بالضمان و ذهبنا إلى أنّ المراد
بالخراج في الحديث مطلق المنافع الحاصلة من الأعيان المستوفاة وغيرها و المراد بالضمان
هو المعنى المصدرى أي جعله في العهدة ببذل العوض في مقابله و الباء تدل على المقابلة و
السببية و ظاهر هذه المقابلة تدل على أنّ الضمان يوجب جواز الانتفاع بالمنفعة و هذا لا

(١) تذكرة الفقهاء ٢٩٢/١٠.

(٢) راجع الوسيلة / ٢٥٥ لابن حمزة الطوسي.

(٣) خلافاً للحنفية حيث قال في شرح فتح القدير ٣٩٤/٧: ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه
لأنّها حصلت على ملك الغاصب إلّا أن ينقص باستعماله فيغرم التقصان.

(٤) التنقيح الرائع ٣٢/٢.

(٥) سنن البيهقي ٣٢١/٥ و سنن ابن ماجه ٧٥٤/٢، ح ٢٢٤٣؛ عوالي اللآلي ٢١٩/١، ح ٨٩.

(٦) راجع هذا المجلد، صفحة ٣١١.

يكون إلا في العقد الصحيح.

فما ورد عن ابن حمزة من عدم الضمان في المنافع المستوفاة في العقد الفاسد تمسكاً بالنبوي، يكون خروجاً عن مورده و محلّه فلا يتم.

ورابعاً: إن أبيت ما ذكرنا في معنى الرواية فتأتي احتمالات في معناها ذكرها المحقق ألسيد الخوئي^(١) وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

ما الدليل على الضمان؟

قد استدلوا على الضمان بوجوه متعددة:

الأوّل: النبوي المعروف: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

قد مرّ الوثوق بصدوره وشموله للأعيان والمنافع المستوفاة منها وغيرها، والأجوبة عن الاشكالات الخمسة الواردة لشموله للمنافع في الدليل الثاني من البحث حول مدرك قاعدة ما يضمن^(٢) فلانعيدها.

الثاني: ما دلّ على حرمة مال المؤمن

و قد مرّت موثقة أبي بصير عن أبي جعفر^(٣) قال: قال رسول الله ﷺ في حديث: و حرمة ماله (أي المؤمن) كحرمة دمه.^(٣)

و قد حملنا الرواية على الحرمة الوضعية - أي الضمان - أو الأعم من الوضعية و التكليفية. ولا يقتضي ما ذكرنا لزوم الضمان لو تلف مال المؤمن بأفة سماوية كما أصرّ المحقق ألسيد الخوئي^(٤) على ذلك كما مرّ جوابه في الثاني من طوائف الروايات الدالّة على قاعدة

(١) راجع مصباح الفقاهة ١٣٣/٣ و ١٣٤.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٣٣٥ و ما بعدها.

(٣) وسائل الشيعة ٢٩٧/١٢، ح ٣، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة.

(٤) راجع مصباح الفقاهة ٩١/٣ و ١٢٩.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الرابع: ضمان المنافع ٣٩٩

الاحترام. (١)

الثالث: ما دل على عدم حلية مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه.

مرّ روايته في الطائفة الأولى من الروايات التي تدل على قاعدة الاحترام (٢) و أنّها تدل على الحكم الوضعي - أي الضمان -، وإذا تدل على ضمان العين تدل على ضمان منافعها أيضاً لأنّ المنافع تعدّ من توابع العين.

الرابع: قاعدة الإلتلاف

وهي من أتلف مال الغير فهو له ضامن وهذه القاعدة من المسلّمات بين جميع فرق المسلمين و اتّفق عليها الكلّ و ربّما يقال بأنّها من ضروريات الفقه وباللفظ المشهور لم ترد في أيّ رواية ولكنها مستفادة من عدّة روايات وردت في مختلف أكتف الفقهاء.

منها: صحيحة جميل عن أبي عبدالله 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. (٣)

و منها: موثقة اسحاق بن عمّار قال: سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهّن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك، أ على الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهناً فيه فضل و ضيّع، قلت: فهلك نصف الرهن، قال: حساب ذلك، قلت: فيترادّ ان الفضل؟ قال: نعم. (٤)

و منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن القصار يفسد؟ فقال: كلّ

(١) راجع هذا المجلد صفحة ٣٤٤.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٣٤٢.

(٣) وسائل الشيعة ٣٢٧/٢٧، ح ٢، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

(٤) وسائل الشيعة ٣٩١/١٨، ح ٢، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن.

أجبر يعطي الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن. (١)
و منها: معتبرة السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: أن أمير المؤمنين عليه السلام رفع إليه رجل
استأجر رجلاً يصلح بابه، فضرب المسمار فانصدع الباب فضمنه أمير المؤمنين عليه السلام. (٢)
و منها: صحيحة زرارة و أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في
رجل كان له غلام فاستأجره منه صائغ أو غيره، قال: إن كان ضيِّع شيئاً أو أبق منه فمواليه
ضامنون. (٣)

و منها: موثقة سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال إذا رهننت عبداً أو دابةً فمات
فلا شيء عليك، وإن هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن. (٤)
و منها: خبر أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: في الرهن إذا
ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه، فإن استهلكه
تراذاً الفضل بينهما. (٥)

و منها: خبر وهب عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يقول: من استعار
عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن. و قال: من استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن. (٦)
و منها: مرسله القاضي نعمان المصري عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في حديث: فمن
نال من رجل مسلم شيئاً من عرض أو مال وجب عليه الاستحلال من ذلك و التنصل من

(١) وسائل الشيعة ١٤١/١٩، ح ١، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٤٤/١٩، ح ١٠.

(٣) وسائل الشيعة ١١٤/١٩، ح ٢، الباب ١١ من أبواب كتاب الإجارة.

(٤) وسائل الشيعة ٣٨٨/١٨، ح ٨، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.

(٥) وسائل الشيعة ٣٨٧/١٨، ح ٧.

(٦) وسائل الشيعة ٩٤/١٩، ح ١١، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الرابع: ضمان المنافع ٤٠١

كل ما كان منه إليه، وإن كان قد مات فليتنصل من المال إلى ورثته و لیتب إلى الله ممّا أتى إليه، حتّى یطلع علیه عزّوجلّ بالندم و التوبة و التنصل، ثم قال: و لستُ آخذ بتأویل الوعيد في أموال الناس، و لكنّي أرى أن یؤدی إليهم إن كانت قائمة في يدي من اغتصبها و ينتصل إليهم منها، و إن فوّتها المغتصب أعطى العوض منها، فإن لم يعرف أهلها، تصدّق بها عنهم على الفقراء و المساكين، و تاب إلى الله عزّوجلّ ممّا فعل. (١)

و منها: مرسله أخرى له عن أمير المؤمنين عليه السلام: أنّه قضى فيمن قتل دابة عبثاً أو قطع شجراً أو أفسد زرعاً أو هدم بيتاً أو عور بئراً أو نهراً أن یغرم قيمة ما استهلك و أفسد و یضرب جلدات نكالاً، و إن أخطأ و لم یتعمد ذلك، فعليه الغرم و لا حبس علیه و لا أدب، و ما أصاب من بهيمة فعليه ما نقص من ثمنها. (٢)

تلك عشرة كاملة من الأحاديث تدل على قاعدة الإلتلاف.

و استدلل الشيخ (٣) و تبعه ابن ادريس (٤) بقوله تعالى: ﴿من اعتدى عليكم فاعتدوا

عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ (٥).

بتقريب: أنّ اتلاف مال الغير بدون رضاه و إذنه هو اعتداء عليه و تعبیره عزّوجلّ عن ضمان المثل و القيمة بالاعتداء إنّما هو للمشكلة اللفظية - وهي من المحسنات البديعية -

(١) دعائم الاسلام ٤٨٥/٢، ح ١٧٣١ و نقل عنه في مستدرك الوسائل ٨٧/١٧، ح ٢، الباب ١ من أبواب كتاب الغصب.

(٢) دعائم الاسلام ٤٢٤/٢، ح ١٤٧٦ و نقل عنه في مستدرك الوسائل ٩٥/١٧، ح ٦، الباب ٩ من أبواب كتاب الغصب.

(٣) المبسوط ٦٠/٣، الخلاف ٤٠٢/٣، مسألة ١١، و ٤٠٦/٣، مسألة ١٨.

(٤) السرائر ٤٨٠/٢.

(٥) سورة البقرة / ١٩٤.

٤٠٢ الآراء الفقهيّة - البيع (١) / ج ٤

كقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿وَيَمْكُرُونَ وَيَمْكُرُ اللَّهُ وَاللَّهُ خَيْرُ الْمَاكِرِينَ﴾^(٢)، فالاعتداء الثاني «ليس باعتداءٍ و إنما هو جزاءٌ و هذا أحد وجوه البلاغة»^(٣) و الآية الشريفة تدلّ على أنّ مَنْ أتلف مال الغير بدون إذنه و رضاه فهو ضامن له.^(٤)

و فيه: يمكن أن يناقش في هذا الاستدلال بمنع صدق الاعتداء لغة و عرفاً على الإلتلاف عن غير عمد و اختيار، نحو الإلتلاف في حال النوم و في الحوادث و التصادفات. نعم: الآية الشريفة تشمل كلاً من الحكمين: التكليفي و الوضعي و لا تختصّ بالحكم التكليفي كما مرّ مراراً خلافاً لبعض أساتيدنا^(٥).
و بالجملة الاستدلال بالآية الشريفة في هذا المقام لا يتم لما ذكرنا من خروج بعض موارد الإلتلاف من تحت الاعتداء.

و المراد بالإلتلاف في هذه القاعدة هي الفناء و الهلاك بل الإفناء و الإهلاك، و الإفناء تارة يتعلق بذات المال كأكل المأكولات و المشروبات بمعنى أزدادهما و بلعهما و هو الإفناء الواقعي، و أخرى يتعلق بماليتها مع بقاء ذاته كما لو غصب المثلج - أي المكان الذي يذخرون فيه الثلج - مع ثلجه في الصيف و رده إلى صاحبه في الشتاء بحيث لا يروون الناس مالية للثلوج في الشتاء. و ثالثة يتعلق بمنافع المال نحو: سكنى الدار و ركوب السيارة و زرع الأرض و لبس الملابس الفاخرة و التزيين بالمجوهرات و الذهب. ففي كلّ ذلك يصدق

(١) سورة الشورى / ٤٠.

(٢) سورة الأنفال / ٣٠.

(٣) راجع التبيان في تفسير القرآن ٤٧٦/٣.

(٤) كما في القواعد الفقهيّة ٢٥/٢ للفقير السيد حسن البجنوردي^{رحمته}.

(٥) راجع القواعد الفقهيّة ٤٦/١ لآية الله الأستاذ الشيخ محمد الفاضل اللكراني^{رحمته}.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الرابع: ضمان المنافع ٤٠٣

الإفناء والإتلاف والمُتَلَفُ ضامنٌ بقاعدة الإتلاف. وحينئذ المنافع المستوفاة من المقبوض بالعقد الفاسد تدخل في قاعده الإتلاف و المستوفي لها ضامن.

الخامس: السيرة العقلائية

قائمة على أن أموال الناس محترمة و لا تذهب هدرًا، و من استولى على مال غيره فعليه الضمان بالنسبة إلى المال و جميع مختصاته من المالية و المنافع و غيرها. و لم يردع الشارع من هذه السيرة العقلائية فتكون دليلاً على ضمان المنافع المستوفاة.^(١)

السادس: قاعدة نفي الضرر

قد تمسكوا بها لإثبات الضمان بالنسبة إلى المنافع المستوفاة بتقريب أن: أستيفاء منفعة مال المالك و جعله مسلوب المنفعة ضرر عليه و هو منفي في الشريعة فلا بد من إثبات الضمان للمستوفي درءاً^(٢) للضرر المنفي، و قد مرّت الروايات الواردة حول هذه القاعدة في الدليل الرابع من البحث حول مدرك قاعدة ما يُضمن.^(٣)

و فيه: أولاً: إن قاعدة نفي الضرر ليست مسوّغة لإثبات الحكم الشرعي وإنما هي مسوّغة لنفي الحكم الضرري، بعبارة أخرى تنفي بها الأحكام الضررية و لا يثبت بها الحكم كما هو محقق في محله.

و ثانياً: الحكم بهذه القاعدة على ثبوت الضمان للمستوفي القابض ضرر عليه و القاعدة لا تنفي لإثبات ضرر على أحد لنفي الضرر عن غيره كما هو الواضح في محله. و ثالثاً: تحصيل المنافع للمالك من قبيل المنفعة و عدم إمكان تحصيله يكون من قبيل عدم النفع، و من المعلوم أن عدم المنفعة غير الضرر، و القاعدة تنفي الضرر لا عدم النفع.

(١) راجع مصباح الفقاهة ٣/١٣٠.

(٢) أي: دَفْعاً.

(٣) راجع هذا المجلد صفحة ٣٤٧.

فإثبات ضمان المنافع المستوفاة بقاعدة نفي الضرر لا يتم. و التفصيل يطلب من بحث الأصول.

الجهة الثانية: المنافع غير المستوفاة

إذا لم يستوف المشتري المنافع للعين التي قبضها بالعقد الفاسد فهل يضمن تلك المنافع الفائتة أم لا؟ أو فيه تفصيل؟ وجوه بل أقوال:

الأوّل: الضمان مطلقاً كما عليه المشهور و نسبه إليهم الشيخ الأعظم^(١) و يظهر الاجماع على ذلك من ابن ادريس لأنّه قال في آخر إجازة سرائره: «لأنّ المنافع عندنا تضمن بالغصب»^(٢) و قال في بيعه: «البيع الفاسد عند المحصلين يجري مجرى الغصب في الضمان»^(٣) و قال فيه أيضاً: «و متى ابتاع بيعاً فاسداً... ما انتقل عنه فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم بإمساكه»^(٤).

و كذا يظهر الإجماع على ذلك من العلامة حيث قال في التذكرة: «إنّ منافع الأموال من العبيد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه سواء أتلّفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّة في يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع»^(٥).
و قال الشيخ الأعظم مستنداً إلى هذين الإجماعين: «... فالقول بالضمان لا يخلو من

(١) المكاسب ٢٠٤/٣.

(٢) السرائر ٤٧٩/٢.

(٣) السرائر ٢٨٥/٢.

(٤) السرائر ٣٢٦/٢.

(٥) تذكرة الفقهاء ٣٨١/٢ من الطبعة الحجرية.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الرابع: ضمان المنافع ٤٠٥

قوة»^(١).

و يظهر الضمان من الشيخ جعفر^(٢) و سيّد الرياض^(٣) و السيّد العاملي^(٤) لأنّ الثلاثة
الآخرين لم يفرقوا بين المنافع المستوفاة و غيرها.

و ذهب إلى هذا القول الفقيه اليزدي^(٥) و المحقّق النائيني^(٦) و الميرزا الشهيدي^(٧) و
السيّد الخميني^(٨) و الفقيه السبزواري^(٩).

الثاني: عدم الضمان مطلقاً كما مرّ عن ابن حمزة^(١٠) و ذهب إليه فخر المحقّقين^(١١) و
تبعه المحقّق السيّد الخوئي^(١٢).

الثالث: الضمان إلّا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع^(١٣).

و قال الشيخ الأعظم: «فالحكم بعدم الضمان مطلقاً... أو مع علم البائع بالفساد

موافق للأصل السليم»^(١٤).

(١) المكاسب ٢٠٨/٣.

(٢) شرح القواعد ٣٤/٢.

(٣) رياض المسائل ٢٥٣/٨.

(٤) مفتاح الكرامة ٥٤١/١٢.

(٥) حاشية المكاسب ٤٦٧/١.

(٦) راجع منية الطالب ٢٨٢/١.

(٧) هداية الطالب ٣٠٧/٢.

(٨) كتاب البيع ٣٢٢/١.

(٩) مهذب الأحكام ٢٦٠/١٦.

(١٠) الوسيلة ٢٥٥/.

(١١) إيضاح الفوائد ١٩٤/٢.

(١٢) مصباح الفقاهة ١٣٦/٣ و ١٤٤.

(١٣) كذلك نقل عنه الشيخ الأعظم في المكاسب ٢٠٦/٣.

(١٤) المكاسب ٢٠٥/٣.

قال المحقِّق الخميني رحمته الله: «التفصيل بين كون المشتري جاهلاً مبالياً بحكم الشرع مع علم البائع بالفساد و بحال المشتري، فقلنا بإمكان التمسك في مثله بقاعدة الغرور لدفع الضمان حتَّى ضمان الإِتلاف عن المشتري و بين غيره فيكون ذلك قولاً سادساً في ضمان المنافع»^(١).

أقول: الظاهر دخول ما ذكره من التفصيل أو بعض وجوهه في القول الثالث و لذا لا يتم عدّه قولاً مستقلاً في قبال بقية الأقوال.

الرابع: التوقف في فرض علم البائع كما استظهره السيّد عميدالدين^(٢) من عبارة خاله العلامة في القواعد^(٣) و تبعه المحقِّق الثاني في جامع المقاصد^(٤). و الحكم بالضمان في فرض جهل البائع.

الخامس: التوقف مطلقاً كما عن الشهيد في الدروس^(٥) و الفاضل المقداد في التنقيح^(٦) و ثاني الشهيد في المسالك^(٧) و محتمل القواعد على ما يظهر من فخر المحقِّقين^(٨). و قال الشيخ الأعظم: «انّ التوقف أقرب إلى الإنصاف»^(٩).

(١) كتاب البيع ٣٢٣/١.

(٢) كنز الفوائد ٦٧٦/١.

(٣) قواعد الأحكام ٢٣٨/٢ قال فيها: «و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمنه و ما يتجدّد من منفعه الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء، و بدونه إشكال».

(٤) جامع المقاصد ٣٢٤/٦.

(٥) الدروس ١٩٤/٣.

(٦) التنقيح الرائع ٣٢/٢.

(٧) المسالك ١٥٤/٣.

(٨) إيضاح الفوائد ١٩٤/٢.

(٩) المكاسب ٢٠٧/٣.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الرابع: ضمان المنافع ٤٠٧

و أنت ترى بأنه تباينت^(١) آراء الشيخ الأعظم رحمته الله في هذه المسألة فاختار الضمان مطلقاً في أوّل كلامه^(٢) و استدللّ له بوجهين ثم ناقش فيهما، و رجح عدم الضمان مطلقاً^(٣) لقيام وجوه ثلاثة له، ثم جعل التوقف هو الانصاف في المسألة^(٤)، ثم في آخر كلامه رجح القول بالضمان مطلقاً مجدداً^(٥) و اختار أنه لا يخلو من قوة، و هذا لا يعاب عليه لحدّة ذهنه و جولان آرائه رحمته الله.

أمّا الدليل على ضمان المنافع غير المستوفاة

فيمكن أن يستدل على الضمان و القول المشهور بوجوه:

الأوّل: النبوي المعروف

و هو حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» و قد مرّ عدم اختصاصه بالأعيان و أنه يشمل المنافع المستوفاة و غير المستوفاة.

و انصراف الأخذ إلى الاستقلالي منه بدويّ لأجل أنس الذهن إليه، و من المعلوم عدم مانعية هذا الانصراف بالتمسك بالاطلاق. مضافاً إلى أن المنافع يقع تحت اليد تبعاً للعين و الاستيفاء لم يكن دخيلاً في تحقّق النفع لا خارجاً و لا مفهوماً.

الثاني: مادّل على حرمة مال المؤمن

بل و احترام مال المسلم أيضاً يدل على الضمان لأنّ المنافع المستوفاة منها و غيرها أيضاً تعدّ من الأموال ولو كانت تتبع العين و احترامها يعني عدم جواز استيفائها للغير و

(١) أي: اختلفت.

(٢) المكاسب ٢٠٤/٣.

(٣) المكاسب ٢٠٥/٣.

(٤) المكاسب ٢٠٦/٣ و ٢٠٧.

(٥) المكاسب ٢٠٨/٣.

٤٠٨ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

عدم جواز التسلط على العين و عدم ذهابها هدرًا و هذا الأخير هو الحكم الوضعي أيّ الضمان.

الثالث: ما دلّ على عدم حلية مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه

وقدمت رواياته، وكما تدل على ضمان العين تدل على ضمان المنافع لأنّها من تواع

العين بلافرق بين المستوفى منها و غيرها.

الرابع: قاعدة الإلتلاف

بأنّ القابض بقبضه أتلف استيفاء المنفعة على المالك - ولو لم يستوف القابض المنفعة -

فيصير ضامناً لها.

ولذا قال الفقيه البيهقي: «الاستيلاء على العين و منع المالك عن الانتفاع بها تفويت

لمنافعها و يصدق عليه الإلتلاف عرفاً و لذا نحكم بالضمان لها [أيّ للمنافع الفائتة] في

الغصب»^(١).

و لم يرد عليه ما ذكره المحقق السيّد الخوئي من عدم صدق التفويت «إلا إذا استند

الفوت إلى القابض بأن وضع يده على مال الغير و حبسه بحيث لا يتمكن مالكة من

التصرف»^(٢).

و العجب منه عليه السلام تسرية هذا النقد إلى الغاصب أيضاً و قال: «إنّ الغاصب إنما يضمن

المنافع الفائتة إذا استند فوتها إليه. أما لو استند ذلك إلى المالك فلا ضمان عليه لعدم الدليل

على ضمان الغاصب في أمثال ذلك»^(٣).

لأنّه بصرف القبض و الاستيلاء فوت القابض المنفعة على المالك و هذا التفويت يعدّ

(١) حاشية المكاسب ٤٦٧/١.

(٢) مصباح الفقاهة ١٤٣/٣.

(٣) مصباح الفقاهة ١٣٩/٣.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الرابع: ضمان المنافع ٤٠٩

إتلافاً للمنفعة على المالك، فيكون القابض ضامناً وكذلك الأمر في الغاصب بطريق الأولى.

الخامس: الإجماع

قد مرّ ادعاء الإجماع من ابن ادريس^(١) والعلامة^(٢) واستقوى الشيخ الأعظم^(٣) به

القول بالضمان.

و اعترض عليه الفقيه اليزدي بأن: «لا وجه للقول به [أي بالضمان] من جهة هذين الإجماعين المنقولين بعد عدم حجية الإجماع المنقول و عدم معلومية الشمول للمقام»^(٤).
و أجابه المحقق النائيني بـ«أن اختياره الضمان أخيراً ليس لاعتماده على الإجماع المنقول مع أنه منكر لحجتيه في الأصول، بل اعتمد على نقل الإجماع من جهة كشف اتفاق الأعلام على شمول قاعدة اليد و الاحترام للمنافع»^(٥).

و أشكل المحقق السيد الخوئي على استاذه بـ: «أن المصنف [الشيخ الأعظم] قد ناقش في كلتا القاعدتين صريحاً في صدر كلامه و حكم بعدم إمكان التمسك بهما - هنا - و معه كيف يعتمد عليهما في ذيل كلامه»^(٦).

ثم اعترض على الشيخ الأعظم بأنه: «وإن ناقش في حجية نقل الإجماع في فرائده»^(٧)
إلا أنه اعتمد عليه في محل البحث و غيره»^(٨).

(١) السرائر ٢/٢٨٥ و ٣٢٦ و ٤٧٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨١ من الطبعة الحجرية.

(٣) المكاسب ٣/٢٠٨.

(٤) حاشية المكاسب ١/٤٦٨.

(٥) منية الطالب ١/٢٨١.

(٦) مصباح الفقاهة ٣/١٤٤.

(٧) راجع فرائد الأصول ١/١٧٩ و ما بعده.

(٨) مصباح الفقاهة ٣/١٤٤.

أقول: الحقّ مع المحقّق السيّد الخوئي ولكن هذين الإجماعين يؤيّدان ما فهمناه من القاعدتين وأنهما تشمّلان المنافع مطلقاً المستوفاة منها وغيرها، وأمّا منع التمسك بالاجماع بعد كون المسألة ذات أقوال خمسة فواضح^(١).

أمّا الدليل على عدم ضمانها فأموّر:

الأوّل: قاعدة ما لا يضمن

وقد مرّت تمامية هذه القاعدة وحيث أنّ المنافع غير المستوفاة في صحيح البيع لم تكن مضمونةً فكذلك في المقبوض بالعقد الفاسد.^(٢) وما ذكره الفقيه اليزدي: «من أنّ المنافع مضمونة في البيع حيث أنّ الثمن في اللب يكون بملاحظتها و بإزائها، فالاندراج ممنوع، بل مقتضى أصل القاعدة الضمان حيث إنّ المقام بهذا البيان مندرج فيه، لا في العكس، فتدبر»^(٣). غير تام، لأنّ لحاظ المنافع في البيع يكون من قبيل الدواعي و الثمن يقع بإزاء المبيع خاصة لا منافعه كما نبه عليه المحقّق الخميني^(٤).

نعم: قد مرّ في موارد نقض قاعدة ما لا يضمن حيث عدّ منها: المنافع غير المستوفاة، أنّ المنافع بقسميها المستوفاة منها وغيرها تعدّ من توابع العين لا من مقوماتها - كما يستظهر من الفقيه اليزدي - فإذا كانت العين مضمونة كما في البيع الصحيح، فتوابعها تكون مضمونة أيضاً، ففي البيع الفاسد كذلك تكون مضمونة و المنافع تدخل في أصل قاعدة «ما يضمن» لا

(١) كما في هداية الطالب ٣٠٦/٢.

(٢) ذكرها الشيخ الأعظم^{عليه السلام} بعنوان «قد يدعى» ولم يرد عليه في المكاسب ٢٠٥/٣.

(٣) حاشيته على المكاسب ٤٦٧/١.

(٤) كتاب البيع ٣٢٤/١.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الرابع: ضمان المنافع ٤١١

في نقيضها أو سالتها أي قاعدة «ما لا يضمن» كما اختار ما ذكرناه المحقق الخراساني^(١) و السيدان البجنوردي^(٢) و الخوئي^(٣).

و العجب من السيد الخوئي حيث يرى هناك دخول المبيع و منافعه في نفس قاعدة ما يضمن و يرى هنا^(٤) المنافع غير المستوفاة في نقيض القاعدة أي «ما لا يضمن» و هذه مسافة الخلف بين القول و العمل.

و على هذا لا نحتاج إلى ما ذهب إليه البعض من أن الضمان الوارد في المنافع غير المستوفاة يكون بالدليل الخاص و لذا يخرج من تحت قاعدة ما لا يضمن، و أن القاعدة عامة يمكن تخصيصها، أو أن القاعدة «سلب الاقتضاء لا اقتضاء السلب فلاتنافي ثبوت الضامن بوجود سبب»^(٥) لأننا نرى أنها تدخل في قاعدة ما يضمن.

مضافاً إلى ما مرّ من أن مورد العقد يكون أعمّ من متعلّق العقد (أي العين في البيع مثلاً) و متعلّق متعلّقه (و هو منافعها) وفاقاً للشيخ الأعظم فيكون المنافع تدخل تبعاً للعين في أصل قاعدة ما يضمن. فلا يتم من «أنّ المنافع ليست مصب العقد فهي خارجة عن القاعدة موضوعاً»^(٦)

الثاني: الروايات الواردة في الجارية المسروقة المبيعة

قد مرّت في الدليل الثالث من أدلة ضمان القابض بالنسبة إلى المقبوض بالعقد الفاسد

(١) حاشية المكاسب / ٣١.

(٢) القواعد الفقهية ١٢٤/٢.

(٣) مصباح الفقاهة ١٠٩/٣.

(٤) مصباح الفقاهة ١٤٤/٣.

(٥) كما عن المحقق الخميني في بيعه ٣٢٤/١.

(٦) كما عن المحقق الخميني في بيعه ٣٢٤/١.

هذه الروايات^(١) و البحث حولها.

يرى الشيخ الأعظم دلالتها على عدم الضمان لأنّ: الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة الساكنة من ضمان غيرها في مقام البيان^(٢). مع أنّه قال قبل صفحات: «فإنّ ضمان الولد بالقيمة - مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى، و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل إحداث نمائها غير قابلٍ للملك فهو كالتالف لا المتلف، فافهم»^(٣).

أنت ترى أنّه ﷺ ذهب هنا إلى أنّ الروايات ساكنة من ضمان المنافع غير المستوفاة و أنّها في مقام بيان ضمان المنافع، مع أنّه هناك ذهب إلى أنّ ضمان الولد يكون من المنافع غير المستوفاة و إذا كانت مضمونة ف ضمان الأصل بطريق أولى يثبت. فكيف يجمع ﷺ بين بالنسبة إليها ساكنة و بين الدليل الأولوية الماضية. هذا أوّلاً.

و ثانياً: نحن ذهبنا هناك أنّ ضمان الولد في الروايات يكون من قبيل ضمان التلف الحكمي كما عليه الشيخ الأعظم، لا ضمان قاعدة الإلتلاف أو ضمان التسيب أو ضمان استيفاء المنافع.^(٤)

فالشيخ الأعظم يرى ضمانه من قبيل ضمان التلف الحكمي، و هذا الضمان يدخل في ضمان المنافع غير المستوفاة و النسبة بينهما عموم و خصوص مطلق لأنّ جميع الضمانات الحكمية تدخل في ضمان المنافع غير المستوفاة و بعض هذه المنافع تخرج من الضمان الحكمي، فعليه أن يذهب على ما سلكه بأنّ هذه الروايات تدلّ على ضمان المنافع غير المستوفاة لا

(١) راجع وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٢) المكاسب ٣/٢٠٥ و تبعه السيّد الخوئي في مصباحه ٣/١٤٤.

(٣) المكاسب ٣/١٨١.

(٤) راجع ما حررته في آخر ذلك البحث، صفحة ٣٠٥ من هذا المجلد.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الرابع: ضمان المنافع ٤١٣

عدم ضمانها.

نعم: لا يتم ما يقال: بأن المنافع غير المستوفاة هي مساوية للحكمية^(١) لأن التصريح بالأعمية يوجد في كلمات الفقهاء. هذا كله بناءً على ورود الروايات في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

وثالثاً: الروايات وردت حول مسألة الغصب وتأخذ بها ولكن كلامنا في المقبوض بالعقد الفاسد و ضمان منافعها الفائتة و الروايات لم تدل على حكمه، و بعبارة أخرى الروايات تكون في مقام بيان حكم ضمان المغصوب لا حكم ضمان المقبوض بالعقد الفاسد و منافعها فكيف عدّ الشيخ الأعظم أنّها في مقام بيان ضمان المنافع و لم يتعرض لحكم المنافع الفائتة؟! و أعجب منه أن المحقق السيد الخوئي^(٢) يرى أنّ الروايات وردت في مسألة الغصب ولكن قيل هنا استدلال الشيخ الأعظم و سبحان من لا يسهو.

اللهم الآن يقال: بعدم الفرق بين البائع المالك و الغاصب هنا كما يظهر من العلامة في التحرير^(٣).

الثالث: صحيحة محمد بن قيس

التي رواها المشايخ الثلاثة بأسانيد صحاح عن محمد بن قيس عن أبي جعفر^(٤) قال: قضى أمير المؤمنين^(عليه السلام) في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدّم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير، فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها، الحديث^(٤).

(١) كما ذكره المحقق المروج بعنوان قد يقال راجع هدى الطالب ٢٥١/٣.

(٢) راجع كلامه في مصباح الفقاهة ٩٠/٣ و ١٤٤.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٥٤٣/٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح ١، من الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

ذهب الشيخ الأعظم عليه السلام إلى أنّ الصحيحة في مقام بيان ضمان المنافع «و سكت عن المنافع الفائتة، فإنّ عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى»^(١) و تابعه المحقّق السيّد الخوئي^(٢).

أقول: يأتي تفصيل البحث حول هذه الصحيحة في البيع الفضولي - إن شاء الله تعالى - ولكن هنا أذكر لمناقشة مقالة الشيخ الأعظم بأنّه:
أولاً: الصحيحة لم تكن في مقام بيان ضمان المنافع بل كانت في مقام بيان صحة عقد الفضولي.

و ثانياً: الابن لم يكن من المنافع المستوفاة حتّى على نظر الشيخ الأعظم^(٣).
و ثالثاً: عدم الضمان الوارد في الصحيحة تام لأنّ بعد إجازة المالك في بيع الفضولي يدخل المبيع في الملك المشتري من حين العقد فلا ضمان بالنسبة إلى المنافع مطلقاً لأنّه استفاد من منافع ملكه خلافاً للمقبوض بالعقد الفاسد فطريق الأولوية المذكورة ممنوعة.

الرابع: صحيحة أبي ولاد الحنّاط

المروية في الكافي الشريف^(٤) والمراد به هو حفص بن سالم أو يونس الثقة.
و أقول توضيحاً لبعض الكلمات الواردة فيها: هبيرة - المذكور فيها - هو صاحب الوليد بن عبد الملك الأموي و كان من عمالهم^(٥)، و قصرأ ابنه كان موضعاً قريباً من الحائر

(١) المكاسب ٢٠٥/٣.

(٢) مصباح الفقاهة ١٤٤/٣.

(٣) راجع المكاسب ١٨١/٣.

(٤) الكافي ٢٩٠/٥، ح ٦ روى أكثرها في وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ح ١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة. و التهذيب ٢١٥/٧، ح ٩٤٣ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٣٩٠/٢٥، ح ١، الباب ٧ من أبواب كتاب الغصب.

(٥) راجع الآراءُ الفقهيّة ٣٩٦/٣.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الرابع: ضمان المنافع ٤١٥

الشريف، ولكن في معجم البلدان^(١) قال: بناه أحد ولاة العراق في عهد بني أمية قرب الكوفة. والنيل: بلدة صغيرة قرب الكوفة كما في معجم البلدان^(٢). وقيل: قرية بالكوفة بين واسط و بغداد وقال الشهيدي: النيل الواقع في الواسط و يسمى فعلاً و بالحيّ^(٣). و حكى ابن خلكان في ترجمة ابن الحجاج الشاعر أنه في الأصل اسم نهر حفره الحجاج بن يوسف و سماه بنيل مصر.^(٤) و ما زالت بلدة النيل قائمة قرب الحلّة.

قال الشيخ الأعظم: «و إن كان المتراءى من ظاهر صحيحة أبي ولاد اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محل الرخصة، إلا أنالم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها»^(٥).

توضيح كلامه: ورد في الصحيحة ضمان أبي ولاد بالنسبة إلى كرى بغل من الكوفة إلى النيل و منه إلى بغداد و من بغداد إلى الكوفة، و هذا ضمان منافع المستوفاة بحيث لو بقي أبوه ولاد أياً ما في إحدى المناطق فلا شيء عليه لهذه المدّة و هذا الأخير هو منافع غير المستوفاة و الصحيحة لا تدل على ضمانها، ثم استشكل الشيخ عليه بأن ضمان المنافع غير المستوفاة من المغصوب يعدّ من ضروريات الفقه فلا يمكن الأخذ بهذا البيان و لم يرض الشيخ به و لذا عبر عنه «بالمترأى».

ولكن من المحتمل أن سفريات أبي ولاد حيث كانت متعددة ذهاباً و إياباً صار مجموعها خمسة عشر يوماً كما هو ظاهر تعجيله المشهود في كلامه فلا يبقى مكتناً طويلاً في

(١) معجم البلدان ٣٦٥/٤.

(٢) معجم البلدان ٣٣٤/٥.

(٣) هداية الطالب ٣٠٦/٢.

(٤) كما قاله الشهيدي في ذيل هداية الطالب ٣٠٦/٢.

(٥) المكاسب ٢٠٨/٣.

بلد حتّى يطلق عليه المنفعة الفاتئة ففي جميع خمسة عشر يوم - على نحو المتعارف - استفاد من منافع البغل و هو ركوبه و لذا حكم الإمام عليه السلام بضمانه بالنسبة إلى كرى هذا الأسفار، و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال. فصحيحة أبي ولاد لا تدل على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة، و قد تعرض لشرح فقراتها المؤسس الحائري (١) وعلّنا سنتعرض لمقاله في البحث الآتي - إن شاء الله تعالى -.

الخامس: الأصل السليم

قال الشيخ الأعظم: «فالحكم بعدم الضمان مطلقاً... موافق للأصل السليم» (٢).
الظاهر أنّ مراده من الأصل هو أصالة البرائة عن الضمان عند فوت المنفعة بيد المشتري و عدم وجود معارض لهذا الأصل فهو سليم عن المعارض.
و أنت ترى بعد تمامية أدلة الضمان و عدم تمامية أدلة عدم الضمان لم تصل النوبة إلى الأصل، لأنّ الدليل الاجتهادي على الضمان موجود. و أدلة عدم الضمان لم يتم حتّى تعارضها أدلة الضمان.

و على القول بعدم تمامية أدلة الضمان و تمامية أدلة عدم الضمان أيضاً لم تصل النوبة إلى الأصل لأنّ الدليل الاجتهادي موجود.

لا يقال: لو كان أحداً لم ير تمامية أدلة الطرفين لم تصل النوبة إلى أصل البرائة لأنّه شك في المكلف به بأن وظيفة القابض أداء العين أو مثلها أو قيمتها فقط، أو بانضمام من ضمان المنافع مطلقاً المستوفاة منها و غيرها و مقتضى الشك هو جريان أصل الاشتغال لألبراءة. لا سيما بعد أن نعلم بأن مذاق الشارع بالنسبة إلى الأموال كالدماء و الأعراض هو

(١) راجع كتاب البيع ١/١٦٠ و ما بعده، من تقريره بقلم آية الله الشيخ محمد على الأراكي رحمته الله.

(٢) المكاسب ٣/٢٠٥.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - فرع: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس ٤١٧

الإحتياط، فما ذكره الشيخ الأعظم لا يتم.

لأننا نقول: قد مرّ في علم الأصول صحة جريان إصالة البراءة بالنسبة إلى الأقل و الأكثر الاستقلاليين أو الارتباطيين و الكلام هنا من القسم الأوّل و الشك يكون في التكليف فتجري البراءة - إن تصل النوبة إليها - و الله العالم.

فرع: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس

بعد القول بالضمان في المنافع الفائتة في المقبوض بالعقد الفاسد، لا بأس بالتعرض إلى فرع مهم و هو إذا حبس ظالم حرّاً كسوباً فهل يضمن ما فات عنه في مدّة الحبس من العمل الذي يبذل بإزائه المال أم لا؟

فيه قولان:

أحدهما: عدم الضمان وهو المشهور قال المحقّق الحلّي: «ولو حبس صانعاً لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به لأنّ منفعه في قبضته»^(١).

و قال العلامة الحلّي: «منفعة بدن الحرّ تضمن بالتفويت لا بالفوات فلو قهر حرّاً و استعمله في شغل ضمن أجرته، لأنّه استوفى منفعه و هي متقومة، فلزمه ضمانها، كما لو استوفى منافع العبد.

ولو حسب مدّة لمثلها أجره و عطل منفعه فالأقوى أنّه لا يضمن الأجرة لأنّ منفعه تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه و أطرافه و لأنّ منفعه في يده، لأنّ الحر لا يدخل تحت اليد، فمنفعه تفوت تحت يده فلم يجب ضمانها، بخلاف الأموال و هو أصح و جهي الشافعية، و الثاني أنّه يضمنها، لأنّ منفعه تنقوّم بالعقد الفاسد فأشبهت منافع الأموال فقد فوّتها بحسبه فضمنها كمنافع العبد أمّا لو منعه من العمل من غير حبس فإنّه لا يضمن منفعه

(١) الشرائع ١٨٥/٣.

وجهاً واحداً، لأنّه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحرُّ أولى»^(١).

وقال المحقّق السبزواري: «والمقطوع به في كلام الأصحاب أنّه لو حبس صانعاً حرّاً مدّة لها أجره لم يضمن أجرته ما لم يستعمله لأنّ منافعه في قبضته بخلاف المملوك فإنّ منافعه في قبضة سيّده»^(٢).

وقال في الجواهر معلّقاً على ما مرّ من الشرائع: «فضلاً عن غير الصانع بلاخلاف أجده فيه...»^(٣).

ثانيهما: القول بالضمان و يظهر من جماعة من الأصحاب - قدس الله أسرارهم - منهم: المحقّق الأردبيلي قال: «إذا استخدم حرّاً قهراً ضمن أجرته ولا يضمن بدون الاستخدام، وإن حبسه و منعه عن الشغل الذي يحصل منه الأجرة مثل إن كان صانعاً يحصل كلّ يوم شيئاً كثيراً، لأنّ منافعه لم تضمن بقبضه، لأنّه ليس بمال حتّى يكون وضع اليد على المال بغير رضا المالك فيضمن، فما لم يستعمل لم يضع يداً موجباً للضمان و [ليس] مال ذلك، و ما صار سبباً [للضمان] و سبب الضمان منحصر في ذلك [الاستعمال أو الاستخدام]، بخلاف ما لو استعمله، فإنّه أخذ منه ماله بلاعوض، فكأنّه غصب منه مالاً و حقّاً أو أتلفه فيضمن، و لعلّه ليس لهم فيه خلاف، و إن كان لأخذ الأجرة مع منع الصانع الذي لو لم يحبسه و يمنعه لحصل كذا و كذا وجه، و ذلك لدفع المفسد و دفع الضرر العظيم، فإنّه قد يموت هو و عياله من الجوع، و لا يكون عليه في ذلك مانع مع كونه ظالماً و عادياً و وجود ما يدلّ على جواز الاعتداء بما أعتدى^(٤) و جزاء سيئة سيئة^(٥) و القصاص و نحو

(١) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/٢ من الطبعة الحجرية.

(٢) الكفاية ٦٣٤/٢.

(٣) الجواهر ٣٩/٣٧.

(٤) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [سورة

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - فرع: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس ٤١٩
ذلك، فتأمل»^(٦).

و علّق عليه الوحيد البهبهاني بقوله: «ليس كذلك، بل حديث لا ضرر ولا ضرار^(٧) وما سيذكر رحمه الله أيضاً دليل و سبب، مع أن عمله حقّ وله عوض قطعاً كما اعترف به، و لذلك يستحقّ بالاستخدام العوض، و يصير في الإجارة عوض الأجرة المسماة، و في بعض الأوقات عوض أجرة المثل، فكيف يكون ماله عوض شرعاً و عقلاً و عرفاً و عادة يتلفه و يضيّعه بلا عوض أصلاً؟!»

على أنهم قالوا في عقد الإجارة بمجرد العقد ينتقل الأجرة من ملك المستأجر إلى ملك المؤجر، و من حين العقد يصير كذلك بعوض انتقال المنفعة من المؤجر إلى المستأجر، و أنّ العوضين لا ينتقل كلّ واحد منهما إلى الآخر إلاّ و ينتقل الآخر منهما إلى صاحب الأوّل كما هو الحال في البيع و الصلح.

و لذلك كلّ من المتعاقدين يتسلّط على أخذ ما وقع العقد عليه قهراً و أيضاً يصير عوض البضع في النكاح و عوض كلّ شيء و كلّ ملك و كلّ حقّ، و حاله حال الملك و المال في جميع الأحوال، و لافرق بين المال و الحقّ بحسب العرف و العقل و الشرع أيضاً، كما أشرنا فتأمل جيداً. و بالجملة، إن ثبت إجماع فهو و إلاّ فالأمر كما ذكر^(٨).

و قال ابن اخته سيّد الرياض: «ولو حبس صانعاً حرّاً زماناً له أجرة عادتاً (لم يضمن أجرته) إذا لم يستعمله، قالوا: لأنّ منافع الحرّ لا تدخل تحت اليد تبعاً سواء كان قد

→ البقرة / ١٩٤].

(٥) اشارة إلى قوله تعالى: ﴿و جزاء سيئة سيئة مثلها﴾ [سورة الشورى / ٤٠].

(٦) مجمع الفائدة و البرهان ٥١٣/١٠.

(٧) وسائل الشيعة ٣٢/١٨.

(٨) حاشية مجمع الفائدة و البرهان / ٦١٤.

استأجره لعمل قد اعتقله و لم يستعمله، أم لا. نعم، لو كان قد استأجره مدَّة معينة فمضت زمن اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرَّت الأجرة لذلك، لا للغصب، بخلاف الرقيق لأنَّه مال محض و منافعه كذلك. و ظاهرهم القطع بعدم الضمان في صورته و به صرَّح في الكفاية، فإن تم إجماعاً و إلا ففيه مناقشة حيث يكون الحابس سبباً مفوّتاً لمنافع المحبوس لقوة الضمان فيه لا للغصب، بل لإيجابه الضرر عليه المنفي، و عليه تبَّه الفاضل المقدس الأردبيلي في الشرح... و تبعه خالي العلامة - دام ظلّه - في حواشيه عليه...

أقول: و يحتمل قوياً اختصاص ما ذكره الأصحاب بصورة عدم استلزام الحبس التفويت كما فرضناه، بل الفوات خاصَّةً. و ربما يستفاد ذلك من التذكرة حيث أنه مع تصريحه بما ذكره الأصحاب قال في عنوان البحث: «منفعة بدن الحر تضمن بالتفويت لا بالفوات»^(١) انتهى، فتأمل.

و يظهر الفرق بين المقامين فيما لو حبسه مدَّة لها أجرة عادةً، فإن كان لو لم يحبس لحصلها كان حبسه سبباً لتفويتها فيضمن هنا كما ذكره، وإن كان لو لم يحبس لم يحصلها أيضاً لم يكن حبسه سبباً لتفويتها، و هذا مراد الأصحاب في حكمهم بنفي الضمان فيه كما احتملناه من كلامهم»^(٢).

ولكن ردّه في الجواهر بقوله: «قلت: لا يخفى فساد الاحتمال المزبور على من لاحظ كلمات الأصحاب بل فرضهم المسألة في حبس الصانع كالصريح في عدم الضمان وإن كان سبباً. و المراد بالتفويت في عبارة التذكرة الاستيفاء... على أن التسبب الذي ذكره إنما يقتضي الضمان إذا تعلق بتلف الأموال و منفعة الحرِّ معدومة فلا يتصور التسبب لتلفها، كما

(١) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/٢ من الطبع الحجري.

(٢) رياض المسائل ١٦/١٤.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - فرع: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس ٤٢١

أن قاعدة نفي الضرر والضرار وغيرها ممّا ذكره من الآيات لو اقتضت الضمان على وجه تشمل الفرض لأثبتت فقهاً جديداً، ضرورة اقتضاءها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله و غير ذلك ممّا عرفت عدم القول به من العامة الذين مبني فقهم على القياس و الاستحسان فضلاً عن الإمامية الذين مبني فقهم على القواعد المقررة الثابتة عن أهل بيت العصمة [عليهم السلام] فلا وجه للضمان في الفرض كما قطع به الأصحاب (لأنّ الحرّ لا يدخل تحت اليد على وجه تدخل منافعه معه كالمال ولو شرعاً. بل (منافعه في قبضته) ككتابه باقية على أصالة عدم الضمان (و) إن ظلم و أثم بحبسه أو منعه عن العمل»^(١).

أقول: ستأتي أدله الضمان و الحَكَمُ بيننا و بين صاحب الجواهر هو الدليل، و أما ما ورد في كلام الوحيد و سيّد الرياض و خوفهما من الاجماع، لا بدّ من التنبيه على أنّ المسألة غير مطروحة في كتب القدماء بل طرحت في بعض الكتب الفقهية فقط و الشاهد عليه كلام الفقيه العاملي حيث يقول: «قوله: (ولو حبس صانعاً و لم ينتفع به) هذا مقطوع به في كلام الأصحاب كما في الكفاية و القطع به في الشرائع و النافع^(٢) و التحرير^(٣) و الإرشاد^(٤) و التبصرة^(٥) و المهذب البارع^(٦) و المسالك^(٧) و الروضة^(٨)، و لا قطع في التذكرة و إنّما قال هو

(١) الجواهر ٤٠/٣٧ و ٤١.

(٢) المختصر النافع / ٢٤٧.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٠/٤.

(٤) إرشاد الأذهان ٤٤٥/١.

(٥) تبصرة المتعلمين ١٠٨.

(٦) المهذب البارع ٢٤٩/٤.

(٧) مسالك الأفهام ١٥٩/١٢.

(٨) الروضة البهية ٢٨/٧.

الأقوى ولا تعرّض له في غيرها فيما أجد...»^(١).

أدلة الضمان

الأوّل: الآيتان

قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٢) وقوله

تعالى: ﴿جزاء سيئة سيئة مثلها﴾^(٣).

بتقريب: حبس الحر الكسوب و تفويت منافعه عليه يعدّ في الشرع و العرف و اللغّة إعتداء عليه و كذا يعدّ سيئة و بحكم الآيتين يجوز المقابلة بالمثل و هو هنا الضمان، و قد مرّ في البحث حول قاعدة الإلتاف دلالة الآيتين على حكم الوضعي أيضاً كما استدل بهما الشيخ^(٤) و ابن ادريس^(٥) على تلك القاعدة.

الثاني: عمَلُ الحرِّ مالٌ

عمل الحر الكسوب يكون ملكاً له بالملكية الذاتية التكوينية لأنّه يجوز له التصرف في نفسه و شؤونها، فهو ملك له بالملكية الاعتبارية أيضاً لأنّ أقوىها الملكية التي ترجع إلى الذاتية التكوينية، و كذا يكون مالاً لأنّ يبذل بإزائها المال و يجوز أن يقع تمناً في البيع أو إجارة عمله و إعطاء المال له، فإذا عدّ مالاً و يوجب أحد فواته فعليه ضمانه لأنّ أحد موجبات الضمان، ضمان الفوات. و هو بعينه ضمان التلف الحكمي الذي مرّ من الشيخ الأعظم في بحث الولد و الجارية المسروقة.

(١) مفتاح الكرامة ٨٤/١٨.

(٢) سورة البقرة / ١٩٤.

(٣) سورة الشورى ٤٠.

(٤) راجع المبسوط ٦٠/٣.

(٥) راجع السرائر ٤٨٠/٢.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - فرع: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس ٤٢٣

إن قلت: إن كان عمله يعدّ مالاً فلماذا لا يحصل به الاستطاعة في الحج؟
قلت: لأنّ المراد بالاستطاعة فيه هي الفعلية منها لا استعدادها أو قوتها كما يظهر من
الروايات الواردة فيها.^(١)

و الشاهد على ما ذكرناه من أنّ المنافع للحرّ تعدّ مالاً كلام الفقيه المتتبع السيّد
العالمي حيث يقول: «و التحقيق: أنّ القول بأنّ المنافع معدومة باطل أيضاً، بل هي إمّا
موجودة أو مقدّرة الوجود، ولهذا عدّت مالاً و جعلت مورد العقد، لأنّ العقد لا يردّ إلاّ على
موجود أو ما في حكمه، و لا ريب أنّه يجوز أن تكون الأجرة ديناً، فلو لم يلحق المنفعة
بالموجودات لكان في معنى بيع الدين بالدين، فصح لهم أن يقولوا: إنّ ملكها و هي في يده و
أهمل استعمالها حتّى تلفت على ملكه فكان تلفها منه و من ماله و تكون مسألة الضرس و
مسألة الأجير الخاص و غيرهما ممّا جرى بها على الأصل و لا يرد على ذلك إلاّ الإبراء و
التعيين، و الجواب عنهما ممكن و الأمر هيّن، بل القول بأنّ المنافع معدومة إنّما هو للعامّة كما
حكاه عنهم في التذكرة^(٢) و أطال في الردّ عليهم»^(٣).

الثالث: حديث لا ضرر

و قاعدته تثبت الضمان، لأنّ لو حبسه الظالم الحرّ الكسوب و لم يعطه شيئاً يوجب
تضرر الحرّ و القاعدة تنفيه فيثبت ضمان الحابس.

و فيه: قد مرّ مراراً عدم ثبوت الحكم الشرعي بقاعدة لا ضرر لأنّها تنفي الحكم
الضرري و لا تثبت بها حكماً. مضافاً إلى عدم جريانها في فرض تقابل الضررين بحيث
يلزم بها إثبات الضمان على أحد الأطراف و عدم شمولها للآخر. كما مرّ.

(١) راجع وسائل الشيعة ٣٣/١١، الباب ٨ من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٩١/٢ من الطبع الحجري - كتاب الاجارة.

(٣) مفتاح الكرامة ٨٣/١٨.

الرابع: السيرة العقلائية

مبنية على بنائهم على تغريم الحابس و المانع عن عمل الحرّ الكسوب كما أنت تشاهدها في الأحكام الصادرة من المحكمات الدولية و المليّة.
و السيرة عامة لا تختص بالمانع فقط كما يظهر الاختصاص من ظاهر كلام المحقّق الخوئي^(١).

و لم يصل رادع عن هذه السيرة إلا ادعاء الإجماع على عدم الضمان، و قد عرفت وجود المخالف مع عدم طرح المسألة في كلمات القدماء من الإصحاح - قدس الله سرارهم -.

الخامس: عدم الفرق بين المسألتين لبّاً

أعني هذه المسألة و مسألة لو استأجر الحرّ لعمل فاعتقله في ذاك الزمان الخاص بالعمل و لم يستعمله فيه و بذل الأجير نفسه للعمل فهل يستقر الضمان على المؤجر المعتقل أم لا؟ في المهذب البارع^(٢) ذهب إلى استقرار الأجرة قولاً واحداً و نقل في جامع المقاصد^(٣) عن حواشي الشهيد «لانزاع فيه [أي في ضمان الأجرة]» و في الكفاية: «و قال بعضهم: لو استأجره مدّة معينة فمضت زمان اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرت الأجرة و هو غير بعيد»^(٤). و هذا القول أي استقرار الأجرة في هذه المسألة الأخيرة هو اختيار العلامة في إجارة التذكرة^(٥) و ثاني الشهيدين في إجارة المسالك^(٦) و قوّه الأردبيلي في مجمع

(١) راجع مصباح الفقاهة ٣٦/٢.

(٢) المهذب البارع ٢٥٠/٤.

(٣) جامع المقاصد ٢٢٢/٦.

(٤) الكفاية ٦٣٥/٢.

(٥) تذكرة الفقهاء ٣٢٦/٢ من الطبع الحجري.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - فرع: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس ٤٢٥

الفائدة^(٧).

ولكن تنظر في استقرار الضمان في فرض عدم تعيين الوقت الخاص في القواعد^(٨)، و لا ترجيح أيضاً في غصب التذكرة^(٩) و الإرشاد^(١٠) و غاية المراد^(١١)، و اختيار عدم استقرارها في الشرائع^(١٢) و التحرير^(١٣) و جامع المقاصد^(١٤) و تعليق الإرشاد^(١٥) و المسالك^(١٦) و الروضة^(١٧) كما في المفتاح^(١٨).

قد ظهر لك أنّ هناك فرعين بل ثلاثة فروع:

الأوّل: لو استأجره لعمل فاعتقله و لم يستعمله ففي استقرار الأجرة حينئذ وجوه، ذهب بعض إلى استقراره، و بعض إلى عدمه، و تنظر في الاستقرار بعض، و لا ترجيح في كلام بعضهم فهذا الفرع محل خلاف بين القوم.

الثاني: نفس الفرع الأوّل بالإضافة إلى تعيين زمن معين لعقد الإجارة و هو بعينه

(٦) المسالك ١٩٤/٥.

(٧) مجمع الفائدة و البرهان ٥١٤/١٠.

(٨) قواعد الأحكام ٢٢٣/٢.

(٩) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/٢ من الطبع الحجري.

(١٠) إرشاد الأذهان ٤٤٥/١.

(١١) غاية المراد ٣٩٦/٢.

(١٢) الشرائع ١٨٥/٣.

(١٣) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢١/٤.

(١٤) جامع المقاصد ٢٢١/٦.

(١٥) حاشية الإرشاد للمحقّق الثاني في موسوعة آثاره ٤٧٦/٩.

(١٦) المسالك ١٥٩/١٢.

(١٧) الروضة البهية ٢٨/٧.

(١٨) مفتاح الكرامة ٨٠/١٨.

زمن أعتقاه، ففي هذا الفرع يقولون باستقرار الأجرة قولاً واحداً كما مرّ عن المذهب البارع. الثالث: لو استأجره لقلع ضرسه فبرئ بعد أن مضت مدّة يمكنه القلع فيها باذلاً الأجير نفسه وإنّما كان التأخير من جانب المستأجر، قالوا: بضمان الأجرة عليه.

قال السيّد العاملي: «و موضع الإجماع ما إذا تعلقت الإجارة بالزمن المعين بل نقول: إنّ العقد موجب للعوضين و قد بذل هذا عوضه فيلزم الآخر العوض الآخر كما في نفقة الزوجة و المهر فإنّها تجب لها النفقة إذا مكّنت من نفسها وإن لم يستمتع بها، كما يجب عليها تسليم نفسها إذا تسلّمت المهر، بل قالوا: أنّه يضمن الأجرة لو استأجره لقلع ضرسه... وإنّما كان التأخير من جانب المستأجر فينقطع الأصل بذلك، و القاعدة القائلة بأنّ منافع الحرّ لا تضمن لا تتناول محلّ النزاع، فليتأمل جيّداً»^(١).

و قال في الجواهر في ذيل الفرع الثاني: الحجة بعد اقتضاء عقد الإجارة ملك الثمن، و عدم الاستيفاء إنّما كان لتقصير من المستأجر و قد فات الزمان و الأصل عدم بطلانها، كما أنّ الأصل عدم قيام غير الزمان الذي هو متعلّق العقد مقامه. و لعلّ مثله ما قيل من أنّهم ذكروا قرارها أيضاً فيما لو استأجره لقلع ضرسه فبرأ بعد أن مضت مدّة يمكنه القلع فيها باذلاً الأجير نفسه فيها و إنّما كان التأخير من جانب المستأجر و ذلك لما عرفت من اقتضاء العقد ملك الأجرة على الوجه الذي سمعته و الفرض لم يبق محلّ للعمل. و الأصل عدم الانفساخ و عدم قيام غير متعلّق العقد مقامه، فهو حينئذ كالأجير الخاص و كذا ما كان مثله، إذ ليس لقلع الضرس خصوصية»^(٢).

أقول: الظاهر أنّ مسألة قلع الضرس حيث لم يرد فيه زمن خاص يدخل في الفرع

(١) مفتاح الكرامة ٨١/١٨.

(٢) الجواهر ٤١/٣٧.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الخامس: ضمان المثلي يكون بالمثل ٤٢٧

الأوّل - لا الثاني - و القائلين بعدم استقرار الأجرة فيه لماذا حكموا بالضمان هنا؟
و عقد الإجارة لا يفيد في الفرق بين الأوّلين، لأنّه فيهما موجود و المستأجر فيهما
لا يفيد فكيف صار عقد الإجارة الفارق بينهما؟!
ثم ما الفرق بين الفرع الأوّل و الثالث حيث حكموا بالضمان في الثالث و بعدمه في
الأوّل.

الظاهر - و الله العالم - عدم الفرق بين الفروع الثلاثة و نحكم بالضمان في الجميع و
نذهب إلى بطلان القاعدة المدعاة بأنّ منافع الحرّ لا تضمن و أنّ منافع الحرّ حيث يكون مالاً
فيكون مضموناً و حكمهم بالضمان في فرعي الثاني و الثالث على القاعدة كما مرّ من
المفتاح^(١) و كذا حكم القائلين بالضمان في الفرع الأوّل.
و كذا يظهر ممّا مر عدم تمامية القول بعدم الضمان أو عدم الترجيح أو التنظر في الفرع
الأوّل أيضاً.

و الحاصل: أنّ منافع الحر مضمونة فيثبت به الضمان في جميع الفروع الثلاثة
الماضية كما عليه المحققون الأردبيلي و الوحيد و سيّد الرياض - كما مرّت كلماتهم - و
المروج^(٢) و الحمد لله.

الخامس: ضمان المثلي يكون بالمثل

تمهيد: في خلاف ابن الجنيد الإسكافي

قال الشيخ الأعظم: «إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً و جب مثله بلا خلاف إلا ما يُحكى
عن ظاهر الإسكافي»^(٣).

(١) مفتاح الكرامة ٨٣/١٨.

(٢) هدى الطالب ١/١ (٨٥-٧٥).

(٣) المكاسب ٢٠٩/٣.

ثم قال بعد ثلاثين صفحة من الطباعة الحديثة في الأمر السابع: «لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حُكي الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة»^(١)... ثم أضاف إليه: «و كيف كان فقد حُكي الخلاف في ذلك عن الإسكافي و...»^(٢).

و أنت تعلم بأن كتاب الشيخ الجليل أبي علي ابن الجنيد الإسكافي رحمته الله المسمى بـ«الأحمدي في الفقه المحمّدي» مفقود و وصل إلينا منه ما نقل عنه العلامة الحلبي رحمته الله في مختلف الشيعة و هو ينقل كلامه هنا هكذا: «قال: ابن الحنيد: «فإن استهلك الغاصب العين المغصوبة كان ضامناً لها لصاحبها، إمّا أرفع قيمة كانت لها منذ يوم غضبها إلى أن هلكت، أو المثل لها إن اختار صاحبها ذلك»، و هذا يشعر بإيجاب أحد الأمرين في المثلي»^(٣).

و الشهيد في غاية المراد اختصر هذا البيان من ابن الجنيد و قال في خلافه مع القوم: «إن تلف المغصوب ضمن قيمته أو مثله إن رضي صاحبه»^(٤).

و الشيخ الأعظم رحمته الله حمل «المغصوب» في كلامه إلى الأعم من المثلي و القيمي و لذا عدّ الإسكافي مخالفاً في ضمان المثلي بالمثل - كما مرّ - القيمي بالقيمة، لحكمه بضمان القيمة مطلقاً إلا مع رضا المالك بالمثل.

و أما جماعة من الأصحاب فقد حملوا كلامه «المغصوب» على خصوص القيمي فقط نحو: الشهيد قال بعد نقل كلامه: «و لعلّه يريد القيمي»^(٥) و مال إليه الأردبيلي بعد نقل قول

(١) المكاسب ٣/٢٤٠.

(٢) المكاسب ٣/٢٤٢.

(٣) مختلف الشيعة ٦/١٣١.

(٤) غاية المراد ٢/٣٩٨.

(٥) غاية المراد ٢/٣٩٨.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - الخامس: ضمان المثلي يكون بالمثل ٤٢٩

الشهيد: «و العبارة سالحة فالحمل عليه أولى»^(١). وإن صح هذا الحمل فإنه مخالف في القيمي فقط لا في المثلي.

و تابعهم المحقق السيد الخوئي ولذا ذهب إلى وقوع السقط في عبارة الشيخ الأعظم «فكأنه قال: إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله وإن كان قيمياً وجبت قيمته بلاخلاف في ذلك بين الأصحاب إلا عن الإسكافي، فإنه حكم بضمان المثل في القيمي أيضاً»^(٢).

ولكن الصحيح عدم وقوع السقط في كلام الشيخ الأعظم لما مرّ من أنه حمل المغصوب في كلام الإسكافي على الأعم كما أنّ خلافه في ضمان المثلي بالمثل مذکور في كلمات الأصحاب نحو: العلامة قال في مختلف الشيعة «مسألة: قد بيّنّا الخلاف في الواجب على الغاصب إذا تلف العين وبيّنّا أنّ المختار عندنا إيجاب المثل في المثلي، فإن تعذر فقيمه يوم الإقباض و القيمة يوم التلف، ثم تعرض لخلاف ابن الجنيد الذي مرّ و قال: [و الوجه ما قلناه أوّلاً»^(٣).

و الشهيد في غاية المراد قال قبل نقل مقالة ابن الجنيد: «أطبق الأصحاب على ضمان المثلي... إلا ما يظهر من كلام ابن الجنيد فإنه قال:...»^(٤).

و الأردبيلي في مجمع الفائدة قال: «و يمكن أن يكون قول ابن الجنيد إشارة إلى أنّ تحقيق المثل لا يمكن و حينئذ ما يلزمه إلا القيمة ولكن إن رضي الغريمان يجوز أخذ المثل و

(١) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢٧/١٠.

(٢) مصباح الفقاهة ١٤٦/٣.

(٣) مختلف الشيعة ١٣١/٦.

(٤) غاية المراد ٣٩٨/٢.

الاكتفاء به الله يعلم»^(١).

و كذا نقل عن الشهيد في مفتاح الكرامة^(٢) و لم يعترض عليه.
و العمدة عدم العبرة بهذا الخلاف كما قال المحقّق الثاني: «هذا الخلاف يكاد يكون
مضمحلًّا لا يلتفت إليه»^(٣).

ثم بعد تقديم هذا التمهيد يقع البحث في ضمن مقامات:

المقام الأوّل: تعريف المثلي

أختلفت كلمات الأصحاب في تعريفه أحصي لك بعضها:

أ: تعريف المشهور

«و هو ما تتساوي قيمة أجزائه» كما عليه الشيخ في الخلاف^(٤) و المبسوط^(٥) و ابن
زهرة في الغنية^(٦) و ابن ادريس في السرائر^(٧) و المحقّق في الشرائع^(٨) و النافع^(٩) و تلميذه
الفاضل الآبي في كشف الرموز^(١٠) و العلامة في القواعد^(١١) و التذكرة^(١٢) و التحرير^(١٣)، و ابن

(١) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢٦/١٠.

(٢) مفتاح الكرامة ١٣٧/١٨.

(٣) جامع المقاصد ٢٥٢/٦.

(٤) الخلاف ٣٩٦/٣.

(٥) المبسوط ٥٩/٣ و ٦٠.

(٦) غنية النزوع ٢٧٨.

(٧) السرائر ٤٨٠/٢.

(٨) الشرائع ١٨٨/٣.

(٩) المختصر النافع ٢٤٨.

(١٠) كشف الرموز ٣٨١/٢.

(١١) قواعد الأحكام ٢٢٦/٢.

(١٢) تذكرة الفقهاء ٣٨١/٢ من الطبع الحجري.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الأول: تعريف المثلي ٤٣١

فهد الحلبي في المهذب البارع^(١٤) والمقتصر^(١٥)، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع^(١٦) وابن
العشيرة في بهجة الخاطر.^(١٧)

و في التنقيح^(١٨) و مسالك^(١٩) ثاني الشهيدان وكفاية^(٢٠) السبزواري و حدائق
البحراني^(٢١) و رياض^(٢٢) السيد الطباطبائي: «أنه المشهور».

و قد زاد الشيخ في المبسوط^(٢٣) و ابن زهرة في الغنية^(٢٤) و العلامة في التذكرة^(٢٥)
بعد التعريف المذكور التمثيل بقولهم: كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والأدهان و ما
أشبه ذلك. كما نقل جُلَّ ذلك الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة^(٢٦).

الشيخ الأعظم فسّر التعريف بأن «المراد بأجزائه: ما يصدق عليه اسم الحقيقة و
المراد بتساويها من حيث القيمة»^(٢٧).

(١٣) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٩/٤.

(١٤) المهذب البارع ٢٥١/٤.

(١٥) المقتصر ٣٤٢/.

(١٦) التنقيح الرائع ٦٩/٤.

(١٧) بهجة الخاطر و نُزْهة الناظر ١٢٢/.

(١٨) التنقيح الرائع ٦٩/٤.

(١٩) المسالك ١٨٢/١٢.

(٢٠) الكفاية ٦٣٩/٢.

(٢١) الحدائق ٤٧٠/١٨.

(٢٢) رياض المسائل ٢٣/١٢.

(٢٣) المبسوط ٦٠/٣.

(٢٤) الغنية ٢٧٨/.

(٢٥) تذكرة الفقهاء ٣٨١/٢.

(٢٦) مفتاح الكرامة ١٣٨/١٨.

(٢٧) المكاسب ٢١٠/٣.

و كذا قبله قال في الجواهر: «ولعل المراد تساوي قيمة أجزاء الصنف من النوع منه، بل الأشخاص من الصنف، بل على أن يكون ذلك التساوي من حيث الذات لا الاتفاق و حينئذ فالمنّ من شخص الحنطة الخاصة مثلاً و الدهن الخاص مثلاً قيمة أجزاءه متساوية...»^(١).

مراده من الأجزاء هو الأفراد و الجزئيات التي تصدق عليها طبيعة واحدة، لأنّ المراد من لفظ الأجزاء هو الفرد و مثلثته بلحاظ تساوي أجزائه معه. فالمثلي هو ما تتساوي قيمة أفراده و لا عبرة بتساوي قيمة أجزائه، فلا يرد على التعريف ما حكاه الشهيد الثاني من الاعتراض عليه بقوله: «إن أريد بالأجزاء كلّ ما تركب عنه الشيء فيلزم أن لا تكون الحبوب مثليّة، لأنّها تتركب من القشور و الألباب و القشر مع اللبّ مختلفان في القيمة و كذا التمر و الزبيب لما فيهما من النوى و العجم، و إن أريد بالأجزاء التي يقع عليها اسم الجملة، فيلزم أن لا تكون الدراهم و الدنانير مثليّة لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن، و في الاستدارة و الإعوجاج و في وضوح السكة و خفائها و ذلك ممّا يؤثر في القيمة»^(٢).

و يرد على إشكال الدراهم و الدنانير بأنّ موضوع المثلية فيهما هو خصوص النوع الصحيح و هو الذي تكون سكّته و هيئته محفوظة. لا الأعم منه و المكسور و المعيوب حتّى يرد عليه الإشكال و هذا مراد الشيخ الأعظم بقوله: «إنّ الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه و هو الصحيح... و من هنا يظهر أنّ كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد بل كلّ صنف من أصناف نوع واحد مثليّ بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف»^(٣).

فعلى ما ذكرناه لا يرد اعتراض المحقّق الأردبيلي على المشهور حيث يقول: «أنّه إن

(١) الجواهر ٨٩/٣٧.

(٢) المسالك ١٨٢/١٢.

(٣) المكاسب ٢١٠/٣ و ٢١١.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الأول: تعريف المثلي ٤٣٣

أريد التساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف إذ ما من شيء إلا و
أجزائه مختلفة في القيمة في الجملة مثل الحنطة والشعير وجميع ما قيل أنه مثلي، فإن حنطة
طغارها يساوي عشرين و الآخر عشر شاهيات و بالجملة التفاوت معلوم، وإن أريد
التساوي في الجملة فهو في القيمي أيضاً موجود مثل الأرض و نحوها، وإن أريد مقداراً
خاصاً فهو حوالة إلى المجهول»^(١).

لأن المراد بالمثلي كل نوع من أنواع الجنس الواحد بل كل صنف من أصناف نوع
واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف كما مر من الشيخ الأعظم و لعل إلى هذا
البيان أشار الأردبيلي بقوله: «... و يؤيده أنه على تقدير ثبوت كون المثلف مثلياً مثل الحنطة
لا يؤخذ بها كل حنطة، بل مثل ما تلف عرفاً و قيمة، مثل سن الجمل بمثله من الجمل، و
الأعلى بمثله لا بالآخر، و كذا في غيره، فيمكن إن أراد ذلك مع المساواة في القيمة فإذا كان
ثوباً مثل ثوب آخر في اللون و القماش و بقيمته يكون ذلك المثل، و كذا الفرس العتيق
خاص يكون تحته خاص، و قيمته متعينة يكون مثلها بمثلها و هكذا، و عليه يحمل ما في
الكتاب و السنة و الإجماع»^(٢).

و علق الوحيد البهبهاني على عبارته الأولى «التفاوت معلوم» بقوله: «التفاوت
المتعارف المعتد به عند أهل العرف أي ما يكون متساوي الأجزاء عرفاً يكون مثلياً و غير
المتساوي كذلك غير مثلي، فتأمل...»^(٣).

و ذكرها صاحب الرياض^(٤) في كتابه تضعيفاً على كلام الأردبيلي.

(١) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢٢/١٠.

(٢) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢٦/١٠.

(٣) حاشية مجمع الفائدة و البرهان / ٦٢٠.

(٤) رياض المسائل ٢٥/١٤.

أقول: يأتي تعريف الوحيد للمثلي في ذكر بقية تعريفات المثلي فانتظر.
وردّ صاحب الجواهر الأردبيلي في عبارته الأولى وقال: «قلت: قد عرفت أنّ المراد المساواة في غالب ما له مدخلية في المالية، و تفاوت أفراد الحنطة وإن كان معلوماً إلاّ إنك قد عرفت المساواة في أشخاص الأصناف، ولا يكفي الاتحاد في اسم النوع المنافي لقاعدة لا ضرر ولا ضرار و لغيرها»^(١).

ثم استشكل الشيخ الأعظم على تفسيره لتعريف المشهور بأمرين:
الأوّل: «إنّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم فإنهم يطلقون المثلي على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما...»^(٢).

مراده: أن تفسير تعريف المشهور بأن مدار المثلية على الصنف مخالف لظاهر المشهور لأنهم يطلقونه على الجنس لا الصنف كما يظهر من تمثيل الشيخ للمثلي حيث يقول: «كالحبوب والأدهان والتمور والأقطان والخلول التي لا ماء فيها والأثمان ونحو هذا كلّ له مثل...»^(٣).

الثاني: هذا التفسير من التعريف المشهور إمّا غير جامع للأفراد أو غير مانع للأغيار، لأنّه «إن أريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويّاً حقيقياً فقلّ ما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع»^(٤) فحينئذ يخرج كثير من المثليات و التعريف لا يكون جامعاً للأفراد.

«وإن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وإن لم يتساو حقيقة، تحقّق

(١) الجواهر ٨٩/٣٧.

(٢) المكاسب ٢١١/٣.

(٣) المبسوط ٦٠/٣.

(٤) العبارة من الشيخ الأعظم في المكاسب ٢١٢/٣.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الأول: تعريف المثلي ٤٣٥

ذلك في أكثر القيميات»^(١) فحينئذ يدخل كثير من القيميات فلا يكون التعريف مانعاً للأغيار.

ثم تعرض الشيخ الأعظم لدفع الإشكال الأخير - وهو «تحقق ذلك في أكثر القيميات» - بإجابه صاحب الجواهر عنه في قوله: «و لا يرد النقض بالثوب أو الأرض الذي يمكن دفعه بعدم غلبة ذلك فيهما، و فرض بعض الأفراد كذلك لا يناسب إطراد قواعد الشرع»^(٢). و قد مرّ عبارته الأخرى في اعتراضه على الأردبيلي.

ثم يلاحظ عليه بقوله: «ثم لو فرض أنّ الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيمة عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثليّة لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف...»^(٣). مراده: أنّه يكفي في عدم الإطراد، التساوي في القيميات ولو نادراً.

و يرد عليه: «لو فهم التقييد بالغالب ولو من قرينة حكمهم بضمن المثلي بالمثل الذي يبعد جداً تنزيله على النادر كفى ذلك في إصلاح إطراد التعريف». كما نبّه عليه السيّد الحكيم^(٤).

أقول: ولكن يمكن أن يجاب عن إشكالي الشيخ الأعظم بأن مرادهم أنّ إطلاق الحنطة و الشعير و نحوهما في كلمات الأصحاب منصرفاً إلى صنفها لا جنسها و إلا لا يتم تساوي القيمة.

و عن الثاني: بأنّ التعاريف كلّها شرح الاسم و ليس بتعريف حقيقي لا على نحو الحدّ التام و لا حتّى على نحو الرسم الناقص، و حيث أنّ التعريف يصدق غالباً يكفي و خروج

(١) العبارة من الشيخ الأعظم في المكاسب ٢١٢/٣.

(٢) الجواهر ٨٩/٣٧.

(٣) المكاسب ٢١٣/٣.

(٤) نهج الفقاهة ٢٣٣/.

٤٣٦ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

موارد نادراً لا يضر كما ذكره صاحب الجواهر^(١)، فحينئذ يمكن الأخذ بتعريف المشهور. ولا يرد على ما بيناه إشكال المحقق الخراساني على تعريف المشهور بأنه: «لا يعم كثيراً من المثليات مثل المسكوكات و سائر المصنوعات المشتبهات كالساعات والظروف والآلات الفرنجية حيث أن كل واحد منهما يكون مثلياً و ليس ممّا يتساوى أجزاءه بحسب القيمة»^(١)

ثم حيث لم يتم تعريف المشهور عند الشيخ الأعظم فلا بد له من التعرض لسائر التعاريف:

ب: تعريف العلامة في التحرير

عرّفه بأنه «ما تماثلت أجزاءه و تقاربت صفاته»^(٢).

و هذا التعريف مساوٍ لتعريف المشهور بناءً على تفسير الشيخ الأعظم له بتساوي أفراد الصنف لا النوع و الجنس، و أخصّ منه بناءً على ظاهره من تساويهما في الحقيقة النوعية كما في هدى الطالب^(٣).

ج: تعريف الشهيد في الدروس

أنّه «المتساوي الأجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات»^(٤).

و اختاره ثاني الشهيدين في الروضة^(٥) و قال في المسالك: «أقرب التعريفات إلى

(١) حاشية المكاسب / ٣٥.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٩/٤.

(٣) هدى الطالب ٣١١/٣.

(٤) الدروس الشرعية ١١٣/٣.

(٥) الروضة البهية ٣٦/٧.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الأول: تعريف المثلي ٤٣٧

السلامة تعريف الدروس»^(١). و تبعه في الأقربية السبزواري في الكفاية^(٢).
و اعترض عليه في جامع المقاصد بقوله: «و هذا لا يكاد يخرج الثوب»^(٣) و زاد في
المجمع: «و يمكن أن يقال: بل الأرض و بعض ما تقدم مع زيادة إبهام التساوي فإنه غير
معلوم في أي شيء و كذا تقارب الصفات»^(٤).
قال المحقق القمي: «ولعل المنفعة في كلامه عطف على القيمة المقدرة، يعنى المتساوي
الأجزاء في القيمة والمنفعة. و يمكن أن يكون نظره في زيادة المنفعة إلى إخراج مثل الحنطة و
الحمص معاً إذا تساوياً في القيمة، وقيل: النوع الواحد في تعريف المشهور يكفي عن ذلك، و
في زيادة تقارب الصفات إلى ملاحظة الأصناف كما ذكرنا»^(٥).
أقول: و العجب منه عليه السلام أنه زاد في التعريف القيمة ثم استشكل عليه بتساوي قيمة
بعض الأجناس ثم يأتي بما في التعريف من المنفعة لدفع إشكاله و ما هذا إلا حدة ذهن المحقق
القمي و ليس بتفسير لتعريف الشهيد في الدروس.
و قال في الجواهر: «بل هو [تعريف الدروس] في الحقيقة كشف لتعريف المشهور، لا
أنه تعريف آخر وإن توهمه غير واحد، بل لعله المراد من تعريفه له في غاية المراد [الآتي]
أيضاً...»^(٦).
بل أنه أخص من التعريف المتقدم حيث أخذ فيه مع تساوي الأفراد تساويها في

(١) المسالك ١٢/١٨٣.

(٢) الكفاية ٢/٦٤٠.

(٣) جامع المقاصد ٦/٢٤٤.

(٤) مجمع الفائدة و البرهان ١٠/٥٢٥.

(٥) جامع الشتات ٢/٣٠٠ من طبع الحروفي و نقل عنه في هدى الطالب ٣/٣١٢.

(٦) الجواهر ٣٧/٩٠.

المنفعة و تقاربها في صفاتها كما في الإرشاد.^(١)

د: تعريف الشهيد في غاية المراد

قال في تعريف المثلي: «و هو ما تتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية»^(٢).

وقال ثاني الشهيد معلقاً عليه: «و مرجعه إلى ما يكون اسم الكثير و القليل منه

واحداً كالماء و الدبس و الحنطة و ينتقض بالأرض»^(٣).

أقول: توضيح ثاني الشهيد عليه السلام و نقضه مأخوذاً من أحد التعاريف الواردة في

جامع المقاصد حيث يقول: «و ربّما ضبط بأن المثلي ما يكون اسم الكثير و القليل منه واحداً

كالماء و الدبس و الدهن و تُقض بالأرض»^(٤).

وقرّر السيّد العاملي هذا الإشكال بقوله: «إذ الظاهر صدقه على ما تقدّم من الأرض

و الثوب و نحوهما، مع إشكال تحقيق الاتفاق في الحقيقة النوعية و مرجعه إلى ما يكون اسم

القليل و الكثير منه واحداً كالماء و الدبس»^(٥).

و أجاب عنه في الجواهر بقوله: «على معنى إرادة التساوي المزبور [أي المتساوي

الأجزاء و المنفعة أو المساواة في أشخاص الأفراد]، لأن المراد به الاتحاد في اسم القليل و

الكثير منه كالماء و الحنطة كي يرد عليه الانتقاض بالأرض»^(٦).

أقول: جواب صاحب الجواهر تام و التعريف قريب من تعريف المشهور بناءً على

(١) إرشاد الطالب ١٦٧/٢.

(٢) غاية المراد ٣٩٨/٢.

(٣) المسالك ١٨٣/١٢.

(٤) جامع المقاصد ٢٤٤/٦.

(٥) مفتاح الكرامة ١٤١/١٨.

(٦) الجواهر ٩٠/٣٧.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الأول: تعريف المثلي ٤٣٩

أنَّ المراد بالحقيقة النوعية هو الصنف الخاص - كما فسره صاحب الجواهر - لا النوع و الجنس فحيئنذ لا يتم ما ذكره شيخنا الاستاذ عليه السلام في إرشاده: «و هذا أعم من التعريف المتقدم حيث أن هذا يعم جميع المثليات و القيميات فإن الأفراد فيهما مشتركة في الحقيقة النوعية»^(١).

ذ: تعريف الوحيد البههاني

قال: «المثلي ما تعارف تحقّق المثل له بحيث يساويه و يماثله في الطبيعة و المميّز النوعي و الصنفي و هو أقرب إليه من كلّ جنس و إن كان مثل الدرهم و الدينار، فتأمل»^(٢). و نقل عنه في الرياض^(٣) و عن الرياض في الجواهر^(٤) و حملته الأخير على تعريفه الآتي.

و اختاره المحقّق الخميني و قال: «ما هو له مثل عادة كالحبوبات و لا يلاحظ فيه الشاذ النادر، فما لا مثل له عادة ليس بمثلي و إن وجد نادراً»^(٥) ثم عدّ من أوضح مصاديق المثلي منتوجات المعامل الحديثة.

ر: تعريف صاحب الجواهر

قال: «و بالجملة فالمراد من التعاريف واحد، و هو التساوي الذاتي في غالب ما له مدخلية في الرغبة و القيمة، و أن يكون ذلك غالباً في أفراد الأصناف لا اتفاقاً، بل لعلّه المراد أيضاً ممّا في الإرشاد و شرحه الإسعاد لبعض الشافعية من تعريفه بأنّه «ما أمكن ضبطه

(١) إرشاد الطالب ١٦٧/٢.

(٢) حاشية مجمع الفائدة و البرهان / ٦٢٠.

(٣) رياض المسائل ٢٦/١٤.

(٤) الجواهر ٩١/٣٧.

(٥) كتاب البيع ٣٣٢/١.

٤٤٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

بكيل أو وزن و جاز السَّلَم فيه»، بل لعلَّه المراد أيضاً ممَّا حكاه في الرياض عن خاله...»^(١).
وقال أيضاً: «إنَّ المراد بالمثلي في كلامهم هو الذي له مثل بمعنى أنه مساوٍ له في جميع ما له مدخلية في ماليته من صفاته الذاتية لا العرضية كالمكان و الزمان على وجه يكون غالباً في صنفه و ما عداه قيمي، فتأمل فإنَّه جيد»^(٢).

ز: تعريف المحقِّق الخراساني

قال بعد المناقشة في تعريف المشهور: «فالأولى تعريفه بما كثر أفراده التي لا تفاوت فيها بحسب الصفات المختلفة بحسب الرغبات»^(٣).

ص: تعريف الفقيه اليزدي

قال: «فإنَّ المثلي حينئذ ماله مماثل في الأوصاف و الخصوصيات التي تختلف بها الرغبات و تفاوتت بها القيم قلَّةً و كثرةً فكلُّ ما كان كذلك غالباً فهو مثليٌّ و كلُّ ما لم يكن كذلك فهو قيميٌّ و لا الاعتبار بالنادر و هذا يختلف بحسب الأزمان و البلدان و الكيفيات...»^(٤).

ض: تعريف المحقِّق الإيرواني

قال: «... و الأحسن أن يعرّف المثلي بما تشابهت أفراده و جزئياته في الصورة و الصفات، اللازم منه التساوي في الرغبات، اللازم منه التساوي في المالية، و على هذا فجنس الحنطة المختلف الأنواع و الأصناف اختلافاً فاحشاً إن لم يكن مثلياً صادقاً عليه التعريف

(١) الجواهر ٩١/٣٧.

(٢) الجواهر ٩٤/٣٧.

(٣) حاشية المكاسب ٣٥/.

(٤) حاشية المكاسب ٤٦٩/١.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الأول: تعريف المثلي ٤٤١

فأصنافه النازلة مثلية البتة»^(١).

ط: تعريف المحقق النائيني

أخذ عليه السلام في تعريف المثلي أربعة قيود:

الأول: أن يكون تساوي الصفات والآثار بحسب الخلقة الإلهية كالحبوب وأما ما

كان متساوياً بحسب الصناعة البشرية فهو محل خلاف.

الثاني: أن لا يتغير بالبقاء أو بتأثير من الهواء كالخضروات والفواكه وكل ما يفسد

من يومه فإنه أيضاً محل خلاف في كونه مثلياً أو قيميّاً.

الثالث: أن يكون مماثله كثيراً مبدولاً [موجوداً].

الرابع: أن يكون تماثل الصفات موجباً لتماثل القيمة و تقاربها، وأما لو كان شيء

مماثلاً لشيء آخر في جميع الصفات والآثار ولكنهما متفاوتان في القيمة جداً فهذا ليس مثلاً

لذلك.

و على هذا فالمتيقن من المثلي الحبوبيات ولكنّه لا بحسب الجنس أو النوع بل بحسب

الصنف كما أنّ المتيقن من القيمي الحيوانات.^(٢)

ظ: تعريف المحقق الأصفهاني

قال: «الصفات المقابلة للذات على قسمين تارة تختلف بها الرغبات فلها دخل في

المالية وأخرى لا دخل لها فيها حيث لا تختلف بها الرغبات، والثانية سواء كانت في المثلي

أو القيمي ليست مناطاً لتمثليته ولا لقيميته، والأولى إذا كانت ممّا لها نوعاً أفراد مماثلة كان

الموصوف بها مثلياً، وإن لم توجد لها أصلاً أو نوعاً أفراد مماثلة كان الموصوف بها قيميّاً

(١) حاشية المكاسب ١٣٠/٢.

(٢) راجع منية الطالب ٢٨٦/١ و ٢٨٥.

فتدبر»^(١).

و اختاره السيّد الخوئي رحمته الله وقال في توضيحه: «اوصاف الأشياء على قسمين: إذ قد يكون لها دخل في المالية وقد لا يكون لها دخل في المالية بوجه، أمّا القسم الثاني فهو خارج عن محل بحثنا لعدم دخله في مالية الموصوف فلا يكون تفويته موجبا للضمان، أمّا القسم الأوّل فإن كانت للموصوف أفراد متماثلة بحسب النوع أو الصنف فهو مثلي، ضرورة أن أفراد الكلّي مع فرض تماثلها متساوية الأقدام و متقاربة الأوصاف من دون تفاوت بينهما في نظر العرف و إن كان بينها فرق بالدقة العقلية، و إن لم يكن الموصوف كذلك فهو قيمي»^(٢).
و اختاره أيضاً المحقّق المروج قال: «فكلّ كلّيّ تكثر أفرادها المتماثلة في الصفات الموجبة لاختلاف الرغبات الدخيلة في اختلاف المالية يكون مثلياً و القيمي بخلافه»^(٣).

ع: تعريف شيخنا الاستاذ رحمته الله

قال: «و المراد بالمثل هو القريب إلى التالف في الأوصاف التي تكون بها المالية أوزيادتها، لا ساير الخصوصيات التي قد يتعلق غرض شخصي بالشيء باعتبارها... و لم يكن وجوده عزيزاً [نادراً] نوعاً بحيث لا يعدّ الظفر به من الاتفاق فالمال مثلي و في صورة عزّة وجوده و ندرة الظفر به فالمال قيمي...»^(٤).

أقول: الظاهر أنّه مأخوذ من تعريف الأصفهاني رحمته الله أفردته إحتراماً للإستاذ رحمته الله.

(١) حاشية المكاسب ٣٥٦/١.

(٢) مصباح الفقاهة ١٥٢/٣.

(٣) هدى الطالب ٣١٤/٣.

(٤) إرشاد الطالب ١٦٨/٢.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الأول: تعريف المثلي ٤٤٣

هـ: التعريف الأول المنقول من العامة

نقل العلامة في التذكرة^(١) عن بعضهم في تعريفه: «أنه ما قدّر بالكيل أو الوزن»^(٢) و
في جامع المقاصد^(٣) نقله عن الشافعي و أبي حنيفة و أحمد.
و في المسالك: «نقض بالمعجونات»^(٤).

و في مجمع الفائدة: «وأنه يشكّل بالغرل و الصوف و الوبر و الشعر و نحوها، فإنّها غير
مثلية، مع صدق التعريف، إلا أن يليه النفي أو الإثبات^(٥) و هو بعيد. و أيضاً أنّ المكيل و
الموزون ليس له ضبط فإنّه يختلف حينئذٍ لكلّ بلد حكم نفسه على ما قيل... فيلزم كون
شيء واحد مثلياً في بلد و قيمياً في أخرى و هو بعيد... إلا أن يقال: لا يجوز السلم فيها و لا
بيع بعضها ببعض و حينئذٍ يشكّل التعريف الأول بدون الزيادة، فتكون فائدتها فتأمل»^(٦).
و في الجواهر: «بل لعله المراد... معنى غلبة التساوي في أجزاءها على الوجه المزبور
[مرّ في تعريفه] في كثير من أفرادها المتعارفة فلا يرد النقض بالمعجونات»^(٧).
أقول: تفسير صاحب الجواهر لا يتم مع ظاهر التعريف.

(١) تذكرة الفقهاء ٣٨١/٢ من الطبع الحجري.

(٢) المغني لابن قدامة ٢٣٩/٥، بداية المجتهد ٣١٧/٢، المحلّى ٤٣٧/٦، روضة الطالبين ١٠٨/٤،
الأمّ ٢٥٤/٣، حاشية إعانة الطالبين ١٣٨/٣.

(٣) جامع المقاصد ٢٤٤/٦.

(٤) المسالك ١٨٣/١٢.

(٥) مراده منهما: الزيادات الواردة في التعريف الثاني و الثالث.

(٦) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢٤/١٠ و ٥٢٥.

(٧) الجواهر ٩٠/٣٧.

و: التعريف الثاني من العامة

نقل العلامة^(١) و زاد بعضهم [على تعريفهم الأوّل] اشتراط جواز السلم فيه^(٢). و علّله في جامع المقاصد: «لأنّ السلم يثبت بالوصف في الذمة»^(٣) و في المسالك: «ليسلم من النقض»^(٤).

ي: التعريف الثالث لهم

نقل العلامة^(٥) عنهم زيادة: جواز بيع بعضه ببعض^(٦). و في جامع المقاصد^(٧): «لتشابه الأصيلين في قضية التماثل» ونحوه في المسالك^(٨) و الجواهر^(٩).

و قال في جامع المقاصد: «و اعترض على العبارات الأخيرة [تعاريف العامة] الثلاث: بأنّ القماقم^(١٠) و الملاعق و المغارف^(١١) المتخذة من الصفر و النحاس موزونة يجوز

(١) تذكرة الفقهاء ٣٨١/٢.

(٢) انظر فتح العزيز المطبوع مع المجموع ٢٦٦/١١، مغني المحتاج ٢٨١/٢، روضة الطالبين ١٠٨/٤.

(٣) جامع المقاصد ٢٤٤/٦.

(٤) المسالك ١٨٣/١٢.

(٥) تذكرة الفقهاء ٣٨١/٢.

(٦) روضة الطالبين ١٠٨/٤.

(٧) جامع المقاصد ٢٤٤/٦.

(٨) المسالك ١٨٣/١٢.

(٩) الجواهر ٩٠/٣٧.

(١٠) جمع مفردة «تقممة» وهو وعاء من صفر يستصحبه المسافر. الصحاح ٢٠١٥/٥.

(١١) جمع مفردة المُغْرِفَة: ما يغرف به الطعام. [مجمع البحرين مادة غرف].

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الأول: تعريف المثلي ٤٤٥

السلم فيها وبيع بعضها ببعض و ليست مثلية»^(١).

تنظر صاحب المسالك في الاعتراض: «لمنع جواز السلم فيها لاختلافها و عسر

ضبطها»^(٢).

و ردّه في الجواهر: «انّ المراد التساوي ذاتاً لا اتفاقاً بصنع صانع و نحوه»^(٣).

أقول: بعد نقل هذه المقالات ليس للمثلي حقيقة شرعية و لا متشعبة فلا بدّ فيه من

ملاحظة العرف، و العرف بعد إحداث المعامل الحديثة يعرف المثلي بأحسن وجه، لأنهم يستنسخون و يستكثرون من البضائع آلاف فلا نحتاج إلى زياده البحث حول تعريف المثلي و كلّ ما لم يكن مثلياً فهو قيميّ.

و المثل في اللغة: قال أحمد بن فارس: «الميم و الثاء و اللام أصلٌ صحيح يدلّ على

مناظرة الشيء للشيء، و هذا مثل هذا، أيّ نظيره. و المثلّ و المِثال في معنى واحد»^(٤).

و قال الفيومي: «المِثلّ: يُستعمل على ثلاثة أوجهٍ بمعنى الشبيه و بمعنى نفس الشيء و

ذاته و زائدةٍ و الجمع أمثال...»^(٥).

و ورد بالمعنى اللغوي في العديد من كرائم القرآن ألوارد منه في أكثر من ثلاثين

آية^(٦)، هذا بالإضافة إلى الضمائر في كثير منها و أمّا اللفظ المثلي - على مصطلح الفقهاء - فلم

يرد فيه و كذلك لم يرد في رواياتنا، نعم ورد في معقد إجماعهم كما في جامع المقاصد^(٧) و

(١) جامع المقاصد ٢٤٤/٦.

(٢) المسالك ١٨٣/١٢.

(٣) الجواهر ٩٠/٣٧.

(٤) معجم مقاييس اللغة ٢٩٦/٥.

(٥) المصباح المنير / ٥٦٣.

(٦) راجع المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم / ٦٥٩.

(٧) جامع المقاصد ٢٤٥/٦.

رياض المسائل^(١) و المناهل^(٢) و المفتاح^(٣) و الجواهر^(٤) و غيرها^(٥).
و بعد ظهور تعريف المثلي فلا يهمننا النقض في بعض أمثله و البحث حولها^(٦) لما مرَّ
من الاختلاف فيه بحسب الأزمان و البلدان و الكيفيات كما عن الفقيه اليزدي^(٧).
فهذا تمام الكلام في المقام الأوَّل.

المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل في المثلي

الأوَّل: آية الاعتداء

قد تمسلك الشيخ في كتابيه^(٨) و تبعه ابن ادريس في السرائر^(٩) و العلامة في تذكرة
الفقهاء^(١٠) بلزوم ضمان المثل في المثلي بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ
مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(١١) و تابعهم الطبرسي في مجمع البيان وقال: «وفي هذه الآية دلالة على
أنَّ من غصب شيئاً و أتلفه يلزمه ردُّ مثله ثم إنَّ المثل قد يكون من طريق الصورة في ذوات
الأمثال و من طريق المعنى كالقيم فيما لا مثل له»^(١٢).

(١) رياض المسائل ٢٣/١٤.

(٢) المناهل ٢٩٩/ من الطبع الحجري.

(٣) مفتاح الكرامة ١٣٧/١٨.

(٤) الجواهر ٨٥/٣٧.

(٥) كالمكاسب ٢٠٩/٣ للشيخ الأعظم.

(٦) كما في المكاسب ٢١٥/٣.

(٧) حاشيته على المكاسب ٤٦٩/١.

(٨) المبسوط ٦٠/٣، الخلاف ٤٠٢/٣ و ٤٠٦.

(٩) السرائر ٤٨٠/٢.

(١٠) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجري.

(١١) سورة البقرة ١٩٤/.

(١٢) مجمع البيان ٢٨٨/١ من طبع مصر.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل بالمثلي ٤٤٧

و تابعهم قطب الدين الراوندي في فقه القرآن قال: «وإن كان تالفاً فعليه مثله، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ إن كان له مثل، وإن لم يكن له مثل فعليه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين الغضب إلى حين التلف، لأنه مأمور برده في كل وقت فوجب عليه قيمته إذا تعذر. والله أعلم»^(١).

وقال الفاضل المقداد في كنز العرفان: «د: المثل في الآية يمكن حمله على المساوي في الحقيقة وعلى المساوي في الحكم وعلى المساوي في المالية وقد يعبر عن الأوّل بما يشترك جزؤه وكلّه في صدق الاسم وهو المراد بالمثلي في عبارة الفقهاء. ه: المغصوب إن كان مثلياً بالمعني الأوّل تعيّن مع فقده مثله ولا اعتبار بتفاوت الأسعار في الزيادة والنقصان عن حال الغضب...»^(٢).

و اعترض على الاستدلال بالآية الشريفة صاحب الرياض وقال: «و فيه نظر، لاحتمال كون المراد بالمثل فيه مثل أصل الاعتداء، لا مثل المعتدى فيه الذي هو ما نحن فيه، فتأمل»^(٣).

ورده في المفتاح بقوله: «أنّ الاحتمال الذي ذكره في الآية خلاف المتبادر وقد اطبقوا على العمل بها في مثل المعتدى فيه في باب القصاص والديات واستند إليها جماعة كثيرون في المسألة في الباب...»^(٤).

وقال في الجواهر ردّاً على الرياض: «إذ قد عرفت أنّ المراد به [أي بالمثل] ذلك [أي

(١) فقه القرآن ٧٤/٢.

(٢) كنز العرفان ٢٥١/ من الطبع الحجري، ٨٤/٢ من الطبع الحروي.

(٣) رياض المسائل ٢٤/١٤.

(٤) مفتاح الكرامة ١٤٢/١٨.

المعتدى فيه [ولو بمعونة ما سمعت من النص] أي نصوص كلمات الأصحاب [و الفتوى]»^(١).
و ذكر الشيخ الأعظم^(٢) مناقشات في الاستدلال بالآية الشريفة:
الأولى: الآية تختص بالتلف العدواني بقريئة الاعتداء الوارد في الظلم و العدوان
ولكن في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد لم يكن اعتداءً لا سيما مع الجهل بالفساد.
ولكن أجاب عنه الشيخ الأعظم بعدم القول بالفصل بين بابي الغصب و المقبوض
بالعقد الفاسد.

الثانية: ما ذكره سيّد الرياض من أنّ ظاهر المماثلة في أصل الاعتداء و جنسه من
الكلام و الضرب و نحوها، لا المماثلة في المعتدى فيه و مقداره.
و تنظر الشيخ الأعظم في هذه المناقشة و لعلّ وجه ظهور الآية في اعتبار المماثلة في
الإعتداء و المعتدى به كليهما.

الثالثة: إنّ المراد بالمثل في الآية الشريفة ما يعدّ عرفاً مثلاً للتالف في الأمرين: - أي
الحقيقة النوعية و المالية - و الآية و العرف يقتضيان الضمان بالمثل - مع الأمرين - حتّى في
القيميّات لإمكان مساواة أفراد بعض القيميّات في المالية فضلاً عن المساواة في الحقيقة مع
أنّ المشهور حكموا بضمان القيمي بقيمته مطلقاً - سواء وُجد مثله أم لا - و سواء قيمة المثل
مساوية لقيمة المتلف أم أزيد أم أقل.

و استشهد^{بشأنه} بفرعين:

١- إذا أتلف شخص ذراعاً من كرباسٍ و أمكنه تحصيل مماثلته عرفاً و الآية تقتضي
ذلك ولكن المشهور على أنّ الثوب من القيميّات و حكموا بوجوب دفع القيمة.^(٣)

(١) الجواهر ٩٢/٣٧.

(٢) المكاسب ٢١٨/٣.

(٣) كما في هدى الطالب ٣٤٤/٣.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل بالمثلي ٤٤٩

٢- وكذا لو أتلف عبداً وله في ذمة مالك العبد بسبب القرض أو السلم عبداً موصوف بصفات التالف فإنهم لا يحكمون بالتهاتر القهري. كما تشهد به ملاحظة كلما تهم في بيع عبداً من عبيدين.^(١)

قال في مفتاح الكرامة: «قوله: (ولو اشترى عبداً من عبيدين لم يصح) هذا هو المشهور كما في المهذب البارع^(٢) والمقتصر^(٣) و غاية المرام^(٤) وهو خيرة الخلاف^(٥) في موضع منه والجواهر^(٦) والسرائر^(٧) والشرائع^(٨) والنافع^(٩) والتحرير^(١٠) والمختلف^(١١) و التذكرة^(١٢) واللمعة^(١٣) والتنقيح^(١٤) و جامع المقاصد^(١٥) وإيضاح النافع^(١٦) والمسالك^(١٧) و

(١) كما في المكاسب ٢١٨/٣.

(٢) المهذب البارع ٤٦٦/٢.

(٣) المقتصر ١٨٥/.

(٤) غاية المرام ١١١/٢.

(٥) الخلاف ٢١٧/٣.

(٦) جواهر الفقه ٦٣/.

(٧) السرائر ٣٥١/٢.

(٨) الشرائع ٥٤/٢.

(٩) المختصر النافع ١٣٣/.

(١٠) تحرير الأحكام الشرعية ٤١٠/٢.

(١١) مختلف الشيعة ٢٣٠/٥.

(١٢) تذكرة الفقهاء ٣٢٨/١٠.

(١٣) اللمعة ١١٩/.

(١٤) التنقيح الرائع ١٣٦/٢.

(١٥) جامع المقاصد ١٥٠/٤.

(١٦) إيضاح النافع، مخطوط.

(١٧) المسالك ٣٩٨/٣.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل بالمثلي ٤٥١

بن مسلم^(١) عن أبي جعفر عليه السلام ومثله روى السكوني^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في المفتاح^(٣).
و أنت ترى أنّ التهاتر ورد في فتوى الشيخ في النهاية ولكن الأصحاب لم يوافقوه.
٣- ثم عزز الشيخ الأعظم الفرعين بثالث بقوله: «وأما مع عدم وجود المثل للقيمي
التالف فمقتضى الدليلين [العرف والآية] عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر، كما لو تعذر
المثل في المثلي فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي و لا يقولون به»^(٤).

لأنهم يقولون بضمان قيمة يوم التلف في العين القيمة لقيمة يوم الأداء. وهذا الفرع
أيضاً من مخالفة المشهور لإطلاق الآية الشريفة و الاستظهار العرفي.

الرابعة: من مناقشات الشيخ الأعظم: مقتضى الآية و العرف عدم جواز إلزام المالك
بأخذ المثل الذي نقصت قيمته نقصاناً فاحشاً إذ مقتضاهما اعتبار المماثلة في الحقيقة و
المالية، مع أنّ المشهور يقولون بجواز إلزامه به - كما في الجواهر^(٥) - و إن قوّى الشهيد^(٦)
خلافه، ولكن العلامة احتل في القواعد^(٧) كفاية المثل ولو سقط من القيمة بالكلية و
احتل أيضاً الرجوع إلى القيمة.

أقول: ولكن الرجوع إلى القيمة حينئذ هو خيرة التذكرة^(٨) و الايضاح^(٩) و في

(١) وسائل الشيعة ٢٦٨/١٨، ح ١، الباب ١٦ من أبواب بيع الحيوان. و السند ضعيف بابن أبي حبيب لأنه مهمل.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦٩/١٨ و السند معتبر.

(٣) مفتاح الكرامة ٣٩٥/١٣.

(٤) المكاسب ٢١٩/٣.

(٥) الجواهر ٩٩/٣٧.

(٦) الدروس ١١٣/٣.

(٧) القواعد ٢٢٨/٢.

(٨) تذكرة الفقهاء ٣٨٤/٢ من الطبع الحجري.

(٩) ايضاح الفوائد ١٧٧/٢.

جامع المقاصد نسبته إلى الأصحاب و غيرهم و قول: «لا محيد عن مختار الأصحاب و غيرهم»^(١).

فَذُلْكَ كَلَامُ الشَّيْخِ الْأَعْظَمِ؛ بَعَيْنِ عِبَارَتِهِ مَعَ تَوْضِيحِ

قال: «فتبيِّن أنَّ النسبة بين مذهب المشهور [ضمان المثلي بالمثل] و مقتضى العرف و الآيَّة عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين [العرف و الآيَّة] و لا يضمن به عند المشهور كما في المثالين المتقدمين [الفرع الأوَّل و الثاني أي الكرباس و العبد] و قد ينعكس الأمر [يعني الآيَّة و العرف يقتضيان الضمان بالقيمة مع أنَّ المشهور على الضمان بالمثل] كما في المثال الثالث [نقصان القيمة و إسقاطها] و قد يجتمعان في المضمون به كما في أكثر الأمثلة»^(٢)

الجواب عن مناقشات الشيخ الأعظم رحمته

أقول: قد أجاب بنفسه عن المناقشة الأولى بعدم القول بالفصل بين البابين، و تنظر في مناقشة سيّد الرياض و قد مرّ في وجهه أنَّ الآيَّة ظاهرة في اعتبار المماثلة في أصل الاعتداء و المعتدى فيه كليهما.

و أمّا المناقشة الثالثة: فيظهر جوابها ممّا مرّ من أنَّ المثلي ما هو بوجود مثله كثيراً لانادراً. فالقيمي الذي يوجد نادراً مثله يحكم بقيمته و ضمان القيمة فيه، و أمّا الفروع الثلاثة فالكرباس و الثوب و الأقمشة تعدّ من المثليات في زماننا هذا فيحكم بضمان المثل فيه^(٣)، ولكن الحيوان الذي يعدّ العبيد منه قيمي فإذا كان على التالف قيمة العبد و له في ذمّة مالك العبد عبداً بهذه القيمة أو قريب منه فلا يبعد التهاتر بقدر الذم و هذا غير مسألة بيع

(١) جامع المقاصد ٢٥٨/٦.

(٢) المكاسب ٢٢٠/٣.

(٣) كما عليه الفقه اليزدي في حاشيته على المكاسب ٤٦٨/١.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل بالمثلي ٤٥٣

عبدٍ من عبيدٍ التي حكم الأصحاب بعدم صحتها.

ووافقنا على التهاثر المحقق الأصفهاني وقال: «لو لا الاجماع لزم التهاثر فيما إذا كان

للضامن في ذمة المالك مثل ما أتلفه منه»^(١).

وأما رواية محمد بن مسلم التي هي مستند قول الشيخ في النهاية فإنها ضعيفة السند برواية الكليني و معتبرة السند برواية الشيخ، ان لم يكن إعراض المشهور موجباً لو هونها، ولكن الشيخ والقاضي ابن البراج في الكامل افتيا بمضمونها، فيمكن الأخذ بها في موردها فقط ولا يمكن التعدي إلى غيره لأنها مخالفة للقواعد، القاعدة في المقبوض بالسؤم تقتضي ضمانها على القابض أو المشتري والرواية تحكم بالضمان نصفين نصف على المشتري ونصف على البائع، فإن أغمضنا عن إشكال الوهن يمكن قبولها في موردها الخاص.

وأما الفرع الثالث: فقد قال: «لو تعذر المثل في المثلي فيضمن بقيمته يوم الدفع»^(٢)

أي يوم الأداء ولكن مختار الأصحاب قيمته يوم الإقباض ولا يوجد مخالفٌ منّا فيه كما صرح به صاحب المفتاح^(٣)، وأما بالنسبة إلى القيمي فيكون الضمان فيه بالقيمة، أما قيمة يوم الغصب أو أرفع القيم من حين الغصب إلى حين التلف أو قيمته يوم التلف ثلاثة أقوال يأتي تفصيلها، مضافاً إلى ما مرّ من أنّ الضمان في المثلي يكون بالمثل ومع عدم وجدانه ينتقل إلى قيمة يوم الإقباض، وأما القيمي فلا يكون الضمان فيه بالمثل أصلاً بل الضمان يكون بالقيمة من أوّل الأمر ولكن اختلفوا فيها بأنها قيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو أعلى القيم، فالفارق بينهما وعلى قول المشهور واضح.

وهكذا قد مرّ من أنّ الملاك في المثلي و القيمي هو كثرة وجدان مثله و عدمه و هذا

(١) حاشيته على المكاسب ٣٦٧/١.

(٢) المكاسب ٢١٩/٣.

(٣) مفتاح الكرامة ١٤٤/١٨.

يختلف بحسب الأزمان والأماكن ولا عبرة بالإجماعات الواردة في مصاديقهما لأنَّ غايتها هو الإجماع على أنه قيمي أو مثلي في زمن الإجماع وبلده لا في كلِّ زمان ومكان وبالجملة هذا الإجماع لم يكن تعبدياً فلا يكون حجة.

كما عليه الفقيه اليزدي رحمته الله قال: «و من ذلك يظهر أنه لا اعتبار بإجماعهم على كون الشيء الفلاني مثلياً أو قيمياً فإنه ليس ممّا وصل إليهم من الشارع حكم تعبدي قطعاً بل من جهة ما ذكرنا، فلو كان الموجود في زماننا على خلاف ما ذكره لا يجب متابعتهم في ذلك»^(١).
وأما الإجابة عن المناقشة الرابعة: فإنَّ المماثلة تصدق في الحقيقة والمالية معاً فإذا نقصت المالية بحيث سقطت بالكلية ينتقل الضمان من المثل في المثلي إلى قيمة يوم القبض كما احتمله العلامة في القواعد واختاره في التذكرة وولده في الإيضاح وقواه الشهيد ونسبه المحقّق الثاني إلى الأصحاب وقال: «لامحيد عنه». فما نسبه إلى المشهور من جواز إلزامه بأخذ المثل لا يتم عندنا - خلافاً للجواهر^(٢) - وكما اختار الشيخ الأعظم انتقال الضمان إلى القيمة حينئذ قال: «وإن كان الحقّ خلافه»^(٣). أي خلاف الإلزام و ضمان المثل و تبعه السيّد الخوئي^(٤).

هذه أجوبة عن مناقشات الشيخ الأعظم وأنت ترى عدم تماميتها في دلالة آية الاعتداء في ضمان المثلي بالمثل.

مناقشة السيّد الخوئي في دلالة آية الاعتداء

قال رحمته الله: «الاستدلال بها على ذلك يتوقف على أمورٍ ثلاثة:

(١) حاشيته على المكاسب ٤٧٠/١.

(٢) جميع المصادر مرّت في أصل المناقشة ولا نعيدها فراجع صفحة ٤٥١.

(٣) المكاسب ٢٢٠/٣ و ٢٣٨.

(٤) مصباح الفقاهة ١٦٠/٣.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل بالمثلي ٤٥٥

الأوّل: أن تكون كلمة «ما» في الآية الكريمة موصولة لا مصدرية.

الثاني: أن يراد من هذا الكلمة الموصولة الشيء المعتدى به بأن يكون المعنى

فاعتدوا عليه بمثل الشيء الذي اعتدى به عليكم.

الثالث: أن يراد من كلمة المثل في الآية الشريفة المثل في المثلي والقيمة في القيمي، و

أني للمستدل إثبات هذه الأمور كلّها...»^(١)

أقول: الظاهر أنه أخذ بعضه مما في تعليقه أستاذة المحقق الأصفهاني على المكاسب

على خلاف مختاره لأنه قال: «إنّ المماثلة تارة بين الاعتدائين كالضرب في مجازة الضرب

دون القتل و الشتم، وأخرى مقدارها كالدرهم الواحد بإزاء الواحد لا أثنان في قبال

الواحد، وثالثة في المعتدى به كالحنطة بإزاء الحنطة مثلاً، لابعنى الإلتاف في قبال الإلتاف

كما في الأوّل.

فإن جعلنا كلمة «ما» مصدرية غير زمانية فالمعنى فاعتدوا عليه بمثل اعتدائه، وإن

جعلناها موصولة فالمعنى فاعتدوا بمثل الشيء الذي أعتدي به عليكم، وحينئذ يحتمل أن

يراد بمثل ذلك الشيء في الطبيعة والحقيقة، ويحتمل أن يراد بمقداره لا أزيد منه كماً أو كيفاً.

بناءً على الأوّل لادلالة الآية إلا على المماثلة في الاعتداء وهي غير مرادة هنا بل

غير جائزة هنا، إذ مماثل إلتاف المال هو الإلتاف كمماثلة الضرب للضرب.

وبناءً على الثاني يصح الاستدلال بها إن أُريد منها المماثلة في المقدار، لأنها تلازم

المماثلة في الحقيقة إذا أُريد الزيادة والنقص من المقدار دون غيرهما....

ثم اختار في آخر هذه التعليقة أنّ مماثلة أعم من حيث الاعتداء والمعتدى به و

كيفية.

(١) مصباح الفقاهة ١٤٨/٣ راجع تمام كلامه في كتابه بسم الله الرحمن الرحيم.

وقال في التعليقة التي تليها: «تحقيق المقام أنَّ المماثلة تارة هي المماثلة المطلقة لا مطلق المماثلة، فيراد منها المماثلة من جميع الجهات من الذات والصفات والمالية، وأخرى هي المماثلة من حيث الذات والصفات، وثالثة هي المماثلة من حيث المالية، ورابعة هي مطلق المماثلة سواء كانت مماثلة من جميع الجهات أو من حيث الحقيقة أو من حيث المالية، فمع إثبات إحدى التعينات الثلاث تثبت المماثلة المطلقة أو المماثلة الخاصة، ومع عدمه فمطلق المماثلة.

وجه الأولى: أنَّ المماثلة بلاعناية هي المماثلة المطلقة...

وجه الثانية: أنَّ المماثلة العرفية هي المماثلة من حيث الحقيقة فمماثل الحنطة عرفاً هي الحنطة...

وجه الثالثة: أنَّ الأغراض العقلانية في باب الأموال متعلقة بحيثية المالية، ولا ريب أنَّ العبرة في مقام الاستظهار من الآية بالمماثلة العرفية فيتعيَّن الثانية... وأما المدار عند العقلاء على المالية فهو مسلم إلاَّ أنه لا ينافي تعلق الغرض العقلائي بمطالبة الحقيقة التي تختلف بها الرغبات العقلانية، فأوجه الوجوه الوجه الثاني...»^(١).

أقول: أنت ترى أنَّ المحقِّق الأصفهاني اختار على خلاف تلميذه دلالة الآية على المماثلة بالمعنى الأعم من حيث الاعتداء والمعتدى به وأنَّ المراد بالمماثلة هي المماثلة العرفية أي من حيث الذات والصفات فقط، لا من حيث المالية ومختاره الأخير محل تأمل بل منع لعدم صدق المماثلة إلاَّ في فرض التساوي في المالية كما اعترف بأنَّ المدار عليه في المعاملات، فالمماثلة العرفية عندنا هي المماثلة في الذات والصفات والمالية المسماة عند المحقِّق الأصفهاني بأنَّ بالمماثلة المطلقة.

(١) حاشية المكاسب ١/ (٣٦٥-٣٦٢) راجع تمام كلامه في كتابه.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل بالمثلي ٤٥٧

نقد مقالة المحقق الخوئي في المقام

أمّا أمره الأوّل: من عدم وجود قرينة على أنّ «ما» موصولة بل يحتمل أن تكون مصدرية غير زمانية و عليه فتكون معنى الآية أنه اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم و إذن فتختص الآية بالاعتداء بالأفعال... ثم قال: «بل المحكي عن المحقق الأردبيلي في آيات أحكامه هو تعيين هذا الاحتمال فإنه بعد ما ذكر جملة من الآيات التي منها الآية المتقدمة الظاهرة في جواز الاعتداء بالمثل قال: فيها دلالة على جواز القصاص في النفس و الطرف و الجروح...»^(١).

ففيه: أولاً: يمكن أن يأتي في بادي الأمر احتمال أن تكون ما مصدرية غير زمانية ولكن صار معنى الآية هكذا: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل إعتدائه عليكم، و قرينة فصاحة كلام الله يطرد هذا الاحتمال، لأنّ إبقاء لفظة «ما» على موصوليتها أفصح من حملها على المصدرية غير الزمانية.

و ثانياً: كلمة «ما» ظاهرة في الموصولة لا المصدرية كما صرح به المحقق القمي^(٢) و كما يظهر من عدّة من المفسرين:

نحو: مقاتل بن سليمان - الذي عدّه الشيخ في الرجال من أصحاب الباقر^(٣) و الصادق^(٤) و في الأوّل مع توصيفه بالبصري و في الثاني مع نسبته إلى خراسان، و توفّي مقاتل في عام ١٥٠، و البتريّة هم جماعة من الزيدية تبرؤوا من أعداء الشيخين - عليهما لعنة اللاعنين إلى يوم الدين - و... و المشهور أنّهم يضعّفونه و أنت تجد ترجمته في تهذيب

(١) راجع مصباح الفقاهة ١٤٩/٣.

(٢) جامع الشتات ٣٠٢/٢ و نقل عنه في هداية الطالب ٣٣١/٢.

(٣) رجال الشيخ ١٣٨، الرقم ٤٩.

(٤) رجال الشيخ ٣١٣، الرقم ٥٣٦.

التهذيب^(١) - قال في تفسيره: «**فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ**» يقول: فقاتلوهم فيه، «**بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**» فيه، «**وَاتَّقُوا اللَّهَ**» يعني المؤمنين و لا تبءءوهم بالقتال في الحرم فإن بدأ المشركون فقاتلوهم»^(٢).

تفسيره «فيه» أي في الحرم بعد جملة «**مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**»، يظهر منه أنه أخذ كلمة «ما» موصولة لا مصدرية غير زمانية وإلا لا يحتاج إلى تفسير «فيه». لوضوح أن الاعتداء الذي يمكن أن يعتدى بهم يكون في الحرم. فتأمل.

و شيخ الطائفة قال في تفسيره: «فإن قيل: كيف قال «**بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**»، و الأوّل جور و الثاني عدل؟ قلنا: لأنه مثله في الجنس و مقدار الاستحقاق لأنه ضرر كما أن الأوّل ضرر، و هو على مقدار ما يوجب الحقّ في كلّ جرم»^(٣).

و ثالثاً: ما ذكره بعنوان المحكي عن المحقق الأردبيلي و ما حكاه عنه لا يتم؛ لأنّ الأردبيلي ذكر هذه الجملة في كتاب الجنایات في ذيل آيتي ٤٠ و ٤١ من سورة الشورى و لم يذكرها في آية الاعتداء فراجع زبدة البيان^(٤)، فتأيد مقاله بكلام الأردبيلي غير تام.

و أمّا أمره الثاني: فقد قال: «لاقرينة على أن المراد من الشيء هو المعتدى به أعني به الأعيان الخارجية من النقد و العرض بل يحتمل أن يراد به الفعل أعني به الاعتداء...، و يحتمل أن يراد من الشيء ما هو الأعم من الفعل و المعتدى به و حينئذ فتدل الآية على جواز اعتداء المضروب بالضرب... و على جواز أخذ الحنطة بدل الحنطة... و على هذا الاحتمال لا استفاد من الآية الضمان - أيضاً - بل و لا جواز تملك المغصوب منه شيئاً ممّا أخذه

(١) تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني ٢٤٩/١٠.

(٢) تفسير مقاتل بن سليمان ١٠٢/١ طبع عام ١٤٢٤ في بيروت.

(٣) التبيان ١٥١/٢.

(٤) زبدة البيان ٨٥٤/.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل بالمثلي ٤٥٩

الغاصب، بل غاية ما يستفاد منها حينئذ إنما هو جواز التصرف في أموال الغاصب على سبيل التقاص بلا كونها ملكاً للمتصرف...»^(١).

و فيه: بعد قبول ظهور كلمة ما في الموصولة، الآية الشريفة تحمل على ما هو الأعم من الفعل و المعتدى به - لم أقل المعتدى به خاصاً - كما عليه السيّد الحكيم^(٢) - أي الأعيان الخارجية لخروج موردها كما يأتي - فتشمل المماثلة جواز القصاص في النفس و الطرف و الجروح و غيرها، كما تشمل جواز أخذ المثل و حتّى القيمة في التالف، أمّا المثل فواضح و أمّا القيمة لأنّ مع فقدان المثل المصطلح، أقرب الأشياء بالتالف هو القيمة فهو مثله في القيمة و المالية.

و لأنّ الاعتداء في المعتدى به - الأعيان الخارجية - هو الإلتاف و هو لا يجوز قطعاً لأنّه يدخل في عنوان الإسراف فينحصر بأخذ المثلي أو القيمة. و ما ذكره هذا الفقيه الكبير^(٣) في ذيل كلامه من جواز التصرف دون التملك احتمال مدرسي لا يعتنى به و لم تقبله حتى في المعاطاة الواردة في كلامه، كما ذهب شيخنا الأستاذ^(٣) إلى استفادة جواز التملك من الآية.

و أمّا أمره الثالث: فقد قال: «أن يراد من كلمة المثل في الآية الشريفة المثل في المثلي و القيمة في القيمي^(٤)... فيردّه عدم وجود القرنية على إرادة ضمان المثل من الآية في المثلي و إرادة ضمان القيمة في القيمي، لأنّ المماثلة لا تقتضي هذا المعنى بل هي أعمّ من

(١) مصباح الفقاهة ١٤٩/٣.

(٢) نهج الفقاهة / ٢٤٠.

(٣) إرشاد الطالب ١٧١/٢.

(٤) مصباح الفقاهة ١٤٨/٣.

ذلك»^(١).

و فيه: نعم، الآية الشريفة عامة لا تختص بالضمان المثل في المثلي ولكن تشملته و تعمه، لأنَّ المثل فيها يحمل على المعنى اللغوي أي المماثلة، وهذا يكفي في إثبات استفادة الضمان من آية الاعتداء.

وبما ذكرنا من حمل الآية على ما هو الأعم من مماثلة الفعل و المعتدى به لا يخرج مورد الآية الشريفة منها، لأنَّها نزلت في عمرة القضاء في سنة سبع من الهجرة النبوية حيث أراد رسول الله ﷺ الإتيان بالعمرة في ذي القعدة الحرام سنة ست و صدّه المشركون عن دخول مكة، و وقَّعوا معه المصالحة الحديبية ثم أتى ﷺ في ذي القعدة سنة سبع و قضى نسك عمرته مع المسلمين و هم في خوف من قتال المشركين لهم في الشهر الحرام و في الحرم، و نزلت الآية و أجازهم الله قتالهم فيهما إن قاتلوهم.^(٢) و بما ذكرنا لا يخرج المورد ولكن من الواضح أن مورد الآية و شأن نزولها لا يخص.

كما تدخل في ما ذكرناه صحيحة معاوية بن عمار في حديث عن أبي عبد الله عليه السلام، قلت: فما تقول في رجل قتل في الحرم أو سوق؟ قال: يقام عليه الحد في الحرم صاغراً^(٣)، إنَّه لا ير للحرم حرمة و قد قال الله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ فقال: هذا هو في الحرم، فقال ﴿لا عدوان إلا على الظالمين﴾^(٤).^(٥)

(١) مصباح الفقاهة ١٥٠/٣.

(٢) راجع شأن نزولها في كتب التفسير نحو: التبيان ١٥٠/٢ و مجمع البيان ٢٨٧/١ و جوامع الجامع ١٠٨/١ و الكشف ٢٣٧/١ و البيضاوي ٥١/ من الطبع الحجري.

(٣) أيُّ مُهاناً و هو الراضي بالذُّلِّ و الضيم.

(٤) سورة البقرة / ١٩٣.

(٥) الكافي ٢٢٧/٤، ح ٤ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٢٢٥/١٣، ح ١، و البرهان في تفسير القرآن ٤١١/١، ح ٢، التهذيب ٤١٩/٥، ح ١٠٢ و ٤٦٣/٥، ح ٢٠٦ كلاهما بسند صحيح.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل بالمثلي ٤٦١

و من هنا ظهر عدم الإشكال في التمسك بآية الاعتداء في ضمان المثلي بالمثل بل
القيمي بالقيمة و الحمد لله.

الثاني: حديث على اليد

قوله ﷺ: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي. (١)

بعد ما مرّ (٢) من أنّها موثوقة الصدور عند الأصحاب رضي الله عنهم مع إقرارهم بأنّها رواية
عاميّة ضعيفة السند لأنّ الراوي لها هو سمرة بن جندب المعلوم الحال و الراوي عنه هو
الحسن البصري و هو أيضاً معلوم حاله، و مع وضوح هذا عندهم استدلووا بالرواية و
ذكروها في كتبهم و عملوا بها و هذا يدلّ على أنّها موثوقة الصدور عندهم.

و الرواية كما مرّ تدل على الحكمين: التكليفيّ و الوضعي معاً، أعني وجوب ردّ مال
الغير المأخوذ منه إليه تكليفاً و ضمانه وضعاً، و الضمان يكون بالنسبة إلى العين مادام
موجوداً و بعد تلفه ينتقل الضمان إلى المثل إن كان مثلياً أو القيمة إن كان قيميّاً. و الوجه في
ذلك أنّ الضمان بعد تلف العين ينتقل إلى البدل، و البدل في كلّ من المثلي و القيمي معلوم.
و بما ذكرنا يظهر فساد ما قد يقال: بأنّ الرواية تدل على وجوب ردّ العين إلى مالكها
فقط، و هذا الوجوب يسقط بتلف العين، و لا تدل على وجوب ردّ البدل، و الوجه في
الفساد، أنّ الضمان بعد التلف باق و يسقط بأداء المثل و القيمة، كما يظهر عدم تمامية ما ذكره
المحقّق السيّد الخوئي من عدم انطباق مدلول الرواية على مذهب المشهور لأنّ «مقتضاه أن

(١) عوالي اللآلي ٢٢٤/١، ح ١٠٦، ٣٨٩/١، ح ٢٢، مسند أحمد بن حنبل ٨/٥ و ١٢ و ١٣،
سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢، ح ٢٤٠٠، سنن الترمذي ٥٦٦/٣، ح ١٢٦٦، سنن التّسائي ٤١١/٣،
سنن أبي داود ٢٩٦/٣، ح ٣٥٦١، سنن البيهقي ٩٥/٦ و ٩٠، المستدرک علی الصحیحین
٤٧/٢، كنز العمال ٣٢٧/٥، ح ٥٧١٣.

(٢) في أوّل البحث عن احكام المقبوض بالعقد الفاسد راجع صفحة ٢٩٢ من هذا المجلد.

ضمان القيمة في طول ضمان المثل، كما أنَّ ضمان المثل في طول الضمان بنفس العين التي أخذت من مالها بغير سبب شرعي»^(١).

لأنَّ مدلول الرواية وجوب ردِّ العين تكليفاً و ضمانها وضماً وإذا تلفت العين تنتقل إلى البدل و البدل هو المثل في المثلي و القيمة في القيمي، لا أنَّها تنتقل إلى المثل أولاً و مع فقدان المثل تنتقل إلى القيمة كما ادعاه عليه السلام.

وأمَّا ما ذكره المحقِّق النائيني بقوله: «أنَّ يكون التالف ممَّا يتموّل عرفاً و شرعاً، فمثل الخنفساء و الخمر و إنَّ وجب ردُّهما حين بقائهما لجهة حقِّ الاختصاص الثابت لمنَّ أخذ منه إلاَّ أنَّه بعد تلفهما لا يتعلّق بهما ضمان»^(٢).

فقد ردّه السيّد الخوئي بقوله: «أنَّ وضع اليد على متعلِّق حقِّ الغير بدون سبب شرعي يوجب ضمانه، و إذا تلف ذلك انتقل ضمانه إلى المثل، نعم إذا تعذر المثل أيضاً بقي التالف في عهدة الضامن، إذ المفروض أنَّه ليس بمال لكي ينتقل ضمانه - مع تعذر مثله - إلى قيمته»^(٣).

أقول: ما ذكره عليه السلام من «أنَّ وضع اليد على متعلِّق حقِّ الغير بدون سبب شرعي يوجب ضمانه» تام و يكون حراماً و لكن هذا الكلام كيف يجمع مع ما قاله في بحث حقِّ الاختصاص من قوله: «لا دليل على حرمة التصرف في ملك الغير»^(٤)، و قد ناقشناه في ذلك البحث فراجع.^(٥)

(١) مصباح الفقاهة ١٤٦/٣.

(٢) منية الطالب ٢٨٣/١.

(٣) مصباح الفقاهة ١٤٧/٣.

(٤) مصباح الفقاهة ١٤٤/١.

(٥) الآراء الفقهيَّة ١٥٢/١.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل بالمثلي ٤٦٣

فلاستدلال بهذا النبوي تام.

الثالث: الروايات الدالة على احترام مال المؤمن و أن حرمة ماله كحرمة دمه.

قد مرَّ^(١) أن هذه الروايات^(٢) كما تدل على الحكم التكليفي، تدل على الحكم الوضعي - أي الضمان - أيضاً و بعد دلالتها على ضمان العين، إذا تلفت العين انتقل الضمان في المثلي إلى المثل و في القيمي إلى القيمة، و لاتدل مفاده على ثبوت الضمان بالبدل الواقعي فقط.

الرابع: الروايات الدالة على ضمان الولد إذا وُجِدَتْ أَلَمَّةٌ مسروقةً.

قد مرَّ^(٣) أن الضمان الوارد في هذه الروايات^(٤) هو ضمان التلف الحكمي وبما أنه ضمان التلف يكون البائع الواطي الوالد ضامناً للولد، و حيث أن الولد قيمي ينتقل الضمان إلى القيمة، و إن كان مثلياً ينتقل ضمانه إلى المثل، فلا يبعد استفادة الحكم من هذه الروايات.

الخامس: عدّة من الروايات في مختلف الأبواب

نشير إلى بعضها والباقي على عهدة المتتبع وهي تدلّ على أصل الضمان أو أن ضمان المثلي بالمثل أو أن ضمان القيمي بالقيمة، أو الأوّل مع أحد الأخيرين بسبب اختلاف مدلولها: منها: صحيحة زرارة و بكير عن أبي جعفر عليه السلام قال: ليس على مال اليتيم زكاة إلا أن يتجره، فإن اتجره ففيه الزكاة، و الريح لليتيم، و على التاجر ضمان المال.

(١) في الدليل الثالث من أدلة قاعدة ما يضمن راجع صفحة ٣٤٤ من هذا المجلد.

(٢) وسائل الشيعة ١٠/٢٩، ح ٣ صحيحة أبي أسامة، وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح ٣ مرسله ابن شعبة الحرّاني، وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح ٧، التوقيع المروي بسند صحيح، وسائل الشيعة ٢٩٧/١٢، ح ٣ موقفة أبي بصير.

(٣) في الدليل الثالث من أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد راجع صفحة ٢٩٨ من هذا المجلد.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

ثم قال الصدوق: وقد رويت رخصة في أن يجعل الربح بينهما.^(١)
 ومنها: صحيحة محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام رجل دفع إلى رجل وديعة، فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله.^(٢)
 ومنها: صحيحة زرارة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية مضمونة؟ فقال: جميع ما استعرتة فتوى فلا يلزمك تواه إلا الذهب والفضة فإنهما يلزمان، إلا أن تشتترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشتترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك.^(٣)
 ومنها: صحيحة علي 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.^(٤)
 ومنها: موثقة زيد بن علي عن آباءه عليهم السلام: أنه أتى بجمال كانت عليه قارورة عظيمة فيها دهن فكسرها فضمّنها إياه، وكان يقول: كلّ عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن، فسألته ما المشترك؟ فقال: الذي يعمل لي ولك ولذا.^(٥)
 ومنها: معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة، كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، فقال

(١) وسائل الشيعة ٨٩/٩، ح ٨، الباب ٩ من أبواب من تجب عليه الزكاة.

(٢) وسائل الشيعة ٨١/١٩، ح ١، الباب ٥ من أبواب كتاب الوديعة.

(٣) وسائل الشيعة ٩٦/١٩، ح ٢، الباب ٣ من أبواب كتاب العارية.

(٤) وسائل الشيعة ١١٨/١٩، ح ١، الباب ١٦ من أبواب كتاب الإجارة.

(٥) وسائل الشيعة ١٥٢/١٩، ح ١٣، الباب ٣٠ من أبواب كتاب الإجارة.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل - المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل بالمثلي ٤٦٥

امير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها، ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء فإن جاء طالبها غرموا له الثمن، فقيل: يا أمير المؤمنين لا يُدرى سفره مسلم أو سفرة مجوسي، فقال: هم في سعة حتى يعلموا. (١)

و منها: صحيحة جميل عن أبي عبدالله 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)

و منها: حسنة سدير عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يأتي البهيمة، قال: يجلد دون الحدّ و يغرم قيمة البهيمة لصاحبها، لأنه أفسدها عليه و تذبّح و تحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه، و إن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها و جُلّد دون الحدّ و أخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف، فيبيعها فيها كيلا يعير بها صاحبها. (٣)

و منها: معتبرة السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام فيمن قتل كلب الصيد، قال: يقوّمه، و كذلك البازي، و كذلك كلب الغنم، و كذلك كلب الحائط. (٤)

و منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن رجل يمرّ على طريق من طرق المسلمين على دابته فتصيب برجلها، قال: ليس عليه ما أصابت برجلها، و عليه ما أصابت بيدها، لأنّ رجلها خلفه إن ركب، فإن كان قاد بها فإنه يملك بأذن الله يدها يضعها حيث يشاء، الحديث. (٥)

(١) وسائل الشيعة ٤٦٨/٢٥، ح ١، الباب ٢٣ من أبواب كتاب اللقطة.

(٢) وسائل الشيعة ٣٢٧/٢٧، ح ٢، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

(٣) وسائل الشيعة ٣٥٨/٢٨، ح ٤، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢٦/٢٩، ح ٣، الباب ١٩ من أبواب ديات النفس.

(٥) وسائل الشيعة ٢٤٧/٢٩، ح ٣، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان.

٤٦٦ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

و منها: صحيحة أخرى للحلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سُئِلَ عن بُخْتِي ^(١) اغتلم ^(٢) فخرج من الدار فقتل رجلاً فجاء أخو الرجل فضرب الفحل بالسيف؟ فقال: صاحب البختي ضامن للدية و يقتصّ ثمن بختيه، الحديث. ^(٣)

و منها: معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من تطب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه، وإلا فهو له ضامن. ^(٤)

و منها: غير ذلك من الروايات الدالة على ضمان المثل أو القيمي.

السادس: سيرة العقلاء

سيرة العقلاء جارية في الضمان إذا وضع الإنسان يده على مال الغير من دون إذنه و رضايته، ولا يخرج من الضمان إلا برّد عين المال، وفي صورة التلف برّد الأقرب إليها وهو في المثلي مثل و في القيمي قيمة. و لا يكفي ردّ أحدهما في موضع الآخر إلا برضا المالك. هذه السيرة عند العقلاء جارية و لم يرد في الشريعة ردع عنها، و عدم الردع يكفي في الإمضاء الشرعي.

السابع: الإجماع

لعلّ أوّل من تعرض له الشيخ في المبسوط ^(٥) و نفى الخلاف عنه في الخلاف ^(٦) و يأتي نص كلامه عليه السلام في الكتابين في الفرع الآتي ^(٧).

(١) البُختي: واحد البُخت: وهي الأبل الخراسانية.

(٢) الاغتلام: هيجان البعير عند شدة الشهوة الجنسية.

(٣) وسائل الشيعة ٢٩/٢٥٠، ح ١، الباب ١٤، من أبواب موجبات الضمان.

(٤) وسائل الشيعة ٢٩/٢٦٠، ح ١، الباب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان.

(٥) المبسوط ٣/١٠٣.

(٦) الخلاف ٣/٤١٥، مسألة ٢٩.

(٧) السادس.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل-المقام الثالث: حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيمياً ٤٦٧

و قد مرّ من الشهيد قوله: «أطبق الأصحاب على ضمان المثلي بمثله»^(١). و صرح المحقّق الثاني^(٢) بالإجماع عليه، و في ظاهر كشف الرموز^(٣) للفاضل الآبي و صريح سيّد الرياض^(٤) نفى الخلاف فيه و تبعهم ولده السيّد المجاهد في المناهل^(٥). و في المفتاح: «يدلّ عليه بعد الإجماع»^(٦) و في الجواهر: «بلاخلاف معتدبه أجده فيه، كما اعترف به بعضهم بل هو من قطعيات الفقه، كما يومي إليه أخذه مسلماً في سائر أبوابه»^(٧).

أقول: الاجماع وإن كان محققاً ولكنّه مدركيٌّ لاحتمال أنّ مستندهم أحد الوجوه المتقدمة، فلا يكون اجماعاً تعدياً.

هذا تمام الكلام في المقام الثاني.

المقام الثالث: حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيمياً

التالف إذا شك فيه من أنّه مثليٌّ إمّا لاختلاف العرف في ذلك المسري إلى الفقهاء كيف يحكم فيه؟ ذكر الشيخ الأعظم أربعة وجوه في حكم الشك:

الأوّل: الضمان بالمثل

الثاني: الضمان بالقيمة

الثالث: تخيير المالك بين المثل و القيمة.

الرابع: تخيير الضامن بين المثل و القيمة.

(١) غاية المراد ٣٩٨/٢.

(٢) جامع المقاصد ٢٤٥/٦.

(٣) كشف الرموز ٣٨١/٢.

(٤) رياض المسائل ٢٣/١٢.

(٥) المناهل ٢٩٩/.

(٦) مفتاح الكرامة ١٣٧/١٨.

(٧) الجواهر ٨٥/٣٧.

و اضطربت كلماته في المسألة فرجّح أوّلاً تخيير الضامن بين المثل والقيمة ثم تخيير المالك لو كان الأوّل مخالفاً للإجماع، ثم قوّى تخيير المالك من أوّل الأمر، ثم عاد إلى تقوية تخيير الضامن وفي ختام مقاله أختار اقتضاء أدلة الضمان ثبوت المثل في العهدة لكونه أقرب إلى التالف.^(١)

و أمّا دليل الوجوه و مستندها:

فدليل الوجه الأوّل: الضمان بالمثل

إذا تلف العين، الواجب على المتلف الضامن ابتداءً هو أداء المثل حتّى في القيميات، لكونه أقرب إلى التالف، و أمّا أداء القيمة في القيميات فإنّما هو من باب الإرفاق للضامن، إذ لا يوجد مثل للقيميات في الخارج غالباً.

ثم إنّ فراغ الذمه بأداء ما يحتمل تعيينه قطعي و بأداء غيره مشكوك فيه، فالأصل هو عدم سقوط ما في ذمة الضامن إلّا بأداء المثل لأنّه إذا دار الأمر بين التعيين و التخيير و جب الأخذ بما احتمل تعيينه، هذا ما ذكره المحقّق السيّد الخوئي^(٢) في المقام. ثم ردّه^(٣) بأنّ: الواجب على الضامن ابتداءً إنّما هو أداء القيمة في القيميات دون أداء المثل هذا أوّلاً.

و ثانياً: لا يتم المبنى من أنّه إذا دار الأمر بين التعيين و التخيير و جب الأخذ بما احتمل تعيينه، لأنّه إذا كان هناك حكم واحد و دار أمره بين التعيين و التخيير - لا احتمال لأهميّة في التعيين - يحكم بالتخيير لأنّ تعلّقه بالجامع معلوم و بخصوص التعيين مجهول فتجري البراءة بالنسبة إلى التعيين.

(١) كما في هدى الطالب ٣/٣٢٠.

(٢) مصباح الفقاهة ٣/١٥٤ و ما بعده.

(٣) مصباح الفقاهة ٣/١٥٤ و ما بعده.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل- المقام الثالث: حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيمياً ٤٦٩

نعم، إذا كان هناك حكمان و دار الأمر بين التعيين و التخيير في مرحلة الامتثال و الفعلية من ناحية المزاحمة و جب الأخذ بمحتمل الأهمية.

و ثالثاً: ما ذكرنا من البراءة من التعيين يجري في مسألتنا لأن ثبوت مالية التالف في ذمة المتلف معلوم إلا أن ثبوت تعيينها بخصوص المثل مشكوك فيه فتدفعه البراءة.

ثم تمسك^(١) بأن سيرة العقلاء جارية على ضمان من وضع يده على مال غيره من دون رضاه و إذنه أو سبب شرعي، فإن كانت العين موجودة فيجب عليه ردّها و إذا تعذر - لتلف أو نحوه - سقط عنه و جوب رد العين، و انتقل الضمان إلى المثل - وهو المشترك معه في الذات و الصفات و المالية من دون المشخصات الفردية التي هي دخيلة في التشخيص - و على هذا فمقتضى القاعدة على ضوء هذه السيرة هو الضمان بالمثل، إلا إذا ثبت كون التالف قيمياً أو كان مثلياً و لكن تعذر مثله في الخارج فحينئذ ينتقل إلى القيمة.

و لم يثبت من الشارع الردع عن هذه السيرة العقلانية، و عدم الردع يكفي في الإمضاء كما هو الظاهر.

و في العناوين: «ربما يقال بالبناء على أنه مثلي لأصالة عدم تفاوت القيم و الرغبات و لأنّ الميزان في اعتبار المثل إنّما هو كونه أقرب إلى المال المضمون بحيث يُعدّ تأديته تأديّة لأصل المال، و متى ما كان الشيء يشكّ في أنّ فيه تفاوتاً أم لا، صار أقرب إلى المال المضمون من القيمة قطعاً، فلا وجه للعدول إلى القيمة، فهو و إن يثبت كونه مثلياً في الاسم لكنّه مثلي في الحكم فتدبر»^(٢) ثم اختار في فرض الشك أن دفع المثل يكون أقرب من دفع القيمة فراجع كلامه.^(٣)

(١) مصباح الفقاهة ١٥٦/٣.

(٢) العناوين ٥٢٧/٢.

(٣) العناوين ٥٢٨/٢.

دليل الوجه الثاني: الضمان بالقيمة

هذا الفرع - الشك في أنّ التالف مثليّ أو قيميّ - يدخل في دوران الأمر بين الأقلّ و الأكثر، فلا بدّ من الأخذ بالأقلّ و ردّ الأكثر بالأصل النافي.

لأنّ المراد بالقيمة هي المالية المشتركة بين جميع الأموال والمراد بالمثل مضافاً إلى هذه المالية المشتركة، المماثلة في الذات و الصفات، فنشك بأنّ الواجب على التالف القيمة - أي المالية المشتركة - و هي الأقلّ أو مضافاً إليها المماثلة في الذات و الصفات و هي الأكثر، و الثابت في علم الأصول في موارد دوران الأمر بين الأقلّ و الأكثر هو جريان البراءة من الأكثر و تعيّن الأقلّ و هو هنا القيمة.

اعترض على هذا الاستدلال المحقّق السيّد الخوئي^(١) و ذهب إلى أنّ أنه مبنيّ على أنّ المراد من القيمة هي المالية المشتركة السارية في الأموال كلّها فإنّه على هذا يجوز للمتلف أن يؤدي عن التالف أيّ شيء أراد من أمواله إذا كانت تساوي في القيمة قيمة التالف. و هذا التفسير من القيمة خلاف ما هي المرتكز في الأذهان و المتسالم عليها و المتبادر منها هي المالية الخاصة أي النقود الرائجة بين الناس من الريالات و الدينانير و الدراهم و الدولارات و نحوها.

فيكون الدوران بين المثل و القيمة من دوران الأمر بين المتباينين - لا الأقلّ و الأكثر - و لا بدّ فيه من الاحتياط أي أداء الجمع بين المثل و القيمة و هو خلاف الإجماع. ربما يقال^(٢) في اثبات القيمة: أنّها الأصل في مورد الشك، لأصالة عدم تساوي الرغبات و لكون الغالب في الشئيين الاختلاف، فالمشكوك يلحق به - أي بالغالب - و لأنّ

(١) مصباح الفقاهة ١٥٧/٣.

(٢) ذكره صاحب العناوين مع ذيله في كتابه ٥٢٧/٢.

الخامس: ضمان المثلي بالمثل- المقام الثالث: حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيمياً ٤٧١
القيمة دفع لما يقابل المضمون في المالية قطعاً، بخلاف المثلي لاحتمال النقيضة فلا يحصل اليقين
بالبراءة.

ان قلت: إنَّ مع دفع القيمة أيضاً لا يحصل اليقين، لاحتمال كونه مثلياً موجباً لدفع
مثله من الأعيان، فيفوت الخصوصية - المماثلة في الذات و الصفات - على صاحبها.
قلت: غاية ما في الباب تعارض احتمال فوات خصوصية العين - المماثلة في الذات و
الصفات - مع احتمال فوات المالية، ولا ريب أنَّ الثاني أهم، إذ الغالب في المليات إنما هي جهة
المالية، و الخصوصية مع حصول المالية لا يعتنون بها، بخلاف العكس، فمراعاة جهة المالية
توجب دفع القيمة، لأنَّه أقرب إلى البراءة.

دليل الوجه الثالث: تخيير المالك بين المثل و القيمة

أنَّ ما اختاره المالك إمَّا هو البدل الواقعي فهو مسقطٌ لما في ذمة الضامن، وإمَّا هو بدل
البدل فهو أيضاً مسقطٌ لما في ذمة الضامن المتلف لرضاية المالك به في اختياره له، ففي اختيار
المالك يسقط ذمة الضامن بلا ريب.

دليل الوجه الرابع: تخيير الضامن بين المثل و القيمة

الضامن المتلف يعلم باشتغال ذمته بأحد أمرين: المثل أو القيمة، و مقتضى
الاحتياط اللازم في الأموال هو تحصيل القطع بالبراءة - لأنَّ المورد يكون من دوران الأمر
بين المتباينين - و لا يحصل إلاَّ بأداء كلا الأمرين لتحصّل الموافقة القطعية.
ولكن الإجماع و ضرورة الفقه و قاعدة لا ضرر تنفي أداء كلا الأمرين فإذا نال الضامن
مخير بين أداء المثل أو القيمة، أيُّهما شاء.

واعترض المحقق السيد الخوئي رحمته الله على مستند كلا الوجهين الأخيرين بقوله: «إنَّ
اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة واقعاً و قيام الإجماع و الضرورة على عدم وجوب أدائهما معاً
لا يقتضيان تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمة و لا تخيير المالك في استيفاء أيُّهما شاء، بل

يمكن تعيين ما في الذمة بالصلح القهري، بأن يرجع الضامن و المالك كلاهما إلى الحاكم، فيلزمهما بالصلح إن لم يكن - هنا - ما يتعيّن به الضمان بالمثل أو القيمة.
و يمكن أن يرجع في تعيين أحد الأمرين إلى القرعة، بناءً على جريانها في كلّ أمر مشكل ولو كان في الشبهات الحكمية، ولكن الظاهر تسالمهم على عدم جريانها في الشبهات الحكمية، و عليه فلا مناص عن الرجوع إلى الحاكم فيلزمهما بالصلح إن لم يكن - هنا - ما يتعيّن به الضمان بالمثل أو القيمة»^(١).

ثم إنّ هنا احتمالات لم يذكرها الشيخ الأعظم رحمته الله يظهر أنّان منها ممّا مرّ و هما:
«أ: المصالحة للعلم باشتغال الذمة بأمر مجهول لاسبيل إلى بيانه.

ب: و الرجوع إلى القرعة، بناءً على جريانها في الشبهات الحكمية، ولكنها خلاف متسالم عليه فيها.

و أمّا الإثنان الآخران فهما:

ج: أداء أكثرهما قيمة و تموّلاً و ماليةً لقاعدة الاشتغال و لزوم خروج العهدة منها.

د: أداء أقلهما قيمة و مالية و تموّلاً ترجيحاً لأصل البراءة. ذكرها صاحب

العناوين.^(٢)

ولكن قد مرّ أنّ الأصل في صورة الشك بينهما - المثلى أو القيمي - هو المثلي إمّا لجريان سيرة العقلاء كما هو المختار أو للاستصحاب كما ذكره المحقق النائيني رحمته الله^(٣) أو للأدلة الاجتهادية كما ذكره الشيخ الأعظم رحمته الله^(٤).

(١) مصباح الفقاهة ١٥٩/٣.

(٢) العناوين ٥٢٨/٢.

(٣) منية الطالب ٢٩١/١.

(٤) المكاسب ٢١٧/٣.

السادس: هل يجب أداء المثل مع زيادة قيمته؟ ٤٧٣

أمّا الاستصحاب: لأنّ ذمّة الضامن اشتغل بالمثل أولاً وإذا تعذر المثل ينتقل إلى القيمة، وفي صورة ترديد الانتقال إلى القيمة يستصحب اشتغال الذمّة إلى المثل. وفيه: بعد فرض جريان السيرة يحصل العلم ولا يكون مورداً للشك بحيث يجري الاستصحاب.

وأمّا الأدلة الاجتهادية: وهي اطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات فهي القول بالضمان بالمثل لأنّه أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات ثم بعده القيمة. وفيه: ما مرّ من أنّ القيمة تدخل في الاطلاقات في عرض المثل لا في طوله، فما ذكره عليه السلام لا يتم، وبهذا البيان يظهر اشكال آخر في الاستصحاب.

السادس: هل يجب أداء المثل مع زيادة قيمته؟

قال الشيخ في المبسوط: «إذا غصب ما لألرجل فتلف في يده لم يخل من أحد أمرين إمّا أن يكون له مثل أو لا مثل له، فإن كان له مثل فعليه مثل ما تلف في يده يشتره بأيّ ثمن كان، ويدفعه إلى المالك إجماعاً، وإن كان ممّا لا مثل له كالثياب والحيوان فعليه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف، لأنّه مأثور برده في كلّ وقت، فوجب عليه قيمته إذا تعدّر»^(١).

و قال في الخلاف: «إذا غصب ما له مثل كالحبوب والأدهان فعليه مثل ما تلف في يده، يشتره بأيّ ثمن كان بلاخلاف...»^(٢).

و قال ابن ادريس في السرائر: «فأمّا ما له مثل فعليه مثله يوم المطالبة تغيّرت الأسعار أو لم تتغيّر...»^(٣).

(١) المبسوط ١٠٣/٣.

(٢) الخلاف ٤١٥/٣، مسألة ٢٩.

(٣) السرائر ٤٩٠/٢.

٤٧٤ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

و تنظرُ العلامَة في القواعد وقال: «ولو تعدّر المثل إلاً بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر»^(١).

وقال في التذكرة: إذا أتلف المثلي وجب عليه تحصيل المثل، فإن وجده بثمن المثل وجب عليه شراؤه بلاخلاف، وإن لم يجده إلاً بأزيد من ثمن المثل ففي إلزامه بتحصيله إشكال، ينشأ من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة والهدي، ومن أن المثل كالعين، وردُّ العين واجب وإن لزم في مؤونته أضعاف قيمته. وللشافعية وجهان: أظهرهما الأخير، وربما يمكن الفرق بين المثل والعين بأنه تعدّى في العين دون المثل فلا يأخذ المثل و حُكَمَ العين»^(٢).

أقول: يمكن حمل هاتين العبارتين من العلامَة على الصورة الثانية من الفرض كما سيأتي.

ولكن قال في التحرير: «ولو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء...»^(٣).

و تبع جماعة مقالة التحرير منهم: ولده في الإيضاح قال: «و الأقوى وجوب الشراء بالأكثر»^(٤).

و منهم: الشهيد في الدروس قال: «ولو تعدّر المثل إلاً بأضعاف قيمته كلّف الشراء على الأقرب»^(٥).

(١) القواعد ٢/٢٢٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٤ من الطبع الحجري.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٤/٥٢٩.

(٤) إيضاح الفوائد ٢/١٧٨.

(٥) الدروس الشرعية ٣/١١٣.

السادس: هل يجب أداء المثل مع زيادة قيمته؟ ٤٧٥

و منهم: المحقق الثاني في جامع المقاصد قال: «... والأصح الوجوب، فإن الضرر لا يزال بالضرر، والغاصب مؤاخذ بأشق الأحوال فلا يناسبه التخفيف وهو الأصح»^(١).
و منهم: الفقيه المتتبع العاملي قال في مفتاح الكرامة: «و الأقرب الوجوب...»^(٢).
و منهم: الشيخ الأعظم في بيع مكاسبه قال: «... ولكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء...»^(٣).

ولكن مع ذلك ردّ صاحب الجواهر وجوب الشراء حينئذ و قال ردّاً على حكم العلامة بوجوب الشراء في التحرير بقوله: «و فيه: إنّه منافٍ لمادّل على نفي الضرر والخرج في الدين، والخروج عنه في خصوص ردّ العين المغصوبة لا يقتضي الخروج عنه في مثلها، فالمتجه جعل المدار على ذلك، والله العالم»^(٤).

أقول: زيادة القيمة السوقية تُصَوَّرُ على صورتين:

الصورة الأولى: زيادة قيمتها السوقية مع رواجها في السوق وكثرة بائعها ولكن ارتفعت القيمة و صارت بأضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فحينئذ يجب الشراء والأداء.
قال الشيخ الأعظم في وجه وجوب الشراء في هذه الصورة: «عموم النص والفتوى بوجوب المثل في المثلي و يؤيده فحوى حكمهم بأنّ تنزّل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربّما احتل بعضهم^(٥) ذلك مع سقوط المثل في زمان

(١) جامع المقاصد ٢٦٠/٦.

(٢) مفتاح الكرامة ١٨٣/١٨.

(٣) المكاسب ٢٢٤/٣.

(٤) الجواهر ٩٧/٣٧.

(٥) وهو العلامة في القواعد ٢٢٨/٢ و مال إلى هذا الاحتمال في الجواهر ٩٩/٣٧، كما مرّ في الرابع من مناقشات الشيخ الأعظم في دلالة آية الاعتداء، وكذا جوابه هناك في صفحة ٤٥٢ و ما بعدها.

الدفع عن المالمية كالماء على الشاطيء و الثلج في الشتاء»^(١).

و يمكن أن يضاف إلى هذه الأدلة بعد المناقشة في الإجماع المذكور في كلام شيخ الطائفة لاحتمال كونه مدركياً، السيرة العقلائية و هي تدل على لزوم الشراء ولو بزيادة القيمة السوقية.

الصورة الثانية: زيادة القيمة لأجل تعذر المثل و عدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز و أنه يبيع المثل بأضعاف قيمته فهل الموجود بأكثر من ثمن المثل يكون كالمعدوم نحو الرقبة في الكفارات و الحيوان في الهدي^(٢)، و أنه يمكن معاندة البائع و طلب أضعاف القيمة و هو ضرر^(٣)، أو يجب عليه الشراء حينئذ لعين ما ذكر في الصورة الأولى من الأدلة؟

ذهب الشيخ الأعظم إلى وجوب الشراء و لكنّه لا يتم لحكومة قاعدة لا ضرر عليه لأنّ وجوب شراء المثل بأضعاف من قيمته الواقعية يعدّ ضرراً على الضامن المتلف، و قاعدة لا ضرر تنفيه و تحكم بعدم وجوبه و انتقال الضمان إلى القيمة. و يمكن حمل عبارتي العلامة في التذكرة و القواعد على هذه الصورة الثانية كما مرّ.

لا يقال: الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و قد مرّ عدم الفرق بين الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد إلا في الإثم، فيجب عليه الشراء ولو كانت القيمة أضعافاً مضاعفاً من قيمة المثل، كما عليه المحقق الثاني^(٤).

(١) المكاسب ٢٢٣/٣.

(٢) كما في تذكرة الفقهاء ٣٨٤/٢.

(٣) كما في كنز الفوائد ٦٦١/١ للسيد عميد الدين ابن اخت العلامة الحليّ و تلميذه، و جامع المقاصد ٢٦٠/٦ للمحقق الكركي.

(٤) جامع المقاصد ٢٦٠/٦.

السادس: هل يجب أداء المثل مع زيادة قيمته؟ ٤٧٧

لأننا نقول: لادليل على أخذ الغاصب بأشق الأحوال فلا يجب الشراء حتى في الغصب في هذه الصورة فكيف بالمقبوض بالعقد الفاسد.

لا يقال: أدلة نفي الضرر تنفي الأحكام التكليفيّة، لامقدماتها ومن المعلوم أن شراء يكون من مقدمات أداء الضمان، وجوب المقدمة عقلياً وليس شرعيّاً حتى تنفيه قاعدة لاضرر.

لأننا نقول: أدلة لاضرر تنفي الحكم الناشيء من قبله الضرر بلافرق بين أصل الحكم أو مقدماتها ولذا ترى يحكم بعدم وجوب الحج على من يقدر على الإتيان بمناسكه ولكن كانت مقدماته ضروريّة عليه، ولا فرق في ذلك بين القول بأن وجوب المقدمة عقلياً - كما هو الصحيح - أو أنّ وجوبها شرعيّاً.

تنبيه: في نقصان القيمة السوقية

ثم إذا عكس الأمر و نقصت القيمة السوقية للمثل فهل ينتقل الضمان من المثل إلى القيمة الأوليّة الزائدة؟

الظاهر عدم انتقال الضمان إلى القيمة الأوليّة الزائدة و عليه شراء المثل ولو بالقيمة النازلة و أدائه، وبالجملة إذا كانت العين مثلياً، فيجب على التالف أدأؤه بلافرق بين أن نزلت قيمته السوقية أو سعدت.

نعم: إذا سقطت من المالبية رأساً كالثلج في الشتاء و الماء عند البحر يرجع إلى القيمة كما مرّ سابقاً، وكذلك في صعود القيمة في الصورة الثانية ينتقل الضمان إلى القيمة كما مرّ آنفاً. فرع: هل يجوز مطالبة المالك بالمثل في غير مكان التلف ولو كانت قيمته أزيد من قيمته في مكان التلف؟

إذا تلفت شاة مثلاً من المالك في القرية المسكونة ثم سافرا - المالك و التالف - معاً إلى حج بيت الله الحرام، هل يجوز للمالك مطالبة قيمة شاته من التالف الضامن في يوم عيد

الأضحى بمنى ليجعلها هدية أم لا؟

ذهب الشيخ الأعظم^(١) إلى جواز هذه المطالبة ولو كانت قيمتها أزيد من قيمتها في مكان التلف، تبعاً لجماعة من الفقهاء:

منهم: ابن ادريس الحلبي قال في السرائر: «... ولأنَّ المغضوب منه لا يجب عليه الصبر إلى حين العود إلى مصر، بل يجب على الغاصب ردّ مثل الغصب إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل، فإنَّ هذا الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة ولا يعرج إلى خلافه بالآراء والاستحسان»^(٢).

و منهم: العلامة قال في المختلف: «... في الغصب والقرض له المطالبة بالمثل أين كان وبالقيمة إن لم يكن له مثل و متى تغيّرت القيمة...»^(٣).

و كذلك ذهب إلى جواز المطالبة في تذكرة الفقهاء^(٤) والقواعد^(٥).

و منهم: ولده الفخر في الإيضاح قال: «و الأصح عندي اختيار والدي»^(٦).

و منهم: الشهيد قال في الدروس: «ولو ظفر المالك بالغاصب في غير بلد الغصب فله المطالبة بالمثل أو القيمة وإن كان في نقله مؤنة أو كانت القيمة أزيد...»^(٧).

و منهم: المحقق الثاني قال في جامع المقاصد بعد نقل قول ابن ادريس: «... والأصح الأوّل [أي قول ابن ادريس] لأنَّ الحقَّ فوري و تأخير الأداء ضرر، و الضرر لا يزال

(١) المكاسب ٢٢٤/٣.

(٢) السرائر ٤٩١/٢.

(٣) مختلف الشيعة ١٢٨/٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجري.

(٥) قواعد الأحكام ٢٢٨/٢.

(٦) إيضاح الفوائد ١٧٦/٢.

(٧) الدروس الشرعية ١١٤/٣.

السادس: هل يجب أداء المثل مع زيادة قيمته؟ ٤٧٩

بالضرر، وحق الغاصب المؤاخذة بالأشق دون الإرفاق بحاله»^(١).

مراده من «الضرر لا يزال بالضرر»: «أيّ» إذا تعارض الضرران في الغصب فالترجيح لنفي ضرر المالك، إذ الضرر المنفي إنما هو من شرع الحكم، والغاصب هنا أدخله على نفسه، مضافاً إلى أنه يؤخذ بالأشق لا بالرفق». كما في مفتاح الكرامة.^(٢)
ثم الشيخ الأعظم زاد في استدلال ابن ادريس بقوله: «لعموم الناس مسلطون على أموالهم»^(٣).

أقول: نعم الناس مسلطون على أموالهم وللمالك المطالبة بماله بأيّ بلد شاء مشروطاً بتساوي قيمته السوقية مع بلد التلف أو الغصب أو القرض بلا فرق بين المثليات والقيميات أو كونها أقل قيمة في بلد المطالبة، وأما إذا كانت قيمته أكثر و المتلف الضامن لا يرضى بالزيادة، فلا يمكن إجباره على الشراء أو الأداء لأنّه ضرر عليه و الضرر منفي في الشريعة المقدسة بلا فرق بين الغاصب أو المقروض أو القابض - في مسألتنا - أو المتلف، فما ذكره أعلام الفقهاء يرد بقاعدة لا ضرر حتى بالنسبة إلى الغاصب لما مرّ من عدم تمامية أنه يؤخذ بأشق الأحوال ولذا في هذا الفرع نحن نتبع مقالة الشيخ في المبسوط وهو كلام متين حيث يقول: «إذا غضب منه مالاً مثلاً بمصر فليقيه بمكة فطالبه به لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون لنقله مؤنة أو لا مؤنة لنقله، فإن لم يكن لنقله مؤنة كالأثمان فله مطالبتة به سواء كان الصرف في البلدين متفقاً أو مختلفاً لأنّه لا مؤنة في نقله في العادة، والذهب لا يقوّم بغيره و الفضة لا يقوّم بغيرها إذا كانا مضرّين.

وإن كان لنقله مؤنة لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون له مثل أو لا مثل له، فإن كان

(١) جامع المقاصد ٢٥٦/٦.

(٢) مفتاح الكرامة ١٧٧/١٨.

(٣) المكاسب ٢٢٥/٣.

له مثل كالحبوب و الأدهان نظرت، فإن كانت القيمتان في البلدين سواء، كان له مطالبته بالمثل لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وإن كانت القيمتان مختلفين، فالحكم في ماله مثل وفي ما لا مثل له سواء فللمغصوب منه إما أن يأخذ من الغاصب بمكة قيمته بمصر، وإما أن يدع حتى يستوفى ذلك منه بمصر، لأنَّ في النقل مؤنة و القيمة مختلفة، فليس له أن يطالبه بالفضل، فإن صبر فلا كلام، وإن أخذ القيمة ملكها المغصوب منه، و لم يملك الغاصب ما غصب، لأنَّ أخذ القيمة لأجل الحيلولة لا بدلاً» عن المغصوب كما لو غصب عبداً فابق فأخذنا منه قيمته فإن القيمة تملك منه، و لا يملك الغاصب العبد، فإن عاد إلى مصر و الشيء قائم بحاله انتقض ملكه عن القيمة التي أخذها و عاد إلى عين ماله كما قلناه في العبد الآبق.

هذا الكلام في الغصب فأما الكلام في القرض فالحكم فيه كالحكم في الغصب سواء لا يفترقان...»^(١).

و تبعه القاضي ابن البراج في المهذب.^(٢)

حديث بدل الحيلولة لا يجري في بحثنا - المقبوض بالعقد الفاسد - لأنها مختص بوجود العين و كلامنا في فرض تلفها و لذا قال العلامة في القواعد: «ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا يرد القيمة، بخلاف القدرة على العين»^(٣).

فرع آخر: لو أعطى الضامن في مكان كان قيمته أقل من قيمة مكان التلف فهل للمالك الامتناع من القبض؟

لو انعكس الفرع السابق و تنزَّلت قيمة المثل في مدينة و استفاد الضامن من الفرصة و اشترى المثل بالقيمة النازلة و أعطها للمالك، فهل يجب على المالك القبول؟ أو يجوز له

(١) المبسوط ٧٦/٣.

(٢) المهذب ٤٤٣/١.

(٣) القواعد ٢٢٨/٢.

السابع: لو تعذر المثل في المثلي ٤٨١

الامتناع من القبول، لأنّ مكان التلف غير مكان الإيعطاء؟ وجهان ذكرهما المحقّق الثاني من دون ترجيح وقال: «لو ظفر المالك بالغاصب في غير محل الغصب أو الإيتلاف للمثلي، و كانت قيمته أقل من قيمة مكان الغصب فهل للمالك الامتناع من قبض البدل إلى موضع الإيتلاف، خصوصاً إذا كان حملة يحتاج إلى مؤونة و كان غير بلده؟ فيه تردد»^(١).
أقول: لا يجب عليه القبول لأنّ فيه ضرراً عليه و قاعدة لا ضرر تنفيه فيجوز له الامتناع كما ذهب إليه صاحب المفتاح و قال: «و لعلّ الأشبه أن له ذلك»^(٢). [أي للمالك الامتناع].

السابع: لو تعذر المثل في المثلي

يقع البحث هنا في ضمن جهات:

الجهة الاولى: متى ينقلب الضمان من المثل إلى القيمة؟

في فرض إيعواز المثل و تعذر الوصول إليه و مطالبة المالك بماله ينقلب الضمان من المثل إلى القيمة جمعاً بين الحقيين - أي حقّ المالك من المطالبة بماله و حقّ الضامن حيث تكليفه بالمثل مع إيعوازه يعدّ تكليفاً بما لا يطاق أو ضرراً منفيّاً في الشريعة المقدسة، فينتقل الضمان من المثل إلى القيمة.

قال في المفتاح: «إنّه ينتقل إلى القيمة عند التعذر فهو ممّا طفحت به عباراتهم كما ستسمع، بل إجماعي، و لعلّ دليله بعده أن الضرر منفي، و أنّ تكليف ما لا يطاق غير جائز و إنّ في تأخير الحقّ إضراراً أيضاً فتعيّنت القيمة جمعاً بين الحقيين»^(٣).

و قال في الجواهر تذيلاً لقول المحقّق: «فإن تعذر المثل ضمن قيمته»: «أي المثل

(١) جامع المقاصد ٢٥٨/٦.

(٢) مفتاح الكرامة ١٧٧/١٨.

(٣) مفتاح الكرامة ١٤٣/١٨.

٤٨٢ الآراء الفقهيّة - البيع (١) / ج ٤

بلاخلاف أجده فيه، بل قيل: إنّه إجماعيٌّ، لنفي الضرر وقبح التكليف بما لا يطاق والإضرار بتأخير الحقّ فتعينت القيمة المزبورة جمعاً بين الحقّين.

لكن قد يناقش إن لم يكن إجماعاً بأنّ ذلك لا يقتضي وجوب القبول على المالك لو دفع الغاصب، فإنّ له التأخير إلى حال التمكن من المثل.

اللهم إلّا أن يكون ذلك ضرراً على من عليه الحقّ ولو باعتبار بقاء ذمّته مشغولة بناءً على أن مثله ضرر منفي أيضاً، وفيه تأمل.

أو يقال: أنّه مقتضى قوله **عائلاً**: المغصوب مردود^(١) بناءً على ارادة ما يشمل ردّ المثل أو القيمة من الردّ فيه، فيكون ذلك تكليفاً للغاصب، فيجب القبول على من له الحقّ مع دفع الحقّ.

هذا، وقد يظهر من بعض عبارات التذكرة^(٢) والإيضاح^(٣) عدم وجوب القبول عليه وأنّ له التأخير إلى وجدان المثل، فيملك المطالبة وحينئذ يرتفع الاشكال من أصله^(٤).

أقول: مراده من بعض عبارات التذكرة هو هذا الكلام من العلامة ففيه: «إنّ المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى وجدان المثل ملك المطالبة به؟ وإنّما المصير إلى القيمة وقت تغريمها»^(٥). وكذا في الإيضاح^(٦) إلى قوله «المطالبة به» فقط.

(١) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، ح ٤، الباب ١ من أبواب الأنفال، مرسله حماد بن عيسى و فيه: «الغصب كلّ مردود»، وسائل الشيعة ٣٨٦/٢٥، ح ٣، الباب ١ من أبواب كتاب الغصب.

(٢) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجري.

(٣) إيضاح الفوائد ١٧٥/٢.

(٤) الجواهر ٩٤/٣٧.

(٥) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجري.

(٦) إيضاح الفوائد ١٧٥/٢.

السابع: لو تعذر المثل في المثلي ٤٨٣

وقال الشيخ الأعظم: «لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل، ولعلهم يريدون صورة المطالبة وإلا فلا دليل على الإطلاق.

ويؤيد ما ذكرنا: أن المحكي^(١) عن الأكثر في باب القرض أن المعتبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة، نعم عبر بعضهم^(٢) بيوم الدفع فليتأمل»^(٣).

أقول: من الأكثر ابن إدريس قال في قرض السرائر: «... بل له المطالبة بمثله إن كان له المثل أو بقيمته إن أعوز المثل يوم المطالبة، لا يوم إقباض القرض...»^(٤).

وفي قرض جامع المقاصد قال: «... و لا وجوب إلا بالمطالبة وهو المفهوم من فتوى الدروس^(٥) فإنه صرح فيه بوجوب قيمتها وقت الدفع، لا وقت التعذر و لا وقت القرض و لا يريد بها إلا القيمة وقت المطالبة و إن كان في عبارته تساهل و ما اختاره هو الأصح»^(٦).
وقال في قرض الكفاية: «وكل ما كان مثلياً يثبت في الذمة مثله... ومع تعذر المثل ينتقل إلى القيمة، و في اعتبارها يوم القرض أو التعذر أو المطالبة أوجه، و لعل الأخير أوجه»^(٧).

فيظهر إلى هنا الاتجاهان في المقام:

الاتجاه الأوّل: أن انتقال المثل إلى القيمة مشروط بشرطين: ١- إعواز المثل،

٢- مطالبة المالك بالقيمة بحيث لو لم يطالب و صبر على وجدان المثل يبقى المثل على ذمة

(١) الحاكي هو السيّد محمد جواد العاملي في المفتح ١٥٠/١٥.

(٢) العلامة في المختلف ٣٩٢/٥.

(٣) المكاسب ٢٢٧/٣.

(٤) السرائر ٦٠/٢.

(٥) راجع الدروس ٣١٤/٣ و ٣٢١.

(٦) جامع المقاصد ٤٢/٥.

(٧) الكفاية ٥٣٠/١.

الضامن كما يظهر من ابن ادريس و العلامة و ولده و الكركي و السبزواري و مال إليه صاحب الجواهر و الشيخ الأعظم كما مرّ من كلماتهم.

و كذلك يظهر هذا الاتجاه من أصحاب أبي حنيفة^(١) و المالكية^(٢) و الشافعية^(٣).
الاتجاه الثاني: انقلاب المثل إلى القيمة له شرط واحد و هو إعواز المثل فقط بلا فرق بين مطالبة المالك و عدمه، بل ليس له الامتناع من أخذ القيمة إذا أعطاه الضامن و الصبر على وجدان المثل.

يظهر هذه الاتجاه لكلّ من ذهب إلى الانقلاب من دون تقييده بالمطالبة من فقهاءنا، كما يظهر ذلك من بعض فقهاء الشافعية و أبي يوسف من الحنفية و أبي قدامة و المقدسي من الحنابلة^(٤).

و صرح بهذا الاتجاه الفقيه السبزواري قال في مذهبه: «يجب عليه دفع القيمة فعلاً و يجب على المالك قبولها، لأنّ القيمة عند تعذر المثل كنفس المثل في جميع الجهات إلا ما خرج بالدليل... إذ المناط في الكلّ هو تدارك المالية و هو موجود في الجميع موضوعاً مترتباً فيكون كذلك حكماً، فليس للمالك الامتناع عن القبول خصوصاً مع تضرر الغاصب بذلك»^(٥).

أقول: المختار هو الاتجاه الأوّل، لأنّ للمالك الصبر إلى حين و جدان مثل ماله كما أنّ له

(١) راجع مبسوط السرخسي ٥٠/١١ و البنابة في شرح الهداية لأبي محمد بن احمد العيني ٣٤٤/٨.

(٢) شرح الخرشي ١٣٣/٦.

(٣) تكملة المجموع ٦١/١٤ للمطيعي.

(٤) راجع تكملة المجموع ٦١/١٤، المبسوط للسرخسي ٥٠/١١، مغني المحتاج ٤٢١/٥ لابن قدامة.

(٥) مذهب الأحكام ٣٧/٢١.

السابع: لو تعذر المثل في المثلي ٤٨٥

أخذ القيمة و الدليل عليه عموم الناس مسلطون على أموالهم، فالانقلاب من المثل إلى القيمة مشروط بشرطين: ١- إعواز المثل ٢- مطالبة المالك و عدم صبره إلى وجدان المثل.

الجهة الثانية: أيّ قيمة يدفع الضامن إلى المالك؟

قال في القواعد، «ولو تلف المثلي في يد الغاصب و المثل موجود فلم يغرّمه حتّى فقد،

ففي القيمة المعتبرة احتمالات.

(أ): أقصى قيمته من يوم الغصب إلى التلف، و لا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال.

(ب): أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز.

(ج): أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإعواز.

(د): أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة.

(هـ): القيمة يوم الإقباض»^(١).

و أنهى العلامة الأقوال في التذكرة^(٢) إلى عشرة مع التنبيه على أنها هي الوجوه التي

ذكرها الشافعية، و قد أنهاها العلامة الشيخ محمّد الحسين كاشف الغطاء^(٣) إلى خمسة و

أربعين و جهاً^(٣) لا يهمننا ذكرها.

و القول المختار عند أصحابنا هو القيمة يوم الإقباض - أي قبض المالك القيمة - كما

عليه أصحاب الخلاف^(٤) و المبسوط^(٥) و الغنية^(٦) و السرائر^(٧) و الشرائع^(٨) و التحرير^(٩) و

(١) القواعد ٢٢٧/٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجري.

(٣) راجع كتابه النظر الناقد ٣٧/ و هي تعليقه و تعليقه أخيه الفقيه الكبير الشيخ أحمد على المكاسب.

(٤) الخلاف ٣٩٥/٣.

(٥) المبسوط ٦٠/٣.

(٦) الغنية ٢٧٨/.

التذكرة^(١٠) والدروس^(١١) وجامع المقاصد^(١٢) والمسالك^(١٣) ومجمع الفائدة^(١٤) وهو قضية كلام من اقتصر على لزوم القيمة يوم الاقباض كالإرشاد^(١٥) و غاية المراد^(١٦).

قال الفقيه المتتبع السيّد العاملي: «و الحاصل إنّي لو أجد مخالفاً متّاً في ذلك بل ولا متّاملاً في هذا الباب إلّا قوله في الإيضاح^(١٧): إنّ الاحتمال الرابع أصح، وإلّا قوله في المفاتيح^(١٨): وقيل: وقت الأعواز. فما في المسالك^(١٩) والكفاية^(٢٠) من أنّه الأشهر أو الأظهر بين الأصحاب، وكذا الرياض^(٢١) لم يصادف محلّه. وقد يتوهم من عبارة التذكرة أنّ الشيخ مخالف وليس كذلك، ما ذكر فيما يأتي من الكتاب [قواعد الأحكام] والمسالك والكفاية من الأوجه الأربعة الأخر فسيأتي الكلام فيها - إن شاء الله تعالى - على أنّها ليست أيضاً لأحدٍ متّاً في الباب، وإنّما هي أحد الوجوه العشرة التي ذكرها الشافعية ذكرها في

(٧) السرائر ٢/٤٨٠.

(٨) الشرائع ٣/١٨٨.

(٩) التحرير ٤/٥٢٩.

(١٠) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجري.

(١١) الدروس ٣/١١٣.

(١٢) جامع المقاصد ٦/٢٤٥.

(١٣) المسالك ١٢/١٨٤.

(١٤) مجمع الفائدة ١٠/٥٢٧.

(١٥) إرشاد الأذهان ١/٤٤٦.

(١٦) غاية المراد ٢/٣٩٨.

(١٧) إيضاح الفوائد ٢/١٧٥.

(١٨) مفاتيح الشرائع ٣/١٧٢.

(١٩) المسالك ١٢/١٨٥.

(٢٠) الكفاية ٢/٦٤٠.

(٢١) رياض المسائل ١٤/٢٦.

السابع: لو تعذر المثل في المثلي ٤٨٧

التذكرة...»^(١).

أقول: فالقول المختار عند أصحابنا الإمامية هو قيمة يوم الأداء المعبر عنه بيوم الإقباض عندهم أو يوم المطالبة أو يوم الدفع و الكلّ واحد و الوجه في ذلك بقاء المثل في عهدة الضامن بعد تلف العين إذا كانت مثليّة حتّى بعد الإعواز^(٢)، فلاوجه لتوهم انتقال الضمان إلى القيمة بعد تلف العين و قبل يوم الأداء.

إن قلت: إنّ الضمان لا بدّ أن ينتقل إلى القيمة عند إعواز المثل في الخارج و إلاّ ينتقل إلى المثل أيضاً عند تلف العين الشخصية.

قلت: انتقال الضمان إلى المثل بعد تلف العين أمر قهريّ، لأنّ لامعنى لبقائها في الذمة بعد التلف، بخلاف المثل لأنّه أمر كليّ قابل للبقاء في الذمة إلى حين الأداء - كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئي^(٣) -

ولذا لا يهتمّنا التعرض للأقوال و النقض و الإبرام فيها كما فعله الشيخ الأعظم^(٤) و كذلك لا يهتمّنا التعرض لتأسيس الأصل في المقام لكي يكون مرجعاً إذا لم يتعين أحد الأقوال كما صنعه المحقّق الاصفهاني^(٥).

الجهة الثالثة: انقلاب الضمان إلى القيمة هل يختص بالتعذر الطارئ أم

يعمّ الابتدائيّ؟

قال الشيخ في المبسوط: «... فإذا ثبت أنّه يضمن بالمثل فإن كان المثل موجوداً طالبه

(١) مفتاح الكرامة ١٨/١٤٤.

(٢) كما هو مختار الشيخ الأعظم أيضاً راجع المكاسب ٣/٢٣٩.

(٣) مصباح الفقاهة ٣/١٦٥.

(٤) المكاسب ٣/٢٣٤-٢٢٧.

(٥) حاشية المكاسب ١/٣٧٦.

به و استوفاه، وإن أعوز المثل طالبه بقيمته...»^(١).
و قال العلامة في القواعد: «ولو تلف المثلي في يد الغاصب - و المثل موجود فلم
يغرمه حتّى فقد - ففي القيمة المعتبرة احتمالات...»^(٢).
و نحوها في تذكرة الفقهاء^(٣) و التحرير^(٤).
و كذا يظهر طريان العذر من ولده فخر المحققين حيث يقول: «اختصاص المثلي بالمثل
مع وجوده، و غيره بالقيمة»^(٥).

من تقييده بقوله «مع وجوده»، يظهر اعتبار طريان العذر عنده^(٦).
و صرح بهذا المحقق الكركي في جامع المقاصد: «لولم يكن المثل موجوداً وقت التلف
فالظاهر أنّ الواجب قيمة التالف، أمّا مع وجوده و عدم التغيريم إلاّ بعد فقده فإنّه استقر في
الذمة فيرجع إلى القيمة...»^(٦).

و قال صاحب المفتاح: «و التقييد بوجود المثل عند التلف و عدم التسليم له إلى أن
فَقَدَ، قد وقع في التذكرة و المسالك^(٧) و الكفاية^(٨) و وجهه أنه حينئذ يكون قد استقرّ في
ذمته فيرجع إلى قيمته و في تعيينها احتمالات، و قضية ذلك أنه لو لم يكن المثل موجوداً وقت

(١) المسبوط ٦٠/٣.

(٢) القواعد ٢٢٧/٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجري.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٩/٤.

(٥) إيضاح الفوائد ١٧٥/٢.

(٦) جامع المقاصد ٢٥٢/٦.

(٧) المسالك ١٨٣/١٢.

(٨) الكفاية ٦٤٠/٢.

السابع: لو تعذر المثل في المثلي ٤٨٩

التلف فالواجب قيمة التالف وهو الذي استظهره في جامع المقاصد...»^(١).
واعترض صاحب الجواهر على المحقق الثاني بقوله: «وقد يناقش بعدم المنافاة بين ثبوته في الذمة وبين تعذر أدائه في ذلك الوقت، ودعوى صيرورته قيمياً واضحة المنع، إذ المثلي لا يتعين كونه كذلك بتعذر المثل وإلا لزم عدم وجوب دفعه لو تمكن منه بعد ذلك قبل الأداء، لثبوت القيمة حينئذ في الذمة، ولا أظن أن القائل المزبور يلتزمه لوضوح ضعفه، فالمتجه ثبوت المثل في ذمته على كل حال، وتعذر أدائه حال التلف لا يقتضي عدم ثبوته في الذمة فإن عدم التمكن من وفاء الدين لا يقتضي عدم ثبوته في الذمة، وحينئذ لم يكن للتقييد المزبور فائدة»^(٢).

أقول: يمكن انحلال اعتراض صاحب الجواهر على الكركي إلى مناقشتين:

الاولى: المناقشة الحليّة وحاصلها: اشتغال الذمة بالمثل ليس مشروطاً بالتمكن من أداء المثل لاحدوثاً ولا بقاء، كما اعترف به حتى المحقق الكركي حيث يقول: «...إن المثل لا يسقط من الذمة بتعذره وأداء الدين لا يسقط بتعذر أدائه...»^(٣) وكذا قال في ذيل قول العلامة «القيمة يوم الإقباض» بقوله: «هذا هو الأصح لأن الواجب هو المثل، فإذا دفع بدله اعتبرت البدلية حين الدفع فحينئذ تعتبر القيمة»^(٤).

واعترض الشيخ الأعظم على هذه المناقشة الحليّة بقوله: «إلا أن يقال: إن أدلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن، وإن لم يكن مشروطاً به عقلاً فلا تعمّ صورة العجز،

(١) مفتاح الكرامة ١٧١/١٨.

(٢) الجواهر ٩٧/٣٧.

(٣) جامع المقاصد ٢٥٤/٦.

(٤) جامع المقاصد ٢٥٥/٦.

نعم إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيمياً»^(١).

مراده: «قصور مقام الإثبات عن شمول صورة التعذر الابتدائي، فاشتغال الذمة بالمثل وإن لم يكن متوقفاً عقلاً وبالنظر العرفي في مقام اعتبار وجود شيء في الذمة بالتمكن من أداء ما اشتغلت به، لكن الدليل لا يدل على اشتغال الذمة إلا في صورة التمكن من أدائه مع عدم النظر لصورة طرو التعذر»^(٢).

ورده المحقق الأصفهاني بعد بيان مراده بقوله: «لكنه مخدوش: بأنه لو كان الدليل قاصراً عن شمول صورة العجز عن الأداء، للزم عدم القول باشتغال الذمة بالقيمة في القيمي مع تعذر أدائها ابتداءً ولا يلتزم به أحد، فيعلم أن اشتغال الذمة بشيء لا يدور مدار تيسره ثبوتاً ولا إثباتاً»^(٣).

الثانية: المناقشة النقضية و تظهر من قول صاحب الجواهر «وإلا لزم... إلى قوله -

لوضح ضعفه».

و حاصلها: إذ تم هذا البيان من المحقق الثاني يرد عليه نقضاً بما إذا كان المثل متعذراً من أول الأمر، ولكن لم يأخذ المضمون له القيمة، ثم وجد المثل، فهل يمكن التزامه بعدم سقوط الضمان بأداء المثل بل وجوبه؟

الشيخ الأعظم^(٤) بعد تقرير هذه المناقشة تأمل فيها ولكن لم يذكر وجهها و لعل وجهها: أن كل تكليف مشروط فعلياً بفعالية شرطه، يعني إذا فقد المثل لم يلزم عليه إعطاؤه وإذا وجده لزم عليه أدائه.

(١) المكاسب ٢٣٥/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٣٨٤/١.

(٣) حاشية المكاسب ٣٨٤/١.

(٤) المكاسب ٢٣٥/٣.

السابع: لو تعذر المثل في المثلي ٤٩١

و بعبارة أخرى: عدم تنجز التكليف بالمثل حين فقدانه من أول التلف، لا ينافي وجود التكليف بأداء المثل مشروطاً بوجوده - أي متى وجد المثل لزم أدائه، وبهذا البيان يمكن الجواب عن المناقشة النقضية.

و بالجملة: لافرق بالتعذر الطاريء و الابتدائي من انتقال الضمان إلى القيمة و الله العالم.

و لذا ذهب الشهيد إلى عدم الفرق بين التعذر الطاريء و الابتدائي و قال: «فإن تعذر فقيمته يوم الإقباض، سواء تراخى تسليم المثل عن تلف العين أو لا...»^(١).

الجهة الرابعة: ما هو المناط في تعذر المثل؟

قال في التذكرة: «... و المراد من الفقد أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوالبه»^(٢). و قال في جامع المقاصد في توضيح ما حوالبه بعد نقل عبارة التذكرة: «و لم يحد ما حوالبه و الظاهر أن المرجع فيها إلى العرف»^(٣).

و قال في المسالك: «... و المراد من الفقدان أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوله ممّا ينتقل إليه عادةً كما بيّن في انقطاع المسلم فيه»^(٤).

و قال في انقطاع المسلم فيه: «ولو كان الانقطاع ببلده خاصة و أمكن تحصيله من غيرها، فإن قلنا بوجود تعيين البلد فلا كلام، إذ لا يجب قبول غيره فلا يجب المطالبة به و لا يجب قبولها، و إن لم نوجب - مطلقاً أو على بعض الوجوه - فإن نقله البائع باختياره و إلا لم

(١) الدروس الشرعية ١١٣/٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجري.

(٣) جامع المقاصد ٢٤٥/٦.

(٤) المسالك ١٨٣/١٢.

يجبر عليه مع المشقة، و يجبر مع عدمها»^(١).

وقال في الكفاية: «والمراد من فقدان أن لا يوجد في ذلك البلد وما حوله ممَّا ينتقل إليه عادة»^(٢).

تنظر سيّد الرياض في هذا المناط وقال بعد ذكره: «و فيه نظر، بل مقتضى الأصل لزوم تحصيل المثل ولو من البلاد النائية التي لم ينقل إليها عادةً إن لم يستلزم التكليف بالمحال، فتأمل»^(٣).

و استدل الشيخ الأعظم لصاحب الرياض بقوله: «إنَّ مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس و تسليطهم 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 بأيّ ثمنٍ كان و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة»^(٤).

ولكن مع ذلك أستأنس الشيخ الأعظم رحمته الله الحكم هنا من الروايات الواردة^(٥) في تخيير المشتري في بيع السَلَم بين الفسخ أو أخذ بعضه و الباقي من رأس ماله إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه، من أن عدم القدرة الواردة فيها «ليس التعذر العقلي المتوقع على استحالة النقل من بلد آخر بل الظاهر منه عرفاً ما [مرّ] عن التذكرة»^(٦).
أقول: لم يرد تقدير تعذر المثل بحدّ خاص في الدليل الشرعي فلا بدّ من تعيّن من

(١) المسالك ٤٣١/٣.

(٢) الكفاية ٦٤٠/٢.

(٣) رياض المسائل ٢٦/١٤.

(٤) المكاسب ٢٣٦/٣.

(٥) راجع وسائل الشيعة ٣٠٣/١٨، الباب ١١ من أبواب السلف.

(٦) المكاسب ٢٣٦/٣.

السابع: لو تعذر المثل في المثلي ٤٩٣

الاعتبار العقلي و هو لا يساعد إلا التعذر الشخصي -أي عدم إمكان الوصول إليه بشخصه - فإذا تمكن الضامن من الوصول إلى المثل ولو كان ذلك في البلاد النائية لم يصدق عليه الإعواز بل وجب تحصيله عليه، كما أنه إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل ولو كان موجوداً في البلد وجب عليه دفع القيمة.

بعبارة أخرى: يجب عليه تحصيل المثل إلا إذا كان تحصيله ضرورياً أو حرجياً، فينفى بهما، و من المعلوم أن الحكم في هاتين القاعدتين يدور مدار ضرر و حرج الشخصيين لا النوعيين فلا يتم ما ذكره العلامة و تبعه القوم.

و لا يستأنس من الروايات الواردة في بيع السلم الحكم هنا لوجود الفارق بينهما و هو أن الضمان فيه اختياري ثابت بالعقد بخلاف ما نحن فيه، فعليه يمكن القول باعتبار وجود المبيع الثابت في الذمة - في بيع السلم - في بلد المعاملة و ما حوله أو قدرة البائع على تحويل مبيعه في وقته. كما ذهب إلى جُل ما ذكرنا المحقق السيد الخوئي^(١) و شيخنا الاستاذ^(٢) رحمهما الله.

الجهة الخامسة: المعيار في قيمة المثل المتعذر

طرح الشيخ الأعظم هنا إشكالاً و هو: أن المثل إن كان موجوداً أمكن معرفة قيمته، وإن لم يكن موجوداً لم يكن سبيل إلى معرفة قيمته حتى يؤديها الضامن إلى المالك إلا بفرض وجود المثل. ولما كان المثلي ذا أسعار متفاوتة باختلاف الأزمان فهل «العبرة بفرض وجوده ولو في غاية العزّة - كالفاكهة في أوّل زمانها أو آخره - أو وجود المتوسط؟ الظاهر هو الأوّل، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه و شرائه، فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغني عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون في هذا الجنس

(١) مصباح الفقاهة ١٦٧/٣ و ١٦٨.

(٢) إرشاد الطالب ١٨١/٢.

بمقتضى رغبتهم...»^(١).

أقول: بعد البناء على أن المراد هنا من القيمة، قيمة يوم الدفع والأداء - كما هو المُجمَع عليه عند أصحابنا - فلا يبقى مجال لهذا الاشكال و يقوم المثل في يوم الدفع والأداء في السوق، وكذلك الأمر لو اختار أحد في ما سبق غيرها من الاحتمالات الواردة في القيمة. فهذا الإشكال مدفوع من الأصل كما تبَّه عليه المحققان الشهيدي^(٢) و المروّج^(٣).

الجهة السادسة: هل العبرة بقيمة بلد التلف أو المطالبة؟

قد مرّ في الفرع السادس ما يفيدنا هنا من أن العبرة بقيمة بلد التلف ولكن للمالك حقّ المطالبة بماله في أيّ زمان أو مكان شاء لعموم الناس مسلطون على أموالهم مقيداً بقاعدة نفي الضرر على الضامن، فللمالك المطالبة بماله في أيّ وقت أو أيّ بلد شاء مشروطاً بتساوي قيمته في يوم الأداء بين البلدين أو أن القيمة في بلد المطالبة كانت أقلّ منها في بلد التلف.

و وافقنا على أن العبرة بقيمة بلد التلف الشيخ الطوسي^(٤) و القاضي ابن البراج^(٥) كما مرّ كلامهما^(٦) و شيخنا الاستاذ^(٧)، و العجب من المحقّق السيّد الخوئي^(٨) حيث اختار هنا ما هو مرجوحٌ عندنا فراجع.

(١) المكاسب ٢٣٦/٣.

(٢) هداية الطالب ٣٥١/٢.

(٣) هدى الطالب ٤٣٥/٣.

(٤) المبسوط ٧٦/٣.

(٥) المهذب ٤٤٣/١.

(٦) في بحث فرع هل يجوز مطالبة المالك... في عنوان السادس راجع صفحة ٤٤٧ من هذا المجلد.

(٧) إرشاد الطالب ١٨٣/٢.

(٨) مصباح الفقاهة ١٦٩/٣.

السابع: لو تعذر المثل في المثلي ٤٩٥

الجهة السابعة: إذا سقط المثل من المالية فهل ينتقل إلى القيمة؟

نحو الماء على الشاطئ إذا أتلّفه في مفازة، والجّمّد في الشتاء إذا أتلّفه في الصيف، وقد مرّ هذا البحث في المناقشة الرابعة^(١) من مناقشات الشيخ الأعظم رحمته الله في دلالة آية الاعتداء على ضمان المثل في المثلي، من انتقال الضمان حينئذ إلى القيمة خلافاً لصاحب الجواهر^(٢) واحتمله في القواعد^(٣)، ولكن اختار القيمة في التذكرة^(٤) وولده في الإيضاح^(٥) وقواه الشهيد^(٦) وهو خيرة جامع المقاصد^(٧) مع نسبته إلى الأصحاب واختاره الشيخ الأعظم^(٨) وهو الصحيح المختار. والله سبحانه هو العالم.

و من هنا ظهر حكم فرع وهو إذا أخذ أو أقرض أو غصب الأوراق النقدية الدارجة الخاصة ثم أسقطت عن الاعتبار، ينتقل الضمان إلى الأوراق النقدية الدارجة المتداولة بين أيدي الناس المعتبرة، لأنها بعد إسقاطها عن الاعتبار تعدّ تالفة عند العقلاء، والله العالم.

فرع: لو تمكّن من المثل بعد دفع القيمة

هل يجب على الضامن بعد دفع القيمة، لو تمكّن من المثل أداء المثل وأخذ القيمة أم

لا؟

أقول: هذا الفرع يُبنى على أنّ الواجب على الضامن هل هو المثل ولو عند التعذّر و

(١) راجع صفحة ٤٥٢ من هذا المجلد.

(٢) الجواهر ٩٩/٣٧.

(٣) القواعد ٢٢٨/٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ٣٨٤/٢ من الطبع الحجري.

(٥) إيضاح الفوائد ١٧٧/٢.

(٦) الدروس الشرعية ١١٣/٣.

(٧) جامع المقاصد ٢٥٨/٦.

(٨) المكاسب ٢٢٠/٣ و ٢٣٨.

ينتقل حقّ المالك إلى القيمة عند تعذر المثل والمطالبة، فإذا وجد المثل يرجع حقّه و صارت القيمة كالبديل الحيلولة، لا بدّ من عودتها و أخذ المثل من الضامن.

أو أنّ الواجب على الضامن بعد تعذّر المثل انقلاب الضمان من المثل إلى القيمة، فإذا أعطى القيمة، أدى ما هو عليه و تمّ ضمانه و لا ينتقل إلى المثل مجدداً كما هو مختار العلامة في القواعد^(١) و التذكرة^(٢) و التحرير^(٣) و الشهيد في الدروس^(٤) و الكركي في جامع المقاصد^(٥) و ثاني الشهيدين في المسالك^(٦).

و يمكن أن يعلل القول الأخير بأنّ بدل الحيلولة مختص بالأعيان و لا ترد في الذمم كما عليه الفقيه اليزدي^(٧) و المحقّق الاصفهاني^(٨).

أقول: الظاهر موافقة الأعلام و عدم وجوب أداء المثل بعد إعطاء القيمة، و الوجه في ذلك أنّ للمالك شيئاً واحداً و هو ماله التالف و أخذ قيمته فسقط حقّه و ليس له بعد شيء حتّى يدعي المثل و ليس على الضامن بعد أداء القيمة شيء حتّى يعطي المثل و الله العالم.

(١) قواعد الأحكام ٢/٢٢٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجري.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٤/٥٢٩.

(٤) الدروس الشرعية ٣/١١٣.

(٥) جامع المقاصد ٦/٢٥٨.

(٦) المسالك ١٢/١٨٤.

(٧) حاشيته على المكاسب ١/٤٩٥.

(٨) حاشيته على المكاسب ١/٣٩٧.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة

يقع البحث في المقامين،

المقام الأول: ما الدليل على أنّ ضمان القيمي بالقيمة؟

الأول: قال الشيخ الأعظم: «... فقد حُكي الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة»^(١).

وقال الفقيه العاملي: «أمّا ضمان القيمي بالقيمة ففي الدروس^(٢) و غاية المراد^(٣) و

الروضة^(٤) أنه المشهور، قلت: لا أجد فيه في الباب خلافاً إلا ما يُحكى عن أبي علي... و ما

يظهر من قرض الخلاف^(٥) و ما لعله يظهر من المحقق^(٦) في باب القرض من أنّ الواجب في

القيمي مثله، مستندين إلى أنه أقرب إلى الحقيقة ولخبرين عاميين: أحدهما: خبر عائشة لما

أخذتها الغيرة والأفكل^(٧) فكسرت إناء صفية، فقال رسول الله ﷺ لما سألته عائشة عن

كفارة ذلك: إناء مثل الإناء و طعام مثل الطعام.^(٨) و الثاني: أنّ امرأة كسرت قصعة امرأة

أخرى فدفع رسول الله ﷺ قصعة الكاسرة إلى صاحبة المكسورة.^(٩) و قد عورضا بخبر

آخر عامي^(١٠)، و حملهما الأكثر على أنه ﷺ علم بالرضامنهما كما بيّنا ذلك في باب القرض^(١١)

(١) المكاسب ٣/٢٤٠.

(٢) الدروس ٣/١١٣.

(٣) غاية المراد ٢/٣٩٨.

(٤) الروضة البهية ٧/٤١.

(٥) الخلاف ٣/١٧٥، مسألة ٢٨٧.

(٦) الشرائع ٢/٦٢.

(٧) إرتعدّ من خوفٍ أو بردٍ أو غيرهما.

(٨) سنن أبي داود، كتاب البيوع، ح ٣٠٩٧، السنن الكبرى ٦/٩٦ للبيهقي.

(٩) صحيح البخاري، كتاب المظالم و الغصب ح ٢٣٠١، السنن الكبرى ٦/٩٦.

(١٠) السنن الكبرى ١٠/٢٧٣.

(١١) مفتاح الكرامة ١٥/١٤٢ و ما بعدها.

و ذكرنا هناك تفصيل التذكرة^(١) و في جامع المقاصد... أنَّ خلاف أبي علي كاد يكون مضمحلاً^(٢). و كيف كان، فقد اتفقوا هنا [أيَّ باب الغصب] من غير تأمل و لاخلاف، و هناك [أي باب القرض] تأمل بعض و خالف آخرون...^(٣).

أقول: بمراجعة الرواية العامية الثانية يظهر أنَّ الكاسرة و صاحبة المكسورة كلتيهما من أمَّهات المؤمنين و أزواج النبي ﷺ و لذا حمل بعض أهل العلم^(٤) ألقصعتين بأنَّهما كانتا للنبي ﷺ في بيتي زوجته و لم يكن هناك حكمٌ بالضمان إلاَّ أنَّه عاقب الكاسرة بترك المكسورة في بيتها و نقل الصحيحة إلى بيت صاحبتها. و لعل هذا الحمل أحسن ممَّا ذكره صاحب المفتاح^(٥).

و أمَّا مراده من معارضتهما بخبر آخر عامي فهو ما رواه العامة عن أبي الوليد عن أبيه أنَّ رجلاً أعتق شقصاً له من غلام فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: ليس لله شريك.^(٥) و نظيره عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: من اعتق شركاً له في مملوك فقد عتق كَلَه.^(٦)

و نحوها عنه عن النبي ﷺ أنه قال: من اعتق شقصاً في مملوك و كان للذي يعتق منهما نصيبه مبلغ ثمنه فقد عتق كَلَه.^(٧)

و أمَّا تفصيل العلامة في التذكرة في باب القرض فما ذكره بقوله: «... و إن لم يكن

(١) تذكرة الفقهاء ٣٠/١٣.

(٢) جامع المقاصد ٢٥٢/٦.

(٣) مفتاح الكرامة ١٤٧/١٨.

(٤) كما في السنن الكبرى ٩٦/٦ للبيهقي.

(٥) السنن الكبرى ٢٧٣/١٠.

(٦) السنن الكبرى ٢٧٧/١٠.

(٧) السنن الكبرى ٢٧٧/١٠.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٤٩٩

مثلياً، فإن كان ممّا ينضبّط بالوصف - وهو ما يصحّ السلف فيه كالحيوان و الثياب - فالأقرب أنه يضمّنه بمثله من حيث الصورة [و استدل له بخبرين عامين]... و أمّا ما لا يضبط بالوصف - كالجواهر و القسيّ و ما لا يجوز السلف فيه - تثبت فيه قيمته...»^(١).
و أمّا خلاف أبي عليّ الإسكافي فقد مرّ في أوّل البحث عن المثلي و كذا قول المحقّق الثاني في أضمحلاله.

و بالجملة: لم يثبت الخلاف في باب الغصب الذي تلحق به مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، نعم الخلاف ثابت في باب القرض من الشيخ في خلافه و المحقّق في شرائعه، و كذا ورد تفصيل فيه من العلامة في تذكرة الفقهاء كما مرّ، و لذا استظهر السيّد المجاهد^(٢) عدم الخلاف بين الأصحاب.

و قال صاحب الجواهر: «و إن لم يكن المغصوب المتلف (مثلياً) بل كان قيمياً كالحيوان و نحوه ممّا لم يكن لعقلاء العرف طريق للحكم بالمساواة فيما له مدخلية في ماليته من صفاته الذاتية في الصنف (ضمن قيمته)، بلا خلاف معتد به في ذلك هنا، نعم تقدّم للمصنّف في كتاب القرض ضمان القيمي بمثله و قد سمعت الكلام فيه هناك^(٣)»^(٤).

أقول: يمكن أن يستدل لشيخ الطائفة في قرض الخلاف^(٥) و للمحقّق في قرض الشرائع^(٦) من أداء المثل في قرض القيمي بأنّ ذمة الدائن مشغولة بالعين أوّلاً و مع تلفها

(١) تذكرة الفقهاء ٣٠/١٣ و ٣١.

(٢) راجع المناهل ٢٩٨.

(٣) راجع الجواهر ٢٠/٢٥.

(٤) الجواهر ١٠٠/٣٧.

(٥) الخلاف ١٧٥/٣، مسألة ٢٨٧.

(٦) الشرائع ٦٢/٢.

تكون مشغولة بالمثل لأنّه بعد تلف العين انتقل الضمان إلى مثلها وهو الكلّي المتحد مع العين التالفة في جميع الخصوصيات إلاّ الخصوصيات الدخلية في التشخيص الخارجي، فإذا وجد المثل يجب إعطاؤها وإن لم يوجد حين الأداء ينتقل الضمان إلى القيمة.

و في الجملة: بعد تلف العين ينتقل الضمان إلى المثل حتّى في القيميات ومع فرض عدم وجدانه ينتقل إلى القيمة كما يظهر من الشيخ الأعظم^(١) و عليه الفقيه الزيدي^(٢).
 نعم: لو تعذر أداء المثل - على الاطلاق - فالتكليف بأدائه يكون لغواً فيتعلّق بالقيمة حتّى ابتداءً، و من هنا يظهر عدم تمامية اطلاق كلام الفقيه الزيدي. كما يستشكل عليه: بـ«أنّ لازم ما اختاره هو جواز امتناع المضمون له عن قبول القيمة في فرض تعذر المثل على الاطلاق، و هذا ممّا لا يمكن الالتزام به»^(٣).

و يؤيد هذه المقالة الروايات الدالة على جواز أداء المثل عن القيمي في باب القرض: منها: حسنة صباح بن سيابة قال: قلت: لأبي عبد الله^{عليه السلام}: إنّ عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسالك قال: إنّا نستقرض الخبز من الجيران فنردّ أصفر منه أو أكبر؟ فقال^{عليه السلام}: نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عدداً فيكون فيه الكبيرة و الصغيرة، فلا بأس.^(٤)
 و منها: حسنة اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله^{عليه السلام}: استقرض الرغيف من الجيران و نأخذ كبيراً و نعطي صغيراً و نأخذ صغيراً و نعطي كبيراً، قال: لا بأس.^(٥)
 و منها: في نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى عن الصادق^{عليه السلام} و سئل عن الخبز بعضها

(١) المكاسب ٢٤١/٣ قوله: إلّا أنّ المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذراً... الخ.

(٢) حاشية المكاسب ٤٩٥/١ و ما قبلها.

(٣) مصباح الفقاهة ١٧٣/٣.

(٤) وسائل الشيعة ٣٦١/١٨، ح ١، الباب ٢١ من أبواب الدين و القرض.

(٥) وسائل الشيعة ٣٦١/١٨، ح ٢.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٠١

أكبر من بعض، قال: لا بأس إذا أقرضته. (١)

و يمكن قلع مادة النزاع بما مرّ من تعريف القيمي بأنه ما لم يكن مثلياً فإذا وجد مثل فهو مثلي و لزم أدائه و إذا لم يكن المثل فهو قيمي. و قد يغتفر بعض الخصوصيات في المثل في الأمور الرخيصة نحو الخبز و الرغيف و الجوز و نحوها كما ورد في النصوص و بما ذكرنا يجمع خلاف البعض بين بابي الغصب و القرض و الله العالم و الحمد له.

الثاني: الأخبار المتفرقة في كثير من القيميّات.

هناك عدّة من الروايات تدلّ على الحكم:

منها: مرسلّة الصدوق عن الصادق عليه السلام في حديث: وإن وجدت طعاماً في مفازة فقوّمه على نفسك ثم كُله، فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمة، الحديث. (٢)
و منها: صحيحة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: و سألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة، ثم يتصدّق بها، فيأتي صاحبها، ما حال الذي تصدّق بها؟ و لمن الأجر؟ هل عليه أن يرده على صاحبها أو قيمتها؟ قال: هو ضامن لها، و الأجر له، إلا أن يرضى صاحبها فيدعها، و الأجر له. (٣)

و منها: صحيحة أخرى له عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحلّ له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: هي لك أو لأخيك أو للذئب،

(١) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى / ١٦٣، ح ٤٢٢، ولكن في بحار الأنوار ١١٦/١٠٠، ح ٦

[٧٨/٤٢] و مستدرک الوسائل ٤١٠/١٣، ح ١، الباب ٢١ من أبواب الدين و القرض نقلاً

عن الفقه الرضوي و هو خطأ.

(٢) وسائل الشيعة ٤٤٣/٢٥، ح ٩، الباب ٢ من أبواب كتاب اللقطة.

(٣) وسائل الشيعة ٤٤٥/٢٥، ح ١٤، الباب ٢ من أبواب كتاب اللقطة.

٥٠٢ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

فخذها وعرفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردّها إلى صاحبها، وإن لم تعرف فكُلّها وأنت ضامن لها، إن جاء صاحبها يطلبها أن تردّ عليه ثمنها.^(١)

و منها: معتبرة السكوني عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت متاعهم، أنّه يغرّم قيمة الدار وما فيها ثمّ يقتل.^(٢)

و منها: موثقة زيد بن علي عن آباءه عليهم السلام قال: أتاه رجل تكاري دابةً فهلكت وأقرّ أنّه جاز بها الوقت، فضمّنه الثمن ولم يجعل عليه كراء.^(٣)

و منها: رواية السفارة الماضية.^(٤)

و منها: الروايات الواردة في بيع الجارية المسروقة الماضية.^(٥)

و منها: بعض الروايات الأخر تأتي فيما بعد - إن شاء الله تعالى - .

الثالث: آية الاعتداء

وهي قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٦).

لم يذكرها الشيخ الأعظم بعنوان الدليل لأنّه يرى دلالتها غير تامة حتّى بالنسبة إلى الضمان في المثلي^(٧) وقد مرّت مناقشاته الأربع وأجوبتها متّناً، ولكن نحن نرى دلالة آية

(١) وسائل الشيعة ٤٥٩/٢٥، ح ٧، الباب ١٣ من أبواب كتاب اللقطة.

(٢) وسائل الشيعة ٣١٥/٢٨، ح ١، الباب ٣ من أبواب حد المحارب - وسائل الشيعة ٢٧٩/٢٩، ح ١، الباب ٤١ من أبواب موجبات الضمان.

(٣) وسائل الشيعة ١٢٢/١٩، ح ٥، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.

(٤) وسائل الشيعة ٤٦٨/٢٥، ح ١، الباب ٢٣ من أبواب كتاب اللقطة.

(٥) راجع وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٦) سورة البقرة / ١٩٤.

(٧) ولكنّه قيّد بالآية الشريفة شمول الإجماع - على فرض وجوده - للممثل الموجود للتألف

القيمي راجع المكاسب ٢٤١/٣ قوله: وعلى تقديره في شموله... الخ.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٠٣

الاعتداء بالنسبة إلى ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي، لأن «ما» فيها موصولة - كما أنّها ظاهرة منها - لا مصدرية غير زمانية، و ما الموصولة تحمل على ما هو الأعم من الفعل - أيّ الاعتداء - و المعتدى به - أيّ الأعيان الخارجية من العرض و النقد -، و المثل في الآية يحمل على المعنى اللغوي أي المماثلة في الفعل - الإعتداء - و العين - المعتدى به - الأعيان من العرض و النقد - و المماثلة في الفعل واضح أعني الضرب في مقابل الضرب و الجرح في مقابل الجرح و القتل في مقابل القتل، و المماثلة في العين هي المماثلة في الذات و الصفات و المالية - أيّ المماثلة المطلقة - و إذا فقدت المماثلة في الذات و الصفات، تبقى المماثلة في المالية - و هي القيمة - فحينئذ بعد فقدان المثل تصل النوبة إلى القيمة بدلالة الآية الشريفة.

و افقنا على دلالة الآية الشريفة في ضمان القيمي بالقيمة الشيخ في كتابيه^(١) و ظاهر ابن ادريس^(٢) و العلامة^(٣) و الطبرسي^(٤) و قطب الدين الراوندي^(٥) و الفاضل المقداد^(٦) و غيرهم كما مرّ هذا البحث مفصلاً في الدليل الأوّل من المقام الثاني في بحث ضمان المثلي بالمثل.^(٧)

تنبيه:

قال الشيخ الأعظم: «فلا حاجة إلى التمسك بصحیحة أبي ولّاد^(٨) الآتية في ضمان

(١) المبسوط ٦٠/٣، الخلاف ٤٠٢/٣ و ٤٠٦.

(٢) السرائر ٤٨٠/٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢ من الطبع الحجري.

(٤) مجمع البيان ٢٨٨/١ من طبع مصر.

(٥) فقه القرآن ٧٤/٢.

(٦) كنز العرفان ٨٤/٢.

(٧) راجع صفحة ٤٤٦ من هذا المجلد.

(٨) وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ح ١، الباب ١٧ من أبواب الإجارة.

البغل»^(١). هذا البيان منه تعريض لصاحب الجواهر حيث أنه استدل على ضمان القيمي بالقيمة بها وقال: «لظهور صحيح أبي ولأد...»^(٢).

لأنه ورد فيها: «نعم قيمة بغل يوم خالفته...»^(٣) و البغل من الحيوانات و الحيوان قيمي فإذا تلفت اشتغلت الذمة بقيمتها لا بمثلها.

ولكن يرى الشيخ الأعظم أستغناءه عن هذه الصحيحة لإمكان المناقشة في دلالتها، لأن كلمة «بغل» فيها نكرة و هي ظاهرة في كونها بغلاً غير معيّن فحينئذ يتم قول من ذهب إلى أنّ الثابت في الذمة بغل غير معيّن وهو المثل وأنّ القيمة بدل عنه، فلا تدل على أنّ الثابت في الذمة في القيميّات القيمة.

و كذا قال الشيخ الأعظم: «و لا بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: من أعتق شقصاً من عبد قوم عليه»^(٤). أقول: الرواية عامية مرّ مصدرها في مقالتي ذيل كلام الفقيه العاملي رحمته الله، ولكن روى نظيرها من طرقنا في الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق من وسائل الشيعة ٣٦/٢٣ و يأتي بعضها، و هذا أيضاً تعريض بصاحب الجواهر^(٥) و أمّا المناقشة في دلالتها: فلاّنها حكم تعبدى لتغليب جانب الحرية و لم يكن مرتبطاً بالإتلاف و ضمان القيمي بالقيمة.

و الشيخ الأعظم يرى أستغناءه عن الصحيحة و روايات اعتناق العبد ولكن بعد سطور استدل بها بقوله: «بل يمكن دعوى انصراف الاطلاقات الواردة في خصوص بعض

(١) المكاسب ٣/٢٤٠.

(٢) الجواهر ٣٧/١٠٠.

(٣) وسائل الشيعة ١٩/١٢٠.

(٤) المكاسب ٣/٢٤٠.

(٥) راجع الجواهر ٣٧/١٠٠.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٠٥

القيميات - كالبغل والعبد ونحوهما - لصورة تعدد المثل كما هو الغالب»^(١). وقال أيضاً: «... فيرّدّه اطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة: منها: صحيحة أبي ولّاد الآتية، و منها: رواية تقويم العبد...»^(٢).

والجمع بين الاستغناء عن الاستدلال بهما ثم الاستدلال بهما لا يتم كما قال المحقق الإيرواني: «... إنَّ اظهار الاستغناء ثم العود إلى التشبّث بهما بعد سطرين ليس كما ينبغي»^(٣).
دفعُ وَهْمٍ:

قد يقال: يظهر من بعض الروايات أنّ الأصل في الضمان هو القيمة بلا فرق بين القيمي والمثلي:

منها: معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام أنّه قضى في رجل أقبّل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم، قال: يغرم قيمة الدار وما فيها ثمّ يقتل.^(٤) هذه الرواية قد مرّت ولكن كررنا ذكرها للتنبيه على أنّ بعض متاع البيت يمكن أن يكون مثلياً و مع ذلك قضى أمير المؤمنين عليه السلام بلزوم دفع قيمته فيمكن أن يستفاد منها أنّ الأصل الأوّليّ في الضمان القيمة.

و يمكن أن يناقش في هذه الدلالة بأنّ الانتقال إلى القيمة لسهولة الدفع و الأخذ للضمان و للمالك و يمكن أن يعطف «ما فيها» على «قيمة» لا على «الدار» فحينئذ تدل على مطلق التغريم لا التغريم بالقيمة.

و منها: صحيحة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في

(١) المكاسب ٢٤١/٣.

(٢) المكاسب ٢٤٢/٣.

(٣) حاشية المكاسب ١٤٥/٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧٩/٢٩، ح ١، الباب ٤١ من أبواب موجبات الضمان.

الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان الرهن أقل من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن يسوى مارهنه فليس عليه شيء. (١)

و منها: صحيحة أبي حمزة الثمالي 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 ممَّا رهن به ثم عطب ردَّ المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يسوى ردَّ الراهن ما نقص من حقَّ المرتهن. قال: وكذلك قول علي عليه السلام في الحيوان، وغير ذلك. (٢)

و منها: موثقة اسحاق بن عمَّار قال: سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك، أ على الرجل أن يردَّ على صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم، لأنَّه أخذ رهنًا فيه فضل و ضيِّعه، قلت: فهلك نصف الرهن، قال: حساب ذلك، قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم. (٣)

تقريب دلالة هذه الروايات الثلاث: أنَّها تدل على التهاتر بين مال المرتهن و مال الراهن و كلُّ منهما يأخذ الفضل إذا كانت الزائدة في طرفه و الآخر يعطي، و من المعلوم أنَّ التهاتر لا يتم مع فرض أنَّ المتلف (بالفتح) مثليٌّ و صرف دلالة الروايات على اثبات التهاتر تدل على أنَّ الضمان يكون بالقيمة حتَّى في المثليات.

و فيه: الضمان في المثلي بالمثل و في القيمي بالقيمة و ما ورد في هذه الروايات لأجل قضية التهاتر و لذا بدَّل عليه السلام المثلي بالقيمة لأجل ثبوت التهاتر و تعيين أنَّ الزيادة لِمَن؟ للراهن أو المرتهن. إذا كان في البين التهاتر، فلا تدل الروايات على أنَّ الأصل في الضمان هو

(١) وسائل الشيعة ٣٩٢/١٨، ح ٤، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن.

(٢) وسائل الشيعة ٣٩٠/١٨، ح ١، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن.

(٣) وسائل الشيعة ٣٩١/١٨، ح ٢.

القيمة. و الله العالم.

تكميل:

عدّة من الروايات في أبواب مختلفة من الفقه نحو العارية و الوديعة و الإجارة و اللقطة و ما ورد في ضمان الغسّال و الصبّاغ و القصّار و الصائغ و البيطار و الدّلال و نحوهم تدلّ على مطلق الضمان و لم ترد فيها ضمانهم بالقيمة مع أنّها وردت في القيميات، فهل هذه الروايات تدلّ على أنّ الأصل الأوّلي في الضمان هو المثل و مع فرض عدم الحصول عليه تصل النوبة إلى القيمة، أو أنّ القيمي ما ليس له مثل كما مرّ؟ لا يبعد بل الظاهر ذلك أذكر لك بعضها حتّى يتبيّن لك ما قد سردته عليك.

منها: صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعار جارية فهلكت من عنده و لم يبغها غائلة، فقضى أن لا يغرمها المعار، و لا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة. (١)

و بحكم الشرط إذا أكرهها أو أبغها غائلة فله الغرم أيّ الضمان مع أنّ المورد فيها هي الجارية و الدابة و كلتاها قيميتان ولكن لم يرد فيها القيمة.

و منها: صحيحة علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسمّ فليس عليه شيء. (٢)

و منها: حسنة الحسن بن زياد الصيقل عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اكرى من رجل دابة إلى موضع فجاز الموضع الذي تكرى إليه فنفقت الدابة، قال: هو ضامن و عليه

(١) وسائل الشيعة ٩٣/١٩، ح ٩، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.

(٢) وسائل الشيعة ١١٨/١٩، ح ١، الباب ١٦ من أبواب كتاب الإجارة.

الكرأء بقدر ذلك. (١)

و المراد بالميشمي في سند الرواية إمَّا أحمد بن الحسن بن اسماعيل بن ميثم الثقة، أو محمَّد بن الحسن بن زياد الثقة أو علي بن اسماعيل بن شعيب الممدوح، فهو لأقل من كونه ممدوحاً، و الحسن بن زياد الصيقل حسنٌ لأنَّه يروي عنه عدَّة من أصحاب الإجماع و مشايخ الطائفة فالسند حسنٌ أو معتبر.

و منها: صحيحة أبي الصباح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القصار هل عليه ضمان؟ فقال: نعم، كلٌّ من يعطى الأجرة ليصلح فيفسد فهو ضامن. (٢)

و المراد بأبي الصباح هو ابراهيم بن نعيم الكناني الثقة الراوي عن أبي عبد الله عليه السلام و أبي جعفر عليه السلام و هو كثير الرواية.

و منها: موثقة زيد بن علي عن آباءه عليهم السلام أنه أتى بحمَّال كانت عليه قارورة عظيمة فيها دهن فكسرها فضمَّنها إياه، و كان يقول: كلٌّ عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن، فسألته ما المشترك؟ فقال: الذي يعمل لي و لك و لذا. (٣)

الظاهر أنَّ الرواية منقولة عن جده أمير المؤمنين عليه السلام بقريته أُتي.

و منها: صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: و سألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة، كيف يصنع بها؟ قال: يعرِّفها سنة فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتَّى يجيء طالبها فيعطئها إياه، و إن مات أو صى بها، فإن أصابها شيء فهو ضامن. (٤)

(١) وسائل الشيعة ١٩/١٢١، ح ٤، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٩/١٤٥، ح ١٣، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.

(٣) وسائل الشيعة ١٩/١٥٢، ح ١٣، الباب ٣٠ من أبواب كتاب الإجارة.

(٤) وسائل الشيعة ٢٥/٤٤٤، ح ١٣، الباب ٢ من أبواب كتاب اللقطة.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٠٩

و منها: صحيحة محمد بن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل ورث غلاماً، وله فيه شركاء، فاعتق لوجه الله نصيبه، فقال: إذا أعتق نصيبه مضارّة وهو مؤسر ضمن للورثة، وإذا أعتق لوجه الله كان الغلام قد أعتق من حصّة من أعتق، ويستعملونه على قدر ما أعتق منه له ولهم، فإن كان نصفه عمل لهم يوماً وله يوم، وإن أعتق الشريك مضارّاً وهو معسر فلا عتق له، لأنّه أراد أن يفسد على القوم، ويرجع القوم على حصصهم.^(١) وهذه الصحيحة عدّت من أدلة قاعدة لا ضرر كما مرّ في أبحاثنا الأصولية.

المقام الثاني: تعيين القيمة في القيميات

إذا اختلفت القيمة، فهل يضمن الضامن من قيمة يوم القبض أو الغصب، أم قيمة يوم التلف أو قيمة يوم الأداء أو أعلى القيم؟ أقوال.

القول الأوّل: قيمة يوم القبض أو الغصب

و «هو خيرة المقنعة^(٢) والمراسم^(٣)، والمبسوط^(٤) و النهاية^(٥) في موضع منهما، و النافع^(٦) وكشف الرموز^(٧) وكأنّه مال إليه في الإرشاد^(٨)، وفي الشرائع^(٩) و التحرير^(١٠) أنّه

(١) وسائل الشيعة ٤٠/٢٣، ح ١٢، الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق.

(٢) المقنعة ٦٠٧.

(٣) لم أعثر عليه ولكن نقل عنه في مفتاح الكرامة ١٤٧/١٨.

(٤) المبسوط ٦٠/٣.

(٥) النهاية ٤٠٢/ في بيع الغرر.

(٦) المختصر النافع ٢٤٨.

(٧) كشف الرموز ٣٨٢/٢.

(٨) إرشاد الأذهان ٤٤٦/١.

(٩) شرائع الاسلام ١٨٩/٣.

(١٠) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٩/٤.

٥١٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

مذهب الأكثر». كذا في مفتاح الكرامة^(١).

و هذا القول هو مختار المحقق السيّد الخوئي^(٢).

القول الثاني: قيمة يوم التلف

«وهو خيرة القواعد^(٣) في آخر باب البيع و التذكرة^(٤) و المختلف^(٥) و التحرير^(٦) و الدروس^(٧) و التنقيح^(٨) و جامع المقاصد^(٩) و مجمع البرهان^(١٠) و المحكي عن القاضي^(١١)، و في الدروس^(١٢) و كذا الروضة^(١٣) نسبته إلى الأكثر. وقد يظهر من النافع^(١٤) أنه ليس قولاً لأحد و إنما هو مجرد وجه...»^(١٥).

(١) مفتاح الكرامة ١٤٨/١٨.

(٢) مصباح الفقاهة ١٨٤/٣ و ١٩٧.

(٣) القواعد ٩٥/٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢٩٩/١٠.

(٥) مختلف الشيعة ١١٦/٦.

(٦) تحرير الأحكام الشرعية ٥٣٠/٤.

(٧) الدروس الشرعية ١١٣/٣.

(٨) التنقيح الرائع ٧٠/٤.

(٩) جامع المقاصد ٢٤٦/٦.

(١٠) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢٧/١٠.

(١١) المهذب ٤٣٧/١ و حكاة عنه العلامة في المختلف ١١٦/٦.

(١٢) الدروس ١١٣/٣.

(١٣) الروضة البهية ٤١/٧.

(١٤) المختصر النافع ٢٤٨/.

(١٥) مفتاح الكرامة ١٥١/١٨.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥١١

و هذا القول هو مختار أصحاب الجواهر^(١) و العناوين^(٢) و المكاسب^(٣) و بغية الطالب^(٤)، و السيد الخميني^(٥).

القول الثالث: أرفع القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين التلف

«و هو خيرة الخلاف^(٦) و المبسوط^(٧) و النهاية^(٨) في موضع منهما، و الوسيلة^(٩) و الغنية^(١٠) و السرائر^(١١) و الإيضاح^(١٢) و اللعة^(١٣) و المقتصر^(١٤)، و التبصرة^(١٥) على إشكال. و كذا شرح الإرشاد^(١٦) للفخر، و في بيع المختلف^(١٧) نسبتته إلى علمائنا و في

(١) جواهر الكلام ١٠٥/٣٧.

(٢) العناوين ٥٣٦/٢.

(٣) المكاسب ٢٥١/٣ و ما بعدها.

(٤) بغية الطالب ٢٧٠/١.

(٥) البيع ٤٣٠ و ٤٢٠/١.

(٦) الخلاف ٤١٥/٣، مسألة ٣٠.

(٧) المبسوط ٧٢/٣.

(٨) لم أجدّه و نقل عنه في مفتاح الكرامة ١٤٩/١٨، و قبله نقل عن النهاية ابن فهد الحلّي في المهذب البارع ٢٥٢/٤ و المقتصر ٣٤٢.

(٩) الوسيلة ٢٧٦.

(١٠) غنية النزوع ٢٧٩.

(١١) السرائر ٤٨١/٢.

(١٢) إيضاح الفوائد ١٧٥/٢.

(١٣) اللعة الدمشقية ٢٣٥.

(١٤) المقتصر ٣٤٢.

(١٥) تبصرة المتعلّمين ١٠٨.

(١٦) نقل عنه في مفتاح الكرامة ١٥٠/١٨.

(١٧) مختلف الشيعة ٥٦/٥.

غصبه^(١) أنه أشهر و استحسنة في الشرائع^(٢)، و كأنه قال به أو مال إليه في الكفاية^(٣)، و في المسالك^(٤) أن في خبر أبي ولاد ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين، و كأنه قال به وقواه في الروضة^(٥) أيضاً لمكان هذا الخبر الصحيح... و في الدروس^(٦) أنه أنسب بعقوبة الغاصب^(٧).

و هذا القول هو مختار المحقق الإيرواني^(٨).

القول الرابع: أعلى القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين ردّ القيمة

حكى الشهيد الثاني^(٩) هذا القول عن المحقق^(١٠) في أحد قولييه و اختاره الوحيد البهبهاني في حاشيته على مجمع الفائدة^(١١) و نقل عنه ابن اخته في الرياض^(١٢)، و علّق عليه صاحب المفتاح بقوله: «هذا قول آخر غير مشهور»^(١٣). و قال سيّد الرياض «و كيف كان فالمسألة محل إشكال. و الاحتياط يقتضي المصير إلى مختار الخال، لكن على سبيل

(١) مختلف الشيعة ١١٦/٦.

(٢) الشرائع ١٨٩/٣.

(٣) الكفاية ٦٤٠/٢.

(٤) المسالك ١٨٦/١٢.

(٥) الروضة البهية ٤٢/٧ و ٤٣.

(٦) الدروس ١١٣/٣.

(٧) مفتاح الكرامة ١٤٩/١٨.

(٨) حاشيته على المكاسب ١٥٢/٢.

(٩) الروضة البهية ٤٠/٧ و المسالك ١٨٦/١٢.

(١٠) أنظر ترددات الشرائع ١١٠/٢.

(١١) حاشية مجمع الفائدة و البرهان ٦٢٤/.

(١٢) رياض المسائل ٣٠/١٤.

(١٣) مفتاح الكرامة ١٥١/١٨.

الاستحباب»^(١).

القول الخامس: أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء

لم أعرف قائله فعلاً ولكن ذكره المحقق السيد الخوئي^(٢) في ضمن الأقوال. وهو وجه أو قول عند الشافعية^(٣) و الحنابلة، جاء في الإنصاف: «وقيل أكثرهما - يعني أكثر القيمتين - قيمته يوم البدل و قيمته يوم التلف»^(٤).

القول السادس: قيمة يوم الأداء

قال به السيد اليزدي و يراه «الأوفق بالقاعدة حسبما عرفت من عدم الانقلاب»^(٥). مراده عدم انقلاب ضمان المثل إلى القيمة إلا حين فقدان المثل و أدائها.

القول السابع: قيمة يوم البيع

في مسألتنا المقبوض بالبيع الفاسد، ذهب إليه المفيد^(٦) و الشيخ^(٧) و ابن البراج^(٨) و أبو الصلاح^(٩).

و هناك أقوال آخر أو وجوه لعلها تبلغ خمسة عشر قولاً و وجهاً كلّها من العامة الضعفاء تجدها في كتاب «المال المثلي و المال القيمي في الفقه الاسلامي»^(١٠).

(١) رياض المسائل ٣٠/١٤.

(٢) مصباح الفقاهة ١٧٧/٣.

(٣) نهاية المحتاج ١٦٢/٥.

(٤) الانصاف ١٩١/٦.

(٥) حاشية المكاسب ٥٠٢/١.

(٦) المقنعة ٥٩٣/.

(٧) النهاية و نكتها ١٤٥/٢.

(٨) لم أجدها في المهذب و لا في جواهره و نقل عنه في المختلف ٢٤٤/٥.

(٩) الكافي في الفقه ٣٥٣/.

(١٠) للشيخ العلامة الدكتور عباس ابن الشيخ علي ابن الشيخ محمد رضا ابن الشيخ هادي ابن

الاستدلال للقول الأوَّل: قيمة يوم القبض أو الغصب

استدلوا له بِفَقْرَتِي صحيحة أبي ولَّاد الماضية^(١) وهما:

الفقرة الأوَّلَى: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته».

و استدل بهذه الجملة بوجهين:

الوجه الأوَّل: الظرف فيها وهو كلمة «يوم» قيد لكلمة «قيمة» وقد قرَّبوه بأنحاء

مختلفة:

١- الظرف «اليوم» يتعلق بـ«قيمة» لأنَّها وإن لم تكن معنى حديثاً ولكن فيها شائبة الحديثية، لأنَّها ليست من الجوامد المحضة حتَّى لا يصح تعلق الظرف بها، وكلمة «بغل» مجرور باضافة القيمة إليه، ويؤيد هذا النحو من الاستدلال تعريف الكلمة أي «البغل» كما في الوافي^(٢) وبعض نسخ التهذيب^(٣) ونسخة خطية من الكافي^(٤) وفي إجازة الحدائق^(٥) وبيعه^(٦) و حينئذ فلا يصلح للإضافة إلى ما بعده وإذن فمفاده أنَّ الثابت على الغاصب إنما هو قيمة يوم المخالفة أي يوم الغصب.

و فيه: لا يمكن أن يتعلق الظرف بكلمة «قيمة» لأنَّها من الجوامد و ليست معنى

→ الشيخ عباس ابن الشيخ علي ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء - قدس سره أسرارهم - نشر الذخائر، النجف الأشرف، ١٤٢٠ق و طبع للمرّة الثانية بقم عام ١٤٣٠ق من منشورات بوستان كتاب.

(١) الكافي ٢٩٠/٥، ح ٥، التهذيب ٢١٥/٧، ح ٢٥، الاستبصار ١٣٤/٣، ح ٢ و نقل عنهم في وسائل الشيعة ١١٩/١٩، ح ١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجازة.

(٢) الوافي ٩٣٣/١٨.

(٣) نقل عنها المحقق الخوئي في مصباح الفقاهة ١٨١/٣.

(٤) نقل عنها الشهيدي في هداية الطالب ٣٦٠/٢.

(٥) الحدائق ٥٩٥/٢١.

(٦) الحدائق ٤٦٩/١٨.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥١٥

حديثاً و متعلّق الطرف لا بدّ أن يكون معنىً حديثاً.

٢- جملة «قيمة بغل»، مضاف و مضاف إليه، تضاف إلى جملة «يوم خالفته» فتدلّ على المطلوب أي إثبات ضمان قيمة البغل يوم الغصب.

و فيه: هذا البيان لا يجتمع مع تعريف كلمة «البغل» الواردة في الوافي و بعض نسخ التهذيب، لأنّ ذلك مانع من إضافته إلى ما بعده.

٣- كلمة «القيمة» أُضيفت مرّة إلى «بغل» و مرّة أخرى إلى «يوم»، و إسقاط حرف التعريف من كلمة «بغل» المشير إلى بغل معين خارجي الذي وقعت عليه الإجارة، حاصل بالإضافة المسوقة لبيان العهد الخارجي و إذن حرف التعريف فيها يكون لغواً و خالياً من الفائدة.

و لعلّ إلى ما ذكرنا في هذا النحو من الاستدلال أشار الشيخ الأعظم بقوله: «فإن الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمة إمّا بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً، يعني قيمة يوم المخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، لا لأنّ ذا القيمة بغل غير معين، حتّى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، و القيمة إنّما هي قيمة المثل»^(١).

و فيه: أنّ المضاف إلى شيءٍ أوّلاً لا يضاف إلى غيره ثانياً لأنّ ذلك مخالف بطريقة أهل الاستعمال.

و يمكن أن يكون مراده عليه السلام: أنّ كلمة «قيمة» أُضيفت إلى كلمة «بغل» أوّلاً، ثم جملة «قيمة بغل» تضاف إلى جملة «يوم المخالفة» ثانياً فحينئذ يرجع إلى النحو الثاني من الاستدلال و يرده ما رده من تعريف كلمة «البغل» في الوافي و بعض نسخ التهذيب.

(١) المكاسب ٢٤٧/٣.

٤- ما ذكره الشيخ الأعظم رحمته ثانياً بقوله: «وإمّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة إلى البغل»^(١).

و مراده: إنّ لفظ يوم قيد للاختصاص الحاصل من إضافة لفظ «قيمة» إلى كلمة «بغل» فيكون الظرف أي «يوم» منصوباً للاختصاص و معنى الجملة: أنّ على الغاصب القيمة المختصة بالبغل يوم المخالفة أي الغصب.

و فيه: أولاً: العامل في الظرف لا يكون إلاّ الفعل أو شبهه دون الحرف. و ثانياً: الاختصاص الحاصل من الإضافة يكون معنأ حرفياً فلا يمكن أن يكون محكوماً به و لامحكوماً عليه، فإذن لامعنى لتقييده أصلاً.

٥- كلمة «قيمة» تضاف إلى «بغل» و كلمة «بغل» تضاف إلى «يوم» و لا بأس بتتابع الإضافات كما وقع في أفصح كلام العرب و هو قوله تعالى: ﴿مِثْلَ دَابِّ قَوْمِ نُوحٍ وَعَادٍ وَ ثَمُودَ وَ الَّذِينَ مِنْ بَعْدِهِمْ...﴾^(٢).

فحينئذ يصير المعنى: على الغاصب قيمةً بغلٍ يوم المخالفة أي الغصب. و فيه: لا يتم هذا الوجه مع تعريف كلمة «البغل» كما في الوافي و بعض نسخ التهذيب لأنّ الاسم المحلّي باللام لا يضاف إلى ما بعده كما هو الظاهر.

و أمّا المناقشة^(٣) في هذا النحو من الاستدل من عدم صحة اضافة لفظ «بغل» إلى «يوم» كما لا يصح أن يقال: دار يوم و أرض أمس و غرفة غد، لا تتمّ صحّة هذه الاضافة كما يصح أن يقال: رجل اليوم و مرأة الليل و عالم الغد و بطله و هذه الاضافة تعدّ من محاسن الكلام.

(١) المكاسب ٢٤٧/٣.

(٢) سورة غافر ٣١/.

(٣) المناقش هو المحقق الخوئي في مصباح الفقاهة ١٨٣/٣ كما أنّ جميع هذه الوجوه له.

الوجه الثاني: وهو ما احتمله جماعة^(١)

«من تعلق الظرف بقوله «نعم» القائم مقام قوله عَلَيْهِ: يلزمك، يعنى يلزمك يوم المخالفة

قيمة بغل» كما في المكاسب للشيخ الأعظم رحمته.

مراده ما ورد في سؤال أبي ولاد: رأيت لو عطب البغل و نفق^(٢) أليس كان يلزمني؟

قال عَلَيْهِ: نعم قيمة بغل يوم خالفته.^(٣)

لفظ «نعم» قام مقام فعل يلزمك فيكون شبيهة بالفعل و يصح تعلق الظرف به و أنه

العامل في الظرف، و يدلّ على ثبوت قيمة يوم الغصب أو القبض عليه.

ولكن يرد على هذا الاستدلال: أولاً: هذا يدل على أنّ الضمان يثبت في يوم المخالفة

و الغصب و أمّا مقداره غير مذکور، فهل يتعلق بقيمة البغل يوم الغصب أو التلف أو الأداء

أو غيرها لم يرد فيه.

و ثانياً: لا يمكن أخذ هذا الاستدلال لأنّه واضح البطلان من جهة أنّ الضمان لا يتعلّق

بالقيمة إلا بعد تلف العين و في يوم المخالفة، العين باقية فلا يمكن الأخذ به.

و ثالثاً: أ: يردّ هذا الاستدلال الجملة الآتية بعدها في الصحيحة حيث يسأل

أبو ولاد: فإن أصاب البغل كسرًا أو دَبْرًا^(٤) أو غمز^(٥)، فقال عَلَيْهِ: عليك قيمة ما بين الصحة و

(١) منهم: المحقق السبزواري في الكفاية ٦٤٣/٢ و سيّد الرياض ٢٧/١٤ و أصحاب المفتاح

١٤٨/١٨ و ٦٣٨/١٢ و الجواهر ١٠١/٣٧ و المستند ٢٩٠/١٤ و المكاسب ٢٤٧/٣ و

الكلّ يردّون عليه و لا يقبلونه.

(٢) عَطَبَ الرجل عطباً: هلك، يكون في الناس و غيرهم. و عطب البعيرة: انكسر، نَفَقَ الرجل و

الدابة نفوقاً: ماتا و خرجت روحهما.

(٣) وسائل الشيعة ١٢٠/١٩.

(٤) الدبر بالتحريك كالجراحة تحدث في الرجل و غيره.

(٥) غمزت الدابة: مالت من رجلها، و الغمز: العطش، و العقر: الجرح.

العيب يوم تردّه عليه.^(١)

حيث حكم الإمام عليه السلام بالأرش بقيمة يوم ردّه - أيّ يوم الأداء - . لا يوم قبضه أو غصبه.

ب: و كذا أجملة التي تليها من قوله عليه السلام: «أنّ قيمة البغل حين اكرى كذا و كذا فيلزمك»، حيث بظاهرها تدلّ على ثبوت قيمة يوم الاكتراء و لم يقل به أحد. نعم، لو لم تكن كلمة «يوم» في الصحيحة كما أدّعاها صاحب الجواهر بقوله: «إنّ الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب الصحيحة المحشاة «تردّه عليه» من دون لفظ «يوم» و معناه أنك تردّ الأرش عليه مع البغل...»^(٢).

و لأنّ ردّ الأرش لا يكون إلّا في يوم الردّ فحينئذ وجود كلمة «يوم» وعدمها في الرواية على السواء كما اعترف بما ذكرنا صاحب الجواهر بقوله: «... فالمتجه أن يراد منه أن عليك ردّ الأرش حين تردّ البغل».

فعليه لا يتم الردّ «الف»، ولكن لو قلنا بأنّ الأصل عدم الزيادة، فلا بدّ من الأخذ بـ«اليوم» و يتمّ الردّ و هذا هو المتجه.

و لذا قال الشيخ الأعظم في شأن هذا الوجه من الاستدلال: «بعيد جدّاً بل غير ممكن»^(٣).

أختتم هذا الوجه من الاستدلال بذكر مقالة العلامة الشيخ أبي الحسن الشعراني رحمته الله في تعليقه على الوافي قال: «قوله: «قيمة البغل يوم خالفته» يوم ظرف لغو متعلّق بيلزمك المقدّر، أي يلزمك القيمة لزوماً معلّقاً على التلف يوم خالفته فإنّه يوم تحقّق الغصب و هو

(١) وسائل الشيعة ١٩/١٢٠.

(٢) الجواهر ٣٧/١٠٢.

(٣) المكاسب ٣/٢٤٨.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥١٩

مبدأ الضمان، و حمله جماعة من الفقهاء إنَّ اليوم صفة القيمة أي القيمة الثابتة للبغل يوم المخالفة، و على هذا فهو ظرف مستقر و هو بعيد، إذ لا يختلف عادة قيمة البغل في خمسة عشر يوماً و لا يمكن أن يتردد الناس في أنَّ القيمة المضمونة قيمة أيَّ يوم منها، و لا مراد للإمام عليه السلام رفع ترددهم بأنَّها قيمة يوم الغضب و القرينة على ما ذكرنا قوله: «عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّه عليه» فإنَّ هذا أيضاً ظرف لغو متعلّق بيلزمك المفهوم من قوله عليه السلام: «عليك»، و ليس المراد القيمة الثابتة للبغل يوم الردّ، و يؤيده أيضاً قوله عليه السلام: «إنَّ قيمة البغل حين اكرى كذا...» لأنَّ يوم الإكتراء كان قبل يوم المخالفة و يوم الردّ و ثبوت قيمة يوم الإكتراء إن خالف قيمة اليومين ممّا لم يقل به أحد، فلا بدّ أن يكون قيمة البغل ثابتة غير متغيّرة في خمسة عشر يوماً بحيث يكون ثبوتها حين الإكتراء موجباً لثبوتها يوم المخالفة و يوم الردّ لعدم التغيير، فمن تمسك بهذه الصحيحة على وجوب خصوص قيمة يوم الردّ أو يوم الغضب كما نقله في الكفاية ^(١) فقوله ضعيف جداً ^(٢).

و قال قبله المحقّق النائيني: «أن يكون اليوم ظرف لغو متعلّق بعامل محذوف يدل عليه قوله عليه السلام: نعم، إذ هو في قوة القول بأنّه يلزمك بعد سؤال السائل أيلزمني، و ينبغي أن يعلم، أن الظرف و ما يجري مجراه كالجار و المجرور لا يقع إلّا لغواً، و منها ما تقع لغواً تارة و مستقراً أخرى:

و معنى ظرف اللغو: هو ما كان محمولاً على توابع الذات مثل زيد ضرب في الدار حيث أنّ في الدار يكون من قيود الضرب الذي من توابع الذات.
و معنى ظرف المستقر: هو ما كان محمولاً على نفس الذات مثل زيد في الدار، حيث

(١) الكفاية ٦٤٣/٢.

(٢) تعليقه على الوافي ٩٣٣/١٨.

إنّ «في الدار» من قيود نفس الذات لا من قيود توابعه فمثل كلمة «في» قد تكون من قيود الذات وقد تكون من قيود توابع الذات وهذا بخلاف مثل كلمة «من» حيث أنّها لا تقع إلاّ قيوداً لتوابع الذات فيقال: سير زيد من البصرة، ولا يقال: نفس زيد من البصرة. وكلمة اليوم ممّا لا يمكن أن يقع ظرفاً مستقراً ويجعل بنفسها محمولاً على الذات فيقال: القيمة يوم المخالفة، بل لا بدّ من جعله من قيود توابع الذات وهي في المقام يلزمك المقدّر بقريظة كلمة «نعم» الواقعة في جواب السائل «يلزمني كذا» فيصير المعنى يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل، وعلى هذا فقد يقال بأنّه لا يدل على لزوم قيمة يوم المخالفة، بل إنّما يدل على الضمان من يوم المخالفة وأمّا المقدار المضمون فهل هو قيمة يوم المخالفة أو غيرها فلا دلالة فيها...»^(١)

و ظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة المحقّق السيّد الخوئي - تبعاً لأستاذة المحقّق النائيني^(٢) عليه السلام: «نعم، لا بأس بدلالاتها على ذلك التزاماً، فإنّ ذكر القيمة فيها ثمّ إضافتها إلى كلمة بغل ثمّ ذكر يوم المخالفة بعد ذلك من القرائن الظاهرة على أنّ الإمام عليه السلام إنّما قدر مالية المغصوب وبيّن أنّ ضمانها بقيمة يوم المخالفة، إذ لا معنى لكون الضمان يوم الغصب فعلياً و يكون المدار فيه على قيمة يوم آخر»^(٣)

الفقرة الثانية: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكرى كذا و كذا فيلزمك»^(٤).

قال الشيخ الأعظم في تقريب الاستدلال بهذه الفقرة: «فإنّ إثبات قيمة يوم الإكتراء

(١) المكاسب و البيع ١/٣٦٠.

(٢) كما في تقريراته المكاسب و البيع ١/٣٦١.

(٣) مصباح الفقاهة ٣/١٨٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٩/١٢٠.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٢١

من حيث هو يوم الإكتراء لاجدوى فيه، لعدم الاعتبار به، فلا بد أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة، بناءً على أنه يوم الإكتراء، لأن الظاهر من صدر الرواية أنه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة، ومن المعلوم أن إكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنما يكون يوم الخروج، أو في عصر اليوم السابق، و معلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدّة القليلة»^(١).

توضيح كلامه: يوم الكري لضمان فيه لأن المستأجر لا يضمن العين المستأجرة قبل المخالفة فلا بد من حمله على فرض اتحاد يومَي الكري والمخالفة لأن فنطرة الكوفة التي هي مكان المخالفة قريبة من الكوفة التي هي مكان الاكتراء بحيث لا يقع فصل بين وقت الاكتراء وبين الوصول إلى القنطرة، فاليومين واحد و الاعتبار بيوم المخالفة للعلم بعدم اعتبار يوم الاكتراء و على فرض اختلاف اليومين القيمة فيهما تكون واحدة. وإنما ذكر يوم الكري لا المخالفة لأنها وقعت من القنطرة وإقامة الشهود على قيمة البغل حين المخالفة لعله كانت عسرياً لعدم من يطلع عليها وقت العبور بخلاف وقت الكري حيث أنه يقع غالباً بمجمع من الناس فلذلك ذكر يوم الكري و بعد جعل يوم الكري هو يوم المخالفة. كما ظهر من المحقق النائيني^(٢).

كما يظهر الأخير من الشيخ الأعظم بقوله: «إلا أن يقال: إن الوجه في التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء، لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس و جماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث أنه زمان المخالفة، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة بل للتنبيه على

(١) المكاسب ٣/٢٤٨.

(٢) المكاسب و البيع ١/٣٦٢.

سهولة معرفة القيمة بالبيئة كاليمين في مقابل قول السائل: «و من يعرف ذلك»، فتأمل»^(١).
قال الفقيه اليزيدي رحمته الله ردّاً على هذا الاستدلال: «لا يخفى ما فيه، إذ غاية ما في هذا البيان توجيهه بحيث لا ينافي ما دلّ على كون المدار على يوم المخالفة على فرض وجوده، وإلاّ فلا يمكن أن يكون دليلاً عليه كما هو الواضح...»^(٢).

ثم ردّ الشيخ الأعظم الاستدلال على هذه الفقرة بقوله: «نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحة بأنّه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوماً، و يكون السرّ في التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربّما يتوهّمه أمثال صاحب البغل من العوام: أنّ العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلك لأنّه خسّره المبلغ الذي اشترى به البغلة»^(٣).

ثم يؤيد الشيخ الأعظم هذا الرد بتأييدين:

الأوّل: «و يؤيّده: التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بـ«يوم [حين] اشترى» فإن فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم الخالفة من حيث أنّه يوم المخالفة»^(٤).

الثاني: «و يؤيّده أيضاً: قوله رحمته الله في ما بعد من جواب قول السائل: «و من يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اشترى كذا و كذا فيلزمك...» الخبر^(٥)، فإنّ العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول

(١) المكاسب ٢٥٠/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٥٠٥/١.

(٣) المكاسب ٢٥٠/٣.

(٤) المكاسب ٢٥٠/٣.

(٥) وسائل الشيعة ١٢٠/١٩.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٢٣

قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل، ثم لا وجه لقبول بينته، لأن من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه، وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له و يصدّقه فيه من دون محاكمة - والتعبير برده اليمين على الغاصب من جهة أنّ المالك أعرّف بقيمة بغله، فكان الحلف حقّ له ابتداءً - خلاف الظاهر»^(١).

واختار صاحب الجواهر^(٢) وتبعه المحقّق الإيرواني هذا الأخير في قضية الحلف من أنّ «في مورد الرواية لم يفرض مخاصمة...»^(٣).

و جوابه: كما مرّ عن الشيخ الأعظم من أنّه خلاف الظاهر، و ظاهرها أنّه وارد في مورد المخاصمة و المحاكمة. كما عن المحقّق السيّد الخوئي^(٤).

عويصة في الصحيحة

ثمّ هذا التأييد الأخير في كلام الشيخ الأعظم يعدّ عويصة في الصحيحة لأنّ الظاهر في النزاع في اختلاف القيمة أنّ المالك يدعي زيادة القيمة فهو مدّعٍ و الغاصب يدعي القيمة الأقلّ، و الأصل عدم زيادة القيمة فالأصل مطابق لقوله فهو منكرٌ، فعلى قانون القضاء، «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ولكن في الصحيحة عرض اليمين أوّلاً على المدعي ثم على المنكر وكذلك البينة، مضافاً إلى أنّه كيف يمكن الجمع بين اليمين والبينة في شخص واحد؟

و لذا تصدّي الأعلام إلى جوابها:

منهم: صاحب الجواهر و تبعه المحقّق الإيرواني رحمته الله في مقالته و قد مرّ جوابها و يأتي

(١) المكاسب ٢٥١/٣.

(٢) الجواهر ٢٢٤/٣٧.

(٣) حاشيته على المكاسب ١٥١/٢.

(٤) مصباح الفقاهة ١٩٢/٣.

نص الجواهر في المقام.

و تبعهما السيّد الحكيم في ظاهر كلامه الآتي.

و منهم: شيخ الطائفة

حملها على التعبد و تخصيص قانون القضاء بها إمّا مطلقاً أو في خصوص الدابة، قال في النهاية: «و من غصب غيره متاعاً و باعه من غيره ثمّ وجد صاحب المتاع عند المشتري كان له انتزاعه من يده... فإن اختلف في قيمة المتاع، كان القول قول صاحبه مع يمينه بالله تعالى...»^(١).

و علّله المحقّق في نكت النهاية بقوله: «إنّما كان القول قول المالك لأنّ الثابت في الذمة هي الشيء المغصوب، فإذا ادّعى الغاصب أنّ القدر المدفوع هو قيمته و أنكر المالك، كان القول قوله، لأنّ الغاصب يدعي خلاص ذمّته ممّا هو ثابت فيها بالقدر المدفوع و أنّ القدر هو قيمة ما في الذمة و على هذا التخريج لا تكون هذه الصورة خارجة عن الأصل»^(٢).

أقول: و أنت ترى لو تمّ ما ذكره المحقّق في تبين مراد الشيخ لم يكن كلامه تخصيصاً للقاعدة الكلّية ولكن الشيخ الأعظم استفاد من كلامه تخصيص القاعدة كما يأتي.

و قال الشيخ أيضاً: «.. و من اكرتري دابة ليركبها هو لم يجر أن يركبها غيره... و إذا اكرتها على أن يركبها إلى موضع مخصوص لم يجر له أن يتجاوزها... فإن اختلفا في الثمن كان على صاحبها البيّنة فإن لم تكن له بيّنة كان القول قوله مع يمينه فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المستأجر منه لزمه اليمين أو يصطلحان على شيء و الحكم فيما سوى الدابة فيما يقع الخلف فيه بين المستأجر و المستأجر منه كانت البيّنة على المدعي و اليمين على المدعى عليه»^(٣).

(١) النهاية ٤٠٢/.

(٢) النهاية و نكتها ١٧٩/٢.

(٣) النهاية ٤٤٦/.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٢٥

و صرح المحقق في نكتها بأنه عمل بصحيحة أبي ولاد فتكون مخصصة لقاعدة البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وأما غير الدابة ممّا يقع الخلاف في ثمنه فمشمول بعموم القاعدة^(١).

وقال في الحدائق ناقلاً عن الشيخ: «فذهب في النهاية إلى العمل بالخبر و جعل مقصوداً على مورده وهو الدابة»^(٢) ثم استقوى مختار الشيخ بقوله: «والمسألة لا تخلو من إشكال وإن كان ما ذهب إليه الشيخ لا يخلو من قوة لصحة الخبر و صراحته فيخصص به عموم القاعدة المذكورة كما خصصوها في مواضع عديدة»^(٣).

و حكى الشيخ الأعظم هذا الحمل من الشيخ بدقّة تليق به و بعده بقوله: «و أبعد منه حمل النص على التعبد و جعل الحكم في خصوص الدابة المغصوبة أو مطلقاً مخالفاً للقاعدة المتفق عليها نصاً و فتوى من كون البينة على المدعي واليمين على من أنكر كما حيكي عن الشيخ في بابي الإجارة و الغصب»^(٤).

أقول: أول من ردّ على الشيخ الطوسي في هذا التخصيص هو ابن ادريس قال بعد نقل مقالته الثانية في النهاية: «... و الصحيح أنه لا فرق بين الدابة و غيرها في ذلك، فالمفرّق يحتاج إلى دليل»^(٥).

و تبعه صاحب الشرائع و قال: «إذا تعدّى في العين المستأجرة ضمن قيمتها وقت العدوان ولو اختلفا في القيمة، كان القول قول المالك إن كانت دابةً، و قيل: القول قول

(١) النهاية و نكتها ٢/٢٨٠ و ٢٨١.

(٢) الحدائق ٢١/٥٩٥.

(٣) الحدائق ٢١/٥٩٦.

(٤) المكاسب ٣/٢٥٢.

(٥) الشرائع ٢/٤٦٥.

المستأجر على كلِّ حالٍ و هو أشبه»^(١).

أقول: أوَّلاً أشار بـ«قول» إلى الشيخ، و بـ«قيل» تعرض لقول ابن إدريس و هو يراه أشبه بقواعد المذهب.

و استجود العلامة قول ابن ادريس في المختلف^(٢).

و تبعهم ثاني الشهيدين و قال في ذيل قول المحقق: «القول بالتنصيص للشيخ عليه السلام و الأقوى ما اختاره المصنف من تقديم قول المستأجر مطلقاً، لأنَّه منكر»^(٣).

و استقره المحقق السبزواري و قال: «ولو اختلفا في القيمة قيل: القول قول المالك ان كانت دابة و هو قول الشيخ، و قيل: القول قول المستأجر و لعله الأقرب، لأنَّه منكر»^(٤).
و قال صاحب الحدائق: «و ذهب ابن ادريس إلى أن القول قول المستأجر لأنَّه منكر و لم يفرِّق بين الدابة غيرها و تبعه المتأخرون كالفاضلين و نحوهما غيرهما و أطرحوا الخبر من البين...»^(٥).

و قال في الجواهر ممزوجاً بمتنه: «إذا تلف المغصوب و اختلفا في القيمة فـ عن المقنعة^(٦) و النهاية^(٧) أن (القول قول مالك مع يمينه) بل (و) عن التحرير^(٨) (هو قول الأكثر)

(١) الشرائع ١٤٨/٢.

(٢) مختلف الشيعة ١٥٠/٦.

(٣) المسالك ٢٢١/٥.

(٤) الكفاية ٦٦١/١.

(٥) الحدائق ٥٩٥/٢١.

(٦) المقنعة ٦٠٧/.

(٧) النهاية ٤٠٢/.

(٨) تحرير الأحكام الشرعية ٥٥٠/٤.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٢٧

وإن كنا لم نجد له لغيرهما^(١).

(و قيل) و القائل الشيخ^(٢) و الحلبي^(٣) و الفاضل^(٤) و ولده^(٥) و المقداد^(٦) و الشهيدان^(٧) و الكركي^(٨) و غيرهم^(٩) على ما حكى^(١٠) عن بعضهم: (القول قول الغاصب) بيمينه، بل في المسالك^(١١) نسبته إلى أكثر المتأخرين، بل في الرياض^(١٢) إلى عامتهم. (و) لا ريب في أنه (هو أشبه) باصول المذهب و قواعده التي منها أصالة براءة ذمته باعتبار أنه غارم و منكر^(١٣).

و ذهب إلى هذا الجمع المحقق الخراساني و قال: «ربما يأتي عنه [أي من الشيخ الأعظم] أنه الحلف الفاصل للخصومة في مقام الحكومة، و يمكن أن يقال: إن الإمام عليه السلام إنما يكون بصدد الإشارة إلى ما يقع معه الخصومة، لا في مقام بيان موازين الحكومة لدى التشاجر و الخصومة، حيث إن الإنسان يحصل له الاطمينان بحلف خصمه غالباً لو لم يكن

(١) ولكن في الكفاية ٦٥٦/٢: «لا يبعد ترجيحه».

(٢) المبسوط ٧٥/٣ و ٩٥ - الخلاف ٤١٢/٣، مسألة ٢٦.

(٣) السرائر ٤٩٠/٢ و ٤٩٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ٣٩٩/٢ من الطبع الحجري - تحرير الأحكام الشرعية ٥٥٠/٤ - إرشاد الأذهان ٤٤٨/١ - مختلف الشيعة ١٢٨/٦ - تبصرة المتعلمين ١٠٩.

(٥) إيضاح الفوائد ١٩٦/٢.

(٦) التنقيح الرائع ٧٨/٤.

(٧) الدروس ١١٧/٣ - اللمعة ٢٣٦/ - المسالك ٢٤٨/١٢ - الروضة البهية ٥٨/٧.

(٨) جامع المقاصد ٣٣٦/٦.

(٩) نحو أصحاب المقتصر ٣٤٤/ و الشرائع ١٩٨/٣ و النافع ٢٤٩/.

(١٠) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٣٨٣/١٨ و ٣٨٤.

(١١) المسالك ٢٤٩/١٢ و تبعه صاحب الكفاية ٦٥٦/٢.

(١٢) رياض المسائل ٥١/١٤.

(١٣) الجواهر ٢٢٣/٣٧.

دائماً، وكان مراده من الحلف أو الردّ، الحلف في صورة اطمينانه بمقدار القيمة دون صاحبه و الردّ في صورة العكس فيحصل للجاهل منهما الاطمينان بحلف الآخر فتدبر^(١).
و في الرياض: «ولو لا إطباق متأخري الأصحاب على العمل بالأصل العام وأطراح الرواية لكان المصير إليها في غاية القوة، لكن لامندوحة عمّا ذكره، لاعتضاد الأصل بعملهم، فيترجّح عليها وإن كانت خاصة لفقد التكافؤ، ومع ذلك فالاحتياط لازم في المسألة بمراعاة المصالح»^(٢).

و قال الفقيه اليزدي رداً على سيّد الرياض: «قلت: بل هو في غاية القوة مع ذلك أيضاً، وعموم قوله سَلَّمَ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: البيّنة على المدعي و اليمين على من أنكر، كسائر العمومات قابل للتخصيص، و الرواية صحيحة كالصريحة، مع أنّ الحكم المذكور مناسب لأخذ الغاصب بأشقّ الأحوال، فتدبر»^(٣).

و كذلك اختار المحقق ألسيّد الخوئي رحمته اللهُ مقالة الشيخ وقال: «بل الظاهر - والله العالم - هو الأخذ بظاهر الصحيحة من توجه كلا الأمرين - أي الحلف وإقامة البيّنة - على المالك في خصوص الدابة المغصوبة أو في مطلق القيمي المغصوب، وإذن فتكون الصحيحة مخصصة لقاعدة البيّنة على المدعي و اليمين على المنكر، فلا غرو في ذلك، لأنّ تلك القاعدة ليست من القواعد العقلية حتّى لا تقبل التخصيص أو التقييد، بل هي قاعدة فقهية قابلة لذلك، كما أنّ سائر القواعد الفقهية كذلك، و عليه فالمستفاد من الصحيحة أنّه إذا اختلف المالك و الغاصب في زيادة القيمة و نقصانها جاز للمالك أن يحلف على ما يدعيه من زيادة القيمة أو يردّه إلى الغاصب، أو يقيم بينة على ذلك، فكان هذا الحكم تفضلاً من الشارع المقدس

(١) حاشيته على المكاسب / ٤٣.

(٢) رياض المسائل / ٥٢/١٤.

(٣) حاشية المكاسب / ٥٠٩/١.

للمالك على رغم من الغاصب»^(١).

أقول: فالقائل بتخصيص القاعدة بالصحيحة هما الشيخان و استقواه صاحب
الحدائق و اختاره المحقق الخراساني و الفقيه اليزدي و المحقق السيد الخوئي كما مرّ.
و منهم: صاحب الجواهر

قال في حمل الصحيحة: «قلت: لكن قد يقال: يمكن حمله على إرادة بيان أنّ ذلك
طريق لمعرفة القيمة مع التراضي بينهما في ذلك، لا أنّ المراد بيان تقديم قوله مع عدم
التراضي و إلاّ لم يكن معنى لقوله عليه السلام: «أو يأتي... بشهود» ضرورة عدم الحاجة إليهم في
إثبات قوله بناءً على أنّ القول قوله.

و لعل التأمّل الجيّد يقتضي أنّ المراد بالصحيح المزبور بيان أنحصار معرفة القيمة كما
هي بهما، لكن بالحلف على الوجه المزبور أو بالشهود، وهو كذلك فإنّ كلّاً منهما مدعٍ بالنسبة
إلى تعيين كون القيمة كذا في الواقع، و قولنا بتقديم قول الغاصب يراد منه تقديمه بالنسبة إلى
نفي شغل ذمّته بالزائد، لا على تعيين كون القيمة كذا، فلا دلالة في الصحيح المزبور على
فرض المسألة بما عند الأصحاب من كون المراد شغل ذمّة الغاصب بالزائد و عدمه.

بل إن لم يحمل على ما ذكرناه من التراضي بينهما على اليمين لم يكن معنى لقوله عليه السلام:
«تعرفها أنت و هو»، ضرورة كون المعرفة للمالك حينئذ، بناءً على أنّ القول قوله، و ليس
المراد من قوله عليه السلام: «فإن ردّ اليمين عليك» اليمين المردودة المصطلحة، إذ تلك إنّما هي على نفي
ما يدعيه المنكر، لا على إثبات ما يدعيه الغاصب فلا محيص حينئذ عن حمل الصحيح
المزبور على ما ذكرناه و إلاّ نافي قواعد القضاء، فتأمل جيداً. و الله العالم»^(٢).

(١) مصباح الفقاهة ١٩١/٣.

(٢) الجواهر ٢٢٤/٣٧.

٥٣٠ الآراء الفقهيّة - البيع (١) / ج ٤

أقول: قد مرّ هذا الحمل من الشيخ الأعظم وأنه يراه خلاف الظاهر^(١) ولكن اختاره المحقّق الإيرواني^(٢) وقد مرّ أنّ ظاهر الصحيحة وارد في مورد المحاكمة والمخاصمة.

و منهم: الشيخ الأعظم

و يظهر من حلّه دليل قيمة يوم التلف.

ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ توجيه الصحيحة بحيث لا يوجب تخصيص القاعدة مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة ممكن بوجهين:

الأوّل: إذا اتفقا المالك والغاصب على قيمة البغل في اليوم السابق على يوم المخالفة ثمّ اختلفا في قيمته يوم المخالفة بأن ادّعى الغاصب نقصانها في يوم المخالفة و ادّعى المالك بقاءها، فحينئذ يكون المالك منكراً لموافقة قوله مع أصالة عدم النقصان.

الثاني: إذا اتفقا على قيمة البغل في اليوم اللاحق ليوم المخالفة ولكن الغاصب يدّعي كونها في يوم المخالفة أقل من قيمتها في اليوم اللاحق و المالك ينكر الأقلية فحينئذ أيضاً المالك منكر لموافقة قوله مع أصالة عدم التغيير في القيمة أو الاستصحاب القهقرائي - على القول بحجبيته - .

ولكن الشيخ الأعظم بعد ذكر الوجهين قال: «و لا يخفى بعده»^(٣). و لعل وجه البعد حمل الصحيحة على الفرد النادر^(٤) في هذين الوجهين ولذا عدل عن قيمة يوم المخالفة بقيمة يوم التلف و حلّ العويصة في ضمن صورتين:

الاولى: المالك و الغاصب يتفقان على قيمة البغل - مثلاً يوم الاكتراء - ولكن اختلفا

(١) المكاسب ٢٥١/٣.

(٢) حاشية المكاسب ١٥١/٢.

(٣) المكاسب ٢٥٢/٣.

(٤) كما في هداية الطالب ٣٧٣/٢.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٣١

في تنزله عن تلك القيمة يوم التلف و عدمه فحينئذ لا بدّ من الأخذ بقول المالك لكونه موافقاً للأصل و هو بقاء القيمة و استمرارها أو استصحابها، و الغاصب يدعي نقصان القيمة فلا بد له من إقامة البينة فالقول قول المالك مع يمينه.

الثانية: يتفقان على أنّ قيمة يوم التلف متحدة -اجمالياً- مع قيمة يوم المخالفة أو الاكتراء أو أيّ يوم كان قبله، ولكنهما اختلفا في تعيين تلك القيمة و ادّعى المالك القيمة الأكثر و الغاصب القيمة الأقل فحينئذ المالك يدعي زيادة القيمة و يلزمه إقامة البينة و الغاصب منكر فيتوجّه عليه اليمين.

فما ورد في الصحيحة من توجّه اليمين على المالك أوّلاً يمكن تصحيحه في ضمن الصورة الاولى.

وما ورد فيها من توجّه اليمين على الغاصب ثانياً أو إقامة البينة من المالك تحمل على الصورة الثانية.

هذا كلّه حلّ الشيخ الأعظم^(١).

أقول: هذا الحل منه عائلاً أيضاً بعيد في غاية البعد إذ الظاهر من الصحيحة اتّحاد صورة توجّه اليمين على المالك مع صورة إقامة البينة له لأنّ الوارد فيها عطف اليمين بالبينة مع حرف «أو» الظاهر في أنّ كلاهما وظيفة المالك في صورة واحدة و عطف فيها بقاء التفرع عنوان ردّ اليمين على الغاصب أيضاً قرينة على اتّحاد صورة الدعوى كما أنّها على الأوّل المحقّق النائيني^(٢) و تبعه السيّد الخوئي^(٣). هذا أوّلاً.

و ثانياً: هذا البيان مناف لما اعترف به سابقاً من أنّ الغالب عدم تفاوت قيمة البغل

(١) راجع المكاسب ٢٥١/٣.

(٢) المكاسب و البيع ٣٦٦/١.

(٣) مصباح الفقاهة ١٩١/٣.

في مدَّة خمسة عشر يوماً. كما يظهر من المحقِّق الاصفهاني^(١) بانضمام إشكالين آخرين عليه فراجعهما.

و منهم: المحقِّق الأصفهاني

قال: «و عليه فيمكن الجواب عمَّا أشكله على الصحيحة من حيث قبول الحلف و

سماع البينة بوجوه ثلاثة:

أحدها: أن الإمام عليه السلام في مقام تعليم طريق لمعرفة القيمة، لا في مقام بيان موازين الحكومة لفصل الخصومة، وذلك لظهور السؤال والجواب فيما ذكرنا حيث قال السائل: «فمن يعرف ذلك؟» قال عليه السلام: «أنت و هو إمَّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردَّ اليمين فحلفت فيلزمه، أو يأتي صاحب البغل بشهود...». فالسؤال عن العارف، والجواب بأنَّه إمَّا يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله فيكون طريقاً عادياً لمعرفتك، حيث إنَّ الانسان بطبعه يطمئن بيمين غيره، وإمَّا أن تحلف أنت لمعرفتك بقيمته من حيث كان عندك في هذه المدَّة، فيطمئن المالك بحلفك، أو لا يعرف هو ولا أنت فيأتي بأهل الخبرة من المكارين المشاهدين للبغل فيكون قولهم طريقاً عادياً لمعرفتكما، فالصحيحة أجنبية عن بيان موازين القضاء حتَّى يشكل عليها بما مرّ فتدبر.

ثانيها: بحملها على بيان موازين القضاء، وحمل الدعوى على صورة غالبية في مقام

الدعوى، و هي دعوى المالك أنه اشترى البغل بكذا وأنه على ما كان كما هو المتعارف في باب مطالبة الضامن بقيمة ما اشتراه فيصدِّقه الضامن ولكنه يدعي بترك القيمة^(٢)، والمالك عليه اليمين لموافقة دعواه للأصل، ولكن الحلف - كما هو مختار جملة من المحقِّقين - إرفاق

(١) حاشية المكاسب ٤١٦/١.

(٢) الظاهر مراده عليه السلام تنزّل القيمة.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٣٣

بالمنكر لأنه وظيفة معيّنة، وإنما لم يكلف بالبينة لعدم تمكنه غالباً من إقامة البينة على النفي، لأنه لا يسمع منه البينة، وله في الشرع نظائر وليس ما ثبتت في غيره مما ثبت بأقوى من هذه الصحيحة.

ثالثها: بحملها على صورة غالبية أخرى، هي طبع دعوى الزيادة من المالك والنقص من الغاصب، وقول المالك مخالف للأصل وحقه إقامة البينة، لكنه ثبت في الشريعة في موارد قبول دعوى المدعي إما مطلقاً أو بيمينه، فليقبل هنا قول المدعي بيمينه مع مناسبة الحكم والموضوع حيث أنه أعرف بقيمة بغله، والغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فلا مانع من العمل بالصحيحة في قبول دعوى المالك بيمينه، فليست قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر غير مخصصة أصلاً حتى يستبعد تخصيصها بالصحيحة، بل مخصصة كثيراً في طرفيها، ولذا قال بمضمونها جماعة من الأعلام فتدبر جيداً^(١).

أقول: ما ذكره أولاً يرجع إلى جمع صاحب الجواهر رحمته الله بين الصحيحة والقاعدة الذي مرّ، وذكره الشيخ الأعظم و اعترض عليه بأن ظاهر الصحيحة هو مقام القضاء والحكم و تابع الإيرواني صاحب الجواهر كما مرّ، و الإعتراض وارد.

و ما ذكره ثالثاً يرجع إلى جمع الشيخ الطوسي رحمته الله الذي مرّ و يرد عليه بعدم وجود التكافؤ بين الصحيحة والقاعدة حتى تخصصها كما مرّ من صاحب الرياض^(٢) ولذا لم يقبل الأصحاب طوال ألف سنة هذا الجمع.

و أمّا ما ذكره ثانياً فيمكن أن يجمع به بين الصحيحة والقاعدة ولأنه صورة واحدة ولم يرد عليه ما يرد على الشيخ الأعظم من أن جمعه حلّ المشكلة في صورتين و ظاهر

(١) حاشية المكاسب ٤١٦/١ و ٤١٧.

(٢) راجع رياض المسائل ٥٢/١٤.

الصحيحة أنَّها وردت في صورة واحدة. إلاَّ أنه يرد عليه أنَّ هذه الصورة هي من الفرد النادر ولكن لا بأس به حيث ظهر عدم تمامية الباقي من الجموع فلا بدَّ من حمل الصحيحة عليه أو يأتي متنا فانتظر.

و منهم: السيّد الحكيم

قال: «ويمكن حمل الرواية على صورة التداعي عند الحاكم كما يقتضيه قول السائل: «من يعرف ذلك؟» فإنَّه ظاهر في السؤال عن طريق معرفة القيمة التي يلزم أداؤها، ويكون الجواب متكفلاً لبيان ثلاثة طرق: [١] إخبار المالك مع يمينه، [٢] وإخبار الغاصب كذلك، [٣] والبينة، فيكون قوله عنه: «إمّا أن يحلف الخ» تفسير لقوله عنه: «أنت و هو»، وقوله عنه: «أو يأتي الخ» بيان لطريق ثالث وهو البينة، فالجواب بيان لطرق القيمة في الجملة.

وليس المراد منه بيان طرق حكم الحاكم بمقدار القيمة كي يتعيّن حمل الكلام على بيان طرق الحاكم المترتبة التي هي البينة ثم يمين المنكر ثم اليمين المردودة، بل الكلام بيان لطرق معرفة القيمة في الجملة كلّ في محلّه. فمع جهل الغاصب والمالك تكون البينة طريقاً لهما، ومع جهل الغاصب و علم المالك يكون إخبار المالك مع يمينه حجة للغاصب، ومع جهل المالك و علم الغاصب يكون إخبار الغاصب مع يمينه طريقاً للمالك، والتأمل في قول السائل: «قلت: من يعرف الخ» يوجب الوثوق بظهور الرواية فيما ذكرنا، فلا تشمل صورة النزاع و الترافع إلى الحاكم، بحيث يكون ما ذكر منها طريق الحاكم في حكمه فلا حظ»^(١). أقول: يظهر من ذيل كلامه أنَّ ما ذكره من «حمل الرواية على صورة التداعي عند الحاكم» لا يحمل على ظاهره و إلاَّ كيف يجمع مع قوله: «فلا تشمل صورة النزاع و الترافع إلى الحاكم». وهذا مسافة الخلف بين القولين.

(١) نهج الفقاهة ٢٧٦.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٣٥

والظاهر أنه حمل الصحيحة على ما حملها صاحب الجواهر وتبعه الإيرواني بالمآل و
يرد عليه ما يرد عليهما من أن ظاهرها خصوص القضاء والحكم ولذا حملها عليه السلام أولاً على
صورة التداعي عند الحاكم فافهم.

و منهم: السيد الخميني رحمته الله

قال: «ثم إن في قوله: «فمن يعرف ذلك» احتمالين: أحدهما من يعرف قيمة البغل، و
على ذلك جرت كلماتهم، ثم وقعوا في حيص بيص في ارجاع الحلف والبينة إلى شخص
واحد، وهو خلاف قواعد باب القضاء فهرب كلٌّ مهرباً.

والثاني الذي هو ظاهر الرواية وإن لم أر احتمالاً في كلماتهم أن يكون المراد من يعرف
قيمة ما بين الصحيح والمعيب، لأنّ الجملة الأولى قد أعرض عنها سؤالاً وجواباً، وتوجّه
السائل إلى مسألة أخرى هي ضمان العيب، فأجاب بضمان قيمة ما بين الصحيح ومعيب
فقوله: «من يعرف ذلك» عقيب هذه الجملة ظاهر في الرجوع إلى الثانية والاختصاص
بالأولى بعيد جدّاً، والرجوع إليهما بعيد أو غير ثابت.

و مع الرجوع إلى الثانية يمكن أن يقال: إنّ الظاهر من قوله عليه السلام: «إمّا أن يحلف هو على
القيمة فيلزمك» هو الحلف على قيمة البغل المعيوب الموجود بين أيديهما لا على قيمة أيام
أخر، ومعلوم أن في الاختلاف بينهما في قيمة المعيوب يكون صاحب البغل منكراً، لأنّه
يريد أن يجلب النفع إلى نفسه، فينكر زيادة قيمة المعيب، بخلاف صاحبه، فإنّه يريد دفع
الضرر عن نفسه، فيدعي زيادة قيمته فمع كون قيمة الصحيح خمسين فإن كانت قيمة
المعيب عشرين يكون التفاوت ثلاثين، وإن كانت ثلاثين يكون التفاوت عشرين،
فالضامن يدعي ثلاثين و صاحب البغل ينكره، فالقول قوله، فيحلف أو يردّ الحلف إلى
صاحبه.

و أمّا قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم أكرى

كذا كذا» صريح في أن اختلافهما راجع إلى قيمته حال الصحة دون حال العيب وإن كان الاختلاف لتشخيص ما به التفاوت بينهما، ومن المعلوم أن في هذا الاختلاف يكون القول قول الضامن و صاحب البغل مدعٍ للزيادة.

وبالجملة: ظاهر الجملة الأولى هو الاختلاف في قيمة المعيب فيتوجه الحلف إلى صاحب البغل، و صريح الجملة الثانية أن الاختلاف بينهما في قيمة الصحيح لأن يوم الكراء يوم صحة البغل، و الاختلاف في قيمة الصحيح لتشخيص ما به التفاوت، فيكون صاحب البغل مدعياً و الضامن منكرًا، فالرواية متعرضة لصورتين من صور الدعوى بحسب الظهور و الصراحة و موافقة القاعدة و يستفاد منها الصورة الثالثة.

و ما 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، و لأقل من التعارض بين الظهور الذي قرّبناه و ظهور سياق الكلام في وحدة القضية فلا يصح الاستدلال بها و تخصيص القواعد المحكمة...»^(١).

أقول: مراده عليه السلام من الصورة الثالثة فرض التداعي أي كلّ منهما منكر و مدّع و يظهر حكمها من صورتين الأوليين كما يظهر من تقارير^(٢) بحثه الشريف.

و قد سمعت منه عليه السلام مخالفة جمعه لظاهر الرواية في الجملة لأن ظهورها في وحدة القضية فيرد عليه كلّ ما يرد على الشيخ الأعظم الذي قال بحمل الصحيحة على صورتين.

الجواب المختار:

لابدّ في هذا الجواب من ملاحظة أمور:

(١) كتاب البيع ٤١٨/١ و ٤١٧.

(٢) راجع البيع ٣٢٨/ للعلامة الفقيه الشيخ محمد حسن القديري رحمته الله المتوفى في شوال المكرم

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٣٧

الأول: إنَّ الصحيحة واردة في مقام القضاء والحكومة.

الثاني: إنها واردة في صورة واحدة لا أكثر.

الثالث: لا يمكن تخصيص القاعدة بها لعدم وجود التكافؤ بينهما.

الرابع: لا يمكن حملها على الفرد النادر، لأنها كانت حينئذ كفضية في واقعة فلا

يستفاد منها الحكم في غير هذه القضية والواقعة.

و بعد ملاحظة هذه الأمور يمكن حملها على فرض توافق المالك والغاصب على

القيمة الأولية للبغلة إما قيمة الشراء أو قيمة يوم الكراء أو قيمة حين الصحة أو قيمه حين

الغصب أو نحوها ثم يدعي الغاصب تنزل القيمة والمالك يقول ببقائها فحينئذ المالك منكر و

الغاصب مُدَّعٍ و حيث لم يكن للغاصب بينة غالباً حين التلف أو المرض أو الغصب أو نحوها

فلذا أغمض الإمام عليه السلام من إحضار بينة الغاصب وأمر بحلف المالك وإن لم يحلف وردَّ اليمين

على الغاصب فحلف فهو وإلا لو كان للمالك المنكر بينة تسمع منه و يحكم على طبقها.

و أنت ترى بأنَّ في جوابنا هذا يُراعى جميع الأمور الماضية و لا يرد عليه إشكالٌ

بإذن الله تعالى و الحمد و النعمة له.

فلا تكون الصحيحة عندنا مجملة^(١) فتكون حجة نأخذ بها.

الاستدلال للقول الثاني: قيمة يوم التلف

يظهر دليل قيمة يوم التلف من كلام الشيخ الأعظم عليه السلام الذي مرَّ و المناقشة فيه^(٣).

و يظهر دليل آخر من تقريب السيّد العاملي يقول: «و وجه هذا القول [الوجه] أنَّ الواجب

(١) كما ذهب إلى إجمالها لعدم حجيتها المؤسس الحائري عليه السلام على ما في تقارير بيعه بقلم شيخنا

آية الله الشيخ محمد علي الأراكبي عليه السلام راجع كتابه البيع ١٦٥/١.

(٢) المكاسب ٢٥١/٣.

(٣) جمع الشيخ الأعظم في حلِّ العويصة و المناقشة فيه.

زمن بقاء العين إنَّما هو ردُّها سواء كانت القيمة زائدة أو ناقصة من غير ضمان شيءٍ من النقص إجماعاً كما في المختلف^(١) و الروضة^(٢) فإذا تلفت وجبت قيمة العين وقت التلف لانتقال الحقِّ إليها لتعذرَّ البديل، ومع وجود العين لا تتعلَّق القيمة بالذمَّة وإنَّما الذمَّة مشغولة بردِّ العين، و الانتقال إلى القيمة انتقال إلى البديل وهو إنَّما يثبت حال وجوبه وهو حالة التلف^(٣).

أقول: ويمكن تأييد الإجماع بلا خلاف الوارد في المبسوط^(٤) وقصر الخلاف على أبي ثور في الخلاف^(٥) وكذا في التذكرة^(٦) إلَّا قال: «إنَّ بعض الشافعية وافقه». وفي المسالك^(٧) قصر الخلاف على شذوذ من العامة. قال في المفتاح: «وبه طفحت عباراتهم في المقام حتَّى ممَّن لا يعمل إلَّا بالقطعيَّات بل في مقامات أخر يأخذونه مسلماً، فالإجماع محضٌ لا ريب فيه معتضد بالأصل والاعتبار...»^(٨)

وقرَّب هذا الاستدلال صاحب الجواهر بقوله: «... لأنَّه وقت الانتقال إلى القيمة و إلَّا لقبه مكلف بردِّ العين من غير ضمان للنقص السوقي إجماعاً و احتمال منع الانتقال إلى القيمة حين التلف وإن كان هو وقت الانتقال إلَّا أنَّه ينتقل إلى الأعلى حينه يدفعه عدم

(١) مختلف الشيعة ١١٦/٦.

(٢) الروضة البهية ٤١/٧.

(٣) مفتاح الكرامة ١٥٢/١٨.

(٤) المبسوط ٦٣/٣.

(٥) الخلاف ٤٠٤/٣، مسألة ١٥.

(٦) تذكرة الفقهاء ٣٨٥/٢ من الطبع الحجري.

(٧) المسالك ١٨٢/١٢.

(٨) مفتاح الكرامة ١٩٨/١٨.

الدليل...»^(١).

و ردّ سيّد الرياض هذا الاستدلال بقوله: «و فيه نظر... و هو منع استلزام التلف الانتقال إلى القيمة حينه، إذ لا مانع من تعيين القيمة الأعلى حينه لأمر آخر كحديث لا إضرار ولا ضرر، إذ لا ريب أنّ حبس العين عن المالك حين ارتفاع قيمتها ضرر على المالك و تفويت لتلك القيمة العليا عليه...»^(٢).

نقل صاحب المفتاح هذا الردّ تحت عنوان قد يقال.^(٣)

و أمّا توهم الاستدلال له بالروايات الواردة في باب الرهن الظاهرة في أنّ القيمي إذا تلف انتقل ضمانه بمجرد التلف إلى القيمة لأنّها تدلّ على لزوم رعاية قيمة العين المرهونة حين تلفها و ملاحظة نسبتها مع الدين، فإن كانت مساوية له فلا شيء على الراهن و إن زادت عليه أخذ الزيادة و إن نقصت عنه ردّ على المرتهن مقدار ما نقص.

منها: موثقة ابن بكير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرهن فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، و إن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدّى إليه صاحبه فضل ماله، و إن الرهن سواء فليس عليه شيء.^(٤)

بتقريب: أنّ المراد من الهلاك هو التلف و يحاسب قيمة يوم التلف على المرتهن للراهن.

و منها: موثقة 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، و إن استهلكه تراّد الفضل

(١) الجواهر ١٠٥/٣٧.

(٢) رياض المسائل ٢٩/١٤.

(٣) مفتاح الكرامة ١٥٢/١٨.

(٤) وسائل الشيعة ٣٩١/١٨، ح ٣، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن.

بينهما. (١)

بتقريب: أنَّ المراد من الاستهلاك في الجملة الثانية هو فعل ما يوجب ضياع المال بتفريط المرتهن و تضييعه و ليس المراد منه الإهلاك و الإِتلاف لأنَّه حينئذٍ يخرج عن مورد ضمان التلف و يدخل في ضمان الإِتلاف. (٢)

و منها: صحيحة أبي حمزة (٣).

و منها: موثقة اسحاق بن عمار (٤).

و منها: صحيحة محمَّد بن قيس (٥) الماضية (٦).

و منها: خبر عبدالله بن الحكم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن عند رجل رهناً على ألف درهم و الرهن يساوي ألفين، و ضاع، قال: يرجع عليه بفضل ما رهنه، و إن كان أنقص ممَّا رهنه عليه رجع على الراهن بالفضل، و إن كان الرهن يسوي ما رهنه عليه فالرهن بما فيه. (٧)

فيردّه [أي يرد هذا التوهم]: أنَّ مورد هذه الروايات إنّما هو الإِتلاف أو التفريط و التضييع في مال الرهن، لعدم الضمان على المرتهن من دون تعدد و تفريط و إتلاف كما تدلُّ عليه عدّة من الروايات (٨)، و في فرض الإِتلاف زمان التلف و الضمان واحد و أمّا في فرض

(١) وسائل الشيعة ٣٨٦/١٨، ح ٢، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.

(٢) راجع كتاب البيع ٤٢١/١ للمحقّق الخميني عليه السلام.

(٣) وسائل الشيعة ٣٩٠/١٨، ح ١.

(٤) وسائل الشيعة ٣٩١/١٨، ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة ٣٩٢/١٨، ح ٤.

(٦) في بحث دفع توهم أنّ الأصل في الضمان هو القيمة راجع صفحة ٥٠٥ من هذا المجلد.

(٧) وسائل الشيعة ٣٩٢/١٨، ح ٥.

(٨) راجع وسائل الشيعة ٣٨٥/١٨، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٤١

التفريط وإن يمكن تغاير زماني التلف و الضمان ولكن الذي يسهل الخطب أنه لا دلالة في روايات الرهن على الضمان بقيمة يوم التلف ولا غيره بل تدل على أصل الضمان في فرض التعدي و التفريط كما تبّه عليه المحقق السيد الخوئي رحمته الله (١).

وقال: «و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما ورد في العتق على الضمان بقيمة يوم التلف لأن ذلك ورد في الإِتلاف و قد عرفت أنّ زمان التلف و الضمان واحد في صورة الإِتلاف» (٢).

الاستدلال للقول الثالث: أرفع القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين التلف
أُستدِلُّ لهذا القول بوجوه:

الأوّل: ما صرّح به الشهيد الثاني (٣) من دلالة صحيحة أبي ولّاد على هذا القول ولكنّه عليه السلام لم يذكر وجه دلالتها عليه (٤) و إليك بعض تقارير دلالتها:

أ: قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة في وجه دلالتها: «... وإن كان ظرفاً [أي يوم في جملة «نعم، قيمة بغل يوم خالفته] للزوم صار المعنى تلزمك القيمة في ذلك اليوم لكن يكون مقدار القيمة غير معلوم فيحتاج في تعيينه إلى دليل آخر... و قد يلوح من ذيله ما... يوافق... أعلى القيم» (٥).

و قال أيضاً: «... و لعلّه فهم ذلك من قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود

(١) مصباح الفقاهة ١٩٩/٣.

(٢) مصباح الفقاهة ١٩٩/٣.

(٣) مسالك الأفهام ١٨٦/١٢ - الروضة البهية ٤٣/٧.

(٤) بل قال الشيخ الأعظم في المكاسب ٢٥٣/٣: «و لم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب».

(٥) مفتاح الكرامة ٦٣٨/١٢.

يشهدون أن قيمة البغل حين اكرى كذا و كذا فيلزمك»^(١).

أقول: لعل نظره الشريف إلى أن صاحب البغل يقيم الشهود على أعلى القيم لا غيره غالباً، أو أنه يكون في يوم الاكتراء سليماً عن كلِّ و نقص بخلاف بعده.

ب: قال صاحب الجواهر في وجه دلالتها: «... اللهم إلا أن يقال: إنه بناءً على تعلق الظرف بالفعل المستفاد من قوله: نعم: يكون المراد أن ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف، فيضمن الأعلى منه حينئذ. بل إن جعل متعلقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً لعدم معقولية ضمان القيمة مع وجود العين فيكون الحاصل أنه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة»^(٢).

ولكن يرد على هذين التقديرين من الاستدلال: إنَّ ابتداء الضمان من يوم المخالفة و الغصب لا يُثبَّتُ أنَّ مقداره يكون أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف. مضافاً إلى أن ثبوت القيمة في الذمة مع وجود العين واضح البطلان.

و ضمان ارتفاع القيمة مع وجود العين ولكنها مخالفة لما تسالموا عليه^(٣) بل للإجماع كما مرَّ من العلامة^(٤) و ثاني الشهيدين^(٥)، و ضمانها مراعى بالتلف «فهو وإن لم يخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل»^(٦).

ولذا قال صاحب الجواهر نفسه في ردّه: «إلا أن ذلك كله كما ترى تجشم و خلط بين

(١) مفتاح الكرامة ١٥٠/١٨.

(٢) الجواهر ١٠٤/٣٧.

(٣) كما ذكره الشيخ الأعظم في المكاسب ٢٥٣/٣.

(٤) مختلف الشيعة ١١٦/٦.

(٥) الروضة البهية ٤١/٧.

(٦) كما ذكره الشيخ الأعظم في المكاسب ٢٥٣/٣.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٤٣

الضمان التقديري المتحقق بالمخالفة والضمان التحقيقي الحاصل يوم التلف كما هو واضح^(١).
ج: قال المحققون الأصفهاني^(٢) و النائيني^(٣) الخوئي في وجه دلالتها واللفظ للأخير:
«المغصوب مضمون على الغاصب في جميع أزمنة الغصب التي منها زمان ارتفاع القيمة إذ
يصدق على ذلك زمان المخالفة أيضاً ضرورة أن المراد من يوم المخالفة - في الصحيحة - إنما هو
طبيعي يوم المخالفة الذي يصدق على كل يوم من أيام الغصب، لا اليوم الخاص، و عليه فإن
ردّ الغاصب نفس المغصوب فهو، و إلا فإن ردّ أعلى القيم فقد ردّ قيمة يوم المخالفة بقول
مطلق، لدخول القيمة السفلى في القيمة العليا بديهته أنه لا يجب على الغاصب قيم متعددة
حسب تعدد أيام المخالفة، كما أنه لوردّ القيمة النازلة لمراد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، بل
أدى قيمة بعض أيام المخالفة»^(٤).

ثم ردّه السيّد الخوئي^{رحمته} بقوله: «إنّ الظاهر من قوله عليه السلام في الصحيحة، «نعم قيمة بغل
يوم خالفته» هو أوّل يوم حدثت فيه المخالفة، لا مطلق أيام المخالفة، إذ يوجد الطبيعي في
الخارج بأوّل وجود فرده، لأنّ موضوع الضمان في الصحيحة إنّما هو صرف وجود المخالفة.
... أضف إلى ذلك: أنّ ذيل الصحيحة شاهد صدق على عدم ارادة الطبيعة السارية
من يوم المخالفة، بل المراد منه هو اليوم الخاص المعهود، و ذلك الذيل هو قوله عليه السلام: «أو يأتي
صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا»، إذ لو كان المراد من
يوم المخالفة هو الطبيعي لما كان وجه لتعيين ذلك اليوم بيوم الاكتراء في هذه الفقرة، و لا

(١) الجواهر ١٠٤/٣٧.

(٢) حاشية المكاسب ٤١٧/١.

(٣) المكاسب و البيع ٣٦٧/١.

(٤) مصباح الفقاهة ١٩٢/٣.

لتعيين قيمة المغصوب - في ذلك اليوم - بالشهود»^(١).

د: ما ذكره المحقق المروج بقوله: «استفادة الحكم من مجموع الجملتين وهما: قوله عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفته»، وقوله عليه السلام: «عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّة»، بتقريب: أنّ القيمة المضمونة ليست خصوص قيمة يوم الغصب، بل المستقر على ذمة أبي ولاد - عند تعيُّب البغل - هو إحدى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف أو إلى ردّه معيباً إلى المكاري، ومن المعلوم اقتضاء اطلاق القيمة بين هذين الوقتين ضمان الجامع بين القيم، و أداء هذا الجامع منوط بدفع الأعلى...»^(٢).

أقول: يظهر ضعفه بما مرّ في جواب التّقارير السابقة.

الثاني: جماعة من الفقهاء - ومنهم الفاضل المقداد^(٣) و ابن فهد الحلبي^(٤) و الشهيد الثاني^(٥) ولكنه ناقش و عدل إلى الاستدلال بالصحيحة كما مرّ في الاستدلال الأوّل - استدلوأ: بأنّ العين مضمونة في جميع أزمنة الغصب و منها زمان ارتفاع قيمتها، و لا تفرغ الذمة إلّا بدفع أعلى القيم لفرض اشتغال الذمة بها.

و فيه: ناقش هذا الاستدلال كلُّ من أصحاب المسالك^(٦) و الرياض^(٧) و المفتاح^(٨)

(١) مصباح الفقاهة ١٩٣/٣.

(٢) هدى الطالب ٥٣٠/٣.

(٣) التنقيح الرائع ٧٠/٤.

(٤) المهذب البارع ٢٥٢/٤.

(٥) المسالك ١٨٧/١٢.

(٦) المسالك ١٨٧/١٢.

(٧) رياض المسائل ٢٩/١٤.

(٨) مفتاح الكرامة ١٥٠/١٨.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٤٥

والجواهر^(١) و المكاسب^(٢) و حاصلهم: أنه إن أُريد بضمان العين في أزمته الغصب وجوب قيمة ذلك الزمان على تقدير تلفها فهو معلوم إذ تداركها منحصر بذلك، لكنّه خلاف المفروض لأنّها لم تتلف و هذا الضمان التقديري لم يصر فعلياً.

وإن أُريد ثبوت القيمة العليا - و ان لم تتلف العين و تنزّلت قيمته بعد ذلك - فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين كما صرح به هنا العلامة في المختلف^(٣).

وإن أُريد به استقرار القيمة بمجرد الارتفاع المراعى بالتلف، فهو وإن لم يخالف الإجماع إلاّ أنّه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل يعتمد عليه.

ولكن الشيخ الأعظم وجّه هذا الاستدلال بقوله: «إنّ العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صار ماليتها مقومة بتلك القيمة، فكما أنّه إذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها و بين المالك حتّى تلفت، إذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين أن تتلف أو تبقى. نعم، لوردت تدارك تلك المالية بنفس العين، و ارتفاع القيمة السوقية أمر اعتبارى لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالاً و إنّما هو مقوم لمالية المال و به تمايز الأموال كثرة و قلة... فإن رُدّت العين فلامال سواها يضمن و إن استقرت عليا تلك المراتب لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة حيث إنّهُ يضمن الأعلى منها»^(٤).

و فيه: المنع من مساواة حيلولتي العين و القيمة، الغاصب إذا تصرف في مال غيره

(١) الجواهر ١٠٤/٣٧.

(٢) المكاسب ٢٥٣/٣.

(٣) مختلف الشيعة ١١٦/٦.

(٤) المكاسب ٢٥٤/٣.

بحيث كون عينه موجودة ولكن لا يتمكن المالك من الوصول إليه يحكم ببدل الحيلولة مادام لم يتمكن المالك من التصرف في عين ماله، ولكن الحيلولة بين المالك وقيمة ماله مع بقاء عينه وإمكان ردها فمردود، و مع تلف عينه يضمن الغاصب وإمّا مقدار ضمانه يكون بقدر أعلى القيم فهو أوّل الكلام و مصادرة بالمطلوب.

وقد مرّ في أبحاث المثلي في فرع مطالبة المالك بالمثل في غير مكان التلف^(١)، عدم جريان بدل الحيلولة في بحث المقبوض بالعقد الفاسد لأنّها مختص بوجود العين وكلامنا على وجوب المثل أو القيمة يكون في فرض تلف العين ولذا قال العلامة: «ولو غرم القيمة ثمّ قدر على المثل فلا يرد القيمة، بخلاف القدرة على العين»^(٢).

مضافاً إلى أنّ البعض لم يذهبوا إلى القول بالبدل الحيلولة حتى في الأعيان فكيف بها في القيمة؟! و يأتي تفصيل البحث حول البدل الحيلولة فانتظر.

وما ذكره في آخر كلامه يمكن أن يكون مؤيداً لنا في ما مرّ من القول بالضمان في المنافع غير المستوفاة لأنّ المنافع المتفاوتة المتضادة لا يمكن الجمع في استيفائها وحكم^(٣) بضمان الأعلى منها، فافهم.

الثالث: لا يستلزم يوم المخالفة أو التلف الانتقال إلى القيمة حينهما، «إذ لا مانع من تعيين القيمة الأعلى حينه لأمر آخر كحديث: لا إضرار و لا ضرر، إذ لا ريب أنّ حبس العين عن المالك حين ارتفاع قيمتها ضرر على المالك و تفويت لتلك القيمة العليا عليه» كما في الرياض^(٣).

و فيه أوّلاً: حديث لا ضرر يكون من الأدلة النافية للأحكام و لا يكون إثبات

(١) راجع الصفحة ٤٧٧ من هذا المجلد.

(٢) القواعد ٢٢٨/٢.

(٣) رياض المسائل ٣٠/١٤.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٤٧

حكم به كما مرّ تفصيل البحث في قاعدة لا ضرر في علم الاصول.
و ثانياً: إنّه وارد في مقام الامتنان، و ثبوت أعلى القيم به منافٍ للامتنان على الغاصب.

و ثالثاً: ما ذكره في الجواهر بقوله: «اقتضاء القاعدة المزبورة ضمان الأعلى مع فواته و إن ردّ العين نفسها و هو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمة عالية...»^(١).

الرابع: ما ذكره ابن ادريس في السرائر بقوله: «... فأما زيادة القيمة لارتفاع السوق فغير مضمونة مع الرد للعين المغصوبة لأنّ الأصل براءة الذمة و شغلها يحتاج إلى دليل شرعي، فإن لم يردّها حتّى هلكت العين لزمه ضمان قيمتها بأكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف لأنّه إذا أدى ذلك برئت ذمّته بيقين و ليس كذلك إذا لم يؤدّه»^(٢).

و ذكره السيّدان الوالد و الولد في الرياض^(٣) و المناهل^(٤) و سلام الله عليهما.
و فيه: إنّ المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر الاستقلاليين، و يؤخذ بالأقل و تجري البراءة عن الأكثر عند الكلّ و لذا قال في الجواهر: «مثله يجري فيه أصل البراءة ضرورة رجوعه إلى الشك في التكليف بين الأقل و الأكثر»^(٥).

الخامس: العين المغصوبة مضمونة بقاعدة اليد فنستصحب ضمانها إلى زمان دفع أعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف، للشك في ارتفاع الضمان بدفع ما هو أقل من

(١) الجواهر ١٠٥/٣٧.

(٢) السرائر ٤٨١/٢.

(٣) رياض المسائل ٣١/١٤.

(٤) المناهل ٢٩٩/.

(٥) الجواهر ١٠٦/٣٧.

ذلك. قال الشيخ الأعظم: «نعم، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد»^(١).

و فيه: أولاً: لا يجري الاستصحاب في المقام لأنّ اشتغال الذمّة لا يثبت إلا بالقيمة النازلة لجريان البراءة عن الأكثر فما هو المتيقن [القيمة النازلة] قد ارتفع يقيناً بأدائها وأمّا غيره [أي الأعلى و الأكثر] فلم يتعلق به اليقين من الأول.

و ثانياً: وإن كان المراد من استصحاب الضمان هو ضمان نفس العين فلازمه أن يدفع الغاصب قيمة يوم الرد، إلا أنّ هذا لا يحتاج إلى الاستصحاب لأنّ القاعدة الأوّليّة تقتضى ذلك كما مرّ و يأتي.

و الحاصل: استصحاب الضمان أمّا لا يجري، أو يجري و يثبت قيمة يوم الرد.
السادس: ما استدل به المحقّق الإيرواني بقوله: «فالأحسن في الاستدلال على ضمان أعلى القيم أنّه يصدق عند صعود القيمة أنّ الغاصب معتد يوم صعود القيمة بمالية صاعدة و مقتضى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى﴾ جواز أخذ تلك المالية منه بعد التلف مجازاة لاعتدائه... فظهر بما ذكرنا أنّ الحقّ من الأقوال هو هذا... و مقتضى الآية هو أعلى القيم»^(٢).
و فيه: غاية ما يمكن أن يقال دلالة الآية الشريفة الإعتدّ على أصل الضمان وأمّا إثبات أعلى القيم بها أو غيرها من مقادير الضمان فمشكل جداً.

الاستدلال للقول الرابع: أعلى القيم من حين الغصب إلى حين ردّ القيمة

استدل الوحيد البهبهاني لهذا القول بما نصّه: «... الردّ كان واجباً عليه في كلّ وقتٍ وقتٍ ففي وقت ارتفاع القيمة كان الواجب عليه أن يسلم هذه العين التي كان هكذا قيمتها،

(١) المكاسب ٢٥٥/٣.

(٢) حاشية المكاسب ١٥٢/٢.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٤٩

فحيننا ظلمه و حبس حقه و لم يعطه اضره و حال بينه و بين الذي كان بهذه القيمة العالية و كان حقه و ملكه، بل ربما كان في الحصار و يرتفع القيمة إلى آلاف ولو كان عنده فيبيعه و ينتفع و يحصل له أموال عظيمة فخره بل ربما كان اشترى بأموال عظيمة لاحتياجه إليه له و لعياله، بل ربما يتلف بسبب الحبس عياله و أمواله - مثل دوابه و غيرها - فهذا ضرر عظيم لا يناسب الشريعة القويمة العادلة المستقيمة، التي هي في غاية المتانة و الضبط و الحكمة أن يتضرر بلا تدارك أصلاً مع أنه لا ضرر في الإسلام. بل تتبع تضاعيف أحكام الشرع يكشف عما ذكرنا و لا يناسب الفرقة العدلية سوى ما ذكر. هذا على تقدير وجود عين ماله حينما صار في غاية الارتفاع.

و أمّا على تقدير العدم، فلا تأمل في أنه وقت غاية الارتفاع كان عليه أن يعطي قيمته لو كان يطالبه المالك و يلازمه و يضيق عليه و القيمة في غاية الارتفاع، لما استعرف وجهه و دليله، و معلوم أنه واجب عليه في كل آن و دقيقة أن يسلم إلى المالك بلا توقف على مطالبته و تضيقه و إزمه، فإذا كان وقت الارتفاع اشتغل ذمته بإعطاء القيمة - في هذا الوقت - على سبيل الوجوب الفوري الضيقي لا جرم يكون هذا الاشتغال مستصحباً شرعاً إلى أن يثبت خلافه و لم يثبت، بل الثابت أيضاً هو ما ذكرناه في العين الباقية فتأمل جداً...»^(١).

و يرد عليه أولاً: ضمان ارتفاع القيمة السوقية مع وجود العين وردّها مخالف للإجماع كما مرّ و لذا قال في نقده ابن اخته و تلميذه و صهره: «و فيه نظر مع أن الاجماع المحكي عموماً و خصوصاً على عدم ضمان القيمة السوقية يدفع هذا الوجه المبني عليه ما اختاره، مضافاً إلى شدوده و ندرة القائل به، إذ لم يحك القول به إلا عن الماتن [المحقق] في

(١) حاشية مجمع الفائدة و البرهان / ٦٢٤.

أحد قوليه^(١) وكافةُ الأصحاب على خلافه، لأنَّ الواجب القيمة فمتى حكم بها استقرت فلا عبرة بزيادتها و نقصانها يوم التلف»^(٢).

وقال تلميذه الآخر في المفتاح: «وهو كما ترى مع إطباق الأصحاب على خلافه»^(٣). وكذا قال صاحب الجواهر في ردّه: «وهو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمة عالية...»^(٤).

و ثانياً: ما مرّ من أنّ حديث لا ضرر تنفي الحكم ولا يثبت به الحكم.

و ثالثاً: ما مرّ من أنّ حديث لا ضرر أمتنانيّ و ثبوت أعلى القيم خلاف الامتنان

على الغاصب فلا يجري.

الاستدلال للقول الخامس: أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء

يمكن أن يستدل لهذا القول بأنّ يوم التلف هو يوم ثبوت الضمان ومنه إلى يوم الأداء

يجب على الغاصب إعطاء أعلى القيم كما مرّ دليله من الوحيد البهبهاني رحمته الله.

و فيه: يرد عليه ما اوردناه على القول الرابع، مضافاً إلى عدم وجدان قائله كما مرّ.

الاستدلال للقول السادس: قيمة يوم الأداء

ما مرّ من القاعدة الكلية من أنّ الأصل في الضمان هو المثل وفي فرض عدم وجدانه

ينقلب إلى القيمة، فحينئذ في وقت الأداء لو كان المثل موجوداً يجب على الغاصب إعطائه و

لو لم يوجد يجب عليه إعطاء قيمته في ذلك اليوم - أي يوم الأداء - وهذا القول هو مختار

الفقيه البيزدي رحمته الله و هو مختارنا و بعد قبول أنّ الأصل في الضمان هو المثل لا مناقشة فيه.

(١) الشرائع ١٨٩/٣ حيث يقول: «ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك على تردّد».

(٢) رياض المسائل ٣٠/١٤.

(٣) مفتاح الكرامة ١٥١/١٨.

(٤) الجواهر ١٠٥/٣٧.

الاستدلال للقول السابع: قيمة يوم البيع في مسألة المقبوض بالبيع الفاسد

قال العلامة في التذكرة: «تذنيب، لو باعه بحكم المشتري ولم يعين، بطل البيع إجماعاً، فإن هلك في يد المشتري فعليه قيمته...»^(١).

وقال في المختلف: «لا يجوز البيع بحكم أحدهما في الثمن فإن بيع أحدهما كذلك بطل البيع، ولو حكم الحاكم فيها بأي شيء كان لم يلزم بل يبطل البيع، فإن كانت السلعة قائمة استردّها البائع وإن كانت تالفة وجب على المشتري قيمتها... [ثم نقل عن الشيخ أنّه قال في نهايته]: من اشترى شيئاً بحكم نفسه و لم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً فإن هلك في يد المتنازع كان عليه قيمته يوم ابتياعه^(٢)... [ثم زاد العلامة] وكذا قال المفيد^(٣) وابن البراج^(٤) و ابو الصلاح^(٥)... ولنا: على بطلان البيع مع الجهالة الإجماع عليه، والنهي عن الغرر و الحكم غير لازم، إذ ذلك لا يصير ما ليس بثابت في الذمة ثابتاً...»^(٦).

قال الشيخ الأعظم: «ثم إنّه حكى عن المفيد و القاضي و الحلبي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشتري و لم يعلم له وجه، و لعلهم يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض فافهم»^(٧).

صاحب البغية ذكر وجه كلامهم بقوله: «و دليل هذا القول - بعد البناء على اتحاد يوم

(١) تذكرة الفقهاء ١٠٠/١٠.

(٢) النهاية ٣٣٦/ المطبوعة في ضمن الجوامع الفقهية، النهاية و نكتها ١٤٥/٢ و نقل في السرائر ٢٨٥/٢ عن الشيخ في نهايته.

(٣) المقنعة ٥٩٣/.

(٤) لم أجدها في المهذب و لا في جواهر الفقه.

(٥) الكافي في الفقه ٣٥٣/.

(٦) مختلف الشيعة ٢٤٤/٥ و ٢٤٣.

(٧) المكاسب ٢٥٥/٣.

القبض و البيع بحكم الغلبة - هو ما يدل على ضمان يوم الغصب، بناءً على اتحاد حكم المسألتين [المقبوض بالعقد الفاسد و الغصب] كما عن الحلّي دعوى الإجماع عليه...»^(١).
 وقال الفقيه البيهقي: «... وإن كان [مرادهم من يوم البيع هو يوم القبض] بعيداً إلا أنه لا بدّ منه، إذ لا وجه لاعتبار يوم البيع أصلاً فيجب التوجيه المذكور صوناً لكلامهم عن الفساد»^(٢).

واستدل لهم المحقق الأصفهاني بقوله: «ويمكن أن يقال: بناءً على الاستناد في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد إلى قاعدة الإقدام إن الإقدام العقدي على الضمان بالمسمى إذا كان إقداماً على الضمان بالعوض الواقعي، فالعوض الواقعي في حال الإقدام هي القيمة في يوم القبض، وإن كان تأثيره في ضمان هذه القيمة منوطاً بالقبض»^(٣).

أقول: ولكن المحقق الشهيدي^(٤) استدلل لهم بصحيفة رفاعة النّخاس. وتبعه المحقق المروّج^(٥) أذكرها لك أولاً ثم أذكر استدلالهما:

ففي صحيفة رفاعة النّخاس قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ساومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها مني، وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن، فقال: أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من القيمة، وإن كان ثمنها أقل مما بعثت إليه فهو له. قلت: جعلت فداك إن

(١) بغية الطالب ٢٧٠/١.

(٢) حاشية المكاسب ٥١٢/١.

(٣) حاشية المكاسب ٤٢٤/١.

(٤) هداية الطالب ٣٧٧/٢.

(٥) هدى الطالب ٥٤٧/٣.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٥٥٣

وجدت بها عيباً بعد ما مسستها، قال: ليس لك أن تردّها و لك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب منه^(١).

و الاستدلال يبتني على أمور:

الأوّل: بطلان البيع بحكم المشتري كما مرّ الاجماع عليه من العلامة في التذكرة و المختلف، حتّى صارت الصحيحة من مصاديق المقبوض بالبيع الفاسد. ولكن على قول صاحب الحدائق^(٢) من صحته فتخرج من مصاديقه.

الثاني: صيرورة الجارية بعد المسّ أمّ ولد و هي بحكم التلف.

الثالث: المراد من «قيمة عادلة» هي قيمتها يوم البيع.

بعد قبول هذه الثلاثة يتمّ دليل قيمة يوم البيع في المقبوض بالعقد الفاسد - فقط لا الغصب - تعبداً و لا يحتاج إلى تطبيقه مع يوم القبض، فعليه يمكن حمل أمر الشيخ الأعظم بالفهم في آخر كلامه إشارة إلى عدم إرادة يوم القبض من يوم البيع في كلامهم. ولكن الأصحاب أعرضوا عن هذه الصحيحة و ذهبوا بالإجماع إلى بطلان البيع بحكم المشتري - و كذا بحكم البائع أو غيرهما - فلا بدّ من حملها على قضية في الواقعة أو تأويلها حتّى لا تردّ، و على أيّ حال لا يتم الاستدلال.

كما على الأوّل - قضية في الواقعة - المقدس الأردبيلي حيث يقول: «و هي تدل على جواز الجهل في الثمن و أنّه يقع البيع صحيحاً و ينصرف إلى القيمة السوقية إذا بيع بحكم المشتري و لكن نقل الإجماع في التذكرة على اشتراط العلم مع عدم ظهور خلافه، يمنع القول بها و لكن تأويلها مشكل و كذا ردّها، فيمكن أن يكون حكماً في قضية و لا يتعدى»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ٣٦٤/١٧، ح ١، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) راجع كلامه في الحدائق ٤٦٢/١٨.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ١٧٦/٨.

و على الثاني - تأويل الصحيحة - المحقق السيّد حسين المشهور بخليفة سلطان^(١) في حواشيه على الفقيه قال حول الصحيحة: «لا يخفى أنّ البيع بحكم المشتري أو غيره في الثمن باطل إجماعاً كما نقله الفاضل في التذكرة وغيره، لجهالة الثمن وقت البيع، فعلى هذا يكون بيع الجارية المذكورة باطلاً، و كان وطى المشتري محمولاً على الشبهة، وأمّا جواب الإمام^(٢) للسائل فلا يخلو من إشكال لأنّ الحكم حينئذٍ ردّ الجارية مع عشر القيمة أو نصف العشر، أو شراؤها مجدداً بثمن يرضى به البائع مع أحد المذكورين، سواء كان بقدر ثمن المثل أم لا، فيحتمل حمله على ما إذا لم يرضى البائع بأقل من ثمن المثل و يكون حاصل الجواب حينئذٍ: أنه تقوم بثمن المثل إن أراد و يشتري به مجدداً و إن كان المثل أكثر ممّا وقع، ندباً أو^(٣) استحباباً، بناءً على أنه أعطاه سابقاً، و هذا الحمل و إن كان بعيداً عن العبارة، مشتتلاً على التكلّف لكن لا بدّ منه لئلا يلزم طرح الحديث الصحيح بالكلية»^(٣).

هذا تمام الكلام في المقام الثاني.

(١) هو السيّد علاء الدّين حسين ابن الأمير رفيع الدّين محمّد ابن الأمير شجاع الدّين محمود الحسيني المرعشيّ، المكتبى بأبي طالب و المعروف بسلطان العلماء و خليفة سلطان، المولود عام ١٠٠١ق، تصدى لوزارة الشاه عباس الأوّل خمس سنين و صاهره على ابنته، و للشّاه صفي سنتين ثم عزله و كحل عيون أولاده و نفاه إلى قم المقدسة، ثم تصدى الوزارة لشاه عباس الثاني ثماني سنين و ستة أشهر إلى آخر حياته و وافاه الأجل ببلدة الأشرف من بلاد مازندران بعد المراجعة مع السلطان المذكور من فتح قندهار الأفغان في عام ١٠٦٤ و نقل جثثانه إلى النجف الأشرف و قبره الآن هناك معروف يُزار، و له عدّة من الحواشي على كتب الكلام و المنطق و الحديث و الفقه و التفسير و الأصول تدلّ على طول باعه و تبحره في العلوم، لأجل ترجمته يراجع: أمل الآمل ٩٢/٢، جامع الرواة ٥٤٤/١، رياض العلماء ٥١/٢، تكملة أمل الآمل ٥٢٢/٢، الرقم ٦١٨ و غيرها.

(٢) كذا في المصدر.

(٣) نقل عنه في الحدائق ٤٦١/١٨.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة - الأول: حكم زيادة ثمن القيمي بعد التلف ٥٥٥

ثم لا بدّ من تتميم بحث القيمي بأمر:

الأول: حكم زيادة ثمن القيمي بعد التلف

قال المحقّق: «و لا عبرة بزيادة القيمة و لا بنقصانها بعد ذلك - أي التلف - على

تردّد»^(١).

و قال ثاني الشهيدين في وجه تردّده: «... نعم، لو قلنا بأنّ الواجب في القيمي مثله كما ذهب إليه ابن الجنيد^(٢) مخيراً بين دفع المثل و القيمة، و مال إليه المصنّف [المحقّق] في باب القرض^(٣)، أتجه و جوب ما زاد من القيمة إلى حين دفعها كما في المثلي. و المصنّف [المحقّق] عليه السلام تردّد في ذلك، لما ذكرناه من الشك في كون الواجب في القيمي المثل أو القيمة، و الأظهر اعتبار القيمة، فلا يتغيّر بعد الحكم بها»^(٤).

أقول: الشيخ مقدّم على المحقّق في اختيار هذا القول في باب القرض من الخلاف^(٥) و تبعهما العلامة^(٦) في باب القرض ولكن إن كان ممّا ينضبط بالوصف - و هو ما يصح السلف فيه - لا ما لا ينضبط بالوصف.

و قد مرّ في أوّل البحث عن القيمي من أنّ الضمان بعد تلف العين ينتقل إلى المثل حتّى في القيميّات و مع فرض عدم وجدانه ينتقل إلى القيمة كما يظهر من الشيخ الأعظم^(٧) و

(١) الشرائع ١٨٩/٣.

(٢) حكاة عنه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد ١٧٤/٢ و ١٧٥، و الشهيد في غاية المراد ٣٩٨/٢ و قد مرّ في أوّل البحث عن القيمي فراجع ٤٩٧ هناك و صفحة ٤٢٧.

(٣) الشرائع ٦٢/٢.

(٤) المسالك ١٨٨/١٢، و نحوها في الروضة البهية ٤٠/٧.

(٥) راجع الخلاف ١٧٥/٣، مسألة ٢٨٧.

(٦) تذكرة الفقهاء ٣٠/١٣ و ٣١.

(٧) المكاسب ٢٤١/٣.

صرَّح به الفقيه البيزدي^(١) واختار هذه القاعدة السيِّد الخوئي^(٢)، وإذا كان المثل على الذمة حتَّى في القيميات، يتجه القول باعتبار قيمة يوم الأداء - كما هو المختار - ويحكم بضمان زيادة الثمن حتَّى بعد التلف وقبل الأداء.

وليس في البين إجماعٌ تعبديُّ حتَّى يمنعنا من هذا القول.

وأما مقالة المحقق الخميني^(٣) من «أنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف حتَّى على القول بأنَّ القيمي مضمون بالمثل، لأنَّ عمدة دليل الضمان قاعدة اليد، وهي لا تشمل المثل الذي على العهدة، ولو قلنا بأنَّ ارتفاع القيم مضمون، وذلك لأنَّ 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»^(٣).

فغير تامَّة بما مرَّ في المقام الأوَّل من البحث القيمي بدلالة الروايات الكثيرة على ضمان القيميات وكذا الآية الاعتداء، فحديث اليد لم يكن عمدة دليل الضمان هذا أولاً. وثانياً: حديث اليد أيضاً يدل على ضمان ما في العهدة والذمة، لأنَّ بعد وضع اليد عليه خارجاً، يصدق الأداء - الذي جعل غاية للعهدة ورافعاً للضمان - على كلِّ من العين و بدلها، فحينئذ لا بدَّ من إرادة معني من الحديث حتَّى ينطبق على كلِّ ممَّا تحت اليد خارجاً و على العهدة والذمة.

وبما ذكرنا يظهر ضعف مقالة الشيخ الأعظم في قوله: «ثمَّ إنَّه لا عبرة بزيادة القيمة

بعد التلف على جميع الأقوال...»^(٤).

(١) حاشية المكاسب ٤٩٥/١ وما قبلها.

(٢) مصباح الفقاهة ٢٠١/٣ وما قبلها.

(٣) كتاب البيع ٤٣٠/١.

(٤) المكاسب ٢٥٦/٣.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة - الثاني: حكم ارتفاع القيمة بحسب الأمكنة ٥٥٧

لأنك ترى اعتبار زيادة القيمة على القول المختار - وهو قيمة يوم الأداء -، اللهم إلا أن مراده من «جميع الأقوال»، الأقوال الثلاثة الأولى أعني قيمة يوم الغضب، و يوم التلف، و ارفع القيم من يوم الغضب إلى حين التلف، و يمكن إلحاق القول السابع - قيمة يوم البيع في مسألة المقبوض بالبيع الفاسد - بهنّ.

ولكن على القول الرابع - وهو أعلى القيم من حين الغضب إلى حين ردّ القيمة - و على القول الخامس أو وجهه - وهو أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء - و على القول السادس و هو المختار - أي يوم الأداء - لا يتم ما ذكره و زيادة القيمة بعد التلف تكون معتبرة، و سبحانه من لا يسهو.

الثاني: حكم ارتفاع القيمة بحسب الأمكنة

ذهب الشيخ الأعظم^(١) في بحث المثلي إلى جواز مطالبة المالك بالمثل بلا فرق بين كونه في مكان التلف أو غيره، و لا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا، وفاقاً لجماعة من الفقهاء، ولكن يتم عنده كلّ هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة.

و قد ناقشنا كلامه هناك من جواز المطالبة للمالك في أي بلد شاء ولكنّه مشروطٌ بتساوي القيمة السوقية مع بلد التلف أو الغضب أو القرض بلا فرق بين المثليات و القيميات^(٢).

ولكنّه ذهب هو - في القيميات - إلى اعتبار قيمة مكان التلف^(٣) - و لعله بُيِّنَ هو

(١) راجع المكاسب ٢٢٤/٣.

(٢) راجع ما كتبتّه حول هذا الفرع: هل يجوز مطالبة المالك بالمثل في غير مكان التلف؟ صفحة ٤٧٧ من هذا المجلد.

(٣) المكاسب ٢٥٦/٣.

القائل بقيمة يوم التلف^(١) - فإذا كان في بلد أو مكان آخر يتساوي مع قيمة مكان التلف فهو وإلا العبرة بقيمة مكان التلف. لا بالزيادة و النقيصة منها في غيره.

و أنت ترى بأنَّ قيمة مكان التلف يمكن أن يختص بقائل قيمة يوم التلف وأما غيرها من الأقوال فلا، فما ذكره رحمته بإطلاقه غير تام.

ثم لا أدري ما الفرق بين المثلي و القيمي، حيث أنه رحمته قائل بجواز المطالبة بالمثل في غير مكان التلف ولو كانت قيمته بأزيد من قيمة مكان التلف. ولكن في القيمي ذهب إلى اعتبار القيمة بقيمة مكان التلف لا الأزيد منها و لا الأتقص. الظاهر أنَّ التفصيل بينهما في غير محلّه.

اللهم إلا أن يقال: بأنَّ الفارق بينهما موجود و هو الدليل التعبدي في القيميات و هي صحيحة أبي ولاد الماضية.

ولكن قد مرّت المناقشة في دلالتها عندنا.

ثم هل بحث الأمكنة في القيميات تابع لبحث الأزمنة فيها بحيث من يقول بقيمة يوم الغصب يقول بقيمة مكان الغصب و من يقول بقيمة يوم التلف يقول بقيمة مكانه و هكذا أم لا؟

قال الفاضل المراغي رحمته: «هذا البحث (تعيين القيمة بحسب المكان) قد أغفله الأصحاب و لم يتعرّضوا له في شيء من هذه الأبواب مع الاختلاف الفاحش في القيمة بحسب الأمكنة كالأزمنة... لكن السبب في ترك الأصحاب هذا العنوان هل هو من جهة تبعيته للزمان؟... و هذا الاحتمال بعيد جدّاً، نظراً إلى بُعد انفهام هذا المطلب ممّا ذكره في الزمان، و عدم تصريح منهم في ذلك... مع أنّ في كلامهم ما يدلّ على وجوب ردّ المال

(١) راجع المكاسب ٢٥١/٣ في جواب حلّ العويصة الواردة في صحيحة أبي ولاد الماضية.

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة - الثالث: حكم ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية ٥٥٩

المغضوب إلى المالك أي مكان شاء أو أراد... والذي أراه: أن دفع القيمة بحسب المكان منوط بالمكان الذي يجب الدفع فيه، فإن قلنا: إن الاختيار بيد المالك فأبي مكان اختاره في الردّ فيعتبر قيمته. وإن قلنا: ليس كذلك بل المعتبر الردّ في محل الغصب إلا أن يرضى المالك بما هو أقلّ منه مؤنة أو المساوي فالمدار على مختار المالك فيكون الميزان محلّ الغصب»^(١).

أقول: نعم، للمالك اختيار ماله في الردّ في أيّ مكان شاء ولكن بشرط أن يكون قيمته مع قيمة بلد المال واحداً أو يكون أقلّ من ذلك، أمّا إذا كان أكثر من قيمة بلد المال فلا، لأنّ ذمّة الضمان لا يكون مشغولاً بأكثر من ذلك كما مرّ فراجع ما حررناه في بحث المثلي. والله سبحانه هو العالم.

الثالث: حكم ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية

قال المحقق: «لو زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت الصفة، ثم عادت الصفة والقيمة، لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لأنها انجبرت بالثانية. ولو نقصت الثانية عن قيمة الأولى ضمن التفاوت. أمّا لو تجددت صفة غيرها، مثل إن سمّنت فزادت قيمتها، ثم هزلت فنقصت قيمتها، ثم تعلّمت صنعة فزادت قيمتها، ردّها وما نقص بفوات الأولى»^(٢).

وقال ثاني الشهيدان في شرحه: «إذا تجدد الكمال بعد النقصان، سواء كان الكمال الأوّل الذي توسط نقصه موجوداً من حين الغصب أم تجدد في يد الغاصب، فإن كان الكمال الثاني هو الأوّل بعينه، كما لو كان صانعاً أو عالماً فنسي العلم والصنعة ثم تذكّرهما، فلا شبهة في جبر المتجدد للذاهب، لأنّه ذهب ثم عاد فكأنّه لم يزل، ولا يردّ أن ذلك العلم غير باقٍ فالعائد غير الزائل لمنع ذلك أوّلاً، ولو سلّم لزمه ضمانه وإن لم ينس، لأنّه يتجدد في يد

(١) العناوين ٥٣٧/٢ و ٥٣٦.

(٢) الشرائع ١٩٤/٣.

الغاصب بعد زوال ما كان حالته.

وإن لم يكن عينه فلا يخلو: إمّا أن يكون من الوجه الذي حصل فيه الأوّل كما لو هزلت الجارية ثم سمتت و عادت القيمة كما كانت ففيه قولان:
أحدهما: أنه يجبر أيضاً، و يسقط العزم كما لو أبق العبد فعاد، أو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض، وهذا هو الذي يقتضيه إطلاق المصنف حيث خصّ الضمان بصفة غيرها، وإن كان ظاهر قوله: «ثمّ عادت الصفة»، قد يقتضي خلاف ذلك، لأنّ السمن الأوّل غير الثاني، إلاّ أنّ الصفة - وهي نفس السمن - واحدة.

و الثاني: العدم، لأنّ السمن الثاني غير الأوّل، و الأوّل وقع مضموناً، و الثاني تجدد هبة من الله تعالى كالأوّل لو كان متجدداً، فلا يحصل للغاصب بسببه شيء، و هذا أظهر.
ثمّ على القول بالانجبار إنّما يسقط الضمان مطلقاً لو عادت القيمة بتمامها بالعائد، فلو لم تبلغ القيمة الأولى ضمن ما بقي من النقصان.

وإن كان الكمال من وجه آخر، بأن نسي صنعة و تعلّم أخرى، أو أبطل صنعة [صفة] الإباق و أحدث صنعة أخرى، فلا انجبار بحال، و على هذا فلو تكرّر النقصان و كان في كلّ مرّة مغايراً بالنوع للنقص في المرّة الأخرى ضمن الكلّ. حتّى لو غصب جارية قيمتها مائة فسمنت و بلغت القيمة ألفاً، و تعلّمت صنعة فبلغت ألفين، ثمّ هزلت و نسيت الصنعة فعادت قيمتها إلى مائة، ردّها و غرم ألفاً و تسعمائة، ولو علم العبد المغصوب سورة من القرآن أو حرفة فنسيها، ثم علّمه حرفة أو سورة أخرى فنسيها أيضاً، ضمنهما.

وإن لم تكن مغايرة، كما إذا علّمه سورة واحدة أو حرفة واحدة مراراً و هو ينساها في كلّ مرّة، ففيه الوجهان، [١] فإن قلنا: لا يحصل الانجبار بالعائد ضمن النقصان في كلّ مرّة، [٢] و إن قلنا: يحصل، ضمن أكثر المرّات نقصاناً». ثم ذكره بعد ثلاثه فروع

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة - الثالث: حكم ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية ٥٦١

مرتبطات بالبحث فراجعها.^(١)

قال العلامة في القواعد: «و لا يُجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف وإن تساوى قيمة، بخلاف ما لو اتفقا جنساً»^(٢).

وقال العملي في ذيل كلامه في المفتاح: «نحوه ما في المبسوط^(٣) و الشرائع^(٤) و التذكرة^(٥) و التحرير^(٦) و الإرشاد^(٧) و الدروس^(٨) و جامع المقاصد^(٩) و غيرها. و الحاصل: إنَّ العائد إن كان من نوع آخر لم يحصل الانجبار به إجماعاً كما يظهر من مجمع البرهان^(١٠)، و قد قطع به الأصحاب كما في الكفاية^(١١).

قلت: و ظاهرهم القطع أيضاً بالانجبار و عدم وجوب الأرش فيما لو اتفقا جنساً كما لو كان كاتباً أو عالماً أو خياطاً فنسي ثم تذكر إذا لم يفت شيء و في المسالك^(١٢) أنه لا شبهة فيه

(١) المسالك ١٢/٢٢١-٢١٩.

(٢) قواعد الأحكام ٢/٢٣٣.

(٣) المبسوط ٣/٨٤.

(٤) الشرائع ٣/١٩٤.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٦ و ٣٨٧ من الطبع الحجري.

(٦) تحرير الأحكام الشرعية ٤/٥٤٠ و ٥٤١.

(٧) إرشاد الأذهان ١/٤٤٧.

(٨) الدروس الشرعية ٣/١١٢.

(٩) جامع المقاصد ٦/٢٩١.

(١٠) مجمع الفائدة و البرهان ١٠/٥٤٥.

(١١) الكفاية ٢/٦٥٣.

(١٢) المسالك ١٢/٢١٩.

و اختلفوا فيما إذا كان سميماً فهزل ثمَّ سمن فصريح المبسوط^(١) والإرشاد^(٢) ومجمع
البرهان^(٣) و ظاهر الشرائع^(٤) أنَّه يجبر الثاني الأوَّل، لأنَّ الأصل عدم الضمان ولا دليل على
الضمان سوى قولهم: إنَّهما بمنزلة صفتين مختلفتين، وليس بدليل يعول عليه، ولا إجماع إلَّا في
المتغايرين. و صريح التذكرة^(٥) و جامع المقاصد^(٦) و ظاهر الدروس^(٧) أنَّه لا يجبر^(٨)، لأنَّ
الثاني مال متجدِّد للمالك و الأوَّل مال ذاهب، ويقولون: إنَّه بعد الهزال صار الأصل الضمان.
و اقتصر في الكفاية على قوله: فيه قولان^(٩).

و كلام التذكرة لا يخلو من اضطراب، لأنَّه قد صرَّح فيها أيضاً بأنَّه لو مرض العبد ثمَّ
عوفي وجب ردُّه من غير شيء^(١٠)، ومثله قال في التحرير^(١١) كنا تقدّم التنبيه عليه، ونحوه
ما يأتي للمصنف [العلامة في القواعد] في آخر الفصل الثاني^(١٢).

إذا تقرّر هذا فلو كان الكمال من وجهٍ آخر مثل إن نسي صنعة كانت قيمته معها مائة

(١) المبسوط ٦٤/٣.

(٢) إرشاد الأذهان ٤٤٧/١.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٥٤٥/١٠.

(٤) الشرائع ١٩٤/٣.

(٥) تذكرة الفقهاء ٣٨٦/٢ و ٣٨٧ من الطبع الحجري.

(٦) جامع المقاصد ٢٩١/٦.

(٧) الدروس الشرعية ١١٢/٣.

(٨) و عدم الانحيار هو الأظهر عند ثنائي الشهيدين في المسالك ٢٢٠/١٢ كما مرّ.

(٩) الكفاية ٦٥٣/٢.

(١٠) تذكرة الفقهاء ٣٨٧/٢ من الطبع الحجري.

(١١) تحرير الأحكام الشرعية ٥٤١/٤.

(١٢) قواعد الأحكام ٢٣٦/٢: وفيه: «ولو نقصت قيمة لعيبٍ، ثمَّ زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة».

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة - الثالث: حكم ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية ٥٦٣

فصارت إلى خمسين ثم تعلّم صنعةً أخرى غير الأولى فعادت إلى مائة ردّه وردّ معه خمسين، ولو تكرّر النقصان وكان في كلّ مرّة مغايراً بالنوع للنقص في المرّة الأخرى ضمن الكلّ كما لو غصب جارية...»^(١).

وفي الجواهر في ذيل قول المحقّق: «أمّا لو تجدّدت صفة غيرها...» قال: «بلا خلاف أجدّه فيه، بل الإجماع بقسميه عليه بل هو مقتضى الضابط الذي ذكرناه، ضرورة زيادة القيمة بتقدير السمن الفائت مع الصفة المتجددة، فيضمنه الغاصب الذي قد فات تحت يده»^(٢).

و مراده من الضابط هو قوله ﷺ: «... فكلّ صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجدّدة و تزداد القيمة بذلك هي لا تنجبر بالمتجدّدة، وكلّ صفة لا يمكن تقديرها مع المتجدّدة أو أمكن ولكن لا تزيد بها القيمة عن المتجدّدة بل هي هي أو تنقص لا تضمن و تنجبر بالثانية»^(٣). وقال الشيخ الأعظم: «إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس، وأمّا إذا كان حاصلًا من زيادة في العين فالظاهر - كما قيل - عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم...»^(٤).

مراده: أنّ ارتفاع القيمة عند الغاصب لأجل زيادة عينية كسمن الشاة أو تعلّم صنعة للعبد نحو الكتابة و النجارة، ثمّ عادت العين إلى ما كانت عليه حين الغصب حتّى تلف عند الغاصب، كانت هذه الزيادة أو الصفة مضمونة كضمان العين المغصوبة، وفي هذه الحالة تجري أعلى القيم بلا خلاف.

(١) مفتاح الكرامة ١٨/٢٥٢-٢٥٠.

(٢) الجواهر ١٧٣/٣٧.

(٣) الجواهر ١٧١/٣٧.

(٤) المكاسب ٢٥٦/٣.

ثم قال الشيخ الأعظم: «نعم، يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، وأنَّ العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم»^(١).

أقول: وقد مرَّ في الخلاف الماضي أنَّ العبرة بقيمة يوم الأداء و الدفع وكذلك بالنسبة إلى الزيادة العينية الفائتة تُحسب بقيمة يوم الأداء و الحمد لله.

الرابع: كيفية تقويم مال القيمي

تعرّض الأصحاب -رضوان الله تعالى عليهم- لها في الأبواب المتعدّدة نحو: إخراج الزكاة، و الخمس، و الوصايا من الثلث، و الغصب، و الأرش في العقد و الجنائية، و فروع أبواب المزارعة و المساقاة و المغارسة و البيع و الشفعة و الإجارة و غيرها. و المال القيمي ينقسم إلى أقسام خمسة:

١- **المال المستقل:** و لأجل تقويمه يلاحظ من الجهات المختلفة: من حيث الزمان و المكان و الإشاعة و الوحدة في الملكية، و وضعه و جهته، احتياجه إلى المؤنّة في الحفظ و النقل و عدمه، يكون سريع الفساد أو بطيئه، يكون صحيحاً أو معيباً، يكون في معرض التلف أم لا؟، هل تترتب عليه المنافع أم لا؟ و غير ذلك من الأمور التي تختلف بها القيم و الرغبات. يلاحظ جميع هذه الأمور و غيرها و يُقوّم.

٢- **بعض المال المركب المعداد شياً واحداً -سواء كان واحداً حقيقةً أو عرفياً أو شرعيةً:** و ينقسم إلى قسمين:

أ: **الهيئة التركيبية لها مدخلية في القيمة:** نحو لو كان أجزءان مجتمعين بخمسين و كان كلّ واحد منهما بعشرين، يعلم منه قيمة الجراء الفائت هي العشرون و قيمة الهيئة التركيبية المختلة هي العشرة و الحاصل الجزء الفائت حيث يفوت به الهيئة التركيبية أيضاً يقوم

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة - الرابع: كيفية تقويم مال القيمي ٥٦٥

بثلاثين.

هذا كله إذا كانت الأجزاء و الهيئة التركيبية لمالك واحد أو عرض للبيع معاً، وأما إذا كانت لمالكين أو أكثر و عرض للبيع في الأمكنة أو الأزمنة المختلفة فكل جزء يقدر و يقوم بثمنه الخاص.

ب: الهيئة التركيبية ليس لها مدخلية في القيمة: فيقوم الجزء التالف وحده و يصير كالمال المستقل حينئذ.

٣- الأوصاف نظير الصحة و العيب الواردة في الأرش بالنسبة إلى المال أو الجناية. فطريق تقويمها كما ورد في صحيحة أبي ولاد^(١) الماضية و نص عليه الأصحاب تقويم المال واجداً لذلك الوصف و فاقداً له ثم يرجع بالتفاوت، و في العقود هذا التفاوت ينسب إلى الثمن أو المعوض و يقلل منه بهذه النسبة. بلا فرق بين فقدان وصف المال أو جزئه.

٤- النماءات: و هي على قسمين:

أ: النماء المنفصل: فهي يقوم كالمال المستقل.

ب: النماء المتصل: تقوم العين فاقدة لها ثم تقوم واجدة لها و التفاوت يكون قيمة النماء و تنسب إلى الثمن و العوض إذا كان في العقد المعاوضي. هذا كله إذا كان النماء موجوداً. وأما إذا كان معدوماً كما في باب الوصية نحو ثمرة البستان في السنين الآتية، يقوم العين مسلوبة المنفعة في تلك السنين المعيّنة و يقوم مع منافعها و التفاوت يكون قيمة المنافع و النماء.

٥- المنافع و الأعمال

إن كانت موجودة مستوفاة يرجع فيها إلى أجر المثل.

و إن كانت معدومة كمنفعة سنين معيّنة للدار، يقوم العين واجدة المنافع مرّة و

(١) وسائل الشريعة ١١٩/١٩، ح ١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.

مسلوبة أخرى و التفاوت هو قيمة المنفعة.

و لتفصيل البحث راجع الكتب المفصلة وكذا كتاب ألسيد الفاضل المراغي، المُسمي بالعناوين^(١).

الخامس: اختلاف المقومين

تارة اختلافهم ينشأ من الإخبار عن القيمة السوقية فيدخل في باب تعارض البيّنات فإمّا نحكم بالتعادل ثمّ التساقط أو نحكم بالترجيح بالأعلمية أو الأورعية أو الأكثرية أو أقوى وأكثر الظنّية أو القرعة ونحوها.

و تارة اختلافهم ينشأ من إعمال نظرهم في التقويم وإنشاءهم به فحينئذٍ يؤخذ بأقوى خبرة و لا يدخل في قوانين باب التعادل و الترجيح و هذا الأخير هو المراد بالتقويم في ألسنة القوم و هذا هو المختار.

قد يقال: بالجمع بين القيم ثمّ تقسيمها على عددها، أو الأخذ بثلاث القيم الثلاث و ربع القيم الأربع و نحوها، و ادعوا^(٢) بأنّه ورد في رواية في اختلاف المقومين في الهدى أو اختلاف قيم الهدى.

و أمّا الاختلاف في قيمة الأرش فيمكن تحديد القيمة بطريقتين:

١-نسبة مجموع القيم الصحيحة إلى مجموع المعيبة و ملاحظة التفاوت بينهما من الثمن بالنسبة.

٢-نسبة كلّ من المعيبة إلى الصحيحة و جمع النسب الحاصلة ثمّ تقسيمها على عددها ثمّ ملاحظة النسبة بينها و بين الثمن.

و من المعلوم أنّ بينهما تفاوتاً يسيراً. هذا تمام الكلام في عمدة مسائل القيمي و الحمد لله.

(١) العناوين ٥٤٠/٢.

(٢) كما في العناوين ٥٤٧/٢.

وصل:

مَبَاحِثُ بَدَلِ الْحَيْلِوَلَةِ

و البحث فيها يقع في ضمن مقامات:

المقام الأول: تعريفها و نقل الأقوال فيها

قال المحقق: «وإذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البديل و يملكه المغصوب منه، و لا يملك الغاصب العين المغصوبة، ولو عادت كان لكل منهما الرجوع، و على الغاصب الأجرة إن كان ممّاله أجرة في العادة من حين الغصب إلى حين دفع البديل، و قيل: إلى حين إعادة المغصوب، و الأول أشبه»^(١).

و قال في القواعد: «ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد ترادًا، و للغاصب حبس العبد إلى أن يردّ القيمة عليه على إشكال...»^(٢).

و فيه: «و يجب ردّ العين ما دامت باقية، فإن تعذر دفع الغاصب البديل و يملكه المغصوب منه و لا يملك الغاصب العين المغصوبة فإن عادت فلكل منهما الرجوع، و هل يُجبر المالك على إعادة البديل لو طلبه الغاصب؟ إشكال...»^(٣).

(١) الشرائع ١٩٠/٣.

(٢) قواعد الأحكام ٢٢٨/٢.

(٣) قواعد الأحكام ٢٣٠/٢.

قال في المفتاح في ذيل الكلام الأوّل من القواعد: «هذا معنى ما في المبسوط^(١) و
الخلاف^(٢) و الغنية^(٣) و السرائر^(٤) و الشرائع^(٥) و التذكرة^(٦) و التحرير^(٧) و الإرشاد^(٨) و
الدروس^(٩) و جامع المقاصد^(١٠) و مجمع البرهان^(١١) و كذا المسالك^(١٢) و الكفاية^(١٣) و
الإيضاح^(١٤) و في الخلاف^(١٥) و الغنية^(١٦) أنّه عليه القيمة و أنّ مالك العين إذا أخذها - أي
القيمة - ملكها بلا خلاف و ظاهرهما نفيه بين المسلمين.

و قد ذكر أنّ ضمان القيمة للحيلولة في المبسوط^(١٧) و الخلاف^(١٨) و الغنية^(١٩) و

(١) المبسوط ٩٥/٣.

(٢) الخلاف ٤١٢/٣، مسألة ٢٦.

(٣) غنية النزوع ٢٨٢/ و ٢٨١.

(٤) السرائر ٤٨٦/٢.

(٥) شرائع الإسلام ١٩٠/٣.

(٦) تذكرة الفقهاء ٣٨٥/٢ من الطبع الحجري.

(٧) تحرير الأحكام الشرعية ٥٣٥/٤.

(٨) إرشاد الأذهان ٤٤٦/١.

(٩) الدروس الشرعية ١١٢/٣.

(١٠) جامع المقاصد ٢٦١/٦.

(١١) مجمع الفائدة و البرهان ٥٣٨/١٠ و ٥٣٩.

(١٢) المسالك ٢٠٠/١٢.

(١٣) كفاية الأحكام ٦٤٧/٢.

(١٤) إيضاح الفوائد ١٧٨/٢.

(١٥) الخلاف ٤١٢/٣.

(١٦) غنية النزوع ٢٨٢/.

(١٧) المبسوط ٩٥/٣.

(١٨) الخلاف ٤١٢/٣.

(١٩) غنية النزوع ٢٨٢/.

الدليل على بدل الحيلولة ٥٧١

التذكرة^(١) و المسالك^(٢) و ظاهر هذه الكتب أنّ ذلك مجمع عليه أيضاً و أنّهم ليأخذونه مُسَلِّماً...»^(٣).

وقال في الجواهر في ذيل كلام المحقق إلى قوله: «كان لكلّ منهما الرجوع:» كما صرح لذلك كلّ غير واحد من أساطين الأصحاب كالشيخ و ابن ادريس و الفاضل و الشهيد و الكركي و غيرهم، بل في المسالك نسبتها إليهم مشعراً بالاتفاق عليه، بل في محكي الخلاف و الغنية نفي الخلاف عن ملك المغصوب منه البدل المزبور، بل ظاهرهما على ما قيل بين المسلمين...»^(٤).

و بالجملة: بدل الحيلولة موضوعه وجود العين لكن مع تعذّر الوصول إليها لغرق أو ضياع أو إباق أو سرقة أو نحوها.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر - من ضمان المثل أو القيمة - حكماً تعذّر الوصول إليه وإن لم يهلك كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق...»^(٥).

المقام الثاني: ما الدليل على بدل الحيلولة؟

أقاموا لها عدّة وجوه:

الأوّل: الروايات

استدلوا عليها بعدّه من الروايات الواردة في الضمانات نحو:

صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا رهنت عبداً أو دابة فمات فلا

(١) تذكرة الفقهاء ٣٨٥/٢ من الطبع الحجري.

(٢) المسالك ٢٠٠/١٢.

(٣) مفتاح الكرامة ١٨٥/١٨ و ١٨٤.

(٤) الجواهر ١٢٩/٣٧.

(٥) المكاسب ٢٥٧/٣.

شيء عليك، وإن هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن. (١)

الإهلاك هو الإلتلاف الحقيقي، والإباق والإلتلاف الحكمي.

و منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تُسرق؟ فقال: إن كان أميناً فلا غرم عليه. (٢)

مفهومها الضمان بدون الأمانة بلا فرق بين الهلاك وهو التلف الحقيقي والسرقة وهو التلف الحكمي.

و منها: صحيح أبان عمّن حدّثه عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: و سألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يُسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً. (٣)

بتقريب الماضي والرواية روت في الكافي ٢٣٨/٥، ح ٤ بسند معتبر إلى أبان وهو ينقل من دون واسطه عن أبي جعفر عليه السلام (٤) في بعض النسخ و مع واسطة محمد في بعضها الآخر و بسند صحيح في التهذيب ١٨٤/٧، ح ٨١٢ عن أبان عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام. (٥)

و منها: موثقة غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام: أنّ أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمّام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه، وقال: إنّما هو أمين. (٦)

-
- (١) وسائل الشيعة ٣٨٨/١٨، ح ٨، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.
 - (٢) وسائل الشيعة ٩٣/١٩، ح ٧، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.
 - (٣) وسائل الشيعة ٨٠/١٩، ح ٥، الباب ٤ من أبواب كتاب الوديعة.
 - (٤) وسائل الشيعة ٩٣/١٩، ح ٨، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.
 - (٥) وسائل الشيعة ٢١/١٩، ح ٣، الباب ٣ من أبواب كتاب المضاربة.
 - (٦) وسائل الشيعة ١٣٩/١٩، ح ١، الباب ٢٨ من أبواب كتاب الإجارة.

مفهومها في صورة عدم الأمانة عليه الضمان في فرض الضياع وهو التلف الحكمي.
و منها: مكاتبة الصفار المروية بسند صحيح عن الإمام العسكري عليه السلام في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصره فدفعه القصار إلى قصار غيره ليقصره، فضاع الثوب هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره، وإن كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السلام هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً إن شاء الله. (١)

بالتقريب الماضي.

و منها: صحيحة محمد بن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل بعث بزكاة ماله لتقسم فضاغت، هل عليه ضمانها حتى تقسم؟ فقال: إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن - إلى أن قال: - وكذلك الوصي الذي يوصي إليه يكون ضامناً لما دفع إليه إذا وجد ربه الذي أمر بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان. (٢)

و منها: صحيحة الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاغت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله. (٣)

و منها: معتبرة بل صحيحة إسحاق بن عمار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاغت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنما كانت لي عليك قرضاً؟ فقال: المال لازم له إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة. (٤)

و منها: معتبرة مسعدة بن زياد عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: سمعته يقول: لا غرم على

(١) وسائل الشيعة ١٩/١٤٦، ح ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٩/٣٤٦، ح ١، الباب ٣٦ من أبواب كتاب الوصايا.

(٣) وسائل الشيعة ١٩/٨١، ح ١، الباب ٥ من أبواب كتاب الوديعة.

(٤) وسائل الشيعة ١٩/٨٥، ح ١، الباب ٧ من أبواب كتاب الوديعة.

مستعير عارية إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأموناً. (١)
 و منها: حسنة بل صحيحة عبدالله بن يحيى الكاهلي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته
 القصار يسلم إليه الثوب واشترط عليه يعطيني في وقت؟ قال: إذا خالف و ضاع الثوب بعد
 الوقت فهو ضامن. (٢)

و منها: غيرها من الروايات الدالة على الضمان بالسرقة أو الإباق أو الضياع أو
 الغرق و نحوها، و هي كثيرة قد ذكرت لك عشرًا منها فقط و ﴿تلك عشرة كاملة﴾.
 يرى الشيخ الأعظم دلالة هذه الروايات تامة و لذا قال: «لما دلّ على الضمان بهذه
 الأمور في باب الأمانات المضمونة» (٣).

و كما يراه من قبله صاحب الجواهر حيث يقول: «كما يؤمىء إليه مادّ على الضمان
 بالضياع و السرقة و نحوهما في الأمين المفرط...» (٤).

و اعترض عليه المحقّق السيّد الخوئي رحمته الله و يراها في صورة التلف و قال: «محلّ بحثنا
 غير هذه الصورة» (٥).

ولكن أنت ترى بأنّها لا تختص بالتلف الواقعي و تشمل التلف الحكمي، بل ورد في
 بعضها الأمور الماضية فقط. وافقنا على التعميم المحقّق المروج رحمته الله (٦).

ولكن يمكن أن يقال: هذه الأمور يعدّ في العرف تلفاً و لا فرق بين التلف الحكمي و

(١) وسائل الشيعة ٩٤/١٩، ح ١٠، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.

(٢) وسائل الشيعة ١٤٣/١٩، ح ٧، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.

(٣) المكاسب ٢٥٧/٣.

(٤) الجواهر ١٣١/٣٧.

(٥) مصباح الفقاهة ٢٠٩/٣.

(٦) هدى الطالب ٦٠٨/٣.

الدليل على بدل الحيلولة ٥٧٥

الواقعي من جهة الضمان. فالحكم في الروايات بالضمان يتم لأجل التلف لا الحيلولة، فهذه الروايات لا تعمّ الحيلولة.

الثاني: قاعدة لا ضرر

بتقريب: «أنّ صبر المالك إلى حين الوصول إلى ماله ضرر عليه»^(١).

«أو يقال: إنّ عدم الحكم بضمان البديل ضرر على المالك.

أو يقال: إنّ امتناع الضامن عن أداء البديل ضرر على المالك»^(٢).

وفيه: أولاً: ما مرّ من أنّ قاعدة لا ضرر يرفع الحكم الضرري، وأمّا اثبات الحكم بها في الموارد الأحكام غير الثابتة في الشريعة التي توجب الضرر فلا يمكن إثباته بها. و ثانياً: قاعدة لا ضرر تنفي الأحكام الضررية لا الموضوعات الضررية كما بيّن في محلّها.

و ثالثاً: النسبة بين بدل الحيلولة و موارد تضرر المالك هي العموم من وجه، إذ قد لا يتضرر المالك بصبره إلى زمان تمكن الوصول إلى ماله لاستغنائه عنه، و مع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيلولة، و إذ لا يكون مورد بدل الحيلولة، لأنّهم أخذوا فيها تعذر وصول المال إلى مالكه مدّة طويلة، و المدّة تكون قصيرة و فيها ضرر عليه ولكنّهم لم يحكموا ببديل الحيلولة حينئذ. فالنسبة بين قاعدة لا ضرر و بدل الحيلولة هي العموم من وجه.

و رابعاً: الضرران يتعارضان، لأنّ ضرر المالك بالصبر إلى زمان الوصول إلى ماله معارض بضرر الضامن المأمور بردّ البديل، و إذا تعارض الضرران فيتساقطان و لا تجري قاعدة لا ضرر.

(١) كما في حاشية المكاسب ٥١٤/١ للفقير اليزدي رحمته الله.

(٢) كما في مصباح الفقاهة ٢٠٤/٣.

و قد ورد جلّها أو كلّها في مصباح الفقاهة. (١)

الثالث: قوله ﷺ: الناس مسلطون على أموالهم.

بتقريب: أنّ مقتضاها جواز مطالبة العين وسيلة إلى أخذ البذل.

أو: أنّ السلطنة على العين وإن كانت ممنوعة بالتعذر، إلا أنّ من شؤونها السلطنة على ماليتها برّد بدلها كما في الموارد التي كان عليه كلّيّ وقد تعذّر دفعه فعلاً، فحينئذ يجوز للمالك أخذ البذل كما في المثلي المتعذّر.

أو: أنّ السلطنة على ماله تقتضي الانتفاع به، وهذه تقتضي جواز مطالبة البذل حتّى ينتفع ببذل ماله عوضاً عنه.

كما ورد هذا المضمون من الشيخ الأعظم (٢) و السيّد البيهقي (٣) ﷺ.

و فيه: حديث السلطنة يقتضي السلطنة على العين بالتصرفات السائغة فيها من البيع و الصلح و الوقف و... و ليس لأحد أن يزاحمه فيها. و منها مطالبة عين ماله من الغاصب و أمّا مطالبة بدل الحيلولة لا يستفاد منها. و لذا قال المحقق النائيني في ردّ هذا الاستدلال مختصراً: «أنّه لا سلطنة له إلا على العين، و عموم السلطنة لا يثبت الصغرى» (٤).

مضافاً: على فرض تمامية الدلالة، لا يتعين أنّ جواز الأخذ يكون من باب الغرامة و لأحد أن يقال بل غاية ما يقال: أنّ المستفاد منها جواز مطالبة مالية المال بالمصالحة أو البيع أو الهبة المعوّضة أو غيرها و يجبر الغاصب على إحداها، لا على الوجه الغرامة حتّى يأتي

(١) مصباح الفقاهة ٢٠٥/٣ و ٢٠٤.

(٢) المكاسب ٢٥٨/٣.

(٣) حاشية المكاسب ٥١٤/١.

(٤) منية الطالب ٣٢٦/١.

إشكال الجمع بين العوض و المعوض كما يظهر من الفقيه اليزدي^(١) رحمته الله.
بل يمكن أن يقال: بعدم دلالة حديث السلطنة حتى على إزامه على عقد البيع و نحوه^(٢) و لأنّ «قاعدة السلطنة تقتضي السلطنة على التصرفات في المال ولو بمطالبته من الغير، لا السلطنة على الغير بإجباره على إيقاع المعاملة على ماله»^(٣).
ثالثة: إنّ النسبة بين السلطنة و بدل الحيلولة هي العموم من وجه، فلا يتم الاستدلال لها بها. لأنّه يوجد موارد لا يثبت سطنة على المال للحجر مثلاً ولكن يجري بدل الحيلولة في فروضها و موارد ثبوت السلطنة و عدم بدل الحيلولة واضح.
رابعة: لو كان دليل بدل الحيلولة حديث السلطنة، لا بدّ أن يجري في موارد يُمنع المالك من السلطنة على أمواله نحو الحبس و لم يقل به أحد.
خامسة: موضوع حديث السلطنة هو المال الخارجي^(٤) و مع فرض وجوده، لا تصل التوبة إلى شيءٍ غيره، و في الفروض يقتضي المطالبة بعين المال فقط لا غيرها من المالية أو البديل أو غيرها. و لذا قال المحقق الاصفهاني: «... و المالية القائمة ببده حصة أخرى من المالية، فالسلطنة على مطالبته سلطنة على مطالبة مال الغير لا على مال نفسه»^(٥).
و كذا قال: «و السلطنة على الانتفاع بالبديل المدفوع سلطنة أخرى، ليس للمالك

(١) حاشية المكاسب ٥١٤/١.

(٢) كما في كتاب البيع ٤٣٥/١ للمحقق الخميني رحمته الله.

(٣) حاشية المكاسب ٤٢٨/١ للمحقق الأصفهاني رحمته الله.

(٤) كما في كتاب البيع ٤٣٥/١ للمحقق الخميني رحمته الله.

(٥) حاشية المكاسب ٤٢٧/١.

مطالبتها إلا بعد استحقاق البدل وهو أوَّل الكلام»^(١).

و بما ذكرنا لا يتم ما ذكره الشيخ الأَعمش رحمته الله بقوله: «فإنَّ تسلَّطَ الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذُّر نفسه، نظير ما تقدَّم في تسلَّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذُّر في المثلي»^(٢).

الرابع: قاعدة اليد

المستفاد من قوله صلى الله عليه وآله: على اليد ما أخذت حتى تُؤدِّيَهُ.

بتقريب: «إنَّ الضمان المستفاد منه أعم من صورة التلف و صورة تعذُّر التسليم فعلاً»^(٣).

أو «فإنَّ أداء العين كما يكون بأداء البدل في صورة التلف، كذلك يكون بأداء البدل في فرض الحيلولة»^(٤).

و يرى صاحب الجواهر دلالة قاعدة اليد عليها تامة.^(٥)

و فيه: أوَّلاً: «المنساق منه صورة التلف» كما قاله الفقيه اليزدي رحمته الله^(٦).

و ثانياً: على فرض دلالة هذا الحديث و تماميتها فلا فرق بين ما كانت مدَّة تعذُّر

وصول العين قليلة أو طويلة، مع أنَّهم لم يلتزموا ببطل الحيلولة في المدَّة القليلة.

و ثالثاً: الحديث يدل على ردِّ العين في فرض وجودها، و ردِّ المثل أو القيمة في فرض

(١) حاشية المكاسب ٤٢٧/١.

(٢) المكاسب ٢٥٨/٣.

(٣) كما في حاشية المكاسب ٥١٤/١ للفقيه اليزدي رحمته الله.

(٤) كما في مصباح الفقاهة ٢٠٧/٣.

(٥) راجع الجواهر ١٣١/٣٧.

(٦) كما في حاشية المكاسب ٥١٤/١ للفقيه اليزدي رحمته الله.

الدليل على بدل الحيلولة ٥٧٩

تلفه، وإذا كان السرقة أو الغرق أو الإباق أو الضياع أو أشباهها في نظر العرف تلفاً فينتقل الضمان إلى المثل أو القيمة وإذا أدى الضامن أحدهما فيحصل الانتقال القهري ولو وجدت العين أحياناً فهو - الضامن - يملكها وإلا يلزم إشكال الجمع بين العوض والمعوّض. هذا هو المستفاد من دلالة الحديث و أنت ترى فوارقها مع بحث بدل الحيلولة.

اللهم إلا أن يقال: مناسبة الحكم و الموضوع لدى العرف يقتضي أن يستفاد «من الحديث الشريف أن الآخذ إما يجب عليه ردّ المأخوذ بشخصه وإما يصدق عليه أنه أداء له ما لم يتمكن من ردّ شخصه، و لا يرى العرف فرقاً بين التلف و التعذّر من حيث الدلالة للحديث، فإن استقرار العين في عهدة الضامن يقتضي أن يخرج من تبعات ماليته. نعم، إذا كان زمان التعذّر قصيراً جداً فليست هذه المناسبة متحقّقة، كما أنه لا يصدق الضرر أيضاً»^(١).

أقول: نعم، لا يرى العرف فرقاً بين التلف و التعذّر و يحكم بالبدل و مع أخذ البدل توسط المالك و دخوله في ملكه يجري الانتقال القهري و صار العين ملكاً للضامن.

الخامس: قاعدة الإلتلاف

بتقريب: «إنّ الغاصب قد فوّت سلطنة المالك على ماله في موارد بدل الحيلولة فحيث إنه غير قادر على إعادة تلك السلطنة بعينها، فلا بدّ له من إعادة مثلها، و من الواضح أنّ هذا لا يمكن إلاّ بأداء بدل الحيلولة»^(٢).

و يرد عليه أوّلاً: مفاد هذه القاعدة ضمان العين التالفة على متليّفها و أمّا ضمان السلطنة الفائتة فلا يستفاد منها.

(١) منية الطالب ٣٢٨/١.

(٢) مصباح الفقاهة ٢٠٧/٣.

ولذا قال المحقق النائيني: «ليس للمالك إلا الملك، وأمَّا السلطنة عليه فهي من أحكام الملك فلا معنى لتعلُّق الضمان بها»^(١).

نعم، فوت منافع العين أيضاً تدخل فيها ويمكن القول بضمانها بها كما مرّ في بحث المنافع من صدق المال عليها.

ولكن بين ضمان العين و المنافع، و بين الالتزام ببدل الحيلولة بون بعيداً و ثانياً: على فرض الشك في شمول القاعدة لبدل الحيلولة و عدمه، لا بدّ من الأخذ بقدر المتيقن من الشمول، لأنّ هذه القاعدة ليست بمدلول آية و لا رواية، بل هي مستفادَةٌ من أدلة الضمان الواردة في موارد متعددة فليس لها إطلاق حتّى نتمسك بها. و ثالثاً: و على فرض شمول القاعدة لبدل الحيلولة فلا فرق بينها و بين حبس المالك و منعه من التصرف في ماله لأنّ فيهما أيضاً يتعدّر وصول المال لمالكة و يفوت سلطنته، مع أنّ القائلين ببدل الحيلولة لم يلتزموا بالضمان في الموردين.^(٢)

السادس: الجمع بين الحقيين

قال الشيخ الأعظم: «و يؤيده: أنّ فيه جمعاً بين الحقيين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين»^(٣).

و قال النائيني في نقده: «و فيه: أنّه لو ثبت حقّ للمالك على الضمان مع بقاء عين ماله، لكان دفع القيمة إليه مادام العين خارجةً عن تحت استيلائه جمعاً بين الحقيين، و هذا يتوقّف على كون مجرد وضع اليد على العين مع بقائها موجباً لتعلُّق حقّ فعليّ بالبدل للمالك على الغاصب، و هذا ممّا لا يلتزم به أحد، حتّى بناءً على القول بأنّ المدار في القيمي على يوم

(١) منية الطالب ١/٣٢٧.

(٢) مصباح الفقاهة ٣/٢٠٧.

(٣) المكاسب ٣/٢٥٨.

الدليل على بدل الحيلولة ٥٨١

المخالفة [الغصب]، لأنه ليس معناه فعلية الضمان بالقيمة والعين، بل فعليته بالنسبة إلى القيمة مشروطة بالتلف، غاية الأمر أنه يلاحظ قيمة يوم المخالفة، وأما بدون تلف العين فلا حق له إلا على العين»^(١).

السابع: تسالم الأصحاب عليه السلام على أن الحيلولة من موجبات الضمان أنت إذا فحصت كلمات الفقهاء - أعلى الله مقامهم - في الفروع المختلفة تجد أنهم يعدون الحيلولة بنفسها من موجبات الضمان و يمكنك الرجوع إلى مظان هذه الفروع في الكتب الفقهية:

منها: باب الغصب، و تعذر تسليم المغصوب أو إباق العبد.
و منها: باب الإقرار، في إقرار ذي اليد بالعين لأحد ثم إقراره ثانياً لغيره.
و منها: باب الشهادة، لو شهدت البينة بالطلاق ثم رجعت بعد حكم الحاكم بالتفريق.

و منها: باب الجهاد، في ضمان الإمام المهر للزوج الكافر المهادين إذا هاجرت زوجته المسلمة إلى بلد الإسلام.

و منها: باب القصاص، في مَنْ أطلق مستحق القصاص من يد وليّ المقتول أُلزم بدفع الدية للحيلولة.

و منها: باب الأُطعمه و الأُشربة، في مسألة واطئ البهيمه و ضمانه لمالكها لمكان الحيلولة.

و منها: باب الإقرار ثانية، في من باع أو وهب أو صالح شيئاً على أنه له، ثم أقرّ به لغيره، حكموا بضمانه للغير للحيلولة بين المقرّ له و ماله.

(١) منية الطالب ٣٢٦/١.

و منها: غيرها، ممَّا يقف عليها أَلَمْتَبَّع^(١).
وفيه: على فرض تمامية تسالمهم على الحيلولة وأنها من موجبات الضمان حيث لم يدل الدليل عليها فنحن نفارقهم لأننا أبناء الدليل يدور معه حيث مدار. فالعمدة دلالة الدليل و لا يتم.

الثامن: الإجماع

دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلولة و قد مرَّ اعتراف الفقيه المتتبَّع السيِّد العاملي^(٢) بأنَّ ظاهر عدَّة من الكتب أنَّ ضمان القيمة للحيلولة مجمع عليه و أنَّهم لَيَّا خُدُونَهُ مُسَلِّمًا.

و مرَّ من صاحب الجواهر قوله: «بل في المسالك^(٣) نسبته إليهم مُشْعِرًا بالاتِّفاق عليه...»^(٤).

و فيه: على فرض وجود هذا الإجماع لا يفيدنا مع وجود هذه الأدلة التي يمكن أن تكون مستند المجمعين.

فذلِكة القول في بدل الحيلولة

حيث لا تتمُّ الأدلة لإثباتها فلا يمكننا موافقة المشهور من فقهاءنا - قدس الله أسرارهم - من حكمهم بها، و في موارد الضياع و السرقة و الغرق و الإباق إن يصدق التلف عرفاً يحكم بأدلة الضمان بضمان المال للمالك بالمثل أو القيمة من جانب الضامن. و إذا لم يصدق التلف عرفاً فليس للمالك المطالبة ببديل ماله، نعم له أجره ماله بدلاً

(١) لتفصيل الفروع راجع هدى الطالب ٦١٤/٣.

(٢) راجع مفتاح الكرامة ١٨٥/١٨.

(٣) المسالك ٢٠١/١٢ قال بعد البحث عن بدل الحيلولة: «هكذا أطلقوه».

(٤) الجواهر ١٣٠/٣٧.

تحديد موضوع بدل الحيلولة ٥٨٣

من منافع الفائتة له.

وفي فرض التلف وأداء الضمان وقع المبادلة القهرية، فينتقل المال إلى المالك والعين النافذة إلى الضامن، بحيث لو وجدت إحياناً كانت له.
واقفنا على هذا البيان المحقق ألسيد الخوئي^(١) و شيخنا الاستاذ^(٢) رحمتهما.
وعلى هذا نتعرض لبقية أبحاث بدل الحيلولة تبعاً للقوم ولأجل عدم خلوّ كتابنا من هذه الأبحاث.

المقام الثالث: تحديد موضوعها

قال الشيخ الأعظم: «و هل يقيّد ذلك [١] بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، [٢] أو بعدم رجاء وجدانه، [٣] أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدّة طويلة يتضرّر المالك من انتظارها، [٤] أو ولو كانت قصيرة؟ وجوه»^(٣).
ثم قال: «ظاهر أدلة ما ذكر... الاختصاص بأحد الأولين، ولكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير [٤]، كما يظهر من اطلاقهم أنّ اللوح المغسوب في السفينة إذا خيف من نزع عرق مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل»^(٤).
أقول: يقع الكلام معه رحمتهما في جهتين:
الأولى: ما استفاد من الأدلة و الفتاوى.
الثانية: ما استفاد من الفرع المعروف.
أمّا الأولى: يمكن أن يقال: بأنّ الصورتين الأوليين تلحقان بالتلف الحقيقي - وإن

(١) لأنّه ناقش جميع الأدلة في مصباح الفقاهة ٣/ (٢٠٩-٢٠٣).

(٢) إرشاد الطالب ١٩٩/٢.

(٣) المكاسب ٢٥٧/٣.

(٤) المكاسب ٢٥٧/٣.

كانتا في الواقع تلفاً حكماً - ولكن بشرط أن يكون اليأس من الوصول إلى العين أو عدم رجاء وجدانها عقلاً فحسب فيهما بالضمان بقاعدة من أتلف. ثم إن كان الدليل على ثبوت بدل الحيلولة هو الإجماع أو تسالمهم بما أنهما دليل لبي فالتيقن منه هو الصورة الأولى أو الصورتين الأولىين. وإن كان دليلها الروايات أو قاعدة التلف، فالأمر كذلك و الدليل يشمل الصورتين الأولىين.

وإن كان الدليل قواعد لا ضرر و السلطنة و ضمان اليد فمفادها ثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر - بلافق بين الزمان الطويل أو القصير - فحينئذ جميع الصور الأربع تدخل في البحث مع أن الفقهاء يخرجون التعذر في المدة القصيرة. و كذلك يلحق بهذه القواعد دليل الجمع بين الحقيين.

هذا هو المستفاد من الأدلة و أنت ترى عدم تمامية ما ذكره الشيخ الأعظم من أن ظاهر الأدلة هو الاختصاص بإحدى الأولىين.

أمَّا الثانية: المستفاد من الفرع المشهور

فلا بدّ أولاً من التعرض إليه ثمّ البحث حوله و أوّل من تعرّض إليه هو شيخ الطائفة في مبسوطه قال: «إذا غصب ساجة^(١) فبنى عليها، أو لوحاً فأدخله في سفينته، كان عليه ردّه سواء كان فيه قلع ما بناه في ملكه أو لم يكن فيه قلع ما بناه في ملكه... فإن كانت الساجة قد نقصت فعليه أرش النقص، لأنّه أدخل النقص بفعله، فإن عفنت^(٢) في البناء و متى أخرجها لم ينتفع بها، فعليه قيمتها و ليس عليه ردّها، لأنّها مستهلكة تالفة.

(١) الساجة: شجر عظيم صلب، الخشب، جمعه سيجان.

(٢) عفنت الخشبة: إذا فسدت من ندوة أصابتها فهي تنفتت عند مسّها.

وإن كان لوحاً و أدخله في سفينته نظرت، فإن كانت في البرّ أو في البحر بقرب البرّ فالحكم فيه كالساجة في البناء حرفاً بحرفٍ، وإن كانت السفينة في لجة البحر نظرت، فإن كان اللوح في أعلاها أو في موضع لا يخشى عليها الغرق بقلعه، قلع وردّ، وإن كانت في موضع متى قلع اللوح غرفت السفينة نظرت، فإن كان فيها حيوان له حرمة أو كان هو فيها لم يقلع، لأنّه إن كانت حرمة سقطت في حقّه فما سقطت حرمة الحيوان في نفسه، وإن رضي بإتلاف نفسه لم يقلع لأنّه لا يملك إدخال الضرر على نفسه.

وإن لم يكن فيها حيوان نظرت فإن كان فيها مال لغيره لا يقلع، لأنّه لا يملك إدخال الضرر على غير الغاصب، وإن كان المال للغاصب أو لم يكن له فيها متاع ولكنّه يخاف متى قلع اللوح غرقت السفينة في نفسها فهل يقلع أم لا؟

قيل: فيه وجهان: أحدهما يقلع، لأنّه ليس في قلعه أكثر من إدخال الضرر على ماله فهو كالساجة، و الآخر و هو الصحيح أنّه لا يقلع، لأنّه يمكن إزالة الضرر عن كلّ واحد منهما، عن الغاصب بالتأخير حتّى يقرب من البرّ، و عن المالك بأن يصبر حتّى يصل إليه عين ماله، و لا معنى لاسقاط أحدهما مع القدرة على حفظهما.

و يفارق البناء لأنّه لا يمكن الردّ إلّا بإدخال الضرر على الغاصب.

فكلّ موضع قلنا له القلع كان عليه الأجرة و النقص و غيره مثل الساجة حرفاً بحرفٍ، و كلّ موضع قلنا لا يرُدُّ، قيل للمالك: إن اخترت أن تطالبه بالقيمة و إلّا فاصبر حتّى إذا تمكّن من الردّ ردّها كما قلنا»^(١).

أقول: أنت ترى أنّ ظهور كلام الشيخ في المطالبة بالقيمة هو المبادلة و المعاوضة بقرينة ما بعدها «و إلّا فاصبر حتّى إذا تمكّن من الردّ ردّها»، لا بدل الحيلولة المذكورة في

كلام الشيخ الأعظم وغيره. و لي في هذا الفرع كلام يأتي.
 و قال في الخلاف: «إذا غصب ساجة فبنى عليها أو في مجنبها، أو لوحاً فأدخله في سفينة، كان عليه ردّه، سواء كان فيه قلع ما بناه في ملكه، أو لم يكن فيه قلع ما بناه في ملكه، و به قال الشافعي.

و حكى محمّد^(١) في الأصول: أنّه متى كان عليه ضرر في ردّها لم يلزمه ردّها، و ظاهر هذا أنّه لا يلزمه ردّها متى كان عليه في ردّها ضرر، سواء بنى عليها أو في مجنبها.
 و قال الكرخي: إنّ مذهب أبي حنيفة: أنّه إن لم يكن في ردّها قلع ما بناه في حقّه - مثل أن كان البناء مع طرفيها و لا يمكنه ردّها إلاّ بقلع هذا - لم يلزمه ردّها. و المناظرة على ما حكاها محمّد.

و تحقيق الكلام معهم: هل ملكها بذلك أم لا؟ فعنده قد ملكها، كما قال: إذا غصب شاة فذبحها و شواها، أو حنطة فطحنها. و عندنا و عند الشافعي ما ملكها.
 دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء، من أنّ الساجة في ملكه قبل البناء عليها، فمن ادعي زواله بالبناء فعليه الدلالة و روي...»^(٢).

و قال في السرائر: «و من غصب ساجة فأدخلها في بنائه، لزمه ردّها، و إن كان في ذلك قلع ما بناه في ملكه، لمثل ما قدّمناه من الأدلة من قوله ﷺ: لا يحل مال امرء مسلم إلاّ عن طيب نفس منه، قوله ﷺ أيضاً: على اليد ما أخذت حتّى تؤدي، و كذا لو غصب لوحاً فأدخله في سفينة، و لم يكن في ردّه هلاك ماله حرمة، و على الغاصب أجرة مثل ذلك من

(١) محمّد بن الحسن الشيباني أحد صاحبي أبي حنيفة.

(٢) الخلاف ٤٠٨/٣ و ٤٠٩، مسألة ٢٢.

حين الغصب إلى حين الردّ، لأنّ الخشب يستأجر للانتفاع به»^(١).
وقال المحقّق: «يجب ردّ المغصوب مادام باقياً ولو تعسّر كالخشبة تُستدخّل في البناء أو اللوح في السفينة، ولا يُلزم المالك أخذ القيمة...»^(٢)
وقال العلامة في القواعد: «ولو رقع باللوح المغصوب سفينته وجب قلعه إن كانت على الساحل، أو كان اللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه، ولو كانت في اللجّة و خيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع إلى القيمة إلى أن يخرج إلى الساحل، إن كان في السفينة حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب، ولو كان له فالأقرب العين»^(٣).
أقول: في زمن العلامة بدّل القيمة و المبادلة ببدل الحيلولة.

وقال في التحرير: «... ولو تعسّر الردّ وجب مع إمكانه، كاللوح ترقع به السفينة، و هي على الساحل، أو في اللجّة و اللوح في أعلاها، ولو خيف الغرق لم يجب، و للمالك أخذ القيمة، فإذا أمكن ردّ اللوح استرجعه، و ردّ القيمة، ولو خيف غرق مال الغاصب خاصّة قلعت.

ولو استدخل الخشبة في بنائه وجب ردّها بعينها، و إن أدّى إلى خراب البناء، و كذا لو غصب حجراً فبنى عليه، أو خيطاً فخاط به ثوباً و لو بلي الخيط أو انكسر الحجر أو تلفت الخشبة ردّ القيمة، و لو أمكن نزع الخيط من الثوب و جب، و ضمن النقص، و لو خشي تلفه بانتزاعه ضمن القيمة. و لو خاط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتدّ و الكلب العقور و الخنزير و جب ردّه، و لو كان له حرمة و خشي من نزعه تلف الحيوان أو الشّين أو بطؤ البرء و جبت القيمة، و لو كان الحيوان مأكول اللحم فالأقرب أنّه كذلك.

(١) السرائر ٢/٤٨٤.

(٢) الشرائع ٣/١٨٨.

(٣) القواعد ٢/٢٣٥.

وكلّ موضع يجب فيه ردّ العين لو دفع الغاصب القيمة لم يجب القبول، وكذا لو طلبها المالك»^(١).

قال في المفتاح في شرح قول العلامة في القواعد إلى قوله: «لا تغرق بقلعه»: «الوجه في ذلك كلّ واضح، لأنّه لا يخاف من النزاع إهلاك نفس محترمة و لا مال فكان حينئذ كالبناء، ولذلك ترك القيد في الشرائع وإن كان نص على الجميع في المبسوط والتذكرة^(٢) والتحرير و الدروس^(٣) و المسالك^(٤) و خلاف أبي حنيفة آت هنا»^(٥).

و قال في شرح بقية كلامه إلى قوله: «أو مال لغير الغاصب»: «كما هو صريح التذكرة^(٦) و جامع المقاصد^(٧) و المسالك^(٨) و الروضة^(٩) و ظاهر غيرها^(١٠). و في مجمع البرهان أنّه لا خلاف في أنّ حفظ النفس مقدّم على ردّ المال^(١١). والمراد بالحيوان المحترم ما لا يجوز إتلافه مطلقاً أو بغير الذبح. و حينئذٍ فلا فرق بين الآدمي و غيره و لا في غيره بين أن

(١) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٨/٤ و ٥٢٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ٣٩٦/٢ من الطبع الحجري.

(٣) الدروس الشرعية ١١٠/٣.

(٤) المسالك ١٧٦/١٢.

(٥) مراده من خلاف أبي حنيفة حكمه بملك الغاصب و غرمه قيمة المال كما في المسالك ١٧٥/١٢

و ١٧٦، و الحاوي الكبير ٢٠٢/٧، و المغني ٤٢٥/٥.

(٦) تذكرة الفقهاء ٣٩٦/٢ من الطبع الحجري.

(٧) جامع المقاصد ٣٠٤/٦.

(٨) المسالك ١٧٦/١٢.

(٩) الروضة البهية ٣٦/٧.

(١٠) كرياض المسائل ٢٢/١٤ و ٢١.

(١١) مجمع الفائدة ٥٢١/١٠.

يكون للغاصب أم لغيره لاحترام روح الحيوان كما سيأتي من الخبر النبوي^(١) كما هو ظاهر الكتاب [القواعد] و صريح التذكرة^(٢) و جامع المقاصد^(٣) و المسالك^(٤) و لا فرق في مال غير الغاصب و مَنْ لا يعلم أنّ فيها لوحاً مغصوباً غير الحيوان بين نفس السفينة أو غيرها لاحترام مال الغير إذا لم يكن عالماً، فيجمع بين الحقين بدفع القيمة، فإذا استرجع اللوح ردّ القيمة. و أمّا الواضع ماله فيها بعد علمه بالغصب فكالغاصب كما في كتب الثلاثة^(٥).
و احتمال في الإيضاح في أصل المسألة أخذ العين لأنّها وضعت بغير حقّ فيثبت جواز انتزاعها، و إلاّ لجاز دوام الغصب شرعاً و هو محال^(٦). و هو ضعيف كما في جامع المقاصد^(٧).

قوله: «ولو كان له فالأقرب العين»، «كما هو خيرة التحرير^(٨) و الإيضاح^(٩) و الدروس^(١٠) و جامع المقاصد^(١١)، وهو قضية إطلاق الخلاف^(١٢) و الشرائع^(١٣) و في المسالك

-
- (١) مراده ما روي عنه صلى الله عليه وآله أنّه نهى عن ذبح الحيوان إلاّ لأكله. تلخيص الحبير ٥٥/٣، ح ١٢٧٢.
(٢) تذكرة الفقهاء ٣٩٦/٢ من الطبع الحجري.
(٣) جامع المقاصد ٣٠٤/٦.
(٤) المسالك ١٧٦/١٢.
(٥) أي تذكرة الفقهاء ٣٩٦/٢، جامع المقاصد ٣٠٤/٦ و المسالك ١٧٦/١٢.
(٦) إيضاح الفوائد ١٨٧/٢.
(٧) جامع المقاصد ٣٠٤/٦.
(٨) تحرير الأحكام الشرعية ٥٢٧/٤.
(٩) إيضاح الفوائد ١٨٨/٢.
(١٠) الدروس ١٠٩/٣.
(١١) جامع المقاصد ٣٠٤/٦.
(١٢) الخلاف ٤٠٨/٣، مسألة ٢٢.
(١٣) الشرائع ١٨٨/٣.

نسبته إلى صريح الأكثر^(١)، لأنّ دفع المغصوب إلى المالك واجب على الفور ولا يتمّ إلا به، و قد أدخل الضرر على نفسه بعدوانه على أنّه لا يناسبه التخفيف.

و اختير في المبسوط^(٢) و التذكرة^(٣) و ظاهر كلام السرائر^(٤) أنّه لا ينزع، لأنّ السفينة لا تدوم في البحر فيسهل الصبر إلى انتهائه إلى الشط، فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن تيسر الفصل و ردّ اللوح مع أرش النقص إن نقص و تستردّ القيمة جمعاً بين الحقيين، و لا كذلك الساجة في البناء فإنّه لا أمد لها فينتظر فافتقراً. و قد وسمه في جامع المقاصد^(٥) بالضعف، و التضعيف ضعيف إذا استلزم القبح و الضرر الفاحش مع إمكان الجمع بين الحقيين كما حرّر في ذلك في باب وجوب المقدمة فليتأمل جيّداً و لاترجيح في المسالك^(٦)...»^(٧).

أقول: وجدت في نقل عبائر القوم عدم التعرض لبدل الحيلولة في كلمات الشيخ و ابن ادريس و المحقّق و لعلّ أوّل من تعرض لها هو العلامة في كتبه و بعد تبعه القوم. ثم فهل يمكن استفادة دليلية حكم من الفرع الذي أبدى العلامة نظره فيه في القرن الثامن؟ و تبعه القوم و هل فتاواهم حجة لغيرهم من المجتهدين و هل يمكن تسرية الحكم في موضوع إلى غيره؟ و هل اسم هذه العملية [إسراء الحكم من موضوع إلى غيره من غير حجة شرعية] إلا القياس الباطل في الشريعة المقدسة عندنا؟ و بهذه الأسئلة ظهر عدم

(١) المسالك ١٧٧/١٢.

(٢) المبسوط ٨٦/٣.

(٣) تذكرة الفقهاء ٣٩٦/٢ من الطبع الحجري.

(٤) السرائر ٤٨٤/٢.

(٥) جامع المقاصد ٣٠٤/٦.

(٦) المسالك ١٧٧/١٢.

(٧) مفتاح الكرامة ١٨/٢٨٦-٢٨٤.

تحديد موضوع بدل الحيلولة ٥٩١

تمامية مقالة الشيخ الأعظم من أنّ «ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير» أي ولو كانت المدّة قصيرة، و عدم وجاهة استظهاره.

و العجب من المحشين على المكاسب عدم تعرضهم لهذا الإشكال!

ثم القول في هذا الفرع المذكور لا بدّ فيه من لحاظ أمور:

الأوّل: وجوب رد عين المال إلى مالكة مهما أمكن خلافاً لأبي حنيفة.

الثاني: لا يلزم ردّ عين المال تلف نفس محترمة أو حيوان محترم أو مال كذلك.

الثالث: لا عبرة بما اشتهر في الألسنة بأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، فلو كان

المال للغاصب أيضاً يكون محترماً.

الرابع: لزوم ردّ العين باق مادام لم يصدق عليها التلف عرفاً، ففي مثل الخيط الذي

خاط به الثوب ولا يمكن إخراجه صحيحاً يصدق التلف عرفاً فينتقل الضمان إلى القيمة.^(١)

الخامس: إذا صار مال الغاصب محترماً فلا فرق بين أنه في السفينة على الماء أو في

البناء على الأرض.

السادس: إذا يصدق التلف عرفاً على الساجدة أو الإستوانة الحديدية المستعملة في

البناء أو اللوح الخشبي أو الحديدي المستعمل في السفينة، ينتقل الضمان إلى القيمة فلا يجب

ردّ العين. - و صاراً كالخيط الذي مرّ.

السابع: في كلّ مورد يصدق التلف عرفاً و ينتقل الضمان إلى القيمة، يعطي الضامن

قيمة يوم الأداء. - كما مرّ في بحث القيمي.

الثامن: إذا لم يصدق التلف عرفاً فيلزم على الغاصب إعطاء العين و يجب عليه

الخروج من ضمان منافعها - المستوفاة عند الكلّ و حتّى غير المستوفاة عندنا - بأداء أجرة

(١) كما عليه المحقّق الأردبيلي في هذا الفرع [الخيط] في مجمع الفائدة ٥٢١/١٠.

مثلها.

التاسع: في فرض انتقال الضمان إلى القيمة وأداءها تنتقل العين إلى الضامن المؤدي و بعد أداء القيمة صار العين و منافعها في ملكه فيجوز الصلاة في اللباس الذي خاط بخيط الغير بعد أداء قيمته لاقبلها.

العاشر: في موارد الشك في تلف العين عرفاً أو عدمه، الأحوط المصالحة بين المالك و الغاصب، لا سيما إذا تضرر الغاصب من أداء العين تضرراً فاحشاً نحو: أرض الغير التي بنى عليها برجاً في مائة طابق مثلاً و المالك يريد أرضه و الغاصب يتضرر كلُّ ماله أو جلِّه، فحينئذ الأحوط المصالحة بينهما باعطائه للمالك قيمة أرضه ولو بأضعاف مضاعفة حتى يرضى ببيعها. أو استئجار الأرض منه في مدّة يبقى البناء عادةً، أو إعطاء منافع الأرض له في مدّة يبقى البناء عادةً أو نحوها من موارد المصالحة.

﴿تلك عشرة كاملة﴾^(١) من الأمور ملحوظة و يظهر لك بعد التأمل فيما سردناه عليك البقية منها و الحمد لله أولاً و آخراً.

ثم إنَّ هاهنا مسائل لا بدّ من التنبيه عليها على القول ببدل الحيلولة:

الاولى: ما المراد بالتعذر؟

هل المراد به التعذر العقلي أو يكفي التعذر العرفي؟ قال الشيخ الأعظم: «ثمّ الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعي في مقدماته لم يسقط القيمة زمان السعي...»^(٢).

حاصل مراده عليه السلام: إنَّ الظاهر من الأدلة عدم اعتبار التعذر العقلي في ثبوت الضمان

(١) سورة البقرة / ١٩٦.

(٢) المكاسب / ٣ / ٢٥٨.

مسائل بدل الحيلولة - الاولى: ما المراد بالتعذر؟ ٥٩٣

ببدل الحيلولة بحيث لا يتمكن الضامن عقلاً من الوصول إلى العين، بل يكفي مجرد التعذر العرفي وإن تمكن الغاصب من الوصول إلى العين بالسعي في مقدمات الوصول فيحكم بها في زمان السعي فيها.

ويمكن استيناس اعتبار التعذر العرفي من فتواهم في اللوح المغصوب المستعمل في السفينة بدل الحيلولة مع إمكان الوصول إلى عين اللوح ولو بالسعي في مقدماته من إيصال السفينة إلى البر.

نعم، قد ورد في ظاهر بعض كلمات الفقهاء^(١) مطلق كلمة «التعذر» في هذا البحث و هي ظاهرة في التعذر العقلي و هو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزام الغاصب برّد العين.

ثم أمر الشيخ الأعظم بالتأمل ولعله إشارة إلى أنّ الأصل المذكور محكوم ببعض أدلة بدل الحيلولة بعدم الفرق بين التعذر في المدّة الطويلة أو القصيرة^(٢). أو إشارة إلى أنّ الأصل المذكور قد يلزم تضرر المالك^(٣). أو إشارة إلى أنّ تسليط المالك بالزام ردّ عين ماله كاف في إثبات بدل الحيلولة لأنّها من شؤون ردّ العين.^(٤)

ثم اختار في ختام مقاله التعذر الفعلي - أيّ التعذر في الحال - وقال: «ولعلّ المراد به التعذر في الحال، وإن كان لتوقفه على مقدمات زمانية يتأخّر لأجلها ذو المقدمة»^(٥).

(١) نحو المحقق في الشرائع ١٩٠/٣ و العلامة في القواعد ٢٣٠/٢ و تحرير الأحكام الشرعية غيرهما.

(٢) كما في بُغْيَةُ الطالب ٢٧٣/١ و مصباح الفقاهة ٢١٢/٣.

(٣) هداية الطالب ٣٨٠/٢.

(٤) هداية الطالب ٣٨٠/٢.

(٥) المكاسب ٢٥٨/٣.

ولعلّ هذا هو قسماً ثالثاً من التعذر في مقابل التعذرين السابقين - العقلي و العرفي -
و مرادهم هذا.

و فيه: إنهم لم يفتوا ببدل الحيلولة في المدّة القصيرة مع صدق التعذر الفعلي فيها فلا
يمكن أن يكون التعذر الفعلي - في الحال - مرادهم من التعذر.

ثم اعترض الفقيه اليزدي على الشيخ الأعظم بقوله: «لا يخفى أنّ هذا ليس مطلباً
آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذي أيده بأنّ فيه جمعاً بين الحقين، كما أنّ تعبير البعض
بالتعذر هو نفس الوجه الأوّل و هو اليأس من الوصول، فلا وجه للتكرار فتدبر»^(١).

وأجاب عن اعتراضه المحقّق الاصفهاني بقوله: «لكنّه بلا وجه، إذ كون الشيء بحيث
لا قدرة على تحصيله لا ينافي القطع بحصوله فيما بعد، فضلاً عن رجاء حصوله، فالتعذر
المسقط للتكليف ليس عين اليأس، كما أنّ رجاء الوصول يجتمع مع القدرة على تحصيله و
مع عدمها، فليس رجاء الوصول مستلزماً للقدرة على التحصيل»^(٢).

و تبعه في الاعتراض المحقّق ألسيد الخوئي وقال: «أنّ اليأس إلى العين أعم من التعذر
العقلي فإذا اعتبر الثاني في سقوط التكليف برّد نفس العين فمجرد اليأس لا يوجب سقوطه،
كما أنّ الاعتبار التعذر العرفي في سقوط التكليف برّد العين أعمّ من الحكم بثبوت بدل
الحيلولة بمجرد التعذر الفعلي و إذن فلا تكرار في عبارة المصنف»^(٣).

الثانية: يجوز للمالك الامتناع من أخذ بدل الحيلولة

ليس للغاصب إجباره بها، كما مرّ ذلك في بحث المثلي المتعذر، أنّ للمالك الصبر إلى
وجدان المثل و ليس للغاصب أو المتلف إجباره بقبول القيمة.

(١) حاشية المكاسب ٥١٦/١.

(٢) حاشيته على المكاسب ٤٢٩/١.

(٣) مصباح الفقاهة ٢١٢/٣.

مسائل بدل الحيلولة - الثالثة: خروج العين عن المالية ٥٩٥

و الأمر هنا كذلك، أخذ القيمة حقاً للمالك بدلاً عن حيلولة الغاصب بينه وبين ماله ولكنّه حقٌّ وله عدم استعماله و الاستفادة منه و الصبر حتّى توجد عين ماله. و ليس للغاصب إجباره بأخذ القيمة.

كما ظهر من الشيخ أنّ أخذ القيمة في الحيلولة حقٌّ للمالك حيث يقول: «إذا غصب ملكاً لغيره فخرج عن يده مثل أن غصب عبداً فأبق أو فرساً فشرّد أو بعيراً فنذ أو ثوباً فسرق، كان للمالك مطالبته بقيمته، لأنّه حال بينهما بالغصب...»^(١).

فقوله: «كان للمالك مطالبته بقيمته» ظاهر في أنّ أخذ القيمة حقٌّ للمالك.

و كذلك ليس في أدلة بدل الحيلولة - على فرض تماميتها - ما يدل على جواز إجبار الغاصب المالك على قبول القيمة و البدل، و ليس هنا دليل آخر يدلّ عليه، فيتخيّر المالك بين قبول القيمة التي هي البدل و بين الصبر إلى زوال العذر. و هذا هو المراد بقاعدة السلطنة، لأنّ المالك يستحقّ عين ماله و إجباره على أخذ القيمة و البدل يكون على خلاف هذه السلطنة.

و لتوضيح ما ذكرنا راجع مقالة المحقّق النائيني^(٢) في المقام.

الثالثة: خروج العين عن المالية

يعدّ من موارد بدل الحيلولة حيث قال الشيخ الأعظم: «و كما أنّ تعذّر ردّ العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم»^(٣).

نحو الماء على الشط و الجمد في الشتاء، و قد حكم سابقاً^(٤) بانتقالها إلى القيمة مطلقاً

(١) المبسوط ٩٥/٣.

(٢) المكاسب و البيع ٣٨٩/١ الأمر التاسع.

(٣) المكاسب ٢٥٩/٣.

(٤) المكاسب ٢٣٨/٣.

وهنا يذهب إلى أن خروج العين عن المالية يكون من موارد بدل الحيلولة و بينهما فرقٌ و تنافٌ.

قد دفع هذا التنافي المحقق المروحي رحمته الله بقوله: «أنَّ خروج المال عن التقويم على نحوين: فتارة لا يُرجى عودُ المالية إليه كاللحم المتعفن و الفاكهة الفاسدة، فالواجب فيهما المثل أو القيمة من باب التلف الحقيقي...، وأخرى يرجى عود المالية كما إذا ضمن ماءً في المفاضة و لم يتلف حتّى وصل الشاطيء و أراد اجتيازه إلى مفاضةٍ أخرى فيقال: بأنَّ للمالك مطالبة بدل الحيلولة عند الشاطيء و لو بقي الماء بحاله إلى الوصول إلى المفاضة الأخرى و جب على الضامن دفعه إلى المالك، و لعلَّ هذا الفرض الثاني محطَّ نظر الماتن هنا...»^(١).

أقول: إنَّ ما ذكره هذا المحقق الجليل فيدفع التنافي في كلام الشيخ الأعظم رحمته الله و إلاَّ

يرجع.

الرابعة: هل مالك العين يملك بدل ماله؟

إذا بذل له الغاصب الضامن؟ أم أنه لا يملك و يبيح له التصرف فيه بأنواع التصرفات حتّى ما يكون مشروطاً بالملكية و هذا هو الإباحة المطلقة كما مرّ نظيرها في بحث المعاطاة. و يكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين.

المشهور على الأوّل، بل «في الخلاف»^(٢) و الغنية^(٣): أنَّ مالك العين إذا أخذها - أيّ

القيمة - ملكها بلا خلاف. و ظاهرهما نفيه بين المسلمين»^(٤).

(١) هدى الطالب ٥٦٦/٣.

(٢) الخلاف ٤١٢/٣، مسألة ٢٦.

(٣) غنية النزوع / ٢٨٢.

(٤) كما في مفتاح الكرامة ١٨٥/١٨ و مرّ سابقاً تمام كلامه.

مسائل بدل الحيلوية - الرابع: هل مالك العين يملك بدل ماله؟ ٥٩٧

وربما يستظهر^(١) من المحقق القمي رحمته الله في جامع شتاته القول الثاني أي الإباحة المطلقة حيث يقول: «.. فلا مانع من أن يكون ذلك نوعاً من التملك، و حاصله: أن للمالك التصرف للبدل حتى بالإتلاف و البيع و غير ذلك. و ذلك مراعى إلى حين ظهور العين المغصوبة، فإن ظهر العين و البدل باقى فللغاصب استرداد ماله إذا كان باقياً بخلاف ماله أتلفه...»^(٢).
و صرح العلامة في التذكرة بأن القيمة المدفوعة يملكها المغصوب منه ملكاً مراعى للحيلولة فيزول بزوالها.^(٣)

ثم الذي قوّى القول الثاني - أي عدم الملكية، و أعني الإباحة المطلقة - هو الإشكال الذي طرحه أول مرة العلامة في قواعده مرتين حيث يقول: «ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد ترداداً، و للغاصب حبس العبد إلى أن يردّ القيمة عليه على إشكال...»^(٤).

و قال في المرة الثانية: «يجب ردّ العين مادامت باقية، فإن تعدّر دفع الغاصب البدل و يملكه المغصوب منه و لا يملك الغاصب العين المغصوبة، فإن عادت فلكلّ منهما الرجوع، و هل يُجبر المالك على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال»^(٥).

قال ولده فخر المحققين في شرح كلامه الأوّل: «ينشأ من عدم الجمع بين العوض و المعوّض فيترادان معاً، و وجوب ردّ العين على الغاصب مع التمكن على الفور و هو

(١) المستظهر هو الشيخ الأعظم في مكاسبه ٢٥٩/٣ حيث يقول: «حكي المجرم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمته الله في أجوبة مسأله».

(٢) جامع الشتات ١٥٢/١ من الطبع الحجري - (٢/٢٦١ من الطبع الحروفى).

(٣) تذكرة الفقهاء ٣٨٥/٢ من الطبع الحجري.

(٤) قواعد الأحكام ٢٢٨/٢.

(٥) قواعد الأحكام ٢٣٠/٢.

الأولى»^(١).

و قال في شرح كلامه الثاني: «ينشأ من أنه قد استقر ملكه عليه ولأنه ينافي البدلية إذ ما لا يستقر عليه الملك لا يصلح أن يكون بدلاً قهرياً شرعاً لما يستقر عليه الملك، ولأنه قد لا يرغب المعاملون فيه، و من أنه للحيلولة و قد زالت، والأول أولى لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال»^(٢).

و قال المحقق الكركي في شرح كلامه الأول: «و أعلم إن هنا إشكالاً، فإنه كيف تجب القيمة و يملكها بالأخذ و يبقى العبد على ملكه و جعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه، - ثم قال في شرح إشكال العلامة: - ينشأ: من أنه دفعها عوضاً فله حبس المعوض إلى أن يقبض العوض كسائر المعاوضات، و من أنها ليست معاوضة حقيقة، وإنما قبضه المالك ارتفاقاً و محافظة على مصلحته، و قد كان تسليم العبد واجباً على الفور و الأصل بقاؤه، و لا يجوز حبس مال في مقابل مال آخر قد حبسه مالك المال الأول ظلماً، لأن من ظلم لا يُظلم، و الأصح أنه ليس له ذلك»^(٣).

و قال في شرح الإشكال الوارد في كلامه الثاني: «ينشأ، من ثبوت الملك و الأصل بقاؤه، و من أنه إنما للحيلولة و قد زالت. قيل: لو كان بحيث يجبر على ردّه لكان نقصاً في البدلية، إذ قد لا يرغب المعاملون فيه: و ليس بشيء لأنه متى تعلّق به حقّ ثالث و جب عوضه، و الأصح وجوب الردّ فيجبر عليه...»^(٤).

و قال ثاني الشهيدان في تبين الإشكال: «... و لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع

(١) إيضاح الفوائد ١٧٨/٢.

(٢) إيضاح الفوائد ١٨١/٢.

(٣) جامع المقاصد ٢٦١/٦.

(٤) جامع المقاصد ٢٧٢/٦.

مسائل بدل الحيلولة - الرابع: هل مالك العين يملك بدل ماله؟ ٥٩٩

العوض والمعوض على ملك المالك من غير دليل واضح. ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلاً، أو توقّف ملك المالك للبدل على اليأس من العين وإن جاز له التصرف فيه، كان وجهاً في المسألة»^(١).

و استحسن السبزواري^(٢) مقالة الشهيد الثاني.

و أجاب السيّد العاملي صاحب مفتاح الكرامة عن الإشكال بقوله: «قلت: قد عرفت أنّ وجوب القيمة و تملكها بالأخذ لا خلاف فيه بين المسلمين. كما أنّ الظاهر أنّ الضمان للحيلولة كذلك، كما أنّ بقاء العين على ملك المالك و عدم دخولها بعد بذل العوض في ملك الغاصب لا خلاف فيه إلاّ من أبي حنيفة^(٣). و هذه الثلاثة تقضي بأنّ الجمع بين العوض والمعوض إنّما يمتنع إذا كانا في يده و تحت تصرفه و كان أحدهما في مقابلة الآخر، و أمّا إذا كان أحدهما خارجاً عن يده و تصرفه ظلماً و عدواناً و قد أخذ ذلك العوض عوضاً عن مظلّمته التي يجب عليه ردّها عليه فوراً و جبراً عمّا فاتته من منفعتها و لم يكن في مقابلة نفس العين المغصوبة فلا مانع منه عقلاً و شرعاً بل هما حاكمان بذلك، فهذا معنى جعلها في مقابلة الحيلولة، فقد اتضح معناه و علم مبناه و أنّه الإجماع كما عرفت»^(٤).

و ذهب صاحب الجواهر إلى «أنّ للمغصوب أحوالاً ثلاثة:

أحدها: حال وجود العين على وجه يتمكن من ردّها إلى مالكها، فليس عليه إلاّ

وجوب الردّ....

و الثاني: ذلك أيضاً إلاّ أنّه يتعذر أو يتعسر ردّها، فعليه ضمان قيمتها تحقّقاً لا

(١) المسالك ٢٠١/١٢.

(٢) الكفاية ٦٤٨/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١٥٢/٧.

(٤) مفتاح الكرامة ١٨٧/١٨.

٦٠٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

تقديرًا، وهو المسمى بضمان الحيلولة و معه يملك المغصوب منه القيمة المضمونة عليه باعتبار كونها كالدين على الغاصب فيملكها من هوله وإن بقيت العين مملوكة له أيضاً للأصل و غيره ممّا عرفت.

الثالث: حال تلف العين و خروجها عن قابلية الملك بموت و نحوه فيتعلّق مثلها أو قيمتها في ذمّة الغاصب تعلقّ الديون»^(١).

و قال في وجه ملكية المالك للقيمة بعد ذكر الاتفاق عليه^(٢): «... بل أدلة الضمان التي منها «على اليد» شاملة لذلك قطعاً فهي حينئذ مقتضية لملك المالك القيمة... فالقيمة المدفوعة حينئذ مملوكة و العين باقية على الملك للأصل و لأنّها مغصوبة و كلّ مغصوب مردود و أخذ القيمة غرامة للدليل الشرعي لا ينافي ذلك...»^(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «ولو لا ظهور الإجماع و أدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحة مطلقة و إن لم يدخل في ملكه... و يكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين...»^(٤).

و قال أيضاً: «... لا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه و دخول العين في ملكه و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوّض، فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين في عدم البديل له»^(٥).

(١) الجواهر ١٣٢/٣٧.

(٢) الجواهر ١٣٠/٣٧.

(٣) الجواهر ١٣١/٣٧.

(٤) المكاسب ٢٥٩/٣.

(٥) المكاسب ٢٥٩/٣.

مسائل بدل الحيلولة - الخامسة: لا تنتقل العين إلى دافع بدل الحيلولة ٦٠١

أقول: لو تمت أدلة بدل الحيلولة^(١) و الغرامة أو الإجماع فهو وإلا - كما هو كذلك - فالإشكال باقٍ على حاله و لا تفيد أجوبة القوم، وكذا الاحتمال المذكور في كلام الشيخ الأعظم المنسوب إلى المحقق القمي أيضاً لا يتم في أصله - وهو المعاطاة - فيكف بفرعه - و هو في المقام -.

و الحاصل: ملكية مالك العين لبدل ماله في فرض بدل الحيلولة و قبل تلف العين و إن ادعي عليها الإجماع ولكنه في غاية الإشكال. و لا عبرة بدعوى الإجماع لما مرّ سابقاً بأنه مدركي.

و هذا الإشكال هو أحد الإشكالات التي ترد على القول ببطل الحيلولة و نحن في فسحة منها.

الخامسة: لا تنتقل العين إلى دافع بدل الحيلولة

قدمتُ مقالة صاحب المفتاح: «... كما أنّ بقاء العين على ملك المالك و عدم دخولها بعد بذل العوض في ملك الغاصب لا خلاف فيه إلا من أبي حنيفة»^(٢).
و قال الشيخ الأعظم: «... فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه و دخول العين في ملكه و ليست معاوضة...»^(٣).
القائلون ببقاء العين على ملك مالکها و عدم انتقالها إلى الضامن الدافع لم يأتوا بدليل إلا: الإجماع و الأصل.

(١) و دلالة الأدلة تختلف في أنّ القيمة تكون ملكاً للمالك أو أنّها مبيحة له التصرف فيه و لأجل تفصيل ذلك راجع حاشية المحقق الأصفهاني على المكاسب ٤٣٠/١ و ما بعده، و مصباح

الفقاهة ٢١٤/٣ و ما بعده.

(٢) مفتاح الكرامة ١٨٧/١٨.

(٣) المكاسب ٢٥٩/٣.

و قد عرفت: أنّ الأوّل منهما محتمل المدركية و لم يكن تعدياً حتّى يفيد شيئاً.
 و الثاني منهما: يفيدنا مع عدم دليل آخر و أمّا مع وجوده فلا.
 و قد مرّ متّاباً أنّ المالك يملك القيمة المسماة عند القوم ببذل الحيلولة و الضامن الدافع المعطي لها يملك العين بالمعاوضة القهرية «لاستحالة بدلية شيء عن شيء إلا بقيام البذل مكان المبدل في جهة من الجهات، و تلك الجهة في المقام هي الإضافة الملكية»^(١).
 لا يقال: المالك يملك القيمة (بذل الحيلولة) و أمّا الضامن فلا يملك العين لأنّ البدلية في هذه المعاوضة ليست بدلية حقيقية، بل إنّما هو غرامة محضّة نحو: دية المقتول أو المجرّح أو المبدول عند تلف العين، و من المعلوم أنّ عنوان الغرامة لا يستلزم دخول العين في ملك الضامن، و هي ليست معاوضة قهرية شرعية.
 لأنّنا نقول: إذا قلنا بملكية القيمة (بذل الحيلولة) لملك العين - كما تدلّ عليها قاعدتا من أتلف و ضمان اليد - صار العين ملكاً للضامن المعطي للقيمة بالمعاوضة القهرية الشرعية، و إلاّ يستلزم اجتماع العوض و المعوّض في ملك مالك العين - كما مرّ - و هو باطل.
 و يؤيد ما ذكرنا حسنة سدير عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يأتي البهيمة، قال: يجلد دون الحدّ و يغرم قيمة البهيمة لصاحبها، لأنّه أفسدها عليه و تذبّح و تحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه، و إن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها و جلد دون الحدّ و أخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف، فيبيعه فيها كيلاً يعير بها صاحبها.^(٢)
 و يترتب على خروج العين عن ملك المالك و عدمه فروع مهمة:
 منها: إذا خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، على القول بدخول الخيوط في ملك الغاصب

(١) مصباح الفقاهة ٢١٦/٣.

(٢) وسائل الشيعة ٣٥٨/٢٨، ح ٤، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم.

مسائل بدل الحيلولة - الخامسة: لا تنتقل العين إلى دافع بدل الحيلولة ٦٠٣

بعد أداء البدل جازت له التصرف و الصلاة في ذلك الثوب و إلا فلا.

و يمكن إلحاق الخيوط بالتلف الحكمي لعدم إمكان ردّها غالباً إلا بعد سقوطها عن المالية بالنزع كما عن الأردبيلي^(١). واستجوده في الجواهر^(٢). وقال السيّد البيزدي^(٣): «الحقّ مع الأردبيلي»^(٣). و الأمر كذلك لا سيما إذا كان المخيط بالخيوط المغصوبة لجرح النفس المحترمة أو ثوب غيره، لأنّ النزع يوجب التلف أو الضرر فلا يجوز.

و منها: إذا غصب خمراً محترمة أو دابة أو شجرة مثمرة، و انقلب الخمر خلاً أو ماتت الدابة أو يبست الشجرة و صار خشبة، على القول بالمعاوضة القهرية و بعد أداء البدل و القيمة من طرف الغاصب، دخل الخل و الميتة و الخشبة في ملكه و إلا فلا.

و صرح الفقيه البيزدي^(٤) بدخول الخل في ملك الضامن.

و منها: إذا غصب دهنًا أو لحماً أو نحوهما و خلطها بطعامه، فإنّه بناءً على دخول العين في ملك الغاصب بعد أداء القيمة يجوز له أكل الطعام و إلا لا يجوز له التصرف فيه إلا برضا المالك.

و منها: إذا توضع غفلة بماء مغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد و التفت بعد الغسلات و قبل المسحات بغصبية الماء، فعلى القول بدخول الرطوبة في ملك الضامن يجوز المسح بها و كذا على القول بأنّ الرطوبة بمنزلة الشيء التالف فلا يملكها مالکها و حينئذ يجوز المسح بها، أمّا على القول ببقائها على ملك المالك فلا يجوز المسح بل عليه استيناف و ضوئه.

(١) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢١/١٠.

(٢) الجواهر ٨٠/٣٧.

(٣) حاشية المكاسب ٥٢٢/١.

(٤) حاشية المكاسب ٥٢٣/١.

٦٠٤ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

ذهب إلى جواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب، ابن فهد الحلبي^(١) والسيد محمد العالملي صاحب المدارك^(٢) والأردبيلي^(٣).

تذكرة: و بما ذكرنا يظهر الإشكال المعروف في مسألة تعاقب الأيدي وهو: أنّ المغصوب منه يتخيّر في أخذ بدل ماله من أيّ شخص من جماعة الغاصبين الذين تعاقبت أيديهم على ماله، ولكن إذا رجع إلى الأوّل منهم، يرجع الأوّل إلى الثاني، والثاني إلى الثالث حتّى تنتهي سلسلتهم و تثبت الغرامة على الأخير منهم الذي تلفت العين في يده.

وأما إذا رجع المالك في أخذ بدل ماله إلى المتوسطين منهم لم يرجع هذا المتوسط إلى السابقين، بل يرجع إلى اللاحقين منهم فقط، و الإشكال هو الفارق بين الصورتين، بل بعبارة أوضحه لماذا ليس له الرجوع إلى السابقين؟!

و أمّا الجواب: أنّ الغاصب إذا أعطى البدل عن العين المغصوبة التالفة ملكها هو عن مالك العين و إذا ملكها عنه يجوز له الرجوع إلى من غصب منه، فالغاصب الأوّل يجوز له الرجوع إلى الثاني و غيره و أمّا الغاصب المتوسط فله الرجوع إلى اللاحقين فقط لأنّه يملك عليهم شيئاً و لا يملك على السابقين منهم.

لا يقال: إنّ العين التالفة معدوم و المعدوم لا يقبل الملكية، فلا يمكن انتقال ملكية العين من المالك إلى الغاصب المعطي للبدل.

لأنّنا نقول: الملكية من الأمور الاعتبارية و مع ترتب الأثر عليها فلا محذور في تعلّقها بالأمور العدمية.

و لعلّ هذا هو الجواب التام الوحيد عن هذا الإشكال الوارد على مسألة تعاقب

(١) جوابات المسائل الشامية الأولى / ٣٤٤ المطبوعة في ضمن الرسائل العشر.

(٢) مدارك الأحكام ٢١٣/٤.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ٥٢١/١٠.

مسائل بدل الحيلولة - الخامسة: لا تنتقل العين إلى دافع بدل الحيلولة ٦٠٥

الأيدي وهو من محتملات كلام صاحب الجواهر^(١) فراجع تمامه في كتابه^(١). بل من صريح كلامه^(٢) و التفصيل يطلب من محلّه، و الحمد لله.

تكميل فيه توضيح:

قال الشيخ الأعظم: «و لعلّ ما عن المسالك: من أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج فتعيّن القيمة فقط. محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشبة...»^(٣).

أقول: العبارة المنقولة عن المسالك غير موجودة فيه، نعم هي تليق بين كلامه في مسألتي الخشبة و الخيط و استفادة منهما كما نبّه عليه المحقّق المامقاني^(٤).

قال الشهيد الثاني في مسألة الخشبة المغصوبة: «إذا غصب خشبة و أدرجها في بنائه أو بنى عليها لم يملكها الغاصب بل عليه إخراجها من البناء و ردّه إلى المالك، خلافاً لأبي حنيفة حيث حكم بملكه و يغرم قيمته... ثم إذا أخرجها و ردّها لزمه أرش النقص إن دخلها نقص. ولو بلغت حدّ الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فالواجب تمام قيمتها و هل يجبر على إخراجها حينئذ؟ نظر، من فوات المالية و بقاء حقّ المالك في العين. و ظاهرهم عدم الوجوب و أنّها تنزل منزلة المعدومة، ولو قيل بوجوب إعطائها المالك لو طلبها كان حسناً، و إن جمع بين القيمة و العين»^(٥).

أنت ترى بأنّ هذا الكلام المنقول من الشهيد الثاني و رد بالنسبة إلى غصب الخشبة لا

(١) الجواهر ١٣٧/٣٧، بقي شيء.

(٢) الجواهر ٨٠/٣٧، بل ستسمع ملك الغاصب المغصوب إذا أدى قيمته للحيلولة....

(٣) المكاسب ٢٦٥/٣.

(٤) غاية الآمال / ٣١٨.

(٥) المسالك ١٧٦/١٢ و ١٧٥.

٦٠٦ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

الخيط المغصوب الوارد في كلام الشيخ الأعظم ولكن قال في الخيط المغصوب: «إن خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما في البناء على الخشبة... وإن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة...»^(١). يستأنس من صاحب الجواهر موافقته لنا من انتقال العين إلى الضامن المعطي حيث يعترض على ثاني الشهيدين في القيل الوارد في آخر كلامه في بحث الخشبة المغصوبة حيث يجمع بين القيمة و العين للمالك قال في نقده صاحب الجواهر: «قلت: لكنَّه مناف لقاعدة لا ضرر ولا ضرار و مناف أيضاً لملك القيمة التي هي عوض شرعي يقتضي ملك معوضه للدافع، اللهم إلا أن يقال: إنها عوض مالية و إن بقي هو مملوكاً، لكنَّه كما ترى و ستسمع إن شاء الله تحقيق الحال في المسألة الآتية»^(٢).

و قال في بحث الخيط المغصوب: «... بل ستسمع ملك الغاصب المغصوب إذا أدى قيمته للحيلولة و إن كان متزلزلاً، بل كان ذلك مفروغ منه عند التأمل في كلماتهم في مقامات متعددة ظاهرة أو صريحة في أن المؤدي عن المضمون عوض شرعي عنه على وجه يقتضي الملك للطرفين، من غير فرق بين الموجود من العين ممَّا لا قيمة له و بينها إذا كانت كذلك لو انتزعت، كما في الفرض الذي يتعذر فيه الردّ لنفس العين المغصوبة»^(٣).

السادسة: إذا زال التعذر هل يجب ردّ العين؟

قال الشيخ الأعظم: «لإشكال في أنه إذا ارتفع تعذر ردّ العين و صار ممكناً و جب ردّها إلى مالکها - كما صرح به في جامع المقاصد^(٤) - فوراً و إن كان في احضارها مؤونة، كما

(١) المسالك ١٧٨/١٢.

(٢) الجواهر ٧٦/٣٧.

(٣) الجواهر ٨٠/٣٧.

(٤) جامع المقاصد ٢٦١/٦.

مسائل بدل الحيلوية - السادسة: إذا زال التعذر هل وجب رد العين؟ ٦٠٧

كان قبل التعذر...»^(١).

أقول: قد مرّ^(٢) نقل كلمات القوم في أوّل البحث في المقام في ضمن كلام صاحب المفتاح^(٣) فلا أعيدها.

إن قلنا بصيرورة العين المغصوبة ملكاً للغاصب المعطي للبدل - كما هو المختار - فإذا زال التعذر لم يجب ردّها إلى مالكها الأوّل.

وإن ذهبنا إلى بقاء العين المغصوبة على ملك مالكها الأوّل و عدم انتقالها إلى الدافع للبدل فيجب عليه ردّها إلى المالك.

و يمكن أن يقال^(٤): بأنّ المسألة مبتنية على أن ملكية البدل لمالك العين يكون ملكية لازمة أو جائزة فعلى الأوّل لا يجوز للمالك الرجوع في العين و على الثاني يجوز. و الابتناء الأوّل أولى وأظهر وأسلم من المناقشة.

ولكن الفقيه اليزدي ذهب إلى أن بدلية البدل للعين المغصوبة مقيدة بمادامية التعذر عن اداء العين و الخروج عن عهدها و لذا قال: «الظاهر أنه لا خلاف بينهم في التراد إذا ارتفع التعذر من غير فرق بين مثل الغرق و السرقة و الضياع و نحوها ممّا يعد تلفاً عرفاً و يكون المدرك للضمان أدلة الغرامات، و بين ما إذا كانت العين غير تالفة إلا أنّها متعدّرة الوصول إلى مدّة، و يكون المدرك للضمان قوله ﷺ: «الناس» على البيان السابق. قلت: و لعلّ الوجه في ذلك أنّ البدلية المفهومة من الأدلة و قوله ﷺ: «الناس» بدلية مادامية، إذ الحكم بها إنّما جاء من جهة التعذر، فمع ارتفاعه ينقطع ذلك و يعود كما كان، و لا فرق في ذلك

(١) المكاسب ٢٦٧/٣.

(٢) راجع صفحة ٥٦٩ من هذا المجلد.

(٣) مفتاح الكرامة ١٨٤/١٨.

(٤) كما عليه المحقّق الخوئي في مصباح الفقاهة ٢٢١/٣.

٦٠٨ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

بين ما لو قلنا ببقاء العين على ملك المالك، وما لو قلنا بالمعاوضة القهرية التعبدية، إذ على تقدير الثاني أيضاً المعاوضة إنّما هي مادام التّعذر. ولعلّ نظراً لفقهاء أيضاً إلى ما ذكرنا من كون البدلية مادامية، وإلّا فمع الإغماض عن ذلك يشكل الحكم...»^(١).
وتبعه المحقّق النائيّني وقال: «إذا ارتفع العذر وتمكّن من ردّ العين إلى مالكه وجب الردّ فوراً حتى على القول بالمعاوضة القهرية الشرعية، لأنّ الحكم بالمعاوضة مترتب على عنوان التّعذر و يدور مداره...»^(٢).

أقول: بعد الذهاب إلى المبادلة القهرية الشرعية ولو كانت مبدأه تعدّر ردّ العين -لأنّه مع إمكان ردّها يجب الردّ- وقعت المبادلة و بعد وقوعها حكم بماداميتها للتعذر و إدارتها مداره محل تأمل بل منع، لعدم ثبوت هذا التقييد في المبادلة بعدم وجود الدليل عليه. فتبعية المشهور من وجوب ردّ العين بعد التّعذر إلى مالكه على مبناهم تام ولكن على مبنا من وقوع المبادلة القهرية غير تام، لأنّ العين دخلت في ملك الغاصب المعطي للبدل فلا تردّ على المالك الأوّل، والله العالم.

السابعة: عدم ضمان ارتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البدل

الغاصب الضامن المعطي للبدل يخرج عن عهدة ضمان العين بدفع بدلها ولازمه عدم ضمانه لزيادة قيمة العين مطلقاً -أيّ بلا فرق بين ارتفاع القيمة السوقية أو للزيادة المتصلة - كالسمن في الحيوان و تعلّمه - أو للزيادة المنفصلة - كالثمره و نحوها - أو غيرها - وكذا لا يضمن منافعه لخروج العين عن عهده بدفع البدل.

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن

(١) حاشية المكاسب ٥٣١/١.

(٢) منية الطالب ٣٣٦/١.

مسائل بدل الحيلوية - السابعة: عدم ضمان ارتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البذل ... ٦٠٩
عهدة العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواءً كان للسوق أو للزيادة
المتصلة بل المنفصلة - كالثمرة - و لا يضمن منافعه فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك.
و عن التذكرة^(١) و بعض آخر^(٢) ضمان المنافع، و قوّاه في المبسوط بعد أن جعل
الأقوى خلافه^(٣).

و في موضع من جامع المقاصد أنه موضع توقّف و في موضع آخر رجّح
الوجوب^(٤)،^(٥).

و قبله قال السيّد العاملي: «... و إنّما الاشكال في الأجرة للمدّة التي بعد بذل القيمة
فهل تلزمه الأجرة لها أم لا؟ و قد قرّب في التذكرة^(٦) لزوم و الوجوب و قال: إنّّه أصح
وجهي الشافعية، لأنّ حكم الغصب باقٍ و إنّما وجبت القيمة للحيلولة فيضمن الأجرة
لفوات المنفعة و لأنّ العين باقية على ملكه و المنفعة له. و هو قضية كلام المبسوط^(٧) و مال
إليه في المسالك^(٨) و كأنّه قال به في مجمع البرهان^(٩) و هو الأصح. و قرّب في التحرير^(١٠) و

(١) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/٢ من الطبع الحجري.

(٢) نحو الشهيد الثاني في المسالك ٢٠١/١٢ و الأردبيلي في مجمع الفائدة ٥٣٨/١٠ و السيّد

العاملي في المفتاح ١٦٨/١٨ و صاحب الجواهر في كتابه ١٣٩/٣٧.

(٣) المبسوط ٩٦/٣.

(٤) جامع المقاصد ٢٥١/٦ و ٢٧٣.

(٥) المكاسب ٢٦٦/٣.

(٦) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/٢ من الطبع الحجري.

(٧) المبسوط ٩٥/٣.

(٨) المسالك ٢٠١/١٢.

(٩) مجمع الفائدة و البرهان ٥٤١/١٠.

(١٠) تحرير الأحكام الشرعية ٥٣٥/٤.

الإرشاد^(١) و الإيضاح^(٢) العدم. وفي الشرائع^(٣) أنه أشبه لأنَّ القيمة المأخوذة نازلة منزلة المغصوب فكأنَّ المغصوب عاد إليه و هي الواجبة عليه، فإذا دفعها برئ، و لأنَّه استحق الانتفاع ببذله و عوضه الذي يقوم مقامه، فإذا قبضه المالك لم يستحق الانتفاع به إذا لم يبق له من ذلك المال على الغاصب حقّ، وإلا لم يكن عوضاً، لكن هذا لا يتم مع الحكم ببقائها على ملك المالك وإثما نماءها له و عدم وجود مسقط للضمان عن الغاصب لها، فإنَّه لا يكون إلا بردها أو بالمعاوضة عليها على وجه تنتقل به عن ملك مالكتها و لم يحصل. و في جامع المقاصد^(٤) المسألة محل توقف و نحوه في الدروس^(٥) و الكفاية^(٦)، و يأتي لصاحب جامع المقاصد^(٧) أن الذي يقتضيه النظر الوجوب لبقاء الغصب كما كان...^(٨).

و قال في الجواهر عند اختيار صاحب الشرائع أنَّ العدم هو الأشبه: «عند المصنف بأصول المذهب و قواعده التي منها أصل البراءة، و أنَّ القيمة المأخوذة مُنزَّلة مُنزَّلة المغصوب، فكأنَّه عاد إليه بل هي الواجبة عليه و قد دفعها فبرأ، و أنه استحق المالك الانتفاع بالقيمة التي هي عوض و بدل في المعنى، فلم يبق له على الغاصب حقّ في ذلك المال، وإلا لم تكن فائدة للغاصب في الدفع»^(٩) ولكن مع ذلك اختار صاحب الجواهر القول

(١) إرشاد الأذهان ٤٤٦/١.

(٢) إيضاح الفوائد ١٧٤/٢.

(٣) الشرائع ١٩١/٣.

(٤) جامع المقاصد ٢٥١/٦.

(٥) الدروس ١١٣/٣.

(٦) الكفاية ٦٤٨/٢.

(٧) جامع المقاصد ٢٧٣/٦.

(٨) مفتاح الكرامة ١٦٨/١٨.

(٩) الجواهر ١٣٩/٣٧.

مسائل بدل الحيلولة - الثامنة: أسباب الضمان عند الشيخ الأعظم عليه السلام ٦١١

بوجوب أداء الأجرة و قال: «فالتحقيق الوجوب...»^(١).

أقول: الإشكال على المشهور أنهم اختاروا القول بعدم انتقال العين من المالك إلى الغاصب بدفع البديل فيحتمل أن يكون ارتفاع القيمة مطلقاً - للسوق أو للزيادة المتصلة أو للزيادة المنفصلة - في ملك المالك، فلم لا يرجع إليه؟ و له حق مطالبته من الغاصب. ولكن على القول بالانتقال يتم هذا البيان و لا يرد علينا شيء أعني يكون ارتفاع القيمة في ملك الضامن المعطي، فكان له.

و كذلك يرد الإشكال على من ذهب إلى عدم ضمان المنافع وهو يرى عدم الانتقال. و الوجه في الإشكال واضح لأن المنافع و الزيادة و الارتفاع كلها من فروع الملك و من كان له الأصل فله الفرع.

و لعله يظهر من هذه البيانات أن المرتكز في أذهانهم هو القول بالانتقال و إن كان القول بعدمه على ألسنتهم مشهوراً.

الثامنة: أسباب الضمان عند الشيخ الأعظم عليه السلام

قال: «و أدلة الضمان قد عرفت أن محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك ١- سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي ٢- أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليتها كخرق المال، ٣- أو كان الذاهب الأجزاء أو الاوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته... ٤- لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه...»^(٢).

و أنت ترى أن أسباب الضمان عنده عليه السلام أربعة:

(١) الجواهر ١٣٩/٣٧.

(٢) المكاسب ٢٦٥/٣ و ٢٦٤.

الأوّل: أن يكون الضامن سبباً لتلف العين حقيقة فيجب عليه أن يخرج من عهدها لأدلة الضمان.

الثاني: أن يكون سبباً لانقطاع سلطنة المالك عن ماله كالغرق و الضياع و يعدّ هذا من موارد تلف الحكمي و يحكم ببدل الحيلولة فيها.

الثالث: أن يكون سبباً لزوال الأوصاف التي هي دخيلة في مالية العين و سقوط ماليته مع تسلّط المالك عليها فالضمان في هذا الفرض بالمالية الساقطة الفاتنة دون نفس العين لأنّها موجودة في يد مالكةا نحو الثلج في الشتاء و الماء على الشاطيء.

الرابع: أن يكون سبباً لسقوط العين عن المالية و الملكيّة معاً إمّا شرعاً أو عرفاً و الأوّل نحو الخل المنقلب خمراً و الثاني نحو الكوز المكسور أو غيرهما من الظروف فحينئذ على الضامن قيمة العين أو بدلها و للمالك حقّ الاختصاص بها.

و بالجملة في جميع الصّور الثلاث الأخير يحكم الشيخ الأعظم بلزوم أداء البدل و القيمة من طرف الضامن إلى المالك مع بقاء العين على ملك المالك أو حقّ اختصاصه بها. أقول: أمّا ما ذكره من القسم الأوّل: فصحيحٌ لا نقاش فيه.

و أمّا ما ذكره في القسم الثاني: فقد مرّ وجوب البدل فيه و انتقال العين إلى الضامن المعطي.

و أمّا ما ذكره من القسم الثالث: فناقشهُ السيّد البيزدي بقوله: «أنه مع الخروج عن التقويم لا معنى لبقائها على صفة الملكيّة فإنّ الرطوبة الباقية نظير القصة المكسورة، فإنّه لا يقال إنّ أجزاءها باقية على ملكيّة مالكةا مع عدم فائدة فيها إلا نادراً...»^(١).

مراده: ذهب الوصف إن أوجب سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها فتسقط عن

مسائل بدل الحيلولة- التاسعة: حكم المغصوب إذا خرج عن صورتها النوعية ثم رجع إليها ٦١٣

المالية و الملكية معاً و إلاّ فهي مال و ملك معاً.

ولكن يمكن أن يدافع عن الشيخ الأعظم بأن سقوط المالية لا يوجب سقوط الملكية
لإمكان ملكية مال ليس بمال نحو المعدود من حبات الحنطة والشعير أو الخيط الباقي في الثوب
أو الرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء ونحوها.

نعم: يرد على الشيخ بأنّ الضامن المعطي إذا دفع البدل، دخل العين في ملكه
بالمعاوضة القهرية الشرعية كما مرّ.

و أمّا ما ذكره من القسم الرابع: من أنّ سقوط المالية و الملكية معاً يوجب تعلق
الضمان بالبدل على الضامن فنحن نفترق معه بأنّ بعد الأداء حقّ اختصاص^(١) العين يرجع
إلى المعطي الدافع للبدل لا المالك كما مرّ.

التاسعة: حكم المغصوب إذا خرج عن صورتها النوعية ثم رجع إليها

إذا خرج المغصوب عن صورتها النوعية ثم رجع إليها، فهل يضمن الغاصب بدله أم
عينه؟

فيه احتمالان:

الأوّل: ضمان البدل لانعدام العين بزوال صورتها النوعية، و الموجود ثانياً غيره
لتخلّل العدم بينهما و المعدوم لا يعاد.

الثاني: ضمان العين نفسها، لأنّ الموجود ثانياً عين الأوّل في نظر العرف.

ثم إنّ هنا مسألتين:

الأولى: العين الموجودة إذا انعدمت ثمّ عادت إلى الوجود قبل أداء بدلها، فلا بدّ من

(١) للبحث حول حقّ الاختصاص و حقيقته و منشأ ثبوته راجع هذا الكتاب: الآراء الفقهية

أداء العين نفسها، لكونها جامعة لجميع الخصوصيات التي كانت موجودة في العين المغصوبة، وادعاء عدم الخلاف في كلام الشيخ الأعظم بقوله: «و يؤيده أنه لو عاد خلا ردت إلى المالك بلا خلاف ظاهر»^(١) تحمل على هذه المسألة.

الثانية: إذا انعدمت العين و أعطى الغاصب الضامن بدله ثم عادت إلى الوجود، تكون للمعطي بالسيرة العقلانية و المعاوضة الفهرية الشرعية.

ثم: بعد انعدام العين و اعطاء الغاصب البدل، هل حق الاختصاص للخمر مثلاً يكون للغاصب المعطي للبدل أم للمالك الأول؟

قد مرَّ أنه يكون للغاصب المعطي و لذا لو صار خلاً مجدداً يكون للمعطي، ولكن يظهر من الشيخ الأعظم رحمته بقاء حق اختصاص المالك، قال: «ولو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه كما لو صار الخل المغصوب خمرًا...»^(٢).

و المحقق الاصفهاني ذهب إلى وجوب الرد إلى المالك لا لبقاء حق الاختصاص الوارد في كلام الشيخ الأعظم بل لأنه من قبيل عود الملك إلى مالكه، قال: «إنَّ وجوب الرد للعود إلى الملك، فيكون من باب وجوب ردِّ الملك لا من باب ردِّ ما يكون المالك أولى به، و العود إلى الملك بعد زوال الملكية لا يقتضي بقاء حق الأولوية بتوهم التخصيص بلا مخصص و الترجيح بلا مرجح. و ذلك لأنَّ زوال الملكية تارة لموجب الانتقال إلى الغير، و أخرى لبقاء مقتضي حدود الملكية من العقد و غيره على حاله، وإنما سقط عن التأثير بقاء لوجود المانع وهو انقلاب الخل خمرًا فإذا زال المانع أثر المقتضي أثره، من دون وجود حق الأولوية في حال سقوطه عن التأثير، و عدم لزوم الترجيح بلا مرجح بعد وجود المقتضي لملكية

(١) المكاسب ٢٦٥/٣.

(٢) المكاسب ٢٦٥/٣.

مسائل بدل الحيلولة- التاسعة: حكم المغصوب إذا خرج عن صورتها النوعية ثم رجع إليها ٦١٥
المالك للعين دون غيره واضح جداً، فلا كاشف عن حقّ الأولوية ولا عن تعلّق وجوب
الردّ بذات الملك...»^(١).

ولعلّ مراده عليه السلام: أنّ زوال الملكيّة تارة يحصل بأحد الموجبات الانتقال من البيع و
غيره، وأخرى لوجود مانع من تأثير مقتضى الملكيّة بقاءً كانقلاب الخلّ خمرًا فحينئذ
سقوط المقتضى للملكية يكون لوجود المانع، فإذا زال المانع أثر المقتضى ويثبت الملكيّة،
من دون ثبوت حقّ الأولوية تأثيراً خاصاً.

وناقشة تلميذة المحقّق السيّد الخوئي بقوله: «إنّ الملكية من الأحكام الشرعية وهي
غير مسببة عن الموجودات الخارجية، وإنّما هي فعل اختياري للمولى و تابع لكيفية جعله
من حيث السعة والضيق، و عليه فإسراء أحكام المقتضيات الخارجية و الموانع التكوينية
إلى الأحكام الشرعية بلا موجب، بل المتّبع في هذه الموارد دلالة الدليل، و من الواضح أنّ
الدليل قد دلّ على أن الخل يملك بالهبة و الأثر و نحوهما، ولكنّه إذا انقلب خمرًا خرج عن
الملكيّة و حينئذ فلو عاد إلى حالته الأولى كان الحكم بملكيتته للمالك الأوّل محتاجاً إلى دليل
و هو منفي في المقام»^(٢).

أقول: ما ذكره عليه السلام من الفرق بين الأحكام الشرعية و الأمور التكوينية واضح و
أعرض إلى تحقيق إثباته في أبحاثي الأصولية مراراً. و رجوع الملكيّة و عدمها يعود إلى
المسألتيّن الماضيتين، و كلّ من له الملك فله حقّ الاختصاص بعد زواله.

و كلّ من له حقّ الاختصاص، إذا زال المانع عن الملكيّة عادت ملكيته و بما ذكرنا
تظهر المناقشة في كلام السيّد الخوئي عليه السلام و تمامية كلام الشيخ الأعظم من بقاء حقّ

(١) حاشية المكاسب ٤٤٥/١.

(٢) مصباح الفقاهة ٢٣١/٣.

الاختصاص مع خروج المال عن الملكية كما مرّ عنه عليه السلام و الله العالم.

العاشرة: هل يعود ملك البدل إلى الغارم بعد تمكّنه من العين؟

قال الشيخ الأعظم: «وهل الغرامة المدفوعة تعود ملكه إلى الغارم بمجرد طرّو التمكّن فيضمن العين من يوم التمكّن ضماناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنها باقية على ملك مالك العين وكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمّة الغاصب فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامة، فلم يحدث في العين إلّا حكم تكليفي بوجوب ردّه و أمّا الضمان و عهدة جديدة فلا؟ وجهان: أظهرهما: الثاني لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة و عدم طرّو ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضماناً جديداً،... و حينئذ فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيّة المالك للغرامة...»^(١).

أقول: ذهب العلامة^(٢) إلى الترادّف في مسألة إباق العبد ولكن استشكل عليه في قوله: «... فإن عادت فلكلّ منهما الرجوع، و هل يُجبر المالك على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال»^(٣).

قال ولده في منشأ الإشكال: «ينشأ من أنّه قد استقر ملكه عليه و لأنّه ينافي البدلية إذ ما لا يستقر عليه الملك لا يصلح أن يكون بدلاً قهرياً شرعاً لما يستقر عليه الملك، و لأنّه قد لا يرغب المعاملون فيه، و من أنّه للحيلولة و قد زالت، و الأوّل أولى لأنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال»^(٤).

و يمكن تأييد الإشكال بأنّ ملك المالك ثبت على الغرامة و الأصل بقاؤه.

(١) المكاسب ٢٦٩/٣ و ٢٦٨.

(٢) القواعد ٢٢٨/٢.

(٣) القواعد ٢٣٠/٢.

(٤) إيضاح الفوائد ١٨١/٢.

مسائل بدل الحيلولة - العاشرة: هل يعود ملك البدل إلى الغارم بعد تمكنه من العين؟ ٦١٧
واعترض المحقق الثاني عليهما وقال: «لا وجه لعدم الرد أصلاً»^(١) كما اختاره العلامة
نفسه في التذكرة وقال: «القيمة المدفوعة يملكها المغصوب منه ملكاً مراعىً للحيلولة فيزول
بزوالها»^(٢).

وفي الجواهر^(٣) بيان يأتي في المسألة الآتية فانتظر.
وأما بالنسبة إلى مقالة الشيخ الأعظم من جهة التأييد فلا بد من التنبيه على أن ما
يوجب ردّ البدل إلى الغارم هو الردّ الخارجي للعين إلى مالكها لا التمكن من ردّها فقط، بناءً
على القول ببطل الحيلولة، لأنّ تعذر ردّ العين تكون علّة لحدوث ضمان البدل فقط وملكية
مالك العين له وبعدها تستصحب لو شك في بقائها.
فحينئذ لو تمكّن من الردّ ولكنّه لم يردّ خارجاً، لم يرجع البدل إلى الغارم فلو تلفت
العين في يده لم يثبت عليه ضمانٌ جديدٌ. والضمان الأوّل باقٍ. ولكن يجب عليه ردّ العين
تكليفاً كما مرّ من الشيخ الأعظم.
ومع ردّ العين خارجاً يجب على مالك العين ردّ البدل إلى الغارم ومع اتلافه يجب ردّ
بدله، وبعد الترادّ كلّ مال يعود إلى صاحبه كما يظهر من المحقّق النائيني^(٤).
ولكن قال المحقّق السيّد الخوئي^(٥) في نقده: «إنّ الالتزام بصيرورة الغرامة بدلاً عن
نفس العين لا يتفق مع الالتزام بجواز مطالبة المالك العين من الغاصب بعد التمكن منها، فإنّ
ذلك التزام بالمتناقضين... نعم، إذا كان... وقوع البدل بإزاء السلطنة دون العين وجب على
الغاصب ردّ العين على مالكها بمجرد تمكنه منها و جاز للمالك أن يطالبه بنفس العين لعدم

(١) جامع المقاصد ٢٧٢/٦.

(٢) تذكرة الفقهاء ٣٨٥/٢ من الطبع الحجري.

(٣) الجواهر ١٣٣/٣٧.

(٤) منية الطالب ٣٣٧/١.

تحقّق المعاوضة بينهما... ولا يجوز للمالك أن يتصرف في البديل في فرض جواز مطالبته بنفس العين... [لأنّ] البديل بدلاً عن السلطنة الفائتة إلاّ أنّه بدل عنها حال التعدّر من مطالبة العين لا مطلقاً، فإذا ارتفع التعدّر زالت البدلية. و من ثمّ إذا حصل التعدّر ثمّ ارتفع قبل أداء البديل لم يكن للمالك مطالبة البديل بلا إشكال. و على ذلك فلا بدّ من التزام برجوع البديل إلى ملك الغاصب و ضمان الغاصب العين بضمان جديد بالمثل أو القيمة»^(١).

الحادية عشرة: هل للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البديل؟

قال في القواعد: «و للغاصب حبس العبد إلى أن يرّد القيمة عليه على إشكال»^(٢).
و في التحرير: «له حبسها إلى أن يأخذ القيمة»^(٣).
ولكن في التذكرة: «الأقرب أنّه ليس له ذلك»^(٤)، و في الإيضاح «وهو الأولى»^(٥)، و في جامع المقاصد: «الأصح»^(٦).

قال في المفتاح تعليلاً لعدم جواز الحبس: «لأنّ دفع القيمة لم يكن على سبيل المعاوضة حقيقة، و قد كان تسليم العبد واجباً فوراً فيستصحب، و لا يجوز حبس مال في مقابلة مال آخر قد حبسه مالك المال ظلماً، لأنّ من ظلم لا يظلم»^(٧).
و قال في تعليل الجواز: «لأنّه قد دفعها عوضاً، فله حبس المعوّض إلى أن يقبض العوض كسائر المعاوضات، و من ذلك يعرف الوجه في استشكال المصنف، و محلّ الفرض ما

(١) مصباح الفقاهة ٢٣٢/٣.

(٢) القواعد ٢٢٨/٢.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٥٣٥/٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ٣٨٥/٢ من الطبع الحجري.

(٥) إيضاح الفوائد ١٧٨/٢.

(٦) جامع المقاصد ٢٦١/٦.

(٧) مفتاح الكرامة ١٨٨/١٨.

مسائل بدل الحيلوية - الحادية عشرة: هل للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البديل؟ . ٦١٩

إذا لم يعلم أنه لا يردها عليه وإلا فله المقاصة»^(١).

قال في الجواهر: «... وإنما اشكاله [أي اشكال العلامة في القواعد] في حبس الغاصب العين إلى أن يقبض ما دفعه من بدل الحيلولة باعتبار كونه كالمعاوضة التي لكل من المتعاضين حبس العوض على الآخر حتى يحصل التقابض. والأقوى خلافه، ضرورة عدم المعاوضة التي مقتضاها ذلك في المقام وإن كانت هي معاوضة معنوية، فليست هي إلا نحو من كانت عنده عين لمن كان عنده كذلك، فإنه ليس له الحبس كما هو واضح، خصوصاً بعد قوله عليه السلام: «المغصوب مردود»^(٢) والفرض بقاؤه. وإشكاله أيضاً في جبر إعادة المالك البديل لو طلبه الغاصب منه باعتبار ملكه له، والأصل اللزوم، ولتوقف تمام البدلية على تمامية الملك التي منها عدم تسلط الغاصب عليه بنحو ذلك»^(٣).

وقال بعد ورقة: «والأقوى بناءً على ما ذكرناه أن له جبره [أي للغاصب جبر المالك في أداء البديل] بل في احتمال أن له الحبس حتى يدفع إليه، لأنه وإن لم يكن معاوضة حقيقة فهو كالمعاوضة، وإن كان الأصح خلافه كما ذكرناه...»^(٤).

وقال الشيخ الأعظم: «إن العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوضاً ولذا تحقّق للمالك الجمع بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلّط عليها، والمعوض للغرامة السلطنة الفاتئة التي هي في معرض العود بالترادّ.

اللهم إلا أن يقال: له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس مبدل الغرامة وهي

(١) مفتاح الكرامة ١٨/١٨٨.

(٢) وسائل الشيعة ٩/٥٢٤، ح ٤، الباب ١ من أبواب الأنفال وفيه: «الغصب كلّ مردود».

(٣) الجواهر ٣٧/١٣٢ و ١٣٣.

(٤) الجواهر ٣٧/١٣٥.

السلطنة الفاتئة. و الأقوى الأول»^(١).

و قال المحقق الخراساني: «... إنَّ العرفَ الحاكمَ في بابِ كَيْفِيَّةِ الغراماتِ إنّما يكونُ بنائهم على العود بالردِّ لا بالتمكّن، و عليه فليس للغارمِ مطالبةٌ ما دفعه إلاّ بعد الردِّ، كما أنّه ليس له حبسها مطلقاً، وإن قلنا بالعود بالتمكّن، كما أنّه ليس للمالكِ حبس الغرامة، بل يجب على كلٍّ ردّ ما عنده و ليس من بابِ المعاوضة، حتّى جاز لكلّ منهما الامتناع عن التسليم قبل تسليم الآخر، اللهم إلاّ أن يدعى أنّه مقتضى باب الغرامة أيضاً، لكنّه لم يثبت فتدبر»^(٢).
أقول: ليس لهما الامتناع من ردّ المال الآخر حتّى يأخذ ماله، وإن ثبت ذلك في باب المعاوضات نحو البيع لأنّ اشتراط التسليم و التسلم يكون شرطاً ضمّنيّاً فيها، بخلاف المقام لأنّهم يقولون بغرامة بدل الحيلولة من السلطنة الفاتئة و ليس عندهم معاوضة فلا يجري ذلك الشرط الضمني.

بل على القول بكونها معاوضة هي معاوضة شرعيّة قهريّة من الشارع بين المالكين لا معاوضة مالكيّة بين المالكين حتّى يقال بكون فعلهما متضمّناً لذلك الشرط.
كما يظهر عدم جواز الحبس من الرشتي^(٣) و تلميذه الإشكوري^(٤) و النائيني^(٥) و الاصفهاني^(٦) و الإيرواني^(٧) قدس الله أسرارهم.

(١) المكاسب ٢٧٠/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٤٥/.

(٣) كما نقل عنه تلميذه في بغية الطالب ٢٨٧/١.

(٤) بغية الطالب ٢٨٧/١.

(٥) المكاسب و البيع ٣٨٨/١.

(٦) حاشية المكاسب ٤٥١/١.

(٧) حاشيته على المكاسب ١٦٤/٢.

مسائل بدل الحيلولة - الثانية عشرة: لو حبس العين فتلقت هل يضمن بضمان جديد؟ ٦٢١

الثانية عشرة: لو حبس العين فتلقت هل يضمن بضمان جديد؟

قال العلامة في القواعد: «فإن تلف العبد محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع الاولي»^(١).

قال ولده: «هذا إن قلنا أن له الحبس، و وجه القرب: إنَّ حكم الغصب زال برّد القيمة و هذه اليد غير الأولى لاستحقاقها و وجوب ردّ المالك القيمة الاولي و أخذ العين و هي القدر الثانية. و يحتمل عدمه لأنّه إنّما يستحقّ ردّ الاولي بدفع العين و لم يحصل و لأنّ الحصول في يد الغاصب لا يؤثر في زوال ملكيّة المالك للقيمة التي في يده، لأنّ يد الغاصب موجبة للضمان فيستقر ملك المالك على القيمة الاولي إن كانت أكثر و هو الأقوى عندي»^(٢).

و قال ابن اخته السيّد عميدالدين الأعرجيّ الحلّيّ في وجه الضمان بقيمته الآن: «هذا إنّما يتمشّي على وجوب قيمة يوم التلف، أمّا لو أوجبنا الأكثر كان له الأكثر من القيمتين الاولي و الثانية»^(٣).

ثمّ وجهه المحقّق الثاني بقوله: «و وجهه: إنّهُ إن كان الأقل هو القيمة الاولي فإنّه قد دفعها عوضاً عن العين باستحقاق فلا يجب ما سواها، و إن كان الأقل هو الثانية فهي المستحقة بالتلف لأنّ الاولي للحيلولة و قد زالت بجواز الحبس».

ثم ردّه بقوله: «و فيه نظر، لأنّ المدفوع للحيلولة لم يكن عوضاً عن العين قطعاً و لهذا لا يخرج بذلك عن ملك المالك، و لا يستقر ملكه على المدفوع. و حيث كانت العين باقية على ملك المالك مضمونة على الغاصب، و خرج بجواز الحبس إلى أن يقبض القيمة عن كونه

(١) القواعد ٢/٢٢٨.

(٢) إيضاح الفوائد ٢/١٧٨.

(٣) نقل عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٦/٢٦٢.

غاصباً وجبت قيمة يوم التلف، على ما اخترناه من وجوب قيمة يوم التلف، فالواجب قيمة يوم التلف هنا، والأصح أنه لا يجوز له الحبس بذلك كما سبق فلا يتغيّر الحال»^(١).
وقال في شرح كلام العلامة: «هذا مبني على جواز الحبس، لأنّ المصنف يرى القول بأعلى القيم، ووجه القرب: إنّ حكم الغصب قد زال بدليل جواز الحبس إلى أن يقبض ما دفعه للحيولة، وهذه اليد غير الأولى لكونها مستحقة، ووجوب ردّ المالك القيمة الأولى، فإذا تلف ضمنه بقيمته وقت التلف، فيسترجع القيمة الأولى، و كان حقّه أن يقول: يسترجع الزائد»^(٢).

وقال في الجواهر: «... فلو حبسه و تلف كان ضامناً لقيمته الآن و يرجع بما دفعه أولاً. بل يقوى ذلك و إن قلنا بجواز حبسه كما هو ظاهر عبارة القواعد السابقة، و ذلك لأنّ حكم الغصب قد زال على تقدير جواز الحبس، فهي يد غير الأولى لكونها مستحقة إلا أنّها يد ضمان أيضاً كالقبض بالسوم، لأنّه الأصل في كلّ يد قد استولت على مال الغير إلا ما خرج من الوديعة و اللقطة و نحوها، كما حررناه غير مرّة.

و من هنا جعل الضمان في المقام بقيمته يوم التلف مع أنّ مذهبه ضمان المغصوب بأعلى القيم، إذ ليس هو إلا لخروج اليد عن حكم الغصب باستحقاق الحبس و وجوب ردّ المالك القيمة الأولى». - ثم ذكر توجيه الكركي لكلام السيّد عميد الدّين و قال: - «ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه و بعد الإغضاء عن لفظ «الأقل» في كلامه الذي قيل^(٣) أنّه من سهو القلم و إلا فالمراد «الأكثر»» - ثم شرع في ردّ مناقشة الكركي على السيّد

(١) جامع المقاصد ٢٦٢/٦.

(٢) جامع المقاصد ٢٦٢/٦.

(٣) القائل هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ١٨/١٩٠، قال: «و لعلّ الأقل في كلامه من

مسائل بدل الحيلوية - الثانية عشرة: لو حبس العين فتلفت هل يضمن بضمان جديد؟ ٦٢٣

عميدالدين فراجع تمام كلامه في كتابه.^(١)

قال الشيخ الأعظم: «ثم لو قلنا بجواز الحبس، لو حبسه فتلفت العين محبوساً، فالظاهر أنه لا يجري عليه حكم المغصوب لأنه حبسه بحق، نعم يضمنه لأنه قبضه لمصلحة نفسه والظاهر أنه بقيمة يوم التلف...»^(٢).

أقول: قيمة يوم التلف هو مختاره في القيميات كما مرّ و مختارنا قيمة يوم الأداء و الضمان في الحبس واضح والله العالم.

تمّ الجزء الأوّل من قسم البيع من كتابنا الآراء الفقهية بعد منتصف الليل المسفر صباحه من يوم الثلاثاء الثاني والعشرين من ثاني الجمادين عام ١٤٣٠ ببلدة أصبهان صانها الله تعالى عن الحدثان.

والحمد لله ربّ العالمين و صلى الله على سيّدنا محمّد وآله الطيّبين الطاهرين المعصومين.

→ طغيان القلم، أراد أن يثبت الأكثر فأثبت الأقل كما هو الموجود في ثلاث نسخ... و بناه على أنّ الواجب في كلّ مغصوب إذا تلف أعلى القيم من دون التفات إلى دفعها عوضاً أو استحقاقها بالتلف».

(١) الجواهر ١٣٦/٣٧.

(٢) المكاسب ٢٧٠/٣.

الفهرس

٣	تاريخ تصحيح الكتاب من نظم العلامة السيّد عبدالستار الحسيني البغدادي (حفظه الله)
٥	تقسيم الفقه
٧	الإضافة الحاصلة بين المال و مالكه
٩	تعريف البيع
١١	تنبيهات
١١	الأول: هل يعتبر في البيع كون المعوّض من الأعيان؟
١٤	الثاني: بيع الكلّي
١٥	الثالث: الحقوق و بيعها
١٧	أقسام الحقوق بالنسبة إلى صحة النقل و الإسقاط
٢٤	الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغة؟
٢٥	ترجمة السيّد حسن ابن السيّد جعفر من مشايخ الشهيد الثاني
٢٩	تنبيهه:
٣٢	الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟

٦٢٦ الآراءُ الفقهيَّةُ - البيع (١) / ج ٤

ترجمة شيخنا الاستاذ آية الله الشيخ الميرزا جواد التبريزي رحمته بمناسبة ارتحاله ٣٤

تذكرة لابّد من التنبيه عليها ٣٦

ثمرة هذا البحث ٣٨

فَصْلُ: الْمُعَاطَةُ

المُعَاطَةُ ٤٩

صورها بحسب قصد المتعاطين ٥٠

الأقوال فيها ٥٥

المختار من الأقوال ٥٨

وَهُمَا ٦٢

التنبيه على امور ٦٦

الأوّل: إعتبار شروط البيع في المعاطاة وعدمه وهل يلحق بها أحكام البيع؟ ٦٦

المقام الأوّل: إعتبار شروط البيع فيها ٦٧

المقام الثاني: لحوق أحكام البيع للمعاطاة ٦٩

الثاني: لا يعتبر في المعاطاة قبض العوضين بل يكفي أحدهما ٧٠

فرعان تعرّض لهما الشيخ الأعظم رحمته ٧٢

الثالث: بماذا يتميّز البائع عن المشتري؟ ٧٥

الرابع: الوجوه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين للمعاطاة ٧٨

الوجه الأوّل: المقابلة بين المالين في الملكية ٧٩

الوجه الثاني: المقابلة بين التملّكين ٨١

الوجه الثالث: المقابلة بين الإباحة و التملّك ٨٣

الفهرس	٦٢٧
الوجه الرابع: المقابلة بين الإباحيتين	٨٤
أما الإشكال المشترك على الوجهين الأخيرين	٨٤
الخامس: جريان المعاطاة في جميع العقود و بعض الإيقاعات	٩٣
ما يستثنى من المعاطاة	١٠١
السادس: ملزمات المعاطاة	١٠٥
ثمانية أوجه تدل على لزوم المعاطاة على القول بالملك	١٠٦
١- الاستصحاب	١٠٦
٢- حديث السلطنة	١١٠
٣- حديث لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه	١١٦
٤- قوله تعالى: ﴿و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً...﴾	١٢٢
٥- قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾	١٢٥
٦- أخبار خيار المجلس	١٢٧
٧- قوله تعالى: ﴿وفوا بالعقود﴾	١٢٨
٨- قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»	١٣٣
الكلام في ملزمات المعاطاة على القول بأنها جائزة ذاتاً	١٣٨
تلف العوضين	١٣٨
فذلكة القول في المقام	١٤٧
تلف إحدى العينين	١٤٨
تلف بعض العينين أو بعض إحدى العينين	١٥٤
كون أحد العوضين ديناً	١٥٧
فذلكة القول في المقام	١٦٣

٦٢٨ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز ١٦٥

لو باع العين ثالثاً فضولاً ١٦٩

امتزاج إحدى العينين بغيرها ١٧٥

التغيير في صورة إحدى العينين ١٨٠

موت أحد المتعاطيين ١٨٢

جنون أحد المتعاطيين ١٨٣

السابع: المعاوضة ببيع - ولو بعد اللزوم - أو معاوضة مستقلة؟ ١٨٣

وأما جريان الخيارات في المعاوضة ١٨٦

الثامن: هل العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة معاوضة؟ ١٨٨

مسألتان ١٨٨

الأولى منهما: المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان ١٨٨

الثانية منهما: الإخلال بالشروط المعتبرة في الصيغة جعل البيع معاوضةً .. ١٩٣

هاهنا فرعان، وكيفية الجمع بينهما ١٩٦

جمع صاحب مفتاح الكرامة ١٩٧

جمع المحقق الخراساني ١٩٨

المختار في المقام ١٩٨

فصل: عقد البيع

تقديم أمور ٢٠٣

الأول: الأصل في العقود هل هو الصحة أم الفساد؟ ٢٠٣

الثاني: هل يجوز التمسك بالإطلاقات عند الشك في صحة العقود؟ ٢٠٥

٦٢٩	الفهرس
٢٠٥	الثالث: هل العقود تحتاج إلى اللفظ ولا تحقّق بدونه؟
٢٠٩	الرابع: هل تتحقّق العقود بالكتابة؟
٢١٣	الخامس: ما يُنشأ به لا بدّ أن يكون صريحاً في العقد والإيقاع
٢١٣	ثم لا بدّ من التنبيه على فروع
٢١٣	الإختلاف في تعيين الموجب و القابل
٢١٤	هل تعتبر العربية في العقد؟
٢١٧	هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغة تفصيلاً؟
٢١٨	اشتراط الماضوية في الصيغ
٢٢١	تقديم الإيجاب على القبول
٢٢٥	أدلة الأقوال
٢٢٨	فذلكة كلام الشيخ الأعظم في المقام و نقده
٢٣٢	الموالة بين الإيجاب و القبول
٢٣٤	أدلة اعتبار الاتصال بين إيجاب العقد و قبوله
٢٣٨	تسبيحات
٢٣٨	الأول: فذلكة ما ذكره المحقّق النائيني في المقام
٢٤٠	الثاني: مقالة الشيخ الأعظم حول رواية سهل الساعدي
٢٤٢	الثالث: الفاصل بين الإيجاب و القبول
٢٤٣	التنجز في العقود
٢٥٣	أقسام التعليق و أحكامها
٢٥٨	الوجوه المستدلّ بها على بطلان العقود بالتعليق
٢٦٥	التطابق بين الإيجاب و القبول

٦٣٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

- ٢٧١ أقسام التظابق بين الايجاب و القبول
- ٢٧٣ هل يجوز إنشاء أحد المتعاقدين في حال كون الآخر فاقداً لشرائطه؟
- ٢٧٧ القول المختار
- ٢٧٩ فرع: اختلاف المتعاقدين اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة
- ٢٧٩ مقالة الشيخ الأعظم في المقام
- ٢٨٠ مناقشة مقالة الشيخ الأعظم عليه السلام
- ٢٨٢ مقالة المحقق الأصفهاني وردّها
- ٢٨٤ مقالة الفقيه البيهقي عليه السلام في المقام و مناقشتها

وصلُّ: أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

- ٢٨٩ أحكام المقبوض بالعقد الفاسد
- ٢٨٩ الأوّل: لا يملك المشتري المقبوض بالعقد الفاسد
- ٢٩١ الثاني: ضمان القابض
- ٢٩١ استدل عليه بوجه: الأوّل: الاجماع
- ٢٩٢ الثاني: على اليد ما أخذت حتى تؤدي
- ٢٩٨ الثالث: الروايات الواردة في الأمة المسروقة
- ٣٠٠ بيان المحقق النائيني
- ٣٠٢ مقالة المحقق الأصفهاني و مناقشتها
- ٣٠٤ مقالة المحقق الإيرواني و نقدها

٦٣١	الفهرس
٣٠٤	مقالة المحقق الخميني
٣٠٦	الرابع: قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده
٣٠٩	المقام الأول: معاني ألفاظ القاعدة
٣٠٩	الجهة الاولى: ما المراد من العقد؟
٣١١	الجهة الثانية: ما المراد من الضمان؟
٣١٨	المختار في معنى الضمان
٣٢٠	الجهة الثالثة: العموم في كل عقد هل يكون بلحاظ النوع أو الصنف أو الأشخاص؟
٣٢٤	الجهة الرابعة: معنى الباء في القاعدة
٣٢٦	الجهة الخامسة: هل يعتبر فيها الضمان بمقتضى العقد أو تشمل الضمان بمقتضى الشرط؟
٣٣١	المقام الثاني: مدرك القاعدة
٣٣١	الأول: قاعدة الإقدام
٣٣٥	الثاني: خبر اليد
٣٤١	تنبيه
٣٤٢	الثالث: قاعدة الاحترام
٣٤٢	الاولى: ما دلّ على عدم حلية مال المسلم لغيره إلا عن طيب نفسه . ..
٣٤٤	الثانية: ما دلّ على أنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه
٣٤٥	الثالثة: ما ورد من الروايات من التعليل فيها بعدم ذهاب حقّ أحدٍ ..
٣٤٧	الرابع: قاعدة نفي الضرر
٣٥٠	تنبيه
٣٥٥	المقام الثالث: هل يختص الضمان بصورة الجهل بفساد المعاملة أم يعم صورة العلم؟
٣٥٨	تذكرة

٦٣٢ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

قاعدة ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفساده ٣٥٩

الجهة الأولى: دليل اعتبار قاعدة ما لا يضمن ٣٦٠

الأوّل: الاولوية المستفادة ٣٦٠

الثاني: عموم ما دلّ على أنّ من لم يُضمّنهُ المالكُ فهو غير ضامن . ٣٦٤

الثالث: عدم ثبوت الدليل على الضمان ٣٦٧

الرابع: إقدام المتعاقدين على المجانية ٣٦٧

الخامس: الأصل العملي: البراءة ٣٦٧

الجهة الثانية: ما يمكن أن يعد من موارد نقضها ٣٦٨

منها: ضمان العين المستأجرة فاسدٌ ٣٦٨

و منها: الصيد الذي استعاره المُحرّم من المُحلّ ٣٧٢

فرعٌ ٣٧٧

و منها: المنافع غير المستوفاة من المبيع فاسدٌ ٣٧٧

و منها: الضمان في حمل المبيع إذا كان البيع فاسدٌ ٣٨٣

و منها: الشركة الفاسدة ٣٨٦

الثالث: وجوب ردّ المبيع فاسدٌ إلى مالكه فوراً ٣٨٨

الأوّل: الإجماع ٣٨٨

فرع: مؤونة الرد على من؟ ٣٨٩

الثاني: التوقيع الشريف ٣٩١

الثالث: النبوي الشريف ٣٩٢

٦٣٣	الفهرس
٣٩٥	الرابع: ضمان المنافع
٣٩٥	الجهة الأولى: المنافع المستوفاة
٣٩٧	المخالف في المسألة و دليله و مناقشته
٣٩٨	ما الدليل على الضمان؟
٣٩٨	الأوّل: النبوي المعروف
٣٩٨	الثاني: ما دلّ على حرمة مال المؤمن
٣٩٩	الثالث: ما دلّ على عدم حلية مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه ...
٣٩٩	الرابع: قاعدة الإِتلاف
٤٠٣	الخامس: السيرة العقلائية
٤٠٣	السادس: قاعدة نفي الضرر
٤٠٤	الجهة الثانية: المنافع غير المستوفاة
٤٠٧	أما الدليل على ضمان المنافع غير المستوفاة
٤٠٧	الأوّل: النبوي المعروف
٤٠٧	الثاني: ما دلّ على حرمة مال المؤمن
٤٠٨	الثالث: ما دلّ على عدم حلية مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفسه ...
٤٠٨	الرابع: قاعدة الإِتلاف
٤٠٩	الخامس: الإِجماع
٤١٠	أما الدليل على عدم ضمانها فأموراً
٤١٠	الأوّل: قاعدة ما لا يضمن
٤١١	الثاني: الروايات الواردة في الجارية المسروقة ألمبيعة
٤١٣	الثالث: صحيحة محمّد بن قيس

٦٣٤ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

٤١٤ الرابع: صحيحة أبي ولادِ الحنّاط

٤١٦ الخامس: الأصل السليم

٤١٧ فرعُ: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس

٤٢٢ أدلة الضمان

٤٢٢ الأوّل: الآيتان

٤٢٢ الثاني: عمَلُ الحرِّ مالٌ

٤٢٣ الثالث: حديث لا ضرر

٤٢٤ الرابع: السيرة العقلائية

٤٢٤ الخامس: عدم الفرق بين المسألتين لبّاً

٤٢٧ الخامس: ضمان المثلي يكون بالمثل

٤٢٧ تمهيدُ: في خلاف ابن الجنيد الإسكافي

٤٣٠ المقام الأوّل: تعريف المثلي

٤٣٠ أ: تعريف المشهور

٤٣٦ ب: تعريف العلامة في التحرير

٤٣٦ ج: تعريف الشهيد في الدروس

٤٣٨ د: تعريف الشهيد في غاية المراد

٤٣٩ ذ: تعريف الوحيد البهبهاني

٤٣٩ ر: تعريف صاحب الجواهر

٤٤٠ ز: تعريف المحقّق الخراساني

٤٤٠ ص: تعريف الفقيه البيزدي

٦٣٥	الفهرس
٤٤٠	ض: تعريف المحقق الإيرواني
٤٤١	ط: تعريف المحقق النائيني
٤٤١	ظ: تعريف المحقق الأصفهاني
٤٤٢	ع: تعريف شيخنا الاستاذة <small>عليه السلام</small>
٤٤٣	هـ: التعريف الأول المنقول من العامة
٤٤٤	و: التعريف الثاني من العامة
٤٤٤	ي: التعريف الثالث لهم
٤٤٦	المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل في المثلي
٤٤٦	الأول: آية الاعتداء
٤٥٢	فَذَلِكَ كَلَامُ الشَّيْخِ الأَعْظَمِ <small>عليه السلام</small> بَعَيْنِ عِبَارَتِهِ مَعَ تَوْضِيحٍ
٤٥٢	الجواب عن مناقشات الشيخ الأَعْظَمِ <small>عليه السلام</small>
٤٥٤	مناقشة السيّد الخوئي في دلالة آية الاعتداء
٤٥٧	نقد مقالة المحقق الخوئي في المقام
٤٥٧	أمّا أمره الأول: من عدم وجود قرينة عط أن «ما» موصولة بل بتمل أن تكون
٤٥٨	و أمّا أمره الثاني: «لاقرينة على أن المراد من الشيء هو
٤٥٩	و أمّا أمره الثالث:
٤٦١	الثاني: حديث على اليد
٤٦٣	الثالث: الروايات الدالة على احترام مال المؤمن وأن حرمة ماله كحرمة
٤٦٣	الرابع: الروايات الدالة على ضمان الولد إذا وُجِدَتِ الأُمَّةُ مسروقةً ..
٤٦٣	الخامس: عدّة من الروايات في مختلف الأبواب
٤٦٦	السادس: سيرة العقلاء

٦٣٦ الآراء الفقهيّة - البيع (١) / ج ٤

السابع: الإجماع ٤٦٦

المقام الثالث: حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيميّاً ٤٦٧

دليل الوجه الأوّل: الضمان بالمثل ٤٦٨

دليل الوجه الثاني: الضمان بالقيمة ٤٧٠

دليل الوجه الثالث: تخيير المالك بين المثل و القيمة ٤٧١

دليل الوجه الرابع: تخيير الضامن بين المثل و القيمة ٤٧١

السادس: هل يجب أداء المثل مع زيادة قيمته؟ ٤٧٣

تنبيه: في نقصان القيمة السوقية ٤٧٧

فرع: هل يجوز مطالبة المالك بالمثل في غير مكان التلف ولو كانت... ٤٧٧

فرع آخر: لو أعطى الضامن في مكان كان قيمته أقل من قيمة مكان... ٤٨٠

السابع: لو تعذّر المثل في المثلي ٤٨١

الجهة الاولى: متى ينقلب الضمان من المثل إلى القيمة؟ ٤٨١

الجهة الثانية: أيّ قيمة يدفع الضامن إلى المالك؟ ٤٨٥

الجهة الثالثة: انقلاب الضمان إلى القيمة هل يختص بالتعذر الطاريء... ٤٨٧

الجهة الرابعة: ما هو المناط في تعذّر المثل؟ ٤٩١

الجهة الخامسة: المعيار في قيمة المثل المتعذّر ٤٩٣

الجهة السادسة: هل العبرة بقيمة بلد التلف أو المطالبة؟ ٤٩٤

الجهة السابعة: إذا سقط المثل من المالية فهل ينتقل إلى القيمة؟ ٤٩٥

فرع: لو تمكّن من المثل بعد دفع القيمة ٤٩٥

الثامن: ضمان القيمي بالقيمة ٤٩٧

٦٣٧ الفهرس
٤٩٧ المقام الأوّل: ما الدليل على أنّ ضمان القيمي بالقيمة؟
٤٩٧ الأوّل: الاتفاق
٥٠١ الثاني: الأخبار المتفرقة في كثير من القيميات
٥٠٢ الثالث: آية الاعتداء
٥٠٣ تنبيه
٥٠٥ دفع وَهْمٍ
٥٠٧ تكميلٌ
٥٠٩ المقام الثاني: تعيين القيمة في القيميات
٥٠٩ القول الأوّل: قيمة يوم القبض أو الغصب
٥١٠ القول الثاني: قيمة يوم التلف
٥١١ القول الثالث: أرفع القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين التلف
٥١٢ القول الرابع: أعلى القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين ردّ القيمة
٥١٣ القول الخامس: أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء
٥١٣ القول السادس: قيمة يوم الأداء
٥١٣ القول السابع: قيمة يوم البيع
٥١٤ الاستدلال للقول الأوّل: قيمة يوم القبض أو الغصب
٥١٤ الفقرة الاولى لصحيحة أبي ولّاد
٥١٤ الوجه الأوّل: الظرف...
٥١٧ الوجه الثاني: وهو ما احتمله جماعة
٥٢٣ عويصةٌ في الصحيحة
٥٣٧ الاستدلال للقول الثاني: قيمة يوم التلف

٦٣٨ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (١) / ج ٤

- ٥٤١ الاستدلال للقول الثالث: أرفع القر من حغ القبض أو الغصب إلى حين التلف
- ٥٤٨ الاستدلال للقول الرابع: أعلى القيم من حين الغصب إلى حين ردّ القيمة .
- ٥٥٠ الاستدلال للقول الخامس: أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء
- ٥٥٠ الاستدلال للقول السادس: قيمة يوم الأداء
- ٥٥١ الاستدلال للقول السابع: قيمة يوم البيع في مسألة المقبوض بالبيع الفاسد
- ٥٥٤ ترجمة سلطان العلماء أو خليفة سلطان
- ٥٥٥ تنميط بحث القيمي بأمور
- ٥٥٥ الأوّل: حكم زيادة ثمن القيمي بعد التلف
- ٥٥٧ الثاني: حكم ارتفاع القيمة بحسب الأمكنة
- ٥٥٩ الثالث: حكم ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينيّة
- ٥٦٤ الرابع: كفيّة تقويم مال القيمي
- ٥٦٦ الخامس: اختلاف المقومين

وصل: مباحثُ بدَلِ الحَيْلِوَلَةِ

- ٥٦٩ و البحث فيها يقع في ضمن مقاماتٍ
- ٥٦٩ المقام الأوّل: تعريفها و نقل الأقوال فيها
- ٥٧١ المقام الثاني: ما الدليل على بدل الحيلولة؟
- ٥٧١ الأوّل: الروايات
- ٥٧٥ الثاني: قاعدة لا ضرر
- ٥٧٦ الثالث: قوله ﷺ: الناس مسلطون على أموالهم
- ٥٧٨ الرابع: قاعدة اليد

٦٣٩ الفهرس
٥٧٩ الخامس: قاعدة الإِتلاف
٥٨٠ السادس: الجمع بين الحَقَّين
٥٨١ السابع: تسالم الأصحاب <small>رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ</small> على أَنَّ الحيلولة من موجبات الضمان ..
٥٨٢ الثامن: الإِجماع
٥٨٢ فذلكة القول في بدل الحيلولة ..
٥٨٣ المقام الثالث: تحديد موضوعها
٥٩٢ مسائل لا بدّ من التنبيه عليها...
٥٩٢ الاولى: ما المراد بالتعذر؟
٥٩٤ الثانية: يجوز للمالك الامتناع من أخذ بدل الحيلولة
٥٩٥ الثالثة: خروج العين عن المالية ..
٥٩٦ الرابعة: هل مالك العين يملك بدل ماله؟
٦٠١ الخامسة: لا تنتقل العين إلى دافع بدل الحيلولة ..
٦٠٦ السادسة: إذا زال التعذر هل يجب ردّ العين؟
٦٠٨ السابعة: عدم ضمان ارتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البديل ..
٦١١ الثامنة: أسباب الضمان عند الشيخ الأعظم <small>رَضِيَ اللهُ عَنْهُ</small>
٦١٣ التاسعة: حكم المغصوب إذا خرج عن صورتها النوعية ثم رجع إليها ..
٦١٦ العاشرة: هل يعود ملك البديل إلى الغارم بعد تمكّنه من العين؟
٦١٨ الحادية عشرة: هل للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البديل؟
٦٢١ الثانية عشرة: لو حبس العين فتلفت هل يضمن بضمان جديد؟
٦٤٠ منشورات مكتبة آية الله العنقفي

بعض منشورات مكتبة آية الله النجفي

١. تبصرة الفقهاء (ثلاث مجلدات)، لآية الله العظمى الشيخ محمدتقي الرازي النجفي الأصفهاني رحمته الله صاحب هداية المسترشدين، تحقيق: السيد صادق الحسيني الإشكوري.
٢. رسالة صلاتيه، له أيضا، بالفارسية، تحقيق: الشيخ مهدي الباقر السياني.
٣. شرح هداية المسترشدين، لآية الله العظمى الشيخ محمدباقر النجفي الأصفهاني نجل صاحب الهداية (المتوفى عام ١٣٠١ق)، تحقيق: الشيخ مهدي الباقر السياني.
٤. اشارات ايمانيه، لآية الله العظمى الشيخ محمدتقي آقا النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٣٢ق)، تحقيق: مهدي الرضوي مع مساعدة انجمن مفاخر فرهنگي ايران.
٥. نقد فلسفة دارون، لآية الله العظمى الشيخ ابوالمجد محمدالرضا النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٦٢ق)، تحقيق: الدكتور حامد ناجي الأصفهاني مع مساعدة مكتبة المجلس الشورى الإسلامي.
٦. الآراء الفقهية - قسم المكاسب المحرمة - (٣ مجلدات)، لآية الله الشيخ هادي النجفي.
٧. ترجمة ارشاد الأذهان، للعلامة الحلّي، المترجم إلى الفارسية: آية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٩٣ق) مع مساعدة انجمن مفاخر فرهنگي ايران.
٨. أساور من ذهب در احوال حضرت زينب (سلام الله عليها)، لآية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى ١٣٩٣ق) بالفارسية، تحقيق: جويا جهانبخش.
٩. الأرائك في علم أصول الفقه، لآية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٩٣ق)، مع مساعدة The open school شيكاغو أمريكا.
١٠. غرقاب (تراجم أعلام القرن الحادي عشر و ما بعده)، للسيد محمدمهدي الموسوي الشفتي (المتوفى عام ١٣٢٦ق)، تحقيق: مهدي الباقر السياني و محمود النعمتي.
١١. ترجمة توحيد المفضل إلى إنجليزية، ترجم بأمر آية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني، مع مساعدة The open school شيكاغو أمريكا، و انتشارات انصاريان قم.
١٢. الكنز الجلي لولدي علي (كنج نامه)، للشيخ هادي النجفي، ترجمة علي اصغر حبيبي.