تمهيد المطالب

في شرح المكاسب

كتاب البيع

الجزء التاسع



الحاج الشيخ علي المروجي القزويني

تمهيد المطالب
في شرح المكاسب

الجزء التاسع

الحاج الشيخ علي المروجي القزويني

سرشناسه	:	مروجی، علی، -
عنوان قراردادی	:	المکاسب شرح
عنوان	:	تمهید المطالب فی شرح المکاسب کتاب البیع الجزء التاسع
تکرار نام پدید آور	:	تألیف علی المروجی القزوینی
مشخصات نشر	:	تهران: نشرصادق، ۱۴۳۸ هـ = ۲۰۱۷ م = ۱۳۹۶
مشخصات ظاهری	:	۵۱۶ ص .
شابک	:	۲۵۰۰۰۰ ریال ISBN: ۹۷۸-۶۰۰-۵۲۱۵-۵۶-۴
وضعیت فهرست نویسی	:	فیپا
یادداشت	:	عربی
یادداشت	:	کتابنامه به صورت زیرنویس
یادداشت	:	اثر حاضر شرح کتاب المکاسب شیخ انصاری می‌باشد
موضوع	:	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. المکاسب- نقد و تفسیر
موضوع	:	معاملات (فقه)
موضوع	:	خیارات (فقه)
موضوع	:	خرید و فروش(فقه)
موضوع	:	فقه جعفری قرن ۱۳
شناسه افزوده	:	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. المکاسب. شرح
رده کنگره	:	۱۳۹۶، ۷۰۲۸۸ م ۸ الف / ۱۹۰/۱ Bp
رده دیویی	:	۲۹۷ / ۳۷۲
شمارهٔ مدرک	:	۴۵۲۴۷۲۶

تمهیدالمطالب فی شرح المکاسب کتاب البیع (الجزء التاسع)

المؤلف: الشیخ علی المروجی القزوینی

الطبعة: الاولی- ١٣٩٦ هـ.ش- ٢٠١٧م

المطبعة: الطاهر

عدد النسخ: ١٠٠٠ نسخة

عدد الصفحات: ٥١٦ صفحه

ردمک:٤-٥٦-٥٢١٥-٦٠٠-٩٧٨

الناشر: موسسة الصادق للطباعة و النشر

مراکز التوزیع:

ایران- تهران- شارع ناصرخسرو- زقاق حاج نایب - سوق المجیدی

٠٢١-٣٣٩٣٤٦٤٤

ایران- قم- شارع معلم- مجمع ناشران رقم B٤٠

٠٩١٢٤١٠٢٠٩٦



ومن جملة شروط العقد [١]

---

[١] هذا هو المبحث الثاني من مباحث الجهة الثالثة المتكفّلة ببيان شرائط الصيغة من حيث الهيئة التركيبيّة، وقد أوقع شيخنا الأنصاريّ ﷺ الكلام في الخصوصيّات المعتبرة في صيغة البيع في ثلاث جهات بعد الفراغ عن اعتبار أصل اللفظ فيها:

الجهة الأُولى: في موادّ ألفاظ الصيغة، ويقع الكلام فيها في أُمور:

الأمر الأوّل: يقع الكلام في اعتبار الصراحة والظهور في مادّة الصيغة التي ينشأ بها البيع ونحوه من المعاملات.

الأمر الثاني: يقع الكلام في اعتبار لغة خاصّة فيها.

الأمر الثالث: يقع الكلام تارة في ألفاظ الإيجاب، وأُخرى في ألفاظ القبول، وأنّه هل يعتبر الصراحة والظهور في ألفاظ الإيجاب، وهل يعتبر لغة خاصّة فيها، وكذا في ألفاظ القبول هل تعتبر الصراحة فيها، أم يكتفى فيهما بالألفاظ الكنائيّة؟

الجهة الثانية: في الهيئات الإفراديّة المعتبرة في الصيغة التي تنشأ بها البيع ونحوه، كاعتبار الماضويّة فيها.

الجهة الثالثة: في الهيئات التركيبيّة لصيغة البيع، ويقع الكلام فيها في أُمور:

الموالاة [١] بين إيجابه وقبوله.

الأمر الأوّل: في اعتبار تقدّم الإيجاب على القبول، وقد مضى كلامنا في توضيح الجهتين، والأمر الأوّل من الجهة الثالثة، والتحقيق فيها تبعاً للمتن، والآن يقع كلامنا في باقي الأمور من الجهة الثالثة.

الأمر الثاني: في اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول.

الأمر الثالث: في اشتراط التنجيز في العقد.

الأمر الرابع: في التطابق بين الإيجاب والقبول.

الأمر الخامس: في بقاء المتعاقدين على أهليّة الخطاب، والآن يقع كلامنا في الأمر الثاني من الأمور التى لا بدّ من البحث عنها في الجهة الثالثة، وهي الموالاة، وسيقع البحث في باقي الأمور من الجهة الثالثة بترتيب كلام شيخنا الأنصاريّ ﷺ.

[١] أي من شرائط العقد الموالاة بين إيجاب العقد وقبوله، وعدم جواز فصل طويل بينهما بكلام أجنبيّ بحيث يخرج القبول عن كونه قبولاً للإيجاب وأن لا يصدق على الإيجاب والقبول العقد المركّب منهما بحسب المحاورات العرفيّة، وأن لا تبقى الصورة الاتّصاليّة العرفيّة بين الإيجاب والقبول.

والموالاة مصدر باب المفاعلة، والى ولاءً، وموالاة الشيء تابعه، فيكون معناها المتابعة من دون فصل ـ مخلّ بصدق العقد ـ بين الإيجاب والقبول.

ولا يخفى أنّ مورد الكلام في اعتبار الموالاة وعدمه ما إذا كان الموجب باقياً على المعاهدة إلى زمان القبول؛ إذ بطلان العقد عند عدم بقاء الموجب على معاهدته إلى زمان القبول إنّما هو مستند إليه، لا إلى فوات الموالاة فيكون البطلان عند عدمه إنّما هو من جهته، لا من جهة فوت الموالاة، ولذا يبطل البيع عند عدم بقاء المعاهدة مع الموالاة أيضاً.

ذكره [١] الشيخ في المبسوط في باب الخلع، ثمّ [٢] العلّامة والشهيدان والمحقّق الثاني والشيخ المقداد. قال الشهيد في القواعد: الموالاة معتبرة في العقد ونحوه [٣]، وهي [٤] مأخوذة من اعتبار الاتّصال بين المستثنى والمستثنى منه.

---

[١] أي ذكر كون الموالاة من شروط العقد.

[٢] وفي كلمة «ثمّ» إشارة إلى أنّهم تبعوا الشيخ في ذكرهم الموالاة من شروط العقد.

[٣] أي في نحو العقد من الأعمال المركّبة التي يعدّ المركّب فيها عملاً واحداً بتمام أجزائه، كالصلاة، فإنّها مع اشتمالها على أجزاء تعدّ عملاً واحداً فيعتبر الموالاة في أجزائها وكذا في أجزاء الغسل والوضوء والأذان.

[٤] أي الموالاة في العقد واعتبارها فيه ـ أي اعتبار الاتّصال بين الإيجاب والقبول ـ مأخوذة من اعتبار الاتّصال بين المستثنى والمستثنى منه، فيكون الأصل في اعتبار الموالاة اعتبارها في باب المستثنى والمستثنى منه، والوجه في كون باب المستثنى والمستثنى منه أصلاً في اعتبار الموالاة بينهما ـ وإلحاق اعتبار الموالاة في العقود باعتبارها في باب المستثنى والمستثنى منه ـ هو شدّة ارتباط المستثنى بالمستثنى منه. وكون شدّة الارتباط بينهما واضحاً في كمال الوضوح اقتضت كون الموالاة فيهما أصلاً، وفي باب العقود فرعاً؛ لأنّها ملحقة بها.

وتوضيح شدّة الارتباط بينهما هو: أنّ خروج الكلام عن الكذب في الجملة المشتملة على الاستثناء، دعى إلى اعتبار الموالاة بين المستثنى والمستثنى منه؛ بحيث أن يعدّا في العرف كلاماً واحداً؛ لأنّ المتكلّم له أن

يلحق بكلامه ما يشاء من القيود ، ما دام كان كلامه متّصلاً عرفاً ، وهو مشغول بكلامه عرفاً . إذن فالذي يخرج الكلام عن الكذب الاتّصال وعدم الفصل بين أجزائه بما يخلّ بوحدة الكلام .

وإن شئت فقل : إذا انفصل القيد عن الكلام وانعقد ظهور كلامه في المطلق عن القيد فأتى بالقيد المنفصل بعد ساعة ، فإنّه لا يخرج الكلام عن الكذب ، ولو قال له : علَيَّ ألف درهم ، ثمّ قال بعد ساعة : إلّا عشرة منه ، لم يقبل المستثنى ، بل يحمل كلامه الأخير على الكذب ، ولأجل وضوح هذا الأمر صار المستثنى والمستثنى منه أصلاً في اعتبار الموالاة ، لما عرفت من أنّ اعتبار الاتّصال بينهما أمر بديهيّ ، ويتعدّى منه ويلتزم باعتبار الاتّصال في كلّ مركّب ذي أجزاء تدريجيّة ؛ ثبتت له صورة اتّصاليّة ، فالموالاة في العقود مشتقّة من الموالاة في المستثنى والمستثنى منه ، لكونهما بمنزلة الأصل بالتقريب الذي ذكرناه .

والحاصل : أنّ كون المستثنى من توابع المستثنى منه ولواحقه ، وشدّة الارتباط بينهما من الواضحات ، وقضيّة التبعيّة عدم انفصال التابع عن المتبوع ، فلو انفصل عنه لما كان تابعاً له ، وكان ذكره لغواً ، فإنّ غرض الشهيد من جعل الموالاة في المستثنى والمستثنى منه أصلاً للموالاة المعتبرة في الفروع الآتية هو أنّ ملاك اعتبار الموالاة شدّة الاتّصال الواضحة بين المستثنى والمستثنى منه ، والتبعيّة التي هي ملاك اعتبار الاتّصال بين التوابع ومتبوعاتها ، ثمّ تعدّوا من التبعيّة الموجودة بين المستثنى والمستثنى منه إلى سائر التوابع والمركّبات ، وحكم فيها بالموالاة ، ولذا صار اعتبار الموالاة في المستثنى والمستثنى منه أصلاً ، واعتبار الموالاة في سائر موارد التوابع من

وقال بعض العامّة: «لا يضرّ قول الزوج بعد الإيجاب [١]: الحمد لله، والصلاة على رسول الله، قبلت نكاحها» [٢]، ومنه [٣] الفوريّة في استتابة المرتدّ فيعتبر [٤] في الحال،

أجزاء المركّبات كالعقود، والعبادات ملحقة بها ومأخوذة منها.

وزبدة الكلام: أنّ اعتبار الاتّصال بين المستثنى والمستثنى منه أمر بديهيّ، وربّما يكون التأمّل في ذلك سبباً لاعتبار الاتّصال في كلّ أمر تدريجيّ ثبتت له الصورة الاتّصاليّة في نظر العرف، وهذا هو المراد من قول الشهيد: «وهي مأخوذة...».

[١] أي بعد الإيجاب من طرف الزوجة بقولها: «زوّجتك نفسي».

[٢] مقول قول الزوج، أي لا يضرّ وقوع الفصل بين إيجاب الزوجة وبين قبول الزوج قول الزوج: «الحمد لله، والصلاة على رسول الله» بأن يقول الزوج: «قبلت» بعد ذكر الحمد والصلاة، ولعلّ الوجه في عدم إضرار الفصل بين الإيجاب والقبول بالتصلية والتحميد عدم إخلال الفاصلة المذكورة بالموالاة عرفاً، ولا يدلّ قولهم هذا على عدم اعتبار الموالاة في العقد بين الإيجاب والقبول.

[٣] أي من باب اعتبار التوالي الفوريّة المعتبرة في استتابة المرتدّ. والضمير المذكور في قوله: «منه» إمّا يرجع إلى التوالي المستفاد من الموالاة، أي تجب الموالاة بين استتابة المرتدّ من طرف الحاكم الشرعيّ وبين توبة المرتدّ، فإذا طلب الحاكم من المرتدّ أن يتوب ويرجع عن ارتداده فيجب عليه أن يتوب فوراً، وإلّا فيقتل، كما هو مقتضى بعض الروايات، وإمّا يرجع إلى اعتبار الاتّصال، أي يعتبر الاتّصال بين استتابة المرتدّ وبين توبته، كما عرفت.

[٤] أي يجب على المرتدّ أن يتوب عن ارتداده في الحال وبمجرّد الاستتابة من

وقيل [١]: إلى ثلاثة أيّام. ومنه [٢] السكوت في أثناء الأذان، فإن كان [٣] كثيراً أبطله، ومنه [٤] السكوت الطويل في أثناء القراءة،

قِبل الحاكم، وإلّا فيقتل، ويدلّ عليه ما رواه عليّ بن جعفر، عن أخيه، قال: «قلت: فنصرانيّ أسلم، ثمّ ارتدّ. قال: **يُسْتَتَابُ، فَإِنْ رَجَعَ وَإِلّا قُتِلَ**»[١]، فإنّها ظاهرة في أنّه يجب على المرتدّ أن يرجع عن ارتداده فوراً بعد استتابة الحاكم له، وإلّا فيقتل.

[١] أي قيل إنّه يمهل ويستتاب إلى ثلاثة أيّام، فإن تاب في طول هذه المدّة فهو، وإلّا فيقتل، فالدليل عليه ما رواه مسمع بن عبدالملك، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «**الْمُرْتَدُّ تُعْزَلُ عَنْهُ امْرَأَتُهُ، وَلَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ، وَيُسْتَتَابُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ تَابَ وَإِلّا قُتِلَ يَوْمَ الرَّابِعِ**»[٢].

[٢] أي من باب اعتبار التوالي اعتبار عدم كثرة السكوت في أثناء فصول الأذان.

[٣] أي إن كان السكوت في أثناء فصول الأذان كثيراً أبطل الأذان؛ لأنّ انتفاء الشرط ـ وهو الموالاة ـ يوجب انتفاء المشروط.

[٤] أي من التوالي اعتبار عدم السكوت الطويل في أثناء القراءة الماحي للصورة الكلاميّة بحيث لا يصدق عليه عنوان القراءة.

قال الشهيديّ: «ضمير منه يرجع إلى طول الفصل في كلامه السابق الساقط من المتن، وهو قوله: «وكذا الكلام عند طول الفصل، وقد مرّ شرحه».

أقول: إنّ ما ذكره يتمّ بناء على النسخة المشتملة على تلك العبارة، وأمّا بناءً على النسخ الموجودة، فلا موضوع لكلامه، فإنّ الضمير يرجع إلى

---

(١) وسائل الشيعة: ٢٨: الباب ٣ من أبواب حدّ المرتدّ، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة: ٢٨، الباب ٣ من أبواب حدّ المرتدّ، الحديث ١.

أو [١] قراءة غيرها، وكذا التشهّد [٢]، ومنه [٣] تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمّدوا [٤]

التوالي.

والحاصل: أنّ السكوت الطويل بين كلمات القراءة يوجب بطلانها؛ لأنّه ماحٍ للاتّصال المعتبر في صدق القراءة.

[١] عطف على السكوت الطويل، يعني من طول الفصل قراءة غير القراءة، كأذكار الركوع والسجود ونحوها في أثناء القراءة.

[٢] يعني مثل القراءة التشهّد فيبطله طول الفصل في أثنائه بالسكوت أو بقرائة غير التشهّد من الأدعية والأذكار في أثنائه، فإنّهما لو وقعا في أثناء التشهّد يوجبان فقدان الاتّصال المعتبر بين أجزاء التشهّد في صدق عنوانه.

[٣] أي من التوالي المعتبر في أجزاء المركّب الموالاة بين تحريم المأمومين في صلاة الجمعة وبين تحريم الإمام بحيث لا يتأخّر تحريمهم عن تحريمه إلى الركوع، والمراد بالتحريم تكبيرة الإحرام، أي يعتبر في انعقاد صلاة الجمعة أن يدخل المأموم بالصلاة بذكر تكبيرة الإحرام قبل دخول الإمام في الركوع كي تراعى الموالاة المعتبرة بين دخولهما في الصلاة ويصدق أنّ صلاة الجمعة فعل لجميعهم، فيجب عليهم أن يكبّروا قبل أن يركع الإمام حفظاً للموالاة المعتبرة بين تكبيرة الإحرام للإمام وبين تكبيرة الإحرام للمأمومين، بحيث لو أخّروا التكبيرة حتّى ركع الإمام تبطل صلاة الجمعة، وذلك للإخلال بالموالاة المعتبرة بين تحريمهم وتحريم الإمام.

[٤] أي فإن أخّر المأمومون تكبيرة الإحرام عمداً أو نسياناً، ولم يقتدوا بالإمام حتّى دخل في الركوع.

أو نسوا حتّى ركع فلا [١] جمعة ، واعتبر بعض العامّة تحريمهم [٢] معه قبل الفاتحة. ومنه [٣] الموالاة في التعريف بحيث لا ينسى [٤] أنّه تكرار ، والموالاة [٥] في سنة التعريف ،

---

[١] أي فإن أخّروا اقتدائهم وتحريمهم حتّى ركع الإمام ، فلا تتحقّق صلاة الجمعة ؛ وذلك لفقد شرطها ، وهو رعاية الموالاة بين تحريم المأمومين وتحريم الإمام ، فإنّها تكون منتفية إذا أخّروا تحريمهم حتّى دخل الإمام في الركوع ، فإنّ صلاة الجمعة تكون باطلة لفقد شرطها ، وهو الموالاة.

[٢] أي قالوا: بأنّ المأمومين لا بدّ لهم أن يكبّروا ويدخلوا في الصلاة قبل دخول الإمام بقراءة فاتحة الكتاب بمقتضى اشتراط الموالاة ، فلو كان تحريمهم ودخولهم في الصلاة بعد دخول الإمام بالفاتحة لبطلت صلاة الجمعة ؛ وذلك لعدم تحقّقها في الفرض المذكور.

[٣] أي من قبيل اعتبار التوالي رعاية الموالاة في تعريف اللقطة ، فإنّه يجب تعريفها حولاً كاملاً متوالياً.

[٤] مضارع مجهول ، أي لا بدّ أن يكون التعريف بحيث لا ينسى أنّ التعريف الثاني تكرار للتعريف الأوّل ومكمّل له.

[٥] أي من باب اعتبار التوالي اعتبار الموالاة في سنة تعريف اللقطة.

وتوضيحه: أنّه يجب على الملتقط أن يعرّف اللقطة سنة متوالية متّصلة ، فلو عرّفها شهراً مع الموالاة المعتبرة فيه ؛ بأن عرّفه في اسبوع مرّة ، ثمّ ترك التعريف شهرين ، ثمّ شرع فيه في الشهر الرابع إلى آخر السنة. ، فلا يكفي التعريف المذكور ، ولا يكون مسقطاً لما وجب عليه من تعريف اللقطة سنة ؛ لأنّ التعريف في الشهر الأوّل صار كالعدم ؛ لانتفاء الموالاة المعتبرة فيه ،

فلو رجع [١] في أثناء المدّة استؤنفت [٢] ليتوالى» ، انتهى [٣].

أقول: حاصله [٤] أنّ الأمر المتدرّج شيئاً فشيئاً [٥] إذا كان له [٦] صورة اتّصاليّة في العرف ، فلا بدّ [٧]

فوجب عليه أن يجعل مبدأ تعريف السنة من الشهر الرابع رعاية للموالاة.

[١] أي لو رجع الملتقط عن تعريف اللقطة في أثناء السنة بأن عرّفها ثلاثة شهور من سنة ، ثمّ ترك التعريف ستّة أشهر ، ثمّ عرّفها تسعة أشهر لم يكف هذا التعريف ، وذلك لانتفاء شرطه ، وهو الموالاة.

[٢] أي يستأنف مدّة تعريف السنة من الأوّل لتحصل الموالاة المعتبرة في التعاريف الواجبة في سنة.

[٣] أي انتهى كلام الشهيد.

[٤] أي حاصل كلام الشهيد في القواعد.

[٥] كالمركّبات الاعتباريّة ، فإنّها من الأمور التي توجد في الخارج تدريجاً ابتداء من جزئه الأوّل ، واختتاماً بجزئه الأخير ، ومثاله : الصلاة ، فإنّها أمر تدريجيّ الحصول ، أوّلها التكبير ، وآخرها التسليم.

[٦] أي إذا كان للأمر المتدرّج صورة اتّصاليّة يتوقّف تحقّق هذا الأمر التدريجيّ على حصول هذه الصورة ، كالصلاة التي هي أمر يوجد في الخارج بالتدريج ، ولها صورة اتّصاليّة من التكبير إلى التسليم ، بحيث يعدّ في العرف مجموع هذه الأجزاء أمراً واحداً ، ويتوقّف تحقّق وجود الصلاة في الخارج على حصول الصورة الصلاتيّة.

[٧] أي إذا كان الأمر المتدرّج موضوعاً لحكم شرعيّ ، كالصلاة التي هي موضوعة للصحّة ، فلا بدّ في ترتّب الحكم الشرعيّ على ذاك الأمر المتدرّج من حصول

في ترتّب الحكم المعلّق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتّصاليّة [١]، فالعقد المركّب من الإيجاب والقبول القائم [٢] بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعض، فيقدح تخلّل الفصل المخلّ بهيئته [٣] الاتّصاليّة،

الصورة الاتّصاليّة التي توجب صدق عنوان فعل واحد عليه، فترتّب الصحّة على الصلاة متوقّف على وجود تلك الصورة الاتّصاليّة الموجبة لصدق عنوان الصلاة على هذا الأمر المتدرّج، ومع وجود فصل طويل بين الأجزاء لا يصدق عنوان الصلاة على الأمر المتدرّج شيئاً فشيئاً، فلا تكون موضوعاً للوجوب ولا الصحّة.

[١] أي لا بدّ في ترتّب الحكم على الأمر المتدرّج من وجود تلك الصورة الاتّصاليّة له، ومع عدم تحقّق هذه الصورة لا يتحقّق الموضوع، فلا يعقل أن يتحقّق الحكم من دون تحقّق موضوعه.

وملخّص الكلام: أنّ الأمور المتدرّجة إذا كانت لها صورة اتّصاليّة تتوقّف من حيث الوجود الخارجيّ لها على حصول هذه الصورة، وكانت تلك الأمور موضوعاً لحكم شرعيّ، فلا بدّ في ترتّب الحكم عليها من حصول تلك الصورة؛ لأنّ ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له.

[٢] صفة للعقد، أي العقد المركّب من الإيجاب والقبول الصادر من الموجب والقابل بمنزلة كلام واحد صادر من متكلّم واحد، كما أنّه مرتبط بعضه ببعض؛ بحيث يكون الفصل الطويل مخلّاً بالهيئة الاتّصاليّة المعتبرة فيها، كذلك الإيجاب والقبول مرتبط بعضه ببعض يكون تخلّل الفصل الطويل بينهما مخلّاً بالهيئة الاتّصاليّة المعتبرة بينهما، فلا يتحقّق العقد مع تخلّل هذا الفصل الطويل.

[٣] الضمير يرجع إلى العقد، أي يكون الفصل قادحاً بالهيئة الاتّصاليّة المعتبرة

ولذا [١] لا يصدق المعاقدة إذا كان [٢] الفصل مفرطاً في الطول كسنة أو أزيد.

وانضباط ذلك [٣] إنّما يكون بالعرف، فهو [٤] في كلّ أمر بحسبه، فيجوز الفصل بين كلّ من الإيجاب والقبول [٥] بما لا يجوز بين كلمات

في العقد، ومع وجود الفصل المخلّ لا يتحقّق العقد.

[١] أي لأجل كون العقد المركّب من الإيجاب والقبول بمنزلة كلام واحد في شدّة الارتباط بين أجزائه.

[٢] أي إذا كان الفصل بين الإيجاب والقبول طويلاً بأن صدر القبول ـ مثلاً ـ بعد سنة من صدور الإيجاب من الموجب.

[٣] أي تشخيص أنّ أيّ فصل طويل يخلّ بالموالاة، وأيّ فصل لا يخلّ بها موكول إلى العرف وضبط ذلك في يده، وهو الحاكم بأنّ أيّ فصل يخلّ بالموالاة، وأيّ فصل لا يخلّ بها.

[٤] أي الفصل الطويل المخلّ في كلّ أمر بحسب ذلك الأمر فقد يكون الفصل مخلّاً بين الأجزاء في أمر، ولا يكون الفصل المذكور مخلّاً بالنسبة إلى أمر آخر.

[٥] المراد بالموصول الفصل، أي يجوز الفصل بين الإيجاب والقبول بفصل لا يجوز هذا الفصل بين كلمات كلّ واحد من الإيجاب والقبول، فيجوز الفصل بين «بعتك الكتاب بدرهم» وبين «قبلت ذلك عشر دقائق» مثلاً، والفصل المذكور لا يقدح بصدق العقد عليهما، ولكن لا يجوز هذا الفصل بين كلمات الإيجاب كقوله: «هذا الكتاب»، فإنّ غاية ما يجوز فيه الفصل فيه بدقيقتين، وكذا لا يجوز الفصل الذي يجوز بين كلمات الإيجاب أو القبول بين

كلّ واحد منهما [١]، ويجوز بين الكلمات الفصل بما لا يجوز بين الحروف [٢]، كما في الأذان [٣] والقراءة [٤]، وما ذكره [٥] حسن لو كان [٦] حكم الملك واللزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً،

حروف الكلمات كـ« ب و ع » و « ت »

[١] أي بين كلمات كلّ من الإيجاب والقبول، أمّا كلمات الإيجاب كقوله: « بعتك »، وقوله: « هذا الكتاب »، وأمّا كلمات القبول كقوله: « قبلت »، وقوله: « هذا الكتاب ».

[٢] أي بين حروف كلمات كلّ من الإيجاب والقبول كالباء والعين والتاء التي هي من حروف « بعت ».

[٣] أي جاز الفصل بين فصول الأذان بمقدار لا يجوز هذا الفصل بين كلمات الفصول وبين حروف الكلمات، فيجوز الفصل بين « حيّ على خير العمل » الأوّل وبين الثاني منه خمس دقائق مثلاً، ولا يجوز هذا الفصل بين « حيّ » وبين « على خير العمل »، فإنّ الفصل في الفرض الأوّل غير قادح بالصورة الاتّصاليّة المعتبرة في الأذان بحسب النظر العرفيّ، ولكنّه قادح بها في الفرض الثاني، والعرف ببابك.

[٤] أي يجوز الفصل بين فصول القراءة بمقدار لا يجوز هذا الفصل بين كلمات هذه الفصول وبين حروف الكلمات في القراءة.

[٥] من هنا شرع شيخنا الأنصاريّ في بيان ملاحظات في كلام الشهيد الأوّل، أي ما ذكره الشهيد في القواعد من اشتراط الموالاة في العقد حسن.

[٦] هذا إشارة إلى الملاحظة الأولى على كلام الشهيد، وملخّصها: أنّ ما أفاده الشهيد إنّما يتمّ على تقدير كون اتّصاف المعاملة بإفادتها الملك، وكذا

كما هو [١] مقتضى التمسّك بآية الوفاء بالعقود، وبإطلاق [٢] كلمات

اتّصافها باللزوم معلّقاً على صدق عنوان العقد على المعاملة المذكورة؛ بأن يكون المفيد للملك والمتّصف باللزوم هي المعاملة التي تكون من مصاديق العقد؛ لأنّ المستفاد من آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] أنّ ما يجب الوفاء به ويفيد الملك واللزوم هو ما ينطبق عليه عنوان العقد، فبناءً على هذا لا يصدق عنوان العقد على الإيجاب والقبول مع وجود فصل طويل بينهما، فإذا لم يصدق عنوان العقد على المعاملة المذكورة فلا تؤثّر في شيء من اللزوم والملك، وأمّا لو كان الملك واللزوم مترتّبين على عنوان البيع أو التجارة عن تراض، فلا يقدح عدم صدق العقد على الإيجاب المنفصل عن القبول؛ إذ المفروض أنّه مع صدق هذه العناوين يترتّب عليها الملك واللزوم. والظاهر أنّ كلمة «حكم» في قوله: «لو كان حكم الملك واللزوم...» زائدة، والصحيح: «لو كان الملك واللزوم...».

[١] أي كما أنّ كون الحكم بالملك واللزوم منوطاً بصدق العقد عرفاً على المعاملة مقتضى التمسّك بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فإنّ الظاهر من الآية الشريفة أنّ ما يترتّب عليه الملك واللزوم وما وجب الوفاء به هو العقد، وعلى هذا فمع انتفاء الموالاة بين الإيجاب والقبول؛ حيث إنّه لا يصدق على المعاملة عنوان العقد فلا يترتّب عليها الملك ولا اللزوم.

[٢] عطف على قوله: «بآية الوفاء»، أي كون حصول الملك واللزوم منوطاً بصدق العقد على المعاملة هو مقتضى إطلاق كلمات الأصحاب، حيث إنّهم اعتبروا صدق عنوان العقد في حصول الملك واللزوم وجعلوا حصولهما

---

(١) المائدة ٥: ١.

الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم [١]، بل الملك، أمّا لو كان [٢] منوطاً بصدق البيع أو التجارة عن تراض، فلا يضرّه [٣] عدم صدق العقد.

دائراً مدار صدق العقد.

وملخّصه: أنّ ما أفاده الشهيد ـ من كون الملك واللزوم منوطين بصدق العقد وتحقّقه في الخارج ـ يكون مستنداً إلى وجهين:

أحدهما: ظهور آية الوفاء بالعقود على أنّ ما يجب الوفاء به هو العقد، وهو ممّا يترتّب عليه الملك واللزوم.

ثانيهما: إطلاق كلمات الأصحاب، حيث إنّهم جعلوا المناط في اللزوم والملك بصدق العقد العرفيّ.

[١] وفي ذكر كلمة «بل» إشارة إلى وجود الترديد في اعتبار صدق العقد في الملك، وإنّما المسلّم اعتباره في اللزوم.

[٢] أي أمّا لو لم يكن الملك واللزوم منوطين بصدق العقد، بل كانا منوطين بصدق البيع أو التجارة عن تراض.

[٣] أي فلا يضرّ حصول الملك واللزوم عدم صدق العقد على معاملة؛ إذ المفروض أنّهما منوطان بصدق البيع أو التجارة عن تراض وإن لم يصدق عليها عنوان العقد، وهما حاصلان على الفرض حتّى مع فقدان الموالاة، ومع حصولهما فلا يضرّ عدم صدق العقد على المعاملة.

وزبدة الكلام: أنّ شيخنا الأنصاريّ ﷺ قد لاحظ في كلام الشهيد ملاحظات ثلاثاً:

الملاحظة الأُولى: ما عرفته إلى هنا، وملخّصه: أنّ فقدان الموالاة بين الإيجاب والقبول يضرّ بالمعاملة إذا كان الموضوع لحصول الملك واللزوم

وأمّا [١] جعل المأخذ في ذلك [٢] اعتبار [٣] الاتّصال بين الاستثناء

هو عنوان العقد، فمع الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول؛ حيث إنّه لا يصدق عليه عنوان العقد، فتكون المعاملة باطلة، بمعنى أنّه لا يترتّب عليها النقل والانتقال المعبّر عنهما بالملك، وكذا لا يترتّب عليها اللزوم من باب السالبة بانتفاء الموضوع، وأمّا إذا كان الموضوع للملك واللزوم هو عنوان التجارة عن تراض أو عنوان البيع فهما يتحقّقان مع فقدان الموالاة.

وآخر الكلام: أنّ ما ذكره الشهيد من اعتبار الموالاة في المعاملة إنّما يتمّ على تقدير، ولا يتمّ على تقدير آخر.

[١] هذا إشارة إلى **الملاحظة الثانية** من شيخنا الأنصاريّ ﷺ فيما جعله الشهيد مأخذاً في اعتبار الموالاة في أجزاء المركّبات، كالصلاة، وهو اعتبار الاتّصال بين المستثنى والمستثنى منه، حيث قال: «وهي مأخوذة من اعتبار الاتّصال بين الاستثناء والمستثنى منه»، وهذه الملاحظة في الحقيقة توجيه من الشيخ لما ذكره الشهيد من كون اعتبار الاتّصال بين الاستثناء والمستثنى منه منشأً للقول باعتباره في باقي المركّبات.

وملخّص التوجيه هو: أنّ وضوح شدّة الارتباط بين أجزاء المركّب صار منشأً للانتقال منه إلى قاعدة كلّيّة، وهي اعتبار الاتّصال في جميع المركّبات.

والحاصل: أنّ وضوح اعتبار الموالاة في هذا المركّب الخاصّ صار منشأً للالتفات باعتبارها في جميع المركّبات.

[٢] أي أمّا جعل الشهيد المأخذ في اعتبار الموالاة في العقود وسائر المركّبات.

[٣] حيث قال: «وهي ـ أي الموالاة ـ مأخوذة من اعتبار الاتّصال بين الاستثناء والمستثنى منه».

والمستثنى منه ، فلأنّه [١] منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة ، فإنّ [٢] أكثر الكلّيّات إنّما يلتفت إليها من التأمّل في مورد خاصّ .

وقد صرّح [٣] في القواعد مكرّراً بكون الأصل في هذه القاعدة كذا ،

---

[١] جواب لقوله : « وأمّا جعل ... » ، أي لأنّ اعتبار الاتّصال بين الاستثناء والمستثنى منه منشأ لانتقال الذهن إلى قاعدة اعتبار الموالاة بين أجزاء سائر المركّبات .

[٢] كأنّه جواب عن سؤال مقدّر ، وحاصل السؤال هو : أنّ اعتبار الموالاة في خصوص باب الاستثناء حكم وارد في مورد خاصّ ، ولا يمكن أن يكون أساساً لضرب قاعدة كلّيّة ، فكيف يكون اعتبار شيء في مورد جزئيّ منشأً لضرب قاعدة ؟ مع أنّ الجزئيّ لا يكون كاسباً ولا مكتسباً .

وملخّص الجواب عنه هو : أنّ كثيراً من القواعد الشرعيّة وغيرها إنّما يلتفت إليها من التأمّل في حكم وارد في مورد خاصّ ، فإنّه إذا التفت إلى الحكم المجعول في موارد خاصّة يستنبط منها حكم كلّيّ بعنوان قاعدة كلّيّة ، فإنّ قاعدة (كلّ فاعل مرفوع) إنّما اصطيدت من الالتفات إلى كون الفاعل مرفوعاً في موارد خاصّة ، فإذا لاحظ شخص الموارد الخاصّة ورأى مرفوعيّة الفاعل فيها يستنبط منها أنّ (كلّ فاعل مرفوع) بضميمة قاعدة : (أنّ حكم الأمثال فيما يجوز وفيما لا يجوز واحد) . وفي المقام أيضاً إذا تأمّلنا في باب الاستثناء والمستثنى منه نرى أنّ ملاك اعتبار الاتّصال فيه هو لحاظ تبعيّة المستثنى منه للمستثنى ، ويتعدّى منه إلى سائر التوابع فتكون الموالاة شرطاً فيها أيضاً فتعلم شرطيّة الموالاة بصورة القاعدة الكلّيّة .

[٣] غرض الشيخ من ذكر هذا الكلام بيان أنّ الذي نسبنا إلى الشهيد ليس أمراً استنباطيّاً ، بل قد صرّح الشهيد في القواعد مكرّراً بكون الأصل في قاعدة

ويحتمل [١] بعيداً [٢] أن يكون الوجه فيه [٣] أنّ الاستثناء أشدّ ربطاً

الموالاة أنّها مأخوذة من اعتبار الارتباط بين الاستثناء والمستثنى منه.

[١] إلى هنا بيّن في وجه اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول أنّه مأخوذ من اعتبار الاتّصال بين الاستثناء والمستثنى منه باعتبار أنّه فرد من أفراد المركّب، فلو اعتبر الاتّصال والموالاة في مركّب يكون الالتفات إليه منشأ لاعتبار الاتّصال في جميع المركّبات وذلك لعدم فرق بين مركّب وبين مركّب آخر فيما يتوقّف عليه تحقّق المركّب، فلو كانت الموالاة شرطاً لتحقّق مركّب في الخارج، لكان شرطاً لتحقّق سائر المركّبات أيضاً، لعدم الفرق في التوقّف بين مركّب ومركّب آخر. ومن هنا شرع في مقام بيان وجه آخر لتحقّق قاعدة اعتبار الموالاة من الإيجاب والقبول.

وملخّصه: أنّ ارتباط الاستثناء بالمستثنى منه أشدّ من ارتباط سائر التوابع بمتبوعاتها، كارتباط المفعول بالنسبة إلى الفعل، وارتباط الحال بالنسبة إلى ذي الحال، والمضاف بالنسبة إلى المضاف إليه؛ لأنّ صدق الإخبار يدور مدار إلحاق المستثنى بالمستثنى منه متوالياً؛ بحيث لو لم يلحقه أو لحقه بالتراخي لكان الإخبار متّصفاً بالكذب، فلو قال: «جاءني القوم» يكون هذا الكلام متّصفاً بالكذب، فلمّا قال: «إلّا زيداً» من دون تراخ خرج الكلام عن اتّصافه بالكذب، ودخل في الصدق، ولمّا كان اعتبار الربط في جملة الاستثناء أقوى من اعتباره في سائر التوابع، فلو كانت الموالاة معتبرة فيه لكانت معتبرة في سائر التوابع بالأولويّة.

[٢] وجه البعد هو أنّ ثبوت اعتبار الاتّصال فيما كان الربط فيه أشدّ لا يلازم ثبوته فيما كان الربط فيه أخفّ.

[٣] أي أن يكون الوجه في كون اعتبار الموالاة في باب الاستثناء والمستثنى منه

بالمستثنى منه من سائر اللواحق [١] لخروج [٢] المستثنى منه معه [٣] عن حدّ الكذب إلى الصدق فصدقه [٤] يتوقّف عليه ، فلذا [٥] كان طول الفصل [٦] هناك أقبح ، فصار [٧] أصلاً في اعتبار الموالاة بين أجزاء

أصلاً لاعتبار الموالاة في سائر التوابع .

[١] أي من سائر التوابع ، كالقبول الذي هو تابع للإيجاب ، والحال الذي هو تابع لذي الحال ، والوصف هو الذي تابع للموصوف ، وقس عليه سائر التوابع .

[٢] أي إنّما قلنا بكون الاستثناء أشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر التوابع ؛ لأنّ المستثنى منه يخرج مع اتّصاله بالاستثناء والمستثنى منه عن الكذب إلى الصدق ، فإذا قال : ما جاءني القوم فسكت ، مع أنّه جاءه زيد لكان كاذباً ، فهو يخرج عن الكذب إلى الصدق إذا أتى بقوله : « إلّا زيداً » . وهذا بخلاف سائر اللواحق ، فإنّك إذا قلت : « رأيت زيداً » ولم تذكر قائماً ، مع أنّه كان قائماً لم يكن الكلام كاذباً .

[٣] أي مع اتّصال المستثنى بالمستثنى منه .

[٤] أي فصدق المستثنى منه يتوقّف على اتّصال الاستثناء به ، فإن صدق قوله : « ما جاءني أحد » ، مع أنّه جاء زيد يتوقّف على اتّصال « إلّا زيداً » به .

[٥] أي لأجل شدّة الارتباط بين الاستثناء والمستثنى منه ، وتوقّف صدق المستثنى منه على اتّصال الاستثناء به .

[٦] أي وجود الفصل الطويل بين الاستثناء والمستثنى منه أقبح من الفصل بين سائر التوابع .

[٧] أي صار قبح الفصل الطويل بين الاستثناء والمستثنى منه واعتبار الموالاة فيه أساساً لاعتبار قاعدة كلّيّة ، وهي اعتبار الموالاة بين أجزاء الكلام .

الكلام، ثمّ تعدّي [١] منه إلى سائر الأُمور المرتبطة بالكلام لفظاً [٢] أو معنى [٣] أو [٤] من صدق عنوان خاصّ عليه لكونه [٥] عقداً أو قراءة أو أذاناً، ونحو ذلك [١].

---

[١] بصيغة المجهول، أي تعدّي من هذا الأصل، وهو اعتبار الموالاة في الاستثناء إلى سائر التوابع، كالإيجاب والقبول بمقتضى تبعيّة الفرع للأصل.

[٢] تمييز لقوله: «المرتبطة»، أي تعدّى الفقهاء من الاستثناء الذي هو الأصل في اعتبار الموالاة فيه إلى كلّ كلام يعتبر الارتباط اللفظيّ بينهما، كالارتباط المعتبر بين حروف «بعت»، أي الباء والعين والتاء، والارتباط الموجود بين المعطوف والعطوف عليه، والارتباط الموجود في باب التأكيد اللفظيّ.

[٣] أي يتعدّى إلى سائر الأُمور المرتبطة بالكلام معنى كالارتباط بين الوصف والموصوف، وبين الحال وذي الحال، وبين المحمول والموضوع، فيعتبر الموالاة في جميع هذه الموارد، فإنّ وجود الفصل الطويل في هذه الموارد يمنع من حصول الربط المعنويّ بين أجزاء الكلام، ومعه لا يتحقّق الكلام المقصود.

[٤] عطف على قوله: «لفظاً»، أي سائر الأُمور المرتبطة بالكلام من حيث صدق عنوان خاصّ على الكلام بحيث لا يصدق العنوان المذكور على الكلام مع فقد الموالاة.

[٥] أي لكون العنوان الخاصّ عقداً...، فإنّه لا ربط بين الإيجاب والقبول لفظاً ولا معنى، وكذا بين كلمات القراءة والأذان، وإنّما يتوقّف صدق عنوان العقد على الإيجاب والقبول على الموالاة، وكذا عنوان القراءة والأذان يتوقّف عليها.

[٦] كعنوان الإقامة، فإنّ صدق هذا العنوان على الفصول المذكورة يتوقّف على

ثمّ في تطبيق [١] بعضها على ما ذكره خفاء، كمسألة [٢] توبة المرتدّ، فإنّ غاية ما يمكن أن يقال في توجيهه [٣]: إنّ المطلوب في الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع فلا بدّ من إعادته [٤] في أقرب الأوقات.

وجود الموالاة بينها.

[١] أي في تطبيق الشهيد الأوّل بعض الفروع التي ذكرها على ما ذكره من اعتبار الموالاة فيها خفاء؛ لعدم وضوح انطباق الموالاة على الفروع المذكورة. ومن هنا أراد الشيخ أن يناقش في الموارد التي ذكرها الشهيد لاعتبار الموالاة فيها، حيث قال: «إنّ اعتبار الموالاة في الموارد المذكورة غير واضح».

[٢] أي من الموارد التي جعل الموالاة شرطاً فيها خفاء مسألة توبة المرتدّ التي جعلها الشهيد من الموارد التي يعتبر فيها الموالاة، فإنّ اعتبار الفوريّة بين استتابة الحاكم وبين توبة المرتدّ ليس أمراً مسلّماً، وذلك لإمكان النقاش فيه.

[٣] أي في توجيه اعتبار الموالاة في توبة المرتدّ هو أنّ المطلوب من كلّ أحد استمرار إسلامه، فإذا انقطع الاستمرار فلا بدّ من الرجوع إليه رعاية للاستمرار بحسب الإمكان، فوجوب التوبة عليه فوراً إنّما هو لأجل وجوب استمرار الإسلام على المرتدّ، فيجب عليه التوبة فوراً بمقتضى هذا الوجوب، لا لأجل مراعاة الموالاة.

فتلخّص: أنّ وجوب التوبة فوراً على المرتدّ لا يدلّ على رعاية الموالاة حتّى بملاحظة التوجيه المذكور. وهذا في الحقيقة ملاحظة ثالثة من الشيخ على كلام الشهيد.

[٤] أي من إعادة الإسلام فوراً، فوجوب التوبة فوراً لا يكون دليلاً على اعتبار الموالاة بين الاستتابة وبين التوبة عرفاً بحيث لا يصدق التوبة عليها بعد الفصل الطويل بينهما، بل إنّما يكون هو بحكم الشارع باستمرار الإسلام. إذن

وأمّا [١] مسألة الجمعة فلأنّ هيئة الاجتماع [٢] في جميع أحوال الصلاة من [٣] القيام والركوع والسجود مطلوبة [٤]،

ففي تطبيق قانون الموالاة على مسألة توبة المرتدّ خفاء.

[١] إلى هنا بيّن أنّ مسألة توبة المرتدّ ليس من موارد اعتبار الموالاة فيها، ومن هنا شرع في بيان أنّ مسألة انعقاد صلاة الجمعة بتحريم المأمومين قبل دخول الإمام في الركوع أيضاً ليست من موارد اعتبار الموالاة، فإنّ اعتبار تحريم المأمومين قبل ركوع الإمام ليس لأجل اعتبار الموالاة بين تحريم الإمام وبين تحريمهم، بل إنّما هو لأجل أنّ الهيئة الاجتماعيّة بين المأمومين والإمام، وهي اقتداء المأمومين في جميع أحوال الصلاة مطلوب الشارع وواجب بحكمه فلو أخلّ بهذه الهيئة بأن لم ينو المأموم الاقتداء بالإمام قبل ركوعه تكون الجمعة باطلة، لا لأجل الإخلال بالموالاة العرفيّة، بل لأجل فقد ما هو من شرائط صحّة انعقاد الجمعة شرعاً، وهو مطلوبيّة الاقتداء وتحقّقه قبل دخول الإمام في الركوع.

[٢] أي هيئة الاجتماع الحاصلة من اقتداء المأمومين بالإمام.

[٣] بيان لجميع أحوال الصلاة، أي أحوال الصلاة التي هي عبارة عن حال القيام والركوع والسجود ونحوها.

[٤] خبر لقوله: «فلأنّ هيئة الاجتماع...» أي هيئة الاجتماع في جميع أحوال الصلاة شرط لصحّتها بحكم الشارع، فالإخلال بالهيئة المذكورة يمنع من تحقّق هيئة الجماعة، فإنّ عدم تحقّق الجماعة ليس لأجل الإخلال بالموالاة المعتبرة فيها، بل لأجل مطلوبيّة هيئة الاجتماع، فإنّ عدم تحريم المأمومين قبل ركوع الإمام يبطل الجمعة لأجل الإخلال بهيئة الاجتماع المطلوبة للشارع والاقتداء المعتبر فيها، لا لأجل الإخلال بالموالاة، فإنّ عدم نيّة الاقتداء قبل

فيقدح الإخلال بها [١]، وللتأمّل في هذه الفروع [٢] وفي صحّة تفريعها [٣] على الأصل المذكور مجال [٤].

الركوع يخلّ بالهيئة ويبطل الصلاة ولو روعيت الموالاة فيها.

[١] أي يقدح الإخلال بهيئة الاجتماع في تحقّق صلاة الجمعة لا الإخلال بالموالاة.

[٢] أي الفروع التي ذكرها الشهيد، كاستتابة المرتدّ، ومسألة صلاة الجمعة، ونحوها بأنّه هل يعتبر فيها الموالاة أم لا؟

[٣] أي في صحّة تفريع هذه الفروع على الأصل المذكور، وهو اعتبار الاتّصال بين الاستثناء والمستثنى منه، حيث قال الشهيد: «والموالاة في سائر الفروع مأخوذة من اعتبار الاتّصال بين الاستثناء والمستثنى منه».

[٤] مبتدأ مؤخّر لقوله: «للتأمّل»، أمّا التأمّل في الفروع المذكورة فلعلّه لعدم الدليل على اعتبار الموالاة فيها.

والحاصل: أنّ الأمر التدريجيّ المتّصل إذا أُخذ موضوعاً لحكم لم يترتّب عليه ذلك الحكم في غير حال الاتّصال، وإنّما الكلام في تطبيق هذه الكبرى على الإيجاب والقبول ونظائره.

وأمّا التأمّل في تفريع الفروع المذكورة على باب الاستثناء بأن يقال: إنّ الفوريّة في استتابة المرتدّ لا يترتّب على اعتبار الاتّصال بين الاستثناء والمستثنى منه بديهة أنّ الاتّصال المعتبر بينهما أمر عرفيّ ارتكازيّ، ولكن وجوب الاستمرار في الإسلام وعدم قطعه بالكفر أمر ثابت بالدليل، فلا صلة بينهما بوجه، وهكذا الكلام في لزوم تحريم المأمومين في الجمعة قبل ركوع الإمام، فإنّ ذلك لا يرتبط بالفوريّة العرفيّة، وهكذا الكلام في سائر الفروع.

ثمّ إنّ المعيار في الموالاة [١] موكول إلى العرف، كما في الصلاة والقراءة والأذان، ونحوها، ويظهر من رواية [٢] سهل الساعديّ ـ المتقدّمة في مسألة تقديم القبول ـ جواز [٣] الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبيّ؛ بناءً [٤] على

---

[١] غرضه ﷺ أنّ الموالاة لم تثبت لها حقيقة شرعيّة، بل المعيار فيها هو تشخيص العرف فهو حاكم في باب الصلاة بأنّ الموالاة فيها وفي القراءة، والأذان باقيةٌ أم لا، فإنّه يجوز الفصل بين أجزاء هذه العناوين المركّبة ما لم يكن ماحياً لصورة الصلاة عرفاً، وإذا ثبت أنّ المعيار في الموالاة هو العرف فهي تختلف بحسب الموارد، فالموالاة في قراءة الكلمات أضيق دائرة من الموالاة في آيات سورة واحدة، والموالاة بين حروف الكلمات أضيق عرفاً من الموالاة المعتبرة بين أجزاء الكلام، والمحكّم في الجميع هو العرف.

[٢] وهذا في الحقيقة رجوع عمّا ذكره من أنّ المعيار في الموالاة هو العرف، وبيان أنّ مفهوم الموالاة شرعاً أوسع من مفهومها العرفيّ حيث يستفاد من الرواية جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل وإن كان مخلّاً بالموالاة العرفيّة.

[٣] فاعل لقوله: «يظهر».

[٤] أي دلالة الرواية على جواز الفصل بكلام طويل مبنيّ على أن يكون القبول في الرواية قول الصحابيّ: «زوّجنيها» والإيجاب قوله: «زوجتكها» الواقع بعد فصل طويل بينه وبين «زوّجنيها».

وأمّا بناءً على ما فهمه جماعة أُخرى من عدم كون «زوّجنيها» قبولاً، وعدم كون «زوّجتكها» إيجاباً مؤخّراً، كان الخبر أجنبيّاً عن الدلالة على جواز الفصل بكلام طويل أجنبيّ بين الإيجاب والقبول.

ما فهمه الجماعة من أنّ القبول فيها [١] قول ذلك الصحابيّ: «زوّجنيها» [٢] والإيجاب [٣] قوله ﷺ بعد فصل طويل: «زوجتكها بما معك من القرآن»، ولعلّ هذا [٤] موهن آخر للرواية، فافهم [٥].

---

[١] أي في رواية سهل يكون القبول قول الصحابيّ....

[٢] بدل لقوله: «قول ذلك الصحابيّ»، وهو الذي طلب من النبيّ ﷺ أن يزوّجه المرأة المعهودة بقوله: «زوّجنيها».

[٣] أي بناء على أنّ الإيجاب يكون قوله ﷺ ـ بعد فصل طويل من قول الصحابيّ: زوّجنيها ـ: «زوّجتكها»، وأمّا بناء على ما فهمه جماعة أُخرى من الرواية بأنّ قول الصحابيّ: «زوّجنيها» وقوله ﷺ: «زوّجتكها» مقاولة وليس إيجاباً وقبولاً، فلا تكون الرواية شاهدة لجواز الفصل بكلام طويل بين الإيجاب والقبول.

[٤] أي لعلّ وجود الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول في الرواية موهن آخر للرواية ومسقط لها عن الاعتبار، وفيه إشارة إلى أنّ للرواية موهنين:

الموهن الأوّل: تقديم القبول بلفظ الأمر في الرواية، وهو ممّا يوهن اعتبار الرواية، وذلك لمصير الأكثر إلى أنّ تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب غير جائز، فإنّ مصير الأكثر إلى خلاف مضمون الرواية ممّا يوهن اعتبارها.

الموهن الثاني: هو الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول، وهو أيضاً ممّا يوهن اعتبار الرواية.

[٥] لعلّه إشارة إلى أنّه لو دلّت الرواية على جواز الفصل بكلام طويل بين الإيجاب والقبول لكان الفصل المذكور جائزاً، ولا يكون موهناً لها بعد حكم الشارع بجوازها وعدم قيام دليل قطعيّ على كونه موهناً لها.

. . . . . .

« التحقيق »

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: « ومن جملة شروط العقد الموالاة بين الإيجاب والقبول »، وحكى كون الموالاة من شرط العقود عن عدّة من الأكابر، كالشيخ في المبسوط في باب الخلع، والعلّامة، والشهيدين، والمحقّق الثاني، والشيخ الفاضل المقداد، ثمّ حكى عن الشهيد بأنّه قال في القواعد: « الموالاة معتبرة في العقد ونحوه »، ويتلخّص كلامه في ثلاثة أُمور:

الأمر الأوّل: في بيان منشأ اعتبار الموالاة في العقود، وقال: إنّ اعتبار الموالاة في العقود مأخوذ من اعتبار الاتّصال بين الاستثناء والمستثنى منه، بدعوى: أنّ الارتباط بينهما لمّا كان أمراً واضحاً صار منشأ لانتقال الذهن إلى اعتبار الموالاة في سائر المركّبات، منها الإيجاب والقبول.

ولكن يمكن أن يجاب عنه بأنّه لا شبهة في اعتبار الاتّصال بين المستثنى والمستثنى منه، وهو أمر بديهيّ، فمع فصل المستثنى عن المستثنى منه لا ينعقد لهما ظهور واحد، بل كان لكلّ منهما ظهور مستقلّ، وإنّما الكلام في استلزام اعتبار الموالاة بينهما اعتبارها بين الإيجاب والقبول، وهو غير ثابت، بل الثابت عدمه.

الأمر الثاني: في بيان الموارد التي جعل الشهيد رعاية الموالاة فيها أمراً مسلّماً.

ونحن نذكر موردين منها:

المورد الأوّل: الفوريّة في استتابة المرتدّ.

المورد الثاني: لزوم تحريم المأمومين في الجمعة قبل ركوع الإمام.

وأجاب عنهما شيخنا الأنصاريّ ﷺ وغيره: بأنّ الاتّصال المعتبر بين المستثنى والمستثنى منه أمر عرفيّ ارتكازيّ، وهو لا يصلح أن يكون أصلاً لاعتبار الاتّصال بين الاستتابة والتوبة؛ لأنّ وجوب الاستمرار في الإسلام وعدم جواز قطعه بالكفر أمر ثابت بالدليل الشرعيّ، فلا بدّ من التوبة بعد الاستتابة وقبلها فوراً ففوراً، وإذن فلا صلة بين الموردين أصلاً. وهكذا الكلام في لزوم تحريم المأمومين في الجمعة قبل ركوع الإمام، فإنّ ذلك لا يرتبط بالفوريّة العرفيّة، بل يحتاج إلى دليل شرعيّ، وعليه فإن كان ما يدلّ على الفوريّة تامّاً أُخذ به، وإلّا فيرجع إلى أصالة البراءة.

وأمّا الأمر الثالث من كلامه، فسنذكره في ضمن الأدلّة على اعتبار الموالاة، وكيفما كان استدلّ على لزوم رعاية الموالاة بوجوه:

الوجه الأوّل: الإجماع، وفيه ما فيه.

الوجه الثاني: ما ذكره الشهيد، ولخصّه شيخنا الأنصاريّ ﷺ بقوله: إنّ الأمر المتدرّج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتّصاليّة في العرف فلا بدّ في ترتّب الحكم المعلّق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتّصاليّة، فالعقد المركّب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض، فيقدح تخلّل الفصل المخلّ بهيئته الاتّصاليّة، ولذا لا تصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً في الطول، كسنة أو أزيد، وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف، فهو في كلّ أمر بحسبه، وإذن فلا يشمله دليل وجوب الوفاء بالعقد مع وجود فصل طويل بين الإيجاب والقبول.

وأجاب عنه شيخنا الأنصاريّ ﷺ: بأنّ ما ذكره حسن لو كان دليل صحّة المعاملات ولزومها منحصراً بوجوب الوفاء بالعقد، وليس الأمر كذلك؛ لأنّ الدليل على صحّة المعاملات ولزومها ليس منحصراً بما ذكره، بل يدلّ على صحّة البيع

ولزومه قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾[٢]، وبالنتيجة أنّ هذا الوجه من الشهيد لا يدلّ على اعتبار الموالاة في المعاملات وذلك لصدق البيع والتجارة عن تراض على الإيجاب والقبول المنفصل أحدهما عن الآخر.

هذا ما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ، وحاصل ما ذكره ﷺ التفكيك بين عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد وبين عموم الحلّ والتجارة بالمنع عن شمول الأوّل للفاقد للموالاة، دون الثاني.

وأورد عليه جمع من المحشّين ـ منهم السيّد اليزديّ[٣]، والمحقّق الايروانيّ[٤]، والمحقّق النائينيّ[٥] (قدّس الله أرواحهم) ـ بعدم الفرق بين العقد والبيع والتجارة في عدم الصدق مع انتفاء الموالاة، كما أنّه لا فرق بين المذكورات في الصدق مع الموالاة. بتقريب: أنّه كما أنّ العقد متقوّم بطرفين فكذلك البيع وغيره، فإذا كانت الموالاة معتبرة في صدق العقد عرفاً كذلك تكون معتبرة في صدق البيع والتجارة؛ إذ البيع والتجارة كالعقد أيضاً أمر وحدانيّ قائم بشخصين لا بدّ في تحقّقهما من اعتبار الوحدة المتوقّفة على الموالاة.

وأجاب عنهم المحقّق الأصفهانيّ[٦] بأنّ العقد عبارة عن الربط والوصل بين

---

(١) البقرة ٢: ٢٧٥.
(٢) النساء ٤: ٢٩.
(٣) الحاشية: ٩٠.
(٤) الحاشية: ٩٠.
(٥) التعليقة: ٢٩٠.
(٦) الحاشية: ٧١.

الالتزامين ، والالتزامان الشخصيّان القائمان بشخصين ، أو الكلامان القائمان بشخصين فهما منفصلا الوجود قهراً ، فلا معنى لاتّصالهما إلّا عدم تخلّل زمان بينهما ، إمّا حقيقة أو عرفاً ، وأمّا البيع والتجارة بما هما بيع وتجارة ، فليس مفهومهما كمفهوم العقد مقتضياً للربط والوصل حتّى يجري فيه البيان المتقدّم ، ودعوى عدم الفرق ناشئة عن عدم التنبّه لملاك الاستدلال ، ولكنّه ﷺ ناقش في كون العقد بمعنى الوصل ، وقال : بل العقد بمعنى ربط أحد الالتزامين بالآخر ، وهذا المعنى من الربط لا يقتضي إلّا بقاء الالتزام الأوّل على حاله حتّى يكون الالتزام الثاني مربوطاً به ، وأمّا الموالاة فلا تعتبر فيه ، وهو تحقيق صدر من أهله ووقع في محلّه ، وهذا الذي ذكره الأصفهانيّ يصلح أن يكون وجهاً لاعتبار الموالاة في العقود ، إلّا أنّه ﷺ ناقش فيه ، وقد عرفت تماميّة نقاشه .

أضف إليه : أنّا نسلّم أنّ الأمر التدريجيّ المتّصل إذا أُخذ موضوعاً للحكم لم يترتّب عليه ذلك الحكم في غير حال الاتّصال ؛ ضرورة أنّ فعليّة الحكم بفعليّة موضوعه ، ومن البيّن الذي لا ريب فيه أنّ الأمر التدريجيّ المتّصل لا يكون فعليّاً إلّا بفعليّة الهيئة الاتّصاليّة ، وإذا انتفت هذه الهيئة انتفى الحكم المترتّب على ذلك الأمر التدريجيّ المتّصل لانتفاء موضوعه ، وهذا لا شبهة فيه بحسب الكبرى ، وإنّما الكلام في أنّه هل تنطبق هذه الكبرى على العقد المركّب من الإيجاب والقبول ، ونحن ندّعي عدم انطباقهما ، كما سيأتي توضيحه في ضمن كلماتنا . هذا أوّلاً وثانياً .

وثالثاً : ما ذكره سيّدنا الأُستاذ من أنّ العقد عبارة عن ارتباط أحد الالتزامين بالالتزام الآخر ، وليس من باب الألفاظ كي يجري فيه التقريب الذي ذكره الشهيد ، نعم ، يحتاج العقد إلى الإبراز ، ومبرزه ربّما يكون لفظاً كما أنّه ربّما يكون فعلاً .

وفيه : أنّ العقد ليس مجرّد الاعتبار النفسانيّ ، بل عبارة عن المركّب من المبرَز

. . . . . .

ـ بالفتح ـ والمبرِز ـ بالكسر ـ نعم ، إنّه قد يتحقّق بإنشاء البائع وضميمة القبول إليه لا يكون متمّماً لتحقّق العقد وإنّما شرط لتأثيره . إذن فالإشكال عليه ينبغي أن يكون بإنكار اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول وعدم كون القبول دخيلاً في تحقّق العقد لا ما ذكره سيّدنا الأُستاذ .

ورابعاً : أيضاً ما ذكره سيّدنا الأُستاذ بأنّا نفرض كون العقد من باب الألفاظ لكن لا تشترط الموالاة في صدق عنوان العقد ، ولذا لو نرى أنّه لو قرأ وختم القرآن في مدّة شهر يصدق أنّه ختم القرآن ، وإنّما الحاكم في صدق العقد هو العرف ، ولا يقاس المقام بالفصل بين الاستثناء والمستثنى منه ، وهذا الذي ذكره متين .

وخامساً : ما ذكره الأُستاذ الأعظم بأنّا لا نرى وجهاً صحيحاً للمنع عن كون العقد الفاقد للموالاة مشمولاً لآية وجوب الوفاء بالعقد ؛ ضرورة أنّ العقد ليس اسماً للفظ المركّب من الإيجاب والقبول ، بل هو عبارة عن اتّصال أحد الالتزامين بالالتزام الآخر وشدّه به ، مع مظهر لكلّ منهما في الخارج ، فإذا فرضنا أنّ البائع قد اعتبر المبادلة في نفسه وأبرزها في الخارج ، وبقي على اعتباره حتّى انضمّ إليه اعتبار المشتري المبرز بقبوله ، فكيف لا يصدق عليهما العقد ، فالفصل بين الإيجاب والقبول اللفظيّين لا يمنع عن كون العقد المبرز بهما مشمولاً لآية وجوب الوفاء بالعقد ، وهذا ظاهر .

الوجه الثالث : ما نسب إلى المحقّق الأصفهانيّ ، وهو أنّ العقد والبيع والتجارة ونحوها موضوع لأثر واحد ، وهو نقل العوضين أو إيجاد العلقة ، ومع ملاحظة وحدة الأثر الناشئ من العقد المركّب من الإيجاب والقبول ، فلا بدّ من اعتبار عدم الفصل بينهما ، فإنّ الفصل مخلّ بوحدة الموضوع عرفاً .

إلّا أنّ التأمّل في كلامه يقتضي أن يفهم من عبارته غير ما نسب إليه ، فإنّه لم يتمسّك بهذا الدليل لإثبات الموالاة ، فإنّه اختار قبله عدم اعتبارها ، حيث قال : إنّ

ربط أحد الالتزامين القائم بمحلّ بالالتزام القائم بمحلّ آخر بلحاظ ورودهما على أمر واحد وهو كون أحد المالين بازاء الآخر في الملكيّة ، فوحدة الملتزم به هو الجامع الرابط بين الالتزامين ، وهذا المعنى من الربط لا يقتضي إلّا بقاء الالتزام على حاله حتّى يكون الالتزام الثاني مربوطاً به ، إلى أن قال : وهذا المعنى من الارتباط بين المدلولين لا يدور مدار تخلّل الزمان بين الكلامين المتضمّنين لهما ، بل يتمسّك به لإثبات أنّ هذا الكلام لو دلّ على اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول في البيع لدلّ في العقد أيضاً ، فلا فرق بناء على هذا التقريب لاعتبار الموالاة بين العقد وبين البيع ، أتعجّب من بعض الفحول وممّن تبعه بعض الأكابر أنّهم أوردوا عليه بما هو موجود في كلامه ومختاره ، فإنّ العصمة لأهلها .

الوجه الرابع : ما ذكره المحقّق الايروانيّ بقوله : كأنّ اعتبار التوالي ناش من اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول بتوهّم عدم حصول المطابقة مع التأخّر ؛ لأنّ الإيجاب أفاد النقل من الحين فإذا تأخّر القبول فإمّا أن يكون قبوله قبولاً لتمام مضمون الإيجاب فيلزم من صحّته حصول النقل من حين الإيجاب ، كما في الإجازة على القول بالكشف ، فيكون النقل حاصلاً قبل حصول تمام العقد ، وذلك باطل ، أو يكون قبولاً لبعض مضمون الإيجاب ، أعني النقل من حين تحقّق القبول ، فيلزم عدم المطابقة بين الإيجاب والقبول ، وهذا المحذور وإن كان يعمّ صورة التوالي أيضاً لتحقّق الفصل هنا أيضاً ولو بيسير ، ولكنّ هذا المقدار من التخالف لا يضرّ بالمطابقة العرفيّة ، فلا يوجب الحكم بالفساد .

وفيه : أنّ الإشكال مبنيّ على أن يكون الإيجاب نقلاً من حينه ، أو أن تكون المطابقة المذكورة معتبرة بين الإيجاب والقبول ، وكلاهما مورد نقاش .

الوجه الخامس : ما ذكره المحقّق النائينيّ من أنّه لمّا كان في العقود العهديّة

. . . . . .

المعاوضيّة كالبيع ، وما يلحق بها كالنكاح خلع ولبس أو إيجاد علقة ، فلا بدّ أن يكون مقارناً للخلع لبس ، وهكذا مقارناً لإيجاد العلقة قبول ، وإلّا تقع الإضافة أو العلقة بلا محلّ ومضاف إليه .

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم بوجهين :

الأوّل : أنّ هذا الوجه يقتضي استحالة تحقّق العقد مع وجود الفصل بين إيجابه وقبوله ولو بزمان قليل ، ومن البيّن أنّه لا يفرّق في استحالة الفصل بينهما بين أن يكون الفاصل هو الزمان القصير وبين أن يكون ذلك هو الزمان الطويل .

الثاني : أنّ الخلع واللبس في اعتبار البائع ليس على وجه الإطلاق ، بل الخلع واللبس في اعتبار البائع معلّق على قبول المشتري ، وعلى فرض تحقّقه ، وعليه فالخلع مقارن للبس دائماً ، سواء تحقّقت الموالاة بين الإيجاب والقبول أم لم تتحقّق ، فعدم تحقّق الموالاة لا يقدح ، والموالاة لا تنفع ، فإذا تحقّق الخلع فهو ملازم لتحقّق اللبس ، ولو مع فقد الموالاة ، وإذا لم يتحقّق الخلع لا يتحقّق اللبس ، ولو مع تحقّق الموالاة .

واستدلّ على عدم اعتبار الموالاة بوجوه :

الأوّل : قيام السيرة القطعيّة على عدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول ؛ لأنّا نرى بالعيان أنّ بعض الناس يرسل هديّة إلى صاحبه من البلاد النائية ، وأنّ تلك الهديّة إنّما تصل إلى المهدى إليه بعد مدّة طويلة ، ولم يناقش أحد في صحّتها .

الثاني : أنّه تدلّ على عدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول قصّة ماريّة الموهوبة للنبيّ صلى الله عليه وآله ، حيث إنّه فصل طويل بين إيجاب الهبة وقبولها من النبيّ صلى الله عليه وآله .

إن قلت : إنّ الهبة المذكورة معاطاتيّة ، وبحثنا في العقود اللفظيّة .

قلت: دعوى الفرق بينهما دعوى جزافيّة.

إن قلت: إنّ الإيجاب كان من رسول الملك والقبول من النبيّ ﷺ، ومعه لم يكن فصل طويل بين الإيجاب والقبول.

قلت: إنّه خلاف الظاهر، فإنّ الموجب كان نفس الملك لا رسوله.

وقال المحقّق النائينيّ: إنّ جميع الأفعال الصادرة من الواسطة كأنّها صادرة من الموجب، فهو بمنزلة من كان في المشرق وكانت يده طويلة تصل إلى المغرب، فمدّ يده وأعطى شيئاً لمن كان في المغرب، فإنّ فعله يتمّ في زمان وصول يده إلى المغرب، ولكنّ المقام لا يقاس به؛ إذ المُهدي في مورد السيرة ربّما يغفل عن هديّته في زمان وصولها إلى المُهدى إليه.

أضف إليه: أنّ العرف لا يرى الفصل بين الإيجاب والقبول فيمن مدّ يده وأعطى شيئاً لمن كان في المغرب.

الثالث: فحوى ما ورد في جواز جعل المهر شيئاً من القرآن بناءً على أنّ القبول في الرواية هو قول الصحابيّ: «زوّجنيها» والإيجاب قوله ﷺ -بعد فصل طويل-: «زوّجتكها على ما معك من القرآن» وإذا جاز الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول في النكاح جاز في غيره بالأولويّة.

أقول: إنّ الأولويّة ممنوعة. أضف إلى جميع ذلك عدم قيام دليل على الموالاة، ودعوى الإجماع عليها دعوى بلا دليل.

ومن جملة الشرائط [١] التي ذكرها جماعة التنجيز [٢] في العقد، بأن [٣] لا يكون معلّقاً على شيء بأداة الشرط [٤] بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء، لا في غيرها.

---

[١] والتي هي من شروط الهيئة التركيبيّة لصيغ العقود.

[٢] وهو مبتدأ مؤخّر، وخبره المقدّم قوله: «ومن جملة الشرائط...».

[٣] هذا إشارة إلى أنّ التنجيز ليس بشرط، بل المراد منه أن لا يكون العقد معلّقاً على شيء فيكون التعليق مانعاً.

والحاصل: أنّه قد تصدّى شيخنا الأنصاريّ ﷺ هنا لبيان عدّة مطالب:

المطلب الأوّل: بيان معنى المقصود من التنجيز في المقام، وأشار إليه بقوله: «بأن لا يكون معلّقاً»، وملخّصه: أنّ التنجيز عبارة عن الإطلاق والإرسال، وعدم جعل إنشائه معلّقاً بشيء بسبب أداة الشرط وإيجاد العقد حال الإنشاء من دون أيّ تعليق ويقابله التعليق، وهو أن يجعل إيجاد البيع في الخارج معلّقاً على تحقّق شرط، كما إذا قال: «بعتك هذا الكتاب بدينار إن جاء زيد في هذا اليوم» بحيث لا يقع منه قصد البيع وإيجاده إلّا على تقدير مجيئه.

[٤] أو ما كان بمعناه، وإن لم يكن هنا أداة في اللفظ؛ إذ تعليق العقد على شرط قد يكون صريحاً كإقران العقد وتعليقه بما يدلّ على التوقّف والتعليق صريحاً، كما إذا قال البائع: «بعتك هذا الكتاب إن جاءك زيد»، وقد يكون ضمنيّاً، كقول البائع: «بعتك داري يوم الجمعة»، فإنّ الصيغة في هذه الصورة وإن كانت خالية عن أداة التعليق ظاهراً، ولكنّها موجودة لبّاً؛ إذ هي ترجع لبّاً إلى قوله: «بعتك داري إذا جاء يوم الجمعة»، وعليه فلا يكون البحث منحصراً

بما يكون الكلام مشتملاً على أداة الشرط ، بل لا بدّ أن يكون معلّقاً على شيء ، سواء كان التعليق حاصلاً بأداة الشرط أو بغيرها ، أو بدون أداة .

أفاد المحقّق الايروانيّ[1] أنّه يحتمل رجوع الشرط المذكور ـ أي شرط التنجيز ـ إلى شرائط الصيغة كالعربيّة والماضويّة على أن يكون المراد من التنجيز ؛ تنجيز العبارة بأن لا تكون مشتملة على أداة الشرط وإن كان معلّقاً في الواقع .

ويحتمل رجوع الشرط المذكور إلى المعنى المقصود بأن لا يتعلّق القصد في المعاملة إلى أمر معلّق على الشرط ، والحقّ أن يقال : إنّ ظاهر كلامهم من كون التعليق مبطلاً لأمر الإنشاء هو الثاني ، لا مجرّد أن لا تكون الصيغة مشتملة على التعليق وإن كان ظاهر بعض العبائر هو الأوّل .

وكيف كان ، فإنّ المراد بالتعليق المبحوث عنه في المقام هو التعليق في المنشأ ، والمراد منه ما إذا كان المنشأ بالإنشاء والموجود بالإيجاد معلّقاً على أمر .

وأمّا التعليق في الإنشاء فهو غير معقول ؛ لأنّ الإنشاء بما هو إنشاء يتحقّق ولو مع الجزم بعدم تحقّق المعلّق عليه ، ومع الجزم بعدم ترتّب الملك الحقيقيّ على هذا الإنشاء ، فهو نظير ما إذا علّق ضربه الخارجيّ مثلاً على كون المضروب زيداً ؛ بحيث لو لم يكن المضروب زيداً لم يكن الضرب الصادر منه ضرباً ، وهذا النحو من التعليق مستحيل ، كما عرفت ؛ لأنّ الضرب الخارجيّ إذا تحقّق فقد تحقّق ، سواء كان المضروب زيداً أو غيره .

---

(١) الحاشية : ٩٠.

وممّن [١] صرّح بذلك الشيخ [٢] والحلّيّ والعلّامة وجميع من تأخّر عنه ،كالشهيدين والمحقّق الثاني ، وغيرهم ، (قدّس الله أرواحهم).

وعن فخر [٣] الدين في شرح الإرشاد في باب الوكالة أنّ تعليق الوكالة على الشرط [٤] لا يصحّ عند الإماميّة ، وكذا [٥] غيره من العقود ، لازمة [٦] كانت أو جائزة.

وعن تمهيد القواعد دعوى الإجماع عليه [٧] ، وظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف الاتّفاق عليه [٨]. والظاهر عدم الخلاف فيه [٩] ،

---

[١] هذا إشارة إلى المطلب الثاني من المطالب الأربعة التي تصدّى شيخنا الأنصاريّ ﷺ لذكرها ، وهي نقل أقوال الفقهاء في اعتبار التنجيز في صحّة العقد ، أي ممّن صرّح باشتراط التنجيز في العقد .

[٢] مبتدأ مؤخّر ، وقوله : « ممّن صرّح » خبر مقدّم .

[٣] وفي هذه العبارة إشارة إلى أنّ شرح الإرشاد لم يكن موجوداً عند المصنّف ، أوكان موجوداً ولكن لم يراجع إليه ، وإنّما حكي قوله له .

[٤] بأن يقول الموكلّ : أنت وكيلي إن جاء الأمير .

[٥] أي كذا لا يصحّ تعليق غير الوكالة من سائر العقود على الشرط .

[٦] أي لا يصحّ التعليق في العقود ، سواء كانت العقود لازمة ـكالبيع ـ أو جائزة ـكالهبة ـ.

[٧] أي على اشتراط التنجيز في العقود .

[٨] أي على اشتراط التنجيز في باب الوقف ، فإذا ثبت التنجيز في الوقف بالاتّفاق المذكور يثبت في غيره من العقود لعدم الفصل .

[٩] أي في اشتراط التنجيز في باب الوقف .

كما اعترف به [١] غير واحد وإن لم يتعرّض الأكثر [٢] في هذا المقام، ويدلّ عليه [٣] فحوى [٤] فتاويهم ومعاقد الإجماعات في اشتراط التنجيز في الوكالة مع كونها [٥] من العقود الجائزة التي يكفي فيها [٦] كلّ ما دلّ على الإذن.

---

[١] أي باتّفاق الفقهاء على اشتراط التنجيز في باب الوقف.

[٢] أى وإن لم يتعرّض أكثر الفقهاء لاشتراط التنجيز في خصوص البيع، وإنّما تعرّضوا به في أبواب مختلفة.

[٣] أي على اشتراط التنجيز في العقود. وهذا إشارة إلى الدليل الذي بيّنوه على اشتراط التنجيز في العقود.

وملخّصه: أنّ معاقد إجماعات الفقهاء على اعتبار التنجيز في الوكالة، فهو يدلّ بالأولويّة على قيام الإجماع على اعتبار التنجيز في سائر العقود، ونحن نذكر وجه الأولويّة تبعاً للمتن.

[٤] أي فتوى الفقهاء على اشتراط التنجيز وانعقاد إجماعاتهم عليه في الوكالة تدلّ بالأولويّة على قيام الإجماع على اشتراط التنجيز في سائر العقود، وأمّا وجه الأولويّة فهو أنّ التنجيز لو كان معتبراً في الوكالة التي هي من العقود الإذنيّة التي لا يعتبر في إنشائها ما يعتبر في إنشاء العقود اللازمة، كالماضويّة والموالاة بين الإيجاب والقبول، بل يكفي فيه كلّ ما دلّ على إذن الوكيل في مال الموكّل، ومع ذلك لو توقّفت صحّة الوكالة على تنجيزها، لكانت صحّة البيع وغيره من العقود اللازمة متوقّفة على التنجيز بالأولويّة.

[٥] أي مع كون الوكالة من العقود الجائزة.

[٦] أي يكفي في العقود الجائزة كلّ لفظ دلّ على الإذن من الموكّل وإن كان

حتّى أنّ العلّامة [١] ادّعى الإجماع على ما حكي عنه على عدم صحّة أن يقول الموكّل: أنت وكيلي في يوم الجمعة في أن تبيع عبدي [٢]، وعلى [٣]

غير واجد لشرائط إنشاء البيع ونحوه.

والحاصل: إذا كان التنجيز معتبراً في العقود الجائزة لكان معتبراً في العقود اللازمة بطريق أوْلى؛ إذ العقد الجائز أخفّ مؤنة من العقد اللازم.

[١] غرضه من الاستشهاد بكلام العلّامة بيان وضوح اشتراط التنجيز في عقد الوكالة تعبّداً، وعدم جواز إنشائه معلّقاً بالتعليق اللفظيّ.

وملخّصه: أنّ اشتراط التنجيز وصل إلى حدّ من الوضوح ادّعى العلّامة الإجماع على عدم صحّة إنشاء الوكالة معلّقاً، وعلى صحّة إنشائها منجّزاً وإن كان معلّقاً معنىً، وهذا يدلّ على أنّ التعليق في اللفظ مانع من الصحّة بالإجماع.

[٢] الوجه في عدم صحّة قول الموكّل في الفرض المذكور عدم كون التوكيل منجّزاً ومحقّقاً بالفعل، وكونه معلّقاً على حلول يوم الجمعة، فالإجماع على عدم صحّته كاشف عن كون التعليق مبطلاً له.

[٣] أي ادّعى الإجماع على صحّة قوله... وذلك لفعليّة التوكيل، فإنّه فعليّ، وجواز البيع استقباليّ على نحو الواجب المعلّق. والفرق بين المثالين هو أنّ التوكيل والإذن في التصرّف في المثال الأوّل معلّق على يوم الجمعة، فلا يكون مضمون العقد منجّزاً مع كونه شرطاً فيه، فانتفاؤه يوجب انتفاء العقد، وليس هو معلّقاً عليه في المثال الثاني، بل التوكيل المنشأ بقوله: «أنت وكيلي» فعليّ ومحقّق عند الإنشاء، والمعلّق على يوم الجمعة ليس التوكيل، بل هو عبارة عن البيع الذي يسمّى بالموكّل فيه، فالمثالان وإن كانا

صحّة قوله: «أنت وكيليّ، ولا تبع عبدي إلّا في يوم الجمعة»، مع كون المقصود [١] واحداً.

وفرّق بينهما [٢] جماعة بعد الاعتراف بأنّ هذا [٣] في معنى التعليق

مشتركين في تعليق جواز البيع بيوم الجمعة، إلّا أنّ المعلّق في المثال الأوّل هو أصل مضمون العقد وهو التوكيل والإذن، وهو لا يجوز لاشتراط العقود بالتنجيز، وأمّا المعلّق في الثاني ليس هو العقد المنشأ، بل هو فعليّ والمعلّق عليه هو البيع الخارجيّ الذي هو الموكّل فيه.

[١] أي مع كون المقصود من العبارتين واحداً وهو جواز إنشاء البيع يوم الجمعة إلّا أنّ في المثال الأوّل جواز الإذن معلّق على مجيء يوم الجمعة، فلا توكيل ولا إذن قبل مجيئه، وأمّا في المثال الثاني فيتحقّق التوكيل والإذن بمجرّد الإنشاء، وإنّما كان مجيء يوم الجمعة ظرفاً للإتيان بالموكّل فيه على نحو الواجب المعلّق، فيظهر ـ من قيام الإجماع على عدم صحّة التوكيل في المثال الأوّل، ومن قيامه على صحّته في المثال الثاني، وعدم التسوية في الصحّة والبطلان بين المثالين مع كون المقصود منهما واحداً ـ اشتراط العقد بالتنجيز تعبّداً.

[٢] أي فرّق بين قوله: «أنت وكيلي في يوم الجمعة أن تبيع عبدي» وبين قوله: «أنت وكيلي ولا تبع عبدي إلّا في يوم الجمعة».

[٣] أي بأنّ المثال الثاني ـ وهو: «أنت وكيلي ولا تبع عبدي إلّا في يوم الجمعة ـ أيضاً في معنى التعليق، أي أنّ التوكيل فيه أيضاً معلّق معنىً.

والحاصل: أنّ التعليق موجود في كلتا العبارتين، غاية الأمر أنّ التعليق في العبارة الأولى لفظيّ، حيث إنّ لفظ التوكيل معلّق على مجيء الجمعة، وفي

بأنّ [١] العقود لمّا كانت متلقّاة من الشارع أُنيطت [٢] بهذه الضوابط وبطلت [٣] فيما خرج عنها وإن [٤] أفادت فائدتها

المثال الثاني يكون التعليق في المعنى فقط دون اللفظ.

[١] الجار متعلّق بقوله: «فرّق»، وملخّص كلامه في الفرق بين العبارتين هو أنّ العقود لمّا كانت أموراً توقيفيّة مأخوذة من الشارع، وهو قد بيّن لها ضوابط من التنجيز والماضويّة وغيرهما، فكلّ عقد كانت الضوابط المقرّرة فيها موجودة تكون صحيحة، وكلّ عقد كانت تلك الضوابط منتفية فيها تكون باطلة وإن أفادت فائدة الضابطة المذكورة، فإنّ العقد المعلّق لبّاً وواقعاً لا يكون باطلاً لاشتماله على الضابط المقرّر من الشارع، وهو تنجيز العقد، فمع كونه منجّزاً لفظاً ولم يكن لفظ الإنشاء معلّقاً بشيء يكون العقد صحيحاً وإن كان بحسب اللبّ والواقع معلّقاً.

[٢] أي أُنيطت صحّة هذه العقود بوجود الضوابط المقرّرة من قِبل الشارع فيها كالتنجيز والماضويّة ونحوهما.

[٣] أي بطلت العقود فيما إذا كانت فاقدة لتلك الضوابط التي تكون صحّة العقود منوطة بوجود تلك الضوابط فيها.

[٤] كلمة «إن» وصليّة، أي وإن أفادت العقود الفاقدة لتلك الضوابط فائدة العقود المشتملة عليها، بأن تدلّ هي أيضاً على التوكيل والإذن من قِبل الموكّل، ومجرّد إفادة العقود الفاقدة للضوابط المقرّرة ما يفيد العقود الواجدة تلك الضوابط لا يوجب صحّة العقود الفاقدة لها، بل لا بدّ في صحّتها من اشتمالها على الضوابط المذكورة؛ لأنّها مناط لصحّة العقود وجوداً، ومناط لفسادها عدماً، فإنّ قوله: «أنت وكيلي في يوم الجمعة» خارج عن الضوابط المقرّرة

فإذا كان الأمر كذلك [١] عندهم في الوكالة، فكيف الحال في البيع. وبالجملة [٢]: فلا شبهة في اتّفاقهم على الحكم، وأمّا الكلام في وجه الاشتراط [٣]، فالذي صرّح به العلّامة في التذكرة أنّه [٤] منافٍ للجزم حال

في العقود لوجود التعليق فيه، وقوله: «أنت وكيلي ولا تبع عبدي إلّا في يوم الجمعة» مشتمل على الضوابط، لكونه مشتملاً على التنجيز وإن كان المقصود من كليهما واحداً، وهو كون الإذن في البيع في يوم الجمعة، إلّا أنّ مجرّد ذلك لا يكفي في تصحيح العقد الفاقد للضوابط، فإنّ المناط في الصحّة والفساد وجود الضوابط وعدمها.

[١] بأن كان التنجيز معتبراً عند الفقهاء في الوكالة، مع أنّها من العقود الجائزة، فيكون معتبراً في البيع الذي هو من العقود اللازمة بالأولويّة القطعيّة.

[٢] أي ملخّص ما سبق أنّه لا شبهة في اتّفاق الفقهاء في حكمهم باعتبار التنجيز في العقود.

[٣] إلى هنا بيّن أنّ اشتراط العقود بالتنجيز واجب بلا شبهة، ومن هنا أراد أن يبيّن المدرك للحكم المذكور، بأنّ الإجماع المدّعى فيه ليس بنفسه كاشفاً عن رأي المعصوم، فإنّه مدركي وشرع في بيان الدليل الدالّ على اعتبار التنجيز في العقود، أي أمّا الكلام في دليل اعتبار التنجيز في العقود.

[٤] أي أنّ التعليق في العقود كقوله: «بعتك الكتاب إن جاء فلان» منافٍ للجزم المعتبر فيها حال إنشائها.

ولا يخفى أنّ التعليق لا ينافي الإنشاء، فإنّ الجزم ليس شرطاً لتحقّق الإنشاء، كما أنّ التعليق ليس مانعاً منه، فإنّ الإنشاء يتحقّق ولو مع الجزم بعدم ترتّب الملك الحقيقيّ عليه، وإنّما مقصوده أنّ التعليق منافٍ للجزم المعتبر

الإنشاء، بل [١] جعل الشرط هو الجزم، ثمّ فرّع عليه [٢] عدم جواز التعليق، قال [٣]: الخامس من الشروط الجزم، فلو علّق العقد على شرط لم يصحّ وإن كان الشرط المشيئة [٤]، للجهل [٥] بثبوتها حال العقد، وبقائها [٦]

في المنشأ؛ إذ التمليك الحقيقيّ والملكيّة الحقيقيّة من باب الإيجاد والوجود المتّحدين بالذات، والمختلفين بالاعتبار، فمع الجزم بعدم ترتّب الملكيّة الحقيقيّة أو عدم الجزم بترتّبها كيف يتوجّه القصد الجدّيّ إلى إيجادها؛ إذ القصد الجدّيّ بشيء يحرّك العضلات، وهو يستحيل مع الترديد المذكور.

[١] كأنّه يتوهّم من كلامه إلى هنا أنّ العلّامة يعتقد بأنّ المجعول شرعاً مانعيّة التعليق، ولذا أضرب عنه وقال: إنّ العلّامة جعل في كلامه الجزم شرطاً، أي لم يقل العلّامة أنّه من جملة شرائط الشروط التنجيز، بل قال: من جملة الشروط الجزم.

[٢] أي فرّع العلّامة على اشتراط الجزم عدم جواز التعليق، فيفهم منه أنّ التنجيز شرط، فإنّ بطلان العقد بالتعليق يستند إلى فقد الشرط وهو الجزم والتنجيز، لا إلى وجود المانع، وهو التعليق؛ لأنّ الشيء يستند إلى أسبق العلل، ومن المعلوم تقدّم رتبة الشرط على رتبة المانع بخلاف المشهور، فإنّهم جعلوا الشرط هو التنجيز، ثمّ فرّعوا عليه عدم جواز التعليق.

[٣] أي قال العلّامة: الشرط الخامس من شروط العقد.

[٤] أي مشيئة المشتري، بأن يقول البائع: «بعتك الكتاب إن شئت».

[٥] أي إنّما لا يصحّ تعليق العقد على المشيئة لجهل البائع بتحقّق هذا الشرط وهو مشيئة المشتري حال العقد، لاحتمال أن لا يكون مقدماً على شراء الكتاب.

[٦] أي للجهل ببقاء مشيئة المشتري فيما إذا علم ثبوتها قبل العقد وحين الشروع

مدّته، وهو [١] أحد قولي الشافعيّ وأظهرهما [٢] عندهم الصحّة؛ لأنّ هذه [٣] صفة يقتضيها إطلاق العقد لأنّه [٤] لو لم يشأ لم يشتر،

فيه، لكن يشكّ في بقاء المشيئة مدّة العقد لاحتمال أنّ المشتري شاء اشتراء الكتاب أوّل العقد، ولكنّه لم يشأ في أواسطه بأن تبدّل رأيه في الوسط، والجهل بثبوت المشيئة أو ببقائها يضرّ بالجزم المعتبر حال الإنشاء.

[١] أي عدم صحّة العقد على تقدير تعليقه بالمشيئة.

[٢] أي أظهر القولين عند العامّة صحّة العقد المعلّق على المشيئة.

[٣] أي المشيئة صفة تكون من مقتضيات العقد، وتعليق العقد على ما يكون من مقتضياته لا يكون مبطلاً له، فلو علّق البائع بيع كتابه على أن يكون مالكاً له فمثل هذا التعليق لا يكون مبطلاً للعقد، فإنّ التعليق بالصفة إنّما يكون قادحاً في العقد لو لم تكن الصفة المذكورة من مقتضياته، وإلّا فلا يكون تعليقاً في الواقع، فإنّ تعليق البيع على كون البائع مالكاً للمبيع أمر واقعيّ، سواء علّق إنشاء البيع عليه أم لا.

[٤] تعليل لقوله: «إنّ المشيئة صفة تكون هي مقتضى العقد»، واستدلال على أنّ المشيئة من قبيل الأمر المعلوم تحقّقه في المستقبل الذي يقتضيه العقد، أي إنّما قلنا مشيئة المشتري للاشتراء تكون مقتضى العقد وهو أمر معلوم تحقّقه في المستقبل؛ لأنّ المشتري لو لم تتعلّق مشيئته بالاشتراء لم يقدم على الاشتراء. وتوضيحه: أنّ المشيئة من مقدّمات العقد؛ لأنّ كلّ فعل اختياريّ إنّما يتحقّق بالمشيئة، وحيث إنّ العقد يصدر من البائع باختياره، وقد علمنا بأنّه يشاء العقد ويرضى بالإيجاب؛ من حيث إنّه أقدم على الاشتراء وتعرّض للمعاملة؛ إذ لو لم يشاء لم يقدم على الاشتراء، فعلم من إقدامه عليه أنّه يقبله، فظهر ممّا ذكرناه أنّ معنى قوله: «لو لم يشأ لم يشتر»، أنّه لو لم يقدم

انتهى كلامه [١]، وتبعه [٢] على ذلك الشهيد ﷺ في قواعده، قال [٣]: لأنّ الانتقال بحكم الرضا، ولا رضا [٤] إلّا مع الجزم، والجزم ينافي التعليق [٥]،

على الاشتراء لم يشتر.

[١] أي انتهى كلام العلّامة، وقد علمت من مجموع كلامه أنّه يعتقد باعتبار الجزم في العقود.

[٢] ضمير المفعول راجع إلى العلّامة، وقوله: «الشهيد» فاعل لقوله: «تبعه»، وكلمة «ذلك» إشارة إلى اشتراط الجزم بالعقد، أي تبع الشهيدُ العلّامةَ، وهو أيضاً قال باشتراط الجزم في العقد تبعاً للعلّامة.

[٣] أي قال الشهيد في توجيه ما ذهب إليه من اشتراط الجزم في العقود، فإنّه قال: إنّما قلنا باعتبار الجزم والتنجيز في العقود لأنّ انتقال المثمن إلى المشتري والثمن إلى البائع إنّما يكون لأجل الرضا بالانتقال، فإنّ الرضا به جزء أخير لعلّة الانتقال، كما يستفاد ذلك من قوله تعالى: ﴿**تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ**﴾.

[٤] أي لا يمكن تحقّق الرضا بالانتقال إلّا مع الجزم بتحقّق الانتقال؛ لأنّ الجزم من الأمور ذات الإضافة، فلا يتحقّق إلّا بعد تحقّق طرفها، ومع التردّد في الانتقال يتردّد حصول الجزم بالانتقال.

[٥] لأنّ العقد إذا كان معلّقاً فإنّ معناه أنّ الانتقال الذي هو متعلّق الرضا ليس بفعليّ، ومع عدم كونه فعليّاً لا يعقل أن يتعلّق به الرضا الفعليّ؛ لأنّ المتضائفين متكافئان قوّة وفعلاً.

وملخّص الكلام: أنّ الانتقال التعليقيّ الذي هو مفاد العقد التعليقيّ في معرض عدم الحصول؛ لأنّ التعليق بحسب اقتضاء ذاته للشكّ والترديد في حصول الشرط المعلّق عليه وعدمه فيلزم منه كون المعلّق عليه في معرض

انتهى [١].

ومقتضى ذلك [٢] أنّ المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول [٣]، كما صرّح به [٤] المحقّق في باب الطلاق، وذكر المحقّق [٥] والشهيد الثانيان في الجامع والمسالك في مسألة: «إن كان لي فقد بعته» [٦]

احتمال عدم الحصول في المستقبل، ومعه كيف يعقل أن يتعلّق به الرضا الفعليّ.

[١] أي انتهى كلام الشهيد، وملخّص كلامه: أنّه أيضاً يقول باعتبار الجزم في العقد تبعاً للعلّامة.

[٢] أي مقتضى ما ذكره الشهيد وهو كون التعليق منافياً للجزم المعتبر في العقود أنّ التعليق الباطل هو التعليق على أمر مجهول الحصول، وأمّا التعليق على أمر محقّق الحصول في المستقبل فلا مانع منه؛ لأنّ التعليق المذكور لا ينافي الجزم المعتبر في العقود، فإنّ الجزم بالانتقال في هذا القسم من التعليق حاصل.

[٣] وأمّا التعليق على أمر معلوم الحصول في المستقبل فلا يعتبر عدمه في العقد؛ لما عرفت من أنّ الجزم بالانتقال لا ينافي هذا التعليق.

[٤] أي بأنّ المعتبر في العقود هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول.

[٥] أي ذكر المحقّق الثاني في جامع المقاصد، والشهيد الثاني في المسالك في مسألة: «إن كان لي فقد بعته».

[٦] فإنّ البيع في هذه المسأله معلّق على ما يكون مقتضى البيع؛ لأنّ قوام البيع وتحقّقه متوقّف على أن يكون المبيع ملكاً لبائعه، وهذا ممّا لا بدّ منه في البيع، فلا يكون منافياً للجزم المعتبر فيه.

أنّ [١] التعليق إنّما ينافي الإنشاء في العقود والإيقاعات، حيث يكون المعلّق عليه مجهول الحصول، لكنّ [٢] الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدّم [٣] أنّ [٤] الجزم ينافي التعليق؛

---

[١] أي ذكر المحقّق والشهيد الثانيان أنّ التعليق إنّما ينافي الإنشاء فيما إذا كان المعلّق عليه أمراً مجهول الحصول، والوجه في وجود التنافي بين الإنشاء والتعليق هو: أنّ ترتّب الأثر ـ وهو الانتقال على الإنشاء ـ متوقّف على حصول الرضا الفعليّ به، ولا يحصل الرضا فعلاً بما هو معلّق على شيء غير معلوم حصوله.

وإن شئت فقل: إنّ الإنشاء الحقيقيّ لا يحصل إلّا بالرضا، وهو لا يحصل مع تعليق العقد، ولأجله يصحّ أن يقال بوجود المنافاة بين الإنشاء وبين التعليق، وأنت إذا تأمّلت في التعليل المذكور في كلامه ـ وهو قوله: حيث يكون المعلّق عليه مجهول الحصول ـ ترى أنّ كلامه نصّ في أنّ ما يعتبر في العقود عدم تعليق العقد على أمر مجهول، وأمّا التعليق على أمر معلوم الحصول، فلا ينافي الإنشاء؛ لما عرفت.

[٢] لمّا بيّن الشيخ كلام الشهيد الثاني بأنّه يقول بصحّة التعليق على شيء يكون محقّق الوجود في المستقبل قال: لكنّ الشهيد الثاني في قواعده يقول ببطلان التعليق إذا لم يكن معلوم الحصول حال الإنشاء، فإنّ مجرّد كونه معلوم الحصول في المستقبل لا يفيد في تصحيحه.

[٣] وهو كلامه الذي نقله عنه الشيخ بقوله: ولا رضا إلّا مع الجزم، والجزم ينافي التعليق.

[٤] أي ذكر الشهيد أنّ الجزم ينافي التعليق مطلقاً ولو كان التعليق بأمر معلوم الحصول في المستقبل.

لأنّه بعرضة [١] عدم الحصول، ولو [٢] قدّر العلم بحصوله كالتعليق [٣] على الوصف؛ لأنّ [٤] الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه فاعتبر [٥] المعنى العامّ دون [٦] خصوصيّات الأفراد.

---

[١] أي بضمّ الفاء على وزن الفعلة، أي التعليق في معرض عدم حصول المعلّق عليه، يعني أنّ التعليق أُشرب في معناه أنّه في مظانّ عدم حصول المعلّق عليه.

[٢] كلمة «لو» وصليّة، أي التعليق دائماً في مظانّ عدم الحصول ومعرضه، وإن فرض العلم بحصول المعلّق عليه في المستقبل، كقوله: «بعتك داري بألف دينار إن مات زيد»، فإنّ موت زيد في المستقبل من الأُمور المتحقّقة والواقعيّة، لكن مع ذلك لا يصحّ التعليق عليه.

[٣] أي يكون التعليق على الشرط المعلوم الحصول في المستقبل، كالتعليق على الوصف، وقد تقرّر عند الفقهاء أنّ التعليق على صفة مفسد للعقد، وإن كانت أمراً معلوم الحصول في المستقبل، إلّا أن تكون صفة هي من مقتضيات العقد.

[٤] أي إنّما كان الجزم منافياً للتعليق وإن كان بأمر معلوم الحصول في المستقبل؛ لأنّ الملاك في بطلان التعليق إنّما هو جنس الشرط، والدليل القائم على اعتبار عدم التعليق في العقد إنّما يدلّ على اعتباره بجنس الشرط، فإنّ الذي ينافي الجزم هو التعليق على جنسه، ولا منافاة بين أن يكون جنس الشرط مجهول الحصول وأنواعه أو أشخاصه معلومة الحصول في الحال، أو في المستقبل.

[٥] أي اعتبر الشارع المانع عن صحّة العقد التعليق على جنس الشرط الذي هو معنى عامّ سارٍ في جميع الأفراد.

[٦] أي لم يجعل الشارع التعليق على الشرط بلحاظ خصوصيّاته الشخصيّة

ثمّ قال [١]: فإن قلت: فعلى هذا [٢] يبطل قوله [٣] في صورة [٤] إنكار التوكيل إن كان لي فقد بعته منك بكذا.

الموجبة للعلم بحصوله في المستقبل.

وإن شئت فقل: إنّ الملاك في بطلان التعليق ليس التعليق بشخص الشرط كي يقال: إنّ هذا الشرط معلوم الحصول في المستقبل، بل يكون الملاك بجنس الشرط، وهو في حدّ نفسه مردّد الوقوع، فيكون التعليق عليه منافياً بالجزم المعتبر في العقد، فيكون المقام نظير الحرج النوعيّ، وقد يكون الملاك في بعض الموارد الحرج النوعيّ، فيكون الحكم مرفوعاً وإن لم يكن حرج في شخص الحكم بالنسبة إلى شخص خاصّ، وفي المقام أيضاً القائل بأنّ التعليق بالشرط مبطل للعقد وإن كان معلوم الحصول، مقصوده أنّ التعليق بجنس الشرط الذي هو أمر مبهم في حدّ نفسه دون شخص الشرط الذي هو معلوم الحصول، فإنّ كونه معلوم الحصول لا يكون منافياً لما ذكره من أنّ التعليق بالشرط ينافي الجزم المعتبر في العقد.

[١] أي بعد ما ذكر الشهيد أنّ الاعتبار في بطلان التعليق بجنس الشرط تصدّى لذكر إشكال على نفسه بقوله: فإن قلت، والجواب عنه.

[٢] أي على هذا الذي ذكرت من أنّ التعليق يبطل العقد ولو كان بأمر معلوم الحصول في المستقبل؛ لأنّ المعيار بجنس الشرط.

[٣] أي يبطل قول البائع فيما إذا أنكر توكيل شخص لبيع ماله، كما لو قيل لزيد: «هذا المال مالك» وأنت وكّلت خالداً في بيعه، وهو أنكر أن يكون المال ماله وخالد وكيله.

[٤] وقوله: في صورة إنكار التوكيل» لا ربط له بالإشكال والجواب، وإنّما هو كالجملة المعترضة.

قلت [١]: هذا تعليق على واقع [٢] لا متوقّع [٣] الحصول، فهو [٤] علّة للوقوع، أو [٥] مصاحب له،

وحاصل الإشكال: أنّه لو كان المدار على جنس الشرط لزم البطلان حتّى في قوله: «في صورة إنكار التوكيل» إن كان لي فقد بعته منك، ممّا كان التعليق على أمر معلوم الوجود في ظرف الإنشاء، والحال أنّه صحيح بالاتّفاق فيستكشف منه أنّ المدار والاعتبار بخصوصيّات الشرط لا بجنسه.

[١] هذا جواب من الشهيد على الإشكال، أي التعليق الموجود في مورد إنكار التوكيل وهو قول البائع: «إن كان لي فقد بعته».

[٢] أي على أمر يعلم البائع والمشتري أنّه واقع في ظرف الإنشاء، وهو كون المبيع مالاً له.

وملخّص الجواب: أنّ التعليق في المثال المذكور صوريّ لا واقعيّ؛ إذ يعتبر في حقيقة التعليق عدم العلم بتحقّق المعلّق عليه حين التعليق، والمفروض هنا أنّ المتعاقدين يعلمان بوقوعه حين الإنشاء، أي يعلمان بأنّ المعلّق عليه متحقّق والمبيع يكون مالاً للعاقد.

[٣] أي لا يكون التعليق على أمر يحتمل وقوعه في المستقبل.

[٤] أي المعلّق عليه، أعني كون المبيع مالاً للبائع علّة داعية لوقوع البيع، وصدوره عن البائع بحيث يكون مآل قوله: «إن كان لي فقد بعته» إلى قوله: «لمّا كان لي فقد بعته».

[٥] أي كون المبيع مالاً للبائع يكون مقارناً لوقوع البيع عنه من باب الاتّفاق، فيكون مرجع قوله: «إن كان لي فقد بعته» إلى أنّ كونه لي من مقارنات هذا البيع.

لا [١] معلّق عليه الوقوع.

وكذا [٢] القول لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج وإنكار التزويج حيث تدّعيه المرأة، إن كانت زوجتي فهي طالق، انتهى كلامه ﷺ، وعلّل

---

[١] أي قوله: «إن كان لي» لا يكون ممّا علّق عليه وقوع البيع حتّى يكون البيع معلّقاً على شيء، فإنّ ما هو المعلّق عليه البيع بظاهره إمّا علّة لوقوع البيع، وإمّا مصاحب له، فعلى أيّ تقدير يكون التعليق صوريّاً لا حقيقيّاً.

والحاصل: أنّ قوله: «إن كان لي فقد بعته» إمّا علّة داعية لوقوع البيع، فيرجع معناه إلى أنّه لمّا كان لي فقد بعته، وإمّا يكون العلّة الداعية له شيئاً آخر، ويكون كون المبيع له من المقارنات للبيع من باب الاتّفاق، فيرجع هذا إلى قوله: «إنّ المبيع لي فقد بعته»، وعلى كلا التقديرين لا يكون هو ممّا علّق عليه البيع كي يكون التعليق فيه منافياً للجزم المعتبر فيه؛ إذ يعتبر في صدق التعليق أن لا يكون المعلّق عليه أمراً معلوماً، وأمّا إذا كان معلوماً حال الإنشاء، كما هو كذلك في المقام، فلا يكون تعليقاً وإنّما يكون صورة تعليق.

[٢] أي كذا يصحّ التعليق في مورد هذا المثال، وهو ما لو ادّعت المرأة عند الحاكم أنّ زيداً وكيل في تزويجي لنفسه، وقد زوّجت نفسي منه، وأنكر زيد وكالته لتزويجها، أو كونها زوجة له بقوله: «إن كانت زوجتي فهي طالق»؛ لأنّ الزوجيّة ليست أمراً متوقّع الحصول في المستقبل كي يكون التعليق عليها منافياً للجزم المعتبر في العقد، بل هي إمّا علّة داعية لصدور الطلاق منه فيكون مرجع قوله: «إن كانت زوجتي فهي طالق» إلى قوله: «لمّا كانت زوجتي فهي طالق»، وإمّا تكون الزوجيّة حاصلة مقارنة للطلاق من باب الاتّفاق، فيرجع الكلام المتقدّم إلى قوله: «وهي زوجتي فهي طالق».

والحاصل: أنّه إذا كان أصل التزويج ثابتاً كان متحقّقاً في عالم الاعتبار،

العلّامة في القواعد صحّة: «إن كان لي فقد بعته» بأنّه [١] أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضرّ جعله [٢] شرطاً، وكذا [٣] كلّ شرط علم وجوده، فإنّه [٤] لا يوجب شكّاً في البيع ولا وقوفه [٥]، انتهى.

وتفصيل الكلام [٦]: أنّ المعلّق عليه إمّا أن يكون معلوم التحقّق، وإمّا أن

فيكون الطلاق معلّقاً على أمر واقع حين الطلاق، ولا يكون معلّقاً على أمر مشكوك الحصول في المستقبل، وأمّا إذا لم يكن التزويج ثابتاً بينهما من الأصل، فيكون الطلاق منتفياً من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

[١] أي وجود المعلّق عليه، وهو كون المبيع مالاً للبائع أمر يعلم البائع والمشتري وجوده في ظرف إنشاء البيع.

[٢] أي لا يضرّ جعل ما هو يعلم بوجوده شرطاً لإيجاد البيع؛ لأنّه ليس التعليق المذكور تعليقاً واقعيّاً كي تحصل المنافاة بين الجزم المعتبر في الإنشاء وبين التعليق.

[٣] أي كذا لا يضرّ جعل كلّ أمر معلوم وجوده في المستقبل شرطاً في إنشاء البيع وإيجاده.

[٤] أي أنّ التعليق على كلّ شرط معلوم الحصول لا يوجب ترديداً في إنشاء البيع كي يقال: إنّ التعليق فيه ينافي الجزم المعتبر فيه.

[٥] هذا في بعض النسخ، أي لا يوجب هذا التعليق توقّف البيع على ذلك المعلّق عليه؛ إذ العلم بحصوله حال البيع يوجب كون التعليق صوريّاً لا حقيقيّاً. وفي بعض النسخ: «ولا وقوعه». قال الشهيديّ في توضيحه: «أنّه لا يوجب ترديداً في إنشاء التمليك والبيع، ولا في ترتّب الأثر عليه».

[٦] بعد ما بيّن شيخنا الأنصاريّ ﷺ جملة من كلمات الفقهاء في شرطيّة

يكون [١] محتمل التحقّق، وعلى الوجهين [٢] فإمّا أن يكون تحقّقه المعلوم، أو المحتمل في الحال أو المستقبل، وعلى التقادير [٣]، فإمّا أن يكون الشرط [٤] ممّا يكون مصحّحاً للعقد، ككون [٥] الشيء ممّا يصحّ تملّكه شرعاً، أو ممّا [٦] يصحّ إخراجه عن الملك، كغير أُمّ الولد وغير

التنجيز وما استدلّوا به عليها تعرّض لبيان صور التعليق، وبيّن أنّ صور التعليق على ثمانية أقسام.

[١] أي إمّا أن يكون المعلّق عليه محتمل التحقّق بأن يحتمل أن يحصل في المستقبل، ويحتمل أن لا يحصل.

[٢] أي سواء كان المعلّق عليه معلوم التحقّق أو كان محتمل التحقّق، فإمّا يكون تحقّقه المعلوم في الحال، أو يكون في المستقبل، وكذا إمّا يكون تحقّقه المحتمل في الحال، أو في المستقبل فيكون المجموع أربعة تقادير.

[٣] أي على جميع التقادير الأربعة المذكورة.

[٤] أي الشرط الذي يعلّق عليه العقد لا يخلو من أحد أمرين: أحدهما: أن يكون الشرط المعلّق عليه العقد من الشروط التي يتوقّف عليها صحّة العقد.

[٥] هذا إشارة إلى المورد الأوّل من الموارد التي يكون الشرط فيها مصحّحاً للعقد، وهو ما إذا كان المبيع ممّا يقبل التملّك، كالشاة والدار والثياب، ولا يكون ممّا لا يقبل التملّك، كالخمر والخنزير، فلو قال: «بعتك هذا الحيوان» على أن لا يكون خنزيراً، فإنّ الشرط المذكور ممّا يتوقّف عليه صحّة العقد.

[٦] أي ككون المبيع ممّا يصحّ إخراجه عن ملك البائع. وهذا إشارة إلى المورد الثاني من الموارد التي يكون الشرط المعلّق عليه العقد فيها من الشروط التي تتوقّف عليه صحّة العقد، بأن لا يكون المبيع أُمّ الولد أو من الموقوفات.

الموقوف ونحوه [١]، وكون [٢] المشتري ممّن يصحّ تملّكه شرعاً، كأن لا يكون عبداً، وممّن [٣] يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً، وإمّا أن لا يكون [٤] كذلك. ثمّ التعليق إمّا مصرّح [٥] به، وإمّا لازم [٦] من الكلام، كقوله: «ملّكتك هذا بهذا يوم الجمعة» [٧]

فإذا قال: بعتك هذا على أن لا يكون أُمّ الولد أو من الموقوفات، فيكون البيع معلّقاً على الشرط الذي يتوقّف عليه صحّة العقد.

[١] أي كغير التحبيس في مدّة معلومة، فإنّ المحبوس في ظرف حبسه لا يجوز بيعه، وكغير العين المرهونة بناءً على عدم جواز بيع العين المرهونة.

[٢] أي ككون المشتري ممّن له قابليّة التملّك بأن لا يكون عبداً أو كافراً حربيّاً. وهذا إشارة إلى المورد الثالث من الموارد التي يتوقّف عليها صحّة العقد.

[٣] أو كون المشتري أو البائع ممّن يصحّ العقد معه، فهذه الشرائط التي يتوقّف عليها صحّة العقد يكون المعلّق عليه فيها ممّا يقتضيه إطلاق العقد لولا الاشتراط.

[٤] أي إمّا أن لا يكون الشرط ممّا يتوقّف عليه صحّة العقد، كالتعليق على الصفة التي لا دخل لها في تحقّق عنوان العقد، كأن يقول: «بعتك هذا الكتاب إن صلّيت صلاة الليل». إذن فيكون إلى هنا أقسام التعليق ثمانية حاصلة من ضرب التقادير الأربعة المذكورة على أمرين، وهما كون الشرط مصحّحاً للعقد، أو غير مصحّح، فيكون المجموع ثمانية أقسام.

[٥] بأن ذكرت أداة الشرط في الكلام، كقوله: «بعتك إن جاء زيد»، فإنّ أداة الشرط «إن» مذكورة في الكلام.

[٦] أي التعليق غير مذكور في الكلام، وإنّما يدلّ عليه الكلام بالدلالة الالتزاميّة.

[٧] حيث إنّ التعليق على يوم الجمعة ليس بأداة الشرط، وإنّما يفهم من الكلام

وقوله في القرض والهبة: «خذ هذا بعوضه[١] ـأو خذه بلا عوض[٢] يوم الجمعة»، فإنّ التمليك[٣] معلّق على تحقّق الجمعة في الحال[٤]، أو في الاستقبال[٥]، ولهذا[٦]

بالدلالة الالتزاميّة، وهي تقييد التمليك بيوم الجمعة، فتكون النتيجة الحاصلة من ضرب الثمانية التقادير المتقدّمة بهاتين الصورتين ـ وهما كون التعليق مصرّحاً به أو مستفاداً من لازم الكلام ـ ستّة عشر تقديراً.

[١] هذا مثال للقرض، فإنّ تعليق التمليك بالقرض معلّق على يوم الجمعة بالدلالة الالتزاميّة؛ لأنّ تعليق القرض على يوم الجمعة تعليق على أمر معلوم الحصول في الحال إن كان ظرف الإنشاء يوم الجمعة، أو في الاستقبال إن كان الإنشاء قبل يوم الجمعة.

[٢] هذا مثال لتعليق الهبة بما يستفاد تعليقه عليه بالدلالة الالتزاميّة.

[٣] أي التمليك في هذه الأمثلة الثلاثة ـ وهي مثال البيع والقرض والهبة ـ معلّق على تحقّق الجمعة لبّاً، ويدلّ الكلام عليه بالدلالة الالتزاميّة وإن لم يكن التعليق مصرّحاً به في الإنشاء.

[٤] إن كان ظرف الإنشاء يوم الجمعة على نحو الواجب المشروط.

[٥] إن كان الإنشاء واقعاً قبل يوم الجمعة على نحو الواجب المعلّق.

والحاصل: أنّ التعليق في التمليك موجود في هذه الأمثلة الثلاثة في نفس الأمر والواقع وإن لم يصرّح به في العقد بأداة الشرط، فإنّ صيغة العقد وإن كانت خالية عن التعليق ظاهراً، إلّا أنّه يستفاد ذلك منها في نفس الأمر بالدلالة الالتزاميّة.

[٦] أي ولأجل ما ذكرنا من أنّ الصيغة قد تدلّ على التعليق بالدلالة الالتزاميّة

احتمل العلّامة في النهاية وولده [١] في الايضاح بطلان [٢] بيع الوارث لمال مورّثه بظنّ موته معلّلاً [٣] بأنّ العقد وإن كان منجّزاً [٤] في الصورة، إلّا أنّه [٥] معلّق، والتقدير إن مات مورّثي فقد بعتك، فما كان [٦] منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر أنّه [٧]

وإن كان ظاهر الكلام مجرّداً عن التعليق.

[١] أي احتمل ولد العلّامة في الايضاح.

[٢] مفعول لقوله: «احتمل»، أي احتمل العلّامة وولده بطلان بيع الوارث، وهو فيما إذا ظنّ زيد الوارث موت أبيه وباع داره بعنوان أنّه ورثها من أبيه احتمل العلّامة وولده بطلان هذا البيع، بدعوى: أنّ البيع المذكور وإن كان منجّزاً لفظاً لأنّه قال: «بعتك دار أبي التي ورثتها منه»، إلّا أنّه يرجع لبّه بعتك هذه الدار إن مات أبي.

[٣] حال لقوله: «بطلان البيع»، أي علّل بطلان البيع بأنّه معلّق واقعاً.

[٤] حيث أنشأ العقد بقوله: «بعتك دار أبي» من دون تعليقه بشيء.

[٥] أي إلّا أنّ العقد المذكور معلّق واقعاً على موت أبيه ومرجع قوله: «بعتك دار أبي» إلى «بعتك هذه الدار إن مات أبي».

[٦] إلى هنا بيّن أقسام التعليق، ومن هنا شرع في بيان أنّ أي قسم من هذا التعليق قام الإجماع على بطلانه قطعاً، وأيّ قسم منه خارج عن معقد الإجماع، وأي قسم يشكّ في دخوله تحت معقد الإجماع.

أمّا القسم الأوّل منه، وهو ماكان معلوم الحصول، سواء توقّف على صحّة العقد أم لا يتوقّف، فالظاهر....

[٧] أي التعليق على ما هو معلوم الحصول حين العقد ـ سواء توقّف عليه صحّة

غير قادح، وفاقاً [١] لمن عرفت كلامه، كالمحقّق والعلّامة والشهيدين والمحقّق الثاني والصيمريّ، وحكي [٢] أيضاً عن المبسوط والايضاح في مسألة ما لو قال: إن كان لي فقد بعته، بل لم يوجد في ذلك [٣] خلاف صريح [٤]، ولذا [٥] ادّعى في الرياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً، وما كان [٦] معلوم الحصول في المستقبل،

العقد بأن يكون الشرط المذكور من مقتضيات العقد ـ غير قادح في صحّة العقد؛ لأنّ التعليق على ما هو معلوم الحصول لا ينافي الجزم المعتبر في العقد؛ لكون التعليق المذكور صوريّاً، فإنّ شرط الصحّة وهو الجزم بالإنشاء متحقّق بالفعل.

[١] أي حال كون عدم قادحيّة التعليق على معلوم الحصول موافقاً لآراء عدّة من الفقهاء الذين عرفت كلماتهم.

[٢] أي حكي عدم قادحيّة الشرط المعلوم الحصول في حال وقوع العقد.

[٣] أي في عدم التعليق على الشرط المعلوم حصوله حال العقد.

[٤] نعم، يمكن أن يظهر الخلاف، ويستفاد من مطاوي بعض كلمات الفقهاء، إلّا أنّ الخلاف الصريح لم يظهر من كلماتهم.

[٥] أي ولأجل عدم وجود الخلاف الصريح بين الفقهاء في جواز التعليق على الشرط المعلوم الحصول ادّعى السيّد الطباطبائيّ عدم الخلاف الصريح بين الفقهاء في جواز التعليق على الشرط المعلوم الحصول.

[٦] أي ما كان من الشروط المعلّق عليها العقود. إلى هنا تمّ كلامه في القسم الأوّل من أقسام التعليق، وهو ما كان العقد معلّقاً على ما هو المعلوم حصوله حين العقد، ومن هنا شرع في بيان ما إذا كان العقد معلّقاً على معلوم التحقّق في

وهو [١] المعبّر عنه بالصفة، فالظاهر أنّه [٢] داخل في معقد اتّفاقهم على عدم الجواز، وإن [٣] كان تعليلهم للمنع باشتراط [٤] الجزم لا يجري

الاستقبال، كما إذا علّق العقد على طلوع الشمس، أو على مجيء الجمعة.

[١] أي المعلّق عليه الذي هو معلوم الحصول في المستقبل يعبّر عنه بالصفة، فيكون العقد معلّقاً على الصفة، فإنّ في قوله: «بعتك إن طلعت الشمس» يكون البيع معلّقاً على الصفة، ووجه تسميته بالوصف لرجوع هذا الشرط إلى الوصف غالباً؛ إذ معنى بعتك إن طلعت الشمس بعتك وقت طلوع الشمس، فإنّ وقت الطلوع يكون صفة للبيع.

[٢] أي أنّ ما كان من الشروط المعلّق عليها العقد معلوم الحصول في المستقبل يكون داخلاً تحت معقد إجماع الفقهاء على عدم جواز التعليق فيه.

ولا يخفى أنّ معلوم الحصول في المستقبل على قسمين:

أحدهما: من قبيل ما هو دخيل في صحّة العقد، كما إذا كان مشيئة المشتري أو قبوله، أو إجازة المالك.

وثانيهما: ما ليس كذلك، كما لو قال: «بعتك إن طلعت الشمس»، فإنّ عبارة المصنّف تشمل كلا القسمين، فلا يجوز التعليق على أمر استقباليّ، سواء يقتضيه إطلاق العقد أم لا.

[٣] كلمة «إن» وصليّة، أي وإن كان تعليل الفقهاء لعدم جواز التعليق.

[٤] الجار متعلّق بقوله: «تعليلهم». وتوضيحه: أنّ التعليل الذي ذكره الفقهاء لمنع التعليق بأمر استقباليّ لا يجري في المقام؛ لأنّ المعلّق عليه المعبّر عنه بالوصف في المقام معلوم الحصول، فلا يكون منافياً للجزم المعتبر في العقد.

فيه [١]، كما اعترف به [٢] الشهيد فيما تقدّم عنه [٣].

ونحوه [٤] الشهيد الثاني فيما حكي عنه، بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه [٥] ممّا لا خلاف فيه، بل [٦] بين العامّة، فإنّه قال [٧]: إذا قال الواقف: «إذا جاز رأس الشهر فقد وقفته» لم يصحّ الوقف بلا خلاف؛ لأنّه [٨] مثل البيع والهبة، وعندنا [٩] مثل العتق أيضاً،

---

[١] أي فيما إذا كان الشرط المعلّق عليه معلوم الحصول؛ إذ الشرط إذا كان معلوم الحصول لا يكون التعليق عليه منافياً للجزم المعتبر في العقد.

[٢] أي بعدم جواز التعليق على الشرط المعلوم حصوله في المستقبل.

[٣] حيث قال: إنّ الجزم ينافي التعليق؛ لأنّه بعرضة عدم الحصول ولو قدّر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لأنّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه.

[٤] أي مثل الشهيد الأوّل في القول بعدم جواز التعليق الشهيد الثاني فإنّه أيضاً ذهب إلى عدم جواز التعليق في الشرط المعلوم حصوله في المستقبل.

[٥] فاعل لقوله: «يظهر»، أي بل يظهر كون عدم جواز التعليق ـ فيما إذا كان العقد معلّقاً على أمر معلوم الحصول في الاستقبال ـ ممّا لا خلاف فيه بين فقهاء الشيعة.

[٦] أي بل لا خلاف في عدم جواز التعليق بين فقهاء العامّة أيضاً.

[٧] أي قال الشيخ الطوسيّ.

[٨] أي لأنّ الوقف مثل البيع والهبة، فكما لا يجوز التعليق في البيع والهبة، كذلك لا يجوز التعليق في الوقف، والمسألة بهذا المقدار مورد وفاق بين العامّة والخاصّة.

[٩] أي الوقف عند الشيعة بخصوصهم مثل العتق في عدم جواز التعليق فيه،

انتهى [١]، فإنّ ذيله [٢] يدلّ على أنّ مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختصّ بالإماميّة. نعم، مماثلته [٣] للعتق مختصّة بهم، وما [٤] كان منها مشكوك الحصول، وليست [٥] صحّة العقد معلّقة عليه في الواقع، كقدوم الحاجّ،

أي العتق أيضاً لا يجوز التعليق فيه على أمر معلوم الحصول في الاستقبال عندنا.

[١] أي انتهى كلام الشيخ في المبسوط.

[٢] أي ذيل كلام الشيخ في المبسوط ـ وهو قوله: «لأنّه مثل البيع والهبة، وعندنا مثل العتق أيضاً» ـ يدلّ على أنّ كون التعليق في الوقف كالتعليق في البيع والهبة مبطلاً له ليس مختصّاً بمذهب الإماميّة، بل العامّة يقولون أيضاً ببطلان التعليق في العقود الثلاثة.

[٣] أي مماثلة الوقف للعتق في كون التعليق مبطلاً للعتق أيضاً، كما أنّه مبطل للوقف، إنّما هي مختصّة بالإماميّة، فإنّ كون التعليق مبطلاً للعتق يقول به خصوص الشيعة، وأمّا العامّة فإنّهم يلتزمون بصحّة التعليق فيه.

[٤] إلى هنا بيّن حكم العقد المعلّق على ما هو معلوم الحصول الذي هو القسم الثاني من تقادير التعليق.

ومن هنا شرع في بيان حكم ما كان المعلّق عليه مشكوك الحصول في الحال أو الاستقبال، وهو القسم الثالث من أقسام التعليق، كما إذا قال: «بعتك إن قدم الحاجّ» وشكّ في قدومهم حال العقد وفي المستقبل.

[٥] أي لم تكن صحّة العقد معلّقة على الشرط الذي هو مشكوك الحصول في الواقع؛ بأن لا يكون الشرط ممّا يقتضيه إطلاق العقد، كمشيئة المشتري وقبوله، وقابليّة المبيع للملك، بل كان كقدوم الحاجّ، فإنّ قدومه ليس من الأُمور التي تتوقّف عليها صحّة العقد.

فهو [١] المتيقّن من معقد اتّفاقهم، وما [٢] كان صحّة العقد معلّقة عليه، كالأمثلة المتقدّمة [٣]، فظاهر إطلاق كلامهم [٤] يشمله إلاّ أنّ الشيخ [٥] في المبسوط حكى في مسألة إن كان لي فقد بعته قولاً [٦] من بعض الناس

---

[١] أي هذا القسم من التعليق ـ وهو الذي يكون مشكوك الحصول ـ هو القدر المتيقّن من معقد الإجماع القائم على عدم جواز التعليق، وكونه مبطلاً للعقد.

[٢] أي ما كان من الشروط التي يتوقّف عليها صحّة العقد. هذا إشارة إلى حكم قسم رابع من أقسام التعاليق الأربعة التي ذكرها المصنّف.

[٣] وهي مشيئة المشتري وقابليّة المبيع لأن يكون ملكاً للبائع أو المشتري، وكون المبيع ممّا يصحّ إخراجه عن الملك وغيرها.

[٤] حيث أطلقوا بطلان التعليق، وقالوا: إنّ التعليق في العقود ينافي الجزم المعتبر فيه، فظاهر إطلاق هذا الكلام منهم يشمل هذا القسم من التعليق أيضاً، وهو التعليق على الشرط المشكوك الحصول الذي تتوقّف عليه صحّة العقد.

[٥] غرضه ﷺ من ذكر كلام الشيخ الطوسيّ النقاش في إطلاق كلامهم، وملخّصه: أنّه مع وجود القول بالصحّة الإجماع لم ينعقد في المسألة كي يتمسّك بالإطلاق الذي هو معقد الإجماع، فإنّ إطلاق معقد الإجماع حجّة لا مجرّد إطلاق كلامهم وإن لم يصل إلى حدّ الإجماع.

[٦] مفعول لقوله: «حكى»، وقوله: «بالصحّة» متعلّق بقوله: «قولاً»، أي حكى الشيخ الطوسيّ قولاً بصحّة التعليق على الشرط الذي تتوقّف صحّة العقد عليه، ومع وجود هذا القول لا يكون مجرّد إطلاق كلامهم حجّة؛ لأنّه لم يصل إلى حدّ الإجماع.

بالصحّة ، وأنّ [١] الشرط لا يضرّه مستدلاً [٢] بأنّه [٣] لم يشترط إلّا ما يقتضيه إطلاق العقد؛ لأنّه إنّما يصحّ البيع [٤] لهذه الجارية من الموكّل إذا [٥] كان أذن له في الشراء ، فإذا اقتضاه [٦] الإطلاق لم يضرّ إظهاره [٧] وشرطه ،

---

[١] أي أنّ التعليق بالشرط الذي تتوقّف عليه صحّة العقد لا يضرّ العقد ، ولا يكون مبطلاً له .

[٢] حال لقوله : « من بعض الناس » ، أي بعض الناس حال كونهم مستدلّين لعدم كون التعليق بالشرط المذكور منافياً لصحّة العقد .

[٣] أي بأنّ البائع في قوله : « إن كان لي فقد بعته » لم يعلّق بيعه إلّا على الشرط الذي يكون مقتضى إطلاق العقد ، والمقصود بالإطلاق ذكر العقد مجرّداً عن الاشتراط المذكور ، فلو لم يذكر الاشتراط وأطلق العقد بأن قال : « بعتك » يرجع معناه لبّاً إلى قوله : « بعتك إن كان هذا المبيع مالي » ، فيكون الشرط المذكور من مقتضيات العقد ، أي يقتضيه العقد بطبعه الأوّليّ من دون حاجة إلى التصريح به .

[٤] أي إنّما يصحّ بيع الوكيل مال الموكّل كجاريته .

[٥] أي إذا كان الموكّل أذن للوكيل في بيع ماله ، فإنّ الشراء هنا بمعنى البيع .

[٦] أي إذا اقتضى إطلاق العقد اشتراط إذن الموكّل في صحّة البيع .

[٧] أي لم يضرّ إظهار إذن الموكّل في ضمن إنشاء البيع ، وتعليق البيع عليه بأن يقول : « بعتك داري إن أذن لي موكّلي » ، فإنّ اعتبار إذن الموكّل من مقتضيات إطلاق العقد بمعنى أنّ العقد بطبعه يدلّ عليه ، فصحّة العقد معلّقة عليه واقعاً ، سواء أظهره بأداة الشرط أم لا ، فإنّ إظهار هذا القسم من الشرط وتعليق العقد عليه لا يضرّه ولا يبطله .

كما [١] لو شرط في البيع تسليم الثمن [٢] أو تسليم المثمن [٣] أو ما أشبه ذلك [٤]، انتهى.

وهـذا الكـلام [٥] وإن حكـاه [٦] عـن بـعض النـاس، إلّا أنّ الظـاهر ارتضاؤه [٧] له، وحاصله [٨]:

---

[١] أي يكون التعليق على الشرط وهو إذن الموكلّ في المقام نظير ما لو شـرط البائع في البيع تسليم الثمن.

[٢] بأن يقول البائع: «بعتك داري بشرط أن تسلّمني الثمن بـعد العـقد»، فـإنّ الشرط المذكور حيث يكون مقتضى العقد، وهو يـدلّ عـليه بـطبعه وذاتـه فلا يضرّ إظهاره في ضمن إنشاء العقد وتعليق العقد عليه.

[٣] بأن يقول المشتري: «اشتريت الدار منك بشرط أن تسلّمني المثمن» وهي الدار بعد العقد.

والحاصل: أنّ تسليم الثمن والمثمن من مقتضيات العقد فلا يضرّ تعليق العقد عليه.

[٤] من الشروط التي تكون من مقتضيات العقد كاشتراط وجود المسلّم فيه رأس الأجل في باب السلم.

[٥] وهو القول بصحّة التعليق على الشروط التي يتوقّف عليها صحّة العقد.

[٦] أي وإن حكى شيخ الطائفة عن بعض النـاس، وكـلمة «النـاس» كـناية عـن العامّة.

[٧] أي الظاهر من الشيخ الطوسيّ ارتضاؤه لما حكاه عن بعض العامّة، لعلّ نظر الشيخ الأنصاريّ في وجه ظهور كلام الشيخ الطوسيّ في ارتضائه لما ذهب إليه بعض العامّة، هو عدم التعرّض لردّه.

[٨] أي حاصل ما حكاه الشيخ الطوسيّ عن بعض العامّة ورضى به.

أنّه كما لا يضرّ [١] اشتراط بعض لوازم العقد المترتّبة [٢] عليه، كذلك لا يضرّ تعليق العقد بما هو معلّق عليه في الواقع [٣]، فتعليقه [٤] ببعض مقدّماته، كالالزام ببعض غاياته [٥]، فكما لا يضرّ الالزام بما يقتضي العقد إلزامه [٦]، كذلك [٧] التعليق بما كان الإطلاق معلّقاً عليه ومقيّداً به.

---

[١] أي كما لا يضرّ تعليق العقد على الشرط الذي يكون من مقتضيات العقد ومن لوازمه كتسليم الثمن أو المثمن، كما لو اشترط انتقال الثمن إلى البائع والمثمن إلى المشتري بأن يقول: «بعتك داري بشرط أن ينتقل الثمن إلى ملكي كذلك لا يضرّ...».

[٢] أي اللوازم التي هي مترتّبة على العقد، فإنّ انتقال الثمن إلى البائع والمثمن إلى المشتري إنّما هي من لوازم العقد.

[٣] كملكيّة المبيع للبائع، بأن يقول البائع: «إن كان لي فقد بعته».

[٤] أي تعليق العقد ببعض مقدّماته، كما إذا علّق العقد بكونه ملكاً للبائع أو قابلاً للملكيّة بأن لا يكون المبيع خمراً أو خنزيراً.

[٥] والمراد بغايات العقد آثاره وأحكامه المترتّبة على صحّته، كوجوب تسليم الثمن والمثمن، أي تعليق العقد ببعض مقدّماته التي يتوقّف عليها صحّة العقد يكون نظير إلزام الشخص ببعض الغايات المترتّبة على العقد، فكما يجوز إلزام الشخص بأن يدفع الثمن الذي هو من الغايات المترتّبة على العقد كذلك يجوز تعليق العقد ببعض مقدّماته.

[٦] أي إلزام البائع للمشتري بدفع الثمن حالاً بقوله: «بعتك الدار على أن تدفع حالاً»، فإنّ دفع الثمن حالاً يكون من مقتضيات العقد.

[٧] أي كذلك لا يضرّ التعليق بما كان العقد معلّقاً عليه واقعاً وإن لم يكن المعلّق عليه مذكوراً في اللفظ.

وهذا الوجه [١] وإن [٢] لم ينهض لدفع

---

[١] أي هذا الوجه الذي نقله الشيخ في المبسوط عن بعض العامّة وارتضاه.

وملخّصه: قال شيخنا الأنصاريّ: إنّ شيخ الطائفة حكى عن بعض العامّة صحّة التعليق على الشروط التي يتوقّف عليها صحّة العقد، وارتضاه، كقوله: «إن كان لي فقد بعته»، ثمّ أورد على ما حكاه الشيخ عن بعض العامّة بأنّ ما ذكره هذا البعض ـ من أنّ التعليق المذكور لا ينافي الجزم المعتبر في إنشاء العقد لأنّ العقد بطبعه يدلّ على الاشتراط المذكور وليس هو شيئاً زائداً على مفهوم العقد، فيكون العقد معلّقاً على هذا الشرط في الواقع، سواء أظهره في الإنشاء أم لا ـ في غير محلّه؛ لأنّ العقد لم يعلّق في قوله: إن كان لي فقد بعته على ما هو شرط له في الواقع، فإنّ الإنشاء في كلام المتكلّم غير معلّق في الواقع على شيء، وهو لا يتوقّف على أزيد من اعتبار النقل الملكيّ وإيجاده بموجد معهود أو إبرازه به، وهو لا يتوقّف على أن يكون المبيع ملكاً للبائع، والذي هو معلّق في الواقع على ملكيّة المبيع للبائع ونحوها هو الأثر الشرعيّ المترتّب على الإنشاء، وهو ليس معلّقاً على شيء في كلام البائع؛ لأنّه ليس أمره بيده، فإنّ الأثر الشرعيّ الذي هو يرجع إلى النقل والانتقال أمره بيد الشارع وليس قابلاً للتعليق من قِبل البائع؛ لأنّه لا ربط له بمدلول كلام المتكلّم؛ لعدم كون أمره بيده كي يكون متوقّفاً على كلامه وتعليقه.

وآخر الكلام: أنّ ما صدر من البائع من الإنشاء القائم به لا يتوقّف على ملكيّة المبيع للبائع، وما يتوقّف عليها وهو الأثر الشرعيّ المعبّر عنه بالنقل والانتقال ليس قابلاً للتعليق من البائع، بل هو حكم شرعيّ أمره بيد الشارع وضعاً ورفعاً.

[٢] كلمة «إن» وصليّة، أي الوجه الذي حكاه الشيخ الطوسيّ في المبسوط

محذور[١] التعليق؛ لأنّ[٢] المعلّق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتّب الأثر الشرعيّ[٣] على العقد دون إنشاء[٤] مدلول الكلام الذي هو وظيفة المتكلّم، فالمعلّق في كلام المتكلّم[٥] غير معلّق في الواقع على شيء،

وارتضاه، وإن لم يكن صالحاً لدفع الإشكال الوارد على تعليق العقد.

[١] لأنّ المحذور في التعليق عبارة عن كون التعليق منافياً للجزم المعتبر في العقد، وهذا المحذور موجود حتّى فيما إذا كان العقد معلّقاً على الشرط الذي يكون هو مقتضى العقد.

[٢] تعليل لقوله: «وإن لم ينهض...»، أي إنّما قلنا: بأنّ الوجه الذي حكاه الشيخ الطوسيّ عن بعض العامّة لا يصلح لدفع الإشكال الوارد على التعليق؛ لأنّ المعلّق على ذلك الشرط وهو قوله: «إن كان لي» ترتّب الأثر الشرعيّ، وهو النقل والانتقال، فإنّ حكم الشارع على حصول الملكيّة للبائع معلّق على كون المبيع ملكاً للبائع، وليس هذا الأثر الشرعيّ فعل البائع ولم ينشئه البائع كي يكون معلّقاً بشيء في كلامه، بل هو أخذه في موضوع حكمه بالنقل والانتقال.

[٣] وهو النقل والانتقال بحيث لو لم يتحقّق الشرط المذكور ـ وهو كون المبيع ملكاً للبائع ـ لا يتحقّق النقل والانتقال الذي هو أثر شرعيّ للعقد.

[٤] قال الشهيديّ: إنّ إضافة الإنشاء إلى مدلول الكلام بيانيّة، وقوله: «الذي» صفة للإنشاء، أي ليس المعلّق على ذلك الشرط إنشاء مدلول الكلام الإنشائيّ الذي هو وظيفة المتكلّم في مقام الإنشاء.

[٥] وهو إنشاء البيع غير معلّق في الواقع على أن يكون المبيع ملكاً لمالكه مثلاً، وذلك لصحّة إنشاء البيع الفضوليّ وعدم شرطيّة ملكيّة المبيع في صحّة إنشاء البيع.

والمعلّق على شيء [١] ليس معلّقاً في كلام المتكلّم على شيء [٢]، بل ولا منجّزاً [٣]، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام [٤]، إلّا [٥] أنّ ظهور

---

[١] كالمعلّق على كون المبيع ملكاً للبائع، أعني به ترتّب الأثر الشرعيّ على العقد وإيجاد الملكيّة الصحيحة الشرعيّة.

[٢] إذ المفروض أنّ المعلّق هو المعنى الإنشائيّ. **والحاصل**: أنّ الملكيّة الشرعيّة ليست معلّقاً في كلام المتكلّم على شيء لعدم كون الأثر الشرعيّ معلّقاً على شيء، وإنّما هو حكم ترتّب على موضوعه بحكم الشارع.

[٣] وذلك لعدم كون الأثر الشرعيّ وهو حصول النقل والانتقال والملكيّة الشرعيّة ممّا أنشأه البائع حتّى يتمكّن من إنشائه منجّزاً أو معلّقاً، فإنّ التعليق والتنجيز وصفان للإنشاء الذي هو فعل البائع، وهما بيد البائع.

وأمّا الملكيّة الشرعيّة التي هي حكم الشارع فلا تقبل التعليق ولا التنجيز، بل أمرها دائر بين الوجود والعدم، فإنّه يحكم بوجودها عند تحقّق موضوعها، وإلّا فلا وجود لها.

[٤] إذ مدلول الكلام عبارة عن المعنى الإنشائيّ وهو غير معلّق على كون المبيع ملكاً لبائعه؛ فعاد المحذور المتقدّم، وهو كون التعليق مبطلاً وإن كان على أمر معلوم الحصول.

فتلخّص أنّ ما حكاه الشيخ الطوسيّ عن بعض العامّة وارتضاه لا يصلح لتصحيح هذا القسم من التعليق، والوجه الذي اعتمد عليه بعض الناس لإثبات عدم منافاة التعليق للجزم بالإنشاء غير سديد.

[٥] استثناء من قوله: «وإن لم ينهض»، وملخّصه: أنّ الوجه الذي حكى الشيخ الطوسيّ عن بعض العامّة وإن لم يدفع محذور التعليق في إنشاء العقد وهو

ارتضاء الشيخ له كافٍ في عدم الظنّ بتحقّق الإجماع عليه [١]، مع [٢] أنّ ظاهر هذا التوجيه [٣] لعدم قدح التعليق

منافاة التعليق للجزم المعتبر في العقد إلّا أنّ ارتضاء الشيخ الطوسيّ لما حكاه عن بعض العامّة يكفي للمناقشة في تحقّق الإجماع على كون التعليق مبطلاً للعقد ؛ إذ مع مخالفة مثل الشيخ الطوسيّ في كون التعليق مبطلاً له كيف يمكن الجزم بتحقّق الإجماع على كون التعليق مبطلاً أو على اشتراط التنجيز. وبالنتيجة أنّ ما حكاه الشيخ الطوسيّ عن بعض العامّة وإن لم يكن دليلاً على صحّة التعليق ، ولكن يمنع من تحقّق الإجماع على مبطليّته للعقد.

[١] أي على اعتبار التنجيز فيما إذا كان المعلّق عليه ممّا يتوقّف عليه صحّة العقد مع كونه مجهول الحصول.

[٢] قال الشهيديّ : الظاهر أنّ هذا ليس شيئاً مستقلّاً ، بل هو من متمّمات سابقه ، يعني أنّ ظهور ارتضاء الشيخ له ـ بضمّ اقتضاء ما ذكره وارتضاه من التوجيه لعدم قدح التعليق عموم محلّ الكلام لما هو محلّ البحث فعلاً من كون المعلّق عليه مشكوك الحصول ، وعدم اختصاصه بصورة العلم بحصول الشرط المعلّق عليه ـ كافٍ في عدم الظنّ بتحقّق الإجماع على قدح التعليق على أمر مشكوك الحصول الذي هو المبحوث عنه فعلاً.

[٣] أي ظاهر التوجيه الذي حكاه الشيخ الطوسيّ لعدم قادحيّة التعليق في صحّة العقد ، وهو أنّ التعليق إنّما يكون على أمر هو مقتضى العقد ، فالسبب لعدم قادحيّة التعليق هو أنّ العقد يكون معلّقاً بما يقتضيه العقد ، ككون المبيع ملكاً للبائع ، فهذا التعليل عامّ يدلّ بعمومه على جواز التعليق بما يقتضيه العقد ، سواء كان المعلّق عليه معلوم الحصول أو مشكوك الحصول ، فبناءً على هذا يكون الشيخ الطوسيّ مخالفاً للإجماع المدّعى على قادحيّة

يدلّ [١] على أنّ محلّ الكلام فيما لم يعلم [٢] وجود المعلّق عليه وعدمه، فلا وجه لتوهّم اختصاصه [٣] بصورة العلم [٤].

ويؤيّد ذلك [٥]

التعليق، سواء كان معلّقاً على معلوم الحصول أو مشكوك الحصول.

[١] خبر لقوله: «مع أنّ ظاهر...»، أي ظاهر توجيه بعض الناس منافاة التعليق للتنجيز يدلّ على أنّ محلّ النزاع في صحّة التعليق يعمّ ما كان وجود المعلّق عليه معلوم الحصول أو مشكوك الحصول.

[٢] قال الشهيديّ: الصواب بقرينة قوله: «فلا وجه لتوهّم اختصاصه بصورة العلم» تبديل هذا بقوله: «أنّ محلّ الكلام يعمّ ما لم يعلم وجود المعلّق عليه وعدمه».

[٣] أي لتوهّم اختصاص محلّ الكلام بما إذا علم البائع بوجود المعلّق حال العقد أو في المستقبل؛ لأنّه ذكر علّة عدم قادحيّة التعليل كون العقد معلّقاً على ما هو مقتضى العقد، فعلّة صحّة العقد المعلّق كون المعلّق عليه من مقتضيات العقد، فهذا التعليل عامّ يدلّ على أنّ محلّ النزاع بين الفقهاء فيما يعمّ العلم بوجود المعلّق عليه وعدمه؛ لأنّ العلّة المذكورة لعدم قادحيّة التعليق كما أنّها موجودة في صورة علم العاقد بوقوع المعلّق عليه في الحال أو الاستقبال، كذلك هي موجودة في صورة شكّه في وقوعه وعدمه.

[٤] أي بصورة علم العاقد بحصول المعلّق عليه؛ إذ هذا القائل استدلّ على مطلوبه وهو عدم قادحيّة التعليق بكون المعلّق عليه من مقتضيات العقد، لا بكونه معلوماً للعاقد، ومن المعلوم أنّ كون المعلّق عليه من مقتضيات العقد أعمّ من أن يكون معلوماً أو غير معلوم.

[٥] أي كون محلّ النزاع أعمّ من صورة العلم بوجود المعلّق عليه وعدمه،

أنّ الشهيد في قواعده جعل الأصحّ [١] صحّة تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع: «بعتك إن قبلت». ويظهر منه [٢] ذلك أيضاً في أواخر القواعد.

وأنّه لا اختصاص له بوجود علم البائع بذلك.

[١] وفي كلمة «أصحّ» إشارة إلى وجود الخلاف في صحّة تعليق البيع على ما هو شرط في صحّته، كتعليق البيع على القبول الذي هو شرط في صحّته، فهذا الذي ذكره الشهيد شاهد على أنّ الإجماع لم ينعقد على بطلان التعليق فيما إذا لم يعلم بحصول المعلّق عليه، وإنّما ذكر الشيخ كلام الشهيد بعنوان التأييد لا بعنوان الدليل؛ لأنّه يمكن أن يقال في وجه كلام الشهيد: أنّه ذكر صحّة التعليق وأتى له بالمثال من غير تقييده بصورة علم البائع بوجود المعلّق عليه، بل أطلقه، فهذا الإطلاق دليل على أنّ محلّ النزاع في جواز التعليق وعدمه هو الأعمّ، إلّا أنّه يمكن أن يناقش في هذا الوجه بأنّ المورد الذي ذكره الشهيد إنّما هو مثال لبيان التعليق على ما هو شرط للصحّة، وليس في مقام البيان من سائر الجهات كي يمكن أن يتمسّك بإطلاقه.

[٢] أي يظهر من الشهيد صحّة تعليق العقد على ما هو شرط فيه، سواء كان معلوم الحصول أو مشكوكه. فتحصّل من المجموع: أنّه كما يحصل الظنّ بعدم قيام الإجماع على بطلان التعليق في صورة العلم بحصول الشرط، فكذلك يحصل الظنّ بعدم الإجماع في صورة الشكّ في حصوله، ولا موجب لاختصاص نظر الشيخ بجواز التعليق في فرض العلم بالحصول.

فتلخّص ممّا ذكرنا: أنّ الأقسام الثلاثة من الأقسام الثمانية الداخلة في قوله: «فما كان منها معلوم الحصول حين العقد» ممّا قام الإجماع على عدم

ثمّ إنّك قد عرفت أنّ العمدة في المسألة هو الإجماع [١]، وربّما يتوهّم [٢]

بطلان التعليق فيها، والأقسام الثلاثة الداخلة في قوله: «وما كان معلوم الحصول في المستقبل» ممّا قام الإجماع على بطلان التعليق فيها، وهذه ستّة أقسام.

والقسم السابع منها، وهو ما كان الشرط المعلّق عليه مشكوك الحصول في الحال أو في الاستقبال، ولم يكن ممّا يقتضيه العقد، كقدوم الحاجّ فهو المتيقّن من معقد اتّفاقهم على البطلان، والقسم الثامن وهو ما كان التعليق على أمر مشكوك الحصول مطلقاً، فظاهر إجماعاتهم على المنع يشمله أيضاً، إلّا أنّ ثبوت الإجماع في المقام محلّ كلام، كما عرفت.

وزبدة الكلام: أنّ الأقسام الثلاثة الأُولى خارجة عن الإجماع بالبطلان ظاهراً، والثلاثة الثانية داخلة تحت معقد الإجماع القائم على البطلان قطعاً، والقسم السابع داخل تحت الإجماع قطعاً، والقسم الثامن يشكّ في دخوله تحت معقد الإجماع. هذا تمام الكلام في الوجوه المتصوّرة في مسألة التعليق.

[١] من هنا شرع لذكر الأُمور التي استدلّ بها على مبطليّة التعليق.

الأوّل: ما ذكره بقوله: «أنّ العمدة في مسألة اشتراط التنجيز، وبطلان التعليق، هو الإجماع»، وفي التعبير بالعمدة إشارة إلى وجود الضعف في باقي الأُمور.

[٢] هذا إشارة إلى الأمر الثاني من الأُمور التي استدلّ بها على مبطليّة التعليق في العقد واشتراط التنجيز فيه.

وملخّصه: أنّ التعليق في العقود أمر غير معقول؛ إذ هو نظير الايجاد

أنّ الوجه في اعتبار التنجيز[١] هو عدم قابليّة الإنشاء[٢] للتعليق، وبطلانه[٣] واضح؛ لأنّ[٤] المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام[٥] فالتعليق غير متصوّر فيه[٦]،

التكوينيّ، فكما لا يمكن إيجاده معلّقاً، بل أمره دائر بين الوجود والعدم، كذلك الإيجاد الإنشائيّ فإنّه بطبعه لا يلائم التعليق، فإنّ الإنشاء قد أُخذ في مفهومه الجزم والقطع والبتّ والتعليق ينافي ذلك، فإنّهما متنافيان.

[١] أي الوجه في اعتبار التنجيز في العقود.

[٢] أي عدم قابليّة إنشاء العقود للتعليق، وذلك لما عرفت من وجود التنافي بينهما.

[٣] أي بطلان الوجه المذكور، وهو عدم قابليّة الإنشاء للتعليق واضح.

[٤] بيان لوضوح بطلان الوجه المذكور، أي إنّما قلنا بأنّ عدم قابليّة الإنشاء للتعليق أمر واضح البطلان؛ لأنّه إن كان المراد منه تعليق نفس الإنشاء، فقد عرفت أنّ التعليق غير متصوّر فيه؛ لأنّ الإنشاء بأيّ معنى كان قد فرض وجوده في الخارج. إذن فلا يعقل معه تعليقه على شيء، فإنّ الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه، وإن كان المراد منه المنشأ فلا إشكال في معقوليّة تعليقه.

[٥] قال الشهيديّ: لا تخلو العبارة من مسامحة؛ إذ مدلول الكلام منشأ لا إنشاء، والمراد أنّ المتوهّم إن أراد ممّا ذكره ظاهره ـ أعني تعليق نفس الإنشاء ـ فعدم القابليّة مسلّم، إلّا أنّ الكلام ليس فيه، وإن أراد ما هو محلّ الكلام من تعليق المنشأ بأن يكون مراده من الإنشاء المنشأ بقرينة حاليّة، فعدم القابليّة ممنوع؛ لما ذكره المصنّف، فلاحظ.

[٦] أي في مدلول الكلام الذي يرجع إلى الإنشاء.

إلّا أنّ الكلام ليس فيه [١]، وإن [٢] كان الكلام في أنّه كما يصحّ إنشاء الملكيّة المتحقّقة على كلّ تقدير، فهل يصحّ إنشاء الملكيّة المتحقّقة على تقدير دون آخر؟ كقوله: «هذا لك إن جاء زيد [٣] غداً، وخذ المال قرضاً [٤] أو قراضاً [٥] إذا أخذته من فلان، ونحو ذلك [٦].

---

[١] أي ليس الكلام في تعليق الإنشاء، بل الكلام في تعليق المنشأ المستفاد من اللفظ.

[٢] عدل لقوله: إن كان هو مدلول الكلام، أي إن كان الكلام في أنّه كما يصحّ إيجاد الملكيّة في عالم الإنشاء منجّزاً، ومن دون تعليقه على شرط، كقوله: «بعتك الكتاب»، فإنّ المنشأ وهو بيع الكتاب ليس معلّقاً على شيء، فهل يصحّ أن يكون المنشأ معلّقاً على تقدير دون تقدير؟

[٣] فإنّ الملكيّة المنشأة معلّقة على تقدير مجيء زيد غداً، فإنّه إنشاء ملكيّة ما بيده للمخاطب على تقدير مجيء زيد غداً.

[٤] حيث إنّ تحقّق الملكيّة بالقرض معلّق على أخذ المال المقترض ممّن بيده المال، أي خذ المال قرضاً إذا أخذته من فلان.

[٥] أي مضاربة، وهي التي يكون المال من أحد والعمل من الآخر، فإنّه أنشأ المضاربة على تقدير أخذ المال من فلان.

وملخّص جوابه: أنّ قولك: إنّ الإنشاء غير قابل للتعليق صحيح بالنسبة إلى نفس الإنشاء، إلّا أنّه خارج عن مركز بحثنا، وأمّا التعليق في المنشأ الذي هو محلّ البحث فلا ريب في أنّه أمر متصوّر ثبوتاً، فلا شبهة في إمكانه، بل واقع في العرف والشرع.

[٦] كالوصيّة التمليكيّة، والجعالة، وغيرهما من العقود والإيقاعات.

فلا [١] ريب في أنّه [٢] أمر متصوّر واقع [٣] في العرف والشرع كثيراً في الأوامر [٤] والمعاملات من العقود [٥] والإيقاعات.

ويتلو هذا الوجه [٦] في الضعف

---

[١] جزاء الشرط في قوله: «وإن كان الكلام في إنشاء الملكيّة وفي تعليق المنشأ».

[٢] أي التعليق في المنشأ أمر ممكن ثبوتاً.

[٣] أي واقع إثباتاً عرفاً، كقوله: «أكرم زيداً إن أكرمك».

[٤] أي كما في الواجبات التعبّديّة، كتعليق وجوب الحجّ على الاستطاعة، ووجوب الزكاة على بلوغ المال حدّ النصاب.

[٥] أمّا في العقود كقوله: «بعتك إن كان لي»، وأمّا في الإيقاعات كقوله: «اعتقتك إن كنت مملوكي».

والحاصل: أنّ الجعل في الأحكام الشرعيّة والقوانين العرفيّة أكثرها من قبيل القضايا الحقيقيّة، ومن سنخ الأحكام التي هي مشروطة بوجود موضوعها، وقد وقع ذلك في العقود والإيقاعات، كالوصيّة التي هي من العقود، والمنشأ فيها معلّق على موت الموصي، وكالتدبير والنذر والعهد واليمين التي هي من الإيقاعات، كقوله: «أنت حرّ دبر وفاتي».

[٦] وهو ما تقدّم من عدم قابليّة الإنشاء للتعليق، أي كما أنّ هذا الوجه ضعيف كذلك ما قيل... ضعيف.

وهذا إشارة إلى الأمر الثالث من الأُمور التي استدلّ بها على مبطليّة التعليق في العقود. وملخّصه: أنّ الظاهر من الأدلّة الدالّة على سببيّة العقد للنقل والانتقال، كآية وجوب الوفاء بالعقد، وجوب الوفاء بكلّ عقد فعليّ لا تعليق فيه، فتكون العقود التعليقيّة خارجة عن حدود مدلول الآية، والمفروض أنّه

ما قيل [١]: من أنّ ظاهر ما دلّ على سببيّة العقد ترتّب مسبّبه [٢] عليه حال وقوعه [٣]، فتعليق أثره [٤] بشرط من المتعاقدين مخالف [٥] لذلك.

وفيه [٦]:

ليس هنا خطاب آخر يقتضي وجوب الوفاء بالعقود التعليقيّة، فتكون باطلة.

[١] والقائل صاحب الجواهر، حيث قال: إنّ ظاهر الأدلّة الدالّة على سببيّة العقد للنقل والانتقال أنّ المسبّب وهو النقل والانتقال يترتّب حال وقوع العقد منجّزاً، وذلك كدلالة وجوب الوفاء بالعقد على سببيّة العقد للنقل والانتقال.

وأمّا العقد المعلّق على شرط فهو خارجٌ عن هذه الأدلّة، فيكون باطلاً بعد عدم شمول الأدلّة الدالّة على سببيّة النقل والانتقال له.

[٢] أي ترتّب مسبّب العقد وهو النقل والانتقال.

[٣] أي حال وقوع العقد بأن يترتّب عليه النقل والانتقال منجّزاً، فالعقد يوجب النقل والانتقال حال وقوعه لا معلّقاً بحصول شرط له في المستقبل.

[٤] أي تعليق أثر العقد بشرط ـ سواء كان حاصلاً حين العقد أو في الاستقبال ـ من قِبل البائع أو المشتري.

[٥] أي مخالف لظاهر ما دلّ على أنّ العقد سبب لترتّب مسبّبه عليه حال وقوع العقد، فالعقد المعلّق بشرط يبقى بلا دليل فيكون باطلاً.

[٦] من هنا شرع شيخنا الأنصاريّ ﷺ في الإجابة عن صاحب الجواهر بوجوه ستّة:

الوجه الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «بعد الغضّ...»، وملخّصه: أنّا لو أغمضنا عمّا سيجيئ، وسلّمنا تماميّة إشكال صاحب الجواهر من أنّ الظاهر من أدلّة سببيّة العقد سببيّة العقد المنجّز، وأمّا العقد المعلّق فلا يشمله أدلّة

بعد الغضّ عن عدم انحصار أدلّة الصحّة واللزوم في مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؛ لأنّ[١] دليل حلّيّة البيع وتسلّط الناس على أموالهم كافٍ في إثبات ذلك أنّ العقد[٢] سبب لوقوع مدلوله[٣]، فيجب الوفاء به[٤] على طبق مدلوله، فليس مفاد ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إلّا مفاد

السببيّة، إلّا أنّ الإشكال المذكور إنّما يتمّ لو كانت أدلّة سببيّة العقد لصحّته ولزومه منحصرة بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فعلى هذا يمكن أن يقال: إنّ الظاهر من الآية وجوب الوفاء بكلّ عقد منجّز فلا تشمل العقد المعلّق، إلّا أنّها ليست منحصرة به، فإنّ قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾، وقوله ﷺ: «النّاس مسلّطون على أموالهم» يشملان العقد المنجّز والمعلّق كليهما.

[١] تعليل لعدم انحصار أدلّة الصحّة واللزوم في دليل وجوب الوفاء بالعقد، أي إنّما قلنا بعدم انحصار أدلّة صحّة العقود ولزومها في مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؛ لأنّ دليلي الحلّيّة والسطنة كافيان في إثبات تصحيح العقد المعلّق، ومعهما لا حاجة إلى آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

[٢] هذا إشارة إلى الجواب الثاني من شيخنا الأنصاريّ عن صاحب الجواهر ﷺ.

وملخّصه: أنّ المراد من العقد العهد، فيكون مفاد الآية وجوب الوفاء بالعهد، وعليه فوجوب الوفاء بالعقد تابع لكيفيّته، فإن كان منجّزاً وجب الوفاء به منجّزاً، وإن كان معلّقاً لم يجب الوفاء به إلّا بعد حصول المعلّق عليه.

[٣] وهو المسبّب الذي يراد به النقل والانتقال، أي العقد سبب للنقل والانتقال.

[٤] أي يجب الوفاء بالعقد على ما يقتضيه مدلوله، فإن كان مدلوله منجّزاً وواقعاً حين العقد وجب الوفاء به منجّزاً، وإن كان معلّقاً وجب الوفاء به بعد حصول المعلّق عليه.

«أوفوا بالعهود»[١] في[٢] أنّ العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق[٣]، فترقّب[٤] تحقّق المعلّق عليه في تحقّق المعلّق لا يوجب[٥] عدم الوفاء بالعهد.

والحاصل[٦]: أنّه إن أُريد[٧]

---

[١] كما ورد تفسير العقود بالعهود في معتبرة عبدالله بن سنان في تفسير القمّي.

[٢] إشارة إلى وجه تنزيل العقود بمنزلة العهود، وهو كما أنّ العهد إذا كان منجّزاً يجب الوفاء به حين العهد، وإذا كان معلّقاً يجب الوفاء به بعد حصول المعلّق عليه، كذلك يكون العقد، فإنّه يجب الوفاء به في الحال إن كان منجّزاً وبعد حصول المعلّق عليه إن كان معلّقاً، فمجرّد كونه معلّقاً لا يوجب عدم وجوب الوفاء به.

[٣] كما أنّ وقوع العهد على وجه التعليق لا يمنع من شمول دليل وجوب الوفاء له كذلك وقوع العقد على وجه التعليق من شمول دليل وجوب الوفاء له.

[٤] أي رجاء دخالة تحقّق الشرط المستقبل حصوله في تحقّق العهد المعلّق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد بعد تحقّق المعلّق عليه في المستقبل، كما إذا عاهد الله على زيارة الكعبة إن رزق الولد، فإنّ توقّف وجوب زيارة الكعبة على ما هو مترقّب الحصول في المستقبل وهو رزق الولد لا يمنع وجوب الوفاء بعهده بعد رزق الولد له.

[٥] خبر لقوله: «فترقّب...».

[٦] محصّل الإشكال على صاحب الجواهر ﷺ.

[٧] أي إن أُريد بالمسبّب المذكور في كلام صاحب الجواهر ﷺ ـ في قوله: «من أنّ ظاهر ما دلّ على سببيّة العقد ترتّب مسبّبه عليه حال وقوعه ـ مدلول

بالمسبّب مدلول العقد فعدم تخلّفه [١] عن إنشاء العقد من البديهيّات التي لا يعقل خلافها [٢]، وإن أُريد [٣] به الأثر الشرعيّ، وهو ثبوت الملكيّة، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكيّة المنجّزة [٤]، بل هو [٥] مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلّق كان أثره [٦] الشرعيّ الملك غير المعلّق، وإن كان [٧] معلّقاً فأثره الملكيّة المعلّقة،

العقد، أي أنّ ظاهر ما دلّ على سببيّة العقد ترتّب مدلول العقد ومضمونه العرفيّ عليه.

[١] أي عدم تخلّف المدلول اللفظيّ للعقد عن إنشاء العقد من الواضحات.

[٢] أي لا يعقل خلاف البديهيّات كانفكاك المدلول عن الدالّ، فإنّه مستلزم للخلف.

[٣] أي إن أُريد من ظاهر كلام صاحب الجواهر ﷺ القائل بعدم تخلّف المسبّب عن إنشاء العقد عدم تخلّف الأثر الشرعيّ للعقد عنه بمعنى: أنّ ثبوت الملكيّة المنجّزة لا ينفك عن العقد.

[٤] بل هي أثر للبيع المنجّز، فلا تنفكّ الملكيّة المنجّزة عن بيع المنجّز، ولكن تنفكّ عن مطلق البيع.

[٥] أي أثر مطلق البيع، سواء كان منجّزاً أو معلّقاً مطلق الملك، أي جامع الملك الذي يعمّ المنجّز والمعلّق.

[٦] أي كان الأثر الشرعيّ للبيع غير المعلّق حصول الملك غير المعلّق.

[٧] أي إن كان البيع معلّقاً كان أثره الشرعيّ الملكيّة المعلّقة.

والحاصل: أنّ الملكيّة المنجّزة تتخلّف عن العقد، وأمّا مطلق الملك ـ أي الجامع بين المعلّقة والمنجّزة ـ فهو لا يتخلّف عنه، بمعنى أنّ مدلول العقد

مع [١] أنّ تخلّف الملك عن العقد كثير جدّاً، مع [٢] أنّ ما ذكره [٣] لا يجري في مثل قوله: «بعتك إن شئت وإن قبلت»، فقال: «قبلت» فإنّه لا يلزم هنا تخلّف أثر العقد عنه [٤]،

يقع حال وقوع العقد، ولكنّه على قسمين: ملكيّة متحقّقة على تقدير حصول الشرط، أي الملكيّة المعلّقة، وملكيّة متحقّقة على كلّ تقدير، أي منجّزة.

[١] هذا إشارة إلى الجواب الثالث من شيخنا الأنصاريّ ﷺ على صاحب الجواهر ﷺ.

وملخّصه: أنّا نمنع اختصاص مفاد ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بالعقود المنجّزة؛ إذ العقود المعلّقة التي لا تحصّل الملك حال العقد، بل يتخلّف الملك عن العقد وقعت كثيراً ما في الشريعة، كبيع الصرف والسلم والوصيّة، بحيث يلزم من اختصاص ظاهر الآية بالعقود المنجّزة تخصيص الأكثر المستهجن.

[٢] هذا إشارة إلى الجواب الرابع من شيخنا الأنصاريّ على صاحب الجواهر.. وملخّصه: أنّ ما ذكره صاحب الجواهر ﷺ من الدليل على مبطليّة التعليق أخصّ من المدّعى؛ لأنّه إنّما يستلزم تخلّف الأثر عن العقد فيما إذا كان التعليق على أمر استقباليّ، كما إذا قال: «بعتك كتابي إن قدم الحاجّ»، وأمّا إذا كان التعليق على أمر حاليّ معلوم الحصول حين العقد فلا يلزم المحذور من التعليق، وهو تخلّف الأثر عن العقد.

[٣] أي ما ذكره صاحب الجواهر ﷺ من أنّ التعليق في العقد يستلزم تخلّف المسبّب الذي هو أثر العقد عن العقد.

[٤] إذ قبل مشيئة المشتري وقبوله لم يتحقّق العقد، وبعد قبوله يترتّب عليه أثره من دون حالة منتظرة له.

مع [١] أنّ هذا [٢] لا يجري في الشرط المشكوك المتحقّق [٣] في الحال، فإنّ العقد حينئذٍ [٤] يكون مراعى لا موقوفاً [٥]،

---

[١] هذا إشارة إلى الجواب الخامس لشيخنا الأنصاريّ على صاحب الجواهر قدس سره.

وملخّصه: أنّ الدليل المذكور من صاحب الجواهر قدس سره أيضاً أخصّ من المدّعى من جهة أنّ محذور تخلّف المسبّب عن السبب الذي ذكره صاحب الجواهر في التعليق لا يجري في التعليق على الشرط الذي يشكّ تحقّقه في الحال، فإنّ تحقّق العقد حينئذٍ يكون مراعى بالعلم بظهور الواقع، وعليه فإن انكشف وجود المعلّق عليه في الواقع يحكم بصحّة العقد من حين تحقّقه، وإلّا فيحكم بفساده من غير أن يكون العقد موقوفاً على شرط استقباليّ كي يلزم منه تخلّف أثر العقد عنه.

[٢] أي هذا الإشكال الذي ذكره صاحب الجواهر قدس سره من لزوم تخلّف أثر العقد عنه في صورة التعليق لا يجري في التعليق على الشرط الذي يشكّ في تحقّقه في الحال، فإنّ تحقّق العقد حينئذٍ يكون مراعى بالعلم بظهور الواقع.

[٣] الظاهر أنّه ليس فاعلاً لقوله: «المشكوك»، بل هو صفة بعد صفة لقوله: «في الشرط»، أي هذا الذي ذكره صاحب الجواهر قدس سره لا يجري في الشرط الذي يشكّ في تحقّقه حال العقد إثباتاً، والمتحقّق في الواقع ثبوتاً.

[٤] أي أنّ العقد ـ حينما كان التعليق على الشرط المشكوك المتحقّق في الحال ـ يكون مراعى بانكشاف حال الشرط، فعند انكشافه ينكشف تحقّق المسبّب من حين العقد.

[٥] أي لا يكون العقد موقوفاً على الشرط الحاصل في المستقبل كي يلزم تخلّف السبب عن المسبّب.

مع [١] أنّ ما ذكره [٢] لا يجري في غيره من [٣] العقود التي قد يتأخّر مقتضاها عنها كما لا يخفى ، وليس الكلام [٤] في خصوص البيع وليس على

---

[١] هذا إشارة إلى الجواب السادس من شيخنا الأنصاريّ ﷺ على صاحب الجواهر ﷺ .

وملخّصه : أنّ الدليل الذي ذكره صاحب الجواهر ﷺ لاشتراط التنجيز أخصّ من المدّعى ؛ لأنّ الدليل المذكور عبارة عن أنّ ظاهر الدليل هو ترتّب المسبّب على السبب حال وقوعه ، وهذا الدليل يجري في خصوص البيع .

والحاصل : أنّ الآية الشريفة التي استدلّ بها صاحب الجواهر ﷺ تقتضي شرطيّة التنجيز ومبطليّة التعليق في خصوص البيع ، والحال أنّ محلّ الكلام اشتراط التنجيز في مطلق العقود ، ودليل حلّيّة البيع لا تشمله .

وزبدة الكلام : أنّ الدليل الذي ذكره صاحب الجواهر ﷺ لا يجري في غير البيع من العقود التي يتأخّر مقتضاها عنها بحسب طبعها ، كالوصيّة والتدبير والسبق والرماية والجعالة ، ومن البيّن أنّ مورد البحث هنا لا ينحصر بالبيع .

[٢] أي ما ذكره صاحب الجواهر ﷺ لا يجري في غير البيع .

[٣] أي غير البيع عبارة عن سائر العقود ، فإنّها تترتّب آثارها عليها متأخّراً عن العقود ، كالوصيّة التمليكيّة والوقف والهبة والمضاربة والمساقاة ونحوها ، فإنّ الوصيّة ـ مثلاً ـ تنشأ في حال الحياة ويترتّب الأثر عليها بعد وفاة الموصي ، فإذا لم يشمل دليل وجوب الوفاء بالعقود البيع المعلّق ، فلا بدّ أن لا يشمل هذه الموارد أيضاً ، وهو كما ترى .

[٤] أي أنّ البحث عن شرطيّة التنجيز ومبطليّة التعليق لا يختصّ بالبيع ، بل يعمّ

هذا الشرط في كلّ عقد دليل على حدة [١].

ثمّ الأضعف من الوجه المتقدّم [٢]

جميع الإنشاءات من العقود والإيقاعات، فإن قام دليل على الاشتراط لم يختصّ بباب البيع، وإن لم يقم دليل عليه فأيضاً لم يختصّ بباب البيع، بل يجوز تعليق الإنشاء في جميع العقود والإنشاءات.

[١] أي ليس على التعليق على الشرط المشكوك حصوله في كلّ عقد دليل مستقلّ كي يقال بعدم جواز التعليق في البيع بمقتضى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وجوازه في سائر العقود بمقتضى أدلّته؛ إذ لا منافاة بين الدليل المستفاد منه عدم جواز التعليق بالشرط في البيع وبين الأدلّة المستفاد منها جواز التعليق في سائر العقود؛ لأنّه ليس للتعليق على الشرط في كلّ عقد دليل مستقلّ كي يفصّل بين مقتضى دليل ودليل آخر، ويلتزم في بعضه بجواز التعليق وفي بعضه الآخر بعدم جوازه، بل الدليل هو وجوب الوفاء بالعقد، فإمّا يشمل الجميع، وإمّا لا يشمل، وحيث إنّ عدم شموله للجميع واضح الفساد والتفصيل أيضاً لا وجه له، فيتعيّن الأوّل.

[٢] وهو الوجه الذي ذكره صاحب الجواهر ﷺ لبطلان التعليق، وأشار إليه شيخنا الأنصاريّ ﷺ بقوله: «ويتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من أنّ ظاهر ما دلّ على سببيّة العقد ترتّب المسبّب عليه حال وقوع العقد»، فإنّ الوجه المتقدّم الذي كان وجهاً ثالثاً لإبطال التعليق وإن كان ضعيفاً في حدّ نفسه، كما عرفت، إلّا أنّ الوجه الرابع الذي سيأتي ذكره، ومنقول من مفتاح الكرامة أضعف من الوجه المتقدّم، وهذا الوجه هو الأمر الرابع من الأمور التي يتمسّك بها لاعتبار التنجيز في العقود، وبطلان التعليق فيها.

وملخّصه: أنّ أسباب العقود والإيقاعات أسباب توقيفيّة لا بدّ أن تكون

التمسّك في ذلك [١] بتوقيفيّة [٢] الأسباب الشرعيّة الموجبة [٣] لوجوب الاقتصار فيها على المتيقّن، وليس [٤] إلّا العقد العاري عن التعليق؛ إذ [٥] فيه أنّ إطلاق الأدلّة مثل

متلقّاة من الشارع وممضاة من قِبله، فإذا شككنا في عقد في أنّه متلقّى من الشارع وممضى من قِبله، وهل هو أثّر في مسبّبه فلا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن، وهو العقد الخالي عن التعليق.

وأمّا العقد المعلّق على شرط فنشكّ في تأثيره فلا يجوز الاكتفاء به، بل يحكم بعدم تأثيره بمقتضى أصالة عدم التأثير.

[١] أي التمسّك في بطلان التعليق.

[٢] الجار متعلّق بقوله: «التمسّك»، أي التمسّك في إثبات إبطال التعليق في العقود بأنّ أسباب العقود والإيقاعات توقيفيّة شرعيّة.

[٣] صفة لقوله: «بتوقيفيّة الأسباب»، أي توقيفيّة أسباب توجب وجوب الاقتصار في العقود على المتيقّن منها.

[٤] أي ليس المتيقّن من العقود التي توجب النقل والانتقال إلّا العقد العاري عن التعليق، فهو يوجب النقل والانتقال، وأمّا العقود المعلّقة فهي مشكوكة الصحّة، فتجري فيها أصالة الفساد، ونتيجة هذا الأمر بطلان العقود المعلّقة بمقتضى أصالة الفساد.

[٥] هذا تعليل ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ لأضعفيّة هذا الوجه لإثبات اشتراط التنجيز في العقد، أي إنّما قلنا بأضعفيّة هذا الوجه بالنسبة إلى الوجه السابق لإثبات اشتراط التنجيز في العقد؛ لأنّ توقيفيّة أسباب العقود والإيقاعات لا تستلزم الاقتصار في أسباب العقود والإيقاعات بالعقود أو الإيقاعات

حلّيّة البيع [١]، وتسلّط الناس على أموالهم [٢]، وحلّ التجارة عن تراض [٣]، ووجوب الوفاء بالعقود [٤]، وأدلّة [٥] سائر العقود كافٍ [٦]

المنجّزة؛ وذلك لعدم وجود المنافاة بين توقيفيّة الأسباب وبين انعقاد الإطلاق للأدلّة الدالّة على سببيّة العقود، فنحن نسلّم توقيفيّة أسباب العقود لكن لا نسلّم لزوم الأخذ بالقدر المتيقّن بعد انعقاد الإطلاق أو العموم في المسألة، ودلالتها على صحّة كلّ ما صدق عليه عنوان العقد. نعم، لو كان الدليل على سببيّة العقود الدليل اللبّيّ كالإجماع أو السيرة لكان لما ذكره من الأخذ بالقدر المتيقّن مجال، ولكن قد عرفت أنّ الدليل عليها عبارة عن العمومات والإطلاقات، ومعهما لا وجه للأخذ بالقدر المتيقّن، بل مقتضى القاعدة هو الأخذ بالعمومات والإطلاقات.

[١] كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾.

[٢] كقوله ﷺ: «الناس مسلّطون على أموالهم».

[٣] كقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾.

[٤] كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

[٥] عطف على قوله: الأدلّة»، أي إطلاق أدلّة سائر العقود، كقوله ﷺ «النكاح سنّتي»، والصلح جائز بين المسلمين، وأدلّة صحّة الإجارة والقرض والمضاربة والرهن والمزارعة والمساقاة.

[٦] خبر لقوله: «إنّ إطلاق الأدلّة»، أي إطلاق أدلّة سائر العقود التي قد عرفت عناوينها آنفاً كافٍ لإثبات توقيفيّة العقود، فتدلّ على صحّة كلّ ما صدق عليه عنوان العقد الذي هو توقيفيّ، فتوقيفيّة الأسباب المنجّزة كالمعلّقة ثابتة بالإطلاقات، فمقتضاها صحّة كلّ عقد، سواء كان منجّزاً أو معلّقاً، وكون العقود توقيفيّة لا يمنع من التمسّك بإطلاق الأدلّة وعدم الأخذ فيها بالقدر

في التوقيف.

وبالجملة [١] فإثبات هذا الشرط [٢] في العقود مع عموم أدلّتها [٣] ووقوع [٤] كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير [٥] الإجماع محقّقاً أو منقولاً مشكل. ثمّ إنّ [٦]

المتيقّن؛ إذ الأخذ بالقدر المتيقّن إنّما يلزم فيما إذا لم ينعقد إطلاق الدليل لإجماله، أو لكونه من الأدلّة اللبّيّة، وأمّا مع وجود الإطلاق أو العموم فلا معنى للأخذ بالقدر المتيقّن، بل هذا خلف.

[١] أي ملخّص الكلام في إثبات اعتبار التنجيز في العقود.

[٢] أي اعتبار التنجيز في العقود.

[٣] أي مع عموم أدلّة العقود الشاملة للعقود المعلّقة والمنجّزة، والحاصل: أنّه مع وجود هذه العمومات الدالّة على صحّة العقود حتّى المعلّقة منها، كيف يمكن أن يقال: باشتراط التنجيز فيها وعدم شمولها للعقود المعلّقة.

[٤] جواب عن سؤال مقدّر، وحاصله: أنّ عموم الأدلّة وإطلاقها منصرفان إلى خصوص العقد المنجّز، ولا يشملان المعلّق منه.

وملخّص الجواب عنه: بمنع الانصراف، وذلك لعدم ندرة العقود المعلّقة؛ وذلك لكثرة وقوع العقود المعلّقة في العرف، ومعه لا وجه لدعوى انصراف عموم الأدلّة الدالّة على صحّة العقد عن العقود المعلّقة.

[٥] الجار متعلّق بقوله: «إثبات»، أي إثبات اعتبار التنجيز في البيع بغير الإجماع من سائر الأدلّة مشكل؛ إذ مقتضى عمومات غير الإجماع من سائر الأدلّة اللفظيّة صحّة العقد، سواء كان منجّزاً أو معلّقاً، فالدليل الدالّ على اعتبار اشتراط التنجيز ومبطليّة التعليق منحصر بالإجماع.

[٦] إلى هنا بيّن المطلب الثالث من المطالب الأربعة التي تعرّض لها شيخنا

القادح [١] هو تعليق الإنشاء، وأمّا إذا أنشأ من غير تعليق [٢] صحّ [٣] العقد، وإن [٤] كان المنشئ متردّداً في ترتّب الأثر عليه شرعاً [٥] أو عرفاً [٦]،

الأنصاريّ ﷺ، ومن هنا شرع في مقام بيان المطلب الرابع.

[١] أي التعليق المبطل في العقد هو التعليق في الإنشاء كأن يقول البائع: «بعتك إن جاء زيد»، وهذا التعليق قام الإجماع على أنّه مبطل للعقد.

[٢] أي إذا أنشأ العقد منجّزاً صورة، كأن يقول: «بعتك» من دون تعليقه على شيء في اللفظ.

[٣] جزاء الشرط، أي إذا أنشأ العقد منجّزاً صورة وإن كان معلّقاً بحسب اللبّ والواقع، صحّ العقد المعلّق واقعاً؛ لما عرفت من أنّ عمدة الدليل على مبطليّة التعليق هو الإجماع، والقدر المتيقّن منه ما إذا كانت الصيغة معلّقة على شيء لفظاً، وأمّا إذا كانت منجّزة صورة ولفظاً، فلا يشمله معقد الإجماع القائم على مبطليّة التعليق، وإن كانت معلّقة واقعاً.

[٤] كلمة «إن» وصليّة، أي وإن كان البائع متردّداً في ترتّب الأثر الشرعيّ على البيع الصادر منه منجّزاً صورة، ومنشأ ترديده جهله بكون المبيع جامعاً للشرائط شرعاً أو جهله بصدق مفهوم إنشاء البيع على ما صدر منه.

[٥] بأن لا يعلم المنشئ أنّ الشارع أمضى البيع الذي هو أنشأه أم لا. وهو يكون فيما إذا لم يعلم المنشئ أنّ المال المبيع ملك له، أو لم يكن ملكاً له، فإذا كان ملكاً له واقعاً يترتّب على إنشائه الأثر من النقل والانتقال. وهذا الذي ذكره مثال لما كان الشرط المترتّب عليه واقعاً دخيلاً في ترتّب الأثر على العقد شرعاً كالنقل والانتقال.

[٦] كالشكّ في رضا المشتري بالإيجاب، فإنّه مع الشكّ المذكور يتردّد

كمن ينشئ البيع وهو [١] لا يعلم أنّ المال له ، أو أنّ [٢] المبيع ممّا يتموّل ، أو أنّ [٣] المشتري راضٍ حين الإيجاب أم لا ، أو غير ذلك [٤] ممّا يتوقّف صحّة العقد عليه عرفاً [٥] ، أو شرعاً ،

العرف في ترتّب الأثر على العقد المذكور ، ومنشأ الشكّ هو الترديد في صدق العقد على الإنشاء المذكور .

[١] أي لا يعلم البائع أنّ المبيع ملك له ، وهو مثال لما تردّد فيه المنشئ في ترتّب الأثر على البيع شرعاً ، ومنشأ شكّه الشكّ في تحقّق ملكيّة المبيع له ؛ التي هي شرط شرعيّ لصحّة البيع ؛ لما حقّق في محلّه من أنّ الشارع جعل ملكيّة المبيع للبائع من شرائط صحّة البيع .

[٢] أي لا يعلم البائع أنّ المبيع ممّا يقبل الماليّة أو لا يقبل ، كالهرّة ، فمع الشكّ في ماليّة المبيع يشكّ في ترتّب الأثر وهو النقل والانتقال على ما أنشأه من البيع ، وذلك لأجل الشكّ في صدق مفهوم البيع على مبنى من يفسّر البيع بأنّه مبادلة مال بمال ، فمع الشكّ في صدق مفهوم البيع عليه يشكّ في إمضاء الشارع له ، ومعه يشكّ في حصول النقل والانتقال .

[٣] أي لا يعلم البائع أنّ المشتري راضٍ بما أنشأه البائع حين الإيجاب ، أم ليس براضٍ ، فإنّ رضا الشارع شرط شرعيّ لصحّة العقد ، وأمّا عند العرف فيصدق مفهوم البيع حتّى مع عدم رضا المشتري بإيجاب البائع .

[٤] أي أو غير هذه الشرائط المذكورة من الشرائط التي يتوقّف عليها صحّة العقد ، كبلوغ المتعاقدين ، وعدم كونهما من السفهاء .

[٥] قد مضى توضيح الشرط الشرعيّ والعرفيّ بذكر مثالهما آنفاً ، فلاحظ .

فإلى هنا تحصّل : أنّه لا يضرّ جهل المنشئ بحصول الشرائط التي تتوقّف

بل [١] الظاهر أنّه لا يقدح اعتقاد عدم ترتّب الأثر عليه [٢] إذا تحقّق القصد [٣] إلى التمليك العرفيّ، وقد صرّح بما ذكرنا [٤] بعض المحقّقين [٥]،

عليها صحّة العقد إذا كان الإنشاء منجّزاً.

وبعبارة أُخرى: أنّ ترديد المنشئ في ترتيب الأثر الشرعيّ على إنشاء البيع لا يضرّ بصحّة العقد إذا كان الإنشاء منجّزاً. ثمّ قال: بل علم البائع بعدم ترتّب الأثر الشرعيّ لا يضرّ بصحّة العقد إذا كان إنشاء العقد منجّزاً.

[١] كلمة «بل» للاضراب غرضه منه بيان أنّ العلم بعدم ترتّب الأثر على العقد أيضاً لا يضرّ بصحّة العقد المنشأ منجّزاً.

وإلى هنا ذكر شيخنا الأنصاريّ ﷺ أنّ ترديد المنشئ في ترتّب الأثر الشرعيّ على إنشائه العقد منجّزاً لا يقدح بصحّة العقد، ولم يكتف به هنا وقال: بل علمه بعدم ترتّب الأثر الشرعيّ عليه أيضاً لا يقدح بصحّته.

[٢] أي على العقد، كما إذا قال: «بعتك هذا الشيء» مع كونه معتقداً بفساد بيعه.

[٣] أي إذا تحقّق القصد من البائع إلى التمليك العرفيّ واعتقد بأنّ العرف يرى الإنشاء المذكور سبباً للنقل والانتقال، ولكنّ الشارع لم يمضه، ومن هنا يمكن أن يلتزم بصحّة عقد من لا يرى صحّة العقد ـ كمتعة الذمّيّة مثلاً ـ وأمّا إذا كان اعتقاد عدم ترتّب الأثر بحيث لا يتمشّى معه القصد إلى التمليك العرفيّ، فيكون العقد باطلاً من جهة فقدان القصد المعتبر فيه، لا من جهة اعتبار التنجيز فيه، أو اعتبار اعتقاد ترتّب الأثر عليه.

[٤] من أنّه لو أنشأ من غير تعليق صحّ العقد وإن كان المنشئ يعتقد عدم ترتّب الأثر عليه شرعاً.

[٥] الظاهر أنّ المراد منه المحقّق صاحب المقابيس.

حيث قال [١]: لا يخلّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن [٢] سبباً لارتفاع القصد. نعم [٣]، ربّما يشكل الأمر في فقد الشروط المقوّمة، كعدم الزوجيّة، أو الشكّ فيها في إنشاء الطلاق [٤]، فإنّه لا يتحقّق القصد إليه [٥] منجّزاً من دون العلم بالزوجيّة، وكذا الرقّيّة [٦] في العتق، وحينئذٍ [٧]، فإذا مسّت [٨] الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط،

---

[١] أي قال بعض المحقّقين: لا يخلّ بالمعاملة علم المنشئ بفسادها.

[٢] أي ما لم يكن زعم فساد المعاملة سبباً لعدم قصد المنشئ من إنشاء البيع واقع البيع وهو النقل والانتقال، بل أنشأه هزلاً.

[٣] إلى هنا بيّن أنّ تردّد المنشئ لا يقدح في صحّة العقد، وكذا علمه بعدم ترتّب الأثر لا يقدح فيه إذا كان إنشاؤه منجّزاً واستدرك عنه مورداً، وهو ما إذا كان المشكوك أو الشرط المعلوم عدمه من الشروط المقوّمة للعقد أو الإيقاع عرفاً، فعندئذٍ يكون الترديد في ترتّب الأثر عليه فضلاً عن العلم بعدم ترتّب الأثر قادحاً في صحّة العقد.

[٤] حيث إنّ الزوجيّة من الشروط المقوّمة لإنشاء الطلاق؛ إذ صحّة إنشائه فرع وجود الزوجيّة وإحرازها، فيكون العلم بعدم الزوجيّة أو الشكّ فيها من موارد فقد الشروط المقوّمة للإيقاع.

[٥] أي لا يتحقّق القصد إلى الطلاق مع الشكّ في الزوجيّة، ومع انتفاء قصد الطلاق لا يتحقّق هو.

[٦] أي إحراز الرقّيّة أيضاً من الشروط المقوّمة للعتق، فلو اعتقد المعتق عدم الرقّيّة أو شكّ فيها فلا يتحقّق العتق لما عرفت آنفاً.

[٧] أي حينما ثبت عدم صحّة الطلاق والعتق مع الشكّ في الزوجيّة والرقّيّة.

[٨] أي إذا ألجات الحاجة إلى شيء من الطلاق أو العتق لأجل الاحتياط فيهما كي

وقلنا [١] بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلا بدّ [٢] من إبرازه بصورة التنجّز وإن كان [٣] في الواقع معلّقاً،

يخلص عن الشبهة، كما لو تزوّج امرأة ثمّ شكّ في أنّها من محارمه أم لا، فأراد طلاقها من باب الاحتياط تخلّصاً من الشبهة، وكذلك لو نذر عتق عبد معيّن ثمّ شكّ في أنّه عبده أم لا، فأراد عتقه احتياطاً.

[١] أي إذا احتاج شخص إلى الطلاق والعتق احتياطاً، وقلنا بعدم جواز تعليق إنشاء الطلاق على ما هو شرط فيه كالزوجيّة، وإنشاء العتق على ما هو شرط فيه كالرقّيّة.

[٢] جزاء الشرط، أي إن اقتضت الحاجة إلى الطلاق أو العتق فيما إذا شكّ في الزوجيّة أو الرقيّة، وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط في صحّة الإنشاء، فلا بدّ للمنشئ من إبراز الإنشاء بصورة التنجّز بأن يقول: فلانة طالق ولا يجوز له أن يعلّق الطلاق بما هو شرط في تحقّق الطلاق كالزوجيّة، ويقول: إن كانت فلانة زوجتي فهي طالق.

والحاصل: إن قلنا إنّ القادح إنّما هو التعليق في صورة الإنشاء، وأنّه لا يضرّ التردّد مع عدم التعليق في اللفظ وإن كان معلّقاً في الواقع، فلا بدّ في موارد الاحتياط في الإنشاء كإنشاء الطلاق والعتق ونحوهما من إبراز الإنشاء بصورة التنجّز، بأن يقول: فلانة طالق ولا يجوز له أن يقول: إن كانت فلانة زوجتي فهي طالق.

[٣] أي وإن كان الإنشاء كإنشاء الطلاق معلّقاً على الزوجيّة في الواقع، وإنشاء العتق معلّقاً على الرقّيّة، إلّا أنّ التعليق الواقعيّ لا يضرّ ما دام لم يكن التعليق موجوداً في الإنشاء، فإنّ الطلاق والعتق معلّقان في الواقع على الزوجيّة والرقّيّة، إلّا أنّ التعليق الواقعيّ لا يضرّ بصحّة العقد مع كونه منجّزاً بحسب

أو يوكّل غيره الجاهل [١] بالحال بإيقاعه [٢]، ولا يقدح فيه [٣]

ظاهر اللفظ، وكيفما كان فلا بدّ للمنشئ من أن ينشئ الصيغة بصورة الجزم، وإن كان هو مردّداً في الواقع، وإمّا أن يوكّل شخصاً آخر يكون جاهلاً بأنّ الطلاق أو العتق إنّما يكون احتياطيّاً كي يتمكّن من الإنشاء الجزميّ، ومن قصد الإنشاء.

[١] صفة لقوله غيره، أي أو يوكّل المنشئ الذي ينشئ العقد أو الإيقاع احتياطاً شخصاً آخر يكون جاهلاً بأنّ الإنشاء الذي يجريه يكون من باب الاحتياط حتّى يتمكّن من إبراز الإنشاء؛ إذ مع العلم بأنّه احتياطيّ لا يمكن له أن يقصد الإنشاء الذي كان قوامه بالجزم، فيكون حال الوكيل كحال الموكّل في عدم إمكان تحقّق قصد الطلاق منه.

[٢] الجار متعلّق بقوله: «يوكّل»، أي يوكّل شخصاً جاهلاً بالحال بإيقاع الطلاق.

وقد فسّر المحقّق الايروانيّ معنى الجاهل بالحال بالجهل بالزوجيّة، أي يوكّل غيره الجاهل بالزوجيّة لإنشاء الطلاق أو العتق، فأورد عليه بأنّه إن كان الجهل بالزوجيّة مانعاً عن تحقّق القصد إلى الطلاق منجّزاً من نفس الزوج كان ذلك مانعاً من الوكيل أيضاً، ولكنّه خلاف الظاهر، فإنّ معنى الجاهل بالحال هو الذي فسّرناه، وهو الجاهل بكون الطلاق من باب الاحتياط لاعتقاده أنّها زوجة لموكّله واقعاً فيقصد إنشاء الطلاق بالجزم والبتّ.

[٣] أي لا يقدح في التوكيل في الطلاق تعليق التوكيل أيضاً على الزوجيّة في المثال الأوّل، وعلى الرقّيّة في المثال الثاني. وهذا في الحقيقة جواب عن إشكال مقدّر.

وملخّص الإشكال هو: أنّ الوكيل في الفرض المذكور ومع جهله بالحال وإن كان قصد الطلاق منه متحقّقاً، إلّا أنّ المفروض أنّ الموكّل يعلم بالحال،

تعليق الوكالة واقعاً على [١] كون الموكّل مالكاً للفعل ؛ لأنّ [٢] فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن

ومعه فلا يتحقّق منه الجزم بصحّة التوكيل ، لكونها معلّقة على كون الموكّل مالكاً للطلاق ، وهو غير ثابت ، ومعه كيف ينشئ الوكالة ، وكيف يقصدها .

وأجاب عنه شيخنا الأنصاريّ ﷺ بقوله : « ولا يقدح فيه » ، أي لا يضرّ بتوكيل الغير للطلاق والعتق تعليق الوكالة أيضاً على كون الموكّل مالكاً للطلاق بأن كان أمره بيده ، ومالكاً للعتق بأن كان أمر العتق بيده ، فإنّا نقبل أن تعليق الوكالة أيضاً يبطل الوكالة ؛ إذ مع الفرض المذكور لا يتمكّن المنشئ من قصد الوكالة ، لكن بطلان الوكالة لا يستلزم بطلان الطلاق أو العتق ؛ إذ الطلاق كما يقع بالوكالة كذلك يقع بإذن الزوج ، والذي يبطله التعليق هي الوكالة ، وأمّا إذن ما يمكن أن يكون زوجاً فهو باقٍ بحاله فيكون الطلاق بإذن الزوج على تقدير كونه زوجاً في الواقع ، وهو يكفي لوقوع الطلاق .

والحاصل : أنّ إنشاء الوكالة يدلّ على معنيين : حصول الوكالة للوكيل ، وحصول الإذن له في الطلاق ، فلو قلنا ببطلان الطلاق بفساد الوكالة ، إلّا أنّه يكفي لتصحيحه ثبوت الإذن للطلاق من الموكّل .

[١] الجار متعلّق بقوله : « تعليق » ، أي لا يقدح في الطلاق أو العتق تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكّل مالكاً لفعل الطلاق ، أو لفعل العتق ، وأنّ التعليق الواقعيّ أيضاً ينافي الجزم المعتبر في إنشاء الطلاق أو العتق .

[٢] أي إنّما قلنا لا يقدح تعليق الوكالة في صحّة الطلاق أو العتق ؛ لأنّ التعليق الواقعيّ يوجب فساد الوكالة في الطلاق أو العتق ، وفساد الوكالة بالتعليق الواقعيّ لا يوجب ارتفاع الإذن في الطلاق للوكيل بالوكالة الفاسدة ، ومن المعلوم أنّ الإذن كافٍ في صحّة الطلاق أو العتق .

إلّا [١] أنّ ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو [٢] زوّج امرأة يشكّ في أنّها محرّمة عليه [٣] فظهر حلّها [٤]، وعلّل [٥] ذلك بعدم [٦] الجزم حال العقد، قال [٧]: وكذا الإيقاعات،

---

[١] استدراك عمّا ذكره من أنّ التعليق الواقعيّ لا يقدح في العقد إذا كان إنشاؤه منجّزاً صورة. وملخّصه: أنّ ظاهر كلام الشهيد أنّ إبراز الإنشاء بصورة التنجّز لا يكفي في صحّة العقد مع كونه معلّقاً في الواقع، فيكون هو مخالفاً لما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ من صحّة العقد فيما إذا كان الإنشاء مجرّداً عن أداة الشرط وإن كان المنشئ متردّداً، وذكر ثلاثة موارد لكون تردّد المنشئ مبطلاً للعقد وإن كان الإنشاء منجّزاً صورة.

[٢] هذا إشارة إلى المورد الأوّل من الموارد الثلاثة التي ذكرها لمبطليّة تردّد المنشئ للعقد.

[٣] لرضاع، أو نسب، أو سبب.

[٤] أي ظهر بعد العقد أنّ المرأة المزوّجة ليست محرّمة عليه، بل حلّ تزويجها.

[٥] أي علّل الشهيد بطلان العقد المذكور بأنّ المنشئ للزواج لم يكن جازماً بترتّب الأثر على إنشائه؛ إذ مع احتمال كون المرأة التي أنشأ العقد عليها محرّمة عليه يكون إنشاء العقد عليها لغواً، فيكون المنشئ حين إنشاء العقد متردّداً في تأثيره في حصول الزوجيّة، ومع الترديد لا يعقل إنشاء الزوجيّة الذي يعتبر فيه الجزم.

[٦] الجار متعلّق بقوله: «علّل».

[٧] أي قال الشهيد: «وكذا الإيقاعات باطلة إذا كانت معلّقة واقعاً، وإن كانت منجّزة صورة». هذا إشارة إلى المورد الثاني من الموارد الثلاث التي ذكرها الشهيد لمبطليّة تردّد المنشئ واقعاً وإن كان منجّزاً صورة، فإنّ مجرّد التنجيز

كما لو خالع [١] امرأة أو طلقّها ، وهو [٢] شاكّ في زوجيّتها ، أو ولّى نائب [٣] الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليّته وإن ظهر [٤] أهلاً ، ثمّ قال [٥]: ويخرج من هذا بيع مال مورّثه لظنّه حياته ، فبان [٦] ميّتاً ،

الصوريّ لا يكفي في صحّة الإيقاع .

[١] أي طلّق زوجته بالطلاق الخلعيّ ، وهو الطلاق بإزاء فدية من الزوجة الكارهة لزوجها ، والمراد من قوله : « طلقّها » أعمّ من الخلع ؛ لأنّه قسم من الطلاق .

[٢] أي المطلّق بالطلاق الخلعيّ أو بالطلاق غير الخلعيّ شاكّ في أنّ المرأة التي أنشأ طلاقها زوجته أم من محارمه .

[٣] أي نصب نائب الإمام شخصاً للقضاء بين الناس ، وهو يشكّ في أهليّة هذا الشخص للقضاء ، وقد حكم الشهيد ببطلان هذا النصب ، وذلك لأجل انتفاء الجزم بالأهليّة حال الإيقاع والنصب ، وهذا مورد ثالث من الموارد التي ذكرها الشهيد لمبطليّة تردّد المنشئ واقعاً فيما أنشأه وإن أنشأ الصيغة بصورة التنجّز ، فإنّ تولية القاضي تعدّ من الإيقاعات ، ومع التردّد في أهليّته لا يصحّ جعله والياً وقاضياً .

[٤] كلمة « إن » وصليّة ، أي وإن ظهر أنّ الشخص المشكوك أهليّته أهل للقضاء ، ومع ذلك لا يصحّ الجعل المذكور ، وذلك لانتفاء شرط الصحّة ، وهو الجزم بالأهليّة حال الإنشاء .

[٥] أي قال الشهيد : ويخرج ممّا ذكرناه من الجزم ببطلان العقد أو الإيقاع ، فيما إذا تردّد المنشئ بيع مال مورّثه ظنّاً بحياته ، كما لو باع كتاب أبيه معتقداً بحياته فضوليّاً .

[٦] أي ظهر للبائع أنّ مورّثه كان ميّتاً حين بيع كتاب أبيه ، وهو في الحقيقة كان كتابه لا كتاب أبيه ، وقد صدر البيع من الأصيل ، لا من الفضوليّ ، فحكم

لأنّ [١] الجزم هنا حاصل ، لكن خصوصيّة البائع غير معلومة ، وإن قيل بالبطلان أمكن [٢]؛ لعدم [٣] القصد إلى نقل ملكه ، وكذا [٤] لو زوّج أمة أبيه ، فظهر ميّتاً ، والظاهر [٥]

الشهيد بصحّة البيع في هذه الصورة .

[١] أي إنّما قلنا : بأنّ بيع مال مورّثه لظنّه حياته جائز ؛ لأنّ الجزم بالبيع في بيع مال مورّثه ... ، حاصل ، فإنّ البائع إنّما أنشأ البيع جزماً ولم يكن التردّد في إنشاء البيع ، وإنّما التردّد في خصوصيّة البائع بأنّه المورّث أو الوارث ، فإنّ المورّث إن كان حين البيع حيّاً يكون البيع عنه فضولاً ، ففي بيع الفضوليّ الجزم بالبيع موجود ، وإن كان ميّتاً فالبيع يكون من نفسه ، فعلى كلا التقديرين يكون البائع قاصداً للبيع جزماً .

[٢] أي أمكن القول ببطلان البيع فيما إذا كان المبيع مردّداً بين مال نفسه وبين مال مورّثه .

[٣] أي إنّما قلنا بإمكان بطلان البيع لأنّ البائع لم يتحقّق منه قصد إلى نقل ملك نفسه ؛ لأنّه مع اعتقاد حياة أبيه يقصد بيع ملك أبيه فضولاً ، فما قصده لم يقع ، وما وقع لم يقصد .

[٤] أي كذا يمكن أن يقال : يخرج من الجزم بالبطلان تزويج أمة أبيه فضولاً ظنّاً بحياته ، فيكون تزويجها صحيحاً لعدم التردّد في إنشاء التزويج ، ويمكن أن يقال بالبطلان ، فالوجهان المذكوران في بيع مال مورّثه ظنّاً بحياته يجريان هنا أيضاً .

[٥] لمّا نقل شيخنا الأنصاريّ ﷺ عن الشهيد دعوى الجزم بالبطلان في المسائل الثلاث المتقدّمة شرع هنا في المناقشة في كلامه ، بأنّ ما ذكره يتمّ

الفرق بين مثال الطلاق [١] وطرفيه [٢] بإمكان [٣] الجزم فيهما دون مثال الطلاق ،

في خصوص مورد الطلاق ، فإنّه لا يمكن الجزم بالطلاق ، فيبطل بخلاف مورد التزويج وتولية القاضي ، وذلك لإمكان الجزم بهما .

[١] وهو إشارة إلى ما قال : «كما لو خالع امرأة أو طلقّها وهو شاكّ في زوجيّتها» .

[٢] والمراد من طرفي الطلاق ـ الذي منه الخلع ـ مسألة التزويج وتولية القاضي .

[٣] بيان للفرق المدّعى بين الطلاق وبين طرفيه ، وهو إمكان الجزم بترتّب الأثر على التزويج وتولية القاضي ، فمع الشكّ في كون المرأة إحدى محارمه ، وكذا مع الشكّ في أهليّة شخص للقضاء يمكن له إجراء الصيغة على نحو الجزم ، وهذا بخلاف الطلاق ، فإنّه لا يمكن الجزم بإجراء الصيغة في حال شكّه في أنّها زوجته أم لا .

أمّا الوجه في صحّة التزويج مع المرأة المشكوك كونها من المحارم ، فلأنّ كون المرأة أجنبيّة غير مقوّم لمفهوم التزويج ؛ لا لغةً ولا عرفاً كي يكون الشكّ في كونها أجنبيّة موجباً لسريان الشكّ إلى تحقّق التزويج الموجب لعدم إمكان قصده ؛ إذ مع الشكّ في تحقّقه كيف يمكن إنشاؤه جزماً ، كي يتمشّى من المنشئ للزواج القصد الجدّيّ إلى التزويج ، وكذا تولية شخص يشكّ في عدالته للقضاء ، فإنّ الشكّ في عدالته لا يوجب الشكّ في تحقّق التولية لغة ولا عرفاً كي يتحقّق الشكّ في تحقّقها عند الشكّ في عدالته ، بل يصحّ إنشاؤه ولو مع العلم بعدم العدالة ، لأنّ العدالة شرط شرعيّ ليست مقوّمة لعنوان تولية القاضي عرفاً ولا لغة .

وأمّا الوجه في بطلان طلاق امرأة يشكّ في كونها من المحارم ، فإنّ الزوجيّة اعتبرت في مفهوم الطلاق عرفاً ؛ لأنّهم يفسّرونه بأنّه مزيل للعلقة

فافهم [١]. وقال [٢] في موضع آخر: ولو طلّق بحضور خنثيين فظهرا رجلين أمكن الصحّة [٣]،

الزوجيّة، فمع الشكّ في تحقّقها لا يمكن الجزم بها عند إنشاء الطلاق.

وتوضيح الفرق بين الطلاق وبين مسألتي الزواج وتولية القاضي كما في حاشية المحقّق الأصفهاني هو: أنّ بعض المعاني في حدّ ذاته متقوّم بمعنى آخر، وبعضها الآخر ليس كذلك وإن توقّف تأثيره عرفاً أو شرعاً على شيء، فالطلاق من الأوّل، فإنّ معناه إزالة عقدة الزوجيّة، وكالعتق، فإنّ مفهومه فكّ الرقّيّة، فإنشاء الطلاق بالإضافة إلى غير الزوجة حتّى بنظر المنشئ غير معقول، وإنشاء العتق بالإضافة إلى غير الرقّ حتّى بنظر المنشئ كذلك، وزوجيّة المرأة المحرّمة، وقضاء من لا أهليّة له من الثاني، فإنّ مفهوم الزوجيّة غير متقوّم بعدم الحرمة، ومفهوم القضاء غير متقوّم بالأهليّة، فإنشائهما بنظر المنشئ معقول وإن لم يترتّب عليهما أثر، وعليه فالجزم المعتبر حال الإنشاء في مثل الطلاق والعتق لا يعقل حصوله إلّا بعد الجزم بالزوجيّة والرقّيّة، بخلاف مثل إنشاء الزوجيّة والقضاء، فإنّ الجزم المعتبر حال الإنشاء بنظر المنشئ معقول حتّى مع القطع بالمحرميّة، وعدم الأهليّة، فضلاً عن الشكّ فيهما.

[١] لعلّه إشارة إلى كفاية إبراز الإنشاء بصورة الجزم، وهذا المقدار من الجزم معقول فيهما أيضاً، أو إشارة إلى أنّ الإنشاء خفيف المؤنة، فمجرّد إناطة التسبّب به شرعاً إلى حصول الأمر الاعتباريّ لا يمنع عن الإنشاء معلّقاً.

[٢] أي قال الشهيد في موضع آخر من كتابه القواعد: «ولو طلّق الزوج بحضور شخصين ظنّ أنّهما خنثيان، وظهر كونهما رجلين».

[٣] أي أمكن صحّة الطلاق مع كون المطلّق متردّداً حال الإنشاء؛ لأنّ مفهوم

وكذا [١] من يظنّه فاسقاً وظهر عدلاً. ويشكلان [٢] في العالم بالحكم؛ لعدم [٣] قصده إلى طلاق صحيح، انتهى [٤].

الطلاق عرفاً لا يتوقّف على كون الشاهدين رجلين، فيمكن إنشاؤه مع عدم حضورهما، غاية الأمر أنّ ترتّب الأثر الشرعيّ على الطلاق منوط بحضور عدلين، والمفروض أنّهما حاضران في الواقع، وإن لم يعرفهما المطلّق، وهو غير ضائر.

[١] أي كذا أمكن الحكم بصحّة الطلاق لو طلّق زوجته في حضور من يظنّه فاسقاً فظهر أنّه عادل؛ لأنّه جازم بإنشاء الطلاق، وإنّما الشكّ في الشرط، وهو لا ينافي الجزم.

[٢] أي يشكل المسألتان، وهما صحّة الطلاق في مورد الشكّ في الذكوريّة، وصحّة الطلاق في مورد الشكّ في العدالة فيما إذا علم المطلّق ببطلان الطلاق في حضور غير الرجل وغير العادل.

[٣] إنّما يشكل الأمر في العالم بالحكم في المسألتين؛ لأنّه لا يتمكّن حين إنشاء الطلاق من قصد الطلاق الصحيح؛ إذ مع إنشاء الطلاق عند حضور غير الرجلين العادلين يعلم بعدم تحقّق الطلاق، ومع علمه بالبطلان لا يمكن قصده، ومع عدم إمكان قصده لا يتمشّى منه الإنشاء.

[٤] أي انتهى كلام الشهيد.

«التحقيق»

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: ومن جملة الشروط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد، وقد تصدّى ﷺ في هذا المبحث لبيان أُمور:

. . . . . .

الأمر الأوّل: بيان معنى تنجيز العقود.

الأمر الثاني: بيان أقوال الفقهاء في اعتبار التنجيز في العقود.

الأمر الثالث: بيان الأدلّة المذكورة لاعتبار شرطيّة التنجيز، وتوقّف صحّة العقد على عدم تعليقه على شرط أو صفة.

أمّا الأمر الأوّل ـ وهو بيان معنى التنجيز في العقد ـ فنقول: إنّ التنجيز عبارة عن الإرسال، وعدم تعليق الإنشاء بشيء من أدوات الشرط، ويقابله التعليق الذي يعلّق العقد بشيء من أداة الشرط، ولبّه يرجع إلى قصد المتعاقدين انعقاد العقد عند وجود هذا الشرط بحيث لا يقصدان العقد في صورة عدم ذلك الشرط، فيرجع لبّ التنجيز إلى قصدهما البيع مجرّداً من ارتباطه بأيّ شرط. هذا تمام الكلام في الأمر الأوّل.

وأمّا الأمر الثاني ـ وهو أقوال الفقهاء في المسألة ـ فقد ذكرناها تبعاً للمتن، ولا وجه للإعادة، فقد عرفت أنّ عباراتهم مضطربة؛ لظهور بعضها في كون التعليق مبطلاً للعقود والإيقاعات مطلقاً، وظاهر جملة أُخرى منها أنّ التعليق مبطل فيما إذا كان المعلّق عليه أمراً مجهولاً.

وأمّا الأمر الثالث ـ وهو بيان أدلّة اعتبار التنجيز وبيان أقسام التعليق ـ فنقول: ينبغي قبل الدخول في ذكر الأقسام أن نشير إلى نكتتين لا يخلو ذكرهما عن فائدة:

النكتة الأُولى: أنّ تعليق العقد قد يكون صريحاً كاقتران العقد بما يدلّ على التوقّف صريحاً بأن يقول البائع: «بعتك الكتاب إن جاء زيد»، وقد يكون ضمنيّاً من دون ذكر أداة الشرط في الكلام، بأن يقول البائع: «بعتك داري يوم الجمعة»، فإنّه بمنزلة أن يقول: «بعتك داري إذا جاء يوم الجمعة»، وليس مورد الكلام خصوص

القسم الأوّل فقط ، كما يظهر من بعض العبارات ، بل مدار البحث على استفادة التعليق من الصيغة من دون خصوصيّة لكيفيّة استفادة التعليق منها ، فإنّ استفادته منها بأداة الشرط أو بالدلالة الالتزاميّة على حدّ سواء .

النكتة الثانية : أنّ مركز البحث في المقام إنّما هو تعليق المنشأ على شيء ، وهو تعليق الوكالة ـ مثلاً ـ وأمّا الإنشاء فأمره دائر بين الوجود والعدم ، كسائر الأُمور التكوينيّة ، وأمّا إذا كان المنشأ مطلقاً بعد فرض كون الإنشاء كذلك ، فلا يضرّ التعليق في متعلّق العقد ، كما إذا وكّل أحد غيره في أمر منجّزاً ، ولكن كان متعلّق الوكالة أمراً خاصّاً يتوقّف حصوله في الخارج على تحقّق شيء آخر ، كأن يقول الموكّل لوكيله : « أنت وكيلي في بيع داري يوم الجمعة » بأن كان يوم الجمعة قيداً للبيع لا للوكالة ، وهو أمر جائز ، فهو يكون نظير ما إذا قال : أنت وكيلي على الإطلاق ، ولكن لا تتصرّف في أموالي إلّا يوم الجمعة ، فيكون المقام من قبيل الواجب المعلّق .

إذا عرفت ذلك فنقول : إنّ ظاهر كلمات عدّة من الفقهاء بطلان التعليق في العقود والإيقاعات على وجه الإطلاق ، كما نقله شيخنا الأنصاريّ ﷺ ، وظاهر كلمات عدّة أُخرى منهم بطلان التعليق فيما إذا كان المعلّق عليه أمراً مجهولاً ، كما عرفت عن المحقّق والشهيد الثانيين ، وقد تصدّى شيخنا الأنصاريّ ﷺ لذكر أقسام التعليق وبيان حكم كلّ قسم منه كي يتّضح الحقّ في المسألة .

ومحصّل كلامه : أنّ التعليق ثمانية أقسام ؛ لأنّ المعلّق عليه إمّا أن يكون معلوم الحصول ، أو محتمل الحصول ، وعلى كلا التقديرين فإمّا أن يكون ظرف الحصول هو الحال أو الاستقبال ، وعلى التقادير الأربعة ، فإمّا أن يكون الشرط الذي يذكر في العقد تصريحاً أو تلويحاً ممّا لا تتوقّف عليه صحّة العقد ، كالتعليق على الصفة التي لا دخل لها في تحقّق عنوان العقد ، وإمّا أن يكون الشرط ممّا تتوقّف عليه صحّة

العقد، كأن يكون المبيع ممّا يصحّ تملّكه شرعاً بأن لا يكون خمراً ولا خنزيراً، أو يكون ممّا يصحّ إخراجه عن الملك بأن لا يكون وقفاً ولا أُمّ ولد، أو يكون المشتري ممّن يصحّ تملّكه بأن لا يكون عبداً، أو يكون البائع أو المشتري ممّن يجوز معه العقد بأن لا يكون صبيّاً ولا مجنوناً ولا سفيهاً، وهو الذي يصرف أمواله في المصارف اللاغية.

وقال الأُستاذ الأعظم: «والصحيح أنّ يقسّم التعليق اثنى عشر قسماً بأن يقال: إنّ المعلّق عليه إمّا أن يكون معلوم التحقّق، أو يكون محتمل التحقّق، وعلى كلا التقديرين فإمّا أن يكون المعلّق عليه أمراً حاليّاً، أو أمراً استقباليّاً، وعلى التقادير الأربعة، فإمّا أن يكون الشرط الذي علّق عليه العقد دخيلاً في مهوم العقد أو يكون دخيلاً في صحّته، أو لا يكون دخيلاً في شيء منهما، ويعبّر عنه التعليق بالصفة.

أمّا التعليق على ما يتوقّف عليه مفهوم العقد، فكما لو قال البائع: «إن كان هذا مالي فقد بعته بدرهم»، ويقول المشتري: «قبلت»، فإنّ تحقّق معنى العقد في المثال المذكور متوقّف على أن يكون المبيع ملكاً للبائع، فهذا النحو من التعليق أمر ضروريّ وغير مضرّ بصحّة العقد، سواء كان مذكوراً في متن العقد أو يفهم منه التزاماً. إذن فيكون التعليق صحيحاً في أربعة من تلك الأقسام، ولنا مناقشة معه في المثال، فإنّ كون المبيع ملكاً للبائع لا يكون دخيلاً في تحقّق مفهوم العقد، ولذا نرى تحقّق العقد الفضوليّ، وإنّما يتوقّف على الإجازة تنفيذه وصحّته، والمثال المناسب لما يتوقّف عليه مفهوم العقد هو ما إذا علّق العقد على قبول المشتري، بناءً على أنّ العقد مركّب من الإيجاب والقبول، وليس هو مجرّد الإيجاب، وتوقّف الطلاق على الزوجيّة.

وكيف كان، فالأمر سهل. والعمدة أصل المطلب، وهو أنّ التعليق على ما يتوقّف

عليه مفهوم العقد لا شبهة في صحّته ؛ لأنّه تعليق على ما هو معلّق عليه واقعاً فيدخل أربعة أقسام من التعليق تحت العنوان المذكور فيكون صحيحاً .

القسم الأوّل : أن يكون العقد معلّقاً على أمر حالي معلوم الحصول ، كقول الزوج لزوجته : إن كنت زوجتي فأنت طالق مع العلم بأنّها زوجته بالفعل ، ومن الواضح أنّ المعلّق عليه ـ وهو عنوان الزوجيّة ـ ممّا يتوقّف عليه تحقّق مفهوم الطلاق .

القسم الثاني : أن يكون معلّقاً على أمر استقباليّ معلوم الحصول في ظرفه ، كما إذا قال البائع للمشتري : « بعتك داري إن قبلت » مع العلم بأنّ المشتري سيقبله .

القسم الثالث : أن يكون معلقّاً على أمر حاليّ مع الجهل بتحقّقه ، كما إذا قال رجل لامرأة : « إن كنت زوجتي فأنت طالق » مع جهله بأنّها زوجته .

القسم الرابع : أن يكون معلقّاً على أمر استقباليّ مع الجهل بتحقّقه في ظرفه ، كما إذا قال البائع للمشتري : « بعتك هذا الكتاب إن قبلت » مع احتمال أن لا يقبله ، ولا شبهة في صحّة التعليق في هذه الأقسام الأربعة ؛ إذ المفروض أنّ واقع العقد ومفهومه متوقّف على الشرط المذكور ، سواء ذكر الشرط في ضمن الصيغة أم لا . هذا كلّه في التعليق على ما يتوقّف عليه مفهوم العقد .

وأمّا التعليق على ما يكون دخيلاً في صحّة العقد ككون المبيع ملكاً للبائع ، أو ممّا يملك ، وهذا أيضاً يكون على أربعة أقسام ؛ إذ قد يكون المعلّق عليه معلوم الحصول في الحال ، كما إذا علم البائع حين البيع أنّ المبيع ممّا يملك ، وقد يكون معلوم الحصول في المستقبل ، كالتسليم والتسلّم في بيع الصرف والسلم ، وقد يكون المعلّق عليه حاصلاً وهو مجهول الحصول كالبلوغ والعقل ، وقد يكون استقباليّاً ومجهول الحصول . وقد ذكر لصحّة التعليق في الفرض المذكور وجهان :

الوجه الأوّل : أنّ صحّة العقد واقعاً معلّق على الشرط المذكور حتّى لو لم يعلّق

العقد عليه في لفظ صيغة الإنشاء ، فإنّ تعليق العقد عليه وعدمه سيّان ، إلّا أن يقال في الفرض التعليق اللفظيّ قام الإجماع على بطلانه تعبّداً ، وهو كما ترى .

الوجه الثاني : أنّ المقتضي للصحّة موجود ، وهو شمول العمومات والإطلاقات له ، والمانع مفقود .

وهنا وجه ثالث ذكره الشيخ الطوسيّ في المبسوط قد ذكرناه في المتن مع جوابه عن الشيخ الأنصاريّ ﷺ ، فلا نعيد . هذا تمام الكلام في تعليق العقد على ما يتوقّف عليه صحّته .

وأمّا تعليقه على ما لا يتوقّف عليه مفهومه ولا صحّته ، وهو ما يسمّونه التعليق على الصفة ، فهو أيضاً أربعة أقسام :

لأنّه إمّا أن يكون المعلّق عليه معلوم الحصول فعلاً ، كما إذا قال البائع للمشتري : « إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك داري » مع علمه بأنّ هذا اليوم يوم الجمعة .

قال الأُستاذ الأعظم : « لا شبهة في صحّة هذا القسم من التعليق ؛ لأنّ من يقول بكون التعليق مبطلاً للعقد إنّما هو واقع التعليق لا صورته ، ففي المقام يكون التعليق صوريّاً لا واقعيّاً » .

وإمّا يكون معلوم الحصول في المستقبل ، وفي هذا الفرض قد يكون توقّف البيع على الشرط من قبيل توقّف المشروط على الشرط ، كما إذا قال : « بعتك داري إذا دخل رمضان » ، ومقصوده منه تحقّق البيع من حين دخول شهر رمضان ، لا من حين إنشاء البيع ، وقد يكون من قبيل الواجب المعلّق ، والذي يكون مورداً للإجماع القائم على بطلان التعليق ومبطليّته للعقد هو الفرض الأوّل ، وأمّا الفرض الثاني ، فليس تعليقاً في الواقع ، بل تعليق صوريّ ؛ إذ المفروض وجود العلم بتحقّق المعلّق عليه

في المستقبل ، سواء اشترط أو لم يشترط ، فلا يحصل من قبل الاشتراط شيء زائد على ما هو موجود في الواقع ، وإمّا يكون المعلّق عليه محتمل التحقّق في الحال ، كما إذا قال : « إذا كان اليوم يوم الجمعة فقد بعتك الكتاب » ، وإمّا يكون محتمل التحقّق في المستقبل ، وهذان القسمان أيضاً يقعان تحت معقد الإجماع القائم على مبطليّة التعليق .

فتحصّل : أنّ الإجماع الذي ادّعاه الفقهاء على بطلان التعليق يكون مورده هذه الأقسام الثلاثة من التعليق وأمّا سائر أقسام التعليق ، فالمقتضي للصحّة موجود ، والمانع مفقود . إذن فالذي ينبغي أن يستدلّ به على بطلان التعليق ومبطليّته ـ من الإجماع وغيره ـ هذه الأقسام الثلاثة من التعليق ، فإذا تمّت الوجوه المذكورة تكون هي مخصّصة للإطلاقات والعمومات الدالّة على صحّة البيع مطلقاً ، وإلّا فيكون المرجع نفس العمومات والإطلاقات . وكيفما كان فقد استدلّ الفقهاء على بطلان التعليق في العقود والإيقاعات بوجوه :

الوجه الأوّل : الإجماع .

وفيه ما فيه ، لا سيّما في المقام أنّه محتمل المدرك إن لم يكن مقطوعه .

الوجه الثاني : أنّ التعليق في العقود غير معقول ، فإنّها إمّا أن لا توجد ، وإمّا توجد منجّزةً .

وفيه : أنّ ما ذكر من الاستحالة إنّما يلزم في التعليق في الإنشاء ؛ لأنّ الإنشاء بأيّ معنى كان إذا فرض وجوده في الخارج ، فلا يعقل تعليقه على شيء بعد وجوده في الخارج ؛ إذ معنى تعليقه على شيء أنّه غير موجود ، وهو خلف فرض وجوده .

وملخّص الكلام : أنّ أمر الإنشاء دائر بين الوجود والعدم ، ولا معنى للتعليق

فيه ، إلّا أنّه خارج عن محلّ بحثنا ، وإنّما الكلام في التعليق في المنشأ الذي لا شبهة في إمكانه ، بل في وقوعه ، فإنّ جعل الأحكام الشرعيّة من قبيل القضايا الحقيقيّة التي علّق جعل الحكم فيها على تحقّق الموضوع وشرائطه .

الوجه الثالث : أنّ الظاهر من آية وجوب الوفاء بالعقد ترتّب الآثار عليه من حين العقد ، فمع تعليق العقد على شرط تترتّب عليه الآثار من حين حصول الشرط ، لا من حين تحقّق العقد ، ومعنى ذلك عدم شمول أدلّة الصحّة له من حين العقد ، ومع عدم شمولها للعقد حين صدوره لا تشمله بقاءً أيضاً ، وبالنتيجة أنّ العقود المعلّقة لا تكون مشمولة لأدلّة الصحّة .

وقد أجاب عنه شيخنا الأنصاريّ ﷺ بأجوبة :

الجواب الأوّل : أنّ الإشكال المذكور لو سلّمنا تماميّته ، إنّما يتمّ لو كانت أدلّة صحّة العقود منحصرة بما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد ، وليس الأمر كذلك ، فإنّ الأدلّة المذكورة ليست منحصرة بآية وجوب الوفاء بالعقد ، بل تدلّ عليه آية حلّيّة البيع ، ودليل السلطنة .

وناقش فيه الأُستاذ الأعظم[1] : أنّ آية حلّيّة البيع مختصّة بالبيع ، فيبقى غيره من العقود التعليقيّة خالياً عن دليل الصحّة .

أمّا دليل السلطنة ، فهو ضعيف سنداً ، وأخصّ من المدّعى دلالة ؛ لعدم شموله للنكاح ، فهو يبقى بلا دليل .

ويرد عليه : أنّ أدلّة الصحّة ليست منحصرة بما ذكره من الدليلين ، فإنّ قوله تعالى : ﴿تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾ شامل للعقود على مبناهم ، فهو يكون دليلاً على

(١) مصباح الفقاهة : ٣ : ٦٧ .

صحّة مطلق العقود. هذا **أوّلاً**.

وثانياً: أنّ ما ادّعاه المستدلّ من ظهور آية وجوب الوفاء في ترتّب الأثر من حين تحقّق البيع يجري في آية حلّ البيع، ودليل السلطنة، فهما أيضاً يدلّان على ترتّب الملكيّة من حين تحقّق البيع أو أيّ عقد آخر، ولا يدلّ على صحّة العقود المعلّقة.

وأورد عليه بعض تلامذته على ما نسب إليه: بأنّ هذا الإشكال غير وارد على الشيخ؛ لأنّ دليل السلطنة يدلّ على أنّ للملّاك السلطنة على أموالهم، ومعنى إطلاق دليل السلطنة أنّه لو ملك من دون تعليق فالسلطنة تقتضي التنجيز، وإن ملك معلّقاً، فإنّ دليل السلطنة يقتضي التعليق.

وفيه: أنّ الرواية لا تدلّ على جعل السلطنة على أحكامهم، بل تدلّ على أنّه مسلّط على أمواله بأسبابه الشرعيّة، فإذا أوجد السبب الشرعيّ ـ وهو البيع ـ فيترتّب عليه أثره، ولا يكون ترتّب الأثر الشرعيّ معلّقاً على شيء، وإلّا فلا يكون هو سبباً شرعيّاً. إذن فالإشكال المذكور لا أساس له.

الجواب الثاني: أنّ وجوب الوفاء بالعقد تابع لكيفيّته، فإن كان العقد منجّزاً وجب الوفاء به منجّزاً، وإن كان معلّقاً لم يجب الوفاء به إلّا بعد حصول المعلّق عليه، كما هو شأن وجوب الوفاء بالنذر، وهذا الجواب أيضاً تامّ.

الجواب الثالث: أنّه قد وقع في الشريعة المقدّسة تخلّف الأثر عن العقد في موارد شتّى، كبيع الصرف والسلم والوصيّة، وغيرها، فلتكن العقود المعلّقة من هذا القبيل.

وأورد عليه الأستاذ الأعظم: بأنّه لا وجه لقياس ما نحن فيه بتلك العقود؛ لأنّ صحّتها من ناحية الدليل الخاصّ، فلا يتعدّى منه إلى سائر الموارد.

ولكن إنّ هذا الجواب لا يردّ إشكال الاستحالة المدّعاة في التعليق. نعم، يحتاج في مقام الإثبات إلى دليل.

الجواب الرابع: أنّ ما ذكره من كون التعليق مستلزماً لتخلّف الأثر، إنّما يلزم إذا كان التعليق على أمر خارجيّ غير دخيل في تحقّق العقد، كقوله: «بعتك كتابي إن قدم الحاجّ».

وأمّا إذا كان التعليق على أمر حاليّ دخيل في حقيقة العقد، كما إذا كان العقد معلّقاً على القبول، كما إذا قال: «بعتك كتابي إن قبلت»، فإنّه لا يلزم تخلّف الأثر عن العقد؛ إذ قبل القبول لا عقد وبعده لا تفكيك بين العقد وأثره، فيكون الدليل أخصّ من المدّعى.

وفيه: أنّ هذا الجواب متين إذا قلنا إنّ البيع ليس مجرّد الإيجاب، بل هو مركّب من الإيجاب والقبول، وإذا قلنا إنّ القائل ببطلان التعليق يقول به حتّى في هذه الصورة، ولكنّ الظاهر من كلامه أنّه لا يقول بصحّة التعليق هنا، فيكون هذا المورد خارجاً عن المبحث.

الجواب الخامس: أنّ الدليل الذي ذكره صاحب الجواهر لا يجري في التعليق على الشرط الذي يشكّ في تحقّقه في الحال، فإنّ هذا الشرط المشكوك لا يجعل العقد معلّقاً، بل إنّ تحقّق العقد يكون مراعى بالعلم بظهور الواقع، وعليه فإن انكشف وجود المعلّق في الواقع فيحكم بصحّة العقد من حين تحقّقه، وإلّا فيحكم بفساده من غير أن يكون العقد معلّقاً على الشرط. إذن فهذا الدليل أيضاً يكون أخصّ من المدّعى.

الجواب السادس: أنّ هذا الوجه الذي ذكره صاحب الجواهر ﷺ لبطلان

التعليق لا يجري في غير البيع من العقود التي يتأخّر أثرها بطبعها على العقود، كالوصيّة والتدبير والسبق والرماية والجعالة. إذن فهذا الدليل أيضاً ـ على تقدير تماميّته ـ أخصّ من المدّعى. وهذا الجواب أيضاً متين.

فتلخّص: أنّ الوجه الثالث الذي ذكره صاحب الجواهر ﷺ لبطلان التعليق غير تامّ. هذا تمام الكلام في الوجه الثالث.

الوجه الرابع: أنّ أسباب العقود والإيقاعات أُمور توقيفيّة، فلا بدّ من الاقتصار فيهما على القدر المتيقّن، وهو أن لا يكونا معلّقين بشرط خارجيّ.

وفيه: أنّه على تقدير كونهما من الأُمور التوقيفيّة لا العقلائيّة لا وجه للأخذ بالقدر المتيقّن بعد وجود العمومات والإطلاقات في المسألة، بل نأخذ بهما ونحكم بصحّة كلّ ما صدق عليه عنوان العقود، بلا فرق بين التعليق والتنجيز فيهما.

الوجه الخامس: ما ذكره المحقّق النائينيّ من أنّ العمومات أو الإطلاقات الدالّة على صحّة العقود والإيقاعات منصرفة إلى العقود المتعارفة المرسومة بين الناس، وهي العقود والإيقاعات المنجّزة، وأمّا العقود والإيقاعات المعلّقة التي هي ليست مرسومة بين عامّة الناس، فيشكّ في صدق العقد والإيقاع عليهما عرفاً، فلا يمكن التمسّك بهما لإثبات صحّتهما.

وفيه: **أوّلاً**: أنّه قد حقّق في الأُصول أنّ التعارف الخارجيّ لا يكون منشأ للانصراف ولا موجباً للشكّ؛ وذلك لصدق عنوان العقد والإيقاع على ما هو غير متعارف.

وثانياً: أنّ كون العقد والإيقاع المعلّقين غير متعارفين بين عامّة الناس أوّل الكلام.

قال الأُستاذ الأعظم: «ونتيجة البحث أنّه لا دليل على بطلان العقود بالتعليق لكي يكون ذلك الدليل مخصّصاً لأدلّة صحّة العقود، وعليه فالعمدة في المقام هو

. . . . . .

الإجماع، فإن تمّ فهو، وإلّا فالمرجع هو العمومات والإطلاقات، وقد عرفت عدم تماميّة الإجماع في المقام، ومن هنا جزم المحقّق القمّيّ بصحّة الوكالة المعلّقة، وحكى التأمّل في بطلانها عن المحقّق الأردبيليّ وصاحب الكفاية قدس سرهما.

فتحصّل من مجموع ما ذكرنا عدم قيام دليل قويّ على مبطليّة التعليق في العقود والإيقاع وإن كان أمراً مسلّماً بين الأعلام.

ومن جملة شروط العقد [١] التطابق [٢] بين الإيجاب والقبول [٣]، فلو اختلفا في المضمون [٤] بأن [٥] أوجب البائع البيع على وجه خاصّ من حيث خصوص المشتري [٦]

---

[١] هذا هو المبحث الرابع من مباحث الهيئة التركيبيّة في صيغة البيع، وقع الكلام فيه في اشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول.

[٢] والمراد منه التطابق في المعنى، وأمّا التطابق في لفظ الإيجاب والقبول فليس من شروط العقد.

[٣] بأن يقول المشتري: «قبلت البيع» بعد قول البائع: «بعتك الكتاب»، فلو قال: «قبلت الهبة» بطل العقد؛ وذلك لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

[٤] أي لو اختلف الإيجاب والقبول في المضمون. وفي هذا التعبير إشارة إلى أنّ المعتبر التطابق في المضمون بين الإيجاب والقبول، وأمّا التطابق في اللفظ، فلا يعتبر بينهما.

[٥] كلمة «الباء» تبيين لاختلاف الإيجاب والقبول.

وملخّص الكلام: لا بدّ من التطابق في المضمون بين الإيجاب والقبول في جهات أربع:

الجهة الأُولى: من حيث المشتري.

الجهة الثانية: من حيث المثمن.

الجهة الثالثة: من حيث الثمن.

الجهة الرابعة: من حيث الشروط.

[٦] بأن قال البائع لزيد: «بعتك داري بكذا»، وقال عمرو: «قبلت البيع لنفسي»، ففي الفرض المذكور بطل البيع؛ وذلك لعدم ورود الإيجاب والقبول على

أو المثمن [١] أو الثمن [٢] أو توابع [٣] العقد من الشروط

مورد واحد لاختلاف المشتري الذي هو المخاطب في الإيجاب مع الذي أنشأ القبول، فالتطابق في المشتري بين الإيجاب والقبول لم يحصل.

[١] أي لو اختلف الإيجاب والقبول في خصوص المثمن بأن قال البائع: «بعتك عبدي»، وقال المشتري: «قبلت الجارية».

[٢] أي لو اختلف الإيجاب والقبول في الثمن، بأن قال البائع: «بعتك عبدي بألف درهم» وقال المشتري: «قبلت بمئة درهم».

[٣] أي لو اختلف الإيجاب والقبول من حيث الشروط المذكورة في العقد، كما إذا قال البائع: «بعتك داري بألف دينار بشرط أن تخيط ثوبي»، وقال المشتري: «قبلت البيع بلا شرط». يمكن أن يقال: إنّ عدم التطابق في الشرط لا يوجب عدم انعقاد البيع؛ ضرورة أنّ عدم التطابق في الشرط ليس أقوى من ذكر الشرط الفاسد، فإذا كان فساد الشرط لا يضرّ بصحّة العقد، فعدم قبول المشتري الشرط الذي تضمّنه الإيجاب أولى بعدم الإخلال.

قال الميرزا النائينيّ ﷺ: أنّه لا بدّ من اتّحاد المنشأ بالإيجاب والقبول حتّى بالنسبة إلى التوابع والشروط، فلو أنشأ أحدهما مع شرط وقبل الآخر بلا شرط، أو باع البائع عبدين وقبل المشتري أحدهما ـ وغير ذلك ممّا هو نظير ما ذكرناه ـ لم يصحّ أيضاً؛ لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر، ولا يفيد صحّة العقد المختلف فيه من حيث الإنشاء ثبوت خيار تبعّض الصفقة والتوقّف على الإجازة اللذين هما من آثار العقد الصحيح؛ لأنّه لا بدّ أوّلاً من صحّة العقد باتّحاد المنشأ بأن يتقبّل المشتري ما يملكه وما لا يملكه حتّى يميّز الفسخ من الإمضاء لو علم بالحال، فما يترتّب على الصحّة لا يمكن أن يكون منشأً للصحّة، وكذا قال الأستاذ الأعظم: إنّ الصحيح بطلان العقد

فقبل [١] المشتري على وجه آخر لم ينعقد [٢]،

في هذه الصورة أيضاً؛ إذ مرجع اعتبار الشرط في العقد إنّما يرجع إلى تحديد المنشأ، فيحصل عدم التطابق الموجب للبطلان.

ولكن يمكن أن يقال: إنّ الشرط لا يحدّد المنشأ، بل هو التزام في التزام آخر، وإنّما المعيار بتحقّق المعاهدة، وهي موجودة في المقام، فالقبول بلا شرط أو قبول النصف بنصف الثمن لا يمنع من تحقّق المعاهدة، ومن ذلك ظهر الحال في الأمثلة الآتية.

[١] أي إذا أوجب البائع على وجه خاصّ، فقبل المشتري على وجه آخر بأن لا يحصل التطابق بين الإيجاب والقبول في جهة من الجهات الأربع المذكورة.

[٢] أي إذا أوجب البائع البيع على وجه، وقبل المشتري الإيجاب المذكور، لم ينعقد العقد؛ وذلك لعدم تحقّق المعاهدة بين البائع والمشتري، إذا تعهّد البائع بشيء وتعهّد المشتري بقبوله بشيء آخر، ولم يقبل التعهّد الذي أنشأه البائع.

وهنا قسم خامس من أقسام التطابق بين الإيجاب والقبول قد ترك المصنّف ذكره، وهو التطابق من حيث عنوان المعاملة، بأن يقول البائع: «بعتك داري بكذا»، ويقول المشتري: «قبلت البيع بكذا»، وأمّا اذا اختلفا في خصوص العنوان مع اتّحادهما في المعنون وسائر الخصوصيّات ـ كما إذا قال البائع: «بعت هذا بهذا»، وقال المشتري: «قبلت نقل هذا بهذا»، أو قالت الزوجة: «أنكحتك نفسي على كذا»، أو قال الزوج: «قبلت التزويج على كذا» ـ فالاختلاف في العنوان بهذا المقدار لا يضرّ بالعقد، ولذا نسب إلى السيّد اليزديّ ﷺ في العروة صحّة النكاح مع عدم التطابق المذكور بين الإيجاب والقبول؛ لأنّ العنوان الذي اختلفا فيه كان في المعنون، وهو علقة

ووجه هذا الاشتراط [١] واضح، وهو [٢] مأخوذ من اعتبار القبول، وهو [٣] الرضا بالإيجاب، فحينئذٍ [٤]

الزوجيّة، ولا تخالف فيها.

وإن شئت فقل: العمدة في المقام تحقّق المعاهدة والمعاقدة، وهو موجود، ومجرّد الاختلاف في العنوان غير ضائر وهي موجودة.

[١] أي وجه اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول من جميع الجهات المذكورة أمر واضح؛ لأنّ العقد عبارة عن أمر وحدانيّ متحصّل من الإيجاب والقبول، فلو أنشأ أحدهما البيع، وقبله الآخر بعنوان الهبة لم يتحصّل معنى واحد منهما؛ لعدم ارتباط أحدهما بالآخر؛ ضرورة أنّ ما أنشأه الموجب لم يقبله القابل، وما قبله القابل لم ينشئه الموجب.

وملخّص الكلام: أنّ وجه اشتراط التطابق بينهما عدم صدق المعاهدة بدون التطابق.

[٢] أي اشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول مأخوذ من اعتبار الرضا بالإيجاب.

وتوضيحه: أنّ منشأ القول باعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول هو اعتبار القبول في تحقّق العقد، فإنّه لا يتحقّق إلّا بضمّ القبول على الإيجاب، أي الرضا المبرز، ولا يحصل الرضا بالإيجاب إلّا أن ينشأ القبول بما يكون مطابقاً لما أنشأه الموجب، بأن يتحقّق الرضا بالإيجاب على النحو الذي حصل، فلو لم يحصل التطابق بينهما بأن تعلّق القبول بشيء غير ما أوجبه البائع لم يتحقّق عقد ومعاهدة بينهما على شيء واحد، بل تعهّد من الموجب بشيء، ومن القابل بشيء آخر، ومعه لا يتحقّق عقد.

[٣] أي القبول معناه الرضا المبرَز بالإيجاب الصادر من البائع.

[٤] أي حينما ثبت اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول.

لو قال [١]: بعته من موكّلك بكذا، فقال: اشترتيه لنفسي لم ينعقد [٢]، ولو قال [٣]: بعت هذا من موكّلك، فقال الموكّل غير المخاطب: قبلت، صحّ [٤]. وكذا [٥] لو قال: بعتك فأمر المخاطب وكيله بالقبول، فقبل [٦]، ولو قال: بعتك العبد [٧] بكذا [٨]،

---

[١] أي لو قال البائع: «...». من هنا شرع المصنّف بذكر الأمثلة التي لا يكون فيها التطابق بين الإيجاب والقبول، وهذا مثال لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري، حيث أوجب البائع البيع لموكّل القابل ولم يقبله المشتري لموكلّه، بل قبله لنفسه.

[٢] أي لم ينعقد البيع لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول؛ إذ الإيجاب وقع على الموكّل، والقبول وقع لنفس الوكيل.

[٣] أي لو قال البائع للوكيل: «بعت هذا من موكّلك» ولم يقل الوكيل: «قبلت» وسكت عنه، وإنّما قال الوكيل الذي كان حاضراً عند إجراء العقد: «قبلت».

[٤] أي صحّ البيع المذكور؛ وذلك لتحقّق المعاهدة بعد تحقّق الإيجاب من البائع والرضا بالإيجاب من طرف الموكّل، فيحصل التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري.

[٥] أي كذا صحّ البيع لو قال البائع للمخاطب الموكّل: «بعتك هذا الكتاب» مثلاً.

[٦] أي قبل الوكيل الإيجاب المتوجّه إلى موكّله، فصحّ البيع بقبول الوكيل، وذلك لحصول التطابق بين الإيجاب والقبول في الفرض المذكور، أي من ناحية البائع والمشتري.

[٧] هذا مثال لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول من حيث الثمن والمثمن.

[٨] أي لو قال البائع: «بعتك العبد بعشرة دراهم» مثلاً.

فقال [١]: اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه [٢] لم ينعقد [٣]، وكذا [٤] لو قال: «بعتك العبد بمئة درهم»، فقال: اشتريته بعشرة دنانير، ولو قال [٥] للاثنين: بعتكما العبد بألف، فقال أحدهما: اشتريت نصفه بنصف الثمن، لم يقع [٦]، ولو قال كلّ منهما [٧]، ذلك لا يبعد الجواز [٨]

---

[١] أي قال المشتري: «اشتريت نصف العبد بتمام الثمن كعشرة دراهم».

[٢] وهو معطوف على قوله: «تمام الثمن»، أي يقول المشتري: «اشتريت نصف العبد بنصف الثمن».

[٣] أي لم ينعقد البيع في مثل المقام الذي وقع القبول فيه على شراء نصف العبد بتمام الثمن أو بنصف الثمن، وذلك لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول؛ لأنّ البائع أوقع البيع على تمام المثمن في مقابل تمام الثمن، لا على نصف المثمن في مقابل تمام الثمن، فاختلف الإيجاب والقبول من حيث المثمن.

[٤] أي كذا لا ينعقد البيع لو قال البائع: «بعتك العبد بمأة درهم»، فقال المشتري: «اشتريت العبد بعشرة دنانير»، وذلك لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

وهذا مثال لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول من حيث الثمن.

[٥] أي لو قال البائع للمشتريين، وهذا مثال لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول من حيث المثمن.

[٦] أي لم يقع البيع في الموردين: أمّا في المورد الأوّل، فلاختلاف الإيجاب والقبول في الثمن، وأمّا في المورد الثاني، فلاختلافهما في المثمن؛ إذ المبيع تمام العبد بألف لا نصفه بخمسمئة.

[٧] أي لو قال كلّ واحد من المشتريين: «اشترينا نصف العبد بنصف الثمن».

[٨] أي لا يبعد صحّة البيع في الفرض المذكور؛ وذلك لحصول التطابق بين

ونحوه [١] لو قال البائع: «بعتك العبد بمئة»، فقال المشتري: اشتريت كلّ نصف منه بخمسين، وفيه [٢] إشكال.

الإيجاب والقبول؛ لأنّ المنشأ انتقال نصف العبد إلى أحدهما بنصف الثمن وانتقال نصفه الآخر إلى الآخر منهما بنصف الثمن، وهو قد حصل، ولا وجه لعدم الصحّة بعد حصول المقصود من البيع.

[١] أي نظير الفرض السابق، وهو ما لو قال البائع للاثنين: «بعتك...» كما أنّ البيع يصحّ في الفرض السابق لحصول التطابق بين الإيجاب والقبول، كذلك يصحّ البيع في المقام، وذلك لحصول التطابق.

[٢] أي في جواز البيع وصحّته في هذا الفرض إشكال؛ لإمكان أن يقال بعدم التطابق بينهما؛ لأنّ الظاهر من الأصحاب في قول البائع: «بعتك العبد» قصد انتقال العبد إليه بمجموعه من حيث المجموع بحيث إنّ القصد إلى شراء نصفه ضمنيّ، وقبول المشتري اشتراء نصف العبد لا يكون مطابقاً للإنشاء الصادر من البائع، فيكون البيع باطلاً.

«التحقيق»

في اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول

يقع الكلام فيه في ستّ جهات:

الجهة الأُولى: اعتبار التطابق بينهما في عنوان المعاملة؛ بأن يقول أحد المتعاملين لصاحبه: «بعتك داري بكذا»، ويقول صاحبه: «قبلت البيع بكذا»، فلو قال: «قبلت الهبة بكذا» بطل البيع؛ وذلك لعدم تحقّق المعاهدة بينهما؛ إذ ما أنشأه البائع لم يقبله القابل، وما قبله القابل لم ينشئه الموجب.

. . . . . .

قال المحقّق النائينيّ ﷺ: «إنّ اعتبار التطابق من القضايا التي قياساتها معها؛ لأنّ العقد أمر وحدانيّ متحصّل عن الإيجاب والقبول، فلو أنشأ أحدهما البيع والآخر قبل بعنوان الهبة، لم يتحصّل معنى واحد منهما لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر».

الجهة الثانية: التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية المبيع، بأن يقول البائع: «بعتك عبدي»، ويقول الآخر: «قبلت هكذا»، فلو قال الآخر: «قبلت بيع الجارية» بطل البيع؛ لما عرفت أنّه مع الاختلاف بين الإيجاب والقبول لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، فلا يتحقّق بيع مركّب من الإيجاب والقبول.

الجهة الثالثة: التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية الثمن، وقد ظهر وجه اعتبار التطابق بينهما في الثمن ممّا ذكرناه في الجهة الثانية، فلاحظ.

الجهة الرابعة: التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري، فلو قال زيد لعمرو: «بعتك داري بكذا»، ويقول عمرو: «قبلت البيع لخالد» لبطل البيع؛ لما عرفت من أنّه مع الاختلاف بينهما لا يقع الإيجاب والقبول على مورد واحد، ومعه لا يتحقّق التعاهد والتعاقد بينهما.

ربّما يقال: إنّ التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري لا يعتبر في تحقّق حقيقة البيع، فإنّها تتحقّق حتّى مع عدم التطابق المذكور؛ لما عرفت من أنّ مفهوم البيع عبارة عن تبديل عين بعوض في جهة الإضافة؛ ضرورة أنّ مقتضى هذا التعريف هو عدم اعتبار لحاظ البائع الخاصّ، ولا المشتري المعيّن في تحقّق حقيقة البيع ومفهومه، بل مقتضى هذا التعريف عدم اعتبار كون البائع مالكاً للمبيع، وكون المشتري مالكاً للثمن، ولذا يحكم بصحّة البيع الفضوليّ.

إن قلت: لا نسلّم عدم اعتبار لحاظ الطرفين في المعاملات؛ إذ لا بدّ في النكاح من التطابق بين الإيجاب والقبول بالنسبة إلى الزوجين، فإنّ منزلتهما في عقد الزواج

منزلة العوضين في البيع ، وقد عرفت اعتبار التطابق فيه من ناحية العوضين .

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم : أنّ التعريف المذكور للبيع إنّما يقتضي عدم اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول بالنسبة إلى البائع الخاصّ والمشتري الخاصّ فيما إذا كان العوضان من الأعيان الخارجيّة ، أمّا إذا كان أحدهما كلّيّاً في الذمّة ، فإنّه عندئذٍ لا بدّ من اعتبار التطابق فيه من ناحية البائع والمشتري ؛ ضرورة أنّ ذمم الأشخاص مختلفة بحسب قوّة الوثاقة وضعفها ؛ إذ ربّ شخص لا يعتمد عليه في الأمور الحقيرة ، وربّ شخص تطمئنّ إليه النفس في الأُمور الخطيرة .

وعليه فإذا باع زيد متاعه من عمرو بخمسين ديناراً في الذمّة ، فإنّه ليس لعمرو أن يقبل هذا البيع لغيره ، فالارتضاء بالأُولى لا يستلزم الارتضاء ببقيّة الذمم .

وفيه : أوّلاً : أنّ ما ذكره من الدليل لاعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول فيما إذا كان أحد العوضين كلّيّاً في الذمّة أخصّ من المدّعى ، فإنّ عدم التطابق يدلّ على بطلان البيع في الذمّة التي لا يعتمد عليها ، وأمّا لو كان الغير ممّن يعتمد عليه فلا يرد عليه الإشكال المذكور ، فلا مانع من صحّة البيع عند عدم التطابق .

وثانياً : أنّه بعد صدق مفهوم البيع عليه ـ كما هو المفروض ـ فإنّ عدم الارتضاء ببقيّة الذمم لا يوجب بطلانه ، بل يكون من قبيل البيع الفضوليّ .

الجهة الخامسة : التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية الشروط المذكورة في العقد ، فإذا خالف الإيجاب والقبول في ذلك ربّما يقال بصحّة العقد في هذه الصورة ؛ نظراً إلى أنّ الشرط لا يرتبط بالعقد ، وإنّما هو التزام في التزام آخر .

قال المحقّق الايروانيّ[1] : « إذا كان فساد الشرط لا يخلّ بصحّة العقد ، فعدم

(١) حاشية المكاسب : ٩٢ .

قبول المشتري للشرط الذي تضمّنه الإيجاب أوْلى بعدم الإخلال».

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم: «أنّ الصحيح بطلان العقد؛ لأنّ مرجع اعتبار الشرط في العقد إمّا إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشيء، أو إلى تعليق لزوم العقد على شيء، أو إلى تعليقهما معاً».

أمّا الأوّل، فكاشتراط شرط في عقد الزواج.

أمّا الثاني، فكاشتراط الكتابة في العبد المبيع.

أمّا الثالث، فكاشتراط عمل في البيع ونحوه، ونذكر في المبحث المذكور أنّ تعليق اللزوم يرجع إلى جعل الخيار، وجعل الخيار إنّما يرجع إلى تحديد المنشأ، وفي جميع ذلك يكون عدم التطابق موجباً للبطلان.

وأورد عليه بعض تلامذته على ما نسب إليه مقرّره بوجوه:

الوجه الأوّل: أنّ ما ذكره من أنّ جعل الخيار يرجع إلى تحديد المنشأ ممنوع؛ لأنّ تمليك العين بملكيّة محدودة يعدّ مخالفاً للمرتكز العرفيّ، فلا تحديد عرفاً بالنسبة إلى الملكيّة.

وفيه: أوّلاً: أنّ الارتكاز العرفيّ بما هو ليس من الأدلّة، إلّا في باب المفاهيم، وأمّا في باب الأحكام فليس هو حجّة، إلّا أن يكون كاشفاً عن رأي المعصوم، وهو ليس كذلك في المقام لاحتمال أن يكون ناشئاً من فتاوى الأصحاب، كما هو كذلك في أغلب موارد السير والارتكازات.

وثانياً: إنّا لو سلّمنا أنّ مقتضى الارتكاز العرفيّ هو الملكيّة المطلقة، إلّا أنّه يرفع اليد عن هذا المفهوم بالقرينة الخارجيّة، وهو عدم إمكان جعل الخيار مع فرض الملكيّة المطلقة، فإنّ رفع اليد عن الظهور الإطلاقيّ بالقرينة الخارجيّة ليس

فيه خفاء.

الوجه الثاني: أنّ من خصوصيّات الملكيّة كونها إنشائيّة، والإنشاء أمر قصديّ، فمن يراجع قصده يجد أنّه لا يقدم في البيوع الخياريّة على قصد الملكيّة المحدودة، فإذا كان المنشأ محدوداً كان على المنشئ أن يقصدها مع أنّه غير قاصد لها وجداناً.

وفيه: أنّ الوجدان في مثل المقام يحكم على خلاف ما ذكره؛ لأنّ الأستاذ الأعظم ذكر ـ على ما نقل عنه سيّدنا الأستاذ في كتابنا المسمّى بدراساتنا ـ أنّ البائع حين بيعه إمّا يملّك المبيع للمشتري حتّى بعد الفسخ، وإمّا يملّكه إلى حين الفسخ، وإمّا يملّكه مهملاً من هذه الجهة، والقسم الأخير محال لاستحالة الإهمال في الواقعيّات، والقسم الأوّل ـ أعني تمليكه له حتّى بعد الفسخ ـ يرجع إلى التناقض؛ إذ من الواضح أنّ التمليك حتّى بعد الفسخ مع انتفاء الملكيّة بالفسخ متنافيان، فيتعيّن القسم الثاني، ـ أعني التمليك إلى قوله: «فسخت» ـ وبما أنّ العقود تابعة للقصود، والشارع يمضي العقد بهذه الكيفيّة المخصوصة.

وقد أورد عليه سيّدنا الأستاذ (دام ظلّه) بخمسة إيرادات، ذكرناها في الجزء الرابع من دراساتنا، فسيأتي التحقيق وبيان ما هو المختار في مبحث خيار الشرط إن شاء الله.

الوجه الثالث: أنّ الخيار متقوّم بسلطنة ذي الخيار على فسخ العقد وإبطاله، أو إمضاء العقد وإنفاذه، ومعنى السلطنة على إمضاء العقد وإنفاذه هو إبقاء العقد في وعاء الاعتبار، وعليه فإذا كانت الملكيّة محدودة منذ البداية، ومقيّدة إلى زمان الفسخ، فلا معنى لإمضاء العقد حينئذٍ؛ لأنّ إمضاء العقد إمّا بمعنى إبقاء العقد كما هو عليه، فإنّ مثله لا يحتاج إلى الإمضاء؛ لأنّه أنشأ الملكيّة المحدودة إلى زمان الفسخ منذ البداية، فلو أمضى أوّلاً فالملكيّة إلى زمان الفسخ باقية وثابتة،

. . . . . .

وغير محتاجة إلى الإمضاء الثاني ، وإمّا بمعنى إخراج العقد من التزلزل وصيرورته مستقرّاً ، فإنّه يلزم منه انقلاب ما أنشأه محدوداً إلى ملكيّة دائمة ، وهو غير معقول .

وفيه : أنّ مورد الكلام البيع المشروط بالخيار ، فإنّ المدّعى أنّ البائع أنشأ الملكيّة المحدودة إلى قوله : « فسخت » ، وأمّا إذا لم يقل : « فسخت » يكون البيع مستمرّاً وباقياً بحكم الشارع ، فإنّ إنشاء الملكيّة لا يستلزم إمضاءه ، فإنّ الكاشف عنه يكون عدم فسخه له . إذن معنى الإمضاء الثاني للعقد عدم التلفّظ بقوله : « فسخت » ، فيكون العقد مستمرّاً ، وليس معناه انقلاب الموقّت إلى الدوام ، بل معناه أنّ عدم ذكر « فسخت » يكون كاشفاً عن دوام ما أنشأه ، وكم فرق بين الأمرين يعرف التأمّل فيما ذكرناه .

الوجه الرابع : أنّه لا ترديد في بطلان تحديد الملكيّة بالزمان ؛ لأنّ التحديد مخالف للإجماع ، فقد قامت الضرورة الفقهيّة على بطلان جعل ملكيّة الدار لزيد لمدّة سنة أو ستّة أشهر ، فجعل الملكيّة محدودة إلى زمان الفسخ يستلزم تحديد الملكيّة بالزمان ، وما يستلزم الباطل الفقهي باطل .

والجواب عنه : ما ذكره الأُستاذ الأعظم في مبحث الشروط بأنّا نسلّم ممنوعيّة جعل الملكيّة المحدودة لمخالفته الإجماع ، إلّا أنّ الإجماع لا يشمل تحديد الملكيّة بالفسخ ؛ لأنّها ملكيّة محدودة بالأحوال ، ومثل هذا التحديد خارج عن معقد الإجماع ، فالمقتضي لصحّة الملكيّة المحدودة بهذا المعنى موجود ، والمانع منه مفقود .

وأيضاً يمكن الجواب عنه بما ذكره الأُستاذ الأعظم في مبحث جعل الخيار على ما نسب إليه : بأنّ الباطل بحكم الإجماع الملكيّة المحدودة بالزمان دون الملكيّة المحدودة إلى زمان الفسخ ، فإنّها عبارة عن الملكيّة المحدودة بالزمانيّ ، فيكون

خارجاً عن معقد الإجماع ، ولا يكون هو دليلاً على بطلانه .

وأجاب عنه بعض تلامذته : أنّ هذا الزمانيّ المفروض محدّداً للملكيّة لا يمكن فرض تحقّقه في الخارج إلّا في إطار الزمان ، فإنّها وإن لم تعلّق الملكيّة على الزمان صراحة ، لكنّها تعدّ معلّقة عليه واقعاً ، ويستحيل أن تكون الملكيّة المنشأة مطلقة من حيث الزمان ، ومحدودة من حيث الزمانيّ .

وفيه :

أوّلاً : النقض بالنكاح ، فإنّه إيجاد للعلقة المطلقة من حيث الزمان ، مع أنّه بحسب الزمانيّ محدود واقعاً : إمّا بالطلاق ، وإمّا بموت أحد الطرفين .

وثانياً : بالحلّ ، إنّ المبحث هو تحديد الملكيّة وإطلاقها إثباتاً لا ثبوتاً .

وثالثاً : أنّ الإجماع دليل لبّيّ يقتصر على معقده فقط ، والمفروض أنّ معقده التقييد بالزمانيّ والتعدّي منه إلى الزمان ، ودعوى أنّه أيضاً معقد الإجماع خلاف الفرض ، ومجرّد رجوع أحد الأمرين إلى الآخر واقعاً لا يكون سبباً لدخوله في معقد الإجماعات .

أضف إليه : النقاش في أصل حجّيّة الإجماع ، وأضعف منه الضرورة الفقهيّة ، فإنّ الكاشف عن رأي المعصوم ضرورة المذهب لا ضرورة الفقه ، فإنّها لا أقلّ محتمل المدرك .

ولكن الحقّ مع ذلك كلّه أنّ عدم التطابق في الشروط لا يكون موجباً لبطلان العقد ، فإنّ غاية ما يقال فيه أنّه يكون نظير الشرط الفاسد ، فكما أنّه لا يكون مبطلاً كذلك عدم قبول الشرط لا يكون معناه عدم قبول ذات المشروط .

الجهة السادسة : عدم التطابق بين الإيجاب والقبول في أجزاء المبيع والثمن ،

. . . . . .

فقد حكم الميرزا النائينيّ ﷺ ببطلان البيع في هذه الصورة، وذلك لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر.

وقال الأُستاذ الأعظم: إنّ مرجع بيع الدار بخمسين ديناراً إلى بيع كلّ نصف منهما بخمسة وعشرين ديناراً مع اشتراط كلّ منهما بوجود الآخر، فإذا قبل المشتري أحدهما دون الآخر رجع ذلك إلى عدم المطابقة من جهة الشرط، ولكنّ الظاهر بحسب الفهم العرفيّ أنّ ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع.

ومن جملة الشروط [١] في العقد أن يقع كلّ من إيجابه [٢] وقبوله في حال يجوز لكلّ واحد منهما [٣] الإنشاء، فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول [٤]، أو خرج البائع حال القبول [٥] عن قابليّة الإيجاب لم ينعقد [٦]. ثمّ إنّ عدم قابليّتهما [٧] إن كان لعدم كونهما [٨]

---

[١] أي من جملة شروط صحّة العقد أهليّة المتعاقدين لصدور الإيجاب والقبول منهما من حين الشروع في الإيجاب إلى الفراغ من القبول، فلا يجوز الإنشاء لأحد المتعاقدين حال كون الآخر فاقداً لشرائطه.

[٢] أي أن يقع كلّ من إيجاب العقد وقبوله.

[٣] أي يجوز الإنشاء لكلّ واحد من المتعاقدين بأن يكون البائع أهلاً لأن يصدر منه الإيجاب، والقابل أهلاً لأن يصدر منه القبول.

[٤] أي غير قابل لأن يصدر منه إنشاء القبول، بأن لا يكون أهلاً له، كما إذا كان مجنوناً حال الإيجاب، ثمّ أفاق حال القبول.

[٥] أي خرج البائع عن قابليّة صدور الإيجاب منه حال إنشاء المشتري صيغة القبول بأن عرض الإغماء على البائع بعد الإيجاب، وفي حال إغمائه قال المشتري: «قبلت».

[٦] أي لم ينعقد البيع؛ وذلك لعدم صدق المعاهدة بينهما مع عدم الأهليّة في كلّ من المتعاقدين؛ لأنّه لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، فإنّ انتفاء الأهليّة في كلّ منهما حالة إنشائه أو حالة إنشاء الآخر يوجب عدم انعقاد العقد الذي هو التعاهد من الطرفين.

[٧] أي أنّ عدم قابليّة المتعاقدين لإنشاء الإيجاب والقبول.

[٨] أي لعدم كون المتعاقدين قابلين لتوجيه عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إليهما، كما

قابلين للتخاطب كالموت والجنون والإغماء، بل النوم، فوجه الاعتبار[١] عدم تحقّق معنى المعاقدة والمعاهدة حينئذٍ[٢]، وأمّا صحّة القبول[٣] من الموصى له بعد موت الموصي

إذا مات البائع بعد إيجابه، وقبل قبول المشتري، أو مات المشتري، أو عرض عليهما الجنون أو أُغمي عليهما، بل لو نام أحد المتعاقدين أوكليهما.

[١] أي وجه اعتبار هذا الشرط في صحّة العقد، وهو أهلّيّة المتعاقدين لصدور العقد منهما حين الشروع في الإيجاب والقبول.

[٢] أي حينما لم يكن المشتري له قابليّة لإنشاء القبول حال إيجاب البائع، أوكان البائع خارجاً عن قابليّة صدور الإيجاب منه حال قبول المشتري.

ملخّص الكلام: أنّ وجه اعتبار هذا الشرط في صحّة العقد هو أنّه مع عدم قابليّة البائع لإنشاء الإيجاب والمشتري لإنشاء القبول لا يتحقّق مفهوم العقد والمعاهدة بين المتعاقدين.

[٣] هذا جواب عن إشكال مقدّر، وملخّص الإشكال هو أنّا لا نسلّم اعتبار بقاء كلّ من المتعاقدين على الشرائط من حين الشروع إلى الإيجاب إلى الفراغ من القبول؛ وذلك لوضوح صحّة قبول الموصى له بعد موت الموصي الذي هو الموجب، فإنّ الموصى له حين قبوله للوصيّة التمليكيّة خرج الموصي ـ الذي هو الموجب ـ عن أهليّة الإنشاء بسبب فوته، فيعلم من ذلك عدم اعتبار الشرط المذكور ـ وهو اشتراط أهليّة المتعاقدين ـ بصدور الإيجاب والقبول من حين الشروع في الإيجاب إلى الفراغ من القبول، فلو اشترط كون الإيجاب والقبول حال حياة المتعاقدين كيف تصحّ الوصيّة مع قبول الموصى له بعد موت الموصي.

وملخّص الجواب: أنّ الوصيّة من الإيقاعات، ومورد البحث هنا هو

فهو[١] شرط تحقّقه لا ركن، فإنّ[٢] حقيقة الوصيّة الإيصاء، ولذا[٣]

العقود لا الإيقاعات، وبالنتيجة أنّ قبول الموصى له ليس ركناً كركنيّة القبول، بل هو شرط لنفوذ الوصيّة التي هي من قبيل الإيقاعات.

[١] أي قبول الموصى له شرط لتحقّق الوصيّة، لا أنّه ركن للعقد، وهذا بخلاف القبول في البيع ونظائره، فإنّه ركن مقوّم له، فلا بدّ أن يقع حال حياة البائع. والضمير المذكّر ـ أعني به قوله: «فهو» ـ يرجع إلى الوصيّة باعتبار رجوعها إلى الإيصاء، وفي بعض النسخ فهو شرط حقيقة لا ركن.

[٢] تعليل لما ذكره من كون قبول الموصى له شرطاً لا ركناً، أي إنّما قلنا بأنّ قبول الموصى له شرط لتحقّق الوصيّة، وليس من الأركان، كما أنّ القبول في العقد من الأركان؛ لأنّ الوصيّة ليست من العقود كي لا تتحقّق إلّا بالقبول بحيث يكون القبول ركناً، بل هي من الإيقاعات التي تتحقّق بالإيجاب فقط؛ لأنّ حقيقة الوصيّة ترجع إلى الإيصاء الذي هو فعل الموجب فقط، فيكون إيقاعاً، وليست بعقد كي يكون مركّباً من الإيجاب والقبول بحيث يكون القبول ركناً مقوّماً له.

وتوضيحه: أنّ الوصيّة قسمان: تمليكيّة، وهي أن يجعل الموصي شيئاً من تركته للفقراء مثلاً بعد وفاته، وعهديّة، وهي أنّ يأمر الموصي بالتصرّف بشيء يتعلّق به من بدن أو مال، فالوصيّة بكلتا معنييها ليست معاهدة مع الغير، أمّا الوصيّة التمليكيّة فحقيقتها جعل شيء ملكاً لغيره بعد موته، وليست معاقدة مع الغير على الملكيّة، غاية الأمر يتوقّف نفوذ التمليك على رضاه، أو عدم ردّه على خلاف فيه. وأمّا الوصيّة العهديّة فحقيقتها الإيصاء بالغير، أي عهده إليه، لا أنّه يتعاهد معه.

[٣] أي الشاهد على ما ذكرنا من أنّ حقيقة الوصيّة التمليكيّة إيقاع وليست بعقد.

لو مات[١] قبل القبول قام وارثه[٢] مقامه ولو ردّ[٣] جاز له القبول بعد ذلك.

---

[١] أي لو مات الموصى له قبل قبول الوصيّة التمليكيّة.

[٢] أي قام وارث الموصى له مقام الموصى له.

[٣] أي لو ردّ الموصى له الوصيّة جاز لوارثه أن يقبل الوصيّة بعد موت الموصى له ما دام الموصي حيّاً، وهذا يدلّ على عدم كون القبول ركناً؛ إذ لو كان ركناً لكان الردّ مانعاً عن انضمامه إلى الإيجاب، كما هو كذلك في جميع العقود.

وملخّص الكلام: أنّ الوصيّة لو كانت معاقدة مع الغير فلم يجز للوارث أن يقوم مقام الموصى له؛ إذ الوصيّة معاقدة مع المورّث دون الوارث، فقبول الوارث أجنبيّ عن العقد.

وقد أفاد المحقّق الأصفهانيّ[1] في توجيه قول المصنّف: «لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه»: أنّه لو كانت الوصيّة عقداً فهي معاقدة مع المورّث دون الوارث، فقبول الوارث أجنبيّ عن ما يتقوّم به المعاهدة والمعاقدة، وأمّا بناءً على أنّها تمليك محض لا معاقدة على الملكيّة، فطرف الملكيّة وإن كان هو المورّث، لكنّه قد استفيد من الأخبار أن للموصى له حقّ القبول الذي هو شرط تحقّق الملكيّة، فينتقل منه إلى وارثه، فبقبوله ينتقل الملك إلى المورّث كما في حقّ الخيار، ولا يمكن إجراء هذا البيان في المعاقدة مع المورّث؛ إذ قبول الوارث لا يحقّق المعاهدة مع المورّث، فإنّه قبول من غير طرف المعاقدة، ولا معاقدة معه.

أقول: إنّ الوصيّة على قسمين: عهديّة وتمليكيّة، أمّا الوصيّة العهديّة،

---

(١) حاشية المكاسب: ٧٣.

فلا تحتاج إلى القبول ، وعليه فلا مجال للإشكال بأنّه لو اشترط كون الإيجاب في حال حياة المتعاقدين كيف ينفذ قبول الموصى له بعد موت الموصي ؛ إذ الوصيّة العهديّة ليست عقداً كي يحتاج إلى القبول . ويجاب عنه بأنّ القبول ليس ركناً في الوصيّة ، بل شرط ، بل هي من الإيقاعات التي لا تحتاج إلى القبول أصلاً .

وأمّا الوصيّة التمليكيّة ، فذهب المشهور إلى اعتبار القبول فيها ، ولكنّهم أيضاً اختلفوا في كون الوصيّة عقداً أو إيقاعاً ؛ إذ بعضهم يعتقدون كون القبول جزءاً ، فعليه تكون من العقود ، ويكون النقض وارداً ، ولكن بعضهم يعتقدون أنّه شرط على وجه الكشف أو النقل ، فيكون من الإيقاعات ، فلا يكون النقض وارداً .

فما أفاده المحقّق الأصفهانيّ من الفرق غير فارق ؛ إذ لا يستفاد من الأخبار أنّ للموصى له حقّ القبول كي ينتقل حقّ القبول إلى وارثه ، فإنّ دعوى انتقال حقّ القبول إلى الوارث محلّ منع صغرى وكبرى ، بل لا وجه لقيام الوارث مقام الموصى له ؛ إذ قبول الوارث إن كان لنفسه فهو مخالف للإيجاب ، وإن كان للموصى له فهو ليس بوكيل عنه ولا وليّ عليه . هذا هو مقتضى القاعدة .

نعم ، يستفاد من الأخبار أنّ الموصى له إذا مات قبل الموصي ، ولم يرجع في الوصيّة ، فهي لوارث الموصى له ، ولعلّها صارت منشأ لما ذهب إليه المحقّق الأصفهانيّ من الاعتقاد بدلالة الأخبار على أنّ للوارث حقّ القبول ، والحال أنّها أجنبيّة عن ذلك .

ونحن نذكر بعض هذه الروايات كي يتّضح الحال .

منها: ما رواه محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : « **قَضىٰ أَمِيرُ**

وإن كان [١] لعدم الاعتبار برضاهما، فلخروجه [٢] أيضاً

الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِي رَجُلٍ أَوْصىٰ لِآخَرَ وَالْمُوصىٰ لَهُ غَائِبٌ، فَتُوُفِّيَ الْمُوصىٰ لَهُ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ قَبْلَ الْمُوصِي. قَالَ: الْوَصِيَّةُ لِوَارِثِ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصىٰ لِأَحَدٍ، شَاهِداً كَانَ أَوْ غَائِباً، فَتُوُفِّيَ الْمُوصىٰ لَهُ قَبْلَ الْمُوصِي، فَالْوَصِيَّةُ لِوَارِثِ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ، إِلّا أَنْ يَرْجِعَ فِي وَصِيَّتِهِ قَبْلَ مَوْتِهِ»[1].

ومنها: ما رواه الساباطيّ، قال: «سألت أبا جعفر عن رجل أوصى إليّ وأمرني أن أعطيّ عمّاً له في كلّ سنة شيئاً، فمات العمّ، فكتب: **أَعْطِ وَرَثَتَهُ»**[2]، وغيرهما.

والمستفاد من هذه الروايات أنّ الوصيّة لوارث الموصى له، ولا يكون قبوله معتبراً فيه، كما أنّه لا يكون ردّه مانعاً، كما هو مقتضى الإطلاق، فلنأخذ به، إلّا أن يخصّص بإجماع غيره.

[١] عطف على قوله: «إن كان» لعدم كونهما قابلين للتخاطب، أي عدم كون المتعاقدين أهلاً لصدور إنشاء الإيجاب والقبول منهما إن كان لأجل عدم كون العبرة برضاهما لأجل كون أحد المتعاقدين من البائع والمشتري محجوراً أو مفلساً، فيكون رضاهما بالبيع كالعدم.

[٢] أي إنّما كان عدم الاعتبار برضا المتعاقدين مخرجاً لهما عن أهليّة صدور الإيجاب والقبول منه؛ لأنّ العقد الصادر ممّن لا اعتبار برضاه كالسفيه والمجنون لا يصدق عليه مفهوم التعاهد والتعاقد.

---

(١) وسائل الشيعة: الجزء ١٩، الباب ٣ من أحكام الوصايا، الحديث ١.

(٢) المصدر المتقدّم: الحديث ٣.

عن [١] مفهوم التعاهد والتعاقد؛ لأنّ [٢] المعتبر فيه عرفاً رضا كلّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه، كمن [٣] يعرض له الحجر بفلس [٤] أو سفه [٥]

---

[١] أي كما أنّ العقد الصادر ممّن لا أهليّة للتخاطب خارج عن مفهوم التعاهد، كذلك العقد الصادر ممّن لا عبرة برضاه خارج عن مفهوم التعاهد، فلا يشمل دليل وجوب الوفاء بالعقد على العقد الصادر منهما.

[٢] أي إنّما قلنا بخروج العقد الصادر ممّن لا اعتبار برضاه ـ كالسفيه ـ عن مفهوم التعاقد؛ لأنّ المعتبر في صدق التعاقد والتعاهد عرفاً أن يكون كلّ من المتعاقدين راضياً لما ينشئه الآخر، بأن كان البائع راضياً لما ينشئه المشتري وبالعكس، ومع عدم اعتبار رضا كلّ منهما وكون رضائهما بحكم العقد، لا يصدق التعاهد على الإنشاء الصادر منهما.

[٣] قال الشهيديّ: «إنّ قوله: ـ «كمن يعرض له الحجر إلى قوله: أو مرض موت» ـ ينبغي أن يقدّم على قوله: «فلخروجه...»؛ لأنّ الظاهر أنّه مثال لمن لا اعتبار برضاه، كما يدلّ عليه التمثيل لعدم القابليّة في الشرطيّة الأُولى بالموت والجنون والإغماء.

[٤] بأن يكون البائع حين إنشاء البيع ممنوعاً من التصرّف في ماله بسبب كونه مفلساً وزال حجره وممنوعيّته حين قبول المشتري للإيجاب، أو كان المشتري حين القبول مفلّساً، فإنّهما وإن كانا حين حجرهما بفلس راضيين بإنشاء العقد، إلّا أنّه لا عبرة برضاهما ما دام أنّهما مفلّسان ومحجوران من التصرّف.

[٥] أي كمن يعرض له المنع من التصرّف في أمواله بسبب عروض سفه على البائع أو المشتري، بأن كان البائع سفيهاً حين إيجابه أو المشتري سفيهاً حين

أو رقّ [١] أو قرض [٢] أو مرض موت [٣]، والأصل [٤] في جميع ذلك [٥]

قبوله.

[١] أي كمن يعرض له الحجر بسبب كونه رقّاً بأن كان البائع حربيّاً فاسترقّ قبل قبول المشتري، أو المشتري كان حربيّاً فاسترقّ بعد إيجاب البائع.

[٢] أي كمن يعرض له الحجر بسبب كونه مديناً ولا يكون ماله أزيد من أداء دينه، أو لم يكن وافياً بأداء دينه، وفي بعض النسخ: «لو فرض» مكان «أو قرض».

[٣] أي كمن يعرض له الحجر بمرض صار سبباً لموته. هذا بناءً على عدم صحّة منجّزات المريض، بأن كان البائع حين إنشائه البيع في مرض الموت، أو كان المشتري حين قبوله في مرض الموت، ففي جميع الموارد المذكورة لا عبرة برضا المتعاقدين، فرضاهما كلا رضائهما، ومن الواضح أنّه لا يتحقّق مفهوم المعاقدة والمعاهدة ما لم يكن مقروناً للرضا المعتبر.

[٤] من هنا شرع شيخنا الأنصاريّ ﷺ لبيان أنّ الدليل لاعتبار رضا كلّ منهما بما ينشئه الآخر حين إنشائه، أي أنّ الأصل والأساس في اعتبار العرف رضا كلّ منهما بما ينشئه الآخر حين إنشائه في جميع الأمثلة المذكورة، والكاشف عن اعتبار الرضا المذكور هو أنّه من المعلوم عند العرف أنّ الموجب لو فسخ قبل تمام القبول لغى الإيجاب السابق، ولا وجه لذلك إلّا اعتبار تحقّق الرضا الموجب، ووجوده إلى زمان القبول، وإلّا لما أثّر الفسخ؛ لأنّ ما يخرّبه الفسخ عين ما يعمّره الرضا، وهذا الدليل ما سمّي بالدليل الإنّي الذي هو كشف المعلول عن علّته.

[٥] أي المأخذ في اعتبار رضا كلّ من المتعاقدين على ما ينشئه الآخر في جميع الأمثلة المذكورة، وعدم تحقّق المعاهدة عند عدم قابليّة الموجب والقابل

أنّ الموجب [١] لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق [٢]، وكذا [٣] لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راضٍ أو كان [٤] ممّن لا يعتبر رضاه ـ كالصغير ـ فصحّة كلّ من الإيجاب والقبول يكون معناه [٥] قائماً [٦] في نفس المتكلّم من أوّل العقد [٧] إلى أن يتحقّق تمام السبب،

لصدور الإنشاء منهما، سواء كان عدم القابليّة لأجل عدم كونهما قابلين للتخاطب، أو كان لأجل عدم العبرة برضاهما.

[١] أي البائع الذي صدر منه الإيجاب لو فسخ إيجابه قبل تمام إنشاء القبول من المشتري بأن فسخه حال القبول، وقوله: «قبل القبول» احتراز عمّا لو فسخ الإيجاب بعد قبول المشتري، فإنّ فسخه يكون لغواً لا إيجابه.

[٢] ولا وجه لكون الفسخ موجباً للغويّة الإيجاب السابق إلّا اعتبار تحقّق رضا الموجب بالعقد ووجوده إلى تمام القبول، وإلّا لما أثّر الفسخ ولما أوجب لغويّة الإيجاب.

[٣] أي كذا لغى إيجاب البائع لو كان المشتري في زمان إيجاب البائع غير راضٍ بإيجابه بأن كان مكرهاً على القبول.

[٤] أي أو كان المشتري راضياً بالإيجاب، إلّا أنّه كان ممّن لا عبرة برضاه بأن كان سفيهاً حين إنشاء البائع إيجابه.

[٥] أي معنى كلّ من الإيجاب والقبول.

وملخّصه: أنّ كلّاً من الإيجاب والقبول الصحيح ما كان معناه موجوداً في نفس المتعاقدين من أوّل الإيجاب إلى آخر القبول.

[٦] أي إنّما يصحّ الإيجاب والقبول إذا كان المتعاقدان راضيين بمعنى الإيجاب والقبول من أوّل العقد إلى أن يتحقّق تمام السبب الذي يتمّ به معنى المعاقدة.

[٧] أي من الشروع في الإيجاب إلى أن يتحقّق القبول بتمامه.

وبه [١] يتمّ معنى المعاقدة، فإذا لم يكن هذا المعنى [٢] قائماً في نفس أحدهما، أو قام [٣] ولم يكن قيامه معتبراً، لم يتحقّق معنى المعاقدة [٤].

ثمّ إنّهم [٥] صرّحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره،

---

[١] أي بقيام معنى كلّ من الإيجاب والقبول في نفس المتكلّم من الأوّل إلى الآخر يتمّ معنى المعاقدة.

[٢] أي إذا لم يكن معنى الإيجاب والقبول قائماً في نفس المتعاقدين ولم يستمرّ رضاؤهما بمعنى الإيجاب والقبول من أوّل العقد إلى أن يتحقّق السبب الذي يتمّ به معنى المعاقدة بأن لم يكن أحد المتعاقدين راضياً بما أنشأه الآخر.

[٣] أي أو كان معنى الإيجاب والقبول قائماً في نفس المتكلّم بأن كانا راضيين بهما من أوّل الإيجاب إلى آخر القبول، ولكن لا عبرة برضاهما أو برضا أحدهما، وذلك إمّا لعدم المقتضي لاعتباره كرضا غير البائع، أو لوجود مانع من اعتباره، كالفلس وغيره.

[٤] وذلك لانتفاء شرط تحقّق المعاهدة، وهو الرضا المعتبر من المتعاقدين بمعنى الإيجاب والقبول من أوّل الإيجاب إلى آخر القبول.

[٥] أي أنّ العلماء صرّحوا بكفاية لحوق رضا البائع للبيع إذا وقع مكرهاً عليه، وهذا نقض على ما ذكرناه من أنّ الرضا في حال إنشاء كلّ من الإيجاب والقبول يعتبر في تحقّق المعاهدة.

وملخّص النقض هو: أنّه لا شبهة في صحّة بيع المكره إذا رضى به بعد البيع مع أنّ الأهليّة والرضا بالإنشاء في حال إنشاء كلّ من المتعاقدين لم يكن حاصلاً، فيعلم من ذلك عدم اشتراط الرضا بإنشائهما حين الإنشاء في صحّة العقد.

وملخّص الجواب عنه: أنّ ما ذكرناه من اعتبار الرضا حال إنشاء الإيجاب

ومقتضاه[١] عدم اعتباره[٢] من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله[٣] بعده، فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب وقبل القبول. اللّهمّ[٤] إلّا أن يلتزم بكون الحكم[٥] في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.

والقبول من المسلّمات الفقهيّة، فلو كنّا نحن والقاعدة لقلنا ببطلان بيع المكره الذي لحق الرضا به، إلّا أنّهم حكموا بصحّة خصوص بيع المكره خلافاً للقاعدة بمقتضى الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم، فيكون الإجماع مخصّصاً للقاعدة المذكورة.

[١] أي مقتضى جواز لحوق الرضا لبيع المكره وكونه مخصّصاً له.

[٢] أي عدم اعتبار الرضا من أحد المتعاقدين حين العقد.

[٣] أي يكفي حصول الرضا بعد العقد في صحّة العقد، وهو يقتضي صحّة العقد الذي تحقّق الرضا فيه بعد الإيجاب وقبل القبول بالأولويّة، وهذه الأولويّة تفهم بالفهم العرفيّ.

[٤] هذا جواب عن النقض المذكور.

[٥] أي الحكم بصحّة بيع المكره مع كونه فاقداً لأهليّة المتعاقدين لإنشاء القبول والإيجاب حال إنشائهما لأجل قيام الإجماع على الحكم المذكور.

. . . . . .

« التحقيق »

ملخّص ما أفاده شيخنا الأعظم ﷺ في هذه المسألة هو أنّه يشترط في صحّة العقد وقوع كلّ من الإيجاب والقبول في حال يجوز لكلّ من المتبايعين الإنشاء في تلك الحال، وعليه فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال قبول المشتري عن قابليّة الإيجاب، لم ينعقد العقد بينهما؛ لأنّه عندئذٍ لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، فلا تتحقّق المعاقدة والمعاهدة بينهما بوجه، ووافقه الميرزا النائينيّ ﷺ[1] في هذا القول، حيث قال: «إنّ هذا الشرط كسابقه من القضايا التي قياساتها معها، بديهة أنّ العقد لا ينعقد إلّا بفعل شخصين، فإذا انتفى شرط من شرائط العقد حين إنشاء أحدهما بطل العقد، ولا أثر لوجود الشرط قبل العقد أو بعده، وعلى هذا فلو نام المشتري حين إنشاء البائع أو بالعكس لم يصحّ العقد».

ثمّ قال: «لا فرق بين الموت والجنون ونحوهما وبين الفلس والرقّيّة ونحو ذلك؛ لأنّ المدار على ما به يصير العقد عقداً. وبعبارة أُخرى: المدار على اجتماع جميع شرائط الصحّة واللزوم».

ثمّ قال: «نعم، رضا المشتري حين إيجاب البائع، وكذا العكس، غير معتبر في صحّة العقد؛ لأنّ ما يعتبر في صدق العقد هو قصدهما لإيجاد المادّة لا رضاهما به، فلا تكون صحّة بيع المكره إذا لحقه الرضا على خلاف القاعدة.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم ﷺ: «بأنّ العقد ليس من مقولة الأفعال، ولا من مقولة

---

(١) منية الطالب: ١: ٢٥٧.

الألفاظ الخارجيّة ، ولا من الاعتبارات النفسيّة المحضة ، بل هو عبارة عن ارتباط التزام أحد المتعاقدين بالتزام الآخر وإظهاره بمبرز خارجيّ ، ولا شبهة في صدق عنوان العقد على هذا ، فيكون مشمولاً للعمومات والمطلقات ، ولم يدلّ دليل من الكتاب والسنّة والإجماع والسيرة على كون كلّ المتعاقدين واجداً لشرائط الإنشاء عند إنشاء الآخر ، بل الدليل إنّما هو على اعتبار صدور الإنشاء من الواجد لشرائط الإنشاء دون الفاقد لها » .

ويمكن الجواب عنه : بأنّ ارتباط التزام أحد المتعاقدين بالتزام الآخر عبارة أُخرى عن المعاقدة والمعاهدة ، فإنّ ارتباط التزام أحد المتعاقدين بالتزام الآخر فرع تحقّق الالتزامين معاً ، وأمّا إذا وجد إنشاء معتبر من أحد المتعاقدين حال جنون الآخر فلا يتحقّق الارتباط بين الالتزامين ، فإنّ مجرّد بقاء الالتزام لا يقتضي إيجاد الارتباط بين الإيجاب الموجود وبين القبول الذي سيوجد ؛ إذ المفروض أنّ البائع لم يتمكّن أن يربط التزامه بالتزام المشتري ، مع أنّهما فعلان اختياريّان ، فلا يوجدان قهراً .

إلى هنا تحصّل : أنّ القول الأوّل في المسألة ـ وهو ما ذهب إليه شيخنا الأنصاريّ ﷺ من اشتراط أهليّة المتعاقدين من حين الشروع إلى الإيجاب إلى الفراغ من القبول ـ هو الصحيح .

وهنا تفاصيل في المسألة :

التفصيل الأوّل : ما ذهب إليه السيّد اليزديّ[1] من التفصيل بين البائع والمشتري بالقول باشتراط بقاء الأهليّة للمشتري حين إيجاب البائع وعدم اشتراط بقاء الأهليّة للبائع حين قبول المشتري ، حيث قال جواباً عن الشيخ القائل باشتراط بقاء الأهليّة

(١) حاشية المكاسب : ٤٤٦ .

. . . . . .

لكلّ من المتعاقدين من حين إيجاب البائع إلى الفراغ من قبول المشتري: «أنّه لا دليل على هذه الكلّيّة، وعدم صدق المعاقدة والمعاهدة إنّما يتمّ في بعض الفروض، كما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهة الإغماء أو النوم أو الجنون، وأمّا في بقيّة الصور فمنع عدم الصدق خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك، وأنّ المشتري يقبل لا محالة، وكذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقة أو السفه.

أقول: إنّه لم يذكر فارقاً بينهما، والظاهر عدم الفرق بينهما، فأيّ فرق بين نوم المشتري ونوم البائع، فإنّه ذكر أنّه لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب، من جهة كونه نائماً لا تصدق المعاقدة، ولكن إذا نام البائع بعد الإيجاب فإنّ نومه لا يضرّ بصدق المعاهدة إذا لحقه القبول بعد النوم، فإنّ الفصل بين الإيجاب والقبول بالنوم إن كان مخلّاً بالتعاهد لكان مخلّاً في كلا الموردين، فإنّ القابليّة المتأخّرة عن الإيجاب بسبب عروض النوم على المشتري لو لم تفد في صدق التعاهد كذلك القابليّة المتقدّمة على القبول الزائلة حين القبول لم تفد في صدقه.

التفصيل الثاني: ما ذهب إليه المحقّق الأصفهانيّ، وهو التفصيل بين الشروط الدخيلة في تحقّق مفهوم العقد وبين الشروط الدخيلة في صحّته، بالقول بكون القسم الأوّل منها مقوّماً لصدق المعاهدة؛ بحيث تنتفي المعاهدة بانتفائه، وعدم كون القسم الثاني مقوّماً بحيث تكون المعاهدة متحقّقة مع انتفاء الشرط المذكور، إلّا أنّها لا تكون صحيحة.

وتوضيحه: أنّ عدم أهليّة المتعاقدين لإنشاء الإيجاب والقبول تارة يكون لأجل تحقّق ما يوجب امتناع تحقّق المعاهدة والمعاقدة منهما، كموت الموجب أو نومه

أو إغمائه أو حياته حال قبول القابل ، فإنّ مناط عهد كلّ منهما والتزامه وإن كان حياة المتعهّد وعقله ويقظته ، وهي مفروضة الحصول هنا ، إلّا أنّ مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونهما كذلك في حال الإيجاب وفي حال القبول ؛ إذ معيّة المتعاقدين ليست معيّة جسم مع جسم ، ولا معيّة حيوان مع حيوان ، بل معيّة شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير ، ويلتزم له الغير ، وإلّا فلا ينقدح القصد والجدّ في نفس العاقد إلى المعاهدة ، مع من هو كالجدار أو كالحمار ، وعلمه بالتفاته فيما بعد فيما لا يصحّح المعاهدة معه فعلاً ، وأمّا عدم الأهليّة لعدم الرضا المعتبر ولو لعدم اعتبار رضاه ، فمن الواضح أنّه لا دخل له بالتعاهد والتعاقد ، فإنّهما متقوّمان بالشعور والالتفات المحقّقين للقصد الجدّيّ إلى المعاهدة مع الغير ، وأمّا عدم تأثير المعاقدة الحقيقيّة لعدم طيب النفس طبعاً لها أو لعدم الاعتبار شرعاً بالطيب الطبيعيّ الموجود ، فهو أجنبيّ عمّا تقتضيه حقيقة المعاقدة والمعاهدة ، فتعليل الشيخ ﷺ بطلان العقد من دون طيب النفس بالخروج عن مفهوم التعاقد والتعاهد غير وجيه .

الثالث : التفصيل الذي ذهب إليه الأستاذ الأعظم ، وهو عكس التفصيل الذي ذهب إليه السيّد اليزديّ ، وهو عدم اعتبار كون المشتري واجداً لشرائط الصحّة حال إنشاء البائع ، واعتبار كون البائع واجداً للشروط في ظرف قبول المشتري ، حيث قال : « ولكنّ التحقيق يقتضي الالتزام بالصحّة إذا فقد المشتري شرائط صحّة الإنشاء حال إنشاء البائع ، وبالفساد إذا فقد البائع شرائط صحّة الإنشاء حال إنشاء المشتري » .

والوجه في ذلك هو :

أنّ المناط في تحقّق العقد إنّما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري ، وعليه فإذا أنشأ البائع حال كون المشتري نائماً أو غافلاً ، ثمّ التفت المشتري إلى هذا الإنشاء

. . . . . .

وقبِلهُ قبل صدور ناسخه من البائع صدق عليه عنوان العقد جزماً».

ثمّ قال: «تدلّ على ذلك السيرة الواقعة بين التجّار؛ لأنّ المتعارف فيما بينهم غالباً أن يكتب بعضهم إلى بعض بيع متاعه الخاصّ بقيمة معيّنة، ويقبله المكتوب إليه، مع أنّه ربّما يكون عند كتابة البائع نائماً أو غافلاً أو مجنوناً، ولا شبهة في صحّة هذه المعاملة، أمّا إذا لم يبق البائع على الشرائط حين قبول المشتري حكم بفساد العقد؛ إذ يرتفع التزام البائع بانتفاء شرائط الإنشاء عنه، ولا يتّصل التزامه بالتزام المشتري إلّا في مثل النوم والغفلة، فإنّهما لا ينافيان بقاء التزام البائع للسيرة المزبورة».

ويتّضح الجواب عنه من التأمّل فيما ذكره المحقّق الأصفهانيّ ﷺ.

والمحقّق الأصفهانيّ ﷺ بعد ما بيّن أنّ عدم الرضا لا يكون مانعاً من صدق العقد أجاب عن الشيخ الذي أخرج بيع المكره عن البطلان بالإجماع، حيث قال: «إنّ جعل صحّة بيع المكره على خلاف القاعدة، والالتزام بصحّته بمقتضى الإجماع غير وجيه»؛ إذ الإجماع لا يجعل غير العقد عقداً، بل بيع المكره عقد حقيقيّ منوط تأثيره بتبدّل الإكراه بالرضا الطبيعيّ، فإذا تبدّل دخل في التجارة عن تراض».

وأيضاً أجاب عمّا ذكره الشيخ من المأخذ لاعتبار الرضا إلى آخر القبول ـ من أنّ الموجب لو فسخ قبل تمام القبول لغى الإيجاب السابق، ولا وجه لذلك إلّا اعتبار تحقّق الرضا ـ بأنّه لا يقاس المقام بالفسخ؛ لأنّه موجب لحلّ الالتزام حقيقة، فلا إيجاب بالفعل كي يلحقه القبول، ويرتبط به كي يتحقّق بينهما عقد، بخلاف الإغماء أو عدم الرضا، فإنّه لا يوجب انحلال الالتزام، ولذا قلنا في بيع المكره أنّ لحوق الرضا به يوجب دخوله تحت عنوان تجارة عن تراضٍ.

. . . . . .

وزبدة الكلام في المقام: أنّ الجواب الصحيح عن شيخنا الأعظم ﷺ أن يقال: إنّ صحّة بيع المكره لا تكون خلاف القاعدة كي يحتاج إثباتها إلى الإجماع؛ لما عرفت من أنّ المعيار في صحّة العقد هو صدق المعاقدة، وهو موجود في المقام، فإنّ طيب النفس أجنبيّ عن حقيقة المعاهدة. نعم، هو شرط في تأثيرها، فإذا حصل فهو يؤثّر، بل يمكن أن يقال: أنّ الرضا أيضاً موجود في بيع المكره إذا قصده؛ لعدم تصوّر الإكراه على الأمر القلبيّ، فالمكره على البيع مكره على إنشاء البيع لا على البيع الحقيقيّ، ولا أن لا يقصده، فإذا قصده مع قدرته على التورية فقد أوجد البيع برضاه، اللّهمّ إلّا أن يكون غافلاً عن التورية.

فرع: لو اختلف المتعاقدان [١] اجتهاداً [٢] أو تقليداً [٣] في [٤] شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كلّ منهما [٥]

---

[١] وقع الكلام بين الأعلام فيما إذا اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة، فهل يصحّ اكتفاء كلّ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا بدّ من أن يأتي كلّ منهما على طبق ما يقتضيه مذهب كليهما؟

أم يعتبر في ذلك أن لا يكون العقد الصادر منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً للنقل والانتقال، مثلاً: إذا فرضنا أنّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان إنشاء العقد بالفارسيّة، فحكم بفساد العقد الفارسيّ إذا تقدّم قبوله على الإيجاب.

[٢] بأن كان البائع والمشتري كلاهما مجتهدين، واختلفا في شرطيّة العربيّة مثلاً في صيغة البيع، بأن كان الموجب ممّن لا يرى شرطيّة العربيّة في صيغة البيع اجتهاداً، والمشتري ممّن يرى شرطيّة العربيّة فيها اجتهاداً.

[٣] بأن كان الموجب ممّن يرى جواز إجراء صيغة البيع باللغة غير العربيّة تقليداً، والمشتري ممّن لا يرى جوازه تقليداً، فإنّ مجتهده قد أفتى باعتبار العربيّة في صيغة البيع.

[٤] الجار متعلّق بقوله: «اختلف»، أي لو اختلف البائع والمشتري في شروط الصيغة بأن يرى أحدهما جواز إنشاء البيع بغير اللغة العربيّة، ويرى الآخر جوازه.

[٥] أي هل يكتفي كلّ من المتعاقدين برأيه أو برأي مجتهده، بأنّ يوقع البائع العقد بالفارسيّة مثلاً، والمشتري يقبله بالعربيّة، بمعنى أنّ الذي يشترط العربيّة في صيغة البيع ينشئ الصيغة باللغة العربيّة، والذي لا يشترطها ينشئ الصيغة باللغة الفارسيّة وغيرها، فإذا أنشأ البائع البيع باللغة الفارسيّة مثلاً،

بما يقتضيه مذهبه أم [١] لا؟

وجوه [٢]، ثالثها [٣]: اشتراط عدم كون العقد المركّب [٤] منهما ممّا لاقائل بكونه سبباً في النقل، كما لو فرضنا أنّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب، وجواز [٥]

وقبله المشتري باللغة العربيّة يصحّ البيع في حقّ كليهما.

[١] أي أم لا بدّ أن يأتي كلّ من المتعاقدين بما يقتضيه مذهب كليهما بأن يأتيا بها باللغة العربيّة مثلاً إذا قال أحدهما باشتراط العربيّة في صيغة البيع.

[٢] أي في المسألة وجوه، بل أقوال ثلاثة:

الأوّل: القبول بالجواز وصحّة اكتفاء كلّ منهما بما يقتضيه مذهبه، فيصحّ البيع مع اختلاف اللغة في الصيغة في حقّ كليهما.

القول الثاني: عدم جواز صحّة العقد في حقّهما في الفرض المذكور.

القول الثالث: التفصيل بين أن يكون العقد المركّب منهما ممّا يوجد قائل بصحّته وبين ما لا قائل بصحّته، وسيأتي توضيحه في ضمن توضيح المتن.

[٣] أي ثالث الوجوه في المسألة هو اشتراط صحّة العقد بعدم كون العقد المركّب من الإيجاب والقبول مورداً لقيام الإجماع المركّب على بطلانه.

[٤] أي بأن لا يكون العقد الذي هو مركّب من إتيان كلّ من المتعاقدين بما يقتضيه مذهبه من العقود التي لا قائل بكونها أسباباً للنقل.

[٥] أي لا قائل بجواز العقد بالفارسيّة. هذا مثال للعقد الذي لا قائل بكونه سبباً للنقل.

وتوضيحه: أنّه لو قال المشتري بجواز تقديم القبول على الإيجاب، ولكن لم يجوّز العقد بالفارسيّ، وقال البائع بجواز العقد بالفارسيّة وليس قائلٌ

بجواز تقديم القبول، فقدّم المشتري القبول باللفظ العربيّ عملاً بمذهبه، وأوجب البائع البيع بالفارسيّة عملاً بمذهبه، فحصل منهما عقد فارسيّ مقدّم القبول على الإيجاب، ومن الواضح أنّ القائل باشتراط العربيّة في العقد يعتبرها في جميع العقد المركّب من الإيجاب والقبول، فمع كون الإيجاب فارسيّاً لا يكون العقد عربيّاً، فيكون العقد فاسداً في نظره من هذه الجهة. والقائل بوجوب تأخير القبول عن الإيجاب يرى فساد العقد الواقع بينهما من هذه الجهة، فيكون الكلّ متّفقاً في الحكم بفساد العقد الفارسيّ مقدّم القبول على الإيجاب، فالعقد يكون فاسداً على كلا المذهبين، فالقائل باعتبار العربيّة يحكم بفساد العقد الذي يكون إيجابه فارسيّاً؛ إذ مع كون الإيجاب فارسيّاً لا يكون العقد عربيّاً؛ لأنّ النتيجة تابعة لأخسّ مقدّماتها، والقائل بوجوب تأخير القبول عن الإيجاب يحكم بفساده من جهة تقدّم القبول.

إذن لا يكون العقد المذكور سبباً للنقل والانتقال على كلا القولين، فيكون فاسداً فيما لو اختلف المتعاقدان في هذه الصورة، وهذا خلاف ما إذا وجد قائل بصحّة العقد الذي اختلف فيه المتعاقدان، ومثاله أن يكون القائل باعتبار العربيّة موجباً وأنشأ البيع بالعربيّة وقبله الآخر بالفارسيّة، فإنّه يوجد قائل بسببيّة هذا العقد وأنّ من لا يعتبر العربيّة في صيغة البيع يقول بصحّة العقد المركّب من الإيجاب العربيّ والقبول الفارسيّ إذا تقدّم الإيجاب الفارسيّ على القبول.

إذن تكون نتيجة القول الثالث الحكم بالبطلان فيما اختلف المتعاقدان في الصورة الأُولى، والحكم بالصحّة في الصورة الثانية.

العقد بالفارسيّة ، أردؤها [١] أخيرها .

والأوّلان [٢] مبنيّان على أنّ الأحكام الظاهريّة المجتهد [٣] فيها بمنزلة الواقعيّة الاضطراريّة [٤] ،

---

[١] أي أضعف الوجوه هو الوجه الأخير الذي هو ثالث الوجوه .

ووجه الأضعفيّة : أنّ مجرّد عدم وجود القائل بشيء لا يكون من أدلّة الأحكام ، بل لا بدّ من بطلان الوجه الأخير أن يكون هو خلاف الإجماع ، فإنّ عدم القول بشيء ربّما يكون من باب التوقّف لا من باب بنائهم على عدم الصحّة كي يكون إجماعهم مقيّداً لإطلاقات صحّة العقود .

وبعبارة أُخرى : أنّه بعد شمول الإطلاقات المصحّحة للعقود لا يرفع اليد عنها إلّا بمقيّد ، فإنّ مجرّد عدم وجود القائل بالصحّة لا يصلح أن يكون مقيّداً للإطلاقات ، وإنّما المانع عنها الإجماع على عدم الصحّة ، ومجرّد عدم وجود القائل بها لا يستلزم القول بالعدم .

[٢] أي الوجهان الأوّلان ، وهما الصحّة مطلقاً والفساد مطلقاً .

[٣] بصيغة اسم المفعول ، أي الأحكام الظاهريّة التي استنبطها الفقيه من الأمارات والأُصول .

[٤] وتوضيحه : أنّ الأحكام تنقسم إلى الأحكام الواقعيّة الأوّلية ـ كشرطيّة الطهارة المائيّة ـ والأحكام الواقعيّة الثانويّة ـ كالأحكام الاضطراريّة ـ فتكون هذه الأحكام مجعولة في حقّ المضطرّ الذي لا يتمكّن من امتثال الأحكام الواقعيّة الاختياريّة ، كالتيمّم لمن لا يتمكّن من الطهارة المائيّة ، فإنّه يضطرّ إلى التيمّم لعدم وجود طريق آخر إلى تحصيل الطهارة التي هي من شرائط صحّة الصلاة ، ولا شبهة في أنّ الأحكام الاضطراريّة مجزئة عن الواقع ، فمن لم يتمكّن من تحصيل الطهارة المائيّة تكون الطهارة الترابيّة مجزئة وكافية

فالإيجاب بالفارسيّة من المجتهد القائل بصحّته [١] عند من يراه [٢]

لتصحيح صلاته.

وإنّما الكلام في الأحكام الظاهريّة التي هي مجعولة للجاهل بالواقع بأنّها هل هي من قبيل الأحكام الاضطراريّة في كونها مجزئة عن الواقع؟ فعلى هذا يكون قيام الأمارات سبباً لجعل الأحكام موافقةً لما أدّت إليه الأمارات، فيكون قيام الأمارات موجباً لحدوث مصلحة في مؤدّاها وموجبة لتشريع الحكم على طبقها، وإن كان الحكم المجعول على طبق الأمارات مخالفاً للحكم الواقعيّ الأوّليّ، كما يقول به المصوّبة القائلون بحجّيّة الأمارات من باب السببيّة.

أو أنّها ليست من قبيل الأحكام الاضطراريّة المجعولة من باب السببيّة، بل هي مجعولة من باب الطريقيّة والكاشفيّة إلى الواقع، فتكون منجزة للحكم الواقعيّ عند الإصابة له، ومعذرة عند المخالفة.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ الوجه الأوّل ـ هو صحّة العقد فيما إذا اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة، واكتفى كلّ منهما بما يقتضيه مذهبه ـ مترتّب على كون الأحكام الظاهريّة من قبيل الأحكام الاضطراريّة، وعلى القول بالسببيّة في حجّيّة الأمارات.

والوجه الثاني ـ وهو فساده ـ مترتّب على كون حجّيّة الأمارات من باب الطريقيّة والكاشفيّة، وتحقيق هذا البحث موكول إلى مبحث الحجج في الأصول، فلاحظ.

[١] أي القائل بصحّة الإيجاب باللغة الفارسيّة.

[٢] أي عند من يرى العقد الفارسيّ باطلاً.

باطلاً بمنزلة [١] إشارة الأخرس، وإيجاب [٢] العاجز عن العربيّة، وكصلاة [٣]

---

[١] خبر لقوله: «فالإيجاب بالفارسيّة»، أي الإيجاب بالفارسيّة عند من يرى صحّة الإيجاب المذكور بمنزلة إشارة الأخرس، فكما يصحّ الإيجاب بإشارة الأخرس عند غير الأخرس، فكذلك الإيجاب بالفارسيّة عند من يرى صحّة الإيجاب المذكور، يكون صحيحاً عند من لا يراه صحيحاً، فيكون ما تعامل عليه ملكاً له، ويجوز للآخرين شراؤه منه.

[٢] أي الإيجاب بالفارسيّة من القائل بصحّته، كإيجاب العاجز عن العربيّة، فكما أنّ إيجاب العاجز عن العربيّة بالفارسيّ هو حكم واقعيّ سبب للنقل والانتقال عند الآخرين الذين لا يقولون بصحّة الإيجاب بالفارسيّ، كذلك الإيجاب بالفارسيّة من القائل بصحّته يكون سبباً للنقل والانتقال عند الآخرين.

وملخّص الكلام: أنّه كما أنّ إشارة الأخرس وإيجاب العربيّة بغير العربيّة يكونان موضوعين لأن يترتّب الأثر عليه بالنسبة للآخرين، كذلك في المقام.

[٣] أي الإيجاب بالفارسيّة عند القائل بصحّته يكون كصلاة المتيمّم بالنسبة إلى واجد الماء، فكما أنّ التيمّم يكون حكماً واقعيّاً اضطراريّاً ثانويّاً لفاقد الماء ويكون صحيحاً عند واجد الماء، كذلك الإيجاب بالفارسيّة يكون صحيحاً عند الآخرين.

وملخّص الكلام: أنّ حجّيّة الأمارات هل تكون من باب السببيّة والموضوعيّة كي تكون الأحكام الظاهريّة التي هي مفاد الأمارات والأُصول

المتيمّم بالنسبة إلى واجد الماء، أم هي [١] أحكام عذريّة لا يعذر فيها إلّا من اجتهد أو قلّد، والمسألة [٢] محرّرة في الأُصول.

بمنزلة الأحكام الواقعيّة، وعلى هذا يكون الإيجاب بالفارسيّة الصادر من المجتهد القائل بصحّته صحيحاً واقعاً حتّى عند من يرى العقد باطلاً باعتقاده بأن لم يقم عنده أمارة على صحّة الإيجاب بالفارسيّ، ولكن بعد علمه بقيام الأمارة عند مجتهد آخر على صحّته يرى أنّه صار موضوعاً لترتّب النقل والانتقال، فيجوز له أيضاً أن يرتّب عليه الأثر المذكور، وعلى هذا القول يجوز.

[١] أي أم أنّ الأحكام الظاهريّة المجتهد فيها أحكام يكون معناها الطريقيّة إلى الواقع، فتكون معذرة عند مخالفة الواقع لخصوص المجتهد الذي قامت الأمارة عنده على حكم ظاهريّ ولمقلّده، فالتصرّف في الملك الذي اشتراه بالعقد الفارسيّ أو في ثمنه تصرّف حرام، غاية الأمر إنّ من قامت عنده الأمارة على صحّة العقد الفارسيّ معذور في هذا التصرّف الذي يكون حراماً واقعاً. هذا كلّه بالنسبة إلى المجتهد الذي يعتقد بقيام الأمارة على صحّة الإيجاب الفارسيّ ويرى حجّيّة هذه الأمارة من باب الطريقيّة، وبالنسبة إلى مقلّده، وأمّا بالنسبة إلى المجتهد الذي لا يرى حجّيّة هذه الأمارة ولا يراها طريقاً فلا يكون معذوراً في العمل بهذه الأحكام التي هي مفاد الأمارة؛ لأنّها أحكام عذريّة في خصوص حقّ من يرى أنّها حجّة من قِبل الشارع، وأمّا من لا يرى حجّيّتها فلا تكون عذراً له.

[٢] وهي هل الأحكام الظاهريّة من قبيل الأحكام الواقعيّة الاضطراريّة الثانويّة المترتّبة على القول بالسببيّة في حجّيّة الأمارات، أو من الأحكام العذريّة المترتّبة على القول بمجعوليّة الطريقيّة في الأمارات؟ تحقيقها مكتوب في

هذا [١] كلّه إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر، كالصراحة [٢]، والعربيّة [٣]، والماضويّة [٤]، والترتيب [٥].

الأُصول، فبناءً على القول الثاني الذي هو المشهور عند الإماميّة فالحقّ عدم جواز اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة، فلا يترتّب على الإيجاب أثر؛ لأنّ المنشئ وإن اعتقد بترتّب الأثر على إنشائه، إلّا أنّ صاحبه يراه مخطئاً ولاغياً في إنشائه.

[١] أي هذا الذي ذكرناه ـ من كون المسألة مبتنية على كون الأحكام الظاهريّة بمنزلة الأحكام الاضطراريّة، أو بمنزلة الأحكام العذريّة، وعلى كون الأمارات حجّة من باب السببيّة أو من باب الطريقيّة ـ إنّما يكون فيما إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر؛ بأن كان بطلان العقد عند المشتري مستنداً إلى إيجاب البائع بالفارسيّة.

[٢] بأن يرى أحد المتعاقدين كالبائع الصراحة في الإنشاء معتبراً والإنشاء بالكناية باطلاً، ويراه الآخر صحيحاً، فإنّ البطلان عند البائع مستند إلى فعل المشتري، وهو إجراء الصيغة بالكناية.

[٣] كما إذا رأى أحد المتعاقدين العربيّة شرطاً، بحيث يرى بطلان العقد بالفارسيّة، وقال الآخر بصحّته، وقد عرفت مثاله في المتن.

[٤] كما إذا رأى أحد المتعاقدين بطلان العقد بالمضارع، فبطلان العقد عند هذا الشخص مستند إلى إيجاب العقد بالمضارع.

[٥] وفي جعل الترتيب مثالاً للمقام نقاش عدّة من المحقّقين، كالسيّد اليزديّ والمحقّق الإيروانيّ والأُستاذ الأعظم، حيث قالوا: لا وجه لجعل الترتيب من قبيل الماضويّة والعربيّة والصراحة، بل هي مثل الموالاة، وسيأتي تحقيقه، فانتظر.

وأمّا الموالاة [١] والتنجيز [٢] وبقاء المتعاقدين على صفات صحّة الإنشاء [٣] إلى آخر العقد، فالظاهر أنّ اختلافهما [٤] يوجب فساد المجموع؛ لأنّ [٥]

والحاصل: أنّ كون اختلافهما في مثل هذه الموارد موجباً لفساد العقد مبتنٍ على المسألة الأُصوليّة المتقدّمة، وهي هل المجعول في باب الأمارات السببيّة كي تكون الأحكام الظاهريّة بمنزلة الأحكام الواقعيّة الاضطراريّة، أو المجعول فيه الطريقيّة كي تكون الأحكام الظاهريّة معذّرة فقط.

[١] أي أمّا الموالاة في العقد، وهو اتّصال القبول بالإيجاب عرفاً.

[٢] بأن يكون العقد غير معلّق على شيء، فإنّ التعليق مبطل للعقد.

[٣] بأن يكون المتعاقدان جامعين لشرائط العقد من العقل والبلوغ وعدم السفه ونحوها إلى آخر القبول.

[٤] أي أنّ اختلاف المتعاقدين في الموارد المذكورة يوجب فساد مجموع العقد المركّب من الإيجاب والقبول، فلا يجوز أن يكتفي كلّ منهما بما يقتضيه مذهبه بأن يكون العقد عند من يرى الموالاة معتبرة باطلاً، وعند من لا يراها معتبرة صحيحاً، أي أنّ المتعاقدين لو اختلفا في الموارد المذكورة اجتهاداً أو تقليداً، وأجرى كلّ واحد منهما العقد على ما يراه الآخر يكون العقد باطلاً.

وزبدة الكلام: إذا كان رأي أحدهما عدم اشتراط الموالاة ـ مثلاً ـ ورأى الآخر اشتراطها، فأجريا عقداً بلا موالاة، كان العقد باطلاً، وإن قلنا بصحّة العقد فيما إذا اختلفا في الشرائط المتقدّمة.

[٥] أي إنّما قلنا بفساد العقد إذا كان بطلان العقد مستنداً إلى الإخلال بالموالاة أو التنجيز أو الإخلال ببقاء المتعاقدين على الأهليّة إلى آخر القبول؛ لأنّه

بالإخلال بالموالاة أو التنجيز، أو البقاء على صفة صحّة الإنشاء يفسد عبارة من يراها [١] شروطاً، فإنّ الموجب إذا علّق [٢] ـ مثلاً ـ أو لم يبق [٣] على صفة صحّة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد [٤] مشروعيّة ذلك [٥] لم يجز [٦] من القائل ببطلان هذا تعقيب [٧] هذا الإيجاب بالقبول،

بالإخلال بهذه الشرائط تكون عبارة من يقبل تماميّة هذه الشرائط فاسدة، فإنّ قوله: «بالإخلال» متعلّق بقوله: «يفسد».

[١] أي يفسد عبارة من يرى الموالاة والتنجيز والبقاء على أهليّة الإنشاء إلى آخر القبول شروطاً لصحّة العقد.

[٢] أي إذا علّق البيع بشرط، كما لو قال: «بعتك كتابي إن جاء زيد».

[٣] أي لم يبق الموجب على أهليّة صدور الإنشاء منه إلى آخر القبول، بأن نام قبل أن يقبل المشتري البيع.

[٤] الجار متعلّق بقوله: «علّق» وبقوله: «لم يبق»، أي علّق الموجب إيجابه أو نام قبل قبول المشتري.

[٥] أي باعتقاد جواز التعليق أو جواز الإخلال بالموالاة، أو جواز عدم بقاء الموجب على صفة صحّة الإنشاء إلى آخر القبول، فأنشأ البيع الفاقد للموالاة، والبيع المعلّق والبيع قبل تمام القبول.

[٦] جواب لقوله: «إذا علّق»، أي القائل ببطلان هذا القسم من العقد ـ وهو ما كان معلّقاً على شيء، أو لم يكن العاقد باقياً على أهلّيّة صحّة الإنشاء منه إلى آخر زمان القبول ـ لا يجوز له أن يذكر القبول بعد هذا الإيجاب الذي يعتقد ببطلانه، فلا يكون العقد صحيحاً بقبوله.

[٧] فاعل لقوله: «لم يجز»، أي لم يجز تعقيب هذا الإيجاب الذي يعتقد ببطلانه

وكذا [١] القابل إذا لم يقبل إلّا بعد فوات الموالاة بزعم صحّة ذلك [٢]، فإنّه يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد [٣] اعتبار الموالاة،

بالقبول؛ إذ المفروض أنّه يرى فساد الإيجاب المذكور فذكره القبول بعده يكون لغواً، ولا يترتّب عليه أيّ أثر.

[١] إلى هنا كان الكلام فيما إذا كان العقد صحيحاً عند الموجب، وباطلاً عند القابل بأن يرى الموجب التعليق غير قادح بالعقد، ورآه القابل قادحاً فيه.

ومن هنا شرع فيما إذا كان العقد الفاقد للشرط صحيحاً عند القابل، وباطلاً عند الموجب، بأن لا يرى الموالاة شرطاً فقبل العقد بعد فوات الموالاة، فيكون العقد الفاقد للموالاة صحيحاً عنده، ويراها الموجب شرطاً، ولذا يكون باطلاً عنده، ولذا قال: «وكذا القابل»، أي كما أنّ الموجب إذا علّق العقد باعتقاد مشروعيّته لم يصحّ قبول المشتري المعتقد ببطلان التعليق لهذا العقد، فيكون العقد باطلاً، كذلك القابل المعتقد بعدم شرطيّة الموالاة لو قبل الإيجاب بعد فوات الموالاة، فلا يكون الإيجاب صحيحاً، بل لا بدّ من إعادة إيجابه.

[٢] أي بزعم أنّ العقد بدون الموالاة صحيح.

[٣] أي إذا اعتقد الموجب اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول، فإنّ الإيجاب الصادر منه مع فوات الموالاة كالعدم، فلا بدّ من إعادة إيجابه، فيكون العقد مركّباً من القبول المتقدّم والإيجاب المتأخّر، ولا مانع منه.

وملخّص ما أفاده شيخنا الأعظم أنّ العقد الفاقد للعربيّة والماضويّة والصراحة في العقد ونحوها لا يوجب سراية إحدى الصفات إلى الآخر، ولذا يكون العقد المذكور صحيحاً عند الآخر. وهذا بخلاف الفاقد للتنجيز والموالاة والبقاء على الأهليّة، فإنّه يوجب السراية إلى الجزء الآخر، فيوجب

فتأمّل [١].

الفساد بلحاظه في نظر من يعتقد الفساد، فإنّ قبول الإنشاء التعليقيّ تعليقيّ أيضاً، وقبول الإيجاب ممّن لم يستمرّ أهليّته إلى حال القبول معاهدة مع من لا يصحّ المعاهدة معه، وإن كان الخارج عن الأهليّة يرى صحّة إيجابه إلى هذه الحالة والقبول المنفصل عن الإيجاب ممّن لا يعتبر التوالي يوجب انفصال الإيجاب ممّن يعتبر اتّصاله بالقبول.

[١] لعلّه إشارة إلى أنّ الموالاة فعل القابل، وهو الذي يجب عليه القبول بلا فصل، فالتراخي يكون منه لا من الموجب كي يجب عليه مع تراخي القبول إعادة الإيجاب، فتكون الموالاة أيضاً كالعربيّة والماضويّة، فلا يوجب الإخلال بها فساد المجموع.

« التحقيق »

في مبحث اختلاف المتعاقدين في شروط العقد اجتهاداً أو تقليداً ، كما إذا اعتبر أحدهما العربيّة في العقد دون الآخر ، فقال الموجب القائل باعتبارها : « بعتك هذا بكذا » ، وقال المشتري القائل بعدم اعتبارها : « قبول كردم » ، فهل يصحّ العقد المذكور بمعنى أنّه هل يجوز لكلّ من المتعاقدين العمل برأيه أو برأي مقلّده مع فرض بطلانه بنظر الآخر بالفارسيّة ؟

وبعبارة أُخرى : هل يصحّ اكتفاء كلّ منهما بما يقتضيه مذهبه ، فالموجب يكتفي بالإيجاب العربيّ ، والقابل يكتفي بالقبول الفارسيّ مع فرض بطلانه بنظر الآخر ، أم تتوقّف صحّة العقد على رعاية كافّة الشرائط حتّى يعتقد كلاهما بصحّته ؟

ففي المسألة وجوه :

الوجه الأوّل : صحّة العقد الواقع قبوله باللغة الفارسيّة مطلقاً .

الوجه الثاني : عدم صحّته مطلقاً ، بل لا بدّ من أن يأتي كلّ منهما على طبق ما يقتضيه مذهب كليهما .

الوجه الثالث : التفصيل بينما إذا كان العقد المركّب من الإيجاب والقبول ممّا لا قائل بصحّته ، فيكون العقد باطلاً ، وبينما إذا كان المركّب منهما صحيحاً عند أحدهما دون الآخر ، فيكون العقد صحيحاً ، ومثاله : ما لو قال المشتري بجواز تقديم القبول على الإيجاب مع قوله بعدم جواز العقد بالفارسيّ ، وقال البائع بجواز العقد بالفارسيّ فقدّم المشتري القبول باللفظ العربيّ عملاً بمذهبه ، وأوجب البائع بالفارسيّ عملاً بمذهبه ، فحصل من ذلك عقد فارسيّ مقدّم القبول ، ولا قائل بصحّة

هذا العقد ؛ إذ القائل باعتبار العربيّة يعتبرها في مجموع العقد المركّب من الإيجاب والقبول ، فمع كون الإيجاب فارسيّاً لا يكون العقد عربيّاً ، فيكون العقد المذكور باطلاً عند من يرى اعتبار العربيّة فيه ، والقائل بوجوب تأخير القبول على الإيجاب يحكم بفساد هذا العقد من جهة تقدّم القبول . إذن فلا يوجد قائل بصحّة هذا العقد ، وهذه الوجوه الثلاثة نقلها شيخنا الأعظم ، وهو أضاف إليها وجهاً رابعاً ، وهو التفصيل بين الشروط .

وملخّصه : أنّ التفصيل بين السببيّة والطريقيّة إنّما يكون في غير الشروط الثلاثة من الصراحة والعربيّة والماضويّة ونحوها ؛ ممّا يستند بطلان العقد فيه إلى فعل أحد المتعاقدين .

توضيحه : أنّ الشروط التي يوجب الإخلال بها حدوث الخلل في تمام العقد ، كالاختلاف في الموالاة والتنجيز وبقاء المتعاقدين على أهليّة صدور الإنشاء منه إلى آخر العقد ، فالظاهر أنّ اختلافهما في ذلك يوجب فساد العقد ؛ ضرورة أنّ فساد العقد من ناحية الأُمور المذكورة يسري من أحد الجانبين إلى الجانب الآخر ، وذلك من جهة أنّ قبول الإنشاء التعليقيّ تعليقيّ ، فإذا أوجب البائع البيع معلّقاً على مجيء زيد مثلاً ، والآخر يرى اعتبار التنجيز في المعاملات ، فإنّه وإن قبل البيع مطلقاً لكن لمّا كان قبولاً لما أنشأه البائع لاعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول كان القبول أيضاً معلّقاً على مجيء زيد ، فتحقّق التعليق في كلّ من الإيجاب والقبول فصار البيع باطلاً ، وكذا القبول المنفصل عن الإيجاب بزمان يوجب زوال التوالي بين الإيجاب والقبول عندما لا يعتبر التوالي ، يوجب الانفصال بينهما عند من يعتبر ذلك ، وأنّ قبول الإيجاب الصادر ممّن ليست له أهليّة الإنشاء تكون معاملة مع شخص خارج عن أهليّة الإنشاء ، ففي أمثال هذه الشرائط التي يوجب انتفاؤها بطلان العقد عند

. . . . . .

كلا المتعاقدين لا يبتني بطلان العقد وصحّته على مبنى السببيّة والطريقيّة، بل يبطل مطلقاً. وامّا الشروط التي ليست من هذا القبيل وإنّما أوجب تخلّف الشرط في خصوص أحدهما، وكان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر، كالعربيّة والصراحة والماضويّة والترتيب، فإنّهما إذا اختلفا في اعتبار العربيّة وعدمه، فإنّ البائع إذا أنشأ البيع بالعربيّة وأنشأ المشتري القبول بغير العربيّ فهو لا يوجب أن يكون الإيجاب أيضاً غير عربيّ، فإنّ بطلان العقد عند البائع مستند إلى فعل المشتري، فإنّ ابتناء المسألة صحّةوفساداً على السببيّة بالقول بالصحّة فيها والطريقيّة بالقبول بالفساد فيها يكون تامّاً في هذا الفرض.

إذا عرفت هذه الوجوه الأربعة من الشيخ ﷺ فاعلم أنّه قال: «أمّا الوجهان الأوّلان من هذه الوجوه ـ وهو الحكم بصحّة العقد الذي اختلف المتعاقدان في شروطه والحكم بفساده ـ مبنيّان على أنّ الطرق والأمارات مجعولة على نحو الطريقيّة، أو على نحو السببيّة والموضوعيّة، فإن قلنا بالطريقيّة فلا محالة يكون العقد باطلاً؛ لأنّ الحكم الظاهريّ على الطريقيّة إنّما يكون عذراً ما لم ينكشف الخلاف لديه، فلا يمكن الاجتزاء بها لمن يراها فاسدة، ولا يترتّب على العقد المذكور أثر أصلاً؛ لأنّ المنشئ وإن رأى ترتّب الأثر على إنشائه، إلّا أنّ صاحبه يراه مخطئاً في اجتهاده ولاغياً في إنشائه، ولا يترتّب أثر على العقد المذكور، إلّا النكاح الذي قام دليل على صحّته ولو بعقد كان باطلاً عند غيره، ولذا ورد أنّ لكلّ قوم نكاحاً.

وأمّا إن قلنا بالسببيّة والموضوعيّة، وأنّ الأحكام الظاهريّة بمنزلة الأحكام الواقعيّة نظير وجوب التيمّم بالنسبة إلى فاقد الماء، فيكون الحكم المذكور حكماً واقعيّاً في حقّ الجميع، وعلى هذا فيكون العقد الفارسيّ مثلاً صحيحاً واقعاً عند كلّ أحد، كما أنّ الصلاة مع التيمّم صحيحة واقعاً لفاقد الماء عند كلّ أحد.

وقد أورد على هذا التفصيل ـ الذي ذكره شيخنا الأنصاريّ المحقّق صاحب الكفاية في حاشيته على المكاسب ، وكذا المحقّق الايروانيّ ـ بأنّ مؤدّى الطرق على تقدير كونها معتبرة على نحو السببيّة إنّما تصير أحكاماً واقعيّة وذات مصلحة في حقّ من قامت عنده ، لا في حقّ غيره ، مثلاً : إذا قامت الأمارة على وجوب صلاة الجمعة فهي إنّما تصير ذات مصلحة وحكماً واقعيّاً بالنسبة إلى من قامت الأمارة عنده لا بالنسبة إلى الغير ، فالاكتفاء بمفاد الأمارة بالنسبة إلى غير من قامت عنده الأمارة يحتاج إلى دليل على أنّ الحكم الظاهريّ في حقّ كلّ أحد حكم واقعيّ نافذ في حقّ غيره ، أو أنّ الحكم الواقعيّ الثانويّ لكلّ أحد نافذ في حقّ غيره ، فمن كانت صلاته صحيحة لأجل عذر فللآخر أن يرتّب آثار الصحّة الواقعيّة عليها ، فيجوز الائتمام به ، وهو غير ثابت ولازم ذلك أنّ حال الأحكام الظاهريّة على السببيّة لا يغاير حالها بناء على الطريقيّة لاختصاص حجّيّة الأمارة بمن قامت عنده على كلا القولين .

وأجاب عنهما المحقّق الأصفهانيّ بما ملخّصه : أنّ بعض الأحكام الوضعيّة كالملكيّة ونحوها على القول بالسببيّة تثبت في حقّ الجميع ، ولا تختصّ بشخص دون شخص ، مثلاً الملكيّة عبارة عن الإضافة بين المالك والمملوك ، فإذا دلّ دليل على كفاية العقد الفارسيّ في الملكيّة مثلاً فلنا أن نسأل : أنّ هذا الدليل الدالّ على عدم اعتبار العربيّة في الملكيّة هل يقتضي إيجاد الإضافة بين الملك والمالك واقعاً بالعقد غير العربيّ ، بناءً على السببيّة ، أو لا يقتضي إيجادها واقعاً ، فإن قيل بعدم الاقتضاء فهو خلاف الفرض من أنّ مؤدّيات الأمارة بناءً على السببيّة تصير أحكاماً واقعيّة ، وإن قيل باقتضائها إيجاد الملكيّة فالملكيّة متحقّقة حتّى بالنسبة إلى غير من قامت عنده الأمارة ، وينبغي ترتيب الجميع آثار الملكيّة عليها ؛ لأنّ الإضافة إن حصلت فهو ملك حقيقة في حقّ الجميع وإن لم تحصل فهو منافٍ للقول بالسببيّة

والموضوعيّة، وهذا بخلاف الأحكام التكليفيّة، ومثل الطهارة والنجاسة من الأحكام الوضعيّة، فإنّها تختلف باختلاف الإضافات، فيكون شيء حراماً بالإضافة إلى شخص، وحلالاً بالإضافة إلى شخص آخر.

وقال الأستاذ الأعظم: «إنّ هذا الذي أفاده المحقّق المزبور وإن كان متيناً بناءً على السببيّة، إلّا أنّا ذكرنا أنّ السببيّة، حتّى السلوكيّة منها، مستلزم للتصويب الباطل».

أقول: إنّ الإشكال المذكور مبنائيّ، فإنّه غير مقبول عند القائل بها، وكون السببيّة على إطلاقها أيضاً مستلزم للتصويب أوّل الكلام، وكون التصويب باطلاً أيضاً أوّل الكلام.

والعمدة هو النظر إلى التفصيل الذي أفاده المحقّق الأصفهانيّ بين الأحكام التكليفيّة والوضعيّة على القول بالسببيّة وبين الطهارة والنجاسة من الأحكام الوضعيّة وغيرها، فنقول: إنّه لا شبهة في أنّه بناءً على مسلك السببيّة لم يكن إشكال في عدم نقض الآثار، وإنّما الكلام في أنّ عدم جواز نقض الآثار هل يختصّ بالنسبة إلى خصوص من قامت عنده الأمارة أو الأصل؟ وأمّا بالنسبة إلى غيره فيحتاج إلى دليل يدلّ على أنّ موضوع تكاليف الآخرين هو تكليفه، أو أنّه لا يختصّ به، بل هو ثابت للجميع.

ولكن الحقّ أن يقال: إنّ من لم تقم عنده أمارة أيضاً يعتقد بأنّ قيام الأمارة عند البائع مثلاً على جواز البيع بالفارسيّة صار سبباً لإيجاد البيع للبائع، ومعنى الملكيّة حصول الإضافة بين البائع والمشتري، ولا معنى لحصول الإضافة بالنسبة إلى أحدهما دون الآخر.

والذي يسهّل الخطب أنّ السببيّة باطلة بجميع أقسامها، فلا مناص حينئذٍ من

القول بالطريقيّة، ولازم ذلك عدم جواز اكتفاء أحد المتعاقدين بما يراه الآخر، فيحكم با لصحّة من جانب أحد المتعاقدين وبالفساد من جانب آخر.

إن قلت: لا يعقل أن يقع العقد صحيحاً من جانب وفاسداً من جانب آخر؛ لأنّه لا يتحقّق مفهومه إلّا بالإيجاب والقبول الصحيحين، فإذا صحّ من جانب صحّ من جانب آخر أيضاً.

قلت: إنّ العقد وإن كان متقوّماً بالإيجاب والقبول فلا يقع مفهومه إلّا بهما، إلّا أنّ ذلك يقتضي التلازم في الصحّة والفساد الواقعيّتين؛ لأنّه لا يمكن في الواقع أن ينتقل المبيع إلى المشتري ولا ينتقل الثمن إلى البائع، وأمّا التفكيك في الأحكام الظاهريّة فهو ممّا لا يعدّ ولا يحصى، فإذا كان البائع مقلّداً لمن يقول بصحّة العقد بالفارسيّ، وكان المشتري مقلّداً لمن يقول ببطلانه، جاز للبائع أن يتصرّف في الثمن، ولا يجوز للمشتري أن يتصرّف في المبيع. هذا كلّه في الوجه الأوّل والثاني.

وأمّا الوجه الثالث ـ وهو التفصيل بينما إذا كان العقد المركّب من الإيجاب والقبول ممّا لا قائل بصحّته وبينما إذا كان المركّب منهما صحيحاً عند أحدهما دون الآخر ـ فالأوّل محكوم بالبطلان دون الثاني.

وقال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: «إنّ هذا الوجه من أردء الوجوه؛ إذ مجرّد عدم وجدان القائل بالصحّة لا يوجب الجزم بالبطلان، وهو لا يرجع إلى الإجماع الكاشف؛ إذ من المحتمل أن يكون العقد الفارسيّ الذي تقدّم القبول فيه على الإيجاب موافقاً للواقع، ومجرّد كونه باطلاً عند كلّ واحد من المجتهدين لا يوجب بطلانها واقعاً بعد احتمال أن يكون اجتهاد كلّ من المتعاقدين صحيحاً في الواقع.

الوجه الرابع ـ وهو التفصيل في الشروط ـ بأن يقال: إنّ القول بالصحّة فيما إذا

. . . . . .

اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة على القول بالسببيّة إنّما يتمّ فيما إذا أوجب الاختلاف في الإيجاب والقبول تخلّف الشرط في خصوص أحدهما ، بأن كان بطلان العقد عند كلّ من المتعاقدين المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر ،كالعربيّة والصراحة والماضويّة والترتيب ، وبالبطلان على القول بالطريقيّة .

وأمّا إذا أدّى الاختلاف في الإيجاب والقبول إلى تخلّف الشرط في كلّ من الإيجاب والقبول ، فلا تكون الصحّة والبطلان مستندين إلى السببيّة والطريقيّة ، بل تخلّف الشرط في كلّ من الإيجاب والقبول يوجب البطلان كالموالاة والتنجيز .

وأورد عليه السيّد اليزديّ والمحقّق الايروانيّ والأُستاذ الأعظم : بأنّ الشيخ عدّ الخلل في الترتيب من الأُمور التي لا يضرّ تخلّفها بمجموع العقد ، مثل الصراحة والعربيّة ، مع أنّ القاعدة تقتضي خلاف ذلك ، حيث إنّ الترتيب يعدّ من الأُمور المتضائفة ، ومن المعلوم استحالة تحقّق أحد المتضائفين دون الآخر ، فإنّ تقدّم القبول لا ينفكّ عن تأخّر الإيجاب ، فالترتيب يعدّ من الأُمور التي يؤدّي الخلل في أحد الطرفين فيها إلى الخلل بجميع العقد ، وليس هو كالعربيّة التي يضرّها فارسيّة القبول .

وإن شئت فقل : إنّ الترتيب يحصل بفعل الجميع ، فلو قدّم القابل قبوله لم يكن ذلك بمجرّده محقّقاً لخلاف الترتيب ما لم يوجب الموجب الإيجاب عقيبه ، فخلاف الترتيب يحصل بفعلهما جميعاً .

ويمكن أن يجاب عنهم : بأنّ مجرّد تقديم القبول وتأخّر الإيجاب لا يوجب فساد العقد ،كما أنّ زوال الموالاة يوجبه ؛ إذ يصلح مثل هذا العقد الفاقد للترتيب أن يلحق به القبول أخيراً . إذن فالبطلان يكون مستنداً إلى فعل الآخر ، وهو عدم ذكر القبول بعد الإيجاب المتأخّر . ولكنّ هذا المذكور خلاف المفروض ؛ لأنّه على هذا لا يكون

الإخلال بالترتيب في العقد كي يبحث عن أنّ بطلان العقد عند فقد الترتيب مستند إلى فعل الآخر أو إلى فعل كليهما.

وهنا تفاصيل أُخرى ذكر بعضها في حاشية السيّد، وبعضها ذكرها الآخوند في باب الإجزاء، وبعضها ذكرها المحقّق الأصفهانيّ، لاحظ كتاب البيع لبعض الفحول كي تصل إلى حقيقة الحال.

بحث في المقبوض بالعقد الفاسد

يقع الكلام فيه من جهات:

الأُولى: أنّه لا يدخل في ملك القابض.

الثانية: أنّ القابض يكون ضامناً لما قبضه بالعقد الفاسد.

الثالثة: أنّه يجب ردّ ما أخذه إلى المالك مع بقائه وردّ بدله من المثل أو القيمة عند تلفه.

الرابعة: ضمان المنافع، سواء كانت مستوفاة أم كانت فائتة. وأشار شيخنا الأنصاريّ ﷺ إلى توضيح هذه الجهات وتحقيقها بقوله: «مسألة: ...»، فلاحظ.

مسألة: لو قبض [١] ما ابتاعه بالعقد [٢] الفاسد لم يملكه [٣]، وكان [٤] مضموناً عليه، أمّا عدم [٥] الملك، فلأنّه [٦] مقتضى فرض الفساد، وأمّا

---

[١] أي لو قبض المشتري ما اشتراه.

[٢] الجار متعلّق بقوله: «قبض»، يعني أنّ القبض نشأ من البناء على سببيّة العقد للملكيّة، وتأثيره فيها فيكون القبض بعنوان الوفاء بالعقد لا بعنوان إنشاء النقل؛ إذ لو علما بفساد العقد وتقابضا بقصد إنشاء البيع كان معاطاة.

قال الشهيديّ في تفسير العبارة: «يعني لو قبضه بانياً على العقد وتأثيره في ملكيّة ما ابتاعه؛ لأنّه الذي يترتّب عليه عدم الملكيّة والضمان وسائر الأحكام لا القبض بعد القصد بعنوان المعاطاة أو الأمانة أو نحو ذلك؛ إذ لا ريب في ارتفاع الضمان فيهما، بل لا ريب في حصول الملك، وبالجملة محلّ الكلام هو القبض بعنوان أنّه من لوازم العقد وآثاره مع عدم كون القبض كذلك سبباً للملك، كما هو الظاهر المتسالم عليه عندهم، وإلّا فمع مملّكيّة مثله إذا كان بعنوان المعاطاة لا يبقى مجال للضمان والتكلّم في دليله.

[٣] جزاء للشرط، أي لم يملك المشتري ما اشتراه، وهو إشارة إلى الجهة الأولى من البحث، أي لا يدخل المقبوض بالعقد الفاسد في ملك المشتري.

[٤] أي كان ما قبضه مضموناً عليه، وهو إشارة إلى الجهة الثانية من البحث، أي أنّ المشتري القابض للمبيع يكون ضامناً لما قبضه بالعقد الفاسد.

[٥] كلامه ﷺ ينحلّ إلى عقد سلبيّ، وهو قوله: «عدم الملك»، أي أمّا ما ذكرنا من عدم كون المقبوض بالعقد الفاسد ملكاً للمشتري.

[٦] أي لأنّ عدم كون المقبوض بالفاسد ملكاً للقابض إنّما هو مقتضى فرض فساد العقد؛ إذ لا معنى لفساده إلّا عدم كونه سبباً للنقل والانتقال وبقاء كلّ ملك

الضمان [١]، بمعنى [٢] كون تلفه عليه، وهو [٣] أحد الأُمور المتفرّعة على القبض بالعقد الفاسد، فهو [٤] المعروف، وادّعى الشيخ [٥] في باب الرهن، وفي موضع من البيع، الإجماع عليه صريحاً، وتبعه [٦] في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد،

على ملك مالكه الأوّل. إذن فنفس تصوّر فساد العقد يكفي للحكم بعدم كون المشتري مالكاً لما أخذه بالعقد الفاسد، ولا يحتاج ذلك إلى دليل خاصّ.

[١] وهذا إشارة إلى عقد إيجابيّ، وهو ثبوت الضمان على عهدة القابض، أي كون المشتري القابض ضامناً لما قبضه بالعقد الفاسد.

[٢] أي معنى ضمان القابض لما قبضه أنّ تلف المقبوض بالعقد الفاسد يكون على القابض، يعني لو تلف ما قبضه بالعقد الفاسد بالتلف السماويّ ونحوه يكون ضمان التالف على القابض، فإنّه يضمن المثل إن كان التالف مثليّاً، ويضمن القيمة إن كان التالف قيميّاً، فتلف المقبوض بالعقد الفاسد هو محلّ الكلام.

وأمّا إتلافه عليه فهو خارج عن محلّ الكلام؛ لأنّه ممّا لا إشكال فيه.

[٣] أي ضمان المقبوض بالعقد الفاسد التالف أحد الفروع المتفرّعة على المقبوض بالعقد الفاسد، ويترتّب عليه تفريعات أُخرى أيضاً، كحرمة التصرّف وغيره، كما سيأتي في محلّه.

[٤] أي ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد هو المعروف عند الإماميّة.

[٥] أي ادّعى الشيخ الطوسيّ في موضعين من كتابه المبسوط قيام الإجماع على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

[٦] أي تبع الشيخ الطوسيّ في دعوى الإجماع على ضمان المقبوض بالعقد

وفي السرائر[١]: أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصّلين مجرى الغصب في الضمان، وفي موضع آخر[٢] نسبه إلى أصحابنا، ويدلّ عليه[٣] النبويّ المشهور[٤]: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ»[٥]، والخدشة في دلالته[٦]

الفاسد الفقيه كاشف الغطاء.

[١] أي ادّعى ابن إدريس في السرائر أنّ البيع الفاسد يجري مجرى الغصب، ويترتّب عليه حكم الغصب، فكما أنّ الغصب سبب لضمان الغاصب، كذلك البيع الفاسد سبب لضمان الآخذ بالعقد الفاسد.

[٢] أي في موضع آخر من السرائر نسب ابن إدريس ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد إلى أصحابنا، وهو ظاهر في أنّ الضمان إجماعيّ. هذا هو الدليل الأوّل على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

[٣] أي يدلّ على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد حديث «على اليد». هذا إشارة إلى الدليل الثاني على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

[٤] في هذه الكلمة إشارة إلى أنّ الحديث وإن كان ضعيفاً بحسب السند إلّا أنّ عمل مشهور الفقهاء به يكون جابراً لضعفه.

[٥] بتقريب: أنّ المستفاد منه أنّ كلّ ما دخل تحت يد الآخذ واستولى عليه، فهو يكون ضامناً لما أخذه، ومنه المقبوض بالعقد الفاسد.

[٦] أي مناقشة في دلالة النبويّ المشهور، وهذه المناقشة ذكرها الشيخ الطوسيّ والعلّامة والفاضل النراقيّ.

وملخّصها: أنّ كلمة «على» في قوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» ظاهرة في الدلالة على الحكم التكليفيّ، ومنشأ الظهور كلمة «على» فإنّها

بأنّ كلمة « على » ظاهرة في الحكم التكليفيّ [١]، فلا يدلّ [٢] على الضمان ضعيفة [٣] جدّاً، فإنّ [٤] هذا الظهور

قرينة على أنّ معنى الحديث أنّه يجب على كلّ شخص أن يردّ المال المأخوذ من غيره من دون طيب نفسه إلى صاحبه، أو يجب على ذي اليد حفظ ما أخذت يده إلى زمان أدائه، فعلى هذا لا يكون الحديث ظاهراً في الحكم الوضعيّ كي يدلّ على الضمان، بل يدلّ على الحكم التكليفيّ؛ لأنّ جعل شيء على شخص ظاهر في التكليف كقوله: فعليه الصوم أو الصلاة.

[١] وهو وجود حفظ ما أخذه من الغير، ووجوب ردّه إلى مالكه.

[٢] أي لا يدلّ حديث « على اليد » على أنّ ذا اليد ضامنٌ لمال الغير فيما إذا وضع يده على مال الغير من دون طيب نفسه.

[٣] خبر لقوله: « والخدشة »، أي المناقشة في دلالة الحديث ضعيفة جدّاً. ووجه الضعف هو أنّ الحديث المذكور ليس ظاهراً في الحكم التكليفيّ، وأنّ كلمة « على » في الحديث لا يصلح لأن تكون قرينة على حمل الحديث على بيان الحكم التكليفيّ.

[٤] كلمة « الفاء » للتعليل، فإنّها تعليل لضعف الخدشة، أي إنّما قلنا بأنّ الخدشة في دلالة الرواية ضعيفة؛ لأنّ الخدشة فيها مبنيّة على ظهور كلمة « على » في الحكم التكليفيّ، وليس الأمر كذلك، فإنّ الظهور المذكور، وهو ظهور كلمة « على » في الحكم التكليفيّ إنّما يتمّ فيها إذا أسند كلمة « على » إلى فعل من أفعال المكلّفين، كقوله تعالى: ﴿عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾[1]، فإنّ كلمة « على » في الآية متعلّقة بفعل المكلّف، وهو الإتيان بالحجّ، وليس الأمر

---

(١) آل عمران ٣: ٩٧.

إنّما هو إذا أسند الظرف [١] إلى فعل من أفعال المكلّفين [٢]، لا [٣] إلى مال من الأموال، كما [٤] يقال: عليه دين،

كذلك في المقام، فإنّ كلمة «على» قد تعلّقت بالمال، فلا يكون لها ظهور إلّا في الحكم الوضعيّ، وهو الضمان.

[١] أي ظهور كلمة «على» في الحكم التكليفيّ إنّما يتمّ إذا أُسند الظرف وهو قوله ﷺ: «على اليد».

[٢] كالصلاة والصوم والزكاة والحجّ ونحوها من أفعال المكلّفين، كما لو قال: «عليه حجّ البيت» أو عليه صلاة الظهر، أو عليه صلة الرحم، فإنّ إسناد «على» إلى الفعل في الأمثلة المذكورة ونحوها ظاهر في دلالة الجملة على التكليف.

[٣] أي لا نسلّم ظهور الحديث في الحكم التكليفيّ إذا أُسند «على» إلى المال كما هو كذلك في الحديث، فإنّ الظرف وهو كلمة «على» في قوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ...**» أُسند إلى المال، **والحاصل**: فرق بين قوله: «عليه حجّ البيت» وبين قوله: «على اليد ما أخذت»، فإنّ معنى الجملة الأُولى يجب عليه الحجّ، ومعنى الجملة الثانية على عهدته ما أخذت، فتكون الجملة الأُولى ظاهرة في الحكم التكليفيّ، والجملة الثانية ظاهرة في الحكم الوضعيّ.

[٤] أي على اليد ما أخذت نظير ما يقال: «عليه دين» كما أنّ الظرف في هذا المثال أُسند إلى الدين الذي هو من الأموال، كذلك الظرف في على اليد أُسند إلى المال، وهو ما أخذت. **توضيحه**: أنّ قوله: «على اليد» خبر مقدّم باعتبار متعلّقه، ويطلق عليه عنوان المسند لأنّه أُسند إلى ما أخذت، وقوله: ما أخذت مبتدأ مؤخّر، ويطلق عليه عنوان المسند إليه باعتبار أنّ قوله على اليد قد أُسند إليه، وآخر الكلام: حيث إنّ الظرف في الحديث مسند إلى المال فهذا يكون قرينة على أنّ الحديث في مقام بيان الحكم الوضعيّ، أي أنّ

فإنّ لفظة «على» حينئذٍ [١] لمجرّد الاستقرار في العهدة [٢]، عيناً [٣] كان أو دَيناً [٤]. ومن هنا [٥] كان المتّجه صحّة الاستدلال به [٦] على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم تكن [٧] يدهما ضعيفة؛

ما أخذت في عهدة ذي اليد. إذن فالحديث يدلّ على الضمان، ولا يرد عليه الخدشة المذكورة في المتن.

[١] أي حينما ثبت أنّ لفظة «على» تعلّق بالمال لا بفعل من الأفعال.

[٢] أي لفظة «على» تدلّ على مجرّد استقرار المأخوذ في ذمّة الآخذ، وهو يكون ضامناً له.

[٣] أي سواء كان المأخوذ بالعقد الفاسد عيناً، كما إذا كانت العين المأخوذة بالعقد الفاسد باقية لم يطرأ عليها التلف، فإنّ ذا اليد ضامن له، فلا بدّ له أن يردّها إلى مالكها.

[٤] كما إذا تلفت العين المأخوذة بالعقد الفاسد، أو كان المستقرّ في العهدة من أوّل الأمر ديناً، كالمبيع سلفاً.

[٥] أي ممّا ذكرنا من أنّ الظاهر من الحديث النبويّ إسناد كلمة «على» إلى المال، فهي تكون قرينة على ظهور الحديث في الضمان.

[٦] أي صحّة الاستدلال بالحديث النبويّ على ضمان الصغير والمجنون؛ لأنّ استقرار المأخوذ بالعقد الفاسد في عدتهما أمر معقول. نعم، إنّ الحكم التكليفيّ يتوجّه إلى وليّهما، وفي كلمة «بل» إشارة إلى وجود النقاش في ضمان المجنون وإن كان ضعيفاً.

[٧] أي أنّ ضمانهما للمقبوض بالعقد الفاسد مشروط بما إذا لم تكن يدهما ضعيفة.

لعدم [١] التمييز والشعور، ويدلّ على الحكم [٢] المذكور أيضاً قوله ﷺ [٣] في الأمة [٤] المبتاعة إذا وجدت [٥] مسروقة بعد أن [٦] أولدها المشتري: أنّه [٧] يأخذ الجارية صاحبها [٨]، ويأخذ الرجل [٩]

---

[١] تعليل لضعف يد الصغير والمجنون، أي يكون ضعف يدهما لأجل عدم تمييزهم مصالحهم ومفاسدهم وعدم وجود شعور عندهم، وإنّما قيّد ضمان الصغير والمجنون بعدم كون يدهما ضعيفة؛ إذ لو كانت يدهما ضعيفة لم يصدق عنوان الأخذ على استيلائهم على مال الغير.

والحاصل: أنّه إذا لم يكن شعور وتمييز للصبيّ والمجنون لم يصحّ إسناد الأخذ إلى يدهما؛ إذ الظاهر من الأخذ ما كان عن إرادة واختيار، وهذا لا يصدق فيما إذا لم يكن الأخذ مع التمييز والشعور عرفاً فيكون خارجاً عن موضوع الحديث بعد عدم صدق الأخذ عليهما والأخذ على فعلهما.

[٢] وهو ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

[٣] وهو إشارة إلى الدليل الثالث على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

[٤] أي قوله ﷺ الذي ورد في بيان حكم الأمة المشتراة التي ظهر للمشتري كونها مسروقة.

[٥] بصيغة المجهول، وقوله: «مسروقة» منصوب على الحاليّة.

[٦] متعلّق بقوله: «إذا وجدت» أي بعد ما صارت الأمة أُمّ ولد المشتري ظهر أنّها مسروقة، ولم تكن ملكاً لبائعها.

[٧] مقول لقوله ﷺ في الأمة المبتاعة.

[٨] فاعل لقوله: «يأخذ»، وقوله: «الجارية» مفعول له، أي مالك الجارية يأخذ الجارية من المشتري.

[٩] أي يأخذ المشتري الذي أولد الأمة ولده بإزاء قيمته لا مجّاناً، فإنّه يعطي قيمة

ولده بالقيمة ، فإنّ [١] ضمان الولد بالقيمة مع كونه [٢]

ولده إلى مالك الأمة ويأخذ ولده الحرّ منه . لاحظ الرواية كي يتّضح المقصود ، وهي ما رواه جميل بن درّاج عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جارية فأولدها ، فوجدت مسروقة ، قال : **يَأْخُذُ الْجَارِيَةَ صَاحِبُهَا ، وَيَأْخُذُ الرَّجُلُ وَلَدَهُ بِقِيمَتِهِ** »[١] .

توضيحه : أنّه ورد في هذه الرواية السؤال من الإمام عليه السلام عن حكم شراء جارية من السوق قد استولدها المشتري ، ثمّ تبيّن كونها مسروقة ، وقد ظفر بها مالكها ، فأجاب عليه السلام بأنّ المشتري يأخذ ولده ، ويردّ الجارية وقيمة الولد إلى مالكها .

[١] هذا تقريب الاستدلال بمرسلة جميل لضمان المقبوض بالعقد الفاسد .

وملخّصه : أنّ الإمام عليه السلام حكم بضمان المشتري قيمة ولد الجارية التي هي مقبوض بالعقد الفاسد لكون البيع في غير ملك البائع ، لأجل كون الجارية المبيعة مسروقة مع كون الولد نماء لم يستوفه المشتري ، فيكون من المنافع غير المستوفاة ، فإذا ثبت ضمان المنافع غير المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد لكان ضمان نفس الجارية المأخوذة بالعقد الفاسد بطريق أوْلى لو تلفت بيد المشتري .

[٢] أي مع كون الولد نماءً للجارية المقبوضة بالعقد الفاسد ، لم يستوف المشتري النماء المذكور ؛ لأنّ الولد وإن كان نماءً للأصل ، إلّا أنّ ذلك يوجب الضمان في المنافع المستوفاة ، لا في مثل ولد الجارية الذي انعقد حرّاً ، وهو ليس ملكاً لمالك الأمة كي يقال : إنّه من منافع الجارية التي قد استوفاها المشتري ،

---

(١) وسائل الشيعة : الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣.

نماءً لم يستوفه [١] المشتري يستلزم [٢] ضمان الأصل بطريق أوْلى.

فيكون ضامناً له. **وبالجملة**: الذي استوفاه المشتري إنّما هو الوطء، والمفروض أنّ القيمة لم تجعل عوضاً له، بل انّها بإزاء الولد، وهو ليس من المنافع المستوفاة بعد انعقاده حرّاً.

[١] الجملة صفة لقوله: «نماء»، أي مع كون الولد نماء غير مستوفى.

ولا يخفى أنّ غرض المصنّف من تقييد النماء بقوله: «لم يستوفه» دفع الإشكال المقدّر.

وملخّص الإشكال هو: أنّ ضمان المشتري لقيمة الولد إنّما يكون لأجل استيفائه منفعة رحم الأمة بإشغاله بنطفته التي هي نطفة حرّ، فهو يضمن القيمة لأجل استيفاء منفعة الرحم، كما يضمن قيمة سائر منافعها المستوفاة، فتكون الرواية أجنبيّة عن ضمان المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف بيد القابض، وإنّما تدلّ على ضمان المنفعة المستوفاة، وهو من المسلّمات.

وشيخنا الأعظم ﷺ أشار بدفع هذا الإشكال بجملة لم يستوفه المشتري، وملخّص الدفع هو أنّا نمنع صدق المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى ولد الجارية؛ وذلك لعدم إمكان انتفاع المشتري من الجارية بولدها، فلا يعدّ الولد من المنافع المستوفاة، كي تدلّ الرواية على ضمان المنفعة المستوفاة، بل تدلّ على ضمان المنفعة مع أنّها غير مستوفاة، فتدلّ على ضمان الأصل بالأوْلى.

[٢] الجملة خبر لقوله: «فإنّ ضمان الولد»، أي ضمان النماء يدلّ بالأولويّة على ضمان الأصل؛ لأنّ الاستيلاء على النماء الذي هو سبب للضمان بحكم الشارع إنّما هو بتبع الاستيلاء على العين، فإذا كانت اليد على المنافع التي هي يد تبعيّة سبباً للضمان تكون اليد على العين التي هي يد أصليّة سبباً للضمان بالأولويّة.

وليس [١] استيلادها [٢] من قبيل إتلاف النماء، بل من [٣] قبيل إحداث نمائها غير [٤] قابل للملك،

---

[١] جواب عن إشكال مقدّر، وملخّص الإشكال: أنّ الرواية أجنبيّة عن الدلالة على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد؛ لأنّ الخبر المتقدّم الدالّ على ضمان ولد الجارية من باب إتلاف النماء، فيكون مورد الخبر من باب الإتلاف؛ إذ النطفة وإن كانت من الرجل إلّا أنّها مكمّلة بنطفة المرأة، ومكمّلة بدم الأُمّ، فقد أتلف الرجل المشتري النطفة الموجودة في رحم المرأة مع ما فيها من القوى المودعة في الرحم المستعدّة لتكوين الولد، فلا يشمل الخبر المقبوض بالعقد الفاسد الذي تلف في يد القابض.

وملخّص الجواب عنه: أنّ الذي صدر من المشتري في مورد الرواية ليس إلّا استيلاد الجارية، وهو لا يصدق عليه الإتلاف لأنّه عبارة عن إعدام الموجود ولم يعدم المشتري شيئاً من الجارية كي يقال إنّه أتلف نماءها، بل أحدث فيها نماء غير قابل لأن يكون ملكاً لمالك الجارية، حيث إنّ حرّيّة المشتري منعت عن انعقاد ولده ملكاً له وليس عدم قابليّته للملكيّة مستنداً إلى فعل المشتري حتّى يستند الإتلاف إليه، بل كان مستنداً إلى حكم الشارع، فيكون الحكم بحرّيّة الولد كالتلف السماويّ عند المشتري، فيكون هو ضامناً له.

[٢] أي ليس جعل الجارية المسروقة ذات ولد من قبيل إتلاف النماء؛ لأنّ المفروض أنّ المشتري لم يتلف شيئاً.

[٣] أي استيلاد الجارية من قبيل إحداث نماء لها.

[٤] حال لقوله: «إحداث» يعني إحداث نماء حال كونه غير قابل للدخول في ملك مالك الجارية، وعدم كونه قابلاً للملك يستند إلى حكم الشارع.

فهو [١] كالتالف لا كالمتلف [٢]، فافهم [٣].

ثمّ إنّ هذه المسألة [٤] من جزئيّات القاعدة المعروفة: (كلّ عقد [٥] يضمن بصحيحه يضمن بفاسده)، (وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده)[٦]،

---

[١] أي الاستيلاد بمنزلة من تلف النماء بيده بسبب حكم الشارع فإنّ الولد غير قابل للملك، فيكون تلفاً حكميّاً.

[٢] أي ليس الاستيلاد كالإتلاف، وليس المستولد كالمتلف حتّى يكون مورداً لإتلاف مال الغير، وبالنتيجة أنّ المرسلة ليست من أدلّة الضمان بالإتلاف، بل تكون من أدلّة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

[٣] لعلّه إشارة إلى إمكان صدق الإتلاف على استيلادها، فلا يصحّ الاستدلال بها على المقام.

[٤] أي مسألة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد من مصاديق القاعدة المعروفة ومن صغرياتها، وهذا هو الدليل الرابع على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

[٥] أي القاعدة المعروفة عبارة عن قاعدة كلّ عقد يضمن، فإنّ هذه القاعدة تكون من أدلّة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد. بتقريب: أنّه كما أنّ البيع الصحيح يقتضي ضمان المشتري للثمن فيجب عليه أداء عوضه الجعليّ ويقتضي ضمان البائع للمثمن، فيجب عليه أداء شخص المثمن عند إمكانه ومثله أو قيمته عند تلفه، كذلك البيع الفاسد يقتضي ضمان المشتري ما قبضه من المثمن.

[٦] ولا يخفى أنّ الاستدلال على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لا يكون بهذه الفقرة الثانية، بل إنّ مورد الاستدلال أصل القاعدة، وهي الفقرة الأُولى.

وهذه القاعدة أصلاً [١] وعكساً [٢] وإن لم أجدها بهذه العبارة [٣] في كلام من تقدّم على العلّامة ، إلّا [٤] أنّها تظهر من كلمات الشيخ ﷺ في المبسوط ،

---

[١] وهو قوله : « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » .

[٢] وهو قوله : « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » ، وليس المراد من العكس العكس المستوي ولا عكس النقيض ، بل المراد منه النقيض ؛ وذلك لعدم انطباق شيء من العكس المستوي وعكس النقيض عليه ، أمّا الأوّل فلأنّه تبديل طرفي القضيّة مع بقاء الكيف على حاله ، وهو مفقود في المقام لعدم تبدّل الموضوع والمحمول ، وعدم بقاء الكيف على حاله ، وأمّا الثاني فلأنّ عكس النقيض هو تبديل نقيضي الطرفين مع الاختلاف في الكيف ، وهو أيضاً لا ينطبق على القاعدة ؛ لأنّ الكيف وإن كان مختلفاً في القاعدة إلّا أنّ تبديل طرفي القضيّة مفقود . إذن فإنّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده نقيضان ، وقد عبّر صاحب الجواهر ﷺ عن الفقرة الثانية بأنّها مفهوم للجملة الأُولى ، وكيف كان فالأمر سهل بعد وضوح المراد منها .

[٣] وفي هذا التعبير إشارة إلى وجود هذه القاعدة في تعبير الأقدمين بعبارات أُخرى ، إلّا أنّها بالعبارة الموجودة في المتن لم تكن موجودة في كلامهم بحسب الظاهر قبل العلّامة .

[٤] استدراك عمّا ذكره من أنّه لم يجد هذه القاعدة أصلاً وعكساً في كلام من تقدّم على العلّامة .

وملخّصه : أنّ قاعدة ما يضمن أصلاً وعكساً وإن لم أجدها بهذه العبارة المعروفة ، إلّا أنّ نفس القاعدة تظهر من كلمات الشيخ في المبسوط ، فإنّه استدلّ لإثبات ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقاعدة ما يضمن بصحيحه

فإنّه [١] علّل الضمان في غير واحد [٢] من العقود اللازمة من العقود الفاسدة، بأنّه [٣] دخل على أن يكون المال مضموناً عليه، وحاصله [٤]: أنّ قبض المال مقدماً [٥] على ضمانه بعوض واقعيّ أو جعليّ [٦] موجب [٧]

يضمن بفاسده، إلّا أنّه لم يذكر هذه القاعدة بالألفاظ المتعارفة المعروفة بعد العلّامة. إذن فأصل الاستدلال بالقاعدة موجود قبل العلّامة أيضاً.

[١] تفصيل لكيفيّة ظهور القاعدة من كلمات الشيخ، وأنّه كيف يظهر من كلماته؟ أي وجه ظهور القاعدة من كلمات الشيخ الطوسيّ هو أنّه قال في مواضع متعدّدة من كتاب الغصب بضمان المقبوض بالفاسد، وعلّل الضمان بأمر يظهر منه أنّه استدلّ لإثبات الضمان بالقاعدة المذكورة.

[٢] أي في مواضع كثيرة من العقود اللازمة من العقود الفاسدة.

[٣] أي أنّ القابض سواء كان بائعاً أو مشترياً أقدم على المعاملة بانياً على أن يكون هو ضامناً للمال الذي أخذه من مقابله فأقدم المشتري على الشراء بانياً على أن يكون المثمن مضموناً عليه، والبائع أقدم على البيع بانياً على أن يكون الثمن مضموناً عليه، فيكون ضامناً للمقبوض إذا تلف.

[٤] أي حاصل التعليل الذي ذكره الشيخ لإثبات ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

[٥] بصيغة اسم الفاعل، أي حال كون القابض مقدماً على ضمان المقبوض بعوضه الواقعيّ، كما في المقبوض بالسوم إذا تلف، فإنّ القابض يكون ضامناً بعوضه الواقعيّ.

[٦] وهو ما يسمّى بالبدل المسمّى، كما في المقبوض بالعقود الصحيحة.

[٧] خبر لقوله: أنّ قبض المال، أي أخذ مال الغير مقدماً على ضمانه ببدله الواقعيّ أو الجعليّ موجب لضمان القابض.

للضمان. وهذا المعنى [١] يشمل المقبوض [٢] بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحيحها، وذكر [٣] أيضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد أنّ صحيحه [٤] لا يوجب الضمان، فكيف يضمن بفاسده؟

---

[١] أي هذا المعنى الذي علّل به الضمان، وهو الدخول على الضمان والإقدام عليه، فيستفاد منه أنّ العلّة للضمان الإقدام على الضمان، فيستفاد منه عموم الضمان في كلّ عقد أقدم فيه على الضمان.

[٢] أي يدلّ على الضمان في كلّ مقبوض بالعقد الفاسد، فيكون دليلاً على أنّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؛ وذلك لوجود الملاك في كليهما، وهو الإقدام على الضمان. إلى هنا ظهر أنّ الجملة الأُولى من القاعدة المعروفة، وهي كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يستفاد من عموم التعليل الذي ذكره الشيخ الطوسيّ لإثبات الضمان في العقود الفاسدة. هذا كلّه ما ذكره في مواضع من غصب المبسوط.

[٣] أي ذكر الشيخ الطوسيّ أيضاً في مسألة عدم الضمان في رهن المبسوط فيما إذا فسد الرهن لاشتماله على الشرط الفاسد، ومن هنا أراد المصنّف أن يبيّن أنّ أصل القاعدة «وهو ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، كما يظهر من كلام الشيخ الطوسيّ في مواضع من غصب المبسوط كذلك عكس القاعدة وهو قوله: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» أيضاً يظهر من كلامه في رهن المبسوط.

[٤] أي أنّ الرهن الصحيح لا يوجب الضمان ـ فإنّ عمرواً إذا أخذ دار زيد رهناً في مقابل قرضه ألف دينار، وأُتلفت الدار في يد المرتهن من غير تعدٍّ أو تفريط ـ فإذا لم يكن الرهن الصحيح موجباً للضمان لا يكون الرهن الفاسد أيضاً موجباً للضمان؛ وذلك لاتّحادهما في ملاك الضمان وسببه، فلو لم يكن المقتضي

وهذا [١] يدلّ على العكس المذكور [٢]، ولم أجد من تأمّل فيها [٣] عدا الشهيد [٤] في المسالك فيما لو فسد عقد السبق في أنّه يستحقّ السابق أُجرة المثل أم لا؟ وكيف كان [٥] لا يهمّنا ذلك، فالمهمّ بيان معنى القاعدة أصلاً [٦] وعكساً [٧]، ثمّ بيان [٨] المدرك فيها، فنقول ـ ومن الله

للضمان في الرهن الصحيح موجوداً فلا يكون في الرهن الفاسد أيضاً موجوداً.

[١] أي هذا الكلام من الشيخ الطوسيّ، وهو أنّ صحيحه لا يوجب الضمان فكيف بفاسده.

[٢] وهو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

[٣] أي في القاعدة المذكورة أصلاً وعكساً.

[٤] حيث أنّه تأمّل في تماميّة القاعدة في كتاب السبق والرماية من المسالك في مبحث ما لو فسد عقد السبق، فهل يستحقّ السابق منهما أُجرة المثل أم لا؟ قال: وعندي فيه نظر؛ لأنّ الالتزام لم يقع إلّا على تقدير العقد الصحيح، والأصل براءة الذمّة عن وجوب شيء آخر غير ما وقع عليه العقد ـ إلى أن قال: ـ وقاعدة (أنّ كلّ ما كان صحيحه موجباً للمسمّى ففاسده موجب لأُجرة المثل) لا دليل عليها كلّيّةً.

[٥] أي سواء ذكرت القاعدة المذكورة قبل العلّامة أيضاً أم لا، فإنّ الاطّلاع عليه ليس بأمر مهمّ.

[٦] وهو كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

[٧] وهو كلّ عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

[٨] أي بعد بيان معنى القاعدة فالمهمّ بيان مدركها. قال السيّد اليزديّ والمحقّق الايروانيّ والأُستاذ الأعظم: بأنّه لا فائدة لبيان معنى القاعدة ولا غرض في بيان معنى ألفاظ ليست هي مفاد آية ولا متن رواية ولا هي معقد إجماع،

الاستعانة ـ: إنّ المراد بالعقد [١] أعمّ من الجائز [٢] واللازم، بل [٣] ممّا كان فيه شائبة الإيقاع، أو كان [٤]

فعلى هذا لا أهمّيّة في بيان معناها أصلاً ولا عكساً.

ولكن القاعدة المعروفة معتبرة عند كثير الفقهاء، وهذا المقدار يكفي لعدم كون التعرّض لبيان معناها لغواً، ولذا تعرّضوا لبيان معاني ألفاظ على اليد مع أنّها ضعيفة سنداً عند كثير منهم، فتأمّل.

[١] من هنا شرع في مقام بيان أُمور:

الأمر الأوّل: بيان معاني ألفاظ القاعدة.

الأمر الثاني: بيان مدرك القاعدة.

الأمر الثالث: بيان أنّ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد هل يختصّ بحال جهل الدافع بالفساد أم يعمّ صورة علمه به أيضاً؟ وأشار إلى بيان الأمر الأوّل ـ وهو بيان معاني ألفاظ القاعدة ـ بقوله: إنّ المراد من العقد، أي المراد من العقد الذي يراد من الموصول في قوله: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

[٢] أعمّ من العقد الجائز كالهبة، ومن العقد اللازم كالبيع، أي كلّ عقد سواء كان جائزاً أو لازماً يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

[٣] أي بل المراد من العقد الذي يراد من الموصول أعمّ من العقد المحض، ومن العقد الذي فيه شائبة الإيقاع، فيكون المراد من العقد معناه الواسع، فيشمل العقد الذي فيه رائحة الإيقاع، كالجعالة، فإنّها عقد لاحتياجه إلى القبول، وهو الإقدام على تحصيل الضالّة، فإنّه قبول؛ إذ القبول لا يحتاج إلى لفظ مخصوص، وأمّا شائبة الإيقاع فيها فلأجل أنّها كالإيقاع في كونه قائماً بطرف واحد، فلا يشترط فيه شروط العقد من معلوميّة العوض وغيرها.

[٤] أو كان العقد أقرب إلى الإيقاع من قربه إلى العقد، فيشمل العقد المستفاد

أقــرب إليـه ، فـيشمل [١] الجـعالة والخـلع ، والمـراد [٢] بـالضمان فـي الجملتين [٣] هو كون درك المضمون عليه [٤] بمعنى [٥] كـون خسـارته ودركه في ماله [٦] الأصليّ ، فإذا تلف [٧]

من الموصول في قاعدة « ما يضمن » مثل هذا العقد أيضاً كالخلع ، فإنّه عقد باعتبار احتياجه إلى الطرفين والعوض ، وأمّا كونه أقرب إلى الإيقاع فلأنّه من أقسام الطلاق الذي هو من الإيقاعات ، وله شرائط خاصّة غير شرائط العقد .

[١] أي يشمل العقد المذكور في القاعدة الجعالة والخلع ، كما عرفت .

[٢] إلى هنا بيّن المراد من العقد في قوله : « كلّ عقد يضمن بصحيحه .... » ، ومن هنا شرع في بيان المراد من قوله : « يضمن » .

[٣] أي في أصل القاعدة وعكسها ، وهما قوله : كلّ عقد يضمن بصحيحه ، وكلّ عقد لا يضمن بصحيحه .

[٤] الجار باعتبار متعلّقه خبر لقوله : « كون » ، أي المراد بالضمان أنّ خسارة المال التالف على عهدة الضامن من ماله الأصليّ ، فإنّ الضمير في قوله : « عليه » راجع إلى الضامن المستفاد من كلمة « الضمان » .

[٥] هذا تفسير لقوله : « كون درك المضمون عليه » ، أي معنى كون درك المضمون على الضامن كون خسارة المال المضمون ، وهو التالف على عهدة الضامن .

[٦] أي خسارة المال التالف في المال الأصليّ للضامن والتقييد بالأصليّ إنّما هو في مقابل المال الذي يحصّله بنفس العقد ، أعني به التالف .

والحاصل : أنّ الخسارة تقع على المال الأصليّ للضامن .

[٧] أي إذا تلف المال الذي تملّكه أحد المتعاقدين بالعقد المعامليّ وقع خسارته في ماله الأصليّ لمن تلف ماله .

وقع نقصان فيه لوجوب [١] تداركه منه ،

---

[١] أي إنّما وقع النقصان في ماله الأصليّ لأنّه وجب على الضامن أن يتدارك التالف عن ماله الأصليّ ، فيعلم من هذا أنّ النقصان بالتلف وقع في ماله الأصليّ .

وملخّص الكلام في تفسير الضمان في الجملتين هو : أنّ معنى الضمان أنّ أحد المتعاقدين يضمن مال الآخر بمجرّد العقد عليه ، فإذا تلف المبيع مثلاً عند البائع كانت خسارته من ماله الأصليّ وتتدارك منه ، مثلاً: إذا باع زيد كتابه من عمرو بدينار ، فالكتاب هو المال الأصليّ المملوك لزيد قبل العقد ، والدينار ماله الفعليّ الحاصل ببيع كتابه ، فإن كان العقد صحيحاً اقتضى ضمان كلّ من البائع والمشتري مال صاحبه بالضمان المعاوضيّ ، يعني أنّ البائع يتعهّد بأنّ المبيع وهو الكتاب لو تلف بيده قبل تسليمه التزم بخسارته ، ودركه من ماله الأصليّ ، وكذا يتعهّد المشتري بالدينار بحيث لو تلف بيده كانت خسارته عليه لا على البائع . هذا في العقد الصحيح .

وأمّا في العقد الفاسد فلو تلف الكتاب بيد المشتري كانت خسارته عليه ، لا على البائع ، ولو تلف الدينار بيد البائع كانت خسارته على عهدته لا على عهدة المشتري .

وزبدة الكلام: أنّ المقصود بالضمان في العقود الصحيحة هو الضمان المعاوضيّ ، بمعنى أنّه بمجرّد العقد يصير الثمن ملكاً للبائع ويضمنه المشتري بحيث لو تلف وجب على المشتري بدله ، ويصير المبيع ملكاً للمشتري فيضمنه البائع لو تلف عنده . نعم ، لو تسلّم المشتري المبيع وتسلّم البائع الثمن ، ثمّ تلف ، فلا ضمان لوقوع التلف في ملك مالكه ، ولا معنى لأن يكون الشخص ضامناً لأموال نفسه .

وأمّا [١] مجرّد كون تلفه [٢] في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له، كما يتوهّم [٣]، فليس هذا [٤] معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إنّ الإنسان ضامن لأمواله ثمّ تداركه [٥] من ماله تارة يكون

---

[١] لمّا بيّن شيخنا الأنصاريّ ﷺ معنى الضمان في الجملتين أشار إلى معنى آخر للضمان في الأصل والعكس، وهو كون تلف المال في ملك مالكه، وأنّه يتلف مملوكاً له، فيكون معنى القاعدة على هذا أنّ العقد الصحيح لو كان سبباً للضمان كان الفاسد أيضاً كذلك، فالبيع الصحيح ـ مثلاً ـ سبب في كون المبيع إذا تلف من مال المشتري، فكذا البيع الفاسد، وأمّا ما لا يضمن بصحيحه ـ كالعارية ونحوها ـ لا يضمن بفاسده أيضاً.

[٢] أي تلف المال من المبيع أو الثمن في ملك الضامن بحيث يتلف المبيع حال كونه مملوكاً للمشتري، ويتلف الثمن حال كونه مملوكاً للبائع.

[٣] المتوهّم هو الشيخ عليّ في حواشي الروضة، كما ذكره المحقّق المامقانيّ ﷺ، وقيل: إنّه صاحب الرياض، وقيل: إنّه صاحب الجواهر ﷺ.

[٤] أي ليس هذا المعنى المتوهّم الذي نسب إلى جماعة ـ كما عرفت ـ معنى الضمان؛ إذ لا يصحّ أن يقال: إنّ الإنسان ضامن لأمواله.

والحاصل: أنّ المراد بالضمان في الجملتين الغرامة لا التلف، أي أنّ العقد سواء كان صحيحاً أو فاسداً سبب لغرامة التالف.

[٥] من هنا شرع في بيان أقسام التدارك، والغرض منه بيان أنّ الضمان مشترك معنويّ بين الأقسام الثلاثة الآتي ذكرها، وجواب عن توهّم أنّه مشترك لفظيّ بينها عند المصنّف، ولذا أورد عليه بأنّه ليس للضمان إلّا معنى واحد، وهو كون الشيء في عهدة الضامن، والاختلاف إنّما هو في خصوصيّات ما يتدارك به، أي ثمّ تدارك المال التالف من مال الضامن...

بأداء عوضه الجعليّ [١] الذي تراضى هو [٢] والمالك على كونه عوضاً، وأمضاه [٣] الشارع، كما في المضمون بسبب العقد الصحيح [٤].

وأُخرى [٥] بأداء عوضه الواقعيّ، وهو المثل أو القيمة وإن [٦] لم يتراضيا عليه.

---

[١] وهو الثمن المسمّى.

[٢] أى تراضى الضامن الذي تلف المال عنده والمالك على كون الدينار عوضاً للكتاب، والكتاب عوضاً للدينار، فإذا تلف أحدهما يجب على من تلف المال عنده أن يؤدّي عوضه الجعليّ.

[٣] أي أمضى الشارع التراضي المذكور، فإنّ التراضي من المتعاقدين إنّما يترتّب عليه الأثر بعد إمضاء الشارع العقد الذي تراضيا عليه بقوله: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ و ﴿**وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ**﴾.

[٤] حيث إنّ في مورد العقد الصحيح يكون تلف المتاع مضموناً على المشتري بعوضه المجعول. هذا تمام الكلام في القسم الأوّل من التدارك.

[٥] هذا إشارة إلى القسم الثاني من أقسام التدارك، أي تارةً أُخرى يكون تدارك المال التالف بأداء عوضه الواقعيّ من المثل في المثليّات والقيمة في القيميّات، وهو فيما إذا فسد العقد وتلف أحد العوضين أو كلاهما، فإنّ تدارك الخسارة في هذه الصورة يكون بعوضه الواقعيّ، وهو المثل أو القيمة.

[٦] كلمة «إن» وصليّة، أي وإن لم يتراض المتعاقدان على العوض الواقعيّ من المثل أو القيمة، وإنّما تراضيا بالعوض المسمّى بالمبيع، ولكن حيث إنّ العقد فاسد فلا اعتبار بالثمن المجعول عوضاً، وإنّما المعيار بالعوض الواقعيّ الذي لم يتراضيا عليه.

وثالثة [١] بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعيّ والجعليّ ،كما ذكره [٢] بعضهم في بعض المقامات ، مثل تلف [٣] الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض ، فإذا ثبت هذا [٤] ، فالمراد بالضمان بقول مطلق [٥] هو لزوم

---

[١] هذا إشارة إلى القسم الثالث من أقسام تدارك المال المضمون ، أي ثالثة يكون درك المال المضمون بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعيّ كالمثل والقيمة ، ومن العوض الجعليّ كالثمن المسمّى .

[٢] أي ذكر أداء أقلّ الأمرين بعض الفقهاء ، يعني به الشهيد الثاني في المسالك في مبحث الهبة .

[٣] أي مثل ما لو تلفت العين الموهوبة المشروط فيها العوض في يد المتّهب قبل دفع العوض ، فإنّ المتّهب الذي هو آخذ العين الموهوبة يضمن أقلّ الأمرين من العوض الواقعيّ ، وهي القيمة الواقعيّة للعين الموهوبة ، ومن العوض المجعول الذي يسمّى بالثمن المسمّى ؛ وذلك لأنّ المتّهب كان له التخيير مع بقاء العين بين ردّها ودفع المسمّى ، فإذا تلفت يجوز له دفع عوضه الواقعيّ ، كما أنّه يجوز له دفع المسمّى وهو عوضه الجعليّ ، فالقدر المتيقّن من الضمان هو أقلّ الأمرين ، فإن كان الأقلّ هو المسمّى فقد رضى الواهب به في مقابل العين ، وإن كان الأقلّ هو العوض الواقعي ، فحيث أنّ المتّهب لا يتعيّن عليه العوض كي يكون ملزماً بأداء أكثر الأمرين خروجاً عن اشتغال الذمّة ، بل يتخيّر بين ردّ العوض وردّ العين ، فله ردّ العين بردّ قيمتها .

والحاصل : أنّه لا يجب عليه مع تلف العين أكثر من قيمتها .

[٤] أي إذا ثبت هذا الذي ذكرناه من أنّ معنى الضمان هو تدارك المضمون ، وأنّ التدارك إمّا بالعوض الواقعيّ ، وامّا بالعوض المجعول ، وإمّا بأقلّ الأمرين .

[٥] أي أنّ الضمان وإن كان هو التدارك بأحد الأنحاء الثلاثة وموضوعاً للجامع

تداركه بعوضه الواقعيّ ؛ لأنّ [١] هذا هو التدارك حقيقة ، ولذا [٢] لو اشترط ضمان العارية [٣] لزم غرامة مثلها أو قيمتها ،

بينها ، إلّا أنّه عند الإطلاق وعدم قيام قرينة على إرادة أيّ قسم من الأقسام الثلاثة ينصرف إلى التدارك الحقيقيّ الذي هو جبران الخسارة بالبدل الواقعيّ من المثل أو القيمة .

[١] أي إنّما قلنا بأنّ المراد بالضمان عند إطلاقه لزوم تداركه بعوضه الواقعيّ ؛ لأنّ التدارك بالعوض الواقعيّ هو تدارك للتالف حقيقة ، ولذا يحمل الضمان عند الإطلاق وعدم قيام قرينة على تعيين أيّ قسم من الأقسام الثلاثة على لزوم تداركه بعوضه الواقعيّ بمقتضى قانون حمل اللفظ على معناه الحقيقيّ ، وما عداه من القسمين ـ أعني بهما : العوض المسمّى ، وأقلّ الأمرين ـ يحتاج إلى قرينة .

وملخّص كلامه : أنّ الضمان هو التدارك ، والتدارك الحقيقيّ هو التدارك بالعوض الواقعيّ ، وأمّا غيره من قسمي التدارك فيحتاج إلى عناية من العرف أو الشارع ، فالضمان المطلق ـ أي بلا عناية ولا قرينة ـ هو لزوم التدارك بالعوض الواقعيّ .

[٢] أي الشاهد على أنّ المراد بالضمان إذا أُطلق هو التدارك بالعوض الواقعيّ الذي هو معنى حقيقيّ للتدارك .

[٣] بأن أعار كتابه لزيد واشترط في ضمن العارية ضمان المستعير ، فتلفت العارية ، فهو يكون ضامناً للمثل لو كان التالف ـ وهو العين المستعارة ـ مثليّاً ، وضامناً للقيمة لو كان قيميّاً ؛ لما عرفت من أنّ التدارك الحقيقيّ هو التدارك بالعوض الواقعيّ ، وهو يكون بأداء المثل في المثليّات وأداء القيمة في القيميّات ، وأمّا التدارك بغيره فيحتاج إلى عناية خاصّة ، فلا يحمل الضمان

ولم يرد [١] في أخبار [٢] ضمان المضمونات من المغصوبات [٣] وغيرها [٤] عدا لفظ الضمان بقول مطلق [٥]. وأمّا تداركه [٦] بغيره فلا بدّ

عليه عند الإطلاق.

[١] هذا شاهد ثانٍ على أنّ المراد بالضمان هو التدارك الحقيقيّ، وهو التدارك بالعوض الواقعيّ.

وملخّصه: أنّ الوارد في الأخبار الدالّة على ضمان الغاصب وضمان المستودع الوديعة مع التفريط في الحفظ وضمان المستعير العارية وغيرها هو الضمان بقول مطلق يعني لم يقيّد الضمان بالمسمّى ولا بالواقعيّ ولا بأقلّ الأمرين، بل ورد قوله: «فهو ضامن» فإنّ الضمان فيها ينصرف إلى لزوم التدارك بعوضه الواقعيّ من المثل أو القيمة.

[٢] أي في الأخبار الدالّة على جعل الضمان في الأشياء التي حكم الشارع بضمانها.

[٣] أي الأشياء التي حكم الشارع بالضمان فيها عبارة عن الأشياء المغصوبة، فقد ورد في الأخبار أنّ الغاصب ضامن لما أخذه غصباً.

[٤] أي غير المغصوبات من الموارد التي حكم الشارع بالضمان فيها، كالمقبوض بالعقد الفاسد، والمقبوض بالسوم، والمال المختلط بالحرام، فإنّه ضامن لصاحبه ولو بأداء خمسه.

[٥] أي من غير تقييد بالبدل المسمّى أو بأقلّ الأمرين من البدل المسمّى والبدل الواقعيّ، فإنّ الضمان عند الإطلاق ينصرف إلى التدارك بالبدل الواقعيّ، وهو المثل أو القيمة.

[٦] أي أمّا تدارك التالف بغير العوض الواقعيّ من المثل أو القيمة فلا يفهم

من ثبوته [١] من طريق آخر، مثل [٢] تواطئهما [٣] عليه بعقد [٤] صحيح يمضيه [٥] الشارع، فاحتمال [٦] أن يكون المراد بالضمان في قولهم:

من أخبار الضمان.

[١] أي لابدّ لثبوت التدارك بغير العوض الواقعيّ من دليل آخر غير أخبار الضمان.

[٢] هذا مثال لطريق آخر يدلّ على ثبوت التدارك بغير العوض الواقعيّ.

[٣] أي تباني المتعاقدين وتوافقهما على ضمان غير العوض الواقعيّ من العوض المسمّى أو أقلّ الأمرين.

[٤] أي أن يقع التباني منهما على العوض المسمّى بسبب عقد صحيح، فإنّ تبانيهما عليه بعقد صحيح يكون قرينة على إرادتهما الضمان بالبدل الجعليّ.

[٥] مضارع باب الإفعال، أي يمضي الشارع التباني الحاصل من المتعاقدين.

والحاصل: أنّ حمل الضمان على التدارك بالعوض المسمّى أو أقلّ الأمرين يحتاج إلى تباني المتعاقدين على الضمان المذكور بالعقد الصحيح، وإمضاء الشارع هذا التباني الواقع منهما. **وبالجملة:** أنّ الدليل على تدارك المضمون بغير المثل أو القيمة يكون مركّباً من أمرين:

أحدهما: تباني المتعاقدين على العوض المسمّى.

وثانيهما: إمضاء الشارع التباني المذكور، ومع انتفاء أحد الأمرين يحمل الضمان على تدارك العوض الواقعيّ.

[٦] لمّا بيّن أنّ الضمان في قوله: «ما يضمن بصحيحه»، وفي جميع الموارد إذا أُطلق يراد به لزوم التدارك بعوضه الواقعيّ، أراد أن يجيب عمّا ذكره الفقيه كاشف الغطاء ﷺ في قواعده؛ الذي احتمل أن يراد العوض المسمّى من الضمان في جملة يضمن بفاسده.

« يضمن بفاسده » هو وجوب أداء العوض المسمّى ، نظير [١] الضمان في العقد الصحيح ، ضعيف [٢] في الغاية ، لا [٣] لأنّ ضمانه بالمسمّى يخرجه من فرض الفساد [٤] ؛

---

[١] أي كما يكون المراد بالضمان في قولهم : « يضمن بصحيحه » وجوب أداء العوض المسمّى ، كذلك يكون المراد به في قولهم : « يضمن بفاسده » وجوب أداء العوض المسمّى .

وملخّصه : كما أنّ العقد الصحيح يوجب الضمان بالعوض المسمّى ، كذلك العقد الفاسد ، فإنّه أيضاً يوجب الضمان بالعوض المسمّى .

[٢] خبر لقوله : « فاحتمال ... » ، وجواب عنه ، أي الاحتمال الذي حكي عن الفقيه كاشف الغطاء ﷺ ضعيف .

[٣] أي ليس وجه ضعف ما ذكره كاشف الغطاء ﷺ من احتمال أن يكون المراد بالضمان هو وجوب أداء العوض المسمّى في العقد الفاسد أنّ ضمان العوض المسمّى في العقد الفاسد يخرج العقد الفاسد عن فرض كونه عقداً فاسداً ، وأنّ الجمع بين الفساد وتعيين المسمّى للعوضيّة جمع بين المتناقضين ؛ وذلك لما سيأتي من عدم المنافاة بين فساد العقد وبين تعيين المسمّى للعوضيّة ، بل الوجه في ضعف ما ذكره الفقيه المذكور سنذكره ، فانتظر .

[٤] أي لا لأجل أنّ ضمان التالف بالعوض المسمّى يخرج العقد عن فرض الفساد ويجعله صحيحاً ؛ إذ الضمان بالمسمّى يتوقّف على تباني المتعاقدين على أن يضمن كلّ منهما مال الآخر بالعوض المعيّن وإمضاء الشارع هذا التراضي ، فمع فرض إمضاء الشارع التراضي المذكور يخرج العقد عن فرض الفساد ؛ إذ هو يتصوّر بانتفاء أحد الأمرين : إمّا انتفاء التراضي على عوض معيّن ، وإمّا

إذ [١] يكفي في تحقّق فرض الفساد بقاء كلّ من العوضين على ملك مالكه ،

انتفاء إمضاء الشارع له ، ومع انتفاء أحدهما لا معيّن للعوض كي يكون ضامناً للعوض المسمّى ، وإذا فرض ضمانه بالمسمّى فهو مستلزم لعدم فساد العقد ؛ لما عرفت من عدم إمكان الجمع بين فرض الضمان بالعوض المسمّى وبين فساد العقد كي يجاب عنه بأنّه لا تلازم بين الضمان بالمسمّى وبين عدم الفساد ، فإنّه من الممكن الجمع بين الفساد وضمان المسمّى ، كما سيأتي توضيحه .

[١] أي إنّما قلنا : إنّه ليس وجه ضعف ما ذكره كاشف الغطاء ﷺ من وجوب أداء العوض المسمّى عدم إمكان الجمع بين القول بضمان المسمّى وبين القول بفساد العقد ؛ إذ لا يكون ضمان المسمّى متوقّفاً على صحّة العقد ، فلا ملازمة بين صحّة العقد وتعيّن المسمّى حتّى يكون ضمان المسمّى في العقد الفاسد مخالفاً لفرض الفساد ، بل يمكن القول بضمان المسمّى في العقد الفاسد أيضاً ؛ إذ لكلّ منهما سبب يغاير الآخر ، فإنّ سبب فساد المعاملة فساد العقد ؛ ضرورة أنّه في فرض كون العقد فاسداً يبقى كلّ من العوضين في ملك مالكه ، ولا يحصل النقل والانتقال بالعقد المذكور ، وهو معنى الفساد ، ففساد العقد لا يتوقّف على الالتزام بالعوض الواقعيّ في العقد ، بل يكون فاسداً ولو التزمنا بضمان المسمّى ، فلا ينافي الفساد تعيين الضمان بالمسمّى .

وأمّا سبب ضمان المسمّى ، فهو تلف أحد العوضين ، كما إذا تلف المبيع بيد المشتري فهو ضامن للثمن المسمّى ، ويكون التلف معيّناً للعوض الجعليّ للعوضيّة ، ويكون المقام نظير المعاطاة بناءً على الإباحة ، كما قالوا هناك أنّ تلف أحد العينين يوجب أن ينتقل التالف منهما عند التلف آناً مّا إلى ملك من تلف عنده ، فيتعيّن ما أخذه بالمعاطاة التي تفيد الإباحة أن يكون عوضاً عمّا

وإن كان عند تلف أحدهما [١] يتعيّن الآخر للعوضيّة ، نظير [٢] المعاطاة

أعطاه ، كذلك في المقام ، فإنّ ما أخذه بالعقد الفاسد وإن لم ينتقل إلى ملك المشتري ـ مثلاً ـ بالعقد ، إلّا أنّه ينتقل إلى ملكه آناً مّا بالتلف ، فهو يكون ضامناً للثمن المسمّى ، فيكون كالتالف في العقد الصحيح .

[١] أي عند تلف أحد العوضين يتعيّن العوض الآخر ـ وهو العوض المسمّى في العقد الفاسد ـ للعوضيّة ، فإن كان أحدهما التالف هو العين ، فيكون الثمن المسمّى هو العوض ، وإن كان أحدهما التالف هو الثمن ، فيكون العين هو العوض عن الثمن .

وبعبارة واضحة : أنّ التالف منهما عند تلفه ينتقل آناً مّا إلى ملك الآخر ، والباقي منهما ينتقل آناً مّا إلى ملك من تلف المال عنده ، فيتعيّن الباقي للعوضيّة عن التالف بهذا التقريب .

[٢] أي يكون المأخوذ بالعقد الفاسد ، كالمأخوذ بالمعاطاة على القول بالإباحة فيها ، فكما أنّ العوضين باقيان على ملك مالكهما في المعاطاة على القول بالإباحة فيها ـ وإنّما ينتقل التالف من العوضين عند التلف إلى ملك من تلف عنده آناً مّا ، وينتقل الباقي منهما إلى ملك الآخر ، فإنّ القائل بالإباحة يلتزم بانتقال التالف قبل التلف آناً مّا إلى ملك من تلف عنده ، ويتعيّن العوض الآخر للعوضيّة ـ كذلك في العقد الفاسد ، فإنّ العوضين باقيان على ملك مالكيهما إلى أن يتلف أحدهما ، فحينئذٍ ينتقل التالف من العوضين عند التلف آناً مّا إلى ملك من تلف عنده ، ويتعيّن الباقي عوضاً عن التالف وملكاً للآخر .

والحاصل : أنّ المقام نظير المعاطاة على القول بالإباحة في كون تلف أحد العوضين مملّكاً للآخر ، بأن يقال : إنّ التالف ينتقل آناً مّا إلى من أُبيح له في مقابل ما بذله فيتلف في ملكه ، فيستقرّ ملك الباقي من العوضين لمن بذل له .

على القول بالإباحة ، بل [١] لأجل ما عرفت من معنى الضمان ، وأنّ [٢]

إلى هنا تحصّل : أنّه لا منافاة بين فساد العقد وتعيين المسمّى للعوضيّة ؛ لأنّ لكلّ منهما سبباً لا ربط له بالآخر .

وأورد عليه المحقّق النائينيّ ﷺ بأنّ الجمع بين الفساد وتعيين المسمّى للعوضيّة جمع بين المتنافيين ، وتعيّن العوض المسمّى في المعاطاة ليس مع فرض فسادها ؛ لأنّه لا يعقل مع عدم تعلّق الجعل الشرعيّ بكون المسمّى عوضاً ، وحكمه بفساده أن يكون عوضاً ، بل تعيّنه للعوضيّة في المعاطاة إنّما هو مع فرض صحّتها ، غاية الأمر أنّها لا تفيد التمليك الذي قصده المتعاطيان ابتداء ، فقياس العقد الفاسد على المعاطاة على القول بالإباحة قياس مع الفارق .

وفيه : أنّ قياس المقام بالمعاطاة من جهة كون التلف مملّكاً ، وليس القياس من جهة تعيّن العوض المسمّى في المعاطاة كي يقال : إنّ تعيّن العوض المسمّى في المعاطاة ليس مع فرض فسادها كي يكون القياس مع الفارق .

أضف إلى ذلك ما ذكرنا من عدم وجود تنافٍ بين حكم الشارع بالعوض المسمّى وبين حكمه ببطلان العقد .

[١] أي بل وجه ضعف الاحتمال الذي ذكره كاشف الغطاء ﷺ ـ من كون المراد بالضمان في قولهم : « يضمن بفاسده » هو وجوب أداء العوض المسمّى ـ إنّما هو لأجل ما عرفت من معنى الضمان بأنّ المراد منه عند الإطلاق التدارك بالعوض الواقعيّ الذي هو المثل أو القيمة ، فيكون ما ذكره كاشف الغطاء ﷺ من احتمال أن يكون المراد منه تدارك العوض المسمّى مخالفاً لمعنى الضمان .

[٢] جواب عن سؤال مقدّر ، وملخّص السؤال هو : أنّ ما ذكرت من المعنى

التدارك بالمسمّى في الصحيح لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيّته

للضمان مخالف للضمان المأخوذ في قوله: «ما يضمن بصحيحه»؛ إذ لا شبهة في أنّ المراد بالضمان فيه هو الضمان بالمسمّى.

وملخّص الجواب عنه: أنّ معنى الضمان إذا أُطلق في الحديث وفي كلمات الفقهاء هو لزوم التدارك بعوضه الواقعيّ، وإرادة العوض المسمّى من الضمان في قوله: «ما يضمن بصحيحه» إنّما هو بسبب أمر خارجيّ، وهو أنّ التدارك بالمسمّى يتوقّف على أمرين:

أحدهما: تباني المتعاقدين وتوافقهما على عوض معيّن.

وثانيهما: إمضاء الشارع لما تبانيا عليه، وهذا الأمر ـ الثاني ـ مفقود في العقد الفاسد، وإلّا لما كان العقد فاسداً، ومع فساده فليس فيه ضمان المسمّى، فلا يبقى له إلّا معنى واحد، وهو تدارك العوض الواقعيّ.

وإن شئت فقل: إنّ الضمان معناه الحقيقيّ تدارك العوض الواقعيّ، وإنّما استعمل في العوض المسمّى مجازاً، لا أنّهما استعملا في معنيين متغايرين حقيقة كي يقال: إنّ هذا هو خلاف ظاهر الحديث؛ لأنّ الظاهر منه أنّ الضمان في الفقرتين من القاعدة بمعنى واحد.

وملخّص الكلام: أنّ الحكم في العقد الصحيح في قوله: «ما يضمن بصحيحه» بضمان العوض المسمّى، وبضمان العوض الواقعيّ من المثل أو القيمة في العقد الفاسد، إنّما يكون لأجل إمضاء الشارع العوض المسمّى في العقد الصحيح بعد تباني المتعاقدين عليه، وعدم إمضائه في العقد الفاسد، وهذا هو الوجه في الفرق بين المقامين.

وملخّص الكلام: أنّ كون الضمان بمعنى تدارك الخسارة بأداء العوض المسمّى في قوله «ما يضمن بصحيحه» ليس داخلاً في معنى الضمان،

لا [١] لأنّ معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد حتّى يوجب ذلك [٢] تفكيكاً في العبارة ،

بل هذا المعنى يستفاد من القرينة الخارجيّة ، وهي إمضاء الشارع ما توافق المتعاقدان على عوضيّته . إذن فإرادة التدارك بالعوض المسمّى من الضمان يتوقّف على أمرين :

أحدهما : توافق المتعاملين على عوض ومعوّض .

وثانيهما : إمضاء الشارع لما توافقا عليه .

[١] أي ليس الحكم بضمان المسمّى في العقد الصحيح عند تلف العين ، والحكم بضمان العوض الواقعيّ من المثل أو القيمة لأجل أنّ مفهوم الضمان في العقد الصحيح يغاير مفهومه في العقد الفاسد .

[٢] أي حتّى يوجب التغاير بين المعنيين في الضمان تفكيكاً بين الضمان في عبارتي « ما يضمن بصحيحه » و « ما يضمن بفاسده » ، بأن يكون معنى الضمان فيما يضمن بصحيحه ما يضمن بالعوض المسمّى ، وفيما يضمن بفاسده بالعوض الواقعيّ ، كي يقال : إنّ هذا خلاف الظاهر ؛ لأنّ الظاهر من العبارة أنّ الضمان في الفقرتين بمعنى واحد ، فإن كان المراد من الضمان في الجملة الأُولى العوض المسمّى كذلك يكون في الجملة الثانية ، وإن كان المراد منه في الجملة الأُولى العوض الواقعيّ ، كذلك يكون في الجملة الثانية ، فالتفكيك بين الجملتين لا وجه له .

وبعبارة واضحة : لا يمكن أن يراد من قوله : « يضمن بصحيحه » ضمان المسمّى ، ومن قوله : « يضمن بفاسده » ضمان العوض الواقعيّ ؛ وذلك لوحدة السياق في الجملتين ، فلا بدّ أن يراد من الجملتين معنى واحد : إمّا ضمان المسمّى ، أو ضمان العوض الواقعيّ ، والتفكيك بينهما لا وجه له .

فافهم [١]، ثمّ العموم [٢] في العقود [٣]

وزبدة الكلام: أنّه لا تفكيك في معنى الضمان، فإنّ مفهومه في جميع الموارد واحد، وهو تدارك مال الغير بحيث لو تلف عنده كان خسارته في ماله الأصليّ، وهذا جارٍ في كلّ من العقد الصحيح والفاسد، إلّا أنّ مصداق المال الأصليّ العوض المسمّى في العقد الصحيح والعوض الواقعيّ في العقد الفاسد، وهذا يفهم من الدليل الخارجيّ.

[١] لعلّه إشارة إلى أنّ ما ذكره من التحقيق إنّما يرفع التفكيك في مفهوم الضمان، وأمّا الاختلاف بين الضمانين بحسب المصداق ولو بحكم الشارع موجود، وهو كافٍ في تفكيك العبارة، حيث إنّه يراد من الضمان في العقد الصحيح ما يصدق عليه أنّه العوض المسمّى، ومن الضمان في العقد الفاسد ما هو مصداق للعوض الواقعيّ.

[٢] وقع الكلام في بيان المراد من العموم المستفاد بواسطة كلمة «كلّ» في قولهم: «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هل هو باعتبار أنواع العقود، أو أصنافها، أو أشخاصها؟ وينبغي لنا قبله أن نبيّن المراد من النوع والصنف والفرد كي يساعدنا لفهم مقصود الشيخ.

[٣] العقود جنس للمعاملات القائمة بطرفين، سواء تضمّنت معاوضة كالبيع والإجارة، أم لا كالهبة غير المعوضّة، فالمعاملات التي ينطبق عنوان العقود عليها تكون من أنواع العقود، فالبيع نوع من العقود والإجارة نوع آخر لها، والصلح نوع ثالث لها، وهكذا الهبة والجعالة والمضاربة والعارية والوديعة والوكالة ونحوها، فإنّ كلّ واحد منها نوع من العقود والمعاملات.

ثمّ إنّ لهذه الأنواع أصنافاً، فالبيع الذي هو نوع من المعاملات والعقود ينقسم إلى بيع الصرف والسلم والحيوان والثمار والنسيئة والمعاطاة، وغيرها

من أقسام البيع ، فكلّ قسم منه صنف من البيع ، وكذا الإجارة ، فإنّها تنقسم إلى إجارة الأعيان ، وإجارة الأعمال ، فكلّ قسم منها صنف للإجارة ، وكذلك للصلح أصناف : صنف منه يفيد فائدة البيع ، وصنف منه يفيد فائدة الإجارة ، وصنف منه يفيد فائدة الهبة ، وهكذا .

ولكلّ صنف أفراد واقعة تحته ، ويراد بها أشخاص العقود الواقعة في الخارج بإنشاء المتعاقدين .

إذا عرفت معنى هذه العناوين فنقول : أمّا على الأوّل ـ وهو أن يراد بلفظ كلّ عقد يضمن بصحيحه ، كما في بعض العبائر ، وبلفظ ما يضمن بصحيحه كما في بعض العبائر الأُخرى ـ العموم بلحاظ أنواع العقود ، فيكون معنى العبارة أنّ كلّ نوع من أنواع العقد إن كان في صحيحه ضمان ففي فاسده أيضاً ضمان ، فينحصر مصداق أصل القاعدة ـ وهو : « ما يضمن بصحيحه » ـ على البيع والإجارة ؛ لعدم تحقّق الضمان في جميع أفراد النوع ، إلّا البيع والإجارة ، وإن لم يكن في صحيحه ضمان لم يكن في فاسده ضمان ، وذلك كالصلح ، فإنّه بنوعه ممّا لا يضمن بصحيحه ، فكذا لا يضمن بفاسده .

والحاصل : أنّه بناءً على أن يراد من العموم في كلّ عقد يضمن العموم بلحاظ الأنواع تكون مصاديقه منحصرة في أصل القاعدة بالبيع والإجارة ، فأصل القاعدة أُسّس لبيان حكم الضمان في خصوصهما ، وفي عكس القاعدة بالصلح فقط ، فتكون القاعدة مجعولة أصلاً وعكساً لبيان حكم الضمان في ثلاثة أنواع من العقود : البيع والإجارة والصلح .

وأمّا على الثاني ـ وهو أن يراد العموم في قوله : «كلّ عقد يضمن بصحيحه » ، بلحاظ أصناف كلّ واحد من العقود ـ فيكون معنى القاعدة على

ليس [١] باعتبار خصوص الأنواع لتكون [٢] أفراده مثل البيع والصلح والإجارة ونحوها؛ لجواز [٣] كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، وإنّما

هذا أنّ كلّ صنف من أصناف العقود إن كان في صحيحه ضمان، فيكون في فاسد ذلك الصنف أيضاً ضمان، وإن لم يكن في سائر أصنافه ضمان، فإنّ العارية مثلاً بنوعها لا ضمان في صحيحها، فلا ضمان في فاسدها أيضاً، لكن في بعض أصنافها ضمان كعارية النقدين، فيكون في فاسدها ضمان أيضاً. هذا بخلاف سائر أصناف العارية، فليس فيها ضمان، وعلى هذا تتكثّر العقود المندرجة في أصل القاعدة وفي عكسها.

وأمّا على الثالث ـ وهو أن يراد العموم بلحاظ الأفراد فتكثّر العقود المندرجة تحت القاعده أصلاً وعكساً أيضاً ـ فكلّ فرد من أفراد العقود الواقع في الخارج لو كان في صحيحه ضمان ففي فاسده ضمان أيضاً. هذا كلّه في مقام الثبوت.

وأمّا في مقام الإثبات، وأنّ المستفاد من القاعدة أي واحد من المحتملات، فسيأتي ذكره عند التعرّض لكلام الشيخ.

[١] أي العموم المستفاد من الموصول في قوله: «ما يضمن» ليس باعتبار خصوص أنواع العقود.

[٢] منصوب بتقدير «أن»، أي لأن تكون أفراد العموم المستفاد من الموصول، مثل البيع والصلح والإجارة من أنواع العقود كي يكون معنى العبارة أنّ كلّ نوع من أنواع العقود يضمن بصحيحه يضمن بفاسده أيضاً.

[٣] تعليل لعدم كون العموم في القاعدة بلحاظ خصوص الأنواع، أي إنّما قلنا إنّ العموم المستفاد من الموصول في القاعدة ليس بلحاظ خصوص الأنواع؛ لإمكان وجود نوع من العقود لا يقتضي الضمان بنوعه، بل المقتضي

المقتضي له [١] بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به [٢] دون الفاسد من غير ذلك الصنف [٣]، مثلاً: الصلح بنفسه [٤] لا يوجب الضمان؛ لأنّه [٥] قد لا يفيد إلّا فائدة الهبة غير المعوضة أو الإبراء [٦]،

للضمان بعض أصناف العقود، وهو كالعارية، فإنّ نوعها لا يقتضي الضمان بصحيحه حتّى يضمن بفاسده، وكالصلح الجامع بين المعاوضيّ والمحاباتيّ. نعم، إنّها بصنفها تقتضي الضمان، كالعارية المشترط فيها الضمان، وكالصلح المعاوضيّ، فإنّه بصحيحه يقتضي الضمان، وكالهبة المشروطة فإنّها أيضاً بصحيحها تقتضي الضمان.

[١] أي المقتضي للضمان بعض أصناف النوع، كالعارية ونحوها، فقد عرفت أنّ نوعها لا يقتضي الضمان بصحيحه حتّى يضمن بفاسده، ولكن بعض أصنافه يقتضي الضمان، كالعارية المشترط فيها الضمان فيضمن بفاسدها أيضاً.

[٢] كلمة «الباء» للسببيّة، أي يكون فرد فاسد من صنف العقد سبباً للضمان، كالعارية بعقد فاسد المشترط فيها الضمان، فإنّها توجب الضمان لكون العارية المشترط فيها الضمان بعقد صحيح موجباً له.

[٣] كالعارية غير المشترط فيها الضمان إذا كانت بعقد فاسد، فإنّها لا توجب الضمان لأنّ صحيحها لا يوجب الضمان.

[٤] أي الصلح بنوعه لا يوجب الضمان، بل إنّما هو بصنفه يوجبه.

[٥] أي إنّما قلنا: إنّ الصلح بنوعه لا يوجب الضمان؛ لأنّ الصلح قد يفيد فائدة الهبة غير المعوّضة، فصحيحها لا يوجب الضمان، وكذا فاسدها، فمع هذا الوصف الصلح بنوعه لا يقتضي الضمان.

[٦] أي الصلح قد لا يفيد إلّا فائدة الإبراء، كما لوكان له على زيد دين، فقال له: «صالحتك عن ديني مجّاناً»، فقال: «قبلت» مثلاً، فتكون نتيجة هذا الصلح

فالموجب [١] للضمان هو المشتمل على المعاوضة.

فالفرد [٢] الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضاً، ولا [٣] يُلتفت إلى أنّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يضمن بفاسده، وكذا [٤] الكلام في الهبة المعوّضة،

إبراء الدين، فلا يوجب الضمان.

[١] أي الصلح الموجب للضمان هوصنف الصلح، وهو الصلح المشتمل على المعاوضة، كما إذا أُريد بالصلح فائدة البيع، فإنّ هذا الصنف الخاصّ من الصلح يوجب الضمان وإن كان ـ بما أنّه نوع من العقد ـ لا يقتضي الضمان.

[٢] أي إذا كان الفرد الصحيح من الصلح ـ وهو الصلح الصحيح المشتمل على المعاوضة ـ موجباً للضمان، فيكون الفرد الفاسد من هذا القسم من الصلح، أعني به الصلح الفاسد المشتمل على المعاوضة موجباً للضمان أيضاً، فالصلح صنفان: صنف منه يضمن بصحيحه وفاسده، وصنف منه لا يضمن لا بصحيحه ولا بفاسده.

[٣] أي بعد ما عرفت من أنّ العموم في قوله: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ليس بحسب أنواع العقود، بل يكون بحسب أصنافه لا يلتفت إلى ما ربّما يقال: إنّ نوع الصلح الصحيح لا يوجب الضمان، فلا يكون فاسده أيضاً موجباً للضمان، فكيف قلت: إنّ الصلح المشتمل على المعاوضة يقتضي الضمان لأنّه لا ملازمة بين الأمرين، أي بين النوع والصنف فيمكن أن لا يكون عقد بحسب نوعه مقتضياً للضمان، وأن يكون بحسب صنفه مقتضياً له.

[٤] أي كذا لا يلتفت إلى أنّ نوع الهبة من حيث هي لا توجب الضمان؛ لأنّ الصنف منها، وهي الهبة المعوّضة توجب الضمان بصحيحها وفاسدها

وكذا [١] عارية الذهب والفضّة. نعم [٢]، ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم أنّ [٣] صحيح العارية لا يوجب الضمان،

ولا منافاة بين الأمرين.

[١] أي كذا لا يلتفت إلى أنّ نوع العارية بنفسها لا توجب الضمان؛ لأنّ الصنف منها، وهي عارية الذهب والفضّة توجب الضمان، والوجه في عدم الالتفات في الموارد الثلاثة المذكورة هو أنّ مورد النفي يغاير مورد الإثبات، فلا تنافي بين الأمرين.

[٢] هذا استدراك عمّا ذكره من أنّ العموم المستفاد من العموم المدلول عليه بكلمة «كلّ» في قولهم: «كلّ عقد يضمن بصحيحه»، أو بكلمة «ما» الموصولة في قولهم: «ما يضمن...» إنّما يكون بلحاظ أصناف العقود.

وملخّص الاستدراك هو: أنّه ذكر جمع من الفقهاء أنّ المحرم إذا استعار الصيد من المحلّ وجب عليه إرسال الصيد، وعاريته فاسدة، وهو لا يكون ضامناً للصيد الذي أرسله، والوجه في عدم ضمان المحرم المستعير للمعير الصيد الذي أتلفه بالإرسال هو: أنّ العارية الصحيحة لا توجب الضمان، وكذا فاسدها، فإنّ هذا الوجه الذي ذكروه لعدم ضمان العارية ظاهر في أنّ المدار في الضمان وعدمه هو نوع العقد؛ لأنّه علّل عدم ضمان الصيد الذي استعاره بقوله: «إنّ صحيح العارية لا يوجب الضمان»، وأنت ترى أنّ ظاهر هذا التعليل أنّ العارية بنوعها لا توجب الضمان، فيكون خلاف ما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ من أنّ العموم في القاعدة ليس بحسب الأنواع، بل هو بحسب الأصناف.

[٣] وظاهر هذا الوجه إرادة النوع، أي أنّ العارية الصحيحة بنوعها لا يقتضي الضمان، وكذا فاسدها، كما في استعارة المحرم للصيد.

فينبغي أن لا يضمن بفاسدها [١].

ولعلّ [٢] المراد [٣] عارية غير الذهب والفضّة، وغير [٤] المشروط ضمانها. ثمّ [٥] المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان

---

[١] لأنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

[٢] من هنا شرع لتوجيه الوجه الذي ذكروه لعدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم؛ بأنّ مرادهم من الوجه الذي ذكروه في وجه عدم ضمان الصيد، وهو الاستدلال بقولهم: صحيح العارية لا يوجب الضمان ليس عنوان العارية، بل المراد منها أيضاً صنف العارية، كما أنّ المراد من العقود في قولهم: «ما يضمن بصحيحة» صنف العقود، فلا يكون ما ذكره بعض الفقهاء في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم مخالفاً لما ذكره الشيخ من أنّ العموم في القاعدة ليس بحسب أنواع العقود، بل يكون بحسب أصنافها.

[٣] أي لعلّ مرادهم بالاستدلال بأنّ صحيح العارية لا يوجب الضمان هو صنف العارية، أعني به عارية غير الذهب والفضّة، وذلك بقرينة تصريحهم في كتاب العارية بضمان عارية الذهب والفضّة، فهو داخل في الصنف الذي لا يضمن لا بصحيحه ولا بفاسده.

[٤] أي لعلّ المراد بالعارية هي العارية غير المشروطة بالضمان التي هي صنف من العارية.

فتحصّل إلى هنا: أنّ كلّ عقد بصنفه يوجب الضمان فبفاسده أيضاً يوجب الضمان.

[٥] أي ثمّ يقع الكلام في أنّ المراد من اقتضاء العقد الصحيح الضمان، هل هو أن يكون العقد بذاته مقتضياً للضمان؟ فالعقد الصحيح إذا اقتضى بنفسه الضمان ففاسده أيضاً يقتضي الضمان، أو يكون المراد أعمّ من أن يكون

اقتضاؤه [١] له بنفسه ، فلو اقتضاه [٢] الشرط المتحقّق في ضمن العقد الصحيح ، ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد [٣] المشروط فيه الضمان

العقد مقتضياً له بنفسه ، أو بضميمة الشرط الذي في ضمنه .

وتوضيحه : أنّ العقد الصحيح قد يكون مقتضياً للضمان بذاته كالبيع .

وأُخرى يكون بالشرط في ضمن العقد ، كما إذا شرط في عقد الإجارة أن يكون المستأجر ضامناً للعين مع عدم اقتضاء ذات الإجارة ضمانها وأنّ يده على العين أمانيّة ، ولا إشكال في أنّ ما يقتضي من العقد الصحيح للضمان بذاته يقتضي للضمان بفاسده أيضاً ، وإنّما الكلام في أنّ ما يقتضي الضمان بالشرط الذي هو أجنبيّ عن العقد في ضمن العقد الصحيح ، هل يقتضي العقد الفاسد المشروط فيه الضمان أم لا ؟

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ : أنّ المتبادر من قولهم : كلّ عقد يقتضي صحيحه هو اقتضاء العقد بطبعه للضمان لا بالشرط الذي يكون في ضمن العقد .

[١] أي اقتضاؤه العقد للضمان بذاته وبطبعه لا بضميمة الشرط الموجود في ضمنه .

[٢] أي لو اقتضى الضمان الشرط المتحقّق في ضمن العقد الصحيح ، كما في العارية المشترط فيها الضمان ، فإنّ العارية بذاتها لا تقتضي الضمان ، وإنّما المقتضي له الشرط المذكور في ضمنها ، فهل يكون العقد الفاسد من العقود المشترط فيها الضمان مقتضياً للضمان أم لا ؟

[٣] أي ففي كون العقد الفاسد من هذا الصنف من العقد ـ وهو العقد المشترط فيه الضمان ، بأن يقال بالضمان في العارية الفاسدة المشروط فيها الضمان ـ إشكال .

تمسّكاً [١] بهذه القاعدة، إشكال [٢]، كما لو استأجر [٣] إجارة فاسدة، واشترط فيها [٤] ضمان العين، وقلنا بصحّة هذا الشرط [٥]،

---

[١] تعليل للضمان بالعقد الفاسد المشترط فيه الضمان، أي اقتضاء العقد الفاسد المشروط فيه الضمان تمسّكاً بقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده». بدعوى: أنّ مقتضى إطلاق هذه القاعدة أنّ العقد الذي يوجب الضمان بذاته أو بسبب الشرط المذكور في ضمنه يقتضي بفاسده أيضاً على الإطلاق.

[٢] مبتدأ مؤخّر، وخبره المقدّم قوله: «ففي الضمان»، أمّا منشأ الإشكال فهو ما عرفت من أنّ المتبادر من قاعدة «ما يضمن» أن يكون العقد بذاته مقتضياً للضمان، فتكون القاعدة مختصّة بهذا المورد ولا تشمل ما إذا لم يكن العقد بذاته وبطبعه مقتضياً للضمان، وإنّما كان مقتضياً له بالشرط المذكور في ضمن العقد، فمع وجود هذا التبادر يكون التمسّك بإطلاق القاعدة والحكم باقتضاء العقد الصحيح للضمان، سواء كان اقتضاؤه بطبعه أو بالشرط المتحقّق في ضمن العقد مشكلاً.

[٣] هذا مثال لما لا يكون العقد بذاته مقتضياً للضمان، وإنّما كان مقتضياً له بالشرط المتحقّق في ضمن العقد، أي كما لو استأجر شخص داراً بإجارة فاسدةً لاختلال بعض شرائط صحّتها، كأن لا تكون المنفعة معلومة، أو كان الاستئجار لأمر محرّم كحمل الخمر، أو تعليم الغناء، أو كانت مدّة الإجارة مجهولة، أو اختلال غيرها من الشرائط.

[٤] أي اشترط صاحب الدار مثلاً في ضمن الإجارة الفاسدة على المستأجر أن يضمن العين المستأجرة، كالدار لو خربت بعده.

[٥] أي قلنا بصحّة شرط الضمان في ضمن الاجارة الفاسدة، أمّا على القول بفساد الشرط الواقع في ضمن العقد الفاسد بدعوى أنّ الشرط في ضمن العقد

يضمن [١] بهذا الفاسد لأنّ [٢] صحيحه يضمن به ، ولو [٣] لأجل الشرط ، أم لا [٤]؟ وكذا الكلام [٥]

الفاسد حكمه حكم الشرط الابتدائيّ ، فكان مثال الإجارة الفاسدة المشروط فيها ضمان العين خارجاً عن محلّ الكلام ؛ وذلك لعدم كون الشرط المذكور مقتضياً للضمان .

[١] أي هل تضمن العين المستأجرة بهذه الإجارة الفاسدة التي اشترط فيها ضمان العين المستأجرة .

[٢] هذا تعليل للضمان بالعقد الفاسد فيما إذا كان المقتضي للضمان هو الشرط المذكور في ضمن العقد الفاسد ، أي إنّما يقال : إنّ العين المستأجرة تضمن بسبب الإجارة الفاسدة التي اشترط فيها ضمان العين ؛ لأنّ صحيح عقد الإجارة التي اشترط فيها الضمان يوجب الضمان ، فيكون فاسده أيضاً موجباً للضمان بمقتضى قاعدة كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، سواء كان الضمان بنفس عقد الإجارة أو بالشرط المذكور في ضمن عقد الإجارة الفاسدة .

[٣] كلمة « لو » وصليّة ، أي ولو كان الضمان لأجل الشرط المذكور في ضمن العقد الفاسد .

[٤] أي لا تضمن العين المستأجرة بهذه الإجارة الفاسدة التي اشترط فيها الضمان ؛ لأنّ أصل الإجارة لا يقتضي الضمان ، وشمول أدلّة الضمان للشرط المذكور في ضمن العقد الفاسد غير معلوم .

[٥] أي كما أنّ كون الإجارة الفاسدة التي اشترط فيها ضمان العين المستأجرة محلّ كلام يحتمل فيها الضمان وعدمه ، كذلك يحتمل الضمان وعدمه في العارية المضمونة التي تبيّن بطلانها لاختلال بعض شرائط صحّتها .

في الفرد الفاسد من العارية المضمونة [١]، ويظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها [٢] مطلقاً [٣]

---

[١] يعني المضمونة لأجل شرط الضمان، كما في عارية غير الدرهم أو غير مطلق الذهب والفضّة، وليس المراد منها العارية المضمونة باقتضاء نفس العقد، نحو عارية الذهب والفضّة؛ لأنّ هذا القسم الثاني منها لا إشكال في الضمان بفاسده مثل صحيحه استناداً إلى قاعدة «ما يضمن...»، وإنّما الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة بالاشتراط، فهل هي توجب الضمان بدعوى أن صحيحها مع الشرط يوجب الضمان، كذلك يوجبه فاسدها مع الشرط أم لا يوجب الضمان، باعتبار أنّ أصل العارية الصحيحة لا يوجب الضمان، وكذلك لا يوجبه فاسدها، ومجرّد اشتراط الضمان في ضمنها لا يوجب الضمان. وكيفما كان ففي المسألة قولان:

القول الأوّل: ما تقدّم من شيخنا الأنصاريّ ﷺ من عدم شمول القاعدة الضمان الناشئ من اشتراط الضمان، حيث قال: إنّ المتبادر من قولهم: «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ما إذا كان العقد بطبعه مقتضياً للضمان لا بالشرط المذكور في ضمن العقد، وعلى هذا فلا مقتضي للضمان في الإجارة والعارية الفاسدتين المشروط فيهما ضمان العين.

القول الثاني: ما نسبه في المتن إلى صاحب الرياض من شمول القاعدة لما إذا كان الضمان ناشئاً من الشرط لا من ذات العقد.

[٢] أي بفاسد العارية المضمونة.

[٣] يعني بكلا قسمي العارية المضمونة حتّى فيما إذا كان الضمان فيه باقتضاء الشرط الذي هو محلّ البحث، فإنّ الضمان في الفرض المذكور أيضاً يندرج تحت قاعدة «ما يضمن...»، فيعلم من هذا الذي ذكره صاحب الرياض ﷺ

تبعاً[١] لظاهر المسالك. ويمكن جعل الهبة المعوّضة[٢] من هذا[٣] القبيل؛ بناءً[٤] على أنّها هبة

أنّه عمّم الاقتضاء للاقتضاء الشرطيّ أيضاً؛ إذ لا مدرك للضمان في الفرض المذكور عدا هذه القاعدة.

[١] أي اختار صاحب الرياض ﷺ الضمان تبعاً للشهيد الثاني ﷺ، كما يستفاد ذلك من ظاهر المسالك، فإنّ الشهيد ﷺ اختار هذا القول قبل صاحب الرياض ﷺ.

[٢] أي الهبة المشروط فيها العوض، كما إذا وهب زيد كتابه لعمرو على أن يهبه عمرو ديناراً.

[٣] أي يمكن جعل الهبة المشروط فيها العوض، نظير العارية المشروط فيها الضمان، ويقال: كما أنّ منشأ الضمان في العارية المشروط فيها الضمان هو الشرط لا ذات العقد ـ فوقع الكلام في أنّ العارية المضمونة الفاسدة المشترط ضمانها إذا فسدت توجب الضمان كما أنّ صحيحها يوجبه، بمقتضى قوله: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ـ كذلك يكون منشأ الضمان في الهبة المشروط فيها العوض هو الشرط لا ذات العقد، ويقع الكلام في أنّ الهبة المشروطة الفاسدة هل توجب الضمان بمقتضى أنّ صحيحها يوجب الضمان أم لا يوجب باعتبار أنّ أصل الهبة لا يقتضي الضمان، فلا يشمله قوله: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»؟

والحاصل: أنّ الهبة المعوّضة المشروط فيها الضمان أيضاً نظير العارية المشروط فيها الضمان، ففيه احتمالان.

[٤] أي جعل الهبة المعوّضة من قبيل العارية المشروط فيها الضمان مبنيّ على أنّ الهبة المعوّضة لبّها يرجع إلى الهبة المشروطة؛ إذ حينئذٍ يكون الضمان في الهبة أيضاً باقتضاء الشرط لا باقتضاء ذات العقد، كما أنّ الضمان في العارية

مشروطة لا معاوضة [١]. وربّما [٢] يحتمل [٣] في العبارة [٤] أن يكون معناه [٥] أنّ كلّ شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد ،

المضمونة يكون باقتضاء الشرط ، وعلى هذا يجري في الهبة المعوّضة أيضاً احتمالان مذكوران في العارية المضمونة .

[١] إذ لو كانت هبة معوّضة كان الضمان باقتضاء نفس العقد والمعاوضة ؛ إذ المفروض أنّ كلّ واحد من الطرفين ملّك ماله بإزاء مال الآخر ، فكلّ منهما يكون ضامناً لما أخذه وملكه عند تلفه ، وعلى هذا فتكون الهبة نظير سائر المعاوضات داخلة تحت قاعدة ما يضمن .. بلا خلاف .

[٢] هذا من تتمّة البحث المتقدّم في تحقيق أنّ العموم المستفاد من الموصول في قوله : «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هل هو عموم أنواعيّ أم أصنافيّ أم أفراديّ ، وقد ناقش شيخنا الأنصاريّ ﷺ في إرادة العموم الأنواعيّ منه ومال إلى إرادة العموم الأصنافيّ ، والآن تعرّض لبيان احتمال العموم الأفراديّ منه .

[٣] هذا الاحتمال موجود في كلام صاحب الجواهر ﷺ بلفظ : « بل قد يقال » ، فلاحظ .

[٤] أي في عبارة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » .

[٥] أي معنى العموم المستفاد من الموصول في قوله : « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » أنّ كلّ شخص من العقود مقتضٍ للضمان لو كان صحيحاً ، فهو مقتضٍ للضمان لو كان فاسداً ، فعلى هذا يكون الموصول في قوله : « ما يضمن بصحيحه » مشيراً إلى أشخاص العقود المنشأة في الخارج ، ويفرض لكلّ عقد حالتان : إحداهما : الصحّة ، والأُخرى البطلان ، فيكون معنى أصل القاعدة على هذا أنّ كلّ شخص من العقود مقتضٍ للضمان لو كان صحيحاً فهو

ورتّب [١] عليه [٢] عدم [٣] الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا أُجرة ،

مقتضٍ له لو كان فاسداً ، مثلاً: بيع الكتاب بالدينار موجب لضمان كلا المتبايعين لكونه عقداً معاوضيّاً ، فهذا الفرد من البيع إن كان فاسداً لاختلال بعض شرائطه لكان موجباً للضمان أيضاً ، وهذا المعنى يكون فيما إذا كان للعقد فرد واحد يفرض صحيحاً تارة وفاسداً أُخرى ، فإذا كان موجباً للضمان على فرض صحّته يكون موجباً له أيضاً في فرض فساده .

والفرق بين هذا وبين ما يراد من الموصول في القاعدة العموم الأنواعيّ هو أنّه قد يقال إنّ المراد بالقاعدة ما كان له فردان : فرد صحيح وفرد فاسد ، ويكون فرد فاسده في الضمان وعدمه تابعاً لفرده الصحيح ، فإذا كان ضمان في الفرد الصحيح كان ضمان في الفرد الفاسد ، وإذا لم يكن ضمان في الفرد الصحيح لم يكن ضمان للفرد الفاسد ، وهذا هو المعنى المذكور للقاعدة بناءً على أن يكون المراد بالموصول في القاعدة العموم الأنواعيّ .

وقد يقال : إنّ المراد بها أنّ شخص العقد الذي إن كان صحيحاً كان له ضمان يكون له ضمان إن كان فاسداً ، وذلك فيما إذا لم يكن للعقد إلّا فرد واحد فاسد ، فإنّه يقدّر ويفرض أنّه إن كان هذا الفرد بنفسه صحيحاً يوجب الضمان فليكن كذلك حال كونه فاسداً .

[١] أي رتّب هذا المحتمل الذي هو صاحب الجواهر ﷺ .

[٢] أي على كون معنى العموم في القاعدة كلّ فرد من العقود بأن يكون المراد من الموصول في قوله : « ما لا يضمن بصحيحه » عموماً أفراديّاً ، أي كلّ فرد من العقود لو كان صحيحه موجباً للضمان فاسده أيضاً يوجبه .

[٣] مفعول لقوله : « رتّب » ، أي عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة بالشرط المذكور ، كما إذا استأجر شخص داراً ، واشترط في ضمن الإجارة

كما اختاره [١] الشهيدان ، أو باع [٢] بلا ثمن ،

المذكورة أن تكون هذه الإجارة فاقدة للشرط ، وهذه الإجارة الفاقدة للأُجرة باطلة شرعاً ؛ لأنّ حقيقة الإجارة تمليك منفعة بعوض معلوم ، أو التسليط على العين لاستيفاء منفعتها بعوض ، فخلّوها عن الأُجرة منافٍ لحقيقتها ، إلّا أنّ هذه الإجارة مندرجة فيما لا يضمن ؛ لأنّها لو وقعت صحيحة شرعاً لما كانت موجبة لضمان من يستوفي المنفعة ، فكذلك لا توجب الضمان على تقدير فسادها .

والحاصل : أنّ المستأجر لا يضمن العين المستأجرة فيما لو استأجر بشرط أن لا أُجرة لها ؛ لأنّ شرط عدم الأُجرة خلاف مقتضى الإجارة ، فخلوّ الإجارة عن الأُجرة منافٍ لحقيقة الإجارة ، فإنّ القاصد للإجارة من دون الأُجرة لها غير قاصد حقيقة الإجارة ، ولذا تكون هي باطلة .

وإن شئت فقل : إنّ شرط عدم الأُجرة خلاف مقتضى العقد ، فالإجارة بلا أُجرة باطلة شرعاً ، ولكنّها لا توجب الضمان ؛ إذ الإجارة بلا أُجرة لو فرضت صحيحة لا تكون موجبة للضمان ؛ إذ هي على فرض صحّتها عبارة أُخرى عن فرض المجّانيّة والعقد الصحيح الذي صدر مجّاناً لا على وجه التعويض لا يوجب الضمان ، وكذا فاسده .

[١] أي اختار عدم ضمان العين المستأجرة فيما لو استأجر بشرط عدم الأُجرة .

[٢] أي رتّب على هذا المعنى المحتمل للقاعدة عدم ضمان المبيع فيما لو باع بلا ثمن ، بأن قال البائع : « بعتك على أن لا ثمن عليك » ، فإنّ البيع بلا ثمن باطل ، لكنّه لا يوجب الضمان ؛ لأنّه لو فرض هذا الفرد من البيع صحيحاً لا يوجب الضمان ، فلا يكون المشتري ضامناً للثمن ؛ لأنّ البائع أسقطه ، فكذلك حال فساده ، حيث كان بيعاً فاسداً لحقه حكم الصحيح في عدم

كما هو [١] أحد وجهي العلّامة في القواعد. ويضعّف [٢]

الضمان بمقتضى عكس القاعدة، أعني به ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

[١] أي عدم الضمان في مسألة البيع بلا ثمن أحد الوجهين اللذين ذكرهما العلّامة، والوجه الآخر الذي ذكره هو الضمان؛ لأنّ نوع البيع الصحيح يوجب الضمان، فكذا فاسده فيندرج في أصل القاعدة، وهو ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

[٢] أي يضعّف هذا المعنى المحتمل، وهو احتمال أن يراد من الموصول العموم الأفراديّ.

أقول: إنّ هذا المعنى الذي ضعّفه شيخنا الأنصاريّ ﷺ قوّاه الميرزا النائينيّ ﷺ[1] واختاره، حيث قال: إنّ المراد من القاعدة أنّ كلّ عقد صدر على وجه التعويض فالفاسد منه كصحيحه يوجب الضمان، فيكون المراد من عكسه أنّ كلّ ما صدر لا على وجه التعويض بل مجّاناً ففاسده كصحيحه لا يوجب الضمان، وهذا المعنى جامع ومانع، ولا يحتاج إلى إرادة النوع من العقد، ولا الصنف؛ لأنّ كلّ ما صدر مجّاناً كالهبة غير المعوّضة والصلح في مقام الإبراء فالصحيح والفاسد منه لا يوجبان الضمان؛ لأنّ فرض صحّته مجّانيّة المبيع والعمل ففساده لو كان ناشئاً من قبل الشرط لا يوجب الضمان.

وبالجملة: ما احتمل بعضهم في العبارة من أن يكون معناها أنّ كلّ شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد، ورتّب عليها عدم الضمان في مثل «بعتك بلا ثمن» و«آجرتك بلا أجرة» هو المعنى

---

(١) منية الطالب: ١: ١١٩.

بأنّ [١] الموضوع

الصحيح للقاعدة ؛ لأنّ هذه القاعدة كجميع القضايا الحقيقيّة في ترتّب الحكم فيها على فرض وجود الموضوع ، فمعناها أنّ كلّ ما يضمن لو كان صحيحاً يضمن بفاسده ، وكلّ ما لا يضمن لو كان صحيحاً لا يضمن بفاسده ، وفرض صحّة البيع بلا ثمن عبارة أُخرى عن فرض المجّانيّة ، ففساده لو كان من قبل نفس هذا الفرض حيث إنّ البيع بلا ثمن باطل لا يقتضي الضمان .

[١] بيان لوجه ضعف المعنى المحتمل . **وملخّصه** : أنّ الموضوع في قاعدة كلّ ما يضمن ... هو العقد الذي وجد له في الشرع قسم صحيح ، وهو ما كان جامعاً لشرائط الصحّة ، وقسم آخر فاسد ، ولا يكون الموضوع هو شخص العقد الذي يفرض صحيحاً تارة وفاسداً أُخرى .

وبعبارة واضحة : أنّ المراد من الموصول في قوله : « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » هو عنوان العقد الذي هو مقسم للعقد الصحيح والفاسد فيقال : إنّه إمّا صحيح وإمّا فاسد ، ومن المعلوم أنّ التقسيم كسائر المشتقّات ظاهر في الفعليّة ، فيكون التقسيم ظاهراً في فعليّة أقسامه ، بمعنى أنّه لا بدّ أن يكون للعقد المأخوذ موضوعاً للقاعدة فردان :

أحدهما : صحيح فعلاً ، وهو الموجود خارجاً جامعاً للشرائط ، وفاسد فعلاً وهو الموجود خارجاً فاقداً لبعض شرائطه ، ومقتضى ظهور التقسيم في فعليّة أقسامه كون المراد من الموصول الاستغراق بحسب النوع أو الصنف ولا يمكن حمل الموصول في القاعدة على إرادة شخص العقد من الموصول ؛ لأنّ الفرد الشخصيّ لا يعقل اتّصافه بوصفين متقابلين ، بل هو يوجد إمّا صحيحاً وإمّا فاسداً ، واتّصافه بالصحّة والفساد معاً يحتاج إلى الفرض والتقدير ، بأن يقال : إنّ هذا العقد لو اقتضى الضمان على فرض صحّته

هو العقد الذي [١] وجد له بالفعل صحيح وفاسد، لا [٢] ما يفرض تارة صحيحاً وأُخرى فاسداً، فالمتعيّن [٣] بمقتضى هذه القاعدة الضمان في

لاقتضى الضمان على فرض فساده، والفرد الواحد من كلّ عقد له حكم فعليّ واحد، ولا يتعدّد حكمه بمجرّد الفرض.

وآخر الكلام أنّ ظهور تقسيم العقد بالصحيح والفاسد يقتضي فعليّة الفرد الصحيح والفرد الفاسد له، وهو يمنع عن حمل الموصول في القاعدة على العقد الشخصيّ فيتعيّن أن يكون المراد من الموصول المشير إلى العقد الاستغراق، بحسب النوع أو الصنف.

[١] أي الموضوع هو العقد الذي هو مقسم بالفعل للعقد الصحيح والفاسد، وكلّ من الفردين يمكن وجودهما في الخارج بالفعل.

[٢] أي ليس موضوع القاعدة عقداً شخصيّاً يفرض تارة صحيحاً، وهو على تقدير كونه جامعاً للشرائط، وأُخرى فاسداً، وهو على تقدير كونه فاقداً لها فحمل الموصول في قوله: «ما يضمن بصحيحه» على القضيّة التقديريّة خلاف الظاهر.

[٣] أي إذا ثبت بطلان المعنى المحتمل الذي اختاره صاحب الجواهر ﷺ من كون المراد من العموم في القاعدة الاستغراق بحسب الأشخاص، وتعيّن أنّ المراد به الاستغراق بحسب الأنواع أو الأصناف، فالمتعيّن بمقتضى قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ضمان المشتري في مسألة البيع بلا ثمن؛ لأنّ نوع البيع الصحيح الذي يفيد الضمان يوجب الضمان في هذه المسألة، فكذلك البيع الفاسد بمقتضى أصل القاعدة وهي: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده». وأمّا بناء على المعنى المحتمل الذي اختاره صاحب الجواهر ﷺ من كون المراد من الموصول في القاعدة شخص العقد، فلا يكون

مسألة البيع ؛ لأنّ البيع [١] الصحيح يضمن به . نعم [٢]، ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة بأنّه [٣] أقدم على العين المضمونة عليه

البيع بلا ثمن موجباً للضمان ؛ لأنّ صحيحه لا يوجب الضمان ؛ لما عرفت من أنّ شخص هذا البيع لو كان صحيحاً لم يكن المشتري ضامناً للثمن ؛ لأنّ البائع أسقطه وباعه بلا ثمن ، حيث قال : « بعتك على أن لا ثمن عليك » ، وحيث كان بيعاً فاسداً لحقه حكم الصحيح في عدم الضمان بحكم عكس القاعدة ، وهو : « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » .

[١] أي إنّما قلنا بكون البيع بلا ثمن الذي هو بيع فاسد موجباً للضمان ؛ لأنّ المفروض أنّه يصدق عليه عنوان البيع عرفاً إلّا أنّه فاسد ، فبعد كونه مصداقاً للبيع الفاسد يدخل تحت أصل القاعدة ، وهو « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » ، فحيث إنّ البيع الصحيح يوجب الضمان ، فكذا يوجبه البيع الفاسد ، وذلك بحكم الملازمة المستفادة من أصل القاعدة .

[٢] هذا استدراك عمّا ذكره بقوله : « فالمتعيّن ضمان المشتري في مسألة البيع بلا ثمن » بمقتضى ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

وملخّص الاستدراك : أنّ بعض الفقهاء كالشهيد الثاني والشيخ الطوسيّ على ما نسب إليهما استدلّ على تماميّة قاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » بأنّ المشتري قد أقدم على العين المضمونة عليه ، أي جعل الإقدام على العين المضمونة عليه الذي هو علّة للضمان مدركاً للقاعدة ودليلاً عليها . وهذا الدليل لا يجري في بيع بلا ثمن ؛ لأنّ المشتري لم يقدم على العين مضمونة ، بل أقدم عليه بلا ضمان ، لما ذكرنا من أنّ فرض صحّة البيع بلا ثمن عبارة أُخرى عن فرض المجّانيّة .

[٣] أي بأنّ الآخذ قد أقدم على العين المضمونة عليه فعلّة ضمانه الإقدام عليه .

لا [١] يجري في هذا الفرع ، لكنّ الكلام [٢] في معنى القاعدة لا في مدركها ، ثمّ إنّ لفظة الباء في [٣] بصحيحه وبفاسده إمّا بمعنى في [٤]

---

[١] أي لا يجري التعليل المذكور لإثبات ما يضمن بصحيحه ... في هذا الفرع الذي هو البيع بلا ثمن ؛ لأنّ المشتري لم يقدم على العين مضمونة ، بل أقدم عليه مجّاناً ، وبلا ضمان .

[٢] هذا جواب من شيخنا الأنصاريّ ﷺ عن الإشكال المذكور بأنّه إشكال على مدرك القاعدة بأنّ مدركها عبارة عن الإقدام على الضمان ، وهو مفقود في البيع بلا عوض ، فلا مقتضي للضمان ، إلّا أنّه خارج عن محلّ الكلام ؛ لأنّ محلّ الكلام تفسير معنى القاعدة وتفسير مفرداتها ، وبيان أنّ المراد من العقد في قوله : «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هو العقد الذي له فردان : فرد صحيح وفرد فاسد ، فإذا كان فرده الصحيح موجباً للضمان فيكون فاسده أيضاً كذلك ، وليس الكلام في مدركها كي يقال إنّ مدركها الإقدام على الضمان ، فلا تشمل القاعدة المبنيّة عليه ضمان البيع بلا ثمن .

[٣] أي في قوله : « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » . إلى هنا تمّ كلامه في عدّة معانٍ لمفردات القاعدة :

الأوّل : في شمول العقد للعقد الجائز ، وعدم اختصاصه بالعقد اللازم .

الثاني : في معنى الضمان .

الثالث : في أنّ عموم كلّ عقد يكون بلحاظ الأنواع أو الأصناف أو الأفراد .

من هنا شرع في بيان معنى كلمة «الباء» ، وأشار إليه هنا بقوله : إنّ لفظة « الباء » في قولهم : بصحيحه أو بفاسده سببيّة أو ظرفيّة .

[٤] فيكون معنى القاعدة ما يضمن في صحيحه يضمن في فاسده ، أي كلّ عقد

بأن يراد كلّما تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده، وإمّا لمطلق السببيّة الشامل للناقصة [١] لا العلّة التامّة، فإنّ [٢] العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلّا بعد القبض، كما في السلم [٣] والصرف [٤]، بل مطلق البيع [٥]،

يكون صحيحه ظرفاً لتحقّق الضمان فيه يكون فاسده أيضاً ظرفاً له، واستعمال الباء بمعنى فيه كثير، كقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ نَصَرَكُمُ اللهُ بِبَدْرٍ﴾[١] أي في بدر، وغيره، فبناءً على هذا المعنى لكلمة «الباء» لا يستفاد من القاعدة كون العقد سبباً تامّاً للضمان أو أنّه جزء السبب وجزؤه الآخر هو القبض، فيكون المجموع سبباً تامّاً له. وهذا بخلاف كون «الباء» للسببيّة، فيقع الكلام فيها بأنّه سبب تامّ أو سبب ناقص.

[١] أي لا تكون لفظة «الباء» للعلّة التامّة، بل موضوعة لمطلق السببيّة، سواء كانت ناقصة أو تامّة.

[٢] هذا تعليل لعدم كون «الباء» للعلّة التامّة. وملخّصه: أنّ كلمة «الباء» لو كانت سبباً تامّاً لكان معناها أنّ العقد الصحيح بنفسه علّة تامّة للضمان، وليس الأمر كذلك، فإنّ في بيع الصرف والسلم لا يوجب العقد الضمان إلّا بعد القبض، فيفهم منه أنّ كلمة «الباء» في القاعدة لمطلق السببيّة.

[٣] وهو في مقابل النسيئة بأن كان الثمن حالّاً والمثمن مؤجّلاً، وكان الثمن في النسيئة مؤجلّاً والمثمن حالّاً.

[٤] وهو أن يكون الثمن والمثمن نقدين بأن باع الدنانير بالدراهم.

[٥] إلى هنا بيّن أنّ بعض أفراد البيع الصحيح لا يوجب الضمان على نحو السبب

---

(١) آل عمران ٣: ١٢٣.

حيث [١] إنّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع ، بمعنى [٢] أنّ دركه عليه [٣] ويتداركه [٤] بردّ الثمن ، فتأمّل [٥].

التامّ ، كبيع الصرف والسلم ، فإنّ العقد فيهما جزء السبب لا السبب التامّ ، ومن هنا بيّن أنّ مطلق البيع جزء السبب ، وليس هو منحصراً بالصرف والسلم ، فإنّ الضمان في مطلق البيع متوقّف على القبض ، حيث إنّ المبيع إذا تلف قبل القبض فهو من مال بائعه .

[١] هذا دليل على أنّ البيع ليس سبباً تامّاً للضمان ، ولذا لو تحقّق البيع من دون قبض وتلف المبيع قبل قبضه ، فلا يكون ضمانه على المشتري ، بل يكون ضمانه على البائع لقوله : « لو تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه » ، وإنّما يكون ضمانه على المشتري لو تحقّق البيع والقبض معاً ، فيعلم من ذلك أنّ البيع سبب ناقص ، وإنّما يكون تامّاً بضميمة القبض إليه .

[٢] أي معنى قوله : « إنّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع » أنّ خسارة المبيع وتداركه على البائع .

[٣] كلمة « عليه » باعتبار متعلّقه خبر لقوله : « دركه » ، وضمير « دركه » راجع إلى المبيع ، وضمير « عليه » راجع إلى البائع .

[٤] أي يتدارك البائع المبيع بردّ ثمنه إلى المشتري .

[٥] لعلّه إشارة إلى أنّه فرق بين بيع الصرف والسلم وبين بيع غيرهما ، وهو أنّ القبض في بيع الصرف والسلم شرط الصحّة ، فلا ملكيّة قبله ، بخلاف مطلق البيع ، فإنّه يحصل التمليك بالعوض قبل القبض ، وأنّ عدم ضمان المبيع قبل القبض ليس لنقص في سببيّة العقد ، بل العقد ينفسخ قبل التلف آناً مّا ، وينتقل المبيع إلى مالكه الأوّل ، وينتقل الثمن إلى المشتري ثمّ يتلف من ماله فلا بيع ، لا أنّ البيع باقٍ ولا يؤثّر في الضمان حتّى يتحقّق القبض .

وكذا [١] الإجارة والنكاح والخلع، فإنّ المال في ذلك [٢] كلّه مضمون على من انتقل عنه [٣] إلى أن يتسلّمه [٤] من انتقل [٥] إليه،

---

[١] أي كما أنّ البيع سبب ناقص للضمان فلا يوجب الضمان إلّا بعد القبض ويكون التدارك على البائع لو تلف قبل القبض، كذلك الأمر في هذه الموارد الثلاثة، فإنّها أيضاً سبب ناقص للضمان، والقبض جزء متمّم له، فإنّ الأُجرة في الإجارة مضمونة على المستأجر إذا تلفت قبل القبض والمهر في النكاح مضمون على الزوج إذا تلف قبل القبض وعوض الخلع في الخلع مضمون على الزوجة إذا تلف قبل قبض الزوج له.

[٢] أي في الموارد الثلاثة المذكورة وهي الأُجرة والمهر وعوض الخلع.

[٣] وهو المستأجر في الإجارة، والزوج في النكاح، والزوجة في طلاق الخلع.

[٤] الضمير في قوله: «يتسلّمه» راجع إلى المال.

[٥] وهو المؤجّر في الإجارة، والزوجة في النكاح، والزوج في طلاق الخلع، أي المال في هذه الموارد الثلاثة قبل قبض من انتقل إليه مضمون على من انتقل عنه قبل أن يأخذه من انتقل إليه، وقد عرفت المراد ممّن انتقل عنه وممّن انتقل إليه.

وملخّص كلامه إلى هنا: كما أنّ البيع لا يوجب ضمان المشتري لو تلف المبيع إلّا بعد قبضه للمبيع، لقوله: «تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه»، كذلك لو تلف المال في هذه الموارد الثلاثة قبل قبض المؤجّر المال في الإجارة، وقبل قبض الزوجة في النكاح، والزوج في طلاق الخلع، فكما أنّ البيع لا يوجب الضمان إلّا بعد القبض، فإذا تلف المبيع قبل القبض تكون خسارته على البائع، فكذلك في هذه الموارد الثلاثة لو تلفت الأُجرة أو المهر أو عوض الخلع تكون خسارته على من انتقل عنه.

وأمّا العقد الفاسد [١]، فلا يكون علّة تامّة أبداً، بل يفتقر [٢] في ثبوت الضمان به إلى القبض فقبله [٣] لا ضمان، فجعل [٤] الفاسد سبباً إمّا [٥]

فتلخّص من جميع ما ذكرنا: أنّ العقد الصحيح قد يكون علّة تامّة للضمان، وقد يكون علّة ناقصة له.

[١] إلى هنا بيّن أنّ العقد الصحيح قد يكون علّة ناقصة للضمان، وقد يكون علّة تامّة له. ومن هنا شرع في بيان توجيه كون العقد الفاسد سبباً ناقصاً للضمان بعد عدم كونه سبباً تامّاً له.

[٢] أي يفتقر العقد الفاسد في ثبوت الضمان به إلى القبض، فإنّ العقد الفاسد بضميمة القبض يكون سبباً للضمان.

[٣] أي قبل قبض المبيع لا يكون المشتري ضامناً للمبيع.

[٤] جواب عن إشكال مقدّر. وملخّص الإشكال: أنّ العقد الفاسد يكون بحكم العدم، فكيف يكون سبباً ناقصاً للضمان، بل ينبغي أن يقال: إنّه لا يكون علّة تامّة للضمان، ولا علّة ناقصة له، فإنّ الضمان في مورد العقد الفاسد مسبّب عن القبض، ولا دخل للعقد الفاسد فيه كي يكون سبباً ناقصاً.

وملخّص الجواب عنه: أنّه ﷺ تصدّى لتوجيه سببيّة العقد الفاسد بأحد وجهين مذكورين في المتن.

[٥] هذا إشارة إلى التوجيه الأوّل لجعل العقد الفاسد سبباً للضمان، أي جعل العقد الفاسد سبباً للضمان إنّما هو لأجل أنّ العقد الفاسد منشأ للقبض الذي هو سبب الضمان، فإنّ الضمان في العقد الفاسد وإن كان مستنداً إلى القبض، فإنّ المشتري بسبب قبضه للمبيع في العقد الفاسد صار ضامناً لما تلف بيده، ولكنّ الموجب صار سبباً للضمان؛ لإقدامه على القبض، والسبب له هو

لأنّه المنشأ للقبض على [١] وجه الضمان الذي [٢] هو سبب للضمان، وإمّا [٣] لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض،

العقد الفاسد؛ إذ لو لم يكن العقد الفاسد موجوداً وصادراً من الموجب لم يكن المبيع واقعاً تحت يد المشتري، ولم يتحقّق القبض، فيكون العقد الفاسد سبباً للسبب وينسب الضمان إلى العقد الفاسد بهذه المناسبة؛ وذلك لصحّة إسناد الضمان إلى سبب السبب الذي هو العقد الفاسد، كما أنّه يصحّ إسناده إلى نفس السبب الذي هو القبض، غاية الأمر أنّ إسناد الضمان إلى سبب السبب يكون بالعناية والمجاز.

[١] الجار متعلّق بقوله: «القبض»، أي القبض المبنيّ على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد في قبال القبض المبنيّ على المجّانيّة، كالقبض في الهبة الفاسدة.

[٢] صفة لقوله: «للقبض»، أي القبض الذي هو سبب للضمان.

[٣] هذا إشارة إلى التوجيه الثاني لجعل العقد الفاسد سبباً للضمان، أي جعل العقد الفاسد سبباً للضمان إنّما هو لأجل أنّ العقد الفاسد سبب للحكم بالضمان، وعلى هذا إطلاق السبب على العقد الفاسد يكون إطلاقاً حقيقيّاً، لكنّه ليس سبباً تامّاً، بل مشروط بقبض المبيع، فيكون سبب الضمان مركّباً من العقد الفاسد والقبض، وعلى هذا يكون العقد الفاسد سبب الضمان، لا سبب السبب، كما كان كذلك في الوجه الأوّل.

ربّما يقال: إنّ العقد الفاسد لا يكون سبباً ناقصاً للضمان، ولا دخل له في ذلك أصلاً، وإنّ شيئاً من الوجهين المذكورين لا يصلحان لإثبات كون العقد الفاسد سبباً للضمان.

أمّا الوجه الأوّل، فلأنّ غاية ما يستفاد منه أنّ العقد سبب خارجيّ للقبض

ولذا [١] علّل الضمان الشيخ [٢] وغيره بدخوله [٣] على أن تكون العين مضمونة عليه ، ولا ريب [٤] أنّ دخوله على الضمان إنّما هو بإنشاء العقد

الذي هو سبب للضمان ، حيث إنّ البائع أقبض ماله إلى المشتري بتوهّم صحّة العقد المقتضية للإقباض شرعاً ، والسبب بهذا المعنى خارج عن قاعدة ما يضمن وما لا يضمن... ؛ إذ السببيّة المترقّبة من هذه القاعدة هي السببيّة الشرعيّة لا الخارجيّة .

وأمّا الوجه الثاني ، فإنّا نمنع كون العقد الفاسد سبباً للضمان ولو بضميمة القبض ؛ إذ لا دخل له في ذلك أصلاً ، وإطلاق السبب على العقد الفاسد من باب ذكر الوصف بحال متعلّق الموصوف .

[١] أي لما ذكرنا من كون البيع الفاسد سبباً للضمان بشرط القبض .

[٢] فاعل لقوله : « علّل » ، وقوله : « الضمان » مفعول له ، أي الشاهد على أنّ البيع الفاسد سبب للضمان بشرط القبض ذكر الشيخ وغيره من الفقهاء علّة الضمان في العقد الفاسد إقدام الآخذ على الضمان ، وحيث إنّ الإقدام على الضمان بقبض المبيع في البيع الفاسد يكون بإنشاء العقد الفاسد ، فيصحّ أن يقال : إنّ العقد الفاسد سبب للضمان .

[٣] الجار متعلّق بقوله : « علّل » ، أي علّل الشيخ ضمان المبيع في البيع الفاسد بإقدام القابض على أن يكون ضامناً للعين التالفة بيده .

[٤] والغرض من ذكر هذه العبارة تطبيق التعليل المذكور في كلام الشيخ الطوسيّ وغيره على أنّ الإقدام على الضمان يكون بإنشاء العقد الفاسد ، أي لمّا ثبت أنّ علّة ضمان القابض إقدامه على أن تكون العين مضمونة ،ولا ريب أنّ إقدام القابض على الضمان إنّما هو بسبب إنشاء العقد الفاسد .

وملخّص الاستدلال بكلام الشيخ الطوسيّ ﷺ على كون العقد الفاسد سبباً

الفاسد، فهو [١] سبب لضمان ما يقبضه. والغرض من ذلك [٢] كلّه دفع ما يتوهّم أنّ سبب الضمان في الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببيّة الضمان، ويقال: كلّما يضمن بصحيحه

للضمان هو أنّ سبب الضمان عنده الإقدام على الضمان والإقدام على الضمان يكون بإنشاء العقد الفاسد، فالسبب للضمان هو العقد الفاسد.

[١] أي إنشاء العقد الفاسد سبب لضمان ما يقبضه؛ لأنّ العقد الفاسد سبب للقبض، والقبض سبب للضمان؛ فيكون العقد الفاسد سبباً للضمان؛ لأنّ سبب السبب سبب.

[٢] أي ممّا ذكرناه من البحث في أنّ كلمة «الباء» في قوله: «يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» إمّا بمعنى «في» أو بمعنى مطلق السببيّة الشاملة للناقصة، وليست بمعنى خصوص العلّة التامّة، والغرض ممّا ذكرناه في توجيه سببيّة العقد الفاسد للضمان بأحد الوجهين المتقدّمين ـ وهما كون العقد سبب السبب أو سبباً ناقصاً ومشروطاً بالقبض ـ دفع توهّمين:

التوهّم الأوّل: أنّ العقد الفاسد وجوده كعدمه، فيكون تمام المؤثّر في الضمان في مورده هو القبض، وعليه فلا وجه لقياس العقد الفاسد على العقد الصحيح، ويقال: إنّ العقد الفاسد أيضاً يوجب الضمان، كما أنّ العقد الصحيح يوجبه.

وقد دفعه شيخنا الأنصاريّ ﷺ بالوجهين المذكورين.

وملخّصه: أنّا لا نسلّم أن يكون العقد الفاسد وجوده كعدمه، بل يكون مؤثّراً في الضمان، إمّا لكونه سبب السبب، وإمّا سبب ناقص مشروط بالقبض.

وزبدة الكلام: أنّ الإشكال المذكور ـ وهو الفرق بين العقد الصحيح

يضمن بفاسده [١]؟ وقد ظهر من ذلك [٢] أيضاً [٣] فساد توهّم أنّ

والعقد الفاسد في السببيّة للضمان ـ إنّما يتمّ لو كانت كلمة «الباء» بمعنى السبب التامّ للضمان، وليس الأمر كذلك، فإنّه إمّا بمعنى «في» أو بمعنى السببيّة الناقصة، فعلى هذا لا مانع من قياس العقد الفاسد على العقد الصحيح، ويقال: «كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

[١] وجه فساد القياس هو وجود الفرق بينهما، فإنّ كلمة «الباء» في قوله: «ما يضمن بصحيحه» ظاهر في السببيّة التامّة للعقد، وفي قوله: «ما يضمن بفاسده» ليست ظاهرة فيها؛ لأنّ وجود العقد الفاسد كعدمه.

وملخّص الجواب عنه: لا نسلّم ـ **أوّلاً** ـ كون «الباء» في قوله: «بصحيحه» بمعنى السبب التامّ.

وثانياً: أنّ العقد الفاسد ليس وجوده كعدمه، فإنّه إمّا سبب السبب أو جزء العلّة التامّة. إذن فكلمة «الباء» في الصحيح والفاسد استعملت في معنى واحد.

[٢] أي من توجيه سببيّة العقد الفاسد للضمان بأحد الوجهين المتقدّمين.

وقال الشهيدي: «يعني بالمشار إليه ما ذكره بقوله: وإمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض.

[٣] أي كما ظهر ممّا ذكرناه من توجيه سببيّة العقد الفاسد دفع التوهّم الأوّل، كذلك ظهر منه فساد التوهّم الثاني أيضاً.

وملخّص التوهّم الثاني هو: أنّ ظاهر قاعدة «ما يضمن...» كون العقد، سواء كان صحيحاً أو فاسداً، علّة تامّة للضمان من دون أن يكون القبض دخيلاً فيه، والحال أنّ العقد الفاسد لا يوجب الضمان بالاتّفاق عندهم إلّا

ظاهر [١] القاعدة عدم توقّف الضمان في الفاسد على القبض، فلا بدّ [٢]

مشروطاً بالقبض، فيكون الظهور المستفاد من القاعدة مخصّصاً بسبب الإجماع القائم على أنّ العقد الفاسد لا يوجب الضمان، وبذلك يرتفع التنافي بين ظهور القاعدة في كون العقد مطلقاً موجباً للضمان، وبين الإجماع القائم على عدم الضمان بسبب العقد الفاسد.

[١] منشأ الظهور وحدة السياق، فحيث إنّ الضمان في العقد الصحيح غير متوقّف على القبض بل العقد الصحيح هي العلّة التامّة للضمان، كما هو المستفاد من ظاهر كلمة «الباء» الظاهرة في السببيّة التامّة، فيكون العقد الفاسد أيضاً علّة تامّة للضمان، والتفكيك بينهما بالالتزام بكون «الباء» سبباً تامّاً في العقد الصحيح، وسبباً ناقصاً في العقد الفاسد خلاف وحدة السياق الملحوظة بين الجملتين، فيكون ظاهر القاعدة عدم توقّف الضمان على القبض، وكون العقد علّة تامّة له من دون فرق بين العقد الصحيح والعقد الفاسد.

[٢] أي إذا كان ظاهر القاعدة كون العقد مطلقاً علّة تامّة للضمان، سواء كان عقداً صحيحاً أم عقداً فاسداً، فلا بدّ من تخصيص عموم القاعدة بمخصّص كالإجماع القائم على عدم كون العقد الفاسد علّة تامّة للضمان أو نحوه، من السيرة والشهرة القدمائيّة بأن يقال: إنّ ظاهر القاعدة وإن كان في كون العقد الفاسد سبباً للضمان، إلّا أنّه يخصّص هذا الظهور بالإجماع القائم على أنّ العقد الفاسد بشرط القبض يوجب الضمان، فلا بدّ من تخصيص القاعدة بالقياس إلى العقود الفاسدة بصورة القبض بإجماع ونحوه على اشتراط الضمان فيها بالقبض.

وملخّص جواب شيخنا الأنصاريّ ﷺ عنه هو: أنّ التوهّم المذكور مبتنٍ على أن تكون كلمة «الباء» في العقد الصحيح للعلّة التامّة بأن يقال: حيث إنّ

من تخصيص القاعدة بإجماع ونحوه. ثمّ إنّ المدرك لهذه الكلّيّة [١] على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط [٢] بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل، هو [٣] إقدام الآخذ على الضمان.

العقد الصحيح علّة تامّة للضمان، فلا بدّ أن يكون العقد الفاسد أيضاً كذلك حفظاً لظهور السياق، ولكنّا بيّنّا أنّ كلمة «الباء» في العقد الصحيح ليست للعلّيّة التامّة، بل لمطلق السبب الشامل للسبب الناقص أيضاً؛ إذ العقد الصحيح أيضاً ربّما لا يكون سبباً تامّاً للضمان كالصرف والسلم كما عرفت، وعليه فليس للقاعدة ظهور في كون العقد سبباً تامّاً للضمان كي يحتاج إلى التخصيص في العقد الفاسد بكونه مشروطاً بالقبض.

[١] وهي قاعدة «ما يضمن...» و«ما لا يضمن...». إلى هنا تمّ كلامه في بيان مفردات القاعدة، ومن هنا شرع في ذكر ما استدلّ به على إثبات القاعدة، وهي أربعة أُمور: قاعدة الإقدام على الضمان، وحديث على اليد، وقاعدة الاحترام، وقاعده نفي الضرر.

[٢] أي في مسألة الرهن الذي اشترط الراهن فيه كون العين المرهونة مبيعاً بعد انقضاء مدّة الرهن، أي إذا حلّ الأجل ولم يؤدّ المديون دينه.

[٣] خبر لقوله: «إنّ المدرك»، وهذا إشارة إلى الدليل الأوّل على قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، يعني أنّ الآخذ للمتاع بالعقد، سواء كان صحيحاً أو فاسداً، أخذه عوضاً عمّا أعطاه، فهو أقدم على ضمان ما أخذ ولم يأخذه مجّاناً، فتكون قاعدة الإقدام دليلاً على أنّه كلّما يكون العقد الصحيح موجباً للضمان، فالعقد الفاسد أيضاً يوجبه، وذلك لكون ما هو موجباً للضمان في العقد الصحيح موجباً له في العقد الفاسد أيضاً.

ثمّ أضاف إلى ذلك [١] قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»، والظاهر أنّه [٢] تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ [٣] في المبسوط، حيث علّل [٤] الضمان في موارد كثيرة من البيع والإجارة الفاسدين بدخوله [٥] على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمّى،

---

[١] أضاف الشهيد في المسالك إلى الاستدلال بقاعدة الإقدام على قاعدة «ما يضمن...» قاعدة على اليد أيضاً، فإنّه جعل قوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**» أيضاً من أدلّة هذه القاعدة، وتمسّك به لإثباتها. وهذا إشارة إلى الدليل الثاني من أدلّة قاعدة «ما يضمن بصحيحه...».

[٢] أي الشهيد الثاني في المسالك تبع الشيخ في استدلاله بقاعدة الإقدام على الضمان.

[٣] مفعول لقوله: «تبع»، أي الشهيد تبع الشيخ؛ بمعنى أنّ استدلال الشهيد بقاعدة الإقدام على الضمان مسبوق باستدلال شيخ الطائفة عليه بها في المبسوط.

[٤] بيان لكيفيّة تبعيّة الشهيد في استدلاله للشيخ، أي إنّما احتملنا بأنّ الشهيد تبع الشيخ الطوسيّ ﷺ في استدلاله؛ لأنّ الشيخ الطوسيّ علّل ضمان الآخذ المبيع في البيع الفاسد والأُجرة في الإجارة الفاسدة ـ في موارد عديدة في كتابه ـ بإقدام الآخذ على أن لا يكون المال الذي أخذه مجّاناً، بل هو مضمون عليه، فهو استدلّ في هذه الموارد بالضمان على قاعدة الإقدام، والشهيد أيضاً تمسّك بقاعدة الإقدام على الضمان تبعاً للشيخ الطوسيّ.

[٥] الجار متعلّق بقوله: «علّل»، أي علّل الشيخ الطوسيّ ضمان الآخذ للمبيع في البيع الفاسد وأخذ الأُجرة في الإجارة الفاسدة بإقدام الآخذ على أنّ المال المأخوذ مضمون عليه بالثمن المسمّى، وهو الثمن الذي عيّنه المتعاقدان ثمناً للمبيع، أو أُجرة الأجير.

فإذا لم يسلّم [١] له المسمّى رجع [٢] إلى المثل أو القيمة، وهذا الوجه [٣] لا يخلو عن تأمّل؛ لأنّهما إنّما أقدما وتراضيا وتواطآ بالعقد الفاسد [٤] على ضمان خاصّ [٥] لا [٦] الضمان بالمثل أو القيمة.

والمفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان

---

[١] أي إذا لم يسلّم الآخذ للطرف الآخر العوض المسمّى لفساد العقد؛ إذ المفروض أنّ أداء العوض المسمّى متفرّع على صحّته.

[٢] أي رجع مالك التالف إلى عوض مثل ما تلف بيده إن كان التالف مثليّاً أو إلى قيمته إن كان التالف قيميّاً.

[٣] أورد المصنّف على الاستدلال بقاعدة الإقدام بأُمور:

الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «وهذا الوجه لا يخلو...» أي الاستدلال بقاعدة الإقدام على قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، غير تامّ؛ لأنّ ما أقدما عليه هو ضمان المسمّى، وهو غير ثابت؛ وذلك لفساد سببه على الفرض وهو العقد، فلو ثبت الضمان بالمثل والقيمة فهما لم يقدما عليه، فلم يثبت بقاعدة الإقدام، وإنّما ثبت بدليل آخر. إذن لا يمكن إثبات ضمان المثل أو القيمة بقاعدة الإقدام.

[٤] أي أقدما على الضمان بسبب العقد الفاسد، وهو غير ممضىً عند الشارع، فلا يوجب الضمان، فالمقدم عليه وهو ضمان المسمّى غير واقع؛ لأنّه متوقّف على إمضاء الشارع سبب الضمان، وهو العقد، والمفروض أنّه غير ممضى عنده، فلا وجه للضمان.

[٥] أي على ضمان المسمّى الذي عيّنه المتعاقدان.

[٦] أي لم يقدما على الضمان بالمثل أو القيمة كي يتمسّك بقاعدة الإقدام على ضمانهما.

الخاصّ [١]، ومطلق الضمان [٢] لا يبقى بعد انتفاء الخصوصيّة حتّى يتقوّم [٣] بخصوصيّة

---

[١] الذي تبانى عليه المتعاقدان، وهو الضمان الجعليّ المسمّى بضمان المثل، فالضمان الخاصّ ينتفي بفساد العقد، والذي أقدما عليه وهو ضمان المسمّى لا يوجب الضمان بعد عدم إمضاء الشارع للإقدام على الضمان الجعليّ.

[٢] أي لا يبقى جامع الضمان الشامل للمثليّ أو القيميّ بعد انتفاء ضمان المسمّى؛ لأنّ انتفاء الفصل الذي هو المسمّى يوجب انتفاء الجنس الذي هو جامع الضمان. وهو جواب عن سؤال مقدّر، وملخّص السؤال: أنّا سلّمنا أنّ الضمان الخاصّ الذي هو عبارة عن ضمان المسمّى ينتفي بفساد العقد؛ إذ المحقّق للإقدام هو العقد، فبعد عدم إمضاء الشارع العقد المذكور لا يترتّب عليه الأثر الذي هو عبارة عن كونه موجباً لضمان ما أخذه، فبعدم إمضاء العقد ينتفي الأثر الخاصّ، وهو ضمان المسمّى، وأمّا طبيعيّ الضمان المعبّر عنه بالجامع فلا ينتفي بانتفاء ضمان الخاصّ.

إن شئت فقل: إنّ حكم الشارع بفساد الضمان الخاصّ المسبّب عن الإقدام الخاصّ، وهو العقد الفاسد لا يستلزم حكمه بفساد أصل الإقدام، ولو بسبب آخر. إذن فيبقى ضمان المثل أو القيمة باقياً بحاله؛ لأنّ انتفاء الضمان الجعليّ لا يوجب انتفاء إقدامهما على مطلق الضمان بعد العلم بعدم إقدام المتعاقدين على المجّانيّة، ومن المعلوم أنّ مطلق الضمان ينصرف إلى البدل الواقعيّ، وعليه فلا بأس بجعل قاعدة الإقدام على الضمان مدركاً لقاعدة ما يضمن...

[٣] أي حتّى يكون مطلق الضمان قائماً بخصوصيّة أُخرى غير خصوصيّة المسمّى بأن يكون قائماً بالمثل في المثليّ وبالقيمة في القيميّ.

وملخّص الجواب: أنّ ما أقدم عليه المتعاقدان عبارة عن ضمان المسمّى،

أُخرى، فالضمان [١] بالمثل أو القيمة إن ثبت فحكم شرعيّ تابع لدليله، وليس [٢] ممّا أقدم عليه المتعاقدان.

والمفروض بطلانه لعدم إمضاء الشارع له، وحكمه بفساد العقد الموجب للضمان، فانتفاء ضمان المسمّى يوجب انتفاء طبيعيّ الضمان، كما أنّ انتفاء الفصل يوجب انتفاء الجنس، فتحقّق الضمان بالبدل الواقعيّ الشامل للمثل، والجنس يتوقّف على الإقدام به، والمفروض أنّه لم يتحقّق، وإنّما تحقّق الإقدام على ضمان المسمّى في مفروض المقام، وبالنتيجة أنّ ما أقدم عليه المتعاقدان حكم الشارع بفساده لأجل عدم إمضائه له، وما لم يحكم بفساده لم يحصل الإقدام بالنسبة إليه.

[١] إذا علمت عدم تحقّق الإقدام على الضمان بالمثل أو القيمة فنقول: إنّ الضمان بالمثليّ فيما إذا كان الفائت مثليّاً، وبالقيميّ إذا كان قيميّاً إن ثبت في مورد فإنّه حكم شرعيّ ثبت بحكم الشارع بدليله الخاصّ، لا بقاعدة الإقدام.

[٢] أي ليس الضمان بالمثل أو القيمة ممّا أقدم عليه المتعاقدان كي يبحث في أنّه يوجب الضمان أم لا.

وزبدة الكلام: أنّ ضمان المسمّى الذي أقدم عليه المتعاملان انتفى؛ وذلك لعدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاصّ، وما يريده الشيخ الطوسيّ وأتباعه ـ كصاحب المسالك ﷺ ـ من ضمان المثل والقيمة لم يقدم عليهما المتعاقدان، فلا يجوز الاستدلال بقاعدة الإقدام على إثبات الضمان.

وأورد عليه صاحب الكفاية ﷺ بأنّ المتعاقدين أقدما على أصل الضمان في ضمن الإقدام على ضمان خاصّ، والشارع إنّما لم يمضِ الضمان الخاصّ، لا أصله.

وأفاد المحقّق الأصفهانيّ أنّ الإقدام لا يكون إلّا على مصبّ العقد، وهو

هذا كلّه [١] مع أنّ [٢] مورد هذا التعليل [٣] أعمّ من وجه من المطلب؛

الضمان بالمسمّى، وأمّا أصل الضمان فلا إقدام عليه من المتعاقدين.

وقال السيّد اليزديّ: إنّ الإقدام لا يكون موجباً للضمان أصلاً؛ لعدم الدليل عليه، لا لما ذكره صاحب الكفاية ﷺ.

وقال الأُستاذ الأعظم: إنّ ثبوت الضمان في المقام إنّما هو بالإقدام المنضمّ إلى الاستيلاء، والدليل عليه هي السيرة المتّصلة بزمان المعصوم ﷺ، والتحقيق في المسألة وبيان ما هو فصل الخطاب سيأتي في تحقيقاتنا، فانتظر.

[١] أي هذا الذي ذكرناه كلّ الكلام في الإيراد الأوّل خذه وتأمّل فيه.

[٢] هذا إشارة إلى الإيراد الثاني من الايرادات الواردة في المقام.

وملخّصه: أنّ قاعدة الإقدام على الضمان لا تصلح أن تكون دليلاً؛ لأنّه يعتبر في الدليل أن يشمل المدّعى في جميع الموارد والحالات؛ بأن يكون مساوياً للمدّعى أو الأعمّ منه، وأمّا لو كانت النسبة بينهما غير ما ذكرناه بأن يكون الدليل أخصّ من المدّعى، أو كانت النسبة بينهما عموماً من وجه، فلا يمكن الاستدلال بالدليل المذكور، وحيث إنّ النسبة بين المدّعى، وهي قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» وبين الدليل هي عموم من وجه، ولذا فلا يصحّ الاستدلال بقاعدة الإقدام لإثبات قاعدة ما يضمن...

والحاصل: أنّ ما ذكره الشيخ الطوسيّ ﷺ من التعليل لإثبات الضمان، وهو قوله: بأنّه أقدم على الضمان ليس بمطّرد وليس بمنعكس.

[٣] أي مورد قاعدة الإقدام أعمّ من وجه من الضمان، فإنّ النسبة بين قاعدة الإقدام والضمان عموم من وجه، فلا يصلح أن يكون الإقدام دليلاً على الضمان، والمراد من المطلب المذكور في المتن هو الضمان.

إذ قد يكون الإقدام ولا ضمان، كما قبل القبض [١]، وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقّق [٢] الضمان، كما إذا شرط [٣] في عقد البيع ضمان [٤] المبيع على البائع إذا [٥] تلف في يد المشتري

---

[١] هذا إشارة إلى مورد الافتراق من ناحية الإقدام، وهو كما إذا أقدم المشتري على ضمان المبيع وتلف المبيع قبل قبضه؛ بأن تلف تحت يد البائع، ففي هذا المورد تحقّق الإقدام ولم يتحقّق الضمان للمقدم له، فإنّه يتلف من مال بائعه، مع أنّ المشتري قد أقدم على ضمانه بالثمن المسمّى في العقد الصحيح، وليس بضامن له.

[٢] هذا إشارة إلى مورد الافتراق من ناحية الضمان، أي لا يكون إقدام على الضمان في العقد الفاسد، ومع ذلك يتحقّق الضمان، وقد ذكر ﷺ لما إذا كان الافتراق من ناحية الضمان فقط بأن يتحقّق الضمان بدون الإقدام عليه في العقد الفاسد ثلاثة أمثلة في المتن:

المثال الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع...».

[٣] أي شرط المشتري ضمان المبيع على البائع في ضمن عقد البيع.

[٤] مفعول لقوله: «شرط».

[٥] ظرف لقوله: «ضمان»، أي إذا شرط المشتري ضمان المبيع على البائع إذا تلف المبيع في يد المشتري، فالشرط باطل لكونه خلاف الشرع الدالّ على أنّ ضمان المبيع على المشتري إذا تلف في يده، فإذا بطل الشرط فيكون العقد أيضاً باطلاً على تقدير كون الشرط الفاسد مفسداً، وإذا تلف المبيع كان ضمانه على المشتري، مع أنّه لم يقدم على الضمان، ولذا اشترط ضمان المبيع على بائعه.

وكما إذا قال: «بعتك بلا ثمن»[١] أو «آجرتك[٢] بلا أُجرة». نعم[٣]، قوّى الشهيدان في الأخير[٤] عدم الضمان،

---

[١] هذا إشارة إلى المثال الثاني لما إذا كان الضمان متحقّقاً بدون تحقّق الإقدام عليه، فإنّ البيع في الفرض المذكور باطل؛ لأنّه لا يتحقّق بلا ثمن، والمشتري يكون ضامناً لما أخذه، مع أنّه لم يقدم عليه لفرض توافق المتعاقدين على انتقال المبيع إليه بلا ثمن.

[٢] هذا إشارة إلى المثال الثالث لما إذا كان الضمان متحقّقاً بدون تحقّق الإقدام عليه، أي كما إذا آجر المالك داره لزيد شهراً بلا أُجرة، فإنّ الإجارة بلا أُجرة باطلة، والمستأجر ضامن لأُجرة المثل مع عدم إقدامه على الضمان. وبالنتيجة: أنّ الضمان موجود والإقدام ليس بموجود، فيكون هذا مورد افتراق من ناحية الضمان، وأمّا مورد الاجتماع فلم يتصدّ المصنّف لذكره لعلّه لكثرته ولوضوحه، وهو كما إذا باع الكتاب بدينار بعقد صحيح، وتلف بيد المشتري، فإنّ الإقدام والضمان متحقّقان في هذا المورد، فإذا ثبت أنّ النسبة بين الإقدام والضمان عموم من وجه، فلا يصحّ الاستدلال لإثبات الضمان بقاعدة الإقدام.

[٣] إلى هنا ذكر لتحقّق الضمان بدون تحقّق الإقدام عليه ثلاثة أمثلة، إلّا أنّه رجع عن جعل المثالين الأخيرين، وهما البيع بلا ثمن والإجارة بلا أُجرة من أمثلة وجود الضمان بدون الإقدام عليه بقوله: «نعم».

وملخّص الاستدراك هو: أنّ جعل المثالين الأخيرين من أمثلة وجود الضمان بدون الإقدام عليه ليس مورد قبول الكلّ، وذلك لوجود المخالف في المسألة، كما ذكره في المتن.

[٤] أي في المثال الأخير، وهو قوله: «آجرتك بلا أُجرة»، وأنكر كونه مثالاً

واستشكل العلّامة في مثال البيع [١] في باب السلم.

وبالجملة [٢] فدليل الإقدام مع أنّه [٣] مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصّله [٤] منقوض [٥] طرداً [٦] وعكساً [٧].

ومورداً لتحقّق الضمان بدون الإقدام عليه، ومع وجود مخالف في المسألة كالشهيدين لا يمكن أن يعدّ هذا المورد من أمثلة تحقّق الضمان بدون الإقدام عليه كي يعدّ هذا المورد من موارد الافتراق بين قاعدة الضمان وقاعدة الإقدام عليه.

[١] أي استشكل العلّامة في باب السلم في جعل مثال البيع بلا ثمن من موارد ضمان المشتري. إذن فلا يكون المثالان الأخيران شاهدين لتحقّق الضمان من دون إقدام عليه، فيبقى المثال لوجود الضمان بدون الإقدام هو المثال الأوّل، وهو ضمان المشتري للمبيع التالف بيده مع شرط ضمانه على البائع.

[٢] أي ملخّص الكلام في المقام: أنّ قاعدة الإقدام لا دليل عليها أوّلاً، وأنّها منقوضة طرداً وعكساً ثانياً.

[٣] أي مع أنّ دليل الإقدام مطلب مهمّ ولكنّه يحتاج إلى دليل.

[٤] جملة فعليّة صفة لقوله: «دليل».

[٥] خبر لمبتدأ مقدّم، وهوقوله: «فدليل الإقدام».

[٦] أي ليس مانعاً للأغيار؛ إذ كونه مانعاً للأغيار يقتضي انتفاء الضمان بانتفاء الإقدام، مع أن الضمان موجود بلا إقدام.

[٧] أي ليست القاعدة جامعة للأفراد؛ إذ قاعدة الإقدام إنّما تكون جامعة للأفراد فيما إذا ثبت الضمان في كلّ مورد تحقّق فيه الإقدام.

وأمّا خبر [١] اليد، فدلالته [٢] وإن كانت ظاهرة، وسنده [٣] منجبراً، إلّا أنّ مورده [٤] مختصّ بالأعيان، فلا يشمل [٥] المنافع

مع أنّه قد يتحقّق الإقدام ولا ضمان، كما في البيع الصحيح إذا تلف المبيع قبل القبض.

فتحصّل إلى هنا: أنّ الاستدلال بقاعدة الإقدام على إثبات قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» غير تامّ.

[١] هذا إشارة إلى الدليل الثاني على قاعدة «ما يضمن...»، وهو النبويّ المشهور، أعني قوله: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**».

[٢] أي دلالة الخبر على الضمان ظاهرة، ووجه الظهور سيأتي في تحقيقاتنا من أنّ إسناد الظرف إلى مال كما هو كذلك في الحديث ظاهر في الضمان، وليس ظاهراً في الحكم التكليفيّ.

[٣] أي سند الخبر وإن كان ضعيفاً لإرساله، إلّا أنّه حيث عمل المشهور به فيكون عمل المشهور جابراً لضعف السند.

إذن فيتمّ الخبر سنداً ودلالة، فتكون قاعدة اليد دليلاً على قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

[٤] المراد من المورد هو الموضوع، أي المراد من الموصول الذي هو الموضوع في قوله: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**» هي الأعيان، فتكون هذه الرواية من أدلّة ضمان العين التالفة، فلا تشمل المنافع، وبالنتيجة يكون الدليل أخصّ من المدّعى.

[٥] أي لا يشمل حديث «على اليد» المنافع التالفة، ولا يدلّ على أنّ المتلف ضامن لها، فالمراد من المنافع هنا ما يقابل الأعمال نظير سكنى الدار،

والأعمال [١] المضمونة في الإجارة الفاسدة. اللّهمّ إلّا أن يستدلّ على الضمان فيها [٢] بما دلّ على احترام مال المسلم، وأنّه لا يحلّ إلّا عن طيب نفسه، وأنّ حرمة ماله كحرمة دمه، وأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد، وأنّه لا يحلّ إلّا عن طيب نفسه [٣]،

وركوب الدابّة وعليه فإذا استأجر داراً بإجارة فاسدة كان على المستأجر أُجرة المثل، مع أنّ منفعة هذه الدار غير قابلة للقبض باليد، فلا يشمله قوله: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**».

[١] أي لا يشمل حديث على اليد الأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة، كما إذا استأجر داراً بإجارة فاسدة، كان المستأجر ضامناً لأُجرة المثل، مع أنّ منفعتها غير قابلة للقبض، فلا تشمله قاعدة على اليد.

[٢] أي في المنافع والأعمال، والأنسب أن يذكر «فيهما» لمّا قال المصنّف: «إنّ حديث «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**» لا يشمل المنافع والأعمال»، أراد أن يبيّن بقوله: «اللّهمّ...» إنّه يمكن الاستدلال على الضمان فيهما بالروايات الدالّة على احترام مال المسلم، أي أنّ لمال المسلم حريماً لا يجوز التجاوز عليه إلّا بطيب نفسه. هذا إشارة إلى الدليل الثالث من أدلّة قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» الذي يسمّى بقاعدة الاحترام.

[٣] عن المبسوط مرسلاً، عن أنس، عن النبيّ ﷺ أنّه قال: «**وَلَا يَحِلُّ لِمُؤْمِنٍ مَالُ أَخِيهِ إِلّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»[1]. بتقريب: أنّ احترام مال المسلم يقتضي عدم حلّ التصرّف فيه وإتلافه بلا عوض، فإذا أتلف مال الغير فهو ضامن لما أتلفه من الأعيان والمنافع والأعمال، سواء كان استيلاؤه عليه بعقد صحيح أو

---

(١) وسائل الشيعة: الباب ٣ من أبواب مكان المصلّي.

وأنّ حرمة ماله كحرمة دمه [١]، وأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد [٢]، مضافاً إلى أدلّة نفي الضرر [٣]، فكلّ [٤] عمل وقع من عامل لأحد

بعقد فاسد.

[١] أي كما أنّ لدم المسلم احتراماً فلا يذهب هدراً، فلو قتله شخص يؤخذ منه الدية أو يقتصّ منه، كذلك ماله لا يذهب هدراً، فهو يكون ضامناً لو تلف مال الغير عنده أو أتلفه، سواء كان استيلاؤه عليه بعقد فاسد أو بعقد صحيح، وهي أيضاً عن المبسوط، حيث قال: «أنّه روى الأعمش عن أبي وابل، عن عبدالله بن مسعود: أنّ النبيّ ﷺ قال: **حُرْمَةُ مالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ**».

بتقريب: أنّ معنى احترام ماله عدم جواز مزاحمته فيه بالأخذ منه قهراً، وأنّ عدم تدارك العين بعد إتلافها إبقاءٌ للمزاحمة فيحرم، فلا بدّ من رفع المزاحمة بدفع البدل، وهو معنى الضمان.

[٢] بتقريب: أنّ المستفاد من هذه الرواية عدم جواز إتلاف حقّ أحد، وهو مستلزم لضمانه إذا أخذه بعقد فاسد وأتلفه.

[٣] كقوله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[1].

بتقريب: أنّ الحكم بعدم ضمان القابض لما قبضه بالعقد الفاسد ضرر على المالك فينتفي بأدلّة نفي الضرر، فلا يجوز الضرر على صاحب المنفعة في إجارة العين الفاسدة باستيفاء المنفعة منها، وعلى صاحب العمل في إجارة الشخص للعمل باستيفاء العمل منه بدون إعطاء المثل له.

[٤] أي يترتّب على ما ذكرنا من قاعدتي احترام مال المسلم ونفي الضرر أنّه كلّ عمل لو وقع من عامل بأمر شخص فلا بدّ للآمر من أداء أُجرة العمل، فيكون

---

(١) وسائل الشيعة: الباب ١٥٢، ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة.

بحيث يقع [٢] بأمره وتحصيلاً [٣] لغرضه، فلا بدّ [٤] من أداء عوضه لقاعدتي الاحترام، ونفي الضرر.

ثمّ [٥] إنّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام [٦] والدخول [٧]

الآمر ضامناً لمثله أو قيمته.

[١] أي بحيث أن يقع العمل من عامل بأمر شخص.

[٢] أي كلّ عمل لو وقع لأجل تحصيل غرض الشخص الآمر بإيجاد العمل الذي أمر به.

[٣] جواب للشرط المستفاد من قوله: «فكلّ عمل ...»، أي يجب على الآمر أن يؤدّي عوض عمل العامل لكون العمل المذكور عملاً محترماً، فإنّ قاعدة الاحترام تقتضي ضمانه، ولأجل أنّه لو لم يؤدّ عوض عمل العامل بأمره فيكون هو إضراراً عليه، وهو يوجب الضمان بقاعدة نفي الضرر، وهذا الذي ذكرناه من الضمان إنّما يكون فيما إذا كان العمل بأمر شخص تحصيلاً لغرضه، وأمّا إذا لم يكن العمل مستنداً إلى أمره أو لم يكن تحصيلاً لغرضه لعدم تعلّق غرضه به، فلا وجه للضمان.

[٤] إنّ شيخنا الأنصاريّ ﷺ بعد إيراده على قاعدة الإقدام، وعدم تجويز صلاحيّتها للدلالة على الضمان، تصدّى لتوجيه استدلال شيخ الطائفة والشهيد الثاني ﷺ بها على الضمان بحيث يسلم عن الإيراد، وقال: «ثمّ إنّه لا يبعد ....».

[٥] الجار متعلّق بقوله: «الاستدلال».

[٦] عطف تفسير لقوله: «بالإقدام».

عليه بيان [١] أنّ العين [٢] والمنفعة[٣] اللذين تسلّمهما [٤] الشخص لم يتسلّمها مجّاناً وتبرّعاً حتّى لا يقضي احترامهما بتداركهما بالعوض ،كما [٥] في العمل المتبرّع به والعين المدفوعة

---

[١] خبر لقوله: «أن يكون...»، أي لا يبعد أن يكون مراد الشيخ من الاستدلال بقاعدة الإقدام على الضمان بيان...

[٢] أي تسلّم المشتري للمبيع وأخذه له لا يكون مجّاناً، بل إنّه مبنيّ على دفع الثمن إلى البائع.

[٣] أي تسلّم منفعة الدار، وهي السكنى فيها، فإنّ المستأجر أقدم على أخذها في قبال الأُجرة ولم يقدم عليه مجّاناً. هذا في إجارة الأعيان، وكذا الحال في تسلّم منفعة الأعمال المحترمة.

[٤] أي أخذ الشخص المشتري العين المباعة، وكذا أخذ المستأجر المنافع المستأجر عليها في باب الإجارة لا يكون مجّاناً حتّى يقال: بأنّ الآخذ بإقدامه هذا ألغى احترام ماله فلا تكون قاعدة الاحترام مقتضية للحكم بضمان تدارك ما أخذه بأداء عوضه إلى المأخوذ منه.

[٥] أي كما لا تكون قاعدة الاحترام مقتضية للزوم تدارك العين في العين المدفوعة مجّاناً، أو أمانة، كذلك في العمل المتبرّع به بأن خدم شخصاً بانياً على أنّها خدمة مجّانيّة لا تكون قاعدة الاحترام مقتضية لتداركها بالعوض؛ لأنّ العامل قد ألغى احترام عمله بإقدامه على العمل مجّاناً، والآخذ أقدم بالأخذ مجّاناً.

والحاصل: أنّه بعد إذهاب المالك احترام ماله بالإعطاء مجّاناً أو أمانة فلا يبقى احترام لما له كي يقال: إنّ مقتضى احترام مال الغير، أو منفعة مال

مجّاناً أو أمانة، فليس [١] دليل الإقدام دليلاً مستقلّاً [٢]، بل هو [٣] بيان

الغير، وجوب تداركهما.

[١] وهذه نتيجة ما ذكرناه من توجيه مراد الشيخ من الاستدلال بقاعدة الإقدام على الضمان، أي إذا عرفت مراد الشيخ من الاستدلال بقاعدة الإقدام على الضمان وأنّ المراد منه أنّ المال الذي أخذه المشتري والمستأجر لم يأخذاه مجّاناً كي يقال: إنّ الآخذ ألغى احترام ماله، فلا يكون الإقدام المذكور موجباً للضمان، بل الإقدام المذكور دخيل في الضمان، فتكون النتيجة الحاصلة من توجيه ما أفاده الشيخ هو أنّه لا يقول بكون قاعدة الإقدام دليلاً مستقلّاً على الضمان عند الشيخ كي يورد عليه بعدم قيام دليل عليه، بل يقول: إنّها لا تصلح أن تكون مانعاً عن كون قاعدة اليد مقتضية للضمان، وكذا لا تمنع عن كون قاعدة الاحترام مقتضية للضمان، فالمقتضي للضمان موجود والمانع مفقود.

[٢] أي ليس دليل الإقدام دليلاً على الضمان في عرض قاعدة «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**»، وفي عرض قاعدة احترام مال المسلم كي يناقش في صلاحيّته للدليل على الضمان.

[٣] أي دليل الإقدام بيان أنّ المانع من الضمان غير موجود.

وملخّصه: أنّ غرض المصنّف من ذكر دليل الإقدام ليس بيان أنّه دليل على الضمان في عرض قاعدتي اليد واحترام مال الغير، بل غرضه بيان أنّ المقتضي للضمان موجود، وهو قاعدتا اليد واحترام عمل المسلم، وإنّما المانع من كونهما مقتضيين للضمان قيام المتعاملين على أخذ الأموال مجّاناً أو العمل متبرّعاً، وهما مفقودان.

وزبدة الكلام: أنّ الشيخ أراد أن يقول: إنّ المقتضي للضمان موجود؛

لعدم المانع [١] عن مقتضي [٢] اليد في الأموال [٣] واحترام الأعمال. نعم [٤]، ذكر في المسالك كلّاً من الإقدام واليد دليلاً مستقلّاً [٥]،

إذ اليد تقتضي الضمان والمانع منه مفقود، وهو الإقدام على إعطاء المال مجّاناً والتبرّع بالعمل، والمفروض في المقام عدم تحقّق المانع المذكور، فيؤثّر المقتضي أثره.

[١] وهو الإقدام على المجّانيّة المانع من تأثير اليد في الضمان.

[٢] بصيغة اسم الفاعل، يعني أنّ اليد مقتضٍ لضمان ما أخذه من الأموال والمانع منه الإقدام على الإعطاء والأخذ مجّاناً.

[٣] مقتضى التقابل بين الأموال والأعمال في العبارة هو أنّ المراد بالأموال خصوص الأعيان المتموّلة، فإنّ قاعدة على اليد تقتضي ضمان ذي اليد العين التي وقعت تحت يده وسلطنته، ولا تشمل الأعمال لظهور العطف في المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه.

[٤] هذا استدراك عن قوله: «فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلّاً»، أي ما ذكرنا من توجيه كلام الشيخ الطوسيّ ﷺ ـ من جعل قاعدة الإقدام بياناً لعدم المانع عن مقتضى قاعدة اليد الدالّة على الضمان، لا دليلاً مستقلّاً على الضمان ـ لا يجري في كلام الشهيد الثاني ﷺ في المسالك؛ لأنّ ظاهر كلامه أنّ قاعدة الإقدام أيضاً في عرض قاعدة اليد دليل مستقلّ على قاعدة: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

إذن فالإشكال على قاعدة الإقدام وارد على الشهيد. نعم، إنّ التوجيه المذكور يدفع الإشكال عن الشيخ الطوسيّ ﷺ.

[٥] أي ذكر الشهيد ﷺ كلّاً منهما في عرض الآخر دليلاً مستقلّاً على الضمان.

فيبقى عليه [١] ما ذكر سابقاً من النقض [٢] والاعتراض [٣].

---

[١] أي أنّ الإشكال على قاعدة الإقدام يندفع عن الشيخ الطوسيّ ﷺ، وإنّما يبقى على الشهيد الإشكال الذي ذكرناه سابقاً على قاعدة الإقدام.

[٢] يعني النقض من حيث الطرد والعكس الناشئ من كون النسبة بين الإقدام والضمان عموماً من وجه.

[٣] أي الاعتراض على سببيّة الإقدام للضمان **أوّلاً**.

وثانياً: أنّ الإقدام هنا إنّما هو على نحو خاصّ، وهو التراضي بالعوض المخصوص، وأين ذلك من الضمان بالمثل أو القيمة ممّا هو مغاير لما أقدما عليه؟

«التحقيق»

في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ أنّ مسألة المقبوض بالعقد الفاسد من جزئيّات قاعدة «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، ثمّ قال: فالمهمّ بيان معنى القاعدة أصلاً وعكساً، ثمّ أطال الكلام في ذلك من حيث الشرح والتفسير، ومن حيث النقض والإبرام، ومن حيث الاطّراد والانعكاس.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم ﷺ: بأنّه لا يهمّنا البحث في شيء من هذه النواحي؛ ضرورة أنّ هذه القاعدة بألفاظها لم ترد في آية ولا في رواية، ولا أنّها جعلت مورداً للإجماع لكي يبحث عنها وعن مفردات ألفاظها، وعن سعة دلالتها، بل هذه القاعدة غير مغروسة بالألفاظ المذكورة في كلمات القدماء، وإنّما في كلمات المتأخّرين وإذن فيحسن بنا أن نتعرّض لما يمكن أن يجعل مدركاً لهذه القاعدة،

. . . . . .

ودليلاً على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

فنقول: استدلّ على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد بوجوه:

الأوّل: قوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**».

وفيه: أنّ الحديث المذكور ضعيف السند، وإنّما هو مأخوذ من أُصول العامّة، وجبران ضعفه بعمل المشهور مخدوش صغرى وكبرى، ومعه لا حاجة إلى البحث عن دلالته. وممّا ذكرنا ظهر ما في كلام الميرزا النائينيّ ﷺ أنّ الدليل عليه النبويّ المعمول به عند الفريقين، فيظهر منه أنّه رأى تماميّة السند، وأيضاً تماميّة دلالة النبويّ على الضمان في الجملة.

ووجه الظهور هو: أنّ العمل المذكور لا يكون كاشفاً عن تماميّة السند؛ إذ من المحتمل أنّهم استندوا في فتاويهم بالضمان إلى السيرة، ومعه لا وجه للبحث عن الدلالة.

الثاني: الروايات الدالّة على أنّ الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري أخذ صاحبها ولده بالقيمة، حيث إنّ ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماءً لم يستوفه يستلزم ضمان الأصل بالأولويّة، ونحن نذكر واحدة منها، وهي ما رواه جميل بن درّاج في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثمّ يجيء مستحقّ الجارية، فقال: «**يَأْخُذُ الْجَارِيَةَ الْمُسْتَحِقُّ، وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْمُبْتَاعُ قِيمَةَ الْوَلَدِ، وَيَرْجِعُ عَلىٰ مَنْ بَاعَهُ بِثَمَنِ الْجَارِيَةِ وَقِيمَةِ الْوَلَدِ الَّتِي أُخِذَتْ مِنْهُ**»[1]

بتقريب: أنّ ضمان الولد مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بالأولويّة.

---

(١) وسائل الشيعة: الجزء ٢١

وبعبارة أُخرى: إنّ حكمه عليه السلام بضمان الولد ليس إلّا لكونه تابعاً للعين، فيقتضي كون العين مضمونة.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم: بأنّ الروايات المذكورة غريبة عن مركز البحث؛ لأنّها وردت فيما إذا صدر البيع من مالك المال، غاية الأمر كان فاسداً لانتفاء شرط من شروطه، فيمكن أن يتوهّم عدم الضمان من جهة إلغاء المالك احترام ماله، وهذا بخلاف مورد الرواية، فإنّ موردها صدور العقد عن الغاصب، ولا إشكال في أنّ الضمان في مثل ذلك على القاعدة.

ويمكن الجواب عنه: أنّ الكلام في مورد المقبوض بالعقد الفاسد، سواء كان العقد فاسداً لانتفاء شرط من شروطه، أو لأجل انتفاء شرط من شرائط المتعاقدين، فإنّ مورد الرواية وإن كان هو الثاني، إلّا أنّ حكمه عليه السلام بضمان الولد مع فرض فساد العقد لأجل عدم كون البائع مالكاً يدلّ على أنّ الحكم جارٍ في كلّ عقد غير مؤثّر.

قال الميرزا النائينيّ رحمه الله: «ويدلّ على الحكم المذكور ـ أعني الضمان ـ الخبر الوارد في الأمة المبتاعة، حيث إنّ حكمه بضمان قيمة الولد يدلّ على ضمان الأصل أيضاً، لكون الولد من تبعات الأصل، فيكون ضمانه تابعاً لضمانه».

ثمّ قال: «وما ذكرناه من الاستدلال بطريق الفرعيّة أوْلى ممّا استدلّ به في الكتاب بطريق الأولويّة؛ لإمكان منع الأولويّة» لعلّه ناظر إلى الفرق بين الموردين كما ذكره الأُستاذ الأعظم من الإشكال على الأولويّة بالفرق بين الموردين، وقد عرفت أنّه غير فارق.

وتوضيح الاستدلال بالرواية على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد هو: أنّ الاستدلال بهذه الرواية على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد يتوقّف على إثبات أنّ

. . . . . .

موجب الضمان في مورد الرواية هو قاعدة اليد، لا غيرها من موجبات الضمان، كالإتلاف والتسبيب. وقد ذكر بعضهم الاستيفاء عدلاً للإتلاف، وليس كذلك، فإنّه قسم منه، فإنّ أكل خبز الغير إتلاف له، وأيضاً مصداق للاستيفاء، والتسبيب أيضاً مصداق للإتلاف، وكيفما كان فإنّ ضمان المنافع تارة يكون تبعاً لضمان العين، وأُخرى يكون مستقلّاً. والقسم الثاني على أقسام:

القسم الأوّل: ما إذا أتلف المنفعة باستيفائها، كما إذا سكن الدار المستأجرة بالإجارة الفاسدة، فإنّ ضمان منافعها ليس تبعاً لعينها، بل إنّما يضمنها من باب قوله عليه السلام: «من أتلف مال الغير».

القسم الثاني: ما إذا أتلف المنفعة مع عدم كون العين تحت يد المتلف، كمن شرب حليب شاة الغير أو أكل من ثمرة بستانه.

القسم الثالث: ما إذا أتلف المنفعة بسبب منه، كما لو منع مستأجر الدار عن التصرّف فيها، فإنّه يضمن المنفعة.

وملخّص الكلام: أنّ منشأ الضمان إمّا قاعدة اليد، أو الإتلاف، أو التسبيب، وقد استفاد الشيخ من هذه الرواية الضمان باليد، وادّعى أنّ ترتّب الضمان من جهة التلف، ووافقه على ذلك المحقّق النائينيّ رحمه الله، إلّا أنّ المحقّق الأصفهانيّ قد خالفه في ذلك، فإنّه قال: إنّ الضمان في مورد الرواية من موارد الضمان بالإتلاف، كما أنّ السيّد استفاد من هذه الرواية أنّ الضمان الثابت في موردها من جهة الإتلاف.

وقال سيّدنا الأُستاذ: إنّ الإنصاف يقتضي أن يكون من قبيل الإتلاف، والتزم آخرون بأنّ الضمان فيها ضمان الاستيفاء، وتردّد قوم في جهة الضمان، فاحتملوا فيه الاستيفاء والإتلاف. أمّا تقريب كون منشأ الضمان قاعدة اليد فلاحظ ما ذكره المحقّق النائينيّ، حيث قال: «فلا إشكال في أنّ استيلاء الأمة ليس من قبيل إتلاف

منفعتها من دون استيفاء أو يد ؛ لأنّ الأب لم يستوف المنفعة ، فإنّ الولد لا يعدّ من المنافع ، فإنّ حكمه حكم الأب والأمّ ، فكما أنّهما لا يكونان من المنافع ، مع أنّهما من أعظم ما يتصوّر من الفوائد في الدنيا ، فكذلك الولد ، وإنّما الكلام في تشخيص كونه من قبيل الاستيفاء أو من قبيل اليد ، فإن كان من قبيل الاستيفاء فضمان المنفعة المستوفاة لا يستلزم ضمان العين ، كما هو واضح . وإن كان لأجل اليد فاليد على المنافع بعين اليد على العين ، فيكون ضمانها بعين ضمان العين .

فإذا ثبت عدم كون استيلاد الأمة من قبيل إتلاف منفعتها ، فالمهمّ بيان كونه من مورد اليد ، أو من مورد الاستيفاء ، فقال المحقّق النائينيّ ﷺ : « يحتمل أن يكون منشأ الضمان في المقام هو اليد ؛ وذلك لأنّ الفعل الصادر عن المشتري الذي استولد الأمة هو الوطء ، ويترتّب على الوطء الحمل ، ويترتّب على الحمل الولادة ، فما استوفاه المشتري هو الوطء لا الأخيران » .

ولكن يجب أن ينظر إلى أنّ ترتّب الحمل والولادة على الوطء هل هو من قبيل ترتّب المسبّبات التكوينيّة على أسبابها ، كترتّب الإحراق على الإلقاء ، أو من قبيل ترتّب المعلول على علله المعدّة ، الذي يمكن أن يترتّب ، ويمكن أن لا يترتّب ؟ فإن كان من قبيل الأوّل فيكون الحمل والولادة أيضاً مستوفى باستيفاء سببهما الذي هو الوطئ ، وإن كان من قبيل الأخير ، فليس بالنسبة إليهما استيفاء لا بالمباشرة ولا بالتسبيب ، فلو كان حينئذٍ ضمان لا بدّ أن يكون بسبب اليد ، لكن لا ينبغي الإشكال في أنّ ترتّبهما على الوطئ ليس من قبيل ترتّب المسبّبات على أسبابها التكوينيّة ، بحيث يكون الحمل بنفسه متعلّق إرادة الواطئ ، ويكون فعلاً اختياريّاً له ، وهذا ظاهر جدّاً ، وحينئذٍ فإمّا أن يكون الضمان على نفس الوطئ ، أو يكون على ما يترتّب عليه ، ومن المعلوم أيضاً أنّ ضمان قيمة الولد ليس ضمان قيمة الوطئ ،

. . . . . .

بل إنّما هو ضمان منفعتها التي هي عبارة عن الولد الذي هو كأبيه حرّ بحكم الشارع ، وحكمه صار منشأ لتلف المنفعة ، أعني رقّيّة الولد ، بحيث لولا حكمه بحرّيّته يحكم بالرقّيّة بتبعيّة أُمّه ، ولم يكن تالفاً ، فهذه المنفعة ـ أعني الولد ـ كالتالف ـ أعني التلف بحكم الشارع ـ لا المتلف ، أي ليس بسبب استيفاء المستوفي إيّاها ، ويكون نظير تلفها بسبب سماويّ ، وليس الضمان حينئذٍ إلّا بسبب اليد هذا .

ويحتمل أن يكون منشأ الضمان هو الاستيفاء ؛ وذلك لأنّ ما ذكر في احتمال كونه بسبب اليد وإن كان قويّاً متيناً إلّا أنّه دقّة عقليّة ، ولا شبهة في أنّ المرجع في مثل المورد هو العرف ، ولا ينبغي التأمّل في حكم العرف باستيفاء الولد والحمل ، وإن لم يكن بالدقّة كذلك ، وأقوى الاحتمالين هو الأوّل ؛ وذلك لأنّ العرف إنّما يكون هو المحكّم في تشخيص المفهوم ، وأمّا في تطبيق المفهوم على المصداق وتعيين المصداق ، فلا سبيل إلى الرجوع إلى العرف ، وما نحن فيه من هذا القبيل ؛ لأنّ الشكّ في كون المورد من موارد المسبّبات التوليديّة بعد تبيين مفهومها لا في أصل مفهومها .

إذن فالأقوى صحّة التمسّك بالخبر لتبيّن كون ضمان قيمة الولد باليد لا بالاستيفاء .

وملخّص الكلام : أنّ استيلاد الأمة ليس داخلاً تحت استيفاء منفعة الأمة ، فإنّ استيفاء المنافع إنّما هو من قبيل الركوب والجلوس والأكل والشرب ، والوطئ ونحوه ، وعدّ العرف حصول الولد له منفعة من الأمة لا اعتبار به ؛ لأنّ نظر العرف ليس متّبعاً في تعيين المصاديق . نعم ، هو أوجد ما هو السبب لفوت المنفعة على المالك ؛ لأنّ وطأه الذي استلزم الحمل صار سبباً لفوت المنفعة عليه ، ولكن ضمان من منع المالك من التصرّف حتّى تلفت المنفعة ممنوع ، إلّا إذا قيل بأنّ قاعدة لا ضرر

كما تنفي الحكم الثابت الذي يلزم منه الضرر كذلك تثبت الحكم الذي لولا تشريعه لزم منه الضرر.

وبالجملة: الذي استوفاه المشتري إنّما هو الوطأ، 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 استيلاد الأمة إلّا من قبيل منع المالك من السكون 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؛ لأنّ ضمان العين صار سبباً لضمان التالف.

وأورد بعض الفحول[1] على ما ذكره الميرزا بأنّ عدّ العرف حصول الولد له منفعة من الأمة لا اعتبار به؛ لأنّ نظر العرف ليس متّبعاً في تعيين المصاديق، حيث قال: إنّ الظاهر أنّه تبع المحقّق الخراسانيّ في ذلك، إلّا أنّه إيراد عجيب منه؛ لأنّ الشارع لمّا كانت خطاباته مع العرف، وليست له طريقة خاصّة غير طريقة العقلاء، لا محالة يكون في تشخيص المفاهيم ومصاديقها في خطاباته نظر العرف متّبعاً، كما أنّ الأمر كذلك في خطابات العرف بعضهم مع بعض، ولهذا لا يعدّ لون الدم دماً.

وفيه: إنّ ما ذكره دعوى في مقابل الوجدان، فإنّ الذي مسلّم فيما بينهم أنّ العرف مرجع في تشخيص المفاهيم، وأمّا بعد صدق المفهوم على شيء عرفاً لا بدّ أن يكون شيء مصداقاً له واقعاً.

وإن شئت فقل: بعد صدق مفهوم الدم على شيء عرفاً لا يضرّه عدم كونه

(١) البيع: ٢٨٧.

مصداقاً له بالنظر العرفيّ بعد كونه مصداقاً للدم واقعاً.

وممّا ذكرنا ظهر النقاش في نقضه على لون الدم، فإنّه لا يصدق على لون الدم مفهوم الدم عرفاً، ولذا يصحّ سلب عنوان الدم عنه. وأمّا لو صدق على شيء مفهوم الدم عرفاً فإنّه ينطبق هذا المفهوم على ما هو مصداق له بالدقّة العقليّة.

وأمّا ما ذكره المحقّق الأصفهانيّ ﷺ من ثبوت الضمان من جهة الإتلاف فقال المحقّق الأصفهانيّ في وجهه: «يمكن أن يقال: إنّ النطفة وإن كانت من الرجل، إلّا أنّها لمّا كانت مكملة بدم الأُمّ، وكان تكوّنها بالقوى المودعة في الرحم، فكان صيرورتها نطفة من قبل الأُمّ، فقد أتلفها الرجل على الأب خصوصاً إذا قيل بتكوّنه من نطفة المرأة، وكان اللقاح من الرجل، أو قلنا بأنّ الولد ينعقد رقّاً، وإنّما يصير حرّاً بالولادة، فإنّه إتلاف حقيقة.

وفيه: أوّلاً: أنّ خروج الولد عن ملك مالك الأمة وإلحاقه بالوالد إنّما يكون بحكم الشارع، وهو من قبيل التلف السماويّ لا الإتلاف.

وأمّا ما ذكره من تكوّن الولد من نطفة المرأة أو أنّ الولد ينعقد رقّاً، وإنّما يصير حرّاً بالولادة إمّا ثابت العدم، وإمّا غير ثابت.

وقد تردّد المحقّق الأيروانيّ بين الاستيفاء والإتلاف، حيث قال: «يمكن أن يقال: إنّ المشتري استوفى منفعة الرحم باشتغاله بمائه، أو لا أقلّ من أنّه أتلف منفعته على المالك بذلك، فإنّه كان مستعدّاً لإنماء نطفة الرقّ فسلب عنه ذلك بإشغاله بنطفته، وبهذا يصدق الإتلاف، ولا يتوقّف صدقه على فعليّة النماء، فمن سقى أشجار الغير المستعدّة للإنماء ماء مالحاً منعها عن الإثمار فإنّه يصدق عليه أنّه أتلف ثمرها.

ولكن فيما ذكره مواضع للنظر:

منها: أنّا لو سلّمنا أنّه يصدق استيفاء منفعة الرحم باشتغاله بمائه ، إلّا أنّه لا يترتّب عليه ضمان قيمة الولد .

ومنها: أنّ قياس نسبة الرحم إلى الولد إلى نسبة الثمرة إلى الشجرة غير تامّ .

ومنها: أنّ إتلاف منفعة الرحم لا يوجب ضمان قيمة الولد .

ومنها: أنّ صدق الإتلاف على من شغل رحمها بنطفته غير واضح ،كما أنّ من سقى أشجار الغير بماء مالح ومنع عن الإثمار لا يصدق عليه عنوان الإتلاف . نعم ، إنّه يكون ضامناً من باب الإضرار الذي هو أيضاً من موجبات الضمان عقلائيّاً ، وكيفما كان إنّ المستفاد من هذه الرواية ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، فلا يكون ما ناقشه الأُستاذ الأعظم وسيّدنا الأُستاذ من كون المقام أجنبيّاً عن مورد الرواية تامّاً .

الثالث : الروايات الدالّة على عدم حلّيّة مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه ، لاحظ ما رواه سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال : «**مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلىٰ مَنِ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ ، إِلّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ**»[1] .

بتقريب : أنّ المستفاد من هذه الطائفة أنّ عدم حلّيّة ماله يقتضي الضمان عند التلف .

ويرد عليه : أنّ نسبة الحلّ إلى الأموال والأعيان لا تصحّ إلّا بتقدير فعل في موردهما ، وهو التصرّف في المقام ، فيكون معنى الرواية حرمة التصرّف في مال الغير ، ولا ربط لها بالضمان .

والحاصل : أنّ هذه الرواية وما بمعناها لا يستفاد منها إلّا الحرمة التكليفيّة .

---

(١) وسائل الشيعة : الباب ٣ من أبواب مكان المصلّي ، الحديث ١ .

الرابع: ما ورد في عدّة روايات: أنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم[١] وسيّدنا الأُستاذ بأنّ الاستدلال بها يتوقّف على أن يراد بالحقّ المال، وأن يكون عدم صلوح ذهاب حقّ أحد كناية عن ضمانه، ولم يثبت شيء من الأمرين، بل إنّ تلك الجملة واردة في مورد الوصيّة، وأنّ للمسلم أن يوصي بماله، وهذا حقّ له، ولا يصلح أن يذهب حقّه، وللتأمّل فيما ذكراه مجال.

الخامس: حديث نفي الضرر. بتقريب: أنّ الحكم بعدم ضمان القابض لما قبضه بالعقد الفاسد ضرر على المالك، فينفى بأدلّة نفي الضرر.

وفيه: أنّ أدلّة نفي الضرر أدلّة نافية، وليست بمثبتة، فلو كان الضرر ناشئاً من عدم جعل حكم كالضمان في المقام، فأدلّة الضرر لا تتكفّل بنفيه ليثبت الجعل الشرعيّ، أي الضمان.

السادس: قاعدة الإقدام. بتقريب: أنّ القابض قد أقدم على الضمان بالمسمّى، فإذا لم يسلم له المسمّى رجع إلى المثل في المثليّ، وإلى القيمة في القيميّ.

أقول: إنّ التمسّك بهذه القاعدة لإثبات الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد يتوقّف على إثبات أمرين:

الأوّل: أن يقوم دليل على أنّ كلّ من أقدم على ضمان فهو مستقرّ عليه.

الثاني: أنّ الآخذ لشيء مقدم على ضمانه.

ربما يقال: أنّ الكبرى لا دليل عليها، أي لم يقم دليل على أنّ الإقدام من موجبات الضمان.

وأمّا الصغرى فنقول: إنّه أقدم على ضمان المسمّى في مقابل ملكيّة العين،

---

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ٩٣.

ولا يكون مقدماً عليه مع فساد المعاملة.

أضف إليه: أنّ غاية ما نسلّم أنّه أقدم على ضمان المسمّى، وهو لا يقتضى ضمان المثل أو القيمة.

أقول: إنّ الإقدام بما هو إقدام لم يقم دليل على كونه موجباً للضمان، كما ذكره المستشكل، إلّا أنّ الإقدام المنضمّ إلى الاستيلاء قامت السيرة العقلائيّة على كونه من أسباب الضمان، كما ذكره الأُستاذ الأعظم، وسيأتي توضيحه.

وكيفما كان، فقد ناقش شيخنا الأنصاريّ ﷺ في الاستدلال بقاعدة الإقدام بوجوه ثلاثة، ولبّها يرجع إلى الوجهين الآتيين:

الوجه الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «وهذا الوجه لا يخلو عن تأمّل»، ولبّه يرجع إلى منع الصغرى، وهو منع كون العقد الفاسد من صغريات قاعدة الإقدام. بتقريب: أنّ الضمان في العقد المعاوضيّ الصحيح يكون بالعوض المسمّى، وفي العقد الفاسد بالبدل الواقعيّ من المثل أو القيمة، والمفروض في المقام أنّ المتعاملين قد أقدما بالعقد الفاسد على ضمان المسمّى، وهو غير ممضى من قِبل الشارع، ومعه لا عبرة بهذا الإقدام، فهو يكون بحكم العدم. وأمّا الضمان بالمثل أو القيمة فهو ممّا لم يقدما عليه.

وقال الأُستاذ الأعظم أنّ ما ذكره شيخ الطائفة هو الصحيح، وأمّا الوجه الأوّل الذي ذكره شيخنا الأعظم فيرد عليه: بأنّ الإقدام في نفسه ليس علّة تامّة للضمان كي يدور الضمان مدار الإقدام وجوداً وعدماً، وإنّما هو متمّم لسبب الضمان الذي هو الاستيلاء على مال الغير بلا تسليط من المالك مجّاناً، وقد قامت السيرة القطعيّة العقلائيّة الممضاة من قِبل الشارع على أنّ التسلّط على مال الغير تسلّطاً غير مجّانيّ موجب للضمان، وحيث إنّ الشارع المقدّس لم يمض الضمان بالمسمّى، فيثبت

. . . . . .

الضمان بالمثل أو القيمة ، وإذن فتثبوت الضمان إنّما هو بالإقدام المنضمّ إلى الاستيلاء من جهة السيرة العقلائيّة غير المردوعة من قِبل الشارع ، لا بالإقدام الساذج لكي يناقش بما ذكره شيخنا الأنصاريّ (قدّه .

وفيه : أنّ ما ذكره ﷺ في الحقيقة إقرار بتماميّة الإشكال على قاعدة الإقدام ، وأنّها لا تصلح للاستدلال بها على الضمان ، وإنّما السبب للضمان التسلّط على مال الغير عدواناً ، والدليل على كونه سبباً للضمان هي السيرة العقلائيّة .

الوجه الثاني : ما أشار إليه بقوله : مع أنّ مورد هذا التعليل أعمّ من وجه من المطلب ، وتوضيحه : أنّ النسبة بين المقبوض بالعقد الفاسد وبين الإقدام عموم من وجه ؛ إذ قد يكون الإقدام متحقّقاً ولا ضمان ، كما في تلف المبيع قبل القبض ، فإنّه يتلف من مال بائعه ، مع أنّ المشتري أقدم على ضمانه بالثمن المسمّى في العقد الصحيح ، وليس بضامن له . هذا محلّ افتراق من ناحية الإقدام ، وقد لا يكون إقدام على الضمان في العقد الفاسد ، ومع ذلك يتحقّق الضمان ، وقد ذكر شيخنا الأنصاريّ ﷺ أمثلة ثلاثة له في المتن .

أحدها : ما إذا اشترط المشتري في عقد البيع أن يكون ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري ، والشرط باطل ، فيكون العقد باطلاً أيضاً على تقدير كون الشرط الفاسد مفسداً ، ولذا لو تلف المبيع كان ضمانه على المشتري ، مع أنّه لم يقدم على الضمان ، ولذا اشترط ضمان المبيع على بائعه ، وفي هذا المثال لا يكون إقدام في العقد الفاسد ، ومع لك يتحقّق فيه الضمان .

ثانيها : ما أن يقول البائع للمشتري : « بعتك متاعي هذا بلا ثمن » ، فإنّ البيع في هذا المثال أيضاً باطل ؛ لأنّه لا يتحقّق بلا ثمن والمشتري ضامن لما أخذ ، مع أنّه لم يقدم عليه ، بل أقدم على المجّانيّة .

. . . . . .

ثالثها: ما أن يقول المؤجر للمستأجر: «آجرتك داري هذه بلا أُجرة»، فإنّ الإجارة بلا أُجرة باطلة، فالضمان موجود والإقدام ليس بموجود، وأنت علمت أنّ في هذه الأمثلة الثلاثة لا يتحقّق الإقدام، ومع ذلك يتحقّق فيه الضمان، وهذا محلّ افتراق من ناحية الضمان، وأمّا مورد الاجتماع، فكما إذا باع الكتاب بدينار بعقد صحيح وتلف بيد المشتري، فإنّه ضمن لما أخذه؛ لأنّه أقدم عليه، فإنّ الضمان والإقدام متحقّقان في هذا المورد، فإلى هنا ثبت أنّ النسبة بين الإقدام والضمان عموم من وجه، فكيف يستدلّ على الضمان بقاعدة الإقدام؟

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم بأنّه لا وجه لنقض القاعدة بالأمثلة المذكورة، أمّا ما ذكره من عدم الضمان في بعض موارد الإقدام، كتلف المبيع قبل القبض في البيع الصحيح، فلما تقدّم من أنّ الإقدام بنفسه لا يوجب الضمان، وإنّما الموجب له الإقدام المنضمّ إلى القبض، بل قد حقّق في محلّه أنّ التسليم والتسلّم من متمّمات الملكيّة المترتّبة على البيع، بمعنى أنّ المرتكز في أذهان العامّة هو أنّ ضمان المشتري للمبيع وضمان البائع للثمن إنّما هو مشروط بالقبض، فكلّ منهما إنّما أقدم على ضمان مال الآخر بشرط أن يقبضه لا مطلقاً، وعليه فالحكم بعدم الضمان قبل القبض حكم على طبق الارتكاز العقلائيّ.

وتوضيحه: أنّ بناء العقلاء والمتشرّعة قائم على أنّ التسليم والتسلّم من متمّمات الملكيّة المترتّبة على البيع بحيث إنّ العقلاء لا يرون حصول الملكيّة التامّة قبل القبض والإقباض، بل يرون أنّ الحاصل قبلهما إنّما هو الملكيّة الناقصة، ومن هنا يعبّر عن البيع كثيراً بالأخذ وبالإعطاء.

إن قلت: لو كان القبض والإقباض من شرائط حصول الملكيّة في مطلق البيع، لما بقي فرق في ذلك بين الصرف والسلم وبين سائر البيوع.

. . . . . .

قلت: إنّ في الصرف والسلم لم يؤثّر البيع قبل القبض أصلاً، ولكنّه أثّر في سائر البيوع في الملكيّة الناقصة المحدودة بالانفساخ بالتلف، كما أنّ الملكيّة محدودة بالفسخ في البيع الخياريّ، وإنّما تصير هذه الملكيّة مطلقة وتامّة من جميع الجهات في نظر العقلاء، ولا تنفسخ بالتلف السماويّ بالقبض والإقباض.

وفيه: أنّ لبّ ما ذكره يرجع إلى عدم قيام دليل على اعتبار قاعدة الضمان، وأنّ الموجب له القبض والاستيلاء على مال الغير. إذن فلا وجه لأن يقال: إنّ الموجب له الإقدام المنضمّ إلى القبض، فإن ضمّ الإقدام إلى القبض كضمّ الحجر إلى الإنسان.

أضف إليه: أنّ ما ذكره من أنّ التسليم والتسلّم من متمّمات الملكيّة المترتّبة على البيع لا وجه له، فإنّ السبب التامّ للملكيّة هو البيع، وعدم حصول القبض والإقباض يوجب تحقّق الخيار في البيع.

وأيضاً أنّ ما ذكره من أنّ بناء العقلاء والمتشرّعة قائم على أنّ القبض والإقباض من متمّمات الملكيّة، وأنّ الحاصل قبلهما هي الملكيّة الناقصة بهتان محض.

وأيضاً ما ذكره ـ في مقام الاستشهاد لإثبات دعواه، حيث قال: ومن هنا يعبّر عن البيع كثيراً بالأخذ والإعطاء ـ لا يصلح للشهادة، فإنّ التعريف المذكور تعريف للبيع المعاطاتيّ، لا البيع بما هو بيع. والأحسن في الجواب عن الشيخ أن يقال: إنّ قاعدة الإقدام لم يقم دليل على كونها من موجبات الضمان، وعلى تقدير تماميّتها تكون القاعدة مخصّصة في المورد بقاعدة كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، والتخصيص في مورد لأجل مخصّص لا يضرّ بالتمسّك بالقاعدة في غير هذا المورد.

والعمدة هو أنّ الإقدام بعنوانه لا دليل على كونه موجباً للضمان، فإنّ الضمان بالمسمّى في العقد الصحيح ليس لأجل الإقدام، بل إنّ نفس البيع الصحيح يوجب

الضمان. هذا كلّه فيما ذكره من أنّه قد يتحقّق الإقدام ولا يترتّب عليه الضمان.

وأمّا فيما إذا لم يكن إقدام على الضمان في العقد الفاسد، ومع ذلك يتحقّق الضمان، كما إذا اشترط المشتري في ضمن عقد البيع أن يكون ضمان المبيع مع تلفه في يده على البائع، فأورد عليه الأُستاذ الأعظم بقوله: «وأمّا ما ذكره الشيخ الأنصاريّ من تحقّق الضمان مع اشتراطه على البائع، فيرد عليه بأنّ المثال المذكور أجنبيّ عمّا نحن فيه، فهو لا يكون نقضاً على قاعدة الضمان، ولا يكون مثالاً لثبوت الضمان بلا إقدام؛ لأنّ المشتري قد أقدم على ضمان المسمّى من جهة البيع. غاية الأمر أنّه شرط الضمان على البائع من دون سبب يقتضيه، وعليه فإن قلنا بفساد هذا الشرط مع إفساده أو عدمه، أو قلنا بصحّته كان ذلك خارجاً عمّا أراد المصنّف من ثبوت الضمان بلا إقدام.

أقول: إنّ هذا الذي ذكره يصلح أن يكون جواباً عن الشيخ، فإنّ الإقدام المعامليّ على الضمان قد تحقّق وهو موجب للضمان، واشتراط كونه على البائع حتّى لو كان مفسداً للبيع لا ينافي تحقّق الإقدام المعامليّ، إلّا أنّه على ما ذكرنا من عدم الموضوعيّة لقاعدة الإقدام، وإنّما هو يرجع في المثال إلى البيع، وهو على القول بفساده لا يوجب الضمان، لا من ناحية الإقدام، ولا من ناحية البيع.

وأمّا على القول بعدم كون الشرط الفاسد مفسداً كما هو الصحيح، فيكون المشتري ضامناً بسبب البيع ولا ربط له بالإقدام. هذا تمام الكلام في المثال الأوّل الذي ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ.

وأمّا المثالان وهما الثاني والثالث اللذين ذكرهما ﷺ، وهو نقض قاعدة الإقدام بالبيع بلا ثمن كما في المثال الأوّل، أو بالإجارة بلا أُجرة كما في المثال الثاني، فأورد عليه الأُستاذ الأعظم: بأنّ النقض بالموردين المذكورين أجنبيّ عمّا نحن فيه؛ لأنّ

البيع بلا ثمن والإجارة بلا أُجرة وإن كانا بحسب الصورة بيعاً وإجارة، إلّا أنّهما في الحقيقة من قبيل الهبة والعارية، نهاية الأمر قد انشئتا بلفظي البيع والاجارة، ومن الظاهر أنّ أمثال هذه الإنشاءات تعدّ في نظر العرف من الأغلاط؛ إذ لم يتعارف بينهم استعمال كلمة «بعتك الدار بلا ثمن» في إنشاء الهبة، ولا استعمال عبارة «آجرتك الدار بلا أُجرة» في إنشاء العارية. إذن فيحكم بفساد الهبة والعارية، ولا يحكم بالضمان حينئذٍ؛ لعدم الموجب له.

وقال سيّدنا الأُستاذ: أنّ البيع بلا ثمن مرجعه إلى التمليك المجّانيّ، فلا يكون بيعاً، ولا مقتضى للضمان فيه.

وفيه: ما ظهر ممّا ذكره الأُستاذ الأعظم من كون إنشاء التمليك بالألفاظ المذكورة من الأغلاط عرفاً، وأنّ إنشاء العقد بالألفاظ المغلطة في نظر أهل العرف لا يعدّ إنشاء صحيحاً عندهم. إذن فيحكم بفساد الهبة والعارية المذكورتين.

فتلخّص من جميع ما ذكرنا: أنّ ثبوت الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد إنّما هو بالاستيلاء من جهة ثبوت السيرة القطعيّة، وأمّا قاعدة الإقدام فلم يقم دليل على كونها من أسباب الضمان.

ويبقى الكلام [١] حينئذٍ [٢] في بعض الأعمال المضمونة [٣] التي لا يرجع نفعها إلى الضامن، ولم يقع بأمره [٤]، كالسبق [٥] في

«بحث في بعض الأعمال المضمونة»

[١] قد عرفت أنّ المقبوض بالعقد الفاسد مضمون على القابض، وإنّما الكلام في ضمان بعض الأعمال المحترمة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن، ولم تقع في الخارج بأمره، كما قال: ويبقى الكلام...، يعني يبقى الكلام، والبحث في مدرك ضمان بعض الأعمال الآتي ذكره.

[٢] أي حين إذ لم يكن الإقدام دليلاً مستقلّاً على الضمان، كما عرفت آنفاً.

[٣] أي في بعض الأعمال المحترمة التي هي مقتضية للضمان. وقال الشهيديّ: يعني المضمونة عند جماعة، حيث وقع الخلاف فيه، فحكم جماعة بالضمان، خلافاً للشيخ والمحقّق ومن تبعهما؛ إذ لا دلالة في شيء من الأدلّة المتقدّمة على الضمان.

[٤] هذا إشارة إلى انّ إثبات ضمان الأعمال منوط بأمرين:

الأوّل: أن يعود نفع عمل الغير إلى الضامن.

الثاني: أن يكون العمل الواقع في الخارج مستنداً إلى أمر الضامن، وعليه فلو أوجد شخص عملاً في الخارج، كخياطة ثوب شخص آخر تبرّعاً من عند نفسه، لا بأمر مالك القماش، ولم يعد نفع هذه الخياطة إلى مالك القماش، وحيث كان العمل المذكور فاقداً لأمرين مذكورين فلا يكون هذا العمل مضموناً لأحد.

[٥] هذا مثال لعمل لا يرجع نفعه إلى الضامن، وهو لم يقع في الخارج بأمر الضامن.

ولا يخفى أنّ الإشكال في مدرك الضمان في بعض الأعمال كالسبق والرماية

المسابقة [١] الفاسدة، حيث [٢] حكم الشيخ والمحقّق وغيرهما بعدم استحقاق السابق أُجرة المثل، خلافاً [٣] للآخرين [٤].

ووجهه [٥]

قد نشأ من توهّم عدم كونه من باب الإجارة، وهو ناشئ من توهّم اعتبار انتفاع المستأجر بمتعلّق الإجارة، كما سيأتي توضيحه.

[١] كما إذا تسابق شخصان على الخيل وعيّنا السبق بالفتح وهو الأُجرة، كمئة دينار للسابق منهما، وتبيّن فساد العقد بعد المسابقة، ففي المسألة قولان، قال قوم: يستحقّ السابق أُجرة المثل، فتكون المسابقة كالبيع والصلح والإجارة داخلة في قوله: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، وقال آخرون: لا يستحقّ شيئاً؛ لأنّه إنّما يجب أُجرة المثل في الموضع الذي يفوّت على العامل عمله وعاد به نفعه إلى السابق منهما.

[٢] بيان للإشكال على ضمان السابق في المسابقة الفاسدة، وإشارة إلى وجود الخلاف في المسألة، وأنّ فيها قولين:

القول الأوّل: ما ذهب إليه جماعة ـ كالشيخ والمحقّق ـ وغيرهما ـ كالشهيد الثاني والمحقّق الأردبيليّ ـ من أنّ السابق في المسابقة الفاسدة لا يستحقّ شيئاً لا أُجرة المسمّى ولا أُجرة المثل، فلا تكون المسابقة المذكورة موجبة للضمان.

[٣] هذا إشارة إلى القول الثاني في المسألة، وهو استحقاق السابق لأُجرة المثل في المسابقة الفاسدة وضمانه لها.

[٤] كالعلّامة ونجله فخر المحقّقين والمحقّق الكركيّ.

[٥] أي وجه حكم الشيخ والمحقّق وغيرهما بعدم استحقاق السابق أُجرة المثل

أنّ [١] عمل العامل [٢] لم يعد نفعه إلى الآخر، ولم يقع [٣] بأمره أيضاً، فاحترام [٤] الأموال

في المسابقة السابقة انتفاء مناط الضمان فيها.

[١] بيان لوجه انتفاء مناط استحقاق الضمان، وهو انتفاء الأمرين، وهما عدم عود نفع العمل في المسابقة على من سبق الآخر، وعدم وقوع المسابقة بأمر الآخر.

[٢] الذي هو السابق في المقام، وعمله السبق بالسكون، أي أنّ نفع سبق السابق لا يرجع إلى من هو طرف آخر للمسابقة كي يكون ضامناً له.

والحاصل: أنّه لم يتحقّق في مورد المسابقة الفاسدة ما يوجب الضمان؛ ضرورة أنّه لم يوجد فيها إلّا سبق السابق، وهو لا يوجب استحقاق السابق أُجرة مثل عمله؛ لعدم ما يوجب ضمان المسبوق لها؛ إذ لم يعد نفع العمل على المسبوق، وإنّما المنتفع هو السابق، لتدرّبه على فنون الحرب.

[٣] أي لم يقع عمل العامل ـ وهو السبق بسكون الباء ـ بأمر المسبوق؛ إذ سبق كلّ منهما يكون خلاف الآخر، فكيف يأمر به. هذا إذا كان الباذل نفس المسبوق، وأمّا إذا كان الباذل هو الأجنبيّ فهو لم يأمره بالسبق، بل إنّما قرّر على نفسه إعطاء المال للسابق منهما، ولا أنّ نفع هذا العمل قد وصل إليه، ولا أنّه أتلف شيئاً من أموال السابق.

[٤] جواب عن إشكال مقدّر.

وملخّص الإشكال: هو أنّ مقتضى قاعدة احترام مال المسلم أن يكون المسبوق ضامناً لأُجرة عمل السابق؛ لأنّ العمل من الأموال.

وملخّص الجواب: أنّ قاعدة احترام مال المسلم لا توجب أن يكون

التي منها الأعمال [١] لا يقضي [٢] بضمان الشخص له، ووجوب [٣] عوضه عليه؛ لأنّه [٤] ليس كالمستوفى له، ولذا [٥] كانت شرعيّته [٦] على خلاف القاعدة، حيث [٧]

المسبوق ضامناً لعمل السابق؛ لأنّ عمله لا يكون بأمر المسبوق، وأيضاً لا يرجع نفع عمله إلى السابق حتّى يكون ضامناً بمقتضى قاعدة احترام مال المسلم.

[١] أي الأعمال في المسابقة السابقة وغيرها تعدّ من الأموال، ولكن قاعدة احترام الأموال لا تدلّ على ضمان أعمال السابق في المسابقة الفاسدة.

[٢] خبر لقوله: «احترام»، أي قاعدة الاحترام لا تدلّ على ضمان الشخص الآخر عمل العامل، وهو السبق الذي أتى به السابق.

[٣] أي احترام الأموال ليس مقتضياً لوجوب عوض السبق على باذل الأجرة.

[٤] تعليل لعدم الاحترام للعمل الصادر من السابق، أي إنّما قلنا بعدم ضمان الشخص الآخر عوض السبق؛ لأنّ عمل السبق ليس كالعمل الذي استوفاه الشخص الآخر، أعني به الباذل؛ وذلك لعدم وجود نفع في عمل السابق يرجع إلى الباذل، فإنّه لم يستوف شيئاً من العمل المذكور كي يكون ضامناً له.

والحاصل: أنّ الشخص الآخر لم يستوف عمل الغير، ولم ينتفع به حتّى يكون ضامناً له بمقتضى قاعدة الاحترام.

[٥] أي لأجل عدم وجود نفع في عمل السابق يرجع إلى باذل المال، وعدم كون العمل المذكور بأمره.

[٦] أي كانت شرعيّة عمل المسابقة على خلاف القاعدة.

[٧] أي إنّما قلنا بعدم مشروعيّة المسابقة على القاعدة لأنّها توجب بذل المال في

أنّه [١] بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل، وتمام الكلام في بابه [٢].

مقابل عمل لا يكون بأمره، ولا يرجع نفعه إليه، وهو أكل المال بالباطل.

[١] أي بذل المال في المسابقة بذل مال في مقابل عمل لا يرجع نفعه إلى الباذل، فهو حرام شرعاً، لكونه أكل المال في مقابل الباطل، وإنّما خرجت عنه المسابقة الصحيحة، لوجود نصّ خاصّ عليه، وأمّا الفاسدة منها فهي ملحقة بالقمار المنهيّ عنه وضعاً وتكليفاً.

[٢] وهو باب السبق والرماية.

«التحقيق»

قد عرفت ممّا ذكرنا أنّ المقبوض بالعقد الفاسد مضمون على القابض، وهذا ممّا لا شبهة فيه في الأعمال التي يرجع نفعها إلى الضامن، ويكون تحقّق العمل في الخارج بإذنه، بأن يقول الضامن للخيّاط: «خط هذا القماش ثوباً». وإنّما الكلام في الأعمال التي لا يرجع نفعها إلى الضامن، ولم تقع في الخارج بأمره كالسبق في المسابقة الفاسدة، فهل يحكم بضمان هذه الأعمال أم لا. والمسألة محلّ خلاف حكم الشيخ والمحقّق والشهيد الثاني والمحقّق الأردبيليّ بعدم استحقاق السابق أُجرة المثل. وأمّا عدم استحقاقه أُجرة المسمّى فهو أوضح من أن يخفى، ولا ينكره أحد؛ إذ المفروض فساد عقد المسابقة، ومعه لا مقتضي لضمان أُجرة المسمّى، وإنّما الكلام في ضمان أُجرة المثل وهم منكرون ذلك، وحكم جماعة منهم باستحقاق السابق أُجرة المثل، كالعلّامة ونجله فخر المحقّقين والمحقّق الكركيّ.

وقال الأُستاذ الأعظم: والتحقيق هو القول الأوّل؛ لأنّ مناط الضمان المثل، إمّا الاستيلاء على أموال الناس، أو استيفاء منافعها، أو الأمر بعمل محترم مع صدوره

. . . . . .

من المأمور في الخارج ، سواء وصل نفع ذلك العمل إلى الآمر أم لم يصل إليه ، ومن الظاهر أنّ هذه الجهات كلّها منتفية في المسابقة الفاسدة ، وأمّا الصحيح منها فإنّما يوجب الضمان من جهة إمضاء الشارع هذه المغالبة ، وعليه فإذا صارت المسابقة فاسدة تكون هي من مصاديق القمار ، وليس فيها ما يوجب الضمان ؛ إذ سبق السابق ليس بأمر المسبوق ، ولا يرجع نفع هذا العمل إليه ، ولا يكون السابق متلفاً لشيء من أموال السابق . إذن فلا موجب للضمان .

قال المحقّق الأيروانيّ : يمكن الالتزام بتحقّق الضمان في صورة فساد عقد المسابقة وذلك من جهة الوعد الذي قطعه الباذل على نفسه بإعطاء شيء وإن لم يأمره بالقيام بالسبق ؛ لأنّ المراد بالأمر في المقام بعث الغير نحو العمل لا خصوص الطلب ، وهذا حاصل في المسابقة لتضمّنها الالتزام بمال السبق ، فإنّ البعث يحصل بكلّ من الطلب والوعد بالثواب .

وفيه : أنّ الوعد المذكور لا يكون سبباً للضمان بمقتضى السيرة العقلائيّة والمتشرّعيّة ، فتأمّل .

ثمّ إنّه [١] لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في [٢] الفاسد بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض به [٣]،

---

[١] قال الشهيديّ: هذا ناظر إلى أصل المسألة، أعني ضمان المبيع المقبوض بالعقد الفاسد، وقد حكم المصنّف في جميع الصور الأربعة للمسألة بالضمان حتّى في صورة علم الدافع بالفساد وجهل القابض به، وكيفما كان، وقع الكلام في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بأنّه يختصّ الضمان بجهل الدافع بفساد المعاملة أم يعمّ لكلتا حالتي الجهل بفساد المعاملة وعدمه، ففي المسألة صور أربع:

الأُولى: علم المتعاملين بفساد العقد.

الثانية: جهلهما به.

الثالثة: علم الدافع به وجهل القابض.

الرابعة: بالعكس، إلّا أنّ المذكور في المتن هي الصور الثلاث، ولم يتعرّض ﷺ لحكم الصورة الرابعة وهي صورة جهل الدافع بالفساد مع علم القابض به، ولعلّه اتّكالاً على وضوحه.

[٢] الجار متعلّق بقوله: «الضمان»، أي لا فرق في الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه بين أن يكون دافع المال ـ وهو البائع مثلاً ـ جاهلاً بفساد العقد وبين أن يكون عالماً به.

[٣] أي مع كون المشتري جاهلاً بالفساد في الصورتين المذكورتين، وهذا الذي ذكره هنا إشارة إلى الصورتين من الصور الأربع المذكورة:

الصورة الأُولى: ما إذا كان البائع عالماً بالفساد والمشتري جاهلاً به.

الصورة الثانية: ما إذا كان كلّ من البائع والمشتري جاهلاً به، فإنّه

وتوهّم [١] أنّ الدافع في هذه الصورة [٢] هو [٣] الذي سلّطه عليه، والمفروض أنّ القابض جاهل [٤] مدفوع [٥] بإطلاق النصّ والفتوى، وليس [٦] الجاهل مغروراً؛

حكم في ضمان الآخذ في كلتا الصورتين.

[١] هذا إشارة إلى الصورة الثالثة، وهو ما إذا كان البائع عالماً بالفساد والمشتري القابض جاهلاً به، وحكم في هذه الصورة بعدم ضمان القابض.

[٢] أي في صورة علم الدافع بالفساد وجهل القابض به.

[٣] خبر لقوله: «أنّ الدافع»، أي الدافع هو الذي مع علمه بفساد العقد وجهل القابض به سلّط القابض على ما قبضه من الدافع.

[٤] ومع فرض جهل القابض بفساد العقد لو أخذ مال الدافع، فلا يكون ضامناً له، لعدم المقتضي لضمانه بعد ما سلّط الدافع الشخص الآخذ على ماله، فكأنّ الدافع أذهب احترام ماله بدفعه ماله إلى الجاهل بفساد المعاملة. نعم، لو كان الآخذ عالماً بفساد العقد لكان ضامناً لما أخذه بلا كلام، وهذه هي الصورة الرابعة في المسألة التي لم يتعرّض لها شيخنا الأنصاريّ ﷺ.

[٥] خبر لقوله: «وتوهّم»، أي توهّم عدم ضمان القابض عند جهله بفساد العقد وعلم الدافع به، مدفوع بأنّ مقتضى إطلاق النصّ كإطلاق حديث: «على اليد...»، وإطلاق فتاوى الفقهاء ثبوت الضمان مطلقاً، سواء علم الدافع بالفساد أم جهل به، وليس في الفتاوى ولا في النصوص تقييد الضمان بصورة جهل الدافع.

[٦] جواب عن إشكال مقدّر، وحاصل الإشكال: أنّا نسلّم أنّ مقتضى إطلاقات الأدلّة عدم ضمان الدافع فيما إذا كان جاهلاً بفساد العقد، ولكنّ الدافع العالم

لأنّه أقدم على الضمان قاصداً [١] وتسليط الدافع [٢]

بفساد العقد قد أقبض المبيع للمشتري الجاهل بفساد العقد بعنوان أنّه صار ملكاً للمشتري، وأخذ عوض ماله من الدافع، فإنّ إعطاء الدافع ما ليس مالاً للمشتري نحو غرور، وحيث إنّه يرجع إلى من غرّه، وهو الدافع، فلا يكون ضامناً له، وبالنتيجة الدليل الدالّ على أنّ المغرور لا يكون ضامناً، بل يرجع إلى من غرّه يقيّد الإطلاقات الدالّة على ضمان الدافع، سواء علم بالفساد أم جهل به. إذن فلا مقتضى للضمان بعد تقييد الإطلاقات.

وملخّص الجواب عنه: أنّا لا نسلّم أنّ الآخذ الجاهل بفساد العقد مغرور من قِبل الدافع العالم بالفساد حتّى يرجع إلى من غرّه، فهو ـ أي البائع العالم بالفساد ـ إنّما سلّط المشتري الجاهل بفساد العقد على المال بعنوان أنّه ملكه، ولم يكن مجّاناً كي يكون مغروراً بعد انكشاف الخلاف.

وإن شئت فقل: إنّ القابض الجاهل كالمشتري قد قبض المال من البائع لا مجّاناً، بل قبضه مقدماً على ضمان المثل أو القيمة. إذن لا يصدق عليه عنوان المغرور؛ إذ المفروض أنّه أخذه قاصداً أن أخذه هذا ليس مجّانيّاً، بل إنّه بإزاء العوض.

[١] أي إنّما قلنا بأنّ المشتري الجاهل ليس مغروراً من قِبل البائع العالم بفساد العقد؛ لأنّ المشتري الجاهل بفساد العقد قد أخذ المال من البائع مقدماً على ضمان المثل أو القيمة، فلا يكون أخذه بقصد المجّانيّة حتّى يكون مغروراً بعد انكشاف الخلاف، بل كان عالماً بأنّ أخذه هذا ليس مجّانيّاً، بل إنّما هو أخذه بعنوان العوض عمّا أعطاه.

[٢] جواب عن إشكال مقدّر.

وملخّص الإشكال: أنّا لا نسلّم أنّ القابض الجاهل قد أقدم على الضمان؛

العالم لا يجعلها [١] أمانة مالكيّة [٢]؛ لأنّه [٣] دفعه على أنّه ملك المدفوع إليه ،

إذ المفروض أن الدافع العالم بفساد العقد سلّط الآخذ على ماله ، وهو بإقدامه على التسليط المجّانيّ قد أسقط احترام ماله الذي دفعه إلى القابض مجّاناً ، وجعله أمانة مالكيّة عنده ، ومعه لا وجه لأن يقال : إنّ القابض الجاهل بفساد العقد قد أقدم على أن يضمن ما أخذه من البائع .

وملخّص الجواب عنه :

أنّ مجرّد تسليط البائع العالم بفساد البيع المشتري على المبيع لا يكون دليلاً على أنّه سلّطه عليه مجّاناً ، وبعنوان الأمانة كي يقال إنّه ينافي ضمانه ؛ وذلك لإمكان أن يكون التسليط بعنوان أنّه أداء لمال القابض إليه ، وأنّه سلّط المشتري على المبيع بعنوان أنّه صار مالكاً له بالبيع المذكور .

[١] الضمير باعتبار رجوعها إلى العين ذكره مؤنّثاً .

[٢] الأمانة المالكيّة هي التي جعلها المالك أمانة بيد شخص ، والأمانة الشرعيّة هي التي جعل الشارع فيها يد شخص يداً أمانيّة ، كيد الأمين ، فإنّ الشارع جعل يده أمانيّة بالنسبة إلى أموال الغيّب والقصّر ، فإنّ أموالهما بيده أمانة شرعيّة في مقابل الأمانة المالكيّة ، والأمانة المالكيّة كالأمانة الشرعيّة رافعة للضمان لقوله ﷺ : « ليس على الأمين إلّا اليمين » .

[٣] تعليل لما ذكره من أنّ تسليط الدافع لا يجعل المال المدفوع إلى المدفوع إليه أمانة مالكيّة عنده ، أي إنّما لا يجعل تسليط الدافع ، القابض على المال المبيع أمانة ، ولا يكون مجرّد التسليط مساوقاً للمجّانيّة وإذناً للمالك في تصرّف الآخذ ؛ لأنّ المالك الدافع ماله إلى القابض المدفوع إليه إنّما دفع المال

لا أنّه [١] أمانة أو عارية، ولذا [٢] لا يجوز التصرّف فيه والانتفاع به، وسيأتي تتمّة ذلك [٣] في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري.

إليه مبنيّاً على أنّ المال المدفوع إليه صار ملكاً له بالعقد الفاسد وإن كان هذا البناء تشريعاً منه، ولم يدفعه مجّاناً ولم يكن المال المدفوع إليه مبنيّاً على الأمانة والعارية حتّى يسقط الضمان.

[١] أي لم يكن دفع المال من المالك الدافع إلى المشتري المدفوع إليه مبنيّاً على الأمانة والعارية حتّى لا يكون القابض ضامناً لما أخذه.

[٢] أي لأجل ما ذكرناه ـ من أنّ المالك الدافع دفع ماله مبنيّاً على أنّه ملك المدفوع إليه، لا أنّه أمانة عنده ـ لا يجوز للقابض التصرّف في المال الذي قبضه ولا الانتفاع به؛ لأنّه ملك الدافع لا أنّه ملك القابض، ولو كان المال المدفوع إليه مبنيّاً على الأمانة والعارية لجاز الانتفاع به.

[٣] أي سيأتي تتمّة هذا البحث عن الضمان في العقد الفاسد فيما إذا كان العاقد جاهلاً بالفساد في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري بكون البائع غاصباً لما باعه.

«التحقيق»

في اختصاص الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد بالجهل بفساد المعاملة وعدمه

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: «ثمّ إنّه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض».

أقول: إنّ المسألة ذات شقوق أربعة:

. . . . . .

الأوّل: ما إذا كان الدافع والقابض جاهلين بفساد العقد.

الثاني: ما إذا كان الدافع والقابض عالمين به.

الثالث: ما إذا كان الدافع عالماً بالفساد، والقابض جاهلاً به.

الرابع: ما إذا كان الدافع جاهلاً بالفساد والقابض عالماً به، ولم يتعرّض الماتن للشقّ الرابع، لعلّه لوضوح أنّه مع علم القابض بفساد العقد فهو يكون غاصباً، فالضمان يستند إلى الغصب، لا إلى العقد الفاسد.

وقد حكم شيخنا الأنصاريّ ﷺ بالضمان في جميع الصور الثلاث، حيث قال: «ثمّ إنّه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض»، والدليل على ما ذكره ـ من الضمان في جميع الصور المذكورة ـ قيام السيرة العقلائيّة على ضمان اليد إلّا ما استثنى.

وقال المحقّق الأيروانيّ[1]: «إنّه مع دفع المالك ماله إلى الطرف عالماً بفساد المعاملة شرعاً أو شاكّاً في صحّتها يكون دفعه كاشفاً عن عدم ارتباط رضاه بالصحّة شرعاً، بل هو كاشف عن رضاه بكون ماله في يد صاحبه مع ما هو عليه من عدم الاستحقاق شرعاً، فيكون أمانة مالكيّة في يده لا يضمنه لو تلف، بل مع كونه معتقداً بالصحّة لو لم يكن اعتقادها قيداً مقوّماً، بل كان داعياً أو مقارناً يكون حكمه كما ذكر.

وملخّص كلامه: أنّه خالف الشيخ والتزم في صور الجهل والعلم بعدم الضمان مستثنياً منه صورة واحدة وهي صورة تقوّم رضاه بصحّة المعاملة شرعاً، فحيث لا صحّة فيها، فلا رضاء بها، وكانت يد القابض حينئذٍ يد ضمان، ووجب عليه ردّ

(١) حاشية المكاسب: ٩٤.

المقبوض إلى مالكه.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم: بأنّ المالك عند العلم بفساد المعاملة أو عند الشكّ في صحّتها وإن سلّط القابض على ماله، إلّا أنّ هذا التسليط لا يجعل المقبوض أمانة مالكيّة عند القابض لكي لا يحكم بضمانه مع التلف، بل إنّما هو تسليط بإزاء العوض. ومن الواضح أنّه إذا أقدم القابض على أخذ مال غيره بإزاء العوض حكم بضمانه للمالك ما لم يسقط ضمانه بمسقط، والمفروض في المقام عدم إسقاطه، فلا صلة للمقام بموارد الاستئمان حتّى حكم بعدم ضمانه من هذا الباب.

وأحسن ما في الباب ما يقال: إنّ المعاملة لو كانت عقلائيّة وإن كانت فاسدة شرعاً يترتّب عليه أثر عقلائيّ، سواء كانت صحيحة شرعاً أم لا، فإنّ بيع الخمر والخنزير ونحوهما من البيوع العقلائيّة من غير نظر منهم إلى الاعتبار الشرعيّ وعدمه.

إذن فلا يكون دفع المالك ماله إلى الطرف مع علمه بفساد المعاملة رضاً منه وكاشفاً عن رضا المالك بكون ماله في يد صاحبه أمانة مالكيّة في يده، بل هو رضي بالعقد المعاوضيّ العقلائيّ، وليس راضياً بالتصرّف؛ إذ لا معنى له باعتقاده أن يرضى بتصرّف الغير؛ لأنّه من قبيل الرضا بتصرّف الغير في مال نفسه الذي هو غير مربوط به.

وبالجملة: يكون الرضا منحصراً بالرضا العقديّ، وهو لا يفيد في رفع الضمان، وأمّا دفع ماله إلى القابض فهو وإن لم يكن كاشفاً عن رضاه بالصحّة شرعاً، ولكن بعد بنائهما على الصحّة العقلائيّة يكون من قبيل العمل على مقتضى العقد، ولذا حتّى بائع الخمر إذا دفعها إلى المشتري يكون دفعه بعنوان العمل على مقتضى العقد.

إن قلت: إنّ العالم بالفساد الشرعيّ لا يكون دفعه المال بعنوان العمل بالمعاملة

. . . . . .

ومقتضاها ؛ إذ لا وجه للعمل بها بعد العلم بفسادها .

قلت : لا تنافي بين العمل بمقتضى المعاملة العقلائيّة والعلم ببطلانها شرعاً ، كما هو المتعارف بين المسلمين الذين يبيعون الخمر والخنزير ، ولذا من يدفع ماله بعنوان العمل بالقمار لا يدفعه أمانة ، بل يعمل بمقتضى عقده وتعهّده . إذن فمقتضى قاعدة اليد الثابتة بالسيرة العقلائيّة الضمان ، سواء كان عالماً بالفساد أم جاهلاً به .

إن قلت : من عقد على ماله عقداً فاسداً فهو يعطي الإذن في التصرّف في ماله ، ولا شبهة في أنّ الإذن في التصرّف من مسقطات الضمان .

قلت : إنّ ما ذكرت إنّما يتمّ في الإذن المطلق ، وأمّا الإذن المتحقّق في ضمن العقد الفاسد ليس إذناً مطلقاً ، بل إنّما هو إذن مقيّد بدفع عوض المقبوض .

إن قلت : لا وجه للضمان مع علم الدافع وجهل القابض ، بل عدم الضمان هو الوجيه ؛ وذلك لقاعدة الغرور ، فإنّ المغرور لا يكون ضامناً ، بل يرجع إلى من غرّه .

قلت : إنّ الغرر بمعنى الخديعة ، وهو لا يتحقّق إلّا بأمرين :

أحدهما : علم الغارّ .

وثانيهما : جهل المغرور والقابض في المقام وإن كان جاهلاً بفساد العقد ، إلّا أنّه عالم بأنّ أخذه مال الدافع ليس أخذاً مجّانيّاً ، بل إنّما هو أخذ بإزاء العوض ، وهو مقتضٍ للضمان .

وقد يتمسّك شيخنا الأنصاريّ ﷺ لإثبات الضمان بإطلاق النصّ والفتوى ، إلّا أنّ النصّ الصحيح غير ثابت ، وحال الفتوى أوضح من أن يخفى ، إلّا أن يكون ذكرها من باب التأييد .

هذا[١] كلّه في أصل الكلّيّة المذكورة، وأمّا عكسها[٢]، وهو أنّ «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، فمعناه[٣] أنّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده[٤] ففاسده لا يفيد ضماناً،

---

[١] أي هذا الذي ذكرناه من المباحث كلّها يكون في أصل القاعدة المذكورة، وهي قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

[٢] أي عكس القاعدة المذكورة، وهي قاعدة: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

[٣] من هنا شرع شيخنا الأنصاريّ ﷺ في بيان جهات ثلاث في عكس القاعدة وترك البحث عن سائر الجهات المتقدّمة في أصل القاعدة لعدم الحاجة إلى إعادتها بعد اشتراكها بين الأصل والعكس، فقوله: «معناه» إشارة إلى الجهة الأُولى، وهي بيان معنى القاعدة، وهي «أنّ كلّ عقد لا يكون صحيحه سبباً للضمان فلا يكون فاسده أيضاً سبباً للضمان».

[٤] قال الشهيديّ: مراده من مورد العقد أعمّ من نفس ما تعلّق به العقد كالعين في عقد البيع والانتفاع في العارية والمنفعة في الإجارة ومن متعلّقه فيعمّ العين المستأجرة التي هي متعلّق ومورد لما تعلّق به عقد الإجارة، فيكون المراد بها متعلّق متعلّق العقد، فلولا هذا التعميم بأن لا يكون المراد من مورد العقد متعلّقه ومتعلّق متعلّقه فلا يستقيم عدم ضمان العين المستأجرة؛ لأنّ مورد نفس متعلّق الإجارة هو المنفعة والعين تكون متعلّق متعلّق الإجارة، فيقال: إنّ في الإجارة الصحيحة ليست العين التي هي متعلّق المتعلّق مضمونة، فكذلك في الإجارة الفاسدة، فالحكم بعدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة مبنيّ على أن يكون مورد العقد شاملاً لمتعلّق المتعلّق أيضاً.

كـما فـي عـقد الرهـن [١] والوكـالة [٢] والمـضاربة [٣] والعـارية غـير المضمونة [٤]، بل المضمونة [٥]؛ بناءً [٦] على أنّ المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته

---

[١] الذي صحيحه لا يوجب ضمان مورده، والمراد من المورد هنا متعلّق العقد، فإنّ مورد الرهن ومتعلّقه العين المرهونة حيث إنّ المرتهن لا يضمن العين المرهونة التي هي وثيقة عنده إذا تلفت من غير تفريط في عقد الرهن الصحيح، وكذا في عقد الرهن الفاسد، فإنّه لا يوجب ضمان المرتهن مورد الرهن الذي هو العين المرهونة.

[٢] أي عقد الوكالة الصحيح لا يوجب أن يضمن الوكيل ما في يده إذا تلف عنده، وكذلك عقد الوكالة الفاسدة لا يوجب ضمان الوكيل.

[٣] وهي أن يدفع شخص مالاً إلى غيره ليتّجر به على أنّ الربح بينهما، حيث إنّ العامل لا يضمن المال إذا تلف في عقد المضاربة إذا وقع صحيحاً، وكذلك لا يضمن إذا وقع فاسداً.

[٤] حيث إنّ المستعير لا يضمن العارية غير المشروط الضمان فيها إذا تلفت العين المستعارة عنده في عقدها الصحيح، فكذلك لا يضمن في عقدها الفاسد.

[٥] أي بل المستعير لا يضمن العارية المشروط فيها الضمان أيضاً إذا تلفت العين المستعارة.

[٦] أي عدم الضمان في العارية المضمونة الفاسدة مبنيّ على أنّ المراد من قولنا: إنّ العقد الصحيح يقتضي الضمان» أنّه يقتضي الضمان بطبعه، بلا ضميمة أمر خارج عنه، ففيما إذا كان العقد الصحيح بنفسه وبلا ضميمة الشرط في

بنفسه [١]، لا بأمر خارج عنه، كالشرط الواقع في متنه، وغير ذلك [٢] من العقود اللازمة أو الجائزة، ثمّ إنّ مقتضى [٣] ذلك [٤] عدم ضمان العين

ضمنه يوجب الضمان، ففاسده أيضاً يقتضي الضمان.

وأمّا إذا كان العقد الصحيح مقتضياً للضمان بسبب الشرط المتحقّق في ضمنه فالفاسد من هذا العقد المشروط لا يقتضي الضمان.

[١] أي إفادة العقد الصحيح للضمان بطبعه، لا إفادته للضمان بسبب الشرط الواقع في ضمن العقد ومتنه، فإنّ العقد الفاسد المشروط بالضمان لا يوجب الضمان.

[٢] أي ما ذكرنا من أنّ كلّ عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده يجري في غير هذه العقود التي ذكرناها، سواء كانت من العقود الجائزة أو اللازمة، كالهبة والوديعة، ونحوهما.

[٣] إلى هنا بيّن معنى القاعدة أصلاً وعكساً، ومن هنا شرع في بيان أحد النقوض الواردة على القاعدة، وسيذكر باقي النقوض بقوله الآتي. ثمّ إنّه يشكل اطّراد القاعدة في موارد، وإنّما خصّ هذا النقض هنا، وقدّم ذكره على سائر النقوض؛ لدخالته في توضيح كلمة «مورده» في المتن، كما عرفته آنفاً.

وملخّص النقض على قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» ضمان العين المستأجرة، فإنّ الإجارة الصحيحة لا توجب ضمان العين المستأجرة مع أنّ الإجارة الفاسدة تقتضي ذلك، كما حكي عن الرياض ومجمع الفائدة.

[٤] أي مقتضى عكس القاعدة، وهي «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»

المستأجرة فاسداً [١]؛ لأنّ [٢] صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها، كما صرّح به [٣] في القواعد والتحرير، وحكي [٤] عن التذكرة، وإطلاق [٥] الباقي، إلّا [٦] أنّ صريح الرياض الحكم بالضمان، وحكى

عدم ضمان المستأجر العين المستأجرة إذا كانت الإجارة فاسدة.

[١] أي استئجاراً فاسداً.

[٢] أي إنّما قلنا بعدم ضمان العين المستأجرة فيما إذا كانت الإجارة فاسدة؛ لأنّ الإجارة الصحيحة لا تقتضي الفساد، فتكون مشمولة لعكس القاعدة، وهو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

[٣] أي بعدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة.

[٤] أي حكى عدم الضمان عن التذكرة في الإجارة الفاسدة، وفي هذا التعبير إشارة إلى أنّ القول المذكور في التذكرة حكي له، ولم يكن الكتاب موجوداً عنده.

[٥] أي حكي عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة عن إطلاق كلمات سائر الفقهاء.

[٦] استثناء عمّا ذكره من أنّ مقتضى كلمات الفقهاء عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة.

وملخّص الاستثناء هو أنّ صريح كلام صاحب الرياض الحكم بضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة، كما لو استأجر دار زيد بمئة دينار سنة فتلفت الدار، فإنّ صاحب الرياض صرّح بأنّ المستأجر ضامن للدار المستأجرة.

فيها [١] عن بعض نسبته [٢] إلى المفهوم من كلمات الأصحاب.

والظاهر أنّ المحكيّ عنه [٣] هو المحقّق الأردبيليّ في مجمع الفائدة، وما أبعد [٤] ما بينه [٥] وبين ما عن جامع المقاصد،

---

[١] أي حكى السيّد الطباطبائيّ في الرياض عن بعض الفقهاء.

[٢] مفعول لقوله: «حكى»، أي حكى صاحب الرياض نسبة الضمان إلى ما يفهم من كلمات الأصحاب، والناسب هو المحقّق الأردبيليّ.

[٣] أي المراد عن بعض الفقهاء الذي حكى عنه صاحب الرياض هو المحقّق الأردبيليّ في كتابه مجمع الفائدة.

[٤] هذه الجملة تستعمل للتعجّب، ويتعجّب الشيخ ﷺ من نسبة المحقّق الأردبيليّ ﷺ ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة إلى أنّه يفهم من كلمات الأصحاب، ومن نسبة المحقّق الكركيّ ﷺ في جامع المقاصد عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة إلى المفهوم من كلمات الأصحاب، ويقول كيف استظهر العلمان أمرين متنافيين من كلمات الأصحاب؟! حيث إنّه ادّعى المحقّق الأردبيليّ أنّ الضمان يفهم من كلامهم، وادّعى المحقّق الكركي أنّ عدم الضمان يفهم من كلامهم.

[٥] أي بون بعيد بين ما نسبه المحقّق الأردبيليّ ﷺ إلى كلمات الأصحاب من أنّ المفهوم من كلماتهم ضمان العين في الإجارة الفاسدة وبين ما نسبه المحقّق الكركيّ إلى كلمات الأصحاب من أنّ المفهوم من كلماتهم عدم ضمان العين فيها.

قال الشهيديّ: لعلّ اختلافهما في النسبة إنّما نشأ من اختلافهما في فهم معنى قولهم: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، فإنّ المحقّق

حيث قال [١] في باب الغصب: إنّ الذي يلوح [٢] من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء [٣] المنفعة.

والذي [٤] ينساق إليه النظر هو الضمان؛

الأردبيليّ تخيّل أنّ مورد نفي الضمان هنا أي في عكس القاعدة، وإثباته في الأصل خصوص مورد العقد ومتعلّقه، فلا يعمّ العين المستأجرة كي يمنع عن الحكم بالضمان لأجل قاعدة اليد؛ لأنّ متعلّق عقد الإجارة ومورده هو المنفعة، والعين مورد لها والمحقّق الثاني ﷺ قد تخيّل أنّ مورد النفي والإثبات عندهم أعمّ من مورد العقد، فيعمّ العين المستأجرة، ولازمه التعارض والتساقط والرجوع إلى البراءة.

[١] أي حيث قال المحقّق الكركيّ في جامع المقاصد.

[٢] أي يظهر من كلام الفقهاء.

[٣] الجار متعلّق بقوله: «عدم ضمان العين...»، أي لا يكون المستأجر ضامناً للعين المستأجرة إذا تلفت بسبب استيفاء منفعتها، ومقتضى تفسير الجملة بهذا التفسير أن يكون قوله باستيفاء المنفعة متعلّقاً بالتلف المستفاد من الضمان، يعني عدم ضمان العين المستأجرة إذا تلفت باستيفاء المنفعة التي استؤجرت لأجلها، والتقييد بذلك للاحتراز عن تلفها باستيفاء غير تلك المنفعة، فإنّه لا إشكال في ضمانها حينئذٍ لكونه غصباً قطعاً.

نعم، إنّ استيفاء المنفعة يوجب ضمانها بأُجرة المثل، لكن هو أمر، وكونه ضامناً للعين المستأجرة أمر آخر.

[٤] أي قال المحقّق الثاني: والذي ينتهي إليه نظرنا هو ضمان العين المستأجرة بإجارة فاسدة.

لأنّ التصرّف [١] فيه حرام؛ لأنّه غصب فيضمنه.

ثمّ قال [٢]: إلّا أنّ كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها منافٍ لذلك [٣].

فيقال [٤]: إنّه [٥] دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء

---

[١] أي التصرّف في المأخوذ بالإجارة الفاسدة من العين المستأجرة تصرّف في مال الغير بغير طيب نفسه فهو حرام لأنّه غصب موجب لضمان ما أتلفه؛ إذ الغاصب ضامن لما غصبه، فيجب أن يردّ إلى المالك مثله أو قيمته.

[٢] أي ثمّ قال المحقّق الثاني. لمّا بيّن أنّ مقتضى قاعدة اليد ضمان العين المستأجرة لكونها يداً عدوانيّة، شرع في الخدشة فيما ذكره من الضمان.

وملخّص الخدشة هو: أنّ قاعدة اليد وإن اقتضت ضمان العين المستأجرة بإجارة فاسدة، إلّا أنّ في مقابلها قاعدة أُخرى تقتضي عدم الضمان فيها، وهي قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، فحيث إنّ الإجارة الصحيحة لا تقتضي ضمان العين المستأجرة، فكذلك الإجارة الفاسدة.

[٣] أي منافٍ للضمان الذي تقتضيه قاعدة «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**»، فيقع التعارض بين القاعدتين.

[٤] هذا بيان لكيفيّة منافاة قاعدة «لا يضمن» ـ الدالّة على عدم الضمان ـ لقاعدة على اليد الدالّة على الضمان، فيقال في وجه عدم ضمان المستأجر للعين المستأجرة في الإجارة الفاسدة بمقتضى قاعدة «لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

[٥] أي المستأجر قد أقدم على عدم ضمان العين المستأجرة؛ لأنّه أخذها من

وإن لم يكن [١] مستحقّاً بهذا الاستيلاء، والأصل [٢] براءة الذمّة من الضمان، فلا يكون العين [٣] بذلك مضمونة، ولولا ذلك [٤] لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛

المالك أمانة، وأنّ المالك أعطى العين بأن تكون أمانة بيد المستأجر وينتفع بها، فإنّ المستأجر للدار بإجارة فاسدة أيضاً قد أقدم على أن لا يكون ضامناً بسبب استيلائه على الدار؛ لأنّه أخذها من مالك الدار بأن تكون بيده أمانة، وهو أن ينتفع من منافعها، فلا يكون استيلاؤه على الدار وتصرّفه فيها موجباً للضمان.

[١] أي وإن لم يكن المستأجر مستحقّاً باستيلائه على الدار المستأجرة؛ لأنّ المفروض أنّ الإجارة فاسدة، ولكن لا منافاة بين عدم استحقاقه للاستيلاء عليها وبين أن لا يكون ضامناً لها إذا تلفت؛ وذلك للإقدام على أخذها أمانة، وفي الحقيقة أنّ مالك العين أقدم على عدم ضمان المشتري للعين بتسليمها إليه، خصوصاً مع علمه بفساد الإجارة.

[٢] أي إذا ثبت التنافي بين قاعدة «ما لا يضمن» الدالّة على عدم الضمان وبين قاعدة «اليد» الدالّة على الضمان وتساقطا بالتعارض يصل المجال إلى الأصل العمليّ، فإذا شككنا في أنّ الاستيلاء على العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة هل يوجب الضمان أم لا؟ فإنّ مقتضى أصالة البراءة عدم ضمان المستأجر للعين المستأجرة بالإجارة الفاسدة وبراءة ذمّته عنه.

[٣] أي لا تكون العين المستأجرة بسبب الاستيلاء بالعقد الفاسد مضمونة على المشتري؛ إذ المفروض أنّه أقدم على الاستيلاء عليه أمانة وبلا ضمان.

[٤] أي لولا أنّ عدم الضمان ثابتٌ بقاعدة «لا يضمن...» وبأصالة البراءة، وقلنا

لأنّ [١] استيلاءه بغير حقّ ، وهو [٢] باطل ، انتهى [٣].
ولعلّ الحكم [٤] بالضمان في المسألة

بضمان العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة ، فلا بدّ أن نقول بالضمان في الرهن الفاسد أيضاً ، فالمقدّم باطل والتالي نظيره .

وتوضيحه : أنّ قوله : « ولولا ذلك » جواب عن إشكال مقدّر ، وملخّص الإشكال : أنّ الإقدام على عدم الضمان مع كون تصرّف المستولي على العين فيها بلا استحقاق لا يوجب عدم الضمان بعد كون قاعدة اليد والاستيلاء على مال الغير وإن كان بلا استحقاق موجباً للضمان .

وملخّص الجواب : أنّا لا نسلّم أنّ الاستيلاء بلا استحقاق يوجب الضمان ؛ إذ لو كان هو موجباً له للزم منه أن نقول بأنّ استيلاء المرتهن على العين المرهونة مع فساد الرهن يوجب الضمان ، مع أنّه مسلّم البطلان ، فهو يكون كاشفاً عن أنّ الاستيلاء بلا استحقاق لا يوجب الضمان .

[١] أي إنّما كان ضامناً مع فساد الرهن ؛ لأنّ استيلاءه على العين المرهونة أيضاً بغير حقّ ، فلو كان الاستيلاء بغير حقّ موجباً للضمان في العين المستأجرة لكان موجباً للضمان في العين المرهونة أيضاً .

[٢] أي ضمان المرتهن للعين المرهونة في الرهن الفاسد باطل ، فيكون ضمان العين المستأجرة باطلاً أيضاً .

[٣] أي انتهى كلام صاحب جامع المقاصد ﷺ .

[٤] إلى هنا بيّن وجه حكم الأصحاب على ما نسب إليهم بعدم الضمان في الإجارة الفاسدة .

ومن هنا شرع في بيان وجه حكمهم بالضمان ، وقال : ولعلّ حكم الأصحاب بضمان العين المستأجرة في مسألة ضمان العين المستأجرة

إمّا لخروجها [١] عن قاعدة ما لا يضمن؛ لأنّ [٢] المراد بالمضمون مورد العقد، ومورد العقد في الإجارة المنفعة [٣]، فالعين [٤] يرجع في حكمها

بالإجارة الفاسدة ـ على ما نسبه المحقّق الأردبيليّ إليهم، وعدم عملهم فيها بقاعدة (ما لا يضمن) المقتضية لعدم الضمان ـ مستند إلى أحد وجهين:

الوجه الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «ولعلّ الحكم...».

[١] أي لخروج مسألة العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة تخصّصاً عن قاعدة «ما لا يضمن».

[٢] إنّما يكون الضمان في مسألة العين المستأجرة خارجاً عن قاعدة «ما لا يضمن» لأنّ المراد بالمضمون في قوله: «ما يضمن...» و «ما لا يضمن...» مورد العقد، أي ما يرد العقد عليه كالعين في البيع، فإنّ مورد العقد فيه هو العين، وكالمنفعة في الإجارة، فإنّ مورد العقد فيها هي المنفعة.

[٣] لأنّها هي التي ترد عليها الإجارة، فإنّها عبارة عن تمليك منفعة بعوض، فالعين في الإجارة خارجة عن مورد العقد خروجاً موضوعيّاً.

[٤] أي إذا كانت قاعدة «ما يضمن» و «ما لا يضمن» دالّة على الضمان وعدم الضمان في مورد العقد فهي تدلّ على ضمان المنفعة أو عدم ضمانها؛ لأنّ العقد الذي يضمن بصحيحه أو لا يضمن بصحيحه يدلّ على ضمان ما وقع عليه العقد وعدم ضمانه، والمفروض أنّ ما وقع عليه العقد في الإجارة هي المنفعة، فقوله: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» يدلّ على عدم ضمان المنفعة في الإجارة الفاسدة، وأمّا العين المستأجرة، فإذا خرجت عن مورد القاعدة فلايعلم حكمها من قاعدة «ما لا يضمن»، بل لا بدّ من المراجعة في فهم حكم العين المستأجرة إلى القواعد الأُخرى المقتضية للضمان كقاعدة اليد، واحترام مال المسلم، وقاعدة نفي الضرر المقتضية

إلى القواعد، وحيث [١] كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً [٢]، ومن [٣] طرف المالك لم [٤] يكن فيه ضمان، وأمّا في فاسدها [٥]

للضمان، أو إلى القواعد المقتضية لعدم الضمان كقاعدة نفي الضرر ونحوها.

[١] أي إذا ثبت أنّ العين المستأجرة لا يعلم حكمها من قاعدة «ما يضمن» و«ما لا يضمن»، فلا بدّ من الرجوع في فهم حكمها إلى القواعد الأُخرى، فنقول: حيث كانت العين المستأجرة في الإجارة الصحيحة أمانة بيد المستأجر فتكون أمانة شرعيّة.

[٢] لأنّ صحّة الإجارة مقتضية لوجوب تسليم العين للمستأجر ليستوفي منفعتها، فتكون العين أمانة شرعيّة عنده، وقد أذن الشارع بالتصرّف فيها لاستيفاء منافعها مدّة الإجارة.

[٣] أي مأذون من طرف المالك أيضاً؛ لأنّ المفروض أنّه سلّم العين المستأجرة بطيب نفسه لأن يتصرّف فيها، فيكون التصرّف فيها بإذن المالك أيضاً.

[٤] وهو جواب الشرط المستفاد من قوله: «وحيث كانت»، أي حيث كانت العين المستأجرة أمانة بيد المستأجر لم يكن هو ضامناً للعين المستأجرة التالفة في الإجارة الصحيحة.

فإلى هنا ثبت أنّ مقتضى القاعدة في الإجارة الصحيحة عدم ضمان العين المستأجرة مع الإغماض عن قاعدة «ما لا يضمن».

[٥] أي أمّا في الإجارة الفاسدة، فهل يكون المستأجر ضامناً للعين المستأجرة أم لا؟ فقال ﷺ بالضمان في هذه الصورة؛ لأنّ المالك إنّما دفع العين المستأجرة إلى المستأجر بناءً على صحّة الإجارة، وأنّ المستأجر مستحقّ لحقّ

فدفع المؤجّر للعين إنّما للبناء [١] على استحقاق المستأجر لها لحقّ الانتفاع فيها ، والمفروض عدم الاستحقاق [٢] ، فيده [٣] عليه يد عدوان موجبة [٤] للضمان ، وإمّا [٥] لأنّ قاعدة ما لا يضمن معارضة بقاعدة اليد .

الانتفاع من العين ، والحال أنّ الأمر ليس كذلك ، فإنّ يده عليها يد عدوان ، فيكون ضامناً للعين التي تلفت بيده .

[١] أي لبناء المؤجر على أنّ المستأجر مستحقّ للعين المستأجرة ، أي مستحقّ لأن ينتفع بها ، ولذا سلّم العين إلى المستأجر للانتفاع بها .

[٢] أي عدم استحقاق المستأجر لحقّ الانتفاع بها .

[٣] أي يد المستأجر على العين المستأجرة تكون يداً عدوانيّة ، وضمير « يده » يرجع إلى العين ، وهي مؤنّثة ، فإنّ مثل هذا يعفى في كلام الشيخ لكثرته .

[٤] أي يد المستأجر موجبة لضمان ما بيده ؛ لأنّ يده عليها يد عدوانيّة وليست يداً أمانيّة .

[٥] هذا عدل لقوله المتقدّم : « إمّا لخروجها » ، وإشارة إلى **الوجه الثاني** الذي ذكروه في الجواهر وغيره للحكم بضمان العين المستأجرة .

وملخّصه : أنّ قاعدة « ما لا يضمن » تقتضي عدم الضمان إلّا أنّها معارضة بقاعدة اليد المقتضية للضمان ، فتكون الثانية ـ وهي قاعدة اليد ـ مخصّصة للأُولى ، فيثبت بها الضمان .

قال الشهيديّ : إنّ الظاهر أنّ التعارض بين القاعدتين عموم من وجه ، كما صرّح به صاحب الجواهر ﷺ في كتاب الإجارة ، فالمرجع بعد التساقط في مورد التعارض في ما نحن فيه هو البراءة عن الضمان لا العموم المطلق بأن تكون قاعدة اليد أخصّ منها ، فتقدّم على قاعدة « ما لا يضمن » الدالّة على

والأقوى عدم الضمان [١]،

عدم الضمان، فيحكم بالضمان، كما هو الظاهر من المصنّف؛ إذ لو لم يكن كذلك لما كان ما ذكره وجهاً للحكم بالضمان، بل يكون وجهاً لعدمه.

وأمّا كون النسبة بين القاعدتين عموماً من وجه، فلصدق قاعدة اليد بدون قاعدة «ما لا يضمن»، كما في غير موارد العقد، وصدق قاعدة «ما لا يضمن» بدون قاعدة اليد، كما في موارد العارية المضمونة بالنسبة إلى المنافع، حيث إنّ المنفعة لا ترد عليها اليد، فافهم.

ومورد اجتماعهما ـ أي مورد صدق قاعدتي اليد و«ما لا يضمن» ـ موارد العقد، وعلى هذا فلا وجه للضمان إلّا أن يقال: إنّ مقصود المصنّف ترجيح قاعدة اليد على قاعدة «ما لا يضمن...» في مادّة التعارض، وهو العين المستأجرة، وذلك لضعف قاعدة «ما لا يضمن» في نفسها مع عدم عمل الأصحاب بها، أو لأجل عمل الأصحاب بمفاد قاعدة «على اليد»، فتكون فتواهم بالضمان معاضدة للقاعدة وموجبة لتقديمها على «ما لا يضمن»، وقد قرّر في محلّه أنّ تقديم أحد العامين من وجه على الآخر نتيجته تخصيص الآخر به، فيكون التقديم بهذا الاعتبار، وإلّا فإنّ التعارض بين القاعدتين لا ربط له بالضمان، بل بعد تساقطهما يرجع إلى أصالة عدم الضمان، وكيفما كان ففي العبارة غموض.

[١] لمّا بيّن المصنّف وجهين للضمان قوّى عدم الضمان بقوله: «الأقوى عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة؛ وذلك لعدم تماميّة شيء من الوجهين المتقدّمين للضمان اللذين ذكرهما صاحب الجواهر ﷺ.

أحدهما: ما أشار إليه المصنّف بقوله: «إمّا لخروجها عن قاعدة (ما لا يضمن)».

فالقاعدة المذكورة [١] غير مخصّصة [٢] بالعين المستأجرة ،

ثانيهما : ما أشار إليه بقوله : « وإمّا لأنّ قاعدة (ما لا يضمن) معارضة هنا بقاعدة اليد ، فتكون قاعدة (ما لا يضمن) مخصّصة ـ بالفتح ـ بقاعدة اليد ، ومقتضاه الضمان » .

أمّا عدم تماميّة الوجه الأوّل لإثبات الضمان ، فلأنّ الحكم بالضمان في مسألة الإجارة الفاسدة ، وعدم عملهم بقاعدة « ما لا يضمن » المقتضية لعدم الضمان ، مستند إلى أنّ مسألتنا هذه خرجت عن عموم قاعدة « ما لا يضمن . . . » تخصّصاً . بتقريب : أنّ مورد قاعدة « ما يضمن » و « ما لا يضمن » هو ما وقع عليه العقد ومتعلّقه ، أي « ما لا يضمن » بسبب العقد الصحيح لا يضمن بسبب العقد الفاسد أيضاً ، فالضمان في البيع الفاسد داخل في مورد القاعدة ؛ لأنّ السبب للضمان فساد العقد ، وأمّا عدم الضمان في الإجارة الفاسدة ، فلا يكون داخلاً تحت القاعدة ؛ لأنّ مورد الإجارة ومتعلّقها هو المنفعة ، ولا ريب في أنّ عدم الضمان في العين المستأجرة لا مدخليّة للعقد فيه ، فلا يكون داخلاً تحت القاعدة ، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد ، ومقتضى القاعدة هو عدم الضمان ؛ لكونها أمانة عند المستأجر .

وأجاب عنه المصنّف بقوله : « ولا متخصّصة » ، وسيأتي توضيحه في ضمن توضيح المتن .

وأمّا عدم تماميّة الوجه الثاني ، فلأنّ الحكم بالضمان في مسألة الإجارة الفاسدة مستند إلى أنّ مسألتنا هذه خرجت عن عموم قاعدة « ما لا يضمن » تخصيصاً ، وسيأتي توضيحه أيضاً .

[١] أي قاعدة « ما لا يضمن . . . » الدالّة على عدم الضمان .

[٢] بصيغة اسم المفعول . هذا جواب عن الوجه الثاني للضمان ، وهو تخصيص

ولا متخصّصة [١]،

قاعدة «ما لا يضمن...» بقاعدة اليد، أي قاعدة «ما لا يضمن...» الدالّة على عدم الضمان لا تخصّص بقاعدة اليد الدالّة على ضمان العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة كي تكون العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة خارجة عن قاعدة الضمان بالتخصيص:

إمّا من باب أنّ النسبة بينهما عموم من وجه، ونتيجة التعارض التساقط والرجوع إلى أصالة عدم الضمان، وإمّا لزوم تخصيص الأكثر بناءً على كون النسبة بينهما عموماً مطلقاً، أو بناء على وجود مرجّح في أحد المتعارضين؛ إذ غالب العقود المندرجة تحت عموم «ما لا يضمن...» مشمولة لقاعدة اليد أيضاً، كالمضاربة والرهن والهبة، ونحوها ممّا يقع العقد على العين، فبعد تخصيص عموم قاعدة «ما لا يضمن» بقاعدة اليد، وإخراج العقود الواقعة على الأعيان عن عموم «ما لا يضمن» لا يبقى تحته إلّا الأفراد النادرة، وهو يمنع من الالتزام بتخصيص قاعدة «ما لا يضمن».

[١] أي لا تكون قاعد «ما لا يضمن» متخصّصة، بمعنى أنّ العين المستأجرة بالعقد الفاسد لا تكون خارجة عن قاعدة «ما لا يضمن» تخصّصاً.

هذا جواب عن الوجه الأوّل من الوجهين اللذين ذكرهما صاحب الجواهر ﷺ للضمان.

وملخّص ما ذكره في بطلان التخصّص هو: أنّا نسلّم أنّ مورد العقد في الإجارة المنفعة، وهي خارجة عن «ما لا يضمن» تخصّصاً؛ لأنّ مورد العقد في «ما لا يضمن» العقود، فيكون ضمان العين المستأجرة الذي يكون مورد العقد فيها المنفعة خارجة عن موضوع قاعدة «ما لا يضمن» تخصّصاً.

وملخّص كلامه في وجه بطلان ما ذكره من التخصّص هو: أنّا نسلّم أنّ

. . . . . .

مورد العقد في العين المستأجرة هو المنفعة، والمراد بالمضمون في قوله: «ما لا يضمن» مورد العقد وهو العين في البيع ونحوه، فيكون مورد العقد في الإجارة خارجاً عن مضمون قاعدة «ما لا يضمن» تخصّصاً نظراً إلى نفس دليل «ما لا يضمن»، ودليل نفوذ الإجارة، إلّا أنّ وجوب الوفاء بعقد الإجارة بضميمة الشرط الارتكازيّ يقتضي وجوب تسليم العين للمستأجر كي ينتفع بها، فبعد كون وجوب التسليم بحكم الشارع تكون العين المستأجرة أمانة شرعيّة عند المستأجر، مضافاً إلى الأمانة المالكيّة الحاصلة من تسليط المالك العين للمشتري، فكان خارجاً عن قاعدة اليد تخصّصاً لكون موضوعها يداً عدوانيّة، فاليد الأمانيّة لم تكن داخلة فيها كي تحتاج إلى مخصّص.

«التحقيق»

لمّا بيّن شيخنا الأنصاريّ ﷺ معنى عكس القاعدة، وهو «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» قال: «مقتضى ما ذكره في تفسير عكس القاعدة عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة؛ لأنّ الإجارة الصحيحة لا توجب الضمان، فكذا الفاسدة، إلّا أنّ صريح الرياض الحكم بالضمان للعين المستأجرة إذا كان عقد الإجارة فاسداً وهذا يكون أحد النقوض الواردة على قاعدة «ما لا يضمن»؛ لأنّ صحيحها لا يضمن به، لكن فاسدها يضمن به على ما هو صريح الرياض وغيره. واختصاصه بالذكر وعدم جعله في عداد النقوض الآتية بقوله: «ثمّ إنّه يشكل اطّراد القاعدة» لم يظهر له وجه وجيه.

وكيفما كان، فالمسألة محلّ خلاف، فعدّة ذهبوا إلى أنّ الإجارة الصحيحة غير مفيدة لضمان العين المستأجرة، ومقتضى ذلك أنّ الإجارة الفاسدة أيضاً لا تفيد

الضمان، ونسب إلى عدّة أنّ العين مضمونة في يد المستأجر سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة.

أقول: إنّ العين المستأجرة قد تكون تحت يد مالكها ولا يتسلّط عليها المستأجر، كما إذا استأجر دابّة لكي يحمل المكاري متاعه عليها إلى مكان خاصّ، ولا ريب في أنّ ضمان الدابّة حينئذٍ على المالك لا على المستأجر؛ لعدم موجب له، فإنّ الإجارة المجرّدة لا توجب ضمان متعلّقها.

وقد تكون العين المستأجرة عند المستأجر، لا من جهة اقتضاء الإجارة ذلك، بل من جهة خارجيّة، كما إذا فرضنا أنّ المكاريّ قد فوّض حمل المتاع في فرض المثال إلى المستأجر، فإنّ الدابّة عندئذٍ تكون أمانة عند المستأجر، فإنّه لا يضمن الدابّة عند تلفها لأنّه أمين.

وقد تكون العين المستأجرة عند المستأجر من جهة اقتضاء الإجارة ذلك، كما إذا استأجر داراً ليسكنها فانهدمت الدار.

وهذه الصورة الثالثة هي مورد الخلاف بين الأصحاب، فهل يضمن المستأجر قيمة الدار المنهدمة أم لا؟

والقائلون بالضمان استدلّوا عليه بوجهين:

الوجه الأوّل: أنّ قاعدة اليد وإن كانت مقتضية لضمان ما تلف بيده من العين المستأجرة بعد عدم كون اليد أمانيّة، إلّا أنّ قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» تدلّ على عدم الضمان، ومعها لا تصلح أن تكون مقتضية للضمان، ولكنّ القاعدة الثانية ـ وهي قاعدة «ما لا يضمن...» ـ تخصّص بالقاعدة الأولى ـ وهي قاعدة اليد ـ لأخصّيّتها؛ لأنّ قاعدة «ما لا يضمن» تنفي الضمان عن العين في الإجارة الصحيحة والفاسدة، وقاعدة اليد تقتضي الضمان في الإجارة الفاسدة،

. . . . . .

فتكون قاعدة اليد مخصّصة لقاعدة «ما لا يضمن»، وتبقى العين في الإجارة الصحيحة موضوعاً لها كموضوعيّة سائر العقود الأمانيّة لها، وتكون نتيجة التخصيص هو الضمان.

ولكن يمكن الجواب عنه بمنع كون قاعدة اليد مخصّصة؛ لأنّ قاعدة اليد واردة في مورد «ما لا يضمن»، وهي ثابتة في جميع مواردها، فإن خصّصت قاعدة «ما لا يضمن» بقاعدة اليد لزم لغويّة قاعدة «ما لا يضمن». إذن فلا بدّ من تقديم قاعدة «ما لا يضمن» على قاعدة اليد، وتخصيصها سواء كانت النسبة بينهما عموماً مطلقاً أو عموماً من وجه، ونتيجتها الحكم بعدم الضمان في الإجارة الفاسدة، وإلى ما ذكرنا أشار شيخنا الأنصاريّ ﷺ بأنّ القاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة.

الوجه الثاني: أنّ العين المستأجرة خارجة عن قاعدة «ما لا يضمن» تخصّصاً، فتشملها قاعدة اليد الموجبة للضمان، وتوضيحه: أنّ المراد بقوله: «ما يضمن...» و«ما لا يضمن...» ما وقع عليه العقد، لا ما هو خارج عنه، ويعدّ من حواشيه كمتعلّق متعلّقه، فاستفادة حكمه من حيث الضمان وعدمه يحتاج إلى ملاحظة سائر القواعد، فحيث إنّ مورد الإجارة ومتعلّقها هو المنفعة لا العين، فإن كانت الإجارة صحيحة لم يضمنها المستأجر لكونها أمانة شرعيّة ومالكيّة.

أمّا الأمانة الشرعيّة والإذن الشرعيّ، فلوجوب تسليم العين للمستأجر من باب وجوب الوفاء بالعقد ليستوفي منفعتها.

وأمّا الأمانة المالكيّة، فلأنّ المؤجّر يأذن للمستأجر في الانتفاع بها، وهو منوط بتسليمها إليه، ومن المعلوم فقدان هذا الإذن في الإجارة الفاسدة، فيتحقّق حينئذٍ موضوع قاعدة اليد المقتضية للضمان.

وزبدة الكلام: أنّ العين في الإجارة خارجة عن مورد العقد خروجاً موضوعيّاً؛

ضرورة أنّ الإجارة تمليك المنفعة دون العين ، فضمان العين في مورد الإجارة الفاسدة على القاعدة ؛ بداهة أنّ المراد بما يضمن في العقود وما لا يضمن فيها هو ما يرد عليه العقد ، كالعوضين في البيع ، والمنفعة وبدلها في الإجارة ، لا ما هو خارج عنه ، كالعين في الإجارة ، غاية الأمر أنّ تسليمها إلى المستأجر في الإجارة الصحيحة إنّما هو لأجل استيفاء المنفعة ، فتكون أمانة ويترتّب عليه عدم الضمان .

وأمّا إذا كانت الإجارة فاسدة ، فإنّ المؤجر وإن دفع العين بنفسه إلى المستأجر إلّا أنّ دفعه هذا لأجل بنائه على استحقاق المستأجر للانتفاع من العين المستأجرة ، والمفروض أنّه غير مستحقّ لذلك ، فتكون يده على العين يد عدوان موجبة للضمان لا يد أمانة ، وعليه فلا يرد النقض على عكس القاعدة بالإجارة الفاسدة .

وأشار شيخنا الأنصاريّ ﷺ إلى الجواب عن هذا الإشكال بقوله : « ولا متخصّصة » ، وملخّصه : أنّا لا نسلّم خروج العين المستأجرة عن قاعدة « ما لا يضمن » تخصّصاً ، كما أنكرنا خروجها عنها تخصيصاً آنفاً . والوجه في بطلان التخصّص المذكور هو أنّ المعوّض في إجارة الأعيان وإن كانت المنفعة إلّا أنّ الوفاء بالعقد الإجاريّ يقتضي تسليم العين للمستأجر كي ينتفع بها ، فالعقد يتضمّن شرطاً ارتكازيّاً متعارفاً ، وهو جعل العين أمانة بيد المستأجر ، وحيث كان التسليط مالكيّاً ومبتنياً على الأمانة كان خارجاً عن قاعدة اليد ، ومندرجاً في « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » .

وقال صاحب الكفاية ﷺ في حاشيته على المكاسب في ذيل هذا المتن : « التحقيق أنّ مورد العقد في الإجارة نفس العين ، ولذا يقال : آجرت الدار واستأجرتها ، وأنّ الإجارة عبارة عن إضافة خاصّة بين العين المؤجرة والمستأجر ، ومن آثارها تملّك منفعتها ، والتعريف بالتمليك تعريف بالرسم ، مع أنّه لو سلّم أنّه

بالحدّ كان مورد عقدها أيضاً نفس العين، ولا يكون مورده ومتعلّقه إلّا العين.

وفيه: أوّلاً: أنّ المعنى الذي ذكره خلاف ظاهر تفسير القوم للإجارة، فإنّ الظاهر منها أنّها تعلّقت بالمنفعة لا بالعين.

وثانياً: لو سلّمنا أنّها بظاهرها تعلّقت بالعين، إلّا أنّ مدلولها تمليك المنفعة وليس تمليكاً للعين، ولذا تتعلّق بما لا يقبل نحواً من التملّك والتمليك كالحرّ، وعليه فالمنشأ هو تمليك المنفعة، والعين المستأجرة خارجة عن موردها وإن كان يلزم تسليمها إلى المستأجر لاستيفاء المنفعة، وعليه فعقد الإجارة تمليك للمنفعة مع اشتراط تسليم العين إلى المستأجر أمانة، وحيث لا ضمان في صحيح الأمانة كما إذا كانت الإجارة صحيحة، لا يكون ضمان في فاسدها أيضاً.

إن قلت: لا نسلّم أن يكون تسليم العين إلى المستأجر لاستيفاء المنفعة أمانة عنده؛ لأنّ تسليم العين إلى المستأجر إنّما يكون أمانة لو كان تسليم العين إليه من باب العمل على ما يقتضيه عقد الإجارة من تملّك المنفعة، وعلى هذا وجب على المالك تسليم العين إلى المستأجر من باب الاستئمان، ويكون منشأ الاستئمان الإجارة الصحيحة.

وأمّا إذا فرض فساد الإجارة، فلا يكون تسليم العين جرياً على ما يقتضيه عقد الإجارة من تملّك المستأجر المنفعة، فيكون تسليم العين إليه من باب الأمانة المالكيّة والشرعيّة، فلا وجه لكون العين أمانة عند المستأجر؛ إذ لم يكن المستأجر متملّكاً للمنفعة كي تكون العين أمانة في يده مقدّمة لاستيفاء المنفعة، وعليه كانت العين مضمونة على المستأجر.

قلت: إنّ فساد الإجارة لا يوجب انتفاء الاستئمان؛ إذ المفروض أنّ التسليم قد تحقّق في الخارج، فلا معنى لتوقّفه على صحّة الإجارة، غاية الأمر أنّ الداعي له

على التسليم اعتقاد صحّتها، وتخلّف الداعي لا يضرّ بتحقّق التسليم أمانة، فلا مقتضى للضمان مع صدق الأمانة.

والحاصل: أنّ الإقدام على تسليط المال مجّاناً قد تحقّق وجداناً، غاية الأمر أنّه نشأ من اعتقاد غير مطابق للواقع، وهو اعتقاد صحّة الإجارة، والنتيجة عدم الضمان في موارد الإجارة الفاسدة، بلا فرق بين علم المؤجر بفساد العقد وجهله به.

ثمّ إنّه يشكل اطّراد [١] القاعدة في موارد، منها [٢] الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ [٣] بناءً [٤] على فساد العارية، فإنّهم [٥] حكموا بضمان المحرم له بالقيمة مع أنّ صحيح [٦] العارية لا يضمن به [٧]

---

[١] أي يشكل شمول قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» وجريانها في عدّة موارد، حيث إنّ العقد الصحيح في تلك الموارد لا يوجب الضمان مع أنّ فاسده يوجب الضمان فيها.

[٢] أي من الموارد التي تنتقض القاعدة بها، ولا تجري فيها.

[٣] كما إذا كان شخصان خارج الحرم أحدهما محرم والآخر مُحلّ واستعار الصيد المحرم منه، وإنّما قيّدنا المسألة بما إذا كانا خارج الحرم؛ لأنّ الصيد في الحرم غير جائز مطلقاً حتّى لغير المحرم، فيجب على الآخذ أن يخلّي سبيله، وإن عصى وأمسكه فتلف عنده فالمسألة محلّ خلاف بينهم، فمنهم من ذهب إلى الضمان، كما عن الشرائع وغيره، ومنهم من ذهب إلى عدمه، كما عن صاحب الجواهر ﷺ وغيره، وما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ من جعل هذه المسألة مورداً للنقض والإبرام على قاعدة «ما يضمن...» مبنيّ على فساد استعارة المحرم الصيد خارج الحرم.

[٤] وفي هذا التعبير إشارة إلى أنّ فساد استعارة المحرم الصيد من المُحلّ مورد خلاف بين الفقهاء.

[٥] هذا بيان مورد من موارد النقوض على قاعدة «ما لا يضمن»، أي أنّ الفقهاء حكموا بضمان المحرم للصيد الذي استعاره فهو ضامن له بقيمته؛ لأنّه قيميّ فيدفع المحرم المستعير القيمة إلى المحلّ الذي استعار الصيد منه.

[٦] من باب إضافة الصفة إلى الموصوف.

[٧] أي لا يوجب الضمان بسبب صحيح العارية.

ولذا [١] ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديري الصحّة والفساد [٢]، إلّا [٣] أن يقال:

وملخّص الإشكال على القاعدة هو: أنّ الفقهاء حكموا بضمان المحرم المستعير للصيد الذي استعاره من المُحلّ بالعارية الفاسدة، مع أنّ العارية الصحيحة لا توجب الضمان فانتقضت قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بمورد استعارة المحرم للصيد من المُحلّ، فإنّ العارية الباطلة صارت موجبة للضمان، مع أنّ العارية الصحيحة لا توجبه.

[١] أي لأجل عدم كون العارية الصحيحة موجبة للضمان.

[٢] أي سواء قلنا بصحّة عارية المحرم أم بفسادها، فإنّه قال: إنّ العارية لا توجب الضمان مطلقاً، أمّا على تقدير صحّتها فلكون يد المستعير يد أمانيّة، والموضوع للضمان إنّما هو يد عدوانيّة، وعلى هذا فلا مقتضى للضمان في العارية الصحيحة، وأمّا على تقدير فسادها فلدخولها تحت قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

[٣] إلى هنا بيّن المصنّف المورد الأوّل من موارد النقض على قاعدة «ما لا يضمن...»، ومن هنا أراد أن يوجّه المسألة التي هي مورد النقض، وهي ضمان قيمة الصيد الذي استعاره المحرم، مع اقتضاء قاعدة «ما لا يضمن» عدمه. وملخّص التوجيه هو: أنّ مورد النقض خارج عن مورد القاعدة؛ لأنّ موردها صورة التلف لا الإتلاف.

وإن شئت فقل: إنّ عاريةالصيد خارجة موضوعاً عن قاعدة «ما لايضمن» التي هي مختصّة بمورد التلف؛ لأنّ الحكم بالضمان إنّما هو لأجل الإرسال الذي هو بمنزلة الإتلاف لا التلف، فالحكم بالضمان في مورد عارية الصيد خارج عن موضوع القاعدة تخصّصاً، فلا يكون نقضاً على القاعدة، وإنّما

إنّ وجه ضمانه [١] بعد البناء [٢] على أنّه يجب على المحرم إرساله، وأداء [٣] قيمته أنّ المستقرّ [٤] عليه

قلنا: إنّ مورد القاعدة التلف دون الإتلاف؛ إذ لو كان مورد القاعدة شاملاً للإتلاف أيضاً لما كان معنى للتفصيل بين العقود الفاسدة بإثبات الضمان في بعضها، كما هو قضيّة الأصل، ونفيه في الآخر، كما هو قضيّة العكس؛ إذ لا فرق في سببيّة الإتلاف للضمان بين أفراد العقود الفاسدة ومورد النقض.

[١] أي وجه ضمان المحرم للصيد الذي استعاره من المُحلّ.

[٢] وفي هذا التعبير إشارة إلى أنّ التوجيه المذكور إنّما يتمّ بناءً على مسلك من يقول بوجوب إرسال الصيد الذي استعاره، وإطلاقه كما هو المشهور؛ الذين قالوا إنّه وجب على المحرم إرسال الصيد المستعار وأداء قيمته للمالك.

وأمّا بناءً على تخيير المستعير بين الردّ إلى المالك وبين الإرسال وضمان قيمة الصيد فلا يتمّ هذا التوجيه.

[٣] أي يجب على المحرم أداء قيمة الصيد على مالك الصيد بعد إرساله؛ إذ الإرسال لا ينفكّ عن الإتلاف، فبإرساله أتلف الصيد، فيكون ضامناً لقيمته.

[٤] خبر لقوله: «إنّ وجه ضمانه»، أي أنّ الوجه لضمان المحرم هو أنّ الذي استقرّ على المحرم بسبب وجوب إرسال الصيد عليه هي قيمة الصيد وهي ثابتة في ذمّة المحرم بمجرّد استيلائه على العين؛ حيث إنّه مأمور بالإرسال الذي هو إتلافٌ حكماً، ومورد قاعدة «ما لا يضمن» هو التلف لا الإتلاف، فلا تنتقض القاعدة بضمان الصيد المستعار؛ لأنّ الموضوع في ضمان المحرم لقيمة الصيد المستعار الإتلاف، ومورد قاعدة «ما لا يضمن...» التلف، ولا ربط لأحد الأمرين بالآخر كي يكون الضمان في مورد صيد المحرم نقضاً على قاعدة «ما لا يضمن». ويقال: إنّ القاعدة منقوضة بالصيد المستعار؛

قهراً [١] بعد العارية هي القيمة لا العين [٢]، فوجوب دفع القيمة [٣] ثابت قبل التلف بسبب [٤] وجوب الإتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في

لأنّ العارية لا تضمن بصحيحها ولكن تضمن بفاسدها كما في عارية الصيد المستعار.

[١] أي أنّ المستقرّ في ذمّة المحرم المستعير للصيد بحكم الشارع هي قيمة الصيد.

[٢] إذ المفروض أنّ العين باقية بحالها، وأنّ المحرم إنّما رفع يده عنها وأطلقها، وهذا ليس إتلافاً له، وحكم الشارع بضمان المحرم إنّما يكون قهراً، وبالتعبّد من الشارع وخلاف القاعدة؛ إذ لا معنى لضمان القيمة في القيميّ، ولضمان المثل في المثليّ مع بقاء العين، ولعدم قدرة المحرم المستعير على ردّ الصيد إلى مالكه بعد وجوب إرساله الذي هو بمنزلة وجوب الإتلاف.

[٣] أي وجوب دفع قيمة الصيد على المحرم ثابت بسبب وجوب الإرسال الذي هو بمنزلة الإتلاف الذي تحقّق قبل التلف، فسبب الضمان تحقّق قبل تحقّق التلف، فلا يكون الضمان منتسباً إلى التلف، والضمان المنفي في قاعدة «ما لا يضمن» إنّما هو بعد التلف، فلا يكون الضمان في الصيد المستعار لأجل التلف كي يقال: إنّ العارية الصحيحة لا توجب الضمان مع أنّ عارية الصيد التي هي عارية فاسدة توجب الضمان، فقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» انتقضت بهذا المورد؛ إذ العارية الفاسدة وهي عارية الصيد توجب الضمان، مع أنّ العارية الصحيحة لا توجبه.

[٤] أي وجوب دفع القيمة ثابت بسبب حكم الشارع بوجوب إرسال الصيد وتخلية سبيله التي هي بمنزلة الإتلاف.

كلّ عقد [١] لا بسبب [٢] التلف ،

---

[١] أي في كلّ عقد يكون موضوعاً لقاعدة «ما لا يضمن» ، أي الإتلاف سبب للضمان في كلّ عقد فاسد ، بلا فرق بين العقود الفاسدة بإثبات الضمان ؛ إذ لا فرق في سببيّة الإتلاف للضمان بين أفراد العقود الفاسدة .

والحاصل: متى تحقّق وجوب الإتلاف تحقّق معه وجوب دفع البدل لاستحالة انفكاك السبب عن المسبّب ، فإذا كان التسبيب المذكور موجوداً قبل التلف كان المسبّب أيضاً قبله .

[٢] أي لا يكون الضمان بالقيمة ووجوب دفعها بسبب التلف كي يكون نقضاً للقاعدة .

وملخّص الكلام: أنّ وجوب تخلية سبيل الصيد وإرساله لا يكون نقضاً على عكس القاعده ، وهي «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» ؛ لأنّ الضمان هنا مستند إلى الإتلاف حيث إنّ الإرسال إتلاف تعبّداً ، فلو أرسل الصيد لضمنه بلا فرق بين العارية الصحيحة والفاسدة لدخوله في قاعدة «من أتلف» .

«التحقيق»

في نقض قاعدة «ما لا يضمن» بالصيد الذي استعاره المحرم

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ : ثمّ إنّه يشكل اطّراد القاعدة في موارد :

منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المُحلّ بناءً على فساد العارية .

ولا يخفى عليك أنّ مفروض النقض هو ما إذا لم يكن الصيد في الحرم ؛ لأنّ الصيد في الحرم غير جائز لغير المحرم أيضاً ، كما إذا كان شخصان أحدهما محرم

خارج الحرم والآخر محلّ ، فصاد المحلّ حيواناً واستعاره المحرم منه ، فإنّه لا إشكال في وجوب إرساله عليه ، فيكون ضامناً لمالكه بلا خلاف لكونه إتلافاً ولو بإذن الشارع ، وعلى هذا فلا تكون مسألة استعارة الصيد نقضاً للقاعدة ؛ لأنّ عدم الضمان في مورد قاعدة « ما لا يضمن » مختصّ بالتلف ، فالإتلاف خارج عن القاعدة تخصّصاً ، ومورد نقض القاعدة يختصّ بمورد تلف الصيد في يد المستعير على القول بفساد عارية الصيد للمحرم ، فالمسألة في مورد التلف محلّ خلاف ، فمنهم من ذهب إلى الضمان ، مع أنّ صحيح العارية لا ضمان فيه ، فعلى هذا تكون المسألة نقضاً على اطّراد القاعدة ، ومنهم من قال بعدمه ، كالشهيد الثاني ، حيث ناقش في القول بالضمان على تقديري الصحّة والفساد في العارية ؛ لأنّها إن كانت صحيحة فلا ضمان في العارية الصحيحة بمقتضى أدلّتها ، وإن كانت فاسدة فلقاعدة « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » .

وأجاب عنه شيخنا الأنصاريّ ﷺ بما محصّله : أنّه يجب على المحرم المستعير أن يرسل الصيد الذي استعاره من المُحلّ ، ولا شبهة في أنّ الإرسال لا ينفكّ عن الإتلاف ، ومن المعلوم أنّه متى ما تحقّق وجوب الإتلاف تحقّق معه وجوب دفع البدل لمكان الملازمة بين التسبيب شرعاً إلى السبب وبين التسبيب إلى مسبّبه ، لاستحالة انفكاك السبب عن مسبّبه ، فإذا كان التسبيب المزبور موجوداً قبل تحقّق التلف في الخارج كان المسبّب أيضاً موجوداً قبله ، وعليه فلا يكون ذلك نقضاً لاطّراد القاعدة ؛ لأنّ القاعدة دلّت على أنّ كلّ ما لا يكون التلف في العقد الصحيح مقتضياً للضمان فلا يكون مقتضياً له في العقد الفاسد أيضاً ، فالضمان وهو وجوب دفع قيمة الصيد ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف ، لا بسبب التلف . نعم ، لو كان الموجب للضمان هو التلف لتوجّه النقض المزبور ، إلّا أنّك عرفت خلافه .

. . . . . .

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم ﷺ بأنّ وجوب الإرسال لا يترتّب عليه إلّا لزوم إيجاد سبب الضمان ، وهو الإتلاف ، وما دام أنّه لم يرسله لم يوجد سبب الضمان ، فكيف يتحقّق الضمان مع عدم تحقّق سببه ، ولذا لو عصى المحرم المستعير ولم يرسل الصيد ، وإنّما ردّه إلى مالكه ، لم يكن ضامناً له .

ويمكن أن يجاب عنه : بأنّ إيجاب الإرسال وإن لم يكن مستلزماً للإتلاف حقيقة ، وإنّما هو أمر بإيجاده الذي هو سبب الضمان ، إلّا أنّه يوجب امتناع أداء المال إلى مالكه ، والامتناع شرعيّ كالامتناع العقليّ ، فعدم التمكّن من أداء المال إلى مالكه يقتضي دفع بدل الحيلولة ، وهو عبارة أُخرى عن الضمان . وما ذكره الأُستاذ الأعظم شاهداً لإثبات أنّ وجوب الإرسال لا يترتّب عليه الإتلاف الذي هو سبب الضمان من أنّه لو عصى المحرم المستعير وردّ الصيد إلى مالكه لم يكن ضامناً لا يصلح للشهادة ؛ إذ هو ما دام أنّه لم يعص لم يتمكّن من ردّ مال الغير إلى صاحبه ، فيكون في حكم المتلف ، وأمّا بعد العصيان فهو قد حصّل القدرة على الأداء ولا يصدق على وجوب الإرسال في الفرض المذكور إتلاف حكماً .

وأيضاً يمكن أن يناقش فيما ذكره الأُستاذ الأعظم في ردّ القول بالضمان من أنّ إيجاب الإرسال يوجب امتناع أداء المال إلى مالكه بأنّه لا يترتّب على وجوب الإرسال نفس الضمان ، بل يترتّب عليه إيجاد سبب الضمان ، وهو الإتلاف الثابت بالإرسال ، فما دام أنّه لم يرسله لا يكون ضامناً .

وجه النقاش أنّ عدم التمكّن من ردّ مال الغير إليه ولو شرعاً ، فهو يكون سبباً للضمان عند المتشرّعة .

واستدلّ الميرزا النائينيّ ﷺ على ما نسب إليه على الضمان بأنّ أخذ المحرم له يكون مصداقاً لإتلاف الصيد على مالكه فيكون ضامناً له .

. . . . . .

وفيه: أنّه أثبت أنّ الإتلاف موجب للضمان، ومحلّ الكلام في التلف بما هو تلف. هذا **أوّلاً**.

وثانياً: ما أجاب عنه الأستاذ الأعظم بأنّه لا دليل على مخرجيّة أخذ المحرم للصيد عن ملك مالكه، وإنّما الثابت أنّ المحرم لا يملك الصيد، ولذا لو صاد وهو محلّ ثمّ أحرم خرج الصيد عن ملكه، وبون بعيد بين الأمرين.

وفيه: أنّه يمكن أن يقال: إنّ أخذ المحرم الصيد بما هو لا يكون مخرجاً للصيد عن ملك مالكه بما هو أخذ له، ولكن حيث إنّه بمجرّد أخذه يتوجّه إليه الأمر بإتلافه وعدم جواز ردّه إلى مالكه، يمكن أن يصدق عليه أنّه من باب أسباب الضمان.

فتحصّل إلى هنا: أنّ الحقّ هو القول بالضمان بتلف الصيد عند المحرم المستعير ولو باعتبار عدم التمكّن من ردّ المال إلى صاحبه، خلافاً للأستاذ الأعظم الذي قال: الصحيح هو القول بعدم الضمان.

وأمّا إذا قلنا بأنّ إرسال الصيد يوجب ضمان الصيد، فهل يوجبه مطلقاً أم يختصّ ذلك بصورة جهل المعير بالحال؟

ذهب السيّد اليزديّ ﷺ إلى أنّه يختصّ بصورة الجهل؛ إذ الدافع مع علمه بالحال يكون متلفاً لماله بدفعه إلى من هو مكلّف شرعاً بالإتلاف، فلا وجه لضمان المستعير.

وأجاب عنه الأستاذ الأعظم: أنّ المعير وإن كان عالماً بأنّه لو دفع الصيد إلى المستعير فهو موظّف شرعاً بالإتلاف، إلّا أنّ الإتلاف مستند إلى المستعير؛ لأنّه بعد ما استعار الصيد من المحلّ فقد أتلفه باختياره، فيثبت عليه الضمان.

وفيه: أنّه بعد ما استعار الصيد من المُحلّ فهو مجبور بإرساله شرعاً، وإنّما يكون

ملزماً بإتلافه ، وليس مختاراً فيه بعد ما ثبت من أنّ الامتناع الشرعيّ كالامتناع العقليّ .

قال السيّد اليزديّ ﷺ[1] : « أنّ الحكم بثبوت الضمان يتمّ لو كان الإرسال الذي لا ينفكّ عن الإتلاف عادة واجباً على المستعير ، ولكنّ الحقّ أنّه ليس بواجب ، بل أنّ إمساك الصيد حرام ، وهو لا يدلّ على وجوب الإتلاف » .

وفيه : أنّ بعض روايات الباب مشتملة على جملة « فخلّ سبيلها » ، فهو كالصريح في وجوب الإرسال ، والتحقيق في الموضوع المذكور موكول إلى مبحث الحجّ ، فلاحظ ما كتبه مقرّر بحثنا في منهاج الناسك .

(١) حاشية المكاسب : ٤٦٠ .

ويشكل [١] اطّراد القاعدة أيضاً [٢] في البيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها [٣]،

هل تنتقض القاعدة بالبيع الفاسد بالنسبة إلى المنافع غير المستوفاة ؟

[١] هذا نقض ثانٍ على قاعدة «ما لا يضمن».

[٢] أي كما يشكل اطّراد قاعدة «ما لا يضمن» بالصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ، كذلك ينتقض اطّرادها بالبيع الفاسد بالنسبة إلى المنافع غير المستوفاة، فلا تكون هذه القاعدة مطّردة، أي جامعة للأفراد، بمعنى أنّ قاعدة «ما لا يضمن» لا تكون قاعدة كلّيّة حتّى يرجع إليها في كلّ عقد لا يضمن بصحيحه.

[٣] توضيحه: أنّ الذي اشترى شيئاً بالعقد الفاسد تارة يستوفي منافعه، كما إذا اشترى داراً فسكن فيها، ولا ريب في أنّه يضمن هذه المنافع التي استوفاها في العقد الصحيح والفاسد.

وأُخرى لا يستوفي منافعها، بل فاتت، كما إذا لم يسكن في الدار مع قابليّتها، وهذا الفرض هو مورد النقض في القاعدة، ويقال: إنّ مقتضى القاعدة «كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، مع أنّ هذه المنفعة الفائتة غير المستوفاة لا تضمن في العقد الصحيح، وتضمن في العقد الفاسد، فإذا فسخ العقد الصحيح بإعمال خيار أو بإقالة لم يكن المشتري ضامناً للمنفعة الفائتة، وإنّما عليه تسليم ما أخذه من المبيع واسترداد تمام الثمن من البائع.

وأمّا إذا كان العقد فاسداً، فقد حكم الفقهاء بأنّ المشتري يضمن المنفعة الفائتة في المدّة التي كانت الدار فيها تحت يده، فيجب عليه أن يؤدّي أُجرة المنفعة التالفة، وهذا التفصيل بين العقد الصحيح والفاسد، ـ وهو عدم الضمان في العقد الصحيح والضمان في العقد الفاسد ـ مخالف لقاعدة

فإنّ هذه المنافع [١] غير مضمونة [٢] في العقد الصحيح، مع أنّها [٣] مضمونة في العقد الفاسد، إلّا أن يقال [٤]: إنّ ضمان العين يستتبع ضمان

«ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

قال الأستاذ الأعظم: «لم نفهم وجهاً صحيحاً لتقييد المصنّف المنافع بغير المستوفاة، حيث قال: ويشكل اطّراد القاعدة في البيع الفاسد بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها؛ وذلك لأنّ المنافع المستوفاة أيضاً غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنّها مضمونة في العقد الفاسد، ثمّ شرع في توجيه التقييد المذكور حيث قال: ولعلّ وجه تقييدها بغير المستوفاة...»، لاحظ كلامه[1].

[١] أي المنافع غير المستوفاة.

[٢] إذ المشتري إذا اشترى شاة بعقد صحيح، ولم يشرب لبنها، لم يكن ضامناً لشيء في مقابل اللبن، فإنّ الثمن الذي أعطاه إنّما هو في مقابل عين الشاة لا في مقابل اللبن.

[٣] أي مع أنّ المنافع غير المستوفاة مضمونة في العقد الفاسد، وبهذا تنتقض قاعدة «كلّ ما لا يضمن بصحيحه...»؛ لما عرفت من أنّهم حكموا بعدم ضمان المنفعة غير المستوفاة في العقد الصحيح، وحكموا بضمانها في العقد الفاسد، وهذا التفصيل بينهما يكشف عن عدم كون «ما لا يضمن» قاعدة كلّيّة غير قابلة للنقض عليها حتّى يرجع إليها في كلّ عقد لم يضمن بصحيحه.

[٤] ملخّص هذا القول: أنّ النقض بالمنافع غير المستوفاة غير وارد على القاعدة؛ إذ لنا أن نقول بضمان المنافع غير المستوفاة، سواء كان العقد صحيحاً أو باطلاً. والسرّ فيه: أنّ البيع وإن كان تمليك عين بعوض، والمنافع خارجة عن

---

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١٠٨.

المنافع في العقد الصحيح والفاسد، وفيه [١] نظر؛ لأنّ [٢] نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح [٣]؛ لأنّ الثمن إنّما هو بإزاء العين دون المنافع.

حدود هذا المفهوم، ولا يشملها مفهوم البيع، فلا يكون داخلاً في عنوان «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، ولكنّ الصحيح أنّها تشمل ضمان المنافع أيضاً، فإنّ المنافع وإن لم تكن مقابلة بالمال فلا يشملها عنوان تمليك عين بعوض مباشرة، إلّا أنّها ملحوظة في مقام المعاوضة ومؤثّرة في رغبة المشتري عند شراء العين ودخيلة في زيادة قيمة العين عند العقلاء، وعليه فنماءات المبيع مضمونة على المشتري عقلائيّاً، بلا فرق بين العقد الصحيح والفاسد، وعلى هذا فلا يرد عليه النقض المذكور؛ إذ المفروض ضمان المنافع في العقد الصحيح والفاسد معاً.

[١] أي فيما ذكره القائل المذكور من أنّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع نظر، فإنّا نمنع كون ضمان المنافع تابعاً لضمان العين بحيث تكون المنافع مضمونة في كلّ ما تكون العين مضمونة.

[٢] أي إنّما قلنا بمنع كون ضمان المنافع تابعاً لضمان العين، فالدليل الدالّ على ضمان البيع بالعقد لا يدلّ على ضمان منافعها؛ لأنّ العقد الصحيح لا يقتضي ضمان منفعة المبيع حتّى يكون العقد الفاسد مقتضياً له، ولو كان المشتري ضامناً للمنفعة في البيع الفاسد لكان لدليل آخر، ولم يكن بمقتضى قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

[٣] أي إنّما قلنا إنّ العقد الصحيح لا يقتضي ضمان منفعة المبيع؛ لأنّ الثمن يبذل بإزاء نفس العين في العقد الصحيح لا بإزاء العين والمنافع معاً حتّى تكون مضمونة في العقد الصحيح.

وزبدة الكلام: أنّ المنافع خارجة عن مورد العقد، فالقاعدة لا نظر لها فيها، بل يرجع في ضمان المنفعة إلى قاعدة اليد أو قاعدة الاحترام، أو غيرهما.

وآخر الكلام: أنّ النقض بالمنافع غير المستوفاة في البيع الفاسد لا يرد على القاعدة؛ لأنّ موردها العين، فالمنفعة خارجة عن مورد العقد، والقاعدة ليست ناظرة إلى المنفعة؛ لما عرفت من أنّها ناظرة إلى مورد العقد.

«التحقيق»

في نقض قاعدة «ما لا يضمن» بالبيع الفاسد بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها

وملخّص هذا النقض: أنّ مقتضى القاعدة تبعيّة العقد الفاسد للصحيح في عدم الضمان، فكلّما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، وثبوت الملازمة بينهما، مع أنّا نرى عدم ثبوت الملازمة بين العقد الصحيح والفاسد في ضمان المنافع الفائتة، فإنّ هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنّها مضمونة في العقد الفاسد.

وتوضيحه: أنّ المشتري قد يستوفي منافع المبيع الذي اشتراه بالعقد الفاسد، كما إذا اشترى داراً بالبيع الفاسد فسكن فيها، ولا شبهة في كونه ضامناً لما استوفى من الدار في الفرض المذكور.

وقد لا يستوفي منافعه، بل فاتت تحت يده، كما إذا لم يسكن في الدار المذكورة، وهذه المنافع الفائتة غير مضمونة في العقد الصحيح، فإذا فسخ العقد الصحيح بإقالة ونحوها لم تكن منفعتها الفائتة مضمونة على المشتري، وإنّما هي

مضمونة في العقد الفاسد ، فعليه تسليم الدار للبائع وله استرداد تمام الثمن منه .

وإن شئت فقل : إذا كان البيع فاسداً ، فإنّهم حكموا بأنّ المشتري يضمن المنفعة الفائتة غير المستوفاة في المدّة التي كانت الدار تحت يده ، وهذا الحكم ـ وهو الحكم بضمان المنافع غير المستوفاة في البيع ـ منافٍ لقاعدة « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » ؛ لأنّ المفروض أنّهم حكموا بعدم ضمان المنافع غير المستوفاة في البيع الصحيح ، فإنّ عدم ضمان منافع المبيع بالبيع الصحيح يقتضي عدمه في البيع الفاسد بمقتضى الكبرى الكلّيّة ، وهي قاعدة « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » ، وهذا النقض يكون كاشفاً عن عدم تماميّة قاعدة « ما لا يضمن » كي تكون مرجعاً في كلّ عقد لا يضمن بصحيحه .

إن قلت : لا وجه لتقييد المنافع بغير المستوفاة ؛ وذلك لأنّ المنافع المستوفاة أيضاً غير مضمونة في العقد الصحيح ، مع أنّها مضمونة في العقد الفاسد .

قلت : لعلّ وجه تقييدها بغير المستوفاة هو : أنّ المنافع المستوفاة إذا كانت من الأعيان ـ كاللبن والصوف ـ فاستيفاؤها إتلاف لها ، فتكون مضمونة لأجل صدق الإتلاف عليها ، وإذا كانت من غير الأعيان ، فاستيفاؤها بمنزلة التلف عنده ، وعلى أي حال ، الحكم بالضمان مع الاستيفاء لا يكون نقضاً للقاعدة بناءً على أنّ موردها التلف دون الإتلاف .

إذن فينحصر مورد النقض بضمان المنافع غير المستوفاة ، كما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ ، ويقال : إنّهم حكموا بضمان المنافع غير المستوفاة في العقد الفاسد ، مع أنّها لم تكن مضمونة في العقد الصحيح ، فالحكم بالضمان في العقد الفاسد مع حكمهم بعدم الضمان في الصحيح نقض على قاعدة « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » .

وأُجيب عن النقض المذكور بما ملخّصه وهو: أنّا لا نسلّم تماميّة النقض المذكور؛ إذ هي متوقّفة على عدم كون المنافع غير المستوفاة مضمونة في العقد الصحيح، والحال أنّه ليس الأمر كذلك، بل انّها مضمونة في العقد الصحيح، فتكون داخلة في أصل القاعدة، فإنّ العقد الصحيح يقتضي ضمان العين مطابقة وضمان المنافع تبعاً. إذن فالمنافع الفائتة غير المستوفاة مضمونة بسبب العقد، فيكون داخلاً في أصل القاعدة لا في عكسها كي يكون النقض وارداً.

وأجاب عنه شيخنا الأنصاريّ ﷺ: بأنّا لا نسلّم أن يكون ضمان العين بسبب العقد الصحيح مستتبعاً لضمان المنافع بحيث يدلّ على ضمان المنافع في العقد الصحيح والفاسد؛ لأنّ الثمن في العقد الصحيح يبذل بإزاء العين من دون أن يقع شيء منه بإزاء المنافع حتّى تكون المنافع أيضاً مضمونة في العقد الصحيح، وعلى هذا فلا تدلّ القاعدة على ضمان المنافع في العقد الصحيح، فإنّها غير متعرّضة لها، فلا تكون المنافع مضمونة في البيع الصحيح لا أصالة ولا تبعاً، بل الضمان بالمسمّى مختصّ بالعين، فإذا لم تكن المنافع غير المستوفاة مضمونة في العقد الصحيح لا تكون مضمونة في العقد الفاسد بمقتضى «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

وآخر الكلام: أنّ النقض غير متوجّه على قاعدة «ما لا يضمن» لأنّها لا تدلّ على ضمان المنافع، فإنّها خارجة عن مورد العقد، والقاعدة تدلّ على ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وعكسه في مورد العقد.

وأجاب السيّد اليزديّ ﷺ عن جواب شيخنا الأنصاريّ ﷺ عن النقض الوارد على القاعدة بما حاصله: أنّ جواب الشيخ عن النقض غير تامّ، فإنّ ما ذكره من أنّ الثمن في البيع إنّما هو بإزاء العين دون المنافع وإن كان تامّاً، فإنّ المنافع وإن لم تكن مقابلة

بالمال، إلّا أنّها ملحوظة في القيمة وزيادة الثمن، وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة، ومن 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، إلّا أنّه ملحوظ في زيادة الثمن ونقصانه، فكأنّه مقابل بالمال، ولذا اشتهر أنّ للشرط قسطاً من الثمن، فتكون النتيجة أنّ المنافع غير المستوفاة في العقد الصحيح أيضاً موجبة للضمان، فلا تكون هذه المسألة نقضاً على القاعدة.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم: بأنّ دخل المنافع في زيادة الثمن ونقصانه لا يستلزم ضمانها وراء ضمان العين، كما أنّ الشروط لها دخل في زيادة القيمة مع أنّها خارجة عن حول القاعدة.

وأمّا ثبوت الضمان فيما ذكر من مثال الخياطة، فلأجل احترام العمل، واستناد تحقّقه في الخارج إلى أمر المشروط له، وعليه فلا صلة له بالمقام.

أقول: إنّ الإيراد الذي ذكره الأُستاذ الأعظم مأخوذ من كلام المحقّق الأصفهانيّ ﷺ[1] حيث قال: «إنّ هذا الذي ذكره بعض أجلّة المحشّين لا يحقّق الضمانين بالإضافة إلى المنفعة والعين والإشكال في كون المنافع مضمونة على حدّ ضمان العين في الفاسد، مع أنّها غير مضمونة في الصحيح. وبالنتيجة أنّ النقض يكون وارداً».

ثمّ إنّه ﷺ بعد الإجابة عمّا ذكره السيّد اليزديّ ﷺ من الجواب عن النقض قد تصدّى لبيان إثبات أنّ المنفعة أيضاً مضمونة بسبب عقد صحيح، حيث قال: «نعم، ربّما يتصوّر ضمان العين بنحو يكون متضمّناً لضمان المنافع الفائتة في الصحيح

(١) حاشية المكاسب: ٨٤.

والفاسد، كما إذا كانت العين لها أمد خاصّ وعمر مخصوص، فإذا مضى منه شهر ـ مثلاً ـ نقصت قيمة العين، فهذا النقص ملحوظ في الصحيح والفاسد، فلا فرق حينئذٍ بين القول بضمان العين والمنافع معاً أو ضمان العين تامّة.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم بأنّ مضيّ مدّة خاصّة من عمر العين وإن أوجب نقصاناً فيها، إلّا أنّ الضمان بالعين لا بالمنافع المستوفاة.

أقول: إنّ مضيّ مدّة وإن أوجبت نقص قيمة العين ظاهراً، إلّا أنّه بحسب اللبّ والواقع أوجبت تفويت المنافع المطلوبة، فإنّ الذي تلفت المنافع بيده يكون ضامناً للتالف، وهي المنفعة.

وقال المحقّق الأصفهانيّ ﷺ في تقريب عدم ورود النقض على القاعدة: «والحقّ أنّ الحمل في البيع كالعين في الإجارة خارج عن مورد العقد، فالعقد بالإضافة إلى ضمانه وعدمه لا اقتضاء له، فعدم كون المنافع غير مضمونة بالعقد لخروجها عن مورد العقد غير عدم كونها مضمونة مع كونها مورداً له، ومع ذلك لم تكن مضمونة، ومفاد قاعدة (ما لا يضمن) هو الثاني دون الأوّل».

وقال المحقّق النائينيّ ﷺ: «إنّ المدار في القاعدة على مورد العقد، فكلّ مورد من موارد عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ومورده في البيع هو نفس العين، فلا تقتضي القاعدة في حدّ نفسها ضمان المنافع، وإنّما هي في البيع الصحيح تابعة للعين بحكم الشارع بالتبعيّة، وفي البيع الفاسد حيث إنّ العين لم تنقل إلى القابض فيضمن منافعها على القاعدة، والنتيجة أنّ النقض غير وارد على القاعدة المستفاد منها أنّ كلّ بيع لا يضمن بصحيحه بالنسبة إلى العين التالفة لا يضمن بفاسده أيضاً بالنسبة إليها.

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم بالنقض فقط، وهو أنّه لو صحّ ما ذكره فلازمه الحكم

بالضمان فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة الفاسدة ؛ لأنّ المنافع في الهبة الصحيحة تابعة للعين ، وحيث إنّ العين لم تنقل في الهبة الفاسدة فتضمن منافعها .

وفيه : أنّه يمكن الالتزام بهذا اللازم ويقال : إنّ الهبة سواء كانت صحيحة أوفاسدة لا يضمن بها العين الموهوبة . نعم ، إنّ في الهبة الفاسدة يضمن المنافع بمقتضى اليد والإقدام ونحوهما .

وقال الأُستاذ الأعظم : « إنّ النقض غير وارد على القاعدة » . وتوضيحه : أنّ ملكيّة العين لا تلازم ملكيّة المنافع كما ذكره الميرزا النائنيّ ﷺ ؛ وذلك لأنّ النسبة بين تملّك المنافع وتملّك العين هي العموم من وجه ؛ إذ قد تملك المنافع دون العين ، كما في الإجارة ، وقد تملك العين دون المنافع ، كما إذا باعها مسلوبة المنفعة ، وقد يتملّكان معاً ، بل إنّ المنافع تملك بنفس السبب لملكيّة العين ، ففي الحقيقة كان الثمن بإزاء العين بالأصالة وبإزاء منافعها بالتّبع ، وعلى هذا فكلّ من العين والمنفعة مورد العقد ، غاية الأمر أنّ العين مورد للعقد بالأصالة والمنافع مورد له بالتّبع ، ومن الواضح أنّ عقد البيع ممّا يضمن بصحيحه وفاسده ، سواء في ذلك نفس البيع ومنافعه ، وإذن فلا وجه لتوهّم انتقاض القاعدة طرداً بالبيع الفاسد .

ويمكن [١] نقض القاعدة أيضاً [٢] بحمل [٣] المبيع فاسداً [٤] على ما صرّح به [٥]

---

[١] هذا نقض ثالث على قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

[٢] أي كما انتقضت القاعدة بالموارد الثلاثة المتقدّمة، كذلك يمكن نقضها بالمورد الآتي.

[٣] الجار متعلّق بقوله: «نقض»، أي يمكن نقض قاعدة «ما لا يضمن...» بحمل الحيوان المبيع الذي هو في بطنه فيما إذا كان البيع فاسداً.

وتوضيحه: أنّه إذا اشترى عمرو حيواناً من زيد بعشرة دراهم مثلاً، فإمّا أن يكون المبيع مؤلّفاً من الحمل والحامل بأن يقسّط الثمن عليهما، وإمّا أن يكون المبيع خصوص الأُمّ ويبقى الحمل أمانة عند المشتري إلى أن يسلّمه إلى البائع، فبناءً على الأوّل ـ وهو كون المبيع كليهما ـ يكون المشتري ضامناً لكلّ من الحمل والأُمّ لو تلفا، وإنّما النقض يكون وارداً بناءً على الثاني ـ أي كون المبيع خصوص الأُمّ ـ إذ بناءً على هذا يكون مقتضى القاعدة عدم ضمان الحمل لو تلف عند المشتري؛ لأنّه ممّا لا يضمن في البيع الصحيح، فيلزم أن لا يضمن في البيع الفاسد أيضاً، مع أنّهم حكموا بضمان هذا الحمل التالف في المبيع بالبيع الفاسد، وهذا يكون نقضاً على قاعدة «ما لا يضمن».

[٤] أي حال كون المبيع بالبيع الفاسد.

[٥] يعني أنّ ورود النقض بالحمل في بطن الحيوان على قاعدة «ما لا يضمن» مبنيّ على ما صرّح به الشيخ الطوسيّ ﷺ وغيره من ضمان الولد على المشتري لكون المبيع مؤلّفاً من الحمل والحامل. وأمّا على مبنى جماعة أُخرى القائلين بكون المبيع خصوص الأُمّ، فلا يكون النقض وارداً؛ لأنّه يتفرّع

في المبسوط [١] والشرائع [٢] والتذكرة [٣] والتحرير من [٤] كونه مضموناً على المشتري، خلافاً [٥] للشهيدين والمحقّق الثاني وبعض

عليه عدم ضمان الحمل.

[١] قال شيخ الطائفة: «من غصب جارية حاملاً ضمنها وحملها معاً، وولد المشتراة شراءً فاسداً مثل ذلك». بتقريب: أنّه ﷺ حكم بضمان الجارية المشتراة بالشراء الفاسد بالضمان، وبضمان حملها. وهذا يكون نقضاً على قاعدة «ما لا يضمن»؛ لأنّه ممّا لم يضمن في البيع الصحيح، ولكن حكم الشيخ بالضمان في العقد الفاسد.

[٢] قال المحقّق في الشرائع: «وكذا يضمن حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد».

[٣] قال العلّامة: «إذا اشترى شراءً فاسداً وجب عليه ردّه على مالكه؛ لعدم خروجه عنه بالبيع، ولو زادت العين في يد المشتري زيادة منفصلة ـ كالولد والثمرة ـ أو متّصلة ـ كالسمن ـ وجب عليه ردّ الزيادة أيضاً؛ لأنّها نماء ملك البائع فيتبع».

[٤] كلمة «من» بيان للموصول في قوله: «على ما صرّح»، أي على ما صرّح به الفقهاء من ضمان الحمل في الحيوان المبيع بالبيع الفاسد على المشتري، فيجب عليه إعطاء عوض الحمل إذا تلف، مع أنّ الحمل في رحم الحيوان غير مضمون على المشتري في البيع الصحيح، وهذا من موارد النقض على القاعدة.

[٥] أي حال كون الشهيدين والمحقّق الثاني (قدّهم) وغيرهم خالفوا الشيخ الطوسيّ والمحقّق والعلّامة في التذكرة والتحرير فيما صرّحوا به من ضمان الحمل إذا تلف، حيث حكموا بعدم الضمان.

آخر[١] تبعاً للعلّامة في القواعد، مع أنّ[٢] الحمل غير مضمون في البيع الصحيح؛ بناءً[٣] على أنّه للبائع، وعن الدروس توجيه كلام[٤] العلّامة

---

[١] كالمحقّق الأردبيليّ ﷺ، فإنّهم تبعوا في مخالفتهم العلّامة ﷺ في القواعد القائل فيه بعدم الضمان، فإنّه بناءً على قولهم بعدم ضمان الحمل في بيع الحامل ببيع فاسد لا يكون النقض المذكور نقضاً على قاعدة «ما لا يضمن»؛ لأنّ المشتري لا يضمن حمل المبيع بالبيع الفاسد، فيكون داخلاً تحت قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

[٢] أي صرّح الفقهاء ـ كشيخ الطائفة ﷺ وغيره ـ بكون المشتري ضامناً لحمل الحيوان المبيع بالبيع الفاسد، مع أنّ المشتري لا يكون ضامناً له في البيع الصحيح، وهذا هو مورد النقض على القاعدة؛ وذلك لأجل ضمان حمل المبيع الحيوان فيما إذا كان البيع فاسداً، مع عدم ضمانه في البيع الصحيح.

[٣] أي أنّ ما ذكرنا من أنّ حمل المبيع غير مضمون في البيع الصحيح مبنيّ على أن يكون الحمل باقياً في ملك البائع، بأن يكون المبيع خصوص الأُمّ، ويبقى الحمل أمانة عند المشتري إلى أن يولد فيسلّمه إلى البائع.

وأمّا بناءً على كون المبيع مؤلّفاً من الحمل والحامل يكون المشتري ضامناً لكلّ من الأُمّ وحملها، فلا يكون النقض وارداً، سواء كان البيع صحيحاً أو فاسداً.

[٤] يعني توجيه كلامه في التذكرة الحاكم فيه بضمان الحمل في البيع الفاسد، لا كلامه في القواعد الحاكم فيه بالعدم، أي وجّه الشهيد كلام العلّامة الذي يقول بضمان الحمل في بيع الحامل فاسداً في غير القواعد من كتبه، وحمل قوله بضمان الحمل على ما إذا اشترط المشتري على البائع دخول الحمل في البيع بأن يكون جزء المبيع، فيكون شأن الحمل شأن نفس الحامل، كما إذا قال

بما إذا اشترط الدخول في البيع، وحينئذٍ [١] لا نقض على القاعدة [٢].

المشتري: «اشتري هذه الشاة الحامل على أن يكون حملها لي» وقبله البائع.

[١] أي حينما اشترط المشتري دخول الحمل في المبيع يكون ضمان الحمل لأجل الشرط المذكور، فإنّه يكون مقتضى الاشتراط الذي يرجع لبّه إلى اشتراط الضمان، ولا يكون مقتضى نفس العقد كي يكون نقضاً على القاعدة المقتضية للضمان وعدمه بمقتضى نفس العقد.

[٢] لأنّه إذا كان ضمان الحمل في البيع الفاسد لأجل اشتراط دخول الحمل في المبيع لخرج بيع الحمل عن قاعدة «ما يضمن» و «ما لا يضمن» تخصّصاً؛ لأنّ موضوع القاعدة ما كان العقد بنفسه مقتضياً للضمان أو عدمه، والمفروض أنّ الضمان في مورد الحمل لم يكن بمقتضى ذات العقد كي يورد عليه بأنّه خلاف «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، ويكون نقضاً على القاعدة، بل إنّما كان الضمان لأمر خارج عن العقد وهو الشرط، فالضمان في المورد خارج عن القاعدة تخصّصاً وليس تخصيصاً للقاعدة كي ينتقض عليها بمورد الحمل ويقال: إنّها ليست مطّردة.

«التحقيق»

في أنّه هل تنتقض القاعدة بحمل المبيع فاسداً؟

وتوضيحه: إذا باع زيد حيواناً حاملاً ـ كشاة مثلاً ـ بعشرة دنانير، فتارة يكون البيع صحيحاً، وأُخرى فاسداً. فعلى الأوّل لا يكون الحمل مضموناً على المشتري بناءً على أنّه للبائع؛ إذ لو كان الحمل للمشتري في البيع الصحيح لكان مضموناً عليه ببعض الثمن؛ لكونه جزء المبيع، وإنّما الكلام بناءً على الثاني، وهو أن يكون البيع فاسداً، فوقع الكلام فيه في أنّ الحمل يكون مضموناً على المشتري أم لا، وقد

حكي عن الشيخ في المبسوط ، والمحقّق في الشرائع ، والعلّامة في التحرير ، انتقاض القاعدة ، حيث إنّه مضمون على المشتري ، مع أنّه غير مضمونٍ عليه في البيع الصحيح بناءً على أنّ الحمل للبائع ، وذهب بعضهم إلى أنّه غير مضمون عليه .

ويمكن أن يقال : إنّ النزاع بين المثبت والنافي نزاع لفظيّ ، وذلك كما عن الدروس بحمل كلام العلّامة على ما إذا اشترط دخول الحمل في البيع ، أي اشترط المشتري على مالك الحيوان الأُمّ جزئيّة الحمل للشاة المبيع ، فإنّ المشتري يضمن كلّاً من الأُمّ والحمل بالضمان المعاوضيّ ، فإذا تبيّن فساد البيع كان الحمل مضموناً من باب الاشتراط ، لا من باب اقتضاء البيع .

وقال الأُستاذ الأعظم[1] : أنّ هذا التوجيه قريب ، وحينئذٍ فلانقض على القاعدة ، وعليه فالنزاع بينهما لفظيّ ، فإنّ القائل بالضمان إنّما أراد صورة كون الحمل جزءاً من المبيع مع الشرط ، فإنّ الحكم بالضمان مع الشرط إنّما يكون لأجل اقتضاء الشرط له ، لا لاقتضاء ذات العقد ، ومن المعلوم أنّ مورد القاعدة اقتضاء نفس العقد للضمان وعدمه ، فما يكون ثابتاً بالشرط خارج عن القاعدة ، والقائل بعدم الضمان للحمل إنّما أراد صورة خروج الحمل عن المبيع ، فإنّه حينئذٍ يكون أمانة عند المشتري فلا يكون ضامناً له .

---

(١) مصباح الفقاهة : ٢ : ١١٠ .

ويمكن النقض [١] أيضاً بالشركة الفاسدة، بناءً [٢] على أنّه لا يجوز التصرّف بها [٣]، فأخذ المال المشترك حينئذٍ [٤] عدواناً موجب للضمان [٥]

---

[١] هذا إشارة إلى نقض خامس على قاعدة «ما لا يضمن». وتوضيح النقض هو: أنّ مقتضى قاعدة «ما لا يضمن» أنّ كلّ عقد لا يكون صحيحه مقتضياً للضمان لا يكون فاسده أيضاً مقتضياً له، مع أنّهم حكموا بالضمان في الشركة الفاسدة التي صحيحها لا يوجب الضمان، فانتقضت قاعدة «ما لا يضمن» بهذا المورد.

[٢] أي ورد هذا النقض على قاعدة «ما لا يضمن» بالقول بأنّ الشركة الفاسدة توجب الضمان، مع أنّ الشركة الصحيحة لا توجبه مبنيّ على عدم جواز التصرّف في المال المشترك بسبب الشركة الفاسدة، والوجه في عدم جواز التصرّف انتفاء الإذن في التصرّف مع فساد الشركة، كما أنّ الوجه في مقابله وهو جواز التصرّف بقاء الإذن في التصرّف مع فساد الشركة، وأمّا بناءً على جواز التصرّف لكلّ واحد من الشركاء والإذن في التصرّف مع فساد الشركة فإنّه لا يرد نقض على القاعدة؛ وذلك لعدم الضمان في الشركة الفاسدة أيضاً، كما أنّه لا يكون الضمان في الشركة الصحيحة.

[٣] أي بسبب الشركة الفاسدة.

[٤] أي حين فساد الشركة وانتفاء الإذن في التصرّف يكون أخذاً عدوانيّاً وموجباً للضمان؛ إذ مع بطلان الشركة لا يكون أخذ المال المشترك أمانة شرعيّة ولا مالكيّة فيكون عدواناً، فيضمنه الآخذ، وهو يكون نقضاً على قاعدة «ما لا يضمن»؛ إذ الشركة الفاسدة توجب الضمان مع أنّ الشركة الصحيحة لا توجبه.

« التحقيق »

هل تنتقض قاعدة ما لا يضمن بالشركة الفاسدة ؟

ربّما يقال نعم إنّها تنتقض بها بدعوى أنّ الشركة الفاسدة توجب الضمان وحرمة التصرّف في المال المشترك ، مع أنّ الشركة الصحيحة لا توجب الضمان ، فتنتقض قاعدة « كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » بالشركة الفاسدة .

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ : ويمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة بناءً على أنّه لا يجوز التصرّف بها ، فأخذ المال المشترك حينئذٍ عدواناً موجب للضمان .

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم[1] : بأنّ تفريع الضمان على الحكم التكليفيّ ـ أعني به حرمة التصرّف في مال الغير ـ واضح الفساد ؛ إذ لا ملازمة بينهما ؛ لأنّه بناءً على أنّ عقد الشركة لا يقتضي جواز التصرّف في المال المشترك وإن كان لا يجوز لكلّ من الشريكين أن يتصرّف في المال المشترك بدون إذن صاحبه ، إلّا أنّه لو تلف المال المزبور من غير تفريط من أحدهما لم يحكم بالضمان ؛ لأنّ كلّاً منهما قد فوّض زمام ماله إلى شريكه وجعله أميناً فيه ، ومن الواضح أنّه لا ضمان على الأمين ، ولا يفرّق في ذلك بين الشركة الصحيحة والفاسدة . إذن فلا وجه لتوهّم انتقاض القاعدة بذلك .

والحاصل : أنّ المقام يكون نظير ما لو وهبت الأمة بالهبة الفاسده فتلفت ، فلا ضمان لها ، مع أنّ التصرّف لم يكن جائزاً له في الواقع ، فالضمان في الشركة غير ثابت حتّى يردّ به النقض على القاعدة .

---

(١) مصباح الفقاهة : ٢ : ١١١ .

ثمّ إنّ مبنى هذه القضيّة السالبة [١] على ما تقدّم من كلام الشيخ في المبسوط هي [٢] الأولويّة ،وحاصلها [٣]: أنّ الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف [٤] بفاسده؟ وتوضيحه [٥]: أنّ الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان [٦] مع إمضاء الشارع له ،

---

[١] أي مدرك قاعدة « ما لا يضمن » . إلى هنا بيّن أنّ مدرك أصل القاعدة وهي « ما يضمن بصحيحه » قاعدة الإقدام . ومن هنا شرع في بيان مدرك عكس القاعدة ، وهو مدرك « ما لا يضمن » .

[٢] خبر لقوله : « إنّ مبنى . . . » ، أي مدرك قاعدة « ما لا يضمن » هي الأولويّة التي تظهر من عبارة المبسوط .

[٣] أي حاصل الأولويّة وملخّصها .

[٤] أي كيف يضمن بفاسد الرهن ، ملخّصه : أنّ الرهن الصحيح الذي فيه اقتضاء للضمان ومع ذلك لا يوجب الضمان فعلاً ، فالفاسد الذي ليس فيه اقتضاء الضمان ـ إمّا لعدم الإقدام ، أو لعدم إمضاء الشارع ـ إقدامه أولى بأن لا يوجب الضمان .

[٥] أي توضيح حاصل الأولويّة .

[٦] لأنّ سبب الضمان في العقود الصحيحة إمّا يكون إقدام المتعاقدين على صيرورة مال كلّ منهما مضموناً بمال الآخر ، وإمّا يكون إمضاء الشارع لما أقدما عليه ، وكلاهما منتفيان في مثل الرهن الصحيح ، بمعنى أنّ الإقدام على الضمان ، وكذا إمضاء الشارع لما أقدما عليه منتفيان . أمّا انتفاء إقدام المتعاملين على الضمان بالمسمّى في الرهن الصحيح ، فلأنّ تسليم الراهن العين المرهونة إلى المرتهن إنّما يكون بقصد كونها وثيقة عنده فتكون أمانة عنده ، فبعد كون المرتهن أميناً ليس عليه إلّا اليمين ، وليس على المحسنين

فالفاسد [١] الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثّر في الضمان؛ لأنّ أثر الضمان إمّا من [٢] الإقدام على الضمان، والمفروض عدمه [٣]، وإلّا [٤] لضمن بصحيحه، وإمّا [٥] من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، والمفروض أنّها [٦] لا تؤثّر شيئاً،

من سبيل، وأمّا انتفاء إمضاء الشارع للضمان؛ فلأنّ إمضاء الشارع في المعاملات إمضاء لما التزم به المتعاملان، وما التزم به الراهن في المقام بناؤه على تسليم العين إلى المرتهن بعنوان الأمانة كي تكون وثيقة له، فمعنى إمضاء الشارع الرهن المذكور إمضاء لما أقدم عليه الراهن من تسليم العين المرهونة إلى المرتهن بلا عوض، ومن دون أن يكون ضامناً له لو تلفت العين عنده.

[١] أي العقد الفاسد الذي لم يكن ممض من قِبل الشارع، ووجوده كعدمه لا يؤثّر في الضمان بالأولويّة القطعيّة.

[٢] كلمة «من» نشويّة، أي أنّ الضمان إمّا ناش من الإقدام وأثر له.

[٣] أي أنّ الإقدام في مثل الرهن لا يكون أثره الضمان؛ لما عرفت من أنّ تسليم العين إلى المرتهن ليس تمليك العين بعوض، بل هو عبارة عن تسليم العين إليه بقصد كونها وثيقة عنده فتكون يده أمانيّة فلا مقتضى للضمان.

[٤] أي لو كان إقدام المتعاملين كالراهن والمرتهن على الضمان لكان الرهن الصحيح مقتضياً للضمان، وقد عرفت خلافه.

[٥] عدل لقوله: «إمّا من الإقدام»، أي إمّا أنّ الضمان يكون ناشئاً من حكم الشارع بالضمان بسبب الرهن الفاسد مثلاً.

[٦] أي أنّ المعاملة الفاسدة وجودها كعدمها، ولا يترتّب عليها أيّ أثر لا الضمان ولا غيره، وترتّب الأثر على الرهن مثلاً مع فرض فساده خلف، وهو لا يجتمع

ووجه الأولويّة [١]:

مع الفساد؛ إذ معنى الفساد لغويّة العقد الفاسد وكونه كالعدم، وترتّب الضمان عليه عدم لغويّته، وعدم كونه كالعدم، وهو خلف وتناقض.

[١] في هذه العبارة غموض يحتاج إلى التأمّل فيها، وبيان المراد منها بأنّه هل المراد من الأولويّة أولويّة الرهن الفاسد بعدم الضمان من البيع الفاسد الذي يضمن بصحيحه، أو أولويّة الرهن الفاسد بعدم الضمان من الرهن الذي لا يضمن بصحيحه؟ الظاهر من عبارة شيخنا الأنصاريّ ﷺ ـ كما يستظهر من توضيح المتن ـ هو الاحتمال الأوّل، بمعنى أنّ المراد منها أولويّة الرهن الفاسد بعدم الضمان من البيع الفاسد الذي يضمن بصحيحه.

قال الشهيديّ[1]: «قد يقال في شرح العبارة: أنّ مقابل الأولى الذي هو عبارة عن العقد الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه، عبارة عن العقد الفاسد ممّا يضمن بصحيحه، فيكون حاصل ما ذكره في وجه أولويّة عدم الضمان في مورد الرهن الفاسد ـ الذي لا يضمن بصحيحه من عدم الضمان في البيع الفاسد الذي يضمن بصحيحه ـ هو إمكان دعوى كون صحّة ما أقدما عليه من الضمان الخاصّ شرعاً هو السبب للضمان في العقد الصحيح، كعقد البيع، فينتفي الضمان في فاسده مع اشتراكه مع هذا الصحيح في تمام الجهات عدا جهة الصحّة والفساد؛ وذلك لانتفاء سبب الضمان فيه، وهو صحّة ما أقدما عليه من الضمان لفرض عدم إمضاء الشارع لما أقدما عليه، فإذا كان الفاسد ممّا يضمن بصحيحه غير مضمون به، فالفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه مع التفاوت بين هذا الفاسد وبين الصحيح ـ الذي كان صحّته سبباً للضمان، وهو

---

(١) حاشية المكاسب: ٢١٨.

الصحيح من العقد المعاوضيّ في غير جهة الصحّة والفساد ـ أيضاً مثل الرهن ، لا يكون مضموناً به بطريق أوْلى ، وهذا التوجيه إن كان يساعد عليه ظاهر قوله : إذا كان مفيداً للضمان ، وقوله : من أقدم على ضمان خاصّ والشارع لم يمضه ، كما لعلّه غير خفيّ على العارف ، إلّا أنّه لا يساعد عليه كلام الشيخ في المبسوط ، فإنّه ظاهر وصريح في كون الطرف المقابل للفاسد ممّا لا يضمن هو الصحيح منه ، ولكن لا يساعد ... ـ إلى أن قال : ـ إنّ العبارة غير صافية عن الإشكال ، فلا بدّ من مزيد التأمّل في فهم المراد منها » .

وقال المحقّق الأصفهانيّ[1] : « إنّ مقتضى العبارة أنّ العقد الفاسد أوْلى بعدم الضمان من الصحيح » ، وظاهر توجيه المصنّف ﷺ أولويّة فاسد ما لا يضمن بصحيحه من فاسد ما يضمن بصحيحه بعدم الضمان ؛ لأنّ ما ذكره ﷺ ليس إلّا أنّ الصحيح ربّما يقتضي الضمان للإقدام والإمضاء ، وفاسده لا يقتضي الضمان لعدم الإقدام على طبيعيّ العوض ، وعدم إمضاء الخاصّ المقدم عليه ، فإذا كان فاسد ما يضمن بصحيحه مع ترقّب الضمان منه لكونه على طبع صحيحه لا يقتضي الضمان ، ففاسد ما لا يضمن بصحيحه الذي لا يترقّب منه الضمان بوجه لعدم الإقدام وعدم الإمضاء أوْلى بأن لا يقتضي الضمان ، فهذا في الحقيقة ينتج أولويّة فاسد عقد من فاسد عقد آخر في عدم الضمان ، مع أنّ ظاهر العباره بناءً على إرادة الأولويّة دون التعجّب أولويّة فاسد عقد من صحيحه في عدم الضمان ، فلا بدّ من التكلّف في توجيه الأولويّة التي ادّعاها المصنّف ﷺ بأن يقال : الملحوظ طبيعي الصحيح ، وأنّ

(١) حاشية المكاسب : ٨٥.

أنّ الصحيح [١] إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال: إنّ الضمان من مقتضيات الصحيح [٢]

طبيعيّ الصحيح الذي فيه اقتضاء الضمان، ومع ذلك لم يوجب الضمان فعلاً، فالفاسد الذي ليس فيه اقتضاء الضمان ـ إمّا لعدم إقدام مضمّن، أو لعدم إمضاء مضمّن ـ أوْلى بأن لا يوجب الضمان.

وقال المحقّق الايروانيّ[1]: «ينبغي تقرير الأولويّة هكذا: إنّ صحيح العقد الذي كان فيه إقدام على الضمان ليس في فاسده إقدام؛ لما عرفت من أنّ الإقدام حاصل على المسمّى، ولا ضمان به، وما به الضمان ـ وهو المثل أو القيمة ـ لا إقدام عليه، فإذا كان هذا حال ما كان الإقدام في صحيحه على الضمان موجوداً فكيف ما لا إقدام في صحيحه على الضمان، فإنّه لأحرى أن لا يكون في فساده إقدام».

[١] خبر لقوله: «ووجه الأولويّة»، أي وجه أولويّة العقد الفاسد كالرهن الفاسد ـ بعدم الضمان من العقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه، فإذا لم يكن العقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه موجباً للضمان كالبيع لم يكن العقد الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه موجباً له بالأولويّة ـ هو أنّ العقد الصحيح كالبيع إذا كان مفيداً للضمان لأنّ المتعاقدين قد أقدما على ضمان المسمّى في العقد الصحيح والشارع أيضاً قد أمضى ما أقدما عليه كان الضمان من آثار العقد الصحيح فقط؛ لأنّ سببي الضمان ـ وهما الإقدام عليه، وإمضاء الشارع للإقدام ـ يختصّان بخصوص العقد الصحيح.

[٢] فلا يجري الضمان في العقد الفاسد؛ وذلك لعدم إمضاء الشارع الضمان

---

(١) حاشية المكاسب: ٩٥.

فلا يجري في الفاسد [١]؛ لكونه [٢] لغواً غير مؤثّر على ما سبق تقريبه [٣] من [٤] أنّه [٥] أقدم على ضمان خاصّ والشارع لم يمضه [٦]، فيرتفع أصل الضمان [٧]، لكن يخدشها [٨]

بالمسمّى، وعدم تحقّق الإقدام بطبيعيّ العوض.

[١] أي لا يكون العقد الفاسد مقتضياً للضمان.

[٢] لكون العقد الفاسد وجوده كعدمه، فلا يكون مقتضياً للضمان.

[٣] أي تقريب عدم الضمان في العقد الفاسد.

[٤] بيان للموصول في قوله: «على ما سبق».

[٥] أي أنّ كلّ واحد من المتعاملين إنّما أقدم على ضمان خاصّ، وهو الضمان بالبدل المسمّى في العقد المعاوضيّ.

[٦] أي الشارع لم يمضِ إقدامه على ضمان خاصّ، كضمانه بالمثل.

[٧] أي يرتفع مطلق الضمان حتّى الضمان بالمثل أو القيمة؛ إذ المفروض أنّ ما أقدما عليه من الضمان بالبدل المسمّى لم يكن ممضىً من قِبل الشارع، فلا يكون مقتضياً للضمان. وأمّا الضمان بالمثل أو القيمة، فلم يقدما عليه كي يكون هو مقتضياً لضمانهما، فإذا ارتفع أصل الضمان في العقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه، فكيف حال العقد الذي لا يضمن بصحيحه، فإنّه لا يوجب الضمان بالأوْلى؟

إن شئت فقل: إذا لم يوجب الإقدام في العقد الفاسد الضمان مع أنّ لصحيحه اقتضاءً في ذلك، لم يوجب ذلك في العقد الفاسد الذي لم يكن اقتضاء له في صحيحه ـ كالرهن ـ بالأولويّة.

[٨] أي يخدش أولويّة عدم الضمان في العقد الفاسد الذي لم يكن صحيحه

أنّه [١] يجوز أن يكون صحّة الرهن والإجارة

مقتضياً للضمان كالرهن.

قال الشهيديّ: «أنّ مبنى الأولويّة ـ وهو إمكان كون علّة الضمان في الصحيح المفيد للضمان هو الصحّة وإمضاء الشارع لما أقدما عليه ـ معارض بإمكان دعوى أنّ الصحّة في العقد الصحيح غير المفيد للضمان ـ كالرهن والإجارة بالنسبة إلى العين المستأجرة ـ وإمضاء الشارع لما أقدما عليه من التسليط المجّانيّ هو السبب في ارتفاع الضمان وعدم تأثير القبض فيه، فلا يجري في العقد الفاسد؛ لعدم إمضاء الشارع للتسليط المجّانيّ على ما هو معنى الفساد، فلا أولويّة.

وملخّص الكلام: أنّا لا نسلّم أن يكون انتفاء الضمان في العقد الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه أوْلى من انتفاء الضمان في العقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه، بل لكلّ من العقد الصحيح والفاسد أولويّة ترفع أولويّة الفاسد من الصحيح في عدم الضمان، أمّا وجه أولويّة انتفاء الضمان في العقد الفاسد لا يضمن بصحيحه، كالرهن الفاسد من العقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه كالبيع هو انتفاء كلّ من الإقدام على الضمان والإمضاء في العقد الذي لا يضمن بصحيحه. وأمّا وجه أولويّة انتفاء الضمان في العقد الصحيح، لأنّ الإمضاء المقتضي للسلطنة الشرعيّة الرافعة للضمان مختصّ بالعقد الصحيح.

[١] الجملة مرفوعة محلّاً على أنّها فاعل لقوله: «يخدشها» والضمير للشأن، أي يخدش الأولويّة المدّعاة، وهي أولويّة الرهن الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه بعدم الضمان من البيع الفاسد الذي يضمن بصحيحه، بدعوى أنّ الرهن الفاسد لا يتوقّع ترتّب الضمان عليه؛ وذلك لانتفاء كلّ من الإقدام على الضمان والإمضاء من قِبل الشارع، ولو في الرهن الصحيح ـ بأنّه غير المفيد

المستلزمة [١] لتسلّط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً مؤثّرة [٢] في رفع الضمان، بخلاف [٣] الفاسد الذي لا يوجب تسلّطاً لهما على العين، فلا أولويّة [٤].

للضمان، كالرهن والأمارة ـ بالنسبة إلى العين المستأجرة ـ وإمضاء الشارع لما أقدما عليه من التسليط المجّانيّ هو السبب الرافع للضمان، ولا يجري في العقد الفاسد؛ لعدم إمضاء الشارع للتسليط المجّانيّ. إذن لا أولويّة لأحدهما على الآخر.

[١] صفة لقوله: «صحّة الرهن والإجارة»، أي أنّ صحّة الرهن مستلزمة لتسلّط المرتهن على العين المرهونة شرعاً، فمعنى تسلّطه شرعاً عليها كونها أمانة شرعيّة عنده، فمعه لا وجه للضمان في الرهن الصحيح؛ لأنّ الأمين سواء كان أميناً بحكم الشارع أو منصوباً من قِبل المالك لا يكون ضامناً، وهكذا الأمر في الإجارة، فإنّ صحّة الإجارة مستلزمة لتسلّط المستأجر على العين المستأجرة شرعاً، فتكون هي أمانة شرعيّة ومالكيّة عنده.

[٢] خبر لـ«يكون» في قوله: «أن يكون صحّة الرهن»، أي تكون صحّة الرهن مؤثّرة في رفع الضمان؛ إذ هي تقتضي السلطنة الشرعيّة الرافعة للضمان، فتكون يد المرتهن والمستأجر يداً إذنيّة من المالك والشارع جميعاً، فلا مقتضي للضمان.

[٣] أي العقد الصحيح يكون بخلاف العقد الفاسد؛ لما عرفت من أنّ صحّة العقد كالرهن الصحيح؛ لأجل استلزامها لتسلّط المرتهن على العين، مؤثّرة في رفع الضمان، وأمّا العقد الفاسد فإنّه يكون بخلاف العقد الصحيح، حيث إنّه لا يوجب تسلّط المرتهن والمستأجر في العين، فلا يكون مؤثّراً في رفع الضمان.

[٤] أي لا أولويّة للعقد الفاسد من العقد الصحيح في عدم الضمان؛ لما عرفت

فإن قلت [١]: إنّ الفاسد وإن [٢] لم يكن له دخل في الضمان، إلّا أنّ

من أنّ لكلّ من العقد الصحيح والفاسد أولويّة من جهة، فيكون العقد الصحيح والفاسد متساويين بالنسبة إلى عدم الضمان، ومعه لا يبقى مجال لأولويّة العقد الفاسد من العقد الصحيح في عدم الضمان، أمّا أولويّة العقد الفاسد في عدم الضمان، فهي كما عرفت عبارة عن عدم إقدام على الضمان، وعدم وجود إمضاء من الشارع على الإقدام كي يكون مضمّناً.

وأمّا أولويّة العقد الصحيح في عدم الضمان من العقد الفاسد فهي أنّ صحّة العقد المستلزمة لتسليط المالك على تسليط المشتري مؤثّرة في رفع الضمان، وبالنتيجة لا أولويّة للعقد الفاسد في عدم الضمان على العقد الصحيح.

[١] لا ملاءمة بين هذا السؤال وبين العبارة السابقة المتّصلة به، فلا بدّ أن تكون ناظرة إلى ما ذكره في توضيح مبنى تلك القضيّة السابقة قبل قوله: «لكن يخدشها» بقوله: «ثمّ إنّ مبنى هذه القضيّة السالبة...».

وملخّصه: أنّا نمنع مساواة العقد الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه للعقد الصحيح في عدم الضمان فضلاً عن أولويّة الفاسد من الصحيح في عدم الضمان. **وبعبارة واضحة**: أنّ سبب الضمان غير منحصر في الإقدام وإمضاء الشارع له حتّى يقال بتساوي العقد الصحيح والعقد الفاسد في علّة عدم الضمان، وهي عدم الإقدام على الضمان، وعدم الإمضاء له، بل للضمان سبب آخر، كما سيأتي توضيحه في المتن.

[٢] كلمة «إن» وصليّة، أي إنّ العقد الفاسد وإن لم يكن مقتضياً للضمان وذلك لأجل انتفاء سبب الضمان فيه، وهو إقدام المالك على الضمان، وإمضاء الشارع له، فيكون الفاسد مساوياً للعقد الصحيح من هذه الناحية، إلّا أنّ سبب الضمان غير منحصر بالإقدام والإمضاء كي يقال بتساوي العقد الصحيح

مقتضى عموم « على اليد » هو الضمان [١] خرج منه [٢] المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض ، وبقى الباقي [٣].
قلت [٤]:

والفاسد في علّة عدم الضمان ، وهي الإقدام ، وإمضاء الشارع له ، بل للضمان في مورد فساد العقد سبب آخر أيضاً ، وهو يختصّ به ، فيكون الضمان ثابتاً في العقد الفاسد دون العقد الصحيح .

[١] سواء كان في مورد العقد الصحيح أو الفاسد .

[٢] أي خرج من عموم قاعدة « على اليد » موارد المقبوض بالعقود الصحيحة التي لا ضمان في مواردها ،كالرهن والوديعة والمضاربة ، وبقيت موارد العقود الفاسدة وغيرها باقيةً تحت عموم « على اليد » الدالّ على الضمان ، وبهذا الذي ذكرناه عرفت عدم التساوي بين العقد الصحيح والفاسد ، بل العقد الفاسد أوْلى بالضمان من الصحيح لأجل وجود هذا العموم الدالّ على الضمان في مورد العقد الفاسد .

[٣] أي بقيت موارد غير المقبوض بالعقود الصحيحة تحت عموم على اليد الدالّ على الضمان والعقد الفاسد ممّا بقى تحته .

وملخّص الكلام : هو الحكم بالضمان في موارد العقود الفاسدة دون الصحيحة ، والمساواة بينهما في عدم الضمان غير ثابتة .

[٤] وملخّصه : أنّ ما ذكرت ـ في إثبات عدم مساواة العقد الفاسد في قوله : « ممّا لا يضمن بصحيحه » للعقد الصحيح في عدم الضمان ، فضلاً عن أولويّة الفاسد منه ، وقلت بشمول قاعدة « على اليد » المقتضية للضمان في مورد العقد الفاسد دون الصحيح ـ غير تامّ ، فإنّ نفس الدليل ـ الدالّ على تخصيص عموم على اليد في المقبوض بالعقود الصحيحة ـ مخصّص له في المقبوض

ما خرج به [١] المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به [٢] المقبوض بفاسدها [٣]، وهي [٤] عموم ما دلّ على أنّ من لم يضمّنه [٥] المالك، سواء ملّكه [٦]

بالعقود الفاسدة أيضاً.

[١] أي الدليل الذي أخرج المقبوض بالعقود الصحيحة عن تحت عموم قاعدة «على اليد» الدالّة على الضمان أخرج المقبوض بالعقود الفاسدة أيضاً عن عموم قاعدة «على اليد» الدالّة على الضمان.

[٢] الضمير هنا وكلمة «به» المتقدّمة راجعان إلى الموصول الذي يراد به الدليل المخصّص.

[٣] أي يخرج بالمخصّص المذكور المقبوض بالعقود الفاسدة أيضاً؛ وذلك لعدم وجه لاختصاص الدليل المخرج بأحد الموردين دون الآخر، فالمخصّص لعموم «على اليد» في العقود الصحيحة موجود في العقود الفاسدة أيضاً، فيخصّص به العموم في العقود الفاسدة أيضاً.

[٤] الأنسب أن يقال: «وهو» كي يرجع إلى لفظ الموصول في قوله: «ما خرج»، أي الدليل المخرج ـ للمقبوض بالعقد الفاسد، والصحيح ـ عبارة عن الدليل الدالّ على عدم ضمان المقبوض فيما لم يعط ماله بقصد التضمين.

[٥] مضارع باب التفعيل، أي لم يعط المالك ماله بقصد تضمين الآخذ، ولم يجعله ضامناً لما أخذه، بل استأمنه على ملكه وجعله عنده أمانة.

[٦] ماضٍ من باب التفعيل، أي سواء ملّك المالك ماله للآخذ مجّاناً وبغير عوض، والضمير الفاعل المستتر في قوله: «ملّكه» يرجع إلى المالك، والضمير المتّصل الذي هو المفعول الأوّل لقوله: «ملّكه» يرجع إلى كلمة «من»، والضمير المنصوب المنفصل الذي هو المفعول الثاني يرجع إلى المال.

إيّاه بغير عوض ، أو [١] سلّطه على الانتفاع به ، أو [٢] استأمنه عليه لحفظه ، أو [٣] دفعه إليه لاستيفاء حقّه ، أو العمل فيه [٤] بلا أُجرة أو معها ، أو غير ذلك [٥] ،

ولا يخفى أنّ عدم تضمين المالك للشخص الآخذ ماله يتصوّر على صور :

الصورة الأُولى : ما أشار إليه بقوله : « ملّكه إيّاه بغير عوض » ، أي الصورة الأُولى من صور عدم تضمين المالك ما إذا ملّك المالك ماله للغير مجّاناً كالهبة ، فإنّ الواهب ملّك ماله للموهوب مجّاناً .

[١] هذه إشارة إلى الصورة الثانية من صور عدم تضمين المالك ، وهي أن يسلّط المالك الشخص الآخذ على الانتفاع بماله ، وذلك في العارية ، فإنّ المالك المعير يسلّط المستعير على العين المملوكة له لأن ينتفع بها .

[٢] هذه إشارة إلى الصورة الثالثة من صور عدم تضمين المالك ، وهي ما لو سلّط المالك على ماله شخصاً بمعنى استأمنه على ماله لحفظه ، كما في الوديعة ، فإنّها استئمان لحفظ المال عن الضياع .

[٣] أي دفع المالك ماله إلى الغير لتوقّف استيفاء الغير حقّه المتعلّق بهذا المال أن يدفع المال إليه كي يتمكّن من استيفاء حقّه منه ، كما في إجارة الأعيان ، فإنّ المؤجر يسلّط المستأجر على العين المستأجرة ليستوفي حقّه منها ، وهذا إشارة إلى الصورة الرابعة من صور عدم تضمين المالك ماله المعطى إلى غيره .

[٤] أي أن يدفع المالك ماله إلى شخص لكي يعمل فيه ، كما لو أعطى القماش إلى الخيّاط ليخيطه ثوباً تبرّعاً منه بالخياطة ، أو بإزاء أُجرة معيّنة . وهذا إشارة إلى الصورة الخامسة من صور عدم تضمين المالك ماله الذي أعطى غيره .

[٥] أي غير المذكور من الموارد التي لم يجعل المالك غيره ضامناً بإعطاء ماله إليه .

فهو [١] غير ضامن ، أمّا [٢] في غير التمليك بلا عوض ـ أعني [٣] الهبة ـ فالدليل المخصّص لقاعدة الضمان [٤] عموم [٥] ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن ،

---

[١] جواب الشرط في قوله : « من لم يضمّنة » ، أي عموم ما دلّ على أنّ من لم يضمّنه المالك فهو غير ضامن دلّ على المساواة بين العقد الصحيح والفاسد في عدم الضمان .

[٢] لمّا بيّن أنّ عموم ما دلّ على أنّ من لم يضمّنه المالك فهو غير ضامن مخصّص لعموم قاعدة « على اليد » ، ويدلّ على عدم الضمان ، بلا فرق بين المقبوض بالعقود الفاسدة والصحيحة أراد أن يذكر تفصيل ذلك وقال : « أمّا في غير التمليك بالعوض » كالوجوه الأربعة المتقدّمة من العارية والوديعة والأمانة والإجارة ، فالدليل المقيّد لعموم قاعدة « على اليد » الدالّة على الضمان ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك لا يضمن ، فهو يدلّ على عدم الضمان في الموارد المذكورة .

[٣] أعني بالتمليك بلا عوض الهبة غير المعوّضة ، أي المخصّص لقاعد الضمان في غير مورد التمليك بلا عوض ، كالموارد الأربعة المذكورة عموم ما دلّ على أنّ الأمين لا يضمن .

[٤] وهي قاعدة اليد المقتضية للضمان في كلّ يد استولت على ملك الغير .

[٥] خبر لقوله : « فالدليل » ، أي الدليل المخصّص لعموم قاعدة « على اليد » عبارة عن الرواية الدالّة على عدم ضمان الأمين ، وليس عليه إلّا اليمين ، ويشمله قوله : ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[١] .

---

(١) التوبة ٩: ٩١.

بل ليس لك [١] أن تتّهمه. وأمّا في الهبة الفاسدة [٢]، فيمكن الاستدلال على خروجها [٣] من عموم اليد بفحوى [٤] ما دلّ على خروج مورد الاستئمان [٥]، فإنّ [٦] استئمان المالك لغيره

---

[١] أي ليس لك أيّها المالك أن تتّهم الأمين.

[٢] أي التمليك بغير عوض، كالهبة الفاسدة.

[٣] أي على خروج الهبة الفاسدة عن عموم قاعدة «على اليد» الدالّة على الضمان.

[٤] الجار متعلّق بقوله: «الاستدلال»، أي يمكن الاستدلال بعدم الضمان في الهبة الفاسدة بفحوى قوله: «من استأمنه على ملكه فهو غير ضامن»، فإنّ الحديث المذكور وإن لم يدلّ على عدم الضمان في الهبة الفاسدة بمنطوقه؛ وذلك لعدم صدق الأمانة في باب الهبة لكونها رافعة للملك، ولا تكون العين أمانة بيد المتّهب، بل هي ملكه بخلاف العارية والوكالة والمضاربة والوديعة ونحوها، فإنّها من مصاديق عموم ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، إلّا أنّه يدلّ عليه بمفهوم الموافقة، أي بالأولويّة، كما سيأتي تقريب الأولويّة في المتن.

[٥] أي بفحوى ما دلّ على خروج مورد الاستئمان عن عموم قاعدة «على اليد». وتقريب الفحوى هو: أنّه إذا كان عدم الضمان مستفاداً من هذه الأخبار في موارد الاستئمان التي تلفت العين فيها بيد الأمين مع أنّه ملك لمالكه، ولم يكن عقد الوديعة ـ مثلاً ـ مخرجاً للعين عن ملك مالكه، فيكون عدم الضمان مستفاداً منها في مورد الهبة بالأولويّة؛ لكون علاقة الملكيّة بين العين الموهوبة وبين الواهب منقطعة بالمرّة.

[٦] من هنا شرع في تقريب الفحوى وتقريرها، وملخّصه: أنّ المالك لو جعل

على ملكه [١] إذا اقتضى [٢] عدم ضمانه له اقتضى [٣] التسليط [٤]

كتابه ـ مثلاً ـ أمانة عند شخص واستأمنه على كتابه، ثمّ تلف الكتاب عند الأمين، فإنّ الاستئمان يقتضي عدم ضمان العين التالفة عنده، مع أنّه ليس تسليط الأمين على كتابه إلّا التسليط في الجملة، فإنّ التسليط المطلق الموجود في البيع ونحوه يقتضي عدم ضمان من تلف المال عنده بالأوْلى.

وإن شئت فقل: إنّ التسليط ـ في الجملة ـ الموجود في الأمانة إذا اقتضى عدم الضمان والتسليط المطلق يقتضيه بطريق أوْلى.

[١] كما لو جعل مالك الكتاب كتابه أمانة عند عمرو، فيقال: إنّ المالك استأمن عمرواً على كتابه.

[٢] أي إذا اقتضى استئمان المالك عدم ضمان الغير الذي هو أمين لماله الذي جعله أمانة عنده مع عدم تسليطه على الأمانة سلطنة مطلقة بأن يتصرّف فيها كيفما شاء.

[٣] جزاء الشرط، جملة الجزاء والشرط خبر لقوله: «فإنّ استئمان»، أي إذا اقتضى التسليط المطلق على مال عدم ضمان الشخص الذي سلّطه على المال مجّاناً، كما هو كذلك في الهبة الفاسدة، فإنّ الموهب قد جعل التسليط المطلق للمتّهب على العين الموهوبة بتجويز كلّ أنواع التصرّف في ماله، والتسليط في الجملة إذا اقتضى عدم الضمان ـ كما هو كذلك في مورد الاستئمان ـ لكان التسليط المطلق ـ الموجود في البيع والرهن ونحوهما ـ مقتضياً له بطريق أوْلى.

[٤] المراد منه سلطنة المتّهب على جميع أنحاء التصرّفات الخارجيّة والاعتباريّة المشروعة في العين الموهوبة، وهذا في قبال التسليط الأمانيّ الموجود في باب العارية ونحوه من موارد استئمان المالك، فإنّ التسليط الحاصل من

المطلق عليه مجّاناً عدم [١] ضمانه بطريق أوْلى [٢]، والتقييد [٣] بالمجّانيّة لخروج [٤] التسليط المطلق بالعوض،

المالك ليس تسليطاً مطلقاً، بل يكون متعلّق التسليط الانتفاع بالعين بنفسه، وكذا المستأجر في باب الإجارة ليس مسلّطاً على العين المستأجرة على الإطلاق، بل هو مسلّط عليها في خصوص الانتفاع بها.

[١] مفعول لقوله: «اقتضى».

[٢] وجه الأولويّة هو أنّه إذا كان الاستئمان مع أنّه ليس فيه التسليط المطلق مقتضياً لعدم الضمان، ففي موارد كان فيها التسليط المطلق فهو يكون مقتضياً لعدم الضمان بطريق أوْلى.

[٣] جواب عن سؤال مقدّر، وملخّص السؤال: أنّه لماذا قيّد التسليط المطلق في قوله اقتضى التسليط المطلق عليه مجّاناً بالمجّانيّة.

وملخّص الجواب: أنّ التسليط المطلق على نوعين:

أحدهما: التسليط المطلق المجّانيّ، أعني به التسليط المطلق بلا عوض ـ كالهبة ـ فإنّ التسليط المطلق من الواهب الذي هو تسليط مجّاناً يقتضي عدم ضمان المتّهب عوض ما أخذه من الواهب، ففي هذا المورد يكون التسليط المطلق أوْلى بعدم الضمان من موارد الاستئمان المالكيّ.

وثانيهما: التسليط المطلق الذي هو مقابل بالعوض ـ كالبيع ـ فإنّ حقيقة البيع عبارة عن التمليك بعوض، فيكون التضمين داخلاً في حقيقته، فلا معنى لاقتضائه عدم الضمان في هذه الصورة؛ لأنّ الشيء لا يكون مقتضياً لنقيضه، وتقييد التسليط بالمجّانيّة للإشارة إلى هذه النكتة.

[٤] أي تقييد التسليط المطلق بالمجانيّة في كلام المصنّف إنّما هو لأجل بيان أنّ التسليط المطلق الذي هو مقابل بالعوض خارج عن محلّ كلامنا، فإنّه

كما في المعاوضات [١]، فإنّه [٢] عين التضمين، فحاصل أدلّة عدم ضمان المستأمن [٣] أنّ [٤] من دفع المالك إليه ملكه [٥] على وجه لا يضمنه [٦] بعوض واقعيّ ـ أعني المثل أو القيمة ـ ولا [٧] جعليّ، فليس [٨] عليه ضمان.

لا يقتضي عدم الضمان.

[١] التي هي التسليط المطلق بعوض ـ كالبيع ـ فإنّ البائع يسلّط المشتري على ماله تسليطاً مطلقاً، لكنّه تسليط بعوض، ولذا عرّف البيع بأنّه تمليك العين بعوض.

[٢] أي التسليط المطلق بعوض عبارة أخرى عن جعل المالك الطرف الآخر ضامناً.

[٣] بصيغة اسم المفعول، أي ملخّص الأدلّة الدالّة على أنّ من جعله المالك أميناً على ماله فهو لا يضمن.

[٤] خبر لقوله: «فحاصل...».

[٥] مفعول لقوله: «دفع»، أي من جعل المالك ماله أمانة عنده.

[٦] مضارع باب التفعيل، أي دفع المالك ملكه إليه مجّاناً بحيث لم يجعله ضامناً، وليس دفع ماله إليه على وجه التضمين بعوضه الواقعيّ من المثل أو القيمة.

[٧] أي لا يضمنه بعوض جعليّ، كالثمن المسمّى.

[٨] وهو جزاء الشرط المستفاد من قوله: «من دفع المالك إليه ملكه»، أي ليس على هذا الشخص الذي دفع المالك ملكه إليه ضمان لو تلف ما دفع إليه أمانة. هذا تمام الكلام في مبحث ضمان المقبوض بالبيع الفاسد، وسيأتي كلامنا في وجوب ردّه إلى مالكه، وسائر آثاره، فانتظر.

. . . . . .

«التحقيق»

في مدرك قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»

وقد ذكر شيخنا الأنصاريّ ﷺ له أمرين:

الأوّل: الأولويّة التي استظهرها شيخنا الأنصاريّ من عبارة المبسوط.

الثاني: الأخبار الدالّة على أنّ الأمين لا يضمن.

أمّا الأولويّة فبتقريب: أنّ دليل الضمان عنده قاعدة الإقدام، وإذا لم يوجب الإقدام الضمان في العقد الصحيح ـ كالرهن الصحيح مثلاً ـ لم يوجب ذلك في العقد الفاسد أيضاً بالأولويّة؛ ضرورة أنّ العقد الفاسد لغو محض، وأنّه بمنزلة المعدوم.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم[1] بأنّ عدم الضمان في العقد الصحيح ـ كالهبة الصحيحة ـ إنّما هو من جهة كون المال ملكاً مجّانيّاً للقابض، ومن الواضح أنّه لم تحصل الملكيّة في العقد الفاسد ـ كالهبة الفاسدة مثلاً ـ وعليه فلا وجه لدعوى الأولويّة.

وثانياً: أنّا قد ذكرنا سابقاً من أنّ الإقدام الساذج ليس دليلاً على الضمان، بل الدليل عليه إنّما السيرة العقلائيّة مع الإقدام، وأمّا الأخبار الدالّة على عدم الضمان في الأمانات، كالوكالة والوديعة ونحوهما، وذلك كعموم ما دلّ على أنّ «من استأمنه المالك على ملكه فهو غير ضامن، بل ليس لك أن تتّهمه»، وضمّ شيخنا الأنصاريّ ﷺ إلى ذلك الفحوى بالنسبة إلى مثل الهبة، فإنّه إذا لم يضمن فيما لم يكن فيه بدل المال، بل كان مجرّد الاستئمان فيكون عدم الضمان فيما كان فيه بذل المال بالأوْلى.

---

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١١٣.

وفيه : أنّ المالك لم يسلّط غيره على ماله في موارد الاستئمان يتصرّف فيه مطلقاً ، بل سلّطه عليه ليحفظه عن التلف ، ولكن سلّطه في الهبة الفاسدة لأن يتصرّف فيه كيف يشاء ، فلا يجوز قياس أحدهما بالآخر ، وقد تقدّم الكلام حول روايات الاستئمان في ضمن توضيح المتن ، فلاحظ .

الثاني [١] من الأُمور المتفرّعة على عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب [٢] ردّه فوراً إلى المالك، والظاهر أنّه [٣] ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرّف فيه [٤]، كما يلوح [٥] من مجمع الفائدة، بل [٦] صرّح في التذكرة

---

[١] أي الأمر الثاني من الأُمور المترتّبة على عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد، والأمر الأوّل قد تقدّم في صدر المبحث، وهو قوله: «لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه»، وملخّصه: عدم تملّك المقبوض بالعقد الفاسد وضمان العين لو تلفت بيد الآخذ، فيكون التصرّف فيما أخذه حراماً، لكونه تصرّفاً في مال الغير وحرمة التصرّف فيه ملازمةٌ لوجوب ردّه إلى مالكه فوراً، فهذا الأمر الثاني ـ وهو وجوب ردّ المقبوض إلى مالكه فوراً ـ متفرّع على الأمر الأوّل ـ وهو عدم تملّك المقبوض بالعقد الفاسد ـ.

[٢] خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله: «الثاني»، أي الأمر الثاني وجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه فوراً؛ لأنّ المقبوض لم يخرج من ملك المالك بالعقد الفاسد، فيكون تصرّف القابض فيه تصرّفاً في مال الغير، وهو حرام. هذا من ناحية، ومن ناحية أُخرى وجب ردّ الأمانات إلى أهلها فوراً، فيجب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد إلى مالكه فوراً.

[٣] أي وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد إلى مالكه ممّا اتّفق عليه الكلّ.

[٤] أي على تقدير عدم جواز التصرّف في المقبوض بالبيع الفاسد. وأمّا على تقدير جواز التصرّف فيه فلا وجه لوجوب الردّ فوراً.

[٥] أي كما يظهر وجوب الردّ فوراً، وأنّه لا خلاف فيه من الأردبيليّ في مجمع الفائدة.

[٦] وفي هذه الكلمة إشارة إلى أنّ وجوب الردّ كأنّه من المسلّمات، ولذا اعتبره

كما عن [١] جامع المقاصد أنّ مؤنة الردّ على المشتري لوجوب ما لا يتمّ الردّ إلّا به [٢]، وإطلاقه [٣] يشمل ما لو كان في ردّه [٤] مؤنة كثيرة، إلّا أن يقيّد [٥] بغيرها بأدلّة [٦] نفي الضرر، ويدلّ عليه [٧] أنّ الإمساك [٨] آناً مّا

العلّامة أمراً مفروغاً منه، وتصدّى لبيان حكم مؤنة الردّ، وقال: إنّها على المشتري.

[١] أي حكي عن جامع المقاصد أنّه أيضاً قال بأنّ مؤنة الردّ على المشتري.

[٢] أي إنّما كان أداء مؤنة الردّ واجبة على المشتري، فمقدّمته ـ وهي مؤنة الردّ ـ أيضاً واجبة عليه؛ لأنّ مقدّمة الواجب واجبة.

[٣] أي إطلاق كلام التذكرة، حيث قال: إنّ مؤنة الردّ على المشتري تدلّ على أنّ مؤنة الردّ على عهدة المشتري، سواء كان ردّه متوقّفاً على مؤنة قليلة أو كثيرة.

[٤] أي في ردّ المقبوض بالعقد الفاسد.

[٥] أي يقيّد وجوب مؤنة الردّ بغير المؤنة الكثيرة، فيكون وجوب المؤنة الكثيرة في هذه الصورة مرفوعة بحديث نفي الضرر.

[٦] كلمة «الباء» للسببيّة، أي يقيّد إطلاق وجوب أداء المؤنة بسبب أدلّة حديث نفي الضرر بغير المؤنة الكثيرة، فتكون النتيجة أنّ مؤنة الردّ على المشتري إذا لم يكن في ردّه مؤنة كثيرة، وأمّا إذا احتاج إلى مؤنة كثيرة فلا تجب عليه مؤنة الردّ.

[٧] أي يدلّ على وجوب ردّ المأخوذ بالعقد الفاسد فوراً ما روي عنه (عج). وهذا إشارة إلى الدليل الثاني على فوريّة وجوب ردّ المأخوذ بالعقد الفاسد، والدليل الأوّل عليها كان الإجماع المنقول.

[٨] ملخّص هذا الدليل هو: أنّ إمساك المقبوض بالعقد الفاسد ولو آناً مّا تصرّف

تصرّف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز[١] لقوله عجّل الله تعالى فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلّا بإذنه، ولو نوقش في كون الإمساك تصرّفاً[٢] كفى[٣] عموم قوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه»، حيث[٤] يدلّ[٥] على تحريم جميع الأفعال المتعلّقة به[٦]

في مال الغير بغير إذنه، فيدلّ على حرمته قوله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ**».

[١] أي لا يجوز التصرّف في مال الغير بغير إذنه لأجل الحديث المنقول....

[٢] بأن يقال: إنّ التصرّف ظاهر في التقليب والتقلّب، وهو منصرف عن الإمساك، فلا يكون مصداقاً للتصرّف في مال الغير، ولا يكون حراماً بدون إذن مالكه.

[٣] جواب لقوله: «ولو نوقش...»، وإشارة إلى الدليل الثالث على فوريّة وجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد، أي على تقدير النقاش في الاستدلال بما روي عنه (عج) يكفي لإثبات وجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد فوراً عموم قوله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ، إِلَّا بِطِيبَةٍ نَفْسِهِ**».

[٤] إشارة إلى تقريب الاستدلال بهذا الحديث، وملخّصه: أنّ متعلّق قوله ﷺ: «لا يحلّ....» محذوف في الحديث، وقد ثبت في محلّه أنّ حذف المتعلّق يفيد العموم، فيكون مفاد الحديث حرمة جميع الأفعال، والأمور المتعلّقة بالمال، أي لا يحلّ الأفعال المتعلّقة بمال الغير، سواء صدق عليه عنوان التصرّف أم لا.

[٥] أي عموم قوله ﷺ المستفاد من حذف المتعلّق يدلّ...

[٦] أي بمال امرئ مسلم.

التي [١] منها كونه في يده، وأمّا توهّم [٢] أنّ هذا [٣] بإذنه حيث [٤] أنّه دفعه باختياره، فمندفع [٥]، بأنّه [٦] إنّما ملّكه إيّاه عوضاً، فإذا [٦] انتفت

---

[١] أي الأفعال التي يكون المال فيها بيد الآخذ، فإذا ثبت أنّ كون مال الغير في يد شخص من الأفعال التي لا يحلّ أن تتعلّق بمال الغير فيكون مجرّد استيلائه على مال الغير ـ ومنه الإمساك ـ حراماً.

[٢] ملخّص هذا التوهّم هو: أنّا لو أغمضنا عن مناقشتنا وقلنا: إنّ الإمساك من مصاديق التصرّف، ومع ذلك نقول: إنّ التصرّف المذكور لا يكون حراماً؛ لأنّ المالك قد أذن للآخذ أن يتصرّف في المأخوذ بالعقد الفاسد حين دفعه إليه، فيكون التصرّف المذكور من مصاديق التصرّف عن طيب نفسه.

[٣] أي أنّ الإمساك يكون بإذن المالك.

[٤] أي إنّما قلنا بأنّ الإمساك يكون بإذن المالك؛ لأنّه دفع ماله إلى المشتري باختياره وإرادته، فيكون راضياً بتصرّف المشتري فيما قبضه إليه.

[٥] جواب عن قوله: «وأمّا توهّم ...».

[٦] أي بأنّ المالك إنّما ملّك ماله للمشتري ودفع المبيع إليه باعتقاد أنّ ما دفعه إليه إنّما يكون في مقابل العوض الذي دفعه المشتري إليه، فإنّ المالك أذن التصرّف في ماله الذي أعطاه إلى المشتري إذناً معاوضيّاً.

وبعبارة واضحة: أنّ ما أعطاه المالك إلى المشتري عوض عمّا أخذه منه فيجب عليه الدفع بتوهّم وجوب الوفاء بالعقد، فالتسليط الذي وقع من المالك إنّما هو من باب الوفاء بالمعاملة، وإنّما هو تسليط معاوضيّ وليس تسليطاً مجّانيّاً.

[٧] أي إذا لم يكن ما أعطاه المشتري للبائع متّصفاً بالعوضيّة بأن لا يكون عوضاً

صفة العوضيّة باعتبار [١] عدم سلامةالعوض له [٢] شرعاً، والمفروض [٣] أنّ كونه [٤] على وجه الملكيّة المجّانيّة ممّا لم ينشئها المالك، وكونه [٥] مالاً للمالك وأمانة في يده أيضاً ممّا لم يؤذن فيه [٦]،

عمّا أخذه من البائع انتفى الإذن المعاوضيّ، وهذا الجواب للشرط مقدّر، وليس مذكوراً في المتن.

[١] متعلّق بقوله: «انتفت»، أي انتفاء العوضيّة إنّما يكون باعتبار أنّ العوض لا يسلّم إلى البائع شرعاً، بمعنى أنّه لا يكون ملكاً للبائع كي يدخل العوض فيما خرج المعوّض عنه ويتّصف ما أعطاه المشتري بصفة العوضيّة.

[٢] أي عدم تسليم العوض للمالك شرعاً؛ إذ بعد فرض فساد البيع لا يسلّم العوض للبائع شرعاً، ومعه لا يتّصف بصفة العوضيّة، ومجرّد التسليم الخارجيّ لا يفيد.

[٣] إلى هنا بيّن أنّ ما أنشأه البائع ـ وهو التمليك بالعوض ـ لم يقع؛ لأنّ المفروض فساد البيع، ومعه لا يحصل التمليك بالعوض، فلا يجوز تصرّف المشتري فيه؛ وذلك لعدم مجوّز لجوازه. من هنا شرع في بيان أنّ التمليك المجّانيّ ممّا لم ينشئه المالك كي يكون سبباً لجواز التصرّف.

[٤] أي كون المدفوع إلى المشتري على وجه أن يكون ملكاً مجّانيّاً له حتّى يكون الإذن في التصرّف باقياً مع فساد البيع غير منشأ من قِبل المالك.

[٥] أي كون المدفوع إلى المشتري مالاً للمالك، وأمانة في يد المشتري غير ثابت، وذلك لعدم ثبوت إذن من المالك كي يتصرّف المشتري في ماله بالأمانة المالكيّة.

[٦] أي لم يصدر إذن من المالك كي يتصرّف المشتري في المقبوض بالبيع الفاسد.

ولو أذن له [١] فهو استيداع [٢] جديد [٣]، كما أنّه [٤] لو ملّكه مجّاناً كانت هبة جديدة. هذا، ولكنّ الذي يظهر من المبسوط [٥] عدم الإثم في إمساكه [٦]،

---

[١] أي لو أذن المالك للقابض بعد فساد العقد بأن يكون المال أمانة في يده.

[٢] استودع، أي دفع المال إلى الغير ليكون وديعة عنده.

[٣] خارج عن محلّ كلامنا؛ إذ الكلام في جواز الإمساك والتصرّف بالإذن المعاوضيّ الفاسد السابق لا بالإذن الجديد. والحاصل: أنّ الكلام في الاستيداع المالكيّ، وهو لم يتحقّق لفرض فساد العقد، وهذا الذي ذكرت على تقدير تحقّقه استيداع جديد خارج عن محلّ كلامنا.

[٤] أي كما أنّ المالك لو ملّك ماله جديداً بعد العقد الفاسد، كانت هبته جديدة خارجة عن محلّ كلامنا الذي هو المقبوض بالعقد الفاسد، كذلك الاستيداع الجديد خارج عن محلّ كلامنا.

وملخّص الكلام: أنّ الأسباب المجوّزة لتصرّف المشتري في المقبوض بالعقد الفاسد غير متحقّقة؛ لأنّ ما أنشأه البائع ـ وهو التمليك بالعوض ـ لم يقع لفساد العقد، والتمليك المجّانيّ لم ينشأ، وعلى تقدير إنشائه فهو خارج عن محلّ كلامنا.

[٥] وهذا الذ يظهر من المبسوط مخالف لما يظهر من كلام المحقّق الأردبيليّ ﷺ وغيره من عدم جواز التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد، فيظهر ممّا ذكرناه وجود مخالف في المسألة، كالشيخ في المبسوط وغيره، فإنّهم يقولون بجواز إمساك المقبوض بالعقد الفاسد وجواز التصرّف فيه.

[٦] أي في إمساك المقبوض بالعقد الفاسد.

وكذا [١] السرائر ناسباً [٢] له إلى الأصحاب، وهو [٣] ضعيف، والنسبة [٤] غير ثابتة، ولا يبعد إرادة [٥] صورة الجهل؛ لأنّه [٦] لا يعاقب.

---

[١] أي كذا يظهر من السرائر عدم الإثم في إمساك المقبوض بالعقد الفاسد.

[٢] حال لابن إدريس، أي حال كونه ناسباً لعدم الإثم في إمساك المقبوض بالعقد الفاسد إلى الأصحاب.

[٣] أي الذي يظهر من المبسوط والسرائر وغيرهما أنّ عدم الإثم في الإمساك ضعيف.

[٤] أي نسبة السرائر عدم الإثم إلى الأصحاب غير ثابتة.

[٥] أي لا يبعد إرادة الشيخ وابن إدريس وغيرهم من عدم الإثم في إمساك المأخوذ بالعقد الفاسد صورة جهل القابض بالفساد.

[٦] أي إنّما قلنا بأنّهم أرادوا من عدم الإثم في إمساك المقبوض بالعقد الفاسد صورة جهل القابض بالفساد؛ لأنّ الجاهل لا يعاقب بمقتضى حديث الرفع، فإنّ جهله عذر شرعيّ له، وعدم العقاب يكون كاشفاً عن عدم الإثم بالكشف الإنّيّ.

«التحقيق»

يقع البحث في هذا الأمر ـ الثاني ـ في جهات:

الجهة الأُولى: أنّه هل يجوز التصرّف في المقبوض بالعقد المعاوضيّ الفاسد أم لا؟

أقول: إن كان التصرّف المذكور تصرّفاً في مال الغير فلا شبهة في حرمته شرعاً وقبحه عقلاً، وإنّما الكلام في أنّ إمساك المقبوض بالعقد الفاسد هل هو من مصاديق التصرّف في مال الغير بدون إذنه كي يكون حراماً كما عليه شيخنا الأنصاريّ ﷺ،

أم أنّه ليس تصرّفاً فيه ، أم أنّه تصرّف فيه بإذن مالكه كي يكون جائزاً؟ ففي الحقيقة إنّ النزاع بين القوم صغرويّ .

وقد فصّل السيّد اليزديّ ﷺ في المقام بين علم الدافع بفساد العقد وبين عدم علمه به ، فقال : « لا ينبغي الإشكال في جواز التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد مع جهل الدافع بالفساد ، وأمّا مع علمه بالفساد فيمكن الإشكال في عدم جواز التصرّف ، ويقال بجواز تصرّف المشتري فيه وإن كان باقياً على ملك مالكه ؛ وذلك للإذن فيه في ضمن التمليك .

وملخّص الكلام : أنّه لا إشكال في عدم جواز التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد مع جهل الدافع بالفساد ، وأمّا مع علمه بالفساد فقد يقال بالجواز نظراً إلى أنّ الدافع عندئذٍ قد أذن للقابض في التصرّف في ماله فلا يكون حراماً .

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم[1] بأنّ الإذن الحاصل في ضمن التمليك بالعقد الفاسد لا يكون منشأ لجواز التصرّف فيما وقع عليه العقد الفاسد ؛ إذ من الواضح أنّ الدافع إنّما أذن في التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد من حيث كونه ملكاً للقابض ، لا على وجه الإطلاق ، ولمّا فسد العقد ـ كما هو المفروض ، ولم تحصل الملكيّة للقابض ، ولا الإذن الضمنيّ في التصرّف ـ فلا وجه لجواز التصرّف . نعم ، لو أذن المالك للقابض إذناً جديداً في التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد لجاز تصرّف المشتري فيما قبضه إلّا أنّه خارج عن محلّ كلامنا .

واستدلّ السيّد على جواز التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد بأنّ التمليك الحاصل من المالك له حيثيّتان ، فهو إذنٌ من حيثيّة ، وتمليك من حيثيّة أُخرى ،

(١) مصباح الفقاهة : ٢ : ١١٨ .

. . . . . .

وهو غير مؤثّر من الحيثيّة الثانية ؛ لأنّ التمليك محتاج إلى صيغة صحيحة ، والمفروض عدمها في المقام ، فهو غير مؤثّر من هذه الجهة ؛ لعدم حصول شرط التأثير ، وأمّا من الحيثيّة الأُولى فهو غير محتاج إلى صيغة صحيحة وغير مشروط بشرط شرعاً ، فيجوز العمل به ، فإنّ الإذن مؤثّر في جواز التصرّف من غير اشتراط بصيغة خاصّة ، فيشمله عموم ما دلّ على جواز التصرّف في مال الغير مع الإذن وطيب النفس ، وإذا جاز التصرّف فيه فلا يجب ردّه إلى المالك فضلاً عن كونه فوريّاً .

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم : بأنّ التمليك من حيث إنّه إذن غير ثابت كي يكون مجوّزاً للتصرّف ، فإنّ المالك لم يأذن في التصرّف في ماله بوجه .

وتوضيحه : أنّ الأفعال تارة تتعلّق بالعناوين الكلّيّة كبيع كلّي الفرس ونحوه ، وأُخرى تتعلّق بالجزئيّات الخارجيّة والأفراد المشخّصة ، كالأكل والشرب والنوم والضرب والقيام والقعود وأشباهها ، فإذا كان الفعل ممّا يتعلّق بالشخص كان اعتقاد الفاعل بانطباق الكلّيّ عليه داعياً إلى إيجاده ، فإذا ضرب شخصاً باعتقاد أنّه كافر فتبيّن أنّه كان مؤمناً كان هذا من التخلّف في الداعي ، فإنّ الضرب قد وقع في الخارج على واقع المؤمن حقيقة ، والتخلّف إنّما هو في اعتقاد أنّه كافر الذي كان داعياً إلى إيجاده .

وأمّا إذا كان الفعل متعلّقاً بالكلّيّ ، فلا يسري إلى غير مصداقه ، وإن كان الفاعل يعتقد أنّه مصداقه ، فلو رضى المالك بدخول العلماء داره ، وأذن به لم يجز الدخول لغير العالم وإن اعتقد الآذن أنّه عالم .

إذا عرفت ذلك فنقول : إنّ متعلّق الإذن في قوله (عج) : « **لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ** » إنّما هو العنوان الكلّيّ ، أعني به عنوان التصرّف في مال الغير ، وعليه فإنّما يجوز التصرّف في مال الناس فيما إذا أحرز إذن المالك في

التصرّف في ماله لكي يكون ذلك مشمولاً للعنوان الكلّيّ الذي ذكر في التوقيع ، ومن المعلوم أنّ هذا العنوان لا ينطبق على المقبوض بالعقد الفاسد ؛ لأنّ المالك لم يأذن للقابض أن يتصرّف في ماله ، وإنّما سلّمه إليه باعتبار أنّه ملك له ، وحيث إنّ العقد فاسد فلم يصر ما سلّمه ملكاً للقابض ، ولا أنّ الدافع قد أذن له في التصرّف ، فلا يجوز للقابض أن يتصرّف فيه .

وزبدة الكلام : أنّ الإذن لم يتعلّق بالتصرّف في مال الدافع كي يقال : إنّ بطلان التمليك لا يستلزم بطلان الإذن ، بل الإذن ما دامت العين باقية على حالها مع بقاء المالك على إذنه السابق ، وإنّما تعلّق بالتصرّف في مال القابض من جهة استلزام التمليك إيّاه ، لا أنّه إذن جديد وراء التمليك ؛ إذ المفروض أنّ الدافع يرى نفسه أجنبيّاً عن ذلك المال ، فكيف يأذن في التصرّف فيه؟ والمفروض أنّ الملكيّة لم تحصل ، وذلك لفساد العقد ، فلا معنى لحصول الأذن في التصرّف وبقائه ما دامت العين باقية .

وملخّصه : أنّ الإذن مقيّد بالملكيّة وهي غير حاصلة ، فيكون الإذن أيضاً غير حاصل .

إن قلت : إنّ الإذن مقيّد بالملكيّة في اعتبار البائع وهي حاصلة ؛ إذ المفروض أنّه أنشأها ، فيكون الإذن أيضاً حاصلاً . نعم ، إنّ ما ذكره إنّما يتمّ لو كان الإذن مقيّداً بالملكيّة الشرعيّة ، إلّا أنّه ليس مقيّداً بها .

قلت : إنّ الإذن الذي يترتّب عليه جواز تصرّف المشتري في المقبوض الإذن من الدافع متعلّقاً بملكه لا بملك غيره ، والمفروض في المقام إنّما إذن الدافع للقابض في التصرّف في ملك نفسه ، أي القابض ولو تشريعاً فهو لا يكون مجوّزاً للتصرّف في مال الغير المفروض في المقام . إذن فيكون التصرّف حراماً ؛ لأنّ المتصرّف ليس

مالكاً على الفرض وليس مأذوناً في التصرّف من قِبل المالك، فإذا قلنا إنّ الإمساك يصدق عليه عنوان التصرّف أو قلنا بأنّ الأمور المتعلّقة بمال الغير حرام، فيكون الإمساك بما هو حراماً، فيجب ردّه إلى صاحبه فوراً بحكم العقل.

فتحصّل إلى هنا أنّ التصرّف في المقبوض بالبيع الفاسد تصرّف في مال الغير، وهو ممّا لا شبهة في حرمته؛ لأنّ جواز التصرّف إمّا يكون بالتمليك، وهو غير حاصل، وإمّا بالإذن وهو منتف، وممّا ذكرنا ظهر أنّه لا يجوز الاستدلال على جواز التصرّف في المقبوض بالبيع الفاسد بالإذن بالتوقيع الشريف، ولا بمفهوم الروايات الدالّة على حرمة التصرّف في مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه، وإنّما استدلّ بها المشهور على حرمة الإمساك خلافاً للمحقّق الأصفهانيّ، حيث قال بجواز الإمساك، والتي استدلّ بها على الحرمة عدّة نصوص.

منها: التوقيع الشريف، وهو قوله عليه السلام: «**لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ**». بتقريب: أنّ سبب حلّيّة التصرّف في أموال الناس إنّما هو منحصر برضا المالك، فلا يحلّ شيء من التصرّفات الماليّة فيها إلّا بإذنه ورضاه.

وقد نوقش في كون الإمساك تصرّفاً بتقريب: أنّه ليس في الإمساك المتحقّق بمجرّد كون المال تحت يده واستيلائه تقلّب وتقليب كي يصدق التصرّف، والظاهر من المحقّق الأصفهانيّ رحمه الله[1] بأنّ هذا النقاش مقبول عنده حيث ذكر النقاش المذكور في كلام الشيخ، ولم يناقش فيه وقال: إنّ هذه المناقشة تختصّ بهذه الرواية دون قوله عليه السلام: «**لَا يَحِلُّ**» الدالّ بملاحظة حذف المتعلّق على حرمة كلّ فعل له مساس بمال الغير بغير إذنه.

(١) حاشية المكاسب: ١: ٨٦.

وأورد عليه المحقّق النائينيّ ﷺ[١] بأنّ دعوى أنّ الإمساك ليس تصرّفاً ممنوعةً، فإنّه وإن كان منصرفاً عنه بدواً إلّا أنّ الانصراف البدويّ لا عبرة به ويصدق عليه التصرّف بعد صدقه على الأخذ، فإذا كان الأخذ تصرّفاً، فبقاء المأخوذ عند الآخذ حكمه حكم نفس الأخذ؛ لأنّه باقٍ على ما كان عليه.

وقال الأُستاذ الأعظم[٢]: «إنّ القابض بالعقد الفاسد تارة يمتنع عن ردّ المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه حتّى مع مطالبته، وأُخرى لا يمتنع عن ذلك، وإنّما المالك لا يطالب ماله، فعلى الأوّل لا شبهة في حرمة إمساكه؛ لكونه من أظهر أفراد الغصب، وعلى الثاني فلا يكون الإمساك حراماً؛ إذ لا يجب على القابض إلّا التخلية بين المال ومالكه، وأمّا الزائد على ذلك فلم يقم عليه دليل، فيكون المقام نظير ما لو أطار الريح ثوب أحد إلى دار جاره، فإنّ بقاءه في تلك الدار لا يعدّ تصرّفاً فيه لصاحب الدار قطعاً؛ لأنّه لم يضع يده عليه، ولا أنّه حال بينه وبين مالكه.

وإن شئت فقل: إنّ مجرّد بقاء مال شخص عند غيره لا يعدّ تصرّفاً محرّماً، لا من جهة أنّ ذلك خارج عن أدلّة حرمة التصرّف في مال غيره بدون إذنه خروجاً تخصيصيّاً بالسيرة العقلائيّة، بل من جهة خروجه عنها موضوعاً؛ لعدم صدق التصرّف عليه، كما لا يصدق التصرّف على مسّ اليد أو الثوب أو أشباهها بحائط غيره في الشوارع والأزقّة».

أقول: أمّا نقضه الأوّل ـ وهو ما لو أطار الريح ثوب أحد إلى دار جاره ـ فأجاب عنه سيّدنا الأُستاذ بأنّه لا وجه للمقايسة بين المقام وإطارة الريح ثوب الغير، فإنّ

(١) منية الطالب: ٢: ٢٧٣.

(٢) مصباح الفقاهة: ٢: ١٢٠.

المفروض في المقام أنّه وضع يده على مال الغير وأخذه بلا مجوّز شرعيّ، فإنّه يصدق عليه عرفاً أنّه متصرّف في مال الغير بإمساكه وعدم ردّه.

وأمّا نقضه الثاني على مسّ اليد أو ثوب بحائط غيره في الشوارع والأزقّة، فيمكن أن يقال: إنّه تصرّف، إلّا أنّه جائز بالسيرة العقلائيّة فهو تخصيص، وليس بتخصّص. إذن فالحقّ في الجواب عن الأُستاذ الأعظم أنّ مجرّد بقاء مال شخص عند غيره لو كان بعد وضع يده على مال الغير وأخذه منه، فلا شبهة في أنّه مصداق للغصب حدوثاً وبقاءً، وأمّا لو وقع تحت استيلائه بدون اختياره، فلا يصدق عنوان التصرّف على مجرّد الإمساك، وحيث إنّ المقبوض بالعقد الفاسد من القبيل الأوّل فيصدق التصرّف الغصبيّ على إمساكه، فيكون حراماً، كما ذهب إليه المحقّق النائينيّ ﷺ. والعمدة أنّ الرواية ضعيفة السند.

ومنها: قوله عليه السلام: «**وَلَا يَحِلُّ لِمُؤْمِنٍ مَالُ أَخِيهِ إِلّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»[1]. بتقريب: أنّ حذف المتعلّق في قوله: «لا يحلّ مال امرء مسلم» يفيد العموم، فيشمل إمساكه أيضاً، وقال شيخنا الأنصاريّ والمحقّق النائينيّ رحمهما الله وغيرهما بأنّه لو نوقش في كون الإمساك تصرّفاً كفى عموم قوله عليه السلام: «**وَلَا يَحِلُّ لِمُؤْمِنٍ مَالُ أَخِيهِ...**».

قال المحقّق النائينيّ ﷺ: «لا شبهة في شمول قوله عليه السلام: **وَلَا يَحِلُّ لِمُؤْمِنٍ مَالُ أَخِيهِ**... للإمساك، فإنّ تعلّق الحلّ والحرمة بالمال ليس كتعلّقهما بالغنم مثلاً مخصوصاً بالأكل ونحوه ممّا يناسب الحكم، مثل حرمة التزويج المتعلّقة بالأُمّهات في قوله عزّ من قائل: ﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ**﴾[2]، بل يشمل كلّ ما يعدّ في

(١) وسائل الشيعة: الباب ٣ من أبواب مكان المصلّي، الحديث ٣.

(٢) النساء ٤: ٢٣.

العرف قلباً وانقلاباً، كالتصرّف فيه وإمساكه تحت يده وأكله وبيعه، وأنحاء ذلك، وإنّما يخرج مثل النظر إليه والوقوف تحت ظلّ جداره إذا لم يعدّا تصرّفاً، وإلّا يحرم هذا أيضاً، كالوقوف في ظلّ الخيمة ـ إلى أن قال: ـ وبالجملة أنّ قوله عليه السلام: «**وَلَا يَحِلُّ لِمُؤْمِنٍ مَالُ أَخِيهِ...**» عنوان عامّ يشمل إمساك المال أيضاً».

أقول: إنّ ما ذكره بحسب الكبرى تامّ، إلّا أنّ مثل النظر أو الوقوف تحت ظلّ الخيمة خارجها عدّه من مصاديق التصرّف، واضح الفساد.

وقد أورد على الاستدلال بها الأُستاذ الأعظم قدس سره بأنّ الحلّيّة أو الحرمة إذا أُسندت إلى الأعيان فلا بدّ من أن يراد بها الحلّيّة التكليفيّة وأن يكون الإسناد باعتبار تقدير فعل يناسب المقام، وإذن فلا بدّ أن يراد من عدم حلّيّة المال مع عدم طيب نفسه مالكه عدم جواز تملّكه أو عدم جواز الانتفاع به، وعلى هذين التقديرين لا تدلّ الرواية على حرمة إمساك مال شخص آخر بوجه.

ثمّ قال: نعم، يحتمل أن يكون المقدّر مطلق التصرّف، لكن قد عرفت أنّ مجرّد الإمساك لا يعدّ تصرّفاً، فالرواية بعيدة عن الدلالة على حرمة الإمساك، وقد ظهر ما في كلامه ممّا ذكرناه وفاقاً للميرزا النائينيّ قدس سره. إذن فالرواية تامّة الدلالة.

ومنها: النبويّ المعروف: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**»، وقد استدلّ به بتقريبين:

التقريب الأوّل: ما ذكره الميرزا النائينيّ قدس سره من أنّه وإن لم يكن الحديث متعرّضاً للحكم التكليفيّ بالدلالة المطابقيّة إلّا أنّه متعرّض له بالدلالة الالتزاميّة، فإنّ استقرار الضمان على عهدة القابض ملازم لوجوب الردّ؛ لأنّه لا أثر لاستقرار الضمان على العهدة إلّا وجوب ردّ العين ما دامت باقية وردّ المثل أو القيمة لو كانت تالفة، ووجوب الردّ ملازم لحرمة الإمساك.

. . . . . .

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم : بأنّ دعوى الملازمة بين الحكم الوضعيّ والحكم التكليفيّ وإن كانت تامّة ، ولكنّ الحكم التكليفيّ الملازم للحكم الوضعيّ هنا ليس هو وجوب ردّ العين إلى صاحبها لكي تترتّب عليه حرمة الإمساك ، وإنّما الواجب على القابض هو وجوب التخلية بين المال ومالكه ، وأمّا الزائد على ذلك فلم يدلّ عليه دليل شرعيّ ولا عقليّ .

التقريب الثاني : ما أفاده المحقّق الأيروانيّ بأنّ عموم « على اليد » وإن لم يكن مقصوراً على بيان التلكيف فلا أقلّ من أن يعمّ الوضع والتكليف معاً .

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم بوجوه ثلاثة :

الأوّل : إنّ إرادة الحكم التكليفي من حديث « على اليد » يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال ، فإنّ الحكم التكليفيّ لا يتعلّق بالأموال ، وإرادة الحكم الوضعيّ منه لا تحتاج إلى تقدير شيء ، ومن الواضح أنّ المراد بكلمة « ما » الموصولة هو المال ، ولا يمكن الجمع بين إرادة الحكم التكليفيّ والوضعيّ ؛ إذ لا يمكن الجمع بين التقدير وعدمه .

الثاني : إنّ حديث « **عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ** » بظاهره آبٍ عن إرادة الحكم التكليفيّ منه ؛ ضرورة أنّ الحكم المستفاد من ذلك مغيّاً لوجوب الردّ ، ومن الواضح أنّ الغاية لا تناسب إلّا الحكم الوضعيّ فقط ؛ وذلك لأنّه إذا أُريد من النبويّ المزبور الحكم التكليفيّ كان معناه أنّه يجب ردّ المال المأخوذ من مالكه بدون إذنه حتّى تؤدّيه ، أي حتّى تردّه إلى صاحبه ، وحينئذٍ فيكون ذلك نظير ما يقال : يجب عليك الإتيان بالصلاة حتّى تصلّي ، ولاشبهة في أنّ هذا الاستعمال مستهجن ، وهذا بخلاف ما إذا أُريد من الحديث الحكم الوضعيّ فقط ، فإنّه يكون معناه هو ثبوت ضمان المأخوذ على الآخذ حتّى يردّه إلى صاحبه ، ومن الواضح أنّه لا استهجان فيه .

الوجه الثالث: أنّه ضعيف السند، وعمل المشهور لا يكون جابراً له، كما عرفت سابقاً.

الجهة الثانية: أنّ حرمة التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل المقبوض بالعقد غير المعاوضيّ الفاسد كالهبة والعارية أم لا؟

ربّما يقال: إنّ الأدلّة الدالّة على حرمة التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد المعاوضيّ لا تشمل المقبوض بالعقد الفاسد غير المعاوضيّ، كالهبة والعارية، فإنّ القابض يجوز له التصرّف في العين الموهوبة بالهبة الفاسدة، فإنّ حرمة التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد المعاوضيّ الذي يضمن بصحيحه وفاسده لا يلازم حرمة التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه وفاسده، بل لنا أن نقول بحرمة التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد المعاوضيّ وجوازه في غير المعاوضيّ، وتكون نتيجته اختصاص الحكم بحرمة التصرّف مختصّاً بالعقود المعاوضيّة.

ولا يخفى أنّ الحكم بالاختصاص مبنيّ على القول بثبوت الملازمة بين حرمة التصرّف وبين ثبوت الضمان بأن يقال في كلّ مورد يكون الضمان ثابتاً في المقبوض بالعقد الفاسد يكون التصرّف فيه حراماً، وفي كلّ مورد لا يكون الضمان ثابتاً لا يكون التصرّف حراماً، كما في الهبة والعارية، فحيث إنّه لا ضمان في صحيحهما وفاسدهما، لا يحرم التصرّف في المأخوذ بهما مع كونهما فاسدين؛ لأنّ رافع الضمان فيهما هو الرافع للحرمة، فإنّ إعطاء المالك ماله مجّاناً للمتّهب لو رفع الضمان رفع الحرمة أيضاً.

ولكنّ الحقّ أن يقال بعدم ثبوت ملازمة بين الضمان وبين حرمة التصرّف، فإنّ التسليط المجّانيّ في الهبة ـ مثلاً ـ إنّما يرفع الضمان ولا يرفع حرمة التصرّف إلّا الإذن

وطيب نفس المالك به ، ولا إذن في موارد التمليك ، كما عرفت .

والحاصل : أنّ القول باختصاص حرمة التصرّف بالعقود المعاوضيّة مبنيّ على وجود الملازمة بين عدم الضمان وجواز التصرّف ، ووجود الملازمة بين الضمان وحرمة التصرّف ، إلّا أنّ الحقّ لا ملازمة بين عدم الضمان وجواز التصرّف ، فإنّ عدم الضمان مبنيّ على أمر ، وهو كون القبض مجّاناً ومبنيّاً على عدم الضمان ، وجواز التصرّف مبنيّ على أمر آخر ، وهو طيب نفس المالك وإذنه في التصرّف في ماله ، والمفروض عدم تحقّق الإذن ، وعلى تقديره لم يكن ممضى من قِبل الشارع . إذن فلا وجه لجواز التصرّف . والنتيجة : حرمة التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد ، بلا فرق بين العقد المعاوضيّ وغيره .

الجهة الثالثة: أنّه إذا بنينا على عدم جواز التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد ، فهل يجب ردّه إلى مالكه فوراً أم لا؟ ذهب شيخنا الأنصاريّ ﷺ إلى وجوب ردّه فوراً ، وقال : وهو ممّا لا خلاف فيه ؛ لأنّ الإمساك آناً مّا تصرّف في مال غيره بدون إذنه ، ولكنّ حرمة الإمساك لا تستلزم إلّا وجوب الردّ فوراً عقلاً لا شرعاً .

أضف إليه : أنّ مطلق الإمساك لا دليل على حرمته ، وإنّما الحرام هو الإمساك المسبوق بالأخذ والاستيلاء ، ورفع الاستيلاء عنه إنّما يكون بالتخلية ، وعدم المنع من وصوله إلى مالكه، وأمّا وجوب الردّ فلا دليل عليه .

وناقش سيّدنا الأُستاذ فيه وقال : إنّ مجرّد التخلية بين المال ومالكه لا تكفي في أداء الوظيفة فيما لو أخذه بلا مجوّز شرعيّ ، بل وجب عليه أن يردّه إلى مالكه ، وإلّا يلزم منه أنّه لو سرق سارق فرش الغير ثمّ تاب لم يكن الردّ واجباً ، بدعوى أنّ الإمساك بما هو لا يكون تصرّفاً ، وهل يمكن الالتزام به ؟!

ويمكن الجواب عنه بأنّه تارة يأخذ مال الغير بعنوان الغصب والعدوان ،

فلا شبهة في هذه الصورة في وجوب ردّ ما أخذه إلى مالكه، فإنّ مجرّد التخلية لا يكفي، وأمّا لو وصل بيده بإعطاء المالك باعتقاد أنّ الآخذ يستحقّه وهو لم يكن مستحقّاً له في الواقع، كما هو كذلك في المقبوض بالبيع الفاسد، ففي مثل المقام مجرّد التخلية بين المال ومالكه يكفي.

وقد استدلّ سيّدنا الأُستاذ بوجوب الردّ فوراً بالآية والروايات.

أمّا الآية فقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾[1].

وأمّا الروايات، فعدّة نصوص تدلّ على وجوب الردّ، كقوله عليه السلام في رواية البزنطيّ: «إذا عرف صاحبه ردّه إليه»، إلّا أن يقال: إنّ الأداء والردّ ليس معناهما إيصال المال إلى مالكه في بيته، فإنّ مجرّد التخلية في مثل هذه الموارد تكفي.

الجهة الرابعة: أنّه إذا وجب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه، فهل تكون مؤنة الردّ على القابض أم تكون على المالك؟

قد فصّل شيخنا الأنصاريّ رحمه الله بين ما تكون مؤنة الردّ قليلة فقال: إنّها على القابض، وبينما تكون كثيرة فقال بأنّها ليست على القابض، وذلك لأدلّة نفي الضرر.

وفيه: أنّ الضرر الناشئ من وجوب الردّ مشمول لحديث نفي الضرر، بلا فرق بين الضرر القليل والكثير.

وقال الميرزا النائينيّ رحمه الله: أنّ مؤنة الردّ لو كانت بمقدار يقتضيه طبع ردّ المال إلى مالكه فتكون المؤنة واجبة على القابض، ولا يكون حديث نفي الضرر رافعاً له؛ لأنّ الحكم الشرعيّ إذا اقتضى الضرر بحسب طبعه فلا يكون الحديث رافعاً له، وإلّا لكان جعله لغواً، وأمّا إذا كانت زائدة بمقدار يقتضيه طبع ردّ المال إلى مالكه فهي

(١) النساء ٤: ٥٨.

. . . . . .

مشمولة لأدلّة نفي الضرر، فلا يكون على القابض بل يكون على المالك، وهو متين.

الثالث [١]: أنّه لو كان للعين المبتاعة [٢] منفعة [٣] استوفاها المشتري قبل الردّ كان [٤] عليه عوضها على المشهور، بل [٥] ظاهر ما تقدّم من السرائر من كونه [٦] بمنزلة المغصوب الاتّفاق [٧] على الحكم،

---

[١] أي الأمر الثالث من الأمور المتفرّعة على المقبوض بالعقد الفاسد.

[٢] أي العين المشتراة بالعقد الفاسد.

[٣] اسم مؤخّر لقوله: «كان»، أي لو كانت منفعة للعين المشتراة بالعقد الفاسد قد استوفاها المشتري قبل ردّ المبيع إلى مالكه، كما لو شرب لبن الشاة المشتراة بالبيع الفاسد.

[٤] جواب لقوله: «لو كان...» أي كان على المشتري عوض المنفعة المستوفاة فهو يضمن مثل المنفعة المستوفاة إن كانت مثليّة، وقيمتها إن كانت قيميّة.

[٥] هذا ترقٍّ عمّا ذكره من كون المشتري ضامناً للمنفعة المستوفاة، حيث قال أوّلاً: إنّه ذهب إليه مشهور الفقهاء ثمّ ترقّى عنه، وقال: إنّه ممّا اتّفق عليه الفقهاء.

[٦] أي من كون المبيع بالبيع الفاسد بمنزلة المغصوب، فكما أنّ الغاصب يضمن عوض ما غصبه فيجب عليه ردّه إلى مالكه كذلك المشتري للمبيع بالبيع الفاسد يجب عليه أن يردّ المبيع إلى المالك.

[٧] خبر لقوله: «بل ظاهر»، أي ظاهر ما ذكره ابن إدريس، حيث شبّه المأخوذ بالعقد الفاسد بالمغصوب اتّفاق الفقهاء على الحكم، وهو ضمان المنافع المستوفاة، ومنشأ الظهور هو تشبيه المأخوذ بالبيع الفاسد بالمغصوب، حيث إنّ المنافع المستوفاة للعين المغصوبة يضمنها الغاصب إجماعاً، كذلك المنافع المستوفاة للمبيع بالبيع الفاسد يضمنها إجماعاً بمقتضى تشبيه المقبوض بالمغصوب.

ويدلّ عليه[١] عموم قوله: «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه»؛ بناءً[٢] على صدق المال على المنفعة، ولذا[٣] يجعل ثمناً في

---

[١] أي يدلّ على ضمان المنافع المستوفاة. إلى هنا بيّن شيخنا الأنصاريّ رحمه الله الدليل الأوّل على ضمان المنافع المستوفاة، وهو اتّفاق الفقهاء وإجماعهم.

ومن هنا شرع في ذكر الدليل الثاني عليه، وهو قوله عليه السلام: لا يحلّ...».

[٢] أي دلالة عموم قوله: «لا يحلّ....» على ضمان المنافع المستوفاة مبنيّ على صدق المال على المنفعة بأن يقال: إنّ مناط ماليّة الأشياء هي رغبة العقلاء، وتنافسهم عليها، ولا ريب في عدم اختصاص رغبتهم بالأعيان، بل تعمّ المنافع أيضاً، وأمّا بناء على تعريف المال بما يختصّ بالأعيان فتكون الرواية أجنبيّة عن الدلالة على ضمان المنافع، سواء كانت مستوفاة أو غير مستوفاة.

ولا يخفى أنّ الاستدلال بالحديث المذكور مبنيّ على كون الأحكام الوضعيّة منتزعة من الأحكام التكليفيّة، كما هو مبنى شيخنا الأنصاريّ رحمه الله.

فيدلّ الحديث بالمطابقة على الحرمة التكليفيّة، وعلى الضمان بالالتزام.

وأمّا بناءً على القول بكونها مجعولة مستقلّة، فلا يستفاد منه إلّا الحكم التكليفيّ، فيكون الحديث أجنبيّاً عن المقام.

[٣] أي الشاهد على كون المنفعة مالاً أمران:

أحدهما: ما أشار إليه بقوله: «ولذا يجعل ثمناً في البيع»، أي الشاهد على صدق المال على المنفعة جواز جعلها ثمناً في البيع، مع أنّ حقيقته عبارة عن المبادلة بين المالين، كما عن المصباح، حيث قال: «إنّ البيع عبارة عن المبادلة بين المالين»، فلو لم تكن المنفعة مالاً لما صحّ جعلها عوضاً في البيع.

البيع وصداقاً في النكاح ،خلافاً [١] للوسيلة ، فنفى [٢] الضمان محتجّاً [٣] بأنّ الخراج [٤] بالضمان ،كما في النبويّ المرسل ، وتفسيره [٥] أنّ من [٦]

ثانيهما : ما أشار إليه بقوله : « وصداقاً في النكاح » ، أي الشاهد الثاني على صدق المال على المنفعة جواز جعلها صداقاً في النكاح ، فلو لم تكن المنفعة مالاً لما صحّ جعلها صداقاً بعد وضوح اعتبار الماليّة في الصداق ، فصحّة جعلها صداقاً يدلّ على أنّ المنفعة مال .

[١] خالف ابن حمزة في الوسيلة ، حيث قال : « إذا باع أحد بيعاً فاسداً وانتفع به المشتري ، ولم يعلما بفساده ، ثمّ علما به ، واستردّ البائع المبيع لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به » .

[٢] أي نفى صاحب الوسيلة ضمان المنافع المستوفاة .

[٣] أي احتجّ صاحب الوسيلة لما ذهب إليه من نفي ضمان المنافع المستوفاة بالنبويّ المذكور في المتن .

[٤] والمراد من الخراج هنا الفائدة ، أي فائدة المبيع في مقابل ضمانه ، فحيث كان المشتري في المقام بالعقد الفاسد ضامناً لما أخذه بالبيع الفاسد ، فلا بدّ أن يردّه إلى مالكه ، فالمنافع للمبيع المذكور أيضاً تكون له فلا يكون ضامناً للمالك .

[٥] أي تفسير ابن حمزة الخراج بالضمان ، وتوجيه استدلاله به .

[٦] أي من أقدم على ضمان شيء وتقبّله لنفسه بتضمين المالك له كالمشتري في المقام الذي أقدم على ضمان المبيع بتضمين البائع إيّاه ، فخراج هذا المبيع ومنافعه له ، فمنافع المبيع تكون للمشتري بإزاء تقبّله لضمان المبيع بعد تضمين البائع إيّاه .

ضمن شيئاً وتقبّله لنفسه فخراجه له ، فالباء [١] للسببيّة أو المقابلة [٢] ، فالمشتري [٣] لمّا أقدم على ضمان المبيع [٤] وتقبّله [٥] على نفسه بتقبيل [٦] البائع وتضمينه إيّاه على [٧] أن يكون الخراج

---

[١] أي كلمة « الباء » في قوله : « بالضمان » إمّا للسببيّة فيكون على هذا معنى الحديث أن المنافع بسبب الضمان ، أي علّة كون المنافع للمشتري كونه ضامناً للمبيع .

[٢] وعلى هذا يكون معنى الحديث أنّ كون منافع المبيع بالبيع الفاسد للمشتري في مقابل ضمانه له .

[٣] تفصيل الاستدلال بالحديث وتفسيره .

[٤] أي على ضمان المبيع عند تلفه بمعنى أن يذهب المبيع من كيسه .

[٥] فعل ماضٍ من باب التفعيل ، أي لمّا تقبّل المشتري على نفسه بأن يكون ضامناً للمبيع .

[٦] أي في مقابل تقبيل البائع وتضمينه المبيع للمشتري فهما لفظان مترادفان . وتوضيحه : أنّ كلّاً من البائع والمشتري أقدم على الضمان المعاوضيّ ، فالبائع يجعل المشتري ضامناً للمبيع لو تلف عنده ويجعل المبيع على عهدته ، ويتقبّله المشتري بمعنى أنّه يقبل أنّ المبيع يكون على عهدته ، وهو ضامن له لو تلف ، والمشتري أيضاً يجعل البائع ضامناً للثمن لو تلف عنده ويتقبّله البائع ، وبعد ما ثبت أنّ المشتري قد أقدم على ضمان المبيع قد حكم الشارع بأنّ منافع المبيع وخراجه يكون للمشتري في قبال ضمانه للمبيع .

[٧] الجار متعلّق بقوله : « أقدم » ، أي إقدام المشتري على ضمان المبيع مبنيّ على أن تكون منفعته له ، ومشروط به بالشرط الارتكازيّ ، وقد جعل الشارع في هذا الحديث منافع المبيع للمشتري بإزاء ضمانه له عند تلفه .

له [١] مجّاناً، كان [٢] اللازم من ذلك أنّ خراجه له على تقدير الفساد [٣]، كما أنّ الضمان عليه [٤] على هذا التقدير أيضاً.

والحاصل [٥]: أنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، ومرجعه [٦] إلى أنّ الغنيمة والفائدة بإزاء الغرامة، وهذا المعنى [٧]

---

[١] أي للمشتري بلا عوض، بمعنى أنّه لا يكون ضامناً للمنفعة التي استوفاها من المبيع التالف.

[٢] جواب الشرط في قوله: «لمّا أقدم»، أي لمّا أقدم المشتري على أن يكون ضامناً للمبيع كان اللازم من الإقدام على ضمان المبيع أن يكون خراج المبيع له مجّاناً.

[٣] أي على تقدير فساد البيع.

[٤] أي كما أنّ ضمان العين أيضاً يكون على المشتري على تقدير فساد العقد.

[٥] أي ملخّص تفسير الحديث النبويّ هو عدم إمكان اجتماع ضمان العين وضمان المنفعة في باب البيع، فمن كان ضامناً للعين المبيعة لا يمكن أن يكون ضامناً لمنافعها أيضاً؛ لأنّ المنافع المعبّر عنها بالخراج في الحديث تكون بإزاء المبيع، فلو كان المشتري ضامناً للمبيع ولمنافعها يلزم أن يذهب العوض والمعوض من كيسه، وهو باطل. إذن فلابدّ أن يكون المشتري ضامناً للمبيع فقط لا المنافع المستوفاة.

[٦] أي مرجع عدم إمكان اجتماع ضمان العين مع ضمان المنافع إلى أنّ الفوائد بإزاء غرامة العين وضمانها فتكون كالعوض لها، وهما متقابلان فلا يمكن اجتماعهما في مورد واحد.

[٧] أي هذا المعنى الذي ذكرناه في تفسير حديث الخراج ـ وقلنا: إنّ الظاهر منه أنّ فوائد المبيع بإزاء ضمانه، فمن ضمنه تكون الفوائد له بحيث لا يمكن أن

مستنبط من أخبار كثيرة متفرّقة، مثل قوله عليه السلام في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري «ألا ترى [١] أنّها [٢] لو أُحرقت كانت من مال المشتري؟» [٣].

يكون شخص واحد مالكاً للمبيع ولمنافعه، ولا يمكن اجتماع ضمان العين مع ضمان الخراج ـ يستفاد من أخبار كثيرة أيضاً، فتكون تلك الأخبار أيضاً مؤيّدة للمعنى الذي فسّرنا الحديث به على رأي ابن حمزة.

[١] قوله: «ألا ترى» مقول لقوله عليه السلام: ...: «أي مثل قوله عليه السلام: ألا ترى...»، والإمام عليه السلام حكم في هذه الرواية بدخول منافع الدار المبيعة ـ بالبيع الخياريّ التي استوفاها المشتري في الزمان المتخلّل بين البيع، والأخذ بالخيار ـ في ملك المشتري، وهو لا يكون ضامناً لعوضها للبائع بعد فسخ العقد، والوجه في عدم ضمانها هو ضمانه لنفس المبيع وبذل الثمن بإزائه، فلا يمكن الجمع بين ضمان العين وضمان منافعها، فيكون مفاد هذا الحديث موافقاً لمفاد حديث الخراج بالضمان.

[٢] أي الشاهد على أنّ انّ منفعة الدار التي استوفاها في زمن الخيار تكون للمشتري؛ لأنّ الدار لو احترقت كانت من ماله، فلا يمكن أن يجمع بين ضمانه للدار وضمانه لمنافعها، فإذا حكم بضمان المشتري للعين لا بدّ أن يحكم بعدم ضمانه لمنافعها حذراً من الجمع بين العوض والمعوّض.

[٣] وهي إشارة إلى موثّقة إسحاق بن عمّار، قال: «حدّثني مَن سمع أبا عبدالله، وسأله رجل وأن عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره، فجاء إلى أخيه فقال له: أبيعك داري هذه تكون أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إنّ أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن تردّ عليّ، فقال: **لَا بَأْسَ بِهَذَا إِنْ جَاءَ بِثَمَنِهَا إِلىٰ سَنَةٍ رَدَّهَا عَلَيْهِ**، قلت: فإنّها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة، لمن تكون

ونحوه [١] في الرهن وغيره [٢].

الغلّة ؟ فقال : **الْغَلَّةُ لِلْمُشْتَرِي. أَ لَا تَرىٰ أَنَّهُ لَوِ احْتَرَقَتْ لَكَانَتْ مِنْ مَالِهِ**»[١]، ومحلّ الشاهد في الرواية قوله عليه السلام : «**الْغَلَّةُ لِلْمُشْتَرِي. أَ لَا تَرىٰ أَنَّهُ لَوِ احْتَرَقَتْ لَكَانَتْ مِنْ مَالِهِ**» ، فجعل الغلّة التي هي من منافع الدار للمشتري بإزاء ضمانه لأصل الدار يكون مؤيّداً لحديث الخراج بالضمان .

والحاصل : أنّه عليه السلام استشهد بكون الغلّة للمشتري على أنّ الدار لو احترقت لكانت من ماله ، فيستفاد منها أنّ المنافع للمشتري ، ولا يكون هو ضامناً للمنافع؛ لأنّها بإزاء ضمان العين ، وضمان العين لا يجتمع مع ضمان المنافع .

[١] أي نظير هذا الحديث الدالّ على أنّ المشتري لا يضمن المنافع المستوفاة ، ـ لأنّها بإزاء ضمان العين ـ الحديث الوارد في باب الرهن ، وهو ما رواه إسحاق بن عمّار ، قال : « قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الآفة ، على من يكون؟ قال عليه السلام : **عَلىٰ مَوْلَاهُ**. ثمّ قال : **أَ رَأَيْتَ لَوْ قَتَلَ قَتِيلاً عَلىٰ مَنْ يَكُونُ؟** قلت : هو في عنق العبد .

أنّ فوائد المبيع بإزاء ضمانه ، فمن ضمنه تكون الفوائد له بحيث لا يمكن أن قال عليه السلام : **أَ لَا تَرىٰ فَلِمَ يَذْهَبُ مَالُ هَذَا؟** ثمّ قال : **أَ رَأَيْتَ لَوْ كَانَ ثَمَنُهُ مِائَةَ دِينَارٍ فَزَادَ وَبَلَغَ مِائَتَيْ دِينَارٍ ، لِمَنْ كَانَ يَكُونُ؟** قلت : لمولاه . قال : **كَذَلِكَ يَكُونُ عَلَيْهِ مَا يَكُونُ لَهُ**»[٢] .

[٢] أي غير الرهن من سائر الأحاديث الواردة في الباب ٢١ من أحكام الإجارة ، الحديث ٣، فلاحظ .

---

(١) وسائل الشيعة: الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة: الجزء ١٨ الباب ٥ من أبواب الرهن، الحديث ٦.

وفيه [١]: أنّ هذا الضمان [٢] ليس هو [٣] ما أقدم عليه المتبائعان حتّى

---

[١] أي في استدلال صاحب الوسيلة بحديث ـ الخراج بالضمان ـ لنفي ضمان المنافع المستوفاة، نظر.

ولا يخفى أنّ هذا إشارة جهة ثالثة من الجهات التي تتعلّق بكلام صاحب الوسيلة:

الجهة الأُولى: كانت في تفسير الحديث النبويّ الذي استدلّ به صاحب الوسيلة لنفي الضمان.

الجهة الثانية: كانت في ذكر الأخبار التي يستفاد منها أيضاً مفاد قوله: «الخراج بالضمان».

الجهة الثالثة: المناقشة في الاستدلال به، وملخّصه: أنّ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ضمان قهريّ حكم به الشارع وليس ضماناً اختياريّاً للمتبايعين قد أقدما عليه باختيارهما كي يكون ضامناً معاوضيّاً في مقابل المنافع وتستلزم ملكيّة المنافع لضمان العين، لما قد حقّق في محلّه من أنّ ضمان العين الموجب لملكيّة المنافع هو الضمان المعاوضيّ الذي أقدم عليه المتعاقدان، وهو منتفٍ في المقبوض بالبيع الفاسد، وقوله: «الخراج بالضمان» أجنبيّ عن المقام؛ لأنّه ناظر إلى الضمان المعاوضيّ الذي أقدم عليه المتعاقدان.

[٢] أي الضمان في المقبوض بالبيع الفاسد، وهو ضمان المثل أو القيمة.

[٣] أي ليس الضمان الذي أقدم عليه المتعاقدان، والذي كان الخراج بإزائه، بل الضمان فيه أمر قهريّ حكم به الشارع. إذن فالضمان في قوله: «الخراج بالضمان» أجنبيّ عن الضمان في المقبوض بالبيع الفاسد.

يكون الخراج بإزائه [١]، وإنّما هو [٢] أمر قهريّ حكم به [٣] الشارع، كما حكم [٤] بضمان المقبوض [٥] بالسوم والمغصوب [٦]، فالمراد [٧] بالضمان الذي بإزائه الخراج التزام [٨] الشيء على نفسه

---

[١] أي حتّى تكون المنافع بإزاء ضمان العين، وإنّما قلنا: إنّ الضمان في المقبوض بالبيع الفاسد ممّا لم يقدم عليه المتعاقدان؛ لأنّهما أقدما على المعاملة معتقدين بصحّتها، فلم يقدما على ضمان العين، فإنّه من الضمان القهريّ التعبّديّ الذي لا يستلزم ملكيّة المنافع.

[٢] أي ضمان العين في المقبوض بالعقد الفاسد.

[٣] أي حكم الشارع بضمان العين المقبوضة بالعقد الفاسد.

[٤] أي كما حكم الشارع بالضمان القهريّ في المقبوض بالسوم.

[٥] والمراد منه أنّ المشتري يأخذ السلعة لإرادة اشترائها فتلفت في يده، فإنّ الشارع قد حكم بضمان المشتري، مع أنّه لم يقدم على الضمان فيه.

[٦] والغاصب لم يقدم على ضمان ما غصبه، وإنّما حكم الشارع بضمانه وأنّه يؤخذ منه بأشقّ الأحوال.

[٧] لمّا بيّن معنى الضمان في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بأنّه ليس المراد به الضمان المعاوضيّ الذي أقدم عليه المتعاقدان الممضي شرعاً، شرع في بيان المراد من الضمان في حديث الضمان بالخراج، وقال: إنّ المراد بالضمان في حديث «الخراج بالضمان» ـ الذي هو سبب لملكيّة المنافع، وتكون هي بإزائه ـ ليس أمراً قهريّاً حكم به الشارع، بل هو أمر اختياريّ أقدم عليه المتعاقدان وأمضاه الشارع.

[٨] خبر لقوله: «فالمراد»، أي التزام أحد المتعاقدين أو كليهما على نفسه

وتقبّله [١] له مع إمضاء الشارع له [٢]، وربّما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية [٣] بالعارية [٤]

وتعهّدهما باختيارهما على نفسهما بأن يكون التالف على عهدتهما أو عهدة أحدهما.

[١] أي تقبّل أحد المتعاقدين أوكليهما أن يكون الشيء التالف في عهدته.

[٢] أي مع إمضاء الشارع لتقبّل المتعاقدين والتزامهما، وهذا المعنى للضمان لا ينطبق على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد؛ وذلك لعدم التزام المتعاقدين بشيء على أنفسهما أوّلاً، ولعدم إمضاء الشارع تقبّل ما أخذاه على ذمّتهما على تقدير إقدامهما ثانياً؛ إذ المفروض أنّ العقد فاسد فلا يشمله دليل الإمضاء. إذن فلا يشمل الحديث النبويّ للمقام، وهو ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

[٣] من أنّ معنى الضمان في الرواية معناه المصدريّ، أي إحداث الضمان، وهو يتحقّق فيما إذا أقدم المتبايعان على الضمان مع إمضاء الشارع له دون الضمان القهريّ الجاري في المقبوض بالبيع الفاسد.

[٤] الجار متعلّق بقوله: «ينتفض»، وملخّص النقض هو: أنّ المستعير إذا أقدم على ضمان العارية كما إذا شرط المعير ضمان العارية على المستعير، وهو قبل هذا الشرط، فهو أقدم على ضمانها بقبوله شرط المعير، وهذا الإقدام منه ممضى من قِبل الشارع، وهذا الإقدام من المستعير على ضمان العارية مع أنّه أقدم عليه لا يوجب أن يكون مالكاً لمنافعها لما ثبت عندهم من أنّ المستعير مع كونه ضامناً للعارية لا يملك منافعها، وإنّما يملك الانتفاع الذي عيّنه المالك له، وهذا النقض يكون كاشفاً عن عدم الملازمة بين الضمان الإقداميّ الاختياريّ وبين ملكيّة المنافع؛ إذ ربّما يكون الضمان الإقداميّ

المضمونة [١]، حيث [٢] إنّه أقدم على ضمانها مع أنّ خراجها [٣] ليس له لعدم [٤] تملّكه للمنفعة، وإنّما تملّك [٥] الانتفاع الذي عيّنه المالك، فتأمّل [٦]. والحاصل: أنّ دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن،

الاختياريّ موجوداً، وملكيّة المنافع غير موجودة.

[١] وهي المشترطة بالضمان وعارية الذهب والفضّة.

[٢] بيان لورود النقض، أي حيث إنّ المستعير أقدم على ضمان العين المستعارة.

[٣] أي مع أنّ منافع العين المستعارة ليست للمستعير، بل هي لمالكها، فإنّ منافع الشاة المستعارة ـ مثلاً كولدها ولبنها ـ تكون لمالك الشاة لا للمستعير.

[٤] أي لعدم كون المستعير مالكاً للمنفعة، فإنّ ولد الشاة المستعارة لا يكون ملكاً للمستعير، بل له أن ينتفع بها.

[٥] أي إنّما تملّك المستعير الانتفاع الخاصّ الذي عيّنه مالك العين المستعارة، كما إذا عيّن المالك الانتفاع من خصوص لبنها، فإنّ العارية باقية على ملك مالكها، وللمستعير أن ينتفع بلبنها فقط، فتكون العارية إباحة الانتفاع بمنافع ملك الغير مجّاناً مع بقاء المنفعة في ملك الغير، نظير إباحة أعيان الطعام للضيف، فإنّ المستعير تملّك خصوص الانتفاع من العين المستعارة.

[٦] لعلّه إشارة إلى أنّ مفاد الحديث ضمان العين بازاء الخراج، سواء كان منفعة أو انتفاعاً، فلا فرق بين تملّك المنفعة وتملّك الانتفاع، فإنّ المستعير في العارية المضمونة ضامن للعين بازاء الخراج الذي يكون تملّك الانتفاع في مورد النقض، وعليه فالنقض غير وارد.

ولعلّه إشارة إلى أنّ دلالة حديث الخراج بالضمان على مسلك ابن حمزة، وهو عدم كون المشتري ضامناً للمنافع المستوفاة لا تقصر في الوهن عن سنده، كما أنّ سنده ضعيف، وقد حكي عن الفقيه الكبير شيخ الشريعة

فلا يترك لأجلها [١] قاعدة [٢] ضمان مال المسلم واحترامه [٣]، وعدم [٤] حلّه إلّا عن طيب النفس،

الأصفهانيّ ﷺ بأنّه قال: أنّا تتبّعنا غاية التتبّع فلم نجده في كتب الإماميّة، في صحاحها وغير صحاحها، بل وجدناه في كتب العامّة بطرق متعدّدة في مورد عديدة، كذلك دلالته؛ لما ذكره المصنّف من اختصاصه بموارد الإقدام بالضمان الممضى شرعاً، ولا يشمل للضمان التعبّديّ الثابت بحكم الشارع قهراً.

[١] أي لا يترك لأجل رواية الخراج بالضمان الذي استدلّ بها ابن حمزة على عدم ضمان المشتري المنافع المستوفاة.

[٢] فاعل لقوله: «فلا يترك»، أي لا يترك قاعدة ضمان مال المسلم الدالّة على ضمان المنافع المستوفاة، وهي ما دلّت على عدم جواز ذهاب حقّ أحد كقوله عليه السلام: «**لَا يَصْلُحُ ذَهَابُ حَقِّ أَحَدٍ**»[1]، فيدلّ هذا على أنّه إذا ثبت حقّ شخص على غيره أعمّ من الحقّ الماليّ وغيره لم يصحّ ذهابه وفواته بغير عوض، وهذا هو معنى الضمان.

[٣] أي لا يترك قاعدة احترام مال المسلم المستفادة من قوله عليه السلام: «**حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ**» الدالّ على الضمان.

[٤] أي قاعدة عدم حلّيّة مال المسلم إلّا بطيب نفسه المستفادة من قوله عليه السلام: «**لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ، إِلّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ**».

وملخّص الكلام: أنّه لا يمكن رفع اليد عن هذه الطوائف الثلاث من الروايات الدالّة على الضمان لأجل حديث ضعيف سنداً ودلالة، وهو

---

(١) تهذيب الأحكام: ٩: ١٨٠، الحديث ١١.

وربّما يردّ[١] هذا القول[٢] بما[٣] ورد في شراء الجارية المسروقة من[٤] ضمان قيمة الولد وعوض اللبن[٥]، بل عوض[٦] كلّما انتفع.

الخراج بالضمان.

[١] والرادّ هو العلّامة وغيره على ما حكي عنه.

[٢] وهو قول ابن حمزة القائل بعدم ضمان المنافع المستوفاة في العقد الفاسد.

[٣] الجار والمجرور نائب فاعل لقوله: «يردّ»، أي يردّ قول ابن حمزة بالحديث الوارد في شراء الجارية المسروقة، وإليك نصّ الحديث، وهو عن زرارة، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثمّ إنّ أباها يزعم أنّها له، وأقام على ذلك البيّنة. قال: **يَقْبِضُ وَلَدَهُ وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْجَارِيَةَ، وَيُعَوِّضُهُ فِي قِيمَةِ مَا أَصَابَ مِنْ لَبَنِهَا وَخِدْمَتِهَا**»[1].

[٤] بيان للموصول في قوله: «بما ورد»، أي بما ورد في حديث شراء الجارية المسروقة من ضمان المشتري قيمة الولد؛ لأنّ الولد حيث كان حرّاً فيكون ذلك تفويتاً على مالك الجارية، فيكون المشتري ضامناً لقيمة الولد لمالك الجارية، فلا بدّ أن يردّها إليه.

[٥] أي ورد الحديث على أنّ المشتري يكون ضامناً لعوض اللبن الذي شربه الولد.

[٦] أي ورد الحديث في ضمان المشتري عوض كلّما انتفع به من الجارية، كالخدمة وغيرها. وملخّص الكلام: أنّ المستفاد من حديث شراء الجارية المسروقة أنّ الإمام عليه السلام حكم بردّ الجارية ومنافعها إلى مالكها، فلو كان

---

(١) تهذيب الأحكام: ٧: ٨٣، الحديث ٧١.

وفيه [١]: أنّ الكلام [٢] في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين

الخراج بالضمان ـ كما ادّعاه ابن حمزة ـ كيف حكم الإمام عليه السلام في الرواية بذلك؟ إذن يردّ ما تمسّك به ابن حمزة من أنّ الضمان بالخراج بهذه الرواية الدالّة على أنّ المشتري يكون ضامناً للعين، وخراجها للمالك.

[١] أي أنّ ما ذكره العلّامة وغيره في ردّ ابن حمزة القائل بعدم الضمان في المنافع المستوفاة غير تامّ؛ لأنّ ما ورد في شراء الجارية المسروقة لا يصلح أن يكون ردّاً له، وهو أجنبيّ عن محلّ الكلام بين ابن حمزة وبين المشهور؛ لأنّ النزاع بينهما إنّما هو في المقبوض بالعقد الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين بأن يكون فساده لاختلال شرط صحّته مع صدور البيع من المالكين، وأنّ ابن حمزة يدّعي عدم ضمان المشتري للمنافع في صورة كونه ضامناً للعين بالتضمين المالكيّ.

وأمّا ما ورد في نفي ضمان المنافع في شراء الجارية المسروقة لا يكون في العقد الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين؛ إذ المفروض أنّ بائع العين ليس مالكها، بل هو غاصب وضمان المشتري في شراء الجارية المسروقة تضمين للعين من غير المالك؛ إذ المفروض أنّه غاصب، ولا ملازمة بين منافع المغصوب المبيع وبين منافع المبيع فاسداً لا من جهة الغصب، بل من جهة التضمين المالكيّ.

وملخّص الكلام: أنّ الخبر الوارد في شراء الجارية المسروقة لا يصلح أن يكون ردّاً لابن حمزة؛ لأنّه يدّعي عدم ضمان المنافع المستوفاة في صورة التضمين المالكيّ للعين، ومورد الخبر ضمان المنافع المستوفاة في صورة التضمين من غير المالك.

[٢] أي مورد الكلام بين ابن حمزة وبين المشهور، إنّما هو المقبوض بالعقد

من جهة [١] أنّ مالك العين جعل [٢] خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن [٣]، لا [٤] ما كان فساده من جهة التصرّف في مال الغير.

الفاسد من غير جهة الغصب، كما إذا كان البيع واقعاً بين مالكي العوضين وصار فاسداً لاختلال بعض شرائط صحّته، فإنّ ابن حمزة يتمسّك بحديث الخراج بالضمان، وهذا أجنبيّ عن أخبار ضمان منافع الجارية المسروقة؛ إذ ليس بيع الجارية الفاسد بين مالكي العوضين، فإنّ بائعها ليس مالكها، بل هو غاصب. إذن فالذي هو مورد النزاع بين ابن حمزة وبين المشهور أجنبيّ عن شراء الجارية المسروقة، ولا تكون هذه الرواية ردّاً على ابن حمزة.

[١] الجار متعلّق بقوله: «إنّ الكلام...»، أي النزاع بين ابن حمزة وبين المشهور ناشئ عن الإقدام على جعل مالك العين منافعها ملكاً للمشتري بإزاء الثمن الذي يدفعه المالك، والمشهور يقولون: إنّ هذا الإقدام ممضى من قِبل الشارع، ونتيجته أنّ المنافع المستوفاة ملك المشتري، وهو ضامن له، أي المنفعة التالفة تخرج من كيسه، فإنّ اللبن الذي شربه أتلفه من ملكه، فلا معنى لأن يكون المالك ضامناً لما أتلفه من ملكه، وابن حمزة يقول بأنّ مقتضى الضمان بالخراج عدم ضمانها.

[٢] أي جعل منافع العين للمشتري.

[٣] الجار متعلّق بقوله: «الضمان» و«الباء» للمقابلة، أي بإزاء ضمان المشتري العين في مقابل الثمن الذي يدفعه إلى المالك.

[٤] أي لا يكون مورد الكلام بين ابن حمزة والمشهور ضمان المقبوض بالعقد الفاسد من جهة مغصوبيّة العوضين أو أحدهما كي يكون مشمولاً لرواية الجارية المسروقة، ويستدلّ به على ضمان المنافع.

والحاصل: أنّ الكلام إنّما يكون في البيع الفاسد الذي يكون منشأ الفساد

وأضعف من ذلك [١] ردّه بصحيحة أبي ولّاد المتضمّنة [٢] لضمان منفعة

فيه الاختلال بشرط من شرائط صحّة البيع، والفساد في الجارية المسروقة ليس من هذه الجهة، بل من جهة عدم كون البائع مالكاً للجارية، ولا تكون هذه الرواية ردّاً على ابن حمزة القائل بعدم الضمان في المنافع المستوفاة.

[١] أي أضعف من ردّ قول ابن حمزة بما ورد في ضمان منافع الجارية المسروقة ردّ قوله بصحيحة أبي ولّاد، ووجه الأضعفيّة هو: أنّ مورد رواية الجارية المغصوبة المقبوض بالعقد الفاسد، وحيث إنّ فساده كان من جهة كون المالك غاصباً فهي لا تصلح لردّ ابن حمزة الذي يقول بعدم الضمان في البيع الفاسد بين مالكي العوضين، فإنّ مورد الرواية كان متّحداً مع مورد دعوى ابن حمزة، وهو البيع الفاسد، ومع ذلك قلنا بأنّها لا تصلح لردّه لاختلاف جهة الفساد في الموردين، فإنّ البيع فاسد في محلّ الكلام بين ابن حمزة والمشهور، لاختلال شرط صحّته، وفاسد في مورد بيع الجارية المسروقة لكون البائع غاصباً، ولذا قلنا إنّ ردّ ابن حمزة بسبب الرواية الواردة في بيع الجارية المسروقة ضعيف؛ لعدم ارتباط الرواية بكلام ابن حمزة، وأمّا مورد صحيحة أبي ولّاد هو الغصب مجرّداً عن البيع، فتكون هي أجنبيّة بالمرّة عن المقبوض بالبيع الفاسد، ولذا يكون ردّ قول ابن حمزة بصحيحة أبي ولّاد أضعف من ردّه بما ورد في الجارية المسروقة.

وزبدة الكلام: أنّ مورد صحيحة أبي ولّاد هو الغصب مجرّداً عن البيع؛ إذ موردها إجارة البغل، ومورد رواية الجارية المسروقة هو بيع المغصوب.

[٢] أي الصحيحة الدالّة على أنّ الغاصب لو استوفى منفعة المغصوب، كما إذا ركب الدابّة المغصوبة يكون ضامناً لعوض المنفعة المستوفاة.

المغصوب المستوفاة ردّاً [١] على أبي حنيفة القائل بأنّه إذا تحقّق ضمان العين ولو بالغصب سقط كراها [٢]، كما يظهر [٣] من تلك الصحيحة.

---

[١] أي تكون الصحيحة ردّاً لأبي حنيفة القائل بسقوط ضمان أُجرة الدابّة بسبب كون الغاصب ضامناً للعين المغصوبة.

[٢] أي سقطت أُجرة العين المغصوبة عن الغاصب بسبب ضمان العين.

[٣] أي كما يظهر ردّ قول أبي حنيفة ـ بأنّه إذا تحقّق ضمان العين سقط أجرتها، أي يسقط ضمان الأُجرة بسبب ضمان العين ـ من صحيحة أبي ولّاد، وينبغي أن نذكر إجمال الصحيحة كي يتّضح وجه ظهور كون الصحيحة ردّاً لأبي حنيفة، وسيأتي متن الرواية قريباً في متن الكتاب.

وأمّا ملخّص ما يستفاد من الصحيحة هو أنّه ورد في صحيحة أبي ولّاد السؤال عن اكتراء بغل من الكوفة إلى مسافة معيّنة وهي قصر بني هبيرة لاستيفاء دين من غريم، فلمّا خرج من الكوفة ووصل قنطرتها أُخبر بخروج الغريم إلى مكان آخر، وهو النيل، فتابعه أبو ولّاد إلى أن ظفر به ببغداد، وفرغ ممّا بينه وبينه ورجع إلى الكوفة، وقد طال سفره من مبدئه إلى منتهاه خمسة عشر يوماً، وهي أزيد بكثير من المدّة المتعارفة للسير من الكوفة إلى قصر بني هبيرة، والرجوع منه إلى الكوفة، فأراد أبو ولّاد التحلّل من المكاري ببذل أُجرة أُخرى زائداً على الأُجرة المعيّنة أوّلاً فلم يرض بها صاحب البغل، فتراضيا بالترافع إلى أبي حنيفة، فحكم ببراءة ذمّة أبي ولّاد من الأُجرة الزائدة مستدلّاً بحديث الخراج بالضمان، فاسترجع صاحب البغل من هذا القضاء الجائر إلى أن تشرّف أبو ولّاد للحجّ وزار الإمام أبا عبدالله جعفر بن محمّد الصادق عليه السلام، وقصّ عليه قصّته، فقال عليه السلام: **«فِي مِثْلِ هَذَا الْقَضَاءِ وَشِبْهِهِ تَحْبِسُ السَّمَاءُ مَاءَهَا، وَتَمْنَعُ الْأَرْضُ**

نعم [١]، لو كان القول المذكور [٢] موافقاً لقول أبي حنيفة في إطلاق [٣] القول

بَرَكَتَهَا»[(١)]، وحكم على أبي ولّاد بضمانه لأُجرة البغل في جميع المدّة التي خرج بها من الكوفة حتّى عوده إليها؛ لأنّه استوفى منفعته بإجارة فاسدة لإخلاله بالشرط، فصار البغل مغصوباً فيضمنه كما يضمن ما استوفى من منافعه، فالمستفاد من هذه الصحيحة جواز الجمع بين ضمان العين وضمان المنافع، وعليه تكون هذه الصحيحة ردّاً على ابن حمزة القائل بأنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان منافعها، وناقش المصنّف في هذا الردّ الثاني بقوله: وأضعف منه، وقد عرفت وجه الأضعفيّة ممّا ذكرناه.

[١] استدراك عمّا ذكره من عدم كون صحيحة أبي ولّاد ردّاً على ابن حمزة. وملخّص الاستدراك هو أنّ الصحيحة تنهض للردّ على ابن حمزة إذا كان قائلاً بإطلاق الخراج بالضمان بحيث يشمل الغصب، كما يقول به أبو حنيفة؛ إذ بناءً على هذا ابن حمزة يقول بعدم ضمان المنافع المستوفاة حتّى في مورد العين المغصوبة، وصحيحة أبي ولّاد دالّة على الضمان، وجواز الجمع بين ضمان العين وضمان المنافع، فتكون الصحيحة رادّة لابن حمزة الذي تمسّك بإطلاق الخراج بالضمان، وأمّا إذا لم يكن قائلاً به وكان قائلاً باختصاص الخراج بالضمان بالعقود المعاوضيّة وعدم شموله للغصب، لم تنهض الصحيحة للردّ عليه.

[٢] وهو قول ابن حمزة في الوسيلة.

[٣] أي كما قال أبو حنيفة بإطلاق حديث الخراج بالضمان وشموله للعقد

---

(١) تهذيب الأحكام: ٧: ٢١٦، الحديث ٢٥.

بأنّ الخراج بالضمان انتهضت [١] الصحيحة وما قبلها ردّاً عليه. هذا [٢] كلّه في المنفعة المستوفاة.

المعاوضيّ والغصب، كذلك لو قال ابن حمزة بإطلاق الحديث وشموله لمورد الغصب.

[١] جواب لقوله: «لو كان القول المذكور»، أي لو كان ابن حمزة أيضاً قائلاً بإطلاق الخراج بالضمان، كما كان أبو حنيفة قائلاً به لكانت صحيحة أبي ولّاد صالحة للردّ على قول ابن حمزة، ولكانت الرواية السابقة عليها ـ وهي رواية الجارية المسروقة ـ أيضاً صالحة للردّ على ابن حمزة، ولكنّه ليس كأبي حنيفة في إطلاق القول، أي ابن حمزة لا يقول بأنّ الخراج بالضمان مطلقاً، سواء كان عدم الضمان في الغصب أم في المقبوض بالعقد الفاسد، بل يقول بعدم الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد فقط، فلا تشمله الصحيحة الواردة في الغصب فقط، وأمّا أبو حنيفة فهو قائل بأنّ الخراج بالضمان مطلقاً، سواء كان عدم الضمان في الغصب أم في المقبوض بالعقد الفاسد، فالصحيحة ردّ عليه لا على ابن حمزة.

[٢] أي ما ذكرناه إلى هنا كان حول المنفعة التي انتفع بها المشتري من العين المقبوضة بالعقد الفاسد.

«التحقيق»

ذهب المشهور إلى ضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، وخالفهم في ذلك ابن حمزة الطوسيّ، حيث إنّه حكم بعدم الضمان محتجّاً بأنّ الخراج بالضمان، وأمّا ما ذهب إليه المشهور من الضمان فاستدلّ عليه بوجوه:

الوجه الأوّل: قوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**» بدعوى أنّ عموم

. . . . . .

الموصول يشمل المنافع المستوفاة أيضاً.

وفيه: أوّلاً: بضعف السند، وعمل المشهور به غير ثابت صغرى، وعلى تقدير ثبوته غير جابر لضعفه، كما حقّق في محلّه.

وثانياً: أنّا لو سلّمنا عموم الموصول وشموله للمنافع أيضاً، إلّا أنّه يقيّده ظهور الذيل في اختصاصه بالأعيان؛ لأنّ الظاهر من الأداء في قوله: «حتّى تؤدّيه» هو ردّ المأخوذ بعينه بدءاً، ومع عدم التمكّن من ردّ عينه ينوب عنه ردّ المثل أو القيمة، ومن الواضح أنّ ردّ المأخوذ بعينه لا يعقل في المنافع؛ لأنّها ما لم توجد في الخارج ليست بمضمونة، وبعد وجودها فيه تنعدم وتنصرم، وحينئذٍ فلا يمكن أداؤها إلى المالك لكي يشملها دليل ضمان اليد.

وثالثاً: ما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ من المناقشة في شمول مفهوم «ما أخذت» للمنافع حيث قال: إنّ مورد خبر اليد مختصّ بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة.

وتوضيحه: أنّ مفهوم الأخذ لا يصدق على استيفاء المنافع، خصوصاً إذا كانت المنفعة من قبيل الأعمال، كمن أمر غيره بخياطة ثوبه أو بناء داره أو نجارة بابه، ولم يعط أُجرته، فإنّه لا تطلق كلمة «الأخذ» على شيء من ذلك.

وأجاب عنه الأستاذ الأعظم: بأنّ مفهوم «الأخذ» لا يختصّ بالأخذ الخارجيّ، وإلّا لزم منه خروج كثير من الأعيان عن مورد الحديث، كالدار والأرض والبستان وأشباهها ممّا لا يقبل الأخذ الخارجيّ. هذا نقضاً.

وأمّا حلّاً، فإنّ مفهوم «الأخذ» كناية عن الاستيلاء على الشيء من دون فرق بين العين والمنافع، ثمّ قال: إنّ العمدة هو الإيراد الثاني.

الوجه الثاني: قوله عليه السلام: «حرمة ماله كحرمة دمه». بتقريب: أنّ الظاهر من هذه الجملة أنّ إتلاف مال المؤمن موجب للضمان، ومن الواضح أنّها كما تشمل الأعيان كذلك تشمل المنافع المستوفاة أيضاً لصدق المال عليها جزماً.

إن قلت: إنّ الحرمة في الرواية بمعنى الاحترام لا بمعنى الحرام كي يقال: يعمّ الحرمة الوضعيّة أيضاً فتدلّ على الضمان.

قلت: لو سلّمنا ما ذكرت فغاية ما تدلّ عليه الرواية هي لزوم حفظ مال المؤمن عن التلف، أمّا الضمان فلا يستفاد منها، وإلّا يلزم على كلّ واحد من المؤمنين ضمان مال المؤمن الآخر مع التلف بآفة سماويّة، وهو كما ترى. ولكنّ الظاهر من الاحترام عرفاً عدم جواز الإتلاف تكليفاً وضمانه وضعاً. وهذا الشمول لكلا المعنيين مقتضى الفهم العرفيّ في كلمة «الاحترام».

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم بإيرادات:

الأوّل: أنّ هذه الجملة مذكورة في عداد جمل أُخرى ظاهرة في الحكم التكليفيّ، وهو سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه معصية.

ومن الواضح: أنّ اتّحاد السياق يقتضي إرادة الحكم التكليفيّ من هذه الجملة أيضاً، وإذن فهي بعيدة عن إثبات الحكم الوضعيّ، أعني به الضمان.

وفيه: أنّ ظاهر كلامه أنّ الجملة المذكورة في حدّ نفسها ظاهرة في الحكم الوضعيّ أو ليست ظاهرة في الحكم التكليفيّ، وإنّما اعتمد على وحدة السياق، وقال: إنّ اتّحاد السياق يقتضي إرادة الحكم التكليفيّ من هذه الجملة، ولكن قرينيّة وحدة السياق بحيث تكون موجبة لانعقاد الظهور غير ثابتة، وغاية ما يستفاد منها الإشعار لا الظهور.

. . . . . .

الثاني: أنّ كلمة الحرمة في قوله عليه السلام: «حرمة ماله كحرمة دمه» هو مقابل الحلّ، فيكون راجعاً إلى الحكم التكليفيّ، لا بمعنى الاحترام.

وفيه: أنّه مجرّد دعوى إثباته مشكل.

الثالث: أنّه إن أبيت عن ظهور الجملة في الحكم التكليفيّ، فلا ظهور لها في إثبات الضمان أيضاً، فتكون مجملة، ولكن نحن نقول: إنّ مقتضى احترام مال المؤمن عدم جواز التصرّف فيه تكليفاً بدون إذنه وضمانه على تقدير إتلافه، ولا معنى للاحترام المطلق.

الوجه الثالث: الروايات الدالّة على عدم حلّيّة مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه، وعلى حرمة التصرّف في مال الغير بدون إذنه بدعوى أنّ المال يصدق على الأعيان والمنافع.

الوجه الرابع: حديث نفي الضرر، بدعوى: أنّ استيفاء منفعة مال المالك من دون ضمان ضرر عليه، وهو منفي في الشريعة.

أقول: إنّ أقلّ ما يرد عليه أنّه ليس من الأدلّة المثبتة كي يدلّ على ضمان ما استوفاه، بل هو دليل نافٍ فقط.

الوجه الخامس: السيرة العقلائيّة القطعيّة على أنّ من أخذ مال الغير وأتلفه فهو ضامن له، وهذه السيرة غير مردوعة من قِبل الشارع.

الوجه السادس: قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن، وهذه القاعدة بهذه الكيفيّة لم ترد في لسان الشارع إلّا أنّها قاعدة متصيّدة من الموارد المتعدّدة بعد القطع بعدم الخصوصيّة لتلك الموارد، والعمدة من هذه الوجوه الوجهان الأخيران. فتلخّص: أنّ الحقّ هو ضمان المنافع المستوفاة.

وفي قبال هذا القول الذي اختاره المشهور وتمسّكوا بالوجوه المذكورة ما ذهب إليه ابن حمزة من عدم ضمان المنافع المستوفاة، وقد استدلّ على ما ذهب إليه بالنبويّ المشهور، وهو قوله ﷺ: «الخراج بالضمان».

وأورد عليه بوجوه:

منها: أنّه ضعيف السند، وعمل المشهور غير جابر لضعفه.

ومنها: أنّه مخدوش الدلالة، وذلك لوجود احتمالات في دلالتها، ومعها تكون الرواية مجملة.

الاحتمال الأوّل: ما ذكره الأُستاذ الأعظم بأنّ المراد من كلمة «الخراج» في الحديث ما هو المعروف في باب الخراج والمقاسمة، ويكون المراد بالضمان فيه هو ضمان الأراضي الخراجيّة بسبب التقبّل والإجارة.

وملخّص هذا الاحتمال: أنّ المتقبّل للأراضي الخراجيّة يملك ما يخرج منها بسبب ضمان الأراضي الخراجيّة وتقبّلها.

ثمّ قال: ولا يخفى عليك أنّ هذا الاحتمال وإن لم نره في كلمات الفقهاء، ولكنّه أقرب المحتملات للإرادة من الحديث، وعليه يكون النبويّ المذكور أجنبيّاً عن دعوى ابن حمزة.

أقول: قبل الورود في بيان مفاد الحديث واحتمالاته، وأنّ ما ذكره الأُستاذ الأعظم من أقرب المحتملات أم لا، ينبغي أن نبيّن معنى مفردات الحديث، ثمّ نبيّن مفاد الحديث، فيقع الكلام تارة في الخراج، وأُخرى في معنى الضمان، وثالثة في معنى كلمة «الباء» فنقول: أمّا الخراج فحكي عن مفردات الراغب أنّه مختصّ في الغالب بالضريبة على الأرض، وعن ابن منظور قال الزجّاج: الخراج اسم لما يخرج، والخراج غلّة العبد والأمة، والخرج والخراج تؤخذ من أموال الناس...

. . . . . .

وعن الطريحيّ : الخرج والخراج ما يحصل من غلّة الأرض ، وعن ابن الأثير الخراج بالضمان يريد ما يحصل من غلّة العين المبتاعة عبداًكان أو أمة أو ملكاً إلى أن قال : ويكون للمشتري ما استغلّه؛ لأنّ المبيع لو تلف في يده لكان من ضمانه ، ولم يكن على البائع شيء .

وأمّا الضمان ، فعن المجمع ضمنت الشيء ضماناً كفلت به ، فأنا ضامن ، وضمنت المال التزمته .

وأمّا كلمة « الباء » فهي إمّا سببيّة ، وإمّا للمقابلة ، أي الخراج مستحقّ بسبب الضمان أو بإزاء الضمان .

إذا عرفت ذلك فنقول : قال الأُستاذ الأعظم : إنّ هذا الاحتمال وهو أنّ المتقبّل للأراضي الخراجيّة يملك ما يخرج منها بسبب ضمان الأراضي الخراجيّة وبسبب التقبّل والإجارة ، وإن لم نره في كلمات الفقهاء ، ولكنّه أقرب المحتملات للإرادة من الحديث، إلّا أنّه يدفعه :

أوّلاً: أنّ هذا الاحتمال موجود في حاشية الشهيديّ ومجرّد عدم رؤيته ليس من الأدلّة .

وثانياً: أنّه لو كان المعنى المذكور أقرب المحتملات وأظهرها كيف خفي على الفقهاء ، ويكون قائله منحصراً بأفراد نادرة .

الاحتمال الثاني: أن يراد من الخراج مطلق المنافع ، ويراد من الضمان معناه اللغويّ ، أعني به مطلق العهدة ، سواء كان ذلك أمراً اختياريّاً مترتّباً على العقود الصحيحة أو الفاسدة ، أم كان أمراً غير اختياريّ مترتّباً على الغصب ، وعليه فيكون المراد من « الباء » في كلمة « بالضمان » هو السببيّة ، فيكون معنى الحديث على هذا أنّ المنافع الحاصلة من الأموال المأخوذة بالعقود الصحيحة أو الفاسدة أو المأخوذة

بالغصب مملوكة لضامن العين ، وأنّ ضمان العين سبب لملكيّة المنافع ، وعليه فتدلّ الرواية على عدم ضمان المنافع المستوفاة ، كما عليه ابن حمزة .

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم بأنّه من المستحيل عادة ذهاب ابن حمزة الذي هو من أعظم فقهائنا الإماميّة إلى مثل هذا الرأي ، بل هو يناسب مثل أبي حنيفة .

وفيه : أنّه بعد ظهور الرواية في هذا المعنى لا مانع من الإفتاء بمضمونه ومجرّد كونه موافقاً لأبي حنيفة لا يضرّه .

الاحتمال الثالث : أن يراد من الخراج المنافع المستوفاة ، ويراد من الضمان الضمان المعامليّ الاختياريّ ، سواء كان ممضى من قِبل الشارع أم لم يكن ممضى منه ، فيشمل البيع الصحيح والفاسد كليهما ، وعلى هذا فيصلح أن يكون مدركاً لابن حمزة .

وفيه : أنّ تعيّن هذا الاحتمال دون سائر الاحتمالات لا دليل عليه . وهنا احتمال قرّبه المحقّق النائينيّ ﷺ ، وأيضاً احتمالات ذكرها بعض المحشّين ، ولا فائدة في ذكرها بعد ضعف السند وإجمال الدلالة يتحقّق بهذا المقدار من الاحتمالات التي ذكرناها . هذا كلّه في حكم المنافع المستوفاة .

وأمّا المنفعة الفائتة [١] بغير استيفاء [٢] فالمشهور فيها [٣] أيضاً الضمان، وقد عرفت [٤] عبارة السرائر المتقدّمة، ولعلّه [٥]

---

[١] إلى هنا تمّ كلامنا في ضمان المنافع المستوفاة، ومن هنا يقع الكلام في المنافع غير المستوفاة، وأنّ المشتري هل يكون ضامناً لها أم لا؟ والمراد بالمنفعة الفائتة هي التي لم يستوفها المشتري سواء كانت المنافع عينيّة، كثمرة الشجرة المبيعة فاسداً، ولبن الشاة أم كانت متصرّمة الوجود قائمة بالعين، وهي المعبّر عنها بالمنافع الحكميّة، كسكنى الدار وخدمة العبد.

[٢] كما إذا لم يسكن المشتري في الدار المقبوضة بالبيع الفاسد، فذهبت منفعتها بغير استيفاء.

[٣] أي ذهب المشهور في المنفعة الفائتة أيضاً إلى الضمان، كما أنّهم ذهبوا إلى الضمان في المنفعة المستوفاة.

[٤] أي قد عرفت في أوّل مبحث المقبوض بالعقد الفاسد أنّه قال ابن إدريس في السرائر: أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصّلين مجرى الغصب، فكما كانت المنافع الفائتة مضمونة في باب الغصب بالإجماع، كذلك في المقام، وفي هذا الكلام إشارة إلى أنّ المسألة فوق الشهرة، بل هي إجماعيّة.

[٥] أي لعلّ ضمان المنافع غير المستوفاة، ومن هنا شرع المصنّف في الاستدلال للقول بالضمان، والمذكور منه في المتن وجهان.

وملخّص ما ذكره في المقام: أنّ في حكم المنافع غير المستوفاة خمسة أقوال، كما سيذكره في المتن.

القول الأوّل: الضمان، وهو المشهور، بل ادّعي عليه الإجماع.

القول الثاني: عدم الضمان، وهو منسوب إلى ظاهر فخر المحقّقين.

لكون [١] المنافع أموالاً في يد من بيده العين ،

القول الثالث : التفصيل بين علم البائع بالفساد وجهله به بالقول بالضمان في الثاني ، وبعدمه في الأوّل .

القول الرابع : التوقّف في صورة علم البائع بالفساد ، والضمان في صورة الجهل به .

القول الخامس : التوقّف عن الحكم بالضمان ، سواء علم البائع بالبطلان أم لم يعلم ، وأنت ترى أنّ كلمات الماتن مضطربة في المسألة ، حيث اختار القول بالأوّل في بدء كلامه ، واستدلّ له بوجهين ، ثمّ ناقش فيهما ورجّح القول الثاني بوجوه ثلاثة ، ثمّ جعل التوقّف هو مقتضى الإنصاف ، ثمّ رجّح في آخر كلامه القول الأوّل ، وستأتي الأقوال المذكورة في كلامه ، فانتظر .

[١] أي لعلّ ضمان المنافع غير المستوفاة لأجل صدق المال على المنافع ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أُخرى أنّ المنافع المذكورة تكون تحت يد المشتري بتبع العين الواقعة تحت يده ، فيكون مشمولاً لقاعدة « على اليد » .

وملخّص الكلام : أنّه ذكر شيخنا الأنصاريّ ﷺ وجهين للقول المشهور ، وهو ضمان المنافع غير المستوفاة .

الوجه الأوّل : قاعدة اليد ، وقد عرفت تقريبه . وملخّصه : أنّ التمسّك بقاعدة « على اليد » يتوقّف على تماميّة أمرين :

الأمر الأوّل : أنّ المنافع أموال حقيقة ، ولذا لا شبهة عندهم في جواز كون الثمن منفعة ، فلو لم تكن مالاً لما صحّ جعلها ثمناً ؛ لأنّ البيع عندهم مبادلة مال بمال .

الأمر الثاني : أنّ المناط في الضمان هو الاستيلاء على الشيء المضمون ، والمفروض أنّ المشتري استولى على المنافع فإنّها مقبوضة بقبض العين

فهي [١] مقبوضة في يده، ولذا [٢] يجري على المنفعة حكم [٣] المقبوض إذا قبض العين [٤]،

والاستيلاء عليه. إذن فتكون المنافع مضمونة بمقتضى قاعدة «على اليد».

[١] أي إذا كانت المنافع أموالاً في يد من بيده العين، وهو المشتري، فتكون المنافع مقبوضة في يد المشتري الذي بيده العين المبيعة بتبع العين، فإنّ قبض كلّ شيء بحسبه، فقبض العين يتحقّق بقبض نفس العين، وقبض منافع العين أيضاً يتحقّق بقبض العين.

[٢] أي ولأجل كون المنافع أموالاً في يد من بيده العين ومقبوضة في يده. من هنا شرع في ذكر الشاهدين على صدق القبض والاستيلاء على المنافع بتبع قبض العين والاستيلاء عليها:

الشاهد الأوّل: ما أشاره إليه بقوله: «ولذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين»، وتوضيحه: أنّه إذا أقبض المؤجر داره للمستأجر فقد أقبضه سكناها، وسلّم منفعة الدار إلى المستأجر وفاء بالعقد؛ لأنّ تسليم المنفعة يتحقّق بتسليم العين، فلو لم تكن المنافع قابلة لوقوعها تحت يد المستأجر لم يكن مجرّد تسلّم المستأجر للدار استيلاء على سكناها، ولم يتمكّن المؤجر من الوفاء بالعقد؛ لأنّ معنى الوفاء بالعقد وجوب تسليم المنفعة إلى المستأجر، وهو لا يتمكّن منه على الفرض، مع أنّه لا شبهة في دخول المنفعة في ضمان المستأجر، وهذا كاشف عن قابليّة المنافع أن تقع تحت استيلاء المستأجر تبعاً لاستيلائه على العين المستأجرة.

[٣] فاعل لقوله: «يجري»، بمعنى أنّ قبض العين يستلزم قبض المنافع أيضاً، فإنّ قبض الدار قبض لها استقلالاً، وقبض لمنافعها تبعاً.

[٤] هذا إشارة إلى عدم التفكيك بحسب الطبع بين قبض العين وقبض المنافع،

فتدخل المنفعة [١] في ضمان المستأجر، ويتحقّق [٢] قبض الثمن في السلم [٣] بقبض [٤] الجارية المجعول خدمتها ثمناً، وكذا [٥] الدار

فالمستأجر إذا قبض الدار قبض منافعها أيضاً.

[١] أي إذا قبض المستأجر العين فكما تدخل العين في ضمانه وملكه كذلك تدخل المنفعة في ملكه وضمانه، بمعنى أنّه لو تلفت المنافع ولم يستوفها المشتري فقد تلفت من ماله، لا من مال المؤجر.

فقد تحصّل إلى هنا: أنّ قبض المنفعة يتحقّق بقبض العين، والنتيجة إلى هنا أنّ المنافع التالفة بيد المشتري حال كونها غير مستوفاة مال تلف تحت يد المستأجر، وهو ضامن له بمقتضى قاعدة «على اليد».

[٢] عطف على قوله: «يجري»، أي ولأجل كون المنافع غير المستوفاة أموالاً تحت استيلاء من بيده العين، وهذا إشارة إلى الشاهد الثاني على صدق القبض والاستيلاء على المنافع بتبع الاستيلاء على العين.

وتوضيحه: أنّهم اعتبروا في بيع السلم قبض الثمن في مجلس العقد. هذا من ناحية، ومن ناحية أُخرى أنّهم جوّزوا وقوع المنافع المملوكة ثمناً في بيع السلم، كما إذا باع طنّاً من الحنطة سلماً وجعل المشتري خدمة الجارية سنة عوضاً عنه، وحكموا بصحّة هذا البيع. وهذا أقوى شاهد على قابليّة المنافع للقبض، والوقوع تحت الاستيلاء.

[٣] وهو كون الثمن حالّاً والمثمن مؤجّلاً.

[٤] الجار متعلّق بقوله: «يتحقّق»، أي يتحقّق قبض الثمن في بيع السلم بسبب قبض الجارية التي جعل المشتري خدمتها ثمناً للحنطة المبيعة ببيع السلم.

[٥] أي كذا يتحقّق قبض الثمن بقبض الدار المجعول سكناها ثمناً في بيع السلم،

المجعول سكناها ثمناً.

مضافاً [١] إلى أنّه [٢] مقتضى احترام مال المسلم؛ إذ [٣] كونه في يد غير مالكه مدّة طويلة [٤] من غير أُجرة منافٍ للاحترام. لكن [٥] يشكل

فلو لم تكن المنافع مالاً قابلاً للقبض لم يصحّ جعل سكنى الدار ثمناً للحنطة المبيعة سلماً بأن سلّم المشتري سكنى الدار فعلاً بتسليم الدار في مقابل الحنطة التي تسلّم إليه بعد سنة، فلو كانت قاعدة مختصّة بالأعيان أشكل جواز وقوع خدمة الجارية أو سكنى الدار ثمناً في بيع السلم.

[١] إلى هنا بيّن الدليل الأوّل على ضمان المنافع غير المستوفاة في المقبوض بالبيع الفاسد، وهو قاعدة على اليد بالتقريب الذي عرفت تفصيله. ومن هنا شرع في بيان الدليل الثاني عليه، وهو قاعدة احترام مال المسلم بتقريب: أنّ احترام مال المسلم يقتضي بمدلوله الالتزاميّ ضمان مثل ما تلف من ماله لو كان التالف مثليّاً، وضمان قيمته لو كان التالف قيميّاً؛ إذ عدم الضمان منافٍ لاحترام ماله.

[٢] أي ضمان المنافع ولو كانت غير مستوفاة.

[٣] تعليل لما ذكرنا من أنّ الضمان مقتضي احترام مال المسلم. بتقريب: أنّ كون مال المسلم في يد غير مالكه ـ من دون ضمان مثله أو قيمته عند تلفه أو من دون أُجرة له عند بقائه ـ منافٍ لاحترام مال المسلم، فإنّ لبّه يرجع إلى إلغاء احترام ماله، وهو بديهيّ البطلان.

[٤] لعلّ التقييد بمدّة طويلة لأجل عدم صدق فوت المال على صدق المنفعة في مدّة قصيرة، كساعة أو ساعتين أو أقلّ منهما.

[٥] إلى هنا قد ظهر من كلامه ﷺ أنّه اختار القول الأوّل من الأقوال الخمسة في المسألة، وهو القول بالضمان. واستدلّ له بالوجهين المذكورين في المتن،

الحكم [١] بعد تسليم [٢] كون المنافع أموالاً حقيقة بـأنّ [٣] مـجرّد ذلك لا يكفي في تحقّق الضمان إلّا أن يندرج [٤] في عموم عـلى اليـد ، و [٥] لا إشكال في عدم شمول صلة الموصول [٦] للمنافع ،

ومن هنا شرع في النقاش فيهما .

[١] وهو ضمان المشتري للمنفعة غير المستوفاة الذي ذهب إليه المشهور .

[٢] وفي هذا التعبير إشارة إلى أنّه ﷺ لم يسلّم صدق المال على المنفعة حقيقة ، وهذا إشارة إلى النقاش الأوّل في الدليل الأوّل من الدليلين اللذين ذكرهما المشهور . وملخّصه : أنّ صدق المال حقيقة على المنافع أوّل الكلام وصدقه عليها بالعناية والمجاز لا يفيد .

[٣] الجار متعلّق بقوله : « يشكل » . وهذا إشارة إلى النقاش الثاني على الاستدلال بقاعدة اليد .

وملخّصه : أنّ مجرّد كون المنافع أموالاً حقيقة لا يكفي في تحقّق الضمان ، بل أنّ ضمان المنافع الفائتة بعد صدق المال عليها يحتاج إلى دليل ، والدليل عليه في المقام قاعدة « على اليد » ، إلّا أنّ شمولها للمنافع ممنوع .

[٤] أي إلّا أن يندرج ضمان المنافع غير المستوفاة تحت عموم قاعدة « على اليد » بأن يقال : إنّ عموم الموصول في قوله : « ما أخذت » يعمّ الأعيان ومنافعها غير المستوفاة أيضاً .

[٥] كلمة واو حاليّة ، أي والحال أنّه لا إشكال في عدم شمول عموم « على اليد » للمنافع ، كما سيأتي قريباً .

[٦] وهي قوله : « أخـذت ... » ، وتـوضيحه : أنّ المـوصول فـي إفـادته للـعموم وعدمه تابع لصلته ، فإنّ صلة الموصول في الحديث عبارة عن « أخذت » ،

وحصولها [١] في اليد بقبض العين

وهي ظاهرة في كون المأخوذ باليد قابلاً بنفسه للردّ والأداء، وما لا يكون كذلك لا يصدق الأخذ عليه لكون التقابل بينهما من قبيل تقابل الملكة وعدمها.

إذا عرفت ذلك فعلمت أنّ مفهوم الأخذ لا يشمل المنافع؛ لأنّها ليست بنفسها قابلة للردّ كي يشمله مفهوم الأخذ، فيكون مختصّاً بما كان المأخوذ باليد قابلاً للردّ بنفسه، ولا يكون ذلك إلّا أن يكون عيناً.

وملخّص الكلام: أنّ الأخذ ظاهر في كون المأخوذ قابلاً للردّ، ولا يكون ذلك إلّا عيناً، فإذا كانت الصلة مختصّة بالأعيان فهذا يكون قرينة على أنّ الموصول لا عموم له كي يشمل المنافع، بدعوى: أنّ الظاهر من الأخذ هو الأخذ الاستقلاليّ، والمنافع ليست مأخوذة بالاستقلال، وإنّما تكون مأخوذة بالتبع، فلا تشملها قاعدة «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**».

[١] جواب عن سؤال مقدّر، وهو أنّه قد تقدّم في مسألتي الإجارة وبيع السلم أنّ قبض المنفعة يتحقّق بقبض العين، ولذا قالوا بصحّة جعل المنفعة ثمناً في بيع السلم، ومعه كيف يقال بعدم صدق الأخذ على المنفعة واختصاصه بأخذ الأعيان؟

إن شئت فقل: إنّ الأخذ والقبض بمعنى واحد، ففي اللسان: أخذت الشيء أخذه أخذاً: تناولته. وقال في القبض: قبضت الشيء قبضاً: أخذته، والقبض التناول للشيء بيدك ملامسة. إذن فلا وجه للتفريق بين القبض والأخذ بأن يقال: إنّ القبض يصدق على المنفعة بتبع قبض العين دون الأخذ، فإنّه لا يصدق إلّا على قبض العين.

قلت: إنّ قياس الأخذ بالقبض قياس مع الفارق، فإنّ المنفعة يصدق عليها أنّها تقبض بقبض العين، ولكن لا يصدق أخذ المنفعة عند أخذ العين؛ لأنّ

لا يوجب [١] صدق الأخذ. ودعوى [٢] أنّه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة [٣]، وأمّا احترام [٤] مال المسلم

القبض أعمّ مفهوماً من الأخذ، فإنّه يصدق على كلّ من المقبوض استقلالاً والمقبوض تبعاً بخلاف الأخذ، فإنّه ظاهر في المأخوذ بالأصالة، ولذا قلنا إنّه ظاهر في الاختصاص بأخذ العين. وبالنتيجة: أنّ قاعدة اليد لا تشمل المنافع غير المستوفاة فلا تكون دليلاً على ضمانها.

[١] خبر لقوله: «وحصولها» أي حصول المنافع تحت الاستيلاء بسبب قبض العين لا يلازم حصول المنافع تحت الاستيلاء ولا يوجب صدق أخذ المنافع بسبب أخذ العين.

[٢] وملخّصها: أنّه ليس المراد من الأخذ هو الأخذ باليد كي يقال: بأنّه لا يشمل المنافع غير المستوفاة لاختصاص الأخذ باليد بأخذ الأعيان، بل هو كناية عن الاستيلاء، فمن قبض العين يصدق في حقّه أنّه مستولٍ على منافعها. إذن فتشمل قاعدة «على اليد» المنافع غير المستوفاة أيضاً.

[٣] خبر لقوله: «ودعوى»، وجواب عنها، وملخّصه: أنّ حمل «ما أخذت» على معناه الكنائيّ يحتاج إلى قرينة، فلا يشمل الأخذ بالمنافع، وعلى تقدير شموله لها فلا يشمل المنافع غير المستوفاة؛ لأنّا لو سلّمنا أنّ الأخذ كان كناية عن الاستيلاء، إلّا أنّ الاستيلاء الحقيقيّ على شيء يقتضي أن يكون المستولى عليه موجوداً، وأمّا المنافع الفائتة التي لا وجود لها في الخارج فلا يصدق الاستيلاء عليها بمجرّد الاستيلاء على العين. هذا تمام الكلام في الدليل الأوّل على ضمان المنافع غير المستوفاة، والنقاش الوارد عليه من شيخنا الأعظم.

[٤] من هنا شرع في المناقشة في الدليل الثاني على ضمان المنافع غير

فإنّما [١] يقتضي عدم حلّ التصرّف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنّما يتحقّق ذلك [٢] في الاستيفاء، فالحكم [٣] بعدم الضمان

المستوفاة، أعني به قاعدة احترام مال المسلم، وملخّصها: أنّ هذه القاعدة غير شاملة لمورد ضمان المنافع غير المستوفاة، بل ظاهرة في الدلالة على ضمان المنافع المستوفاة.

[١] أى دليل احترام مال المسلم، وأنّ حرمة ماله كحرمة دمه إنّما يقتضي عدم جواز التصرّف في مال المسلم، وعدم جواز إتلافه بلا عوض، ومن الواضح أنّ التصرّف في مال الغير وإتلافه يتحقّق فيما إذا استوفى المنافع؛ لأنّ الإتلاف عبارة عن إعدام الموجود، وهو لا يتحقّق إلّا في استيفاء المنافع وإتلاف الأعيان، فلا موضوع للإتلاف في موارد المنافع غير المستوفاة، فإنّها تالفة لا أنّها أتلفها شخص كي يكون ضامناً له بمقتضى قاعدة احترام مال المسلم.

[٢] أي إنّما يتحقّق التصرّف والإتلاف في الأعيان وفي المنافع المستوفاة؛ لأنّ التصرّف في شيء فرع وجوده، وإتلافه عبارة عن إعدامه، ولا معنى للتصرّف والإتلاف في المنافع الفائتة، فإذا شرب لبن الغنم، فيقال تصرّف فيه وأتلفه، وأمّا إذا فاتت المنفعة من دون دخالة شخص فيه فلا يقال: إنّه أتلفه كي يكون ضامناً، بل هو ممّا تلف عنده فلا تشمله القاعدة.

[٣] إلى هنا استدلّ الماتنﷺ للقول الأوّل، وهو القول بالضمان بالوجهين، وناقش فيهما. ومن هنا شرع في بيان القول الثاني، وهو القول بعدم الضمان مطلقاً، أو مع علم البائع بالفساد، واستدلّ له بوجوه ثلاثة:

الوجه الأوّل: أصالة البراءة، حيث إنّ المشتري يشكّ في أنّه هل يضمن المنافع الفائتة عنده أم لا؟ فإنّ مقتضى أصالة البراءة عدم ضمانها، وهذا الأصل سليم عن وجود معارض له، وكذا عن وجود دليل حاكم أو وارد عليه.

مطلقاً [١]، كما عن الإيضاح، أو مع [٢] علم البائع بالفساد، كما عن بعض آخر موافق [٣] للأصل السليم، مضافاً إلى [٤] أنّه قد يدّعى شمول قاعدة ما

---

[١] وهو في مقابل التفصيل بين صورتي العلم والجهل الذي حكي عن بعض آخر، أي حكي عن الإيضاح أنّه حكم بعدم ضمان المنافع غير المستوفاة في المقبوض بالبيع الفاسد، سواء علم البائع بفساد البيع أم لا.

[٢] أي الحكم بعدم الضمان مع علم البائع بفساد البيع المقبوض بالبيع الفاسد، وبعدمه مع جهله به.

[٣] خبر لقوله: «فالحكم»، أي الحكم بعدم الضمان موافق لأصالة البراءة التي هي سالمة عن وجود معارض له من دليل اجتهادي أو أصل عمليّ، والدليل الاجتهاديّ على تقدير وجوده يكون حاكماً عليه أو وارداً، والأصل العمليّ يكون معارضاً له أو حاكماً عليه.

[٤] أي مضافاً إلى الأصل الدالّ على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة يمكن الاستدلال عليه بقاعدة لا يضمن بصحيحه.... وهذا إشارة إلى الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي استدلّ بها على عدم ضمان المنفعة الفائتة بغير استيفاء في المقبوض بالبيع الفاسد.

وملخّصه: أنّ قاعدة «مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» تدلّ على عدم ضمان المنفعة الفائتة غير المستوفاة في المقبوض بالبيع الفاسد. بتقريب: أنّ صحيح البيع لا يوجب ضمان المشتري للمنفعة؛ لأنّ منافع المبيع ليست طرفاً للمعاوضة، ولا تقابل الثمن فلا تضمن لو تلفت، وكذلك فاسده.

وبعبارة واضحة: إذا لم يوجب البيع الصحيح ضمان المشتري للمنافع فلا يوجبه فاسده أيضاً بمقتضى قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه».

لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده له [١]. ومن المعلوم [٢] أنّ صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة؛ لأنّها [٣] له مجّاناً، ولا يتقسّط [٤] الثمن عليها وضمانها [٥]

---

[١] أي للمقبوض بالبيع الفاسد، ويدلّ على عدم ضمان المشتري المنفعة غير المستوفاة.

[٢] هذا تقريب الاستدلال بقاعدة «ما لا يضمن...» على نفي ضمان المنافع غير المستوفاة.

[٣] أي إنّما قلنا بعدم كون المشتري ضامناً للمنافع غير المستوفاة؛ لأنّ المنافع تكون للمشتري مجّاناً لوقوع الثمن الذي أدّاه إلى البائع بإزاء نفس العين، فتكون العين ملكاً للمشتري بسبب المعاوضة والبيع وتكون المنفعة ملكاً له مجّاناً بتبع ملكيّة العين له.

[٤] أي لا يتوزّع ثمن المقبوض بالعقد الفاسد على المنفعة بأن يتوزّع قسم منه على المبيع، وقسم منه على المنفعة كي تندرج المنافع كنفس المبيع في قاعدة «ما يضمن» بأن يقال: إنّ صحيح البيع يوجب الضمان، وكذا فاسده؛ إذ الثمن في مقابل العين المبيعة فقط فتقع المنفعة للمشتري مجّاناً فلا يكون ضامناً لها في العقد الصحيح، وكذا في العقد الفاسد.

[٥] أي ضمان المنافع مع استيفائها. وهذا جواب عن إشكال مقدّر، وهو أنّ قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» لو دلّت على عدم ضمان المشري للمنافع غير المستوفاة لدلّت على عدم ضمان المنافع المستوفاة أيضاً؛ إذ المنافع المستوفاة أيضاً لا تضمن في البيع الصحيح، فلا بدّ أن لا تضمن في فاسده أيضاً، فلماذا يحكم بضمان المنافع المستوفاة مع أنّ صحيح البيع لا يوجب ضمان المشتري للمنافع؟

مع الاستيفاء لأجل الإتلاف [١]، فلا ينافي [٢] القاعدة المذكورة؛ لأنّها [٣] بالنسبة إلى التلف لا الإتلاف [٤]. مضافاً إلى [٥]

والجواب عنه هو أنّ ضمان المنافع المستوفاة إنّما هو لأنّ المشتري أتلفها باستيفائها، فيشمله قوله: «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» لا لأجل قاعدة «ما لا يضمن»؛ لأنّ مورد هذه القاعدة التلف، ولا تشمل الإتلاف الحاصل باستيفاء المنافع، فالضمان لأجل قاعدة الإتلاف لا ينافي القول بعدم الضمان لأجل قاعدة ما لا يضمن.

والحاصل: أنّ قاعدة لا يضمن تدلّ على عدم ضمان المنافع الفائتة بغير استيفاء، كما إذا تلفت عند المشتري.

وبعبارة واضحة: أنّ مورد النفي غير مورد الإثبات، فإنّ مورد نفي الضمان في المنافع غير المستوفاة بقاعدة لا يضمن لكونه من مصاديق التلف، ومورد الضمان في المنافع المستوفاة إنما هو لأجل كونه من مصاديق الإتلاف.

[١] لأنّ استيفاء المنافع مساوق لإتلافها فيشمله قاعدة «من أتلف» الدالّة على الضمان.

[٢] أي ضمان المنافع المستوفاة لأجل شمول قاعدة «من أتلف له» لا ينافي عدم ضمان المنافع غير المستوفاة لأجل قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه ...».

[٣] أي لأنّ قاعدة «ما لا يضمن» نافية للضمان في مورد تلف المبيع عند المشتري، كما هو كذلك في المنافع الفائتة من غير استيفاء.

[٤] أي لا تشمل قاعدة «ما لا يضمن» مورد الإتلاف كي يتحقّق التنافي بين هذه القاعدة وبين قاعدة «من أتلف» الدالّة على الضمان.

[٥] هذا إشارة إلى الوجه الثالث من الوجوه التي استدلّ بها على عدم ضمان

الأخبار الواردة [١] في ضمان المنافع المستوفاة

المنافع غير المستوفاة، أي مضافاً إلى الاستدلال بالأصل وقاعدة «ما لا يضمن» على عدم الضمان يمكن الاستدلال عليه بالأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة، مثل رواية الجارية المسروقة، وصحيحة محمّد بن قيس. بتقريب: أنّه يستفاد عدم الضمان في مثل الجارية المسروقة من السكوت في بيان الضمان فيها، فإذا دلّت على عدم الضمان في الجارية المسروقة لدلّت عليه في المقبوض بالعقد الفاسد بالأولويّة؛ لأنّ الأخبار الواردة في بيع الجارية المسروقة إذا لم تدلّ على ضمان المشتري المنافع غير المستوفاة مع أنّه أخذه من الغاصب لا تدلّ على ضمان من اشترى من المالك بالبيع الفاسد بطريق أوْلى؛ لأنّ المالك أقدم على البيع وتسليم ماله إلى المشتري من دون عوض، فلا وجه لضمانه.

[١] نذكر واحداً منها، وهي ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جارية فأولدها، فوجدت الجارية مسروقة، قال: **يَأْخُذُ الْجَارِيَةَ صَاحِبُهَا، وَيَأْخُذُ الرَّجُلُ وَلَدَهُ بِقِيمَتِهِ**»[1]، ولنا حول الرواية دعويان:

الأُولى: أنّ في هذه الرواية ونحوها حكم الإمام عليه السلام بضمان المنافع التي استوفاها المشتري من الأمة المسروقة كضمان قيمة الولد واللبن وأُجرة مثل خدمتها، ونحوها من المنافع التي استوفاها بمنطوق الرواية.

الثانية: أنّها دلّت على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة بالقرينة المقاميّة، وهي سكوته عن بيان الضمان بالنسبة إلى المنافع غير المستوفاة مع كون السائل في مقام السؤال عن وظيفته الفعليّة. وبعبارة واضحة: أنّ السائل

(١) تهذيب الأحكام: ٧: ٦٥، الحديث ٢٤.

من الجارية [١] المسروقة المبيعة الساكتة [٢] من ضمان غيرها في مقام [٣] البيان، وكذا [٤] صحيحة محمّد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة [٥] أبيه بغير إذنه [٦]، فقال عليه السلام:

سأل عن حكم جارية مسروقة، والإمام عليه السلام بيّن حكم منافعها المستوفاة وحكم بالضمان فيها، وسكت عن الحكم بالضمان بالنسبة إلى المنافع غير المستوفاة مع أنّه كان في مقام بيان الوظيفة الفعليّة للسائل، فيفهم منه ضمان المنافع المستوفاة وعدم ضمان المنافع غير المستوفاة.

[١] الجار متعلّق بقوله: «المستوفاة»، أي المنافع التي استوفاها المشتري من الجارية التي باعها السارق.

[٢] صفة بعد صفة لقوله: «الأخبار»، أي الأخبار المبيّنة لضمان المنافع المستوفاة والساكتة عن بيان ضمان المنافع غير المستوفاة.

[٣] أي مع ورود هذه الأخبار في مقام البيان ساكتة عن بيان ضمان المنافع غير المستوفاة، والسكوت في مقام البيان دليل على العدم؛ إذ لو كانت المنافع غير المستوفاة أيضاً مضمونة كالمنافع المستوفاة لبيّنه الإمام عليه السلام ولم يسكت عنها.

[٤] أي كما أنّ الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة تدلّ صراحةً على ضمان المستوفاة وسكوتاً على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة، كذلك صحيحة محمّد بن قيس أيضاً تدلّ عليه بعين التقريب المذكور في الأخبار الواردة في الأمة المسروقة.

[٥] الوليدة بمعنى الأمة، كما ذكره في أقرب الموارد، أي فيمن باع أمة أبيه بغير إذنه.

[٦] أي بغير إذن الأب.

«الحكم أن يأخذ [١] الوليدة وابنها»، وسكت [٢] عن المنافع الفائتة،

---

[١] أي أن يأخذ المالك الذي هو أب البائع الأمة وابنها، فحكم عليه السلام بضمان المشتري العين ومنفعتها التي استوفاها.

[٢] أي سكت الإمام عليه السلام عن بيان ضمان المنافع التي لم يستوفها المشتري، والحال أنّه عليه السلام كان في مقام بيان الوظيفة الفعليّة للسائل بالنسبة إلى منافع العين المبيعة، سواء كان مستوفياً لمنافعها أم لا.

وزبدة الكلام: أنّ حكم الإمام عليه السلام بضمان المنافع المستوفاة فقط دون غير المستوفاة مع أنّه كان في مقام بيان دليل على عدم الضمان في الفرض الثاني، ونحن نذكر متن الرواية كي يتّضح الأمر، وهي ما رواه محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى في وليدة باعها ابن سيّدها وأبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثمّ قدّم سيّدها الأوّل فخاصم سيّدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: خذ وليدتك وابنها فانشده المشتري، فقال: خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتّى ينفذ لك ما باعك، فلمّا أخذ الابن قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتّى ترسل ابني، فلمّا رأى سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه»[1].

وأنت ترى أنّ الإمام عليه السلام قضى للمالك بأخذ الجارية من المشتري، وكذا ولدها الذي هو منفعتها.

وهذا دليل على ضمان المشتري للمنافع المستوفاة، وسكت عن الحكم بضمان المنافع الفائتة التي لم يستوفها المشتري، وهو دليل على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة.

---

(١) وسائل الشيعة: الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

فإنّ [١] عدم الضمان في هذه الموارد مع كون [٢] العين لغير البائع يوجب [٣] عدم الضمان هنا [٤] بطريق أوْلى [٥].

والإنصاف أنّ للتوقّف في المسألة [٦]،

---

[١] إلى هنا بيّن أنّ الرواية تدلّ على عدم ضمان المنفعة الفائتة بالسكوت، ومن هنا شرع في بيان تقريب الأولويّة المدّعاة في المقام، أي حكم الإمام عليه السلام بعدم الضمان في مورد الجارية المسروقة والجارية المبتاعة بغير إذن الأب، وكان المناسب أن يعبّر في المتن في هذين الموردين مكان في هذه الموارد، إلّا أن تكون إشارة إلى تعدّد الواقعة.

[٢] أي الحكم بعدم الضمان في هذين الموردين مع كون العين في كلا الموردين لغير البائع؛ إذ البائع إمّا غاصب، كما في الجارية المسروقة، وإمّا فضول كما في صحيحة محمّد بن قيس.

[٣] خبر لقوله: «فإنّ عدم الضمان»، أي الحكم بعدم الضمان في الموردين اللذين تكون العين فيهما مسلّمة إلى المشتري من غير المالك يوجب الحكم بعدم الضمان في المقبوض بالبيع الفاسد بالأولويّة القطعيّة.

[٤] أي في المقبوض بالعقد الفاسد الذي يكون بائع العين هو المالك، وإنّما ينشأ الفساد من اختلال بعض شروط الصيغة مع اجتماع شروط العوضين والمتعاقدين.

[٥] وجه الأولويّة هو: أنّ بيع غير المالك إذا لم يوجب ضمان المشتري للمنفعة غير المستوفاة فالبيع الصادر من المالك لا يوجب ضمانه بطريق أوْلى؛ لأنّ تلف المنفعة في بيع المالك وإن كان فاسداً يستند إلى المالك، فكأنّه أقدم على إتلاف ماله بتسليم المبيع إلى المشتري، خصوصاً مع علمه بالفساد.

[٦] أي في مسألة ضمان المشتري للمنفعة غير المستوفاة.

كما في المسالك [١] تبعاً للدروس والتنقيح مجالاً [٢]، وربّما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرّض لأحكام البيع الفاسد اختصاص [٣] الإشكال والتوقّف بصورة [٤] علم البائع على [٥] ما استظهره السيّد العميد والمحقّق الثاني من عبارة الكتاب، وعن الفخر [٦] حمل الإشكال [٧]

---

[١] أي كما أنّ الشهيد الثاني توقّف في المسالك تبعاً للشهيد الأوّل في الدروس والفاضل المقداد في التنقيح.

[٢] اسم مؤخّر لقوله: «أنّ»، وقوله: «للتوقّف» خبر مقدّم، أي للتوقّف مجال في المسألة، فإنّ المصنّف ﷺ لمّا رجّح القول الثاني وهو عدم الضمان لوجوه ثلاثة قد عرفتها جعل التوقّف هو مقتضى الإنصاف في المسألة.

[٣] فاعل لقوله: «يظهر»، أي يظهر من العلّامة في القواعد اختصاص الإشكال في ضمان المنافع غير المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد، وكذا التوقّف في الضمان بما إذا علم البائع بفساد البيع.

[٤] الجار متعلّق بقوله: «اختصاص»، أي اختصاص الإشكال والتوقّف في الضمان بصورة علم البائع بفساد البيع، وأمّا إذا كان جاهلاً به فلا شبهة في ضمان المشتري.

[٥] وهذا التعبير إشارة إلى أنّ الظهور المدّعى في القواعد واختصاص الإشكال والتوقّف مبنيّ على ما استظهره السيّد العميد والمحقّق الثاني من عبارة القواعد، وأنّ المصنّف لم يستظهر هذا المعنى من العبارة.

[٦] الحاكي عن الفخر هو السيّد الفقيه العامليّ في الإيضاح.

[٧] أي حمل إشكال العلّامة في الضمان وعدمه في عبارة القواعد على مطلق صورة عدم استيفاء المنافع، سواء علم البائع بالفساد أم لا.

على [١] مطلق صورة عدم الاستيفاء.

فتحصّل من ذلك [٢] كلّه أنّ الأقوال في ضمان المنافع غير المستوفاة خمسة:

الأوّل: الضمان [٣]، وكأنّه [٤] للأكثر.

الثاني [٥]: عدم الضمان، كما عن الإيضاح.

الثالث: الضمان [٦] إلّا مع علم البائع [٧]، كما عن بعض من كتب [٨] على الشرائع.

الرابع [٩]: التوقّف في هذه الصورة، كما استظهر [١٠] جامع المقاصد

---

[١] الجار متعلّق بقوله: «حمل».

[٢] أي فتحصّل ممّا ذكرنا من أوّل البحث إلى هنا.

[٣] أي القول الأوّل الضمان مطلقاً، سواء كان البائع عالماً بالفساد أم لا.

[٤] أي كأنّ القول بالضمان مطلقاً لأكثر الفقهاء، بل ادّعي الإجماع عليه، كما عرفت.

[٥] أي القول الثاني عدم ضمان المنافع غير المستوفاة، سواء كان البائع عالماً بالفساد أم لا.

[٦] أي القول الثالث ضمان المنافع غير المستوفاة عند جهل البائع بالفساد.

[٧] إذ مع علم البائع بالفساد أنّه أقدم على تسليط المشتري على المنافع مجّاناً، فهو قد ألغى احترام ماله، فلا وجه للضمان.

[٨] بصيغة الماضي، أي من كتب حاشية على كتاب الشرائع.

[٩] أي القول الرابع التوقّف في الضمان في صورة علم البائع بالفساد.

[١٠] أي استظهر التوقّف من عبارة القواعد.

والسيّد العميد من عبارة القواعد.

الخامس [١]: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس والتنقيح والمسالك ومحتمل [٢] القواعد، كما يظهر [٣] من فخر الدين، وقد عرفت [٤] أنّ التوقّف [٥] أقرب إلى الإنصاف، إلّا أنّ [٦] المحكيّ عن التذكرة أنّ منافع الأموال من العبد والثياب والعقار [٧] وغيرها مضمونة [٨] بالتفويت [٩] والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية أو عقاراً أو حيواناً

---

[١] أي القول الخامس التوقّف في الضمان، سواء علم البائع بالفساد أم لا.

[٢] أي التوقّف مطلقاً يحتمل من عبارة القواعد.

[٣] أي محتمل القواعد يظهر من فخر الدين، فإنّ الفخر حمل الإشكال والتوقّف في عبارة القواعد على مطلق صورة عدم استيفاء المنافع، فإنّ حمل الفخر التوقّف والإشكال في عبارة القواعد على التوقّف المطلق شاهد على أنّ هذا المعنى أمر محتمل من عبارة القواعد، وإلّا فلا وجه لحمل التوقّف عليه.

[٤] أي قد عرفت آنفاً أنّه قال: «والإنصاف أنّ للتوقّف في المسألة مجالاً».

[٥] أي سواء كان البائع عالماً بفساد البيع أم لا، والمصنّف هنا اختار القول الرابع في المسألة.

[٦] لمّا بيّن أنّ التوقّف مقتضى الإنصاف قال: إنّ التوقّف خلاف الإجماع المحكيّ عن التذكرة على ضمان المنافع حتّى المنافع غير المستوفاة. إذن لا يمكن الأخذ بالقول الخامس، وإن كان هو مقتضى قاعدة العدل والانصاف.

[٧] العَقار متاع البيت والضيعة وكلّ ما له أصل وقرار كالأرض والدار.

[٨] خبر لقوله: «إنّ منافع الأموال».

[٩] أي بسبب الإتلاف أو التلف تحت يده.

مملوكاً ضمن منافعه [١]، سواء أتلفها بأن استعملها [٢]، أو فاتت [٣] تحت يده، بأن بقيت مدّة في يده لا يستعملها عند [٤] علمائنا أجمع، ولا يبعد [٥] أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقّة،

---

[١] أي ضمن الغاصب منافع كلّ واحد منها.

[٢] هذا إشارة إلى المنافع المستوفاة، والمراد بإتلافها استيفاؤها.

[٣] أي فاتت المنافع تحت يد الغاصب، ومعنى فوتها تحت يده عدم استيفائها. وهذا إشارة إلى المنافع غير المستوفاة.

[٤] متعلّق بقوله: «مضمونه»، أي أنّ منافع الأموال مضمونة ـ سواء فوّتها من بيده الأموال بأن استوفى منافعها أو فاتت هي بيده من دون تفويت منه بأن كانت المنافع غير مستوفاة ـ بإجماع علماء الشيعة.

[٥] جواب عن سؤال مقدّر، وهو أنّ معقد الإجماع في عبارة التذكرة مختصّ بباب الغصب؛ لأنّ المتيقّن من اليد العادية هو الغصب، فالقدر المتيقّن من الإجماع القائم على الضمان بالتفويت، والفوات هو الغصب. ولا يمكن الاستدلال به على ضمان المنافع غير المستوفاة في المقبوض بالبيع الفاسد.

وملخّص الجواب عنه أنّ المراد من اليد العادية ليست خصوص الغصب، بل المراد منه في مقابل اليد الحقّة ـ وهي التي مستندة إلى إذن مالكيّ أو شرعيّ ـ وإن لم يكن يداً غصبيّة، ولا ريب أنّ يد المشتري على المبيع بالبيع الفاسد ليست يداً حقّة لعدم كونها مستندة إلى إذن مالكيّ أو شرعيّ، لفرض فساد البيع الذي هو سبب مملّك، فتكون يد المشتري عادية وإن لم يكن عالماً بالتعدّي في فرض الجهل بفساد البيع. إذن فالإجماع القائم على

فيشمل يد [١] المشتري فيما نحن فيه [٢]، خصوصاً مع علمه [٣]، سيّما مع جهل البائع به [٤].

وأظهر منه [٥] ما في السرائر

الضمان بالتفويت أو الفوات تحت اليد العادية يشمل منافع المقبوض بالبيع الفاسد أيضاً.

[١] مفعول لقوله: «فيشمل»، أي فتشمل اليد العادية يد المشتري بعد كون المراد من اليد العادية اليد غير الحقّة؛ إذ يده في المقبوض بالعقد الفاسد ليست يداً حقّة، بل يده عادية بمعنى غير حقّة.

[٢] وهو ما قبضه المشتري بالعقد الفاسد؛ إذ يده ليست يداً حقّة.

[٣] أي مع علم المشتري بفساد العقد. وجه الخصوصيّة هو أنّه يمكن أن يناقش في صدق اليد العادية على يد المشتري الجاهل بفساد العقد، وأمّا مع علمه بفساد العقد فلا شبهة في صدق اليد العادية على يده؛ لأنّه يرى أنّ تصرّفه في المبيع تصرّف في مال الغير بغير إذنه.

[٤] أي بفساد العقد، أي تشمل اليد العادية يد المشتري في المقبوض بالبيع الفاسد، خصوصاً مع جهل البائع بالفساد، وعلم المشتري به. وجه الخصوصيّة هو: أنّه يمكن أن يقال: إنّ البائع على فرض علمه بفساد البيع لو سلّم المبيع إلى المشتري فهو ربّما يكشف عن رضاه بتسلّط المشتري على المبيع مجّاناً فيشكّ في صدق اليد العادية على يد المشتري، وأمّا مع جهل البائع بالفساد وعلم المشتري به، فلا يشكّ في صدق الاعتداء عليه.

[٥] أي أظهر من كلام العلّامة في التذكرة في دعوى الإجماع على ضمان منافع المبيع بالبيع الفاسد كلام ابن إدريس في السرائر في دعواه الإجماع على ضمان المنافع.

في آخر باب الإجارة من [١] الاتّفاق أيضاً [٢] على ضمان منافع المغصوب الفائتة [٣] مع قوله [٤] في باب البيع: أنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب، إلّا [٥] في ارتفاع الإثم عن إمساكه، انتهى.

---

[١] كلمة «من» بيانيّة للموصول في قوله ما في السرائر.

[٢] أي كما ادّعى العلّامة الإجماع في التذكرة، كذلك ادّعى ابن إدريس الإجماع في السرائر.

[٣] صفة لقوله: «منافع»، أي على ضمان منافع الشيء المغصوب التي لم يستوفها المشتري.

[٤] أي مع قول ابن إدريس في السرائر، وفي هذه العبارة إشارة إلى أنّ ما ذكره ابن إدريس في آخر باب الإجارة من دون ضمّ كلامه في باب البيع الفاسد إليه، لا يدلّ على دعواه الإجماع على ضمان المنافع مطلقاً، فيكون كلام ابن إدريس أظهر من كلام العلّامة بعد ضمّ كلامه في باب البيع الفاسد إلى ما أفاده في آخر باب الإجارة، فما أفاده في آخر باب الإجارة من الاتّفاق على ضمان منافع العين المغصوبة بمنزلة الكبرى، فتدلّ على أنّ ضمان المنافع المغصوبة إجماعيّ، وما ذكره في باب البيع الفاسد من أنّ البيع الفاسد بمنزلة الشيء المغصوب بمنزلة الصغرى، فبضميمة ما ذكره في باب البيع إلى ما ذكره في باب الإجارة يتمّ المطلوب، وهو دعوى السرائر على ضمان منافع المبيع بالبيع الفاسد مطلقاً.

[٥] الاستثناء دليل على عموم التنزيل، أي المقبوض بالبيع الفاسد بمنزلة المقبوض المغصوب في جميع الآثار المترتّبة على المغصوب من ضمان منافعه وغيره، إلّا أنّ إمساك المقبوض بالبيع الفاسد ليس بحرام، وإمساك المقبوض المغصوب حرام، فيستفاد من هذا التنزيل وضمّ كلامه في باب

وعلى هذا [١] فالقول بالضمان لا يخلو عن قوّة وإن كان المترائى [٢] من ظاهر [٣]

البيع إلى كلامه في باب الإجارة أنّ ضمان المنافع في البيع الفاسد إجماعيّ، وأمّا وجه أظهريّة كلام ابن إدريس في انعقاد الإجماع على الضمان من كلام العلّامة في التذكرة تصريح ابن إدريس بأنّ المقبوض بالعقد الفاسد كالمغصوب الذي اتّفق العلماء على ضمان منافعه، وأمّا عبارة العلّامة في التذكرة فلا يكون صريحاً في شمولها للمقبوض بالبيع الفاسد، ولذا قال الشيخ: ولا يبعد أن يراد باليد العادية مقابل الحقّة، وهذا يدلّ على وجود احتمال آخر، وهو اختصاص معقد الإجماع بباب الغصب؛ لأنّ المتيقّن من اليد العادية هو الغصب، وعلى هذا لا يكون الإجماع المدّعى مرتبطاً بالمقام، ولأجل هذه النكتة قال الشيخ: إنّ ما في السرائر أظهر ممّا في التذكرة.

[١] أي بناء على الإجماع المدّعى في كلام العلمين، وهما ابن إدريس والعلّامة.

[٢] يظهر من هذه العبارة أنّ المصنّف غير جازم بالظهور الذي ادّعاه من صحيحة أبي ولّاد، وأنّ الظهور المذكور ظهور بدويّ لا يمكن الأخذ به.

[٣] ملخّص الإيراد على القول بضمان المنافع غير المستوفاة أنّه مخالف لصحيحة أبي ولّاد الواردة في البغل المغصوب. بتقريب: أنّ الإمام عليه السلام حكم على أبي ولّاد بضمان أُجرة كراء البغل بالنسبة إلى خصوص المنفعة المستوفاة، وهي كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى بغداد، ومثل كري البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كري البغل من بغداد إلى الكوفة بقوله عليه السلام: **أَرىٰ لَهُ عَلَيْكَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ ذَاهِباً مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى النِّيلِ، وَمِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ رَاكِباً مِنَ النِّيلِ إِلىٰ بَغْدَادَ، وَمِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ مِنْ بَغْدَادَ إِلَى الْكُوفَةِ، تُوَفِّيهِ إِيَّاهُ**، وقد طال سفره من مبدئه إلى

صحيحة أبي ولّاد اختصاص [١] الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصة [٢]، إلّا أنّا لم نجد بذلك [٣] عاملاً في المغصوب الذي هو موردها.

منتهاه خمسة عشر يوماً، وهي أزيد بكثير من المدّة المتعارفة للسير من الكوفة إلى قصر بني هبيرة، والرجوع منه إلى الكوفة، وسكت عن ضمان ما فات من منفعة البغل في المدّة الزائدة من المدّة المتعارفة، وهو دليل على أنّ منافع البغل الفائتة في المدّة الزائدة من المدّة المتعارفة التي لم يستوف منفعة البغل في تلك المدّة غير مضمونة، فالصحيحة تدلّ على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة.

[١] خبر لقوله: «كان المترائى».

[٢] حيث إنّ محلّ الرخصة كان ركوب البغل من الكوفة إلى قصر بني هبيرة وتجاوز أبو ولّاد منه حتّى وصل إلى بغداد ورجع. والحاصل: أنّ المستفاد من هذه الصحيحة ضمان خصوص المنافع المستوفاة من البغل الذي ركبه أبو ولّاد في غير محلّ الرخصة أيضاً.

[٣] أي لم نجد عاملاً بظهور هذه الصحيحة الدالّة على ضمان خصوص المنافع المستوفاة في مورد الصحيحة الذي هو باب الغصب، فإذا لم يعمل بظهور رواية أحد من الأصحاب وأعرض عنه الكلّ يكون الظهور ساقطاً عن الحجّيّة؛ إذ لا يمكن تخصيص المورد والقول بعدم حجّيّة الظهور في مورده وحجّيّته في سائر الموارد، كيف يصلح أن يكون معارضاً للإجماع، وموجباً لرفع اليد عنه. فتحصّل إلى هنا أنّه على تقدير انعقاد الإجماع على الضمان لا يمكن رفع اليد عنه والقول بعدم الضمان لأجل صحيحة أبي ولّاد.

. . . . . .

«التحقيق»

في حكم المنافع غير المستوفاة بأنّها مضمونة على القابض أم لا؟

وفي المسألة خمسة أقوال:

القول الأوّل: ما ذهب إليه المشهور من الضمان مطلقاً.

القول الثاني: ما حكي عن فخر المحقّقين في الإيضاح من عدم الضمان مطلقاً.

القول الثالث: التفصيل بين علم البائع بفساد البيع وبين جهله به، فيحكم بعدم الضمان في الأوّل وبالضمان في الثاني.

القول الرابع: التوقّف في الحكم بالضمان في صورة علم البائع بالفساد.

القول الخامس: التوقّف في الضمان مطلقاً.

قال الأُستاذ الأعظم: «أمّا القول الثالث ـ وهو القول بالتفصيل ـ فحيث إنّا لم نقل به في المنافع المستوفاة فلا نقول به هنا أيضاً؛ لأنّ القائل بعدم الضمان في صورة العلم بالفساد إنّما توهّم ذلك من جهة أنّ المالك قد سلّط القابض على ماله لكي يتصرّف فيه كيف يشاء، ولكنّا ذكرنا فيما سبق أنّ إذن المالك في مورد بحثنا إنّما كان مشروطاً بحصول الملكيّة الشرعيّة، وهي لم تحصل، والمفروض ليس هنا إذن آخر جديد، إذن فالمسألتان من حيث الضمان وعدمه سيّان.

وأمّا القول بالتوقّف في الصورتين الأخيرتين، فالظاهر أنّه لا يعدّ رأياً خاصّاً في المسألة بديهة أنّ واقع التوقّف ليس إلّا إظهار الجهل بالحكم ومن البيّن الذي لا ريب فيه أنّ الجهل بالحكم لا يعدّ قولاً برأسه، وعليه فيبقى القولان الأوّلان، أعني بهما القول بالضمان على وجه الإطلاق والقول بعدمه كذلك.

ولكنّه لا ينبغي أن يصدر هذا الكلام من مثله؛ إذ ليس هذا التوقّف كتوقّف العاميّ، بل هذا التوقّف إنّما نشأ عن العلم، والاجتهاد، والقائل به يدّعي أنّ المورد ليس مورداً للإفتاء بالضمان وعدمه، لقصور دليل الطرفين، والكلّ لا بدّ أن يتوقّف في مثل هذا، فالإفتاء بالتوقّف كإفتاء بالاحتياط، فإنّه عالم بالحكم الظاهريّ، وهو عبارة عن التوقّف. إذن فلا بدّ أن نذكر أدلّة الضمان وعدمه، فلو تمّ أحد الدليلين فنلتزم بمقتضاه، وإلّا فنلتزم بالتوقّف.

إذا عرفت ذلك فنقول: أمّا القول بالضمان الذي ذهب إليه المشهور فقد استدلّ له بوجوه:

الأوّل: الإجماع، وقد استظهره شيخنا الأنصاريّ ﷺ من السرائر والتذكرة وقال: «وعلى هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوّة».

وفيه: أوّلاً: أنّه لا يمكن تحقّق الإجماع في أمثال هذه المسألة الخلافيّة.

وثانياً: أنّ المحصّل منه غير حاصل، والمنقول منه ليس بحجّة.

وثالثاً: أنّه يحتمل أن يكون مدرك المجمعين هي الوجوه المذكورة في المسألة.

الثاني: قوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**»، وقد أورد عليه بوجوه:

الأوّل: أنّه ضعيف السند.

الثاني: أنّه لا يشمل المنافع المستوفاة كما تقدّم، فلا يشمل غير المستوفاة بالأولويّة.

الثالث: أنّا لو أغمضنا عمّا ذكرنا وسلّمنا شموله للمنافع المستوفاة، إلّا أنّه لا يشمل غير المستوفاة؛ لأنّ لفظ الأخذ في الحديث لو سلّمنا أنّه كناية عن الاستيلاء على الشيء، ولكن لا يصحّ تعلّقه بالمنافع الفائتة بغير استيفاء؛ لعدم تحقّقها بالفعل،

والوجود الاستعداديّ لا يصحّح صدق الاستيلاء الموجب للضمان عليه.

وأُجيب عنه في بعض المكتوبات، ولكنّ فساده واضح.

الرابع: ما نسب إلى بعض من أنّ كلّ ما كان ذو اليد مستولياً عليه وقابلاً للردّ فهو مضمون، وأمّا ما لم يكن قابلاً للردّ فهو غير مشمول للحديث؛ لأنّ الحديث مغيّىً بالأداء، فيكون مقيّداً لعموم الموصول في قوله: «ما أخذت» بما كان المأخوذ قابلاً للردّ، فيجب عليه أن يردّ المأخوذ بخصوصيّته إلى مالكه، وهي ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى: ما إذا كانت العين موجودة، فبوجودها تكون المراتب الثلاث، ـ وهي الخصوصيّة العينيّة والماليّة والنوعيّة ـ موجودة، وقابلة للردّ بجميع مراتبها الثلاث.

المرتبة الثانية هي المرتبة التي تكون بعد فقد الخصوصيّة الشخصيّة، فيجب ردّ المأخوذ بخصوصيّاته النوعيّة والصنفيّة المعبّر عنها بالمثل.

المرتبة الثالثة هي الخصوصيّة الماليّة، ويجب ردّها بعد فقد الخصوصيّتين الشخصيّة والنوعيّة، هذا فيما إذا كان الشيء قابلاً للردّ بإحدى الخصوصيّات الثلاث.

أمّا المنفعة فهي غير قابلة للردّ؛ لأنّها توجد بوقوعها تحت اليد ثمّ تنعدم وتنصرم، وبالنتيجة أنّ قاعدة اليد قاصرة عن شمول المنافع. وهذا الذي ذكره كلام متين.

وقال صاحب الكفاية معترضاً على الشيخ القائل بأنّ مورد حديث على اليد مختصّ بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة: أنّ مورد الحديث وإن كان مختصّاً بالأعيان، إلّا أنّ مقتضى كون الأعيان مضمونة ضمان منافعها بالتبع، فضمان المنافع في الإجارة الفاسدة إنّما يكون بتبع ضمان العين المستأجرة، وبالنتيجة أنّ

اختصاص مورد الحديث بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم: بأنّه إن كان غرض صاحب الكفاية من قوله: «إنّ مقتضى ضمان الأعيان ضمان منافعها» أنّ ماليّة الأعيان باعتبار منافعها المرغوبة للعقلاء، فمقتضى ضمان العين ضمان ماليّتها المتقوّمة بالمنافع فهو متين؛ لأنّ العين بما هي هي ليست لها ماليّة بوجه، بل ماليّتها بلحاظ منافعها، ولكن لا دلالة فيه على ضمان المنافع غير المستوفاة.

وإن كان المراد منه أنّ ضمان الأعيان علّة لضمان منافعها، فهو أوّل الكلام.

وفيه: أنّه يمكن أن يكون مراد صاحب الكفاية أنّ تسليم اختصاص دليل اليد بالأعيان لا يمنع ضمان منافعها؛ لأنّ من أحكام ضمان العين ضمان منافعها، كما أنّ من أحكام عهدة العين التالفة شرعاً وعرفاً أداء بدلها مثلاً أو قيمته، لا أنّ أداء المثل أو القيمة دخل في العهدة، فإذا ثبت أنّ ضمان المنافع من أحكام ضمان العين، فلا حاجة إلى إثبات عموم اليد للمنافع استقلالاً.

والمحقّق الأصفهانيّ بعد ما نقل هذا الكلام عن صاحب الكفاية قال: وهو كلام وجيه في ضمان الأعيان المضمونة، إلّا أنّ الكلام هنا في ضمان المنافع مستقلّاً ولو لم تكن العين مضمونة كالإجارة الصحيحة والفاسدة، ولا يعقل أن يكون ضمان المنافع من حيث التبعيّة لضمان العين مدركاً في مثل الإجارة الصحيحة والفاسدة.

أضف إليه: أنّا لا نسلّم عدم شمول قاعدة اليد على المنافع بدعوى أنّه أمر متصرّم الوجود، فإنّه وإن كان كذلك عقلاً، إلّا أنّ له بقاء عرفاً.

والعمدة أنّه موجود عرفاً، وشأنية الاستيفاء منه يكون كافياً في صدق على اليد عليه، والعرف ببابك.

. . . . . .

ملخّص ما يناقش في شمول حديث اليد للمنافع وجوه:

الوجه الأوّل: ما يظهر من الشيخ أنّ لفظ «الأخذ» في الحديث لا يشمل المنافع.

قال المحقّق الأصفهانيّ ﷺ: والظاهر إرادة عدم صدق الأخذ باليد بالنسبة إليها، وإلّا فالأخذ لا اختصاص له بالأعيان، بل ينسب إلى الأمور المعنويّة أيضاً، كأخذ العهد والميثاق ونحوهما، فضلاً عن المنافع المتحقّقة في الخارج، ولو اقتصرنا على ما يقتضيه ظاهر الأخذ باليد بدواً على القبض الخاصّ بالجارحة لخرجت جملة من الأعيان عن مورد الخبر، كالدار والعقار وأشباههما؛ لأنّها لا تؤخذ باليد، فلا مناص من جعل الأخذ باليد كناية عن الاستيلاء، إلّا أنّ المنافع الفائتة حيث إنّها غير موجودة بالفعل، بل بالقوّة، فصدق الاستيلاء عليها بالفعل مشكل؛ لأنّ المتضائفين متكافئان في القوّة والفعليّة، فلا استيلاء حقيقة إلّا على الدار، وعليه فلا ضمان بالفعل إلّا بالإضافة إلى ما عليه الاستيلاء بالفعل، وهي العين، لا المنافع لعدم الاستيلاء عليها بالفعل.

ويمكن الجواب عنه: أنّ ما ذكره مبنيّ على الدقّة العقليّة، فلا منافاة بينه وبين صدق الاستيلاء عليها بالنظر العرفيّ الذي عليه المدار هنا فيصدق عرفاً أنّه مالك لمنافع الدار التي استولى عليها وهي مقدّرة الوجود، فإنّ الاستيلاء على الدار واسطة في ثبوت الاستيلاء على منافعه عرفاً.

الثاني: ما ذكره المحقّق المامقانيّ ﷺ[1] بأنّا لو سلّمنا أنّ المراد من الأخذ الاستيلاء، إلّا أنّ الاستيلاء على المنافع غير معقول؛ لأنّه أمر إضافيّ يتوقّف على

(١) حاشية المكاسب: ١: ٢٧٢.

المستولي والمستولى عليه ، والمنافع أُمور تدريجيّة الوجود متصرّمة التحقّق توجد شيئاً فشيئاً ، وتنعدم أو تستوفى ، فلا يكون ما مضى منها وما سيأتي متحقّقين ، وفي مثله لا يمكن الاستيلاء فعلاً عليه؛ لأنّ الإضافة بين الموجود والمعدوم غير معقولة ، فمنافع الدار ظرفيّتها القابلة للسكنى في عمود الزمان ، ومنافع الدابّة ظهرها القابل للركوب والحمل في عمود الزمان ، وهما أمران متصرّمان يتبعان الزمان؛ لأنّ الظرفيّة في هذا الآن لا تبقى في الآن الآخر ، والظهر القابل للركوب في هذا الآن لا يبقى في آن آخر ، فلا يعقل الاستيلاء في مثلها .

وأجاب عنه بعض الفحول : بأنّ الشيء المتصرّم يوجد شيئاً فشيئاً وينعدم ، وفي حال وجوده ، ولو وجوداً مستمرّاً غير مستقرّ يقع تحت اليد ، فيكون الاستيلاء على موجود وإن كان لا يبقى آنين فيقع وجوده الآنيّ المستمرّ تحت اليد وبتلفه يصير مضموناً على ذي اليد المستولي عليه ، فذلك الوجود المستمرّ في عمود الزمان يقع تحت اليد بنحو الاستمرار والانصرام ، وبانعدامه يصير ضامناً شيئاً فشيئاً .

وفيه : أنّ معنى ما ذكره تعدّد الضمان بتعدّد المنفعة التالفة في كلّ آن وهو واضح البطلان ، فإنّ المنفعة الآنيّة لا يصدق عليها المال كي يكون الشخص ضامناً له ، فتأمّل .

الثالث : ما ذكره المحقّق الأصفهانيّ من عدم صدق التأدية على المنافع مطلقاً ، فإنّ ظاهر قوله : « حتّى تؤدّي » كون عهدة المأخوذ مغيّاة بأداء نفس المأخوذ والمنافع لتدرّجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حدّ ذاتها ، كالعين التي لها أداء في حدّ ذاتها ، فيكون الحديث مختصّاً بما كان المأخوذ له شأنيّة الأداء ، ولا تكون المنافع لها هذه الشأنيّة فلا يشمله الحديث .

إن قلت : إنّ الظاهر من الحديث أنّ الضمان مجعول على نفس المأخوذ لا على

المأخوذ الذي له قابليّة البقاء، وإنّما ذكرت الغايه لتحديد الموضوع، ومعناه أنّ الحكم بالضمان تعلّق على المأخوذ غير المؤدّى من غير نظر إلى إمكان التأدية ولا عدم إمكانها، وشأنيّة التأدية ولا عدم شأنيّتها. إذن فلا مانع من شمول قاعدة على اليد للمنافع مطلقاً.

وأجاب عنه: بأنّ الظاهر من جعل الغاية محدّدة للموضوع ما كان من شأنه أن يؤدّي بعد أخذه، ولا يشمل المعدوم الذي ليس له شأنيّة الأداء، وعدم الأداء فيه من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

ربما يقال: إنّا لا نسلّم عدم إمكان صدق التأدية في المنافع؛ لأنّه إذا أُخذت العين فقد دخلت في العهدة بجميع شئونها، وهي حيثيّة شخصها، وحيثيّة طبيعتها التي لها أفراد مماثلة، وحيثيّة مالها وأدائها بجميع شئونها بأداء نفسها الواجدة لجميع شئونها، وإذا تلفت العين فقد امتنع الخروج عن عهدة تشخّصها، وأمّا عهدة طبيعتها وعهدة ماليّتها فيمكن الخروج عنها، فيجب بأداء قيمتها، فللعين مراتب من العهدة، وبحسبها مراتب من الأداء، وامتناع بعض المراتب لا يوجب سقوط المراتب الممكنة، ولا عدم كون العين ممّا له الأداء بامتناع بعض مراتبها، فكذلك المنفعة إذا دخلت في العهدة فقد دخلت بجميع شئونها وامتناع أداء تشخّصها لكونها تدريجيّة غير قارّة لا يوجب امتناع أداء سائر المراتب، ولا كونها بقول مطلق ممّا لا أداء لها حتّى لا يعمّها الخبر لكونه مغيّى بأداء المأخوذ.

وأجاب عنه المحقّق الأصفهانيّ: بأنّا نسلّم أنّه إذا دخلت العين في العهدة فقد دخلت بجميع شئونها في العهدة، إلّا أنّ شئونها متقوّمة بها، فتلك الحصّة من الطبيعيّ المتقرّرة في مرتبة ذاتها غير الحصّة الأخرى المتقرّرة في فرد آخر لها، وتلك الحصّة من صفة الماليّة القائمة بها غير الحصّة الأخرى من طبيعيّ تلك الصفة القائمة

بفرد آخر؛ ضرورة أنّ الطبيعيّ من كلّ معنى موجود بوجودات متعدّدة ، فإذا تلفت فقد تلفت بجميع شئونها وحيثيّاتها ، ومن أحكام عهدة العين التالفة شرعاً وعرفاً أداء بدلها بطبيعتها المماثلة أو باليّتها ، لا أنّ أداء المثل أو القيمة أداء نفس ما دخل في العهدة ، وعليه فلا بدّ من شمول الخبر للمأخوذ المغيّى بأداء نفسه ، ثمّ ترتيب أحكامه عليه من أداء مثله أو قيمته ، فالعين حيث انّها في نفسها قابلة للأداء بنفسها أمكن شمول الخبر لها والمنافع حيث إنّها غير قابلة للأداء بنفسها ، فلا يعمّها الخبر حتّى تتنزّل بعد تلفها إلى أداء بدلها .

الدليل الثاني على ضمان المنافع غير المستوفاة ما نسب إليه (عج) : « **لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ** » .

ويرد عليه : أوّلاً : أنّه ضعيف السند .

وثانياً : أنّ نسبة الحلّ إلى التصرّف في مال الغير ظاهرة في الحكم التكليفيّ .

وممّا ذكرنا ظهر الجواب عن الاستدلال بالروايات الدالّة على عدم حلّيّة مال امرئ إلّا بطيب نفسه ، فإنّ ما رواه سماعة وإن كانت موثّقة إلّا أنّها راجعة إلى الحلّيّة التكليفيّة .

الدليل الثالث : ما دلّ على أنّ حرمة مال المؤمن كحرمة دمه . وقال الأستاذ الأعظم : إنّ الجملة المزبورة وإن وردت في موثّقة ابن بكير وغيرها ، ولكن لا دلالة فيها على الضمان بوجه ، إلّا أنّك قد عرفت تماميّتها سنداً ودلالة .

الدليل الرابع : قاعدة نفي الضرر بدعوى أنّ الحكم بعدم ضمان القابض منافع الأعيان التي يكون قبضها ضرراً على المالك ، وهو منفي بالحديث .

وفيه : أوّلاً : أنّ الحكم بضمان القابض أيضاً ضرر عليه ، فيسقط الحديث بالمعارضة .

. . . . . .

وثانياً: أنّ القاعدة المذكورة من الأدلّة النافية، وليست من الأدلّة المثبتة.

وثالثاً: أنّها تنفي الحكم الذي يلزم الضرر من جعله ولا تثبت حكماً يلزم الضرر من عدم جعله، وتحقيقه قد كتب في تقريرات بحثنا في قاعدة لا ضرر، فلاحظ.

الدليل الخامس: قاعدة «من أتلف» بدعوى: أنّ منع المالك عن الانتفاع بالعين المملوكة له تفويت لمنافعها، فيكون المتلف لها ضامناً بمقتضى هذه القاعدة.

وفيه: أنّ الدليل أخصّ من المدّعى؛ لأنّا نمنع صدق التفويت على المنافع الفائتة بغير استيفاء إلّا أن يمنع المالك عن الانتفاع، فيصدق عليه الإتلاف في خصوص هذه الصورة، وعليه فالدليل أخصّ من المدّعى.

فتحصّل: أنّ المنافع المقبوضة بالعقد الفاسد غير المستوفاة مضمونة كضمان المنافع المستوفاة، والفرق المذكور بينهما من الأُستاذ الأعظم وغيره غير تامّ.

الرابع [١]: إذا تلف المبيع [٢] فإن كان [٣] مثليّاً [٤] وجب مثله ،

---

[١] أي الأمر الرابع من الأمور المتفرّعة على المقبوض بالعقد الفاسد. أقول: بعد أن ثبت في المبحث السابق ضمان المشتري للمقبوض بالبيع الفاسد، ويجب عليه ردّ نفس ما أخذه إلى البائع إن كان موجوداً، وردّ بدله إليه إن كان تالفاً، يقع الكلام الآن في أنّه هل يكفي في إسقاط الضمان عن عهدة المشتري ردّ ما يشاركه التالف في النوع والماليّة، بأن يكون ردّ مطلق المال كافياً في إفراغ ذمّته أم لا بدّ من أداء ما يكون أقرب إلى التالف من المثل أو القيمة، فإن كان التالف مثليّاً فيجب أداء مثله، وإن كان قيميّاً فيجب أداء قيمته، وحيث إنّ المصنّف اختار المسلك الثاني ولذا قال: إذا تلف المبيع بالبيع الفاسد فإن كان مثليّاً وجب ردّ مثله، وينبغي حينئذٍ البحث عن المثليّ والقيميّ، ولذا عقد المصنّف هذا الأمر الرابع وتعرّض فيه إلى مقامات ثلاثة:

الأوّل: تعريف المثليّ.

الثاني: دليل اعتبار ضمان المثليّ بمثله، فإذا كان التالف مثليّاً وجب ردّ مثله إلى البائع، وهي وجوه ثلاثة:

الأوّل: الإجماع المنقول.

الثاني: الإطلاق المقاميّ.

الثالث: آية الاعتداء بالمثل، وسيأتي توضيحه في ضمن توضيح المتن إن شاء الله.

[٢] أي المبيع المقبوض بالبيع الفاسد.

[٣] أي فإن كان المبيع التالف عند المشتري مثليّاً كالحنطة وجب على المشتري ردّ مثله إلى البائع.

[٤] ليس عنوان المثليّ أو القيميّ عنواناً وارداً في آية أو في رواية حتّى يتكلّم في

بلا خلاف [١]، إلّا ما يحكى عن ظاهر الإسكافيّ [٢].

وقد اختلفت كلمات أصحابنا في تعريف المثليّ [٣]، فالشيخ وابن زهرة وابن إدريس والمحقّق وتلميذه [٤] والعلّامة وغيرهم قدّس الله أسرارهم،

بيان المراد منه، والنقض والإبرام حول التعاريف الآتي ذكرها، بل ذكرهما الفقهاء لتعيين ما وجب على الضامن حين الأداء.

[١] وهذا إشارة إلى الوجه الأوّل من الوجوه الثلاثة على وجوب ردّ المثل في المثليّ قدّمه المصنّف على تعريف المثليّ.

[٢] قال الأُستاذ الأعظم[١]: إنّ ظاهر عبارة المصنّف هو ذهاب الإسكافي إلى ضمان القيمة في المثليّ، وهذا منافٍ لما سيأتي منه في الأمر السابع من نسبة ضمان المثل في القيميّ إلى الإسكافيّ، حيث قال فيه: لو كان التالف المبيع فاسداً قيميّاً فقد حكي الاتّفاق على كونه مضموناً بالقيمة، ثمّ قال بعد أسطر: فقد حكي الخلاف في ذلك عن الإسكافيّ، ثمّ قال: والمظنون قويّاً هو وقوع السقط في عبارته هنا، فكأنّه قال: إذا تلف المبيع فإن كان مثليّاً وجب مثله، وإن كان قيميّاً وجبت قيمته، بلا خلاف في ذلك بين الأصحاب، إلّا عن الإسكافيّ، فإنّه حكم بضمان المثل في القيميّ أيضاً.

وفيه: أنّ ما ذكره دعوى بلا دليل، فإنّ ظنّه واطمئنانه لا ينفع للآخرين، فنسبة كلامين متنافيين إلى الإسكافيّ أوْلى من ارتكاب خلاف الظاهر من دون نصب قرينة عليه.

[٣] من هنا شرع في تعريف المثليّ الذي هو المقام الأوّل من المقامات الثلاثة.

[٤] وهو صاحب كشف الرموز.

---

(١) مصباح الفقاهة: ٣: ١٤٥.

بل المشهور على ما حكي [١] أنّه [٢] ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة ، والمراد بأجزائه [٣] ما يصدق عليه اسم الحقيقة ،

---

[١] أي على ما حكي عن المشهور ، وفي هذا التعبير إشارة إلى أنّه لم ير أقوال المشهور ، بل حكيت له .

[٢] أي المثليّ ما تتساوى أجزاؤه من حيث القيمة ، **وتوضيحه** : أنّ الشيء لو كان له أفراد متماثلة بحسب النوع أو الصنف فهو مثليّ ؛ ضرورة أنّ أفراد الكلّيّ مع فرض تماثلها متساوية الأقدام ومتقاربة الأوصاف من دون تفاوت بينها في نظر العرف وإن لم يكن الشيء كذلك فهو قيميّ ، وعلى هذا فالمراد من كلمة الأجزاء التي ذكرت في التعاريف إنّما هو أفراد الطبيعة لا أجزاء المركّب .

[٣] أي المراد بأجزاء المثليّ في تعريف المثليّ بأنّه ما يتساوى أجزاؤه ما يصدق عليه طبيعة الشيء المثليّ كمنّ من الحنطة ، فإنّه يصدق حقيقة الحنطة وطبيعتها على تمام أفرادها ، سواء كان منّاً أو منّين أو أمنان ، وهذا الذي ذكره المصنّف جواب عن إشكال مقدّر ، **وملخّص الإشكال** : أنّ المشهور قد فسّروا المثليّ بما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة ، والجزء يقابل الكلّ ، فإنّه يطلق على أبعاض المركّب كالرأس والرقبة واليد ، فلا يصدق الكلّ على أجزائه ، فلا يقال على يده إنسان ، بخلاف الجزئيّ فإنّه يصدق عليه حقيقة عنوان الكلّيّ ، ويقال زيد إنسان ، فإذا عرفت معنى الجزء والجزئيّ فنقول : إنّ التعريف المذكور للمثليّ غير صادق على الحنطة والشعير مع أنّ المشهور بعد تعريفهم المثليّ بما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة حكموا بكون الحنطة والشعير مثليّين ، والسرّ في عدم صدق المثليّ على الحنطة والشعير هو أنّهما مركّبان من القشور والألباب ، وهما مختلفان في القيمة ، وكذا التمر والزبيب ، فإنّهما مركّبان من النوى والقشور ، فإنّ اللّب والقشر مختلفان في القيمة ، فلا

والمراد [١] بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة

يصدق عليهما التعريف الذي ذكره المشهور للمثليّ .

وملخّص الجواب عنه : أنّ المراد بالأجزاء في تعريفهم للمثليّ هو الأفراد والجزئيّات الواقعة تحت طبيعة واحدة ، فإنّ الحنطة حقيقة واحدة تتساوى أفرادها من حيث القيمة ، فإنّ كلّ منّ من الحنطة في القيمة يساوي منّاً آخر منها ، فإنّ الفردين من الحنطة متساويان في المقدار والقيمة ، فإنّ كلّ واحد من المنّين مساوٍ للآخر مقداراً وقيمة ، وعلى هذا فيكون معنى تعريف المشهور للمثليّ أنّه ما يتساوى أفراده قدراً وقيمة ، فلا يرد عليه أيّ إشكال .

[١] لمّا بيّن المراد من الأجزاء في تعريف المشهور للمثليّ بأنّه ما يتساوى أجزاؤه ، وقال إنّهم أرادوا الجزئيّات من الأجزاء ، فيكون معنى كلامهم أنّ المثليّ ما تتساوى قيم أفراده ، شرع في بيان المراد من التساوي في قولهم ما يتساوى أجزاؤه ، وقال : إنّ المراد بتساوي الأفراد تساويها بالنسبة بمعنى إذا كان المنّ من الحنطة عشرة دراهم كان نصف المنّ منها خمسة دراهم وربعه درهمين ونصف .

وبعبارة أُخرى : أنّه لو كان الكلّ قيمته عشرة دنانير لكان كلّ جزء من أجزائه متساوياً مع الجزء الآخر في القيمة بالنسبة إلى قيمة الكلّ ، فلو كانت قيمة مئة طنّ من الحنطة ألف دينار مثلاً لكانت قيمة ربع طنّ منها الذي هي خمسة وعشرون طنّاً ، ربع قيمة مجموع مئة طنّ ، وهو مئتان وخمسون ديناراً ، أي المراد من تساوي الأجزاء من حيث القيمة تساوي الأجزاء بالنسبة ، أي تساوي نسبة بعض الأفراد إلى بعضها الآخر ، فتكون نسبة قيمة ربع المنّ إلى قيمة المنّ كنسبة الربع إلى المنّ ، وتكون قيمة نصف المنّ إلى قيمة المنّ كنسبة النصف إلى المنّ ، فالمثليّ هو ما يكون أفراده متساوية قدراً

بمعنى [١] كون قيمة كلّ بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر ،

وقيمة ، فالفردان من الحنطة متساويان في المقدار والقيمة كالمنّين منها .

والحاصل : إنّ المراد بالأجزاء هو الأفراد ، وإنّما عبّر بالأجزاء من جهة فرض جميع أفراد هذه الطبيعة شيئاً واحداً ، فيكون كلّ فرد بالإضافة إليه جزءاً ، وأمّا المراد بالتساوي بحسب القيمة فقد فسّره الشيخ ﷺ بمساواة نسبة قيمة كلّ بعضين لنسبة كلّها بأن يساوي نصف الشيء نصف قيمة المجموع ، وثلث الشيء ثلث قيمة المجموع ، وهكذا ، وبالنتيجة أنّ المراد بالتساوي تساوي الأفراد من حيث القيمة مثلاً الحنطة إذا كان المنّ منها بدرهم ، فالمنّ الآخر منها يقوّم بدرهم .

إن قلت : فما السرّ في اختيار التعبير بالأجزاء .

قلت : لعلّ السرّ فيه هو الإشارة إلى كون الفرد جزءاً أيضاً . **بتقريب** : أنّ غالب المثليّات مثل الحبوبات ليس كلّ فرد منها بانفراده مالاً ، وإنّما يكون مالاً إذا صار جزءاً لمقدار يتعلّق الغرض به لا بما دونه بأن اجتمع هو مع جملة من سائر الأفراد حتّى يتعلّق به غرض فيصير مالاً مثلاً الحنطة لا يصير كلّ واحد من أفرادها وهي الحبّات مالاً إلّا بعد ملاحظة اجتماعه مع جملة من الأفراد والحبّات الأُخر الملازم لجزئيّته للأفراد المجتمعة في مرحلة عروض الماليّة عليه وعلى جامعها ـ أعني الحنطيّة ـ فكأنّه قال ما تساوى كلّ فرد يلازم فرديّته من حيث طروّ الماليّة عليه جزئيّته لجملة من الأفراد المجتمعة وانضمامه إليها مع الفرد الآخر كذلك في القيمة ، وقال الشهيديّ بعد ذكر الإشكال مع جوابه : فالنظر في هذا التعريف إلى الغالب .

[١] أي معنى تساوي الأجزاء بالنسبة في القيمة هو أنّ نسبة قيمة كلّ فرد من أفراد المبيع بالنسبة إلى قيمة فرد آخر منه كنسبة مقدار كلّ فرد منه إلى مقدار فرد

كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار، ولذا [١] قيل في توضيحه [٢]: إنّ المقدار منه [٣] إذا كان يستوي قيمة فنصفه [٤] يستوي نصف تلك القيمة، ومن هنا [٥] رجّح الشهيد الثاني

آخر منه، فكما أنّ الربع يساوي مقداره ربع الآخر كذلك قيمة هذا الربع تساوي قيمة الربع الآخر، فتكون نسبة قيمة ربع المنّ من الحنطة إلى قيمة المنّ منها كنسبة الربع إلى المنّ، وتكون قيمة نصف المنّ إلى قيمة المنّ كنسبة النصف إلى المنّ.

[١] أي لأجل كون المراد من التساوي تساوي الأفراد قيمة ومقداراً بالتقريب الذي ذكرناه.

[٢] أي قيل في توضيح التساوي المأخوذ في تعريف المثليّ والقائل هو السيّدان الطباطبائيّ في رياض المسائل والعامليّ في مفتاح الكرامة.

[٣] أي مقداراً من المثليّ إذا كان يستوي قيمة كالمنّ من الحنطة إذا كان يسوى ديناراً.

[٤] أي نصف المقدار المذكور كنصف المنّ من الحنطة يسوى نصف القيمة التي كانت للمنّ منها، فإنّ المنّ من الحنطة إذا كان يسوى ديناراً فنصفه يسوى نصف دينار، وهذا الذي نسب إلى القيل يشهد على أنّ المراد من التساوي المأخوذ في تعريف المثليّ التساوي مقداراً وقيمة.

[٥] أي ممّا قيل في توضيح التساوي المأخوذ في تعريف المثليّ من أنّ المقدار من المثليّ كالمنّ من الحنطة إذا كان يساوي قيمةً كدينار مثلاً، فنصفه الذي هو نصف المنّ يساوي نصف تلك القيمة، أي يساوي نصف دينار، أي منشأ ترجيح الشهيد الثاني القول بكون المصوغ من النقدين قيميّاً ما قيل في تفسير التساوي بأنّه عبارة عن تساوي الأفراد قيمة ومقداراً.

كون المصوغ [١] من النقدين قيميّاً، قال [٢]: إذ لو انفصل نقصت قيمته، قلت [٣]: وهذا [٤] يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليّاً؛

---

[١] قال المحقّق المامقانيّ: أنّ مراد الشهيد من المصوغ بالنقدين هو المصوغ منهما بعد إذابتهما ومزجهما وصوغه منهما، فإذا فرض انفصال الفضّة التي هي أحد الجزئين تكون قيمتها ناقصة عن قيمة الذهب الذي هو الجزء الآخر، فليس جزآه متساويين من جهة القيمة، وقال بعض الشرّاح: لعلّ مراد الشهيد أن يصوغ من ذهب فقط أو من فضّة فقط القلائد، فإنّها لو انفصلت وانقطعت نقصت قيمتها، وفي أقرب الموارد: الصائغ من حرفته معالجة الذهب والفضّة بأن يعمل منهما الحلي والأواني.

[٢] أي قال الشهيد الثاني: إنّما قلنا بكون المصوغ من النقدين قيميّاً لأنّه لو انفصل المصوغ من النقدين وصار نصفين نقصت قيمة المصوغ من النقدين، فإنّه بعد التنصيف لا يشترى المصوغ من النقدين بقيمته الواقعيّة الموجودة قبل الانفصال، فالآنية الذهبيّة التي تسوى مئة دينار لا يسوى نصفها بعد الانفصال خمسين ديناراً، وإنّما كانت خمسين ديناراً قبل الانفصال.

[٣] والظاهر أنّ هذا إشكال من الشيخ على الشهيد الثاني.

[٤] أي ما ذكره الشهيد ـ من المعيار للقيميّ من أنّه عبارة عمّا لو انفصل أجزاؤه نقص قيمة الجزء عمّا كان عليه حال الاتّصال ـ يوجب أن لا يكون الدرهم مثليّاً؛ لأنّه لو انكسر وانفصل أجزاؤه نقص قيمته عمّا كان عليه قيمة النصف حال الاتّصال، ولكنّ المذكور في كلمات الشرّاح أنّه إشكال على تعريف المشهور المثليّ بأنّه ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة، وأنّ المقدار منه إذا كان يساوي قيمة فنصفه يساوي نصف تلك القيمة، وحاصل الإشكال عليهم بناء على ما ذكره المشهور من التعريف للمثليّ يلزم خروج الدرهم

إذ [١] لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه [٢] عن نصف قيمة المجموع، إلّا أن يقال [٣]:

الواحد عن ضابط المثليّ وكونه داخلاً في القيميّ الذي يعرف بأنّه لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن قيمة نصفه قبل الانكسار.

[١] أي إنّما قلنا إنّ ما ذكره الشهيد تعريفاً للمثليّ يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد داخلاً تحت ضابطة المثليّ؛ لأنّه لو انكسر الدرهم المذكور وصار نصفين لنقصت قيمة نصفه عن قيمة نصفه قبل الانكسار.

[٢] أي نقص قيمة نصف الدرهم بعد الانكسار والانفصال عن نصف قيمة المجموع حال الاتّصال، فإنّ نصف قيمة المجموع الذي كان حال الاتّصال لو يساوى عشرة دراهم مثلاً لا يساوي هذا النصف بعد الكسر بالقيمة المذكورة، بل يساويى خمسة دراهم، فلو كان نقص القيمة حال الانفصال معياراً لكون الشيء قيميّاً لكان الدرهم الواحد قيميّاً لوجود المعيار المذكور للقيميّ في الدرهم الواحد، والحال أنّه خلاف ما ذهب إليه المشهور، فإنّ الدرهم يعدّ من المثليّات عندهم، فهو يكون دليلاً على فساد الضابطة التي ذكرها المشهور للمثليّ والقيميّ.

[٣] أي إلّا أن يقال في توجيه عدّ المشهور الدرهم من المثليّات أنّ الدرهم إنّما يكون موضوعاً للمثليّ إذا كان المراد منه نوع الدرهم، وهو الصحيح منه، وعلى هذا لا يكون النقض المذكور وارداً على تعريف المثليّ؛ لأنّ جميع أفراد النوع متساوية في الماليّة، والدرهم المكسور ليس وارداً في النوع الصحيح منه، كي يقال بعدم مساواة بعض أفرادها في الماليّة، فالدرهم بالنسبة إلى الدراهم الصحيحة مثليّ لأنّه شيء يتساوى أفراده وهي الدراهم الصحيحة في القيمة.

إنّ الدرهم مثليّ بالنسبة إلى نوعه [١]، وهو [٢] الصحيح، ولذا [٣] لا يعدّ الجريش [٤] مثلاً للحنطة، ولا الدقاقة [٥] مثلاً للأرز،

نعم، إذا كان المراد من الدرهم المأخوذ موضوعاً في المثليّ جنس الدرهم الذي هو أعمّ من الصحيح والمكسور انتقض التعريف الذي ذكره المشهور للمثليّ؛ لأنّ النصف المكسور من الدرهم لا يسوى قيمة نصف الدرهم الصحيح لزوال ماليّة هيئته بالكسر، وبالنتيجة أنّ الدرهم بالنسبة إلى جنسه وهو الأعمّ من الصحيح والمكسور يكون قيميّاً وذلك لنقصان قيمته بعد الكسر، والحاصل أنّ الدرهم الواحد ينطبق عليه تعريف المشهور للمثليّ إذا كان المراد من الدرهم نوع الدرهم، وهو الصحيح منه، وينطبق عليه تعريف القيميّ إذا أُريد منه جنس الدرهم الشامل للصحيح والمكسور، كما عرفت.

[١] لا بالنسبة إلى جنسه الأعمّ من الصحيح والمكسور.

[٢] أي نوع الدرهم عبارة عن الدرهم الصحيح لأنّه شيء يتساوى أفراده في القيمة وهي الدراهم الصحاح.

[٣] أي لأجل ما ذكرنا من أنّ الدرهم يعدّ مثليّاً إذا أُضيف إلى نوعه ولا يعدّ مثليّاً إذا لوحظ بالنسبة إلى جنسه، لا يعدّ طحين الحنطة مثلاً للحنطة فلا يعدّ من المثليّات.

[٤] الجريش ـ بفتح الجيم ـ دقيق فيه غلظ كما في أقرب الموارد، وقيل: إنّ المراد منه هنا الطحين، أي الأجزاء المتكسّرة من الحنطة بحيث تبقى قطعاً صغاراً، فالحنطة جنس لها أنواع منها الحبّات غير المطحونة، ومنها الجريش، ومنها الطحين.

[٥] أي لا يعدّ الدقاقة مثلاً للأرز كي يقال إنّ الدقاقة من أفراد الأرز. الدقاقة

ومن هنا [١] يظهر أنّ كلّ نوع من أنواع الجنس [٢] الواحد، بل كلّ صنف من أصناف نوع [٣] واحد مثليّ [٤] بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف [٥]،

ـ بضمّ الدال ـ تراب كلّ شيء، والمراد منه هنا الأجزاء المتكسّرة من الأرز، والوجه في عدم كونه مثلاً له لأنّه ليس من نوعه الصحيح بعد كونه دقيقاً. نعم، هو من جنسه، ولا مانع من أن يكون الشيء مثليّاً بالنسبة إلى نوعه وقيميّاً بالنسبة إلى جنسه.

[١] أي من قوله، إلّا أن يقال أنّ الدرهم إذا أُضيف إلى نوعه يسمّى مثليّاً.

[٢] يعني الجنس الواحد المثليّ، كالدرهم الأعمّ من الصحيح والمعيوب والدرهم الصحيح ما تكون سكّته وهيئته محفوظة، والمعيوب ما كان مكسوراً و انمحى نقشه المضروب أوكالحنطة مثلاً، ونوعه عبارة عن الدرهم الصحيح أو الحنطة الجيّدة.

[٣] كالحنطة الجيّدة، فإنّها نوع من الحنطة، ولها أصناف كالحنطة الخريفيّة والحنطة الربيعيّة والحنطة البيضاء.

[٤] خبر لقوله: «كلّ نوع»، وقوله: «بل كلّ صنف» أي كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد مثليّ بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع، فإنّ المثليّة ملحوظة في النوع كالحنطة الجيّدة بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع فقط لا بالنسبة إلى سائر أنواع الجنس، فالدراهم السليمة من حيث المادّة والهيئة مثليّ بالنسبة إلى نوع الدرهم، وهو الدرهم الصحيح.

[٥] أي كلّ صنف من أصناف نوع واحد مثليّ بالنسبة إلى أفراد ذلك الصنف، فإنّ أفراد الحنطة البيضاء مثليّ لأنّها واقعة تحت عنوان الحنطة البيضاء التي هي صنف من أصناف الحنطة الجيّدة التي هي نوع من الحنطة الداخلة تحت

فلا يرد ما قيل [١] من أنّه [٢] إن أُريد التساوي بالكلّيّة [٣] فالظاهر عدم صدقه [٤] على شيء من المعرّف [٥]؛ إذ [٦] ما من مثليّ إلّا وأجزاؤه مختلفة في القيمة، كالحنطة [٧]،

جنس الحنطة الشاملة للبيضاء وغيرها، والجيّدة وغيرها، فتلخّص أنّ المثليّ قد يكون موضوعه نوع الشيء الذي له ماليّة، وقد يكون باعتبار صنفه، وأمّا باعتبار جنسه فلا يتّصف بكونه مثليّاً، بل يكون قيميّاً.

[١] والقائل هو المحقّق الأردبيليّ في مجمع البرهان، ومن هنا شرع شيخنا الأنصاريّ ﷺ في دفع ما أورده المحقّق الأردبيليّ على تعريف المشهور للمثليّ، وملخّص الإيراد هو أنّ تفسير المثليّ بما تساوت أجزاؤه في القيمة على تقدير غير منطبق على فرد من المثليّات، وعلى تقدير آخر يصدق على القيميّات أيضاً فلا يكون التعريف المذكور جامعاً ولا مانعاً.

[٢] الضمير للشأن.

[٣] أي إن أراد المشهور من تعريف المثليّ بما تساوت أجزاؤه تساويها من كلّ الجهات.

[٤] أي عدم صدق التساوي من كلّ الجهات على شيء من المثليّات.

[٥] بصيغة اسم المفعول، والمراد منه المثليّ.

[٦] تعليل لما ذكره من عدم صدق التعريف المذكور للمثليّ على فرد من المثليّات، أي إنّما قلنا إنّ تعريف المشهور للمثليّ لا يشمل المثليّات لأنّه لا يوجد مثليّ في الخارج إلّا وأجزاؤه مختلفة في القيمة.

[٧] التي هي مثال معروف للمثليّ، ومع ذلك لا ينطبق عليها تعريف المشهور للمثليّ بأنّه ما تساوى أجزاؤه؛ وذلك لعدم تساويها في القيمة ربّما حنطة يساوى منّ منها عشرة دراهم، وربّما حنطة يساوى منّ منها عشرين درهماً؛

فإنّ قفيزاً [١] من حنطة تساوي عشرة، ومن أُخرى [٢] تساوي عشرين، وإن أُريد [٣] التساوي في الجملة فهو في القيميّ موجود، كالثوب والأرض، انتهى.

وقد لوّح [٤] هذا المورد في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا من [٥]

وذلك لكون هذا الفرد من الحنطة متّصفاً بخصوصيّة خاصّة لكونها حنطة خريفيّة أو لكونها حنطة إيرانيّة في مقابل حنطة خارجيّة.

[١] آلة ممّا يكال به المكيلات، وهي ثمانية مكاكيل، ومفرده المكول، وهو مكيال صاعاً ونصف. أقرب الموارد.

[٢] أي قفيزاً من حنطة أُخرى تساوى عشرين درهماً، كما إذا كانت الحنطة معروفة بخصوصيّة خاصّة فليست أجزاء الحنطة متساوية من جميع الجهات مع أنّها مثليّة.

[٣] أي إن أراد المشهور من تساوي الأجزاء في القيمة في تعريف المثليّ تساوي بعض أجزائه في القيمة فهذا التعريف يصدق على القيميّ أيضاً، فإنّ الثوب من القيميّات عند المشهور مع أنّ بعض أفراده يساوي أفراده الأُخرى في القيمة، وكذلك الأرض. إذن فالتعريف المذكور للمثليّ غير صحيح.

[٤] أي قد أشار المحقّق الأردبيليّ في آخر كلامه إلى دفع إيراده الذي أورده على تعريف المشهور للمثليّ بما ذكرناه من الجواب عن الإشكال المذكور، فهو كان ملتفتاً إلى عدم تماميّة إيراده على تعريف المثليّ.

[٥] وهذا بيان لقوله: «بما ذكرناه»، وملخّص ما ذكره في الجواب عن الإشكال المذكور بأنّ الإيراد المذكور على تعريف المثليّ بما تساوت أجزاؤه إنّما يرد على القول بأنّ المثليّ ما تساوت أفراد النوع فيه في القيمة فيقال عليه بأنّ هذا التعريف منقوض بالحنطة التي هي مثليّة، ولكنّ جميع أفرادها ليست

أنّ كون الحنطة مثليّة معناه أنّ كلّ صنف منها [١] متماثل الأجزاء ومتساوٍ في القيمة لا [٢] بمعنى أنّ جميع أبعاض هذا النوع متساوية في القيمة. فإذا كان المضمون [٣] بعضاً [٤] من صنف فالواجب [٥] دفع مساويه من هذا

متساوية في القيمة، فإنّ قفيزاً من حنطة تساوى عشرة وقفيزاً من حنطة أُخرى تساوى عشرين، ولكنّ الأمر ليس كذلك، فإنّ تماثل الأجزاء وتساويها في القيمة ملحوظة بالنسبة إلى أجزاء صنف الحنطة، فمعنى كون الحنطة مثليّة أنّ كلّ صنف من أصناف الحنطة متساوية الأجزاء في القيمة، وعلى هذا لا يكون الموضوع في تعريف المثليّ الحنطة الصحيحة كي يكون نوعاً من الحنطة، بل الموضوع صنف من أصناف الحنطة الصحيحة كالحنطة البيضاء، فيرجع تعريف المثليّ في الحنطة إلى أنّ الحنطة البيضاء ما تساوت أفراده من حيث القيمة، فعلى هذا لا يرد عليه الإيراد المذكور.

[١] أي كلّ صنف من أصناف الحنطة متساوي الأجزاء في القيمة.

[٢] أي ليس معنى كون الحنطة مثليّة أنّ كلّ نوع منها متساوي الأجزاء في القيمة كي يورد عليه بأنّ كلّ نوع من أنواع الحنطة ليست متساوية الأجزاء في القيمة، فإنّ الحنطة قفيز منها تساوي عشرة وقفيز من حنطة أُخرى تساوي عشرين.

[٣] أي العين التالفة بيد الضامن.

[٤] كمنّ من الحنطة البيضاء.

[٥] أي الواجب على من تلفت العين بيده أن يدفع ما يكون متساوي الأجزاء قيمة من هذا الصنف، فإذا كان التالف منّاً من الحنطة البيضاء يجب على الضامن أن يدفع منّاً من الحنطة البيضاء التي تكون من صنف الحنطة التالفة.

الصنف لا القيمة [١] ولا بعض [٢] من صنف آخر، لكنّ الإنصاف أنّ هذا [٣] خلاف ظاهر كلماتهم، فإنّهم [٤] يطلقون المثليّ على جنس الحنطة والشعير ونحوهما [٥]، وإطلاق [٦]

---

[١] أي لا يجوز أن يدفع قيمة التالف وذلك لاختصاص دفع القيمة بما إذا كان التالف قيميّاً، والمفروض في المقام أنّه مثليّ، فيجب دفع مثله.

[٢] أي لا يجوز دفع منّ من الحنطة غير البيضاء؛ إذ بعد كون مناط المثليّة هو الصنف اشتغلت ذمّة الضامن بالحنطة البيضاء مثلاً ولا تفرغ ذمّة الضامن بدفع حنطة أُخرى.

[٣] أي أنّ المعنى الذي ذكره الأردبيليّ للمثليّ، وهو جعل مدار المثليّة على الجنس خلاف ظاهر كلمات المشهور في تعريف المثليّ، فلا يمكن حمل كلماتهم في تفسير المثليّ على كون المدار في المثليّة هو الصنف.

[٤] أي إنّما قلنا إنّ جعل مدار المثليّة على الصنف كما جعله المحقّق الأردبيليّ خلاف ظاهر كلمات المشهور في تعريف المثليّ؛ لأنّ المشهور يطلقون المثليّ في تعاريفهم للمثليّ على جنس الحنطة والشعير، حيث عرّفوا المثليّ بما تساوت أجزاؤه قيمة، وطبّقوه على التمور والأدهان والحنطة والشعير، وظاهره أنّ كلّ ما يصدق عليه جنس الحنطة فهو مثليّ مع كونه عشرات أصناف، فإنّ ظاهر كلامهم: أنّ المثليّ ما تساوت أجزاؤه قيمة كالحنطة والشعير أنّهم جعلوا موضوع المثليّ جنس الحنطة لا نوعه ولا صنفه.

[٥] من سائر المثليّات، كالتمور والأدهان وسائر الحبوبات، مع أنّه لا تساوى أجزاؤها قيمة، كما عرفت، فعاد المحذور المتقدّم في تعريف المشهور للمثليّ.

[٦] وهو جواب عن إشكال مقدّر، وهو أنّا لا نرى تنافياً بين إطلاق المثليّ على

المثليّ على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه وإن لم يكن [١] بعيداً، إلّا أنّ انطباق التعريف على الجنس [٢] بهذا الاعتبار [٣] بعيد [٤] جدّاً، إلّا [٥]

جنس الحنطة وبين أن يكون مدار المثليّة هو النوع أو الصنف، فإنّ إطلاق المثليّ على جنس الحنطة ليس بلحاظ تساوي أفراد جنس الحنطة والشعير، بل بلحاظ مثليّة أفراد نوعها أو مثلها، فمعنى كون الحنطة مثليّة تساوى أفراد نوعها أو صنفها. إذن فيكون جواب الأردبيليّ عن الإشكال على تعريف المشهور تامّاً.

[١] خبر لقوله: «وإطلاق المثليّ»، أي إطلاق المثليّ على جنس الحنطة ـ بأن يقال إنّ الحنطة مثليّة لا بلحاظ تساوي أفراد كلّ ما يصدق عليه جنس الحنطة، بل بلحاظ أفراد صنف واحد منها قيمة ـ وإن لم يكن بعيداً؛ إذ إطلاق الجنس وإرادة نوعه أو صنفه أمر متعارف في المحاورات العرفيّة.

[٢] أي انطباق تعريف المثليّ الذي ذكره المشهور وهو ما تساوى أجزاؤه على جنس الحنطة والشعير ونحوهما مثلاً.

[٣] أي باعتبار مثليّة الأنواع أو الأصناف، أي انطباق التعريف المذكور على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه بأن يقال: إنّ المراد من قوله: «إنّ المثليّ ما تساوت أجزاؤه قيمة ما تساوت أجزاء أنواعه أو أصنافه قيمة».

[٤] وجه البعد هو لزوم المسامحة في التعريف وذلك لاحتياج تماميّة التعريف المذكور إلى إضمار في نظم الكلام بأن يقال: إنّ المراد من قولهم: «إنّ المثليّ ما تساوت أجزاؤه» ما تساوت أجزاء نوعه أو صنفه، ومن الواضح أنّ الإضمار والتقدير على خلاف الأصل، ولا يصار إليه إلّا بقرينة، وبناء القوم في التعريف على عدم المسامحة فيه مهما أمكن.

[٥] هذا الاستثناء راجع إلى قوله: «بعيد جدّاً» والغرض منه توجيه انطباق

أن يهملوا خصوصيّات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها كما التزمه [٢] بعضهم ،

التعريف الذي ذكره المشهور للمثليّ على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه على نحو يسلم عن هذا البُعد ، **وملخّصه** : أنّ التعريف المذكور للمثليّ ينطبق على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه ، ولا وجه للاستبعاد في انطباقه على تعريف المشهور للمثليّ ؛ لأنّ إطلاق المشهور المثليّ على الجنس باعتبار إهمالهم الخصوصيّات النوعيّة أو الصنفيّة الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها ، ولحاظ جنس الشيء من حيث هو وإن كانت تتفاوت قيمة أجزائها مع ملاحظة الخصوصيّات النوعيّة أو الصنفيّة ، وعلى هذا لا يكون قيد تساوي أجزاء النوع أو الصنف من حيث القيمة مأخوذاً في تعريف مفهوم المثليّ ، وإنّما أخذوهما في التعريف لأجل الإشارة إلى لابدّيّة رعاية الخصوصيّات النوعيّة أو الصنفيّة الموجبة لزيادة القيمة في مقام تفريغ الذمّة .

إذن فلا بدّ من الفرق بين مقام تعريف المثليّ وبين مقام تفريغ الذمّة ومقام الأداء .

وملخّص الكلام : أنّ الخصوصيّات النوعيّة أو الصنفيّة وإن كانت موجودة ، ولكن لم تلاحظ في تعريف المثليّ ، وأنّ تعريفه تعريف لجنس المثليّ كالحنطة بما هي حنطة ، وإنّما ذكروا في تعريفه أنّه ما تساوت أجزاؤه بحسب الصنف أو النوع ؛ لأنّ التالف لو كان نوع من الحنطة مثلاً لا بدّ من أداء نفس هذا النوع من الحنطة ولو كان صنفاً من الحنطة فلا بدّ من الأداء من هذا الصنف ولو أدّي من صنف آخر من الحنطة لم يفرغ ذمّته .

[٢] أي التزم بعض الفقهاء بإهمال خصوصيّات الأنواع أو الأصناف ، فإنّهم أهملوا خصوصيّة مساواة أفراد صنف لأفراد صنف آخر قيمة .

غاية [١] الأمر وجوب رعاية الخصوصيّات عند أداء المثل عوضاً عن التالف أو القرض [٢]، وهذا أبعد [٣].

مضافاً [٤] إلى أنّه يشكل اطّراد [٥] التعريف

---

[١] أي قال هذا البعض أنّ غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيّات الصنفيّة عند أداء المثل عوضاً عن التالف، كما إذا تلف لزيد الحنطة الخريفيّة وجب أداء المثل عوضاً عن التالف من أفراد هذا الصنف من الحنطة ولا تفرغ ذمّته بأداء الحنطة الربيعيّة.

[٢] أي وجب رعاية الخصوصيّات الصنفيّة عند أداء المثل عوضاً عن القرض، كما لو اقترض من زيد حنطة خريفيّة فيجب أداءالحنطة من نفس هذا الصنف.

[٣] أي إهمال الخصوصيّات المأخوذة في تعريف المثليّ أبعد من ارتكاب الإضمار فيه، كما ارتكبه الأردبيليّ، وجه الأبعديّة: أنّ الغرض من تعريف المثليّ تشخيص ما اشتغلت به ذمّة الضامن، فإنّ إهمال الخصوصيّات النوعيّة أو الصنفيّة مستلزم لجواز إعطاء أيّ فرد من أفراد الحنطة، ولا وجه لرعاية الخصوصيّات عند أداء المثل إذا كانت مهملة في التعريف.

[٤] أي مضافاً إلى الإشكال الأوّل على تعريف المثليّ في كلام المشهور بأنّه خلاف ظاهر كلمات القوم، حيث إنّ ظاهر كلماتهم إطلاق المثليّ على جنس الحنطة لا باعتبار نوعه أو صنفه. هنا إشكال ثانٍ على تعريفهم للمثليّ بأنّه ما تساوت قيمة أجزائه. وملخّص هذا الإشكال: أنّ التعريف المذكور لا يكون جامعاً للأفراد على تقدير ومانعاً للأغيار على تقدير آخر، فعلى أيّ تقدير يكون تعريف المشهور للمثليّ مخدوشاً.

[٥] ليس المراد من الاطّراد معناه المصطلح الذي هو بمعنى مانع الأغيار،

بناءً على هذا [١] بأنّه إن أُريد [٢] تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوياً حقيقيّاً فقلّما [٣] يتّفق ذلك في النصف الواحد من النوع؛ لأنّ [٤] أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة لتفاوتها بالخصوصيّات الموجبة لزيادة الرغبة ونقصانها، كما لا يخفى.

بل المراد منه الأعمّ من جامع الأفراد ومانع الأغيار، أي يشكل تماميّة التعريف بعدم كونه جامعاً للأفراد وبعدم كونه مانعاً للأغيار، والدليل على ما ذكرنا ذكر كلا الأمرين في توضيح الإشكال على اطّراد التعريف.

[١] أي بناءً على اعتبار تساوي أفراد كلّ صنف من أصناف المثليّ في تعريف المثليّ لا تساوي أفراد جنس الحنطة مثلاً.

[٢] أي إن أُريد في تعريف المشهور للمثليّ بأنّه ما تساوت أجزاؤه تساوى أفراد الصنف الواحد قيمة تساويها بالدقّة العقليّة المعبّر عنه بالتساوي الحقيقيّ بأن لا يكون تفاوت بين الأفراد في القيمة أصلاً.

[٣] جواب للشرط في قوله: «إن أُريد....»، أي قلّما يوجد التساوي الحقيقيّ في أفراد الصنف الواحد من النوع، والمراد بالنوع الحنطة السليمة مثلاً، وصنفها الحنطة البيضاء، فإنّ التساوي الحقيقيّ بين أفراد الحنطة البيضاء قلّما يوجد وذلك لوجود خصوصيّة في فرد من الحنطة البيضاء بسبب الخصوصيّات الموجودة في الأرض الموجودة المؤثّرة في جودة الحنطة الموجبة لزيادة قيمتها لأجل كثرة رغبة الناس إليها، أو في رداءة الحنطة الموجبة لنقصان قيمتها.

[٤] أي إنّما قلّما يوجد التساوي الحقيقيّ في القيمة بين أفراد الصنف الواحد؛ لأنّ أفراد ذلك الصنف الواحد من النوع لا تكون متساوية في القيمة؛ لأنّ لكلّ فرد خصوصيّة يمتاز بها عن فرد آخر من الصنف، وتلك الخصوصيّة موجبة لزيادة

وإن [١] أُريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وإن [٢] لم يتساو حقيقة تحقّق [٣] ذلك في أكثر القيمات، فإنّ لنوع [٤] الجارية أصنافاً

رغبة الناس إلى فرد متّصف بهذه الخصوصيّة الخاصّة، وانعدام تلك الخصوصيّة يوجب عدم رغبة الناس إليها الموجب لنقصان القيمة، وأقلّ تلك الخصوصيّة بيعها جملة وبمقدار كثير وبمقدار قليل كالكيلو ونصفه من الحنطة مثلاً، فإنّ البيع جملة موجب لنقصان القيمة، والبيع بمقدار الكيلو أو أقلّ منه يوجب زيادة القيمة. **والحاصل**: أنّ إرادة التساوي الحقيقيّ من قوله: «المثليّ ما تساوى أفراده» عدم كون التعريف المذكور للمثليّ جامعاً للأفراد؛ إذ التعريف المذكور مستلزم لخروج أكثر المثليّات من تحت هذا التعريف ودخولها تحت عنوان القيميّات.

[١] عدل لقوله: «إن أُريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة» تساوياً حقيقيّاً، وغرضه كان في العدل الأوّل أنّ تعريف المشهور للمثليّ لم يكن جامعاً للأفراد، وغرضه في هذا العدل أنّ التعريف المذكور لا يكون مانعاً للأغيار، أي إن أُريد في تعريف المشهور للمثليّ حيث فسّروه بما تساوى أجزاؤه قيمة من تساوي الأجزاء تقارب قيم الأجزاء بأن يراد من التساوي التساوي المسامحيّ العرفيّ المترادف للتقارب.

[٢] كلمة «إن» وصليّة، أي وإن لم تتساو أجزاء الصنف حقيقة وبالدقّة العقليّة، بأن يكون التساوي مسامحيّاً عند العرف.

[٣] جواب للشرط في قوله: «وإن أُريد تقارب...»، أي إن أُريد من تساوي الأجزاء تقاربها في القيم تحقّق التقارب في القيمة في أكثر القيميّات، فلا يكون هذا التعريف للمثليّ مانعاً للأغيار.

[٤] إشارة إلى عدم كون التعريف المذكور مانعاً للأغيار؛ وذلك لصدق تعريف

متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة ، وبهذا الاعتبار [١] يصحّ [٢] السلم فيها ، ولذا [٣] اختار العلّامة في باب القرض من التذكرة على ما حكي عنه أنّ ما يصحّ فيه السلم من القيميّات مضمون [٤]

المثليّ بالجارية ، وكونها من المثليّات ؛ لكون بعض أفرادها متقاربة في الخصوصيّات الموجبة لتساوي قيمتها ، مع أنّه لا شبهة في عدم كونها من المثليّات ودخولها في القيميّات ، والصواب ـ كما قال الشهيديّ ـ أن يقول الشيخ مكان ، فإنّ لنوع الجارية أصنافاً . . . ، فإنّ لصنف الجارية أفراداً متقاربة في الصفات الموجبة لتقاربها في القيمة .

[١] أي باعتبار وجود صفات متقاربة الأفراد في القيمة .

[٢] أي يصحّ بيع السلم في الجارية ، والسلم عبارة عن إعطاء الثمن عاجلاً وأخذ المثمن آجلاً . وهذا البيع يكون بذكر المزايا والصفات الموجبة لنفي الغرر ، فلو لم تكن أفراد الجارية متقاربة الصفات بحيث لا يصدق عليها أنّها متساوية الأفراد عرفاً لم يكن ذكر صفاتها رافعاً للغرر ولم يصحّ بيع السلم فيها ، فصحّة بيع السلم في الجارية دليل على تقارب الأجزاء في القيمة .

[٣] أي لأجل وجود التقارب الموجب للتساوي العرفيّ للأفراد في القيميّات اختار العلّامة أنّ القيميّات التي يصحّ فيها السلم مضمون في القرض بمثله ، فلو لم يتحقّق التقارب في القيميّات كيف حكم العلّامة بضمان بعضها بالمثل المراد منه الفرد الآخر المماثل للعين المقترضة المتقارب لها في الصفات ، بل لا بدّ من الحكم بضمان القيمة فيها مطلقاً لعدم وجود المثل حينئذٍ .

[٤] خبر لقوله : « إنّ ما يصحّ فيه السلم من القيميّات » .

في القرض بمثله [١].

وقد عدّ الشيخ [٢] في المبسوط الرطب والفواكه من القيميّات مع أنّ كلّ نوع منهما [٣] مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة، بل [٤] متساوية عرفاً، ثمّ لو فرض [٥] أنّ الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع

---

[١] لا بقيمته. **والحاصل**: أنّ ما يصحّ فيه السلم مضمون في القرض بمثله وإن كانت العين المقترضة قيميّة، فلو لم يتحقّق التقارب الموجب للتساوي العرفيّ في القيميّات كيف يحكم بضمان بعض أفرادها بالمثل المراد منه الفرد الآخر المماثل للعين المقترضة المقارب لها في الصفات، بل لا بدّ من الحكم بضمان القيمة فيها مطلقاً لعدم وجود المثل حينئذٍ، فما ذكره العلّامة شاهد على عدم كون التعريف المذكور مانعاً للأغيار لتحقّق التقارب في الصفات في القيميّ أيضاً.

[٢] غرض المصنّف هنا ذكر الشاهد الثاني، فإنّ هذا استشهاد ثانٍ على تحقّق التقارب في الأجزاء قيمة في القيميّات أيضاً.

[٣] أي كلّ نوع من الرطب والفواكه من القيميّات، مع أنّ كلّاً من الرطب والفواكه مشتمل على أفراد متقاربة الأجزاء في القيمة، فلو كان تقارب الأجزاء معياراً للمثليّة فلا بدّ أن يكون الرطب والفواكه من المثليّات، ويكون عدّها من القيميّات كما عدّهما الشيخ الطوسيّ خطأً.

[٤] ترقٍّ من التقارب إلى التساوي العرفيّ، فإنّ التشابه في الخصوصيّات بين الأفراد أقوى من الأوّل في نظر العرف بحيث يرون الأفراد مساوية من حيث الخصوصيّات الشخصيّة وإن كانت متمايزة بالدقّة العقليّة.

[٥] وهو جواب عن إشكال مقدّر، وملخّصه: لا نسلّم بتماميّة النقض الذي ذكر على تعريف المثليّ، وهو أنّ تعريف المثليّ بتقارب أجزاء ذلك الصنف من

القيميّة عزيز[١] في الوجود بخلاف[٢] الأنواع المثليّة لم يوجب[٣]

حيث القيمة ينتقض بأكثر القيميّات لتحقّق التقارب فيه ؛ لأنّ تساوي أفراد صنف من أصناف في القيميّات نادر جدّاً ، فلو سلّمنا دخول بعض القيميّات في تعريف المثليّ لم يقدح ذلك في تماميّة التعريف الذي ذكرناه للمثليّات بأنّه عبارة عن تقارب الأفراد قيمة ، ولا يقال إنّ التعريف المذكور لا يكون مانعاً للأغيار ؛ لأنّ الأغيار النادرة بمنزلة العدم ، كما هو المشهور عندهم بأنّ النادر كالمعدوم .

وملخّص الجواب عنه : أنّه لو سلّمنا أنّ تقارب الأفراد في القيمة في صنف القيميّات نادر ، وفرضنا أنّ الصنف المتقارب الأفراد من حيث القيمة قليل الوجود ، إلّا أنّه لا يصلح أن يكون جواباً عن النقض بالتعريف ، فإنّ الإشكال على اطّراد التعريف بندرة الوجود باق على حاله لدخول هذا الصنف النادر الوجود من القيميّات في تعريف المثليّ ، وهو كافٍ في الإشكال على تعريف المثليّ لبناء التعريفات على شرح الحقيقة لا على الغالب ، فعلم أنّ المراد من التساوي هو التقارب لا معناه الحقيقيّ .

والحاصل : أنّ مجرّد قلّة مورد النقض وندرته لا يوجب سلامة التعريف ، فإنّ إشكال عدم كون التعريف مانعاً للأغيار باقٍ بحاله ؛ إذ يكفي لنقض القاعدة وجود مورد واحد على خلافها ، فضلاً عن عدّة موارد .

[١] خبر لقوله : « إنّ الصنف المتساوي » ، أي لو فرض أن تساوى أفراد صنف القيميّ مثلاً نادر الوجود .

[٢] أي بخلاف المثليّ ، فإن تساوى أفراد صنف المثليّ كثير كتساوي أفراد الحنطة البيضاء مثلاً .

[٣] جواب الشرط في قوله : « ثمّ لو فرض » ، أي لو فرض كون تساوي الأفراد قيمة

ذلك [١] اصطلاح طرد التعريف.

نعم [٢]، يوجب ذلك [٣] الفرق [٤] بين النوعين في حكمة الحكم بضمان المثليّ بالمثل، والقيميّ بالقيمة، ثمّ إنّه عرّف المثليّ بتعاريف أُخر

في القيميّات نادراً لم يوجب إصلاح تعريف المثليّ وكونه مانعاً للأغيار باقٍ بحاله لكفاية نقض واحد على عدم تماميّة التعريف.

[١] أي لم يوجب ندرة وجود ما تساوت أفراده قيمة في القيميّات إصلاح التعريف المذكور للمثليّ وعدم ورود إشكال عدم كونه مطّرداً ومانعاً للأغيار عليه، فإنّ شمول التعريف للمثليّ للقيميّات ولو في مورد واحد يقدح في سلامة تعريف المثليّ.

[٢] استدراك عمّا ذكره من أنّ ندرة وجود الصنف المتساوي الأجزاء من حيث القيمة لم توجب إصلاح تعريف المثليّ وكونه مانعاً للأغيار، **وملخّصه**: أنّ مجرّد قلّة الوجود وإن لم يوجب سلامة التعريف عن النقض المذكور، إلّا أنّه يوجب الفرق بين القيميّ والمثليّ في حكمة الحكم بضمان المثل في المثليّ والحكم بضمان القيمة في القيميّ.

[٣] أي يوجب ندرة وجود تساوي الأفراد قيمة.

[٤] مفعول لقوله: «يوجب»، أي يوجب الفرق بين المثليّ والقيميّ في حكمة الحكم بضمان المثل في المثليّ وبضمان القيمة في القيميّ، وأنّ الحكمة الداعية للحكم بضمان المثل في المثليّات كثرة وجود ما تساوت أفراده في القيمة، والحكمة الداعية للحكم بضمان القيميّ في القيميّات قلّة وجود ما تساوت أفراده، ولا يوجب التمييز في تشخيص مصاديق المثليّ عن مصاديق القيميّ الذي هو المطلوب هنا.

أعمّ من التعريف المتقدّم [١] أو أخصّ ، فعن التحرير أنّه ما تماثلت أجزاؤه وتقاربت صفاته [٢] ، وعن الدروس والروضة البهيّة أنّه المتساوي الأجزاء أو المنفعة المتقارب الصفات [٣]

---

[١] وهو التعريف الذي ذكره المشهور ، أعني به ما تساوت أجزاؤه ، فإنّ التعاريف الأُخرى التي ذكروها في مقابل تعريف المشهور بعضها أعمّ من التعريف المتقدّم للمثليّ ، وبعضها أخصّ منه .

[٢] قال المحقّق المامقانيّ : الظاهر أنّ هذا التعريف أعمّ من التعريف السابق ، وهو تعريف المثليّ بما تساوت أجزاؤه بحسب القيمة ؛ لأنّ تماثل أجزائه وتقارب أوصافه قد يوجدان فيما لا يتساوى أجزاؤه بحسب القيمة ، كما هو المشاهد في النحاس الموجود في الهند والموجود في إيران ، فإنّهما مع اتّفاقهما في المقدار والصفة يختلفان في القيمة ، فلا يستلزم اتّفاقهما في المقدار والصفة تساوي قيمتهما .

[٣] قال المحقّق القمّيّ في مسألة الفضوليّ من أجوبة مسائله بعد ذكر هذا التعريف ما هذا لفظه : ولعلّ المنفعة في كلامه عطف على القيمة المقدّرة ، يعني المتساوي الأجزاء في القيمة والمنفعة ، ويمكن أن يكون نظره في زيادة المنفعة إلى إخراج مثل الحنطة والحمّص معاً إذا تساويا في القيمة ، وقيل النوع الواحد في تعريف المشهور يكفي عن ذلك ، وفي زيادة تقارب الصفات إلى ملاحظة الأصناف ، كما ذكرنا ، انتهى .

وقال المحقّق المامقانيّ : أنّ هذا التعريف أخصّ من التعريف السابق لأنّه اعتبر هنا بعد اعتبار المساواة في القيمة المعتبرة هناك مساواته في المنفعة وتقاربه في الصفات ، ومعلوم أنّه إذا كانت صبرة زيد بحيث يحصل من مقدار منها الخبز أكثر ما يحصل من ذلك المقدار من صبرة عمرو ، ولكن كان خبز

وعن المسالك [١] والكفاية أنّه [٢] أقرب التعريفات إلى السلامة، وعن غاية المراد ما [٣] تساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعيّة، وعن بعض العامّة أنّه [٤] ما قدّر بالكيل أو الوزن، وعن آخر [٥] منهم زيادة جواز بيعه سلماً،

الحنطة الثانية ألذّ من خبز الحنطة الأُولى، فتساويا في القيمة، فمن هذه الجهة صدق التعريف السابق عليهما دون هذا التعريف لعدم اعتبار التساوي في المنفعة هناك على خلاف هذا التعريف، وكذا الحال في تقارب الأوصاف، فإذا فرض أنّ قسمين من النحاس متساويان في أصل الجوهر؛ صنع من أحدهما إبريق ومن الآخر طشت فعلاً، وكان مقدار من الأوّل يساوي مثل ذلك المقدار من الثاني في القيمة صدق عليه التعريف السابق لتساوي الجزأين في القيمة بخلاف التعريف الثاني لعدم تساويهما في الصفات.

[١] أي حكي عن الشهيد الثاني في مسالك الأفهام، وعن المولى محمّد باقر السبزواريّ في كفاية الأحكام.

[٢] أي تعريف صاحب الدروس المثليّ بقوله: ـ إنّه المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات ـ أسلم التعريفات عن الإيرادات.

[٣] أي المثليّ ما تساوت أجزاؤه في القيمة بحسب نوعها لا في الحقيقة الصنفيّة، وهذا التعريف أعمّ من التعريف المتقدم.

[٤] أي أنّ المثليّ ما قدّر بالكيل والوزن كالحنطة مثلاً، سواء تفاوتت أجزاؤه بحسب القيمة أم لا، فهذا التعريف أيضاً أعمّ من التعريف المتقدّم.

[٥] أي حكي عن عدّة أُخرى من العامّة أنّهم زادوا في تعريف المثليّ قيد جواز بيعه سلماً، وقالوا: إنّ المثليّ ما قدّر بالكيل والوزن، وجاز بيعه سلماً، فيكون هذا التعريف للمثليّ أخصّ من تعريفه السابق بمطلق ما يكال ويوزن.

وعن ثالث [١] منهم زيادة جواز بيع بعضه ببعض، إلى غير ذلك [٢] ممّا حكاه في التذكرة عن العامّة.

ثمّ لا يخفى أنّه ليس للفظ المثليّ حقيقة شرعيّة [٣] ولا متشرّعيّة [٤]، وليس المراد [٥] معناه اللغويّ؛ إذ المراد بالمثل لغة المماثل [٦]، فإن أُريد [٧] من جميع الجهات فغير منعكس [٨]، وإن أُريد من بعض [٩] فغير

---

[١] أي حكي عن طائفة ثالثة من العامّة أنّهم زادوا في تعريف المثليّ قيد جواز بيع بعضه ببعض، وقالوا: إنّ المثليّ ما قدرّ بالكيل والوزن، وجاز السلم فيه، وجاز بيع بعضه ببعض، كجواز بيع الحنطة بمثلها كيلاً أو وزناً، فيكون التعريف المذكور أخصّ من سابقه.

[٢] أي إلى غير التعاريف المذكورة من التعريفات التي حكاها العلّامة للمثليّ في التذكرة عن العامّة.

[٣] أي أنّ الشارع لم يضع المثليّ لمعنى خاصّ.

[٤] أي لم يضع المتشرّعة لفظ المثليّ لمعنى خاصّ ولم ينقلوه من المعنى اللغوي إلى المعنى المتشرّعي، كما أنّهم نقلوا لفظ الصلاة من الدعاء إلى الأركان المخصوصة.

[٥] أي ليس المراد من المثليّ معناه اللغويّ.

[٦] وليس هذا المعنى مراد الفقهاء من المثليّ.

[٧] أي إن أُريد من المثليّ أن يكون الأفراد متماثلة من جميع الجهات.

[٨] أي لا يكون التعريف المذكور للمثليّ جامعاً للأفراد، فإنّ الحنطة مثلاً تعدّ من المثليّات عند الفقهاء، مع أنّ أفرادها ليست متماثلة من جميع الجهات.

[٩] أي إن أُريد التماثل من بعض الجهات فالتعريف المذكور للمثليّ لا يكون مانعاً

مطّرد، وليس في النصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان [١] حتّى يبحث عنه [٢]. نعم، وقع هذا العنوان [٣] في معقد إجماعهم على أنّ المثليّ يضمن بالمثل، وغيره [٤] بالقيمة.

ومن المعلوم [٥]

للأغيار، فإنّ الجارية قيميّة عندهم مع أنّ بعض أفرادها مماثل للبعض الآخر عرفاً.

[١] أي بعنوان المثليّ، أي لم يرد عنوان المثليّ موضوعاً لحكم في آية ولا رواية كي يبحث عنه تارة من حيث الشرح والتفسير، بل ذكره الفقهاء لتعيين ما وجب على الضامن حين الأداء.

[٢] أي يبحث عن مفهوم عنوان المثليّ من حيث السعة والضيق.

[٣] أي وقع عنوان المثليّ في معقد إجماع الفقهاء، حيث أجمعوا على أنّ المثليّ يضمن بالمثل والقيميّ بالقيمة.

[٤] أي أجمعوا على أنّ غير المثليّ يضمن بالقيمة.

[٥] وهو جواب عن إشكال مقدّر، وحاصل الإشكال هو: أنّ المثليّ وإن لم يكن معنوناً في النصوص وليس في النصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان، إلّا أنّ وقوعه معقداً للإجماع يكفي في لزوم البحث عنه، وملخّص الجواب عنه: أنّ وقوعه معقد الإجماع بمنزلة وقوعه موضوعاً لحكم في لسان النصوص إنّما يفي لو كان كلّ من المجمعين قد أراد من المثل في قوله: «المثليّ يضمن بالمثل» ما له من المعنى الواقعيّ الواحد؛ إذ حينئذٍ يتحقّق إجماع منهم على ترتّب الحكم على هذا اللفظ بما له من المعنى الواحد، أيّ معنى كان هو، سواء كان هذا المعنى الذي يقول به بعض المجمعين أو ذلك المعنى الآخر الذي يقول به البعض الآخر، بحيث يكون الاختلاف بينهم من باب الخطأ في

أنّه لا يجوز الاتّكال [١] في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقين، وحينئذٍ [٢] فينبغي أن يقال: كلّما كان مثليّاً باتّفاق المجمعين فلا إشكال في ضمانه بالمثل للإجماع [٣]، ويبقى ما كان مختلفاً

التطبيق، فيجب البحث عن معنى هذا اللفظ وتعيينه بالقواعد المقرّرة له من الرجوع إلى العرف مثلاً، لكنّه غير معلوم؛ لاحتمال أن يريد منه كلّ منهم في قوله ما يراه معنى له بحيث لو فرض أنّ معناه غير ما تخيّله لم يقل به، وعلى هذا لا ثمرة تترتّب على البحث عن معناه لانحصارها في تطبيق هذا المعنى المبحوث عنه على الأموال الخارجيّة كي يحكم بوجوب المثل، فما كان منها بعنوانه مجمعاً على مثليّته كالصنف الخاصّ من الحنطة مثلاً، فنفس الإجماع المذكور مغنٍ عن البحث عنه، وما كان مختلفاً في مثليّته وقيميته كالرطب مثلاً فلا يفيد فيه انطباق المعنى المبحوث عنه عليه وعدمه في مقام الحكم بوجوب المثل وعدمه، إلّا بعد كون اللفظ بذاك المعنى موضوعاً للحكم في معقد الإجماع، والمفروض عدمه، وإنّما هو موضوع له في خصوص قول بعض المجمعين، فيكون هذا اتّكالاً على قول بعض المجمعين في بيان المراد، والمعنى من اللفظ الواقع في معقد اتّفاقهم مع مخالفة الباقين، وأنّ مراد الكلّ من لفظ المثليّ هذا هو الذي فهمه بعض المجمعين وطبّقه على الرطب مثلاً.

[١] أي لا يجوز الاعتماد على قول بعض المجمعين في أنّ أي شيء مثليّ وأي شيء قيميّ.

[٢] أي حينما ثبت عدم ورود المثليّ في لسان آية ولا رواية، ولا يكون معقد إجماع بعد كون مفهومه محلّ خلاف بين الفقهاء.

[٣] ولكنّ الإجماع يثبت حكماً شرعيّاً، وأمّا مفهوم العرفيّ للمثليّ فهو لا يمكن

فيه بينهم [١]، كالذهب والفضّة غير المسكوكين، فإنّ صريح الشيخ في المبسوط كونهما [٢] من القيميّات، وظاهر غيره [٣] كونهما مثليّين، وكذا الحديد والنحاس والرصاص [٤]، فإنّ ظواهر عبائر المبسوط والغنية والسرائر كونها [٥] قيميّة، وعبارة التحرير صريحة في كون أُصولها [٦] مثليّة وإن كان المصوغ [٧] منها قيميّاً، وقد صرّح الشيخ في المبسوط بكون الرطب والعنب قيميّاً، والتمر والزبيب مثليّاً، وقال في محكيّ المختلف: أنّ في الفرق [٨] إشكالاً، بل صرّح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب والعنب مثليّين، وقد حكي عن موضع من جامع المقاصد أنّ الثوب مثليّ،

إثباته بالإجماع.

[١] فلا بدّ أن يراجع فيما إذا اختلف في شيء مثليّ أو قيميّ إلى الأصل العمليّ، والتأمّل في أنّ مقتضاه المثليّة أو القيميّة.

[٢] أي كون الفضّة والذهب.

[٣] أي ظاهر غير الشيخ، كابن إدريس والمحقّق والعلّامة وفخر الدين والشهيد والمحقّق الثاني، كون الذهب والفضّة مثليّين.

[٤] حيث إنّها أيضاً ممّا اختلفوا في كونها مثليّةً أو قيميّةً.

[٥] أي كون الحديد والنحاس والرصاص.

[٦] أي في كون أُصول الحديد والنحاس والرصاص، يعني قبل أن يصوغ منها الأواني وغيرها مثليّة.

[٧] أي وإن كانت الأواني وغيرها المصوغة من الحديد والنحاس والرصاص قيميّة.

[٨] أي أنّ الفرق بين الرطب والتمر وبين العنب والزبيب بالقول بكون الرطب

والمشهور خلافه [١]، وأيضاً [٢] فقد مثّلوا للمثليّ بالحنطة والشعير، ولم يعلم أنّ المراد نوعهما أو كلّ صنف، وما المعيار [٣] في الصنف، وكذا [٤] التمر.

والحاصل: أنّ موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليّة فيها [٥] كثيرة، فلا بدّ من ملاحظة أنّ الأصل الذي يرجع إليه عند الشكّ هو الضمان

قيميّاً والتمر مثليّاً، وبكون العنب قيميّاً والزبيب مثليّاً، إشكالاً.

[١] أي ذهب المشهور إلى خلاف كون الثوب مثليّاً، حيث إنّ الثوب عندهم قيميّ.

[٢] أي كما أنّهم اختلفوا في موارد في أنّها هل هي من القيميّات أو من المثليّات، كذلك اختلفوا بعد اتّفاقهم في كون الحنطة والشعير مثليّين بأنّ المعيار في المثليّ تساوي الأفراد بحسب النوع أو بحسب الصنف.

[٣] أي لم يعلم المعيار في تمييز الحنطة بأنّها من أيّ صنف هل المعيار في صنف البلد أو اللون أو الطعم.

[٤] يعني أنّ المشهور مثّلوا للمثليّ بالتمر، ولم يعلم أنّ المراد نوعه أوكلّ صنف، وكيفما كان لا يهمّنا التعرّض للتعاريف المذكورة للمثليّ والقيميّ، وكذا التعرّض للمناقشات الواردة عليها، وبيان صحيحها عن سقيمها؛ لأنّهما لم يردا في آية ولا رواية، ولم ينعقد عليهما إجماع، وعلى تقدير انعقاده ليس حقيقة المثليّ والقيمي حكماً شرعيّاً كي يكون الإجماع كاشفاً عنه.

[٥] أي في موارد، وقوله: «كثيرة» خبر لقوله: «موارد»، **وملخّص الكلام**: عدّة موارد هي معقد الإجماع على كونها مثليّةً، فيترتّب عليها حكم المثليّات، ولكنّ موارد كثيرة كونها من المثليّات محلّ خلاف بين الفقهاء، فلا يعلم

بالمثل [١].

وجب أداء مثلها أو قيمتها، فلا بدّ في هذه الموارد أن يرجع إلى الأصل العمليّ الذي يكون مبيّناً للوظيفة العمليّة للشاكّ. إلى هنا كان المصنّف في مقام بيان الجهة الأُولى من البحث، وهو تعريف المثليّ والقيميّ، وقد عرفت أنّ هذا التعريف لا موضوع له، ومن هنا شرع في مقام بيان الجهة الثالثة من البحث، وهو بيان حكم الشكّ في كون التالف مثليّاً أو قيميّاً، وما هو المرجع عند الشكّ، وما هو مقتضاه.

[١] **بتقريب:** أنّ الواجب على الضامن ابتداء إنّما هو أداء المثل حتّى في القيميّات، وأمّا أداء القيمة في القيميّات فإنّما هو من باب الإرفاق للضامن؛ إذ ربّما لا يوجد مثلاً للقيميّات في الخارج، وكان تحصيل المثليّ حرجيّاً، ربما يقال: إذا ثبت هذا الوجه يكون مثبتاً لضمان المثل ولا يحتاج إلى التمسّك بالأصل.

ولكنّه يقال: إنّ تماميّة الوجه المذكور لا تمنع من التمسّك بالأصل، بل يكون متمّماً لتقريبه، حيث يقال: إنّ فراغ الذمّة بأداء المثل يقينيّ، وفراغها بأداء القيمة مشكوك، فلا بدّ من الأخذ بما احتمل تعيّنه بمقتضى قاعدة الاشتغال فيما إذا دار الأمر بين التعيين والتخيير.

وفيه: أوّلاً: أنّ لزوم أداء المثليّ في القيميّات ليس من المسلّمات، ولقائل أن يقول بأنّ الواجب على الضامن ابتداءً إنّما هو أداء القيمة في القيميّات، فلا يكون جواز أداء القيمة من باب الإرفاق. أضف إليه أنّ النسبة بين المثل والقيمة هو التباين، فلا يكون الأمر دائراً بين التعيين والتخيير. إذن فمقتضى الأصل هو الاحتياط. **وثانياً:** لو سلّمنا أنّ المسألة هذه دخلت في دوران الأمر بين التعيين والتخيير إلّا أنّا قد حقّقنا في الأُصول أنّ الأصل فيه هو التخيير لا التعيين، فلاحظ.

أو بالقيمة [١]، أو تخيير [٢] المالك، أو [٣] الضمان بين المثل والقيمة،

---

[١] أي لا بدّ من ملاحظة أنّ الأصل الذي يرجع إليه عند الشكّ هو الضمان بالقيمة. **بتقريب:** أنّ المقام من قبيل دوران الأمر بين الأقلّ والأكثر؛ إذ المراد بضمان القيمة هو ضمان الماليّة المشتركة بين جميع الأموال، فوجوب أداء الماليّة متيقّن، وأمّا وجوب رعاية أمر زائد عليها، وهي أداء ما هو مماثل للتالف، فهو أمر مشكوك، فيدفع بالبراءة. قال المحقّق الأصفهانيّ: أنّ تفسير القيمة بالماليّة السارية في كلّ مال لادليل عليه، فلامجال لأن يقال: إنّ وجوب أداء الماليّة متيقّن، ويشكّ في وجوب رعاية أمر زائد عليه، بل القيمة هي الماليّة المحضة التي لامطابق لها إلّا الماليّة القائمة بالدينار والدرهم وأشباههما ممّا يتمحّض بالماليّة، فالتفاوت بين المثل والقيمة كالتفاوت بين الماهيّة بشرط شيء والماهيّة بشرط لا، وهما متبائنان، والأصل فيهما الاحتياط.

[٢] أي لا بدّ من ملاحظة أنّ الأصل الذي يرجع إليه عند الشكّ هل مقتضاه تخيير المالك بين أن يأخذ المثل أو القيمة أو تخيير الضامن بين أن يعطي المثل أو القيمة، أمّا أنّ مقتضى الأصل عند الشكّ في كون المضمون مثليّاً أو قيميّاً تخيير المالك بين أن يأخذ المثل أو القيمة، فلأنّ مقتضاه عدم فراغ ذمّة الضامن عمّا اشتغلت به إلّا بأداء ما يختاره المالك؛ إذ أنّ ما اختاره المكلّف إن كان هو البدل الواقعيّ فكونه مسقطاً للذمّة واضح، وإن لم يكن هو البدل الواقعيّ فأيضاً مسقط للذمّة لكونه بدل البدل الواقعيّ، والمالك رضي به، فما اختاره المكلّف مبرء للذمّة قطعاً دون غيره.

[٣] أي أو تخيير الضامن بين أن يعطي المثل أو القيمة. **بتقريب:** أنّ الضامن يعلم إجمالاً باشتغال ذمّته بأحد الأمرين: إمّا المثل أو القيمة، ومقتضى العلم الإجماليّ المذكور تحصيل القطع بفراغ ذمّته عمّا اشتغلت به، وحيث إنّ

ولا يبعد أن يقال إنّ الأصل هو تخيير الضامن لأصالة براءة ذمّته.

ولا يبعد أن يقال [١] إنّ الأصل هو تخيير الضامن لأصالة [٢] براءة ذمّته

المورد من قبيل دوران الأمر بين المتباينين فيجب الجمع بين المثل والقيمة، ولكن حيث إنّ مقتضى الإجماع عدم وجوب دفعهما معاً، وعدم وجوب رفع المالك يده عنهما، فيكون دليلاً على عدم وجوب تحصيل البراءة اليقينيّة التي لا تحصل إلّا بدفعهما معاً، وبعد قيام الإجماع على عدم وجوب دفعهما معاً، وحصول العلم الإجماليّ باشتغال ذمّته بأحد الأمرين يحكم العقل بالتخيير بين أداء المثل أو القيمة.

[١] لمّا ذكر شيخنا الأنصاريّ ﷺ أنّ في تردّد المضمون بين المثليّ والقيميّ وجوهاً أربعة:

الوجه الأوّل: الضمان بالمثل تعييناً.

الوجه الثاني: الضمان بالقيمة تعييناً.

الوجه الثالث: تخيير الضامن بين المثل والقيمة.

الوجه الرابع: تخيير المالك بين المثل والقيمة. قد اضطربت كلماته في بيان المختار منها، حيث رجّح أوّلاً تخيير الضامن بين دفع المثل والقيمة بقوله: «ولا يبعد أن يقال إنّ الأصل هو تخيير الضامن»، ثمّ رجّح تخيير المالك بدعوى أنّ تخيير الضامن مخالفٌ للإجماع، ثمّ قوّى تخيير المالك من أوّل الأمر، ثمّ عاد إلى تقوية تخيير الضامن، ثمّ اختار في آخر كلامه أنّ مقتضى أدلّة الضمان ثبوت المثل في العهدة لكونه أقرب إلى التالف.

[٢] أي إنّما قلنا إنّ مقتضى الأصل تخيير الضامن بين أداء المثل والقيمة لأجل أصالة براءة ذمّة الضامن عن الزائد عن التخيير الثابت في حقّه بالإجماع، فإذا أعمل الضامن حقّه الثابت بالإجماع، وهو التخيير بين أداء المثل والقيمة،

عمّا زاد على ما يختاره ،فإنّ فرض إجماع على خلافه [١]،

فإن اختار أن يعطي المثل وأراد المالك أن يأخذ القيمة ، فيشكّ في أنّه هل يجب على الضامن أن يدفع ما أراده المالك أم لا ، فمقتضى الأصل براءة ذمّة الضامن عن الزائد عمّا اختاره الضامن ، فإنّ إجراء الأصل المذكور يعيّن وظيفة الضامن لأنّه مكلّف بتفريغ ذمّته عمّا اشتغلت به في كلّ مورد ، والمقدار الذي اشتغلت ذمّة الضامن به يقيناً التخيير بين أداء المثل والقيمة ، والتعيين مشكوك ينفى بأصالة البراءة .

وبعبارة واضحة : أنّ الطرف الذي لا يريد الضامن دفعه لا قصور في جريان الأصل فيه لوجود المقتضي لجريانه ، وهو الشكّ ، وهذا واضح ، وعدم المانع لأنّه لو كان إنّما هو اعتبار رضا المالك في ارتفاع الضمان بما يدفعه الضامن ، وهو إمّا غير معتبر ؛ إذ ليس له إلّا قبول ما يجب على الضامن دفعه شرعاً وإن كان غير ما يرضى به المالك أو مشكوك الاعتبار فيؤخذ بالمقتضي مع الشكّ في وجود المانع ، فتجري أصالة البراءة عن أداء ما أراده المالك ، ومعه يتعيّن الواجب على الضامن ، فلا يبقى مورد لتخيير للمالك ؛ لأنّ التخيير يكون في صورة التردّد ولا تردّد مع إجراء أصل البراءة عمّا لا يختاره الضامن .

[١] أي على خلاف تخيير الضامن . من هنا شرع المصنّف ﷺ في بيان ترجيح تخيير المالك بين مطالبة المثل أو القيمة ، وقال : فإن فرض إجماع على عدم جواز تخيير الضامن لا يبقى موضوع لإجراء أصالة البراءة عمّا لا يختاره الضامن ، بل المالك له أن يجريها ؛ لأنّ الإجماع يرفع موضوع الأصل المذكور ، وانقلب هذا الأصل إلى الطرف الآخر ، وهو إجراء أصالة البراءة عمّا يختار الضامن للدفع ولا يرضى به المالك ، ومرجعه إلى أصالة عدم براءة ذمّة

فالأصل [١] تخيير المالك لأصالة [٢] عدم براءة ذمّته [٣] بدفع ما لا يرضى به المالك.

الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك، وهو عبارة أُخرى عن قاعدة الاشتغال.

وملخّص كلامه: أنّه بعد قيام الإجماع على عدم جواز إجراء الضامن أصالة البراءة عن خصوص غير ما اختاره لا يتعيّن الواجب عليه، فيقع الشكّ في ارتفاع الضمان بما لا يرضى به المالك، فيرجع إلى قاعدة الاشتغال، ومقتضاها بضميمة عدم وجوب الاحتياط وجواز إجراء أصل البراءة عن أحد طرفي العلم الإجماليّ في الماليّات لإجماع أو لغيره، تعيّن ما يرضى به المالك، وهذا هو تخيير المالك.

[١] تفريع على فرض الإجماع على عدم تخيير المالك، يعني تخيير الضامن مقدّم رتبة على تخيير المالك، فإذا لم يجز تخيير الضامن يصل المجال إلى تخيير المالك.

[٢] أي إنّما قلنا بتخيير المالك بين مطالبة المثل والقيمة؛ إذ لو دفع الضامن ما لا يرضى به المالك فنشكّ في براءة ذمّته بدفع ما لم يرض به المالك ولم يختره، فمقتضى الاستصحاب عدم براءة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك.

إذن فيتعيّن على الضامن دفع ما اختاره المالك؛ إذ مع عدم اختياره المثل مثلاً أو القيمة وعدم رضائه به نشكّ في أنّ حقّه وصل إليه أم لا، فمقتضى الاستصحاب عدمه.

[٣] أي لاستصحاب عدم براءة ذمّة الضامن بسبب دفع ما لا يرضى به المالك، كدفع المثل الذي لا يرضى به المالك؛ لأنّ المفروض أنّ مال المالك استقرّ في ذمّة الضامن، فما دام لم يرض بشيء من المثل أو القيمة ولم يختره لم يصل ماله إليه من الضامن، فلا يكون ما أدّاه الضامن مفرغاً لذمّته.

مضافاً [١] إلى عموم «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ»، فإنّ

إن قلت: لماذا جعل المصنّف تخيير المالك في طول تخيير الضامن، والحال أنّه في عرضه؛ إذ الأمر يدور بين أن يجعل مجرى البراءة هو غير ما اختاره الضامن حتّى يكون التخيير للضامن أو غير ما اختاره المالك ورضي به حتّى يكون التخيير للمالك.

قلت: إنّ الأصل الجاري لإثبات تخيير الضامن أصل حاكم على الأصل الجاري لإثبات تخيير المالك، فإنّ جريان أصالة عدم البراءة عن الضمان بدفع ما لا يرضى به المالك المقتضي لتخييره موقوف على قيام الدليل على عدم جريان الأصل الحاكم عليها، وهو أصالة البراءة عمّا لا يختاره الضامن.

وتوضيحه: أنّ الأصل المثبت لتخيير المالك إنّما هو في صورة التردّد، ولا تردّد مع أصالة البراءة عمّا لا يختاره الضامن، فبعد إجراء الضامن أصالة البراءة عن خصوص غير ما اختاره يتعيّن عليه الضمان، فلا يبقى له شكّ في ارتفاع الضمان بأداء ما اختاره، ومعه لا مجال لتخيير المالك؛ إذ هو متوقّف على الشكّ في ارتفاع الضمان عن ذمّة الضامن، ومع جريان أصالة البراءة يتعيّن الواجب فيرتفع الاشتغال، وأمّا لو قام إجماع على عدم جريان أصالة البراءة عن خصوص غير ما اختاره الضامن فيقع الشكّ في ارتفاع الضمان بما لا يرضى به المالك، فيرجع إلى قاعدة الاشتغال، ومقتضاها الاحتياط، ولكن بعد ما قام الإجماع على عدم وجوبه على المالك فيتخيّر بين أن يأخذ المثل أو القيمة.

[١] أي يدلّ على تخيير المالك بين مطالبة المثل أو القيمة، مضافاً إلى أصالة عدم براءة ذمّة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك التي هي أصل عمليّ، دليل آخر الذي هو الأصل لفظي، وهو عموم قوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ**

مقتضاه [١] عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين خرج [٢] ما إذا رضى المالك بشيء آخر، والأقوى [٣] تخيير المالك من أوّل الأمر لأصالة [٤]

تُؤَدِّيَ»، فإنّ عموم على اليد أيضاً يدلّ على تخيير المالك بين مطالبة المثل أو القيمة. وإن شئت فقل: إنّ مقتضى عموم على اليد بلحاظ الغاية عدم ارتفاع الضمان عن ذمّة الضامن بأداء أيّ شيء إلّا بأداء العين المأخوذة من المالك، إلّا أنّه خرج من العموم المذكور ما إذا رضي المالك بشيء آخر من المثل أو القيمة وبقى ما لم يرض به في عموم على اليد.

إذن فالمعيار في الضمان رضا المالك به واختياره، فاختيار الضمان بيد المالك، وهو معنى الضمان.

أقول: إنّ غاية ما يستفاد من عموم الحديث ضمان العين، وأمّا أنّ أداء العين عند تلفها بماذا يتحقّق، فلا دلالة للحديث عليه.

[١] أي مقتضى عموم على اليد عدم ارتفاع الضمان إلّا بأداء العين التي أخذها الضامن.

[٢] أي خرج من عموم على اليد ما رضى المالك به من المثل أو القيمة وبقى ما لم يرض به المالك ولم يختره في عموم على اليد المقتضي للضمان.

[٣] هذا رجوع عمّا ذكره سابقاً، حيث رجّح أوّلاً تخيير الضامن بين دفع المثل والقيمة، ثمّ رجّح تخيير المالك بينهما لو كان تخيير الضامن مخالفاً للإجماع. وهنا قوّى تخيير المالك من أوّل الأمر، أي مع قطع النظر عن الإجماع على عدم تخيير الضامن.

[٤] أي إنّ ما قلنا بتخيير المالك إنّما هو لأجل قاعدة الاشتغال؛ إذ المفروض أنّ ذمّة الضامن مشغولة، فيجب عليه إفراغ ذمّته عمّا اشتغلت به بأداء ما يختاره

الاشتغال [١]، والتمسّك بأصالة البراءة لا يخلو من منع [٢].

المالك؛ إذ يشكّ في فراغ ذمّته بدفع ما لا يختاره المالك ولا يرضى به، وإنّما يقطع بفراغ ذمّته بدفع ما يرضى به المالك ويختاره، سواء اختار المثل أو القيمة، فالأمر بيد المالك، فهو مخيّر في تعيين وجوب المثل أو القيمة، بمعنى أنّ إيجاد الموضوع يكون باختياره.

[١] حيث إنّ مقتضاها وإن كان وجوب أداء المثل والقيمة معاً، ولكن نعلم من الخارج عدم وجوب الجمع بينهما، فيتخيّر المالك في تعيين المدفوع، إمّا المثل أو القيمة.

[٢] جواب عن إشكال مقدّر، وملخّصه: أنّ المورد من موارد الشكّ في ثبوت التكليف، فيكون مجرى لأصالة البراءة؛ لأنّ الضامن يُجري أصالة براءة ذمّته عمّا اختاره المكلّف، فيكون هو مخيّراً في تعيين ما اشتغلت ذمّته به، وبعبارة أُخرى: أنّ وجوب أداء خصوص ما اختاره المالك تكليف زائد على الضامن، فينفى بالبراءة، وملخّص الجواب عنه: أنّ جريان أصالة البراءة في المقام ممنوع، وذلك لوجوه:

الوجه الأوّل: أنّ المقام ليس من قبيل الأقلّ والأكثر كي يكون مجرى للبراءة؛ لأنّ النسبة بين القيميّ والمثليّ التباين، والمرجع فيه قاعدة الاشتغال؛ إذ المفروض حصول العلم باشتغال ذمّة الضامن، وإنّما نشكّ في أنّها اشتغلت بالمثل أو القيمة، فاللازم إفراغ ذمّته عن هذا التكليف المعلوم، ولا يتحقّق الإفراغ القطعيّ عمّا اشتغلت ذمّته به إلّا بإعطاء ما يختاره المالك.

الوجه الثاني: أنّه لعلّ مبنى الشيخ في دوران الأمر بين التعيين والتخيير أصالة البراءة عن التعيين، كما هو مختارنا.

نعم [١]، يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال [٢] والإجماع [٣] على عدم تخيير المالك بالتخيير [٤] في الأداء

الوجه الثالث: أنّ الوجه في منع جريان أصالة البراءة في كلام الشيخ هو أنّ التمسّك بها ـ لإثبات ما وجب على الضامن تعيينه ـ تمسّك بالأصل المثبت؛ إذ جريان أصالة البراءة عمّا في ذمّة الضامن لا يثبت تخيير المالك إلّا على القول بالأصل المثبت.

[١] استدراك عمّا ذكره من قوله: «والأقوى تخيير المالك من أوّل الأمر»، وخلاصته: أنّه يمكن القول بالتخيير عقلاً بمناط دوران الأمر بين المحذورين لا التخيير الشرعيّ المتقدّم سابقاً، وهذا إشارة إلى نظره الثالث في المسألة.

[٢] أي بعد عدم قيام الدليل على تماميّة شيء من الأقوال الثلاثة المتقدّمة: أحدها: الضمان بالمثل تعييناً. ثانيها: الضمان بالقيمة تعييناً. ثالثها: تخيير الضامن بين أداء المثل والقيمة.

[٣] أي بعد قيام الإجماع على عدم تخيير المالك بين أداء المثل والقيمة، ويظهر من هذه العبارة أنّ المراد من أحد الأقوال ثلاثة منها، وأمّا القول الرابع فقام الدليل على تماميّته، فالمقتضي للقول بتخيير المالك موجود، إلّا أنّه قام الإجماع على عدم تخيير المالك، وبالنتيجة لا تكون الأقوال الأربعة المتقدّمة تامّة، ثلاثة منها لقصور المقتضي فيها، وواحد منها لوجود المانع من الأخذ به، وهو القول الرابع.

[٤] الجار متعلّق بقوله: «أن يقال»، أي يمكن أن يقال بتخيير الضامن بعد قيام الإجماع على بطلان تخيير المالك فهو مخيّر في مقام الأداء بين أداء المثل والقيمة، والتخيير في المقام يكون عقليّاً لأنّه يكون تخييراً في مقام دوران الأمر بين المحذورين، وبهذا الذي ذكرناه يندفع ما ربّما يقال بأنّ القول بتخيير

من [١] جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعني [٢] بين تعيّن المثل بحيث [٣] لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا [٤] للضامن الامتناع وبين تعيّن [٥] القيمة كذلك [٦]،

الضامن قد تقدّم، وذكره هنا إعادة للأمر السابق، ووجه الاندفاع هو أنّه فرق بينهما من حيث المدرك؛ إذ المدرك للتخيير هنا الاضطرار، وفي السابق أصل البراءة، وأيضاً التخيير هنا عقليّ، وهناك شرعيّ، والمذكور في بعض النسخ التخيير مكان بالتخيير، ولذا قال الشرّاح أنّه نائب فاعل لقوله: «يقال»، وكيف ما كان فالأمر سهل.

[١] كلمة «من» نشويّة، أي التخيير العقليّ للضامن منشأه كون المقام من موارد دوران ا لأمر بين المحذورين، وتعيّن أحد الأمرين واقعاً من المثل والقيمة اللذين تكون النسبة بينهما التباين.

[٢] تفسير للمحذورين اللذين يكون دوران الأمر بينهما التباين: **أحدهما**: تعيّن الضمان بالمثل. وثانيهما: تعيّنه بالقيمة، فتكون النسبة بينهما التباين لا الأقلّ والأكثر، فبعد ما ثبت أنّه ضامن لأحد الضدّين بحيث لا يمكن الجمع بينهما ولا يجوز تركهما، فالعقل يحكم بلزوم أداء أحدهما، إمّا المثل أو القيمة تخييراً.

[٣] بيان لمعنى تعيّن المثل، أي معنى تعيّن المثل أنّه يجب على المالك أن يطلب العين تعييناً، ولا يجوز له مطالبة القيمة ممّن تلف المال عنده.

[٤] أي معنى تعيّن المثل أنّه لا يجوز للضامن الامتناع عن بذل المثل.

[٥] أي معنى دوران الأمر بين المحذورين دوران الأمر بين تعيّن المثل وبين تعيّن القيمة.

[٦] أي بحيث لا يكون للمالك مطالبة المثل ولا للضامن الامتناع عن إعطاء

فلا متيقّن في البين [١]، ولا يمكن البراءة اليقينيّة عند التشاحّ [٢]، فهو [٣] من باب تخيير

القيمة.

[١] أي لا يوجد القدر المتيقّن بين المثليّ والقيميّ كي يؤخذ بالقدر المتيقّن الذي هو الأقلّ، وتجري أصالة البراءة في الزائد الذي هو الأكثر، بل هما متبائنان، فيكون المقام من قبيل دوران الأمر بين المحذورين، فيحكم فيه بالتخيير العقليّ.

إن قلت: إنّ المقام أجنبيّ عن دوران الأمر بين المحذورين فلا يحكم العقل في المقام بالتخيير؛ لأنّ حكمه بالتخيير إنّما يكون في أمرين لا يمكن فعلهما ولا تركهما، وليس المقام كذلك لإمكان تحصيل اليقين بالبراءة بدفع المثل والقيمة إلى المالك ليأخذ المالك ما شاء منهما وإن لم يخرجا عن ملكه بمجرّد الدفع، ومع إمكان تحصيل اليقين بالبراءة بهذا النحو لا تصل النوبة إلى القرعة.

قلت: إنّ ما ذكره يرجع إلى الاحتياط، وهو ليس بمشروع في بعض الموارد أو غير ممكن، فيرجع الأمر إلى أحد الأمرين.

والجواب الثاني موجود في المتن، فلاحظ.

[٢] أي عند التنازع بين المالك والضامن في المثل أو القيمة، بأن قال المالك مثلاً للضامن: يجب عليك أداء المثل، وأنكره الضامن، وإنّما اعترف بضمان القيمة، فلا يجوز للضامن إجراء أصالة البراءة عن المثل لو اختاره المالك.

[٣] أي تخيير الضامن بين المثل والقيمة يكون من قبيل تخيير المجتهد في الفتوى فيما دار الأمر بين المحذورين، فكما أنّ المجتهد فيما إذا قام خبر على وجوب شيء وقام خبر آخر على حرمته يكون مخيّراً في الإفتاء بالوجوب أو

المجتهد في الفتوى، فتأمّل [١].

هذا، ولكن [٢] يمكن أن يقال: إنّ القاعدة المستفادة من إطلاقات [٣] الضمان في المغصوبات والأمانات [٤] المفرّط فيها

الحرمة، كذلك في المقام يكون الضامن مخيّراً بين أداء المثل والقيمة.

[١] لعلّه إشارة إلى ضعف القول بتخيير الضامن، ولا وجه لقياس التخيير في المقام بالتخيير في الفتوى. أضف إليه أنّ التخيير في الفتوى في المتعارضين أيضاً مورد نقاش.

[٢] أي ما ذكرنا من الاحتمالات، وهي تخيير الضامن شرعاً أو تخيير المالك شرعاً، أو تخيير الضامن عقلاً، إنّما يكون مبنيّاً على ما إذا لم يكن في المسألة دليل لفظيّ من إطلاق أو عموم يزيل الشكّ فيصل المجال إلى التخيير، ولكن يمكن أن يقال بوجوده في المقام بأن يستفاد حكم المسألة من الدليل الاجتهاديّ في المقام، أعني به إطلاق أخبار الضمان بالإطلاق المقاميّ.

وملخّصه: أنّ مقتضى الأصل العمليّ وإن كان تخيير الضامن أو تخيير المالك بين المثل والقيمة، إلّا أنّ مقتضى إطلاقات أخبار الضمان ثبوت المثل في ذمّة الضامن تعييناً لكونه أقرب إلى التالف.

[٣] أي من إطلاقات الأخبار الدالّة على ضمان الغاصبين للأموال المغصوبة، وهي كثيرة، ونحن نذكر واحداً منها من باب التيمّن، وهي قوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ**»[(١)]، فإنّ المتفاهم العرفيّ منه الضمان بالمثل، وهذه الرواية مختصّة بباب الغصب بناءً على اختصاص اليد باليد العدوانيّة.

[٤] أي أنّ القاعدة المستفادة من إطلاقات الأخبار الواردة في ضمان الأمانات التي

---

(١) عوالي اللئالي: ١: ٢٢٤.

وغير ذلك [١] هو الضمان [٢] بالمثل ؛ لأنّه [٣] أقرب إلى التالف من حيث الماليّة [٤] والصفات ،

تلفت بيد الأمين بسبب تفريطه في حفظها ، وعدم اهتمامه بها ، ونحن نذكر أيضاً واحداً منها ، وهي معتبرة زرارة وأبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام : **«قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِي رَجُلٍ كَانَ لَهُ غُلَامٌ فَاسْتَأْجَرَهُ مِنْهُ صَانِعٌ أَوْ غَيْرُهُ، قَالَ: إِنْ كَانَ ضَيَّعَ شَيْئاً أَوْ أَبَقَ مِنْهُ فَمَوَالِيهِ ضَامِنُونَ»**[1] . **بتقريب :** أنّه دلّ على ضمان مولى الأجير الذي ضيّع مال المستأجر ولم يفصّل في المضمون بين المثليّ والقيميّ ، فإنّ إطلاق الضمان يحمل على المتعارف ، وهو ضمان المثل .

[١] أي يستفاد من إطلاق أخبار الضمان في غير هذين الموردين أيضاً ضمان الضامن بالمثل .

[٢] خبر لقوله : « إنّ القاعدة المستفادة » ، أي مقتضى القاعدة المستفادة من إطلاقات أخبار الضمان في موارد كثيرة هو الضمان بالمثل ، والضمان بالقيمة يحتاج إلى دليل ، وقال الشهيديّ : مراده بقرينة ذيل عبارته حكم العرف بضمان المثل .

[٣] أي إنّما قلنا بأنّ المستفاد من إطلاقات الضمان هو الضمان بالمثل ؛ لأنّ المثل أقرب إلى العين التالفة من قيمتها ، فإذا لم يمكن ردّ العين يفهم من إطلاقات أخبار الضمان أنّه يجب على الضامن ردّ المثل لكونه أقرب إلى التالف عرفاً من قيمته .

[٤] حيث إنّ العقلاء يبذلون المال بإزاء المثل ، كما أنّهم يبذلون بإزاء التالف ، ويرون المثل كالتالف في الماليّة ، واشتماله على اللون والطعم وسائر

---

(١) وسائل الشيعة : الباب ١١ من أبواب الإجارة، الحديث ١ .

ثمّ بعده [١] قيمة التالف من [٢] النقدين وشبههما [٣]؛ لأنّهما [٤] أقرب من حيث الماليّة لأنّ ما عداهما [٥] يلاحظ مساواته [٦] للتالف بعد إرجاعه [٧] إليهما،

الصفات، وليست قيمة التالف واجدة لصفاته، كما هو واضح، وإنّما تكون القيمة أقرب إلى التالف من حيث الماليّة فقط، وأمّا المثل فيكون أقرب إليه من حيث الماليّة والصفات معاً.

[١] أي أنّ المستفاد من إطلاقات أخبار الضمان بحسب الفهم العرفيّ أنّه بعد تعذّر المثل يضمن قيمة التالف.

[٢] كلمة «من» للتبيين، أي قيمة التالف عبارة عن الذهب والفضّة.

[٣] كالتوامين، والدنانير المجعولة أثماناً في المعاملات بدل النقدين.

[٤] أي إنّما قلنا إنّ المستفاد من إطلاقات الأخبار ضمان القيمة من النقدين عند تعذّر المثل؛ لأنّ النقدين أقرب إلى التالف من حيث الماليّة، فيكونان جابرين للماليّة التالفة مع تلف العين، فإنّ ماليّة التالف يقدّر بالنقدين وتقدّر مساواة التالف مع غيره بالنقدين.

[٥] أي ما عدا النقدين من سائر الأموال.

[٦] أي يلاحظ مساواة ما عدا النقدين للتالف.

[٧] أي بعد إرجاع ما عدا النقدين من الأموال إلى النقدين، فإذا تلف شيء من غير النقدين كالثوب مثلاً، وأراد الضامن أن يؤدّي بدل التالف من سائر الأجناس بأن يعطي الحنطة بدل الثوب، فيلاحظ أوّلاً قيمة الثوب بالنقدين، فإذا تعيّن قيمته يعطي من الحنطة مقدار قيمته، فإذا كانت قيمة الثوب نصف دينار مثلاً، فيعطي بمقدار نصف دينار من الحنطة، فالنقدان هما المعيار لفهم

ولأجل الاتّكال [١] على هذا الظهور لا تكاد تظفر [٢] على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها [٣] قد نصّ الشارع فيه [٤] على ذكر [٥] المضمون به ، بل كلّها [٦] إلّا ما شذّ وندر

مساواة العين التالفة لغيره من الأموال ، ولذا يكونان أقرب إلى التالف من غيرهما ، وهذه الأقربيّة صارت سبباً لظهور إطلاقات أخبار الضمان في المثل في المرحلة الأُولى وفي القيمة إذا تعذّر أداء المثل ، فكما أنّ المثل أقرب من القيمة إلى التالف كذلك القيمة أقرب إليه من غيرها كسائر الأموال .

[١] أي لأجل اعتماد الشارع على ظهور إطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المفرّط فيها في الضمان بالمثل ، وعند تعذّر الضمان بالقيمة بحسب المتفاهم العرفيّ .

[٢] أي لا تجد مورداً واحداً في أخبار الضمان ـ من الموارد التي حكم الشارع فيها بالضمان كمورد الغصب والأمانة المفرّط فيها وغيرهما ـ أن يصرّح الشارع بذكر المضمون به من المثل أو القيمة ، أي أن يصرّح في الأخبار أنّ الضامن يضمن مثل التالف أو قيمته ، بل أطلق الضمان فيها وقال : إنّه ضامن للتالف ، وليس هذا إلّا من باب أنّ المتفاهم العرفيّ من أخبار الضمان ضمان المثل ، وعند تعذّره ضمان قيمة التالف ، فالشارع أطلق كلامه اعتماداً على المتعارف العرفيّ والمتفاهم منها .

[٣] أي كثرة الموارد التي حكم الشارع فيها بالضمان في أخبار الضمان في أبواب مختلفة .

[٤] أي لا تظفر على مورد واحد قد نصّ الشارع في المورد المذكور .

[٥] أي على ذكر المضمون به بأنّه المثل أو القيمة .

[٦] أي بل في جميع الموارد التي حكم الشارع فيها بالضمان .

قد أُطلق [١] فيها الضمان، فلولا الاعتماد [٢] على ما هو المتعارف لم يحسن [٣] من الشارع إهماله في موارد البيان، وقد استدلّ [٤] في المبسوط والخلاف على ضمان المثليّ بالمثل والقيميّ بالقيمة بقوله [٥] تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾(١).

---

[١] خبر لقوله: «كلّها»، أي كلّ الموارد المذكورة ذكر أخبار الضمان مطلقاً من تقييدها بضمان المثل أو القيمة، وهذا يكون شاهداً على أنّ المتعارف بحسب الفهم العرفيّ من أخبار الضمان هو الضمان بالمثل أو القيمة.

[٢] تقريب لبيان أنّ الشارع اعتمد في بيان مراده من إطلاق أخبار الضمان على ما هو المتعارف منها عرفاً، بدعوى أنّ الشارع كان في مقام بيان أنّ الضامن يضمن مثل التالف أو قيمته، ومع ذلك أطلق الضمان وقال: إنّ الضامن يضمن ما تلف بيده من دون تقييده بضمان المثل أو القيمة اعتماداً على أنّ إطلاق كلامه ينصرف إلى المتعارف، وإلّا كان مهملاً، مع أنّه في مقام بيان تمام مقصوده والإهمال من المتكلّم الذي هو في مقام بيان تمام مراده قبيح.

[٣] جواب لقوله: «فلولا الاعتماد»، أي لم يحسن من الشارع إهمال المضمون به وعدم تقييده بالمثل أو القيمة، مع أنّ مراده منه إمّا المثل أو القيمة.

[٤] هذا إشارة إلى الوجه الثالث من الوجوه التي استدلّ بها على ضمان التالف المثليّ بالمثل وضمان القيميّ بالقيمة، وكان الوجه الأوّل عبارة عن الإجماع، والوجه الثاني إطلاقات أدلّة الضمان المسمّاة بالإطلاق المقاميّ، والوجه الثالث آية الاعتداء بالمثل.

[٥] الجار متعلّق بقوله: «وقد استدلّ».

---

(١) البقرة ٢: ١٩٤.

بتقريب [١]: أنّ مماثل ما اعتدى هو المثل في المثليّ والقيمة [٢] في غيره ،واختصاص [٣] الحكم [٤] بالمتلف [٥] عدواناً لا يقدح [٦] بعد

---

[١] أي تقريب الاستدلال بالآية الشريفة عى ضمان المثل في المثليّ وضمان القيمة في القيميّ هو أنّ الآية دلّت على ثبوت حقّ الاعتداء لمن اعتدى عليه مثل ما اعتدى عليه ، فإن كان الاعتداء والإتلاف في المثليّات يثبت حقّ الاعتداء بالمثل ، وإن كان في القيميّات يثبت القيمة ، فله أن يأخذ قيمة التالف لأنّها مثل ما اعتدى عليه في القيميّات .

[٢] أي مماثل ما اعتدي بصيغة المجهول هو القيمة في غير المثليّ .

[٣] من هنا شرع المصنّف في المناقشة في الاستدلال بالآية الشريفة على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد .

[٤] أي اختصاص الحكم بوجوب دفع المثل في المثليّات في الآية الشريفة .

[٥] الجار متعلّق بقوله : « الاختصاص » ، أي اختصاص الحكم بوجوب دفع المثل بمورد الإتلاف .

والحاصل : ناقش المصنّف في الاستدلال بالآية على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بوجهين :

أحدهما : أنّ الآية الشريفة تدلّ على وجوب دفع المثل في المثليّات والقيميّ في القيميّات فيما إذا أتلف مال الغير عدواناً ، فلا تشمل المقام الذي هو تلف المقبوض بالعقد الفاسد ، فتكون الآية أجنبيّة عن المقام الذي هو مورد التلف لا الإتلاف عدواناً .

[٦] أي لا يضرّ بالاستدلال بالآية على ضمان المثل في المثليّ في مسألة تلف المقبوض بالعقد الفاسد ، وذلك لأجل الفصل بين المقامين ؛ إذ الفقهاء بين

عدم القول بالفصل [١]، وربّما يناقش [٢] في الآية بأنّ مدلولها اعتبار

قائل بعدم الضمان مطلقاً في المقبوض بالعقد الفاسد، وبين قائل بالضمان مطلقاً، وليس هناك قول بالفصل وهو القول بالضمان في مورد الإتلاف وعدم الضمان في مورد التلف، فإنّ كلّ من قال بالضمان في مورد إتلاف المقبوض بالعقد الفاسد عمداً قال بالضمان في مورد التلف أيضاً.

والحاصل: أنّا نسلّم أنّ الآية بمدلولها اللفظيّ مختصّة بمورد المتلف عمداً ولا تشمل تلف المقبوض بالبيع الفاسد، إلّا أنّه يثبت ضمان المثل فيه أيضاً بالإجماع المركّب؛ إذ كلّ من قال بوجوب ضمان المثل في مورد الإتلاف قال به في مورد التلف أيضاً.

[١] أي بعدم القول بالفصل بين المتلف عدواناً وبين التلف، فإنّ كلّ من قال بضمان المثل عند الإتلاف قال به عند التلف أيضاً.

[٢] هذا إشارة إلى الوجه الثاني من المناقشة على الاستدلال بالآية الشريفة، والمناقش صاحب الرياض ﷺ. بتقريب: أنّ كلمة «ما» في الآية الشريفة إمّا مصدريّة وإمّا موصولة أُريد منه المصدر، أعني الاعتداء، أي فاعتدوا عليه بمثل اعتدائه، والمراد من الاعتداء جنس الظلم والتعدّي الشامل لتمام أنواعه من الضرب والشتم واللعن والغيبة والقذف، وغير ذلك من أنواع الظلم، وكلمة «المثل» صفة لمصدر محذوف، فيكون تقدير الآية من ظلم وتعدّى عليكم بنوع من أنواع الظلم فاظلموه واعتدوا عليه بظلم هو مثل ظلمه عليكم، فإن ضربكم فاضربوه، وإن شتمكم فاشتموه، وهكذا، فيكون مفاد الآية حينئذٍ مفاد المفعول المطلق النوعيّ، فلا تدلّ الآية على أزيد من المماثلة في الظلم، بمعنى اندراجهما معاً تحت نوع واحد من الظلم، فلا يبقى لها تعرّض لمقدار ذاك الظلم من حيث الكمّ والعدد وسائر

المماثلة في مقدار [١] الاعتداء لا [٢] المعتدى به.

الخصوصيّات، فيكون المقام نظير قوله: «اضرب مثل ضرب الأمير» في عدم التعرّض لخصوصيّات الضرب من حيث الكيف والكمّ، وإنّما يكون في مقام بيان أنّ الاعتداء الانتقاميّ لا بدّ أن يكون من نوع الاعتداء الابتدائيّ.

إذن فالمستفاد من آية الاعتداء إثبات أصل ضمان التالف، وأمّا الخصوصيّة من حيث المثل أو القيمة فلا دلالة لها عليها.

[١] قال الشهيديّ: إنّ ما ذكره من المناقشة إنّما يتمّ لو ترك المناقش ذكر لفظ المقدار وقال بدل مقدار الاعتداء في الاعتداء، وأمّا معه فلا تتمّ المناقشة المذكورة؛ لأنّ المماثلة في مقدار الاعتداء لا ينفكّ عنها في مقدار المعتدى به.

وكيفما كان، فإنّ تماميّة النقاش المذكور متوقّفة على أن يكون المراد من مقدار الاعتداء جنسه بأن يقال: إنّ الآية ظاهرة في اعتبار المماثلة في جنس الاعتداء بأن يكون وجه الشبه في قوله تعالى: ﴿**بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾ نفس الاعتداء وإيجاد ماهيّته من دون التفات إلى المقدار ولا المماثلة، فعلى هذا تكون الآية أجنبيّة عن الدلالة على إثبات المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ؛ لأنّه من خصوصيّات المتعدى به التي ليست الآية ناظرة إليها.

[٢] أي ليست الآية في مقام بيان اعتبار المماثلة في مقدار المعتدى به بأن تدلّ الآية على أنّ الاعتداء من المعتدي إذا كان بضربه مرّتين فيكون جزاؤه ضرب المعتدي مرّتين، وعلى هذا فتدلّ الآية على أنّ التلف أو الإتلاف سبب لأصل الضمان، ولا تدلّ على أنّ الضمان يكون بالمثل إذا كان التالف مثليّاً وبالقيمة إذا كان التالف قيميّاً.

وملخّص الكلام: أنّ في الآية الشريفة أربعة احتمالات:

وفيه [١] نظر. نعم [٢]،

الاحتمال الأوّل: أن يكون معنى الآية جواز الاعتداء مماثل الاعتدا الأوّل في جنس كونه اعتداءً بلا تعرّض لكونه مماثلاً للاعتداء الأوّل في مرتبة الاعتداء أو مماثلاً له في مرتبة المعتدى به، وعلى هذا تكون الآية أجنبيّة عن الدلالة على ضمان المثل في المثليّ.

الاحتمال الثاني: أن يكون المراد منها المماثلة في مرتبة الاعتداء ومقداره، أي فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمقدار ما اعتدى عليكم لا يزيد عليه، ولا تكون الآية ناظرة إلى بيان المماثلة في الفعل المعتدى به، وعلى هذا أيضاً لا تدلّ الآية على المدّعى، وفي هاتين الصورتين تكون «ما» مصدريّة.

الاحتمال الثالث: أن يكون معنى الآية المماثلة في الفعل المعتدى به، على أن تكون «ما» موصولة كناية عن الفعل الذي اعتدى به، فإذا كان الاعتداء بأخذ الحنطة كان مجازاته أيضاً بأخذ الحنطة.

الاحتمال الرابع: أن يكون معنى الآية جواز الاعتداء مثل الاعتداء الأوّل في مرتبة الاعتداء، وفي مرتبة الفعل المعتدى به، وفي هاتين الصورتين تكون «ما» موصولة وتدلّ على المدّعى في الجملة، كما يظهر من المتن، حيث قال: لا تنطبق الآية على فتوى المشهور تمام الانطباق، وهذا المعنى الأخير قابل للمناقشة.

[١] أي النقاش المذكور في الاستدلال بالآية غير تامّ؛ لأنّ ظاهر الآية أنّ اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء والمعتدى به كليهما لا في مقدار الاعتداء وحده.

[٢] لمّا استدلّ شيخنا الأنصاريّ ﷺ لضمان المثليّ بالمثل وضمان القيميّ بالقيمة بآية الاعتداء وبناء العقلاء استدرك عمّا أفاده وناقش في الدليلين

الإنصاف عدم وفاء الآية [١] كالدليل السابق عليه [٢] بالقول [٣] المشهور؛ لأنّ [٤] مقتضاهما وجوب المماثلة العرفيّة في الحقيقة والماليّة، وهذا [٥]

المذكورين بأنّهما لا يدلّان على الضمان المذكور في كلمات المشهور.

[١] كقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ... ﴾.

[٢] أي كما أنّ الدليل السابق على الآية الشريفة لا يفي بالقول المشهور، ولا يصلح أن يكون دليلاً عليه، والأحسن أن يذكر عليها كما هو الموجود في بعض النسخ، والمراد بالدليل السابق هو إطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المفرّط فيها اتّكالاً على ما هو المتعارف المعبّر عنها بالإطلاقات المقاميّة المقتضية للضمان بالمثل عرفاً.

[٣] الجار متعلّق بقوله: «وفاء الآية»، أي الإنصاف عدم وفاء آية الاعتداء وإطلاقات الضمان بالقول المشهور الذين يقولون بضمان المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ.

[٤] أي إنّما قلنا بأنّ الآية الشريفة ـ وهي آية الاعتداء ـ والدليل السابق عليها ـ وهو الإطلاق المقاميّ لأخبار الضمان ـ لا يفيان بقول المشهور ولا يثبتانه؛ لأنّ مقتضى الآية والدليل السابق عليها وجوب أداء ما هو مماثل عرفيّ للتالف في أمرين:

أحدهما: في الحقيقة النوعيّة، وثانيهما في الماليّة، وهذا المعنى لوجوب الضمان بالمثل لا ينطبق على قول المشهور الذين يقولون بوجوب المثل في المثليّات، وبوجوب القيمة عند تعذّر المثل، أعني به القيميّات.

[٥] أي وجوب المماثلة العرفيّة في الحقيقة والماليّة المستفاد من آية الاعتداء والإطلاق المقامي لأخبار الضمان يقتضي الضمان بالمثل للتالف في الحقيقة

يقتضي اعتبار المثل حتّى في القيميّات، سواء وجد المثل فيها أم لا، أمّا [١] مع وجود المثل فيها ـ كما لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات ـ فإنّ مقتضى [٢] العرف والآية إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك [٣]

النوعيّة وفي الماليّة حتّى في القيميّات لإمكان مساواة أفراد بعض القيميّات في الماليّة فضلاً عن المساواة في الحقيقة، مع أنّ المشهور حكموا بضمان القيميّ بقيمته، سواء وجد مثله أم لم يوجد، وسواء كانت قيمة المثل مساوية لقيمة التالف أم أزيد منها أو أقلّ.

وملخّص المناقشة: أنّ النسبة بين الدليلين المذكورين لإثبات قول المشهور وبين قولهم عموم من وجه؛ لأنّ المشهور حكموا بضمان القيميّ بقيمته، سواء وجد مثله أم لا، والآية والعرف تقتضيان الضمان بالمثل في الحقيقة النوعيّة وفي الماليّة حتّى في القيميّات، وذلك لإمكان مساواة أفراد بعض القيميّات في الماليّة مع التالف.

[١] أي أمّا اقتضاء الآية وإطلاق أخبار الضمان ضمان المثل في القيميّات حتّى مع وجود المثل.

[٢] أي المتفاهم من إطلاقات أخبار الضمان بحسب المتفاهم العرفيّ، ومن آية الاعتداء اعتبار ضمان المثل في القيميّات حتّى مع وجود المثل.

[٣] أي من ذلك الكرباس الذي أتلفه؛ لأنّ هذا الذراع الآخر مماثل للذراع التالف، والمفروض أنّ الآية والإطلاق المستفاد من أخبار الضمان تدلّان على وجوب تحصيل مثل التالف وهو ذراع آخر من الكرباس.

ولو [١] بأضعاف قيمته ودفعه [٢] إلى مالك الذراع المتلف [٣] مع أنّ القائل بقيميّة الثوب لا يقول به [٤]. وكذا [٥]

---

[١] أي ولو كان الذراع الآخر من الكرباس الذي هو مثل التالف تحصيله متوقّفاً على إعطاء أضعاف قيمة الكرباس المتلف ـ بالفتح ـ أضعاف جمع الضعف، فقولهم: «لك ضعفه» يعني لك مثلاه أو ثلاثة أمثال، أو أكثر. المنجد.

[٢] بالجر، وهو عطف على قوله: «بتحصيل»، أي مقتضى العرف والآية إلزام الضامن بدفع ذراع آخر من الكرباس؛ لأنّ هذا الذراع الآخر مماثل للذراع التالف مع أنّ المشهور يقولون بكفاية أداء قيمة ما أتلفه وعدم وجوب أداء مثل المتلف على الضامن.

[٣] بصيغة اسم المفعول صفة للذراع.

[٤] أي لا يقول بتحصيل ذراع آخر من الكرباس، بل يقول بوجوب القيمة في القيميّات التي يكون الكرباس منها وإن وجد المثل، وبالنتيجة أنّ مفاد الآية الشريفة وإطلاق أخبار الضمان لا ينطبقان على ما يدّعيه المشهور من ضمان المثليّ بالمثل والقيميّ بالقيمة، بل تدلّان على ضمان التالف بما يكون مماثلاً عرفاً وإن كان من القيميّات عند المشهور.

إذن فلا ينطبق مفاد الآية وإطلاق الأخبار على ما اختار المشهور، فلا يمكن الاستدلال بالدليلين المذكورين لإثبات ضمان المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ.

[٥] أي كما أنّ الآية وظاهر إطلاق أخبار الضمان تقتضيان اعتبار ضمان المثل حتّى في القيميّات حتّى مع وجود المثل فيها فيما لو أتلف ذراعاً من كرباس كذلك أنّهما يقتضيان ضمان المثل في القيميّات فيما لو أتلف شخص على المالك عبداً، مع أنّ المشهور حكموا فيه بضمان قيمته، وإن كان له مثل،

لو أتلف [١] عليه عبداً و [٢] له في ذمّة المالك بسبب القرض [٣] أو السلم [٤]

فلا ينطبق مفاد الآية والأخبار على مقالة المشهور.

[١] الضمير الفاعل المستتر فيه عائد إلى المتلف بصيغة اسم الفاعل المستفاد من سوق الكلام، والضمير في قوله: «عليه» يرجع إلى المالك، أي لو أتلف متلف على المالك عبده.

[٢] كلمة «الواو» حاليّة، أي حال كون المتلف حين إتلافه عبداً لمالك يملك عبداً في ذمّة المالك الذي أتلف ماله، والضمير في كلمة «له» عائد إلى المتلف.

[٣] أي يكون لمتلف عبد المالك عبداً في ذمّة المالك بسبب القرض، كما إذا اقترض مالك العبد التالف من الشخص المتلف قبل تلف عبده عبداً موصوفاً بصفة عبده التالف، فيكون للمتلف عبداً في ذمّة مالك العبد التالف، وفي هذا الحال الذي يكون هو مالكاً لعبد في ذمّته أتلف عبد مديونه.

وتوضيحه في ضمن مثال: أنّه إذا كان لزيد عبد طويل كاتب شجاع فاقترضه عمرو منه، وحصل لعمرو حال كونه مديوناً لزيد بعبد موصوف بصفات عبد متّصف بتلك الأوصاف فأتلفه زيد، فإنّ مقتضى ظاهر الآية وأخبار الضمان القول بالتهاتر القهريّ، وفراغ كلتا الذمّتين عمّا اشتغلتا به، والحال أنّ المشهور لم يحكم بالتهاتر بل حكم بوجوب أداء قيمة العبد المتلف إلى المالك. إذن فلا يمكن الاستدلال بإطلاق الأخبار والآية على القول المشهور من ضمان المثليّ بالمثل والقيميّ بالقيمة.

[٤] أي للمتلف في ذمّة مالك العبد التالف عبد بسبب بيع السلم، كما إذا باع زيد ـ الذي يكون متلفاً ـ من عمرو سلماً عبداً موصوفاً بصفات معيّنة، ثمّ أتلف

عبد [١] موصوف بصفات التالف، فإنّهم [٢] لا يحكمون بالتهاتر [٣] القهريّ، كما يشهد به [٤] ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من

عمرو عبداً موصوفاً بتلك الصفات من زيد، فمقتضى ظهور الآية والأخبار هو الحكم بالتهاتر القهريّ للمماثلة بين العبدين في الحقيقة والماليّة. والحال أنّ المشهور لا يقولون به، فيفهم منه أنّه لا يمكن الاستدلال بإطلاق الأخبار وبالآية الشريفة على قول المشهور بضمان المثل في المثليّ وضمان القيمة في القيميّ.

[١] مبتدأ مؤخّر، وقوله: «وله في ذمّة المالك» خبر مقدّم، أي للمتلف في ذمّة مالك العين التالفة بسبب البيع السلم عبد موصوف بجميع صفات العبد التالف، وهو مثل العبد التالف في جميع الخصوصيّات العرفيّة.

[٢] أي إنّ الفقهاء لا يحكمون بالتهاتر القهريّ وفراغ كلتا الذمّتين بعد كون ذمّة كلّ منهما مشغولة بأداء عبدالآخر، بل يحكمون بدفع قيمةالعبد التالف لأنّ العبد من القيميّات. **والحاصل**: أنّ مقتضى الآية والدليل السابق عليها ـ وهو إطلاق أخبار الضمان ـ هو الحكم بالتهاتر القهريّ في المسألة؛ إذ المفروض أنّه كان للمتلف بذمّة المالك عبدٌ مثل العبد التالف من جميع الجهات والصفات لوجود المماثلة بينهما في الحقيقة والماليّة.

[٣] أي بتساقط ضمان العبدين وفراغ كلتا الذمّتين قهراً عمّا اشتغلتا به، والحال أنّ قضيّة الآية والدليل المتقدّم عليها هو التهاتر.

[٤] أي يشهد بعدم حكم الفقهاء بالتهاتر القهريّ ملاحظة كلماتهم في مسألة ما لو اشترى عبداً موصوفاً بصفات تخرجه من الجهالة في الذمّة ودفع البائع إلى المشتري عبدين وقال اختر أحدهما فتسلّمهما المشتري فأبق واحد منهما قبل أن يختاره، فإنّ بعض الفقهاء يقول بأنّ التالف ـ وهو العبد الآبق ـ مضمون

بقيمته على المشتري ،وله المطالبة بالعبد الثابت في الذمّة لأجل الإباق عنده الموجب للضمان لأجل اليد كالمقبوض بالسوم ؛ لأنّ المبيع عبد كلّيّ ثابت في ذمّته إلى أن يتسلّمه المشتري ويختاره ، وبعضهم يقول بأنّه يكون التالف بينهما والعبد الآبق يتلف على كلا المتباعين ، ويرجع المشتري على البائع بنصف الثمن ، فإن وجده اختاره ، وإلّا ـ أي وإن يجد الآبق ولم يظفر به ـ كان العبد الموجود ملكاً لهما ، ومن المعلوم أنّ كلّاً من القولين ينفي التهاتر وفراغ كلتا الذمّتين عمّا اشتغلتا به قهراً .

وعلى كلا القولين يظهر من الفقهاء أنّهم لم يحكموا بالتهاتر القهريّ بين عبد في ذمّة البائع وبين عبد في ذمّة المشتري ؛ إذ بناء على القول الأوّل حكموا بكون الآبق مضموناً بقيمته على المشتري لكونه مقبوضاً بالسوم ، فيجب دفع تمام قيمته إلى البائع ،كما أنّ للمشتري مطالبة عبد منه وفاءاً لبيع عبد كلّيّ بثمن معيّن ، وهذا ممّا يشهد بأنّهم يقولون إنّهما ليسا بمثليّين ؛ إذ العبدان لو كانا مثليّين لحصل التهاتر القهريّ بينهما ، ولم يكن للمشتري مطالبة عبد من البائع ولم تكن على عهدته قيمة الآبق ، لكن لأجل عدم المماثلة بينهما عند الفقهاء لا يقولون بالتهاتر ، بل يقولون بأنّ كلّاً منهما يضمن بحسب قيمته .

وبناءً على القول الثاني فإنّهم حكموا بأنّ العبد الآبق تلف من كليهما فيضمن كلّ منهما نصف قيمته ويرجع المشتري على البائع بنصف الثمن ، الذي بذله للمبيع الكلّيّ ، فلو كان العبدان مثليّين عندهم لم يكن وجهٌ لرجوع المشتري على البائع بنصف الثمن ، ولم يجب عليه أداء نصف قيمة الآبق إلى البائع ، بل حصل التهاتر القهريّ وسقط ما في ذمّة البائع من نصف الثمن بما

عبدين. نعم [١]، ذهب جماعة منهم الشهيدان في الدروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيميّة، لكن [٢]

في ذمّة المشتري من نصف قيمة الآبق، وقد اتّضح من جميع ما ذكرناه أنّ ملاحظة كلماتهم تشهد على عدم التزامهم بالتهاتر في العبدين اللذين هما من القيميّات. إذن فالآية والروايات لا تفيان لإثبات قول المشهور من ضمان المثل في المثليّات العرفيّة في الماليّة والحقيقة لانطباقها على بعض القيميّات التي لا يقولون بضمان المثل فيها.

[١] هذا استدراك عمّا ذكره من عدم التزام المشهور بضمان المثل في القيميّات، كما هو مقتضى الآية والعرف، وخلاصته: أنّا وإن ذكرنا سابقاً أنّ مشهور الفقهاء لا يلتزمون بضمان المثل في القيميّات، كما هو مقتضى الآية والدليل السابق عليها من أخبار الضمان، إلّا أنّه ذهب جماعة من الفقهاء إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيميّة، فإنّ المستفاد من ذهاب هؤلاء الجماعة إلى جواز ردّ العين المقترضة في القيميّات هو ضمان القيميّ بالمثل؛ إذ لو كان ضمانه بالقيمة لما جاز ذلك، فحكمهم بردّ العين المقترضة إلى صاحبها دليل على أنّ ضمان القيميّ بالمثل كما هو مقتضى الآية والدليل السابق عليها لا ضمان القيميّ بالقيمة، كما هو مذهب المشهور، فإنّ المستفاد من ذهاب هؤلاء الجماعة إلى جواز ردّ العين المقترضة في القيميّات هو ضمان القيميّ بالمثل؛ إذ لو كان ضمانه بالقيمة لما جاز ردّ عينها، بل لا بدّ من ضمان قيمتها.

[٢] هذا خدشة على الاستدراك السابق، وملخّصها: أنّ مجرّد ذهاب هؤلاء الجماعة من المشهور إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيميّة لا يكفي في استفادة أنّهم يقولون بضمان القيميّ بالمثل في اشتغال الذمّة فيه بالكلّيّ

لعلّه [١] من جهة صدق أداء القرض بأداء الدين لا [٢] من جهة ضمان القيميّ بالمثل ، ولذا [٣]

الجامع بين العين وبين فرد آخر مماثل لها من جميع الجهات الماليّة ، بل لا بدّ مع ذلك من إحراز أنّ جواز ردّ العين المقترضة عندهم إذا كانت قيميّة إنّما هو من جهة كون العين المقترضة عندهم كأمثالها فرداً من الكلّيّ الذي صار على عهدة المقترض وهو غير معلوم ؛ إذ لعلّ جواز ردّ العين المقترضة من جهة صدق أداء القرض بأداء العين لا من جهة كون العين فرداً من كلّيّ المثل بالمعنى الذي عرفته حتّى يدلّ ذهابهم إلى جواز ردّ العين المقترضة على ضمان القيمي بالمثل .

[١] أي لعلّ ذهابهم إلى جواز ردّ العين المقترضة .

[٢] أي لا يكون جواز ردّ العين المقترضة أنّ القيميّ يضمن بالمثل ، فجواز ردّ العين المقترضة أعمّ من المدّعى ، فلا يدلّ على ضمان القيمي بالمثل . فتحصّل إلى هنا : أنّ إشكال الشيخ الأنصاريّ ﷺ على المشهور بأنّهم التزموا بضمان القيمة في القيميّ مع دلالة دليلهم من الآية وإطلاق الرواية على ضمان المماثل العرفيّ له ـ ولو كان من مصاديق القيميّات في الواقع ـ باقٍ بحاله .

[٣] أي لأجل أنّ جواز ردّ العين المقترضة القيميّة إنّما هو من جهة صدق أداء الدين على ردّها ـ لا من جهة ضمان القيمي بالمثل واشتغال الذمّة بكلّيّ المثل ، وتكون العين المقترضة فرداً من أفراد هذا الكلّيّ حتّى يكون جواز ردّ العين من باب جواز ردّ المثل الكلّيّ وأدائه ببعض أفراده قبال ردّها ببعض أفرادها الأخر ، كما في المثليّات ـ اتّفق الفقهاء على أنّه لا يجب على المقرض قبول غير العين من أفراد ما هو كلّيّ العين المأخوذة الجامع بينهما كالعبد مثلاً وإن كان هذا الغير فرداً منه مماثلاً للعين المقترضة من جميع الجهات ، بل

اتّفقوا على عدم وجوب قبول غيرها [١] وإن [٢] كان مماثلاً لها من جميع الجهات [٣]،

يجوز له الامتناع من قبوله ومطالبته بقيمته من النقدين، وإلّا فلو كان هذا من جهة ضمان القيميّ بالمثل لوجب عليه قبول ذاك الفرد المماثل ولم يجز له المطالبة بالقيمة، فظهر من ذلك أنّ مقابل عدم وجوب قبول غير العين جواز مطالبة القيمة لا جواز مطالبة العين؛ إذ ليس له ذلك ولو قلنا بضمان المثليّ بالمثل؛ إذ ليس للمقرض في مقام استيفاء القرض إلزام المقترض بردّ العين المقترضة عند وجودها، فلابدّ أن يكون جواز ردّها من جهة صدق الأداء عليه.

[١] أي اتّفق الفقهاء على عدم وجوب قبول غير العين المقترضة على المقرض، فلو كان جواز ردّ العين المقترضة من جهة ضمان القيميّ بالمثل لوجب عليه قبول ذاك الفرد المماثل.

[٢] كلمة «ان» وصليّة، واسم كان، وهو الضمير المستتر يرجع إلى الغير في قوله: «غيرها»، يعني وإن كان غير العين المقترضة مماثلاً للعين المقترضة ومع ذلك لا يجب على المقرض قبوله.

[٣] المقصود من المماثل من جميع الجهات بحسب نظر العرف، وإلّا فلا يوجد له مصداق في الخارج. **والحاصل**: أنّه يجوز للمقرض الامتناع من قبول غير العين والمطالبة بقيمته من النقدين، فلو كان ردّ العين المقترضة من جهة ضمان القيميّ بالمثل لوجب عليه قبول ذلك الفرد المماثل ولم يجز له مطالبة قيمته، **وبالنتيجة**: أنّ المستفاد من الآية والدليل السابق عليها وجوب تحصيل المثل وأدائه إلى المالك ولو بأضعاف قيمته، مع أنّ المشهور لا يلتزمون به. هذا كلّه مع وجود المثل للقيميّ.

وأمّا [١] مع عدم وجود المثل للقيميّ التالف، فمقتضى الدليلين [٢] عدم سقوط المثل من الذمّة بالتعذّر [٣]، كما [٤] لو تعذّر المثل في المثليّ، فيضمن [٥] بقيمته يوم الدفع كالمثليّ

---

[١] معطوف على قوله: «أمّا مع وجود المثل»، حيث قال: إنّ مقتضى الآية والدليل السابق عليها اعتبار المثل حتّى في القيميّات، سواء وجد المثل فيها أم لا، مع أنّ المشهور لا يقولون به، أمّا الشقّ الأوّل ـ وهو ما وجد المثل فيها ـ فقد تقدّم وأمّا الشقّ الثاني فأشار إليه بقوله: «وأمّا مع عدم وجود المثل للقيميّ»، أي إن لم يكن المماثل موجوداً للقيميّ التالف فإنّ مقتضى الدليلين المتقدّمين من الآية وإطلاق الرواية عدم سقوط مماثل القيميّ من الذمّة بتعذّر القيميّ؛ لما عرفت من أنّ مقتضى الآية والدليل السابق عليها وجوب المماثلة العرفيّة في الحقيقة الماليّة، فما لم يؤدّ المماثل المذكور اشتغلت ذمّته به، وهذا يقتضي بقاء المثل في الذمّة وعدم سقوطه بالتعذّر.

[٢] أحدهما آية الاعتداء، وثانيهما إطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المفرط فيها بحسب فهم العرف.

[٣] إذ لا وجه لسقوط القيميّ من الذمّة بمجرّد تعذّره حتّى يتعيّن عليه قيمة يوم التلف.

[٤] أي يكون تعذّر مثل القيميّ كتعذّر المثل في المثليّ، فكما أنّ المثليّ لا يسقط عن ذمّة الضامن بمجرّد تعذّره، ولا ينتقل إلى قيمة يوم التلف، كذلك القيميّ، فلا يكون ساقطاً عن الذمّة بمجرّد تعذّره، فيلزم اتّحاد حكم المثليّ والقيميّ المتعذّرين.

[٥] أي إذا كان مقتضى الدليلين اتّحاد حكم المثليّ والقيميّ المتعذّرين في عدم سقوط مثلهما من الذمّة بالتعذّر وبقاء مثلهما فيها تكون النتيجة ضمان القيمة

و[١]لا يقولون به. وأيضاً[٢] فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث

يوم الدفع لا يوم التلف.

[١] كلمة «الواو» حاليّة أي والحال أنّ المشهور لا يقولون بضمان قيمة يوم الأداء في القيميّ، بل يقولون بضمان قيمة يوم التلف، فيكون مفاد الآية والأخبار مخالفاً لما ذهب إليه المشهور، وهذا أيضاً من موهنات الاستدلال بها على مذهب المشهور. وملخّص كلامه بكلا شقّيه هو: أنّه إن كان المثل العرفيّ موجوداً كما في مثال الكرباس يكون الدليلان أجنبيّين عن قول المشهور؛ إذ مقتضى الدليلين الضمان بالمثل، والمشهور لا يلتزمون به؛ إذ أنّهم يقولون إنّ المتلف ضامن بالقيمة وإن لم يكن المثل العرفيّ موجوداً، فيكون الدليلان أجنبيّين أيضاً عن قول المشهور؛ إذ مقتضى الدليلين بقاء المماثل القيميّ في الذمّة وعدم سقوط ضمانه بالتعذّر، ويترتّب عليه لزوم أداء قيمة يوم الدفع إلى المالك، مع أنّ المشهور حكموا في القيميّ بأنّ الواجب عليه هو قيمة يوم التلف. إذن فمقتضى الدليلين يغاير ما اختاره المشهور، وهذه المخالفة من موهنات الاستدلال بالدليلين على مذهب المشهور.

[٢] إلى هنا تمّ كلامنا في الإشكال الأوّل على الاستدلال بالآية والإطلاق المقاميّ في أخبار الضمان، وقلنا بعدم وفائهما بالقول المشهور، ومن هنا شرع في بيان الإشكال الثاني على الاستدلال بالآية والإطلاق المقاميّ لمذهب المشهور، **وملخّصه**: أنّ الدليلين اللذين استدلّ بهما لإثبات مذهب المشهور أجنبيّان عنه؛ إذ مقتضاهما عدم جواز إلزام المالك بأخذ المثل الذي نقصت قيمته نقصاناً فاحشاً؛ إذ مقتضاهما اعتبار المماثلة الحقيقيّة والماليّة بين البدل والمبدل منه، والمفروض زوال المماثلة في الماليّة بنقصان القيمة، مع أنّ المشهور لم يلتزموا، بل التزموا بجواز إلزام المالك بأخذ المثل حتّى في هذه

القيمة نقصاناًفاحشاً [١]، فمقتضى ذلك [٢] عدم وجوب [٣] إلزام المالك بالمثل لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة والماليّة [٤]، مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض إلزامه [٥] به

الصورة، وتكون هذه المخالفة بين الدليلين وبين فتوى المشهور من موهنات الاستدلال بهما على تماميّة الفتوى المذكورة.

[١] بأن كان التالف من الحنطة يسوى حين التلف ألف دينار ثمّ صار رخيصاً فصارت مئة دينار.

[٢] أي مقتضى ما تقدّم من الآية الشريفة والدليل السابق عليها من إطلاق أخبار الضمان، وقال المحقّق المامقانيّ: أنّ لفظ ذلك إشارة إلى الدليلين وإن كان ذلك لا يخلو عن حزازة بحسب اللفظ.

[٣] قال الشهيديّ: هكذا وجدناه فيما رأيته من النسخ، والظاهر وقوع الغلط، والصواب الجواز بدل الوجوب، أي مقتضى الدليلين المذكورين عدم إلزام المالك بأخذ المثل الذي نقصت قيمته نقصاناً فاحشاً؛ إذ مقتضاهما اعتبار المماثلة في الحقيقة والماليّة، والمفروض زوال المماثلة بنقصان القيمة، والمشهور خالفوا مضمون الدليلين والتزموا بجواز إلزام المالك بأخذ المثل حتّى في فرض نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف نقصاناً فاحشاً.

[٤] على نحو مانعة الخلوّ، فلا بدّ أن يكون بدل التالف مماثلاً له في الحقيقة أو الماليّة، فإذا انتفت المماثلة في الحقيقة فللمالك اختيار فرد آخر للتالف، وهو المماثلة في الماليّة، ولا يجوز للمتلف أن يجبر المالك بقبول المثل؛ إذ المفروض أنّ المالك كان مخيّراً بين الأخذ بما كان مماثلاً لما له من حيث الجنس والماليّة، فإذا انتفى أحدهما يتعيّن له أن يختار الآخر منهما.

[٥] أي إلزام الضامن المالك بأخذ مثل التالف وإن نقصت قيمته نقصاناً فاحشاً.

وإن قوّى خلافه [١] بعض ، بل [٢] ربّما احتمل [٣] جواز دفع المثل ولو سقط من القيمة بالكلّيّة ، وإن كان الحقّ خلافه [٤] ، فتبيّن [٥] أنّ النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عموم من وجه [٦] ، فقد يضمن

---

[١] مفعول مقدّم ، وقوله : « بعض » فاعل مؤخّر لقوله : « قوّى » ، أي قوّى بعض الفقهاء خلاف إلزام المالك بالمثل ، حيث قال : « إنّه لا يجوز إلزام المالك بقبول المثل ، وقوّى انتقال ضمان المثل إلى القيمة ؛ لأنّ إلزام المالك بقبول القيمة في فرض نقصان القيمة ضرر على المالك ، وهو منفيّ في الشريعة .

[٢] كلمة « بل » في المقام إشارة إلى الانتقال من القويّ إلى الضعيف ، فإذا كان دفع المثل الساقط عن الماليّة رأساً موجباً لفراغ ذمّة المالك لكان دفع المثل الناقص قيمته نقصاناً فاحشاً موجباً لفراغ ذمّته بالأولويّة .

[٣] حكي عن العلّامة أنّه احتمل جواز دفع المثل الساقط عن الماليّة بالكلّيّة كما إذا أتلف ثلج شخص في الصيف وأدّاه في الشتاء ، أو أتلف الماء في مكان لا يوجد الماء فيه وأداه على الشاطئ .

[٤] قال الشيخ : وإن كان الحقّ عدم جواز دفع المثل فيما إذا سقط المثل عن القيمة بالكلّيّة ؛ لأنّ الضامن لا بدّ أن يردّ إلى المالك إمّا عين ما أخذه منه ، وإمّا ما يكون متضمّناً لماليّته ، والمفروض أنّ المثل الساقط عن الماليّة ليس عين ما أخذه ولا متضمّناً لماليّته ، فلا يخرج الضامن عن عهدة الضمان بردّ المثل الساقط عن الماليّة .

[٥] أي تبيّن ممّا ذكرنا حول آية الاعتداء والإطلاق العرفيّ من الأخبار وما ذهب إليه المشهور .

[٦] وذلك لوجود مادّة الاجتماع ومادّتي الافتراق بينهما ، كما بيّنه في المتن .

بالمثل بمقتضى الدليلين [١] ولا يضمن به عند المشهور، كما في المثالين المتقدّمين [٢]، وقد [٣] ينعكس الحكم كما في المثال الثالث [٤] وقد [٥]

---

[١] هذا إشارة إلى مادّة الافتراق من جانب المشهور، بأن تكون الآية والدليل السابق عليها موجودين، حيث إنّهما يدلّان على وجوب دفع المثل في إتلاف ذراع من كرباس إلى المالك، سواء وجد المثل أم لا، والمشهور لا يقبل ذلك، بل يقول بوجوب القيمة إلى مالك الكرباس التالف.

[٢] أحدهما مثال الكرباس، وثانيهما مثال من أتلف عبداً وله في ذمّة المالك عبد موصوف بصفات العبد التالف، وهذان المثالان مادّة افتراق من جانب المشهور؛ إذ الآية والعرف تدلّان على وجوب دفع المثل في إتلاف ذراع من الكرباس إلى المالك، والمشهور لا يقولون به، بل يقولون بوجوب دفع القيمة، وكذا في العبد، فإنّ مقتضى الدليلين فيه هو التهاتر القهريّ كما عرفت.

[٣] هذا إشارة إلى مادّة الافتراق من جانب الآية وإطلاق الأخبار، أي يكون الحكم بعكس ما ذكرنا في المثالين المذكورين، يعني أن تكون فتوى المشهور موجودة، حيث إنّهم يفتون بوجوب أداء المثل، والآية وإطلاق الروايات لا تدلّان عليه، بل تدلّان على الضمان بالقيمة، يعني يضمن بالقيمة في المثليّ بمقتضى الدليلين، ولا يضمن بها عند المشهور بل يضمن بالمثل.

[٤] وهو ما لو فرض نقصان المثل عن التالف نقصاناً فاحشاً من حيث القيمة بحيث سقط عن الماليّة عرفاً، فالمشهور يحكمون بوجوب دفع هذا المثل إلى المالك، والدليلان لا يحكمان به، بل يجب دفع قيمته إلى المالك.

[٥] هذا إشارة إلى مادّة الاجتماع في مورد، أي قد يكون مورد واحد مورد اجتماع الدليلين، وهما الآية وإطلاق الأخبار من طرف، وفتوى المشهور من

يجتمعان في المضمون به، كما في أكثر الأمثلة [١]. ثمّ إنّ الإجماع [٢] على ضمان القيميّ بالقيمة على تقدير تحقّقه [٣] لا يجدي [٤] بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميّاً. ففي موارد الشكّ [٥]

طرف آخر، فإنّهما يجتمعان في المضمون به كالحنطة، فهي كما لو أتلف الحنطة وكانت قيمتها وقت الدفع مساوية لقيمتها وقت التلف، فإنّ المشهور يقولون بوجوب إعطاء المثل، وكذلك هو مقتضى الآية وإطلاقات أخبار الضمان.

[١] ونحن ذكرنا مثالاً واحداً منها، فلاحظ.

[٢] وقع الكلام في تعيين المرجع عند الشكّ في كون الشيء التالف مثليّاً أو قيميّاً وهل المرجع فيه الإجماع أو عموم العامّ؟ قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: إنّ المرجع فيه هو عموم العامّ.

[٣] أي على تقدير تحقّق الإجماع، وفي هذا التعبير إشارة إلى أنّ قيام الإجماع على ضمان القيمة في القيميّات ليس أمراً مسلّماً ونحن نتكلّم في المسألة على تقدير تسليم أنّ الضمان بالقيمة في القيميّات من الأُمور المسلّمة التي أجمع عليها الفقهاء.

[٤] خبر لقوله: «إنّ الإجماع»، أي بعد البناء على تخصيص الآية وإطلاق الأخبار بالإجماع على ضمان القيميّ بالقيمة دون المثل لا يجدي بالنسبة إلى الموارد التي لم يحرز قيام الإجماع فيها على كونه قيميّاً، ولا يجدي هذا الإجماع في موارد الشكّ في القيميّة والمثليّة بأن اختلفوا في شيء في أنّه مثليّ أو قيميّ؛ وذلك لعدم إجماع مع وجود الخلاف في المسألة.

[٥] أي ففي موارد الشكّ في قيميّة شيء ومثليّته لا بدّ أن يحكم بضمان المثل

يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى [١] الدليل السابق وعموم [٢] الآية بناءً [٣] على ما هو الحقّ [٤] المحقّق

بمقتضى العمومات والإطلاقات التي سبق ذكرهما.

[١] أي يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق على آية الاعتداء، وهو مقتضى إطلاقات أخبار الضمان في أدلّة المغصوبات وغيرها الظاهرة في ضمان المثل بحسب الفهم العرفيّ.

[٢] أي يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى عموم آية الاعتداء لإثبات ضمان المثل فيما إذا كان للتالف مماثل عرفاً.

[٣] أي التمسّك بعموم الآية وإطلاق الرواية لإثبات ضمان المثل فيما إذا شكّ في كونه مثليّاً أو قيميّاً مبنيّ على ما هو مسلّم بين الأُصوليّين من التمسّك بعموم العامّ ورفع الإجمال عن المخصّص فيما إذا كان المخصّص أمره دائراً بين الأقلّ والأكثر بحسب المفهوم، وهذا في الحقيقة جواب عن سؤال مقدّر، وملخّص السؤال هو: أنّ مقتضى الدليلين وإن كان ضمان المثل، إلّا أنّه لا يمكن التمسّك بها لإثبات ضمان المثل فيما إذا شكّ في كونه مثليّاً أو قيميّاً؛ إذ العموم أو الإطلاق المذكور صار مجملاً بالإجماع على ضمان القيميّ بالقيمة والتمسّك بها في ما إذا شكّ في كونه قيميّاً أو مثليّاً تمسّكٌ بالعامّ في الشبهة المصداقيّة.

قلت: إنّ التمسّك بالعامّ في المقام تمسّك به في الشبهة المفهوميّة الدائر أمرها بين الأقلّ والأكثر، فالتمسّك بالعامّ لرفع الشبهة عن المفهوم الزائد أمر ثابت في الأُصول كما بيّنه المصنّف في المتن.

[٤] والفرق بينهما أنّ الحقّ ما هو ثابت في الواقع وهو قد لا يكون ثابتاً في مقام الإثبات لعدم قيام دليل عليه، وقد يكون ثابتاً في مقام الإثبات أيضاً لتماميّة

من أنّ العامّ [١] المخصّص [٢] بالمجمل مفهوماً، المتردّد [٣] بين الأقلّ والأكثر لا يخرج [٤] عن الحجّيّة بالنسبة إلى موارد الشكّ. فحاصل

دليله، وهذا ما يسمّى بالحقّ المحقّق.

[١] لأنّه المرجع في المخصّص المجمل المفهوميّ المردّد بين الأقلّ والأكثر ـ كما إذا ورد: أكرم العلماء، ثمّ قال: لا تكرم الفسّاق منهم، ودار أمر الفاسق بين ارتكاب مطلق المعصية وبين ارتكاب المعصية الكبيرة ـ كما قد حقّق في الأُصول.

[٢] بصيغة اسم المفعول، أي العامّ الذي خصّص بمخصّص مجمل من حيث المفهوم.

[٣] صفة لقوله: «بالمجمل»، أي المجمل الذي هو مردّد بين الأقلّ والأكثر مفهوماً في مقابل المجمل الذي مردّد بين المتباينين ويراد بالعامّ في المقام آية الاعتداء، فإنّها دلّت على لزوم أداء المثل مطلقاً، سواء كان التالف مثليّاً أو قيميّاً، ويراد بالمجمل القيميّ فإنّ مفهومه مجمل مردّد بين الأقلّ الذي هو مورد الإجماع، والأكثر وهو مطلق ما قيل بكونه قيميّاً، الذي هو محلّ الخلاف. **وبعبارة واضحة**: أنّ المراد بالأقلّ هو الأشياء التي أجمع الفقهاء على كونها قيميّة، والمراد بالأكثر هو ما يشكّ في مثليّته وقيميّته.

[٤] خبر لقوله: «أنّ العامّ المخصّص»، أي العامّ المخصّص بالمخصّص المجمل مفهوماً لا يرفع اليد عن حجّيّته بالنسبة إلى الموارد التي يشكّ في خروجها عن تحت العامّ، كالأكثر، وإنّما يرفع اليد عن حجّيّة العامّ ويخصّص بالنسبة إلى الأقلّ فقط الذي هو القدر المتيقّن من المفهوم المردّد. **وبعبارة واضحة**: أنّ مقتضى عموم الآية لزوم أداء المثل في المثليّ والقيميّ كليهما، وهذا العامّ مخصّص بالإجماع على ضمان القيميّ بالقيمة، إلّا أنّ القيميّ مجمل مردّد

الكلام [١] أنّ ما أجمع على كونه مثليّاً يضمن بالمثل مع مراعاة الصفات التي يختلف فيها الرغبات [٢]، وإن [٣] فرض نقصان قيمته في زمان الدفع [٤] أو مكانه [٥] عن [٦] قيمة التالف بناءً [٧] على تحقّق الإجماع على إهمال

بين الأقلّ والأكثر، فيقتصر في التخصيص على القدر المعلوم، وهو ما أجمع على كونه قيميّاً، ويبقى المشكوك تحت حجّيّة العامّ.

[١] يعني حاصل ما تكلّمنا في مفاد الآية ودليل العرف.

[٢] كما لو كانت الحنطة الجنوبيّة أشدّ رغبة من الحنطة الشماليّة كان اللازم ضمان الحنطة الجنوبيّة بالحنطة الجنوبيّة، والشماليّة بالشماليّة.

[٣] كلمة «إن» وصليّة، أي ما أجمع على كونه مثليّاً يضمن بالمثل وإن فرض نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف.

[٤] بأن يكون منشأ نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف الزمان، كما إذا كان التالف أغلى قيمة حين التلف من قيمة المثل حين الدفع، بأن كان التالف عزيز الوجود كالفاكهة في أوّل أوانها ـ فإنّ عزّة الوجود من أسباب ارتفاع القيمة ـ فأدّاه الضامن في موسم وفورها، فإنّ الوفور من أسباب نقصان القيمة.

[٥] أي فرض نقصان قيمة التالف في مكان دفع قيمة التالف إلى المالك بأن كان منشأ نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف المكان، كما إذا ضمن في بلد يعزّ وجود التالف فيه وأدّاه الضامن في بلد يكون وجود التالف فيه متوفّراً بحيث يكون المثل فيه أنقص قيمة من بلد الضمان الذي تلف المال فيه.

[٦] الجار متعلّق بقوله: «نقصان»، أي إن فرض نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف، سواء كان منشأ النقصان الزمان أو المكان أو كليهما.

[٧] أي ما ذكرناه من وجوب ضمان قيمة المثل وإن نقصت قيمته عن التالف في زمان الدفع مبنيّ على تحقّق الإجماع على عدم دخالة هذا التفاوت في

هذا التفاوت ،مضافاً [١] إلى الخبر الوارد في أنّ اللازم على من عليه دراهم [٢]

الضمان بالمثل ، يعني أنّ الفقهاء أجمعوا على أنّه لا اعتبار بالتفاوت في قيمة المثل ، فالمثل مضمون بمثله ، سواء كانت قيمة المثل في زمان الدفع ومكانه أكثر من قيمة التالف أو أقلّ منها أو مساوياً لها ، وأمّا إذا لم يتحقّق الإجماع عليه فلا بدّ من جبران التفاوت المذكور.

[١] هذا إشارة إلى الوجه الثاني لإهمال التفاوت في القيمة ونقصانها في زمان ومكان ، أي مضافاً إلى الإجماع القائم على وجوب دفع المثل عن التالف وإن نقصت قيمة المثل عن قيمة التالف الخبر الوارد ، فيمن كان له في ذمّة شخص دراهم وأسقط السلطان تلك الدراهم عن الاعتبار والماليّة وروّج غيرها ، فهل يجب على المديون جبران النقص الوارد على الدراهم الأُولى الموجودة في ذمّة المديون ؟ والإمام عليه السلام أجاب بأنّ اللازم على المديون أداء الدراهم الأُولى مع فرض نقصان قيمتها.

[٢] قال الشهيديّ : هكذا في النسخ المصحّحة ، وفي أغلب ما رأيته من النسخ بدله في أنّ الثابت في ذمّة من اقترض دراهم وكلّ منهما كان له وجه بأن يقال : إنّ النظر على الأوّل إلى رواية يونس لكونها على وفق مضمونها ، وعلى الثاني إلى رواية صفوان لمطابقتها لها ، ثمّ قال : الّا أنّ الصحيح هو الأوّل ؛ لأنّ شمول الثاني للمقام يحتاج إلى عدم الفصل بين القرض وبين المقام بخلاف الأوّل ، فإنّه يعمّه بنفسه.

أقول : أمّا رواية يونس التي كانت النسخة الأُولى على وفق مضمونها هي : قال : كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام أنّه كان لي على رجل عشرة دراهم ، وأنّ السلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت الدراهم أعلى من تلك الدراهم الأُولى ،

الثابت في ذمّة من اقترض دراهم وأسقطها [١] السلطان وروّج غيرها [٢] هي [٣] الدراهم الأُولى ، وما [٤] أجمع على كونه قيميّاً يضمن بالقيمة

ولها اليوم وضيعة فأي شيء لي عليه الأُولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان ؟ فكتب : **لَكَ الدَّرَاهِمُ الْأُولىٰ**»[1] .

بتقريب : أنّ الدراهم الأُولى الساقطة عن الرواج لم تخرج عن الماليّة رأساً ؛ لأنّ مادّتها فضّة ، وهي لا تسقط عن القيمة بمجرّد إسقاط الهيئة والسكّة ، وإنّما تنقص قيمتها عن الدراهم الرائجة .

وأمّا رواية صفوان ، قال : « سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت ، ولا يباع بها شيء ألصاحب الدراهم الدراهم الأُولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس ، فقال : **لِصَاحِبِ الدَّرَاهِمِ الدَّرَاهِمُ الْأُولىٰ** » ، ولعلّ المصنّف ذكر العبارة الأُولى نظراً إلى خبر يونس لكونها على وفق مضمونها ونظره في ذكر العبارة الثانية إلى خبر صفوان لكونها مطابقة لها .

[١] أي أسقط السلطان الدراهم المذكورة عن الاعتبار المعامليّ .

[٢] أي روّج غير الدراهم الأُولى الساقطة عن الاعتبار والرواج ، كما إذا روّج الدرهم من الفضّة بعد ما أسقط الدرهم من النحاس من الاعتبار .

[٣] خبر لقوله : « إنّ اللازم » ، أي اللازم على من عليه الدراهم هي الدراهم الأُولى ، وإن نقصت ماليّتها فإنّ الخبرين أيضاً يدلّان على إهمال التفاوت وعدم الاعتبار بالتفاوت الموجود في قيمة المثل بالزيادة والنقصان .

[٤] إلى هنا بيّن أنّ ما أجمع على كونه مثليّاً يضمن بالمثل . ومن هنا شرع في بيان

---

(١) وسائل الشيعة : الجزء ١٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الحديث ٢ .

بناءً [١] على ما سيجيئ من الاتّفاق على ذلك وإن [٢] وجد مثله أو كان مثله [٣] في ذمّة المالك، وما شكّ في كونه قيميّاً أو مثليّاً يلحق بالمثليّ مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف، ومع الاختلاف [٤] ألحق بالقيميّ، فتأمّل [٥].

ما أجمع على كونه قيميّاً وقال: إنّه يضمن بالقيمة.

[١] متعلّق بقوله: «يضمن»، أي الضمان بالقيمة مبنيّ على ما سيجيئ من اتّفاق الفقهاء على ضمان القيميّ بالقيمة.

[٢] كلمة «ان» وصليّة، أي اتّفق الفقهاء على ضمان القيميّ بالقيمة وإن وجد مثل القيميّ، وذلك كما لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً، فإنّ مثل التالف ليس بعزيز الوجود، ومع ذلك فالمضمون به هو القيمة للإجماع على قيميّة الكرباس.

[٣] أو كان مثل القيميّ في ذمّة المالك كما لو أتلف عبداً وله على سيّده بسبب القرض أو السلم عبد بصفات التالف، فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر، بل يحكمون على المتلف بقيمة العبد المتلَف، وعلى المقترض أو البائع سلماً أداء ما ذمّته من العبد إلى مالكه، وذلك لشمول الآية وإطلاق الأخبار الدالّين على أداء مثل التالف، والمفروض أنّ الضامن قادر على أداء ما يماثل التالف ماليّة، فالمقتضي لضمان المثل موجود، والإجماع المخصّص لعموم المقتضي غير تامّ.

[٤] أي مع اختلاف قيمتي المدفوع والتالف تكون المسألة ملحقة بما يضمن القيميّ؛ وذلك لعدم إمكان أداء المثل المماثل للتالف في الماليّة، فيصير من مصاديق تعذّر المثل، ومعه يتعيّن دفع القيمة.

[٥] إشارة إلى أنّه يجب أداء المثل في فرض عدم اختلاف قيمتي المدفوع

. . . . . .

والتالف ؛ لأنّ مقتضى عموم الآية وإطلاق الرواية وجوب أداء المثل إلّا ما قام الإجماع على خلافه ، والمفروض عدمه في المقام ، فيتمسّك بالعموم والإطلاق الدالّين على ضمان المثل .

« التحقيق »

أقول : إنّ ضمان المشتري للمقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف قد تقدّم أنّه ممّا لا شبهة فيه ، وأنّه يجب عليه أن يردّ بدل التالف إلى البائع ، وإنّما الكلام في أنّه هل يكفي ردّ ما يشارك التالف في النوع أي في مطلق الماليّة ، أم لا بدّ من رعاية خصوصيّة الصنفيّة بدفع ما يكون أقرب إلى التالف في الصفات الدخيلة في الرغبات ، وهو المثل في المثليّات والقيمة في القيميّات ، وقد تصدّى شيخنا الأنصاريّ ﷺ في هذا الأمر الرابع للبحث عن المثليّ والقيميّ في ضمن أُمور :

الأمر الأوّل : في تعريف المثليّ ، وأشار إليه بقوله : « وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثليّ » .

الأمر الثاني : في أدلّة ضمان المثل في المثليّ وضمان القيمة في القيميّ .

الأمر الثالث : في حكم الشكّ في كون التالف مثليّاً أو قيميّاً ، وأنّ الضامن يتخيّر في هذه الصورة بين دفع المثل أو القيمة ، أو أنّه يتخيّر المالك بين مطالبة ما شاء منهما .

أمّا الأمر الأوّل ، فقد اختلفت كلمات الفقهاء في ذلك ، كما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ ، فعن الشيخ والحلّيّ والمحقّق والعلّامة وجمع آخر أنّ المثليّ ما تتساوى أجزاؤه من حيث القيمة ، وهذا القول هو المشهور بين الأصحاب .

وعن التحرير : أنّه ما تماثلت أجزاؤه وتقاربت صفاته .

وعن الدروس والروضة: أنّه المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقاربة الصفات.

وعن غاية المراد: أنّه ما تتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعيّة.

وعن بعض العامّة: أنّه ما هو قدّر بالكيل والوزن.

وعن آخر منهم زيادة جواز بيعه سلماً.

وعن ثالث منهم بعكس ما عرّفوا به المثليّ.

قال الأُستاذ الأعظم: «ثمّ إنّه قد كثر النقض والإبرام حول التعاريف المذكورة تارة بعدم الاطّراد، وأُخرى بعدم الانعكاس، وثالثة من سائر الجهات، ولكن لا يهمّنا التعرّض لشيء من تلك التعاريف، ولا التعرّض لما يتوجّه عليها من المناقشات؛ ضرورة أنّ لفظي المثليّ والقيمي لم يردا في آية ولا في رواية، ولا انعقد عليهما إجماع لا المحصّل ولا المنقول لكي نبحث عنهما تارة من حيث الشرح والتفسير، وأُخرى من حيث الاطّراد والانعكاس، وثالثة من سائر الجهات، بل هما اصطلاحان من الفقهاء، فإنّهم قد ذكروهما لتعيين ما وجب على الضامن حين الأداء، فالتعاريف المذكورة تعاريف لفظيّة، وإنّما ذكرت لبيان غرض وحدانيّ، فاللازم علينا هو بيان هذا الغرض الوحيد فنقول: فإن كانت للموصوف أفراد متماثلة بحسب النوع أو الصنف فهو مثليّ؛ ضرورة أنّ أفراد الكلّيّ مع فرض تماثلها متساوية الأقدام ومتقاربة الأوصاف من دون تفاوت بينهما في نظر العرف وإن لم يكن الموصوف كذلك فهو قيميّ.

وقال بعض الشرّاح: أنّ الداعي لمعرفة مفهوم المثل هو وقوع هذا العنوان في دليلين: أحدهما الإجماع على ضمان المثل في المثليّ، وثانيهما: آية الاعتداء الدالّة على الضمان بالمثل، فيلزم حينئذٍ تمييز موضوع الحكم ليترتّب عليه آثاره.

ولكنّ الأمر في الإجماع سهل، كما عرفت مراراً، وكذا سيأتي الكلام في آية الاعتداء بأنّها لا تدلّ على ضمان المثل في المثليّات. إذن فالحقّ إلى هنا عدم ترتّب أثر على معرفة حقيقة المثليّ والقيميّ، فلا وجه لتطويل الكلام في هذا الأمر.

الأمر الثاني: في أدلّة ضمان المثل في المثليّ، وضمان القيمة في القيمي وهي وجوه:

الوجه الأوّل: ادّعى قيام الإجماع على ضمان المثل في المثليّ وضمان القيمة في القيميّ، **وفيه:** أنّه بعد الإغماض عن جميع ما يقال فيه أنّه محتمل المدرك، ومعه لا قيمة له.

الوجه الثاني: قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» بدعوى أنّ مقتضى هذا الحديث أنّ كلّ ما دخل تحت يد شخص فهو ضامن ويجب عليه ردّه إلى المالك، فما دامت العين موجودة تدخل بخصوصيّاتها النوعيّة والشخصيّة والماليّة تحت الضمان، وإذا تلفت فلا بدّ من ردّ عوضها.

وقال المحقّق النائينيّ ﷺ: أنّه يعتبر في وجوب ردّ عوض العين التالفة شروط ثلاثة:

الأوّل: أن يكون التالف ممّا يتموّل عرفاً وشرعاً، فمثل الخنفساء والخمر وإن وجب ردّهما حين بقائهما لجهة حقّ الاختصاص الثابت لمن أُخذ منه، إلّا أنّه بعد تلفهما لا يتعلّق بهما ضمان.

الثاني: أن يتعلّق الضمان بما يمكن عقلاً وعادة الخروج عن عهدته، أي في مقام الأداء لا بدّ أن يكون ما يؤدّيه تحت قدرة الضامن عقلاً وعادة، فالخصوصيّة العينيّة ساقطة حين الأداء، وهكذا الخصوصيّة النوعيّة إذا لم تكن مبذولة، فلو لم يجد مثل التالف إلّا عند من لا يبيعه إلّا بثمن كثير في العادة أو عند من يحتاج الشراء منه إلى

مصرف كثير ، فلا يجب ردّه .

الثالث : أن يكون البدل هو المبدل عرفاً وعادة بحيث يقال بعد أدائه أنّ التالف كأن لم يتلف ، وعلى هذا ففي المثليّ المثل هو المعيّن ، وفي القيميّ القيمة ؛ لأنّ بردّهما كأن لم يتلف من المضمون له شيئاً .

وآخر الكلام : أنّ الظاهر من الحديث عرفاً أنّه لو تلف المأخوذ فيكون أداؤه بما يعدّ أداءً له عرفاً وعادة ، ولا شبهة في أنّ المرتكز في الأذهان أنّ أداء المثليّ بالمثل والقيميّ بالقيمة ، فإنّ الضامن لو أدّاهما فكأنّه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله .

وأورد الأُستاذ الأعظم **أوّلاً** على الاستدلال بالحديث على مذهب المشهور ، حيث قال : إنّه لا دلالة فيه على مذهب المشهور ، أعني به الحكم بضمان المثل في المثليّ وضمان القيمة في القيميّ من أوّل الأمر ؛ لأنّ الظاهر منه هو ثبوت العين بدءاً في عهدة الآخذ ، وإذا تعذّر المثل أيضاً انتقل إلى القيمة من غير فرق في ذلك بين المثليّ والقيميّ ، ولا ريب في أنّ هذا المعنى لا ينطبق على مذهب المشهور انطباقاً تامّاً ، بل مقتضاه أنّ ضمان القيمة في طول ضمان المثل كما أنّ ضمان المثل في طول الضمان بنفس العين التي أُخذت من مالكها بغير سبب شرعيّ .

كما أورد **ثانياً** على المحقّق النائينيّ ﷺ القائل بأنّ وجوب ردّ عوض التالف مشروط بكون التالف ممّا يتموّل عرفاً وشرعاً ، فمثل الخنفساء والخمر وإن وجب ردّهما حين بقائهما لجهة حقّ الاختصاص الثابت لمن أُخذ منه ، إلّا أنّه بعد تلفهما لا يتعلّق بهما ضمان بأنّ وضع اليد على متعلّق حقّ الغير بدون سبب شرعيّ يوجب ضمانه ، وإذا تلف ذلك انتقل ضمانه إلى المثل . نعم ، إذا تعذّر المثل أيضاً بقي التالف في عهدة الضامن ؛ إذ المفروض أنّه ليس بمال لكي ينتقل ضمانه مع تعذّر

مثله إلى قيمته، فتأمّل.

وأورد سيّدنا الأُستاذ ﷺ على المشهور بأنّه لا يستفاد مدّعى المشهور من الحديث، بل المستفاد منه أنّ نفس العين في العهدة فيجب عليه أداؤها. هذا **أوّلاً**.

وثانياً: أنّ الحديث في مقام بيان أنّ الآخذ للعين ضامن لها إلى زمان تأديتها إلى مالكها ولا تعرّض في الحديث بأنّها إذا تلفت بماذا تشتغل ذمّة القابض ومن في يده العين.

ربّما يقال: إنّ حديث ضمان اليد غير متعرّض لأداء البدل، بل هو ظاهر في وجوب ردّ العين إلى مالكها، ولا شكّ في أنّ هذا الوجوب يسقط بتلف العين.

وقال الأُستاذ الأعظم ﷺ: إنّ هذا القول فاسد، فإنّ مقتضى الحديث ضمان المثل عند تعذّر ردّ العين وضمان القيمة عند تعذّر ردّ المثل، فإنّ ضمان القيمة في طول ضمان المثل، كما أنّ ضمان المثل في طول الضمان بنفس العين التي أُخذت من مالكها بغير سبب شرعيّ، والحقّ أنّ ما استفاده الأُستاذ من الحديث خلاف ظاهره، فالعمدة أنّ الحديث ضعيف السند كما عرفت.

الوجه الثالث: ما دلّ على أنّ حرمة ماله كحرمة دمه.

وفيه: **أوّلاً**: أنّه أجنبيّ عن الدلالة على الضمان، بل إنّه يدلّ على حرمة التصرّف في مال المسلم بدون طيب نفسه.

وثانياً: أنّه على تقدير دلالته على الضمان أنّه يدلّ على ثبوت الضمان بالبدل الواقعيّ، ولا يدلّ على ضمان المثل في المثليّ وضمان القيمة في القيميّ.

الوجه الرابع: الروايات الدالّة على أنّ الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري أخذها صاحبها وأخذ المشتري ولده بالقيمة. **بتقريب**: أنّ حكم الإمام عليه السلام بضمان قيمة الولد ظاهر في أنّ ضمان القيميّ بالقيمة.

وفيه: أنّ هذه النصوص تدلّ على ضمان القيمة في القيميّ في المورد الخاصّ. نعم، لا تخلو من الإشعار بالنسبة إلى ضمان القيمة في القيميّ.

الوجه الخامس: قوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾. **بتقريب**: أنّ المستفاد من الآية الشريفة المماثلة فيما يعتدى به، فإن كان مثليّاً يجب المثل، وإن كان قيميّاً تجب القيمة. **والحاصل**: أنّ المماثلة المستفادة من الآية تقتضي ضمان المثل في المثليّ وضمان القيمة في القيميّ.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم بأنّ الآية الشريفة لا دلالة فيها على المدّعى، فإنّ استفادة المدّعى منها تتوقّف على تماميّة جهات:

الأُولى: أن تكون كلمة «ما» في الآية الشريفة موصولة، وعلى هذا تدلّ الآية على اعتبار المماثلة فيما يعتدى به، فإن كان المعتدى به مثليّاً فيجب المثل، وإن كان قيميّاً فتجب القيمة ولا تكون مصدريّة.

الثانية: أن يراد من الموصول الشيء المعتدى به بأن يكون المعنى فاعتدوا عليه بمثل الشيء الذي اعتدى به عليكم.

الثالثة: أن يراد من كلمة المثل في الآية الشريفة المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ، وهذه المقدّمات كلّها مخدوشة.

أمّا الجهة الأُولى، فيخدش فيها:

أوّلاً: بأنّه لا قرينة على أن يراد من كلمة «ما» كونها موصولة، بل يحتمل أن تكون مصدريّة، وعليه فيكون معنى الآية فاعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم، وإذن فتختصّ الآية الشريفة بالاعتداء بالأفعال، وتكون أجنبيّة عن الدلالة على ضمان المثل في المثليّ؛ بداهة أنّ مماثل الإتلاف هو الإتلاف دون الضمان.

وأمّا الجهة الثانية، فنقول: إنّه لا قرينة على أن يكون المراد من الشيء هو

المعتدى به ، أعني به الأعيان الخارجيّة من النقد والعرض ، بل يحتمل أن يراد به الفعل ، أعني به الاعتداء ، وعليه تكون الآية أجنبيّة عن الدلالة على المدّعى حتّى على القول بأنّ كلمة « ما » فيها موصولة .

ثانياً: يمكن أن يراد من الشيء ما هو الأعمّ من الفعل والمعتدى به ، وحينئذٍ فتدلّ الآية على جواز اعتداء المضروب بالضرب واعتداء المشتوم بالشتم وعلى جواز إتلاف المال في مقابل الإتلاف وعلى جواز أخذ الحنطة بدل الحنطة ، وأخذ الفضّة بدل الفضّة .

وعلى هذا الاحتمال أيضاً لا يستفاد من الآية الضمان ، بل ولا جواز تملّك المغصوب منه شيئاً ممّا أخذه من الغاصب ، بل غاية ما يستفاد منها إنّما هو جواز التصرّف في أموال الغاصب على سبيل التقاصّ بلاكونه ملكاً للمتصرّف ؛ وذلك لعدم الملازمة بين جواز التصرّف في شيء وبين كونه ملكاً للمتصرّف ، فتأمّل .

وثالثاً: أنّه لو سلّمنا اختصاص لفظ الموصول بالشيء المعتدى به ، فيكون معنى الآية جواز الاعتداء بمثل المعتدى به ، فتكون الآية ظاهرة في ضمان المثل في كلّ من المثليّ والقيميّ ، وحينئذٍ فإذا تعذّر المثليّ كان دفع القيمة بدلاً عن المثل الثابت في الذمّة لا بدلاً عن العين التالفة ابتداء ، كما هو مسلك المشهور .

إذن فلا تدلّ الآية على مسلك المشهور حتّى بناءً على هذا القول .

أمّا الجهة الثالثة ، فيردّها عدم وجود قرينة على إرادة ضمان المثل من الآية في المثليّ وإرادة ضمان القيمة في القيميّ ؛ لأنّ المماثلة لا تقتضي ذلك ، كما عرفت آنفاً ، بل هي أعمّ منه . **فتحصّل**: أنّ الآية أجنبيّة عن الدلالة على مسلك المشهور بجميع احتمالاتها .

وقال المحقّق النائينيّ ﷺ: إنّ استفادة المعتدى به من الآية الشريفة في غاية

. . . . . .

الإشكال ، فإنّ الظاهر منها كونها ناظرة إلى اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء ، ثمّ قال : فالعمدة نفس أدلّة الضمانات ، وهي وإن لم تكن متكفّلة بالدلالة المطابقيّة لكيفيّة الضمان ، إلّا أنّها تدلّ عليها بالدلالة الالتزاميّة ، فإنّ ظاهر قوله : « **عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَ** » ـ بعد استفادة الضمان منه لو تلف المأخوذ ـ أنّ أداء المأخوذ إنّما هو بما يعدّ أداء له عرفاً وعادة ، ولا شبهة في أنّ المرتكز في الأذهان أنّ أداء المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ ، فإنّ الضامن لو أدّاهما فكأنّه لم يتلف من المضمون شيئاً من أمواله ويصدق أنّه هو الذي أخذه منه ، ولكنّ هذا الحديث الذي هو عمدة الأدلّة في المقام ضعيف سنداً ، وأمّا الباقي فقد عرفت عدم دلالتها على المدّعى .

والعمدة أن يستدلّ على المدّعى بالسيرة العقلائيّة بدعوى أنّهم بنوا على أن من وضع يده على مال الغير بغير سبب شرعيّ ضمنه بجميع خصوصيّاته الشخصيّة والماليّة والنوعيّة ، وأنّه لا يخرج عن عهدته إلّا بردّ عينه على مالكه مع بقاء عينه ، وإذا تلفت العين وجب ردّ ما هو أقرب إليها . ومن الواضح أنّ الأقرب إلى العين التالفة هو المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ . هذا هو العمدة في المسألة ، وأمّا باقي الأدلّة فهي قابلة للنقاش ، كما عرفت .

الأمر الثالث : أنّه قد وقع الخلاف في كثير من الأشياء أنّها مثليّة أو قيميّة ، منها الذهب والفضّة المسكوكان ، ومنها الحديد والنحاس والرصاص ، ومنها الرطب والعنب والزبيب والتمر ، وغير ذلك من الموارد التي لم يستوضح كونها مثليّة أو قيميّة . **والحاصل** : لو شككنا في تالف في أنّه مثليّ أو قيميّ فليس هنا أصل لفظيّ يدلّ على كون المشكوك مثليّاً أو قيميّاً ، بل لا بدّ من الرجوع إلى الأصول العمليّة كي نرى هل مقتضاها هو الضمان بالمثل فقط لا غير أو الضمان بالقيمة فقط لا غير ، أو تخيير المالك بين المثل والقيمة أو تخيير الضامن بينهما ، أو الرجوع إلى القرعة ،

أو الصلح القهريّ، ففي المسألة وجوه، بل أقوال:

أمّا القول الأوّل: فيمكن أن يستدلّ عليه بوجيهن:

الوجه الأوّل: الحكم بضمان المثل فقط، سواء كان التالف مثليّاً أو قيميّاً؛ لأنّ الواجب على الضامن أداء المثل حتّى في القيميّات لكونه أقرب إلى التالف من غيره، وأمّا جواز أداء القيمة في القيميّات فإنّما هو من باب الإرفاق للضامن؛ وذلك لعدم وجدان المثل في القيميّات غالباً، فيكون إلزامه بأداء المثل فيها مستلزماً للعسر والحرج غالباً.

وفيه: قد عرفت آنفاً أنّ مقتضى السيرة ضمان القيمة في القيميّات، ومعه لا مجال للتمسّك بالأُمور الاستحسانيّة التي لا تصلح أن تكون دليلاً على المسألة الفقهيّة.

الوجه الثاني: أنّ فراغ الذمّة بأداء ما يحتمل تعيّنه قطعيّ، وبأداء غيره مشكوك فيه، فيكون المقام داخلاً في كبرى دوران الأمر بين التعيين والتخيير، فالأصل هو عدم سقوط ما في ذمّة الضامن إلّا بأداء المثل؛ لأنّه وجب الأخذ بما احتمل تعيّنه فيما إذا دار الأمر بين التعيين والتخيير.

وفيه: أوّلاً: أنّه بعد قيام السيرة على ضمان القيمة في القيميّات لا يصل المجال إلى الأصل كي يقال إنّه في دوران الأمر بين التعيين والتخيير يؤخذ بأصالة التعيين.

وثانياً: أنّه قد حقّق في الأُصول أنّ الأصل في دوران الأمر بين التعيين والتخيير في المسألة الفقهيّة هو التخيير لا التعيين. نعم وجب الأخذ بما يحتمل تعيّنه في المسألة الأُصوليّة، إلّا أنها خارجة عن محلّ كلامنا.

وإن شئت فقل: إنّ ثبوت ماليّة التالف في ذمّة الضامن معلوم، إلّا أنّ ثبوت تعيّنها بخصوص المثل مشكوك فيه، فيدفع بأصالة البراءة، ولكنّك قد عرفت أنّ مقتضى

السيرة ضمان المثل في المثليّ حتّى في مورد الشكّ ، إلّا إذا ثبت كون التالف قيميّاً ، أوكان التالف مثليّاً ، ولكن تعذّر مثله . هذا تمام الكلام في القول الأوّل ، وهو القول بضمان المثل فقط .

وأمّا القول الثاني ، وهو القول بضمان القيمة فقط عند الشكّ في كون التالف مثليّاً أو قيميّاً ، فاستدلّ عليه بأصالة البراءة عن وجوب المثل بدعوى أنّ المقام من موارد دوران الأمر بين الأقلّ والأكثر ، والقيمة تكون هي الأقلّ ، والمثل هو الأكثر ؛ لأنّ المراد من القيمة هنا إنّما هي الماليّة المشتركة بين جميع الأموال ، سواء كانت تلك الأموال مثليّة أو قيميّة ، فاشتغال الذمّة بهذه الماليّة المشتركة معلوم واشتغالها بخصوص المثل مشكوك ، فيكون المرجع أصالة البراءة عن الخصوصيّة ، وعلى هذا فلا يجب على الضامن إلّا أداء القيمة .

وفيه : أنّ الذي ذكره تقريباً لجريان البراءة مبنيّ على تماميّة تفسير القيمة بالماليّة السارية في جميع الأموال ، ولكنّه ليس كذلك ، بل المراد بها هو الماليّة الخالصة ، كالنقود الرائجة بين الناس ، وعليه فيكون دوران الأمر بين وجوب ردّ المثل وردّ القيمة من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين ، فيكون المرجع قاعدة الاحتياط لا أصالة البراءة ، وأمّا القول الثالث ـ وهو تخيير الضامن بين أداء المثل والقيمة ـ فاستدلّ عليه بأنّه بعد ما عرفت من كون المقام من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين والقطع بفراغ الذمّة في مثل المقام لا يحصل إلّا بالاحتياط وأداء كلا الأمرين من المثل والقيمة ، ولكن حيث إنّه خلاف الإجماع والتسالم والضرورة ، بل ينفيه حديث نفي الضرر الذي يلزم من الجمع بين الأمرين ، فلا يبقى مجال إلّا للقول بالتخيير بين أداء المثل وأداء القيمة .

والجواب عنه : أنّ قيام الإجماع على عدم وجوب أداء المثل والقيمة معاً

. . . . . .

لا يقتضي التخيير، بل يمكن تعيين ما في الذمّة بالصلح القهريّ أو أنّ الضامن والمالك يرجعان إلى الحاكم الشرعيّ ويحكم الحاكم بذلك.

وأمّا القول الرابع ـ وهو تخيير المالك بين مطالبة المثل وبين مطالبة الثمن ـ فاستدلّ عليه بأنّ ما يختاره المالك إمّا هو البدل الواقعيّ للتالف، أو أنّه بدل البدل، وعلى كلا التقديرين يكون ذلك مسقطاً لما في ذمّة الضامن، أمّا على الأوّل فواضح، وأمّا على الثاني فلرضاء المالك به. إذن فما يختاره المالك مسقط لما في ذمّة الضامن دون غيره، فالأصل عدم سقوطه إلّا بما يختاره المالك.

وفيه: أنّه بعد قيام السيرة على وجوب أداء المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ لا يصل المجال إلى هذا الذي ذكره لإثبات تخيير المالك، وأمّا الرجوع إلى القرعة لتعيين المثل أو القيمة ـ كما نسب إلى بعض ـ فمتوقّف على جريان القرعة في الشبهات الحكميّة وهو مقطوع الفساد كما بيّناه في محلّه.

الخامس [١]: ذكر في القواعد أنّه [٢] لو لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء [٣] تردّد [٤]، انتهى.

أقول: كثرة [٥] الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقيّة للمثل بأن صارت

---

[١] أي الأمر الخامس من الأمور المتفرّعة على المقبوض بالعقد الفاسد، وهذا البحث في الأمر الخامس متفرّع على ما تقدّم في الأمر الرابع من ضمان المثل في المثليّ، فيقع الكلام في هذا الأمر في أنّه إذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد المثليّ وارتفعت قيمة مثله بأن صارت قيمته في زمان أدائه أضعاف قيمته وقت ضمانه، فهل يجب على الضامن تحصيل المثل ولو بأضعاف قيمته وردّه إلى المالك، أم يجوز له أن يصبر إلى أن يكثر المثل أو تنزّل قيمته السوقيّة، أم يفصل بين ما كانت الزيادة لأجل الرواج في السوق وبين ما كانت الزيادة لمطالبة من عنده المثل بالزيادة، أم يكفي ردّ ثمنه الذي كان حين ضمانه عند تعذّر المثل، وجوه.

وأشار المصنّف ﷺ إلى هذا البحث بقوله: «الخامس: ...»، ويتعرّض في هذا الأمر إلى أربعة فروع، ويشير إلى حكم ثلاثة منها في هذا الأمر، ويحيل الفرع الرابع إلى الأمر السادس.

[٢] الضمير للشأن.

[٣] أي ففي وجوب شراء المثل بأكثر من ثمن المثل ولو بأضعاف قيمته.

[٤] يظهر من هذا التعبير أنّ العلّامة متردّد بين وجوب أداء المثل وأداء قيمته حين الضمان.

[٥] أي زيادة قيمة المثل فيما إذا كان التالف مثليّاً إن كانت ناشئة من زيادة القيمة السوقيّة للمثل.

قيمته [١] أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر [٢] أنّه لا إشكال في وجوب الشراء، ولا خلاف، كما صرّح به [٣] في الخلاف، حيث قال [٤]: إذا غصب ماله [٥] مثل كالحبوب [٦] واللحوم والأدهان، فعليه [٧] مثل ما تلف في يده يشتريه [٨] بأيّ ثمن كان، بلا خلاف [٩]، وفي المبسوط [١٠] يشتريه بأيّ ثمن كان إجماعاً، انتهى.

---

[١] أي صارت قيمة المثل حين الأداء أضعاف قيمته يوم التلف، كما إذا كانت قيمة المقبوض بالعقد الفاسد حين التلف درهما وارتفعت قيمة مثله وبلغت في زمن الأداء إلى أربعة دراهم.

[٢] جواب للشرط، أي إن كانت زيادة ثمن المثل لأجل ارتفاع القيمة السوقيّة، فالظاهر أنّه لا إشكال في وجوب شراء المثل بأضعاف قيمته وردّه إلى المالك، ولا وجه لتردّد العلّامة فيه في هذه الصورة.

[٣] أي صرّح بعدم كون المسألة خلافيّة الشيخ الطوسيّ في الخلاف.

[٤] أي قال الشيخ الطوسيّ في الخلاف.

[٥] الكلمة الموصولة مفعول لقوله: «غصب»، أي إذا غصب غاصب شيئاً له مثل ويعدّ من المثليّات.

[٦] هذه أمثلة للمثليّات.

[٧] أي يجب على الغاصب أن يرد مثل ما تلف في يده من المثليّات.

[٨] أي يشتري الغاصب مثل ما تلف في يده ولو بأضعاف قيمته.

[٩] هذا محلّ الشاهد، فإنّه صرّح بأنّ المسألة لا خلاف فيها.

[١٠] ذكر في المبسوط أيضاً أنّ المسألة لا خلاف فيها.

ووجهه [١]: عموم النصّ [٢] والفتوى [٣] بوجوب المثل في المثليّ. ويؤيّده [٤] فحوى [٥] حكمهم بأنّ تنزّل قيمة المثل [٦] حين الدفع

---

[١] أي وجه وجوب شراء المثل بأيّ ثمن كان.

[٢] المراد من النصّ قوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾. بتقريب: أنّ الآية تدلّ على وجوب دفع المثل عن التالف، سواء بقي المثل على قيمته حال التلف أم ارتفعت، وعموم قاعدة اليد.

[٣] أي عموم الفتاوى وإطلاقها يدلّ على أنّ الضمان في المثليّات المثل، سواء ارتفعت قيمته بأضعاف أم لا.

[٤] أي يؤيّد ما ذكرناه من وجوب شراء مثل التالف ولو بأضعاف قيمته.

[٥] تقريب الفحوى كما في حاشية المحقّق الأصفهانيّ ﷺ هو أنّ الفقهاء حكموا بأنّ تنزّل قيمة المثل لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل يجب على الضامن أداء المثل حتّى في هذه الصورة، ومن الواضح أنّ أداء المثل مع نقصان قيمته عن قيمة التالف إنّما هو لمكان صدق المماثلة، فإذا صدق عليه أنّه مماثل مع عدم كونه مماثلاً للتالف في الماليّة بحدّها فصدق المماثل عليه مع بلوغه لقيمة التالف وزيادة يكون بالأولويّة، فإنّه مماثل له في الحقيقة والماليّة حقيقة لا بالعناية وبمجرّد المماثلة في الصورة.

والحاصل: أنّه إذا كان المتلف ضامناً لخصوص المثل عند تنزّل القيمة السوقيّة يكون ضامناً له عند ارتفاع القيمة بالأولويّة، ثمّ أورد عليه بمنع الأولويّة في لزوم شراء المثل بالقيمة.

[٦] إذا لم يكن تنزّل قيمة المثل حين الدفع عن قيمة يوم التلف موجباً لانتقال المثل إلى القيمة، فلا يوجب انتقال المثل إلى القيمة عند ارتفاع القيمة السوقيّة للمثليّ بطريق أوْلى.

عن [١] يوم التلف لا يوجب [٢] الانتقال إلى القيمة، بل ربما احتمل بعضهم ذلك [٣] مع سقوط المثل في زمان الدفع عن الماليّة [٤]، كالماء [٥] على الشاطئ، والثلج في الشتاء، وأمّا إن كان [٦] لأجل تعذّر المثل، وعدم [٧] وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف

---

[١] الجار متعلّق بقوله: «تنزّل».

[٢] خبر لقوله: «بأن تنزّل».

[٣] أي وجوب أداء المثل وعدم انتقاله إلى القيمة، والمراد بالبعض العلّامة في القواعد.

[٤] الجار متعلّق بقوله: «سقوط».

[٥] كما إذا غصب الماء وأتلفه في مكان لا يكون الماء متوفّراً بحيث يبذل بإزائه مال، أو غصب ثلجاً في الصيف وأتلفه، وأراد أن يردّ الماء المغصوب في قرب الشطّ أو يردّ الثلج المغصوب في الشتاء، اللذين سقطا عن الماليّة بالمرّة.

وملخّص كلامه إلى هنا: الحكم في المسألة في هذه الصورة بوجوب شراء المثل وردّه إلى مالكه وإن كان بأضعاف قيمته، ولا وجه لتردّد العلّامة بين شراء المثل وردّه إلى المالك وبين أداء قيمته.

[٦] هذا عِدل لقوله: «وإن كانت لزيادة القيمة السوقيّة للمثل»، وكان الصحيح أن يقال: وأمّا إن كانت... لرجوع الضمير فيها إلى كثرة الثمن، أي إن كانت زيادة قيمة المثل لأجل تعذّر الوصول إليه وعدم وجدانه في السوق إلّا عند شخص واحد، وهو لا يبيعه إلّا بثمن أزيد من المتعارف.

[٧] عطف تفسير لقوله: «تعذّر المثل»، أي إن كانت كثرة الثمن لأجل عدم وجدان المثل إلّا عند البائع الذي لا يبيعه إلّا أزيد من ثمن المثل.

الإعواز[١]، بحيث[٢] يعد بذل ما يريد مالكه[٣] بأزائه ضرراً عرفاً، والظاهر[٤]

---

[١] وفي هذا إشارة إلى أنّ زيادة قيمة المثل قد يكون منشؤها رغبة الناس فيه مع عدم كونه موجوداً إلّا عند هذا الشخص البائع، وهذا يكون من مصاديق ارتفاع القيمة السوقيّة لأجل إعواز المثل وعدم وفوره في السوق، فارتفاع القيمة السوقيّة عند الإعواز لا يمنع من وجوب شراء المثل وأدائه إلى المالك.

وقد تكون زيادة قيمة المثل أزيد من ارتفاعها لأجل رغبة الناس فيه مع وصف إعوازه، فلا تكون زيادتها لأجل ارتفاع القيمة السوقيّة، بل تكون الزيادة لأجل طمع البائع وإجحافه بحيث يكون إلزام الضامن بشراء المثل منه في العرف إجحافاً في حقّه وضرراً عليه، فيكون الحكم بوجوب شراء المثل على الضامن مشكلاً، ويكون المجال لتردّد العلّامة واسعاً.

[٢] أي بحيث يعدّ بذل ما يطلبه بائع المثل من الزيادة ممّا يرغب فيه الناس ضرراً عرفاً على الضامن.

[٣] أي يعدّ بذل الثمن الذي يريده بائع المثل من الضامن بإزاء ما يبيعه من المثل ضرراً على الضامن؛ لأنّه يطلب منه ما يزيد على القيمة السوقيّة الحاصلة من رغبة الناس إلى هذا المثل عند إعوازه.

[٤] والصحيح أن يقال: «فالظاهر» ليكون جواباً للشرط، أي إن كانت زيادة قيمة المثل لأجل عدم وجدانه إلّا عند شخص لا يبيعه إلّا بأزيد ممّا يرغب فيه الناس، فالظاهر أنّ تردّد العلّامة وعدم حكمه بوجوب شراء المثل ناظر إلى هذه الصورة، فتكون النتيجة أنّ زيادة قيمة المثل إن كانت لأجل ارتفاع القيمة السوقيّة فلا خلاف في وجوب شراء المثل، وإن كانت لأجل عدم وجدانه إلّا عند من لا يبيعه إلّا بأزيد ممّا يرغب فيه الناس لأجل طمع المالك فالحكم فيه

أنّ هذا[١] هو المراد بعبارة[٢] القواعد؛ لأنّ[٣] الثمن في الصورة الأُولى[٤] ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو[٥] ثمن المثل، وإنّما زاد[٦] على ثمن التالف يوم التلف،

عدم وجوب شراء المثل والتردّد فيه، كما ذهب إليه العلّامة.

[١] أي ارتفاع قيمة المثل لأجل تعذّر المثل، وعدم وجدانه إلّا عند بائع خاصّ.

[٢] وهي قوله: لو لم يجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردّد، فإنّ مراد العلّامة من هذه العبارة أنّ زيادة ثمن المثل تكون ناشئة من عدم وجدان المثل إلّا عند البائع الخاصّ وأمّا لو كان ناشئاً من ارتفاع القيمة السوقيّة فهو ليس مردّداً في الحكم بوجوب شراء المثل، وإن كان بأضعاف قيمته.

[٣] أي إنّما قلنا إنّ مراد العلّامة في القواعد من زيادة قيمة ثمن المثل ما إذا كانت الزيادة ناشئة من تعذّر المثل؛ لأنّ الثمن فيما إذا كان كثرة الثمن لأجل زيادة القيمة السوقيّة ليست بأزيد من ثمن المثل فإنّ المثل ليس أمراً ثابتاً، بل يختلف باختلاف القيمة السوقيّة، ربما يكون قيمة شيء في بعض السنوات ألف درهم، وبعض السنوات الأُخرى ألفين.

[٤] وهي ما إذا كانت كثرة الثمن لأجل زيادة القيمة السوقيّة.

[٥] أي الثمن في صورة كون كثرة الثمن لأجل ارتفاع القيمة السوقيّة يكون نفس ثمن المثل لا أكثر منه.

[٦] أي زاد ثمن المثل على ثمن التالف يوم تلفه؛ إذ المفروض ارتفاع قيمة المماثل للتالف، فتكون قيمة المثل حين الأداء أكثر من قيمة المثل يوم التلف.

والحاصل: أنّ قول العلّامة في القواعد، حيث قال فيه: «لو لم يوجد

فحينئذٍ [١] يمكن التردّد في الصورة الثانية [٢]، كما قيل [٣] من أنّ الموجود

المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردّد» لا ينطبق على الصورة الأولى التي كانت زيادة ثمن المثل فيها لأجل ارتفاع القيمة السوقيّة لعدم زيادة ثمن المثل فيها، كما عرفت، بل هو ينطبق على الصورة الثانية التي كانت زيادة الثمن فيها لأجل تعذّر المثل ومطالبة من عنده المثل زيادة القيمة.

[١] أي حينما عرفت أنّ مراد العلّامة من زيادة ثمن المثل أن تكون الزيادة ناشئة من تعذّر المثل وعدم وجوده إلّا عند من يطلب قيمة زائدة على قيمة المثل.

[٢] أي يمكن التردّد والإشكال في وجوب أداء المثل في الصورة الثانية، وهي ما كانت كثرة الثمن لأجل تعذّر المثل. قال الشهيديّ: لا يخفى ما في الجمع بين كلمة حينئذٍ وبين كلمة الصورة الثانية من التكرار؛ لوضوح أنّ مفروض الصورة الثانية إرادة بائع المثل زيادة على ثمنه الواقعيّ لأجل تعذّر المثل، ويراد من قوله حينئذٍ أيضاً هذا المعنى، ولكن قد عرفت أنّه لا تكرار فيهما، لاحظ العبارة كي يتّضح الأمر.

وأمّا وجه تردّد العلّامة في الصورة الثانية ـ وهي كون كثرة الثمن لأجل تعذّر المثل ـ فلأنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل بمنزلة أنّ ثمن المثل غير موجود، فيجب على الضامن أداء قيمته. هذا وجه وجوب أداء القيمة تعييناً، وأنّ المثل كالعين، أي مع وجود المثل كأنّ العين موجودة، فردّها واجب، فيجب شراؤه وردّه إلى المالك وإن كان بأضعاف قيمته، وهذا وجه تعيّن ردّ المثل، فحيث لم يتمكّن العلّامة من ترجيح أحد الوجهين بأن يقول: إنّ الموجود بأكثر من المثل كالمعدوم، أو أنّه مع إمكان ردّ المثل لا يصل المجال إلى القيمة تردّد في المسألة.

[٣] القائل بالتردّد هو العلّامة، حيث تردّد في وجوب أداء المثل، وأشكل فيه

بأكثر من ثمن [١] المثل كالمعدوم ، كالرقبة [٢] في الكفّارة والهدي [٣] ،

فيما إذا كانت الزيادة لأجل تعذّر المثل .

[١] هذا إشارة إلى الوجه الأوّل من الوجهين اللذين استدلّ بهما على عدم وجوب أداء المثل على الضامن وانتقال الضمان إلى قيمته ، **وملخّصه** : أنّ المثل في فرض كونه أكثر من ثمن المثل وطلب البائع أضعاف قيمته ينزّل منزلة المعدوم ، فكما أنّ في صورة عدم المثل ينتقل الضمان إلى القيمة كذلك ينتقل إليها فيما إذا كان المثل غير موجود إلّا عند من لا يبيعه إلّا بأكثر من ثمن المثل بأضعاف قيمته ، وهو أيضاً ملحق بالعدم ، فمع عدم وجود المثل لا شبهة في انتقال الضمان إلى القيمة .

[٢] أي يكون المثل فيما إذا تعذّر المثل نظير ما كان المثل غير موجود نظير عتق الرقبة في كفّارة الظهار وفي كفّارة قتل الخطأ ، فكما أنّ كفّارة الظهار وكفّارة قتل الخطأ مترتّبتان فإنّ كفّارتهما العتق أوّلاً ، ثمّ الصيام شهران مع عدم إمكان العتق ولو بسبب عدم وجوده إلّا عند من يبيعه بأضعاف قيمته كذلك المثل ينتقل إلى القيمة ويلحق بالمعدوم عند عدم وجود المثل إلّا عند من يبيعه بأكثر من ثمن المثل .

والحاصل : كما أنّ الكفّارة التي كانت عتق رقبة مثلاً تنتقل إلى المرتبة البعديّة وهو وجوب الصيام فيما إذا لم يوجد رقبة ، أو يوجد عند من لا يبيعه إلّا بأضعاف قيمته ، كذلك المثل في الفرض المذكور ينتقل الضمان فيه إلى قيمته ، إذا لم يوجد المثل أو وجد عند من لا يبيعه إلّا بأضعاف قيمته .

[٣] أي كما أنّ الهدي الموجود بأكثر من ثمن المثل في باب الحجّ كالمعدوم ، فينتقل الضمان إلى القيمة كذلك المثل الموجود بأكثر من ثمن المثل ينتقل إلى القيمة . **وتوضيحه** : أنّه لو تعذّر الهدي في الحجّ أو لا يوجد إلّا عند من

وأنّه [١] يمكن معاندة البائع وطلب أضعاف القيمة، وهو [٢] ضرر، ولكنّ [٣] الأقوى مع ذلك وجوب الشراء

لا يبيعه إلّا بأضعاف قيمته، فعجز من وجب عليه الهدي عن ثمن الهدي، صام بدله عشرة أيّام، ثلاثة منها في الحجّ وسبعة إذا رجع إلى أهله، فإنّ الهدي الموجود بأكثر من ثمن المثل يكون كالمعدوم، وتعذّر المثل لأجل عدم وجوده إلّا عند من يبيعه بأضعاف قيمته ينتقل إلى المرتبة المتأخّرة وهي القيمة نظير انتقال الهدي إلى المرتبة المتأخّرة وهي الصيام التي هي بدل الهدي.

[١] هذا إشارة إلى الوجه الثاني من الوجهين اللذين استدلّ بهما على عدم وجوب أداء المثل على الضامن عند تعذّر المثل، وعدم إمكان تحصيله إلّا بأداء أضعاف قيمته. **وملخّصه**: أنّه لو كان تحصيل المثل وأداؤه إلى المالك واجباً على الضامن لكان هذا الوجوب في بعض الموارد ضرريّاً على الضامن؛ إذ يمكن معاندة بائع المثل للضامن بأن يطلب منه أضعاف القيمة الواقعيّة للمثل وإذاكان وجوب أداء المثل ضرريّاً فهو يكون منفيّاً في الشريعة بحديث نفي الضرر، ونتيجته: أنّ المثل في هذا الفرض كالمعدوم يصل المجال إلى وجوب أداء قيمته.

[٢] والضمير يرجع إلى وجوب شراء المثل بأضعاف قيمته المفهوم من سياق الكلام، أي وجوب شراء المثل بأضعاف قيمته على الضامن ضرر عليه والحكم الضرريّ منفيّ في الشريعة.

[٣] هذا من الشيخ في ردّ تردّد العلّامة، حيث قال: «الأقوى مع تعذّر المثل وكون طلب البائع أضعاف قيمة المثل ضرراً على البائع وجوب شراء المثل على الضامن وردّه إلى المالك؛ لأنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال».

وفاقاً[١] للتحرير، كما[٢] عن الإيضاح والدروس وجامع المقاصد، بل[٣] إطلاق السرائر، ونفي[٤] الخلاف المتقدّم عن الخلاف لعين[٥]

---

[١] أي وافقنا العلّامة في هذا الذي ذكرناه من وجوب شراء المثل ولو بأضعاف قيمته في كتاب التحرير.

[٢] أي كما أنّ الوفاق لما ذكر من وجوب شراء المثل بأضعاف قيمته حكي عن هذه الكتب التي ذكرناها.

[٣] وفي كلمة «بل» إشارة إلى أنّ في الكتب المتقدّم ذكرها صرّحوا بوجوب شراء المثل بأضعاف قيمته، ولكن في السرائر لم يصرّح به، وإنّما يستفاد الحكم المذكور منه بمقتضى إطلاق كلامه بوجوب ردّ المثل، حيث قال: «فإن تلف المثليّ فعلى الضامن ردّ مثله»، ومن الواضح أنّ مقتضى إطلاق هذا الكلام وجوب أداء المثل حتّى مع تعذّر المثل وارتفاع قيمته ارتفاعاً فاحشاً.

[٤] أي بل إطلاق كلام الشيخ في الخلاف أيضاً يدلّ على ما ذكرنا من وجوب شراء المثل، فيكون ما ذكرناه موافقاً لإطلاق كلامه، حيث قال: «فعليه ما تلف بيده ويشتريه بأيّ ثمن كان بلا خلاف»، فإنّ إطلاق كلامه يشتريه بأي ثمن كان بلا خلاف يقتضي أنّه لا خلاف بينهم في وجوب شراء المثل ولو بأضعاف قيمته.

[٥] أي إنّما قلنا بوجوب شراء المثل ولو بأضعاف قيمته لعين ما ذكرنا من الوجه لوجوب شراء المثل في الصورة الأُولى، التي تكون كثرة المثل فيها لزيادة القيمة السوقيّة، وهو عموم النصّ والفتوى، وقيل في وجه عدم شمول حديث «نفي الضرر في المقام» ـ الذي هو وجوب الشراء بأكثر المثل ـ بأنّ الضرر لا يزال بالضرر فلايشمله حديث والغاصب يؤخذ بأشقّ الأحول، وأنّ الضامن مع إقدامه بالضرر لا يشمله حديث نفي الضرر، فتأمّل في كلّه.

ما ذكر في الصورة الأُولى.

ثمّ إنّه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه [١] في مكان التلف أو غيره، وبين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف [٢] أم لا وفاقاً [٣]، الظاهر المحكي عن التحرير والتذكرة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد، وفي السرائر أنّه [٤] الذي يقتضيه عدل [٥] الإسلام والأدلّة [٦] وأُصول المذهب [٧]، وهو [٨] كذلك. هذا [٩]،

---

[١] أي لا فرق بين كون المثل في المكان الذي تلف فيه أو كان في بلد آخر.

[٢] أي لا فرق بين كون قيمة المثل في مكان مطالبة المالك بمثل ماله التالف أزيد من قيمة المثل في المكان الذي تلف فيه أم لا.

[٣] أي هذا الذي ذكرنا من عدم الفرق في الموردين المذكورين موافق لظاهر الكلام المحكيّ عن الأعلام المذكورين في المتن.

[٤] أي عدم الفرق في جواز المطالبة بالمثل بين الموردين المذكورين.

[٥] إذ هو يقتضي وجوب ردّ المال إلى المالك وجواز مطالبة المالك بماله من دون فرق بين الموارد المذكورة.

[٦] أمّا الأدلّة فهي كإطلاق آية الاعتداء وغيره.

[٧] أى جواز مطالبة المالك مثل ماله على الإطلاق من الأُمور المسلّمة في مذهب الشيعة.

[٨] أي ما ذكره ابن إدريس من جواز مطالبة المال بالمثل من الضامن على الإطلاق متين، والدليل عليه إطلاق حديث السلطنة، حيث يستفاد منه جواز مطالبة الناس بأموالهم ولو كان أزيد من ثمن مثله.

[٩] أي جواز المطالبة في غير بلد التلف.

مع وجود المثل في بلد المطالبة، وأمّا مع تعذّره [١] فسيأتي حكمه في المسألة السادسة [٢].

---

[١] أي أمّا مع تعذّر المثل في بلد المطالبة.

[٢] المراد من المسألة السادسة الأمر السادس الذي ذكره المصنّف بقوله: «الأمر السادس».

«التحقيق»

فيما إذا لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل

قال العلّامة: ففي وجوب شراء المثل بأكثر من ثمن المثل على الضامن تردّد، وقد تعرّض شيخنا الأنصاريّ ﷺ في هذا الأمر إلى أربعة فروع، وأشار إلى الفرع الرابع في الأمر السادس كما ستعلم:

الفرع الأوّل: ما إذا كان تعذّر المثل بمعنى عدم إمكان تحصيله إلّا بأضعاف قيمته بأن كانت كثرة الثمن ناشئة من ارتفاع القيمة السوقيّة، كما إذا صارت قيمته أضعاف قيمة المثليّ يوم تلفه، واختار ﷺ في هذا الفرع الضمان بالمثل مستدلاً بعموم النصّ والفتوى.

والكلام في المسألة في فروع:

الأوّل: فيما إذا كان تعذّر تحصيل المثل لأجل ارتفاع القيمة السوقيّة، وقد حكم شيخنا الأنصاريّ ﷺ فيه بوجوب شراء المثل وإن كان بأضعاف قيمته، وقال الأستاذ[١] الأعظم: وهذا هو الحقّ، والوجه فيه أنّ الثابت في ذمّة القابض ابتداء

---

(١) ٣: ١٦١.

ليس إلّا نفس العين بجميع خصوصيّاتها النوعيّة والماليّة والشخصيّة ، وإذا تلفت العين وجب عليه أداء مثلها ، وهو الكلّيّ الجامع لجميع الخصوصيّات الدخيلة في الماليّة لا الخصوصيّات الدخيلة في التشخّص الخارجيّ .

إذن فزيادة القيمة السوقيّة لا تؤثّر في جواز تأخير الأداء تمسّكاً بأدلّة نفي الضرر ؛ ضرورة أنّه لم يتوجّه على الضامن ضرر آخر غير الضرر المتوجّه عليه من ناحية حكم الشارع بضمان المثل ، وهو لا يرتفع بالحديث المذكور لوروده مورد الضرر .

وإن شئت فقل : إنّ طبع الحكم بالضمان ضرريّ ، والحديث لا يصلح لرفعه ، أضف إليه : أنّ رفع الضمان خلاف الامتنان ، وهو لا يناسب كون الحديث امتنانيّاً ، والوجه في عدم جريان حديث نفي الضرر في المقام ما ذكرناه لا إعراض الأصحاب عن العمل به ، كما أفاده السيّد اليزديّ[1] .

هذا كلّه على تقدير تماميّة الأدلّة التي استدلّ بها الشيخ على الضمان ، وهي الإجماع وعموم النصّ والفتوى وفحوى حكمهم بأن تنزّل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة ، إلّا أنّ جميع هذه الوجوه مخدوشة ، والعمدة هي السيرة العقلائيّة .

وأورد عليه بعض تلامذته على ما نسب إليه حيث قال : إنّ صاحب مصباح الفقاهة جمع بين السيرة وبين حديث لا ضرر ، حيث تمسّك بها لإثبات ضمان المثل ، وحكم من جانب آخر بعدم وجوب شراء المثل تمسّكاً بقاعدة لا ضرر ، وهذه الغفلة غير مغتفرة من مثله ؛ لأنّه إنّما يصحّ التمسّك بلا ضرر فيما إذا تمّ اقتضاء إطلاق الدليل حيث يمنع جريان قاعدة لا ضرر من إطلاق النصّ والفتوى ، وأمّا إذا

(١) الحاشية : ١ : ٤٧٦ .

كان المستند سيرة العقلاء دون إطلاقهما فعدم الضمان يكون من جهة قصور المقتضي لا من جهة المانع الشرعيّ الذي هو جريان قاعدة لا ضرر.

وفيه: أنّ المستشكل قد خلط بين كون معقد السيرة عنواناً له إطلاق وبين غيره، والمفروض أنّ المقام من القبيل الأوّل؛ لأنّ السيرة قامت على لزوم أداء المثليّ في المثليّ ومقتضى إطلاقه سواء ارتفعت قيمته السوقيّة أم لا. إذن فما ذكره صاحب مصباح الفقاهة صدر من أهله، ووقع في محلّه.

الفرع الثاني: فيما إذا تعذّر تحصيل المثل لأجل عدم وجدانه إلّا عند من لا يرضى ببيعه إلّا بأكثر من قيمته السوقيّة، فقد تردّد العلّامة في ضمان المثل بأكثر من ثمن المثل، أمّا وجه التردّد واحتمال ضمان القيمة في هذه الصورة، فلأنّ حكم المثل في هذه الصورة حكم العدم، فكما أنّه يصل الدور عند انعدام المرتبة الأُولى إلى المرتبة التالية، وهي القيمة في كفّارة عتق الرقبة والهدي عند تعذّرهما، كذلك ينتقل إلى القيمة بعد تعذّر شرائه إلّا عند من يبذله بأكثر من ثمنه.

واحتمال ضمان المثل وعدم ضمان القيمة هو إنّ ضمان المثل بمنزلة ضمان العين، فكما يجب على المستولي على العين ردّها وإن استلزم مؤنة كثيرة كذلك يجب على الضامن ردّ المثل وإن استلزم شراؤه بأكثر من ثمنه.

وقال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: الأقوى وجوب تحصيل ضمان المثل على الضامن ولو بأكثر من ثمن المثل، كما إذا لم يوجد إلّا عند من لا يبيعه إلّا بأكثر من قيمته السوقيّة وفاقاً للتحرير، كما عن الإيضاح والدروس وجامع المقاصد، بل إطلاق السرائر ونفي الخلاف المتقدّم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصورة الأُولى.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم ﷺ بأنّ ما استند إليه من الوجوه في الصورة الأُولى

لا يرجع إلى معنى محصّل لكي نعتمد عليه في الصورة الثانية ، وإنّما التزمنا بوجوب شراء المثل في الصورة الأُولى من جهة السيرة ، وهي لا تجري في الصورة الثانية ؛ لأنّ زيادة القيمة لم تنشأ من ناحية ثبوت المثل في الذمّة ، بل نشأت من عدم وجوده إلّا عند شخص واحد وهو لا يبيعه إلّا بأزيد من ثمن المثل طمعاً ، وإلزام الضامن بأداء هذه الزيادة ضرر غير مربوط ببناء حكم الشارع على الضرر . إذن فوجوب أداء المثل يدفع بأدلّة نفي الضرر .

إن قلت : إنّ مقتضى إطلاق قوله ﷺ : « الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال » وجوب شراء المثل على الضامن وأداؤه إلى المالك في الصورة الثانية أيضاً .

قلت : أوّلاً : إنّ الحديث يختصّ بالغصب ولا يشمل المقبوض بالعقد الفاسد .

وثانياً : إنّه ضعيف السند ، وعمل المشهور به لا يكون جابراً للضعف .

إن قلت : إنّ الضرر المنفي في الشريعة ماكان ناشئاً من متعلّق التكليف ، أعني به أداء المثل وليس في المقام الأمر كذلك ؛ لأنّه لا يلزم من متعلّق التكليف ، وإنّما يلزم من مقدّماته ، أعني بها شراء المثل بأزيد من القيمة السوقيّة ، والحديث لا يشمل مقدّمات التكليف ؛ لأنّ وجوبها عقليّ ، والحديث حاكم على الحكم الشرعيّ لا العقليّ .

قلت : قد حقّق في مبحث لا ضرر أنّه يرفع كلّ حكم كان بنفسه ضرريّاً أم كان الضرر ناشئاً من قِبله ، وعليه فوجوب المقدّمة وإن كان عقليّاً إلّا أنّ الضرر حيث كان ناشئاً من قِبل حكم الشارع بوجوب ذي المقدّمة فيصحّ أن يقال إنّ الحكم المذكور صار منشأً للضرر فيشمله الحديث .

الفرع الثالث : في تعيين مكان مطالبة المالك بالمثل بأنّ مكانها مكان تلف

. . . . . .

المثل ، أو أيّ مكان يطلبه المالك . والحقّ ما ذكره الشيخ ﷺ في المتن ، **وملخّصه :** أنّ مقتضى إطلاق حديث السلطنة وغيره من الأدلّة أنّ الأمر بيد صاحب الملك ، وله أن يأخذ حقّه وملكه في أي مكان شاء حتّى لو كانت قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف . هذا إذا لم يتعذّر حصول المثل ، وأمّا مع تعذّره فسيأتي حكمه في المسألة السادسة ، وهو الفرع الرابع .

وختاماً نتقدّم بجزيل الشكر للشيخ الفاضل حجّة الإسلام
الشيخ عبدالله ابن الشيخ منصور الستريّ البحرانيّ (دام فضله)
الذي ساعدني في تصحيح هذا الجزء من الكتاب ومقابلته ،
أسأل الله تعالى أن يجعله من العلماء العاملين

المحتويات

اشتراط الموالاة في العقد بين الإيجاب والقبول ٧

مأخذ اشتقاق الموالاة ١١

المرجع في تحقّق الموالاة هو العرف ١٥

الملاحظات فيما جعله الشهيد مأخذاً لاعتبار الموالاة ١٧

الإشكال على ما أفاده الشهيد ٢٥

المعيار في تشخيص الموالاة الفهم العرفيّ ٢٧

التحقيق في اعتبار الموالاة ٢٩

أدلّة اعتبار الموالاة ٣٠

إيراد السيّد اليزديّ والميرزا النائينيّ والمحقّق الأيروانيّ على الشيخ، وجواب المحقّق الأصفهانيّ عنه ٣١

أدلّة عدم اعتبار الموالاة ٣٥

اشتراط التنجيز في العقد ٣٧

دعوى الإجماع على اشتراط التنجيز ٣٩

وجه اشتراط تنجيز العقد ٤٧

إشكال من الشهيد، وجوابه عليه ٥١

صور التعليق في العقود ٥٥
وجوه أُخر لاشتراط التنجيز ٧٣
جواب الشيخ عن الوجه الأوّل لاشتراط التنجيز ٧٥
أجوبة الشيخ عن صاحب الجواهر ٧٧
التمسّك بتوقيفيّة الأسباب الشرعيّة لبطلان التعليق ٨٥
الشكّ في ترتّب الأثر على الإنشاء لا يقدح بصحّة البيع ٨٩
الشكّ في الشروط المقوّمة ٩١
ما أفاده الشهيد في اعتبار التنجيز في العقود ٩٧
التحقيق في اعتبار التنجيز في العقود ١٠١
التحقيق في أقسام التعليق ١٠٣
تعليق العقد على ما لا يتوقّف عليه مفهومه ١٠٥
أجوبة الشيخ عن الوجه الثالث الذي استدلّ به على بطلان التعليق ١٠٧
عدم قيام دليل على بطلان التعليق ١١١
اشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول ١١٣
التحقيق في اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول ١١٩
اشتراط أهليّة المتعاقدين حين العقد ١٢٧
اعتبار رضا المتعاقدين حين العقد وعدمه ١٣١
التحقيق في اشتراط أهليّة المتعاقدين حين العقد ١٣٧
اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة ١٤٤
اختلاف المتعاقدين في الموالاة والتنجيز والأهليّة ١٥٢
التحقيق في اختلاف المتعاقدين في شروط العقد ١٥٥

النظر في التفصيل الذي ذكره المحقّق الأصفهانيّ ١٥٩
إيراد عدّة من الأعلام على الشيخ، وجوابنا عنهم ١٦١
بحث في المقبوض بالعقد الفاسد ١٦٢
الاستدلال بقاعدة على اليد على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ١٦٥
الاستدلال بحديث الأمة المسروقة على الضمان ١٦٩
في قاعدة «ما يضمن...» و «ما لا يضمن...» ١٧٣
الكلام في معنى القاعدة ١٧٧
الكلام في معنى مفردات القاعدة ١٧٩
في معنى الضمان ١٨١
عموم «العقود» ليس باعتبار خصوص الأنواع ١٩٣
المتبادر من القاعدة كون العقد بذاته مقتضياً للضمان ٢٠١
يحتمل أن يكون المراد من العموم أفراديّاً ٢٠٥
تضعيف كون المراد من العموم أفراديّاً ٢٠٩
النقاش في التمسّك بقاعدة الإقدام بقاعدة «ما يضمن...» ٢١١
معنى الباء في «بصحيحه» و «بفاسده» ٢١٣
عدم كون العقد الفاسد سبباً للضمان ٢١٧
الغرض من البحث في كلمة «الباء» ٢١٩
عدم كون العقد الفاسد علّة تامّة للضمان ٢٢١
الاستدلال بقاعدتي الإقدام واليد على قاعدة «ما يضمن...» ٢٢٣
المناقشة في الاستدلال بقاعدة الإقدام ٢٢٧
المناقشة في الاستدلال بقاعدة «على اليد» ٢٣١

الاستدلال بقاعدتي الاحترام ونفي الضرر ٢٣٣
توجيه الاستدلال بقاعدة الإقدام ٢٣٥
التحقيق في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ٢٣٨
نقاشنا في كلامي المحقّقين الأصفهاني والأيروانيّ ٢٤٥
أدلّة إثبات الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد ٢٤٧
المناقشات في الاستدلال بقاعدة الإقدام ٢٤٩
المناقشات فيما أفاده شيخنا الأعظم ٢٥١
الضمان فيما يرجع نفعه إلى الضامن ٢٥٥
التحقيق في ضمان ما يرجع نفعه إلى الضامن ٢٥٨
عدم الفرق في الضمان بين جهل الدافع بالضمان وعلمه به ٢٦١
التحقيق في اختصاص الضمان بالجهل بفساد المعاملة وعدمه ٢٦٤
الكلام في عكس القاعدة ٢٦٩
هل تضمن العين المستأجرة فاسداً ٢٧١
منشأ حكمهم بالضمان في مسألة الإجارة الفاسدة ٢٧٧
الأقوى عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة ٢٨١
التحقيق في قاعدتي «ما يضمن» و «ما لا يضمن» ٢٨٣
من موارد انتقاض القاعدة الصيد المستعار ٢٩١
التحقيق في نقض القاعدة بالصيد المستعار ٢٩٣
انتقاض القاعدة بالبيع الفاسد بالنسبة إلى المنافع غير المستوفاة ٢٩٨
التحقيق في انتقاض القاعدة بالمنافع غير المستوفاة ٣٠١
نقض القاعدة بحمل المبيع فاسداً ٣٠٧

التحقيق في انتقاض القاعدة بحمل المبيع فاسداً ٣١٢
التحقيق في انتقاض القاعدة بالشركة الفاسدة ٣١٣
مدرك قاعدة «ما لا يضمن...» قاعدة الأولويّة ٣١٥
الخدشة في قاعدة الأولويّة ٣٢٠
عدم الضمان في الهبة الفاسدة ٣٢٧
التحقيق في مدرك قاعدة «ما لا يضمن...» ٣٣١
وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد إلى المالك فوراً ٣٣٣
التحقيق في التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد ٣٣٩
التحقيق في حرمة إمساك مال الغير وعدمها ٣٤٥
الدليل على ضمان المنافع المستوفاة عموم قوله عليه السلام: «لا يحلّ...» ٣٥٣
الخراج بإزاء الضمان يستفاد من عدّة روايات ٣٥٧
المناقشة فيما ذكره صاحب الوسيلة ٣٥٩
ما ذكره العلّامة في ردّ صاحب الوسيلة غير تامّ ٣٦٥
استدراك عمّا ذكره من عدم كون صحيحة أبي ولّاد ردّاً على صاحب الوسيلة ٣٦٩
التحقيق في ضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد ٣٧٠
حكم المنافع الفائتة بغير استيفاء ٣٧٧
المناقشة في ضمان المنافع غير المستوفاة ٣٨٣
الاستدلال بقاعدة «لا يضمن...» على نفي ضمان المنافع غير المستوفاة ٣٨٧
الأخبار الواردة في عدم ضمان المنافع غير المستوفاة ٣٨٩
التوقّف في ضمان المنافع غير المستوفاة ٣٩٣

الأقوال الخمسة في ضمان المنافع غير المستوفاة ٣٩٥
ضمان المنافع غير المستوفاة مخالف لصحيحة أبي ولّاد ٣٩٩
التحقيق في ضمان المنافع غير المستوفاة ٤٠١
في تعريف المثليّ عند المشهور ٤١١
بيان المراد من تساوي الأجزاء في تعريف المثليّ ٤١٣
كلّ نوع من أنواع الجنس مثليّ ٤١٩
إيراد المحقّق الأردبيليّ ﷺ على تعريف المشهور ٤٢١
توجيه تعريف المشهور للمثليّ ٤٢٥
تعريف المشهور للمثليّ لا يكون مانعاً للأغيار ٤٢٩
تعاريف أُخرى للمثليّ ٤٣٣
عدم ورود عنوان المثليّ موضوعاً للحكم الشرعيّ في النصوص ٤٣٥
ما هو مقتضى الأصل فيما يشكّ في كونه مثليّاً أو قيميّاً ٤٣٩
تخيير الضامن بين أداء المثل والقيمة ٤٤٣
أصالة تخيير المالك بعد قيام الإجماع على عدم تخيير الضامن ٤٤٥
الأقوى تخيير المالك من أوّل الأمر ٤٤٧
مقتضى القاعدة الضمان بالمثل ثمّ بالقيمة من النقدين ٤٤٩
الاستدلال على ضمان المثليّ بالمثل ، والقيميّ بالقيمة ، بآية الاعتداء ٤٥٣
الاحتمالات الأربعة في معنى آية الاعتداء ٤٥٧
لا يمكن الاستدلال بالآية وإطلاق الأخبار على مختار المشهور ٤٦١
عدم سقوط المثل من الذمّة بالتعذّر ٤٦٧
في موارد الشكّ في المثليّة يرجع إلى عموم ما دلّ على أداء المثل ٤٧٣

التحقيق في المثليّ والقيميّ ٤٨٥
فيما إذا شكّ في تالف أنّه قيميّ أو مثليّ ٤٨٧
إذا لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل ٤٩١
عدم انتقال المثل إلى القيمة وإن سقط عن الماليّة ٤٩٣
الأقوى وجوب شراء المثل ولو بأضعاف قيمته ٥٠٠
التحقيق فيما إذا لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل ٥٠١