

حاشية

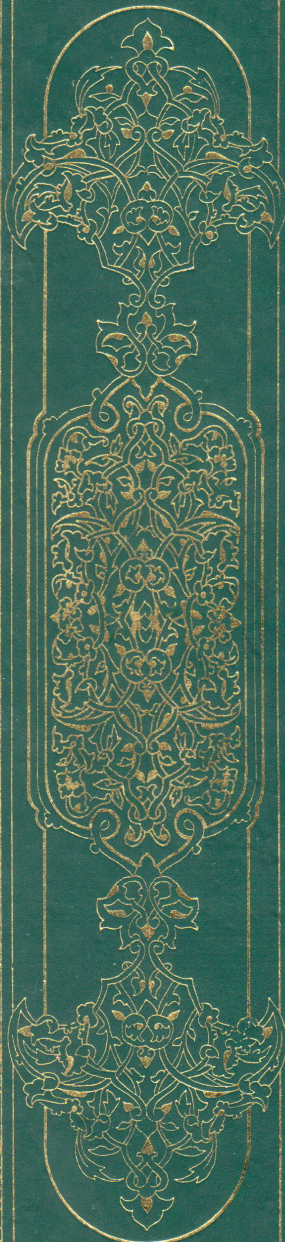
كتاب الملك سليمان

تأليف
سماحة آية الله العظمى
المفتي الفقيه الشرف محمد باقر
الطهراني

الطبعة سنة ١٣٦١ هـ

تتبع
الشيخ محمد باقر محمد باقر
الطهراني

الطبعة الأولى





حاشيتنا

كتابنا كتابنا

حقوق الطبع محفوظة

- اسم الكتاب: حاشية كتاب المكاسب
- تأليف: الشيخ محمد حسين الإصفهاني
- تحقيق: الشيخ عباس محمد آل سباع
- الطبعة: الأولى / ١٤١٨ هـ ق
- الناشر: المحقق
- العدد: ١٠٠٠ نسخة
- عدد الصفحات: ٤٦٠
- المطبعة: علمية
- صف واخراج: دار المصطفى (ص) لإحياء التراث
- القطع: وزير

حاشية

كتاب الملك كاسب

تأليف

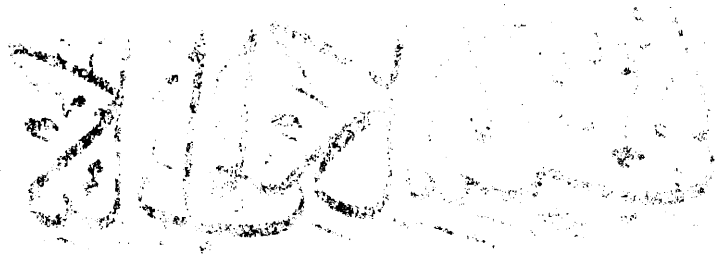
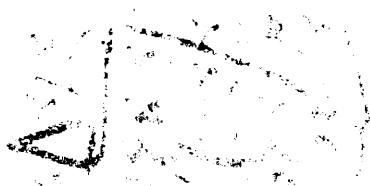
سماحة آية الله العظمى

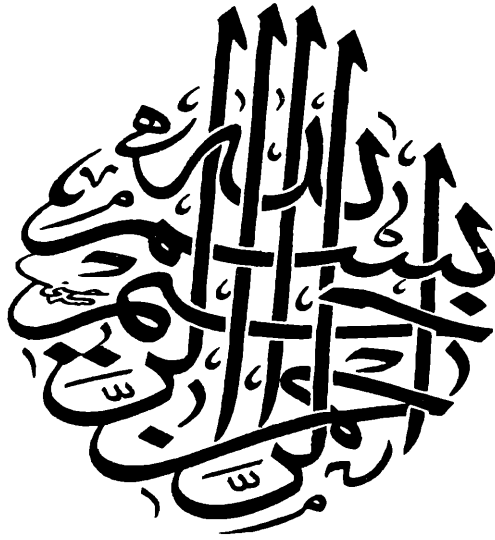
الحق الفقيه الشيخ محمد حسين القاسبي

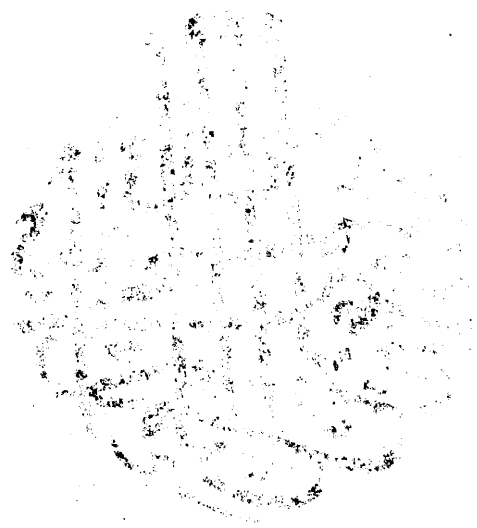
الترقي سنة ١٣٦١ هـ

تحقيق

الشيخ عباس محمد آل سبأ القطيفي







مقدمة التحقيق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد ﷺ وآله الكرام
الميامين الذين اذهب الله عنهم الرجس وطهرهم تطهيراً.

وبعد:

لا شك في عظم منزلة علم الفقه، وهذا ما حذا بالعلماء العظام - شكر الله سعيهم - على
بذل الجهود المضنية في التحقيق والتدقيق فيه، وقد ألفت فيه الاسفار العظيمة. بعضها
تحوي جميع ابواب الفقه، والبعض الآخر في باب مخصوص، ومن ضمن هذه كتاب
المكاسب الذي ألفه سماحة آية الله العظمى المحقق المدقق الشيخ مرتضى الانصاري رحمته الله،
وهو يعد من افضل ما كتب في فقه المعاملات، فقد فاق من تقدم ولم يلحق به من تأخر عنه،
وكفى به فخراً انه يدور عليه رحى الدرس في مرحلة السطح والخارج منذ ان بزغ نوره
للوجود، فأثار لطلاب الحقيقة الدروب.

ولقد حضني باهتمام العلماء فقد كتبت عليه حواشي كثيرة، وأهم وأدق ما كتب هو هذا
الكتاب المائل بين يديك؛ فقد نهل منه كل من تأخر عنه من كان أهلاً لفهم كلامه، وهي تعد

ب الحاشية على المكاسب (الاصفهاني) / ج ١

الحاشية الأولى على المكاسب وبعدها في المرتبة الثانية حاشية السيد اليزدي رحمته الله كما سمعنا ذلك من اعظم اساتذة كتاب المكاسب في الحوزة العلمية في قم، فهذا سماحة الاستاذ آية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني (دام ظله) سمعنا منه مراراً أنها الحاشية الاولى، وكذا سماحة آية الله العظمى السيد محمد الروحاني رحمته الله، وكفى بشهادة هذين العلمين فانهما ترجمان اراء الشيخ الاصفهاني، ولولاهما لدرست افكاره لانها صعبة المنال، وكان قصب السبق لاستاذهما بل استاذ الكل سماحة آية الله العظمى السيد ابو القاسم الخوئي رحمته الله فقد بين اساس اراء استاذه وحل طلاس مفكره.

وكفى بمؤلفها فخراً انه استطاع ان يجمع بين دقة الفيلسوف وعرفيات الفقيه من دون ان تحس اي تفاوت في مستوى الاداء. فله دره.

المنهج في التحقيق:

أ- نسخ الكتاب:

١- النسخة الحجرية وهذه قد طبعت بعد وفاة المؤلف كما يستفاد من مقدمة الشيخ المظفر رحمته الله لها، واعيد طبعها بالافست عدة طبعات. وهذه النسخة هي العمدة في التحقيق.

٢- نسخة المؤلف رحمته الله وهذه النسخة مع قرب العهد ومع ذلك تلف معظمها وهذا ما يبعث على الاسى والتأسف، فلم يصل لنا منها الا معظم الجزء الاول من الطبعة الحجرية، ومقدار ضئيل من الجزء الثاني.

اما الجزء الاول فقد وصل لنا مقدار منه قد سقط اوله وكثير من الاوراق في مواضع متفرقة في وسطه بواسطة مؤسسة آل البيت عليهم السلام قد وصل اليهم من ابن المؤلف الشيخ محمد الغروي. فلا ننسى من تقديم الشكر للمؤسسة وابن المؤلف.

واما باقي الجزء الاول - وهو عبارة عن مقدار من الجزء الثاني حسب هذه الطبعة وجميع الجزء الثالث - فقد وجدناه في مكتبة امير المؤمنين عليه السلام في النجف الاشرف بسعي من سماحة الشيخ حلمي السنان شكر الله سعيه، وقد تفضل مسؤول المكتبة باعطائنا صورة منه، وكان معه مقدار ضئيل من الجزء الثاني حسب الطبعة الحجرية، فلهما فائق

الشكر والتقدير.

فهذه النسخة المقدم الموجد منها هي العمدة ونشير الى الاختلاف ان وجد.

ب - ما قمت به من عمل:

- ١ - تقويم النص وتقطيعه بحسب ما هو متعارف عند اهل الفن.
- ٢ - ترقيم الحواشي المنقولة من المكاسب وتخريج نصها من كتاب المكاسب وكان العمدة في التخريج النسخة الحجرية المتداولة، وذلك لان النسخ الحروفية اما كثيرة الخطأ لايمكن الاعتماد عليها، واما انها غير تامة مثل النسخة المصححة من قبل سماحة الشيخ احمد الپاياني رحمته الله، وكذا النسخة التي قامت بطبعتها مؤسسة دار الفكر الاسلامي، فكانت اصح النسخ التامة هي الحجرية؛ فلذا اعتمدنا عليها في التخريج.
- قد يختلف ما يذكره الشيخ من نص المكاسب مع هذه النسخة فثبت في المتن ما ذكره الشيخ ونشير في الحاشية الى الاختلاف، وذلك لان الشيخ لديه نسخة مصححة للمكاسب كما يستفاد من مواضع كثيرة من كلامه.
- ٣ - اضفت اليه عناوين في المواضع التي يحتاج لها، وادخلت العناوين التي كانت في حاشية النسخة الحجرية التي هي من المؤلف وقد جعلتها في مستطيل مظل.
- ٤ - تخريج ما امكن تخريجه من الروايات والاقوال، وما لم يذكر له تخريج فقد بحث عنه جهدي، فبعضها لم اجده وبعضها لم اعرف القائل؛ حيث ان الشيخ في معظم المواضع لا يصرح بالقائل بل يعبر ببعض الاجلة، بعض اجلة المعاصرين، بعض اجلة تلامذته وامثاله، وهذه سألت عنها اعظم اساتذة الحوزة فلم يرفع جهلي، مع احتمال انه يناقش في بعض المواضع الفقيه الهمداني صاحب مصباح الفقيه وقد قال بعض الاعاظم رحمته الله في مجلس بحثه انه كانت له حاشية كتبها في شبابه ولم يرض بطبعتها كانت عند الشيخ الالصفهانى رحمته الله نسخة منها.
- ٥ - ترجمة للاعلام المذكورين في الكتاب عند اول مرة يرد لهم ذكر، واما ترجمة المؤلف فقد اكتفيت بما كتبه تلميذه سماحة العلامة الشيخ محمد رضا المظفر رحمته الله، لانها

د الحاشية على المكاسب (الاصفهانى) / ج ١

ترجمة وافية، ولانها مصدر لمن ترجم له؛ وكثيراً ما يُقتبس منها ولا تُذكر كمصدر،
فاحببت اثباتها وفاءً لوفائه لاستاذہ رحمۃ اللہ علیہ.

وفي نهاية المطاف لا انسى ان اتقدم بالشكر لكل من ساعد في اخراج الكتاب معنوياً او
مادياً لا سيما سماحة العلامة السيد علي الميلاني، حيث سعى في تحصيل المخطوطة،
وسماحة السيد منير الخباز، ودار المصطفى رحمۃ اللہ علیہ لإحياء التراث.

عباس محمد علي آل سباع

تم - ٩ / ٦ / ١٤١٨ هـ

ترجمة

المؤلف اعلى الله مقامه

نسبه: هو الشيخ محمد حسين الاصفهاني بن الحاج محمد حسن بن علي اكبر بن اقا بابا بن اقا كوچك بن الحاج محمد^(١) اسماعيل بن الحاج محمد حاتم النخجواني.

ولادته ونشأته ووفاته: ولد استاذنا الشيخ^{رحمه الله} في ثاني محرم الحرام من سنة ١٢٩٦ هـ في النجف الاشرف من ابوين كريمين، وكان ابوه^{رحمه الله} الحاج محمد حسن من مشاهير تجار الكاظمية الاتقياء الذين يشار اليهم بالأنامل المحبين للعلم والعلماء، فعاش في كنفه عيشة ترفٍ ونعمة، وخلف له من التراث الكثير الذي أنفقه كله في سبيل طلب العلم، فنشأ نشأة المعترف بنفسه المترفع عمًا في ايدي الناس، وهذا ما زاده عزاً وإياءً، وقد حذب والده على تربيته تربية علمية صالحة، ومهدله السبيل الى تحصيل العلم، فظهرت معالم النبوغ الفطري على هذا الطفل الوداع حين تعلم الخط فاطهر في جميع انواعه براعة فائقة؛ حتى اصبح من مشاهير ذوي الخط البارعين، وللخط قيمته الفنية يومئذ، ولكل فن موهبة خاصة يمنحها الله لمن يشاء من عباده.

وطلب العلم مترجمنا في سن مبكرة، وانتقل الى النجف الاشرف في اخريات العقد الثاني من عمره بعد أن قضى أحداثه وشطراً من شبابه في الكاظمية، فحضر عند رجوعه الى النجف الاشرف في الاصول والفقه على علامة عصره المحقق الاخوند الشيخ محمد

(١) وهو الذي هاجر من نخجوان الى اصفهان وسكن فيها.

كاظم الخراساني^(١)، واختص به الى أن توفي، فكان من مشاهير تلامذته، وكان مدة حضوره عليه ١٣ عاماً كتب في خلالها اكثر حاشية على كفاية الاصول.

وبهذه المناسبة نسجل أسفنا على ما فات الطابعين للجزء الاول^(٢) من هذه الحاشية الشريفة تلك الناحية التاريخية اذ حذفوا - حباً بالاقتصاد في الورق والطبع - كل كلمة (مد ظله) وكلمة اللتين يميزان بين ما كتب في عهد صاحب الكفاية^(٣) وما كتب بعده، وان كانت النسخة المخطوطة بخطه الشريف لاتزال محتفظة بهذه المزية، وكذلك نسختي التي كتبتها لنفسي وطبع عليها الجزء الاول، وحضر استاذنا أيضاً في الفقه واصوله قليلاً على العلامة المحقق الشهير السيد محمد الالفهاني.

وبعد وفاة استاذ المحقق الآخوند استقل بالبحث والتدريس، وحضر عليه كثير من مشاهير علماء العصر الذين استقلوا بعده بالتدريس، وانتهى عدة دورات في الاصول والفقه، وآخر دورة كاملة له في الاصول شرع بها في شوال سنة ١٣٤٤ هـ وانهاها سنة ١٣٥٩ هـ، وهي أطول دورة له حقق فيها كثيراً من المباحث الغامضة، وكتب فيها جملة من التعليقات النافعة على حاشيته، لا سيما الجزء الاول المطبوع، ولا يستغنى بهذا المطبوع عن التعليقات، كما كتب خلالها جملة من الرسائل الصغيرة في عدة مسائل، منها رسالة أخذ الأجرة على الواجبات التي لم يكتب مثلها في هذا الموضوع.

وشرع في دورة جديدة في اسلوبها، اعتزم فيها تهذيب الأصول واختصاره وترتيب ابوابه ترتيباً فنياً، فوضع في المبادئ ما كان يُظن ويُحرر من المسائل، وفي المسائل ما كان يُحرر في المبادئ، وقسم الاصول الى ابواب جديدة غير معهودة عند المؤلفين، وأماط اللثام عما كان يقع من الخلط بين المباحث، ووضع في كل باب ما يناسبه من المباحث، وكان يكتب درسه^(٤) هذا الذي كان امنية اهل العلم، ولكن المرض الذي دام معه سنة واحدة، ثم المنية المفاجئة هما اللذان احبطا هذا المشروع الخطير الذي كان ينويه في تأليفه الجديد؛ الذي لو قدر له أن يتم لوفر على اهل العلم كثيراً من وقتهم الذي يذهب سدى، ولفتح عليهم

(١) لقد تداركت مؤسسة آل البيت^(ع) ذلك، فجزى الله القائمين عليها خير الجزاء.

(٢) طبعته مؤسسة النشر الاسلامي باسم (الاصول على النهج الحديث).

ابواب ملّذة جديدة من البحث العالي والتفكير المستقيم.

وهذه واحدة من تفكيراته الاصلاحية الكثيرة التي كانت تجول في خاطره، ويحرق الأرم أن الوقت لم يحن لتنفيذها او لابرازها على الأقل، وكثيراً ما كان يوحى اليها في الخلوة به من خواطره في سبيل اصلاح الحركة العلمية والمجتمع الرّوحي، ولم يكن يواتيه يومئذ أن ينهض بواحد منها حتى خسر العلم والدين عماداً لقبه الاسلام، وعميداً لخزان الشريعة، وخزاناً للفيض القدسي، وترجماناً للكلام النفسي، واماماً للخلق، وهادياً للحق، ومصباحاً للمهتدين الى عين اليقين.

فقد انتقل بالموت الفجأة الى رحمة الله تعالى فجر الخامس من شهر ذي الحجة عام ١٣٦١ هـ مأسوفاً على تلك الشعلة الالهية الوهاجة أن تنطفئ في وقت الحاجة اليها، لقد اتجه ﷺ في حياته الى كل مناحي المعارف وكرس ايامه لنيل كل مكرمة، فكان في الادبين الفارسي والعربي الفنان الماهر، وفي الفلسفة الحكيم العارف، وفي الاخلاق خزانة الاسرار الفائز باسمى رتب الشهود، وفي الفقه والاصول الامام الحجة نسيج وحده وعلامة دهره.

منزلته العلمية: كان (قدس الله نفسه الزكية) من زمرة النوابغ القلائل الذين يضنُّ بهم الزمان الآفي الفترات المتقطعة، ومن اولئك المجددين للمذهب الذين بيتعت الله تعالى واحداً منهم في كل قرن، ومن تلك الشخصيات اللامعة في تاريخ قرون علمي الفقه والاصول، واذا كان احد يصح أن يقال فيه إنه جاء بما لم يجئ به الأوائل فهو هذا العمود لفجر الاسلام الصادق الذي انطفأ قبل شروق شمس نهاره لتراه كل عين، ما سلك بحثاً للعلم الا وتطابير فضول ما علق به من الاوهام هباءً، وما حيرت براعته مسألة الا وحيرت العقول كيف تذهب آراء الباحثين جفاءً.

لو قدر لهذا اللابغة العظيم أن يمد في عمره الى حين تثنى له الوسادة ويتربع كسري الرئاسة العامة لقلب اسلوب البحث في الفقه والاصول رأساً على عقب، ولتغير مجرى تاريخهما بما يعجز عن تصويره البيان، ولعلم الناس أن في الثريا مثالاً للنوابغ تقربه الى البشر الى حيث يحسون ويلمسون، ولكن لله في خلقه وتقديره شؤون، فلقد كانت فاجعة العلم بموته فاجعة قطعت على البحث طريقه اللاحب الى ساحة الحقائق الواسعة، وأخر

عليه شوطاً بعيداً قد يتوفّق لبلوغه الجبل الآتي اذا قدّر لكنوز مؤلفات شيخنا المترجم أن تدرس وتحقق من جديد، ليعلم الناس أن في هذه الكنوز الثمينة من الاراء الناضجة ما يعطي للعلم صبغته الجديدة التي يستحقها، ومن التحقيقات ما ينسخ كلّ ما نسج عليه المتقدّمون فيصبح مهلهلاً.

وعسى أن يخال للقارئ أن كلمتي هذه جرت على عادة الكتاب في مبالغاتهم عمن يترجمون، ولكن اسجل كلمتي هذه للجبل الآتي ليشهد هو على صدق مقالتي، لأنّه هو الذي سيفهم ما أقوله وما يدريني لعله سيوجّه الى كلمة العتاب القارصة؛ اذ لم استطع أن أقوم بواجب تحليل شخصية هذا العظيم الذي سيعرفها هو حق عرفانها، ولكن ليذكر هذا الجبل الآتي إنني أنا الذي تفألّت له بعرفان هذه الشخصية العظيمة، وبشرته أنه سيبنيني كل ابحائه الآتية في الفقه والاصول على اساس نظريات هذا العظيم المحكمة، وسيتخذ طريقته المثلّي منهاجاً للبحث، فسبقت الى فضيلة هذا التفاؤل العلمي، وما يضيرني أن يظن بي البعض الظنون فيرميني بالغلو كما ترمي كل تلامذة هذا الاستاذ الذين لهم مثل هذا الاعتقاد طبعاً، الا أنه ليعلم أن اول فتح لهذا الفأل نشر هذا الكتاب الذي بين ايدينا حاشية المكاسب، اذ يصبح في متناول كل باحث مفكر، وهل يلدّ لمقتطف هذه الشجرة الطيبة التي تأتي اكلها كل حين شهياً أن يقتطف من غير هذه النبعة؟! وهل يطيب لمن عبّ من هذا البحر الفرات أن يحتمي من غير وروده؟! إنني أباهلك ايها المطالع إن كنت من ذوي العلم والبصيرة.

فلسفته: تلمذ وتخرّج في الفلسفة على الفيلسوف الشهير الحكيم العارف الرباني الميرزا محمد باقر الاصطهباناتي، فاستبطن كل دقائقها، ودقّق كل مستبطناتها له من كل مسألة رأي محكم، وفي كلّ بحث تنقيح نادر، وتظهر آرائه وتحقيقاته الفلسفية واصطلاحات الفلسفة على جميع آثاره وأبحاثه، حتى في أرجوزته في مدح النبي المختار وآله الاطهار عليهم جميعاً الصلاة والسلام، بل أرجوزته هذه قطعة فلسفية رائقة افرغها في ثوب من الادب العالي، قد اوضحت رأي الفلاسفة المؤمنين في محمد وآل بيته نور الانوار وعلل الكائنات على ما اشارت اليه الآيات القرآنية وصرّحت به الأحاديث الصحيحة، فقال في النبي المختار ﷺ .

لقد تجلّى مبدء المبادئ
من امره الماضي على الاشياء
رقيقة المشيئة الفعلية
او هو نفس النَّفْس الرحمانى
او فيضه المقدس الاطلاقى
اذ اُنَّه حقيقته المثنائى
لا بل هو الحق فن رآه
اذ مقتضى الفنا فى الشهود
من مصدر الوجود والايجاد
او علمه الفعلى والقضائى
او الحقيقة المحمّدية
بصورة بديعة المعانى
فاض على الانفس والآفاق
وعند اهل الحق حق ثان
فقد رأى الحق فا اجلاه
عينية الشاهد والمشهود

الى أن يقول:

اصل الاصول فهو علة العلل
عقل العقول فهو أول الأول

وقال فى امير المؤمنين عليه السلام:

وقلبه فى قالب الوجود
ونسخة اللاهوت وجهه الحسن
غورته الغراء فى الضياء
وكيف وهو فائق الاصباح
حياة كل ممكن موجود
لو رام لقياه الكلم قيل لن
جلت عن التشبيه بالبيضاء
فى أفق الارواح والاشباح

وعلى هذا الاسلوب جرى فى جميع أرجوزاته العالية البالغة ٢٤ أرجوزة، فجاء اسلوباً
فلسفياً علمياً مبتكراً لم يمدح بمثلها ائمتنا وساداتنا. وما أبدع ما مدح به إمامنا زين
العابدين عليه السلام ذاكراً صحيفته السجادية فقال:

ونفسه اللطيفة الزكية
بل هي امّ الصحف المكرمة
بل الحروف العاليات طراً
هو الكتاب الناطق الربوبى
صحيفة المكارم السنئية
جوامع الحكمة منها محكمة
تحكي عن اسمه العلي قدراً
ومخزن الاسرار والغيوب

يفصح عن مقام سرّ الذات يعرب عن حقائق الصفات
التي ان يقول:

وحاله أبلغ من مقاله جلّ عن الوصف لسان حاله
فسانه معلم الضراعة والاعتراف منه بالاضاعة
مقام الكريم في اقصى الفنا ترائه من جده حين دنى

واعلى آثاره الفلسفية واعلاها ارجوزته في الحكمة والمعقول (تحفة الحكيم) التي هي آية من آيات الفن مع اسلوبها العالي السهل الممتنع، جمعت اصول هذا الفن وطرائف هذا العلم بتحقيق كشف النقاب عن اسراره، وازاح الستار عن شبهاته، وإن دلت على شيء فإنّما تدلّ على أنّ ناظمها من أعاضم فلاسفة الاسلام الذين لا يسمح بمثلهم الزمن الا في فترات متباعدة، امثال ابن سينا والخواجه نصير الدين الطوسي و صدر المتألهين، لولا أنّ شيخنا غلب عليه الفقه والاصول وانقطع اليهما عن الظهور بالفلسفة..

واليك بعض ابيات ارجوزته هذه الشهادة على سلامة ذوقه، وطول باعه في الادب، وقدرته على التصرف في الالفاظ العربية السهلة الواضحة في أدق المعاني العلمية، فقد قال في اصالة الوجود:

يختص بالوجود طرد العدم اذ ما سواه عدم او عدمي
وليست العلة للمعلول مناط طرد العدم البديل
وهو مدار الوحدة المعتبرة في الحمل بل كانت به المغايرة
ومركز التوحيد ذاتاً وصفة وفعلاً أيضاً عند اهل المعرفة

وقال في مبحث تعريف الوجود:

الحمد كالرسم على التحقيق يوصف بالأنمي والحقيقي
ولا يقال في جواب الشارحة الا حدوداً او رسوم شارحة

وقد كشف في هذين البيتين عن حقيقة «ما» الشارحة؛ تنبيهاً على الغلطة التي عقلت في اذهان اهل العلم من مرادفة التعريف اللفظي لشرح الاسم، ومطلب «ما» الشارحة وإن كان قد يراد من شرح الاسم التعريف اللفظي أحياناً، ومنشأ هذا الاشتباه ما ذكره الحكيم الفيلسوف السبزواري في شرح منظومته من ترادف التعريف اللفظي ومطلب «ما» الشارحة، فواقع الباحثين في هذا الاشتباه؛ حتى كشفه شيخنا في هذين البيتين الرصينين، وأوضحه في شرحه للكفاية في المطلق والمشروط من مقدمة الواجب.

وقوله في الجعل والمجعول بالذات:

الجعل للشيء بسيطاً يعرف	وجعل شيء شيئاً المؤلف
وليس جعل الذات ذاتاً يعقل	اذ ليست الذات لها التخلّل
كذاك لا يعقل جعل الذاتي	او عرضي لازم للذات
ولا كذاك العرض المفارق	فان امكان الثبوت فارق
والحق مجعولة الوجود	بالذات لا ماهية الموجود

فانظر الى هذا البيان الجزل، والقول الفحل، والاسلوب السهل، والتعبير الرصين عن أدق معاني الفلسفة وأسامها بغير تكلف، وبلغه سليمة ناصعة لا تجد فيها فضولاً ولا خللاً، كما وجدنا المنظومات الأخرى في الفنون، لا سيّما بعض المنظومات الفلسفية النابية، ومن اين متحت دلوك في هذا القليب تغترف الماء الزلال، بل الدر الثمين، وما سقناه من الابيات انما هو غيض من فيض كشاهد على ما نقول.

أدبه: نشأ استاذنا ميّالاً لكل علم وفضيلة، وكانت عبقريته تساعده على اتقان كل ما تصبوا اليه نفسه من الفنون والعلوم، فلم يفته أن يتجه الى ناحية الادب العربي في عصر كان للأدب فيه سوق راجحة؛ فيصوب فيه بسهم وافر، وساعدته نشأته العربية في محيطي الكاظمية والنجف الاشرف على أن يكون أديباً يقرض الشعر ويجيد النثر، وله في الشعر قصائد رقيقة تدل على ذوق عالٍ وطبع مستقيم، ولكنّه كان لا يحتفل بها، فلم يحتفظ بها ولم

يب الحاشية على المكاسب (الاصفهاني) / ج ١

يطلع عليها الآ القليل من خواصه، ويظهر أدبه الفياض في أرجوزاته العلمية وفي مدح آل البيت، وقد تقدم أنموذج منها يشهد على علو كعبه في الأدب العربي، على أن له اليد الطولى في الادب الفارسي، فله ديوان منه في مدائح آل البيت، ومجموعة في الغزل العرفاني الرمزي أودع فيها من المعاني الفلسفية ما يبهر عقول المتأدبين.

اوصافه: كان - رحمه الله تعالى - مربوعاً يميل إلى القصر، نحيف الجسم متماسكاً، تعلق على وجهه في أواخر سنّي حياته النحافة والصّفرة، ساهم الطرف، أكثر نظره إلى الارض، لا ينظر لمحدثه الا ملاحظة، يبدو للنّاظر مثقلاً بالهموم والتفكير المتواصل، على أنه حاضر النكتة المرحّة؛ حتى في أثناء درسه، أنيس المحضر، رقيق الحاشية، يجلب السرور إلى جلسيه، متواضعاً حتى للصغير، خافض الصوت إلى حد الهمس، فكان ذلك من أكبر المشكلات على تلاميذه في درسه، وكم طالبه البعيد عن مجلسه أن يسمعه فتكثر الشكوى، ولكنه لا يزال هو هو في همسه وهم هم في شكواهم، ويزيد في المشكلة بعد انظاره الشريفة ودقة مباحثه ونكاته.

أما ما كان عليه من التهجّد والعبادة فهذا ما يكشف عنه أنه كان عارفاً لهياً، متفانياً في مقام الشهود، منقطعاً إلى حظيرة القدس، لا يلتذ الا بالمناجاة الروحانية، ولا يأنس الا بالوحدة والانقطاع إلى مقام المقربين.

مؤلفاته: كان لمرجعنا - أعلى الله مقامه - قلم سيّال، ورغبة في التأليف والانتاج يقصر عنهما كل قلم ورغبة، وكان من ميزات ان يفرغ كل مؤلفاته لأول مرّة من المبيضة التي يعدها للتأليف، لا على عادة اكثر المؤلفين في اتخاذ المسودة، فلا يحتاج إلى إعادة النظر وتعديل ما يوجد به قلمه الشريف، وذلك دليل القريحة الوقادة التي لا تجارى... فاننتج طيلة حياته عدّة مؤلفاته قيمة هي مفخرة العلم والادب واليك بعضها^(١):

١ - حاشية على كتاب كفاية الاصول، وقد طبع منها الجزء الاول في ايران وازداد عليها بعد طبعها تعليقات نفيسة لا يستغنى عنها^(٢).

(١) من الرسائل التي لم يذكرها رسالة نشرتها مؤسسة النشر الاسلامي باسم (الطلب والارادة).

(٢) احادة طبعها مؤسسة آل البيت (عليه السلام) في خمسة اجزاء بعد تحقيقها وازافة تلك التعليقات اليها.

- ٢- تعليقة ضافية على المكاسب هاتي التي بين ايدينا.
- ٣- تعليقه على رسالة القطع للشيخ الانصاري (اعلى الله مقامه).
- ٤- رسالة في الاجارة مطولة^(١).
- ٥- رسالة في الاجتهاد والتقليد والعدالة^(٢).
- ٦- رسالة في صلاة المسافرين^(٣).
- ٧- رسالة في الطهارة.
- ٨- رسالة في صلاة الجماعة^(٤).
- ٩- رسالة في تحقيق الحق والحكم، وقد ادرجت في اول البيع من تعليقة المكاسب هذا الكتاب الذي بين ايدينا.
- ١٠- رسالة في اخذ الاجرة على الواجبات^(٥).
- ١١- ١٢- رسالتان في المشتق.
- ١٣- رسالة في قواعد التجاوز والفراغ واصالة الصحة واليد.
- ١٤- رسالة في الصحيح والاعم.
- ١٥- رسالة في موضوع العلم.
- ١٦- رسالة في المعاد.
- ١٧- منظومة في الفلسفة العالية (تحفة الحكيم).
- ١٨- منظومة تشتمل على ٢٤ ارجوزة في مدح ومراثي النبي وآله الاطهار^(٦).
- ١٩- منظومة في الصوم.
- ٢٠- منظومة في الاعتكاف.
- ٢١- ديوان شعره في الغزل الفارسي.
- ٢٢- ديوان شعره الفارسي في مدح ومراثي النبي وآله المعصومين^(٧).
- ٢٣- رسالة العملية في الفقه مختصرة باللغتين العربية والفارسية.

(١،٢،٣،٤) طبعها بعد تحقيقها مؤسسة النشر الاسلامي.

(٥) هذه سوف تكون ملحقة مع الجزء الخامس من هذا الكتاب.

٢٤ - رسالة في المشترك.

٢٥ - رسالة في الحروف.

علاقة تلاميذه به^(١)

من الظواهر العجيبة التي تسترعي النظر تفاني تلاميذه في حبه وشدة تعلقهم به واعجابهم بشخصه الكريم الى حد التقديس، ويعزى ذلك الى امرين، الى ما يروونه فيه من المواهب النادرة التي لم يجدوها في غيره ممن رأوا وسمعوا، تلك المواهب التي يمنحها الله تعالى للنوابغ من خلقه في الفئتيّة، بعد الفينة، وفي الفترة بعد الفترة مواهب العقل الجبار والخُلق الالهي، والى ما كانوا يرون فيه مثلاً للأب الرؤوف والاستاذ العطوف يحنو على الصغير والكبير، ويُعنى بحياتهم العلمية بالصغيرة والكبيرة، فهل من اللوم على من لم يستوفِ حظه من معارفه اذا بقي بعده في حيرة التائه، ووحشة المنفرد الذي لا يجد من يركن اليه لتتميم ما اطرد من حياته العلمية، إنّ مفاجئة موته كانت صدمة عنيفة على تلاميذه لم يحسبوا لها الحساب، فانا لله وانا اليه راجعون.

ولقد كنت ارجو ان أودي بعض ما عليّ من واجب شكر فضله بترجمة ضافية له عسى أن تكشف للقارئ بعض الصفحات المطوية من حياته (اعلى الله مقامه)، ولكنّ الفرصة لم تكن مؤاتية لي، وقد أعجلت على هذه الكلمة المختصرة العابرة فمعذرة اليك ايها الاستاذ العظيم اني لم استطع أن أقوم ببعض ما عليّ من حقوقك التي لا تحصى، وعهدي بك تغض النظر عن كل هفواتنا فاجعل هذه من تلك، وارجو من الله تعالى أن يساعدني على استلهاهم بعض روحانيتك لأتمكن في فرصة اخرى من التكفير عن هذه الخطيئة.

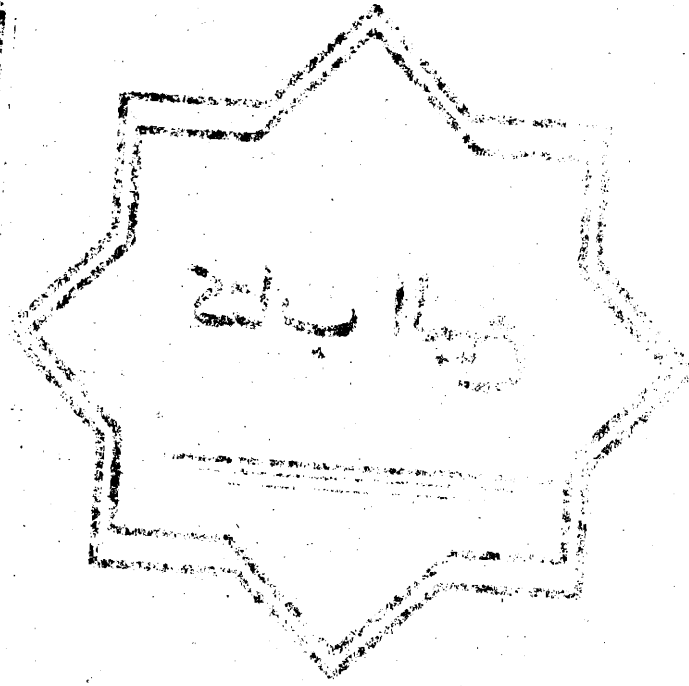
محمد رضا المظفر

(١) وقد اقترح بعض الفضلاء اضافة تلاميذه الى الترجمة، حتى تكون ترجمة متكاملة، وقد بحث عن من ترجم من تلاميذه في طبقات اعلام الشيعة ومعارف الرجال فلم يتجاوز ما وجدته عدد الاصابع، فسألته بعض العظام من تلامذته (قدس سرهما) فقال يكفي ان تذكر من تلاميذه السيد الخوئي (قدس سره) والسيد عبد الهادي الميلاني (قدس سره).

ان التملك بالتجريم المنقطع سابقا مطلق بحيث وجود البادل وعلمه كما به يظهر منه فليست بالاحكار
 مع وجود البادل مكروه وهو ايسر مما خلف لظاهر الكلمات بل لظاهر الروايات فان خبر الروايات وان كان
 النهي عن الاحكار من وجه تشديد الاذان لظاهر غيرها ان الاحكار النهي عنه تجزئاً او كراهة متقدمة بغير
 هي مقبنة لموضوع الاحكار الذي له حكم لا مقبنة للاطلاق حتى يقال لا موجب للمطلق على المقبنة
 المدوات وانكروها فتدريجها في ذلك وهو الاقوى شرط عدم البادل للصححة الخ يمكن التمسك
 في جميع ما ورد فيه من ادبيات التحريم فان علمه منها في عامر ما من موضوع الاحكار المحكوم بالتحريم والكراهة لان
 مقامه من حكم الاحكار كما في صحته سالم الحاطب حاشا خبر سالم بانه يترجم عن محكمه تصدى الامام بيان ان الاحكار
 فيما دام نكسها كذا يدل مستشهدا بنصه حكيم بن حزام وكذا في صحته الحلبي انما المتكبر ان يفتري طاماً وليس في
 طامه غيره وعلمه منها تدل على ثبت الياس فيه وثبت التجريم به سمي على ان يكون الياس بمعنى العذاب وهو سائر
 بل يعل عامعه في موارد اطلاقاته باختلاف معنائه هو الياس والشدة فلا يدل الا على انه سمي وانما يصغر من
 وقوله اياك للجدد المستعمل كثيراً في المكروه الذي ينبغي ان ينجب عنه والمع اعم من المحرم والتبرهي وما في النهي
 ثم اوف حلوه عند هذا بناء فكل به وعاقب لا يدل على حماره عنها المتكبر ليدل على حرمة بل ليدل
 جازاً لتكامل الحكم الحاطب لسانه البلاد والعباد بعد صدور الحكم منه بالبيع والاحكار والاخراج الى السوق
 لا يجوز الاحكار المنقطع عنه سراً بمحصل اطلاع الحاكم عليه وانما استند اليه غير واحد من كتب الزاوية
 بالبيع عن هذا الاحكار بغير بيان لان الزاوية على ترك المكروه هي ان الاحكار ان كان هو الاشباع عن ايسر
 كونه الزاوية بالبيع من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر كما شاع حرمة الاشباع لوجوب البيع الذي هو تبضع
 حيث لا الزاوية على غير الواجب واما اذا كان الاحكار هو حبس النظام وادخاره في قبض حوزة الخابري
 هو اجتناب البيع والاشباع عنه لم يوجب البيع على المحكوم باستثناءه من حمار الزاوية به يستدعي وجوب الاجاز
 وذلك الاحكار من باب الرجوع المقدمي ولا مضافة بغير كراهة بالذات بل باحتمال ذلك وهو من الرجوع المقدم
 عليه هذا اذا كان لا الزاوية من الحكم بتعاون الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لاكتساف المبروفة والمكروه كما
 واما اذا كان من باب رعاية مصلحة الرعية يجب على الحاكم الزاوية المحترمة بالبيع ولذا ليس له الحكم ذلك ولذا
 من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لم يخص به الحاكم في لاكتساف عز وجوب البيع على محترميهم في سنة
 ان كان لبيان من وجهه عليه بمدحهم الحاكم عليه بالبيع قد رجح هذا اخر ما اردنا ابراه في السلق
 على هذا الكتاب والحمد لله اولاً و آخراً والصلى والسلام على نبيه محمد وآله الطاهرين باطنا وظاهراً

كتبه ببناء اندازة مستقر ومقدوره في آخره الاخر حاجي محمد حسن
 محمد حسن محبي زاهداني عمي هما في الحادي عشر
 من شهر جمادى ذخره سنة ١٣٤٩

كتاب البيع



مكتبة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وفضل الصلوة والسلام
على سيد الأولين والأخريين محمد وآله الطاهرين.

تعريف البيع

١- قوله ﷺ: (البيع في الاصل كما في المصباح مبادلة مال بمال... الخ)^(١).
رَبَّمَا يشكل بأنها يصح التعبير بها عما يقوم بطرفين - كما هو الشأن في باب
المفاعلة - ، لا عما يقوم بطرف واحد وهو البيع المقابل للاشتراء، وهو المبدء
الساري في مشقاته، فإنه ليس إلا التبديل دون المبادلة، ولذا قيل: بأنه تعريف
للمعاملة البيعية، وعليها يحمل قوله تعالى: ﴿رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع﴾^(٢) وقوله
تعالى: ﴿وذروا البيع﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿احل الله البيع﴾^(٤) وكذا قولهم كتاب البيع؛
واقسام البيع؛ وشروط البيع.

(١) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٢.

(٢) النور آية ٣٧.

(٣) الجمعة آية ٩.

(٤) البقرة آية ٢٧٥.

ويمكن أن يقال: إنَّ التبديل مجرد جعل شيء ذا بدل سواء كان له مساس بالغير أم لا، والمبادلة هذا المعنى مع المساس بالغير، وينسب الفعل المشتق منها إلى من هو الاصيل في التبديل - كالموجب في البيع -، ومع الاصلة في الطرفين ينسب إليهما التبادل، كما هو الفارق بين المفاعلة والتفاعل في فن الادبية، فتبين وجه التعبير عن البيع بالمبادلة دون التبديل، هذا بناءً على ما هو المعروف من تقوّم المفاعلة بطرفين. والتحقيق خلافه كما تشهد به الاستعمالات الصحيحة الفصيحة القرآنية وغيرها كقوله: ﴿يخادعون الله﴾^(١) ﴿ومن يهاجر إلى الله﴾^(٢) ﴿ويراؤون﴾^(٣) ﴿ونافقوا﴾^(٤) ﴿وشاقوا﴾^(٥) وقولهم «عاجله بالعقوبة»، و«بارزه بالمحاربة»، و«ساعده التوفيق»، إلى غير ذلك مما لا يصح نسبة المادة إليهما، أو لا يراد منها ذلك، بل الظاهر أنّ هيئة المفاعلة لمجرد تعدية المادة وانهاؤها إلى الغير، مثلاً الكتابة لا تقتضي إلاّ تعدية المادة إلى المكتوب، فيقال «كتب الحديث» من دون تعديتها إلى المكتوب إليه، بخلاف قولهم «كاتبه» فإنّه يدل على تعديتها إلى الغير، بحيث لو أريد إفادة هذا المعنى بالمجرد لقليل «كتب اليه».

وربّما تدل الهيئة المجردة على نسبة متعدية كقولهم «ضرب زيد عمرواً» إلاّ أنّ إنهاؤها إلى المفعول غير ملحوظ في الهيئة، وإنّ كان لازم النسبة، بخلاف «ضارب زيد عمرواً» فإنّ التعدية والانتهاء إلى المفعول ملحوظ في مفاد الهيئة، فما هو لازم النسبة تارة ومفاد حرف من الحروف أخرى مدلول مطابق لمفاد هيئة المفاعلة، ولذا ربّما يفهم التعمّد والتقصّد إلى إيجاد المادة، فيفرق بين ضارّاً ومضارّاً وخدعه وخادعه ونحوهما.

وأماً ما ذكره من الاصلة والتبعية فغير صحيح ثبوتاً واثباتاً، أمّا في مقام الثبوت

(١) البقرة آية ٩.

(٢) النساء آية ١٠٠.

(٣) النساء آية ١٤٢.

(٤) آل عمران آية ١٦٧.

(٥) الانفال آية ١٣.

فإنه لابد من فرض نسبتين بحيث تكون احدهما لازماً للأخرى، وليس «ضرب عمرو زيداً» لازماً خارجياً «لضرب زيد عمرواً»، والهيئة الواحدة لها نسبة واحدة - هي مدلولها المطابقي -، ومع الوحدة لا أصالة وتبعية؛ فإنها فرع الاثنية.

وأما في مقام الاثبات فلأن الاصلة والتبعية في الدلالة فرع الاصلة والتبعية في المدلول، وقد عرفت عدمهما، وإنما يصح في مثل المفهوم التابع للمنطوق إثباتاً لتبعيته له ثبوتاً، فإن لازم العلية المنحصرة - التي هي مدلول مطابقي للجمله الشرطية - هو الانتفاء عند الانتفاء، وأما هيئة التفاعل فهي أيضاً لا تتكفل نسبتين، لأن الهيئة الواحدة لها مدلول واحد، نعم هي نسبة خاصة لها طرفان، فهية التضارب ما يعبر عن مفادها في الفارسية بقولهم (بهمزدن) وهذه نسبة متقومة بطرفين، ويقية الكلام في غير المقام^(١).

ثم إن المبادلة حيث إنهما من المعاني التي لا استقلال لها في التحصل، فلا بد من أن تكون بملاحظة أمر من الحكومة أو الرئاسة أو الملكية ونحوها، وحيث إنهما أضيف إلى المال بما هو مال، فيعلم منه أن المراد منها هو التبديل المعاملي والتسبب إلى جعل شيء مكان شيء في الملكية بلا عنوان.

فالصلح على شيء بعوض وإن كان متضمناً للمبادلة إلا أنه بعنوان المسالمة على ملكية شيء بعوض، فلا ينتقض تعريف البيع بالصلح على شيء بعوض، كما أنه حيث إن التبديل البيعي تبدال معاملي تسببي فلا ينتقض بآداء البديل في باب الضمانات، فإن تدارك التالف ببذله ليس جعل الشيء ذا بدل في الملكية. وهل البيع مبادلة مال بمال في الملكية، أو تملك شيء بالبدل فهو^(٢) أمر آخر؟ وسيجيء تحقيق القول فيه إن شاء الله تعالى.^(٣)

(١) نهاية الدراية ٤: ٤٣٧ - مؤسسة آل البيت .

(٢) الظاهر أن العبارة (أو هو أمر آخر...) لانه يعرف البيع كما سيأتي بغير هذين التعريفين .

(٣) تعليقه ٢٢.

٢- قوله ﷺ: (والظاهر اختصاص المعوِّض بالعين... الخ) (١).

كما هو المعروف عند الاصحاب في مقام التفرقة بينه وبين الاجارة، والمراد بالعين ما يقابل المنفعة فيعم الشخصية والكليّة حتى الذمّية. وربما يشكل: بأنّ الملكية عرض؛ وهو محتاج إلى محل موجود، ولا وجود للكلي الذمي بل ولا للمنفعة الآتية.

وأجاب عنه الفاضل النراقي رحمه الله في عوائده (٢): بأنّ البيع حيث إنّهُ بمعنى نقل الملك لا التمليك فلا محذور، لأنّ نقل الملك المتأخر في ظرف وجوده أمر معقول، والنقل ليس عرضاً حتى يعود المحذور، فما هو فعلي ليس بعرض وما هو عرض فليس بفعلي؛ بل بالقوة، إلى آخر ما أفاد ﷺ.

وفيه: أنّ النقل وإن لم يكن عرضاً إلّا أنّه من المعاني التي لا استقلال لها في التحصّل، بل لا بد من أن يكون بملاحظة إضافة أو مكان، فإذا لم تكن إضافة الملكية إلى المعدوم معقولة، فالتنقل بلحاظها غير معقول، فكما أنّ الملكية غير فعلية، فكذا النقل غير فعلي فلا بيع بالحمل الشايع، مع أنّ البيع لا يتضمن النقل دائماً - كما في بيع السلف فإنّ كلي المنّ من الحنطة لم يكن طرفاً لإضافة ملكية حتى ينقل من طرف هذه الإضافة إلى إضافة أخرى.

وأجاب عنه بعض أجلة المحشين (٣): بأنّ الملكية وإن كانت من الاعراض

(١) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٢.

(٢) عوائد الايام ٣٨.

وهو للشيخ أحمد بن مهدي بن أبي ذر الغراقي، ولد سنة ١١٨٥ هـ في نراق، عالماً فاضلاً جامعاً لاكثر العلوم لاسياً الاصول والفقه.

قرأ على والده في كاشان، وعلى بعض أفاضل العراق يسيراً كالسيد بحر العلوم والشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمه الله، أشهر تلاميذه الشيخ مرتضى الانصاري رحمه الله.

من مؤلفاته جامع السعادات، ومنتهاج الوصول الى علم الاصول، وعوائد الايام وغيرهم.

توفي في ٢٣ ٢٤ سنة ١٢٤٤ هـ بالنجف الاشرف.

(٣) حاشية اليزدي على المكاسب ٥٤ سطر ١.

الخارجية، إلا أنَّ حقيقتها عين اعتبار العقلاء أو الشارع، فلا بأس بأن يكون محلها موجوداً اعتبارياً للعقلاء أو الشارع، نظير الوجوب والحرمة فإيهما وإن كانا عرضاً خارجياً، إلا أنَّهما يتعلقان بكلي الصلاة والزنا قبل وجودهما في الخارج.

وفيه: أنَّ الجمع بين العرضية والاعتبارية بلا وجه، لأنَّ العرض أمر واقعي مقولي، والاعتبار المقابل للمقولات لا ثبوت له إلا في أفق الاعتبار، وإليه يؤل ما تكرر في كلمات شيخنا الاستاذ فقهاً واصولاً من أنَّ الملكية من مقولة الاضافة وهي اعتبارية، إلا أنَّ الاعتبارية المجامعة للمقولية - بمعنى وجود الشيء بوجود منشأ انتزاعه - في قبال الموجود بوجود ما بحذائه، لا الاعتبارية التي لا تتوقف على موضوع محقق في الخارج، وسيجيء إن شاء الله تعالى تحقيقه^(١) عما قريب.

وأما التنظير بالوجوب والحرمة ففيه: أنَّ المراد منهما إن كان هي الارادة والكرهة النفسانيتان، فهما وإن كانا من الاعراض إلا أنَّ موضوعهما النفس دون الفعل، وإنما الفعل متعلقهما الموجود بوجودهما في أفق النفس، وإن كان هو البعث والزجر الاعتباريان فهما ليسا من الاعراض الخارجية المقابلة للجوهر المبني عليه الاشكال فتدبر.

٣- قوله ﷺ: (كما أنَّ لفظ الاجارة يستعمل... الخ)^(٢).

ظاهر المقابلة بين الاجارة والبيع أنَّ المراد من استعمال الاجارة في نقل بعض الاعيان تعلقها بالثمرة على الشجرة، فإنه الذي يكون فيه الاجارة بمعنى البيع قطعاً،

وهي للسيد كاظم الطباطبائي اليزدي (صاحب العروة)، ولد سنة ١٢٤٧هـ في قرية من قرى يزد. أشهر من أخذ منه الميرزا الشيرازي، وبعد وفاته آلت له رئاسة الامامية وكان مرجع تقليدها، له عدة مؤلفات منها حاشيته على المكاسب، ولكن اشتهر برسائله العملية، حيث جمع فيها فروغاً كثيرة، علق عليها كل من تصدى للمرجعية بعده. توفي ﷺ في يوم الثلاثاء ٢٨ رجب سنة ١٣٣٧ هـ ودفن في النجف الاشرف. اعيان الشيعة ٤٣:١٠ بتصرف.

(١) تعليقه ٦.

(٢) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٤.

لا إجارة الشجرة لثمرتها^(١) كإجارة الشاة للبنها والمرضعة للبنها، فإن أمثالها رَمَّا يقال: بصحتها بعنوان الإجارة حقيقة، والكلام هنا في مجرد الاستعمال مع كون المراد منها البيع - كبيع المنفعة المراد منها الإجارة قطعاً ولم أظفر بمورد في الاخبار قد أُسْتُعْمِلَ الإجارة فيه في البيع، إلا ما في رواية الحلبي في باب بيع الثمار حيث قال عنه: (تقبّل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة، وإن شئت أكثر، وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر)^(٢) اي لا تشتري كما هو صريح سائر اخبار الباب^(٣)، فما عن بعض أجلة المحشين^(٤) من حمل عبارته عنه على إجارة الشجرة لثمرتها قبل وجودها خلاف الظاهر، وأما تحقيق المسألة الاخرى فموكول إلى باب الإجارة^(٥).

٤ - قوله عنه: (نعم نسب إلى بعض الاعيان... الخ)^(٦).

نسبه كاشف الغطاء^(٧) إليه ؛ ولعله من بعض معاصريه، ووجه المنع إمّا عدم تعارف جعل المنفعة عوضاً فلا تشمله الأدلة الدالة على نفوذ ما بأيدي الناس، وإمّا

(١) حق العبارة أن يقول (ولا كإجارة...)

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من أبواب بيع الثمار، ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من أبواب بيع الثمار.

(٤) حاشية اليزدي ٥٤ سطر ٣٥.

(٥) كتاب الإجارة - للمؤلف - ١٧٨.

(٦) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٥.

(٧) شرح القواعد (مخطوط)

وهو الشيخ جعفر بن الشيخ خضر النجفي المشهور بكاشف الغطاء عنه.

ولد في النجف الاشراف حدود سنة ١١٥٤ هـ، وأخذ عن والده أولاً، وغالب من أخذ عنه الشيخ محمد مهدي الفتوي، وتلمذ على الاقا محمد باقر البهبهاني والسيد مهدي بحر العلوم وغيرهم.
من أشهر تلاميذه الشيخ أسد الله التستري صاحب المقاييس، والسيد جواد العاملي صاحب مفتاح الكرامة، والشيخ محمد حسين صاحب الجواهر وغيرهم كثير.

له مؤلفات كثيرة أشهرها كشف الغطاء، وشرح قواعد العلامة، توفي عنه يوم الاربعاء ٢٢ رجب سنة ١٢٢٧ هـ في النجف الاشراف.

أعيان الشيعة ٤: ٩٩ بتصرف.

كون المنافع معدومة فلا تقبل الملكية كما ذكره بعض العامة، وهو ظاهر الشهيد في قواعده قائلاً: (إنَّ مورد الاجارة العين لاستيفاء المنفعة لأنَّ المنافع معدومة، ولاجله ربَّما يقال بأنَّ الاجارة تسليط على العين لاستيفاء المنفعة لاتمليك المنفعة)^(١)، وكلا الوجهين كما ترى!. وقد أوضحنا الحال من الجهة الثانية في باب الاجارة^(٢).

٥ - قوله ﷺ: (وأما عمل الحر فإن قلنا بانه قيل المعاوضة... الخ)^(٣).

وجه عدم كونه مالاً قبل المعاوضة، إمَّا كون المالية صفة وجودية ولو بوجود منشأ انتزاعها، فلا ينتزع من المعدوم، وإمَّا لأنه لا يصدق عرفاً على الحر بملاحظة عمله أنه ذو مال، ولذا لا يتعلق به الاستطاعة ولا يضمن عمله إذا حبسه الظالم، بخلاف ما إذا كان اجيراً للغير فإنه مال له.

فإن كان الوجه هو الاول ففيه: أنه لا فرق فيه بين وقوع المعاوضة عليه وعدمه، لبقائه على عدمه، وينتقض بالكلبي الذمي في باب السلف، فإنه أيضاً معدوم فلا يكون مالاً، وبمطلق المنفعة في الاجارة، مع أنَّها أيضاً لا تتعلق إلاً بالمال.

وإن كان الوجه هو الثاني: - كما يشهد له الفرق بين وقوع المعاوضة عليه وعدمه - ففيه: - بعد النقض بالمبيع الكلبي الذمي، بل بالثمن الكلبي الذمي وبخصوص المنافع

(١) القواعد والفوائد ٢: ٢٧٢، القاعدة: ٢٦٤

وهو الشيخ أبو عبد الله شمس الدين محمد بن الشيخ جمال الدين مكي العاملي الجزيبي المعروف بالشهيد الاول ﷺ، ولد سنة ٧٣٤هـ.

بدأ دراسته في جبل عامل ثم هاجر الى العراق وعمره ستة عشر سنة فقرأ على فخر المحققين ولد العلامة رحمتهما وبقى في العراق خمس سنوات، وأخذ المعقول عن شارح الشمسية قطب الدين الرازي، وعلى غيرهم. من أشهر تلامذته المقداد السيوري، له عدة مؤلفات منها القواعد والفوائد والدروس واللمعة الدمشقية وغيرهم.

استشهد في دمشق ضحى يوم الخميس ٩ ج ١ سنة ٧٨٦ قتلًا بالسيف في قصة معروفة.

أعيان الشيعة ١٠: ٥٩ بتصرف.

(٢) كتاب الاجارة للمؤلف ٤.

(٣) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٦.

العملية في باب الاجارة - أنَّ غاية ما يقتضيه هذا الوجه هو نفي الملكية وكونه ذا مال لا نفي المالية.

توضيح المقام: أنَّ المالية والملكية اعتباران عقلائيان، تنتزع الاولى من الشيء بملاحظة كونه في حد ذاته مما يميل إليه النوع ويرغبون فيه ويبدلون بازائه شيئاً، فالمن من الحنطة في حد نفسه ليس كالمن من التراب مثلاً، بل ينتزع عنه عنوان المالية بالاعتبارات المتقدمة، فهي وإن كانت صفة ثبوتية إلا أنَّها اعتبارية، وموردها ما يكون متخياً في حد ذاته بتلك الحثيات، غاية الأمر أنَّ هذا الشيء الذي هو في حد ذاته مال، تارة يكون موجوداً، وأخرى معدوماً.

نعم فعلية البذل موقوفة على تقدير وجوده في الذمة، أو تقدير وجوده بوجود العين - كالمنفعة التي هي من حيثيات العين وشؤونها - .

وينتزع الثانية بملاحظة نحو إضافة الواجدية، إمَّا بتبع واجديته للرقبة كعمل العبد، وإمَّا بالأصالة كنفس الرقبة، وهذا المسمى بالمال ربَّما يكون له إضافة إلى أحد باضافة الملكية أو الحقيية، وربَّما لا يكون - كالمن من الحنطة قبل التعهد، وكالمباحات قبل الحيازة، وكعمل الحر قبل وقوع المعاوضة - ، والبيع مبادلة مال بمال؛ لا مبادلة مال مملوك بمال مملوك، وحقيقته التمليك لا تمليك المملوك حتى يعتبر كون المملِّك ذا مال، وإضافة عمل الحر إليه بنحو إضافة العَرَض إلى موضوعه، لا باضافة الملكية.

نعم للحر السلطنة على التعهد بعمل وتمليكه الغير، فلا يقاس البيع بالاستطاعة و الضمان، فإنَّ الاستطاعة لا تتحقق إلاَّ بالملكية، فلا يكون عمل الحر قبل استيفائه بما بازائه محققاً للاستطاعة، كما أنَّه حيث لا انتساب ملكي له إليه لا يندرج تحت عنوان من ألتف مال الغير فهو له ضامن، وحيث لا يدخل الحر تحت اليد فلا يكون عمله مأخوذاً بتبعه كالعبد وعمله، حتى يندرج تحت قاعدة اليد، وأمَّا استيفائه قهراً عليه فإنَّما يكون مضمناً لا لأنه مملوك للحر، بل لاحترام عمله فلا يذهب هدرأ.

فتلخص مما ذكرنا: أنَّ الاشكال في عمل الحر إن كان من جهة عدم المالية، ففيه:

أنه مال لما مرّ، وإن كان من جهة عدم الملكية، ففيه: أنه لا يجب في المبيع ولا في العوض أن يكون مملوكاً، بل قابلاً لأن يملك بالبيع أو الاجارة.

٦- قوله ﷺ: (وأما الحقوق كحق الشفعة... الخ)^(١).

توضيح الفرق بين الملك والحق والحكم، وما يترتب على الحق المقابل لهما من الآثار يتم برسم أمور:

منها: أن الملكية الشرعية والعرفية - كما حققناه في الاصول خصوصاً في مبحث الاحكام الوضعية - ليست من المقولات الواقعية - لا بمعنى الموجود بوجود ما بحذائه، ولا بمعنى الموجود بوجود منشأ انتزاعه - فهي ليست من الاعراض المقولية حتى مقولة الاضافة - وإن كان مفهوم المالكية والمملوكية من الاضافات العنوانية - لما ذكرنا من البراهين القطعية على خروجها من حدود المقولات.

وإنما هي اعتبارية لا بمعنى المجامع للمقولية، كمقولة الاضافة التي تكون مقوليتها باعتبار منشأ انتزاعها، واعتباريتها بملاحظتها فعليتها المتقومة بلحاظ شيء بالقياس إلى شيء آخر على ما حقق في محله.

بل بمعنى أن الملكية لها نحوان من الوجود، بأحد نحويه يكون مقولة، وبالأخر موجوداً بالاعتبار، فالاعتبار^(٢) الواجدية هي الملكية الاعتبارية، وإن كان نفس الواجدية الحقيقية من مقولة الجدة أو الاضافة، وهذا النحو من الوجود لا اختصاص له بمقولة الاضافة، بل يصح اعتباره في كل معنى مقولي - كاعتبار الشجاع أسداً، واعتبار علم زيد فوق علم عمرو، واعتبار القلب أبيض إلى غير ذلك - على ما أوضحنا القول فيه في محله فليراجع -^(٣)

منها: أن الاحكام الشرعية المجعولة عبارة عن إنشائات خاصة بدواعٍ مخصوصة،

(١) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٨، وفيه (وأما الحقوق فان لم يقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة والولاية فلا اشكال، وكذا لو لم يقبل النقل كحق الشفعة).

(٢) هكذا في الاصل والصحيح (فاعتبار الواجدية).

(٣) نهاية الدراية ٥ : ١٠١ - مؤسسة آل البيت.

فالانشاء بداعي جعل الداعي فعلاً أو تركاً - عن مصلحة لزومية أو غيرها أو عن مفسدة كذلك - إيجاب وتحريم واستحباب وكراهة، والانشاء بداعي إرخاء العنان والترخيص - المقابل للابدية من فعله وتركه - بإباحة.

وأما الحق فهو كالمملك اعتبار معنى يترتب عليه الاسقاط أو النقل بالمعاوضة أو الارث، فليس هو من الاباحة الشرعية التي ليست موضوعاً لهذه الآثار، بل كما ينفك المملك عن جواز التصرف تكليفاً ووضعاً كملك القاصر، فإن جواز التصرف للمولى، والمملك للمؤلى عليه، فلا يعقل أن يكون أحدهما عين الآخر، أو يكون الحكم منشأ لانتزاع الحق، لاستحالة قيام المنشأ بأحد وقيام الأمر الانتزاعي بالآخر مع اتحادهما في الوجود، كذلك الحق رتماً يكون للمؤلى عليه وجواز التصرف للولي، فيعلم منه أن الحق غير الحكم من وجوه شتى.

منها: أن الحق وإن كان بحسب مفهومه اللغوي ما يساوق الثبوت، فهو تعالى حق لثبوته بافضل أنحاء الثبوت الذي لا يشوبه بطلان، والامر الموافق للواقع حق لثبوته واقعاً، ﴿ ويحق الله الحق ﴾^(١) أي يثبتة ﴿ وكان حقاً علينا نصر المؤمنين ﴾^(٢) أي ثابتاً، إلى غير ذلك من موارد استعماله.

إلا أن هذا المعنى ليس قابلاً لتعلق الاعتبار كقبول الملكية له، فلا معنى لاعتبار الثبوت المطلق من دون إضافته إلى شيء، واعتبار ثبوت شيء لشيء بنفسه رتماً يكون لغواً، كاعتبار ثبوت الأرض المحجرة، بل لابد من اعتبار ثبوت الأولوية بها أو السلطنة عليها باحيائها وتملكها، وكذا لا معنى لاعتبار ثبوت الفسخ في باب الخيار، فإن مرجعه إلى اعتبار كونه فاسخاً، مع أن المراد اعتبار كونه مالكاً لأمره ومسلطاً عليه.

فمنه ومن أشباهه يُعلم أن الحق مصداقاً اعتبار من الاعتبارات، وبلحاظ ثبوته لمن اعتبر له يكون حقاً، وبهذا النظر رتماً يطلق على المملك أيضاً - كما شاع في باب

(١) يونس آية ٨٢.

(٢) الروم آية ٤٧.

القضاء - باعتبار ثبوته على المدعي عليه ، وبهذا الاعتبار أيضاً رُبَّما يطلق على نفس الحكم التكليفي - كما يقال الصلاة مثلاً حق الله - لثبوته على المكلف بعين إيجابها عليه .

وهل ذلك المعنى الاعتباري المعبر عنه بالحق في قبال الحكم هو بمعنى الملك أو مرتبة منه أو سلطنة اعتبارية أو غير ذلك ؟ .

لم اقف على ما يعين احد هذه المذكورات، وإن كان رُبَّما يعبر عنه بالملك أو بالسلطنة - كما قالوا في باب الخيار إنَّه ملك الفسخ والامضاء تارة، وإنَّه السلطنة على الفسخ والامضاء، أو على الفسخ فعلاً وتركاً أخرى - .

نعم رُبَّما يقال: بأنَّه مرتبة من الملك، نظراً إلى عدم ترتب جميع آثار الملك عليه، وقد بينا في محله^(١) أنَّ الملكية بأي معنى مقولي كانت ليس لها تفاوت بالشدة والضعف، حتى يصح في مقام اعتبار ذلك المعنى المقولي اعتبار شديدة تارة، واعتبار ضعيفة أخرى .

وتفاوت الملك والحق في ترتب الاثار كلاً وبعضاً لا يقتضي التفاوت في المفهوم والمعنى، بل ذلك من ناحية تعلق الملك تارة بالعين، وأخرى بالمنفعة، وثالثة بالانتفاع، ورابعة بالفسخ ونحوه، وليس فعل الشخص نفسه أياً عن إعتبار ملكه إيَّاه - كما مرَّ^(٢) في عمل الحر - فإنَّ الاعمال متفاوتة، فمثل خياطته وكتابته تحت إختياره فلا موجب لاعتبار ملكه ووجدانه له شرعاً مع كونه واجداً له حقيقة، بخلاف فسخه وإمضائه، فإنَّ الانشاء فسخاً أو إبراماً لا أثر له إلا باعتبار كونه له ذلك شرعاً، فلا يأبى قيام العمل بالشخص عن اعتبار وجدانه له شرعاً، أو سلطنته عليه اعتباراً .

نعم لا يمكن الالتزام بأنَّه بمعنى الملك كلياً، إذ من موارده حق الاختصاص بالخمير وحق الاولوية في الارض المحجرة، فإنَّه لا معنى لملك الخمر، كما لا معنى لملك الارض قبل الاحياء، فيعلم منه أنَّ الحق إمَّا ليس بمعنى الملك كلية، أو في

(١) في رسالة الحق والحكم الاتية ص ٤٣ .

(٢) تعليقة ٥ .

خصوص هذه الموارد، كما أنَّ كون الحق بمعنى السلطنة كما هو المعروف لا مانع منه.

ودعوى: أنَّ السلطنة من احكام الملك والحق لا نفسها - كما عن شيخنا الاستاذ^(١) - إنَّما يتجه إذا أُريد منها السلطنة التكليفية المساوقة لجواز التصرف، لا ما إذا أُريد اعتبارها كاعتبار الملكية، فإنَّها كالمملك يترتب عليها طبعاً جواز التصرف شرعاً بل ربَّما يكون في بعض أفرادها منصوصاً، كما في حق القصاص حيث قال تعالى: ﴿ فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾^(٢) فالحق المجعول للولي هو نفس سلطانه شرعاً لا أمر آخر يترتب عليه السلطنة التكليفية المساوقة لجواز القصاص في قبال حزمته، فضلاً عن كونه عين السلطنة التكليفية التي لا إسقاط لها، ولا قابلية الصلح عنها بشيء.

والذي يترجح في نظري - ولم أقف على موافق صريحاً - أنَّ الحق في كل مورد اعتبار خاص له أثر مخصوص، ففي مثل حق الولاية وحق الوصاية وحق التولية وحق النظارة ليس الاعتبار المجعول إلَّا اعتبار ولاية الاب والجد والحاكم، واعتبار كون الشخص نائباً في التصرف عن الموصى، واعتبار كون الشخص متولياً وناظراً، فإضافة الحق إلى هذه الاعتبارات بيانية.

بل حق الرهانة أيضاً كذلك، فإنَّه ليس إلَّا اعتبار كون العين وثيقة أو محبوسة على الدين، وأثره جواز استيفاء الدين منه، وأمَّا مثل حق التحجير فهو حق مسبب عن التحجير، والاعتبار الموجود في مورده مجرد كونه اولى بالارض من غيره في تملكها باحيائها، فلا يجوز لغيره مزاحمته، ومثل حق الاختصاص في الخمر المتخذ للتخلييل نفس اعتبار اختصاصه به لسبق ملكه له فيملكه بتخلييله لا مجرد جواز تخليله، أو جواز تملكه بتخلييله.

نعم في مثل حق الشفعة وحق الخيار والحق المسبب عن الجناية لا بأس بأن يكون بمعنى اعتبار السلطنة على ضم حصة الشريك ببذل مثل الثمن للمشتري،

(١) حاشية الآخذ ٤.

(٢) الاسراء آية ٣٣.

واعتبار السلطنة على الفسخ، واعتبار السلطنة على الاسترقاق مثلاً، وبقية الكلام في الرسالة المعمولة في تحقيق الحق.

ومنها: أنَّ الحقوق تختلف فمنها ما لا يقبل السقوط والنقل بالمعاوضة والانتقال بالارث كحق الولاية والتولية والنظارة والوصاية، وبعضها يقبل كل ذلك كحق التحجير، فإنه قابل للسقوط وللنقل بالمعاوضة - فيكون المنتقل إليه أولى بالارض - وللانتقال بالارث، وبعضها يقبل الاسقاط والانتقال بالارث كحق الخيار وحق الشفعة وحق الرهانة دون النقل إلى الغير، بحيث يكون له الخيار وله تملك حصه الشريك، أو له استيفاء الدين فإنَّ ذلك غير صحيح أو غير معقول، كما حقق في محله^(١)، وبعضها يقبل الاسقاط والنقل دون الانتقال بالارث، كحق القسمة في الزوجات، فإنَّ إسقاطه صحيح، ونقله إلى زوجة أخرى كذلك ولكنه لا ينتقل بالارث.

وقد بينا حال هذه الاقسام وما لها من الاحكام ومدرك اختلافها في رسالة الحق، وسيجيء إن شاء الله تعالى الكلام في صلاحية ما يقبل النقل والانتقال لوقوعه عوضاً في طي الحواشي المتعلقة بكلامه^(٢) (زيد في علو مقامه).



(١) ص ٤٤.

(٢) تعليقه ٧ و ١٠.

Main body of handwritten text, consisting of several lines of cursive script.

A line of handwritten text, possibly a signature or a specific heading.

Bottom section of handwritten text, including what appears to be a signature and possibly a date or reference.

رسالة

في تحقيق الحق والحكم

مكتبة جامعة القاهرة

القاهرة

مكتبة جامعة القاهرة

مكتبة جامعة القاهرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فائدة: في تحقيق حقيقة الحق وما يتعلق به^(١).

وحيث إنَّ الحق رَمَّما يجعل من مراتب الملك، فلا بد من تحقيق حال الملك العرفي أو الشرعي، فنقول:

رَمَّما يجعل الملك من المقولات العرضية، إمَّا بمعنى الجدة المعبر عنها بالملك و«له» في فن المعقول، وإمَّا بمعنى الاضافة نظراً إلى تضائف المالكية والمملوكية، لتكرر النسبة فيهما، وإمَّا بمعنى السلطنة المساوقة للقدرة على [تقليب]^(٢) العين مثلاً وتقلبه، فيكون من مقولة الكيف، والكل باطل.

أَمَّا أَنَّ الملك المذكور ليس من المقولات العرضية رأساً وأصلاً فلوجه:
احدها: أَنَّ المقولة ما يقال على شيء يصدق عليه في الخارج، فلا بد من أن يكون لها مطابق وصورة في الاعيان، كالسواد والبياض وما شابههما من الاعراض، أو يكون من حيثيات ما له مطابق ومن شؤونه الوجودية، فيكون وجودها بوجوده كمقولة الاضافة، حيث إنَّها لمكان كون فعليتها باضافتها ولحاظها بالقياس إلى الغير لا يعقل أن يكون لها وجود استقلالي، على تفصيل تعرضنا له في بعض تحريراتنا

(١) هذه رسالة مستقلة من المصنف رحمه الله وحيث انها أدرجت في الطبعة المحررية في هذا الموضع من الكتاب وهو المكان المناسب لها والذي يظهر أن هذا عمل المصنف رحمه الله لانه يرجع اليها في أثناء الكتاب بقوله كما مر.

(٢) هذا هو الصحيح وفي الاصل (تقليب).

الاصولية^(١).

ومن الواضح أنه بعد وجود العقد مثلاً لم يوجد ما له مطابق في الخارج، ولم يتخّث ذات المالك والمملوك بحيثية وجودية، بل على حالهما قبل العقد، وصدق المقولة بلا وجود مطابق أو تخّثه بحيثية واقعية أمر غير معقول.

ثانيها: أنّ المقولات لمكان واقعتها لا تختلف باختلاف الانظار، ولا تتفاوت بتفاوت الاعتبارات، فإنّ السقف الملحوظ إلى ما دونه فوق في جميع الانظار، وبالإضافة إلى السماء تحت بجميع الاعتبارات، مع أنّ المعاطاة مفيدة للملك عرفاً؛ وغير مفيدة له شرعاً، فالأخذ بالمعاطاة والمأخوذ بها مالك ومملوك في نظر العرف دون الشرع، مع أنّ الحيثية الخارجية العرضية لو كانت ذات واقعية كانت كالفوقية والتحتية اللتين لا تختلف فيهما الانظار.

وثالثها: أنّ العرض كونه في نفسه كونه لموضوعه، لأنّ نحو وجوده ناعتي لغيره، فيحتاج إلى موضوع محقق في الواقع، مع أنّ الاجماع واقع على صحة تملك الكلي الذمي في بيع السلف ونحوه، والمشهور على مالكية طبعي الفقير للزكاة، والحال أنّه لم يعتبر في موضوعه الوجود الخارجي أو لا وجود له اصلاً، ولا يعقل أنّ تكون المالكية بلحاظ تشخّص الفقير عند أخذه للزكاة، أو المملوكية بلحاظ تشخّص الكلي عند الوفاء، فإنّ المالكية والمملوكية متضائفان، والمتضائفان متكافئان في القوة والفعلية، فالمالكية الفعلية تستدعي المملوكية الفعلية وبالعكس، وتقدير الوجود في الذمة يستدعي تقدير وجود الملكية لا الملكية الحقيقية.

وربّما يتوهم أنّ الملك العرفي والشرعي من الامور الانتزاعية الموجودة بوجود منشأ انتزاعها، ومنشأ الانتزاع أحد أمور:

الاول: ما هو المعروف وهو العقد أو المعاطاة مثلاً، فإنّ وجوده خارجي يصح منه انتزاع الملك.

وفيه: أنّ هذا التوهم على فرض صحته، وإن كان يدفع المحذورين الاول والأخير،

حيث إنَّه وجد العقد بعد أن لم يكن، فوجد منشأ الانتزاع ومصحح الاختراع، ولا يلزم وجود العرض بلا موضوع، بتوهم قيام الأمر الانتزاعي بمنشأه، لكنه يبقى المحذور الثاني على حاله، فإنَّ العقد أو المعاطاة لو كان منشأ الانتزاع لمقولة واقعا لم يختلف فيه الانظار، مع أنَّه ليس كذلك كما عرفت .

مضافاً إلى أنَّ العقد المنحل إلى لفظ وقصد ثبوت المعنى به، وداع دعاه إليه ليس بذاته منشأ لانتزاع الملكية، بل لا بد من أن يكون بلحاظ حيثية قائمة به يكون منشأ الانتزاع، وهو - مع كونه خلاف المحسوس بالوجدان، حيث إنَّ العقد قبل التشريع لم يكن منشأ للانتزاع - يرد عليه: أنَّ قيام الأمر الانتزاعي بمنشأه يصحح صدق العنوان المأخوذ منه على منشأه، كما أنَّ قيام الحيثية الخاصة بالسقف الذي هو منشأ انتزاع الفوقية، يصحح صدق عنوان الفوق عليه، مع أنَّه لا يصدق العنوان المأخوذ من الملك - وهما عنوانا المالك والمملوك - إلا على ذات المالك والمملوك لا على العقد والمعاطاة، فلا بد من قيام حيثية بذات المالك المملوك.

بل نسبة العقد إلى الملك نسبة السبب إلى المسبب، وهما متغايران وجوداً، لا نسبة المنشأ إلى ما ينتزع منه المتحددين في الوجود، بحيث يقال وجود الأمر الانتزاعي بوجود منشأه في قبال الموجود بوجود ما بحذائه.

وبالجملة: قيام المبدء لشيء - سواء كان بقيام انضمامي أو بقيام انتزاعي - يصحح صدق العنوان المأخوذ من ذلك المبدء على ما قام به المبدء، مع إنَّه لا يحمل العنوان على العقد أو المعاطاة، فيعلم منه أنَّ المبدء غير قائم به بقيام انتزاعي.

الثاني: ما توهمه جماعة في باب الاحكام الوضعية من^(١) أنَّها منتزعة من الاحكام التكليفية، كجواز التصرف بالنقل وغيره هنا، نظراً إلى أنَّ الملكية بمعنى السلطنة، فمعنى كون الشيء بحيث يجوز التقلب والتقلب فيه بأي وجه - هو أنَّ زمام امره بيده -، ولا نعني بالسلطنة الوضعية إلا ذلك.

وفيه أولاً: أنَّ الملكية ربّما تكون ولا ثبوت لجواز التصرف بوجه، كما في المحجور

(١) هذا هو في الصحيح وفي الاصل (مع).

لصغر أو جنون أو سفه أو فلس، وكونه في حد ذاته كذلك، وإن منع عنه مانع معناه ثبوت الملكية بالاقتضاء لا بالفعل، مع أنَّ الملكية فعلية، وثبوت الأمر الانتزاعي بلا منشأ الانتزاع محال، وجواز التصرف للولي لا يصحح انتزاع الملكية للمؤلى عليه، إذ لا يعقل قيام الحيثية المصححة للانتزاع بشيء، والانتزاع من شيء آخر.

وثانياً: ما مرَّ آنفاً^(١) من أنَّ قيام المبدء بشيء بقيام انتزاعي يصحح صدق العنوان الوضعي على منشأه، فلو كان الحكم التكليفي منشأ الانتزاع حقيقة، فالحيثية قائمة به فيصح حمل عنوان المالك والمملوك عليه.

ودعوى: أنَّ الملك نفس جواز التصرف، فالمالك من يجوز له التصرف، رجوع عن القول بانتزاع الوضع عن التكليف إلى دعوى العينية، وأنَّ مفهوم الملك عين مفهوم جواز التصرف، لا أنَّ جواز التصرف منشأ للانتزاع مع أنَّ الملك بجميع معانيه لا ربط له بمفهوم جواز التصرف.

نعم نفي انتزاعية الملكية من التكليف، بدعوى أنَّ التكليف أثر الملكية، وانتزاعها منه مساوق لتقدم المعلول على العلة.

قابل للدفع بتقريب: أنَّ العقد مثلاً يحدث مصلحة مقتضية لترخيص انشاء التصرف في مورد العقد، فينتزع منه الملكية، والعقد باعتبار هذه العلية يكون سبباً للملكية، ولا بأس بالتسبب بالعقد إلى حصول هذه الملكية المتحققة بتحقق منشأ انتزاعها.

الثالث: ما ربَّما يتخيل من أنَّ تمكن الشخص من بيع العين ونقلها بانواعه وتقليبها ونقلها شرعاً منشأ للانتزاع الملكية شرعاً، فقدرته خارجاً على العين بانواع التصرفات شرعاً منشأ انتزاع الملكية، لا مجرد جواز التصرف شرعاً.

وفيه: أنَّ القدرة لا تتعلق إلاً بالفعل، فالقدرة النفسانية على الاعمال الجسدية، والقدرة الجسدانية - أي القوة المنبثقة في العضلات - على الحركات الأينية والوضعية وأشباههما من الافعال الجسدانية العضلانية، والملكية لها مساس بعين الرقبة ابتداءً،

وهذه قدرة على افعاله التسببية من بيعه وصلحه وهبته، فضلاً عن تقليبه للعين خارجاً.

فلا يعقل أن تكون القدرة على افعاله منشأً لانتزاع ملك رقبه العين، فلا بد من حيثية قائمة بالعين، حتى يصح انتزاع ملك العين عنها، هذا كله في عدم كون الملك الشرعي والعرفي من المقولات واقعاً.

وأما عدم كونه من المقولات الثلاث بالخصوص: فلأنَّ الجِدَّة هي الهيئة الحاصلة للجسم بسبب إحاطة جسم ب كله أو ببعضه، كالتختم للاصبع بسبب إحاطة الخاتم، وكالتعمم للرأس بسبب إحاطة العمامة، وكالتقمص للبدن بسبب إحاطة القميص، وانتفاء مثل هذه الهيئة الخارجية للملك بسبب إحاطة المالك، أو للمالك بسبب إحاطة الملك واضح جداً.

وأما مقولة الاضافة فلأنَّ مجرد تضائف المالك والمملوك لا يستدعي أن يكون المبدء من مقولة الاضافة، فإنَّ العالمية والمعلومية متضائفتان، مع أنَّ المبدء وهو العلم كيف نفساني على المشهور، بل مجرد صدق حد الاضافة على المالكية والمملوكية لا يقتضي أن يكون مطابقهما مندرجاً تحت مقولة المضاف، ألا ترى صدق العالمية والقادرية والمالكية عليه تعالى، وهي مفاهيم إضافية، مع أنَّه تعالى لوجوب وجوده جلَّ عن أن يندرج تحت مقولة عرضية، فهي إضافات عنوانية، ربَّما يكون مطابقها وجوداً واجيباً كالعالمية والقادرية، وربَّما يكون مطابقها وجوداً مطلقاً غير محدود، كاحاطة الفعلية المعبر عنها بالمالكية فيه تعالى، فإنَّ مطابقها ليس إلاَّ إحاطته في مقام الفعل بجميع الموجودات بنفس إيجادها المرتبط به تعالى بنفس حقيقته البسيطة، وربَّما يكون مطابقها مصداق المقولة كالاضافات الخارجية القائمة بالموجودات العينية كفقوية السقف، أو كاحاطة محيط خارجي بذات الملك.

وأما مقولة الكيف فهي في غاية السخافة، لما عرفت من أنَّ القدرة لاتتعلق بالافعال، والملكية متعلقة بإتداء بالعين، فكيف تكون متعلقة للقدرة النفسانية وللقوة الجسدانية حتى تكون عبارة عن الملكية، هذا كله في عدم كون الملك الشرعي

والعرفي من المقولات العرضية عموماً وخصوصاً.

وكذا ليس من الاعتباريات الذهنية كالجنسية والفصلية والنوعية، فإنَّ معروضاتها أمور ذهنية لا خارجية، ومن الواضح أنَّ زيداً الخارجي هو المالك شرعاً أو عرفاً، والدار الخارجية هي المملوكة شرعاً أو عرفاً.

بل التحقيق الحقيقي بالتصديق في جميع الوضعيات العرفية أو الشرعية: أنَّها موجودة بوجودها الاعتباري، لا بوجودها الحقيقي، بمعنى أنَّ المعنى سنخ معنى بحيث لو وجد خارجاً بوجوده الخارجي لكان إمَّا جوهرًا بالحمل الشائع، أو كيفاً كذلك، أو إضافة أو جِدَّة بالحمل الشائع، لكنه لم يوجد بهذا النحو من الوجود، بل أوجده من له الاعتبار بوجوده الاعتباري، مثلاً الأسد بمعنى الحيوان المفترس معنى لو وجد بوجوده الحقيقي لكان فرداً من نوع الجوهر، لكنه قد اعتبر زيد أسداً، فزيد أسد بالاعتبار، حيث اعتبره المعتبر أسداً، والفوقية معنى لو وجد في الخارج حقيقة لكان من مقولة الاضافة، لكن^(١) قد اعتبر علم زيد فوق علم عمرو، قال تعالى: ﴿فوق كل ذي علم عليم﴾^(٢) والبياض والسواد لو وجدا في الخارج لكانا فردين من مقولة الكيف المبصر، لكنهما ربَّما يوجدان بوجودهما الاعتباري، فيقال «قلب زيد أبيض» و«قلب عمرو أسود».

فكذا الملك معنى لو وجد في الخارج لكان جِدَّة أو إضافة مثلاً، لكنه لم يوجد بذلك النحو من الوجود، بل وجد بنحو آخر عند اعتبار المتعاملين مالكاً شرعاً أو عرفاً، والعين مملوكة شرعاً أو عرفاً، وهذا نحو آخر من الوجود ساوٍ وجارٍ في كل موجود بلحاظ جهة داعية إلى الاعتبار به يكون موضوعاً للحكام والآثار شرعاً وعرفاً، فالعين الخارجية ربَّما تكون جِدَّته الخارجية الحقيقية لزيد وجِدَّته الاعتبارية لعمرو مثلاً.

ثم إنَّ الملك الشرعي والعرفي حيث كان اعتبارياً بالمعنى المذكور، فهل هو

(١) لا يخفى ما في العبارة.

(٢) يوسف آية ٧٦.

اعتبار للجدة، أو اعتبار للاضافة، أو اعتبار جِدَّة ذات إضافة؟

الايوسط منها الأوسط، لأنَّ الجدة ليست هيئة إحاطة جسم بجسم، حتى يقال إنَّه اعتبر إحاطة المالك بالمال، فيكون المعتبر جِدَّة بحسب المفهوم والمعنى، بل الجِدَّة هي الهيئة الحاصلة للجسم بسبب إحاطة جسم به كالهيئة الحاصلة للرأس من إحاطة العمامة بالرأس، لانفس إحاطة العمامة بالرأس، ولا محاطية الرأس للعمامة، وإن كان عنوان المحيط والمحاط لازماً لمورد الجدة و لمورد الأين ومتى^(١).

بل التحقيق: أنَّ اعتبار إحتواء المالك بالمملوك وكون المملوك مَحْوِيّاً، أو إحاطة المالك بالمملوك وكون المملوك محاطاً، من اعتبار مقولة الاضافة، ولذا قال بعض الاكابر: في شرح الهداية الاثيرية بعد شرح حقيقة الجدة (وقد يعبر عن الملك بمقولة «له» وهو اختصاص شيء بشيء من جهة استعماله اياه وتصرفه فيه، فمنه طبيعي ككون القوى للنفس، وكذلك كون العالم للباري جلّ ذكره، ومنه اعتبار خارجي ككون الفرس لزيد وفي الحقيقة الملك بالمعنى المذكور يخالف هذا الاصطلاح)^(٢) وقال بعده في كتاب آخر: (فإنَّه من مقولة المضاف لا غير)^(٣) انتهى.

وغرضه كون المعنى من مقولة المضاف، لا وجود مقولة المضاف في الخارج، فإنَّ عدم اندراج المبدء الاعلى وفعله الاطلاقي المعبر عنه بالاضافة الاشرافية

(١) الانسب التعبير (بالمق) ليناسب الباقي.

(٢) شرح الهداية الاثيرية : القسم الثالث من الالهيات مقولة الملك ص ٢٧٤.

(٣) الحكمة المتعالية (الاسفار) ٤: ٢٢٣

هما للحكيم الفيلسوف الالهي صدر الدين محمد بن ابراهيم الشيرازي المشهور (بملا صدرا) أو (صدر المتألهين) عليه السلام.

وهو من اعظم فلاسفة الاسلام، بل هو من أقطابها بل عمدتهم، تتلمذ في بداية حياته على الشيخ البهائي، ثم على الحق السيد الداماد محمد باقر، ومن أعرف تلاميذه صهره ملا محسن الفيض الكاشاني، والشيخ عبد الرزاق اللاهيجي صاحب شوارق الالهام عليه السلام.

له عدة مؤلفات منها مفاتيح الغيب، ومنها شرح أصول الكافي، وأشهرها الاسفار فانها مدار الدرس في المحوذة.

والاحاطة الوجودية تحت مقولة المضاف من الواضحات، لمنافاة الاول لوجوب الوجود، ومنافاة الثاني لكون فعله تعالى هو الوجود المطلق الغير المحدود، كما هو غير خفي على الخبير.

وأما عدم كونه جِدَّة ذات إضافة، بتوهم عروض الاضافة لجميع المقولات، فلأنَّ عروض الاضافة للجدة معنى، وعروض الاضافة على مورد الجدة معنى آخر، مثلاً في مقولة الأين عنوان المحيط والمحاط المتضائفين موجود، لكنهما منتزعان من الجسم والمكان، لا من مقولة الأين وهو الكون في المكان، بل الاضافة العارضة لمقولة الأين كالعالي والسافل، فكذا عروض الاضافة للجدة كالأكسى، فإنَّه لو لوحظت الجدة في التَمَّص - من حيث زيادتها على الجدة في التعمم - كان التَمَّص أكسى من التعمم، وتمام الكلام في محله^(١).

وهل الملك مفهوماً هو الاحتواء أو الاحاطة أو السلطنة أو الوجدان؟

الظاهر أنَّه ليس بمعنى السلطنة؛ فإنَّها مفهوماً تتعدى إلى متعلقها بحرف الاستعلاء، والملك يتعدى بنفسه، كما أنَّ الاحاطة تتعدى تارة بالباء، وأخرى بحرف الاستعلاء، والمظنون أنَّه يساوق الاحتواء والوجدان تقريباً.

بقي الكلام: في مراتب الملك من حيث المتعلق وهي ملك العين وملك المنفعة وملك الانتفاع، ولا إشكال في الاول إنَّما الاشكال في الثاني والثالث.

أما ملك المنفعة فالاشكال فيه من وجهين:

احدهما: ما هو المعروف من أنَّ تعلق الملك بالمنفعة المستقبلية تعلق بالمعدوم، والعرض يحتاج إلى موضوع محقق.

ثانيهما: ما تقدم ذكره^(٢) سابقاً من أنَّ سكنى الدار وركوب الدابة واشباههما المعدودة من منافعها ليست من حيثيات تلك الاعيان، لتكون مملوكة لمالك تلك الاعيان ليملكها المستأجر، بل هي من أعراض المُسْتَأْجِر، وهي غير مملوكة للمؤجر

(١) نهاية الدراية ٥: ١٢١. مؤسسة آل البيت.

(٢) لم يذكره هنا وإنما أشار إليه إشارة في تعليقه ٤ فن أراد التفصيل فليراجع كتاب الاجارة للمؤلف ص ٤.

قطعاً، فكيف يملكها المستأجر، بل سيأتي^(١) إن شاء الله تعالى أن تلك الاعراض غير قابلة لملكية من تقوم به، فإنَّ الانسان لا يملك أعراض نفسه بالملك الاعتباري المترتبة عليه الآثار، مضافاً إلى أنَّ المنفعة إذا كانت ما هو من أعراض المستأجر، فلا فرق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع.

ويندفع الاول: بما مرَّ من أنَّ الملك الشرعي والعرفي ليس من الأعراض الخارجية، حتى يحتاج إلى موضوع محقق في الخارج، بل هو اعتبار الملك، فيكفيه موضوع اعتباري بتقدير المنافع موجودة بوجود ما تقوم به، كما أنَّ ملك الكلبي الذمي أيضاً كذلك بتقدير وجوده في الذمة، بل يكفيه فرض وجوده في أفق الاعتبار حتى يتقوم الاعتبار به، حيث إنَّ اعتبار الملك بلا طرف لغو محض، كما في ملكية طبيعي السادة والفقير للخمس والزكاة أو الوصية للمعدوم وبالمعدوم على القول بها.

ويندفع الثاني أولاً: بأنَّ ما هو من حيثيات العين وشؤونها المملوكة تتبعها هي الحيثية المضائفة للسكنى القائمة بالساكن، والحيثية المضافة لركوب الراكب، في اجرة الدار والدابة، وهي المسكونية الفعلية المضائفة للساكنية، والمركوبية الفعلية المضائفة للراكبية، فإنَّ هذه الحيثية من شؤون العين لا من أعراض المستأجر، وهذه الحيثية هي المنفعة التدريجية، وإلاَّ فصلاحيه الدار وقابليتها للسكنى أمر قار ثابت وغير مستوفاه اصلاً، بل هي على حالها ما دامت الدار باقية على حالها.

ومن الواضح أنَّ العنوانين المتضائفين لكل منهما مبدء قائم بطرفه، غاية الأمر أنَّ المبدئين تارة مختلفان كالأبوة والبنوة، وأخرى متماثلان كالأخوة، وحيثية الركوب الذي - هو مبدء في الراكب - والحيثية التي - هي المبدء في المركوب - متشابهتان، ولذا قسّمت مقولة المضاف إلى متشابهة الاطراف ومختلفة الاطراف، وعليه فالفرق بين المنفعة والانتفاع واضح، فإنَّ الحيثية القائمة بالعين منفعتها، والقائمة بالشخص المنتفع بها انتفاعه، فيختص الاشكال حينئذ بملك الانتفاع فقط.

وثانياً: بأنَّ سكنى الدار التي هي من أعراض الساكن، من حيث مساسها ونسبتها

إلى الدار لا بأس بأن تكون مملوكة لمالك الدار.

بيانه: أنَّ الكون في الدار عرض واحد قائم بالشخص، وله نسبة إلى المكان كسائر الاعراض النسبية التي لها قيام بموضوعاتها، ونسبة إلى غير موضوعاتها، في قبالة الاعراض الغير النسبية التي لها مجرد النسبة إلى موضوعاتها، فالكون الواحد الذي له تعيين وضعي قياماً أو قعوداً أو غيرهما - من حيث قيامه بالسكن - يصحح انتزاع عنوان من الساكن، ومن حيث نسبته إلى الدار يصحح انتزاع عنوان من الدار، لا أنَّ هناك مبدئان حقيقيان قائمان بالسكن.

نظير العلم فإنَّ قيامه بذات العالم يصحح انتزاع عنوان العالم منه، وتعلقه بالمعلوم بالذات - وهي الماهية المقومة لصفة العلم - مصحح لانتزاع عنوان المعلوم منها، لا أنَّ هناك صفتان تقوم احدهما بالعالم والاخرى بالمعلوم، وإن كان يمكن في بعض العناوين المتضارفة قيام مبدئين بمطابق العناوين، كالكون في المكان العالي والكون في المكان السافل للسقف وللارض، فإنَّهما فردان من مقولة الأين، تعيين احدهما بخصوصية العلو والآخر بخصوصية السفلى.

وحيث عرفت أنَّه في مثل سكنى الدار وركوب الدابة ليس إلاَّ عرض واحد قائم بالسكن والراكب فقط، مع النسبة إلى الدار والدابة، تعرف أنَّ منفعة الدار سكنها - أي ذلك العرض الذي له نسبة إليها - وبسكنها ينتفع بها، لا بالعنوان المضائف لعنوان الساكن المتأخر رتبة عن السكنى التي لها نسبة إليها، وحيث إنَّ السكنى - من حيث تقومها بهذه النسبة المتقومة بالدار منفعة الدار - فلا محالة يكون زمام أمرها بيد مالك الدار، فيعتبر وجدانها لواجد الدار شرعاً أو عرفاً، لا من حيث عرضيتها لذات الساكن، ولا يخفى أنَّ منفعة الدار حينئذ طبيعي سكنها من دون لحاظ قيامها بزيد وعمرو، فإذا ملكها المؤجر للمستأجر فقد ملك طبيعي السكنى، وهي قابلة للتملك لاخر؛ لتحقق هذا الطبيعي في مقام الاستيفاء من كل أحد، بخلاف العارية الموجبة لملك الانتفاع فإنَّها تملك سكنى زيد لزيد، ولا يعقل استيفائها إلاَّ من زيد، فلذا لا يعقل نقلها من المستعير.

وبذلك يحصل الفرق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع، ففي الحقيقة تكون حيثية الانتساب إلى الدار في الأولى ملحوظة بالاستقلال من دون خصوصية لمن يقوم بها السكنى، بخلاف الثانية فإنَّ حيثية القيام ملحوظة بالاستقلال، والمملوك حصّة من الطبيعي بحيث لا تتعدى عن مورد العقد، وحصول هذه النتيجة بعقد الاجارة مع شرط الاستيفاء بنفسه لا يوجب نفي الفرق بين الاجارة والعارية من هذه الجهة، ولا عدم الفرق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع، فإنَّ اختلاف الحقيقة بالنظر إلى نفس الذات ومقتضياتها محفوظ كما لا يخفى، هذا كله في ملك المنفعة.

وأما ملك الانتفاع فإنَّ إلترزنا بالاشكال، وسلكنا ما يقتضيه الجواب الاول فلا يبقى بعد حيثية العين إلاَّ ما هو من أعراض الساكن مثلاً، وهو غير مملوك للمعير حتى يملكه المستعير بعقد العارية، ولا معنى للالتزام بأنَّ مفاد عقد العارية إباحة الانتفاع إباحة مالكية يتبعها إباحة شرعية، لأنَّ صيرورة الانتفاع مباحة بالإباحة المالكية لا تتوقف على قبول المباح له لا قولاً ولا فعلاً، فالانتفاع بمجرد الاذن مباح، سواء انتفع به أم لا .

فيعلم أنَّ المعقود عليه في العارية سنخ معنى تسببي يتسبب إليه بالعقد، مع الالتزام بعدم اعتبار لفظ في تحققه، وحيث إنَّه لا يعقل أنَّ يكون ذلك المعنى اعتبار الملك، لأنَّ الانتفاع بالمعنى المذكور غير مملوك له حتى يملكه، فلا مناص من جعله معنى وضعباً آخر، وهي السلطنة الوضعية دون التكليفية، التي ليست هي إلاَّ إباحة الانتفاع مالكية أو شرعية، فمن شؤون ملك العين أنَّ يسلَّط غيره على عينه للانتفاع بها، والتعبير بالملك مجاز، وحيث إنَّ المعير سلط المستعير على عينه - لا أنَّه أعطاه ملكه أو سلطانه - فلذا ليس له نقل الملك أو السلطنة.

وأما لو سلكنا ما يقتضيه الجواب الثاني كما عن جملة من المعاصرين فالامر واضح، حيث إنَّ الانتفاع تارة يكون نسبه إلى العين ملحوظة وطرفه القائم به ملغى، فكأنه يتمحض في النسبة إلى العين فيعد منفعة العين، فإذا ملكه كان له نقله إلى غيره، وأخرى يكون قيامه بشخص المستعير ملحوظاً، فكأنه متمحض في الانتفاع -

الذي هو عرض من اعراضه - فملكه له غير قابل للانتقال إلى غيره، وإلاً فالملك حاصل في كليهما حقيقة من دون تفاوت في ناحية الملك، ليكون مرتبة الملك في ملك العين أقوى من مرتبة ملك المنفعة، وهو أقوى مرتبة من ملك الانتفاع كما توهم، بل التفاوت في ناحية المملوك.

وربما يقال: في الفرق بين ملك العين وملك المنفعة وملك الانتفاع، بأن العين مملوكة في الجميع، غاية الامر أن السلطنة على العين إن أحاطت بجميع جهاتها عبر عنها بملك العين وملك الرقبة، وإن اختصت بجهة من جهاتها مع الاستقلال من تلك الجهة عبر عنها بملك المنفعة، فالعين المستأجرة مملوكة للمستأجر من تلك الجهة، وأن وإن كانت مملوكة للمؤجر بالملك التام، وإن اختصت بجهة من جهاتها لا مع الاستقلال عبر عنها بملك الانتفاع، لا أن الانتفاع مملوك بالحقيقة، وللأستقلال وعدمه افترق ملك المنفعة عن ملك الانتفاع بجواز النقل في الأول دون الثاني، فالعين المعارة مملوكة للمستعير من حيث الانتفاع بجهة خاصة، لكن عدم الأستقلال مانع عن النقل.

وسبقه إليه غيره ممن عاصرناه^(١) ودفع به إشكال معدومية المنفعة، وعدم تعلق الملك بالمعدوم، وإشكال كون المنفعة عرضاً من اعراض المستأجر ولا يملكه المؤجر، فكيف يملكه، حيث إن المنفعة غير مملوكة بل العين مملوكة في مدة خاصة لجهة مخصوصة.

وفيه: أن المملوك في باب الاجارة إن كان واقعاً نفس تلك الجهة الخاصة كانت نسبة الملك إلى العين من باب الوصف بحال المتعلق، ولا يندفع به شيء من المحاذير، وإن كان نفس العين المتحيثة بحيثية خاصة، فمن الواضح أن جهات العين وحيثياته لا يوجب تعدد العين، فذات العين الواحدة مملوكة ببعض جهاتها لشخص، ومملوكة بسائر جهاتها لشخص آخر، فيلزمه اجتماع ملكيتين على عين واحدة.

فإن كان الملك عرضاً لزم قيام عرضين متماثلين بموضوع واحد، وقوة العرض وضعفه لا يخرج من التماثل المانع عن الاجتماع، وإن كان اعتبارياً فاعتبار ملكين لعين واحدة لغو عند العقلاء، إذا لم يرجع أحدهما إلى موضوع والآخر إلى موضوع آخر، مع أن سعة المملوك وضيقه لا يوجب قوة وضعفاً في الملكية، فالملك في حد ذاته وجدان خاص، وسعة متعلقه وضيقه سعة وضيق في الموجود له لا في وجدانه له حقيقة واعتباراً.

وأما الاستقلال وعدمه في ملك المنفعة وملك الانتفاع، فإن أريد بقاء العين بهذه الجهة أيضاً على ملك مالكةا أيضاً، فله مالك آخر حق^(١) من هذه الجهة لتفترق العارية عن الاجارة.

ففيه: ما تقدم من اجتماع ملكين على عين واحدة، وكون المعير مسلطاً على رد ملكه لا يوجب ضعفاً في الملكية الموجودة، كما إذا كان له شرعاً أو جعلاً في ملك العين وملك المنفعة، والملكية الواحدة بسيطة لا تتبعض حتى يتصور أنه أعطاه جزء منها، وإن أريد كون المعير والمستعار معاً طرفاً واحداً للملكية، فهما بمنزلة مالك واحد، لئلا يلزم ورود ملكين على عين واحدة، فهو وإن لم يعقل في الاعراض وكان معقولاً في الاعتبارات، إلا أنه هنا غير معقول، لأن المفروض أن المعير مالك للعين بسائر جهاتها من دون شريك في طرفيته للملكية، وإنما له الشريك في الطرفية لملك العين في هذه الجهة الخاصة، فيلزم ورود ملكين على عين واحدة أيضاً، فالتحقيق ما ذكرناه هذا تمام الكلام في الملك الشرعي والعرفي.

الحق

وأما الحق فله في اللغة معانٍ كثيرة، والمظنون رجوعها إلى مفهوم واحد، وجعل ما عده من معانيه من باب إشتباه المفهوم بالمصداق، وذلك المفهوم هو الثبوت تقريباً، فالحق بمعنى المبدء هو الثبوت، والحق بالمعنى الوصفي هو الثابت، وبهذا الاعتبار يطلق الحق عليه تعالي لثبوته بافضل أنحاء الثبوت الذي لا يخالطه عدم أو عدمي، والكلام الصادق حق لثبوت مضمونه في الواقع ﴿ ويحق الله الحق ﴾^(١) أي بثبته ﴿ وكان حقاً علينا نصر المؤمنين ﴾^(٢) أي ثابتاً ﴿ وحق القول على أكثرهم ﴾^(٣) أي ثبت ﴿ وحق كلمة ﴾^(٤) ركب ﴿ أي ثبتت ﴿ والحاقة ﴾^(٥) أي النازلة الثابتة ﴿ وحقق عليّ أن لا أقول إلا الحق ﴾^(٦) أي ثابت عليّ.

وأما قولهم: «حقيق بكذا» فليس مفهومه الحرّي واللائق به كما هو المرسوم، بل الشيء إذا كان ثابتاً لشخص، فكلاهما ذو ثبوت، فتارة باعتبار ثبوت الشيء على شخص يقال: «حقيق على الشخص أن يفعل كذا» لثبوت الفعل عليه، وأخرى باعتبار أنّ الشخص طرف هذا الثبوت وصاحبه بالمعنى الفاعلي، فيقال: «حقيق به» والباء لمجرد الالصاق، وبهذا الاعتبار يقال: «فلان احق بكذا» فهو أولى من حيث كونه ذا

(١) يونس آية ٨٢.

(٢) الروم آية ٤٧.

(٣) يس آية ٧.

(٤) يونس آية ٣٣.

(٥) الحاقة آية ١.

(٦) الاعراف آية ١٠٥.

ثبوت من غيره.

وبالجملة: فلم اجد في الاستعمالات القرآنية وغيرها ما يأبى بمفهومه عن الثبوت، نعم الثابت تارة حكم، وأخرى ملك، كما في صدق الحق على الملك في باب القضاء باعتبار ثبوته على المدعى عليه، وثالثة السلطنة واشباهها من الاعتبارات الثابتة للشخص.

بيانه: أنَّ نفس الثبوت من دون إضافته إلى شيء غير قابل لاعتبار صحيح، بل هو لغو من حيث عدم الاثر لاعتبار الثبوت المطلق، فلا بد من إضافته إلى شيء ليكون اعتبار ثبوت شيء لشيء^(١)، ومن الواضح أنَّ موارد الحق ومتعلقاته لا تكون قابلة لاعتبار ثبوتها للشخص بنفسها، فلا معنى لاعتبار ثبوت الارض للشخص، بل الصحيح اعتبار ثبوت ملكه لها أو سلطنته عليها، كما لا معنى لاعتبار ثبوت الفسخ مثلاً، فإنَّ معنى اعتبار ثبوتها بنفسه هو اعتبار كون الشخص فاسخاً - مع أنَّ المراد إثبات كونه مالكاً له أو مسلطاً عليه -، وهكذا في سائر الموارد، فلا محالة يجب أن يكون الثابت أمراً اعتبارياً متعلقاً بمورد الحق كالمملك أو السلطنة أو إضافة أخرى.

ثم إنَّ اعتبار ثبوت شيء لشيء إنما يصح إذا لم يُسْتَعَنَّ عنه بثبوت له حقيقة، وإلَّا كان الاعتبار لغوياً، ومنه يظهر أنَّ ملكه تعالى وسلطانه على معلولاته ليس بالاعتبار، ليجعل من جملة موارد الملك والحق واشباههما، فإنَّ إحاطته تعالى إحاطة وجودية، لارتباط جميع الموجودات بنفس ذواتها به تعالى بنفس وجودها الذي هو عين ايجاده تعالى، فهي ثابتة له تعالى بذواتها من دون حاجة إلى اعتبار ثبوتها له تعالى، ومحاطة له تعالى بنفس وجودها الارتباطي به تعالى، ومقهوره تحت قهره وسلطانه تعالى، فإنَّ تقلُّبها الوجودي لا يكون إلا بعين ايجاده تعالى، وهذا الارتباط الوجودي مناط ملكه تعالى وسلطانه وإحاطته وشهوده ووجدانه وعلمه الفعلي ومشيئته الفعلية، وهو المعبر عنه بالاضافة الوجودية والاشراقية.

ومما ذكرنا يظهر أنَّ كيفية ولاية النبي ﷺ والائمة (صلوات الله عليهم)

وسلطنتهم المعنوية على جميع الموجودات من هذا القبيل، نظراً إلى أنهم وسائط الفيض ومجاريها، وفي رتبة فاعل ما به الوجود لا ما منه الوجود، وبهذا الاعتبار بهم يتحرك المتحركات وتسكن السواكن، فالولاية بهذا المعنى ليست اعتبارية، على حد ولاية الله تعالى.

نعم لهم (صلوات الله عليهم) الولاية المجعولة لترتيب سنخ آخر من الأثر، كما أنَّ لهم الملكية الاعتبارية بالنسبة إلى ما ملكوه بالبيع ونحوه، فلا منافاة بين مالكيتهم بالمعنى الاول لمن عداهم من الملاك املاكهم، مع عدم كونهم مالكين بالمعنى الثاني إلا لأملاكهم الخاصة، أو لما جعله الله تعالى ملكاً لهم كالانفال والخمس. ومنه يظهر أنَّ ولاية الحاكم الشرعي ليس من رشحات ولاية الله تعالى وولاية ولاة الأمر بالمعنى الاول، بل من شؤون ولايتهم بالمعنى الثاني كما هو واضح.

ومما ذكرنا - من أنَّ الاعتبار في مورد الثبوت التحقيقي لغو - يظهر أنَّ كون الشخص أملك بنفسه من غيره، ونسبة الملكية إلى نفسه وإلى فعله ليس بالاعتبار، وأنَّه لا دخل له بالملك الاعتباري الذي يترتب عليه الاثار، فإنَّ وجدان كل موجود لنفسه كوجدان كل ماهية بوجدان ماهوي لنفسها - ضروري الثبوت، ومالكيته لفعله بملاحظة أنَّ الشخص في حركاته وسكناته تابع لاختياره وإرادته، فهو أملك بفعله من غيره، وكون زمام فعله بيده حقيقي واقعي لا بجعل واعتبار من الشارع أو من غيره.

ولذا لو كان نسبة شخص إلى آخر كذلك بحيث كان طوع ارادته صح أن ينسب إليه أنَّه يملكه كما يملك نفسه، من حيث كون زمام أمره خارجاً بيده، ولذا قال تعالى: ﴿ لا أملك إلا نفسي واخي ﴾^(١) لانقياد هارون لموسى، فزمام أمره بيده خارجاً لا اعتباراً، فهذه الملكية أيضاً بالحقيقة لا بالاعتبار؛ كي يترتب عليه آثار الملك الشرعي والعرفي.

ونظيره استحقاقه تعالى للعبادة الذاتية التكوينية، فإنَّ معنى العبادة التكوينية

خضوع الممكن تكويناً للواجب، وانقياده له، فإنَّ الأشياء مؤتمرة بأمره التكويني قهراً، وهذا الاستحقاق أيضاً واقعي حقيقي لا اعتباري جعلي.

نعم استحقاق العبادة المجمولة كالصلاة والصيام والزكاة واشباهها بنفس ايجابها على العباد، فالاعتبار الثابت من قبيلِ تعالى ليس إلاَّ الايجاب، لا اعتبار السلطنة أو الملكية، كما يتوهم لاجله المنع من أخذ الاجرة على الواجبات، بتوهم أنَّها مملوكة له تعالى، وأكل المال بازاء ملك الغير أكل بالباطل.

ولا يخفى أنَّ اطلاق الحق على نفس العبادة وحملها عليه كما في قوله ﷺ: (حق الله على العباد أن يعبدوه)^(١) باعتبار الحق بمعناه المفعولي، كالملك بمعنى المملوك على الاعيان المملوكة، وأمَّا بالمعنى الفاعلي القائم بذی الحق فهو نفس الايجاب، الذي باعتبار تعلُّقه بالعبادة تصير حقاً بالمعنى المفعولي، لكنه قابل مع حق العبد فهو بملاحظة اخرى، وهو أنَّ متعلق الايجاب إذا كان له مساس بالله تعالى -كتعظيمه بالصلاة والانقياد له بالعبادات -نسب إليه تعالى، وإذا لم يكن له مساس به تعالى بل بالعبد، فهو مما وجب منه تعالى مع إضافته إلى العبد بما هو من دون إضافته إليه تعالى.

إذا عرفت ما ذكرنا فاعلم: أنَّ الحق الذي يقابل الحكم هل هو مفهوماً أو مصداقاً هي السلطنة أو الملك أو اعتبار آخر أو اعتبارات مختلفة في الموارد المتشعبة؟ المعروف أنَّه السلطنة، وليكن المراد منها السلطنة الاعتبارية لا السلطنة التكليفيه الرجعة إلى مجرد جواز الفسخ والامضاء، أو جواز الملك من المشتري في الشفعة وأشياء ذلك، لثلا يورد^(٢) عليه بأنَّ السلطنة من احكام الحق لا نفسه، أو لا سلطنة للناصر على التصرفات مع كونه ذا حق شرعاً.

والمراد بالسلطنة الاعتبارية اعتبارها كاعتبار الملك في مورده، لا السلطنة الانتزاعية، لما يرد عليه ما أوردنا على انتزاعية الملك الشرعي أو العرفي حرفاً

(١) تحف العقول ٢٥٦، قريب منه.

(٢) كما عن الآخوند في حاشيته ٤.

بحرف.

وربما يقال: (١) بأن الحق هو الملك ، ولذا عُبِّرَ عن حق الخيار بملك الفسخ والازالة. وقد يورد عليه: بأن الملك ملزوم للسلطنة المطلقة ، مع أنَّ الحق سلطنة خاصة على تصرف خاص.

وقد تقدم (٢) دفعه بأن سعة المملوك وضيقة لا ربط له بسعة الوجدان وضيقة. كما قد يتوهم (٣) أنَّ الحق ربمَّا يتعلق بعمل من اعمال الشخص، كفسخه وامضائه وتملكه من المشتري وأشباه ذلك، وقد مر (٤) أنَّ الحر لا يملك عمل نفسه، وإن كان له القيام بنفسه قيام العرض بموضوعه.

وفيه: أنَّ عمل الحر قد يكون كأكله وشربه وكتابته وخطاطته مما له قيام به ويصدر عنه، ولو لم يكن اعتبار ملكه له وسلطنته عليه واعتبار ملكه شرعاً لغو لا أثر له، وقد يكون كفسخه وامضائه وتملكه، حيث أنه لم يتمكن من حقائق تلك الأفعال إلا باعتبار ملكه ووجدانه لها شرعاً، ويلحظ هذا الاعتبار يتمكن من إيجاد تلك الحقائق، فاعتبار الملك ليس بلغو جزماً، وكذا ما كان من قبيل الاول وكان له مساس بملك الغير، فإنَّه من حيث انتسابها بملك الغير تعد من منافع ملك الغير؛ فتكون مملوكة له تبعاً؛ فيصح اعتبار الملك فيها بتملك الغير له، أو يجعل الشارع ابتداءً كحق المارة وأشباه ذلك.

فاتضح أنَّ جعل الحق مفهوماً أو مصداقاً بمعنى الملك لا مانع منه، لكن الحق ربمَّا يضاف إلى شيء لم يكن له اعتبار الملك شرعاً - كحق الاختصاص بالخمير التي كانت خلاً قبلاً، أو كحق الأولوية في الارض المحجرة التي لا تملك إلا بالاحياء كما هو المشهور - فيعلم منه أنَّ الحق ليس بمعنى الملك، أمَّا كلية أو في خصوص هذه

(١) كما في حاشية اليزدي ٥٧ سطر ٣٥.

(٢) ص ٣٧ قوله (مع أن سعة المملوك ...).

(٣) منية الطالب ١: ١١١ - مؤسسة النشر الاسلامي.

(٤) تعليقة ٥.

الموارد.

ولذا رُبَّمَا يقال^(١): أَنَّ الحق مرتبة ضعيفة من الملك وأول مراتبه، فعدم كون الخمر أو الارض ملكاً - يراد به كسائر الاملاك، لا الملك بهذه المرتبة الضعيفة. وفيه: أَنَّ حقيقة الملك سواء كانت من مقولة الاضافة أو مقولة الجدة ليس لها مراتب مختلفة بالشدة والضعف، حتى يكون اعتبارها في موارد مختلفة باعتبار مرتبة قوية تارة، واعتبار مرتبة ضعيفة أخرى.

بيانه: أَنَّ مقولة الاضافة كما حقق في محله ليس لها وجود استقلالي، بل تابعة للمقولة التي تعرضها الاضافة، فَإِنْ كانت من مقولة تختلف بالشدة والضعف - كالكيف مثلاً - فلا محالة تتصف مقولة الاضافة بهما تبعاً، فالحرارة قابلة للشدة والضعف فتتصف مقولة الاضافة بالأحر وهكذا، وَإِنْ كانت من مقولة لا تجري فيها الشدة والضعف فلا تتصف مقولة الاضافة بهما - كمقولة الجوهر مثلاً - فَإِنَّ زِيداً المحيط على عين في الخارج ليس له ولا لتلك العين شدة وضعف؛ حتى تتصف الاحاطة بهما بالعرض.

وَأَمَّا مقولة الجدة فهي لا تتصف في نفسها بالشدة والضعف، بل تتصف بالزيادة والنقص، فَإِنَّ الهيئة الحاصلة للرأس من العمامة أنقص من الهيئة الحاصلة للبدن من القميص، فَإِنَّ الثاني أزيد إحاطةً من الاول، لسعة المحيط والمحاط في الثاني دون الاول، واللازم هنا هو التفاوت بالشدة والضعف، فان شخص هذا المانع لم تتفاوت جدته باعتباره ملكاً أو اعتباره حقاً، فلا معنى لدعوى تفاوت مراتب الملك شدة وضعفاً، وَأَمَّا زيادة ونقصاً فهو اجنبي عما نحن فيه، ضرورة أَنَّ المالك للعين والمنفعة أزيد ملكاً ممن يملك احدهما، فتبين أَنَّ جعل الحق بمعنى الملك لا وجه له، ودعوى اختلافه بالمراتب فاسدة.

نعم كونه بمعنى اعتبار السلطنة الوضعية ممن يجعل الملك غير السلطنة لا مانع منه، وَأَمَّا من يرى أَنَّ الملك بمعنى السلطنة فالإيراد متوجه إليه أيضاً.

ويمكن أن يقال: - وإن لم أجد من وافق عليه صريحاً - أن الحق مصداقاً في كل مورد اعتبار مخصوص له آثار خاصة، فحق الولاية ليس إلا اعتبار ولاية الحاكم والاب والجد، ومن احكام نفس هذا الاعتبار جواز تصرفه في مال المولى عليه تكليفاً ووضعاً، ولا حاجة إلى اعتبار آخر، فاضافة الحق إلى الولاية بيانية، وكذلك حق التولية وحق النظارة، بل كذلك حق الرهانة، فانه ليس إلا اعتبار كون العين وثيقة شرعاً، وأثره جواز الاستيفاء ببيعه عند الامتناع عن الوفاء، وحق التحجير أي^(١) المسبب عنه ليس إلا اعتبار كونه أولى بالارض من دون لزوم اعتبار آخر، وحق الاختصاص في الخمر ليس إلا نفس اعتبار اختصاصه به في قبال الآخر، من دون اعتبار ملك أو سلطنة له، وأثر الاولوية والاختصاص عدم جواز مزاحمة الغير له.

نعم لا باس بما ساعد عليه الدليل من اعتبار السلطنة فيه كحق القصاص، حيث قال عز من قائل: ﴿ فقد جعلنا لولية سلطاناً ﴾^(٢) وكذا لو لم يكن هناك معنى اعتباري مناسب للمقام كما في حق الشفعة، فإنه ليس إلا السلطنة على ضم حصة الشريك إلى حصته بتملكه عليه قهراً، فإن الشفع هو الضم، والشفعة - كالكلمة - كون الشيء مشفوعاً، أي مضموماً إلى ملكه، ولا معنى لاعتبار نفس الشفعة، وإلا كان معناه اعتبار ملكية حصة الشريك، مع أنه لا يملك إلا بالاختذ بالشفعة لا بمجرد صيرورته ذا حق. وكذا حق الخيار هو السلطنة على الاختيار - وهو ترجيح احد الامرين من الفسخ والامضاء - لا اعتبار كونه مختاراً، فإنه في قوة اعتبار كونه مرجحاً أي فاسخاً أو مضياً، مع أنه لا فسخ ولا إمضاء بمجرد جعل الحق، نعم ليس حق الخيار ملك الفسخ والامضاء معاً وإلا نفذ امضائه وفسخه معاً، مع أنه لا ينفذ منه إلا أحدهما، وكذا السلطنة فإن حالها حال الملك، ولا أحد الامرين من الفسخ والامضاء، فإن أحدهما المردد لا ثبوت له حتى يتقوم به الملك والسلطنة، بل الملك أو السلطنة يتعلق بترجيح احد الامرين على الآخر، فالمقوم لاعتبار الملك أو السلطنة أمر واحد

(١) لا يخفى ما في العبارة، فان حق العبارة أن يقال (وحق التحجير فان المسبب...)

وهو ترجيحه لاحد الامرين.

ويمكن أن يقال: بأنَّ المعنى الاعتباري المعقول هنا بحيث يناسب الخيار جعله مفوضاً، فاعتبار كونه مفوضاً يترتب عليه جواز الفسخ والامضاء تكليفاً ووضعاً من دون لزوم اعتبار آخر.

بقي الكلام في قابلية الحقوق للاسقاط والنقل والانتقال:

فنقول: أمَّا الاسقاط فليس معناه العفو كما توهم، فإنَّه وإن كان يناسب السلطنة على الغير لكنه لا يلائم جميع موارد الحقوق، فإنَّ منها حق التحجير الذي لا شبهة في اسقاطه، مع أنَّ السلطنة فيه ليست على الغير، فاسقاط الحق بمعنى رفع الاضافة الخاصة، أو اخراج المورد عن كونه طرفاً للاضافة كما سيجيء إن شاء الله تعالى^(١). وأمَّا كون الحق في نفسه قابلاً للاسقاط دون الحكم، فليس من اجل أنَّ الحكم أمره بيد الحاكم، لأنَّ الحق والملك بناء على أنَّهما أمران اعتباريان هما أيضاً اعتبار من الشرع أو العرف، وأمر الاعتبار وضعاً ورفعاً بيد المعبر.

وليس الفارق بين الحق والحكم أنَّ من له الحق مالك لشيء يكون أمره بيده، فله اسقاطه كما توهمه جماعة، لأنَّ مقتضى ملكية الانسان لعين أو عمل وسلطنته عليهما هو أنَّ أمر العين والعمل بيده، لا أمر الملكية والسلطنة بيده، فالمالك يملك العين لا الملكية، والملكية مضافة بذاتها إلى الانسان لا باضافة أخرى، وكذا الاضافة الصعبر عنها بالحق مضافة إلى الانسان بذاتها لا باضافة الملكية، فدعوى أنَّ الانسان مالك للحق غلط.

وتوهم: أنَّ الاحكام ناشئة عن مصالح ومفاسد تتبعها وضعاً ورفعاً، دون الاعتبارات فإنَّها تابعة وضعاً ورفعاً لاسبابها.

مندفع: بأنَّ الاعتبارات أيضاً تابعة لمصالح فيها بحسب موارد خاصة، ففي اعتبار الملكية للمتعاقدين مصلحة تدعو الشارع إلى اعتبار الملكية لهما، وفي اعتبار السلطنة للشريك عند بيع الشريك حصة نفسه مصلحة تدعو إلى اعتبار السلطنة على

(١) ص ٤٦ قوله (ثم ان الاسقاط ...).

تملك حصه الشريك، والكلام هنا في الموجب لجواز رفع الاعتبار والدليل عليه. **والتحقيق:** إنَّ سنخ الاحكام التكليفيه مع سنخ الاعتبارات الوضعيه متفاوتان، فإنَّ البعث والزجر سواء كانا منبعثين عن مصلحه ومفسده ملزمه أو غير ملزمه يكونان مقدمه لتحقق الفعل أو عدم تحققه، فما لم يتحقق مقتضاهما لا يعقل سقوطهما إلاَّ بفوات موضوعهما، فليس للشارع أيضاً إسقاطهما.

ولذا قلنا بأنَّ النسخ الحقيقي قبل حضور وقت العمل غير معقول، لأنَّ المفروض إنَّ كان اشتمال الفعل في وقته على مصلحه باعثة على البعث، فلماذا رفع البعث؟! وإنَّ لم يكن كذلك فلماذا جعله؟! مع أنَّ البعث إلى الفعل في وقت لجعل الداعي إليه في ظرفه، مع رفعه في ظرفه متنافيان، فهذا سنخ حكم يتقرب منه الفعل أو الترك، فلا يسقط إلاَّ بالفعل أو الترك، وليس هذا الملاك متحققاً في اعتبار الملكية أو الحقيه، فهو طبعاً لا يأبى عن الرفع، غاية الامر أنَّ ثبوته كما كان بالتسبب إليه بما جعله الشارع سبباً لوضع اعتباره، كذلك لا بد في سقوطه من التسبب إليه بما جعله الشارع سبباً لرفع اعتباره، ولذا قلنا بأنَّ الاعراض عن الملك لا يوجب سقوط الملكية أو سقوط المملوك عن الملكية فإنَّ السقوط كالثبوت يحتاج إلى سبب جعلي. ثم إنَّ الاسقاط هل هو بمعنى رفع الاضافة أو إخراج الشخص أو الطرف عن الطرفية للاضافة؟

ربَّما يترجح الثاني في النظر، نظراً إلى أنَّ الحق ربَّما لا يعقل رفعه لقيامه مع وحدته بمتعدد، كما في ارث حق الشفعة، فإنَّ إسقاط بعض الورثة حقه جائز مع بقاء الحق بالاضافة إلى الباقي، والحق الواحد لا يتعدد فإنَّه خلف، ولا يتجزىء ولا يتبعَّض فإنَّه بسيط، فلا معنى لاسقاط الحق إلاَّ إخراج أحد الورثة نفسه عن الطرفية للاضافة الشخصية، فيستقل باقي الورثة بالطرفية للاضافة.

إلاَّ أنَّ التحقيق: أنَّ الاسقاط هو رفع الاضافة، ويلزمه خروج الطرف عن الطرفية، لا أنه عينه، فإنَّ الغرض إنَّ كان إسقاط من أصله كان سقوطه منافياً لثبوته، وأمَّا إنَّ كان سقوطه عن نفسه فهو لا ينافي ثبوته لغيره.

وبالجملة: الاسقاط كالنقل يضاف إلى نفس الحق، فإنَّ الحق - المقابل للعين والمنفعة وعمل الحرفي في كلام المصنف ﷺ وغيره - نفس الاضافة، لا متعلقه الذي لا يخرج عن كونه أحد الاشياء المتقدمة، وبهذا المعنى أشكل المصنف ﷺ فيما سيأتى^(١) إن شاء الله تعالى على جعل الحق عوضاً بأنَّه ليس بمال، مع أنَّه متعلقه مال قطعاً، ففي مثل حق التحجير الذي هو مورد هذا اليراد في كلامه ﷺ، ليس مورد الاشكال في المالية إلاَّ نفس الاعتبار، لا الارض المحجرة التي لا شبهة في ماليتها هذا هو الكلام في حقيقة الاسقاط.

أمَّا حقيقة النقل فقد بيَّنا سابقاً^(٢) أنَّ النقل الاعتباري إخراج الشيء عن طرف إضافة ملكية نفسه إلى الطرفية لضافة ملكية غيره، فنقل من طرف هذه الاضافة إلى طرف إضافة أخرى، ولذا قلنا بأنَّ البيع لا يستلزم النقل دائماً، فإنَّ بيع الكلي صحيح مع أنَّه لا نقل فيه من طرف إضافة إلى أخرى، بل تملك ابتدائي.

وعليه فيشكل الأمر في نقل إضافة الحق فإنَّ النقل إنَّ كان متعلقاً، بطرف الحق كان النقل صحيحاً، فإنَّ ذا الحق يخرج الارض المحجرة من طرف إضافته الحقية إلى طرف إضافة اخرى، وأمَّا نقل نفس الاضافة المضافة بذاتها فغير معقول، لأنَّ الاضافات تتشخص باطرافها، فشخص العين قابل للنقل دون شخص الاضافة، فلا بد من أن يكون النقل فيها بالعناية وينظر الوحدة، فكأن الاضافة المنقولة من طرف نفسه إلى طرف غيره شخص تلك الاضافة، هذا كله في بيان حقيقة الاسقاط والنقل. وأمَّا ميزان قبول^(٣) للاسقاط والنقل، فالمستفاد من كلمات الاكابر كليات لا تكاد تجدي شيئاً، كما يقال إنَّ الموجب للحق إنَّ كان علة تامة له فيستحيل نقله وانتقاله واسقاطه، لاستحالة تخلف المعلول عن علته التامة، وإنَّ كان مقتضياً فإنَّ كان هناك مانع منه - كتقوم الموضوع بعنوان خاص، أو تقييد مورد الحق ومتعلقه بقيد يوجب توضيح

(١) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١٢ - تعليقة ١٢ .

(٢) تعليقة ٢ .

(٣) هكذا في الاصل، ولكن اما أن تكون العبارة (أما ميزان القبول...) أو (أما ميزان قبوله....).

داثرته - فلا يقبل النقل والانتقال، وإن لم يكن هناك مانع كان قابلاً للاسقاط والنقل والانتقال.

والامر في الواقع وفي مقام الثبوت وإن كان كذلك، لكنه لا معين لكون الموجب في ولاية الحاكم والاب والجد علة تامة، وفي حق الخيار والشفعة مقتضياً، كما أنّ العنوان إذا كان مقوّمًا لا معرّفًا وإن كان يوجب عدم النقل، لكن كل حق رتب على عنوان فظاهره أنّه الموضوع التام لحكمه، وتخلّف الحكم عن موضوعه التام محال، فأبي فرق بين عنوان الشريك في حق الشفعة وعنوان البيع في حق الخيار أو غيره من الحقوق القابلة للنقل.

فالتحقيق: أنّ قبول كل حق للسقوط وعدمه وللنقل وعدمه وللانتقال بالارث وعدمه يتبع دليل ذلك الحكم، ومناسبة الحكم وموضوعه، والمصالح والحكم المقتضية لذلك الحكم، فمثل حق الولاية للحاكم والوصاية للوصي لخصوصية كونه حاكماً شرعياً وله هذا المنصب، أو أنّ الوصي لوحظ فيه خصوصية في نظر الموصي فلذا عينه للوصاية دون غيره - فإنّ التخصيص بلا مخصص محال من العاقل الشاعرفنقله إلى غيره غير معقول لفقد الخصوصية، أو لوجود هذا الاعتبار له بنفسه من دون حاجة إلى النقل كحاكم آخر مثلاً، وحيث إنّ هذا الاعتبار لمكان رعاية حال المولى عليه والموصي لا لرعاية نفس الولي والوصي فلا يناسبه السقوط بالاسقاط. وأمّا توهم: إنّ ولاية الحاكم من شؤون ولاية الامام، وهي من شؤون ولاية النبي، وهي من شؤون ولاية الله تعالى على عباده، فكما أنّ الاصل محال فكذا فرعه، وما هو من اطواره وشؤونه.

فقد بينا ملاك فساد^(١) قبلاً، من أنّ سلطنته تعالى على خلقه حقيقة لا اعتبارية، وهي الاحاطة الفعلية الوجودية التي لا زوال لها، لاستحالة استقلال الممكن بالوجود، وكذا ولاية النبي والائمة (صلوات الله عليهم) بمعنى وساطتهم في الفيض وكونهم مجاري فيض الوجود، فإنّ زوالها مستحيل وإلّا لزم أصالة الموجود بالتبع،

(١) ص ٣٩ قوله (ومنه يظهر أن ملكه ...).

وكون الممكن الأخرس في عرض الممكن الأشرف، وولاية الحاكم جعلية اعتبارية لا حقيقية ليكون من شؤون الولايتين المتقدمتين.

بل هي من شؤون الولاية المجعولة للنبي والائمة عليهم السلام بمعنى آخر، وهو منصب إلهي مجعول، فكما أنهم منصوبون لتبليغ الاحكام عن الله بلا واسطة في النبي صلى الله عليه وآله وسلم ومع وساطته في الائمة عليهم السلام، فكذا العلماء خلفاء الامام عليه السلام ونوابهم في هذا المقام، فما داموا موصوفين بهذا العنوان وواجدين لهذا المنصب لهم حق الولاية على القصر فتبصر.

وهذا بخلاف سائر الحقوق كحق الخيار وحق الشفعة، فإن مصلحة الارفاق بالبايع أو بالمشتري أو بهما معاً أو جب لهم اعتبار السلطنة على فسخ البيع وإمضائه، رعاية لذي الحق لا لمن عليه الحق فله إسقاطه، وكذا الشفعة فإن تضرر الشريك ببيع حصة شريكه ممن لا يلائمه أحياناً، أو جب جعل حق الملك من المشتري بالعوض، كما في بعض الروايات ^(١) المتكفلة لحكمة التشريع، فمع تكلفه للضرر، أو لعدم التضرر من باب الاتفاق صح له اسقاط حقه.

وأما النقل فالحق وإن أخذ في موضوعه عنوان من العناوين، لكنه ربّما يستفاد من قرائن المقام أنه عنوان مقوم، وربّما يستفاد أنه عنوان معرّف، ففي حق الشفعة الذي يمكن أن يتضرر أحياناً هو الشريك دون غيره، فلا معنى لنقله إلى غيره، كما أنّ سلطة الشخص على تملك ماملكه غلط، لأنه حاصل، فنقل الحق إلى المشتري أيضاً باطل، وكما في حق الرهانة فإن كون العين وثيقة لغير الدائن غير معقول، سواء كان المديون أو غيره، فنقله غير معقول إلا بتبع نقل دينه إلى غيره، فينقل حق الرهانة تبعاً، بخلاف حق التحجير فإنه ليس فيه شيء من هذه الموانع.

وكذا الامر في الانتقال بالارث فإن قيام الوارث مقام مورثه في أخذه بالشفعة أو أخذه بالخيار أو أولويته بالارض المحجرة منقول ^(٢) بلا مانع، بخلاف حق القسّم في

(١) وسائل الشيمة، باب ٥ من أبواب الشفعة، ح ١.

(٢) هكذا في الاصل، والظاهر أنها (معقول).

الزوجات، فإنَّ نقله من زوجة إلى زوجة صحيح، لانصافه بذلك العنوان، وصحة استفادته من الحق دون انتقاله بالارث، فأثَّه حقها مادامت حية يتصور أنَّ يكون لها قسمة، والوارث لا يمكن أنَّ يقوم مقام الزوجة في هذا الحق، ولا يعقل استفادته من هذا الحق، إلى غير ذلك من الوجوه والمناسبات المتصورة في باب الحق.

فلذا لا يعقل شيء من الاسقاط والنقل والانتقال في بعضها، ويعقل السقوط دون غيره في بعضها الاخر، ويعقل النقل دون الانتقال في ثالث، ويعقل النقل والانتقال معاً في رابع، ويعقل الانتقال دون النقل في خامس، ولا بد من ملاحظة دليل كل حق وما يحتف به من القرائن من الوجوه والمصالح والمناسبات.

بقي الكلام: فيما إذا شك في القبول للاسقاط والنقل والانتقال، فإنَّ كان منشأ الشك احتمال كونه حكماً فلا مناص من الرجوع إلى الاصول دون العموم، لأنَّ موضوعه الحق وهو مورد الشك، ولا يجوز التمسك بالعام في الشبهة المصادقية.

وإنَّ كان منشأ الشك مع القطع بكونه حقاً احتمال كونه سنخ حق له الإبقاء عن الاسقاط والنقل والانتقال - كحق الولاية - فالمعروف أنَّه مع احراز القابلية عرفاً يتمسك باطلاق دليل الصلح، لنفوذ الصلح على سقوطه ونقله، أو بعموم أدلة الإرث لانتقاله، وليس من التمسك بعموم العام في الشبهة المصادقية، بتوهم احتمال اندراجه تحت الحق القابل والحق الغير القابل، فإنَّهما عنوانان انتزاعيان من الحق الداخِل تحت العموم والخارج عنه، لأنَّ^(١) العام معنون بعنوان القابل والمخصص معنون بعنوان غير القابل.

ويمكن أن يقال: إنَّ أدلة المعاملات في مقام انفاذ الاسباب شرعاً عموماً أو اطلاقاً، فتارةً يقطع بأنَّ العين الفلانية قابلة للملكية والنقل ويشك أنَّه يعتبر فيه سبب خاص أو لا، فبعموم دليل الصلح أو الشرط نقول أنَّه يملك بالصلح والشرط، وأخرى يشك في اصل قبوله للنقل لا من حيث خصوصية سبب من الاسباب، ليقال إنَّ الصلح سبب مطلق، وإنَّه كسائر اسباب النقل والاسقاط مثلاً، والمفروض هنا الشك في

(١) هكذا في الاصل والسياق يقتضي (لا أن).

اصل قبول الحق الخاص للاسقاط والنقل، لا من حيث قصور الصلح عن السببية في هذا المورد، فكونه قابلاً للصلح عرفاً معناه أنَّ الصلح كغيره من الاسباب في هذا الموضوع، فلا منافاة بين احراز القابلية العرفية من هذه الجهة مع الشك في اصل قابليته للاسقاط والنقل.

نعم لو كان ما اشتهر أنَّ لكل ذي حق اسقاط حقه - مما ورد في آية أو رواية أو كان معقد اجماع - لصح التمسك بعمومه أو اطلاقه لشمول هذا الحق المشكوك نفوذ اسقاطه، لكن لا اظن بأن تكون القضية المزبورة خبيراً أو معقد اجماع معتبر، وإن كان مما اشتهر، لكن ظاهر الشهيد رحمته في قواعده^(١) كما استظهره شيخنا الاستاذ في فوائده أنَّ حق العبد قابل للاسقاط، حيث قال رحمته: (والضابط فيه أنَّ كل ما للعبد اسقاطه فهو حق للعبد، وما لا فلا كتحرير الربا أو الغرر... الخ)^(٢) فيظهر منه أنَّ ما لا يسقط ليس من حقوق العبد، وأنه من حقوق الله التي هي عبارة عن الحكم، كما مثل له بتحرير الربا أو بتحرير الغرر، إلاَّ أنه انكار لانقسام الحق المقابل للحكم إلى قسمين، من حيث القابلية للسقوط وعدمها، فينبغي أن يحكم بسقوط كل ما علم أنَّه حق حقيقة، كما أنَّه لا مجال للتمسك بالعموم في اثبات السقوط، لرجوع الشك فيه إلى أنَّه حق أو حكم، وفي مثله لا مجال للتمسك بالعموم كما عرفت آنفاً.

والانصاف أنَّه لم يظهر لنا مورد يقطع بكونه حقاً ويشك في قبوله للاسقاط، فضلاً

(١) القواعد والفوائد ٢: ٤٣، القاعدة: ١٦٦.

(٢) الفوائد ٢٩٥.

وهو للأخوند الشيخ ملا كاظم الخراساني (صاحب الكفاية) رحمته.

ولد في مشهد، وقرأ بعض المباديء فيها، ثم ارتحل إلى النجف الأشرف وفي طريقه أقام في طهران ستة أشهر درس خلالها شيئاً من الفلسفة، حضر عند الشيخ مرتضى الانصاري رحمته ما يقرب من سنتين، ثم عند الميرزا السيد محمد حسن الشيرازي.

تخرج على يديه مئات من الافاضل والمجتهدين، له عدة مؤلفات أشهرها كفاية الاصول التي هي مدار البحث والدرس في الهوزة، وحاشية على رسائل الشيخ الانصاري.

توفي رحمته في ذي الحجة سنة ١٣٢٩هـ بالنجف الأشرف.

عن القطع بعدمه، كما في حق الولاية واشباهها، فإنه لا موجب لكونها حقاً مجرد التعبير عنه به، مع أنه لا شبهة في اطلاقه عليه احياناً في لسان الاخبار وفي كلمات علمائنا الاخبار.

وأما بناء على ما^(١) قرّبناه من أنّ الحقوق اعتبارات خاصة في موارد مخصوصة - كاعتبار الولاية في مورد حق الولاية، واعتبار الرهانة والوثيقة في حق الرهانة - فالحق حقيقة ينقسم إلى قسمين، ويكون محكوماً بحكمين فيجري فيه ما ذكرناه أولاً من حيث التمسك بالعموم وعدمه، وتام الكلام يحتاج إلى بسط لا يسعه المقام تمت الرسالة والحمد لله رب العالمين.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

٧- قوله ﷺ: (فإن لم يقبل المعاوضة بالمال...الخ)^(١).

المقابلة بين عدم قبول الحق للمعاوضة عليه وعدم قبوله للنقل، باعتبار أنه وإن لم يقبل النقل، لكنه ينتفع بسقوطه عنه كحق الخيار وحق الشفعة، في قبال ما لا ينتفع بسقوطه لعدم قبوله له كحق الولاية.

٨- قوله ﷺ: (لأن البيع تملك الغير...الخ)^(٢).

غرضه ﷺ: أن البيع للتمليك من الطرفين، فما لا يقبل النقل لا يقبل التملك، والنقص ببيع الدين على من هو عليه أيضاً بهذا الاعتبار، بل بالاولوية، إذ لو أمكن أن لا يفيد تملكاً من طرف البيع^(٣) فمن طرف العوض بالاولوية، إلا أن هذا التعليل عليل، لأن التملك اعم من النقل، كما مرّ في بيع^(٤) الكلبي الذمي فانه تملك ولا نقل، فليس كل ما لا يقبل النقل لا يقبل التملك، مضافاً إلى أن الحق اضافة كالملكية مضافة بذاتها إلى ذي الحق، لا أنها مضافة باضافة الملكية، ولو علله بأن البيع من النواقل والحق المفروض لا يقبل النقل كان أنسب، مع أنه أيضاً مشكل، لعدم انحصار البيع فيما يفيد النقل، ولو في طرف المبيع فضلاً عن العوض كما مرّ^(٥).

فالاولى التعليل بأن البيع لا بد من أن يفيد تعلقاً ملكياً أو حقاً بالطرفين، والمفروض أن الحق سنخ حق لا يتعدى عن مورده، هذا إذا أريد عوضية نفس الحق لا عوضية سقوطه بنحو النتيجة، ومحل كلامه ﷺ ومورد نقضه وإبرامه هو الاول.

٩- قوله ﷺ: (والحاصل أنه يعقل أن يكون...الخ)^(٦).

(١) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٨.

(٢) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٨.

(٣) هكذا في الاصل والظاهر أنها (المبيع).

(٤) تعليقة ٢.

(٥) تعليقة ٢.

(٦) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١٠.

حيث إنَّ صاحب الجواهر^(١) ساوى بين الملك والحق في الاستحالة، أراد^(٢) دفع التسوية ليندفع النقص، لا أنَّ محذور تسليط الشخص على نفسه ذو دخل في مرامه، بل يكفيه في مقام دفع النقص أنَّ التعلُّق الملكي هناك معقول، والتعلُّق الحقي هنا مفروض العدم، لفرض عدم تعديه عن محله، وإنَّ كان تسلُّط الشخص على نفسه معقولاً، فما اورده عليه بعض المحشين أنَّه خارج عن مقصوده غير وارد.

١٠- قوله^(٣): (والسر أنَّ مثل هذا الحق سلطنة فعلية... الخ)^(٤).

هكذا في النسخ المصححة وهو الصحيح، إذ ليس مطلق الحق متقوماً بشخصين كحق التحجير ونحوه، بل هذا شأن بعض الحقوق كحق الخيار وحق الشفعة، فاسم الاشارة اشارة إلى ما سبق في كلامه من حق الخيار والشفعة كما هو كذلك في الجواهر أيضاً^(٥).

وتوضيح أصل الفرق: أنَّ السلطنة بحسب مفهومها من المعاني المتعدية بحرف الاستعلاء، ولا تتعدى بنفسها غاية الأمر أنَّ متعلقها تارة عين من الاعيان كالارض المحجرة، فله السلطنة عليها باحيائها وتملكها، وأخرى شخص من الاشخاص فلذي الخيار السلطنة على من عليه الحق بحل عقده، وللشريك سلطنة على المشتري بتملك ما اشتراه ببذل الثمن.

بخلاف الملكية فإنَّها تتعدى بنفسها سواء كان المملوك عيناً خارجياً أو كلياً ذمياً،

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٠٩

وهو للشيخ محمد حسن بن الشيخ باقر النجفي اشهر بكتابه حتى عرف به .

تلمذ على عدة من العلماء منهم الشيخ جعفر كاشف الغطاء ، وصاحب مفتاح الكرامة وغيرهما انتهت اليه رئاسة الطائفة وصار مرجعها في جميع الاقطار.

له عدة مؤلفات أشهرها كتاب جواهر الكلام الذي طبع في ٤٤ مجلداً . توفي سنة ١٢٦٦ هـ ودفن في مسجده بالنجف الاشرف .

أعيان الشيعة ٩: ١٤٩ بتصرف.

(٢) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١٠

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٢٠٩

فمثل سلطنة شخص على شخص إذا انتقلت إليه لزم كون الشخص مسلطاً ومسلطاً عليه، فيجتمع فيه عنوانان متقابلان وهو محال.

بخلاف ما إذا ملك الانسان لما في ذمة نفسه، فإنَّ المالك غير المملوك فلا يلزم اتحاد عنوانين متقابلين، ولا حاجة في تحقق عنوان الملكية إلى عنوان المملوك عليه حتى يلزم اجتماع عنوان المالك والمملوك عليه في شخص واحد، وما يقال في باب ملك الكلبي الذمي «أنَّه مَلَّكَ عليه كذا» فليس حرف الاستعلاء فيه من وسائل تعديه إلى متعلقه، بل للضرر فلا تقوم حقيقة الملكية إلاَّ بالمالك والمملوك، ولا اتحاد بينهما في بيع الدين على من هو عليه.

ودعوى: إنَّ نقل الحق لا يستدعي هذا المحذور، لأنَّ السلطنة من آثار الملك والحق لا نفس الحق، وإلَّا لزم في بيع الدين على من هو عليه، إمَّا محذور تسلُّط الشخص على نفسه، أو التفكيك بين الملك وأثره - كما عن شيخنا الاستاذ^(١) - .

مدفوعة: بما مرَّ^(٢) من أنَّ الحق سلطنة اعتبارية، هي من الاحكام الوضعية - كاعتبار الملكية وجواز التصرف تكليفاً ووضعاً - يعبر عنه بعنوان السلطنة، لأنَّه هناك سلطنة اعتبارية حتى يكون في كل ملك اعتبار الملكية واعتبار السلطنة، فلا يلزم شيء من المحذورين فتدبره جيداً، هذه غاية تقريب ما افاده المصنف العلامة (رفع الله مقامه).

وفيه أولاً: أنَّ مورد الاستحالة هي السلطنة الحقيقية، لتضائف عنواني المسلَّط والمسلَّط عليه، والتضائف من اقسام التقابل، وهو - كما حقق في محله - خلاف التحقيق، لأنَّ ما هو من أنحاء التقابل قسم خاص من المتضائفين، وهو ما كان بينهما تغاير في الوجود كالعلية والمعلولية والتقدُّم والتأخر، لا مثل العالمية والمعلومية والمحبية والمحبوبة، وحقيقة السلطنة كالملكية الحقيقية تكاد أن تكون من القسم الثاني، إذ ليست حقيقة السلطنة إلاَّ كون الشخص قاهراً على شخص، وكون الغير

(١) حاشية الآخوند ٤

(٢) تعليقه ٦ قوله (منها أن الحق ...)

طوع إرادته في حركاته وسكناته، وأولى الأشخاص بهذا المعنى هو الانسان بنفسه، فإنه لا يتحرك إلا بإرادته فهو مسلط على نفسه حقيقة من دون لزوم محذور، وكذلك المالكية الحقيقية، فإنَّ وجدان الشخص لنفسه ضروري، وكونه مالكا لنفسه وزمام أمره بيده أيضاً كذلك، فلا استحالة في اجتماع المتضائفين بنحو الكلية.

وثانياً: أنَّ محذور الاستحالة على فرض ثبوته، إنما هو في السلطنة الحقيقية لا في السلطنة الاعتبارية، فإنَّها تابعة للآثر المصحح للاعتبار، فكما يقال إنَّ ملك الانسان لما في ذمته معقول واثره السقوط، فكذا في السلطنة الاعتبارية، وكما أنَّ اعتبار هذا المعنى بلا أثر السقوط لغو في السلطنة كذلك في الملكية.

نعم كون هذا الاثر مصححاً للاعتبار محل المناقشة، فإنَّ سقوط ملكيته^(١) ما في ذمة نفسه إنَّ كان لعدم اثر الاعتبار كون الانسان مالكا لما في ذمته فلا يبقى، ففيه أنَّ الحدوث كالبقاء.

وإنَّ كان السقوط هو بنفس اثر ثبوت الملك، ففيه أنَّه لا يعقل أن يكون الشيء علة لعدم نفسه.

وثالثاً: أنَّ محذور الاستحالة في الحق إنما هو لجعله بمعنى السلطنة، وهذا المعنى غير بين ولا مبيّن ليرتب عليه هذا المحذور، ولم لا يكون بمعنى الملك أو مرتبة منه أو اعتباراً آخر، ولو بحسب المورد فلا يترتب عليه حينئذ هذا المحذور فتدبر جيداً.

١١- قوله ﷺ: (فإنَّه نسبة بين المالك والمملوك... الخ)^(٢).

لا يخفى عليك أنَّ الملكية التي هي مبدء مشتقاتها لها قيام بذات المالك، فيصح انتزاع عنوان المالك منه، ولها قيام بذات المملوك، فيصح انتزاع عنوان المملوك منه، ولا يتوقف حصولها على قيام المبدء بشيء آخر، وحيث إنَّهما عنوانان متضائفان ففيهما النسبة المتكررة، وهو ملاك مقولة الاضافة لا بمجرد كونها نسبة، فاستظهار كونها من مقولة الاضافة عنده ﷺ من مجرد قوله ﷺ (بأنَّها نسبة) كما عن

(١) هكذا في الاصل .

(٢) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١١ وفي الاصل (فانها نسبة...).

بعض أجلة المحشين^(١) في غير محله.

كما أنَّ استظهار كون معنى الملكية مرادفاً لمفهوم السلطنة أيضاً بلا وجه، بعد ما عرفت^(٢) من أنَّ مفهوم السلطنة يتعدى بحرف الاستعلاء لا بنفسه، دون الملكية فإنها مفهوماً تتعدى بنفسها، وقد أشرنا^(٣) سابقاً وأوضحناه في محله، أنَّ الملكية الشرعية والعرفية من الإضافات المفهومية العنوانية، لا من مقولة الاضافة الحقيقية.

١٢ - قوله ﷺ: (إلا أن في جواز وقوعها عوضاً... الخ)^(٤).

الاشكال تارة من حيث عدم كون الحق مالاً عرفياً، وأخرى من حيث كون الحقية في قبالة الملكية والمالية، فلا يصدق المال على الحق لمنافاته مع المقابلة كما عن شيخنا الاستاذ^(٥).

ويندفع الاشكال بكلا الوجهين: بما مرَّ سابقاً^(٦) من أنَّ المالية إنما تنتزع بلحاظ ميل النوع ورغبتهم في شيء وبذل شيء بازائه، والحق - بما هو - كذلك، لصحة البذل بازائه لا مكان الانتفاع بنقله إليه، فالمقابلة مفهوماً لا دخل له بالتقابل وجوداً كمي بأبي عن الصدق، وسيجيء إن شاء الله تعالى^(٧) أنَّ دائرة البيع أوسع من ذلك؛ فلا يضر عدم صدق عنوان المال على العوض أيضاً.

١٣ - قوله ﷺ: (وحيث إن في هذا التعريف مسامحة... الخ)^(٨).

فإنَّ البيع - بما له من المعنى - أمر يقوم بالبائع لا بالعوضين، فهو إما نقل أو تملك

(١) حاشية الزدي ٥٨ سطر ٦.

(٢) تعليقة ١٠ قوله (توضيح...).

(٣) ص ٢٩ قوله (وأما مقولة الاضافة...).

(٤) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١٢.

(٥) حاشية الأخوند ٤.

(٦) تعليقة ٥ قوله (توضيح المقام...).

(٧) تعليقة ٢٢ قوله (ولا يبعد أن يقال...).

(٨) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١٥.

أو تبديل، لا الانتقال والبدلية فإثهما يقومان بالعوضين.
وأما توهم^(١): أنه من مقولة الفعل، والانتقال من مقولة الانفعال والمقولات متباينات.

ففيه: ما بيناه في محله^(٢) أن كل ما يعد فعلاً عرفاً ليس من مقولة الفعل اصطلاحاً، بل ما له حالة التأثير التجديدي المساوق لحالة التأثر التجديدي في غيره، كتأثير النار في حرارة الماء مثلاً، وتأثر الماء به هو المسمى بمقولة الفعل المقابلة لمقولة الانفعال، لا كل فعل خارجي فضلاً عن النقل الاعتباري.
١٤- قوله ﷺ: (بالايجاب والقبول الدالين... الخ)^(٣).

رَّما يصحح تعريف البيع بسببه المتولد منه، بدعوى اتحاد الفعل التوليدي مع المتولد منه، فالايجاب والقبول إيجاد البيع، والايجاد والوجود متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار.

وقد أوضحنا فساده في محله^(٤)، بأنّ الالتقاء والاحراق كل منهما إيجاد لما هو غير متحد مع الموجود بالآخر، فالالتقاء إيجاد للملاقات، والمماساة والاحراق إيجاد للحرقه، فكما لا يعقل إتحاد^(٥) وجود الملاقات ووجود الحرقه، فكذا لا يعقل اتحاد إيجادهما وتمام الكلام في محله.

١٥- قوله ﷺ: (وحيث إن البيع من مقولة المعنى... الخ)^(٦).
وربما يقال: كما في الجواهر^(٧) تبعاً لما حكاه في مفتاح الكرامة^(٨) عن العلامة

(١) كما عن المحقق اليزدي في حاشيته ٥٨ سطر ٣٢، وحاشية الاشكوري ٦ سطر ١

(٢) نهاية الدراية ١: ١٥١

(٣) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١٥

(٤) نهاية الدراية ١: ١٥١

(٥) هذا هو الصحيح وفي الاصل (إيجاد)

(٦) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١٥

(٧) جواهر الكلام ٢٢: ٢٠٦

(٨) مفتاح الكرامة ٤: ١٤٦

الطباطبائي رحمته الله (١) أنَّ اللفظ من مقولة الكيف، والبيع فعل، والمقولات العشرة متباينات، فلا يصدق بعضها على بعض، وقد عرفت (٢) دفعه وهو أنَّ البيع فعل عرفي لا فعل مقولي، مع وضوح أنَّ التللف فعل عرفاً، مع أنَّ اللفظ من مقولة الكيف المسموع.

ثم إنَّ تحقيق الحال فيما أفاده رحمته الله من أنَّ البيع من مقولة المعنى دون اللفظ، والألم يعقل انشاؤه باللفظ يقتضي بسطاً في المقال.

فنقول: هذه الدعوى منه رحمته الله مبنية على تحيّل أنَّ اللفظ لا ثبوت له إلاّ الثبوت المساوق لخروجه من مقطع الفم فقط، ومثله قطعاً لا يقبل الانشاء، لاستحالة صيرورة لفظ سبباً لوجود لفظ آخر خارجاً.

وكلا الأمرين غير وجهه، أمّا قصر ثبوت اللفظ على الخارجي منه، فلوضوح أنَّ طبيعي اللفظ - الذي هو من مقولة الكيف المسموع - كسائر الطبائع المقولية وغيرها في حدود ذواتها الماهوي والمفهومية غير مرهونة باحد النحوين من الوجودين من الذهن والعين، والوضع أيضاً ليس إلاّ لنفس الطبيعي المعزى عن الوجودين، وكذلك الاستعمال، بدهاءة أنَّ الوضع والاستعمال للانتقال إلى الموضوع له والمستعمل فيه بسماع لفظه، والانتقال وجود ادراكي، ويستحيل عروضة على الموجود بما هو موجود ذهنياً كان أو خارجياً، اذ المماثل لا يقبل المماثل؛ والمقابل لا يقبل المقابل.

• وهو للسيد محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي (صاحب مفتاح الكرامة)

ولد في قرية شقراء من قرى جبل عامل حدود سنة ١١٦٤هـ، ودرس في بداية حياته في جبل عامل، ثم رحل الى العراق وتلمذ على الوحيد البهبائي في كربلا وعلى صاحب الرياض، ثم رحل الى النجف الاشراف وأخذ عن السيد مهدي بحر العلوم والشيخ جعفر خضر الجناحي . له عدة مؤلفات أشهرها مفتاح الكرامة طبع في عشرة أجزاء ضخام، أشهر تلاميذه صاحب الجواهر، والشيخ محسن الاعسم، توفي سنة ١٢٢٦هـ بالنجف الاشراف .

أعيان الشيعة ٤: ٢٨٨ بتصرف.

(١) مصابيح الأحكام (مخطوط).

(٢) تعليقة ١٣

فعلم مما ذكرنا أنَّ الموضوع له إذا كان من سنخ الكيف المسموع كان من سنخ المعنى القابل للاخبار والانشاء.

وأما حديث إنشاء اللفظ باللفظ، فنقول: ليس الانشاء إيجاداً خارجياً للمعنى حتى لا يتصور إيجاد اللفظ خارجاً باللفظ، بل إيجاد تنزيلي، فيقصد ثبوت المعنى باللفظ، فالموجود^(١) بالذات شخص اللفظ والموجود بالعرض نفس المعنى، وإن كان من طبيعة الكيف المسموع، وكذا في سائر الطبائع فإنه يستحيل وجود طبائعه خارجاً بمبدئية اللفظ، بل بمبانيها الخاصة بها كما هو واضح، نعم حيث إنَّ أثر العقد اللفظي مرتب على وجوده خارجاً، فالعدول عن إيجاده بوجوده الحقيقي إلى إيجاده بوجوده التنزيلي - مع إمكان وجوده الحقيقي - لغو لا أنه محال.

وأما ما عن شيخنا الاستاذ في اصوله^(٢) من استحالة وضع اللفظ لللفظ، وإلا لم يقبل الاشتقاق لكون المعنى جامداً لا حديثاً، فقد أوضحنا حاله في محله من ابتناؤه على أنَّ المشتق منه هو المعنى المصدرى المأخوذ فيه النسبة المصدرية، وأنَّ اللفظ المجرّد عن النسبة - كاسماء الاعيان - غير قابل للاشتقاق، وذكرنا هناك أنَّ المشتق منه هو نفس المبدء الساري في جميع المشتقات حتى المصدر، وأنَّ المعاني تارة لها نحو من انحاء القيام باحد؛ فهي قابلة لملاحظتها معروضة للنسبة القيامية أو الصدورية، وأخرى ليس لها هذا الشأن فهي غير قابلة لملاحظتها كذلك، وأنَّ طبيعة اللفظ من اوضح الطبائع التي لها قيام وصدور، فراجع ماحررناه في الاصول^(٣).

ثم إنَّه في قبال هذا الدعوى دعوى أنَّ البيع واشباهه لا بد من أن يكون من مقولة اللفظ دون المعنى، كما عن بعض الاعلام^(٤) ممن قارب عصرنا، بتوهم أنَّه لولاه للزم

(١) هذا هو الصحيح وفي الاصل (فالوجود).

(٢) كفاية الاصول ٥٨ - مؤسسة النشر الاسلامي .

(٣) نهاية الدراية ١: ١٧٤ و ٢٢١ .

(٤) بدايع الأفكار ٢٦٢ .

القول بالكلام النفسى، نظراً إلى أنه لو كان البيع موضوعاً للنقل لم يكن معنى لانشائه إلا إيجاد هذا المعنى في النفس، إذ لا خارج للنقل، وإيجاد المعنى في النفس عين الالتزام بالكلام النفسى، فالبيع عنده ﷺ موضوع لظهار الرضا بالنقل باللفظ وغيره وهذا عين انشائه، أو كون البيع موضوعاً للنقل المنتزع عن اظهار الرضا به، فيكون المعنى منتزعاً من الانشاء المزبور بالمعنى المذكور، لا أنه انشائي ليرد المحذور، وهو مبني على أن الانشاء إيجاد المعنى في النفس، وأما إذا قلنا بأنه إيجاد المعنى باللفظ إيجاداً تنزلياً عرضياً فلا يلزم منه محذور اصلاً، وقد بينا تفصيل القول فيه صغرى وكبرى في الاصول^(١).

١٦ - قوله ﷺ: (مع أن النقل ليس مرادفاً للبيع... الخ)^(٢).

إن كان الغرض تعريف البيع بتفسيره بما هو مسمى اللفظ بحده، من دون تفاوت بين الحد والمحدود حتى بالاجمال والتفصيل، فاللازم تفسيره بما يرادفه بحده فقط، ومن البين أن الغرض لم يتعلق به، بل إما بتعريفه بحقيقته وماهيته أو بالاشارة إلى المعاملة المتداولة بلفظ أو بالفاظ مجموعها اعرف من لفظ البيع، كما هو مبني التعاريف اللفظية، فلا يلزم مرادفة المعرف للمعرف.

والتحقيق حينئذ أن يقال: إن الغرض إن كان تعريف ماهية البيع فالنقل ليس جنساً للبيع، ولا من لوازمه العامة والخاصة كما مرّ سابقاً^(٣)، فالتعريف فاسد، وإن كان تعريف المعاملة المتداولة بما يشير إليها فالتعريف لفظي، وتكفي فيه الملازمة الغالبية بين البيع والنقل.

نزلت رشت وولد فيها عام ١٢٣٤هـ ثم نزل قزوین للدراسة ثم النجف الاشرف ، تسنم دكة التدريس بعد وفاة استاذة الشيخ الانصاري ، وله تصانيف كثيرة منها بدايع الأفكار ، وشرح الشرايع وغيرها . توفي ليلة الخميس ١٤ ج ٢ سنة ١٣١٢هـ وودفن في النجف الاشرف . طبقات اعلام الشيعة ١: ٣٥٧ بتصرف .

(١) نهاية الدراية ١: ٢٧٤ .

(٢) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١٦ .

(٣) تعليقة ٢ ، ٧ .

١٧ - قوله ﷺ: (وَأَنَّ الْمَاعِطَةَ عِنْدَهُ بَيْعٌ... الخ) (١).

إذا كان غرض المحقق من التقييد بالصيغة أنه ليس نفس السبب بل المسبب منه، فلا يضر تحققه بالمعاطاة، وبالجملة ليس غرضه ﷺ تضييق دائرة النقل، حتى يورد عليه بأن النقل الحاصل بالمعاطاة يخرج عن الحد؛ مع أنه داخل في المحدود، بل دفع توهم أنه السبب دون السبب (٢)، أو أنّ غرضه ﷺ أنّ البيع نقل معاملي تسببي لا نقل خارجي، فالتقييد لمجرد بيان سنخ النقل.

١٨ - قوله ﷺ: (لا يعقل انشاءه بالصيغة... الخ) (٣).

مضافاً إلى ما مرّ (٤) من الباعث على التقييد نقول إنّ الصيغة ليس جزءاً مقوّماً لماهية البيع، بل حال السبب حال العين وال عوض المأخوذ في مقام تعريف البيع - بأنّه تمليك عين بعوض - ، فإنّه من الواضح أنّ مفهوم العين ومفهوم العوض غير داخلين في مفهوم البيع، بل الغرض أنّ البيع حصّة من طبعي النقل أو من طبعي التمليك، فالمدلول ذات تلك الحصّة الملزومة لسبب خاص أو لمتعلق مخصوص، وذات تلك الحصّة قابلة للانشاء بالصيغة، فيتحصص بنفس الانشاء أو بتعلقه بالعين، فتدبره فإنّه حقيق به.

١٩ - قوله ﷺ: (خصوص «بعت» لزوم الدور... الخ) (٥).

إنّ كان الغرض تعريف ماهية البيع فمعرفة تلك الحصّة متوقفة على معرفة ما يحصصها، لوضوح أنّ الصيغة بمعناها يحصصها لا بلفظها، وإنّ كان الغرض الاشارة إلى تلك المعاملة المتداولة التي يتسبب إليها بالصيغة الخاصة فلا دور، إذا علم أنّ المعاملة المتداولة يتسبب إليها بصيغة «بعت» وإنّ لم يعرف معناها.

(١) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١٧

(٢) هكذا في الاصل والظاهر أنها (المسبب)

(٣) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١٨

(٤) تعليقة ١٧

(٥) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ١٩

٢٠- قوله ﷺ: (وجب الاقتصار على مجرد التملك والنقل... الخ)^(١).

لا موجب للزوم الاقتصار، اذ عدم الخصوصية لـ«بعت» لا ينافي دخل الخصوصية لمجموع «بعت» و «ملكت» ونحوهما، ولسعة دائرة الصيغة المخصصة للنقل لا يلزم الدور، لعدم توقف معرفته على معرفة معنى «بعت»، مع أنَّ عدم الخصوصية لـ«بعت» لازمه الاقتصار على مجرد الصيغة لا على مجرد النقل، وعدم كون الصيغة جزءاً من مدلول البيع لا يقتضي لغوية اخذ الصيغة في حده، لما عرفت^(٢) من أنَّ البيع حصة من طبيعي النقل والتمليك، فاخذ الصيغة عاماً أو خاصاً في تعريف الحصة لازم.

ويحتمل بعيداً أنَّ يكون مراده من النقل والتمليك صيغتهما في قبال «بعت»، لثلا يلزم من شمول الصيغة الخاصة لها دور، إلاَّ أنَّه مع بعده قد عرفت^(٣) دفعه، فإنَّ دخل صيغة «بعت» خصوصاً وعموماً لا يلزم منه محذور الدور، بل محذور الدور انما هو في مقام إفادة معنى البيع بما يتخصص بصيغة «بعت»، ومع سعة دائرة الكاشف لا يلزم دور، فتدبره جيداً.

٢١- قوله ﷺ: (انشاء تملك عين بمال... الخ)^(٤).

قد أشرنا سابقاً^(٥) واوضحناه في محله^(٦) أنَّ الالفاظ مطلقاً موضوعة لنفس الطبايع مقولية كانت أو اعتبارية من دون دخل للوجود فيها، سواء كان الوجود عينياً أو ذهنياً، وسواء كان ذاتياً حقيقياً او انشائياً تنزلياً، فالبيع كنفس التملك له نحوان من الوجود، انشائياً كقولك «ملكت» إنَّ لم يتعقبه ملكية اعتبارية من العرف أو الشرع،

(١) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٢٠.

(٢) تعليقة ١٨.

(٣) تعليقة ١٩.

(٤) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٢٠.

(٥) تعليقة ١٥ ولعله يشير بأوضحناه في محله لما سوف يأتي في تعليقة ٣٧.

(٦) نهاية الدراية ٤٤:١ - مؤسسة آل البيت.

وحقيقياً إذا كان السبب تاماً فالاول بيع إنشائي، والثاني بيع حقيقي، فلا اختصاص للبيع بالتملك الانشائي.

إلا أن يراد منه أن البيع ليس مما يتحقق بلا تسبب، فالتملك بمعنى جعل شخص مستولياً على شيء خارجاً ومحتوياً له عيناً ليس من البيع، بل البيع هو المعنى الذي يحصل بالتسبب اليه بانشائه، وحينئذ فيندفع عنه ما أورده عليه شيخنا الاستاذ^(١) من أن التملك الانشائي إذا كانت مادة «بعت» فلا يعقل إنشائه بالصيغة، اذ القابل للوجود الانشائي نفس المعنى لا الموجود الانشائي.

ووجه الاندفاع ما عرفت^(٢) من أن الانشائية ليست جزءاً مقوِّماً لمعنى البيع، بل محصصاً له، وذات الحصة هي القابلة للانشاء، الذي يصير به حصة فتدبره جيداً.

٢٢- قوله ﷺ: (ولا يلزم عليه شيء مما تقدم... الخ)^(٣).

نعم الالتزام بالتملك في جملة من الموارد مشكل:

منها: بيع العبد ممن ينعتق عليه، فإن الملك الحقيقي إذا كان ممتنعاً شرعاً أو عقلاً فلا فرق بين زمان طويل أو قصير، فالالتزام بحصول الملك آنأ ما ثم الاعتراف في غاية الاشك ال، والالتزام بالملك الحكمي مرجعه إلى ترتيب أثر الملك من دون ثبوته حقيقة، فلا بيع حقيقة فيكون العوضان على ملك مالكهما، حيث لا معاوضة حقيقة، مضافاً إلى دعوى ظهور بعض الأدلة^(٤) في ترتب الاعتراف على نفس الشراء، ولا يعقل تخلف المعلول عن علته ولو آنأ ما.

وما في الجواهر^(٥) تبعاً لغيره من تقدم الملك على الاعتراف تقدماً ذاتياً لا زمانياً، حتى يلزم تخلف المعلول عن علته ولو آنأ ما، بل جعله جمعاً بين النصوص

(١) حاشية الآخوند ٦

(٢) تعليقة ١٨

(٣) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٢٠

(٤) في نفس التعليقة .

(٥) جواهر الكلام ٢٢: ٣٤٠

المقتضية لعدم العتق إلا في الملك، ولترتب الانعتاق على نفس الشراء، بل جعله أقرب إلى الضوابط من الالتزام بالملك آنأ ما.

كله خلاف التحقيق، إذ لا اعتبار للملك إلا في الزمان، فالملك لا في زمان غير معقول، حتى ينفك التقدّم الذاتي بلحاظ شرطيته للعتق عن التقدم الزماني بلحاظ تأثير البيع في الملك، فكيف يكون الامر الممتنع جمعاً بين النصوص، أم كيف يكون أقرب إلى الضوابط فتدبر جيداً.

ومنها: بيع الدين على من هو عليه، فإنه إذا لم يعقل أن يملك الانسان ما في ذمة نفسه؛ ولاجله يسقط، فمانع البقاء مانع الحدوث، إذ لا فرق في ما لا يعقل بين زمان طويل وزمان قصير كما مر^(١) وسيجيء^(٢) إن شاء الله تعالى في شرح كلامه ﷺ.

ومنها: بيع العبد من نفسه في بعض الموارد، فإن اتحاد المالك و المملوك ممتنع عندهم، ولا فرق فيه أيضاً بين الطويل من الزمان والقصير منه.

ومنها: شراء العبد تحت الشدة من الزكاة، فإن المشتري سواء كان من عليه الزكاة أو الحاكم الشرعي وإن كان له ملك التصرف والولاية على الشراء، لكنهما لا يملكان الرقبة كما لا يملكان الزكاة الواقعة عوضاً، فبأي وجه يملكان العبد، خصوصاً مع ترتب الانعتاق على شرائهما في قبال العتق بعد شرائهما.

ومنها: اشتراء آلات المسجد والقنطرة من الزكاة أو من غلة العين الموقوفة عليهما، فإنه لا يملك تلك الآلات أحد لعدم الموجب، كما لا يملك الزكاة والغلة لكون الزكاة غير مملوكة للمشتري ولا لغيره، بل المسجد والقنطرة مصرف لها، ولكون الغلة غلة عين غير مملوكة لاحد، لفرض الوقف على الجهة لا على شخص أو أشخاص خاصة، كما حقق في باب الوقف على الجهات العامة.

ومنها: البيع بازاء سقوط الحق، حيث لا معنى لحصول التمليك أو التبديل بلحاظ الملكية من الطرفين، مع أنه بيع عرفاً وإن لم ينطبق عليه تعريف صاحب المصباح.

(١) أول هذه التعليقة

(٢) تعليقة ٢٤

وبالجملة: فالالتزام بالتملك الحقيقي في هذه الموارد لا يخلو عن تكلف وتعسف، ولا ملزم به إلاً اشتهاً تعريف البيع بالنقل والتبديل والتملك.
ولا يبعد أن يقال: إنَّ البيع جعل شيء بازاء شيء، فيختلف أثره بحسب الموارد، فأثره تارة ملكية العوضين كما في غالب افراده، وأخرى انقطاع إضافة الجاعل عن المبيع، وحيث إنَّه لا يعقل دخوله في ملك المشتري فينعتق كما في البيع ممن ينعق عليه، فإنَّ الاعتراف ليس إلاً زوال ملكية المالك عن العبد، وثالثة ذلك الانقطاع مع كونه كلياً غير قابل للدخول في ملك المشتري، فهو عين سقوط ما في الذمة كما في بيع الدين ممن هو عليه، ورابعة قيام كل من العوضين مقام الآخر فيما له من التعلق والإضافة بأحد أو بجهة، كالألات المشتراة من غلة العين الموقوفة، فتكون الألات كالمسجد والقنطرة متعلقة بتلك الجهة، وتكون الغلة مملوكة لمالك الألات، وكذا في إشترائها من الزكاة.

فأثر المعاملة البيعية هي الملكية من الطرفين في المورد القابل، وأمّا في غيرها فآثارها إمّا الاعتراف أو السقوط أو الوقفية، لصيرورة المال بدلاً عن الموقوف، وليس المراد من جعل شيء في قبالة شيء إلاً في قبالة المجانية كالهبة، فلا مانع من جعل المال بازاء سقوط الحق بطور النتيجة، أو جعله بازاء كون العوض لزيد، وعلى هذا الاطلاق يقال «باع فلان دينه بدنيا غيره»، وهذا المسلك وإن كان غير معروف ولا مألوف إلاً أنَّ المتبع هو البرهان، والله المستعان.

٢٣- قوله ﷺ: (منها أنه موقوف على جواز الايجاب... الخ) (١).

لا يخفي عليك أنه لا ملازمة بين جواز الايجاب وجواز التعريف، لامكان اناطة التسبب بالفاظ صريحة، بل بعين عنوان ذلك العقد أو الايقاع، ألا ترى أنَّ إيقاع الطلاق منوط بعنوان هي طالق، مع أنَّ الطلاق ليس إلاً البيونة التي لا يقع بها الطلاق شرعاً، بل جواز التعريف منوط باتحاد الحد والمحدود ذاتاً ومفهوماً مع اختلافهما

بالاجمال والتفصيل في الحدود، وبمجرد الاتحاد وجوداً في الرسوم، فلا عدم جواز الايجاب كاشف عن المغايرة مفهوماً، ولا ملازمة بين الايجاب والتعريف، بل لكل منهما ملاك خاص ومناطق مخصوص، نعم بناءً على ما قدمناه ليس التملك متحداً مع البيع مفهوماً ولا وجوداً، فتدبر.

٢٤- قوله ﷺ: (من تعقل تملك الانسان ما في ذمة نفسه... الخ) (١).

قد عرفت (٢) أنه السقوط إن كان لكونه أثر ملكية ما في ذمته؛ فالشيء لا يكون ثبوته علة لسقوطه عقلاً، وإن كان لعدم الاثر ولغوياً الاعتبار الذي لا أثر له فيسقط. ففيه: أن مانع البقاء مانع الحدوث، وأما تملك ما يساوي ما في ذمته فهو معقول ويترتب عليه الآثار من بيعه والصلح عليه وبراءته، نعم حيث إنه نظير الوفاء فيسقط؛ وكونه وفاءً فرع الملكية، فلا يعقل أن يكون مانعاً عنها. وتوهم: أن الواحد لا يعقل أن يكون مُطالِباً إِيَّاهِ ومُطالِباً به.

مدفوع: بأن الواحد الطبيعي يتعدد بانضيافه إلى الذمم المتعددة، فلا يكون هناك واحد شخصي ليجتمع فيه وصفان متقابلان، واجتماعهما في الواحد النوعي غير ضائر، وإلا لم يعقل تملك ما يساوي ما في ذمته من غير من يملك عليه أيضاً، مع أنه لا ريب في معقوليته مع انحفاظ الوحدة النوعية، ومنه يعلم أن التنظير في كلامه ﷺ لمجرد الاشتراك في السقوط لا في عدم المعقولة فتدبر.

٢٥- قوله ﷺ: (لم يعقل شيء مما يساويها... الخ) (٣).

قد عرفت (٤) اندفاع الاشكال إذا كان البيع بمعنى جعل شيء في قبالة شيء بالتفصيل المتقدم، فليس الاشكال وارداً على كل حال.

(١) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٢٢، وفي الاصل (من تعقل تملك ما على نفسه (في ذمته))

(٢) تعليقة ٢٢ قوله (ومنها بيع الدين...)

(٣) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٢٤

(٤) تعليقة ٢٢ قوله (ولا يبعد أن يقال...)

٢٦- قوله ﷺ: (وفيه أَنَّ التملك فيه ضمنى... الخ)^(١).

لا يخفى عليك أَنَّ المعاملة البيعية كسائر عقود المعاوضات مركبة من تسبب احدهما لملكية شيء بالعوض ومطواعة الآخر لهذا التسبب، لا أنَّها مركبة من تسبيبين، فليس شأن القبول إلاَّ مطواعة التسبب المزبور، ونفس هذا التسبب الذي تعلق به القبول - الذي به يتم سبب الملكية - موجب لملكية المشتري للمعوض والبايع للعوض، فالمراد من التملك الضمني إنَّ كان بلحاظ أنَّ مال المشتري يكون ملكاً للبايع بقبول المشتري الذي هو متمم السبب، فهو بالاضافة إلى مال المشتري ومال البائع على حد سواء، فلا اختصاص للتملك الضمني بالعوض كما هو مورد النقض، وإنَّ كان بملاحظة أنَّ قبوله لا بد من أن يتضمن تملكاً من المشتري تسببياً، فمرجهه إلى استحقاق البائع على المشتري تملك ماله، مع أنَّ العوض هو مال المشتري دون عمله، فلا تملك ضمنى من المشتري بوجه من الوجوه.

ودعوى^(٢)؛ الفرق بين تملك البائع وتملك المشتري، أنَّ البائع يملك ماله بعوض والمشتري يملك ماله عوضاً، فهو مباين للتملك بالعوض، غير وجيهة، فإنَّه تملك ابتدائي لا ضمنى، فلا يستحق إطلاق الضمنية عليه.

وإنَّ أريد من الضمنية أنَّ قبوله الانشائي يتضمن التملك الحقيقي في قبالة التملك الانشائي مكان قبوله الانشائي.

ففيه: أنَّه إذا قِيلَ من دون تسبب إلى تملك ماله عوضاً كان كافياً في تمامية السبب المملِّك للمعوض والعوض.

ثم اعلم أنَّ الكلام في أنَّ البيع بالحمل الشائع يتقوم بتسبب من طرف وقبول من آخر، فلا نظر هنا إلى أنَّ السبب لا بد من أن يكون من طرف البائع بالايجاب الانشائي والقبول بإنشاء مفهوم القبول، حتى ينتقض^(٣) بمثل بيع السلف، حيث يصح

(١) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٢٦.

(٢) حاشية اليزدي ٦٠ سطر ٢٥.

(٣) تعريض بالسيد اليزدي حاشيته ٦٠ سطر ٢٠.

للمشتري أن يقول: «أسلفتك عشرة دراهم في منٍّ من الحنطة» وللبيع أن يقول: «قبلت»، فإنَّ التوسعة في باب السلف في مقام السبب لا توجب مغايرة حقيقة المسبب في السلف مع غيره، فتدبر.

٢٧- قوله ﷺ: (بل معناه الاصلي هو التسالم... الخ) (١).

معنى الصلح والصلوح والصلاح ما يعبر عنه بالفارسية (بسازش وسازگاري) فهو أقرب إلى مفهوم الموافقة والملائمة من المسالمة، فإنَّ السلم والمسالمة بمعنى الخلوص تقريباً، والسالم هو الخالي عن الآفات والخالص منها، والسلام من اسمائه الحسنی بمعنى الخالص عن النقائص، والاسلام اخلاص القلب من الكفر والشرك، والمسالمة جعل القلب خالياً عما لا يوافق غرض الآخر، فالصلح على أي حال مغاير مفهوم ما مع مفهوم البيع، بل الأمر كذلك وجوداً؛ فإنَّ ما هو بيع بالحمل الشائع غير ما هو صلح بالحمل الشائع، وإن كان التسالم على ملكية شيء بعوض تفيد نتيجة البيع، وهي ملكية عين بعوض.

٢٨- قوله ﷺ: (ولذا لا يتعدى بنفسه... الخ) (٢).

أي بالنسبة إلى المصالح عليه الذي هو بمنزلة المبيع في البيع، بل يتعدى بحرف الاستعلاء وما يرى من تعديه بحرف المجاوزة أحياناً فإنما هو في مقام الصلح عن قبَل شيء، وما يقع الصلح عن قبله غير ما يقع الصلح عليه فيكون مملوكاً به، فتوهم أنَّ الصلح بمعنى التجاوز سخيف جداً.

بل التحقيق: أنَّ الصلح بمفهومه يتعدى طبعاً باللام، فيقال: «صالح لكذا» وقال تعالى: ﴿أصلحنا له زوجه﴾ (٣) كما يساعده ملاحظة مرادفه بالفارسية، كما أنَّ السلم والسلامة يتعدى بحرف الابتداء فيقال: «سالم من الآفات»، نعم حيث إنَّ الصلح

(١) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٢٨

(٢) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٢٨

(٣) الانبياء آية ٩٠

والسلم في مورد المعاهدة والمعاقدة يقعان على شيء، فبهذه الملاحظة يتعديان بحرف الاستعلاء لا باقتضاء مفهومهما.

٢٩- قوله ﷺ: (فالصلح على العين بعوض تسالم عليه وهو يتضمن التملك...الخ)^(١). لا يخفى أنَّ حقيقة التسالم لا يعقل تعلقه بالعين، فإنَّه كمقولة الالتزام لا يتعلق إلَّا بفعل أو بنتيجة كتمليك أو ملكية شيء، وعليه فالتمليك والملكية من المتعلقات لا من الفوائد.

لا يقال: لو كان الامر كذلك لكان طلب الصلح إقراراً، إذ كما أنَّ طلب التملك اقرار بالملكية وطلب الاسقاط اقرار بالثبوت، كذلك طلب المسالمة على التملك والملكية أو المسالمة على الاسقاط والسقوط.

لانا نقول: إنَّ كان طلب الصلح عن قبل العين على شيء فلا إشكال، إذ لا دلالة لهذا الطلب في مورد التنازع على عدم ملكية العين للطالب، وإنَّ كان طلب الصلح على عين بعوض فهو اقرار، إلَّا أنَّ وجهة الصلح ربَّما تكون على المسالمة على قطع النزاع، فحينئذ لا عبرة بما يترأى من العبارة.

٣٠- قوله ﷺ: (وأما الهبة المعوضة والمراد...الخ)^(٢).

حيث إنَّ الهبة معناها يأبى عن كون الموهوب ذا عوض بعقد الهبة، فلا محالة ينحصر صيرورة الهبة معوضة بأمر:

منها: أن يهبه مالاً على أن يعوضه شيئاً.

ومنها: أن يهبه مالاً على أن يكون الشيء الفلاني ملكاً له، فالاول بنحو شرط الفعل والثاني بنحو شرط النتيجة.

ومنها: أن يهبه مالاً بأزاء أن يهبه شيئاً بناءً على صحة هذه المعاملة، وسيجيء^(٣)

(١) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٣

(٢) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٤

(٣) تعليقة ٩٣

إن شاء الله تعالى الاشكال في معقوليتها إلا في ضمن عقد آخر.
أما الصورة الاولى: فلا ينتزع عوضية المال الموهوب في الهبة الثانية بمجرد عقد الهبة المشروطة، فليس هناك تملك بعوض، بل تملك بشرط التعويض، والشرط ليس عوضاً.

وأما الصورة الثانية: فالمال المشروط ملكيته وإن كان يصير ملكاً للواهب بمجرد القبول، إلا أنه عوض له بالشرط لا بالعقد، والبيع تملك بعوض بحيث يكون العوض مملوكاً بالبيع لا بغيره.

وأما الصورة الثالثة: فالهبة الثانية عوض عن الهبة الاولى بمقتضى المقابلة التي ينحفظ معها مجانية الموهوب، والبيع تملك بعوض لا تملك مُعَوِّض بعوض فلا نقض على أي تقدير.

ومما ذكرنا إن تضح أنه لا ينحصر دفع النقض بفرض الهبة بشرط التعويض الذي لازمه عدم ملك العوض، بل لو فرض ملك العوض أيضاً بمجرد تمامية العقد لم يرد النقض به لما عرفت.

٣١- قوله ﷺ: (كان بيعاً... الخ) (١).

أي إذا قصد التملك بعوض بلا زيادة عنوان يخرج عن حقيقة البيع كما هو ظاهر كلامه ﷺ.

٣٢- قوله ﷺ: (وإن قصدهما... الخ) (٢).

هذا قيد للمنفي لا للمنفي والمثبت، حتى يقال ما قصده لم يقع وما وقع لم يقصد.

٣٣- قوله ﷺ: (البيع هو الاصل في تملك الاعيان... الخ) (٣).

(١) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٨

(٢) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٨

(٣) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٩

لا يخفى أنَّ المراد بالاصل هنا أحد أمرين: إمَّا الراجح الشائع، وإمَّا أصالة الحقيقة. ومورد الأول ما إذا كان المعنى طبيعياً له اصناف، فإذا شك في أنه أراد الصنف الشائع وهو البيع أو غيره وهو الصلح مثلاً فالراجح هو البيع، وبعد ما عرفت أنَّ طبيعى التمليك بعوض منحصر في البيع، فلا مجال للاصل بهذا المعنى. ومورد الثاني ما إذا كان طبيعى التمليك بعوض منحصرأ في البيع، وإرادة غيره منه لا يكون إلاً مجازاً، فإذا شك في إرادة المعنى الحقيقي فالاصل هو إرادة المعنى الحقيقي، كما هو مقتضى أصالة الحقيقة.

ومنه يتبين: أنَّ مراد القائل من قوله الاصل في تمليك عين بعوض هو البيع، إن كان هو الاول فلا اصل له بعد انحصار الطبيعى في البيع، وإن كان هو الثاني مع انعقاد العقود بالالفاظ المجازية فالاصل هو البيع، حملاً للفظ التمليك بعوض على معناه، لا بعنوان المسالمة مجازاً ولا بعنوان التمليك بشرط التعويض أو العوض، فإنَّ الكل مجاز لا يصار إليه بلا قرينة، والمصنف رحمته يدعي أنَّ غرض القائل بالاصالة هو الاول دون الثاني والعهدة عليه.

٣٤- قوله رحمته: (تمليك على وجه ضمان المثل... الخ) ^(١).

توضيحه: أنَّ مجرد قصد العوض لا دخل له بالتعويض التسبيبي، فتارة يكون الشخص في مقام تبديل ماله بشيء فهو بيع، وأخرى في مقام تمليك ماله بذل ^(٢) واقعاً؛ فيقصد بتمليكه عدم المجانية لا جعله بازاء شيء فهو قرض، فهو في الحقيقة تمليك على وجه التضمنين، لا تمليك محض ولا تضمين محض.

٣٥- قوله رحمته: (ولا ذكر العوض... الخ) ^(٣).

هذا شاهد قوي على عدم كونه من المعاوضات التسبيبية، إذ لا بد في تمليك

(١) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ١٢

(٢) هكذا في الاصل والصحيح (بدلاً)

(٣) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ١٣

شيء بعوض ملاحظة الطرفين في مقام التسبب الجدي إلى المعاوضة الحقيقية بينهما، وإلا لم يعقل منه التسبب إلى المعاوضة، نعم عدم العلم به تفصيلاً لا ينافي التسبب عقلاً، كما أنّ عدم جريان الغرور بالمعاوضة إنّما يجدي إذا كانا في لسان دليلهما مترتبين على المعاوضة بعنوانها، وإلا فاختصاص البيع بما هو بشيء لا يدل على عدم كون غيره من المعاوضات، ولعل أمره ﷺ بالتأمل للإشارة إلى بعض ما ذكر.

٣٦- قوله ﷺ: (حتى الاجارة وشبهها... الخ) (١).

وجه كون الاجارة كذلك، إمّا كونها بمعنى الاجرة، وإمّا كونها مصدراً للمجرد لا للمزيد، ومن الواضح أنّ طرفي العقد هو الايجار والاستيجار، إلا أنّ الظاهر من بعض الاطلاقات كونها مصدراً لأجر يؤجر أو أجر يؤاجر كما في رواية تحف العقول حيث قال ﷺ: (وأما تفسير الإجازات فاجارة الانسان نفسه أو ما يملك... الخ) (٢) ومن الواضح أنّ المراد منه مصدر المزيد قطعاً، فإنّ المجرد لا يتعدى إلا إلى المستأجر كقوله تعالى: ﴿على أن تأجرني﴾ (٣) ومعناه صى رورته أجييراً لا جعل نفسه أجييراً أو بالاجرة، نعم كونها مصدراً للمجرد لا يخرجها عن طرفي العقد بالكلية، لإمكان كونه طرفاً في مقام صيرورته أجييراً، بأن يقول: «أجرتك» أي صرت أجييراً لك، كما في قوله تعالى: ﴿على أن تأجرني﴾ (٤) فتدبر.

٣٧- قوله ﷺ: (أما البيع بمعنى الايجاب المتعقب للقبول... الخ) (٥).

توضيح المقام برسم امور:

منها: أنّه قد اشرنا (٦) سابقاً أنّ جميع الالفاظ موضوعة لنفس المعاني المجردة

(١) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ١٨

(٢) وسائل الشيعة باب ٢ من أبواب ما يكتسب به ج ١

(٣) القصص آية ٢٧

(٤) القصص آية ٢٧

(٥) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ١٨

(٦) تملیقة ٢١

عن جميع انحاء الوجود العيني والذهني والحقيقي والاعتباري والذاتي والعرضي الانشائي، ضرورة أنَّ فائدة الوضع والاستعمال هو الانتقال من سماع اللفظ إلى معناه، والانتقال وجود ادراكي، والموجود بأي وجود كان لا يقبل لوجود آخر مماثلاً كان أو مقابلاً.

وعليه فمعنى البيع إذا كان هو التملك فالموضوع له طبيعي التملك القابل لجميع انحاء الوجود، لا الطبيعي الموجود بوجود انشائي، ولا الطبيعي الموجود بوجود حقيقي، فهو كسائر الالفاظ ومعانيها، غاية الامر أنَّ ما عدا المعاني المعاملية أو الطلبية غير قابلة إلا للوجود العيني والذهني كلفظ الماء والتراب، والمعاني المعاملية الاعم من العقدية والايقاعية قابلة للوجود الانشائي والحقيقي؛ الذي هو عين الاعتباري، وكذلك المعاني الطلبية وشبهها قابلة لكلا النوعين من الوجود.

ومنه علم: أنَّ لفظ البيع مثلاً كما أنَّه غير موضوع لمقام السبب وهو التملك الانشائي، كذلك غير موضوع للتملك بالحمل الشائع، الذي حقيقته عين وجوده الاعتباري، وهو مقام المسبب وهو الفعل التوليدي من الفعل الانشائي والتسبيبي، الذي يتسبب إليه بالانشائي للبرهان المتقدم.

ومنها: بعد ما عرفت من وضع لفظ البيع كسائر الالفاظ للطبيعة المجردة عن الوجود مطلقاً، تعرف أنَّ دعوى تبادر التملك الحقيقي أو الانشائي منه بلا وجه، لعدم دخل كلا الوجودين في الموضوع له والمستعمل فيه قطعاً، كما أنَّ صحة سلبه عن التملك الانشائي المحض إنَّ أريد السلب الذاتي فهي صحيحة، إلا أنَّ سلب الحقيقي منه ذاتاً أيضاً كذلك، لعدم تقوُّم المعنى بشيءٍ منهما، وإنَّ أريد السلب الشائع الراجع إلى عدم صحة حمل البيع بما له من المعنى على التملك الانشائي فهو غير صحيح؛ لتحقق المعنى بهذا النحو من الوجود وإنَّ لم يتحقق بوجود آخر، وسلبه عن التملك الحقيقي كذلك - أي ليس البيع صادقاً عليه بما هو تملك انشائي - لتباين الوجودين.

والتحقيق أنَّ المعاني كما مرَّ على قسمين:

احدهما: ما له وجود ذهني ووجود عيني.

وثانيهما: ما له وجود انشائي ووجود حقيقي يختص به في نظام الوجود، وهو في المعاملات وشبهها عين كونها معاني اعتبارية باعتبار العرف أو الشرع مثلاً، فالمستعمل فيه في الطائفتين وإن كان نفس الطبيعي المجرد، إلا أنه في الأولى بمناسبة الحكم والموضوع تارة يستفاد ارادة نفس الطبيعي كما في باب الحدود وشرح الماهية، وأخرى يستفاد ارادة الموجود الخارجي كقوله «اسقني الماء» فإنه لوحظ المعنى المستعمل فيه فانياً في مطابقه الذي هو بالحمل الشائع ماء.

وكذلك في الطائفة الثانية تارة يستفاد ارادة نفس الطبيعي، كما في تحديد البيع أو تفسيره بلفظ أعرف منه، وأخرى يراد منه الموجود بأحد النحويين من الوجود الانشائي أو الوجود الحقيقي، الذي هو فيه عين الاعتباري بنحو فناء المفهوم في مطابقه أو العنوان في معنونه، ففي ما إذا كان المحمول مناسباً لمقام السبب - كالصحة والنفوذ والفساد وعدم النفوذ، أو أنه مشروط بكذا - يستفاد إرادة الانشائي، فإن هذا كله من لوازم السبب والمقتضي لا من لوازم المسبب واحكامه، فإن التملك الحقيقي لا نفوذ له، بل له وجود وعدم بديل له، وفيما إذا كان المحمول مناسباً لمقام المسبب كجواز التصرفات المترتبة على البيع تكليفاً ووضعاً يستفاد ارادة الحقيقي، فإن ذلك من لوازم التملك الحقيقي دون الانشائي، فيفهم التملك الانشائي في الاول، والتملك الحقيقي في الثاني بمناسبة المقام.

نعم لا بأس باستفادة التملك الحقيقي من قوله في مقام الاخبار «بعت داري» أو «باع زيد داره» لأن الثبوت المضاف إلى الطبيعي ذاتي في الحقيقي، فإنه نحو وجوده في نظام الوجود، دون الثبوت المضاف إلى الطبيعي في الانشائي فإنه عرضي، فإن الموجود بالذات هو اللفظ، والمعنى المقصود ثبوته باللفظ - وهو عين انشائيته - له ثبوت تنزيلي عرضي.

والظاهر من حكاية الثبوت هو ثبوت الشيء حقيقة لا ثبوت شيء آخر ينسب إليه بالعرض والتنزيل، وإلا فلا وجه له، لما مر من عدم المجال للتبادر وصحة السلب،

كما في كلمات القوم فتدبره فإنَّه حقيق به، ولا تستوحش من مخالفته لكلمات الاعيان مع موافقته للبرهان المساوق للعيان.

ومنها: أنَّ البيع الحقيقي الذي يترتب عليه الآثار عرفاً وشرعاً، وإن كان تملكاً تسببياً عقدياً لا يوجد بنحو وجوده الخاص إلا بعد الايجاب والقبول المستجمعين للشرائط العرفية والشرعية، إلا أنَّ السبب والشرائط كلاً من علل الوجود ومبادئه، لا من علل القوام ومما يقوم به طبيعي البيع في حد ذاته، فالفرق بين كون المبيع عيناً أو كونه ذا عوض، وكون البيع لا يتحقق إلا بالعقد الجامع لشرائط النفوذ، مع عدم كون مفهوم العين ومفهوم العوض جزء المفهوم والمعنى هو ما أشرنا إليه، أنَّ المراد منه أنَّ طبيعي التملك له حصص، والحصصة المقيدة باضافة التملك إلى عين لها عوض هي البيع، والحصصة المقيدة باضافة التملك إلى المنفعة هي الاجارة، وهذا بخلاف السبب وشرائطه فإنَّها من مبادئ وجوده، ووجوده غير مقوّم لمفهومه ومعناه فضلاً عن علل الوجود ومبادئه.

ومما ذكرنا تبين: أنَّ تعقب الايجاب بالقبول لا خصوصية له في عدم دخوله في معناه، بل الايجاب كذلك، كما أنَّه بالنظر إلى وجود البيع الحقيقي لا خصوصية لدخالة القبول، بل جميع الشرائط كذلك، كما أنَّه بالنظر إلى التملك الانشائي - بما هو تملك انشائي - لا يعتبر إلا ما يتقوّم به انشاء الملكية، وهو اللفظ المقصود به ثبوت المفهوم والمعنى تنزيلاً وعَرَضاً، ولا يعقل دخل انشاء معنى في انشاء معنى آخر، كما أنَّ دخل انشاء القبول في تحقق العقد - بما هو عقد يتقوّم بايجاب وقبول - من الواضحات، ولعل الخلط بين علل الوجود وعلل القوام، أو الخلط بين الوجود الانشائي والوجود الاعتباري أوجب هذه الاوهام وباللّه الاعتصام.

ومنها: أنَّه قد حقق في الاصول^(١) أنَّ الانشاء والاخبار من وجوه استعمال اللفظ في معناه، مثلاً مفهوم «ملك» هي النسبة الاجادية المتعلقة بالملكية، واللفظ المذكور وجود له بالجعل والمواضعة، فتارة يتمحض استعمال اللفظ في معناه، بحيث لا

يقصد إلا ثبوت تلك النسبة الخاصة ثبوتاً عرضياً بتبع ثبوت اللفظ فيكون انشاءً، وأخرى يقصد باستعماله الحكاية عن ثبوت تلك النسبة في الخارج فيكون إخباراً. وليس معنى الانشاء إيجاد المعنى بالذات في الخارج بألية اللفظ، لأنه غير معقول، لأنَّ الوجود الخارجي لكل معنى سواء كان مقولياً أو اعتبارياً يتوقف على مبادئ ذلك الوجود، ويستحيل وجوده الخاص به في نظام الوجود بمجرد اللفظ فقط، كما أنه ليس معنى الانشاء إيجاد المعنى في النفس، فإنَّ وجوده النفساني الإدراكي لا يتوقف على التلفظ به حتى يوجد به، بل المعقول من الانشاء هو الوجود العرضي التابع لوجود لفظه بالذات، كما فصلنا القول فيه في محله^(١).

وأما الوجود الاعتباري المقابل للوجود الحقيقي فهو متقوم باعتبار معتبره، لما يترتب عليه من الآثار شرعاً و عرفاً، والوجود الانشائي بالنسبة إلى الوجود الاعتباري كالسبب بالنسبة إلى مسببه - بمعنى أنَّ البائع بقوله «بعث» الانشائي يتسبب إلى تحصيل الملكية المعتبرة باعتبار الشرع أو العرف - لا أنَّ انشائه عين اعتباره كما توهم.

لما عرفت^(٢) من أنَّ الوجود الانشائي لا ينفك عن استعمال اللفظ في معناه عند عدم قصد الحكاية، والوجود الاعتباري قائم بمعتبره بالباشرة، وقائم بالبائع مثلاً بالتسبب إليه بما جعله الشارع أو العرف سبباً محضاً لاعتباره، فمع عدم استجماع الشرائط ليس الموجود من البائع إلا التملك الانشائي، ومع استجماعه لها يوجد منه الوجود الاعتباري المتولد من الموجود الانشائي، فتدبر جيداً.

ومنها: أنَّ الوجود الاعتباري العارض للمعنى - مقولياً كان أو لا - متقوم باعتبار المعبر، واعتباره عين إيجاده، فهو من أفعاله المباشرة، ولا يعقل التسبب إلى اعتبار نفسه بقول أو فعل، نعم حيث إنَّ غيره أجنبي عن ذلك الاعتبار فلا يتمكن من تحصيله منه إلا بما جعله من له الاعتبار وسيلة إلى حصوله.

(١) نهاية الدراية ١: ٢٧٤، مؤسسة آل البيت.

(٢) في نفس التعليقة.

ومنه تعرف أنَّ إيجاد الملكية في نظر الناقل في قبال إيجاد الملكية في نظر العرف أو الشارع - كما عن المصنف العلامة (رفع الله مقامه) - لا محصل له، لأنَّ المراد منه إنَّ كان التملك الانشائي وإيجاد الملكية الانشائية فهو مما لا يختلف باختلاف الانظار، فإذا انشأ الملكية فقد وجدت الملكية الانشائية حقيقة، من دون فرق بين نظر ونظر، بل هو موجود واقعاً، والواقع غير منوط بنظر ولا بمربوط باعتبار معتبر.

وإنَّ كان المراد إيجاد الملكية الاعتبارية القابلة لاختلاف الانظار فيها، فقد عرفت أنَّ المعقول منه إيجاد الملكية في اعتبار العرف والشرع بما يروونه سبباً لتحصيله، ولا معنى لإيجاد الملكية الاعتبارية في نظر المملِّك والناقل، فإنَّ الاعتبار من شخص المعتبر مباشر لا تسببي حتى يتسبب بانشائه إلى اعتباره من نفسه.

ومنها: أنَّ الملكية الاعتبارية التي يترتب عليها الآثار شرعاً وعرفاً على انحاء، فتارة يترتب على سبب غير قصدي كالمملك بالارث المترتب على الموت، وأخرى على سبب قصدي كالمملك المترتب على اخذ المباح الاصلى بعنوان الحياة، وثالثة على سبب يتسبب به إلى تملك الغير كالتمليكات المعاملية، وهي أيضاً على قسمين: **احدهما:** ما يتحقق الملك الاعتباري فيه بمجرد التسبب إلى حصوله، من دون حاجة إلى قبول ومطوعة ذلك التسبب، كالوصية التملكية بناء على عدم الحاجة إلى قبول الموصى له وإنَّما له ردّه.

ثانيهما: ما يتحقق بالتسبب ومطوعته، وهو التملك العقدي معاضياً كان أو لا. **ومنها:** أنَّ التملك المعاملي كما عرفت^(١) تسببي من المتعاملين لا مباشر، وإنَّما المباشر هو التملك الانشائي، وأمَّا الايجاب فهو غير تسببي، بل حقيقته هو الانشاء بداعي البعث والتحرك، فإنَّ كان عن ارادة حتمية كان إيجاباً وإلَّا كان استجباً، فالانشاء المذكور بالداعي المزبور مطابق البعث الحقيقي ومصادقه، لأنَّه من الاسباب التي يتسبب بها إلى تحصيل إيجاب من العرف أو الشرع، فالإيجاب

من الداني كالايجاب من العالي مما يتحقق بحقيقته، وترتب استحقاق العقوبة على مخالفته وعدمه لا ربط له بحصول الوجوب بايجابه، وهو أيضاً غير مربوط بباب الاعتبارات التي يختلف باختلاف الانظار، بل الايجاب أمر انتزاعي من منشأ واقعي هو عين الانشاء المنبعث عن إرادة حتمية.

إذا عرفت ما رسمناه من الامور تعرف أنَّ حق القول في مسألة تعقّب الايجاب بالقبول أنّه أجنبي عن مرحلة المعنى والمفهوم، الذي هو محل الكلام في مقام تحديد البيع وشرح ماهيته، وأنّه دخيل في التملك الاعتباري المعاملي البيعي الذي هو على الفرض تملك عقدي عرفاً وشرعاً، وإن قصد إيجاد الملكية الاعتبارية - بحيث يكون مصداقاً للبيع بمجرد ايجابه - قصد أمر محال، لا يتمشى من العاقل غير الغافل، وأنّ حصولها في نظره دون نظر العرف والشرع لا محصل له كما عرفت. وأنّه لا فرق بين الكسر والانكسار وإيجاد الملكية الاعتبارية ووجودها، وإنّ هذا المعنى محفوظ في الايجاب والوجوب أيضاً، غاية الأمر أنّه أمر انتزاعي لا يتوقف على غير إنشائه، بخلاف التملك البيعي الحقيقي فإنّ خارجية إيجاد الملكية الاعتبارية التسببية بخارجية وجود الملكية من الشرع أو العرف فقط، وهي على الفرض متوقفة على العقد، دون خارجية الوجوب، فانه بعين خارجية الانشاء المزبور، لا بخارجية ايجاب شرعي أو عرفي.

ومن جميع ما ذكرنا تبين مواقع النظر في كلامه ﷺ :

احدها: (وإنما هو فرد انصرف إليه اللفظ... الخ^(١)) فإنّه مبني على أنّ لفظ البيع موضوع للتملك الانشائي، وهو مدلول الهيئة فيما إذا قصد بها انشاء الملكية، فإنّه الذي ينقسم إلى المئتمر وغيره باعتبار استجماع الشروط؛ ومنها القبول وعدمه. وأما على ما حققناه على وجه يستحيل غيره، فاللفظ موضوع لطبيعي التملك بعوض على الوجه المتقدم من إرادة الحصة، والوجود مطلقاً خارج عن الموضوع له،

سواء كان وجوداً انشائياً يتقوم به السبب، أو وجوداً اعتبارياً يتقوم به المسبب،
وحينئذ فلو كان هناك عند الاطلاق تعين فهو لما هو تملك حقيقي، كسائر
الاطلاقات في الالفاظ ومعانيها، من حيث إرادة الموجود بالذات دون الموجود
بالعرض، كما مرَّ^(١) تحقيقه.

وثانيها: (مع أنَّه لم يقل أحد بأنَّ تعقّب القبول... الخ)^(٢) الفارق بين التملك
والتبديل والنقل وبين البيع ما مرَّ من أنَّ طبيعي التملك كالابدال والنقل، وإنَّ أريد
منها ما هو كذلك حقيقة بارادة السبب، إلاَّ أنَّ طبيعي التملك الحقيقي - كما مرَّ - قابل
لأنَّ يتحقق بلا قبول - كالوصية مثلاً - دون التملك البيعي فإنَّه حصه لا يعقل تحققها
إلاَّ بالعقد المتقوم بالايجاب والقبول، وعليه فالوجود الانشائي من الكل لا يعقل
توقفه على القبول الانشائي، والوجود الحقيقي من البيع يفارق الوجود الحقيقي من
مطلق التملك الحقيقي.

وأما بحسب المفهوم فالايجاب والقبول حيث إنَّهما من علل الوجود فهما كاصل
الوجود خارج عن المفهوم والمعنى في الكل، فمن يرى أنَّ الموضوع له في البيع هو
التملك الحقيقي له أن يدعي أنَّ الموضوع له حصه خاصة متقومة بالسبب التام، كما
هو كذلك بالاضافة إلى متعلقه من العين وال عوض؛ دون مطلق التملك والنقل، ومن
يرى أنَّه موضوع للتملك الانشائي، فالقبول الانشائي قطعاً مبائن له فكيف يقومه؟!،
ومن يرى أنَّه موضوع لنفس المعنى دون الوجود، فالبيع عنده يفارق التملك
والتنقل في تقومه بالعين وال عوض في البيع، دون التملك والتنقل كما مرَّ.

ثالثها: (نعم تحقق القبول شرط الانتقال في الخارج... الخ)^(٣) فإنَّه مبني على الوضع
للملك الانشائي، فإنَّه القابل للاشتراط دون طبيعي التملك فإنَّه لا موقع له، ودون
التملك الحقيقي فانه مقام المسبب لا مقام السبب القابل للاشتراط، وقد عرفت

(١) أول هذا التعليق قوله (منها أنه قد أشرنا ...)

(٢) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢١

(٣) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢١

الاشكال في وضعه للموجود الانشائي بل الحقيقي أيضاً.
 وابعها: (لا في نظر الناقل إذ الأثر لا ينفك عن التأثير...الخ)^(١) فإنه إن أُريد من
 المتحقق في نظر الناقل هو الوجود الانشائي، ففيه: أنه ذات السبب الموجود في
 جميع الانظار، وإن أُريد الوجود الاعتباري الذي يختلف باختلاف الانظار، فقد مرَّ أنَّ
 الملكية الاعتبارية التسببية ليس إلا اعتبار العرف أو الشارع إياها، وأمَّا اعتبار
 الشخص فهو أمر مباشري له لا معنى للتسبب إليه بانشائه.
 مع أنَّ قوله ﷺ: (إذ الأثر لا ينفك عن التأثير) غير وجيه على أي تقدير، فإنَّ إيجاد
 الملكية الانشائية ووجودها وكذا إيجاد الملكية الاعتبارية ووجودها متحدان بالذات
 مختلفان بالاعتبار، لا تعدد بينهما ليكون أحدهما مؤثراً والآخر أثراً، نعم التملك
 الانشائي ذات المؤثر وإيجاد الملكية الاعتبارية به إيجاد للأثر وعين تأثيره فيه
 فتدبر.

خامسها: (فالبيع وما يساويه معنى من قبيل الايجاب والوجوب...الخ)^(٢) أي لا
 يقتضي أزيد من الوجود في نظر الناقل كالوجوب في نظر الموجب، وقد عرفت
 الفرق بين التملك الحقيقي والايجاب الحقيقي فراجع، والعذر في الاطناب في هذا
 الباب لأنَّه مطرح انظار اعظم الاصحاب (رضوان الله عليهم).

٣٨- قوله ﷺ: (فضلاً عن أن يكون...الخ)^(٣).

وجه الاولوية زيادة مؤنة اثبات تعدد الوضع بخلاف قيديته للموضوع له.

٣٩- قوله ﷺ: (وأما البيع بمعنى الاثر...الخ)^(٤).

لا يخفى عليك أنَّ الأثر هي الملكية الاعتبارية شرعاً أو عرفاً، وحيث إنَّ البيع
 الذي هو مبدء لجميع مشتقاته المتقومة بانحاء النسب المتقابلة خال عن جميع

(١) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢١

(٢) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢١

(٣) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢٢ وفي الاصل (فضلاً عن أن يجعل)

(٤) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢٣

انحاء النسب حتى النسبة الناقصة المصدرية، سواء لوحظت بمعنى المصدر المبني للفاعل أو بمعنى المصدر المبني للمفعول، فلا محالة ليس معنى البيع وهو المبدء الساري نفس معنى الملكية، فإنه مبدء المجرد من (مَلَكٌ يَمْلِكُ) لا من المزيد من (مَلَكٌ يَمْلِكُ)، بل مبدئه جعل الملكية و إيجادها، وهذا المبدء أيضاً إنما يقبل السريان في جميع المشتقات إذا لوحظ لا بشرط وخالياً في حد ذاته عن جميع انحاء النسب، حتى النسبة المصدرية الناقصة بمعنيها الفاعلي والمفعولي، حتى يكون قابلاً لعروض جميع انحاء النسب عليه، وحيث إنَّ إيجاد الملكية ووجودها متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار صح إطلاق الاثر على إيجادها، لاتحاده بالذات مع الاثر وهو وجودها، لكن مفاد البيع المبدئي هو إيجادها لا وجودها أي طبيعي جعل الملكية.

فإذا أريد بالانتقال حاصل المصدر - المعبر عنه باسم المصدر تارة، وبالمبدء الساري أخرى - في قبال النقل المصدرية كان صحيحاً، غاية الامر أنَّ التعبير بالانتقال - الذي هو في الحقيقة مطاوعة النقل - من جهة ضيق دائرة التفسير بمرادفه، لا أنَّه من باب إرادة النقل بالمعنى المصدرية المبني للمفعول، فإنه لا بد من خلو المبدء الساري من جميع انحاء النسب، وإلا لم يقبل الاشتقاق المعنوي لتقابل النسب، ومنه تبين أنَّ توجيهه بما في المتن لا حسن فيه بل لا يعقل.

وأما القول^(١) بانه تعريف للبيع بالرسم وهو تعريفه بلازمه.

ففيه أولاً: أنَّه مبني على وضع لفظ البيع لمقام السبب وهو التملك الانشائي، فإنه الذي لازمه المملوكية والانتقال في الخارج، وأما إذا كان للتملك الحقيقي فلا إثنية، بل إيجاد الملكية متحد ذاتاً مع وجودها، لأنَّ الثاني أثر الاول.

وثانياً: أنَّ التعريف باللازم حيث إنَّه في مقام الحمل، فلا يمكن أن يقال البيع انتقال بل ما يفيد الانتقال؛ كما لا يصح أن يقال «الانسان صَحِيحٌ» بل ضاحك.

(١) تعريض بالسيد اليزدي حاشيته ٦٣ سطر ١٨.

٤٠- قوله ﷺ: (فقد صرح الشهيد الثاني^(١)... الخ)^(٢).

ذكر بعض اعظام تلامذته ﷺ - في كتاب الاجارة^(٣) - أنه لم يجده في الروضة ولا في المسالك، وكذا ما عن الجوهر^(٤) اهر في المقام - حيث إنّه ذكر أنّه اطلاقه على العقد مبني على المسامحة كما نبّه عليه ثاني الشهيدين في الروضة - فإنّه ليس في الروضة منه عين ولا أثر.

٤١- قوله ﷺ: (والظاهر أنّ المسبب هو الأثر... الخ)^(٥).

المراد من الاثر المثبت هنا غير الاثر المنفي آنفاً، فإنّ المنفي هو الاثر بمعنى الانتقال، والاثر المثبت هنا هو النقل الاسمي دون المعنى المصدرى حتى المبني للمفعول، ثم إنّ تخصيصه المسبب بالنقل الشرعي مع ما سيأتي^(٦) إنّ شاء الله تعالى عما قريب - من توقف التمسك بالاطلاقات على إرادة النقل العرفي - لا يتلائم. وأما ما ذكره من الفرق بين النقل الاسمي الشرعي، وإنّه يتوقف على الايجاب والقبول دون النقل بنظر الناقل فإنّه لا يتوقف عليهما إلى آخر ما أفاد، فقد اوضحنا

(١) هو الشيخ الشهيد السعيد زين الدين بن نور الدين علي بن أحمد العاملي الشامي الجبعي المعروف بالشهيد الثاني ﷺ.

ولد في ١٣ شوال سنة ٩١١هـ ختم القرآن وعمره تسع سنوات، درس على والده ثم سافر الى ميس ودرس فيها، ثم ارتحل الى الشام ودرس فيها على عدة من علمائها، ثم ذهب الى مصر ودرس فيها عند أفضل علمائها.

له من الاثار ٧٩ مصنفاً، أشهرها الروضة البهية ومسالك الافهام، واستشهد ﷺ سنة ٩٦٥هـ في قصة معروفة.

أعيان الشيعة ٧: ١٥٨ بتصرف.

(٢) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢٤.

(٣) كتاب الاجارة ٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٠٦: ٢٢.

(٥) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢٤.

(٦) تعليقة ٤٧.

بطلانه أنفأ فراجع^(١).

وأما ما يورد عليه بأن علاقة السببية والمسببية لا تتم إلا بالاضافة إلى العقد المستجمع لجميع الشرائط، لا خصوص العقد المؤلف من الايجاب والقبول، فيمكن دفعه بأن منزلة العقد من النقل الشرعي منزلة السبب من مسببه، وهذه الحيثية محفوظة سواء كان بقية الامور المسماة بالشرائط موجوده أم لا فتدبر.

٤٢- قوله ﷺ: (والى هذا نظر جميع ما ورد...الخ)^(٢).

أي إلى النقل الشرعي بمناسبة الحكم والموضوع، دون النقل بنظر الناقل الذي لا يتوقف على شيء إلا ما يتقوم به انشائه في نظره.

٤٣- قوله ﷺ: (فاضافة العقد إلى البيع...الخ)^(٣).

فإن النقل الشرعي مغائر لما هو مدلول العقد وهو النقل بنظر الناقل، فكيف تكون إضافة العقد إليه بيانية؟! بخلاف ما إذا أريد من البيع النقل بنظر الناقل، فإن مدلول عقد البيع هو النقل بنظر الناقل فتصح بيانية الاضافة كما إدعاه الشهيد الثاني في الروضة^(٤).

٤٤- قوله ﷺ: (ولذا يقال انعقد البيع أو لا ينعقد...الخ)^(٥).

فإن البيع إذا أريد منه مدلول العقد فهو لا يتخلف عنه، فلا يوصف بالانعقاد تارة وعدمه أخرى، فإن انعقاده لازم وجوده، فلا يعقل أن يقال لا ينعقد مدلول العقد فإنه خلف مع فرض الموضوع.

(١) اخر التعليق ٣٧ قوله (رابعا...)

(٢) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢٦

(٣) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢٨

(٤) الروضة البهية ٣: ٢٢١

(٥) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢٨

٤٥- قوله ﷺ: (إنَّ عقد البيع وغيره من العقود... الخ) (١).

توضيح المقام: أنه قد عرفت (٢) سابقاً أنَّ مقتضى البرهان وضع لفظ البيع لطبيعي التمليك بالعرض من دون دخل للوجود، عينياً كان أو ذهنياً، إنشائياً كان أو حقيقياً هو عين الاعتبار، على حد سائر الألفاظ ومعانيها، وأنَّ فرائض المقام تارة تقتضي ملاحظة مفهوم التمليك بالعرض فانياً في التمليك الانشائي الذي يتسبب به إلى إيجاد الملكية الاعتبارية عرفاً أو شرعاً، وأخرى تقتضي ملاحظته فانياً في التمليك الحقيقي - أعني به إيجاد الملكية الاعتبارية تسبباً - .

وعليه فالموضوع له ليس التمليك الانشائي الذي مقامه مقام السبب المتصف بالصحة والفساد، ولا التمليك الاعتباري الذي مقامه مقام المسبب؛ بلحاظ اتحاد التمليك والملكية؛ لاتحاد الايجاد والوجود بالذات واختلافهما بالاعتبار. ومنه يظهر أنَّ النزاع في الوضع للصحيح أو الاعم لا مسرح له، كما أنَّ دعوى الوضع للبيع بالحمل الشائع المتصف بالوجود والعدم أيضاً لا وجه لها، لمخالفة كلا الامرين للبرهان كما تقدم بيانه في بعض الحواشي (٣).

نعم يبقى الكلام: في وجه اتصاف التمليك الانشائي بالصحة والفساد دون التمليك الحقيقي، وحيث إنَّ الصحة بملاحظة ترتب الاثر وهي الملكية الشرعية مثلاً على التمليك الإنشائي عند تمامية الشرائط وعدمه عند عدمها، فلا محالة يكون موضوع الصحيح والفساد هو التمليك الانشائي دون التمليك الحقيقي الاعتباري، بل هو إمَّا موجود أو لا، فإنَّ التَسبُّب بالايجاب المتعقب للقبول إنَّما يكون مصداقاً لايجاد الملكية، الذي هو عين التمليك البيعي إذا كان هناك اعتبار الملكية الشرعية، والايجاد والوجود متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار، لا أنَّ وجود الملكية مترتب على إيجاد الملكية ترتب المسبب على سببه، حتى يتوهم اتصاف التمليك

(١) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٢٨ .

(٢) تعليقة ٣٧ قوله (منها انه قد اشرنا...).

(٣) تعليقة ٣٧

الاعتباري التسببي بالصحة عند ترتب وجود الملكية الاعتبارية وبالفساد عند عدمه.

وعليه فوجه عدم إتصاف التملك الحقيقي بالفساد هو أنَّ الفساد عدم الصحة فيما من شأنه الإتصاف بها، فالصحة والفساد متقابلان بتقابل العدم والملكية، ومع عدم الملكية لا تملك حتى يتصف بالفساد، لا أنَّهما متقابلان بتقابل الإيجاب والسلب، حتى يستحيل خروج الشيء عن طرفي النقيض إيجاباً وسلباً، ولا أنَّ الصحة والفساد متضائفان، ولا يتصف الشيء بواحد منهما إلا إذا صح تواردهما عليه، فما لا يتصف بالفساد اصلاً لا يتصف بالصحة أيضاً، كما عن شيخنا الاستاذ في تعليقه^(١) على هذا الموضوع من الكتاب، فإنه لا يخلو عن مناقشة من وجوه:

منها: أنَّ الصحة والفساد ليسا بمتضائفين، فإنَّهما بمعنى ترتب الاثر وعدمه، والمتضائفان مفهومان ثبوتيان، مع أنَّ شرط التضائف كون كل من الطرفين معقولاً بالقياس إلى الآخر - كالفوقية والتحتية -؛ فلذا يكونان متكافئتين في القوة والفعلية، وليس كلما وجد عقد صحيح لا بد من أن يوجد مضائفه؛ وهو العقد الفاسد.

ومنها: أنه ليس من شرائط التضائف صحة تواردهما على شيء واحد، فإنَّ العلية والمعلولية من المتضائفين، وليس كل ماصح أن يكون علة صح أن يكون معلولاً كالواجب تعالى شأنه بالاضافة إلى معاليه.

ومنها: أنَّ عدم إتصاف التملك الحقيقي بالفساد ليس لتضائف الفساد وعدم وروده على التملك الحقيقي، بل لأنَّ الفساد عدم ترتب الاثر فيما من شأنه ترتبه عليه، ووجود الملكية ليس أثراً يترقب من إيجاد الملكية، فليس له عدم الملكية.

ومنها: أنَّ عدم إتصافه بالصحة ليس من اجل عدم اتصافه بالفساد، لأنه مع فرض الموضوع وهو التملك الحقيقي ليس هناك أثر ومؤثر حتى يتصف بالصحة، ومع عدم فرض الموضوع لا شيء حتى يتصف بعدم الصحة أي الفساد، لما عرفت من أنَّ هذا العدم من العدم المقابل للملكة، لا من السلب المقابل للإيجاب حتى يصح

السلب مع عدم الموضوع.

ومما ذكرنا من أنَّ تقابلهما بنحو العدم والملكة يتبين أنَّ الواحد لا يمكن أن يتصف بهما، لفرض التقابل لا لفرض التضائف، لما مرَّ في بعض الحواشي^(١) أنَّ طبع التضائف لا يأبى عن الاجتماع؛ إذ ليس كل متضائفين متقابلين، بل قسم خاص من المتضائفين اللذين بينهما تعاند في الوجود لا مجرد التغير في المفهوم، فتدبر في اطراف ما ذكرنا من الكلام فإنَّه حقيق بالتدبر التام.

٤٦- قوله ﷺ: (نعم يمكن أن يقال إنَّ البيع وشبهه... الخ)^(٢).

بيانه: أنَّ البيع لم يوضع للنقل المؤثر شرعاً، حتى لا يصح التمسك بالاطلاق للشك في الموضوع، بل للنقل المؤثر سواء كان مؤثراً بنظر الناقل أو بنظر العرف أو بنظر الشارع.

والسر فيه أنَّ سنخ البيع لما كان في ذاته أمراً يختلف باختلاف الانظار، لتقومه بالاعتبار فلا واقع محفوظ له، إلاَّ الجهة الجامعة المجامعة مع كل نظر واعتبار، غاية الأمر أنَّ المفهوم الوجداني ربَّما يتحقق مطابقه عند خصوص الناقل، وربَّما يتحقق عند العرف أيضاً، وربَّما يتحقق عند الشارع أيضاً، فإذا اخبر الناقل بالبيع فقد أخبر بما حصل في نظره من دون تجوز ولا كذب، من عدم حصوله في نظر العرف أو الشارع، لقبول المفهوم للانطباق على النقل في نظره خارجاً، فلا اختلاف في المفهوم، بل في ثبوت الاثر عرفاً أو شرعاً.

نعم يرد عليه: أنَّ النقل بمعنى حاصل المصدر كما هو صريح كلامه لا يتصف بالصحة والفساد، فلامعنى لتوصيفه بقوله ﷺ صحيحاً مؤثراً، مضافاً إلى ما مرَّ من عدم معقولية النقل بنظر الناقل، فتذكر ما قدمناه^(٣).

(١) تليقة ١٠ قوله (وفيه أولان مورد ...).

(٢) كتاب المكاسب ٨٠ سطر ٣٣.

(٣) تليقة ٣٧ قوله (ومنه تعرف أن ايجاد...).

٤٧- قوله ﷺ: (وَأَمَّا وَجْهٌ تَمَسَّكَ الْعُلَمَاءُ بِإِطْلَاقِ آدِلَةِ الْبَيْعِ... الخ) (١).

ملخص كلامه ﷺ تصحيح التمسك بالاطلاق بوجهين:

احدهما: أَنَّ الْبَيْعَ وَإِنْ كَانَ مَوْضِعاً لِلنَّقْلِ الْمُؤَثِّرِ مِنْ دُونِ خُصُوصِيَّةٍ لِنَظَرِ دُونَ نَظَرٍ كَمَا تَقَدَّمَ (٢) أَنْفَاءً إِلَّا أَنَّ الْخُطَابَاتِ الشَّرْعِيَّةَ حَيْثُ إِنَّهَا أَلْقِيَتْ إِلَى الْعَرَفِ، فَلَا بَدَّ مِنْ حَمَلِهَا عَلَى مَا هُوَ النَّقْلُ الْمُؤَثِّرُ عِنْدَهُمْ، فَالشَّارِعُ فِي مَخَاطَبَاتِهِ كَأَحَدِ أَهْلِ الْعَرَفِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْآخَرِ مِنْهُمْ، فَلَوْ أَرَادَ خِلَافَ مَا عَلَيْهِ الْعَرَفُ لَزِمَ عَلَيْهِ نَصْبُ الْقَرِينَةِ، وَعَلَيْهِ فَيَتَعَيَّنُ النَّقْلُ الْعَرْفِيُّ لِجَمِيعِ الْأَحْكَامِ وَالْآثَارِ الْمُرْتَبَةِ عَلَى النَّقْلِ الشَّرْعِيِّ إِلَّا مَا خَرَجَ بِالذَّلِيلِ.

وهذا التقريب لا دخل له بمسألة تصويب نظر العرف بالاطلاق وتخطئة نظرهم في مورد الاستثناء، كما فهمه غير واحد من اجلة المحشين إذ صريح عبارته ﷺ أَنَّ النقل العرفي هو الموضوع حيث قال ﷺ: (حمل لفظ البيع وشبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف... الخ) ولا واقع للنقل باعتبار العرف إلا نفسه.

ثانيهما: حمل لفظ البيع على انشاء النقل وهو فعل الموجب، وهو الذي اختاره في مقام تعريف البيع، وهو الذي عبر عنه هنا بالمصدر، في قبال السابق المعبر عنه بحاصل المصدر، وعليه فإذا حكم الشارع على انشاء النقل بالحل أو بوجوب الوفاء، مع أنه لولا تأثيره في النقل شرعاً لا حلية ولا وجوب الوفاء، فيعلم من اطلاقه أَنَّ كُلَّ إِشْأَاءِ النَّقْلِ يُوْجِبُ النَّقْلَ شَرْعاً، وَهَذَا أَيْضاً لَا دَخَلَ لَهُ بِالْخُطْبَةِ وَالتَّصْوِيبِ، فَإِنَّ إِشْأَاءَ النَّقْلِ وَاقِعَهُ نَفْسُهُ بِالضَّرُورَةِ، وَلَا وَاقِعَ آخَرَ لَهُ حَتَّى يَصِيبَ تَارَةً وَيَخْطَأُ أُخْرَى، نَعَمْ يَشْتَرِكُ الْوَجْهَانِ فِي لُزُومِ التَّخْصِيسِ الْحَقِيقِيِّ فِي مَوَارِدِ الْإِسْتِثْنَاءِ؛ لِانْحِفَازِ الْمَوْضُوعِ بِحَدِّهِ وَمَعَ ذَلِكَ لَا حَكْمَ لَهُ وَلَا أَثَرَ لَهُ أَحْيَاناً.

(١) كتاب المكاسب ٨١ سطر ١

(٢) تعليقه ٣٧ قوله (ومنه تعرف ان ايجاد...)

وهنا وجه آخر لشيخ المحققين عليه السلام في هداية المسترشدين^(١) يبتني على تصويب نظر العرف وتخطئة نظرهم، وحاصله: أنَّ البيع موضوع لما يؤثر في الملكية واقعاً، ونظر العرف والشارع طريق إليه، فإذا كان الشارع في مقام البيان وحكم بحل ما يؤثر في الملكية واقعاً من دون نصب طريق إليه، يعلم من اطلاقه في مقام البيان أنَّ نظر العرف طريق إليه، وأنَّ ما هو محقق للملكية الواقعية في نظرهم محقق لها في نظره، فيكون موارد النهي من باب التخطئة لنظرهم لا من باب التخصيص الحكمي، فإنَّ ما هو مملوك واقعاً واحد ابداً وإنَّ اعتقد العرف تأثير غيره خطأ، إلاَّ أنَّ هذا المبني إنَّما يصح إذا كانت الملكية من المقولات الواقعية حتى يعقل طريقية الانظار إليها. وأما كانت من الاعتبارات الشرعية والعرفية فحقيقتها وواقعيتها متقومة بالاعتبار، فالملكية الاعتبارية العرفية موجودة حقيقة لا تخلف لها ولا خطأ عنها، كما فضلنا القول فيه في محله^(٢).

ثم إنَّ ما ذكره عليه السلام في المتن من الفرق بين الوجهين بجعل البيع تارة عبارة عن المسبب المعبر عنه بحاصل المصدر، وأخرى عبارة عن المعنى المصدري وهو السبب المعبر عنه بانشاء النقل.

يرد عليه: اولاً: أنَّ المصدر مشتمل عن نسبة ناقصة، وما كان كذلك لا يعقل أنَّ يكون

(١) هداية المسترشدين ١١٥.

وهي للمحقق التقي الشيخ محمد تقي بن رحيم الايوان كفي الاصفهاني .
هاجر أول شبابه الى العراق بعد أن أكمل المباديء والمقدمات حضر في الكاظمية على السيد محسن الاعرجي وفي كربلاء على الوحيد محمد باقر الجبهاني والسيد صاحب الرياض وفي النجف على السيد مهدي بحر العلوم والشيخ الاكبر جعفر كاشف الغطاء ، لازم الاخير زماناً وصاهره على كرمته .
وشيخنا هو ابن الميرزا مهدي الذي عثر بأمر السلطان نادر شاه صحن الامير عليه السلام في النجف وهو أخو الشيخ محمد حسين صاحب الفصول .

أشهر آثاره حاشيته على المعالم سماها (هداية المسترشدين) ولذا اشتهر بصاحب الحاشية ، توفي عليه السلام في يوم الجمعة منتصف شوال سنة ١٢٤٨ هـ .

طبقات أعلام الشيعة في القرن الثالث بعد العشرة ١: ٢١٥ بتصرف

(٢) نهاية الدراية ١: ١٣٦ - مؤسسة آل البيت .

مبدءً لمشتقات البيع؛ لتقابل النسب، فمن يرى وضع لفظ البيع لمقام السبب لا بد من أن يجعله للنقل الانشائي، والتملك الانشائي - المعبر عنه بايجاد الملكية - إنشاءً بلحاظه مجرداً عن النسبة المصدرية، فليس الفرق بين السبب والمسبب بكون الاول معنى مصدرياً والآخر حاصل المصدر المعبر عنه باسم المصدر، بل لا بد من أن يكون المعنى على أي تقدير حاصل المصدر.

وثانياً؛ أنه مبني على أن النقل الاعتباري هو النقل الانشائي، وإنَّ الانشاء مصدر وسبب والمعنى المنشئ حاصل ومسبب، وقد مرَّ^(١) أنَّ الانشاء كالاخبار من وجوه استعمال اللفظ في معناه وإنَّ كان لغواً، والنقل الاعتباري لا يعقل انفكاك إيجاده عن وجوده، ولازمه حدوث النقل الاعتباري بمجرد انشائه كائناً ما كان، فيكون نفوذه لازم وجوده، مع أنه لا إشكال في اتصاف إنشاء النقل بالصحة والفساد.

وأماً بناءً على إثنينية النقل الاعتباري والنقل الانشائي فليس الاول بالنسبة إلى الثاني كاسم المصدر وحاصله بالاضافة إلى المعنى المصدر، بل لكل منهما مصدر وحاصل المصدر، والتفصيبي عن ذلك كله بتوسعة النقل الاعتباري للنقل في نظر الناقل، قد علمت^(٢) فساده سابقاً فلا نعيد.

ثم إنَّ المعروف في باب التمسك باطلاق أدلة البيع بأنه إنَّ كان موضوعاً للسبب صح اطلاقه بجميع أنحاء، وأماً إنَّ كان موضوعاً للمسبب فامضائه وتقريره أجنبي عن امضاء أسبابه وتقريرها، فكيف يستدل باطلاق دليل المسبب لتصحيح السبب. وتصحيحه بما علم من بناء المصنف^(٣) من الفرق بين السبب والمسبب بالمصدر وحاصله، وأنَّ إيجاد الملكية متحد مع وجودها بالذات ويختلف معه بالاعتبار، ومع هذا الاتحاد يكون إمضاء المسمى بالمسبب إمضاء للمسمى بالسبب، فليس حال السبب والمسبب هنا كغيره من الاثنينية بين السبب والمسبب المانعة من كون إمضاء أحدهما إمضاءً للآخر.

(١) تعليقة ٣٧ قوله (منها أنه قد حقق...)

(٢) تعليقة ٤٦

مندفع: بما علمت^(١) من فساد المبنى من وجوه شتى.

والتحقيق: أنَّ لسان الأدلة الشرعية تارة لسان الامضاء وأنه للشارع اعتبار الملكية بالعرض كما للعرف، وأخرى لسان ترتيب الحكم الذي لازمه الامضاء.

فإنَّ كان الاول فلا محالة يكون موضوع القضية هو النقل العرفي، فإنَّ اعتبار النقل شرعاً لا بد من أن يكون باعتباره عرفاً حتى يعقل عنوان الامضاء، ومن البين أنَّ طبيعي النقل العرفي باعتبار اصناف اسبابه له حصص كل منها ملزمة لصنف من طبيعي السبب، فمقتضى إمضاء طبيعي النقل العرفي لجميع حصصه إمضاء السبب المحصص بجميع أطواره، فعلى طبق كل حصة عرفاً حصة شرعاً.

وإنَّ كان الثاني فيمناسبة الحكم والموضوع ليس موضوع جواز التصرف تكليفاً ووضعاً إلاَّ النقل الشرعي والتملك الشرعي، وهو غير قابل للتوسعة والتضييق فلا يعقل فيه الاطلاق الكلامي، نعم يعقل فيه الاطلاق المقامي، بمعنى أنه إذا كان الشارع في مقام ترتيب الأثر على النقل الشرعي - الذي يختلف وجوداً وعدمياً بوجود محققه شرعاً وعدمه - ومع ذلك لم يعين له محققاً خاصاً، يعلم منه أنَّ كل ما هو محقق له عرفاً فهو محقق له شرعاً، وموارد الاستثناء من باب التخصيص في التلازم المستفاد من اطلاق المقام، لا أنَّه تخصيص في الحكم مع بقاء موضوعه بحده، ولا أنَّه من باب الاختلاف في المفهوم، ولا من باب التخطئة في النظر كما عليه غير واحد من اهل النظر، ولعلنا نتكلم إن شاء الله تعالى فيما بعد بما يزيد به المقصود وضوحاً والله المسدد.



(١) ماتقدم في نفس التعليقة عند قوله (ثم ان ما ذكره...)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي جعلنا من عباده المخلصين

الذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

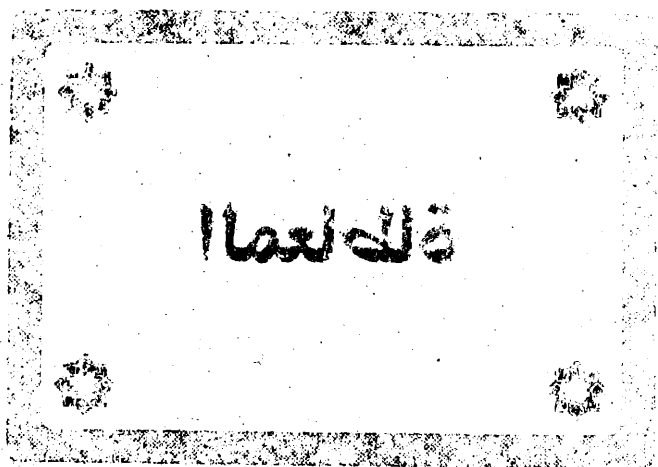
والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

والذين هم خير خلق الله على وجه الارض

المعاطاة





٤٨- قوله ﷺ: (أَنْ يُعْطِيَ كُلَّ مِنْ اثْنَيْنِ عَوْضًا عَمَّا يَأْخُذُهُ... الخ) (١).

فيه مسامحة واضحة، إذ المعاوضة التي يمكن أَنْ تصح بيعاً لا يعقل أَنْ يكون كلا طرفيها إعطاء بعنوان العوضيّة، بل لا بد من أَنْ يكون احد طرفيها إعطاء بعوض، لا كلاً من طرفيها إعطاء عوضاً، ولا إعطاء بعوض والمقصود واضح.

٤٩- وقوله ﷺ: (ويرد الاول بامتناع خلو الدافع... الخ) (٢).

وعن بعض أجلة تلامذته رحمهم الله في كتاب الاجارة مالفظة: (ويمكن دفعه بأنّ الفعل في المقام كاللفظ في العقود، وقد يكون مسلوب المعنى، نعم لا بد في الفعل الاختياري من غرض، فإذا كان هو محض التوصل إلى الآخر تمّ الغرض (٣) انتهى. وفيه: أنّ مثله خارج عن تصوّر صور التعاطي المعاملي، فلا يقاس بتسليط الغاصب القاهر خارجاً لدفع شره، فإنّه لا مبيح ولا مملّك فليس تسليطاً معاملياً اعتبارياً. نعم ظاهر الجواهر (٤) بملاحظة تمام اطراف كلامه، أنّ المقصود هو التسليط المطلق الذي نتيجته الاباحة المالكية، فإنّ فصلها هو امر عديم؛ وهو عدم قصد قطع إضافة الملك عن نفسه، فالتسليط المتقيد بهذا الفصل العدمي تسليط إباحي، فلا يلزم محذور امتناع وجود الجنس بلا فصل، فالاباحة تارة تقصد بعنوانها وهي الصورة الاولى، وأخرى تتحقق بقصد التسليط مع عدم قصد قطع إضافة الملك عن نفسه، فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٨١ سطر ٤.

(٢) كتاب المكاسب ٨١ سطر ٦.

(٣) كتاب الاجارة ٥.

(٤) جواهر الكلام ٢١٧:٢٢ وما بعدها.

إلّا أنّ التسليط المطلق ليس جنساً للتملك والاباحة، حتى يتفصل تارة بأمراً وجودي وأخرى بأمراً عدمي، بل التسليط لازم أعم للتملك ولإنشاء الترخيص، فيتخصص بالاباحة لمكان عدم قطع إضافة الملك عن نفسه، فحديث وجود الجنس بلا فصل أجنبي عما نحن فيه بالكلية، فتدبر جيداً.

٥٠- قوله ﷺ: (ولابد أولاً من ملاحظة أنّ النزاع... الخ) (١).

ربّما يقال: إنّ المعاطاة الجارية بين الناس لا إنشاء ولا تسبب فيها إلى شيء من الملكية والاباحة، وإنّ محل الكلام بين الخاصة والعامة هو أنّ الخاصة يقولون بحصر انعقاد البيع في الإيجاب والقبول؛ سواء كان بالقول أو بغيره، والعامة يقولون بانعقاده بمجرد التعاطي الخالي عن الإنشاء كما ينعقد بالإنشاء، وأنّ المعاطاة مع ذلك تفيد الملكية، لانزاع حقيقتها وهي الجدة عن مجرد استيلاء كل من الطرفين على كل من العينين، وأنّ مرادهم بالاباحة هو الملك المتزلزل، وعمدة ما اعتمده في ذلك أنّ المعاطاة الجارية بين الناس لا إنشاء فيها، كالتبايض الواقع بعد الصبغة، ومحل الكلام هذه المعاملة الجارية بين الناس، واستشهد لمرامه بفقرات من كلام الشيخ في الخلاف (٢) وكلام الحلبي في السرائر (٣).

(١) كتاب المكاسب ٨١ سطر ١٠

(٢) الخلاف ٤١:٣ مسألة ٥٩

وهو للشيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي.

ولد في طوس في شهر رمضان سنة ٥٣٨٥ هـ ودرس فيها، ثم نزل بغداد وحضر درس الشيخ المفيد ولازم السيد المرتضى، ولما توفي السيد استقل بالتدريس آلت له الرئاسة، ثم هاجر النجف بعد فتنه السلاجقة. له كتب منها الاستبصار والتهذيب والمبسوط والخلاف والتبيان وغيرهم، توفي ﷺ في النجف الاشراف ليلة ٢٢ محرم سنة ٥٤٦٠ هـ

أعيان الشيعة ١٥٩:٩ بتصرف.

(٣) السرائر ٢: ٢٥٠

وهو للشيخ محمد بن منصور بن أحمد بن ادريس الحلبي، المشهور بابن ادريس.

ولد حدود سنة ٥٥٤٣ هـ له عدة مؤلفات منها السرائر والحقه بمسئرفاته، الحاوي لتمرير الفتاوي، توفي ﷺ

منها قوله: (إعطني بها بقلأ أو ماءً فاعطاه، فإنَّ الاعطاء بعنوان العمل بالاستدعاء لا بعنوان الايجاب^(١))، ومنها قوله: (فإنَّه لا يكون بيعاً^(٢)) فإنَّ ظاهره نفي البيعية حقيقة، وحمله على نفي اللزوم خلاف الظاهر، خصوصاً مع أنَّ اللزوم ليس كالصحة للصلاة بحيث تكون من الاوصاف التي يفقدها يكون الموصوف بحكم العدم، ومنها قوله: (وقال ابوحنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يحصل الايجاب والقبول^(٣))، فإنَّ الايجاب والقبول لا ينحصران في اللفظ، فهو صريح في أنَّ البيع ينعقد وإن لم يكن انشاء إلى غير ذلك من الوجوه الضعيفة التي استشهد بها في المقام وانت خبير بما في الكل.

أمَّا توهم أنَّ إعطاء^(٤) المجرد كالاعطاء بعد الصيغة فهو مسلم بحسب نفس الفعل الخارجي، إلاَّ أنَّ الفعل الخارجي لا يصدر من عاقل غير غافل إلاَّ بعنوان من العناوين^(٥)، فقد يقصد جعل العين عنده وديعة وامانة، وقد يقصد به جعلها عارية، وقد يقصد به تمكين الغير من التصرف فيها عن رضاه فيكون اباحة، وقد يقصد به اخراجها عن ملكه وقطع إضافته عن نفسه وادخالها في ملك المعطي فيكون تمليكاً، ولا نعني بالانشاء والتسبب إلاَّ ذلك.

وأمَّا توهمه: أنَّ الاعطاء بعد الاستدعاء عمل باستدعائه.

فمدفوع؛ بأنَّه لا منافاة بين العمل بالاستدعاء والايجاب، وليس الاعطاء الحقيقي إلاَّ مع صرف نظر المعطي عما يعطي، وأمَّا نفي البيعية في كلامهم فهو صحيح على المشهور القائلين بعدم افادة المعطاة للملك من اول الأمر، وذلك لا ينافي أنَّ التعاطي

❁ في ١٨ شوال سنة ٥٩٨هـ

طبقات اعلام الشيعة ٢: ٢٩٠ بتصرف.

(١) الخلاف ٤١:٣ مسألة ٥٩

(٢) السرائر ٢: ٢٥٠

(٣) الخلاف ٤١:٣ مسألة ٥٩

(٤) يناسب أن يقال (الاعطاء المجرّد..)

(٥) هذا هو الصحيح وفي الاصل (العنوان)

بقصد التسبب إلى الملكية فضلاً عن الإباحة.

وأما عدم انحصار الإيجاب والقبول في اللفظ فهو وإن كان كذلك، إلا أن مرادهم هنا هي الصيغة كما يظهر بالتأمل في كلماتهم وتمثيلهم للإيجاب والقبول بالصيغة، ويكفيك في ذلك ما نقله المصنف رحمته في المتن عن الغنية والشرايع والتذكرة والقواعد، فإن جميعها متطابقة على أن المراد هي الصيغة، وإن الكلام في كفاية الفعل عن القول؛ لا في كفاية غير الانشاء عن الانشاء.

وأما ما توهمه من حصول الملكية بملاحظة استيلائهما خارجاً، فهو مبني على أن الملكية الشرعية والعرفية من المقولات الواقعية لا من الاعتبارات، وسببية الاستيلاء الخارجي للملكية الشرعية غير معلومة فتدبر جيداً.

٥١- قوله رحمته: (الظاهر من الخاصة والعامة هو المعنى الثاني... الخ) ^(١).

لا يخفى عليك أنه لا بد في تحقيق ما اختاره من المعاطاة التي وقعت مورداً للنزاع في حكمها من إثبات امرين:

أحدهما: اتحاد مورد النفي والإثبات، بأن تكون المعاطاة التي رتب عليها الإباحة هي المعاطاة التي نفيت عنها الملكية.

وثانيهما: أن المعاملة الجارية بين الناس بقصد التمليك؛ حتى يقال إن الكلمات ناظرة إلى مثل هذه المعاملة المتداولة.

أما الأول فنقول: أما مجرد نفي الملكية فمن البين أن مورده المعاطاة - التي يقصد بها التمليك البيعي - بقرينة التفريع على اعتبار الصيغة، وذكرها في حيز الشروط، ولغوية نفي الملكية عنها شرعاً لاعتبار الصيغة مع عدم قصد التمليك رأساً كما أفاده في المتن.

وأما الثاني: فالكلمات مختلفة؛ فمن بعضها يظهر أن تلك المعاطاة التي لا تفيد الملكية تفيد الإباحة، ومن بعضها الآخر أن الفعل لا ينعقد به التمليك كالقول، وإنما

ينعقد به الإباحة، فمورد النفي والاثبات وإن كان واحداً من حيث الفعل، إلا أنه في مورد النفي ما قصد به التملك؛ وفي مورد الاثبات ما قصد به الإباحة.

أمَّا الطائفة الأولى فيكفي فيها ما نقله المصنف رحمته في المتن^(١) بما لا مزيد عليه شكر الله سعيه.

وأمَّا الطائفة الثانية فظاهر ما حكى عن الشيخ رحمته في المبسوط بقوله رحمته: (فإذا ثبت ذلك فكلما يجري بين الناس إنما هي استباحات وتراض... الخ)^(٢) أنه استباحة من الناس وتراض منهم بالتصرف، ويستحيل قصد الملك والإباحة من المالك التي هي فرع بقاء الملك، فكأنه دفع لتوهم أن الفعل إذا لم ينعقد به البيع في مورد قصده، فما هذه المعاطاة الجارية بين الناس المجمع على جواز التصرف بها.

فَدَفَعَ التوهم بانه إباحة منهم وتراض منهم بالانتفاع، لا تملك حتى يكون فاسداً غير مسوّغ للتصرف، وذلك ظاهر قوله في الخلاف: (فإنه لا يكون بيعاً وإنما يكون اباحه)^(٣) أي من المتعاطيين أي ليس بيعاً منهما بل اباحه منهما، وكذا ما في الغنية^(٤) وما في الكافي^(٥)، بل ظاهر من نفي عن المعاطاة كونها من العقود الفاسدة أنه ليس بعقد على الملك أصلاً، لا أنه ليس من العقود الفاسدة بقول مطلق، حتى من حيث

(١) كتاب المكاسب ٨١

(٢) المبسوط ٢: ٨٧

(٣) الخلاف ٤١: ٣ مسألة ٥٩

(٤) الغنية ٥٢٤

وهي لحمزة بن علي بن زهرة الحلبي، المعروف بابن زهرة الحلبي

ولد في رمضان سنة ٥١١هـ وتوفي سنة ٥٨٥هـ. له مؤلفات أشهرها غنية الزروع.

طبقات أعلام الشيعة ٢: ٨٨ بتصرف.

(٥) الكافي ٣٥٢

وهو لثقي الدين بن نجم الدين الحلبي المعروف بأبي الصلاح الحلبي

ولد بمحلب سنة ٣٤٧هـ وتتلذذ على يد السيد المرتضى والشيخ الطوسي، ومن تلاميذه ابن البراج.

من مؤلفاته الكافي في أصول الدين وفروعه، التهذيب والبداية وغيرهم، توفي سنة ٤٤٧هـ.

أعيان الشيعة ٣: ٦٣٤ بتصرف.

التأثير في الاباحة.

وأما الثاني: وهو تعيين المعاملة الجارية بين الناس، فقد عرفت أن ظاهر الشيخ رحمته انها استباحة منهم وتراضٍ منهم، لا بعنوان التملك حتى يدخل في العقود الفاسدة التي لا تسوّغ التصرف، خصوصاً بملاحظة أن موردها المحقرات المبنية على التصرف بمجرد الاباحة والتراضي، وإن كانت المعاطاة المتداولة إلى اليوم إنما هي في مقام البيع والشراء، وسيجيء^(١) إن شاء الله تعالى بقية الكلام مما يتعلّق به المقام.

٥٢- قوله رحمته: (وحاصله أن المقصود هو الملك... الخ)^(٢).

هذا هو الذي ألجأ صاحب الجواهر رحمته^(٣) إلى جعل مورد الاباحة هي المعاطاة المقصود بها الاباحة، لثلا يلزم تخلف العقود عن القصود، وعدم الفرق بينها وبين سائر العقود الفاسدة التي لا يتلزمون فيها بجواز التصرف، كما أنه هو الذي ألجأ المحقق الكركي رحمته^(٤) إلى دعوى إرادة الملك المتزلزل من الاباحة؛ لثلا يلزم شيء من المحذورين.

لا يقال: عدم تأثير المعاطاة في بعض مراتب الملك وتأثيرها في بعضها لا يلزم منه تخلف العقد عن القصد، بل ما وقع صدر عن قصد، ولا يجب وقوع كل ما قصد، بتوهم أن للملك مراتب، ملك العين وملك المنفعة وملك الانتفاع، والأخير مساوق للاباحة المالكية.

(١) تعليقة ٥٧.

(٢) كتاب المكاسب ٨٢ سطر ٢٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٢٢٤.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٥٨.

وهو للشيخ نور الدين أو الحسن علي بن الحسين بن عبد العالي العاملي الكركي المعروف بالمحقق الثاني في قبال المحقق الحلي. شيخ محقق مدقق نادرة زمانه حتى عرف بالمحقق الكركي. رحل أول أمره إلى مصر وأخذ عن علمائها بعدما أخذ عن علماء الشام، ثم توجه إلى النجف الاشراف وأقام بها زماناً طويلاً. له عدة مؤلفات أشهرها جامع المقاصد. توفي سنة ٩٤٠هـ وله من العمر ما يزيد على السبعين. أعيان الشيعة ٢٠٨: ٨ بتصرف.

لانا نقول: كون ملك الانتفاع من مراتب الملك حقيقة غير معلوم، بل تسليط على العين للانتفاع بها، بل ربّما يدعى عدم معقوليته نظراً إلى أنّ الانتفاع فعل الغير، ومالك العين لا يملك فعل الغير بوجه حتى يملكه إيّاه، وعلى فرض المعقولية وكونه من مراتب الملك حقيقة، فالبيع ليس تمليكاً بجمع مراتب الملك، بل تمليك العين بمنفعتها، والانتفاع بها مملوك بتبع ملك العين لا بتملك مالها، ولذا لا ريب في أنّ المستعير إذا باع العين لا يؤثر بيعه في ملك الانتفاع، بدعوى أنّه لا يؤثر فيما ليس له، ويؤثر فيما له.

ولو أشكل بأنّ ملك الانتفاع للمستعير لا يتعدى عن محلّه. نقلنا الكلام في العين^(١) المتسأجرة فإنّه لو باعها المستأجر، لا يصح بيعها منه في تمليك المنفعة القابلة للتعدي، وعليه فإذا بطل ملك العين لا متبوع حتى يلحقه تابعه.

نعم إشكال تبعية العقد للقصد إنّما هو في إباحة المالكية، فإنّ المقصود إذا كان هو الملك فعدم ترتبه كما مرّ غير ضائر، إلّا أنّ ترتب الإباحة المالكية الانشائية يوجب وقوع ما لم يقصد، بل الظاهر عدم وصول النوبة إليه، إذ قصد قطع إضافة الملكية عن نفسه مع قصد إباحة ملكه للغير متنافيان، فالإباحة التسببية الانشائية مع قصد التمليك هي في نفسها محال، وأمّا بناء على الإباحة الشرعية فبإباحتها ترتب الحكم على موضوعه، لا باب ترتب الامر الانشائي التسببي على سببه حتى يلزم محذور وقوع ما لم يقصد.

ويمكن دفع الاشكال من الوجهين بما ملخصه: أنّ جواز التصرف شرعاً ليس حكماً ابتدائياً من الشارع حتى يستبعد، ولا من ناحية إنشاء الإباحة حتى يقال بأنّه محال، بل مستند إلى التراضي المنكشف بتسليط كل منهما خارجاً، فلم يترتب أمر عقدي حتى يقال بأنّه لم يقصد؛ وأنّ قصده محال، والفرق بينه وبين العقود الفاسدة أنّ غاية ما يكشف عنه العقد هو انبعائه عن رضی بالتملك العقدي الغير الحاصل

على الفرض، واقباضه بعده باعتبار اعتقاد لزومه عليه، فليس له كشف نوعي عن الرضا باستيلائه، بخلاف التسليط والاستيلاء الغير المسبوق بشيء، فإنه صادر عن كمال الطيب والرضا، وهو الموسَّع لجواز التصرف.

لا يقال: إذا كان تسليطه بعنوان التملك فهو راضٍ باستيلائه المالكى ولم يحصل. لانا نقول: التسبب إلى الملكية لاجل حصول التمكن من التصرف بنحو أوفى وأكمل، فالتملك منبعت عن الرضا بانتفاع كل منهما بالعين، لا الرضا منبعت عنه أو مقيد به، وهذا هو المراد بالرضا الضمني - أي في ضمن رضاه بالتسليط المالكى - . وأما ما عن شيخنا الاستاذ^(١) من التحفظ على عدم تحلّف العقد عن القصد، بدعوى أنّ الملكية مرتبة على المعاطاة بشرط التصرف أو التلف، وفرق بين إلغاء الأثر وترتيب غيره وبين إمضائه بشرط.

فهو وإن كان لطيفاً في نفسه؛ إلا أنني لم أجد من وافقه عليه بجعل التصرف والتلف شرطاً لتأثير المعاطاة، وإن كان حصول الملك قبلهما مشهوراً جمعاً بين القواعد، وحصول الملك قبل التصرف والتلف أمر، ونفوذ المعاطاة الملحوقه بالتصرف والتلف أمر آخر، والجمع بين القواعد لا يقتضي الشرطية بل الملكية فقط.

٥٣ - قوله ﷺ: (والتزامهم حصول الملك مقارناً... الخ)^(٢).

فيه مسامحة حيث إنّه ﷺ ليس هنا بصدد كيفية سببية ملك التصرفات، وإلا فبعض تلك التصرفات لا مانع من مقارنتها للملك كالوطيء، فإنّ اللازم مقارنة الوطيء للملك لثلا يكون وطياً في غير ملك، ومع المقارنة الزمانية لم يقع الوطى في غير الملك، بل إن تحقق الوطى تحقق الملك، والظرفية لا تستدعي السبق الزماني للمظروف، بل مقتضى التضائف بين الظرفية والمظروفية تكافؤهما في القوة والفعلية كما فصلنا القول فيه في باب الفسخ^(٣) بالفعل في كتاب الحيارات.

(١) حاشية الآخوند ١٠

(٢) كتاب المكاسب ٨١ سطر ٢٨

(٣) في الجزء الخامس.

وأما بعض التصرفات الاخر كالعتق والبيع فيستحيل تقارنهما مع الملك، لاستحالة دخول العين في الملك وخروجها رأساً أو إلى ملك الغير في زمان واحد، بل إذا أريد من العتق والبيع ما هو كذلك بالحمل الشائع للزم محذور الدور أيضاً، لتوقف الملك عليهما توقف المسبب على سببه، ولتوقفهما على الملك توقف المشروط على شرطه، فلا بد فيهما من الالتزام بسببية إنشاء البيع أو العتق بجزء منه، أي قبل تمامية الصيغة للتأثير في الملك، لثلا يلزم محذور الدخول والخروج في زمان واحد، ومحذور التوقف من الطرفين، لتوقف الملك على جزء من الانشاء من دون توقف للانشاء بجزئه على الملك، بل الموقوف على الملك أنا ما هو بيع وعتق حقيقة، أو ما هو سبب تام للتأثير وهو تمام الانشاء عقداً أو إيقاعاً، وتمام الكلام في باب الخيارات.

٥٤ - قوله ﷺ: (وما أبعد ما بينه وبين توجيه... الخ)^(١).

سياق العبارة يقتضي حداً وسطاً؛ وليس هو إلا عدم كونه بيعاً شرعاً، فكأن المراد بالأوّل عدم كونه بيعاً حتى عرفاً.

لا يقال: فكيف يجامع قصد النقل والتملك.

لانا نقول: يكفي فيه إنشاء النقل بنظر الناقل، نعم الانصاف أنّ المعاملة الجارية بين الناس إذا كانت بقصد النقل والتملك فلا محالة يكون ناقلاً بنظرهم بما هم أهل العرف، فلا يقاس بانشاء النقل من احدهم على خلاف الطريقة العرفية، فلا يراد من نفي البيعة عنها إلا نفيها شرعاً فلا وسط في البين.

٥٥ - قوله ﷺ: (فكل بيع عنده لازم... الخ)^(٢).

فالبيع المعاطاتي مع قطع النظر عن الخيارات، إمّا لازم وإمّا ليس ببيع، وأما ما صدره بقوله: (شرط اللزوم منحصر في مسقطات... الخ) فهو مستدرك، لأنّ الكلام

(١) كتاب المكاسب ٨٢ سطر ٣٤

(٢) كتاب المكاسب ٨٢ سطر ٣٥

مسوق لنفي اللزوم لاثباته، نعم هذا مناف لما سيجيء^(١) إن شاء الله تعالى منه في باب الملزمات من أن الجواز واللزوم في المعاطاة بمعنى جواز الترادد وعدمه لا جواز الفسخ وعدمه، فلا منافاة بين جواز الترادد وعدم جواز الفسخ، فتدبر.

٥٦ - قوله ﷺ: (صحة انعقاد البيع بالصيغة... الخ)^(٢).

المناسب عدم التقييد بالصيغة لأن توقف انعقاد البيع بالصيغة على الصيغة من الواضحات، ومنه تعرف ما فيما افاد شيخنا الاستاذ^(٣) من كون الايجاب والقبول اللفظيين شرطاً، لا يقتضي كونهما شرطاً لمطلق البيع ولو بالمعاطاة. وذلك لما عرفت من أن اعتبار الصيغة في البيع بالصيغة لغو، لفرض تقومه بالصيغة إلا أن يكون بناء على مسلكه من أن المعاطاة تفيد الملك بشرط التصرف والتلف، فالمراد من الاشتراط أن التمليك الفعلي وهو البيع الفعلي يتوقف على الصيغة دون مطلق التمليك ولو بالاخرة، لكنه كما اشرنا^(٤) إليه حيث أنه مسلك تفرّد به لا يصح حمل كلام القائلين بالاشتراط عليه.

أدلة القول بإفادة المعاطاة الملك

٥٧ - قوله ﷺ: (لا يخلو عن قوة للسيرة المستمرة... الخ)^(٥).

لا حاجة إلى اثبات السيرة من المتشعبة حتى ترمى بعدم المبالاة في الدين، كما سيأتي^(٦) منه ﷺ في رد السيرة، بل يكفي في المقام سيرة العرف والعقلاء في كل ملة ونحلة، فإنها لا تكاد تنكر، والفرق بين السيرتين، أن سيرة المتشعبة إذا ثبتت كانت

(١) كتاب المكاسب ٩١

(٢) كتاب المكاسب ٨٣ سطر ١

(٣) حاشية الآخوند ١٠

(٤) آخر التعليقة ٥٢

(٥) كتاب المكاسب ٨٣ سطر ١٦

(٦) كتاب المكاسب ٨٣ سطر ٢٨

هي بنفسها دليلاً على الحكم، كالأجماع الموجب للحدس القطعي برأي المعصوم، بخلاف سيرة العقلاء فإنها لا حجية لها إلا بعد الامضاء ولو بعدم الردع مع عموم البلوى.

لا يقال: أدلة توقف البيع والعتق والوطي على الملك رادعة.

لأننا نقول: ليست السيرة على جواز هذه التصرفات فيما لا يكون ملكاً وكان مباحاً محضاً، بل السيرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، فلا ينافي توقف تلك التصرفات شرعاً على الملك، نعم لو دل الدليل على عدم جواز التصرفات المزبورة في المأخوذ بالمعاطاة، أو حصر الملك في السبب القولي كان رادعاً وأتى للخصم باثباته.

٥٨- قوله ﷺ: (ويدل عليه أيضاً عموم قوله تعالى: ﴿احل الله البيع﴾^(١)... الخ)^(٢).

حيث إنّه لا موهم لحرمة البيع لا بما هو عمل من الاعمال، ولا بما هو تسبب إلى الملك، فلذا تصدّى ﷺ لصرف التحليل إلى الآثار، لأنّ موجب الصرف توهم أنّ البيع بالحمل الشائع يترتب فهراً على سببه، فلا موقع لتحليله وتحريمه ليجاب عنه بأنّه يكفي في الاختيارية سببه، كما عن شيخنا الاستاذ^(٣) اشكالاً وجواباً، ولذا حكم بعدم تمامية مدعاه ﷺ.

ثم إنّه يستدل بالآية بوجوه:

أحدها: دلالة الآية بالمطابقة على الصحة، نظراً إلى أنّ الحلية أمر يناسب التكليف والوضع، ولذا ورد في باب الصلاة (حلت الصلاة فيه)^(٤) أي جازت ووقعت في

(١) البقرة آية ٢٧٥

(٢) كتاب المكاسب ٨٣ سطر ١٧

(٣) حاشية الآخوند ١١

(٤) وسائل الشيعة باب ١٤ من أبواب لباس المصلي ح ٤ وهي عن محمد بن عبد الجبار قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله هل يصل في قلنسوة عليها وبر ما لا يؤكل لحمه أو تكة حرير محض أو تكة من وبر الأرنب؟ فكتب: لا تحل الصلاة في الحرير المحض وإن كان الوبر ذكياً حلت الصلاة فيه إن شاء الله.

محلها، فالحلية منسوبة إلى نفس البيع بما هو تسبب إلى الملكية، والمراد - والله اعلم - أنه تعالى أحله محله وأقره مقره ولم يجعله كالعقار بحكم العدم.

وأما جعله من الحَلِّ في قبالة الشد - بمعنى أنه لم يصد عنه وجعله مرخى العنان في تأثيره - فغير وجيه، لأنَّ الحَلَّ في قبالة الشد يتعدى بنفسه، بخلاف أحلَّ من الحلول، والمراد من دلالة الآية بالمطابقة في كلامه وجعله محل التأمل هذا الوجه، الذي مرجعه إلى إرادة الوضع من الحلية دون التكليف.

ثانيها: دلالة الآية بالملازمة شرعاً بين جواز التصرفات - حتى الموقوفة على الملك - وتأثير المعاطاة في الملك شرعاً، وهذا الوجه هو الوجه الأول في كلامه ومورد نقضه وإبرامه، من حيث عدم اقتضاء حلية التصرفات للملك من أول الأمر.

ثالثها: دلالة الآية بالملازمة العرفية على صحة المعاطاة، وإفادتها للملك من أول الأمر، وهذا هو الوجه الأخير الذي ركن إليه ﷺ.

وتقريبه: أنَّ إباحة التصرفات تقع على نحوين:

أحدهما: مجرد تحليل التصرفات الموقوفة على الملك، وهذا لا يلزم عرفاً صحة المعاطاة بيعاً من أول الأمر.

ثانيهما: تحليل التصرفات المترتبة على البيع بما هو معاملة يتسبب بها^(١) إلى الملك، ومرجعه إلى تحليل الأكل بهذا السبب، فيدل بالالتزام عرفاً على أنَّ سبب الحل هي المعاطاة البيعية.

فمقتضى الوجه الأول هو مجرد الاشتراك في آثار البيع دون هذا الوجه، فإنَّ مقتضاه ترتيب آثار البيع، فيدل على أنه بيع يقتضى ترتيب آثاره عليه، فيكون بيعاً صحيحاً من حين انعقاد المعاطاة، للدليل على سببها لتحليل آثار البيع.

وأما دعوى: التلازم العرفي على فرض تعلق الحلية التكليفية بنفس البيع، كما ادعى في مسألة دلالة النهي التحريمي المولوي المتعلق بالمعاملة على فساده، مع الاعتراف بعدم المنافاة عقلاً للمبغوضية المولوية مع نفوذ السبب أو وجود

(١) هذا هو الصحيح وفي الاصل (فيها)

المسبب، فلا برهان عليه ولا موجب له كما بيناه في مبحث النهي عن^(١) المعاملة، ولا مقتضي لحمل كلامه ﷺ هنا عليه، مع وجود المقتضي الصحيح المجامع مع الحلية التكليفية.

ثم اعلم أنَّ المراد بالبيع إنَّ كان هو التملك الانشائي - أعني مقام السبب فالحلية الوضعية تام الدلالة على نفوذ التملك الانشائي بأي سبب كان باطلاق الكلام، وإنَّ كان هو التملك الحقيقي - أعني مقام المسبب - فالمراد من الحلية الوضعية اقراره في مقره واحلاله في محله، بمعنى أنَّ للشارع هذا الاعتبار كما للعرف، في قبال الربا الذي هو بحكم العدم في نظر الشارع.

وحينئذ يشكل دعوى الاطلاق بحيث يجدي لنفوذ كل سبب؛ نظراً إلى أنَّ السبب ليس من شؤون المسبب واحواله، كيف والسبب مقدّم على المسبب فكيف يكون من حالاته المتأخرة عنه، وليس السبب منوعاً ولا مصنفاً ولا مفرداً للمسبب حتى يتمسك بعمومه الافرادي إطلافاً، لاندراج النوع والصفة والفرد تحت الجنس أو النوع أو الصنف، ولا يعقل اندراج المسبب تحت السبب؛ ولا كونه قيماً له.

ويندفع؛ بأنَّ اندراج النوع تحت الجنس والصفة، والفرد تحت النوع باعتبار وجود حصة من طبيعي الحيوان مثلاً في الانسان، ووجود حصة من طبيعي الانسان في الرومي وفي زيد، وإلا فال مفهوم الواحد لا ينتزع عن المتعدد بجهات التخالف، بل بجهة الوحدة.

وعليه فإنَّ طبيعي التملك الحاصل من الصيغة حصة من الطبيعي اللابشرط، والتملك الحاصل بالمعاطاة حصة أخرى منه، واندراج ذوات الحصص تحت الطبيعي مما لا ريب فيه، فلم يلزم اندراج السبب تحت المسبب، بل اندراج حصص المسبب تحت طبيعيه، فإذا أطلق التملك ولم يقيده بحصة خاصة كان الاطلاق دليلاً على عدم تقييده بها، فيكون حليته ووقوعه في محله ملازماً لتأثير سببه ومحققه، هذا إذا كان المراد من المسبب هو النقل العرفي؛ والتملك العرفي فامضائه

ملازم لامضاء سببه.

وأما إذا كان المراد منه هو النقل الشرعي، فلا بد من صرف الحل إلى تحليل آثار النقل الشرعي بمحققاته العرفية من حيث اطلاق المقام كما مرت الإشارة إليه^(١)، وإنما قلنا بلزوم الصرف لأنَّ الحل الوضعي - وهو اقراره في محله - لا يعقل إلا باعتبار إقرار النقل العرفي في محله، فيكون إمضاء له شرعاً، إذ لا معنى لاقرار البيع الشرعي في محله؛ فإنه لغو، فإنَّ فرض الموضوع فرض المحمول، فلا يتصور حينئذ موضوع ومحمول، فتدبره فإنه حقيق به.

وأما منع الاطلاق بما يشترك معه سائر الاطلاقات، وأنه في مقام التشريع فقط فهو في مقام تحليل البيع في قبال تحريم الربا من دون نظر إلى شيء آخر. فمخدوش: باشتهار التمسك به من علماء الاسلام في موارد الشك، بل يظهر من بعض الاخبار أنه أمر مسلم مفروغ عنه، كما في الفقيه بسنده عن عمر بن يزيد قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: (جعلت فداك إنَّ الناس يزعمون أنَّ الربح على المضطر حرام وهو من الربا؟ قال عليه السلام: وهل رأيت احداً يشتري غنياً أو فقيراً إلا من ضرورة؟! يا عمر قد احل الله البيع وحرم الربا، فابح ولا تربه. قلت: وما الربا؟ قال عليه السلام: دراهم بدراهم مثلين بمثل^(٢)) والظاهر أنه إشارة إلى الآية الشريفة، وليس الربح على المضطر بأظهر ولا بأغلب من المعاطاة ليمنع عن شمولها باطلاقها فتدبر.

٥٩- قوله عليه السلام: (وأما قوله (الناس مسلطون على اموالهم)^(٣)... الخ)^(٤).

توضيح المقام يستدعي بسطاً من الكلام حتى يكون اصلاً ينتفع به في غير مقام، فنقول وبالله الاعتصام:

ظاهر كلامه عليه السلام أنَّ حقايق المعاملات انواع السلطنة، مع أنَّ السلطنة ليست إلاَّ

(١) تعليقة ٤٧

(٢) وسائل الشيعة باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح ١.

(٣) بحار الانوار ٢: ٢٧٢، عوالي الآلي ١: ٢٢٢.

(٤) كتاب المكاسب ٨٣ سطر ٢٠.

القدرة على التصرفات المعاملية هنا؛ المتحققة بترخيص الشارع تكليفاً ووضعا، فيتحقق بالترخيص تكليفاً القدرة على إيجادها بما هي عمل من الاعمال، وبالترخيص وضعا وإنفاذا ما يتصدى له ذو المال القدرة على المعاملة بما هي معاملة مؤثرة في مضمونها، فالتصرفات متعلقات السلطنة لا عينها وانواعها.

نعم السلطنة على البيع - باعتبار تخصصها بمتعلقها - حصة من طبيعي السلطنة؛ وحيث عرفت^(١) أنَّ البيع المتحقق بالمعاطاة حصة من طبيعي البيع، فالسلطنة على هذه الحصة حصة من طبيعي السلطنة، فلا يكون الاطلاق بلحاظ الكم فقط، بل يتضمن الاطلاق بلحاظ الكيف أيضاً، لما عرفت^(٢) من أنَّ السلطنة تشتزع بلحاظ الترخيص التكليفي والوضعي معاً، بل الثاني أقوى الجهتين وأظهر الحثيتين في المعاملات.

فإذا كان الشارع في مقام الترخيص التكليفي والوضعي لذي المال - وهو المحقق لحقيقة السلطنة - فلا محالة تكون الاسباب إمّا ملحوظة إبتداءً وبنفسها، أو بتبع لحاظ المسببات المفروضة حصصاً، وبهذا الاعتبار لها نفوذ ومضي، كما هو مقتضى عبارته ﷺ (ثابتة للمالك وماضية في حقه شرعاً) ولا مضي ولا نفوذ إلاً بملاحظة الاسباب، ولو من حيث القيدية المحصصة للتملك والمحصصة للسلطنة، والظاهر من هذا الكلام جعل السلطنة بالترخيص تكليفاً ووضعا، لا مجرد الاخبار بأنَّ الناس مسلطون على اموالهم باسبابه الشرعية، فإنه لا يتضمن شيئاً يكون الشارع في مقام جعله وإيجاده تشريعاً، ولا معنى لأنَّ يكون هذا الكلام مسوقاً لاثبات حقايق المعاملات للمالك في قبال عدمها، فإنه أجنبي عن عنوان السلطنة المتقومّة بالترخيص تكليفاً ووضعا، فليس حاله حال قوله تعالى: ﴿احل الله البيع﴾ بمعنى أقره في مقره ولم يجعل البيع بحكم العدم، لتعلق الاحلال بنفس البيع، فاثبات البيع تشريعاً أمر، واثبات السلطنة عليه أمر آخر، فتدبر.

(١) تعليقة ٥٨ قوله (وعليه فان طبيعي...)

(٢) في نفس التعليقة

وأما ما عن شيخنا العلامة الاستاذ^(١) في غير مورد بأن دليل السلطنة مسوق لعدم حجر المالك عن التصرف في ماله، لا في مقام إثبات السلطنة بانحائها كما قلنا حتى يتمسك باطلاقها.

فتوضيح الحال فيه يتوقف على بيان أمر: وهو أن عدم نفوذ التصرف تارة لعدم الملك، وأخرى لعدم مشروعية اصل التصرف كغير البيع ونحوه من المعاملات المتداولة، وثالثة لعدم نفوذ السبب شرعاً كالمنابذة واللامسة والمعاطة عند من لا يراها سبباً شرعاً، ورابعة لوجود مانع كسفه أو صغر أو جنون أو فلس، مع وجود الملكية ومشروعية المعاملة ومشروعية السبب كالصيغة المستجمعة للشرائط.

إذا عرفت ذلك فنقول: إن ظاهر قوله ﷺ: (الناس مسلطون على اموالهم) ثبوت السلطنة لهم من حيث إضافة المال إليهم، والحكم بالمقتضي - استناداً إلى ثبوت مقتضيه، إما اقتضاءً وإما فعلاً لعدم المانع - معقول، إلا أن الحكم بعدم المانع استناداً إلى ثبوت المقتضي غير معقول، فلا معنى لحمل دليل السلطنة على أن المالك غير محجور، في قبال المحجور بأسبابه؛ مع عدم استناد عدم المحجورية على ثبوت المقتضي وهو كون المال له، بل عدم المحجورية مستنداً إلى عدم ثبوت مانع غير الاسباب الموجبة للحجر شرعاً، فتدبره فإنه حقيق به.

شبهات علمية

ثم إن هنا شبهات من جهة تفرع السلطنة على الملكية لا بأس بايرادها ودفعها تشحيذاً للاذهان والله المستعان.

منها: أن السلطنة - لمكان معلوليتها للملكية - متأخرة عنها طبعاً، فعن عدمها البديل كذلك، فكيف يعقل أن تكون السلطنة علة لزوال الملكية بالعتق أو النقل إلى الغير، للزوم تقدم المتأخر بالطبع نظير ما ذكره شيخنا الاستاذ - في بحث الضد^(٢) - أن

(١) حاشية الآخوند ١٢ .

(٢) كفاية الاصول ١٦١ - مؤسسة النشر الاسلامي .

وجود الضد لا تقدّم له على وجود ضده ، فكذا عدمه البديل له لا تقدم له على وجود ضده، فكيف يكون عدم الضد شرطاً لوجود ضده ؟!

والجواب: ما ذكرناه^(١) في مبحث الضد من أنّ التقدّم والتأخّر لا يكونان إلا بملاك، مثلاً إذا كان وجود شيء شرطاً لشيء فوجوده متقدّم طبعاً عليه لمكان الشرطية، وليس عدمه البديل شرطاً حتى يكون له التقدّم الطبيعي، وعليه فتأخّر السلطنة عن الملكية لا يقتضي بوجه تأخّره عن عدمها، لأنّ تأخرها لمكان المعلولية لوجودها؛ ولا معلولية له لعدم الملكية حتى يكون متأخراً عنه طبعاً، بل يستحيل أن يكون وجود الشيء علة لوجود شيء ولعدمه معاً، وبقيّة الكلام يطلب من ذلك المبحث في الاصول.

ومنها: أنّ الملكية علة للسلطنة، فإذا كانت السلطنة علة لزوال الملكية لزم علية الشيء لعدم نفسه بالأخرة، وهو محال.

والجواب أولاً: أنّ الملكية ليست مقتضية للسلطنة؛ بل شرط لتحقيقها بسببها، أمّا أنّها ليست مقتضية لها فلاستحالة ترشح السلطنة من مقام ذات الملكية، فإنّ السلطنة بمعنى القدرة المتحققة بترخيص الشارع تكليفاً ووضعاً أمر متأصل، فكيف يترشح من مقام ذات أمر اعتباري؟! وهي الملكية، مع أنّ القدرة صفة نفسانية قائمة بالمتصرّف، والملكية أمر اعتباري قائم بمعتبرها، مع أنّ المالكية الاعتبارية التسببية القائمة بذات المالك أمر اعتباري، يستحيل ترشح صفة حقيقية أو اعتبارية منها، والمحقق للسلطنة - وهو ترخيص الشارع تكليفاً ووضعاً - أيضاً أمر إنشائي انتزاعي يستحيل ترشح صفة حقيقية أو انتزاعية أو اعتبارية منه، وحيث لم تكن الملكية مقتضية، فلم يلزم ثبوت عدمها بتبع ثبوت علته في مرتبة ذاتها.

وأما إذا كانت الملكية شرطها فلا يلزم منه محذور أصلاً، فإنّ الشرط دخيل في فعلية التأثير والتأثر، ولا مانع من كون الملكية في زمان شرطاً لتأثير سبب في زوالها في زمان آخر، فالملكية المتصلة بزمان البيع شرط لتأثير السبب في زوالها في زمان

متأخر، كما أنَّ إطفاء النار مشروط بوجود النار، ووجودها في زمان شرط لتأثير سبب الاطفاء في عدمها في زمان آخر، ولا يلزم أن يكون الشيء متقدماً بالطبع على نفسه، لأنَّ المتقدم بالطبع بمقتضى الشرطية هو الوجود في زمان، والمتأخر هو العدم في زمان آخر لا العدم البديل له، ولا فرق في عدم إمكان إقتضاء الملكية للسلطنة بين تعلق السلطنة بنقيض ملك المتصرف كما في العتق، أو بضده كما في النقل إلى الغير. بتوهم أنَّ العتق - الذي حقيقته زوال الملكية - لا يمكن أن يكون ناشئاً عن السلطنة المترشحة من ذات الملكية، للزوم كون عدم الشيء في مرتبة ذاته وهو محال ولو في زمانين، بخلاف النقل إلى الغير فإنَّ عدم الملك لازم النقل لا معلول السلطنة ليرد المحذور.

وهو توهم فاسد، إذ كما أنَّ نقيض الشيء لا يمكن أن يكون في مرتبة ذات الشيء كذلك ضده لا يعقل أن يكون في مرتبة ذاته.

وفانياً: أنَّ الملكية وإن فرضت مقتضية للسلطنة، إلا أنَّ السلطنة ليست مقتضية للإزالة أو الضد، بل شرط لتأثير العقد أو الايقاع، فلم يلزم انتهاء كون النقيض أو الضد في مرتبة ذات الشيء، ولا مانع من أن يكون الشيء مقتضياً لما هو شرط تأثير سبب لنقيضه أو ضده في زمان آخر، كالنار المقتضية للاحراق الذي هو شرط تحقق الاطفاء بسببه.

وثالثاً: أنَّ الحق أنَّ الملكية شرط لتحقيق السلطنة بسببها، والسلطنة شرط لتحقيق الضد بسبب العقد أو للنقيض بسبب الايقاع، فلا اقتضاء أصلاً لا للملكية ولا للسلطنة، ولا مانع من شرطية شيء في زمان لشرطية شيء آخر في ضد الشرط الاول أو نقيضه في زمان آخر.

ومنها: أنَّ ظاهر قوله ﷺ: (الناس مسلطون على أموالهم) انحفاظ الاضافة إلى المال حال السلطنة على التصرفات، وهذا الظاهر غير محفوظ إلا في التصرفات المباشرة الغير المزيلة للموضوع، لا التصرفات المعاملية، فينبغي حملها على تلك التصرفات الغير المنافية لبقاء الاضافة، ولعله اليه يؤول ما افاده بعض الاعاظم في

كتاب الاجارة حيث قال: (ويضعف أولاً: بأن مقتضى الجمود على الظاهر التسلّط على التصرفات في موضوع المال، واخراج المال عن الملك والمالية الثابتة للمالك ليس تصرفاً في المال... الخ)^(١).

والجواب: بأن انحفاظ الاضافة حال السلطنة أمر، وانحفاظها حال التصرف أمر آخر، والذي هو ظاهر دليل السلطنة ثبوت الاضافة في حال السلطنة، لا في حال التصرف لترتب السلطنة على المال المضاف اليهم، والملكية موجودة حال القدرة على البيع، وباعمال القدرة في البيع تزول الاضافة، وحال إيجاد الملكية للغير حال تأثير القدرة في الارادة الموجبة للفعل، ولا قدرة بعد أعمالها حتى يجب انحفاظ اضافة الملكية معها فتدبر جيداً.

٦٠- قوله ﷺ: (إلا أن يقال أنهما لا تدلان... الخ)^(٢).

ملخص كلامه ﷺ: أن ثبوت الملكية من أول الأمر بمجرد إباحة التصرفات من أول الأمر متوقف على ملازمة شرعية أو عقلية بين الامرين، ولا ملازمة، أمّا الشرعية فإن المشهور يقولون بإباحة جميع التصرفات بمجرد انعقاد المعطاة، ولا يقولون بافادتها الملكية فلا ملازمة شرعية، وأمّا العقلية فالقدر اللازم عقلاً صدور التصرف الموقوف على الملك عن ملكية حال التصرف أو قبله أنا ما، لا من أول الأمر فإنه بلا موجب عقلاً، كما أنه لا موجب له شرعاً.

ويمكن أن يقال: إن إباحة التصرف عند انعقاد المعاطاة لا تدور مدار فعلية التصرف، فالإباحة من أول الأمر مع عدم الملك من أول الأمر مرجعها إلى ترخيص الوطي لغير المالك، وهو مضاد لحرمة الوطيء على غير المالك، وفرض إباحة الوطيء عند صدوره لحصول الملك عنده، مرجعه إلى صدور الوطيء مباحاً لكونه ملكاً، وهو أجنبي عن فرض الإباحة المطلقة من أول الأمر، لأنها على هذا إباحة مفيدة بالتصرف لتقيد الملك به وهو خلاف مفاد الآية، وهكذا الامر في العتق والبيع

(١) كتاب الاجارة ١٠ - المحجرية

(٢) كتاب المكاسب ٨٣ سطر ٢٤

فكما أنَّهما متوقفان على الملك كذلك جوازهما والترخيص فيهما، وإلَّا لم تكن الإباحة مطلقة بل متقيدة بالتصرف، هكذا افاد شيخنا الاستاذ^(١) على ما هو بيالي. ويندفع: بأنَّ الإباحة وإنَّ لم تكن متقيدة بصدور التصرف كما في جميع موارد الإباحة، إلَّا أنَّ متعلقها هو الوطي المقارن للملك -لفرض كونه مملُكاً- أو مسبقاً به، فالإباحة لم تتعلق بالوطي لغير المالك حال الوطيء، بل تعلقت بالوطيء لغير المالك حال الإباحة، فلاتقييد في الإباحة لفرض ثبوت إباحة الوطيء المقارن للملك من أول الأمر، كما أنَّه ليس مضاداً لتحريم الوطيء لغير المالك، بل إذا فرض أنَّ وطيء المأخوذ بالمعاطاة مملُك^(٢) ومقارن للملك، فتحريم الوطيء ممتنع لامتناع حصول الوطيء في غير الملك من المتعاطيين.

نعم ربَّما يُدعى الملازمة العرفية بين الإباحة المطلقة والملكية، بتقريب أنَّ السلطنة التكليفية على جميع التصرفات كاشفة عرفاً عن ملك الرقبة، وإنَّ الملكية وإنَّ كانت تنفك عن السلطنة التكليفية كما في المحجور، إلَّا أنَّ السلطنة المطلقة لا تنفك عن الملكية عرفاً.

لا يقال: كيف والمشهور من أهل العرف ولم يفهموا هذه الملازمة؛ بل حكموا بالإباحة المطلقة، مع عدم الملكية من أول الأمر.

لانا نقول: حكمهم بالإباحة من جهة الاذن والرضا الضمني أو بالإباحة الشرعية من جهة قيام السيرة، وشيء منهما لا يحقق الملازمة، والكلام في الإباحة المستفادة من الآية الشريفة وهذه هي مورد الملازمة العرفية، وأنَّه يفهم عرفاً من هذه الإباحة المطلقة أنَّها هي المسببة عن الملك، لا الإباحة المحضة الابتدائية مالكية كانت أو شرعية، وعليه فجعل الملكية بجعل الحلية من باب جعل الملزوم بجعل لازمه، فتدبر جيداً.

(١) حاشية الآخوند ١٠ - وزارة الارشاد.

(٢) هكذا في الاصل والصحيح (أو)

٦١- قوله ﷺ: (مدفوعة بأنه وإن لم يثبت... الخ)^(١).

حاصله: أنَّ الملازمة تحتاج إلى دليل، ومجرد عدم الدليل على عدم الملازمة لا يكون دليلاً على الملازمة، حتى يثبت الملكية من أول الأمر بجواز جميع التصرفات بالآية، لامكان القول بجواز جميع التصرفات مع الالتزام بالملكية عند التصرف، حيث لا موجب للالتزام بها من أول الأمر.

استبعاد القول بالاباحة بلزوم تأسيس قواعد جديدة

٦٢- قوله ﷺ: (فإن تبعية العقد للقصد وعدم انفكاكه... الخ)^(٢).

لا يخفى عليك أنَّ التبعية المذكورة تنحل إلى إيجاب وسلب، وهو وقوع ما قصد، وعدم وقوع ما لم يقصد، ومنشأ الأول فرض صحة العقد؛ ولا معنى لصحته إلا ترتب الأثر المقصود، ومنشأ الثاني فرض أصل العقد فإنه متقوم بالقصد؛ فلا يعقل وقوع مضمونه بلا قصد، للزوم الخلف من فرض العقد، كما أنه يلزم الخلف في الأول بلحاظ فرض الصحة، وعليه فعدم تأثير المعاطاة المقصود بها التمليك لعدم الدليل على الصحة فلا خلف.

والتحقيق: أنَّ حديث تبعية العقد للقصد يراد به عدم وقوع ما لم يقصد؛ لا وقوع كل ما قصد، فإنَّ ما هو لازم العقد - بما هو عقد - عدم تأثيره فيما لم يقصد، وأمَّا الأمر الآخر فهو لازم فرض الصحة لا لازم فرض العقد، ولذا لا يشك أحد في أنَّ الحكم بفساد بعض العقود ليس منافياً لتبعية العقود للقصد.

وبالجملة: فرق بين تبعية العقد للقصد وبين استتباع العقد لما قصد، حتى يقال بأنه مقصور على مورد يكون شرعاً محكوماً بالصحة، والمعاطاة ليس كذلك.

وأمَّا ترتب الاباحة مع أنَّها غير مقصودة؛ وهو الأمر السلبي أعني عدم وقوع ما لم يقصد، فما أجاب به في المتن من أنه إذا دلَّ دليل على ترتبه حكم به وإن لم يقصد،

(١) كتاب المكاسب ٨٣ سطر ٣٢

(٢) كتاب المكاسب ٨٤ سطر ١٥

فهو بظاهره التزام منه بجواز التخلف وعدم التبعية، مع إته كما عرفت^(١) عقلي ولا مجال لقصر التبعية على الايجاب فقط، مع أنَّ السلب أوفق بالعبارة وعقلية التبعية فيه.

بل الجواب ما مرَّ سابقاً^(٢) من أنَّ الاباحة ليست انشائية؛ لاستحالتها مع التسبب إلى الملكية، بل إمّا من جهة الرضا الضمني أو حكم شرعي محض، وشيء منها ليس تسببياً بالعقد ولا مضمونه، حتى يقال وقع بالعقد ما لم يقصد، بل لو فرض إمكان الاباحة المالكية الضمنية بالمعطاة مع فرض قصد التمليك فهي غير موجبة للتخلف، لأنَّ المفروض أنَّ الواقع مما قصد ضمناً إلاَّ أنَّ اصل الفرض محال كما مرَّ^(٣).

٦٣- قوله ﷺ: (وثانياً إنَّ تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير... الخ)^(٤).

غرضه ﷺ ليس إمكان التخلف؛ لأنَّ التخلف مستحيل عقلاً، لأنه غير سائغ شرعاً حتى يجوز أحياناً بحكم الشارع، بل غرضه ﷺ أنَّ مثل ترتيب الاباحة مع عدم قصدها إنَّ كان تخلفاً فمثله كثير، فغرضه النقض بعد الحل، فكما لا تخلف حقيقة في هذه الموارد بل بحسب الصورة، فكذا فيما نحن فيه.
أمّا موارد التخلف:

فمنها: الحكم بالضمان بالبدل الواقعي المرتب على العقد الفاسد، بحيث نسب إليه^(٥) في ما اشتهر من أنَّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده - كقولهم هنا بأنَّ المعاطاة تفيد الاباحة - مع أنَّ المقصود هو التضمنين بالمسمى.
ويندفع: بعد معلومية المسامحة في امثال هذه التعبيرات، أنَّ ترتب الضمان على

(١) في نفس التعليقة.

(٢) تعليقة ٥٢

(٣) تعليقة ٥٢

(٤) كتاب المكاسب ٨٤ سطر ١٨

(٥) أي العقد فعلي هذا حتى يكون منسوباً بالضمان للعقد حق العبارة أن يقال (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) بالتشديد.

العقد الفاسد كترتب الاباحة شرعاً من باب ترتب الحكم على موضوعه، لا من باب ترتب المسبب على سببه، بل لو فرض أنَّ بابه باب ترتب المسبب على سببه فهو مغاير لترتيب الامر التسبيبي على ما يتسبب إليه، والأمر العقدي القصدي الذي لا بد من أن يكون على فرض وقوعه قصدياً هو الثاني دون الأول، إذ لا دليل عقلاً على أنَّ كل مسبب يترتب على سبب عقدي قصدي، فضلاً عما إذا كان مثل نسبة الحكم إلى موضوعه. مضافاً إلى أنَّ الضمان بواسطة اليد لا بالعقد الفاسد، ولو فرض أنَّه بالاقدام وأريد منه الاقدام المعاملي العقدي - فهو عند القائل به من حيث الاقدام على طبيعي الضمان في ضمن الاقدام على ضمان خاص، ونفي الخصوصية لا يوجب نفي أصله، فالواقع مقصود ضمناً لا أنَّه غير مقصود، وسيجيء إن شاء الله تعالى تمام الكلام فيه في محله^(١).

ومنها: العقد المشروط بشرط فاسد؛ فإنَّ الشرط الفاسد غير مفسد عند كثير من المحققين، مع أنَّ المقصود هو المقيد ولم يقع والواقع غير مقصود. ويندفع: بأنَّه عند غير واحد من القائلين به من باب تعدد المطلوب، وأنَّ كلاً^(٢) منهما - أي المقيد والمجرد - مطلوب، فتأثير العقد فيما هو مضمونه بذاته - دون ما هو مضمونه بقيدته - ليس من باب وقوع ما لم يقصد، ولكننا قد ذكرنا ما هو التحقيق فيه في باب الشروط فراجع^(٣).

ومنها: بيع ما يملك وما لا يملك، بملاحظة تعلق القصد بملك الكل دون البعض، ولذا لا يشك في أنَّه بيع واحد لا ببوع متعددة، فما هو مقصود من هذا البيع الواحد لم يقع وما وقع بهذا البيع الواحد غير مقصود.

ويندفع: بما فصلنا القول فيه في محله^(٤)، ملخصه أنَّ البيع الانشائي وإن كان واحداً

(١) في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد - تعليقة ١٨٤ وما بعدها.

(٢) هذا هو الصحيح، وفي الأصل (كل).

(٣) ح ٥ تعليقة ٩٣، وما بعدها.

(٤) في مسألة بيع ما يملك وما لا يملك - ح ٢ تعليقة ٣٠٢.

لا يقبل الانكار، إلا أن البيع الحقيقي وهو التمليك واحد بوحدة عمومية لا بوحدة شخصية حقيقية، لوضوح أن التمليك ليس إلا إيجاد الملكية، والايجاد والوجود متحد بالذات ومختلف بالاعتبار، ووجود الملكية من الاضافات المتشخصة بتشخص أطرافها، ويستحيل أن تكون ملكية كل جزء عين ملكية الجزء الآخر، فكما أن الملكية متعددة برهاناً فكذا إيجادها، وليس البيع إلا إيجاد الملكية، بل العقد المعنوي دون الانشائي اللفظي أيضاً متعدد، إذ لا حقيقة للعقد المعنوي - الذي يقبل البقاء والارتفاع والانحلال - إلا القراران المرتبطان، وسنخ القرار سنخ معنى لا يستقل بالتحصل، بل امر تعلقي؛ وهو هنا القراران الواردان على ملكية عين بعوض، فمع تعدد المقوم والمحصّل يستحيل وحدة العقد المعنوي اللبي، وعليه فتأثير عقد وبيع دون آخر ليس من تخلف العقود عن القصود.

ومنها: بيع الغاصب لنفسه، حيث إنّه يقع للمالك مع إجازته مع أنّه غير مقصود. وقد أجاب عنه غير^(١) واحد: بأن حقيقة المبادلة متقومة بالمالين لا بالمالكين، فقصد كونه لنفسه أو لغيره ليس من مقومات حقيقة البيع، فلا وجوده لازم ولا عدمه ضائر، فلا تخلف لما هو مضمون العقد عما يجب قصده في وقوعه، وتمام الكلام في باب بيع الفضول^(٢) وسنبين إن شاء الله هناك أن هذا الجواب غير مقبول بل غير معقول.

ومنها: انقلاب العقد المنقطع دواماً مع ترك ذكر الأجل، مع أن الواقع وهو الدوام - كما نسب إلى المشهور - غير مقصود.

فيندفع: بأنّه إذا نسي التأجيل بعد أن كان بانياً عليه، فلم يقصد حينئذ بالعقد إلا نكاح^(٣) الغير المؤجل، فالواقع مقصود عقدي، وما لم يقع لم يتعلق قصد عقدي به،

(١) حاشية الاشكوري ١٢ سطر ١٧ - ٨٠ سطر ٦، حاشية اليزدي ١٤٢ سطر ١٩، المكاسب والبيع تقريرات الأملي ١: ١٤٥.

(٢) ح ٢ تعليقة ١٠٤.

(٣) الانسب أن يقول (الا نكاح الغير مؤجل).

وإن تعلق به بناء وعزم خارجي.

وأما إذا نسي ذكر الأجل مع قصده في مقام العقد، أو تعمّد الاخلال بذكره مع قصده فهو مورد الاشكال، ومن يقول به حينئذ يرى أنّ النكاح حقيقة واحدة، غاية الامر أنها تارة مؤقتة وأخرى لا مؤقتة، فإذا قصد حقيقة النكاح ولم يحدده في مرحلة العقد، فقد قصد طبيعة النكاح الذي يكفي في وقوعه دائماً عدم توقيته وعدم تحديده في مرحلة التسبب اليه، من دون لزوم قصد الدوام لينافيه قصد التوقيت؛ فيلغو هذا القصد الذي لم يذكر في مرحلة التسبب العقدي القصدي، فالواقع وهو النكاح اللامؤقت مقصود لقصد اصل النكاح وعدم التوقيت. وبالجملة من يقول بالانقلاب مبناه على عدم تخلّف العقد عن القصد، ومن لا يقول به فلا نقض عليه، وتام الكلام في محله.

٦٤- قوله ﷺ: (أما ما ذكره من كون إرادة التصرف... الخ) (١).

إن كان غرض بعض الاساطين ﷺ عدم مساعدة قاعدة لسببية إرادة التصرف أو نفس التصرف للملكية، فما ذكره ﷺ في الجواب - من أنّه مقتضى الجمع بين القواعد - وجيه، إذ لا فرق في كفاية الدليل على السببية بين اقتضاء دليل بالخصوص، واقتضاء الجمع بين الأدلة؛ فالقاعدة المتصيدة من الجمع بين القواعد كافية. وإن كان غرضه ﷺ إن إثبات السببية ولو بالجمع بين القواعد اثبات أمر غريب لا نظيره في الشريعة، فهي قاعدة جديدة؛ ولذا عنون كلامه باستلزام قواعد جديدة، فما أجاب ﷺ به أجنبي عن الاشكال، بل لا بد من اثبات نظيره في الشريعة حتى يخرج عن الغرابة.

وما يترائي أنّه نظيره هو تصرف ذي الخيار أو من له الرجوع - كما في الهبة - لما تسالموا عليه من حصول الفسخ والرجوع بالفعل، إمّا بعنوان السبب أو بعنوان الكاشف عن قصد الفسخ والرجوع على الخلاف المحرر في محله.

(١) كتاب المكاسب ٨٤ سطر ٢٣، وفي الاصل (وأما ما ذكره من لزوم كون ...)

والجواب: أنَّ باب التصرف في الفسخ والرجوع باب الفسخ الذي يقصد بالتصرف أو الرجوع، فهناك إمَّا فعل قصد بنفسه الفسخ مثلاً أو يكشف عن قصد الفسخ، وأمَّا هنا فنفس التصرف مملِّك قهري؛ لا أنَّه به يقصد التملُّك؛ ولا أنَّه كاشف عن قصد التملُّك، فلا يقاس ما نحن فيه بباب الفسخ والرجوع، لعدم دوران حصول الملكية مدار التسبب إليها بنفس التصرف، أو بما هو كاشف عن قصد حصولها، فسببية التصرف وقصده باقية^(١) على غرابتهما، نعم الرجوع في الطلاق - بناء على حصوله بمجرد الاستمتاع ولو لم يقصد به الرجوع - يكون نظيراً لما نحن فيه.

وأما بناءً على ما أفاد شيخنا الاستاذ^(٢) من أنَّ السبب للملكية هي المعاطة بشرط التصرف فلا غرابة، فيكون كبيع الصرف بشرط القبض، إلَّا أنَّه بلا موجب كما مر^(٣)، وعلى فرض صحته يندفع به غرابة شرطية التصرف لا شرطية إرادته، فتدبر.

٦٥ - قوله ﷺ: (وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ مِنْ تَعَلُّقِ الْاِخْتِصَاصِ... الخ) (٤).

توضيح العبارة: أنَّ تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطة مع عدم كونه ملكاً بل مباحاً، وكون حال هذا المباح الخاص حال الأملاك لا مانع منه إلَّا مجرد الاستبعاد، إذ المفروض جواز جميع التصرفات حتى الموقوفة على الملك، وتعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطة.

ودفع هذا الالتزام بمخالفته للسيرة - حيث إنَّ بناء المتسرع على معاملة المأخوذ بالمعاطة معاملة الملك، بحيث لو سئلوا عن وجه تعلق المذكورات به، لاجابوا بأنَّه كسائر الأملاك التي تتعلق بها المذكورات - رجوع إلى الاستدلال بالسيرة على الملك، والمفروض البناء على الاباحة، وأنَّ تأسيس قواعد جديدة يقتضي القول بالملك لا أنَّ السيرة مقتضية له، هذا ما يتوجه في النظر في توضيح المراد من عبارته.

(١) هكذا في الاصل والصحيح (باقيان)

(٢) حاشية الآخوند ١٠

(٣) تعليقة ٥٢ قوله (وأما ما عن شيخنا الاستاذ...)

(٤) كتاب المكاسب ٨٤ سطر ٢٥

وربما يحتمل^(١) وجه آخر وهو أنَّ عدم تعلق المذكورات بما في اليد استبعاد محض، ودعوى قيام السيرة على تعلقها بعدم الالتزام به مخالفة للسيرة، رجوع إلى السيرة فيخصص بها القاعدة المقترضة لعدم تعلقها إلا بالملك.

وانت خبير بأن كاشف الغطاء رحمته الله لم يستبعد عدم التعلق، بل استبعد تعلقها مع عدم الملك، حيث قال رحمته الله: (فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك)^(٢).

ثم أعلم أنَّ مقتضى كلام هذا الفقيه النبيه الوجيه أنَّ تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة أمر مفروغ عنه، ولذا استبعد تعلقها به مع عدم الملك، ولا موجب لكونه مسلماً في الخارج إلا بملاحظة سيرة المتشعبة ومعاملتهم معه معاملة الملك، فلا مناص من أحد أمرين: إمَّا الالتزام بكون المأخوذ ملكاً أو الالتزام بتخصيص تلك الأدلة الدالة على حصر تعلق المذكورات بالملك، ولازمه تأسيس قواعد جديدة على خلاف ظواهر تلك الأدلة، وحينئذٍ لا بد للعامل بالاباحة أمَّا منع حصر المذكورات بالملك، وإمَّا حصول الملك بما لا يتحقق معه أمر غريب آخر زيادة على غرابة مملكية التصرف كما هو المفروض.

فقول: جملة من المذكورات لا تتوقف على الملك كالاستطاعة المتحققة بالبذل والاباحة، وكأداء الدين فيما إذا أذنه^(٣) في أداء دينه بماله، وكالاباحة للانفاق على عياله، فإنَّ شيئاً منها لا يتوقف على الملك، والمفروض كون المال مباحاً له بالاباحة المطلقة، وكذا الغنى المانع عن أخذ الزكاة، فإنَّ من كان واجداً لمؤنة سنته ولو بطريق الاباحة لا يستحق الزكاة كما إذا عاله غيره.

وأما مسألة تعلق الخمس والزكاة فنقول: أمَّا الخمس فلا مورد له في الفرض إلا خمس ربح التجارة وخمس الارض التي اشتراها الذمي من مسلم.

أما خمس ربح التجارة بالمأخوذ بالمعاطاة، فلا محالة يكون حصول الربح مسبوفاً

(١) تعريض بالسيد الزدي راجع حاشيته ٧٢.

(٢) حاشيته على القواعد مخطوطة يراجع جواهر الكلام ٢٢: ٢٢٢.

(٣) هكذا في الاصل والصحيح (أذن له)

بالتكسب والتصرف في المال، فيكون مملّكاً له ولأصله وليس هذا غريب آخر زيادة على غرابة مملّكية التصرف.

وأماً خمس الأرض فما هو المسلم في الخارج عدم سقوطه رأساً، أمّا تعلقه بها قبل التصرف في الأرض فغير معلوم، فليس فيه غريب زائد على ما عرفت، ولا يمكن الالتزام بكون خمس الأرض ملكاً اشاعياً لأربابه مع بقائها على ملك البائع، كما لا معنى للملك الاشاعي في المباح له، مع ظهور دليل الخمس في الملك. وأمّا الزكاة فتعلقها بالاعيان الزكوية مما لا شبهة فيه، غاية الأمر أنّ الفقير شريك للبائع لا للمشتري، مثلاً إذا اشتري ما يبلغ النصاب والمفروض أنّه على ملك البائع، وحال عليه الحول فيما يعتبر فيه^(١) كالنقدين والانعام، فلا محالة يتعلق به الزكاة إلاّ أنّه شريك مع مالكة، ولو فرض أنّ المالك ممن لا يجب عليه الزكاة فلازمه عدم الزكاة، إذ المالك ممن لا يجب عليه والمشتري غير مالك، فيتحقق حينئذ مورد النقض والاستبعاد، هذا بالاضافة إلى تعلق الخمس والزكاة.

وأماً إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة، لمكان ولاية المالك على تعيينه في غير العين المتعلقة بها الخمس والزكاة، فليس فيه اشكال إلاّ مملّكية التصرف، وأمّا إذا أخذهما في ذمته وكانا كسائر الديون، فجواز أداء دينه بمال الغير كما تقدم لا اشكال فيه حتى من حيث مملّكية التصرف، فتدبر.

وأماً الوصية بالمأخوذ بالمعاطاة فالوجه في تخصيص الاشكال به دون البيع والعتق ونحوهما أنّهما مملكان فعلاً، بخلاف الوصية فإنّها لا تؤثر إلاّ بعد الموت الذي لا يكون الموصي قابلاً للملك، مع أنّ الموت شرط مقارن لملك الموصى له، فلا يعقل أن يكون حال الموت المحقق لملك الموصي مؤثراً في ملك الموصى له أيضاً.

ويندفع: بما مرّ^(٢) من أنّ جواز التصرفات الموقوفة على الملك مطلقاً كما يقتضي

(١) أي الحول.

(٢) تعليقة ٦٠.

حصول الملك للمشتري بالمعاطاة قبل تأثير انشاء العتق أو البيع آنأ ما، كذلك الوصية تقتضي حصول الملك للموصى قبل الموت آنأ ما فيؤثر في ملك الموصى له حال الموت، فكيفية تأثير الوصية على حد كيفية تأثير البيع والعتق، وخرابة مملكية الوصية على حد خرابة مملكية البيع والعتق، لا أنّها غريب آخر.

وأما التورث فيمكن أن يقال: إنّ الأخذ بالتعاطي يتحقق له نحو تشبث بالمأخوذ، بحيث يملكه بتصرفه ولا ينحصر الارث في ملك الموروث، بل يقوم الوارث مقام مورثه فيما كان له، ملكاً كان أو حقاً أو استحقاق التملك بالتصرف، لأنّ الوارث يرث الاباحة الشرعية ليقال: إنّ الحكم لا يورث، ولا أنّه يرث الاباحة المالكية ليقال: إنّها تابعة لمقدار انشاء المالك سعة وضيقاتاً.

وبالجملة: كما لا ريب في أنّ المتعاطي له التصرف الموقوف له تملكه بتصرفه، ولا نعني باستحقاق التملك والتشبث بالمال إلاّ هذا المعنى، فهو أمر زائد قطعاً على مجرد جواز التصرف تكليفاً، فتأمل جيداً.

وأما جريان الربا فيمكن أن يقال: إنّ المعاملة التي يملك المال بتصرفه فيه، كالمعاملة التي يملك المال بقبضه، موضوع لهذا الحكم وكذا الشفعة، والله اعلم.

٦٦- قوله ﷺ: (وَأَمَّا كَوْنُ التَّصَرُّفِ مَمْلُكًا لِلْجَانِبِ الْآخَرِ... الخ) (١).

لا يخفى عليك أنّ ما ذكره ﷺ أنفاً من اقتضاء الجمع بين القواعد لمملكية التصرف، لا يقتضي إلاّ مالكية المتصرف تصحيحاً لتصرفه الموقوف على الملك، ولا يكاد يقتضي مالكية غير المتصرف، إلاّ بناءً على ما احتمله شيخنا الاستاذ (٢) من شرطية التصرف لتأثير المعاطاة، فإنّه لا يعقل تأثير المعاطاة - المقصود بها التمليك بعوض - في ملك أحد الطرفين للزوم الخلف، فلا بد على مسلك المصنف ﷺ من ضم قاعدة أخرى إلى القواعد الثلاث المتقدمة لمالكية الطرف الآخر أيضاً.

فنقول: إنّ اعتبار الملكية قبل التصرف أو معه شرعاً، وإن لم يكن بعنوان إمضاء

(١) كتاب المكاسب ٨٤ سطر ٢٦

(٢) حاشية الآخوند ١٠

المعاطاة عند حصول شرطها، إلا أنه لمكان الاذن الضمني في جميع التصرفات، ولذا حكم الشارع بجوازها، فإنه ترخيص على طبق ترخيص المالك لا قهراً عليه، لا بد من أن يكون اعتبار الملكية أيضاً على طبق رضا المالك، ورضاه مقيد بالعوض، فلا بد من كون اعتبار الملكية أيضاً كذلك، لثلا يلزم اخراج المال عن ملك مالكة قهراً عليه ومن دون رضاه، فضم قاعدة - عدم حل المال تكليفاً ووضعاً من دون رضا المالك - إلى القواعد المتقدمة هو الموجب لكون التصرف من جانب مملكاً للجانب الآخر، وعليه فليس فيه غرابة زائدة على غرابة مملكية التصرف، فإن مرجع ما ذكرنا إلى اقتضاء التصرف للملكية بالعوض، كالفسخ بالفعل الذي مقتضاه رجوع كل من المالين إلى صاحبهما.

٦٧ - قوله ﷺ: (وَأَمَّا كُونَ التَّلْفَ مَمْلُكًا لِلْجَانِبِينَ... الخ) (١).

توضيحه: أن المأخوذ بالمعاطاة مع عدم الملك مضمون ببدله الواقعي لمن تلف المال تحت يده رعاية لعموم على اليد، وحيث قام الاجماع أو السيرة على عدم الضمان ببدله الواقعي - وهو المثل والقيمة سواء كان التلف من جانب أو من الجانبين - دار الامر بين امرين: إما كون الاجماع المزبور مخصصاً لعموم على اليد، أو كون المال قبل التلف أنما ما ملكاً لذي اليد ليبقى العموم على حاله، فمقتضى تقدم التخصص على التخصيص - حفظاً لظهور العموم - يحكم بالثاني؛ وهو تقدير المال ملكاً لذي اليد قبل التلف، فكما أن التحفظ على ظهور قوله ﷺ: (فهو من مال بايعه) (٢) يقتضي تقدير الملك بانفساخ العقد قبل التلف، كذلك التحفظ على الظهور العمومي هنا يقتضي تقدير الملك قبل التلف وانقلاب المباح ملكاً.

ولا يخفى عليك أنه وإن كان يدفع الاشكال عن مملكية التلف من الجانبين تحفظاً على العموم في الطرفين، لكنه بمجرد لا يدفع الاشكال إذا كان التلف من جانب واحد، لأن غاية ما يقتضي الجمع تقدير ملك التالف بلا موجب لتقدير ملك

(١) كتاب المكاسب ٨٤ سطر ٢٦

(٢) عوالي الآلي ٢١٢:٣ حديث ٥٩.

الباقي للآخر، فلا بد من ضم أمر آخر نبهنا عليه في الحاشية المتقدمة^(١) آنفاً، من اقتضاء عدم إخراج المال عن ملك مالكة إلا على طبق رضاه، فإنه يقتضي تقدير الملك بالعوض، فإنه الذي أقدم عليه المتعاطيان ورضياً باستيلاء كل منهما على ماله بدلاً عن مال الآخر.

وَأَمَّا توهم تصحيحه: بأنَّ عموم على اليد يدل على الضمان، والاجماع يدل على عدم الضمان بالمثل والقيمة فقط، وليس غير المسمى شيء يكون التالف مضموناً به، كما ربَّما يوهمه كلام بعض اجلة المحشين^(٢).

فيندفع: بأنَّ الكلام في كون التالف مملوكاً بالعوض لا متداركاً به، إذ من البين الذي لا يكاد يشك فيه أحد أنَّ مضمون قاعدة اليد ضمان الغرامة، لا ما يعم الضمان المعاوضي - اعني كونه مملوكاً بالعوض -، وليس غرض المصنف ﷺ أيضاً إثبات عوضية المسمى بعموم على اليد، بل كلامه ﷺ مبني على التحفظ على عمومه عن ورود التخصيص عليه رأساً.

نعم عن بعض اعلام تلامذته أنَّ مجرد الاجماع على عدم الضمان بالمثل أو القيمة لا يوجب تقدير الملك وصيرورة المسمى عوضاً له، بل يجامع كون المسمى بدلاً جعلياً من الشارع، فكما يتحفظ على عموم على اليد بالتقدير والتخصيص، كذلك يتحفظ على عمومه بشموله للمورد وتعين المسمى تداركاً للتالف.

وهذا مبني على أنَّ مفاد قاعدة اليد دخول المال في عهدة ذي اليد وأنَّ تداركه عليه، ومن أحكام العهدة عرفاً أداء مثل ما في العهدة أو قيمته، وشرعاً تعين المسمى أحياناً، فحقيقة الضمان المدلول عليه بالعموم محفوظة سواء قلنا بالتدارك بالمسمى أو ببذله الواقعي، إلا أنَّ هذا المبني خلاف الظاهر، وخلاف الطريقة العرفية الممضاة شرعاً في باب الضمانات والغرامات، ومن الواضح أنَّ تدارك الشيء بتدارك طبيعته النوعية إذا أمكن، وإلا فبتدارك ماليته والمسمى بما هو أجنبي عنه، وتمام الكلام في

(١) تعليقة ٦٦.

(٢) حاشية اليزدي ٧٢.

محله^(١).

٦٨ - قوله ﷺ: (فإن ثبت باجماع أو سيرة... الخ)^(٢).

أي ما ادعاه كاشف الغطاء في ذيل الايراد من أنه لا رجوع بالمثل والقيمة، لأنَّ غرضه إن ثبتت المملكية باجماع أو سيرة، فإنَّه مع الاجماع على الملكية والمملكية لاحاجة إلى كلفة الجمع بين القواعد، فراجع ما عن بعض المحشئين في شرح هذه العبارة.

٦٩ - قوله ﷺ: (وأما ما ذكره من صورة غضب المأخوذ... الخ)^(٣).

حاصل الجواب: أنَّ الاشكال تارة من حيث المطالبة، وأخرى من حيث الضمان. أمَّا المطالبة مع بقاء العين المغصوبة فلكل من المالك والمباح له مطالبة المغصوب، لا لكون الغاصب ضامناً لهما فإنَّه غير معقول، بل للمالك المطالبة لمالكته وللمباح له المطالبة أيضاً، لفرض سلطانه على العين الذي اقل مراتبه السلطنة على الانتزاع من يد الغاصب.

وأما الضمان مع تلف العين فالغاصب ضامن لخصوص المغصوب منه، لفرض مملكية التلف مطلقاً فليس فيه غرابة زائدة على غرابة مملكية التلف، نعم إن قلنا بمملكية الغصب كان زيادة غرابة فيه، إلاَّ أنَّه لا حاجة إليه لافي جواز المطالبة ولا في الاخذ بالبدل، فتدبر.

٧٠ - قوله ﷺ: (وأما ما ذكره من حكم النماء... الخ)^(٤).

ظاهر صدر كلام كاشف الغطاء أنَّ الاشكال من حيث ملكية النماء، وظاهر آخر عبارته ﷺ حيث قال: (وشمول الاذن خفي)^(٥) أنَّ نتيجة الاشكال في الملكية

(١) في مسألة الضمان .

(٢) كتاب المكاسب ٨٤ سطر ٢٦ .

(٣) كتاب المكاسب ٨٤ سطر ٣١ .

(٤) كتاب المكاسب ٨٤ سطر ٣٣ .

(٥) شرح القواعد مخطوط وقد نقل عبارته في جواهر الكلام ٢٢٤: ٢٢ .

الاشكال في جواز التصرف في النماء، وليس فيما أجاب به المصنف رحمته إلا ما يتعلق بالاول فقط.

فنتقول: أمّا اشكال جواز التصرف في النماء - مع معاملة المتشركة معه معاملة أصله الكاشف عن الملكية - هو أنّ مسوّغ التصرف إمّا الملكية وإمّا الاباحة الشرعية أو المالكية، ولا ملكية لما سيجيء^(١) إنّ شاء الله تعالى، وأمّا الاباحة الشرعية فليست إلا في موضوع المأخوذ بالمعاطاة، كما أنّ الاباحة المالكية المستفاداة من الرضا الضمني، فهي ليست إلا فيما جعله المالك مستولياً عليه؛ وهو المأخوذ بالمعاطاة، والنماء المتصل وإن كان تابعاً عرفاً إلا أنّ النماء المنفصل ليس كذلك.

وأمّا اشكال الملكية فهو في فرض عدم حدوث مملّك للاصل من تصرف أو تلف، فإنّه لا بد من كون حدوث النماء مملّكاً للاصل ليتبعه نمائه فهو غريب، أو كون حدوثه مملّكاً لنفسه دون أصله فهو غريب آخر؛ مع كونه فرعاً ونماءً.

ويمكن أن يقال: لا حاجة إلى فرض ملكية النماء ليلزم أحد الامرين الغريبين، بل نقول يكفي في جواز التصرف في أصله، بتقريب: أنّ سنخ هذا الرضا المسوّغ لجميع التصرفات شرعاً مبائن لمجرد الاذن والرضا في موارد آخر، فإنّه في الموارد الأخر إذن ابتدائي في شيء، والاذن في التصرف في شيء ليس إذناً في شيء آخر مبائن له وجوداً.

بخلاف الاذن الناشيء عن كون الشخص في مقام إخراج نفسه عن الطرفية لاضافة الملكية وجعل غيره مسلطاً على ماله، فإنّ العين وتوابعها المتصلة والمنفصلة في نظره على حد سواء، وليست الاباحة المطلقة الشرعية إلا على طبق الاذن والرضا المطلق من المالك؛ لا إنّها إباحة ابتدائية قهراً على المالك، ومنه علم أنّ شمول مثل هذا الاذن غير خفي، فلا حاجة إلى الملكية حتى يستلزم الغرابة التي لا تدفع إلا بالتزام بالملكية من أول الأمر.

٧١- قوله ﷺ: (ثم إنك بملاحظة ما ذكرنا تقدر... الخ) (١).

أقول: أمّا ما ذكره من أنّ ملك التالف قبل التلف فعجيب، للزوم تقدّم المسبب على السبب وهو وجه العجب، وإن ملكه معه فبعيد لعدم الاستقرار حتى يقبل الملكية، وإن ملكه بعده فهو ملك المعدوم.

فالجواب عنه: باختيار الأول بتقدير الملك قبل التلف أنا ما، والتلف كاشف لا سبب كما في التلف قبل القبض، فإنّه كاشف عن انفساخ العقد والملك أنا ما، مع أنّه لا واسطة بين الوجود والعدم؛ فحال التلف حال العدم، فهو ملك المعدوم، فلا اختصاص له بما بعد التلف.

وأما ما ذكره ﷺ: (من أنّ التصرف إن لم يتوقف... الخ).

فالجواب: أنّه من النواقل القهرية للجمع بين الأدلة وكفى به دليلاً.

وأما ما ذكره: (من قصر التملك على التصرف، مع الاستناد فيه إلى أنّ إذن المالك في التصرف إذن في تملك نفسه، فيتحد الموجب والقابل مع جريانه في القبض بالاولوية... الخ).

فالجواب: أنّ نفس التصرف مملك للجمع بين الأدلة، فلا حاجة إلى جعله من باب الاذن في تملك نفسه ليلزم المحذور، مضافاً إلى أنّ اتحاد الموجب والقابل لا مانع منه، إذ ليس العنوانان متقابلين حتى يستحيل اجتماعهما في واحد، بل ولا متضائفان أيضاً لا مكان الايجاب بلا قبول.

وأما جريان الاذن في القبض، فمدفوع بأنّ القبض لا يتوقف على الملك حتى يقتضي الجمع بين الأدلة مملكية القبض، بخلاف التصرف الموقوف على الملك فإنّه مملك بمقتضى الجمع بين الأدلة، فلا مساواة فضلاً عن الأولوية، ومما بيّنا في مقام الجواب يظهر الوجه في إحالة المصنف ﷺ الجواب عن هذه المحاذير بما تقدم منه عن غيرها.

المعاطاة تفيد الملك اللازم أم الجائز

٧٢- قوله ﷺ: (بل ربّما يراد استحباب بقاء علقه... الخ)^(١).

قد اجاب عنه في باب الخيارات^(٢) بما ملخصه: أنّ المراد من العلقه إمّا الملكية وإمّا السلطنة المرتبة عليها، وقد زالتا معاً بالبيع، وزوال الاولى لاستحالة اجتماع ملكين على عين واحدة^(٣)، وزوال الثانية لتبعتها وتفرعها على الاولى ويستحيل بقاء السلطنة المتفرعة على الملكية مع عدم الملكية، هذا ما يتعلق بالمقام حيث لم يفرض فيه إلاّ الملكية.

وربّما يتخيل: أنّ الملكية لها مراتب ولم يعلم زوالها بجميع مراتبها.

وفيه: أنّ المراد بالمراتب إن كان ملك العين وملك المنفعة وملك الانتفاع، والاخيران تابعان للاول ولا مساس له بالمقام، وإن كان قوة ملكية العين وضعفها، فزالت بحد قوتها وبقي أصلها، فقد بينا في محله^(٤) أنّ الملكية الحقيقية من اية مقولة كانت - جدة إضافة - ليس لها شدة وضعف، حتى تعتبر المرتبة الشديدة تارة والضعيفة أخرى، مع لزوم اجتماع الملكين أيضاً على عين واحدة، فيستحيل في الحقيقية ويلغو في الاعتبارية.

وربّما يتوهم: أنّ الواهب مثلاً له السلطنة على ماله وله السلطنة على تسليطه الغير حدوثاً وبقاء، وبالعلة زالت السلطنة الاولى وبقيت الأخرى، فله إبقاء سلطنة الغير وله ازلتها.

ويندفع: بأنّه لا معنى للسلطنة على المال المستفادة من دليل السلطنة إلاّ القدرة على التصرفات المتحققة بالترخيص التكليفي والوضعي، والسلطنة على رد الملك

(١) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ٦، وفي الاصل (ربما يزداد).

(٢) كتاب المكاسب ٢١٦ سطر ٤.

(٣) هذا هو الصحيح وفي الاصل (واحد).

(٤) ص ٤٣ قوله (ولذا ربما يقال...).

سلطنة جديدة غير منبعثة عن الملكية، كيف وهي في ظرف عدمها، فكيف يعقل أن يكون من شؤونها؟! ومع الشك في ثبوتها فالاصل عدمها، مع أنه لا ترتب شرعاً لعدم بقاء ملك الموهوب له على سلطنة الواهب على الرد، حتى يكون استصحاب السلطنة حاكماً على استصحاب الملك، وتام الكلام في باب الخيار^(١).

٧٣- قوله ﷺ: (مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية... الخ)^(٢).

ليس الغرض استصواب الكلبي وإثبات أثر الفرد، فإنه لا معنى للتعبّد بشيء إلا ترتب أثر نفسه، بل الغرض ترتيب أثر طبيعي الملك وهو جواز التصرفات، وإن كان ترتيبه بعد الرجوع يلازم لزوم الملك من باب المقارنة، لا من باب التعبّد بعدم جواز الرجوع أو بعدم نفوذه.

وربّما يورد على استصحاب الكلبي هنا بوجوه:

احدها: وهو أضعفها ما عن بعض اجلة نلامذته^(٣) عَلَيْهِ السَّلَامُ من أنّ أصالة اللزوم المشتهرة بين الاعلام لا يمكن أن يكون مدرکها استصحاب الكلبي الذي هو محل الكلام. ثانيها: ما عن شيخنا الاستاذ في تعليقه^(٤) من أنه من الشك في المقتضي والمصنف ﷺ لا يقول بحجية الاستصحاب فيه.

وهو مبني على كون المدار على إحراز المقتضي بمعنى السبب في الامور الواقعية، وعلى إحراز المقتضي بمعنى المصلحة الداعية في الامور الاعتبارية، فإنها المشكوكة هنا لعدم إحراز سنخ المصلحة، وأنها مقتضية لاعتبار ملك لا يزول بالرجوع، أو أنها مقتضية لاعتبار ملك يزول.

وأما إذا أريد منه ما هو المعروف عند المحققين من أنّ المستصحب بنفسه تارة له يكون أمد وعمر مخصوص تشريعاً كما يكون له ذلك تكويناً، وأخرى ليس له تشريعاً

(١) ج ٤ تعليقة ٢١، وما بعدها.

(٢) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ٦

(٣) حاشية الاشكوري ١٣ سطر ٣٢.

(٤) حاشية الآخوند ١٣.

ذلك، لعدم تحدده بالزمان، ومن البين أنَّ الملك الحاصل بالمعاطاة كالحاصل بالصيغة لم يتقيد ولم يتحدد بالزمان، بخلاف الزوجية المؤقتة في العقد الانقطاعي، فلو شك في أنَّ الزوجية الحادثة زوجية مرسلة أو زوجية مؤقتة لا مجال لاستصحاب الكلبي منهما، وبقيّة الكلام في محله^(١).

ثالثها: ما عن بعض اجلة المحشين^(٢) من أنَّ الشك في بقاء الكلبي وارتفاعه ناش من الشك في حدوث الفرد المشكوك حدوثه والاصل عدمه.

وقد أجبنا عنه في الاصول: بأنَّ حدوث الكلبي لما كان متيقناً لفرض الشك في بقاءه وارتفاعه، فلا يعقل أن يكون منشأ هذا الشك هو الشك في حدوث الفرد المشكوك حدوثه، لاستحالة اليقين والشك في الحدوث، فلا محالة يكون منشأ الشك في البقاء والارتفاع الشك في أنَّ الحادث أي الفردين، ولا أصل يعين الحادث في البين، وقد ذكرنا في الاصول^(٣) ما يتعلق بهذا الاشكال من النقض والابرام لعدم اختصاصه بالمقام.

ثم إنَّ هذا المحشي الجليل ذكر في آخر كلامه أنَّ التحقيق امكان استصحاب الفرد المردد، فإنَّ ترده بحسب علمنا لا يضر بتيقن وجوده سابقاً إلى آخر ما أفاد. وقد بينا في محله^(٤) أنَّ المردد بما هو مردد لا ثبوت له لا ذاتاً ولا وجوداً، لا ماهية ولا هوية، فلا يقين به مع كون اليقين صفة إضافية تعلقية لا بد من تقومه بمتعلقه في مرحلة وجوده النفساني، كما فصلنا القول فيه في محله، والاشارة إلى ذات الموجود لا تخرجه عن كونه وجود الكلبي، حيث لا يقين إلا بوجوده ولا يقين بتعيينه المرد له، مع أنَّه لا أثر للمردد بما هو، واستصحاب شيء وترتيب أثر شيء آخر لا معنى له، فدعوى أنَّ أثر الفرد المردد أثر الكلبي كما في كلامه لا معنى لها إلا ملاحظة وجود

(١) نهاية الدراية ٥: ١٦٦.

(٢) حاشية اليزدي ٧٣ سطر ٦

(٣) نهاية الدراية ٥: ١٤٤ - مؤسسة آل البيت .

(٤) نهاية الدراية ٥: ١٣٩ - مؤسسة آل البيت .

الكلبي تعبدًا، وإلا فكل تعين له أثر مخصوص، وبقيه الكلام في الاصول.

٧٤- قوله ﷺ: (بأن انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر... الخ) (١).

لا يخفى عليك أنّ الخصم يكفيه في منع استصحاب الفرد أحد أمور ثلاثة: إمّا كون الملكية نوعين، وإمّا كونها ذات مراتب، أو كونها متخصصة بخصوصية غير موقومة لحقيقتها زائدة على الخصوصية المفردة لها، واللازم على المصنف ﷺ ابطال المراتب الثلاث.

فنقول تحقيق المقام بالتكلم في موردين:

احدهما: في أنّ الملكية هل لها أحد الأمور الثلاثة ام لا؟ أمّا كونها نوعين فمن البديهي أنّ الملكية الشرعية والعرفية - كما مرّ سابقاً (٢) - ليس تمام حقيقتها إلا اعتبار معنى مقولي لا يخرج عن مقولة الجدة والاضافة، وليس الملكية المقولية نوعين فليس اعتبارها اعتبار نوعين حتى يقال إنّ الملكية المعتمدة متنوعة بنوعين.

وأمّا كونها ذات مراتب كما هو مآل كلام بعض أجله تلامذته ﷺ في كتاب الاجارة (٣)، حيث ذكر: أنّ الملكية من مقولة الجدة، وهي من الأعراض القابلة للشدة والضعف، ولا نعني بالملك اللازم والجائز إلا العلاقة المتأكدة والغير المتأكدة، نظير الطلب المنقسم إلى الوجوب والندب.

ففيه: - بعد تصحيح كلامه بأن مراده ﷺ اعتبار مرتبة شديدة أو ضعيفة، لما مرّ (٤) من أنّ الملكية الشرعية ليست مقولة - أنّ الجدة وإن كانت تفاوت بالزيادة والنقص لسعة إحاطة الفميص بالنسبة إلى إحاطة العمامة أو الخاتم، إلا أنها لا تتفاوت بالشدة والضعف، والنافع هنا هو التفاوت بالشدة والضعف دون الزيادة والنقص، حيث إنّ

(١) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ٧.

(٢) ص ٣٠ قوله (فكذا الملك معنى...) .

(٣) كتاب الاجارة ١٣.

(٤) ص ٤٣ قوله (ولذا ربما يقال ..) .

الكلام في ملك عين خاصة، تارة بملك لازم وأخرى بملك جائز. ولا يقاس بالطلب بناءً على إرادة الإرادة النفسانية هي الوجوب والندب، فإنَّ الإرادة من الكيفيات، ومقولة الكيف قابلة للشدة والضعف، وأمَّا إذا أُريد من الوجوب والاستحباب الأمران الاعتباريان المنتزعان من الانشاء بداعي جعل الداعي، فهو خارج عن المقولات ولاحركة ولا اشتداد في الاعتباريات كما بيَّناه في محله.

وأما كون الملكية متفاوتة بالخصوصيات الزائدة على مفرداتها، بحيث تكون معتبرة باعتبارها فلا برهان على عدمها، وسيأتي^(١) إن شاء الله تعالى الكلام فيها في ذيل كلامه (زيد في علو مقامه).

فانيهما؛ في حال اللزوم والجواز المعدودين من الاحكام الشرعية، والكلام تارة في كونهما بنفسهما من خصوصيات المسبب أو السبب، وأخرى في كشفهما عن خصوصية في السبب أو المسبب، ومجرد نفي الاول لا يجدي للمصنف ﷺ في مقام استصحاب شخص الملك.

أما الأول؛ وهو كونهما من خصوصيات السبب أو المسبب فغير معقول، لأنَّ الحكم لا يعقل أن يكون مقوِّماً ولا قيداً له، لتأخر الحكم عن موضوعه، فلو كان مقوِّماً أو قيداً لموضوعه المتقدم طبعاً لزم تقدّم المتأخر وهو محال، فلا فرق بين كونهما من خصوصيات السبب أو المسبب، وحيث إنَّ المهم عنده عدم كونهما من خصوصيات المسبب، لأنَّ الكلام في استصحاب شخص المسبب؛ فلذا تصدَّى ﷺ لدفعه بالخصوص، وإلَّا فالسبب مختلف إمَّا ذاتاً أو عرضاً، ولو لم يكن اللزوم والجواز من خصوصياته.

وأما الثاني؛ وهو كشف الحكم عن خصوصية ذاتية أو عرضية في الموضوع، سواء كان سبباً أو مسبباً، فهو مما يقضي به البرهان، وإلَّا لكان اختصاص الحكم بهذا الموضوع دون غيره، وموضوعية شيء لهذا الحكم دون غيره بلا مخصص وهو على

حد المعلول بلا علة، ولذا اشتهر أنَّ الحكم باقتضاء موضوعه.

وحينئذ فإنَّ كان اللزوم والجواز من احكام الملك فهو كاشف عن خصوصية عرضية لاحقة للملك، لفرض عدم امكان اختلاف الحقيقة لتكون الخصوصية ذاتية، وإنَّ كان من احكام السبب كانت تلك الخصوصية تارة ذاتية كالعقد والمعاطاة المختلفين بالذات، وأخرى عرضية كالهبة المتعلقة تارة بذى رحم وأخرى بغيره، ولازم كون المسبب ذا خصوصية عدم إمكان استصحاب شخص الملك لعدم العلم بتلك الخصوصية اللاحقة، ولازم كون السبب فقط ذا خصوصية عدم المانع من استصحاب شخص الملك المسبب، إذ لا يتخصص بشيء حتى يتردد الامر بين حصتين متباينتين، لثلا يعلم أنَّ شخص الملك الحادث فرد هذه الحصة أو فرد حصة أخرى مباحنة.

نعم اورد عليه بعض أجلة المحشين^(١) أنَّ اختلاف السبب إذا لم يكن موجباً لاختلاف المسبب لا يقتضي اختلاف الاحكام، ولعله اخذه من بعض أجلة تلامذته رحمهم في كتاب الاجارة حيث قال: (اختلاف السبب لو لم يؤثر في موضوع الحكم فكيف يؤثر في نفس الحكم... إلى آخر ما افاده رحمهم).

وكلاهما ساقط؛ إذ ليس السبب سبباً للحكم على موضوع، حتى يقال إذا لم يؤثر في موضوع الحكم فكيف يؤثر فيه، بل الحكم لنفس السبب وهو موضوعه لا المسبب، إذ المفروض أنَّ اللزوم والجواز من احكام السبب لا من احكام المسبب، فلا موقع لهذا اليراد.

لا يقال: لم يفرض في كلام المصنف رحمهم إلاَّ أنَّ اختلاف الاحكام لاختلاف الاسباب، بل ظاهره أنَّ اللزوم والجواز حكم المسبب وهو الملك، حيث قال رحمهم: (انقسام الملك إلى المعتزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الاصلي... الخ)

(١) حاشية اليزدي ٧٣ سطر ٢٨.

(٢) كتاب الاجارة ١٤.

ومرجع الضمير في قوله «عليه» هو الملك المنقسم إلى المتزلزل والمستقر.
لانا نقول: نعم ولكن صريح عبارته فيما بعد تدل على ما استفدنا، حيث قال:

(فجواز الرجوع وعدمه من الاحكام الشرعية للسبب... الخ).

فإن قلت: اللزوم والجواز وإن لم يكونا من أحكام الملك حتى يكشف عن خصوصية فيه، إلا أن اختلاف السبب على أي حال مفروض، واختلاف السبب يقتضي اختلاف المسبب، للبرهان على أن المتباينين لا يؤثران أثراً واحداً، فلا ينحصر طريق استكشاف اختلاف المسبب في تعلق اللزوم والجواز به، بل نفس اختلاف العلة صالح برهاناً لاستكشاف اختلاف المعلول.

قلت: اختلاف السبب - بما هو سبب - كاشف قطعي عن اختلاف المسبب، وأمّا اختلاف ذات السبب فلا؛ لإمكان تأثير السببين بجامعهما أثراً واحداً وهو الملك، وبخصوصيتهما حكمين مختلفين وهما اللزوم والجواز.

وأعجب شيء في المقام ما عن بعض أجلة المحشين حيث قال: (إنه على فرض اتحاد الحقيقة يكفي في الاشكال التعدد الفردي، كما في مثال الحيوان المردد بين زيد وعمرو في الدار، إذا كان قاطعاً بخروج احدهما المعين)^(١).

وفيه: أن المفروض عدم اختلاف الملك في الحقيقة النوعية وفي المرتبة وفي الخصوصية الزائدة على الحقيقة، فالمتيقن شخص الملك بجميع جهات التعيين حتى من حيث السبب، لأن المفروض أن السبب هو المعاطاة، وإنما الشك في أن شخص هذا الملك هل سببه محكوم باللزوم أو الجواز، فهو نظير ما إذا قطعنا بدخول شخص زيد في الدار لكننا نشك في بقاءه فيها وخروجه منها، للشك في كونه مأموراً من قبل مولاه مثلاً بالبقاء أو بالخروج، هذه غاية تقريب ما أفاده المصنف رحمته.

وبعد لا يخلو عن بحث؛ وهو أن المراد من كون الجواز واللزوم من احكام السبب لا من لوازم المسبب، إن كان ما استفدناه من صريح عبارته فهو منافٍ لمسلكه الآتي

في باب ملزومات المعاطاة^(١) من أنَّهما من عوارض الملك واحكامه في باب المعاطاة والهمة، ومن عوارض العقد في العقود المحكومة بالخيار وحل العقد. وعليه فإنَّ أراد كونهما من أحكام السبب مطلقاً فاطلاقه ممنوع على مسلكه، وإنَّ أراد كونهما من^(٢) باب المعاطاة كذلك فهو غير صحيح على مسلكه، وحينئذ يلزم عليه أحد أمرين، إمَّا منافاته لمسلكه عموماً أو خصوصاً، وإمَّا صحة ما استفاده غير واحد - كما تقدم - من أنَّهما وإنَّ كانا من عوارض الملك لكن منشأ اختلافهما ليس اختلاف الملك، بل اختلاف السبب المملَّك؛ فإنَّه يكفي في اقتضاء الموضوع أنَّه ملك حاصل بالعقد فيلزم، وملك حاصل بالمعاطاة فلا، مع اتحاد أصل الملك. وحينئذ يرد عليه أنَّ اختلاف الملك ولو لخصوصية من ناحية اختلاف السبب كافٍ في المنع عن استصحاب شخص الملك، وسيجيء^(٣) إنَّ شاء الله تعالى تفصيل القول في الخصوصية المستكشفة، وأنَّها هل هي على نحو يمنع عن استصحاب الشخص أو لا؟

٧٥- قوله ﷺ: (مع أنَّه يكفي في الاستصحاب الشك... الخ)^(٤).

لعل نظره ﷺ إلى أنَّ اختلاف الحقيقة واقعاً لا يضر بأركان الاستصحاب من اليقين والشك، وهو كذلك إلى من لا يلتفت إلى اختلاف الحقيقة؛ فإنَّه يتيقن ويشك، ولا واقع لليقين والشك إلا أنفسهما، وأمَّا المحتمل لاختلاف الحقيقة، فلا يقين له بالفرد بما هو؛ لاحتماله الخصوصية الدخيلة في كونه فرداً للطبيعة الموجودة، فكيف يتيقن بحدوث فرد خاص، وأمَّا اليقين بالوجود المضاف إلى هذه الطبيعة المتحققة على أي حال، فهو يقين بوجود الكلي؛ إذ لا نعني باليقين به إلا التيقن بوجوده، لا أنَّ مجرد تشخُّصه بالوجود يجعله فرداً بحسب مرحلة اليقين والشك، وإنَّ كان فرداً واقعاً؛ إذ

(١) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٤

(٢) حق العبارة أن يقول (في باب المعاطاة ..)

(٣) تعليقة ٧٧.

(٤) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ٩

الشيء ما لم يتشخص لم يوجد.

٧٦- قوله ﷺ: (مع أن المحسوس بالوجدان أن إنشاء... الخ) (١).

لا يخفى أن المعنى الانشائي لا يختلف باختلاف حقيقته من حيث المراتب ولا بلحوق ضمنية إلى المعنى، وأمّا الملك الاعتباري فسيجيء (٢) الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

٧٧- قوله ﷺ: (إن اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات... الخ) (٣).

لا يخفى عليك أن اللزوم والجواز بما هما حكمان شرعيان يستحيل أن يكونا من خصوصيات الملك أو من خصوصيات سببه، ولا يستحيل كشفهما عن خصوصية في السبب أو المسبب، بل مقتضى البرهان ثبوت تلك الخصوصية. وما أفاده من البرهان على نفي تلك الخصوصية المستكشفة بقوله (٤) إن كانت بتخصيص المالك لزم دوران الأمر مدار قصد الرجوع وعدمه منه، وإن كانت بتخصيص الشارع لزم عدم تبعية العقود للقصود.

مدفوع: بأن الخصوصية إما أن تكون من اعتبارات الملك وشؤونه، بحيث تكون مجعولة بجعله ومعتبرة باعتباره، وإما أن تكون من الأمور الواقعية العارضة على ذلك الأمر الاعتباري والعارضة لمورده.

فإن كانت من قبيل الأولى فهي مقصودة بقصده واقعاً، فالتسبب إلى الملك الحاصل بالمعاطاة تسبب إلى الملك الخاص قهراً وإن لم يلتفت إلى تلك الخصوصية، فلا محذور في كون تلك الخصوصية بقصد المالك إجمالاً.

(١) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ١٠

(٢) تعليقة ٧٧

(٣) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ١٠

(٤) هذا معنى ماقاله لا تصه ونصه (وهو بديهي البطلان اذ لا تأثير لتصد المالك في الرجوع وعدمه، وان كان الثاني لزم امضاء الشارع العقد على غير ماقصده المنشيء وهو باطل ...) ٨٥

وإن كانت من قبيل الثانية لم يلزم عدم تبعية العقود للقصور، إذ الملازم^(١) قصد ما هو أمر تسببي يتقوم بالقصد وليس هو إلا الملك، ووجود تلك الخصوصية الواقعية أمر قهري لحصول الملك الحاصل بالعقد أو المعاطاة أو لكون المتهم ذا رحم أو غيره.

إلا أن التحقيق أن الخصوصية دائماً من قبيل الثانية، إذ بعد عدم كون الملك نوعين وعدم كونه ذا مراتب، ليس هناك أمر اعتباري تبقى للملك الاعتباري بحيث يكون معتبراً باعتباره، بل المعقول أن الملك المتخصص بكونه مسبباً عن العقد أو عن التعاطي تقتضي المصلحة الحكم عليه باللزوم تارة وبالجواز أخرى، كما أن الملك المضاف إلى ذي الرحم تقتضي المصلحة الحكم عليه باللزوم، وفي غيره تقتضي الحكم عليه بالجواز، وأمثلة هذه الخصوصيات المتضمنة لمصالح مختلفة لا يعقل أن يكون من مفردات الملك الاعتباري ومن مشخصاته، حتى يمنع عن استصحاب شخص الملك.

ومن جميع ما ذكرنا تبين أنه لا مانع من استصحاب شخص الملك الحادث، لا من حيث اختلاف الحقيقة النوعية، ولا من حيث الاختلاف في مراتب حقيقة واحدة، ولا من حيث الاختلاف في الخصوصيات والضمانات اللاحقة، فتدبره فإن حقيق به.

٧٨- قوله تَبَيَّنَ: (فإن مقتضى السلطنة أن لا يخرج المال... الخ)^(٢).

توضيحه: أن الاستدلال بعموم دليل السلطنة بوجهين:

أحدهما: بمدلوله المطابقي؛ وهي السلطنة على جميع التصرفات حتى بعد انشاء الرجوع.

وفيه: أن موضوعها المال المضاف بإضافة الملكية، وكونه بعد الرجوع كذلك مشكوك؛ فيكون من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

(١) هكذا في الاصل والصحيح (اللازم).

(٢) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ١٧.

وثانيهما: بمدلوله الالتزامي، فإن مقتضى سلطنته على جميع التصرفات سلطنة مطلقة عدم سلطنة الغير على مايزاحم تلك السلطنة المطلقة، والألم تكن سلطنة مطلقة، فسلطنة الغير على تملك المال في ظرف إضافته إلى مالكة بدون اختياره مزاحمة لسلطانه المطلق.

ويندفع: بأن المنفي بالالتزام هي السلطنة المنافية لسلطنة المالك على جميع التصرفات الواردة على المال، دون غيرها من انحاء السلطنة؛ مثلاً سلطنة المالك على بيع ماله تنافي سلطنة الغير على اشتراؤه منه بدون اختياره، وليس سلطنة الغير على الرجوع سلطنة على تملك المال على حد سلطنة الشفيع على تملك مال المشتري ببذل مثل الثمن لتكون مزاحمة لسلطان المالك، بل سلطنة على الرد والاسترداد؛ فهو في الحقيقة سلطنة على إزالة الملكية، والمالك له السلطان على الملك لا على الملكية، فكما ليس له السلطنة على إزالة الملكية ابتداء، كذلك ليس له السلطنة على ابقاء الملكية؛ حتى تكون سلطنة الغير على إزالتها مزاحمة لها.

ولذا قلنا في محله إن الاقالة والتفاسخ على خلاف القاعدة؛ ويحتاج إلى دليل على المشروعية، فمثل هذه السلطنة في طول السلطنة التي هي من شؤون الملكية ومن متفرعاتها، نعم نفس هذه السلطنة الجديدة منفية بعدم الدليل، كما أن السلطنة على التصرف في مال الغير منفية بعدم المقتضي، فتدبر جيداً.

٧٩- قوله ﷺ: (حيث دل على انحصار سبب حل... الخ) (١).

تقريب الاستدلال بوجهين كما في دليل السلطنة، والجواب عن كلا الوجهين كما تقدم، وبالجملة فالحلية المنوطة بالرضا هي حلية التصرف في المال لا حلية إزالة إضافة المال إليه، بل يمكن أن يقال بعدم صحة الاستدلال هنا وإن قلنا بها في دليل السلطنة، فإن عدم الحلية التكليفية وثبوت الحرمة المولوية لا ينافي الصحة كما تقدم، والحلية وإن كانت بمفهومها مناسبة للتكليف والوضع، لكنها إذا تعلقت

بالافعال السببية التي يترقب منها النفوذ، وأما إذا نسبت إلى الاعيان فلا يناسب إلا التكليف، فلذا لا يتوهم أحد أن قولنا «التمر حلال» أي أكله لا بيعه، وكذلك قوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾^(١).

لا يقال: موضع^(٢) دليل السلطنة كموضوع دليل الحل هو عنوان المال، فأبي فرق بينهما؟!.

لانا نقول: السلطنة على المال - كما مر - هي القدرة على التصرفات فيه، فيعم المباشري والتسبيبي المعاملي، بخلاف الحلية المضافة إلى المال، فإن ظاهرها - كما في نظائرها - إرادة التكليف، فليس في القدرة ما يوهم الاختصاص بغير الفعل المعاملي، بل لعله المتيقن من مثل السلطنة على المال بما هو مال، بخلاف الحلية المنسوبة إبتداءً إلى الأعيان، إلا أن يلتزم بالفرق بين تعلقها بذوات الاعيان كالتمر والخمر والدم والميتة، وتعلقها بالمال بما هو مال، فإن المناسب التصرفات المنوطة بالمالية وهي التصرفات المعاملية، والله اعلم.

٨٠- قوله ﷺ: (ولا ريب في أن الرجوع ليس تجارة... الخ)^(٣).

قد استدل ﷺ بهذه الجملة بفقرتين:

احدهما: ما في المقام من أن سبب الحل وجواز أكل المال منحصر في التجارة عن تراضي، والرجوع ليس تجارة ولا عن تراضي فلا يجوز الاكل به، ولو كان الرجوع نافذاً ومملكاً لجاز الأكل به، وإلا لكان محجوراً عن التصرف في ملكه من دون أن يكون شيء من أسباب الحجر عن ملكه محققاً، ولا حاجة بناء على هذا التقريب إلى جعل الاكل كناية عن مطلق التصرف حتى التملك بالرجوع، لأن حرمة التملك تكليفاً لا يدل على عدم حصوله، وجعل التحريم إرشادياً إلى عدم حصوله لا يلائم تعلق النهي بالاكل؛ وإن كان ملائماً للتعلق بالتملك.

(١) المائدة آية ٣.

(٢) هكذا في الاصل والصحيح (موضوع).

(٣) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ٢٢.

ثانيهما: ما أفاده ﷺ - في أول الخيارات^(١) - من أنَّ المستثنى ظاهر في أنَّ التجارة عن تراضٍ سبب لجواز الأكل مطلقاً، حتى بعد الرجوع نظير ما ذكرنا في دليل السلطنة. ويرد عليه: أنه من التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية، فإنَّ حصر مجوز الأكل في التجارة عن تراضٍ، إنَّما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للاكل لثلا ينقض بالاباحات، ولم يعلم بعد الرجوع بقاءه على ملكه، ولعله المراد من قوله ﷺ بعد التقريب الاول (إنَّ التوهم المتقدم جارٍ هنا)^(٢) أي له تقريب آخر كما في السابق يرد عليه الاشكال، وإلَّا فالتقريب الأول دافع للاشكال لا مورد له.

نعم يمكن أن يورد على التقريب الأول أنَّ الاستثناء يدل على أن كل تصرف يرد على المال بعنوان أنه ملك للمتصرف، فسيبه منحصر في التجارة عن التراضي، والتملك بالرجوع سنخ تصرف يرد على ملك الغير، فمثل هذا التصرف لا يعقل أن يكون سببه التجارة عن تراضٍ، فلا نظر لهذه الآية إلى أمثال هذه التصرفات، ومن الواضح أنَّ الموضوع - وهو مال الغير في سنخ هذا التصرف - معلوم لا مشكوك على سياق التوهم المتقدم.

ويندفع: بأنَّ الآية وإن كانت ابتداء لا تدل على عدم نفوذه؛ لكنها تدل على أنَّ سبب أكل المال منحصر في التجارة عن تراضٍ، ولا يجوز الأكل بالرجوع لانه غير تجارة ولا عن تراضٍ، ولا معنى لنفوذه وعدم جواز الأكل مع عدم موجب للحجر عن ملكه، وكان هذا الاشكال مبني على حصر سبب التملك لا حصر سبب جواز الأكل بالرجوع، فتدبر.

٨١ - قوله ﷺ : (والتوهم المتقدم جارٍ هنا... الخ)^(٣).

قد عرفت المراد منه^(٤) أنفأ، وفي بعض النسخ المصححة لبعض الأجلة «غير

(١) كتاب المكاسب ٢١٥ سطر ٢٤.

(٢) سوف يأتي في التعليقة الآتية أن النسخة المصححة فيها (غير جارٍ) فراجع.

(٣) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ٢٢

(٤) التعليقة السابقة.

جارٍ» هنا وهو واضح، فإنَّ ملاك التوهم في الدليلين المتقدمين عدم احراز الموضوع بعد الرجوع دون ما نحن فيه، فإنَّ حلية أكل المال ودورانها مدار التجارة عن تراضٍ؛ حيث إنَّها بعنوان كون المال ملكاً للأكل؛ حتى لا ينتقض بالاباحات؛ بنفس الشك كافٍ في عدمها لأنَّه مانع عن الاستدلال حتى يحتاج إلى الدفع.
لا يقال: الموضوع مال الغير وهو مقطوع لا مشكوك.

لانا نقول: إذا لم نقيده بكونه بعنوان أنَّه ملك الأكل لانقض بالاباحات؛ ومعه فلا يدل على الحصر، فيكون حكم الرجوع مسكوتاً عنه، وبعد التقييد بكونه بالعنوان المزبور فلا محال يكون ملكية المال للأكل مشكوكة، ومع عدم إحراز موضوع جواز الأكل لا يجوز الأكل، فيدل بالالتزام على عدم نفوذ الرجوع فعلاً.

ويمكن أن يقال: إنَّ مجرد تقييد الاكل بكونه ملكاً له لاخراج الاباحات لا يجدي لخروج الهبة والقرض، فإنَّهما ليسا من التجارة مع حصول الملك بهما، مضافاً إلى التمكُّ بالانقضاء وتمكُّك مجهول المالك وأشياء ذلك، فإنَّه يجوز الأكل لها بعنوان الملك مع أنَّها ليست تجارة ولا عن تراضٍ، فالآية لا تدل على الحصر، بل في مقام كون الأكل بالباطل حراماً؛ والأكل بالتجارة عن تراضٍ حلالاً.

إلَّا أن يقال: إنَّ مورد الآية المعاملات المعاوضة بقرينة قوله تعالى: ﴿أموالكم بينكم﴾^(١) باعطاء مال وأخذ مال كما هو غير بعيد، فغير المعاوضات والاباحات غير داخله، وعليه فالحصر صحيح، إلَّا أنَّ الأكل بالرجوع غير داخل كغيره، إذ عنوانه رد الملك فيستتبع رجوع العوض لا الملك بالعوض ليكون داخلاً في المستثنى منه، والله اعلم.

٨٢- قوله ﷺ: (مثل قوله ﷺ: البيعان بالخيار^(٢)... الخ)^(٣).

لصدق البيع على المعاطاة؛ وصدق البَّيع على المتعاطي، لأنَّ الكلام بعد فرض

(١) النساء آية ٢٩.

(٢) وسائل الشريعة ح ١٢ ص ٣٤٦، الباب الاول من أبواب الخيار ح ٣ وغيره.

(٣) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ٢٦.

صحة المعاطاة بيعاً، ولا يخفى عليك أنَّ الاستدلال به إن كان لمجرد اللزوم بعد التفرُّق فلا كلام، وإن كان لكشف جعل حق الخيار من لزومه طبعاً - كما هو ظاهر كلامه ﷺ في أول الخيارات^(١) - فهو إنَّما يصح فيما نحن فيه إذا كان الجواز هنا بمعنى حق فسخ السبب المعاملي، وأمَّا إذا كان بمعنى جواز الترادُّ فمشكل، لأنَّ الجواز لا يكشف عن لزوم المعاملة طبعاً، كما أنَّ اللزوم الحكمي لا يكشف عن جواز المعاملة طبعاً، وتمام الكلام في باب الخيارات^(٢).

٨٣- قوله ﷺ: (بناءً على أنَّ العقد هو مطلق العهد... الخ)^(٣).

توضح الكلام برسم امور في المقام:

منها: أنَّ العهد هو الجعل والقرار ولو قلباً كالمعاهدة معه تعالى قلباً، وجميع مجعولاته عهوده سواء كانت من المناصب المجعولة كالإمامة والخلافة كما في قوله تعالى: ﴿ولا ينال عه دي الظالمين﴾^(٤) بعد قوله تعالى: ﴿إني جاعلك للناس اماماً﴾ أو كانت من التكاليف كقوله تعالى: ﴿أنَّ طهراً بيتي﴾^(٥) بعد قوله تعالى: ﴿وعهدنا إلى ابراهيم واسماعيل﴾ إلى غير ذلك من الموارد المناسبة للامرين.

وأما العقد فهو ربط شيء بشيء أو الموثق منه، ومنه «عقد الازار» ربطه وتوثيقه، ومنه «النفاثات في العقد» جمع العقدة، ومنه «عقدة اللسان» لارتباطه المانع من ارساله في الكلام إلى غير ذلك من موارد اطلاقاته، ومنه أخذ العقد في قبال الايقاع في اصطلاح الفقهاء، لارتباط أحد القرارين بالآخر من الموجب والقابل، وإلَّا فبحسب المفهوم اللغوي لا اختصاص له بالاعتباريات فضلاً عن ارتباط أحد الاعتبارين بالآخر.

(١) كتاب المكاسب ٢١٦ سطر ٣

(٢) ح ٤ تعليقه ١٩.

(٣) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ٢٧.

(٤) البقرة آية ١٢٤.

(٥) البقرة آية ١٢٥.

ومنه علم أنَّ الأمر بحسب اللغة على العكس مما عليه الاصطلاح، فإنَّ العهد بحسب مفهومه اللغوي لا يخلو عن ارتباط بالاضافة إلى ما تعلق به القرار دون العقد بحسب مفهومه اللغوي، فإنَّه يعم العهد وغيره، فكل عهد عقد لغة ولا عكس، وأمَّا اصطلاحاً فكل عقد عهد ولا عكس.

ومنه تبين: أنَّ ما عن بعض اهل اللغة من أنَّ العقد هو العهد أو المشدد وهم منه، بل هما متباينان مفهومًا ويتصادقان أحياناً، وتبين أيضاً أنَّ حيثية العهدية غير حيثية العقدية في العقود المتعارفة الاصطلاحية، فحيثية القرار من كل من البايع والمشتري عهد منهما، وحيثية ارتباط القرار من الموجب بالقرار من القابل عقدهما.

ومنها: كما أنَّ العهد لغةً مطلق الجعل والقرار ولو قلباً من دون دخل للقول أو الفعل في حيثية العهدية بل بهما اظهاره، كذلك العقد يعم الارتباطات الواقعة في أفق النفس أيضاً، ومنه ما في الدعاء: (يا الهي لك من قلوبنا عقد الندم)^(١) وفي دعاء آخر: (عقد عزمات اليقين)^(٢) وكذلك يعم الارتباطات المتعلقة بالاعتباريات كالعقود المعاملية من دون دخل لحيثية لفظ أو فعل إلا في الدلالة على ذلك الأمر المعنوي الاعتباري.

فتوهم: أنَّ العقد هو العهد الموثق وأنَّ توثيقه باللفظ.

كلامهما في غير محله؛ والاطلاقات الشرعية الواردة في الكتاب والسنة لا تنقيد بالاصطلاحات كما هو واضح، فحقيقة العقد المعنوي كما يتسبب إليه بلفظ يدل عليه كذلك بالفعل كالتعاطي.

وأما أنَّ العقد لغة هل هو مطلق الربط والوصل أو الموثق منه فليس فيه كثير فائدة، فإنَّ المهم هنا هو توثيق العهد بالقول لاجراء التعاطي، وبعدما مرَّ من عدم دخل للقول والفعل في حقيقة العهد والعقد فدخل التوثيق في نفسه لا يجدي شيئاً هنا، فتدبر جيداً.

(١) البحار ٩٥: ١٧٥ باب أدعية وداع شهر رمضان ح ١.

(٢) البحار ٧٤: ٣٣٠ باب ١٤ باب خطبه المعروفة ح ١٧.

ومنها: أنَّ الوفاء كما في اللغة ضد الغدر، والغدر التجاوز عن شيء وتركه ومنه قوله تعالى: ﴿فحشرناهم فلم نغادر منهم أحداً﴾^(١) أي لم نترك أحداً وأتيناهم جميعاً، ومنه قوله تعالى: ﴿لا يغادر صغيرة ولا كبيرة إلا أحصاها﴾^(٢) أي لم يتركهما ولم يجاوزهما، ومنه الغدير من الماء فأبّه منقطع السبيل أو الماء الذي ينقطع عنه السيل المار منه وعليه، فالوفاء هو الاتمام وعدم التجاوز عنه، والدرهم الوافي هو التام، وإيفاء المكيل اعطائه تاماً، واستيفائه أخذه تاماً، والموافاة إنهاء الوفاء وفي الدعاء عند الحجر الأسود: (اشهد لي بالموافاة)^(٣) أي بانتهاء الوفاء بالميثاق إليك، نظراً إلى التقامه الميثاق المأخوذ على العباد، ولذا ورد: (إنّه يمين الله في الأرض)^(٤) ويقال وافي عنه أي حج عنه، ولاجله جعل الحج ونبذ الميثاق متضادين في الخبر المتكفل لجنود العقل والجهل حيث قال ﷺ: (الحج وضده نبذ الميثاق)^(٥).

فتبين من جميع ما ذكرنا أنَّ مادة الوفاء والإيفاء بمعنى التمامية والاتمام تقريباً، في قبالة الترك والتجاوز عن الشيء، وإيفاء الكيل اعطائه تاماً في قبالة التجاوز عنه باعطائه ناقصاً؛ واستيفائه بالعكس، ولعل تحريم النقض والنكث مع أنَّهما في قبالة الاتمام لكونه أبلغ وأكد من تحريم التجاوز عنه وعدم القيام به، فإنَّ النقض جعل العقد محلولاً والغدر تركه والتجاوز عنه، فتحريم الأول أبلغ وأكد من تحريم الثاني بعنوانه.

وبناء على ما ذكرنا فمتعلق العهد والعقد وإن كان من الاعمال، والوفاء به والقيام بمقتضاه إيجاده وإن كان من النتائج، كما في العقد على ملكية عين بعوض، فإتمامه وعدم التجاوز عنه بإيفائه وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه، ومنه يعلم أنَّ ترتيب آثار الملك أجنبي عن الوفاء، إذ لا عهد بالاضافة إليه، وما لا عهد به لا وفاء له فليكن على

(١) الكهف آية ٤٧.

(٢) الكهف آية ٤٩.

(٣) وسائل الشريعة باب ١٣ من أبواب الطواف ح ٦ وفيه (لتشهد...).

(٤) وسائل الشريعة باب ٢٢ من أبواب الطواف ح ٩ وفيه (بين الله في أرضه).

(٥) الكافي ١: ٢٢٠ حديث ٦٤.

ذكر منك.

ومنها: أنَّ الأمر بالوفاء العقدي إمَّا مولوي أو ارشادي، والارشادي إمَّا إلى الصحة أو إلى اللزوم أو إليهما معاً، لا مجال لكونه ارشادياً إلى الصحة، لأن الأمر بشيء يعقل أنَّ يكون ارشادياً إلى ما فيه من الفائدة المترتبة منه لا إلى ما في غيره من الفائدة، فقولہ ﷺ: (إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم) ^(١) يصح أنَّ يكون ارشادياً إلى ما في انشاء البيع من الفائدة، لكن الأمر بالوفاء لا يصح أنَّ يكون ارشاداً إلى ما في البيع من الفائدة، بل إلى ما في الوفاء من الفائدة، وترتب الوفاء على الصحة وامكان الأمر به دليلاً على الصحة، إلاَّ أنَّه بالدلالة الفعلية لا بالدلالة الكلامية، ولذا ذكرنا في محله ^(٢) أنَّ الأمر بشيء لا ينبعته عن المصلحة وإن كان يدل عليها، إلاَّ أنَّه من باب دلالة المعلول على العلة؛ لا بنحو سوق الانشاء لإثارة ما فيه من المصلحة في قبال سوقه لجعل الداعي.

ومما ذكرنا تبين عدم الارشاد إلى الصحة واللزوم معاً، لما مرَّ ^(٣) ولعدم الجامع، وأمَّا الارشاد إلى اللزوم الوضعي فهو في حد ذاته معقول لكنه خلاف ظاهر الأمر والنهي، إلاَّ أنَّه ربَّما يدعى الظهور الثانوي لهما في باب المعاملات في الارشاد، كما يدعى ظهور الأمر بالاجزاء والشرايط في التكاليفات في الارشاد إلى الجزئية والشرطية.

ويمكن أن يقال: إنَّ المسلم من ذلك فيما إذا تعلق الأمر أو النهي بنفس المعاملة، كقولهم ﷺ: (بيعوا ولا تبيعوا) لا في مثل الأمر بالوفاء والنهي عن النقص والنكث، فإنَّ مناسبة الحكم والموضوع فيه تقتضي مولوية الأمر والنهي، فإنَّ الآيات الواردة في باب الوفاء والنقص والنكث وتوصيف المؤمنين بالوفاء بالعهد والميثاق، وتوصيف غيرهم بأنَّه لا عهد لهم ولا يمين لهم، كلها شاهدة على أنَّ مساقها مساق

(١) عوالي اللآلي ٢: ٢٥٣ حديث ٢٦.

(٢) نهاية الدراية ٢: ٣٣٥ - مؤسسة آل البيت.

(٣) في نفس التعليقة.

التكليف لا الارشاد، فالأظهر كون الأمر بالوفاء والنهي عن النقص مولوياً، وحينئذ يشكل استفاضة اللزوم الوضعي منه، بل يدل الأمر والنهي المولويان على خلافه، للزوم تعلّمهما بالمقدور في وعاء الامتثال فيدلان على أنّ العقد قابل للحل.

لا يقال: النهي يوجب سلب قدرته شرعاً عن الفسخ، ومعه لا ينفذ منه انشاء الفسخ حيث لا سلطنة له عليه، ولا ينفذ مع عدم ملك التصرف شيء من التصرفات التسببية المعاملية عقداً وحلاً.

لانا نقول: السلطنة التكليفية حيث إنّها متقوّمة بالترخيص التكليفي، فلا محالة تنتفي بضدها وهو التحريم المولوي، وأمّا السلطنة الوضعية - المتقوّمة باستجماع جميع شرائط نفوذ التصرف المعاملي - فلا يعقل انتفائها بالتحريم المولوي، فما ينتفي بالتحريم المولوي لا ينافي النفوذ، وما ينافي عدم النفوذ لا ينتفي بالتحريم المولوي، إذ المفروض بقائه على جميع شرائط النفوذ بعد النهي كما كان قبله، بل قد عرفت استحالة خلافه؛ وإلاً لكان نهياً عن غير المقدور في موطن الامتثال.

نعم للمصنف العلامة (رفع الله مقامه) تقريب في استفادة اللزوم الوضعي من الأمر التكليفي بالوفاء والنهي عن النقص تعرض له في أوائل الخيارات^(١)، ملخصة أنّ الوفاء هو العمل بمقتضى العقد، وحيث إنّ مقتضاه تمليك الغير وجب العمل بما يقتضيه تمليك الغير من ترتيب آثار ملكية الغير له بعدم أخذه من يده وعدم التصرف فيه بغير رضاه، فاذا وجب هذا المعنى مطلقاً حتى بعد إنشاء الفسخ والرجوع كان دلاً على اللزوم الوضعي، وإلاً لكان محجوراً عن ملكه بلا موجب مع تأثير الرجوع.

ويمكن أن يورد عليه: بأنّ الوفاء باعترافه ﷺ هو العمل بمقتضى العهد والعقد و متعلقه ملكية عين بعوض، ولا تعهد لتمليك عين بعوض كما لا تعهد لعدم التصرف، وما لا عهد به لا وفاء له، وترتيب آثار الملكية عمل بما تقتضيه الملكية لا عمل بما يقتضيه العقد على الملكية، فلا عمل للعقد على الملكية إلاّ القيام به بعدم هدمه.

وأصلحناه في باب الخيارات بارادة الوفاء العملي كالتصديق العملي في باب

الخبر، وكالابقاء العملي والنقض العملي في باب الاستصحاب، فالوفاء الحقيقي حيث إنَّه غير معقول فيراد منه الوفاء العملي، والمراد المعاملة مع العقد عملاً معاملة العقد المؤثر الباقي على تأثيره باطلاقه حتى بعد انشاء الفسخ، فالتصرف فيه بدون رضاه بعد انشاء الفسخ معاملة مع العقد معاملة ما لا عقد عليه فعلاً.

أمَّا أنَّ الوفاء الحقيقي غير معقول حتى تكون قرينة على ارادة الوفاء العملي كما في بابي الخبر والاستصحاب، فلأنَّ الفاسخ إنَّ كان له حق الفسخ فانشائه مؤثر وتحريم التصرف في ملكه بعنوان الوفاء بلا موجب، وإنَّ لم يكن له^(١) حق الفسخ فمع عدمه لا يؤثر فسخه، فالفسخ غير مقدور حتى يحرم عليه، فلا محالة يراد النقض العملي المقذور منه حتى بعد انشاء الفسخ فيدل على اللزوم الوضعي، وتام الكلام في المقام وما يرد عليه من النقض والابرام في باب الخيارات فراجع تعاليننا^(٢) عليه، والله الهادي.

٨٤- قوله ﷺ: (وكذلك قوله ﷺ: المؤمنون عند شروطهم^(٣)... الخ)^(٤).

يبتنى الاستدلال به على أمرين:

احدهما: شمول الشرط لمطلق الالتزام حتى يعم الالتزام المعاملي، وقد ذكرنا ما عندنا في باب الشروط^(٥) وصدقه على مطلق الالتزام، وإنَّ لم يكن في ضمن التزام آخر.

ثانيهما: دلالة على اللزوم الوضعي توضحيه: أنَّ ملازمة المؤمن لشروطه إمَّا كناية عن صحته ابتداءً أو عن لزومه أو عن وجوب الوفاء به تكليفاً، لا مجال للاول إذ لا إخبار عن تحققه حتى يكون اظهراً لصحته، ولا إخباراً عن مقتضاه ليكون إخباراً عن

(١) أضفنا كلمة (له).

(٢) ح ٤ تعليقة ١٠.

(٣) عوالي الآلي ١: ٢١٨ حديث ٨٤ و ١: ٢٩٣ حديث ١٧٣.

(٤) كتاب المكاسب ٨٥ سطر ٢٨.

(٥) ح ٥ تعليقة ٥٢.

تحقق مقتضيه، كما في ما إذا أخبر عن تحقق الصلاة اظهاراً للبعث نحوها من باب اظهار المقتضي بالاخبار عن تحقق مقتضاه، بل مضمونه الاخبار عن ملازمة المؤمن لشرطه فيناسبه التكليف بملازمته إيّاه، وحيث إنّ مضمونه عدم انفكك المؤمن عن شرطه لا عدم انفكك الشرط عن المؤمن، فلا يكون كناية عن لزوم الشرط، بل عن وجوب الملازمة وعدم انفكك المؤمن عنه، فإنّ ملازمة المؤمن لشرطه صفة في المؤمن، لاصفة في الشرط حتى يكون كناية عن لزومه وضعاً، بل كناية عن الأمر بالوفاء به تكليفاً، وتمام الكلام في باب الشروط.

٨٥- وقوله ﷺ: (إن هذه الفقرة مع قطع النظر... الخ) (١).

وهنا وجه خامس كما عن صاحب الجواهر (٢) ﷺ وعن شيخنا الاستاذ (٣) وعن بعض اعلام تلامذة المصنف ﷺ وهو أنسب من بعض الوجوه وأقرب من بعضها الآخر، وهو أنّ المراد من الكلام في الفقرتين ايجاب البيع، والمراد من المحللية والمحرمة المنسوبة إليهما محللية الايجاب للمبيع على المشتري والضمن على الباع، ومحرميته للمبيع على الباع وللضمن على المشتري، وغرضه ﷺ أنّ المشتري حيث إنّه إنّ شاء أخذ وإن شاء ترك فيكشف عن عدم تحقق ايجاب البيع الذي من شأنه التحليل والتحریم، ليكون من بيع ما ليس عنده كما تدل عليه الروايات الأخر الخالية عن هاتين الفقرتين.

فاتضح أنّه أنسب من الاحتمال الاول والثاني، لما أفاده ﷺ من أنّ السائل لم يسأل عن سببية القصد المجرد أو المدلول عليه بالفعل، ولا عن حصول مقصود واحد بأي مضمون كان، ليجاب باختلاف المضامين في المحللية والمحرمة كما هو مورد روايات باب المزارعة (٤).

(١) كتاب المكاسب ٨٦ سطر ١٦

(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٢١٧.

(٣) حاشية الأخوند ١٥.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٨ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة، ج ٦، ح ١٠.

وأما كونه أقرب من الاحتمال الثالث والرابع؛ فكونه أقرب من الاحتمال الثالث موضوعاً ومحمولاً واضح، لأنَّ الألفاظ وإنَّ كانت موضوعة لنفس المعاني من دون أخذ الوجود أو العدم فيها، إلَّا أنَّ المفاهيم الثبوتية إذا اطلقت في غير مقام الحدود يراد منها ما هو بالحمل الشايح، فمطابقتها حيثية ذاته حيثية طرد العدم، فلا معنى لإطلاق الكلام وإرادة عدمه، بخلاف إطلاق الكلام وملاحظته فانياً في مطابقه؛ هذا باعتبار الموضوع.

وأما الأقربية باعتبار المحمول فلأنَّ إطلاق المحلل على عدم الكلام لا يخلو عن مسامحة، إذ بقاء كل من العينين على ملك صاحبه ببقاء علته لا بعدم علة ضده، كما أنَّ إطلاق المحرّم على الايجاب المتعلق بما ليس عنده أي الايجاب في غير محله، فيه أيضاً مسامحة إذ عدم حلية المال بعدم حصول الايجاب الصحيح لا بحصول الايجاب الفاسد.

ومنه يعلم: أنَّ قياسه بباب المزارة باطل، لأنَّ المراد من محرمة تسمية ما للبذر والبقر باعتبار أنَّه مفسد لعقد المزارة، فالمحرمة وضعاً صحيحة؛ بخلاف محرمة الايجاب الواقع في غير محله، فإنَّها غير صحيحة لا تكليفاً ولا وضعاً.

نعم لو كانت العبارة «يحل الكلام ويحرم الكلام» من باب الفعل المجرد، كما في نسخة الوسائل الموجودة عندي لأمكن اصلاحه بإرادة الحلية الوضعية والحرمة الوضعية، والمراد أنَّ ايجاب البيع هو الذي يوصف بالنفوذ تارة، وبعدمه أخرى دون المقابلة الخارجة عن مقسم الحل والحرمة وضعاً.

ومما ذكرنا أولاً تبيين وجه الاقربية من الرابع من الوجوه، مضافاً إلى ما فيه من التفكيك في المراد من الكلام بين الفقرتين.

وهنا احتمال سادس وهو أنَّ الايجاب الصحيح في ذاته يؤثر تارة في الحل وأخرى في الحرمة، كالنكاح المؤثر في الحلية والطلاق أو الظهار المؤثر في الحرمة، والمراد أنَّ السبب المؤثر تارة في الحلية وأخرى في الحرمة منحصر في الكلام، لأنَّ الصحيح المحلل والفاسد المحرم منحصر في الكلام حتى يورد عليه بالاشكال في

المحللية والمحرمية.

٨٦- قوله ﷺ: (بأن يقال إن حصر المحلل والمحرم في الكلام... الخ)^(١).

لا يخفى عليك أنَّ الحصر إذا لوحظ بالاضافة إلى الايجاب في قبال المقابلة، فالتعبير عنه بالكلام لا يدل على حصر المحلل والمحرم في الايجاب الكلامي، وإنما يدل على الحصر إذا اطلق الكلام في قبال الفعل والمفروض هو الاول، فالرواية تدل على الحصر في الايجاب المعبر عنه لنكته بالكلام، ولا يبتني على ثبوت المفهوم للوصف، فإنه فيما إذا كان في القضية موصوف معتمد عليه، والأكان من اللقب دون الوصف.

ولا يجدي كونه في المقام جارياً مجرى التعليل، فإنه بالاضافة إلى الايجاب لا بالاضافة إلى الكلام، لأنَّ المفروض المعاملة بين الايجاب والمقابلة لا القول والفعل، ونكته التعبير لا تنحصر في حصر الايجاب في الكلام، ولعل النكته أنَّ مفروض السؤال حيث كان قول المشتري اشتر لي هذا الثوب فلذا استفصل ﷺ: (إنَّه ليس إن شاء أخذ... الخ) حيث إنَّ الكلام المزبور يمكن أن يقصد به الاشتراء ويمكن أن يكون أمراً به ومحققاً للمقابلة، فلما تبين أنَّ الكلام المزبور لم يكن بعنوان المعاملة، بل بعنوان المقابلة فلم يحصل ما من شأنه التحليل والتحرير بالكلام المزبور؛ ليدخل تحت عنوان بيع ما ليس عنده، فحصر التحليل والتحرير في الايجاب الكلامي، من حيث أنَّ القابل للأمرين المتعين في المقابلة دون المعاملة كان كلاماً، فلذا حصر المحلل والمحرم في الكلام.



... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

تنبيهات المعاطاة

التنبيه الأول: في اعتبار شرائط البيع في المعاطاة وعدمه

٨٧- قوله ﷺ: (التمسك في مشروعته بمعوم الناس... الخ)^(١). لا يخفى أنّ الإباحة المالكية بما هي إباحة إنشائية من المالك وإمكان حصولها غير محتاج إلى دليل، ولا معنى لاناطتها شرعاً لشيء إلاّ لأنها لا أثر لها شرعاً إلاّ بعد الحكم على طبقها شرعاً بالإباحة، وهو معنى مشروعيتها المستفادة من دليل السلطنة، وهذه الإباحة الشرعية على وفق الإباحة المالكية غير الإباحة الشرعية الابتدائية المقابلة للإباحة المالكية، فإنّها أجنبية عن دليل السلطنة؛ لأنّ نسبة تلك الإباحة إلى المأخوذ بالمعاطاة نسبة الحكم إلى موضوعه، لانسبة المسبب إلى سببه أو ما يشبه ذلك، كإباحة ما أباحه المالك.

نعم إن كان الدليل على مشروعية المعاطاة هي السيرة فعلى كلا الوجهين من الإباحة ينبغي الإخذ بالمتيقن، إلاّ أنّ تكون السيرة على أوسع من ذلك كما ادعاه كاشف الغطاء^(٢) وأنّ عادة المسلمين جرت على ذلك.

٨٨- قوله ﷺ: (وأما على المختار من أنّ الكلام فيما قصد به... الخ)^(٣).

تنقيح المرام برسم أمور في المقام:

(١) كتاب المكاسب ٨٧ سطر ١٠.

(٢) شرحه على متاجر القواعد مخطوط.

(٣) كتاب المكاسب ٨٧ سطر ١١.

منها: أنَّ المعاملة المقصود بها الملك بيع عرفي سواء أثرت في الملك شرعاً أم لم تؤثر، بل حكم عليها بالاباحة، ودليل إمضاء البيع - كما مرَّ سابقاً^(١) - لا يعقل أن يكون موضوعه إلا البيع العرفي؛ فإنَّه القابل للإمضاء، بخلاف دليل اعتبار شيء في البيع فإنَّه لا يعقل أن يكون موضوعه البيع العرفي بما هو، فإنَّ اعتبار أحد لا ينوط^(٢) بنظر شخص آخر، فلا يعقل أن يكون الموضوع غير البيع الشرعي؛ فإنَّه المنوط في نظره بشيء، فالبيع المساوق وجوده لنفوذه هو المنوط بكذا وكذا لا كل ما قصد به الملك. منها: أنَّ البيع الشرعي لا يختلف باختلاف اسبابه من حيث القول والفعل، فاعتبار شيء في البيع بما هو يقتضي عدم الفرق بين ما إذا تحقق بالقول أو الفعل، ولا موجب لانصرافه إلى البيع العقدي القولي؛ إذ الغالب تحقُّقه بالتعاطي، ولو تنزَّلنا فلا غلبة في القولي أيضاً.

منها: أنَّه لا فرق في دليل اعتبار الشرط بين كونه لفظياً أو لبياً، بتخيُّل أن الموضوع في الأول هو البيع العرفي؛ والموضوع في الثاني هو البيع العقدي القولي لانصرافه عند المجمعين إليه، وذلك لما مرَّ^(٣) من أنَّ موضوع دليل اعتبار الشرط لا يعقل أن يكون هو البيع العرفي، وإنَّما الصالح للتقابل هو البيع الشرعي مطلقاً، والبيع الشرعي القولي فإنَّه الذي يتفاوت فيه اللفظي والسبي، لا من حيث إنَّ الثاني يؤخذ فيه بالمتيقن وهو البيع القولي، فإنَّه يصح في الاجماع العملي لا الاجماع المستفاد من فتاوى المجمعين فإنَّه كالنص، لكنهم حيث يرون المعاطاة مفيدة للإباحة فهي ليست بيعاً شرعاً عندهم، فلا يكون الشرط المعتبر عندهم في البيع معتبراً فيما ليس ببيع عندهم، نعم إذا حملت الاباحة في كلامهم على الملك المتزلزل، كما ادعاه المحقق الكركي^(٤) كان اللبي كاللفظي في عدم الموجب لانصرافه إلى القولي.

(١) تعليقة ٤٧.

(٢) هكذا في الاصل والصحيح (يناط).

(٣) في نفس التعليقة.

(٤) جامع المقاصد ٥٨:٤.

ومنها: أنَّ النص وإن اقتضى اعتبار شيء في البيع الشرعي مطلقاً، إلا أنَّ دليل نفوذ المعاطاة إن كانت هي السيرة وقد فرضت على عدم اخذ ذلك الشيء في مقام التعاطي، كانت مخصصة لدليل اعتبار الشرط واختصاصها بالقولي، ولا فرق في هذا الأمرين أنَّ تكون المعاطاة المؤثرة في الملك بيعاً أو معاملة مستقلة، فإنَّ سعة دائرة مورد السيرة لا تختلف بكونه بيعاً أو معاملة مستقلة.

مع أنَّ دعوى كونه معاملة مستقلة، كما عن كاشف الغطاء^(١) فيما حكى عنه بلا وجه، لأنَّ حقيقة البيع - وهي التمليك بعوض - لا تختلف باختلاف اسبابها قولاً وفعلاً، غاية الأمر أنَّ السيرة دليل على حصولها بالفعل، بل على حصولها مع فقد سائر الشرائط.

ومن جميع ما ذكرنا تبين: أنَّه لا يعتبر شرائط البيع القولي في المعاطاة على القول بافادتها الملك شرعاً، إمَّا لعدم المقتضي لقصور الدليل اللبي كما عرفت، أو لوجود المانع وهي السيرة العملية على أوسع مما تقتضيه النصوص.

ومنه يتبين حال المسألة على القول بافادتها الإباحة، لفرض دلالة دليل الشرط على اعتباره في البيع وما لا يفيد الملك ليس ببيع شرعاً، وقد مرَّ^(٢) أنَّ موضوع دليل الشرط هو البيع الشرعي دون العرفي، وأمَّا قصور دليل تأثير المعاطاة في الإباحة عن شموله لفاقد غير الصيغة أيضاً فهو خلاف المشاهد من سيرة المسلمين من عدم رعايتهم لما يعتبر في العقد القولي، كما عن كاشف الغطاء^(٣) وغيره.

٨٩- قوله ﷺ: (وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم... الخ)^(٤).

توضيح المقام: أنَّه إن قلنا بأنَّ المعاطاة مفيدة للملك من أول الأمر فهي بيع شرعاً، فيعمه أدلة الخيارات من دون فرق بين القول بأنَّ موضوع دليل الخيار هو البيع المبني

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٢٨.

(٢) في أول هذه التعليقة.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٢٢٨.

(٤) كتاب المكاسب ٨٨ سطر ١.

على اللزوم لولا الخيار أو القول بأنه أعم منه، أمّا على الثاني فواضح، وأمّا على الاول فكذلك عند من يرى كالمصنف العلامة رحمته من أنّ الجواز في المعاطاة متعلق بالترادّ لا بفسخ المعاملة، فإنّ المعاطاة عنده لازمة من حيث فسخ المعاملة المقابل للخيار، فلا مانع من شمول دليل الخيار للمعاطاة من دون فرق بين الخيار المختص بالبيع وغيره.

فان قلت: لا شبهة في أنّ المعاطاة جائزة إجماعاً ولو قلنا بالملك، ولا معنى لدخول الخيار في العقد الجائر، ولعله رحمته من هذه الجهة لا يقول بالخيار، فإنّ المانع متساوي النسبة إلى جواز فسخ السبب وجواز الترادّ، وقد التزم رحمته لهذه ^(١) الكلية في باب شرط الخيار ^(٢) وأهّ لا مجال له في العقود الجائزة، فتدبر.

قلت: قد ذكرنا في محله ^(٣) من أنّ المانع المتوهم أحد أمور:

من تحصيل الحاصل واجتماع المثلين واللغوية، والكل مندفع بأنّ اعتبار الحقيقة المترتبة عليها الآثار في الخيار يدفع كل ذلك والتفصيل في محله، وعليه فالبيع المعاطاتي تمام موضع الخيار، وأثره يظهر قبل وجود أحد الملزمات، فالاسقاط بعد المعاطاة كالاسقاط بعد العقد، لا كشرط السقوط في ضمن العقد.

نعم هذا المعنى يصح بناء على ما قدمناه عن شيخنا الاستاذ ^(٤) من أنّ المعاطاة تنفيذ الملك بشرط التصرف والتلف كالتقبض في الصرف والسلف، فإنّ إسقاطه حينئذ كشرط السقوط قبل تمامية علة الخيار؛ إلّا أنّ إسقاطه بمجرد ثبوت مقتضيه فيه محذور تعرضنا له في مباحث الخيار فراجع ^(٥)، هذا على القول بالملك.

وأما بناءً على الإباحة وحصول الملك بنفس التصرف أو التلف لا بشرطهما فلا بيع شرعاً لا أولاً ولا آخراً، فلا معنى لدخول الخيار المختص بالبيع فيها.

(١) هكذا في الاصل والصحيح (بهذه).

(٢) كتاب المكاسب ٢٣٣.

(٣) ح ٤ تمليقة ٩١.

(٤) حاشية الآخوند ١٠.

(٥) ح ٤ تمليقة ٦٠.

لا يقال: موضوع الخيار هو البيع العرفي، ولا موجب لجعله البيع الشرعي كما في الشروط.

لانا نقول: كما لا معنى لاعتبار شيء فيما لا يرتبط بالشارع لفرض عدم اعتبار الملكية منه، كذلك لا معنى لاعتبار حق فسخ السبب المعاملي مع عدم كونه سبباً عنده، ولا لاعتبار حق الرجوع في الملك مع أنه لا ملك بنظره واعتباره حتى يعتبر حق رده، وأمّا الخيار الذي لا يختص بالبيع فلا قصور فيه من حيث مقام الاثبات، وأمّا القصور لمقام الثبوت، لأنّ الإباحة سواءً كانت مستندة إلى الرضا الضمني أو كانت تعبدية محضة لا معنى لجعل الخيار فيها، إذ لا سبب معاملي ليعقل حق حله وإزالته، والحكم الشرعي غير قابل للنسب إلى رفعه، وأمّا الإباحة الانشائية فهي وإن كانت قابلة للحل - كما سيجيء^(١) - إن شاء الله تعالى - إلا أنّك قد عرفت فيما تقدم^(٢) أنّ الإباحة الانشائية ولو ضمنية غير معقولة في المعاطاة المقصود بها التسبب إلى الملكية.

التنبيه الثاني: هل يتحقق التعاطي من طرف

٩٠ - قوله ﷺ: (أَنَّ الْمُتَيْقِنَ مِنْ مَوْرَدِ الْمَعَاطَةِ... الخ)^(٣).

توضيح القول فيه: أنّ البيع من الأفعال التسيبية التي لا بد فيها من التسبب إليها بسبب قولي أو فعلي، فتحققه بمجرد القصد والرضا خلف، والسبب الفعلي يتصور على وجوه:

أحدها: التعاطي من الطرفين وهو الفرد الواضح المنطبق عليه عنوان المعاطاة.
ثانيها: الاعطاء من طرف والأخذ من الآخر، فيتسبب البايع باعطائه إلى التمليك بعوض، ويتسبب المشتري بأخذه بعنوان المطاوعة لما تسبب إليه البايع، وهو وإن كان خارجاً عن عنوان المعاطاة، إلا أنّها لم ترد في آية ولا في رواية لندور مدارها، بل

(١) تعليقة ١٠٦.

(٢) تعليقة ٥٢ قوله (نعم اشكال تجية ...).

(٣) كتاب المكاسب ٨٨ سطر ٤.

العبرة بناءً على الملك بصدق البيع المتقوم بالايجاب والقبول وهما مفروض^(١) الحصول، وأما بناء على الاباحة فالمناط تحقق السيرة على مثله، ومن البين شيوع النسبية والسلف في المعاطاة عند العرف.

وأما ما عن بعض المحشئين^(٢) من الاستدلال بدليل السلطنة فغير وجيه، فإنّه إنَّما يصح الاستدلال به إمَّا لافادة الملك فيما إذا قصد الملك، أو لافادة الاباحة المالكية فيما إذا قصدها، وأمَّا ترتب الاباحة شرعاً على المعاطاة المقصود بها الملك فهو أجنبي عن سلطنة الناس على اموالهم، لخروجها عن تحت تصرفات المالك فلا يكون له السلطنة عليها.

ثالثها: إذا لم يكن إعطاء اصلاً بل إيصال ووصول، فإنَّ فرض تسبب الموصل بإيصاله إلى التملك وتسبب من وصل إليه بوصوله إلى مطاوعته كان بيعاً، وإلَّا فلا بيع أصلاً حتى يدخل تحت عنوان المعاملة الفعلية، ولا يبعد استشكاف هذا المعنى من السيرة المتعارفة في مثل شرب الماء ووضع العوض أو الدخول في الحمام ووضع الاجرة، وهو أنَّ السَّقاءَ وَضَعَ الماء قاصداً به تملك كل من شرب منه بازاء ما تعارف فيه من العوض، وأنَّ الحمامي قصد تملك المنفعة لكل من دخل الحمام بازاء الاجرة المعهودة، فيغتفر في المعاملة الفعلية ويتسامح فيها بما لا يغتفر ولا يتسامح فيه في القولية.

رابعها: ما إذا لم يكن إلَّا المقابلة الكاشفة عن الرضا، ولم يستبعد المصنّف^{رحمته} صحتها بيعاً، إلَّا أنَّ حقيقة المقابلة مبنية لحقيقة المعاملة والمبادلة، ولا يقاس بالقول الفاقد للشرائط؛ إذ لا يشتمل على ما ينافي المعاملة، بخلاف المقابلة فإنَّ المتأولة على المبادلة وإلَّا لم تكن مقابلة على الشيء بل هو ذلك الشيء، نعم إذا نسبت إلى المبادلة باللفظ المرسوم في مقام المقابلة كان صالحاً للتسبب إذ ليس فيه ما ينافيه، هذا من حيث إفادة الملك.

(١) هكذا في الاصل والصحيح (مفروض).

(٢) حاشية اليزدي ٧٧ سطر ١٣.

وأما من حيث الإباحة فإن استندنا في الإباحة شرعاً إلى الرضا الضمني فلا شبهة في امكان استكشافه من المقاوله، وإن كانت الإباحة تعبدية محضة فالأمر مشكل، لعدم إحراز السيرة على مثله ليحكم عليه بالإباحة شرعاً.

وهنا فرض آخر خالٍ عن الفعل وهو ما إذا كان مال كل منهما بيد الآخر، فإنه يقال بلزوم الرد والتقاضى الجديد، فإن كان لعدم حصول عنوان التعاطي إلا به فقد^(١) مرّ أنه لا موجب له، وإن كان لعدم فعل يتسبب به إلى الملكية، فيمكن دفعه بأن إبقائه تحت يد الآخر وامساكه تحت يده فعلا ن اختياريان يمكن التسبب بهما إلى التمليك والتملك، فتدبر.

التنبيه الثالث: تمييز البائع من المشتري

٩١- قوله ﷺ : (تميز البائع من المشتري في المعاطاة... الخ)^(٢).

ينبغي التكلم في مقامي الثبوت والاثبات:

أما مقام الثبوت: فملخص القول فيه أنّ حقيقة العقد بيعاً كان أو غيره يتقوم بتسبب من أحد الطرفين ومطاوعته من الآخر، لا من تسببين فالتسبب من كل منهما إلى الملكية إيجابان بعنوان الهبة، إن تعقبهما قبول وإلا لم يكونا هبةً ولا بيعاً.

ومنه تعرف ما في المتن من كون كل منهما بايعاً ومشترياً باعتبارين، فإنه غير معقول في مقام الثبوت فلا يعقل في مقام الاثبات، حيث لا يعقل أن يكون تسببان إلى الملك على وجه البيع حتى يكون كل منهما بايعاً، كما لا يعقل أن يكون كل منهما مطاوعاً حقيقة حتى يكون كل منهما مشترياً، وأما صدق الاخذ والترك فهو لازم الاثراء لا عين حقيقته ولا عين مفهومه، لأنّ عنوانه يطابق حقيقته حيث إنّه افتعال من الشراء - الذي هو البيع - فيكون مفهومه مطاوعة البيع.

(١) في نفس التعليقة عند قوله (الا أنه لم ترد فيه آية...).

(٢) كتاب المكاسب ٨٨ سطر ١٦.

بقي هنا شيء وهو: أنه لو فرض تسبیب^(١) كل منهما إلى الملكية فهل يكون صلحاً أو معاملة مستقلة.

أمّا كونه صلحاً فلتخيل أنّ الصلح يمتاز عن سائر العقود بتركبه من ايجابين؛ لكون كل منهما مسالماً مع الآخر، وليس حقيقة الصلح إلاّ المسالمة، ولذا يصح الانشاء من كل منهما بقوله: «صالحت» ويشهد له ما ذكره الاصحاح (رضوان الله عليهم) من حمل الرواية الواردة في الشريكين (إذا قال أحدهما للآخر لك ما عندك ولي ما عندي)^(٢) على الصلح مع خلوها عن مفهوم الصلح، وليس ذلك إلاّ باعتبار أنه نوع مسالمة منهما.

ويندفع: بأنّ الصلح مسالمة عقدية، وبها يمتاز عن سائر العقود التي لا شبهة في أنّها^(٣) مصاديق المسالمة، فكون كل من المتعاقدين مسالماً خارجاً مع الآخر مشترك بين كل العقود.

وأما إنشاء المسالمة على الملكية فهو مما يتقوّم به الصلح، والمعلوم من حال الفقهاء وسيرتهم تحقق الصلح بايجاب وقبول كغيره من العقود، وليس حقيقته مع كونه عقداً أوسع من ذلك، وتحقق القبول بمفهوم الصلح كتتحقق القبول في البيع بقوله: «ملكيت» - مخففاً - فاصداً به مطاوعة التملك، بل قد عرفت في ما تقدم^(٤) تحقق الايجاب أحياناً بعنوان القبول وتحقق القبول بعنوان الايجاب، كما في باب السلف من صحة قول المشتري «اسلفتك عشرة دراهم في منّ من الحنطة».

وأما حمل الرواية على الصلح فلا موجب له، بل موردها أشبه بالهبة المعوضة، وقوله عليه السلام بعد ذلك: (لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت به أنفسهما) لا تدل على إرادة التسالم العقدي، بل على التراضي المبني عليه كل معاملة، كما أنّ حمل الرواية على

(١) هكذا في الاصل وحق العبارة (لو فرض ان كل واحد منها تسبب الى الملكية).

(٢) وسائل الشريعة باب ٥ من أبواب أحكام الصلح ح ١.

(٣) السياق يقتضي اضافة (من).

(٤) تعليقة ٢٦ قوله (ثم اعلم ان الكلام ...).

الابراء غير وجيه لمنافاته لجميع فقرات الرواية، فإنَّ ظاهر قوله: (لكل منهما طعام عند صاحبه) وقوله: (لا يدري كل منهما كم له عند صاحبه) وقوله: (لك ما عندك ولي ما عندي) أنَّ موردها العين لا الدين، وإلَّا لقال: (لكل منهما على صاحبه) (وكم له على صاحبه) (ولك ما عليك ولي ما عليّ) كما هو غير خفي على العارف بأساليب الكلام، هذا كله في كون المركب من الايجابين الحقيقيين صلحاً. وأما كونه معاملة مستقلة فلا يجدي بعد استظهار قصر العقود على المتعارف، فلا دليل على نفوذها بعد عدم تعارفها.

وأما مقام الاثبات: فمختصر القول في مقام الاشتباه بعد فرض كون أحد الطرفين موجباً والآخر مطواعاً، ففي غير النقدين باحدهما، فمالك النقد هو المشتري ومالك غيره هو البائع تقدم الدفع أو تأخر؛ وفي النقدين بهما وفي غيرهما بغيرهما فالمناط هو الدفع أولاً؛ فإنَّه المتسبب ظاهراً غالباً؛ والدافع ثانياً مطواع، فما في المتن يجدي في هذا المقام لا أنَّه مع عدم الفراغ عن مقام الثبوت، ومنه يظهر الخلط بين مقامي الثبوت والاثبات في كلامه زيد في علو مقامه.

التنبيه الرابع: في الوجوه المتصورة في المعاطاة

٩٢- قوله ﷺ: (يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه... الخ)^(١). وجه التعرض لخصوص هذه الاقسام الاربعة مع أنَّها تزيد على ما ذكر بكثير- كما إذا كانت المقابلة بين المالين وكان القبول بالاعطاء، وكما إذا كانت المقابلة بين المال والتملك أو التملك والمال، وكذا في طرف الاباحة- هو أنَّ الغرض تعرّض^(٢) ما هو مورد الكلام والاشكال دون ما لا كلام فيه ولا اشكال، وذلك لأنَّ الاشكال تارة من حيث صدق المعاطاة وهذا مختص بالقسم الأول، وأخرى من حيث صدق البيع وهو مختص بالقسم الثاني.

(١) كتاب المكاسب ٨٨ سطر ٢٧.

(٢) تعرض تتمدى باللام فتحق العبارة أن يقول (تعرض لما هو...).

بخلاف ما إذا كانت المقابلة بين المالين وهذا لا اشكال فيه من وجه؛ فلا موجب لتعرضه، كما أنه إذا كانت المقابلة بين المال والتملك فإنه لا اشكال فيه من حيث صدق البيع، كما أنه مشترك مع المقابلة بين التملكين من حيث لزوم كون القبول فيه بالاعطاء كما سيجيء^(١) إن شاء الله تعالى فلا موجب للتعرض له، وأمّا المقابلة بين التملك والمال فهو غير معقول كما سيجيء^(٢) توضيحه إن شاء الله تعالى.

٩٣- قوله ﷺ: (فالمقابلة بين التملكين لا الملكين... الخ)^(٣).

تنقيح المقام برسم امور:

منها: أنّ الكلام في صحة التملك بازاء التملك، فارجاعه إلى المقابلة بين المال والتملك خلف، فلا وجه لما عن شيخنا الاستاذ^(٤) من ارجاعه إليه؛ فإنه كما مر^(٥) مما لا اشكال فيه، فلا وجه لتعرضه إلاّ من حيث عوضية التملك، فتدبر.

ومنها: أنّ أصل المقابلة بين التملكين فيه غموض وخفاء، فإنّ التملك بالاعطاء حال تعلّقه بمتعلّقه ملحوظ آلي، وفي جعل نفسه معوضاً يحتاج إلى لحاظ استقلالي، ولا يعقل إجتماع اللحاظين المتباينين في ملحوظ واحد، فلا بد من أنّ يكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى كالصلح على التملك بازاء التملك، فيستحق كل منهما التملك من الآخر بازاء تملك نفسه.

ومنها: أنّ ما أفاده ﷺ من تقوّم التعاطي بالتملك من الطرفين، إن أُريد منه أنّه لا بد من إنشاء تملكين في حصول الملكيتين باعطائين فهو كما أُفيد، للفرق بين التملك وسائر الاعمال كالخياطة، فمجرد استحقاق التملك على الآخر لا يجدي في حصول ملكية ماله.

(١) تعليقة ٩٣ قوله (ومنها أصل المقابلة بين التملكين).

(٢) تعليقة ٩٣ قوله (ومنها أنه اذا كان التملك...).

(٣) كتاب المكاسب ٨٨ سطر ٣٢

(٤) حاشية الآخوند ١٨.

(٥) تعليقة ٩٢.

وإن أُريد منه عدم حصول الملكية اصلاً حتى بالنسبة إلى المال في التملك الحاصل من المعطي الملحوظ كونه بازاء التملك من الآخر، فهو مخدوش: بأن التملك بازاء التملك إذا وقع على وجه صحيح فلا محالة يوجب تحقق الملكية من المنشئ للتملك، واستحقاق التملك من الآخر كسائر الاعمال، غاية الأمر أن هذا العمل انشائي دون غيره، فما أفاده من عدم حصول ملكية العين الاولى إلا مع حصول ملكية العين الثانية بلا موجب.

ويمكن دفعه وتقوية ما أفاده ﷺ - من تقوّم المعاملة بالعتاء من الطرفين بتقريب: أن التعاوض والتبادل بين شيئين لا بد من أن يكون بلحاظ أمر؛ فإذا كانت عين عوضاً عن عين فلا بد من أن تكون في الملكية، وإذا كان عمل عوضاً عن عمل فلا بد من أن يكون في الاستحقاق، وربما يكون التعاوض بين شيئين بلحاظ ذاتهما لقبولهما بذاتهما للاضافة، كالملكية فإنها مضافة بذاتها لا باضافة أخرى، فمرجع التملك بازاء التملك إلى جعل إضافة الملكية بازاء إضافة الملكية، ومقتضى التضائف بين المعوضية والعوضية حصولهما معاً وعدم انفكاك أحد المتضائفين عن الآخر.

والتحقيق: - بعد ما عرفت من عدم معقولية التملك إلا في ضمن معاملة أخرى - أنه إن وقع الصلح على مبادلة إضافة الملكية مع إضافة ملكية أخرى، وقلنا بكفاية الاضافة الذاتية في تحقق المعاوضة والمبادلة، فلا محالة تتبادل الاضافتان بمجرد الصلح المزبور من دون توقف على التملك التسببي بعد الصلح من أحدهما فضلاً عن كليهما.

وإن وقع الصلح على فعل تسببي وهو التملك بازاء فعل تسببي مثله، فلا يعقل حصولهما إلا بانشائهما بعد الصلح، والتعاوض الذي وقع عليه الصلح انما هو في استحقاق كل منهما على الآخر تملك ماله إيّاه، وعليه فالتملكان موصوفان في مرحلة الصلح بالمعوضية والعوضية بلحاظ الاستحقاق المزبور قطعاً.

وأما صيرورتهما متبادلين خارجاً فهو لا يكون إلا بايجادهما خارجاً، فالمعاوضة التي هي أثر الصلح إمّا لا تبقي مجالاً لانشاء التملك كالشق الاول، وإمّا تبقي مجالاً له

كالثاني، لكن أثر الصلح استحقاق كل منهما للتملك على الآخر، وعليه فإذا ملك أحدهما ماله من الآخر يقع التملك منه حقيقة ولا يتوقف حصوله على تملك الآخر، نعم حيث إنَّ المملَّك يستحق التملك على الآخر فمع امتناع الآخر يستحق حل العقد والرجوع من باب خيار الامتناع عن التسليم، وهذا غير عدم تحقق التملك من أحدهما إلَّا بعد تحققه من الآخر وهو معنى تقوُّم المعاملة بالاعطاء من الطرفين.

ومنها: أنَّه إذا قلنا بمعقولية التملك بازاء التملك وإنَّ الأول معوِّض والآخر عوض، فلا محالة لا يتحقق الايجاب والقبول إلَّا باعطائين ينشئ التملك بهما، نظراً إلى التضائف بين المعوضية والعوضية، فلا يعقل تحقق هذه المعاوضة باعطاء أحدهما وأخذ الآخر حتى يكون التملك الثاني وفاءً بالمعاملة لا متمماً لها، إذ لا شيء غير التملكين حتى يكون تحقق المعاوضة بلحاظه، كما في الصلح على التملك بازاء التملك، فإنَّهما متبادلان بلحاظ استحقاق كل منهما على الآخر تملك ماله، فبمجرد عقد الصلح يتحقق المعوضية والعوضية بين التملكين، وإن لم يتحقق تملك منهما اصلاً، فما عن بعض أجلة المحشئين من إمكان تمامية المعاملة بالاعطاء والاخذ غفلة عن محل البحث.

نعم على ما ذكرنا من عدم معقولية التملك بازاء التملك إلَّا في ضمن الصلح، فالمعاملة الصلحية لا دخل لها بانشاء التملك بالاعطاء، ومتعلق الصلح إن كان انشاء التملك من كل منهما فلا بد من أن يكون بقواعده، وحيث لا يعقل التملك بازاء التملك خارجاً بمعاملة واحدة فلا يعقل تعلق الصلح به، وحيث لا يصح التملك من كل منهما بمجرد اعطائه الذي هو بمنزلة الايجاب، فلا بد من جعل اخذه قبولاً له فكل من التملكين مشتمل على ايجاب بدفعه وعلى قبول باخذه، فهما هبتان قد وقع الصلح على المتعاضين بينهما.

وهل يمكن القبول باعطاء الثاني ليكون قبولاً للتملك الاول وايجاباً للتملك الثاني، فيه محذور اجتماع المتقابلين في واحد.

ومنه يعرف أنَّ التملك بازاء التملك إذا كان معاملة واحدة لزم الالتزام بتركب المعاملة من ايجابين باعطائين، إذ لو تمخض الاعطاء الثاني في مطاوعة التملك الأول لم يكن هناك تملك ثانٍ، ولو كان قبولاً وإيجاباً للزم المحذور المزبور وهو اجتماع المتقابلين في واحد، ولعله لاجله حكم المصنف رحمته بأنه قريب من الهبة المعوضة، فإنَّ خلوك كل من المالين عن العوض يجعله كالهبة في مجانية المال، وتركّب العقد من إيجابين لا من إيجاب وقبول يوجب عدم كونه عين الهبة المتقومة بالايجاب سواء كانت بازاء هبة أخرى ام لا.

ومنها: أنَّه إذا كان التملك بازاء المال، ففيه المحذور من وجهين:

احدهما: ما تقدم^(١) من الجمع بين اللحاظ الآلي والاستقلالي.

ثانيهما: أنَّه لا مملك للمال الواقع بازاء نفس التملك، فان صاحب المال على الفرض لم ينشئ التملك باعطائه، والمنشئ للتملك الاول ما أنشأ لإلا تملك ماله، إذ لم يجعل المال الآخر بازاء متعلق تملكه في الملكية، حتى يكون المال عوضاً عن المال في الملكية، ليتحقق الايجاب والقبول من الطرفين بالاضافة إلى ملكية المالين.

نعم إذا كان هذا المعنى واقعاً موقع الصلح ارتفع المحذوران، لأنَّ الصلح هو الموجب لاستحقاق التملك لاحدهما واستحقاق المال للاخر.

ولا يندفع المحذور الثاني بما مرَّ^(٢) من ارجاع التملك إلى جعل إضافة الملكية المضافة بذاتها عوضاً ومعوضاً، لأنَّ المال ليس له إضافة ذاتية، والمفروض أنَّه لم ينشئ أحد الطرفين الاضافة الفرضية، فتدبر فيه.

ومنها: أنَّه قد تقدم^(٣) منَّا أنَّ جميع العقود المعاملية مصاديق المسالمة؛ لأنها واقعة موقعها، إلا أنَّ الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقدية، والمفروض أنَّهما لم

(١) في أول هذه التعليقة قوله (ومنها أن أصل المقابلة بين التملكين....).

(٢) في نفس التعليقة قوله (والتحقيق بعدما...).

(٣) تعليقة ٩١ قوله (ويندفع بأنَّ الصلح...).

يقصدا باعطائهما إلا تملك المال بازاء التملك فارجاعه إلى الصلح العقدي بلا وجه، نعم لا مضائقه عن كونه معاملة مستقلة إذا كان هناك دليل بالخصوص على صحته وأتى له ﷺ بذلك.

٩٤- قوله ﷺ: (ومنشأ الاشكال أولاً الاشكال في صحته... الخ) (١).

لا يخفى عليك أن عمدة المانع من إباحة جميع التصرفات حتى البيع مثلاً أمران: احدهما: عقلي وهو اقتضاء المعاوضة دخول كل من المبيع والتمن في ملك مالك الآخر.

وثانيهما: شرعي وهو ما دل على اناطة البيع والعق بالملك كقوله ﷺ: (لا بيع إلا في ملك) (٢) و (لا عتق إلا في ملك) (٣) ولذا قال ﷺ في أواخر كلامه: (إن بيع الانسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل والنقل... الخ) (٤) وحينئذ فنقول: أمّا اقتضاء المعاوضة عقلاً فبملاحظة أن المعاوضة والمبادلة ليسا من الأمور المستقلة بذواتها، بل معان نسبية تعليقية؛ فلا بد من أن يكون العوضية والبديلة في شيء، فإذا كانت المعاوضة في الملكية فلا بد من قيام المبيع مقام الثمن في إضافة الملكية لصاحبها، وقيام الثمن مقام المبيع في إضافة الملكية لصاحبها، ومقتضاء انتقال المبيع من مالكة إلى مالك الثمن، وانتقال الثمن من مالكة إلى مالك المبيع، وإذا كانت حقيقة المعاوضة متقومة بذلك فالأذن في بيع مال الغير لنفسه إذن في أمر غير معقول.

ويندفع أولاً: بأن المعاوضة الحقيقية لا تقتضي أزيد من كون كل منهما مملوكاً بالمعاوضة بينهما، لا كون كل منهما قائماً مقام الآخر فيما كان له من الاضافة، مع أن مقتضى المعاوضة كون أحدهما معوضاً والآخر عوضاً، وعليه فإذا إذن له في اشتراء شيء بماله لنفسه يكون المبيع معوضاً حقيقةً لصيرورته ذا عوض، ولا يجب أن

(١) كتاب المكاسب ٨٩ سطر ٣.

(٢) عوالي الآلي ٢: ٢٤٧ حديث ١٦ وفيه (لا بيع الا فيما تملك).

(٣) عوالي الآلي ٢: ٢٩٩ حديث ٤.

(٤) كتاب المكاسب ٨٩ سطر ٢٧.

يكون عوضاً فإنَّ التضائف بين المعوضية والعوضية لا يقتضي ازيد من ذلك، والحال أنَّ اشكال المعاوضة متساوي النسبة إلى الثمن والمثمن.

وثانياً: وهي العمدة أنَّ المعاوضة بعنوانها لم يرتب عليه أثر شرعاً حتى تكون مداراً في مثل المسألة، بل الاثر مترتب على البيع فلا بد من صدق البيع، وحقيقته - كما قدمنا^(١) - تملك عين في قبال شيء في مقابل التملك المجاني، والباء في «بعت كذا بكذا» كما هو الاصل للمقابلة لا للبدلية، مع أنَّ مقتضاها كما عرفت كون المبيع ذا بدل لا كونه بدلاً أيضاً، فيصح الاذن في الاثراء بماله لنفسه.

والشاهد على عدم تقوّم حقيقة البيع بدخول الثمن في ملك مالك المثمن بيع الكلبي؛ فإنه ليس فيه إلا التعهد بمال في ذمته للمشتري بعوض، فالمال بعين هذا التعهد المعاوضي يصير ملكاً للمشتري من دون سبق ملك للبائع، غاية الأمر أنَّ للانسان من حيث السلطنة على نفسه السلطنة على تملك كلي في ذمته بتعهده إياه، وقد مرَّ في أوائل التعليقة^(٢) بعض الموارد التي لا تتقوّم بالتملك من الطرفين فضلاً عن المعاوضة الحقيقية.

نعم ما ربّما يقال في مقام التأييد وأنَّ المعاوضة العرفية أوسع دائرة من المعاوضة الحقيقية، بما حاصله النقض بمثل «خط ثوب زيد وانا اعطيك درهماً» واحمله وعليّ عوضه» إلى غير ذلك، فهو إشتباه؛ لأنَّ زيداً لا يملك الخياطة ولا الحمل، وإنّما المالك لهما ولمثلهما هو مالك الدرهم فلا نقض من هذه الحيثية، نعم الاجارة على الاعمال نظير بيع الكلبي من موارد النقض بالبيان المتقدم^(٣)، هذا كله في اقتضاء المعاوضة عقلاً.

وأماً اقتضاؤها شرعاً للدلة المتقدمة، فتحقيق الحال فيه: أنَّ المراد من هذه العبارة، تارة أنَّ المبيع لا بد من أنَّ يكون ملكاً حتى يقبل التملك والمعتق -

(١) تعليقة ٢٢ قوله (ولا يعد أن يقال...).

(٢) تعليقة ٢٢.

(٣) في نفس التعليقة.

بالفتح لا بد من أن يكون رقاً حتى يقبل الاعتناق، ومن الواضح أن مورد البيع هنا قابل لعروض الملكية، وأخرى أنه لا بد من أن يكون مملوكاً فعلاً للبائع، فهو منقوض ببيع الكلي حيث إنّه ليس مملوكاً فعلاً للبائع، وثالثة أن البيع لا يصح إلا من المالك فإراد ملك التصرف، والمفروض استناد البيع إلى المالك لصدوره بإذنه، فالبايع بإذن المالك يملك التصرف، ورابعة أن البائع لا بد من أن يكون متمكلاً ببيعه وهذا مورد البحث، وهو مقتضى المعاوضة الحقيقية كما أدعى.

ومن الواضح أن الرواية لا نظر لها إلى هذه الجهة أصلاً، بل غاية أن المبيع لا بد من أن يكون مملوكاً لباعه، وقد عرفت أنه لا محمل له إلا ملك التصرف، وكذا في العتق فإنه لا بد من استناده إلى المالك، لأن المعتق لا بد من أن يكون معتقاً عنه، فإن سياق الروایتين بنهج واحد، وكذا قوله ﷺ: (لاوطىء إلا في الملك)^(١) ينبغي أن يراد منه ملك التصرف ليعم جميع موارد الوطي الحلال حتى الوطي بالعقد الموجب لملك الاستمتاع.

٩٥- قوله ﷺ: (نعم يصح ذلك باحد وجهين كلاهما مفقود... الخ)^(٢).

ملخص جميع ما ذكره ﷺ من هنا إلى الجواب عن الاشكال الثاني مرجعه إلى أحد أمور ثلاثة، اثنان منها مرجع إلى الملك الحقيقي، وواحد منها إلى الملك التقديري الفرضي المعبر عنه بالملك الحكمي.
أمّا الأولان:

فاحدهما: ما عنونه بأن انشاء الاباحة بعنوان التملك الضمني الذي هو بمنزلة الايجاب، وقبوله بالبيع المتحقق من المباح له، نظير ما نقله عن التذكرة^(٣) في «اعتق عبدك عني» من أنه استدعاء للتمليك وقبول متقدم، وانشاء العتق ايجاب متأخر، فيحصل النقل والانتقال ضمناً، والكلام حينئذ تارة في معقولة هذا التملك والتملك بحيث ينطبق على القواعد حيث إنّه ليس عليه دليل خاص، وأخرى في

(١) عوالي اللآلي: ٢: ٢٩٩، حديث ٤.

(٢) كتاب المكاسب ٨٩ سطر ٧

(٣) التذكرة ١: ٤٦٢ سطر ١٩.

تطبيقه على ما نحن فيه فنقول:

أمّا معقوليته ففي مثل إباحة التصرف البيعي لا اشكال فيها، فإنّه بدلالة الاقتضاء يدل على أنّه قاصد لتمليكه باباحة ما يتوقف على كونه مالكاً، ويكون بيع المباح له عند ايجابه للمشتري قبولاً لتمليك المبيع، فيحصل الملك للبائع حال ايجابه ويحصل الملك للمشتري حال قبوله، ولا دليل على كون البائع مالكاً قبل انشاءه بل يكفيه حال انشاءه، فإنّ مقتضى تمامية السبب بانشاءه مقارنة ملكه لانشاءه، كما أنّ ملك المشتري يحصل عند تمامية سببه وهو حال قبوله، فلا يلزم منه مخالفة للقاعدة العقلية ولا للدلالة النقلية، إذا فرض قصد التمليك والتملك بهذا النحو.

وأمّا في مثل العتق ففيه اشكال، لانه لا يتوقف على قبول من أحد؛ فعند تمامية صيغة العتق يتم سبب التمليك وسبب العتق، ويستحيل اجتماع ثبوت الملك وزواله في زمان واحد، وتقدم الشرط على المشروط وإن كان في نفسه طبعياً لا مانع من اجتماعهما في الوجود في زمان واحد، إلا أنّ المقتضي حيث إنّه الملك في أحد السببين وزواله في الآخر يستحيل اجتماعهما في زمان واحد، واجتماع الملكين لشخصين وإن كان مستحيلاً أيضاً، إلا أنّ المفروض حيث إنّه عدم تمامية السبب الثاني إلا بقبول المشتري فلا يلزم منه اجتماع الضدين في زمان واحد، ولا بد حينئذ من جعل جزء من إنشاء العتق قبولاً كقوله: «انت» في قوله: «انت حر لوجه الله تعالى» حيث إنّه لا يشترط في القبول الفعلي أزيد من مطاوعة الايجاب بقول أو فعل يدلان عليه ولو بمناسبة المقام كما سيجيء^(١) إن شاء الله تعالى في الفسخ الفعلي، إلا أنّ هذا المعنى يصحح التمليك والتملك والبيع والعتق إذا فرض قصد الطرفين لذلك. و أمّا فيما إذا أردنا اثبات هذا المعنى بمجرد دلالة الاقتضاء فإتمامه بالقواعد لا يخلو عن محذور، لأن إباحة التصرف البيعي أو العتقي إنّما يتوقف على الملك، حيث إنّ البيع بالحمل الشايح والعتق بالحمل الشايح موقوفان على الملك، لا انشاءهما أو بعض اجزاء انشاءهما حتى يكون دليلاً على المسألة.

ومن البين أنَّ البيع بالحمل الشائع والعتق بالحمل الشايح لا يعقل أن يكون شيء منهما شرطاً متمماً للسبب، للزوم الدور لتوقف ملكية البائع على حصول السبب التام لملكه، وهو متوقف على حصول البيع بالحمل الشائع المتوقف على ملكية البائع.

وأما تطبيق ما نحن فيه على ما ذكر على فرض معقوليته فالامر فيه واضح، إذ المفروض أنه لم يقصد المبيح إلا إباحة التصرفات، فإنَّ الكلام في الإباحة في قبالة التملك لا في التملك الصريح والتمليك الضمني.

ومما ذكر تبين حال قوله «اعتق عبدك عني» فإنَّ مجرد الاستدعاء لا يقتضي إيجاباً ولا العتق يقتضي قبولاً، ومع فرض الالتفات إلى عدم معقوليته أو عدم صحته وفرض القصد ففيما نحن فيه أيضاً كذلك، غاية الامر أنه خلف بحسب فرض الإباحة في قبالة التملك، لانهما متفاوتان في دلالة الافتضاء، ومنه يظهر ما في دعوى المتن من الفرق، فتدبر هذا بعض الكلام في القسم الاول من الملك التحقيقي.

وثانيهما: ما عنوانه - بقوله ﷺ: (وأما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع أو العتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه)^(١) إلى آخر كلامه - ومثله الفسخ الفعلي بالبيع والعتق كما ذكره ﷺ في البحث عن الفسخ بالفعل، وإنما إلتمز ﷺ بحصول الملك قبل البيع والعتق^(٢) نظراً إلى توقفهما عليه فلا يمكن حصوله بهما، مضافاً إلى ما أفاده ﷺ هناك بأنَّ الفعل لا إنشاء فيه وتام الكلام فيه موكول إلى ذلك المبحث فقد استوفينا الكلام^(٣) فيه.

وأما حكمه ﷺ بعدم انطباقه على ما نحن فيه فبالنظر إلى الفرق بين الفسخ ونحوه وبين التملك، حيث إنه يحتاج إلى سبب انشائي يتسبب به إلى حصول الملك دون

(١) كتاب المكاسب ٧٩ سطر ٣٢.

(٢) في الاصل لفظة (بأنَّ) والظاهر أنها زائدة.

(٣) ح ٥ تعليقة ١١٢.

الفسخ والرجوع، فيكفي فيهما قصد الرجوع المدلول عليه بانشاء البيع أو العتق الواقع^(١) بعد، لأن الفسخ كالأجازة فكما يكفي فيها الرضا المنكشف بكاشف قولي أو فعلي، كذلك الفسخ المقابل لها تكفيه الكراهة الباطنية المنكشفة بكاشف قولي أو فعلي، وقد بينا في محله عدم المقابلة بين الفسخ والأجازة وعدم الملازمة بين حصول الثاني بالرضا أو حصول الأول بالكراهة بما يطول المقام بذكره فراجع^(٢) المبحث المسطور في احكام الخيار تجده وافياً إن شاء الله تعالى بالمقصد، هذا كله في تصور القسمين من الملك الحقيقي.

وأما الملك التقديري الفرضي: فالكلام فيه تارة في وجه الالتزام به في مورده، كما إذا اشترى أحد العمودين مثلاً، وأخرى في عدم تطبيقه على ما نحن فيه من حيث عدم جريان ذلك الوجه في المقام فنقول:

أما الأول: فمختصر القول فيه أنه ورد (إذا ملك الرجل والديه أو اخته أو عمته عتقوا)^(٣) وورد (أنَّ الرجل لا يملك أحد عموديه)^(٤) وورد: (لا عتق إلا في ملك)^(٥) فإذا اريد من الملك في الأول الملك الحقيقي كان معارضاً بالثاني، وإذا اريد منه الملك العقدي كان معارضاً بالثالث وللجمع وجوه:

منها: ان المراد بالملك المنفي في الثاني الملك المستقر، وفي الأول الملك الغير المستقر، وحينئذ فالملك المثلث كالمنفي ملك حقيقي أني لا تقديري فرضي.

ومنها: أن المراد بالملك المثلث تقديره وفرضه لغاية مخصوصة وهو الاعتناق، فهو عنواناً ملك حقيقي لا ملك عقدي حتى يكون معارضاً لقوله: (لا عتق إلا في ملك)، والملك في نفسه وإن كان من الاعتبارات الشرعية إلا أنه هنا تقدير هذا الأمر الاعتباري فهو إعتبار في إعتبار، ولا محالة يكون الفرض والتقدير لأثر خاص وهو

(١) هذا هو الصحيح وفي الاصل (المواقع).

(٢) ح ٥ تعليقة ١١٣.

(٣) وسائل الشيعة باب ٤ من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٤) لم أجد رواية بهذا النص وإنما بمعناها كالرواية السابقة.

(٥) عوالي الآلي ٢: ٢٩٩ حديث ٤.

الانعتاق، فلا يترتب عليه سائر الآثار وإلّا لزم الخلف من كونه فرضياً تقديرياً بلحاظ أثر خاص، وهذا مبنى المقابلة بين الملك التقديري والتحقيقي، وإلّا فالملك المقدر أنّاً ما ليرتب الانعتاق في أنّ بعده هو ملك تحقيقي أنّي، ولا فرق في الملك التحقيقي بين طول مدته وقصره.

ومنها: ما يرجع إلى عدم الحاجة إلى الملك التحقيقي أو التقديري.

بيانه: أنّ المراد من قوله: (لا عتق إلّا في ملك) أحد أمور ثلاثة^(١):

الأول: أنّ العتق لا بد من أنّ يتعلق بالرق دون الحر، والمفروض انعتاق الرق هنا دون الحر.

الثاني: أنّ المعتق عنه لا بد من أنّ يكون مالكاً، والفرض عدم انقطاع^(٢) أحد العمودين عن المشتري ولا عن غيره، بل انعتاقهما عليه قهراً، فعلى أي حال لا يربط له بالانعتاق القهري، فمنه تبين عدم معارضة (لا عتق إلّا في ملك) مع قوله ﷺ: (إذا ملك) إلى قوله: (عتقوا) وإثماً المعارضة بين (لا يملك) وقوله ﷺ: (إذا ملكوا عتقوا) من حيث النفي والاثبات، وهذه المعارضة إنّما تتم إذا قلنا بأن حقيقة البيع متقومة بالتمليك والتملك.

وأما إذا قلنا بأن غاية ما يقتضيه البيع قطع إضافة الملكية وصيرورة طرفها داخلياً في ملك المشتري، تابعة لقابلية المحل كاشترائه العبد تحت الشدة بالزكاة، فإنّه يوجب انقطاع إضافة البائع عنه ولا يدخل في ملك أحد، لأن المشتري وهو من عليه الزكاة أو الحاكم أجنبيان عن الزكاة حتى يدخل في ملكهما، وليس انعتاقه إلّا زوال الملكية عنه، وكذا بيع الكلبي على من هو عليه فإنّه يوجب انقطاع إضافة البائع من دون أنّ يملك المشتري، إذ لا يعقل أنّ يملك الانسان على ذمة نفسه شيئاً من دون تفاوت بين زمان قصير وطويل، فكذا فيما نحن فيه فإن قطع إضافة البائع عن أحد عمودي المشتري كاف في تحقق البيع، فلا ملك للمشتري لا تحقياً ولا تقديراً.

(١) لم يذكر الا وجهين والثالث قوله (وأما اذا قلنا...).

(٢) هكذا في الاصل والصحيح (انعتاق).

فيتعين أن يكون قوله ﷺ: (إذا ملكوا) بمنزلة (إذا بيعوا وعقد عليهم بالبيع) وتمام الكلام في محله^(١)، هذا كله في وجه الالتزام بالملك التقديري الذي هو أحد الوجوه المتصورة في المقام.

وأما الثاني: وهو عدم انطباقه على ما نحن فيه، فلما ذكره ﷺ من حكومة دليل عدم جواز البيع والعتق في غير الملك على عموم دليل السلطنة، لتقومه بالتصرفات الجائزة المشروعة، لأنَّ الناس مسلطون على أموالهم لا على أحكامهم، وحيث إنَّ دليل عدم الجواز ينفي مشروعية هذا التصرف، فلا محالة يكون رافعاً لموضوعه لا معارضاً لحكمه المتفرِّع على ثبوت موضوعه، إلاَّ أنَّك قد عرفت سابقاً^(٢) عند البحث عن دليل السلطنة اثبات دلالة على جميع انحاء السلطنة، ودفع كل ما يورد عليه فلا حكومة، نعم بينه وبين أدلة عدم جواز البيع والعتق إلاَّ في الملك هو التعارض بالعموم من وجه، والذي يهوّن الخطب عندنا ما مرَّ من تحقيق حقيقة البيع وتعيين مقدار دلالة دليل عدم جواز البيع والعتق إلاَّ في الملك فلا معارضة أيضاً، فراجع^(٣).

٩٦- قوله ﷺ: (أو استيفاء الدين منه... الخ)^(٤).

أي وفاء الدين به بأنَّ يشتري طعاماً لنفسه بثمن في ذمته ثم يفي دينه بمال الغير بإذنه، وتوهم أنَّه يجري فيه اشكال الشراء بمال الغير بلا محل، فإنَّ اشكال الشراء لنفسه بمال الغير هو عدم امكان المعاوضة الحقيقية، بخلاف اداء الدين فإنَّه ليس فيه معارضة^(٥) إلاَّ على توهم استقرار المعاملة على الفرد بانطباق الكلّي عليه، أو أنَّ الوفاء كلية مبادلة وكلاهما غير صحيح.

أما الاول: فلما ذكرنا في محله في نظائر المقام من أنَّ المعاملة المتقوِّمة بطرفين

(١) تعلية ٢٢.

(٢) تعلية ٥٩.

(٣) تعلية ٢٢ قوله (ولا يبعد أن يقال...).

(٤) كتاب المكاسب ٨٩ سطر ٢٠.

(٥) هكذا في الاصل والصحيح (معاوضة).

يستحيل خروجها من حد إلى آخر، وانقلاب ذلك التعلق الخاص إلى تعلق آخر.
وأما الثاني: فإنَّ الوفاء ليس إلا تطبيق الكلّي على ما لا يتوقف في انطباقه عليه إلى مؤنة معاملة، بل كذا الأمر في الوفاء بغير الجنس فإنَّ مرجعه إلى رفع اليد عن الخصوصية والرضا بأصل المالية، فتدبر.

٩٧- قوله ﷺ: (إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة... الخ)^(١).

لا يخفى أنَّه مع تلف العين الزكوية أو ما فيه الخمس وصيرورة ملك الفقير والسيد ذمياً فلا إشكال فيه، لأنَّ أداء الدين بمال الغير باذنه كمباشرته للاداء لارِب فيه، ولا خصوصية لهذا الدين من بين سائر الديون ولا لهذا المال من سائر الاموال.
 وأمّا مع بقاء العين وتعلّق الخمس والزكاة بها أمّا بنحو الاشاعة أو بنحو الكلّي في المعين، فالمباح بما هو لا يقوّم مقام الملك، والمالك - أي من عليه الخمس والزكاة - وإن كان له ولاية التبديل إلا أنَّ المال غير قابل للبدلية، فإنَّه على الفرض مباح لا ملك، وأمّا صيرورته بدلاً من مالكة بمباشرته أو باذنه لمن عليه الحق فمشكل، فإنَّ المال حينئذ وإن كان في نفسه قابلاً للبدلية لكنه ليس لمالكة ولاية التبديل، فمن له ولاية التبديل لا ملك له، ومن له الملك لا ولاية له، وليس الحق ديناً في الذمة حتى يمكن ايفائه بمال الغير مباشرةً أو تسببياً، وإذن المالك لمن عليه الحق في التبديل إذن في شراء حقه فيكون حصة الفقير والسيد للمالك لا لمن عليه الحق، وإلّا لزم عدم تحقق المعاوضة والمبادلة، مع أنَّه قبل قبض الفقير والسيد لا يملك أحدهما شيئاً حتى يمكنهما التبديل.

ولا يخفى أنَّ سعة ولاية من عليه الحق في التبديل وإن كان تحقيقها موكولاً إلى محله، إلا أنَّ الذي يتوجه في النظر فعلاً ولاية التبديل وجعل مالية مال الفقير والسيد في أي محل شاء، فله تعيينه في مال الغير بإذنه وبمجرد تعيينه فيه وقبضه يملكه الفقير أو السيد، وإن كان ابتداء ليس لمالك المال تعيين ما على الغير في ماله، كما

ليس لمن عليه الحق تعيين ما عليه في مال الغير بغير إذنه، فتدبر.
ومما ذكرنا تعرف حال ثمن الهدى، فإنه إن اشتراه بثمان في ذمته كان وفائه بالمأخوذ بالمعاطاة من باب أداء الدين بمال الغير بإذنه، وإن اشتراه بعين المأخوذ بالمعاطاة كان مقتضى المعاوضة دخوله في ملك مالك الثمن، فلا يجوز ذبحه بعنوان أداء ما عليه، إلا إذا قلنا بأن الإذن في ذبح الهدى عن نفسه كافٍ في أداء الوظيفة وتحقيقه في محله.

وأما وطىء الجارية فالظاهر عدم جوازه لا من حيث اعتبار صيغة خاصة مثل «احللت لك فرجها» ليقال بدلالة بعض الاخبار على الأعم، بل من حيث اعتبار أصل الصيغة في التحليل ولو بقوله: «أبحت وأذنت» فلا تجدي المعاطاة المقصود بها الإباحة، نعم بناء على إفادة المعاطاة المقصود بها التملك للملكية دخلت في ملك اليمين، ولا فرق في ترتب آثار ملك اليمين بين أسبابه المملكة.

ثم إن في أصل التحليل شبهة لا بأس بالتنبيه عليها وعلى دفعها وإن كانت أجنبية عما نحن فيه^(١)، وهي أن الآية حاصرة لسبب الحل في الزواج وملك اليمين لقوله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾^(٢) مؤكداً للحصر بقوله تعالى: ﴿ومن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾^(٣) والتخصيص في مثله بعيد جداً، والتحليل غير داخل في الزواج ولا في ملك الرقبة، وادراجه في النكاح بتوهم أن معناه اللغوي هو الوطىء، والتحليل اعطائها للوطىء، مع أنه منافٍ للاعتبار ولبعض الاخبار^(٤) النافية لكونه نكاحاً وزواجاً - لا يلائم التحليل لما دون الفرج، فلا اختصاص له بالوطىء.

(١) أضفنا لفظة (فيه) حيث يقتضيا السياق.

(٢) المؤمنون آية ٦.

(٣) المؤمنون آية ٦.

(٤) كصحيحة محمد بن مسلم، وسائل الشيعة باب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء وهي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز وجل ﴿والحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم﴾؟ قال: هو أن يأمر الرجل عبده وتحت أمته، فيقول له: اعترل امرأتك ولا تقربها ثم يجسها عنه حتى تحيض ثم يمساها، فإذا حاضت بعد مسه إياها ردها عليه بغير نكاح.

فيعلم منه أنَّ التحليل عنوان آخر غير النكاح ولو بمعناه اللغوي، مع عدم صدق الزوجة على الأمة المحللة في قبال الأمة المزوجة، كما أنَّ ادراجه في الملك - بارادة ملك التصرف، خصوصاً بملاحظة التعبير عن المتمتع بها (بأنهَّنَّ مستأجرات)^(١) بل في النكاح الدائم (بأنَّه قد اشتراها باغلى الثمن)^(٢) - أيضاً غير وجيه، لأنَّ الظاهر من ملك اليمين بهذا العنوان ملك الرقبة لا ملك الانتفاع.

ويمكن دفعها بأنَّ الآية في مقام حصر السبب بالذات وهو منحصر في الزواج الشامل للدوام والانتطاع وفي ملك الرقبة لا ثالث لهما، وأمَّا التحليل فهو سبب بتبع سببية ملك اليمين ومن مقتضياته، فإنَّه المقتضي لملك الانتفاع ولتمليك الانتفاع وهو التحليل، والله اعلم.

٩٨ - قوله ﷺ: (إمَّا لازماً بناءً على أنَّ قصد البائع... الخ)^(٣).

هذا بيان لعدم المانع من وقوعه للمالك مع أنَّ المقتضي لا يقع بمجرد عدم المانع، بل لا بد من وجود مقتضية، إلاَّ بتوهم أنَّ الأذن في المقيد إذن في ذات المقيد مع فرض لغوية قيده، ومع الاذن في ذات المقيد يخرج عن الفضولية فلا حاجة إلى الاجازة.

وهذا التوهم إنَّما يتم إذا لم يكن القيد منافياً لذات المقيد، وحيث إنَّ البيع على الفرض معاوضة حقيقية فالأذن في تملك المال لنفسه ليس اذناً في حقيقة البيع حتى يكون ذات المقيد محفوظة، فلا بد من الاجازة حتى يتسبب البيع إلى مالكة لتعقل المعاوضة الحقيقية، فمرامه ﷺ بيان عدم المانع أولاً والحاجة إلى المقتضي ثانياً، فتدبر فيه.

(١) وسائل الشيعة باب ٤ من أبواب نكاح المتعة ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه ح ١. وفيه (نعم انما يشتريها باغلى ثمن) وأما النص الموجود في الاصل فلم أجده.

(٣) كتاب المكاسب ٩٠ سطر ٣.

٩٩- قوله ﷺ : (ومقتضى ذلك أن يكون تسليط...الخ)^(١).

بل الظاهر من فخرالمحققين في الايضاح^(٢) على ما حكى عنه حصول الملك بتسليط المشتري مجاناً، وأنه لا يجوز الرجوع فيه مع بقاء العين واسناده إلى الاصحاب، فيخرج عن موضوع البحث وهو قصد الاباحة المطلقة بالمعاطاة، نعم ما ذكره الفخر^(٣) لا ينطبق على القواعد؛ فإنَّ التسليط ليس من الاسباب المملكة، وإرادة الهبة من تسليط المجاني على فرض قصدتها لا تلائم حكمهم بعدم جواز الرجوع مع بقاء العين، وحمله على الاعراض وإن كان قريباً إلاَّ أنَّه لا دليل على كون الاعراض مزيلاً للملك، ولا على تملك غير المباحات الأصلية بوضع اليد عليها، بل الظاهر من المعامل مع الغاصب مع العلم بغصبه إرادة مجرد التسلط خارجاً على ما بيده من دون قصد معاملة، حتى يقال قصد بها الملكية أو الاباحة، كما في التسليط المعاملي في باب المعاطاة، وسيجيء إن شاء الله تعالى تحقيق الكلام فيه في مباحث الفضولي^(٤).

١٠٠- قوله ﷺ : (فمحصلة أن هذا النحو من المعاوضة...الخ)^(٥).

قد عرفت^(٥) مراراً أنَّ المعاوضة والمبادلة من المعاني الغير المستقلة في التحصل، بل لا بد من أن تكون بلحاظ امر، والمعاوضة المالية لا بد من أن تكون بلحاظ أمر يناسب المال بما هو مال، ولا اختصاص للأمر الملحوظ في المبادلة

(١) كتاب المكاسب ٩٠ سطر ٧.

(٢) ايضاح الفوائد لم أجده فيه مع كثرة البحث .

وهو لزين المجتهدين شيخنا أبو طالب محمد بن العلامة الحلي الملقب بفخر المحققين .

ولد ﷺ في يوم الاثنين ليلة ٢٠ ج ١ سنة ٦٨٢هـ وتوفي في ليلة الجمعة ١٥ ج ٢ سنة ٧٧١هـ له آثار منها

الايضاح وحاشية الارشاد وغيرهم .

روضات الجنات ٦: ٣٣٠ بتصرف.

(٣) ح ٢ تعليقة ١٠٤.

(٤) كتاب المكاسب ٩٠ سطر ٨، وفيه (هذا النحو من الاباحة المعوضة ..).

(٥) تعليقة ٩٤ قوله (وثانيها شرعي ...).

بالملكية، بل تصدق المعاوضة بقيام كل منهما مقام الآخر في الملكية والحقية والاباحة؛ ولو باختلاف الاطراف بأن كان أحدهما ملكاً والآخر حقاً أو مباحاً نعم كون المعاوضات المعهودة غير مختلفة الأطراف أمر آخر ولا يهمنا ذلك، حيث إنّه لم يرتب أثر على عنوان المعاوضة حتى يضرنا انصرافها إلى المعهودة منها، وأمّا العناوين الأخر التي هي موضوع للأثر فمنها التجارة وهي الاكتساب، وكل معاملة بعنوانها الخاص بيع أو إجارة أو نحوهما وبعنوانها العام، حيث إنّها لأجل الاستفادة يبدل ماله تكسب واكتساب ولا تختص الاستفادة بالتملك، فالمبيع عنوان عمله إباحة واكتساب بدل ماله تجارة، والمباح له عنوان عمله التملك الضمني وانتفاعه يبدل ماله المباح له بالاباحة المطلقة تكسب وتجارة منه.

وأمّا عدم صدق البيع فليس من حيث اختلاف الطرفين في الملكية والاباحة، بل من حيث إنّه تملك عين بعوض، وهذا إباحة ماله بعوض، وإلا فلو فرضنا تملك ماله بازاء مال مباح له بالاباحة المطلقة لم يكن وجه لمنع صدق البيع عليه، حيث إنّ حقيقته - كما عرفت^(١) - هو التملك لا مجاناً بل قد عرفت^(٢) سابقاً أنّ دائرة البيع أوسع من ذلك.

١٠١ - قوله ﷺ: (كفى فيها (عموم الناس مسلطون)^(٣)... الخ)^(٤).

حيث إنّ الفرض هنا أنّ هذا النوع من السلطنة ثابت له شرعاً، لا اثبات سببية سبب مشكوك للتصرف الثابت شرعاً كما في المعاظة، فلا منافاة بين استدلاله هنا والمنع عنه هناك، كما أنّ عدم جواز التمسك به من حيث منافاته لما دل على عدم جواز التصرف الموقوف على الملك، إمّا لقطع النظر عنه أو بفرض الكلام في إباحة سائر التصرفات فلا منافاة أيضاً، وأمّا التمسك بعموم المؤمنون فإنّ أريد بالمطابقة

(١) تعليقة ٢٢.

(٢) تعليقة ٢٢.

(٣) بحار الانوار ٢: ٢٧٢، عوالي اللآلي ١: ٢٢٢ ح ٩٩.

(٤) كتاب المكاسب ٩٠ سطر ١٢.

فقد مرَّ سابقاً^(١) من أنَّ مدلوله المطابقي هو وجوب الوفاء تكليفاً أو اللزوم وضعاً دون الصحة، وإنَّ أريد بالالتزام فله وجه، لأنَّ دليل اللزوم دليل الصحة بالالتزام لترتبه عليها.

١٠٢ - قوله ﷺ: (ففي لزومها مطلقاً (لعموم المؤمنون)^(٢)... الخ)^(٣).

ينبغي أن يعلم أولاً أنَّ إباحة التصرف في المال تارة تستند إلى اذن المالك ورضاه فمثلها بقائها ببقائهما كحدوثها بحدوثهما، وأخرى تستند إلى العقد على الإباحة ومثلها قابلة للزوم - بمعنى عدم انفكاك الإباحة عن موضوعها - فليس للمبيح رد تلك الاضافة، كما أنَّه ليس له^(٤) رد الملكية، وحينئذ فلا يختص اللزوم بطرف الملكية بل يعم طرف الإباحة.

وأما المعارضة في طرف الإباحة بعموم دليل السلطنة؛ لأنَّ المفروض بقاء المال على ملكه.

فمندفعة: بأنَّ غاية ما يقتضيه دليل السلطنة أنَّ المالك له التصرف في ماله؛ إلاَّ أنَّه غير السلطنة على عقده ورد الاضافة، فإنَّه محتاج إلى سلطنة جديدة متعلقة بالعقد قولياً كان أو فعلياً كما مرَّ الكلام فيه سابقاً^(٥)، نعم التصرف في نفس المال بما يوجب انتفاء موضوع تلك الاضافة لا مانع منه.

والعجب من بعض أجلة المحشين حيث قال في دفع دليل السلطنة بما نصه: (مقتضى السلطنة على المال لزوم الإباحة المفروضة لزومها لا جوازها، لأنَّه إذا كان مسلطاً على ماله وقد أباحه بعوض فيلزم أن تكون نافذة)^(٦) انتهى كلامه، فإنَّ نفوذها لا يلازم لزومها كما في كل معاوضة نافذة، فالاستدلال بالصحة على اللزوم غريب

(١) تعليقة ٧٨.

(٢) عوالي الآلي ١: ٢١٨ حديث ٨٤.

(٣) كتاب المكاسب ٩٠ سطر ١٢.

(٤) أضفنا لفظة (له) لان السياق يقتضيها.

(٥) تعليقة ٧٨.

(٦) حاشية البيزدي ٨١ سطر ٦ - ليس فيه كلمة (لزومها).

جداً.

نعم هذا إنما يتوهم إذا عقد على الاباحة على وجه لا رجعة فيها، فإن فرض وقوعها نافذة فرض عدم نفوذ الرجوع؛ لأن المنافي لا يقع صحيحاً بعد وقوع منافيه صحيحاً، وإلا لزم صحه المتنافين؛ لكنه خارج عن محل البحث، إذ الكلام في مجرد العقد على الاباحة كالعقد على الملكية، واللزوم والجواز حكمان شرعيان.

التنبيه الخامس: في جريان المعاطة في غير البيع

١٠٣- قوله ﷺ: (اعلم أنه ذكر المحقق الثاني رحمته في... الخ)^(١).

لا يخفى عليك أن الأمر بالعمل والاذن فيه بعوض معين يقع على قسمين: احدهما: بعنوان التسبب إلى ملك العمل بعوض معين، وهذا عين الاستيجار واتخاذ الشخص أجيراً لعمل بالاجرة.

وثانيهما: لا بذلك العنوان بل لمجرد استيفاء العمل منه خارجاً من دون تعلق الغرض بملك العمل، وهذا أجنبي عن الاستيجار، إلا أن المتعارف في مقام اتخاذ الشخص أجيراً هو طلبه للعمل بالاجرة وما ذكره المحقق الثاني^(٢) من استكشاف جريان المعاطة في الاجارة من حكم البعض باستحقاق الاجرة بمجرد الأمر بالعمل أمران:

احدهما: أن الاجرة التي حكم البعض باستحقاقها إنما هي الاجرة المسماة، المساوق استحقاقها لصحة الاجارة، أو اجرة المثل المساوق استحقاقها لبطلانها، وليس المراد اجرة المثل حيث لا اجرة على العمل مع العلم بالفساد، مع أنه لم يقيد استحقاقها بصورة الجهل، فلا محالة يكون المراد من الاجرة هي المسماة في مقام الاجارة.

ثانيهما: أنه حكم البعض بجواز العمل مطلقاً، ولا يكون إلا مع صحة الاجارة، فإنه

(١) كتاب المكاسب ٩٠ طر ١٥.

(٢) جامع المقاصد ٥٩:٤.

مع العلم بالفساد يكون العمل بعنوان الوفاء بالاجارة الفاسدة تشريعاً محرماً، والتشريع المحرم لا فرق فيه بين التعدي والتوصلي، مضافاً إلى أنّ بعض الاعمال كخياطة الثوب أو بناء الدار مستلزم للتصرف في مال الغير وهو حرام، فإنّ الاذن المفروض من المستأجر هنا إذن عقدي مقوم للتسبب إلى ملك العمل، فمع فرض فساد التسبب لا اذن آخر يكون مسوغاً للتصرف في مال الغير.

وبالجملة: فاطلاق الحكم بالاستحقاق وجواز العمل كاشف عن إرادة وقوع الاجارة بالتسبب الفعلي بأمره وإذنه خارجاً؛ هذه غاية تقريب ما أفاده واستفاده المحقق المزبور من كلام بعض الاصحاب الذي حكم ﷺ بوجاهته.

وأما ما أورده المصنف ﷺ عليه من أنّه لم يقصد التبرع فهو بمجرد لا يجدي شيئاً، إذ ليس كل من عمل عملاً لم يقصد به التبرع يستحق عوضه الواقعي ممن عمل له، بل لا بد من فرض المقتضي للضمان.

فقول: حيث إنّ مال المسلم - ومنه عمله - محترم، ومقتضى حرمة المال - بما هو مال - أنّ لا يذهب هدراً، فلا محالة يكون استيفائه موجباً لضمّانه، إلّا إذا هتك العامل احترام عمله بقصد المجانية والتبرع.

وحينئذ يقع الكلام في أنّ علم العامل بالفساد يصحح هذا الاسناد - وهو هتك حرمة عمله - أو أنّه بمقتضى تشريعه في التسبب، لأنّ المفروض قصد عنوان الاجارة مع العلم بفسادها شرعاً إذا جرى على وفق تشريعه فقد أتى بالعمل لعوض لا مجاناً، فلا تسليط منه للغير على ماله عن رضاه لثلا يكون هناك ضمان، بل تسليط منه على مال ذلك الغير بمقتضى تشريعه وتسليط شخص على ماله غير منوط برضا المسلط له عليه، إلّا أنّ يقال أنّه كذلك تشريعاً لكنه في الحقيقة تسليط منه للغير على مال نفسه عن رضا طبعي وتمام الكلام في محله^(١).

١٠٤ - قوله ﷺ: (ولكن الاظهر بناءً على جريان المعاطاة في البيع... الخ)^(٢).

(١) كتاب الاجارة للمصنف ١٠٢.

(٢) كتاب المكاسب ٩٠ سطر ٢٣.

تحقيق المقام: أنَّ صحة المعاطاة في البيع إن كانت على القاعدة وأنها بيع فيعمها أدلة البيع، فكذا في غيره من المعاملات لعدم الفرق في صدق عناوينها بين البيع وغيره كما سيتضح إن شاء الله^(١) تعالى، وإن كانت على خلاف القاعدة ومن أجل السيرة فيصح فيما قامت السيرة عليه دون غيره، والظاهر أنَّ الهبة والاجارة والقرض والعارية والوديعة والرهن والوقف وامثالها مما قامت السيرة على صحتها، والمعاملة مع المعاطاة معاملة الانشاء القولي فيها.

وربما يفصل بين المعاملات من العقود والايقاعات بما محصله: أنَّ بعض عناوين المعاملات مما تدخل المعاطاة في مسماها فيصح التعاطي فيها، وما لا يدخل في مسماها فلا يصح، مثلاً البيع ما يصدق على المعاطاة عرفاً، واخراج الزوجة من الدار بقصد البيونة مما لا يصدق عليه الطلاق، واطلاق العبد وفكه عن الخدمة بقصد العتق لا يسمى عتقاً إلى غير ذلك مما يشبه الطرفين.

وتوضيح الجواب عنه: أنَّ الفاظ المعاملات لغة أو عرفاً ربّما يدعى أنَّها لحقائقها أي ما هو بيع وتمليك بالحمل الشائع أو طلاق بالحمل الشائع أعني جعل الملكية أو البيونة.

وربّما يدعى أنَّها موضوعة للأسباب أي لما يتسبب به إلى الملكية أو الزوجية والبيونة، فإن كانت موضوعة للحقائق والمسببات فمن الواضح أنَّ السبب قولياً كان أو فعلياً غير مقوّم للمسبب ولا داخل في مسماه، فالطلاق بالحمل الشائع حينئذ ليس إلّا جعل الزوجة بائنة من الزوجية، والنكاح ليس إلّا أحداث علقه الزوجية، فإذا كان هناك اطلاق كما حققناه في المعاطاة في البيع، حكمنا بنفوذ الطلاق بأي سبب كان قولياً أو فعلياً، وكذا العتق وأشباههما من العقود والايقاعات.

وإن كانت موضوعة للأسباب فمن الواضح أنَّ الفاظ المعاملات لا تتفاوت من هذه الجهة بحيث يكون بعضها موضوعاً للقول الخاص الذي يتسبب به إلى حقيقة تلك المعاملة، وبعضها لمطلق القول وبعضها للاعم من القول والفعل، بل موضوعة

لما يستتب به إلى حقيقة تلك المعاملة لغةً و عرفاً.
 وإن كان مصداق ما يتسبب به إليها أو محقق تلك المعاملة مما يتفاوت فيه نظر
 العرف والشارع، فإخراج الزوجة من الدار بقصد البينونة مما يتسبب به إلى حصول
 البينونة لغةً و عرفاً، وإن كان مصداق ما يتسبب به إليها شرعاً منحصرأ في خصوص
 «هي طالق، وانت طالق» دون غيرهما من الاقوال فضلاً عن الافعال.
 بل قد بينا في بعض المباحث المتقدمة^(١) أنَّ اللفظ غير موضوع للتملك بالحمل
 الشائع، ولا للتملك الانشائي مثلاً، لأنَّ اللفظ لا بد من أن يكون موضوعاً لما يكون
 منسلخاً عن جميع أنحاء الوجود، فإنَّ الوضع للانتقال إلى المعنى وهو نحو من
 الوجود؛ والموجود - بما هو موجود - لا يعقل أن يعرضه الوجود مماثلاً كان له أو
 مقابلاً؛ لأنَّ المماثل لا يقبل المماثل والمقابل لا يقبل المقابل، بل اللفظ موضوع
 لنفس المفهوم والمعنى الذي لا ينطبق إلا على التملك بالحمل الشائع، أو على ما
 يتسبب به خارجاً إلى حقيقة الملكية أو الزوجية.

إذا عرفت ما ذكرنا تعرف أنَّ التمسك بالاطلاق لجريان المعاطاة في العقود
 والايقاعات بمعنى صحتها بالانشاء الفعلي كالانشاء القولي - بمكان من الامكان وإن
 لم يصدق عليه المعاطاة بعنوانها، لما مرَّ^(٢) مراراً أنَّ المعاطاة بعنوانها لم ترد في آية
 ولا رواية ليُدور الأمر مدارها بعنوانها، نعم بعض العقود والايقاعات مما قام الدليل
 على انحصار سببها في صيغة خاصة كالطلاق والعتق وشبههما وبعضها ربَّما يدعى
 البرهان على عدم جريان المعاطاة فيها.

عدم جريان المعاطاة في النكاح

فمنها: النكاح حيث يدعى أنَّ التسبب إليه بتمكين الزوجة لا يصدق عليه النكاح،
 والتسبب إليه بالوطىء يوجب حصر الزنا في صورة الاكراه، بل يستحيل التسبب إليه

(١) تعليقة ٢١.

(٢) تعليقة ٩٠.

بالوطىء فإنَّ الوطىء يحتاج إلى سبب محلل له، فلو كان سبباً لحلية نفسه لزم اتحاد السبب والمسبب في مرتبة واحدة مع امتناع تأثير الشيء في نفسه.

قلت: قد عرفت صدق ألفاظ المعاملات على ما يتسبب إليه بالفعل على جميع الاقوال؛ ولا ينافي ما عن المشهور من كون النكاح بمعنى العقد شرعاً، فإنَّه في قبال معناه اللغوي وهو الوطىء لا في قبال السبب الفعلي، وإلا فيستحيل انشائه بالعقد اللفظي، لأنَّ المفهوم الساري في جميع المشتقات هو القابل للانشاء، والموجود الانشائي غير قابل للانشاء، لأنَّ الموجود بأي نحو كان من الوجود لا يقبل الوجود. وأمَّا شبهة حصر الزنا في صورة الاكراه، فمندفعة بأنَّ الوطىء ربَّما يتسبب به إلى إيجاد علاقة الزوجية عن التراضي، وربَّما يوجد بنفسه عن الرضا؛ والثاني زنا محض حيث إنَّه لا تسبب فيه إلى الزوجية والاول هو محل الكلام.

وأمَّا البرهان على عدم المعقولية بظاهره غير معقول، لأنَّ السبب هو الوطىء والمسبب هو الحلية، فلم يلزم اتحاد السبب والمسبب ولا تأثير الشيء في نفسه. نعم يمكن تقريب عدم المعقولية بوجه آخر: وهو أنَّ السبب المبعوض لا يؤثر، فالوطىء المؤثر في الزوجية هنا وفي الملكية في باب الفسخ بالفعل مشروط بالحلية، والمفروض أنَّ الحلية من مقتضيات الزوجية والملكية، فيتوقف حلية الوطىء على تأثيره ويتوقف تأثيره على حليته.

والاشكال ليس من ناحية عدم مقارنة الحلية مع الوطىء والزوجية أو الملكية، ليجاب بأنَّ الزوجية والملكية مقارنان مع الوطىء في الزمان والحلية أيضاً، حيث إنَّها أثر الزوجية والملكية مقارنة معهما في الزمان، ولا منافاة بين التقدّم والتأخّر بالعلية والمقارنة الزمانية.

بل الاشكال من ناحية اشتراط الوطىء في تأثيره بحليته مع أنَّها من مقتضيات أثره، كما أنَّه لا منافاة بين كون الحلية حكماً للوطىء بوجوده العنواني كسائر الاحكام بالاضافة إلى موضوعاتها على ما حققناه في محله^(١)، وكون هذه الحلية شرطاً لتأثير

الوطىء بوجوده الخارجي في الزوجية والملكية، فيتوقف تأثير الوطىء بوجوده الخارجي على حلته بوجوده العنواني، ويتوقف حلته بوجوده العنواني على تأثيره بوجوده الخارجي في الزوجية والملكية، بحيث لو لم تتحقق الزوجية أو الملكية لم يحل الوطىء في مرتبة وجوده العنواني.

ودفع هذا الاشكال وإن لم يكن بهمهم فيما نحن فيه للاجماع على عدم جريان المعاطاة في النكاح، لكنه في مسألة الفسخ بالفعل مما لا بد منه، ويمكن الجواب عنه بوجوه:

احدها: تسليم اشتراط التأثير بالحلية إلاَّ أنَّ الحلية والاباحة ليست كسائر الاحكام الأربعة باقتضاء المصلحة الملزمة أو الغير الملزمة، وباقتضاء المفسدة الملزمة أو الغير الملزمة، بل من باب لا اقتضائية الموضوع، فالوطىء وإن كان مشروطاً في تأثيره بالحلية إلاَّ أنَّ الحلية ليست باقتضاء الزوجية أو الملكية حتى يستلزم الدور، بل الحلية بعدم المفسدة المقتضية للحرمة القائمة بالوطىء الغير المقارن للزوجية والملكية، وعدم المفسدة بعدم موضوعها الملازم للوطىء المقارن للزوجية والملكية، لا أنَّ عدم موضوعها مستنداً إلى وجود الوطىء المقارن للزوجية والملكية، فإنَّ عدم الضد ليس مما يتوقف عليه وجود ضده ولا هو متوقف عليه. فإن قلت: بعد تسليم الاشتراط يلزم الدور من ناحية توقف الحلية على موضوعها، والمفروض توقف تأثير موضوعها عليها.

قلت: قد اقمنا البرهان في محله^(١) على تأخر الحكم عن موضوعه في مرتبة الموضوعية، وهو وجوده العنواني فلا ينافي شرطيته لوجود موضوعه خارجاً، ونظيره البعث إلى الصلاة فإنَّه متأخر عنها بوجودها العنواني ومتقدم عليها بوجودها الخارجي، لأنَّه من أجزاء علة وجودها في الخارج، فلا ينافي التأخر في مرتبة التقدم في مرتبة أخرى، فتدبر.

ثانيها: منع الاشتراط المستلزم الدور بتقريب: أنَّ اشتراط التأثير بالحلية

(١) نهاية الدراية ٣: ٦٨ و ١٠٥ - مؤسسة آل البيت.

اللاقتضائية وبعدم الحرمة بعدم مقتضيتها يؤل إلى اشتراط وجود الضد بعدم الضد، وذلك لأن مقتضى الحرمة وجود المفسدة القائمة بالوطىء الغير المقارن للزوجية أو الملكية؛ وهو ضد الوطىء المقارن للزوجية أو الملكية، فعدم الحرمة بعدم مقتضيتها وهو عدم الضد للوطىء المقارن للزوجية والملكية، فكما لا يصح اشتراط وجود الضد بعدم ضده - كما حقق في محله^(١) - كذلك لا يصح اشتراطه بما يكون موقوفاً على عدم الضد، فالحلية وعدم الحرمة بعدم الضد للوطىء المقارن للزوجية أو الملكية وهو ملازم لوجود ضده فكذا حكمه المرتب عليه، وإلا كان الضد منتهياً إلى عدم الضد ومتوقفاً عليه.

فمبنى الجواب الاول على تسليم التوقف من أحد الطرفين، ومبنى الجواب الثاني على استحالة التوقف ولو من طرف، نعم الجواب الثاني مبني على ما هو المسلم عند المحققين من عدم توقف وجود أحد الضدين على عدم الآخر؛ بخلاف الجواب الاول فإنه مبني على عدم توقف عدم أحد الضدين على وجود الآخر. وهو محال وإن قلنا بإمكان الاول؛ لأن الشرطية إما بمعنى مصححية فاعلية الفاعل أو متممية قابلية القابل، والعدم لا يحتاج إلى فاعل وقابل ليحتاج إلى المصحح والمتمم، بخلاف الوجود فإنه يحتاج إلى فاعل وقابل، فيمكن فرض دخل اقتران الفاعل أو القابل بعدم شيء في مقام تأثير الفاعل أو تأثير القابل.

ثالثها: وهو أصحها وأمتنها هو استحالة الاشتراط وإن كانت الحلية كسائر الاحكام اقتضائية، وتقريبه أن اقتضاء الوطىء للتأثير في الزوجية أو الملكية مفروغ عنه، لصحة الانشاء والنسب بالفعل ثبوتاً ووجود المقتضى إثباتاً، وإما الكلام في مانعية الاشتراط، ولا محالة كل مقتضى بلا مانع يؤثر أثره، ولا مانع إلا مبغوضية الوطىء لأن المفروض أن السبب المبغوض لا يؤثر، ومن الواضح أن المبغوض هو الوطىء الغير المقارن للملكية أو الزوجية، وبمبغوضية المقارن لأحديهما خلف، كما أن مبغوضية الوطىء الذي لا يتسبب به إلى الملكية أو الزوجية أجنبية عما نحن فيه.

(١) نهاية الدراية نهاية الدراية ١٨٨:٢ - مؤسسة آل البيت.

وإذا فرض أنَّ المانع هي مبغوضية الوطىء الغير المقارن للزوجية والملكية، فمانعية المبغوضية تتوقف على فعلية المبغوضية، وهي على فعلية موضوعها، وهي على عدم تأثير الوطىء، وإلا كان الوطىء مقارناً للزوجية أو الملكية، وما تتوقف مانعيته على عدم تأثير السبب كيف يعقل أنَّ يمنع عن تأثير السبب، وبالجملة الوطىء تام الاقتضاء؛ والمبغوضية غير تامة الاقتضاء، واللاإقتضاء لا يزاحم ماله الاقتضاء، فتدبره فإنَّه حقيق به.

ومن جميع ما ذكرنا تبين عدم المانع لا عقلاً ولا غير ذلك من جريان المعاطاة في النكاح، نعم لا تجري المعاطاة فيه بالاجماع.

جريان المعاطاة في الرهن

ومنها: الرهن فإنَّه وقع الخلاف فيه وعمدة المانع عن جريان المعاطاة فيه كونها ملزومة للجواز بالاجماع، وهو ينافي حقيقة الرهن المتقوم بالوثوق، وعن بعض الأجلة^(١) توهم المنافاة من حيث الوثوق الحاصل بقبض العين المرهونة المنافي لجواز ردها، فيدفع المنافاة بأنَّ فائدة الرهن غير منحصرة في الوثوق من خوف الرجوع حتى يكون الرهن بالمعاطاة المحكومة بالجواز لغواً، بل جل فائدته اختصاص المرتهن باستيفاء حقه منه مع قصوره عن ديون الراهن، وعدم الضرب فيه مع الغرماء؛ مع وثوقه من الراهن بعدم رجوعه عنه، ويؤيد ذلك بل يدل عليه أنَّ اعتبار القبض فيه إثمًا هو للوثوق مع عدم اعتبار استدامته بالاجماع.

قلت: محصله أنَّ جواز المعاطاة مناف لحكم الرهن لا لحقيقته، إذ حقيقته غير متقومة بالوثوق من رجوع الراهن، لعدم انحصار فائدته فيه، ولا مكان الوثوق بعدم الرجوع مع جوازه، فإنَّ المنافي للوثوق رجوعه لا جوازه، ولأنَّ الوثوق الحاصل بالقبض لو كان مقوماً لحقيقة الرهن لبطلت حقيقته بانتزاع العين المرهونة، ولا يمكن

الالتزام باختلاف حقيقة الرهن حدوداً وبقاءً.

والجواب: أنَّ سنخ الوثوق المقوّم لحقيقة الرهن غير منبعت عن القبض لترد المحاذير المزبورة، بل لو لم يكن القبض شرطاً أصلاً لكان الوثوق المقوّم لحقيقة الرهن موجوداً.

بيانه: أنَّ حقيقة الرهن إمّا الحبس أو جعل العين وثيقة، والمراد من الحبس إمّا جعل العين محبوسة من أن يتصرف فيها مالکها لتكون وسيلة إلى اداء الدين وفك العين، وإمّا جعل العين محبوسة على الدين بحيث تختص بصاحب الدين في مقام استيفاء حقه منها من دون أن يضرب معه الغرماء.

والمراد من جعل العين وثيقة للدين جعلها بحيث يوجب وثوق الدائن بأن دينه لا يذهب هدرًا، لمكان اختصاصه بعين يستوفي حقه منها بحيث لا يشترك معه غيره لينتقص من حقه، وهذا المعنى من الوثوق لا يتوّم بقبض العين، بل باضافة العين إليه شرعاً بنحو تختص به في مقام استيفاء الدين منها.

وعليه فجواز الرجوع سواء كان بمعنى جواز رد إضافة الرهنية، أو جواز فسخ السبب منافی لنفس محبوسية الراهن عن جميع التصرفات، أو لمحبوسية العين على الدين، أو لكونها وثيقة بحيث يختص بها المرتهن في مقام استيفاء حقه منها، إذ المفروض أنَّ نفس حقيقة الرهن أحد هذه المعاني، لا أنَّها احكام الرهن ليكون الجواز منافیاً لحكم الرهن، فسنخ حقيقة الرهن لزومها لازم نفوذها وصحتها لا ينفك عن لزومها، فنفس الجواز منافی لحقيقتها لرجوعه خارجاً حتى يكون الوثوق بعدم الرجوع كافياً في انحفاظ حقيقته، ولذا كان شرط الخيار للراهن منافیاً لمقتضى الرهن عند المحققين.

وحيث عرفت منافية الجواز لحقيقة الرهن فاعلم أنَّ الأمر يدور بين أمرين:

إمّا عدم جريان المعاطاة في الرهن لمنافاة حكمها لحقيقته، أو جريانها فيه ولزومها، وبعد الاعتراف بوجود المقتضي في مقام الاثبات وهو اطلاق أدلة الرهن الشامل للرهن بالمعاطاة، فالدليل على صحتها فيه يكون دليلاً على لزومها، لما

عرفت من أنّ صحة الرهن لا تنفك عن لزومه، دون الجواز في المعاطاة فإنّه ليس مقوّمًا لها، ولا مانع إلاّ الاجماع على أنّ المعاطاة جائزة، والاجماع على أنّ العقود اللازمة تتوقف على اللفظ، وليس شيء منهما بمانع عند التأمل.

أمّا الاول: فإنّه ليس دليلاً على الفساد، بل دليل على الجواز الدال بالالتزام على الصحة، فالاستدلال به على فساد المعاطاة في الرهن غير صحيح، بل يصح الاستدلال به على الجواز فيما لم يكن صحته ملازمة للزومه، فلا يعم معقد الاجماع المزبور لمثل الرهن، لا أنّه يعمه ويكون دليلاً على فساده بنحو السالبة بانتفاء الموضوع، وأمّا إذا قلنا بأنّ معقد الاجماع المزبور هو التعاطي البيعي الذي هو محل الكلام بين الأعلام فالأمر أوضح.

وأمّا الثاني: فإنّ كانت العقود اللازمة معرّفة لذوات المعاملات اللازمة في حد ذاتها فهو دليل الفساد في كل معاملة لازمة بالطبع كالبيع والاجارة وأشباههما، وإن لم تكن بعنوان المعرّفية بل كان الحكم معلقاً على حيثية اللزوم - بمعنى أنّ لزومها يتوقف على اللفظ - فمن الواضح أنّه لا يعم مثل الرهن الذي لا تنفك حيثية صحته عن حيثية لزومه، ومن البين أنّ الحكم الذي تكفّله الاجماع حكم فعلي لإقتضائي، حتى يتوهم أنّ الرهن من حيث صحته لا يتوقف على اللفظ ومن حيث لزومه يتوقف عليه، فلا محالة يكون الاجماع المزبور دليلاً على التوقف فيما يتبادل فيه اللزوم والجواز مع انحفاظ نفوذه وصحته على كل حال.

جريان المعاطاة في الوقف وعدمه

ومنها: الوقف وقد عرفت^(١) سابقاً أنّ صدقه على انشائه بالفعل لا شبهة فيه، والسيرة قائمة عليه أيضاً، كما هو المشاهد في بناء المشاهد والمساجد والقناطر والمدارس والخانات، وما يتعلق بالمساجد والمشاهد من الفرش والسرّج والقناديل

(١) في أول هذه التعليقة قوله (وان كانت خلاف القاعدة...).

والمعلقات إلى غير ذلك مما لا تعد ولا تحصى، وانكار السيرة مكابرة، ودعوى عدم المبالاة فيها أو عدم استمرارها إلى زمان المعصوم فاسدة، مع ما هو المعلوم من حال مسجد الحرام واستار الكعبة وزينتها ومسجد النبي ﷺ وما يتعلق به مما لا يكاد يشك عاقل في عدم إجراء الصيغة في شيء منها، ولا ردع عنها، والاكتفاء بالردع من الصدر الأول إلى زماننا بالاجماع المتعبد من فتاوى أرباب الكتب لا يتفوه به فقيه، وكشفه عن وجود رادع من قبل، مع عموم البلوى والعناية التامة بنقله لو كان مما لا ينبغي الالتزام به من أحد، فلا ينبغي المنع من جريان المعاطاة في الوقف.

وأما حديث اللزوم والجواز فنقول:

الوقف وإن كان مفهوماً هو السكن والاسكان الملازم للحبس، باعتبار جعل العين محبوسة ساكنة عن الجريان في أنحاء التقلبات الواردة عليها، التي باعتبارها يكون لها جريان وحركة في قبال السكن والانحباس، لكن حبسها لا يوجب أن يكون اللزوم ذاتياً له كما ذكرنا في الرهن، بل اللزوم هنا من لوازمه وأحكامه، فالجواز ينافي حكمه لا ذاته وحقيقته، وذلك لأنَّ الحبس في الرهن حبس خاص وهو الحبس لغاية الاداء أو لغاية الاستيفاء، فجواز الرجوع فيه مع نفوذ الحبس لتلك الغاية متنافيان، بخلاف الحبس عن التصرفات الواردة على العين فإنه بذاته لا ينافي جواز رفع الحبس بل يؤكد ثبوته جواز رفعه.

نعم بناءً على أنَّ حقيقة الوقف هو الحبس عن التصرفات يكون جواز بيعه منافياً لذاته، بدهاة تنافي الممنوعة من التصرفات وعدمها ولو بالاضافة إلى تصرف واحد، وليس التصرف برفع الحبس من التصرفات التي كانت للمالك حتى يقال بأنه بانشائه للوقف جعل نفسه ممنوعة عنه أيضاً، بل هو بمقتضى سلطانه على ماله له أن يحبس وله أن لا يحبس، لا أنه له أن يحدث الحبس وله أن يزيله، كما أنه ليس له إعادة سلطانه بعد نقله إلى الغير، فسلطانه على الاعادة وعلى رفع الحبس لا محالة بسبب جديد، لا بنفس سلطنته المتفرعة على ملكه حتى يكون داخلاً في تصرفاته التي جعل نفسه ممنوعاً عنها، ليكون جواز رفع الحبس منافياً لذات الوقف، فتدبر

جيداً.

وهل اللزوم - بعد ما لم يكن مقوّمًا له - من لوازمه المفارقة أو الغير المفارقة؛ وإن كان من قبيل الاولى صحت المعاطاة فيه، وكان جائزاً بناء على الاجماع على جواز كل معاطاة، وإن كان من قبيل الثانية كان حال الوقف حال الرهن من حيث عدم شمول معقد الاجماع لما كان اللزوم ذاتياً له أو كالداتي من حيث عدم المفارقة عنه، فإن نفوذ مثله ملازم للزومه فإمّا أن لا ينفذ وإمّا أن يكون لازماً.

ويمكن أن يستفاد من الاخبار الدالة على عدم جواز الرجوع في الوقف، أن اللزوم كاللازم الغير المفارق، مثل قولهم **بِالْإِذْنِ**: (ما كان لله فلا رجعة فيه)^(١) فإن مناسبة الحكم والموضوع تقضي بأن ما كان لله لا يلائمه الرجوع، ومثله يأبى عن التخصيص، بأن يقال ما كان لله فلا رجعة فيه إلا إذا كان بالمعاطاة.

وأما جواز الوقف قبل القبض فالتحقيق فيه:

أن الجواز هنا ليس في قبال اللزوم بحيث يكونان من عوارض العقد الصحيح المؤثر، بل بمعنى أن الواقف^(٢) بالخيار بين اتمام السبب بالقبض أو اعدامه بعدم اتمامه، والله العالم بحقائق أحكامه.

في جريان المعاطاة في القرض

ومنها: القرض فإنه أيضاً محل الكلام مع أن السيرة فيه أيضاً جارية بلا كلام. وليعلم أولاً: أن المعاطاة في القرض إن كانت بنفس القبض، مع أن القبض شرط الصحة يلزمه اتحاد الشرط والمشروط وهو محال، إذ الشيء لا يعقل أن يكون نفسه مصححاً لفاعلية نفسه أو متمماً لقابلية نفسه، لعدم الاثنية بين الشيء ونفسه، ففرض عدم تمامية الفاعلية والقابلية في حد ذاته ينافي فرض تماميته بنفس ذاته.

(١) وسائل الشريعة باب ١١ من أبواب أحكام الوقف والصدقات ح ١ وفيه (فا جعل لله عز وجل فلا رجعة له فيه).

(٢) هذا هو الصحيح وفي الاصل (الوقف).

وربما أمكن دفع الاشكال في خصوص القرض بأنه تملك بالضمآن، فالعقد مثلاً مؤثر في الملك، والقبض الخارجي مؤثر في خصوصيته وهو الضمان بوضع اليد والاستيلاء عليه، وحيث إنهما متلازمان في نظر الشارع، فلا يتحقق الملك الملازم للضمان إلا بعد تحقق العقد المتعقب بالقبض، وفي صورة القرض بنفس القبض المتسبب به إلى حقيقة الملك الضمان لا يلزم اتحاد الشرط والمشروط، بل اتحاد السببين لأمرين متلازمين، فالقبض بما هو فعل أنشأ به الملك سبب له، وبما هو استيلاء خارجي سبب للضمان، وسببية شيء واحد بحثيتين حقيقيتين لأمرين لا محذور فيه.

وأما جعله بمنزلة العلة المركبة للملكية خاصة، فلا يكاد يدفع محذور اتحاد الشرط والمشروط كما لا يخفي.

إلا أن هذا الجواب مخصوص بالقرض، مع أن الاشكال جارٍ في الرهن والوقف بناء على شرطية القبض للصحة.

والجواب: العام أن الفعل الخارجي الخاص له حيثيان من حيث الصدور من الراهن مثلاً، وبهذا الاعتبار اقباض، ومن حيث مساسه بالمرتهن القابض، وبهذا الاعتبار قبض كالاعطاء والأخذ في المعاطاة البيعي، حيث قلنا بأنه يتسبب إلى الملكية بإعطائه، ويطاوع الآخر بأخذه، فهناك فعلاً حقيقة كل منهما قائم بطرف، فلا مانع من كون أحدهما بمنزلة المقتضي، والآخر بمنزلة الشرط.

ثم إن علم أنه بعد صدق القرض على التملك الخاص بالفعل، وشمول الاطلاقات له وقيام السيرة المستمرة عليه، لا ينبغي الاشكال في صحته، إنما الكلام في جوازه حيث إنّه قرض فعلي لا قولي، وقيام الاجماع على جواز الاول، ولا بأس بالالتزام بجوازه كالبيع مع فرض الاجماع على الجواز في غير البيع أيضاً، ولا ينافي كون القرض لازماً من طرف المُقرض بالإضافة إلى رد العين، إذ ليس اللزوم فيه من لوازمه الغير المفارقة، فإن لزومه ليس إلا بلحاظ دليل السلطنة، حيث إنَّ ارجاع العين منافٍ لسلطان المقرض المالك لها بالقرض، وهو بعينه موجود في البيع، وليس هناك دليل

خاص يستفاد منه كون اللزوم من لوازمه الغير المفارقة كما عرفت في الوقف.

التنبيه السادس: ملزمات المعاطاة

١٠٥- قوله ﷺ: (اعلم أنَّ الأصل على القول بالملك اللزوم... الخ)^(١).
لا يخفى عليك أنَّ فائدة تأسيس الاصل لأنَّ يكون مرجعاً في مورد الشك، مع أنَّ أصالة اللزوم لا تكون مرجعاً بوجه، لأنَّ ما عدا استصحاب الملكية من العمومات الدالة على اللزوم لا يجوز التمسك بها عند الشك، بناءً على ما إختاره ﷺ - في كتبه فقهاً وأصولاً - من أنَّ الزمان إذا لوحظ ظرفاً لاستمرار حكم العام فلا يجوز الاستدلال به بعد تخصيصه وخروج فرد من أفرادها، حيث إنَّه لا يلزم من خروجه دائماً زيادة تخصيص، ليكون مقتضى أصالة عدم التخصيص عدم خروجه دائماً، بل بالمقدار المتيقن.

بخلاف ما إذا لوحظ متقطعاً وكان كل قطعة من الزمان قيداً للموضوع، فإنَّه يتكرر الفرد بتكرر المفردات، فخروج فرد منه مقطوع به، وخروج بقية الافراد الزمانية مشكوك، فيتمسك بأصالة العموم في عدم خروجها، وقد بنى ﷺ في محله على أنَّ الزمان في مثل الأمر بالوفاء بالعقد لوحظ ظرفاً لاستمرار الحكم.

أقول: بسط المقال في هذا المجال وإنَّ كان خارجاً عن محل البحث، لكنه لا بأس بتوضيح الحال فيه على وجه الاجمال، ليكون عليه المدار في موارد الاستدلال فنقول:

مدار الاستدلال بالعام في الشق الثاني ليس على كون قطعات الزمان مفردة للموضوع، بل إذا جعلت ظروفراً للاحكام الثابتة للاكرامات المتعددة المتعلقة بزيد، بحيث تكون قضية «أكرم زيدا» في كل يوم بمنزلة قضايا متعددة مجموعة في عبارة واحدة، كما في قضية «أكرم العلماء» بالاضافة إلى كل واحد من آحاد العلماء،

صح التمسك بالعام، لأنَّ خروج فرد من الحكم المتعلق بفرد من الموضوع في زمان لا دخل له بخروج فرد آخر منه

كما أنَّ مدار عدم الاستدلال بالعام في الشق الاول ليس على عدم تعدد الحكم حقيقةً ولَبَّاءُ، بل على عدمه بحسب مقام الانشاء ومقام الالبات، فإنَّه مقام انعقاد الظهور، ومبنى العموم والتخصيص على هذه المرحلة، وإلا فمن البديهي أنَّ وجوب الوفاء بالعقد متعدد لَبَّاءُ بالاضافة إلى عقد، بلحاظ كلِّ آنٍ بحيث إذا وفئ به في زمان، ولم يفِّ به في زمان آخر، كان مطيعاً في زمان وعاصياً في زمان آخر، ولو كان الحكم واحداً حقيقةً ولَبَّاءُ، لكان عاصياً بمجرد عدم الوفاء به في زمان، ويسقط العقد عن قابلية الوفاء به إمتثالاً لذلك الحكم الواحد الحقيقي، فتعدد إطاعته وعصيانه كاشف قطعي عن تعدده لَبَّاءُ وحقيقة.

وما عن شيخنا الاستاذ^(١) من أنَّ تعددهما بلحاظ استمرار الحكم، مما يقصر الفهم عن الاحاطة بمراده، لأنَّ الواحد الشخصي لا يستمر مع العصيان، والواحد الطبيعي النوعي ليس إطاعته وعصيانه بلحاظ وحدته النوعية، بل بلحاظ وحدته الحقيقية، ومع فرض الوحدة الحقيقية لا يعقل تعدد الاطاعة والعصيان.

نعم فرض الوحدة في مقام الموضوعية والحكم يستدعي فرض وحدة الزمان، لكن جميع هذه الوحدات طبيعية نوعية، بمعنى أنَّه ينشأ البعث بداعي جعل الداعي نسخاً ونوعاً، وبحسب التحليل العقلي الموافق للواقع يتعلق فرد من طبيعي البعث بفرد من طبيعي الموضوع في فرد من طبيعي الزمان.

وليعلم: أيضاً أنَّ للعام الذي لوحظ مستمراً في طبيعي الزمان الوحداني جهتين، جهة عموم أفرادٍ وجهة إطلاق من حيث الزمان، وما هو مفاد الجهة الاولى ليس إلا ثبوت الحكم للوفاء بالعقد مثلاً في الجملة، وأما ثبوته مستمراً أو في زمان خاص فبواسطة الاطلاق أو التقييد، فأثبات وجوب الوفاء بالعقد فيما عدا الزمان المقطوع الخروج - إن كان بأصالة العموم بعد فرض تخصيصه - فالأمر كما أفاده ﷺ من أنَّ العقد

فرد واحد مشمول للعام، ومع خروجه لا فرد آخر حتى يلاحظ دخوله في ما عدا الزمان الخاص.

والتمسك بالعموم الزماني فرع وجود العموم الأفرادي، إذ لازمان إلا للحكم ومع عدمه لفرض وحدته وخروجه لاحكم آخر حتى يجديه العموم الزماني. وأما إذا لم نقل بالتخصيص أصلاً، بل بتقييد طبيعي الزمان الملحوظ مطلقاً، من حيث خصوصيات السببية والاحدية وغيرهما، فإنه لا يوجب محذور تعدد الواحد، ولا الاتصال بعد الانفصال، فالوفاء بالعقد الخاص الذي هو متعلق حكم وحداني بحسب مقام الاثبات، لم تكن فرديته للعام في نفسه إلا في الجملة، في قبال عدم أخذه في ضمن العموم، والفرد بهذا المعنى مفروض الثبوت من دون الالتزام بخروجه، وإنما قيد إطلاق ظرف ثبوته، والتبعية المتقدمة للعموم الأزماني بالاضافة إلى العموم الأفرادي غير ضائرة، حيث إننا لم نلتزم بتخصيص العام وخروج الفرد حتى لا يكون مجال للعموم الزماني.

وتوهم: أن الاطلاق من حيث الزمان يبائن الاطلاق من سائر الجهات، لأنها جهات متعددة من العلم والجهل والايمان والكفر والعدالة والفسق، فالتقييد من جهة لا ينافي الاطلاق من جهة أخرى، بخلاف الزمان فإنه بنفسه واحد مستمر، وفرض ملاحظته متقطعاً خلف.

فاسد: لأن الزمان إذا لم يلاحظ مطلقاً كان مهملاً وهو خلف، وفرض إطلاقه فرض ملاحظته غير متعين بالتعين المقتضي لكونه بشرط شيء، أو بالتعين المقتضي لكونه بشرط لا، فالوحدة الاطلاقية غير مقتضية لأن يكون تقييد الزمان الملحوظ بنحو الوحدة مخرجاً له عن هذه الوحدة وملحوظاً بنحو التقطيع، فالزمان الغير المتقيد بخصوصية واحد، والزمان المتقيد بعدم خصوصية أو بوجود خصوصية أيضاً واحد، وتفاوت الحصص في السعة والضيق لا يوجب لحاظ الزمان متكرراً، والتخصص بما يوجب كونه حصة كما يكون من الاول بدالٍ واحد، كذلك بدالين بنحو الاطلاق والتقييد.

فإن قلت: ما ذكرت من التقييد لطبيعي الزمان الوجداني، إنما يصح إذا كان تقييد طبيعي الزمان الوجداني المستمر من الابتداء أو في الانتهاء، فإنه بالتقييد بأحد الوجهين لا يخرج الواحد المستمر عن كونه كذلك، بخلاف ما إذا كان في الاثناء، فإنه يوجب أن يكون الواحد المتصل المستمر حكيمين مفصولين بتخلل العدم في البين. قلت: هذا هو الباعث على اختيار شيخنا الاستاذ العلامة^(١) للتفصيل بين التخصيص في الاثناء وغيره، لكننا قد بينا في^(٢) محله، بأن الاشكال إن كان بالنظر إلى مقام الثبوت، فقد مرَّ أن الحكم بالوفاء متعدد لباً وحقيقة لتعدد الاطاعة والعصيان، ففي الواقع أحكام متعددة مفصولة لفرض ثبوت كل منها في زمان مختص به، فلم يلزم تعدد الواحد ولا انفصال المتصل.

وإن كان بالنظر إلى مقام الاثبات وظهور الدليل في جعل حكم وجداني لموضوع وجداني في زمان وجداني بالوحدة الاتصالية، فقد مرَّ أن تلك الوحدات طبيعية نوعية لا حقيقية شخصية، فالمتكلم يلاحظ المتكثرات بنحو الوحدة مضافاً إلى واحد نوعي في طبيعي زمان لوحظ بنحو الوحدة، فيلاحظ طبيعي الوجوب المضاف إلى طبيعي الوفاء في ظرف طبيعي ما عدا الزمان الخاص، كما إذا أمر باكرام زيد في الشهر ما عدا يوم السبت، فالشهر الخارج عنه يوم السبت لم يلاحظ متفرقاً في عالم جعله ظرفاً، وإن كان متفرقاً في غير هذه المرحلة، وهذا المعنى كما يكون بدالٍ واحد كذلك يكون بدالين، وتخلل العدم في مرحلة الخارج لا دخل له بتخلل العدم في مرحلة ثبوت الحكم لموضوعه في ظرف مخصوص.

ولو لا هذه العناية لورد على التقييد في الابتداء والانتهاء، بأنه وإن لم يلزم منها تعدد الواحد وانفصال المتصل، لكنه يلزم عليه تبعض الواحد وتجزئ البسيط، مع أن الواحد لا يتبعض والبسيط لا يتجزئ، والمفروض دلالة العام على حكم وجداني بسيط من أول انعقاد العقد إلى آخره.

(١) حاشية الآخوند ٢٦.

(٢) نهاية الدراية ٥: ٢١٨، التنبيه الثالث عشر.

وأما ما عن بعض أعلام العصر^(١) من الفرق بين أخذ الاستمرار في طرف المتعلق فيكون الاطلاق وارداً عليه واخذه في طرف الحكم فيكون الاطلاق وارداً على الحكم، فلا يعقل الاستدلال بعموم الحكم، إذ لا يعقل تكفل دليل الحكم لاستمراره المتأخر عنه.

فقد بينا ما فيه في الاصول^(٢) وفي مباحث خيار الغبن^(٣) مفصلاً، وبيننا أن جعل الاستمرار دائماً بجعل الحكم، وأنه لا يعقل إستقلاله في الجعل، وأن الوجوب المؤقت والغير المؤقت كالملكية المؤقتة والغير المؤقتة وكالزوجية الدائمة والمؤقتة فراجع وبقية الكلام في محله.

ومما ذكرنا تبين أنه وإن لم يصح تأسيس الاصل على مسلك المصنف ﷺ استناداً إلى العمومات، لكنه يصح في النظر القاصر استناداً إلى إطلاقها مطلقاً.

وأما الاستناد في اللزوم إلى استصحاب الملكية، فغير صحيح لحكومة استصحاب الجواز الثابت أصله بالاجماع على جواز المعاطاة، لا من حيث ترتب زوال الملك على جواز الرجوع فإنه موجود من الاول، والملك على حاله، ولا من حيث ترتب عدم الملك على الرجوع، فإنه لا تعبد بالرجوع ليقضي التعبد بأثره، بل

(١) فوائد الاصول ٤: ٥٣٧، التنبيه الثاني عشر.

وهو الحق الميرزا حسين بن الشيخ عبد الرحيم النائيني . رائد الحركة الاصولية الحديثة وصاحب مدرسة فيها.

ولد في حدود ١٢٧٣هـ في بلدة نائين ، ودرس في بداية حياته في نائين ثم هاجر الى أصفهان ثم الى سامراء ثم الى النجف الاشرف ، أشهر أساتذته السيد محمد الفشاركي ، والميرزا حسين النوري ، والشيخ محمد تقي الشيرازي .

ومن أشهر تلاميذه السيد أبو القاسم الخوئي ﷺ والشيخ موسى الخونساري والشيخ محمد علي الكاظمي وغيرهم ، له عدة رسائل وتقريرات مجته منها فوائد الاصول وأجود التقريرات ، والصلاة وغيرهم ، توفي يوم السبت ٢٦ ج ١ سنة ١٣٥٥هـ ودفن في النجف الاشرف .

أعيان الشيعة ٦: ٥٤ بتصرف.

(٢) نهاية الدراية ٥: ٢١٨، التنبيه الثالث عشر.

(٣) ح ٤ تلميحة ٢٢٥.

من حيث إنَّه لا معنى للحكم بجواز المعاطاة إلاَّ الحكم بزوال الملك بالرجوع، فالتعبُّد به تعبد بعدم الملك عند الرجوع، فلا شك في زوال الملك ليستصحب، ومن الواضح أنَّ ترتب زوال الملك على الرجوع شرعي، بخلاف بقاء الملك فإنَّه ملازم لعدم جواز الرجوع ونفوذه.

١٠٦- قوله ﷺ: (وأما على القول بالاباحة فالاصل عدم اللزوم... الخ)^(١).

لا يخفى عليك أنَّ الاباحة تارة تسببية إنشائية بالعقد عليها، وأخرى شرعية مستندة إلى الرضا، وثالثة تعبدية محضة، وفي الاولى يتعلَّق جواز فسخ السبب المعاملي وعدمها دون الثانية والثالثة لعدم التسبب إليها، بل هي حكم شرعي محض، والاباحة المعاطاتية ليست تسببية ولو ضمناً، لما مرَّ غير^(٢) مرة أنَّ المعاطاة حيث إنَّها قصد بها التملك فلا يعقل التسبب إلى الاباحة المالكية أصالة ولا ضمناً، لأنَّ فرض التملك فرض قطع إضافة الملكية عن نفسه، فلا يعقل التسبب إلى الاباحة المالكية المتفرعة على بقاء إضافة الملكية على حالها، وحيث لا عقد عليها فلا يعقل إعتبار حلها.

فالاباحة المعاطاتية إمَّا على طبق القاعدة، وهي الاباحة الشرعية المستندة إلى رضا المالك ضمناً، فإنَّ الاستيلاء الخارجي وإثبات يد الغير على ماله صدر عن رضاه، غاية الأمر بقصد حصول الملكية به، فتخلَّف الملكية لا يوجب عدم صدور الاستيلاء الخارجي عن الرضا، كما مرَّ تفصيله في أوائل^(٣) المعاطاة.

وإمَّا على خلاف القاعدة استناداً إلى السيرة مثلاً فهي تعبدية محضة، وإنَّ لم يكن سبب مملِّك ولا مبيح من المالك.

فعلی الاول: لا يعقل الشك في ارتفاع الاباحة بسبب الرجوع، وتبدل الرضا بالكراهة، لبقاء المعلول ببقاء علته حدوثاً وبقاءً، وفرض كون الرضا علة محدثة فقط

(١) كتاب المكاسب ٩٠ سطر ٣٥.

(٢) تعليقة ٥٢.

(٣) تعليقة ٥٢.

فرض تعبدية الاباحة بقاء، وأنه على خلاف القاعدة وهو خلف.
والظاهر من المصنف رحمته في آخر المبحث^(١) أنها مستندة إلى الرضا الباطني،
وحينئذ لا مجال لتوهم استصحاب الاباحة، ولعل قوله رحمته: (لو سلم جريانها) ناظراً
إلى ما ذكرنا من دوران أم ر الاباحة بين الاباحة المستندة إلى الرضا فلا مجال
لاستصحابها، والاباحة التعبدية التي يعقل الشك في بقائها.

وعلى الثاني: فحيث إنها تعبدية محضة فيعقل الشك في بقائها، فإن كان لدليل
السلطنة ولا يحل ولا يجوز التصرف - بعد تقييدها بما إذا أخذ المال بالمعاطاة إطلاق
لصورة الرجوع في المأخوذ بالمعاطاة، فيتمسك بإطلاقها، ولا مجال لاستصحاب
الاباحة حينئذ.

وإن لم يكن لها إطلاق لصورة الرجوع، فالاستصحاب جارٍ ولا حكومة
لاستصحاب السلطنة، لأن المراد بالسلطنة إما القدرة شرعاً تكليفاً ووضعاً على
التصرفات المباشرة والتسببية، أو لازمها وهو عدم سلطنة الغير على التصرف في
المال لمزاحمته لسلطان ماله إذا صدر بدون إذنه ورضاه.

فإن أريد استصحاب السلطنة بالمعنى الاول فهو غير منافٍ لجواز التصرف من
الغير، بل لكل منهما التصرف فيه، أحدهما بالملك والآخر بالاباحة التعبدية
الشرعية، فللمالك استرداد العين خارجاً، وللمباح له شرعاً التصرف ما دام المال
على ملك صاحبه.

وإن أريد استصحابها بالمعنى الثاني؛ ومرجهه إلى استصحاب محجورية غير
المالك قبل المعاطاة، فمن الواضح تبدلها برفع الحجر بسبب المعاطاة شرعاً،
فالجاري فعلاً استصحاب عدم المحجورية، لا المحجورية المنقلبة إلى النقيض،
فاستصحاب السلطنة إما جارٍ ولا ينافي استصحاب الاباحة، أو غير جارٍ أصلاً، فأين
الحكومة؟!.

وليست الاباحة تسببية إنشائية، حتى يكون ردّ إضافة الاباحة بالرجوع معقولاً،

ليكون السلطنة على الرجوع موجباً للتعبد بزوال الاباحة عند الرجوع.
 نعم التحقيق أن يقال: إنَّ الاجماع قائم على جواز الرجوع في المأخوذ بالمعاطاة، بل
 المتيقن منه ما إذا كانت المعاطاة مفيدة للاباحة، فإنَّ غالب المجمعين يرونها كذلك،
 فلا محالة ذاك الجواز الثابت قبل حدوث موجب الشك في بقائه قابل للتعبد
 الاستصحابي، وهو يقتضي محجورية غير المالك بالرجوع، فاستصحابه حاكم على
 استصحاب الاباحة لا استصحاب السلطنة بأحد المعنيين، فتدبر جيداً.

الاول: تلف العوضين

١٠٧- قوله ﷺ: (فلما عرفت من اصالة اللزوم والمتيقن... الخ)^(١)
 ينبغي أولاً بيان الفرق بين كون اللزوم والجواز من عوارض العقد أو من عوارض
 العوضين، ثم بيان كونهما فيما نحن فيه من قبيل الاول أو الثاني فنقول:
 قد عرفت في توضيح مفاد الامر بالوفاء بالعقد سابقاً^(٢) أنَّ الالتزام النفساني أو
 الجعل والقرار المعاملي عهد، وأنَّ حيشية ارتباط أحد الالتزامين بالآخر أو أحد
 القرارين بالآخر عقد، وأنَّ ارتباط الملك بالمالك يربط ملكي ليس من العقد في
 شيء، وإلا فهو في كل ملكية موجود، وإنَّ كان مفهومه اللغوي بل العرفي غير آب
 عن ذلك، لكنه غير مراد شرعاً قطعاً، بل قد^(٣) مرَّ أنَّ الوفاء باعتبار العهدة لا باعتبار
 العقدية؛ فالعقد المنطبق على العهد هو مورد الوفاء دون العقد بمعنى الربط فقط.
 فاللزوم والجواز تارة يراد بهما أحد القرارين أو الالتزامين من الآخر تكليفاً أو
 وضعاً حكماً أو حقاً، وأخرى يراد ردُّ الربط الملكي القائم بالعين، وقد اشتهر في مقام
 الفرق بينهما، أنَّ العقد له البقاء فيعقل الفسخ حتى بعد العوضين، وأنَّ الملكية
 متقومة بالعوضين فمع تلفهما لابقاء للملكية حتى يعقل ردّها.

(١) كتاب المكاسب ٩ سطر ٣.

(٢) تعليقة ٨٣.

(٣) تعليقة ٨٣.

مع أنّ الالتزام والقرار المعاملي لا استقلال لهما في التحصّل، بل لا بد من تعلقهما بالملكية وشبهها، فلا يعقل بقاء الالتزام بشيء مع عدم بقاء الملتزم به، كما لا يعقل بقاء الجعل والقرار المعاملي متعلقاً بالملكية مع عدم بقائها، لوضوح إتحاد الجعل والمجعول والقرار والقارّ ذاتاً واختلافهما بالاعتبار.

فإن قلت: قد ذكرت سابقاً أنّ بقاء الالتزام أو القرار المعاملي إنّما هو باعتبار الشارع أو العرف، كما أنّ حدوثهما أيضاً كذلك، وإلاّ فرمّا لا يكون أحد الالتزامين باقياً على حاله حقيقة، كما إذا رفع اليد عنه بلا استحقاق شرعي أو عرفي، ومع ذلك لا يفسخ العقد ولا ينحل الشدّ.

قلت: لا منافاة بين ما ذكرناه سابقاً وما ذكر هنا، فإنّ إعتبار بقاء الالتزام ممن يتصور في حقه الالتزام، واعتبار بقاء الملكية فيما يعقل فيه كونه مملوكاً معقول، بخلاف اعتبار بقاء الالتزام من الميت، أو بالاضافة إلى ملكية التالف - الذي لا يعقل فيه الملكية على الفرض - فإنّه غير معقول، حيث إنّ اعتبار أمر غير معقول.

فإن قلت: وإن لم يكن العقد باقياً لعدم بقاء طرفه، لكنه لم ينحل أيضاً؛ إذ المفروض عدم الحلّ ممن له الحلّ.

قلت أولاً: أنّ ردّ الملكية أيضاً كذلك، فإنّ الملكية وإن زالت بزوال موضوعها، لكنها لم تُرد، إذ المفروض عدم ردّها ممن له ردّها.

وثانياً: أنّ عدم الحلّ بعدم موضوعه بنحو السالبة بانتفاء الموضوع، لا يصحح الثبوت الذي يتوقف عليه الحلّ، فإنّ المعدوم لا يحلّ، بل العقد والحلّ واردان على الالتزامين الموجودين، فكما لا عقد مع عدم الالتزام، كذلك لا حلّ مع عدمه.

فإن قلت: المقوم لحقيقة الالتزام هي ملكية العين بوجودها المناسب لأفق الالتزام، لا بوجودها الخارج عن أفق الالتزام، كيف والالتزام قائم بالمتعاملين، والملكية سواء كانت حقيقية أو اعتبارية لها نحو وجود غير قائم بالمتعاملين في مرتبة إلتزامهما.

قلت: نعم إلاّ أنّ الالتزام الحقيقي بملكية المعدوم غير معقول مع الالتفات إلى أنّه معدوم، وأنّ الملكية لا تقوم بالمعدوم، فإنّه لا يتصوّر تحقّقه من الملتفت، فاعتباره

اعتبار أمر غير معقول، وعلى ما ذكرنا ففرض الفسخ والردّ على أي تقدير يحتاج إلى عناية من الشارع أو العرف في حال التلف أو موت المتعاملين، إمّا في العقد والملك باعتبار بقائهما، ليكون الحلّ والردّ متعلقين بأمر ثابت، وإمّا في الحلّ والردّ باعتبار تعلّقهما بالعقد أو الملك في آخر أزمّة إمكان بقائه، ليكون اعتبار حل العقد الثابت في موطن ثبوته، واعتبار ردّ الملك في ظرف تحققه، فزمان الاعتبار حينئذ غير زمان المعتبر، ولا يلزم منه الانقلاب المحال، لأنّه ليس انحلالاً حقيقياً، حتى يتوهم أنّ الشيء بعد عدم انحلاله في ظرف ثبوته لا ينقلب منحلاً في عين ذلك الظرف، بل الانحلال اعتباري؛ وحكم الشيء لا يسري إلى اعتباره.

نعم لازم هذا الوجه كون النماء أيضاً لمن رجع إليه الملك في ظرف ثبوته بالاعتبار، فإنّ فرض ردّ الملك فرض جميع آثاره، وإلّا رجع إلى مجرد الحكم ببعض الآثار دون بعض، لا إلى عنوان حل العقد ورد الملك، ورجوع الأمر إلى ما كان عليه. وعلى هذا فالاعتبار الاول أولى، لأنّهُ أوفق بمسلك المشهور، وحيث إنّ العقد مسبوق بوجوده الاعتباري في نظر الشارع أو العرف، ويتربّب منه الحلّ أو الرد، إمّا جعلاً من الشارع كخيار المجلس والحيوان ونحوهما، أو من المتعاملين كخيار الشرط، فلا بأس باعتبار بقاء ذلك الامر الاعتباري، مع أنّ بقاء الالتزام النفساني من الميت لا مانع منه عقلاً لقيامه بالنفس الباقية، بل له اعتبار البقاء عرفاً وشرعاً ولذا يقال «إنّ بيعه فلان في عنقه إلى يوم القيامة».

ثم إنّ المعروف - ممن تعرّض للحلّ والرد - أنّ حل العقد يستتبع رد الملك، وأنّ ردّ الملك يستلزم انحلال العقد.

وربّما يتخيل أنّه لا يمكن ردّ الملك إلّا بحلّ العقد، لأنّ رفع المعلول برفع علته، ولا يعقل إزالة المسبب إلّا بإزالة سببه.

لا يقال: الملكية مقوّم الالتزام فيبينهما التلازم، لأنّ الملكية معلول له.

لانا نقول: قد عرفت أنّاً أنّ الملكية الشرعية الحقيقية لا يعقل أنّ تكون من مقومات الالتزام، بل الملكية العنوانية بنحو فناء العنوان في المعنون من مقومات الالتزام، فلا

منافاة بين أن تكون الملكية العنوانية من مقومات الالتزام، والملكية الخارجية بنحو وجودها المناسب لها معلولاً للالتزام، كما أنَّ طبيعي الفعل من مقومات الشوق الخاص النفساني، وبوجوده الخارجي يكون معلولاً للشوق الخاص ومنبعثاً عنه. ويندفع التخيل^(١) المزبور بأنَّ اعتبار ردِّ الملك غير عنوان عدم الملك بعدم علته، كما أنَّ اعتبار حل العقد غير عنوان عدم العقد أو عدم تأثيره، وكل من الاعتبارين يحتاج إلى سبب ينحل به العقد أو يعود به الملك، فلا دخل لرفع المعلول برفع علته برد الملك فتدبر، هذا كله في تحقيق الفسخ الذي هو من عوارض العقد والرد الذي هو من عوارض العوضين.

وأما أنَّ الجواز في المعاطاة هل هو بالمعنى الاول أو الثاني؟

فتحقيق الحال فيه: أنَّ الدليل على جواز المعاطاة إمَّا الاجماع أو السيرة. فإنَّ كان الاجماع الذي يستدل به هو الاجماع على توقف العقود اللازمة على اللفظ، فمن الواضح أنَّ ذلك اللزوم المرتب على العقد اللفظي منفي في غيره، وهو إمَّا خصوص اللزوم من حيث فسخ السبب المعاملي، أو أظهر فرديه ذلك فهو المتيقن منه.

وإنَّ كان المراد الاجماع في خصوص باب المعاطاة على جواز التراد، فنقول: إنَّ المعاطاة حيث إنَّها عند غالب المجمعين لا تفيد إلاَّ الاباحة، فليس هناك سبب معاملي مؤثر، بل حكم وموضوع، فلا مورد للفسخ والحل، ولا إجماع حينئذ على الجواز بناءً على إفادة الملك؛ حتى يتكلم فيه أنَّه من عوارض السبب أو المسبب. وإنَّ كان الدليل هي السيرة؛ فمن البين أنَّ بناء العرف على عدم المعاملة مع المعاطاة كما يعاملون مع الصيغة، بمعنى أنَّ القول له عندهم نحو من الاستيثاق والاستحكام، بحيث ليس للفعل ذلك الاستيثاق والاستحكام عندهم، فالمقابلة عندهم بين القول والفعل في الاستحكام والاستيثاق، لا بين الملك في المعاطاة ونفس الصيغة، حيث لا مقابلة بين المسبب في طرف والسبب في طرف آخر، ولا

(١) وهو ماتقدم بعنوان (وربما يتخيل).

بين الملكين حيث إنَّه لا مقابلة بين ما بالذات في طرف وما بالعرض في طرف آخر، لأنَّ المفروض أنَّ الملك في باب المعاطاة أثره بالذات جواز الردِّ، وفي باب الصيغة الجواز بالذات أثر الصيغة وبالعرض أثر الملك.

ولا يخفى عليك أنَّ عمدة نظر المصنف رحمته في الحكم بأنَّ الجواز واللزوم من عوارض العوضين دون العقد إلى ما في عبارات المشهور، حيث يعبرون بجواز التراد، وقد عرفت الوجه فيه، مع أنَّ بعض العبارات صريح فيما ذكرنا قال العلامة رحمته في التحرير على ما حكى: (المعاطاة غير لازمة، بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلتفت لزمت...الخ)^(١).

ثم إنَّه لو سلمنا أنَّ الجواز من حيث التراد فلا ينبغي الاشكال في أنَّ المراد هو التراد ملكاً لا خارجاً، بمعنى أنَّ إظهار الرجوع والتسبب إليه يوجب ردَّ الملك، ولا يتوقف على الأخذ الخارجى، ولا مجال لقياس زوال الملك بحدوثه، بأنَّ يقال كما حصل بإثبات اليد على الملك خارجاً، كذلك يزول برفع اليد عنه وإثبات الآخر يده عليه، لأنَّ حصول الملك بإثبات اليد من باب التسبب، والتسبب بالفعل إلى الملكية لا لجهة أخرى، ورد الملك كما يكون بالسبب بالفعل كذلك بالقول أو بفعل آخر. نعم من يتوهم أنَّ المعاطاة لا إنشاء ولا تسبب معاملي فيها، وأنَّ حصول الملك بالاستيلاء عليه من باب تحقق الجدة خارجاً، فله أن يقول بأنَّ زوال الملك بزوال

(١) التحرير ١٦٤

وهو للشيخ جمال الدين أبو منصور الحسن بن سديد الدين يوسف بن زين الدين علي بن محمد بن مطهر الحلبي المعروف بالعلامة الحلبي أو العلامة على الإطلاق.

ولد في ٢٩ رمضان سنة ٦٤٧هـ في الحلة وقرأ على والده سديد الدين وخاله المحقق الحلبي صاحب الشرائع، والمحقق الطوسي وابن ميثم الجرجاني وغيرهم.

له عدة مصنفات منها كتاب الاتفين، ومنتهى الطلب وغاية الاحكام والتذكرة وغيرهم، توفي رحمته ليلة السبت ٢١ محرم سنة ٧٢٦هـ في الحلة ونقل الى النجف الاشرف، ودفن على يمين الداخل الى المحضرة الشريفة من جهة الشمال.

أعيان الشيعة ٣٩٦:٥ بتصرف.

الجِدَّة، لكنه توهم سخيف وتخيل ضعيف قد حققنا فسادَه مراراً^(١).
 وحيث عرفت أنَّ الترادَّ ملكي لا خارجي، فما تعارف هنا من دعوى إمتناع الترادَّ بسبب التلف، إمَّا لتقيد الترادَّ ملكاً بحسب دليله بصورة بقاء العوضين، فمع التلف يمتنع الترادَّ الملكي بإمتناع موضوعه الدليلي، كما في باب الهبة حيث دل الدليل على أنَّ الهبة إذا كانت قائمة بعينها فللواهب الرجوع.
 وإمَّا لتقيد موضوعه عقلاً، حيث إنَّ الملكية صفة وجودية قائمة بموضوع موجود، فمع تلف العين لا موضوع كي تقوم به الملكية، حتى يمكن الردَّ والاسترداد بلحاظها.

وعبارات المصنف رحمته وإنَّ كانت محتمله للأمرين كعبارات غيره أيضاً، إلا أنَّ فيه رحمته لكون اللزوم والجواز من عوارض العقد، وأنَّهما من عوارض العوضين يشهد لإرادة الشق الثاني، وإلا فتقيد فسخ المعاملة دليلاً - بصورة بقاء العين معقول كما مرَّ في عبارة التحرير، فالتصدي لبيان أنَّ الجواز واللزوم من عوارض العوضين دون العقد كاشف عن أنَّ العقد حيث إنَّه قابل للبقاء فجواز فسخه يدور مدار بقاء موضوعه دون العين، وأنَّ الترادَّ الملكي حيث إنَّه متقوم في نفسه عقلاً بقاء العين، فلذا يمتنع الترادَّ.

ولذا أورد عليه شيخنا الاستاذ (بأنَّ متعلق الترادَّ ملكية العينين لا نفسهما، والملكية كما يصح انتزاعها من الموجود، كذلك يصح انتزاعها من التالف، فإنَّها من الاعتبارات، وهي مما لا تتوقف على موضوع موجود، بل إذا كان هناك منشأ انتزاع تنتزع عن غيره؛ وليست هي بالجدة التي هي إحدى المقولات كما توهم، حتى يحتاج إلى موضوع موجود، كيف وقد وقع الترادَّ مع التلف فيما إذا فسخ العقد بخيار، ولا يتفاوت في الامتناع أن يكون التراد بلا واسطة وبواسطة الفسخ، لا يقال في الفسخ لا ترداد، بل يرجع إلى بدل التالف ابتداءً؛ فإنَّه لولا التراد لم يكن وجه

للرجوع إلى البديل بقاعدة ضمان اليد أو الائتلاف^(١) إنتهى كلامه الشريف.

قلت: أما أنّ الملكية ليست من مقولة الجدة فقد أشبعنا الكلام فيه في محله^(٢)، بل بينّا أنّها ليست من المقولات مطلقاً حتى الاضافة المقولية، وأنّها ليست من الأمور الإنتزاعية الواقعية، وأنّها من الاعتبارات الشرعية والعرفية، وأنّ الملكية موجودة بوجودها الاعتباري لا بوجودها الحقيقي، وأنّه لا مانع عقلاً من اعتبارها للمعدوم واعتبار تعلقها بالمعدوم، فإنّ الاعتبار خفيف المؤنة، ولا يتوقف إلاّ على ما يصحح الاعتبار من الشارع أو العرف.

وأما أنّ الرجوع إلى البديل كاشف عن تعلق الملكية بالتالف في فسخ العقد بالخيار حتى حال التلف، فليس كاشفاً عن ذلك مطلقاً، بل على بعض الوجوه الغير الصحيحة.

بيانه: أنّ وجه الرجوع إلى البديل أحد أمور:

أولها: ما أفاده شيخنا الاستاذ^(٣) في عبارته المتقدمة وهو ضمان البديل بقاعدة اليد أو الائتلاف.

مع انك خبير بأنّ اليد لم تكن يد ضمان حال تلف العين، والائتلاف لم يتعلق بمال الغير، فإنّ اعتبار رجوع العين إلى مالكها الأول بعد تلفها وإتلافها، وبعد هذا الاعتبار لم يكن هناك يد ولا إتلاف، فاعتبار رجوع العين ملكاً إلى مالكها الأول لا يصحح الانتقال إلى البديل، بل إذا قلنا بأنّ الفسخ من أصله لا من حينه لم يكن وجه للانتقال إلى البديل أيضاً، فإنّ المال وإن كان في الواقع مال الغير لكن اليد لم تكن يد ضمان، والائتلاف وإن كان متعلقاً بمال الغير لكن عن إذن مالكة، فإنّ اعتبار انحلال العقد من أصله لا يوجب انقلاب الرضا إلى الكراهة، مع أنّ المشهور على أنّ الفسخ مؤثر من حينه لا من أصله.

(١) حاشية الآخوند ٢٢.

(٢) ص ٢٩ قوله (وان عدم كونه من المقولات ...).

(٣) حاشية الآخوند ٢٢.

وبالجملة: فالرجوع إلى البدل على هذا الوجه وإن كان متوقفاً على رجوع العين إلى ملك مالكها الاول، لكنه في نفسه غير صحيح.

ثانيها: ما أفاده في البحث؛ أن أثر العقد ما دامت العين باقية إضافتها إلى صاحبها بإضافة الملكية، ومع تلفها تكون العين مضافة إلى مالكها بهذه الإضافة الجزئية، وهي أنها تالفة منه عليه لا على غيره، ومع انحلال العقد ينقلب الأثران، فمع بقاء العين تضاف إلى الفاسخ بإضافة الملكية، ومع عدمه تضاف إليه بأنها تالفة منه على المفسوخ عليه؛ لتلفها عنده، وليس الضمان إلاّ كون تلف العين من الفاسخ على من تلفت عنده.

وفيه: أن اعتبار تلفها منه عند غيره صحيح؛ لسبقه على انحلال العقد؛ فيمكن اعتباره، لكنه بمجرد لا يوجب الضمان، إذ مجرد التلف عند الغير بلا يد مضمّنة منه لا يوجب الضمان، واعتبار تلفها منه عليه بهذه الخصوصية لو أُضيف إلى الفاسخ لكان مقتضاه عدم الضمان، والتفكيك بين التلف منه وكونه عليه ليعود التالف بمعنى أن التلف منه، وحيث إنّه كان التلف على الغير حال تحققه، فيكون تلفه من الفاسخ وعلى المفسوخ عليه - تفكيك ركيك، مع أن العين لم تكن عند تلفها إلاّ تالفة من مالكها لا عليه ولا على غيره، فإنّ اعتبار كون التلف عليه اعتبار الخسارة عليه في التالف، ولا خسارة عليه بل نفسها خسارة، ولا يخفى أن هذا الوجه وإن صح لا يقتضي رد الملك ليكشف عن امكانه، بل مقتضاه كون العين تالفة منه على غيره لا مملوكة له.

ثالثها: ما عن غير واحد منهم صاحب الجواهر^(١) من أن التالف انتقل إلى المفسوخ عليه مضموناً بعوضه، فيعود إلى الفاسخ كذلك، وقد صرح صاحب الجواهر^(٢) إن يد المشتري يد ضمان بالثمن لا مجاناً.

وفيه: أن الضمان بالعوض هنا ضمان المعاوضة لا ضمان الغرامة، وليس حقيقة ضمان المعاوضة إلاّ كون كل من العينين معوضة بالأخرى بعقد المعاوضة البيعية

مثلاً، والمفروض حل هذه المعاوضة وخروج كل منهما عن كونه معوّضاً وعوضاً، فلا يعقل أن يعود كل منهما معوضاً ومضموناً بضمان المعاوضة، ولم يكن الضمان المعاوضي بمطلق العوض الشامل للعين وبدلها الواقعي حتى تعود العين أو بدلها، لوضوح أن ضمان المعاوضة كان بالمسمى، فإمّا أن لا ينحل العقد للزوم كون الباقي مجانياً لتلف ما يقابله، أو ينحل ولا غرامة، وليس الفسخ معاوضة جديدة حتى يقتضي رجوع العين الباقية تملك ما يقابلها وهو البديل الواقعي، لعدم معقولية تملك التالف إذ هو عين المجانية وعدم المعاوضة الحقيقية، ولا يخفى أن هذا الوجه على فرض صحته لا يقتضي أيضاً رد الملك حقيقة، بل رده برد بدله.

وابعها: ما عن غير واحد أيضاً من أن العين حيث كانت تالفة، فتقدر موجودة عند المفسوخ عليه لتعود إلى الفاسخ، وحيث إنّه قدّرت موجودة في عهدة المفسوخ عليه، يجب ردها برد بدلها خروجاً عن عهدها المفروضة.

وفيه: أنّه لا شبهة في لزوم تقدير الوجود؛ إذ المعدوم بما هو معدوم ولا رجوع له، ولا بد من تقديره مملوكاً للفاسخ؛ إذ الرجوع المضاف إلى المقدّر وجوده ليس إلّا صيرورته مضافاً إلى الفاسخ باضافة الملكية، إلّا أن مجرد تقدير الوجود المفروض كونه مملوكاً للفاسخ لا يقتضي الضمان بوجه، فإنّ البديل حينئذ بدل الحيلولة، لأن المفروض ملكية امر مقدّر الوجود، وحيث إنّه لا يتمكن من اداء المقدّر وجوده لعدم قابليته بنفسه للاداء يجب دفع بدله، لمكان عدم التمكن من أدائه، مع أن عدم التمكن من الأداء وإنّ فرض في الموجود الفعلي أيضاً لا يوجب الضمان إلّا إذا كانت هناك يد مضمنة.

ومما ذكرنا ظهر أن تقدير وجود التالف وتقدير ملكه للفاسخ اعتبار صحيح من مقتضيات انحلال العقد، بخلاف تقدير وجوده في عهده فإنّه تضمنين ابتدائي بلا موجب، فتقدير وجوده عنده صحيح، وتقدير وجوده في عهده جزاف، ولا يخفى أن هذا الوجه أيضاً لا يقتضي ملكية التالف حقيقة، أمّا تقدير وجوده في عهده فهو لا يوجب إلّا التضمنين ودفع البديل.

وأما تقدير وجوده عنده وتقدير كونه مملوكاً للفاسخ؛ فليس إلا فرض الوجود وفرض الملكية، فتقدير الملكية كتقدير الوجود لا دخل له بملك التالف حقيقة، كملك العين الموجودة.

هذا والتحقيق في وجه الرجوع إلى البدل هو أن يقال باعتبار المعاوضة بين المالكين بما هما مال لا بما هما عينان خارجيتان، وقد فصلنا القول في ذلك في تعاليفنا على الخيارات^(١).

وحيث إن المعاوضة بلحاظ الاغراض المعاملية العقلائية متعلقة بحيثية المالية من ذات العوضين، ففسخ المعاوضة تقتضي رجوع العوضين بما هما مال مع تلف خصوصية العين.

وأما توهم: أن الحل والفسخ والرد يقتضي البقاء فيما يتعلق به الحق، ولا بقاء لملك المال مع تلف العين، وعليه فلا بقاء للعقد أيضاً؛ لأنّ القرار المعاملي لا يستقل بالتحصل، ومنه يتضح عدم الفرق بين فسخ العقد ورد الملك.

فهو مدفوع؛ بأنّ القرار المعاملي - كما مرّ^(٢) - يتقوم بالملك في أفق القرار لا بالملك خارجاً، وحيث إنّ المترقب منه تأثيره في الملك خارجاً، فلا بد من وجود العين القابلة للتملك خارجاً، ولا يترقب منه بعد تأثيره في الملك تأثيره بقاءً، نظير المقتضي في مقتضاه، فإنّ الاسباب الشرعية كالمعدات لاعتبار العرف والشرع، والسبب الفاعلي للاعتبار هو المعتبر، فلا مانع من بقاء القرار المعاملي الغير المتقوم بالملكية الخارجية عرفاً وشرعاً إلى أن ينحل القرار عرفاً وشرعاً، هذا في اقتضاء الفسخ حتى حال التلف لاعتبار بقاء المعاوضة.

وأما الرجوع إلى البدل فهو على أي حال بلحاظ رجوع المال بما هو مال، والمالية العائدة إلى الفاسخ تارة تكون خارجيتها بخارجية شخص العين، وأخرى بخارجية بدلها.

(١) في مسألة التلف في زمن الخيار المكاسب ٣٠٠ - ح ٥ من التعليقة.

(٢) أول هذه التعليقة.

تنبية: ظاهر المصنف رحمته وغيره هنا وفي غير المقام من الترديد بين كون الجواز من عوارض العقد أو من عوارض العوضين، هو الترديد بين أمرين متباينين، بحيث يكون موضوع أحدهما قابلاً للبقاء دون الآخر، وظاهر بعض أعظم العصر في مسألة التلف في زمن الخيار هو الترديد بين الاطلاق والتقييد، حيث قال: (ليس الشك من هذه الجهة شكاً في قيدين متباينين، بل الشك من هذه الجهة شك في الاطلاق والتقييد، لوضوح أن ليس المراد من التعلق بالعين السلطنة على احداث ملك جديد فيها، نظير تملك مال الكافر الحربي مثلاً، بل المراد الاسترداد بفسخ العقد، ففسخ العقد ملحوظ ومراد لا محالة، إنما الشك في أن هذا الفسخ هل قيد بما يقتضي كون اللزام منه رجوع العين إلى الفاسخ أو لا؟ بل هو باقٍ على اطلاقه المقتضي لرجوع العين تارة، ورجوع البدل أخرى) انتهى.

وهو مبني على أنه لا معنى معقول لتعلق الخيار بالعين إلا تملكها، مع أن المراد ليس احداث ملك جديد، فلم يبق معنى معقول إلا السلطنة على فسخ العقد؛ إمّا مطلقاً أو مقيداً، وانت خبير بأن اعتبار رد الملك اعتبار صحيح لا دخل له بالتملك الموجود في الاخذ بالشفعة أو تملك مال الحربي، ورد الملك إلى نفسه وإن كان موجباً لتملكه، إلا أنه كذلك بالدقة لا بحسب الاعتبار، وبذلك يندفع توهم أن الفسخ معاوضة جديدة، بل اعتباره اعتبار حل المعاوضة.

نعم بناءً على ما سبق منه في الأمر بالوفاء بالعقد - من أن المراد من العقد إمّا اللفظ الذي ينشأ به المضمون، أو نفس الانشاء المنكشف باللفظ، وانه ليس بعدهما شيء إلا وجوب الوفاء تكليفاً، والتأثير في الملكية وضعاً - كان ينبغي له أن يقول لا معنى لحل العقد إلا رد الملك؛ إمّا مطلقاً أو مقيداً، وقد مرّ منا مراراً^(١) أن العقد الحقيقي له اعتبار البقاء عرفاً وشرعاً، فلا اشكال من هذه الجهة أيضاً.

١٠٨ - قوله رحمته: (مع أن الشك في أن متعلق الجواز هل هو اصل... الخ)^(٢).

(١) كما في أول هذه التعليقة.

(٢) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٦

أماً بناءً على ما قدمنا^(١) من التلازم بين بقاء العقد وبقاء الملكية حقيقة أو اعتباراً. فلا اشكال في استصحاب الجواز على أي حال، وأماً بناءً على ما أفاده ﷺ من الفرق بينهما امتناعاً وامكاناً، فإماً أن نقول بأن جواز التراد متيقن من الاول وإئماً الشك في جواز الفسخ إماً من الاول أو مقارنة لارتفاع جواز التراد، وإماً أن نقول بعدم التفاوت بينهما من حيث الشك في ثبوت كل منهما بخصوصه من الاول، كما هو ظاهر عنوانه ﷺ.

فعلی الاول: لا مجال لاستصحاب جواز التراد للقطع بارتفاعه لمكان امتناعه، ولا مجال لاستصحاب جواز الفسخ لعدم العلم بأصل ثبوته، ولا دخل لهذا الفرض بالشك في بقاء الموضوع - كما عن بعض أجلة المحشين^(٢) - إذ المفروض القطع بارتفاع موضوع المستصحب الذي قطع بثبوته، والقطع ببقاء موضوع ما شك في أصل ثبوت الحكم له، ولا مجال لاستصحاب الكلبي هنا؛ لأن جواز الفسخ على تقدير ثبوته كلي آخر غير كلي جواز التراد، لتعدد وجودات الكلبي بتعدد افراده، فإن نسبة الكلبي إلى الافراد نسبة الآباء إلى الاولاد، فتدبر.

وعلى الثاني: الموافق لعنوان كلامه ﷺ وللواقع أيضاً، حيث لا موجب لتيقن جواز التراد بعنوانه فلا استصحاب في شيء منهما بالخصوص، لعدم العلم بالخصوصية، وقد مرّ منا^(٣) - في اصالة اللزوم في المعاطاة - أن استصحاب الفرد المردد - بما هو مردد - غير معقول، إذ المردد بما هو لا ثبوت له ماهيةً وهويةً ذاتاً ووجوداً، واستصحاب الوجود الخاص الواقعي مرجعه إلى استصحاب الكلبي، إذ الوجود الخاص إذا اضيف إلى نفس الطبيعة كان تعبداً بالكلبي، وإذا اضيف إلى الطبيعي المتخصص بخصوصية التراد أو بخصوصية الفسخ كان تعبداً بالفرد - بما هو فرد -، وحيث إنَّ الخصوصية بخصوصها غير معلومة فلا معنى للتعبد الاستصحابي بالفرد -

(١) تعلیقة ١٠٧.

(٢) حاشیة الیزدی ٨٢ سطر ١٤.

(٣) تعلیقة ٧٣.

بما هو فرد ..

وأما التعبد بكلّي الجواز المتعلق بكلّي رفع الامر الموجود ملكاً كان أو عقداً، فهو - وإن كان من قبيل القسم الثاني من استصحاب الكلّي الذي لا ريب في جريانه في حد ذاته - لكنه لا يجري هنا؛ لأن منشأ الشك في بقاء كلّي جواز الرفع الجامع بين الفسخ والتراد، هو الشك في بقاء موضوعه من حيث كونه هو الملك الغير الباقي بسبب تلف موضوعه أو العقد الباقي، ولا مجال للاستصحاب مطلقاً مع الشك في بقاء موضوعه، ولعل غرض المصنف رحمته من تيقن جواز التراد - جواز الرفع حال وجود العين - لا جواز التراد بعنوانه، ليكون مخالفاً لعنوانه وإن كان منافياً لظاهر بيانه.

الثاني: لو تلفت احدى العينين

١٠٩ - قوله رحمته: (وفيه أنها معارضة باصالة براءة ذمته... الخ)^(١).

لا يخفى عليك أنّ اصالة البراءة عن الضمان لا تعارض اصالة بقاء السلطنة بالذات، بل المعارضة بينهما بالمرض؛ إمّا للقطع بعدم مجانية التالف، أو لما ادعاه بعض الاعلام من تلامذته^(٢) رحمته من الاجماع المركب على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية وجواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها، ويمكن تطبيقه على القاعدة بناء على كون المعاطاة مفيدة للإباحة ضمناً، بل بناءً على الإباحة الشرعية المستندة إلى الرضا الضمني.

أما على الاولى: فبأن كلاً من العينين بدل عن الأخرى في الإباحة الضمنية، كما في صورة التبديل بعنوان الإباحة صراحة على ما يراه صاحب الجواهر^(٣) رحمته في المعاطاة كلية، ومقتضى بقاء المعاوضة من حيث الإباحة الصريحة أو الضمنية - حتى بعد التلف - اعتبار بدلية التالف من حيث الإباحة للعين الباقية، لأن المعاوضة لا تقوم

(١) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٩

(٢) حاشية الاشكوري ٢٣ سطر ٣١

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٢١٥.

بطرف واحد، ولا يعقل أن تكون الإباحة التي كانت المعاوضة بلحاظها هي الإباحة التكليفية المحضة، فإنَّ مثل هذه الإباحة حقيقتها الترخيص في الفعل والترك، والتالف خارج عن موضوع الفعل والترك، فلا محالة تكون الإباحة بمعنى يعم التكليف والوضع، وجامعها عدم التبعة من قبل التصرف في العين تكليفاً ووضعا؛ فلا عقوبة من قبل التصرف فيها؛ ولا خسارة من قبل تلفها، وإلا فقصر الإباحة على صرف التكليف بوجوب زوالها بالتلف، فتكون العين الباقية مباحة بلا عوض؛ وهو خلاف الفرض، أو غير مباحة وهو أيضاً كذلك، إذ لا تزول إباحتها إلا بالرجوع، فاعتبار بقائها بعنوان التعاوض يستدعي اعتبار الإباحة بالمعنى المتقدم، فالرجوع في العين الباقية يستدعي ارتفاع المعاوضة من حيث الإباحة بالمعنى المتقدم، ومقتضاه زوال عدم التبعة من حيث التكليف من العين الباقية، وزوال عدم التبعة من حيث الوضع من العين التالفة، فرجوع التالف إلى مالكة مقتضاه كون تبعته وخسارته على من تلف بيده، كما عرفت في رجوع الملك التالف إلى الفاسخ سابقاً، فتدبره^(١) فإنَّه حقيق به.

وأما على الثانية: فتقريبه أنا قد ذكرنا^(٢) سابقاً أنَّ رضى كل من المتعاطيين باستيلاء كل منهما على مال الآخر مستفاد من كون كليهما في مقام التمليك والتملُّك، وتمكن كل منهما من مال الآخر بنحو أوفى؛ فإثبات يد كل منهما على مال الآخر بسبب تسليط كل منهما خارجاً عن رضاه، فمثل هذا التسليط الخارجي الصادر عن الرضا قصد به التمليك بالعوض لا بنحو المجانية، فالرضا مقيد، والإباحة الشرعية إذا كانت مستندة إلى مثل هذا الرضا الضمني فلا بد من أنَّ تكون بنحو التعاوض لا بنحو المجانية، وإلا كانت على خلاف رضا المتعاطيين وهو خلف، وإذا كانت الإباحة الشرعية معاوضة لا مجانية جرى فيها التقريب المتقدم بناء على الإباحة الضمنية. نعم بناء على الإباحة التعبدية المحضة الغير المستندة إلى تسبب المالك ضمناً

(١) تعليقة ١٠٧.

(٢) تعليقة ٥٢.

ولا إلى رضاه ضمناً يشكل تطبيق الرجوع إلى البدل على القاعدة.

ويمكن أن يوجّه بأنّ التعبدية في اصل الاباحة لا ينافي عدم التعبدية في كفيتهما، فإنّ مقتضى الاعتبار جعل الاباحة تعبداً مكان الملكية، فالمعاطاة المقصود بها التمليك بالعوض لم تؤثر في الملكية شرعاً، بل صارت موضوعة للاباحة مكان التأثير في الملكية، فتكون الاباحة غير مجانية، بل معاوضة.

ثم إنّ الظاهر من شيخنا الاستاذ^(١) جواز التمسك في المقام بقاعدة الناس مسلطون، وصريح بعض أجلة^(٢) المحشين في المقام أنّه لا مجرى للاصل مع وجود العموم، وحينئذ لا يبغي مجال لمعارضة أصالة عدم الضمان لعموم الناس مسلطون . قلت: إذا كان المراد من اللزوم على القول بالاباحة بقاء المال على صفة الاباحة وعدم زوالها، والمراد من الجواز المقابل له إزالة الاباحة عنه بالرجوع فيه، فموضوع قاعدة السلطنة - وهو المال المضاف باضافة الملكية إلى مالكة - محرز قطعاً، فلا مجال لإلّ للقاعدة، وإذا كان المراد من اللزوم في صورة تلف أحد المالكين تعيّن الباقي بدلاً للتالف ملكاً، فيكون بدلاً جعلياً من الشارع للملك التالف، فالموضوع غير باقٍ، فمع الشك في تعيّن الباقي لا مجال للاستدلال بالقاعدة؛ لعدم إحراز الموضوع مع هذا الاحتمال، فلا مجال لإلّ للاصل؛ فإنّه يكفي فيه الموضوع العرفي؛ نظراً إلى أنّ الملكية حيثية تعليلية للسلطنة على المال لا حيثية تقييدية.

والظاهر من المصنف رحمته حيث قال: (لاصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه لها... الخ)^(٣) الاستدلال بأصالة بقاء السلطنة وأصالة بقاء الملكية، فيعلم منه أنّ بقاء ملكه لها مشكوك، وليس ذلك إلاّ لاحتمال تعيّن الباقي بدلاً للتالف.

والتحقيق: أنّه بناء على ما احتمله شيخنا الاستاذ - في المعاطاة^(٤) - من كونها

(١) حاشية الآخوند ٢٢.

(٢) حاشية اليزدي ٨٢ سطر ١٦.

(٣) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٩.

(٤) حاشية الآخوند ١٠.

مفيدة للاباحة إبتداء؛ وللملكية بشرط التصرف والتلف، كما في إفادة الملكية بشرط القبض في الصرف والسلف، فلا إشكال في تعيين الباقي ملكاً لمالك التالف بعنوان ضمان المعاوضة لاضمان الغرامة.

وأما بناء على عدم تأثير المعاطاة في الملكية رأساً فتعيّن الباقي ملكاً أجنبي عن لزوم المعاطاة المفيدة للاباحة، بل لا يصح ذلك إلا من باب تعيين الباقي بدلاً عن التالف جعلاً من باب ضمان الغرامة، فيتوقف على موجب لضمان الغرامة، مضافاً إلى أنّ بدلية المسمى جعلاً تعبداً على خلاف الطريقة العرفية الممضاة شرعاً، فإنّها على الضمان بالبدل الواقعي لا الجعلي، فيحتاج إلى دليل آخر زيادة على الدليل على الضمان من باب الغرامة.

١١٠- قوله ﷺ: (والتمسك بعموم على اليد هنا... الخ) (١).

وضع اليد على شيء إذا كان بإذن المالك ورضاه صريحاً أو ضمناً لا يوجب دخول ذلك الشيء في عهدة ذي اليد، وليس بناء العرف المبني عليه حكم الشارع بالضمان تضمين اليد المأذونة من قبل المالك، فالاباحة الشرعية المستندة إلى رضا المالك ضمناً لا يجامع الضمان عرفاً فكذا شرعاً، وأمّا الاباحة التعبدية المحضّة من دون استناد إلى تسبب المالك ورضاه صريحاً أو ضمناً فلا ينافي العهدة والضمان. فنقول: إذا فرض أنّ اليد - ولو في هذه الصورة - لا يوجب دخول العين في العهدة بمجرد وضع اليد ولا بعد تلفها أيضاً، وإنما الكلام في الدخول في العهدة بالرجوع، فلا محالة لا يكون عموم (على اليد) دليلاً على الضمان؛ إذ حال ثبوت اليد لا عهدة، ولا عهدة بغير اليد، لأنّ المفروض الاستدلال على الضمان بقاعدة اليد؛ وكون اليد شرطاً متقدماً لثبوت العهدة عند الرجوع، أو كون الرجوع شرطاً متاخراً لثبوت العهدة باليد عند التلف، على فرض معقوليتهما يحتاج إلى دليل غير عموم (على اليد) الظاهر في ثبوت العهدة بمجرد وضع اليد، مضافاً إلى أنّه لا يستحق مطالبة البدل إلاّ

مع ثبوت العهدة؛ فكيف يتوقف ثبوت العهدة على المطالبة؟!

فإن قلت: العهدة تثبت بمجرد وضع اليد، غاية الأمر أن وجوب رد العين ما دامت موجودة مقيد بالمطالبة، ووجوب دفع البديل مقيد بالتلف والرجوع، وإن كانت قاعدة اليد مطلقة من هاتين الجهتين في حالتي العين، فمن يرى جواز التمسك بالعموم لما قدمناه سابقاً^(١) من أنه لا تخصيص في البين، بل تقييد بالاضافة إلى الحالتين فله التمسك بقاعدة اليد في وجوب دفع البديل الواقعي بعد الرجوع، ومن لا يرى ذلك فله استصحاب عدم وجوب البديل بعد الرجوع كما كان قبل الرجوع.

قلت: إذا لم يجب دفع البديل مطلقاً فلا أثر لعهدة العين بعد تلفها، فاعتبارها لغو محض، فاثبات العهدة بسبب اليد يقتضي الالتزام بأثرها؛ لا إلغاء آثارها رأساً؛ فلا معنى للشك في عدم وجوب دفع البديل حتى بعد الرجوع.

إلا أن يقال: إن قاعدة اليد تثبت أصل العهدة؛ وأن غرامة المأخوذ باليد وخسارته على ذي اليد، لأنّها تثبت العهدة والغرامة بالمثل والقيمة، حتى يلزم من نفي الغرامة بالمثل والقيمة رأساً نفي العهدة من أصلها، غاية الأمر أن الطريقة العرفية الممضاة شرعاً نوعاً على تعيين الغرامة في البديل الواقعي، ولا مانع من تعيين الغرامة في المسمى جعلاً من الشارع؛ فلا يلزم لغوية العهدة، وعليه فثبوت أصل العهدة بعموم على اليد، وثبوت إحدى الخصوصيتين بأصل أو دليل آخر.

فإذا قلنا بحكومة أصالة السلطنة على أصالة عدم الضمان بالبديل الواقعي، فأصالة السلطنة توجب عدم تعيين الباقي للبدلية، وحيث إن أصلها ثابت بثبوت العهدة يجب الخروج عن العهدة عقلاً بالمثل والقيمة؛ حيث لا مخرج سواهما، كما أن العموم بنفسه ليس دليلاً على الضمان بالمثل والقيمة، فلا مانع من جريان أصالة البراءة عنهما، فبضميمة العموم المثبت لأصل العهدة بتعيين الباقي للبدلية للتالف، حيث لا يحتمل بدلية غيره بعد نفي بدلية المثل والقيمة بالأصل، إلا أنه على أي حال لا تكون قاعدة اليد مانعة عن جريان شيء من الاصلين، وإن كان موجباً لتمانعهما؛

لثبوت أصل العهدة المقتضية لبدل ما بها.

١١١- قوله ﷺ : (حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل... الخ) (١).

لأن الضمان من مقتضيات جواز الرجوع شرعاً و عرفاً، وليس عدم جواز الرجوع من مقتضيات عدم الضمان بل ملازم له، وهذا إنما يصح على التقريب المتقدم آنفاً بناء على الإباحة الضمنية والإباحة المستندة إلى الرضا الضمني، بل على الإباحة التعبدية المحضة، وأما مجرد القطع بعدم مجانية التالف وأنَّ التالف مضمون إمَّا بالبدل الواقعي أو بالباقي من العوضين، فلا يوجب حكومة أصالة السلطنة، فإن الضمان بالبدل الواقعي ملازم لعدم تعين الباقي للبدلية كالعكس، لأنَّ أحدهما من مقتضيات الآخر شرعاً حتى يصح حديث الحكومة.

لكنه لا يخفى عليك أنَّ المعاطاة على القول بالملك وإنَّ كانت تفارق المعاطاة على القول بالإباحة، فإنَّ السلطنة على الرجوع أو الترادُّ على الأول سلطنة جديدة تثبت بالاجماع على الجواز دون الثاني، فإنَّ المال باقٍ على ملك مالكة في صورة بقاء المعينين، فسلطنة المالك بجميع أنحاءها غير منقطعة عنه، إلاَّ أنه ليس في صورة بقاء العوضين إلاَّ جواز الترادُّ، خصوصاً على ما قدمنا من أنَّ التعبير بجواز الترادُّ، من المجمعين القائلين بالإباحة غالباً.

وعليه يتقيد دليل السلطنة المطلقة بخصوص الترادُّ في صورة بقاء العينين، فاذا لم يكن مجال للتمسك بعموم القاعدة لاحتمال تعين الباقي بدلاً للتالف، فلا مجال لأصالة بقاء السلطنة لتقيدها بالترادُّ، والمفروض عدم إمكان الترادُّ عنده ﷺ فلا مجرى لأصالة السلطنة أصلاً.

نعم تقع المعارضة بين أصالة بقاء المال على ملك صاحبه، وأصالة عدم الضمان لمكان القطع بعدم مجانية التالف، ولا حكومة لاحدهما على الأخرى، وأما على ما قدمناه (٢) من إمكان الترادُّ مع التلف فاستصحاب جواز الترادُّ لا مانع منه، وله

(١) كتاب المكاسب ٩١ سطر ١٢.

(٢) تملیقة ١٠٧.

الحكومة على اصاله عدم الضمان بالمثل والقيمة، لما مرَّ^(١) من أنّ مقتضى التراد ضمان التالف ببده الواقعي، فتدبر جيداً.

١١٢ - قوله ﷺ: (مع أنّ ضمان التالف ببده معلوم... الخ)^(٢).

إنّ أريد من الضمان المعلوم الأعم من ضمان المعاوضة و ضمان الغرامة فالعلم الاجمالي غير مانع، لأنّ ضمان المعاوضة مسبوق بالوجود، و ضمان الغرامة بالبدل الواقعي مسبوق بالعدم، فلا معارضة بينهما؛ حتى يتساقط بسبب العلم الاجمالي. وإنّ أريد من الضمان ضمان الغرامة، والمراد من البدل الجعلي ما جعله الشارع بدلاً تعديداً للتالف على خلاف الطريقة العرفية في باب الغرامات، لا البدل الجعلي من المتعاطيين ليكون من ضمان المعاوضة، فكل من الضمان بالبدل التعديدي والبدل الواقعي مسبوق بالعدم، ولا مجال لهما معاً لمكان العلم الاجمالي فيتساقطان، وتبقى أصالة السلطنة - المقتضية للرجوع، و ضمان التالف ببده الواقعي من باب اقتضاء الرجوع و انحلال المعاوضة - سليمة عن المعارض.

والظاهر إرادة الشق الثاني وهو المناسب لضمان التالف على أي حال، إذ بقاء ضمان المعاوضة من حيث الإباحة لا يوجب تعين الباقي بدلاً للتالف، حيث لا يتدارك التالف إلا بقيام شيء مقامه في الملكية، وقد مرَّ^(٣) سابقاً في عنوان كلامه ﷺ ما يدل عليه من حيث احتمال تعين الباقي ملكاً لملك التالف.

ولذا تمسك ﷺ بأصالة بقاء المال على ملك مالكه، فلا يرد عليه ما أورده بعض أجلة المحشين^(٤)؛ لابتناؤه على استفادة الشق الاول من كلامه ﷺ.

١١٣ - قوله ﷺ: (مضافاً إلى ما قد يقال من أنّ عموم... الخ)^(٥)

(١) تعليقة ١١٠.

(٢) كتاب المكاسب ٩١ سطر ١٢.

(٣) تعليقة ١٠٩ قوله (والظاهر من المصنف...).

(٤) حاشية اليزدي ٨٢ سطر ٢٤.

(٥) كتاب المكاسب ٩١ سطر ١٣.

والفرق بين العين الباقية والعين التالفة من حيث التمسك بالعموم في الثانية دون الاولى، هو احتمال تعين العين الباقية بدلاً للتالف، فالموضوع غير محرز^(١) بخلاف العين التالفة فإنها ليست بدلاً لشيء؛ لثلا يتمسك بالعموم فيها، نعم المراد من السلطنة على أخذ بدل التالف إن كانت السلطنة عليه ابتداء فهي من السلطنة على الغير، وإن كانت من شؤون السلطنة على نفس المال التالف، فلا بد من إضافة التالف إليه باضافة الملكية، حتى يقال حيث إنّه ليس له مطالبة ذات المال بشخصه فله مطالبته بماليتها، وحيث إن التالف ليس مملوكاً حال دعوى السلطنة على المال بأخذ بدله لصاحبه فالموضوع غير محقق، وإضافته إليه سابقاً لا يصحح دعوى السلطنة عليه لاحقاً، لأنّ ظاهر العموم هو السلطنة على المال المضاف حال السلطنة.

مع أنّه يمكن أن يقال: - بناء على إضافة التالف إليه باضافة الملكية - بالفرق بين صورتى وجود العين وتلفها، فإن وجودها عنده يصحح السلطنة على مطالبتها منه، بخلاف صورة التلف فإن نسبة التالف إليه وإلى غيره على حد سواء، فإنّ المفروض عدم دخولها في عهده، وإنّما الفرض إثبات العهدة بنفس دليل السلطنة، فمطالبة البديل منه مع عدم وجود المال عنده وعدم كونه في عهده بلا موجب، ولعله أشار^(٢) إلى بعض ما ذكر بقوله، فتدبر.

١١٤ - قوله ﷺ: (والظاهر أنّه في حكم التلف لأنّ الساقط لا يعود... الخ)^(١).

تحقيق المقام: أنّ المراد بجواز التراد إن كان تراد المأخوذ بالمعاطاة لشخصه، فتراد شخص الذمة الساقطة على الفرض غير معقول، لأنّ الذمة تتشخص بتشخص أطرافها؛ فمع سقوط ما في الذمة لا شخص، وتخلل العدم في شخص واحد محال؛ ولذا يمتنع إعادة المعدوم.

فإن قلت: ترادّ شخصه وإن كان محالاً؛ إلا أنّ ترادّ مثله المعدود بحسب الاعتبار عين الساقط ليس بمحال، ولا بد من هذه العناية دائماً حتى في ترادّ العين

(١) هذا هو الصحيح وفي الاصل (محرر).

(٢) كتاب المكاسب ٩١ سطر ١٥.

الموجودة، لأنَّ المراد بالترادِّ ليس الأخذ والاسترداد الخارجيين، بل الترادُّ الملكي وإنَّ كان مقيداً بصورة بقاء العين، ومن الواضح أنَّ إضافة الملكية كسائر الاضافات والاعتبارات تتشخص بأطرافها، فشخص الملكية المردودة ليست عين الملكية القائمة بالمرجوع إليه، كما أنَّها ليست عين الملكية المنتقلة إليه من المالك الاول، فكما أنَّ العينية بحسب الاعتبار المصحح لاعتبار النقل والرد فكذا هنا.

قلت: اعتبار الترادد الملكي يقتضي اعتبار بقاء الملك ولو كان المردود غيره بالدقة، وهو في ما نحن فيه محال، إذ بعد سقوط ما في الذمة لا بقاء لما في الذمة ولو بالإعتبار، لأنَّ الشخص كما لا يملك شخص ما في ذمته، كذلك مثل ما في ذمته، فاعتبار سقوط ما في الذمة واعتبار بقائه متنافيان، والمعدوم لا يرد؛ ولا يعقل تعلق الرد بالمعدوم.

ومنه يظهر الوجه في عدم الحاجة إلى أصالة عدم العود بالاضافة إلى مثل ما في الذمة كما عن شيخنا الاستاذ^(١)، وذلك حيث لا شك في عدم الاشتغال بالمثل حتى يُرد، وأما الاشتغال بالرجوع فهو وإنَّ كان مشكوكاً إلاَّ أنه شك في الاشتغال الابتدائي، وتملَّك فما في ذمة الغير جديداً لا بعنوان الرد المتوقف على اعتبار بقائه، المفروض عدمه قبل الرجوع، هذا.

وإنَّ كان المراد بجواز الترادِّ هو الترادُّ الملكي الباقي بعد تلف العين، فهل حال سقوط ما في الذمة حال التلف فيجوز الترادُّ الملكي وإنَّ كان العائد مثل الساقط أو لا؟

الظاهر أنَّ أمر السقوط أعظم من التلف، لأنَّ تلف العين لا ينافي بقاء ملكية الناقل اعتباراً قبل الرجوع المصحح لاعتبار الرد ملكاً، بخلاف السقوط فإنَّه لا معنى لاشتغال ذمته - بمثل الساقط - للغير قبل الرجوع، فإنَّ اعتبار سقوط ما في الذمة واعتبار بقائه متنافيان، مع التسالم على عدم اشتغال ذمته بشيء للغير قبل الرجوع، وقد عرفت أنَّ اعتبار بقائه تصحيحاً لإعتبار الترادُّ الملكي لازم؛ لأنَّ المعدوم لا يرد،

وسيجيء إن شاء الله تعالى في الفرع^(١) الآتي بعض ما يناسب المقام.
وهل يمكن استصحاب جواز التراد الملكي، ليكون حاكماً على أصالة عدم عوده
بمثله أو لا؟

وتقرّيه: أنّ جواز التراد من أحكام الملك؛ وزمان ثبوت الملك غير زمان سقوطه،
لاستحالة الثبوت والسقوط في زمان واحد، فكما أنّ السقوط مترتب على الثبوت ذاتاً
كذلك زماناً؛ فمع اليقين بجواز التراد الملكي في زمان والشك في بقاءه وارتفاعه
لمكان سقوط ما في الذمة يحكم ببقائه.

وفيه: أنّ جواز ردّ الملك يتوقف على بقاء الملك في ظرف تعلّق الردّ به، وردّ
الملك في ظرف ثبوته غير معقول، لاستحالة البقاء والارتفاع في زمان، فجواز رده في
عين زمان ثبوته غير معقول، وجواز رده في ظرف سقوطه أيضاً غير معقول، إذ لا
ملك على الفرض حتى يُردّ، مضافاً إلى أنّ جواز التراد في ظرف السقوط مشكوك،
لعدم التفاوت بين أزمنة السقوط.

هذا مع أنّه مبني على أنّ مقتضى المعاملة التأثير في الملك فيسقط - كما عن
المصنف العلامة رحمته هنا وفي غير مورد -، وقد مرّ منّا^(٢) مراراً أنّ السقوط إن كان أثراً
للثبوت فهو محال، لأنّ وجود الشيء لا يؤثر في عدم نفسه، وإن كان السقوط لعدم
الأثر فمانع البقاء مانع الحدوث، ولا فرق في لغوية اعتبار الملكية بين زمان طويل أو
قصير.

فالتحقيق: ما مرّ منّا^(٣) من أنّ البيع ليس للتملك والتملك من الطرفين، بل هو
الاعطاء لا مجاناً بقطع اضافته عن نفسه، فيؤثر تارة في الملكية كما في مورد قابل لها،
وأخرى في الوقفية كما في بيع غلة العين الموقوفة، وثالثة في العتق كما في بيع من
ينعتق على المشتري؛ أو اشتراء العبد تحت الشدة بالزكاة، ورابعة في السقوط كما في

(١) تعلية ١١٧.

(٢) تعلية ٢٢ و ٢٤.

(٣) تعلية ٢٢.

بيع الدين على من هو عليه، وعليه فلا ملك في زمان أصلاً ليكون محكوماً بجواز التراد ملكاً.

١١٥ - قوله ﷺ: (ويحتمل العود وهو ضعيف... الخ) (١).

لعل منشأ الاحتمال أن الذمة بالنسبة إلى ما في الذمة أمر باقٍ، ولذا ينسب إليها الفراغ والخلو والاشتغال، وطبيعة المَنّ من الحنطة مثلاً كغيرها من الطبايع لا تلف لها ولا سقوط إلا بالاضافة إلى دخولها في الذمة وخروجها في (٢) الذمة، فدخولها في الذمة تارة وخروجها عنها أخرى لا يوجب تغيراً في الذمة؛ ولا فيما في الذمة، فلا يندرج تحت عنوان اعادة المعدوم حتى يستحيل العود.

ووجه الضعف أن الذمة المطلقة لا معنى لها؛ فإنها ليست من الاوعية والظروف، بل هي نحو ثبوت الشيء اعتباراً، فشخص الذمة يتشخص بأطرافها وهي من له ومن عليه وما فيها، وليس هي على اعتباريتها بأعظم من العلم الذي يتشخص بالعالم والمعلوم بذاته.

١١٦ - قوله ﷺ: (والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالاباحة... الخ) (٣).

ليس غرضه ﷺ: أن الحكم هو اللزوم على القول بالاباحة، فإن كون الاباحة مفيدة للسقوط لا يوجب كون السقوط بأعظم من التلف، مع أنه لا لزوم عنده ﷺ على القول بالاباحة في صورة التلف الحقيقي، لجريان أصالة السلطنة في طرف العين الباقية، والرجوع بالبدل الواقعي في طرف العين التالفة، فكيف بما هو في حكم التلف.

بل غرضه ﷺ أن جعل الدين عوضاً على الاباحة يوجب السقوط، كما أنه يوجب على القول بالملك؛ حيث لا معنى لاباحة الدين إلا الابراء والاسقاط، ومقابل الظاهر احتمال عدم رجوعه إلى السقوط؛ فإن اباحة الدين انشاء، وإن كان يستظهر منها

(١) كتاب المكاسب ٩١ سطر ١٥.

(٢) هكذا في الاصل والصحيح (من) أو (عن).

(٣) كتاب المكاسب ٩١ سطر ١٥.

الابراء؛ كما هو المتعارف في قولهم «أنت في حل مما لي عليك» إلا أن استفادة الرضا بالتصرف من التعاطي بعنوان التملك لا يوجب السقوط على القول بالاباحة، إلا إذا لم يكن معنى معقول للتصرف فيما يملكه غيره في ذمته، وهو معقول لامكان نقل ما يملكه الغير في ذمته باذنه ورضاه، وإن كان يوجب السقوط بنقله فيندرج في عنوان ما إذا نقل أحد العوضين، لا في عنوان جعل الدين عوضاً؛ فإن مجرد ذلك لا يوجب السقوط على القول بالاباحة.

الثالث، نقل العينين: أو احدهما بعقد لازم

١١٧ - قوله ﷺ: (ولو نقل العينين أو احدهما بعقد... الخ)^(١).

تحقيق المقام: أنه على القول بجواز الترادّ خارجاً المتوقف على بقاء شخص المأخوذ بالمعاطاة على صفة الملكية الحاصلة بها، فكما يمتنع الترادّ في صورة تلف العين بذاتها كذلك في صورة تلفها بوصف الملكية الحاصلة بالمعاطاة لزوالها بالنقل. وأما بناء على جواز الترادّ ملكاً الثابت حتى مع التلف، فظاهر شيخنا الأستاذ العلامة - في تعليقه الأنيقة^(٢) - الفرق بين التلف والتصرف، لامكان بقاء التالف على صفة الملكية التي يكون الترادّ بلحاظها، بخلاف التصرف فإنه مزيل للملكية الحاصلة بالمعاطاة، ولا يجوز الترادّ بالاضافة إلى كل ملكية قائمة بالعين، بل بالنسبة إلى الملكية الحاصلة بالمعاطاة؛ والمفروض زوالها بالنقل.

وعن الشيخ الاعظم ﷺ - في مبحث جواز التصرف في زمان الخيار - عدم المانع من الفسخ مع التصرف كالتلف، وقد مر^(٣) سابقاً عدم معقولية الفسخ إلا مع بقاء العقد، وعدم تعقل بقاء العقد إلا مع بقاء ما تعاقدنا عليه، وأن القرار المعاملي والجعل

(١) كتاب المكاسب ٩١ سطر ١٦.

(٢) حاشية الآخوند ٢٤.

(٣) تعليقة ١٠٧.

المعاملي والالتزام المعاملي لا استقلال لها في الفعلية والتحصل، بل باعتبار بقاء ما وقع عليه القرار والجعل وتعلق به الالتزام.

وقد مرّ سابقاً^(١) أنّ عنوان ردّ الملك لا بد له من ثبوت الملك، فإنّ المعدوم لا ردّ له ولا رجوع فيه، وأنّ اعتبار الملك سنخ اعتبار لا بد من أنّ يتعلق بما له نحو من أنحاء الثبوت، لأنّ اعتبار الاحاطة والاحتواء والوجدان اعتبارات لا تتعلق بالمعدوم من جميع الجهات، فإنّه لا معنى للاحاطة بالمعدوم ولا لاحتوائه ولا لوجدانه، وأنّ الوجود والثبوت المضاف إلى مال إمّا باعتبار وجوده العيني الخارجي؛ أو باعتبار وجوده في الذمة أو في العهدة، وهما نحوان من وجوده الاعتباري الصحيح عرفاً وشرعاً، ومن البين أنّ التالف ليس له ثبوت خارجي كما هو مفروض، ولا وجود في الذمة ولا في العهدة، فإنّ تلف مال أحد في ملكه لا يوجب دخوله في عهده ولا اعتبار ماليته في ذمته.

وما ذكرنا سابقاً^(٢) من أنّ المعاوضة باعتبار المالية؛ والمالية محفوظة بالعين والبدل وإن كان يصحح تملكّ مالية التالف في ذمة من تلف عنده، إلا أنّ ردّ الملك حيث يتوقف على سبق وجود الملك فلا يعقل اعتباره هنا، حيث إنّ قبل الرد لا ثبوت للمال في ذمة المفسوخ عليه، بداهة عدم تعقل ملك الانسان لبدل التالف في ذمة نفسه، فلا محالة من يلتزم باعتبار الفسخ أو الترادّ حتى حال التلف لا بد له من الالتزام بأوسع مما ذكرنا سابقاً^(٣) من اعتبار المعاوضة بين المالين تصحيحاً للفسخ أو للرد، وحينئذٍ كما يمكن اعتبار الفسخ أو الترادّ حال التلف فكذا حال التصرف.

وعليه فنقول: أصل الاشكال في التلف والتصرف مبني على أنّ البيع بمعنى التمليك والتملك، وأنّ ردّ الملك يستلزم بقاء الملك؛ ولا ملك على الفرض، إمّا لتلف الذات أو لتلف وصف الملكية بالتصرف الناقل، وأمّا إذا قلنا بأنّ البيع جعل

(١) تمليقة ١١٤.

(٢) تمليقة ١٠٧.

(٣) تمليقة ١٠٧.

مال بازاء شيء فيؤثر الملكية تارة، والوقفية أخرى، والانعتاق ثالثة، والسقوط رابعة، والكل يتضمن قطع اضافة الملك عن نفسه بجعله بازاء شيء، فالفسخ لا يستلزم ردّ الملك كما أنّ الترادّ ابتداءً لا يتضمنه، بل ردّ بدل الغلّة الموقوفة حيث إنّه موصوف بالوقفية ليس فيه ردّ الملك وهكذا، بل الفسخ يستلزم رجوع العوضين إلى ما كان عليه بانحلال المقابلة التي تضمنتها المعاملة، والترادّ الابتدائي اخراج طرفي المقابلة عن كونهما متقابلين فيعود كل منهما إلى ما كان عليه قبل صيرورة كل منهما في قبال الآخر.

ومن الواضح أنّ المعاملة لا تزول بالتصرف والتلف؛ ولم يخرج كل من طرفيها عن المقابلة العقدية المعاملية، فالتالف أو المنقول وإن لم يكونا على صفة الملكية للمفسوخ عليه؛ لثلا يعقل الترادّ ابتداء والفسخ بالواسطة، لكنهما على صفة المقابلة، وكون كل منهما مجعولاً مقابل الآخر تقابلاً معاملياً، غاية الأمر أنّ المقابلة الحقيقية حيث إنّها بلحاظ المالية، فمتى لا يمكن شرعاً رجوع المال بذاته إلى ما كان عليه، لعدم عود الحر رقاً؛ وعدم سلطنة الكافر على المسلم، أو لا يمكن عقلاً لعدم اعتبار التالف للملكية؛ أو لعدم كون المنقول إلى الغير قابلاً للفسخ بلا خيار للفاسخ فيه، فلا محالة يعود بمالتيه؛ فكأنّ المقابلة وقعت بين المالين بما هما مال لا بذاتهما، وحيث لا يعتبر في الفسخ والترادّ إلا رجوعه بما هو مال إلى ما كان عليه بانحلال المعاملة وخروجهما عن المقابلة، فلا محالة لا يقتضي بقاء المردود بالفسخ والترادّ على صفة الملكية، بل يملك أحياناً بالردّ.

ومنه يظهر أنّ الترادّ لا يقتضي انفساخ المعاملة الثانية بملاحظة ترتبها على المعاملة الاولى، إذ لا يعود العوضان بذاتهما إلى المتعاطيين؛ بل بمالتيهما المحفوظة بالبدل.

كما أنّه يظهر منه إمكان الترادّ المعاملي بالنسبة إلى الدين كالعين؛ لعدم توقف الرد على سبق الملك، ليقال بسقوط ما في الذمة، بل الترادّ معناه إخراج الدين عن المقابلة مع العين، وأثره رجوع الأمر إلى ما كان عليه من ملك أحدهما للعين والآخر

للدين، وكون الذمة الحادثة بالدقة غير الساقطة - على حد كون الملكية الحادثة غير السابقة بالدقة وبحسب الاعتبار - يكون الحادث عين الزائل، فلا تغفل.

١١٨ - قوله ﷺ: (ولو عادت العين بفسخ... الخ) (١).

عن شيخنا الاستاذ (٢) أنَّ الفسخ كالعقد سبب مستقل لملك جديد، والتراد لا يجوز إلا بالإضافة إلى الملك الحاصل بالمعاطة، لكنه قد مرّ مراراً أنَّ الاضافة الحادثة دائماً إضافة - جديدة؛ وليست عين الاضافة الشخصية الحاصلة بالمعاطة، وإنما تكون عينها بالاعتبار، فكذا في الفسخ وردّ الملك؛ فإنَّ اعتبارهما اعتبار حلّ العقد ورجوع الأمر إلى ما كان من الملك السابق، فاعتبار الملك الحاصل بالفسخ اعتبار عود الملك السابق ورجوع الأمر إليه، ولذا ليس الفسخ معاملة جديدة وتملكاً جديداً بالاعتبار.

١١٩ - قوله ﷺ: (لامكانه فيستصحب.. الخ) (٣).

ربّما يقال: بأنّه لا وجه لهذا الاستصحاب كما عن بعض أجلة المحشين (٤)، ولعل نظر القائل به إلى أنّ موضوع جواز التراد ما يملكه المتعاطيان، وهذا موضوع محفوظ قبل النقل وبعد الفسخ، وإنما الشك في أنّ تخلل النقل رافع للحكم عن موضوعه عند ثبوته فلا ينافي ثبوت الحكم لموضوعه - عند ثبوته - عدمه عند عدمه، كما في حال النقل وعدم العود كما إذا أمر «ياكرام زيد القائم» وشك في أنّ تخلل القعود يرفع الحكم عن موضوعه عند ثبوته، ولا مجال لاستصحاب عدم الجواز الثابت حال النقل، لأنّ الشك في بقاءه مسبب عن الشك في رافعية النقل المتخلل لجواز التراد عن موضوعه عند ثبوته، فاستصحاب بقاء الحكم في ظرف ثبوت موضوعه مقدّم على استصحاب عدم الجواز حال النقل، فتدبر جيداً.

(١) كتاب المكاسب ٩١ سطر ١٧.

(٢) حاشية الأخوند ٢٤.

(٣) كتاب المكاسب ٩١ سطر ١٧.

(٤) حاشية البردي ٨٢ سطر ٣٥.

١٢٠- قوله ﷺ: (وعدمه لأن المتيقن من التراد... الخ) (١).

توضيحه: أن جواز التراد لم يثبت بدليل لفظي؛ ليقال بأن موضوعه ما يملكه المتعاطيان، ويشك في رافعية النقل المتخلل للجواز عن موضوعه، بل بدليل لبي يشك في أن موضوعه ما يملكه المتعاطيان؛ ليكون اعتبار النقل اعتبار الرافع، أو موضوعه ما يملكه المتعاطيان قبل النقل، فما يمكن جزؤه وإبقائه غير محرز من الاول، بل المتيقن هو الملك قبل النقل.

ومنه تعرف أن المانع من الاستصحاب عدم إحراز الموضوع بنحو يمكن إبقاء حكمه، لا الشك في بقاء الموضوع مع العلم بثبوت الحكم له سابقاً، كما أنه تعرف أن القدر المتيقن معلوم الزوال، لأن المستصحب معلوم الزوال؛ بل غير معلوم الثبوت.

١٢١- قوله ﷺ: (لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا... الخ) (٢).

هذا منافي لما سيجيء منه ﷺ (٣) في فرع الهبة على القول بالاباحة، حيث يلتزم بجواز التراد هناك؛ مضافاً إلى ما مرّ من (٤) سابقاً أن الاباحة المعاطاتية وإن لم تكن تسببية بل شرعية تعبدية أو مستندة إلى الرضا الضمني، إلا أن الاباحة حيث إنها بعنوان المعاوضة فلذا عبّر المجمعون القائلون غالباً بالاباحة عن الجواز بجواز التراد، فكان دليل السلطنة مقيد عندهم بصورة إمكان رجوع كل منهما، فلا فرق بين القول بالملك والاباحة في ثبوت جواز التراد، فتدبر.

١٢٢- قوله ﷺ: (نعم لو قلنا بأن الكاشف عن الملك... الخ) (٥).

ليس المراد من الكاشف محض الكشف، فإن ارتفاع الكاشف لا يستلزم ارتفاع المستكشف، بل بنحو الكشف اللمّي وهو كشف العلة عن المعلول؛ لابتناؤه على

(١) كتاب المكاسب ٩١ سطر ١٧.

(٢) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٢٠.

(٣) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٢٥.

(٤) تعليقة ١٠٦.

(٥) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٢٠.

الشرط المتأخر، بناء على هذا الوجه كما قدمنا بيانه^(١) مراراً.
ومن الواضح أنَّ ارتفاع العلة يستلزم ارتفاع المعلول؛ بخلاف الوجه السابق، فإنَّه مبني على أنَّ الجمع بين الأدلة يقتضي تقدير الملك آناً ما، لا بعليّة التصرف رأساً، أو بنحو شرطيته لتأثير التعاطي في الملك بنحو الشرط المتأخر.
لكنك قد عرفت فيما تقدم^(٢) من أنَّ جعله شرطاً متأخراً يستلزم محذور الدور، لأنَّ البيع بالحمل الشائع يتوقف على الملكية، فإذا توقف حصول الملكية على التصرف البيعي لزم الدور، ولذا التزمنا هناك بكون الشرط نفس الانشاء، لا ما هو تمليك بيعي بالحمل الشائع، فيتغاير الموقوف والموقوف عليه، وعليه فيندفع محذور ارتفاع المعلول بارتفاع العلة؛ لأنَّ المرتفع هو التمليك الحقيقي، والعلة هي الانشاء الغير القابل للارتفاع بالفسخ والرجوع.

١٢٣ - قوله ﷺ: (وكذا لو قلنا بأنَّ البيع لا يتوقف على... الخ)^(٣).

وقد عرفت سابقاً^(٤) صحة هذا الوجه؛ وعدم المانع من صحته عقلاً ونقلاً.
فإن قلت: مع ذلك لا يقتضي رجوع العين إلى المالك بسبب الفسخ، إذ كما أنَّ له أن يبيعه لنفسه كذلك له أن يفسخه لنفسه، فإنَّ الفسخ تملك جديد في الحقيقة.
قلت: معنى بيعه لنفسه ليس إلا قصد تملك عوضه لنفسه، وإلا فنفس تمليك شيء لا يتوقف على ملكية المملِّك.

وأما الفسخ فليس اعتباره إلا اعتبار حل العقد ورجوع الأمر إلى ما كان عليه، لا أنَّه تملك ما ملكه الغير، وكون الملكية الحاصلة بالفسخ لمن يعود إليه الملك ملكية جديدة بالدقة لا ينافي عدم كون الفسخ تملكاً بحسب الاعتبار، بل هو حل بحسب الاعتبار، ولا معنى لحله لنفسه أو لغيره.

(١) تعلية ٥٣.

(٢) تعلية ٥٣.

(٣) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٢٢.

(٤) تعلية ٥.

١٢٤- قوله ﷺ: (وتحصيله غير واجب... الخ) (١).

لأنَّ إرجاع مال الغير إنَّما يجب من باب أداء مال الناس عند مطالبة المال، فلا يعقل أن يؤثر هذا الحكم المتوقف على تحقق موضوعه في تحقق متعلقه، والفسخ الموجب لإمكان رجوع الغير ليصير مالاً له حتى يجب عليه رده.

١٢٥- قوله ﷺ: (فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب... الخ) (٢).

لا يخفى عليك أنَّ الهبة وإنَّ كانت ناقلة لملك الغير إلى المتهب، لكن التملك بعنوانه لا يتوقف على ملكية المملك؛ كما في تملك الكليِّ وتملك الحر عمل نفسه، والمفروض مجرد الهبة التي لا تتوقف عقلاً ونقلاً على ملكية الواهب، فهو الواهب بالحقيقة، والمفروض عدم الوكالة وعدم قصد الهبة عن المالك؛ حيث لا موجب لهما، فالمالك ليس واهباً لا بالمباشرة ولا بالتسيب، وأدلة جواز الرجوع في الهبة غير متكفلة لجواز الرجوع فيها إلا للواهب، حيث لا رد ولا رجوع ولا فسخ طبعاً إلا لمن كان له عقد وهبة ونحو ذلك.

١٢٦- قوله ﷺ: (إنَّجه الحكم بجواز الترادُّ مع بقاء العين الأخرى... الخ) (٣).

لا يخفى عليك أنَّ الترادُّ متقوم برد كل من المتعاطيين بالاضافة إلى المعاطاة، بحيث يكون رجوع كل منهما في المعاطاة على المتعاطي، فالرجوع في الهبة رجوع في غير المعاطاة، ورجوع المالك على المتهب رجوع إلى غير المتعاطي، والرجوع في الهبة رجوع بدليل جواز الرجوع في الهبة؛ لا رجوع بدليل جواز الترادُّ في المعاطاة من إجماع ونحوه، فجواز الرجوع في الهبة غير مقوم لجواز الترادُّ من وجوه عديدة، هذا على فرض القول بجواز الرجوع في الهبة للمالك؛ وقد مرَّ منعه، وهو منافٍ لماسلكه ﷺ من أول الملزمات إلى هنا، من أنَّ الحكم على الإباحة جواز

(١) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٢٤.

(٢) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٢٦.

(٣) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٢٧.

الرجوع بدليل السلطنة، لا جواز التراد بعنوانه بالاجماع؛ حتى يتثبت في تحقيق عنوانه بجواز الرجوع في الهبة.

نعم إذا أريد من إثبات جواز الرجوع في الهبة للمالك تمكنه من التراد في المعاطاة بواسطة الرجوع في الهبة، فيحل الهبة ثم يرجع في المعاطاة، لاندفعت عنه الإيرادات السابقة، وبقي الأخيران، فتدبر جيداً.

ثم إنّه إذا قلنا بعدم جواز رجوع المالك في الهبة، فهل لمالك العين الموجودة الرجوع في عينه بدليل السلطنة، للتمكن من رجوعه في الهبة وارجاع العين الموهوبة إلى مالكها، فليس المال الموهوب بهذا الاعتبار بحكم التلف المانع من جواز التراد أو المانع من جواز الرجوع، للقطع بكون الاباحة غير مجانية أو لا؟.

يمكن أن يقال: إن قاعدة السلطنة خصصت بما إذا تلفت العين الأخرى المانع من التراد؛ ومع التمكن لا تلف، والشك في تخصيصها بمجرد التصرف ولو بمثل الهبة شك في تخصيص زائد مدفوع بعموم القاعدة.

ويمكن أن يقال: حيث يحتمل تعين العين الباقية بدلاً للعين الموهوبة بمجرد الهبة فموضوع العموم غير محرز.

والاول: أقوى؛ لأنه مع تمكن الواهب من الرجوع في الهبة لا يكون الموهوب بحكم التلف^(١)؛ ليتدراك ببدلية العين الباقية، وعلى فرض إحتماله يمكن التمسك بأصالة السلطنة؛ لما مر^(٢) مراراً أنّ الملكية جهة تعليلية في نظر العرف لا جهة تقييدية، وعليه فإن كان جواز الرجوع من باب جواز التراد فلا يتمكن مالك العين الموجودة من الرجوع إلا بعد رجوعه في الهبة؛ حتى يتمكن مالك الموهوب من الرجوع أيضاً، وإن كان جواز الرجوع لا بعنوان التراد؛ بل لمكان جواز التصرف في ماله بدليل السلطنة، فلا يتعين عليه الرجوع في الهبة، بل له الرجوع في العين الباقية، ولمالك الهبة الرجوع بالمثل والقيمة، ولا موجب لزامه بالرجوع في الهبة كما

(١) هكذا في الاصل والصحيح (التالف).

(٢) تعليقة ١٠٩.

عرفت الوجه فيه سابقاً^(١).

وأما الإيراد عليه ﷺ بأنَّ النقل الجائز المجاني كالهبة إنَّ كان بحكم التلف، فكما أنَّه يوجب اللزوم على القول بالملك فكذا على القول بالاباحة، وإنَّ لم يكن بحكم التلف فكما لا يوجب اللزوم على القول بالاباحة، فكذا على القول بالملك.

فمندفع على مسلكه ﷺ؛ فإنَّه بناءً على الملك لا موجب أصلاً لوقوع الهبة عن المالك الاوّل، فليس له حق الرجوع فيها؛ فيمتنع عليه الترادُّ؛ وتحصيله على الواهب غير لازم، وأما بناءً على الاباحة فالموهوب ينتقل عن ملك المالك دون الناقل، فتقع الهبة عنه فله جواز الرجوع، ومع التمكن من رجوعه لا معنى لأنَّ يكون النقل بحكم التلف، وهذا هو الفارق بين المعاوضة والمجانبة بناءً على الاباحة أيضاً.

١٢٧- قوله ﷺ: (لم يبعد كون اجازته رجوعاً كبيعه... الخ)^(٢).

ليس غرضه ﷺ الاشكال في إجازة المالك الاوّل وبيعه وسائر تصرفاته بملاحظة أنَّها تصرفات موقوفة على الملك، ولا ملك حتى يدفع بما أُجيب^(٣) به في مسألة تصرف من له الخيار في زمان الخيار، بل ظاهر كلامه مفروغية نفوذ بيعه وسائر تصرفاته من حيث كونها رجوعاً، وإنَّما الاشكال في كون الاجازة أيضاً رجوعاً كسائر تصرفاته.

وبالجملة: لا إشكال في نفوذ الفسخ الفعلي كالقولي، وإنَّما الاشكال في حصوله بنفس التصرف أو بإرادته، نظراً إلى أنَّ مقارنة بعض التصرفات لعود الملك إلى الفاسخ زماناً غير معقول، لاستحالة ملكية شخصين لعين واحدة في زمان واحد، أو اجتماع الملك وزواله في زمان واحد.

وأما منشأ توهم الفرق بين الاجازة وسائر التصرفات - من حيث عدم الاشكال في كون سائر التصرفات رجوعاً بخلاف الاجازة - فهو أنَّ الاجازة إنفاذاً لتصرف الغير

(١) في نفس التعليقة .

(٢) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٢٨.

(٣) تعريض بالبردي الحاشية ٨٣ سطر ٢٠.

الذي لا رجوع له ولم يقصده أيضاً، وليس هي كالبيع تصرفاً من البائع يقصد به الرجوع.

ويندفع: بأنها وإن كانت بعنوانها إمضاء لتصرف الغير إنشاء، إلا أنها محققة للتصرف بالحمل الشائع، فيأجزته للتمليك العقدي الانشائي يملك حقيقة ويتملك حقيقة، وبها يصير العقد عقده فيجب عليه الوفاء، فهي تصرف يقصد به الرجوع كبيعه بالمباشرة.

وبوجه آخر لا إجازة لمن لا عقد على ماله، فقيامه مقام إجازة عقد الفضول دال على أن المجيز بصدد إعادة الملك إلى نفسه لينفذ إجازته، فهي فعل له دلالة نوعية على أنه مالك، وإلا لكان لاغياً؛ وهو ملاك دلالة الفعل على الفسخ والرجوع سمي تصرفاً ام لا، فتدبر.

١٢٨ - قوله ﷺ: (ولو أجاز المالك الثاني نفذ... الخ) (١).

تعرض ﷺ لإجازة كل منهما في نفسه؛ ولم يتعرض لصورة صدور الإجازة منهما متقارنتين في الزمان، ولا بأس بالتعرض لها.

فإنه ربما يتوهم أنه من تعارض السببين المتضادين.

والتحقيق: نفوذ إجازة المالك الأول دون الثاني، وذلك لأن إجازة المالك بعنوان الرجوع، فلا بد من حصول الملك للمجيز أولاً؛ ثم للمشتري من الفضول، وحيث إن الملكتين متضادتان يستحيل صدورهما في زمان واحد، فلا محالة يحصل ملكية المجيز إما مقارناً لإرادة الإجازة أو مقارناً لجزء من إنشائها، وعند تمامية الانشاء يحصل الملك للمشتري لتمامية علته من العقد والإجازة.

وهذا بخلاف إجازة المالك الثاني؛ فإنها إجازة محضة لا تؤثر إلا في ملك المشتري عند تحققها بإنشائها، وحيث إن الملك الحاصل للمالك الأول يتحقق قبل تمامية إنشاء الإجازة، فلا محالة لا يبقى ملك للمالك الثاني حتى يجديه إجازته.

وأما ما عن بعض الاجلّة من الحكم بتقدم إجازة المالك الاول على إجازة المالك الثاني بتوهم تقدمها الطبيعي عليها، بدعوى أنّ إجازة المالك الاول تؤثر في الرجوع؛ ثم في صحة عقد الفضول، ثم في حصول النقل للمشتري، وإجازة المالك الثاني تؤثر في صحة عقد الفضول؛ ثم في النقل للمشتري؛ ثم في لزوم المعاطاة، فالرجوع الموجب للانفساخ مقدم على النقل الموجب للزوم في المرتبة طبعاً وبالذات.

فالجواب عنه: أولاً بأنّ التقدم والتأخر الطبيعيين ليس بلا ملاك، بل بملاك العليّة الناقصة والشرطية والمعلولية والمشروطية وأشباهها، فتقدم الرجوع على تأثير الاجازة في صحة الفضول وحصول النقل لمكان ترتب صحة العقد وحصول الملك على ملك المالك الاول، ترتب المشروط على شرطه، وأما لزوم المعاطاة فإنّما هو مترتب على النقل الحاصل من قبّل إجازة المالك الثاني دون المالك الاول، فليس بين الرجوع وما يتحقق بإجازة المالك الثاني تقدم وتأخر بوجه من الوجوه، ومجرد اشتراكهما في طبيعي النقل وطبيعي صحة العقد بالاجازة، لا يوجب سراية التقدم من فرد من الطبيعي إلى فرد آخر منه.

وثانياً: أنّ تزاحم المتزاحمات وتضاد المتضادات بلحاظ مرتبتها من الوجود في نظام الوجود، وليس للموجودات الزمانية مرتبة من الوجود الخاص لها في نظام الوجود إلاّ هذا الوجود الزماني، وليس مرتبة الطبع والذات من مراتب الوجود الخارجي؛ حتى يرتفع بتقدمها وتأخرها طبعاً وذاتاً تضادها وتزاحمها، فلا يجدي التقدم والتأخر بالمرتبة مع المقارنة الزمانية في رفع التضاد والتزاحم، فالصحيح ما ذكرنا من السبق الزماني للاجازة الاولى بحسب التأثير، وسيأتي إن شاء الله تعالى الكلام في تقارن الردين^(١) زماناً.

١٢٩- قوله ﷺ: (وينمكس الحكم إشكالاً ووضوحاً... الخ)^(٢).

فينفذ إجازة المبيح بلا إشكال؛ فإنه إجازة المالك الذي ينفذ منه كل تصرف؛ ولو

(١) تعليقة ١٣٠.

(٢) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٢٩.

كان بعنوان إمضاء تصرف الغير، وتنفيذ إجازة المباح له على إشكال؛ من حيث إنّه أبيع له التصرفات، والاجازة إمضاء لتصرف الغير الذي ما أبيع له شيء. ويندفع: بأنّه في الحقيقة تحقيق لحقيقة التصرف، فباجازته يتصرف تصرفاً بيعياً فعلياً أبيع له على الفرض.

١٣٠- قوله ﷺ: (ولكل منهما ردّه قبل إجازة... الخ) (١).

فللمالك الاول ردّه من حيث كونه رجوعاً؛ حيث لا ردّ لمن لا مساس للعقد به، فصولاً عن اللغوية يحمل على تضمنه للرجوع؛ ثم تأثيره في اسقاط عقد الفضول، وللمالك الثاني ردّه من حيث كونه مالكاً بالفعل فله اسقاط العقد الوارد على ماله عن التأثير.

وأما إذا فرض تقارن الردين زماناً فهل يسقط كلاهما عن التأثير لمكان المعارضة والمزامحة؟، أو يؤثران بجامعهما في بطلان الفضولي ويتزاحمان في آثارهما الخاصة؟، أو يؤثر الرد من المالك الاول في الرجوع وفي سقوط عقد الفضولي عن صلاحية التأثير، من دون تأثير للردّ من المالك الثاني؛ حتى في إبطال عقد الفضول بجامعه المشترك مع ردّ المالك الاول؟

والاقوى هو الأخير؛ لا لسبق الرجوع على التأثير في اسقاط العقد عن صلاحية التأثير طبعاً وذاتاً، لما مرّ من عدم صحته وعدم كفايته، ولا لما مرّ من (٢) في الإجازة من سبق الرجوع على تأثير الإجازة في صحة العقد وحصول النقل زماناً، لأنّ أثر الإجازة حصول الملك للمشتري؛ فلا يجامع مقتضى الرجوع وهو ملكية المالك الاول زماناً، بخلاف الردّ المتضمن للرجوع، فإنّ مقارنة سقوط عقد الفضولي عن التأثير مع حصول الملكية بمقتضى الرجوع للمالك الاول لا مانع منها كما في ردّ المالك الثاني، بل في كل ردّ من كل مالك كذلك.

بل الوجه في تأثير الردّ من المالك الاول دون الثاني؛ أنّ الرد من الاول لتضمنه

(١) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٢٩.

(٢) تعليقة ١٢٨.

الرجوع سبب مزيل لملك المالك الثاني، والرد من المالك الثاني مترتب على بقاء ملكه، لأنه سبب لبقائه وحافظ لوجوده بقاءً حتى يتزاحما في الملكية حدوداً للمالك الاول وبقاءً للمالك الثاني، فحيث لا مزاحم لما هو سبب زوال الملك بالاضافة إلى المالك الثاني فلا محالة يؤثر، فليس في ظرف إجازة المالك الثاني ملك له ليكون له ردّ، فسقوط العقد عن صلاحية التأثير مستند إلى خصوص الردّ من المالك الاول، لا إلى الجاعم بينه وبين ردّ المالك الثاني، وحيث إنّه ليس الردّ من المالك الثاني على فرض استقلاله موجباً للزوم المعاطاة، لإختصاصه بالتصرف الناقل ولا يعم كل تصرف، فلا مزاحمة له من هذه الحيثية مع الردّ من المالك الاول المفروض تأثيره في انحلال المعاطاة، فتدبر فإنّه حقيق به.

١٣١- قوله ﷺ: (ولو رجع الاول فأجاز الثاني... الخ)^(١).

أما بناءً على كاشفية الاجازة من باب الكشف على وجه الانقلاب، فالكشف والنقل على حد سواء، حيث لم يبقَ العقد إلى زمان الاجازة؛ حتى توجب الاجازة انقلاب أثر العقد من الاول.

وأما بناءً على كاشفيتها من باب الشرط المتأخر وتأثير العقد من الاول حين صدوره بملاحظة وجود شرطه في زمان متأخر، فالتأثير للاجازة اللاحقة دون الردّ السابق، وذلك لأنّ الردّ سبب لزوال ملك المالك^(٢) الثاني وملك المالك الاول حين صدوره، والاجازة سبب لملك المشتري من الفضول حين صدور العقد، ومن الواضح أنّ مزاحمة الردّ للاجازة ليست بلحاظ ذاتهما؛ إذ لا تضاد بين وجودهما بالذات، بل بالعرض بلحاظ تأثير الردّ في ملك المالك الاول؛ وتأثير الاجازة في ملك المشتري، والتأثير والأثر متحذان بالذات ومختلفان بالاعتبار، فالأثران وهما الملكيتان متضادان؛ ولا تضاد إلا مع وحدة الزمان، فمع فرض ملك المشتري في زمان العقد وملك المالك الاول في زمان الردّ لا تضاد بين الأثرين؛ فلا تضاد بين

(١) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٢٩.

(٢) هذا هو الصحيح وفي الاصل (الملك).

التأثيرين.

فالردّ وإن كان أسبق زماناً من الاجازة في ذاتهما؛ إلا أنّ الاجازة أسبق تأثيراً من الردّ، فإذا لم يكن الردّ مقتضياً لملك المالك الاول حين صدور العقد، فكيف يعقل أنّ يزاحم ما يقتضي بوجوده المتأخر ملك المشتري من حين صدور العقد، ومنه عُلِمَ حال الردّ المقارن للاجازة.

فإن قلت: ما الفرق بين الاجازة المسبوقه بالردّ هنا والاجازة المسبوقه بالردّ من المالك، لا اشتراكهما في كون الردّ ممن له الردّ، مع أنّ الاجازة المسبوقه بالردّ من المالك لا أثر لها مع القول بالكاشفية.

قلت: الفارق أنّ الاجازة تؤثر في صحة العقد المنسوب إلى المالك بالاجازة؛ ولو من حين صدور العقد، والعقد هناك بسبب الردّ المتخلل سقط عن قبول الانتساب إلى المالك، فليس في نفس الأمر عقد قابل للانتساب إلى المالك بالاجازة، حتى تؤثر في صحته الاجازة، بخلاف الردّ فيما نحن فيه؛ فإنّه لا يؤثر في سقوط العقد عن صلاحية التأثير إلا إذا تحقق به الرجوع وعود الملك إلى الرادّ، وحيث عرفت استحالة تأثيره في الرجوع لسبق الأثر من قبل الاجازة المتأخرة، فيستحيل تأثيره في سقوط العقد عن صلاحية التأثير، إذ لا عقد على ماله حتى يكون له حلّه وإبطاله، ومنه تعرف أنّ التشكيك في شرطية الاجازة كيفما إنفقت حتى تُقدّم على الردّ كما عن بعض أجلة المحشيين^(١) بلا وجه هذا.

وإذا ردّ المالك الثاني ثم أجاز المالك الاول فهل كاشفية الاجازة تؤثر في صحة العقد وتمنع عن تأثير الردّ في سقوط العقد عن صلاحية التأثير أو لا؟.

والتحقيق: تأثير الردّ دون الاجازة؛ على خلاف الفرض السابق، لأنّ الردّ لا يكون مؤثراً في لزوم المعاطاة؛ حتى يقال بتأثير الاجازة في فسخها قبلاً، إذ الملزم هو التصرف الناقل لا كل تصرف، ولا يكون مؤثراً في الملكية لأحد - كالردّ بعنوان الرجوع حتى يقال بتأثير الاجازة في الملكية قبلاً - بل يؤثر في مجرد سقوط العقد عن

صلاحية التأثير بالاجازة، وليس هذا التأثير متفرعاً على أمر غير حاصل، كما في الردّ بعنوان الرجوع؛ حيث يترتب على الرجوع الغير الحاصل، ونسبة الردّ والاجازة في هذا الأثر نسبة واحدة، بمعنى أنّ ثبوت انتساب العقد إلى المعجز بالاجازة ونفي صلاحية العقد للانتساب بالردّ كلاهما يحصل مقارناً لوجودهما، فإنّ الاجازة شرط متأخر من حيث إفادة العقد للملكية؛ لا من حيث انتسابه إلى المالك بالاجازة، فإنّه من الأمور الواقعية دون الاعتبارية حتى يعقل دخل أمر متأخر في حصوله قبلاً.

وبالجملة: فالعقد المنسوب إلى مالكة بإجازته في زمان إجازته يؤثر من حين صدوره، وهذا عقد سقط في الواقع عن صلاحية التأثير بالانتساب إلى مالكة بالاجازة، فافهم جيداً.

١٣٢ - قوله ﷺ: (وإن جعلناها ناقلة لغت الاجازة... الخ) (١).

لتساويهما في مرحلة التأثير وسبق الردّ على الاجازة زماناً، وإنّما الكلام فيما إذا تقارنا زماناً مع القول بالنقل، فإنّه ربّما يتوهم أنّ التأثير للردّ لتقدمه الطبيعي على الاجازة، نظراً إلى تقدم الرجوع طبعاً على تأثير الردّ في سقوط العقد عن صلاحية التأثير المزاحم لتأثير الاجازة في صحة العقد، ثم في حصول الملك للمشتري، فحصول الملك للمشتري متأخر طبعاً عن حصول الملك للمالك الاول برجوعه فكيف يزاحمه؟! كما أنّ تأثير الاجازة في صحة العقد متأخر بالرتبة عن تأثير الردّ في الرجوع الذي هو سبب سقوط العقد عن التأثير، فكيف يزاحم الرد في سقوط العقد عن التأثير؟! مع أنّه ليس في مرتبة سببه، وقد مرّ دفعه بعدم صحته وعدم كفايته فراجع (٢).

نعم إذا تقارنت الاجازتان زماناً - وقلنا بالنقل - كان الترجيح لاجازة المالك الاول، لما عرفت من أنّ ملكية المشتري وملكية المعجزين للعوّض إنّما تحصل مقارنة لتمامية السبب، بخلاف فسخ المعاطاة وعود الملك إلى المالك الاول فإنّه لا يعقل

(١) كتاب المكاسب ٩١ سطر ٣٠.

(٢) تليقة ١٣١.

حصوله مقارناً لتمامية السبب وإن كان وحده، لاستحالة اجتماع ملكيتين متضادتين، فلا محالة يحصل الملك للمالك الاول بالرجوع قبل تمامية الاجازة بوجودها الانشائي، فلما ملك للمالك الثاني حال تمامية إجازة المقارنة لاجازة الآخر حتى تؤثر إجازته؛ وتكون مزاحمة لاجازة الآخر، ومنه يعلم حال تقارن الاجازة من المالك الاول مع الرد من المالك الثاني، فإنَّ التأثير للاجازة لعين ما ذكرنا من حصول الملك للمالك الاول قبل تمامية الاجازة والرد المتقارنين في الزمان؛ فلا يبقى مورد لرد الثاني، ومما ذكرنا في الحواشي المتعلقة بالمقام تبين حال جميع ما يتصور من الشقوق والاقسام، وبالله الاعتصام.

الرابع: امتزاج العينين اواحدهما

١٣٣ - قوله ﷺ: (ولو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع... الخ)^(١).

تفصيل القول فيه: أنَّ الاجزاء الممتزجة بغيرها إما أن تكون ممتزجة بمال المالك الثاني أو بمال غيره، فإن كان الأول فالترادُّ الجائر المبحوث عنه، إما ترادُّ خارجي أو ترادُّ ملكي، أما الترادُّ الخارجي فهو ممتنع لعدم تميُّز الأجزاء المنتقلة منه إلى غيره حتى يستردها بعينها، وليس له استرداد الجميع مقدمةً لاسترداد تلك الأجزاء، إذ ليس له السلطنة على استرداد مال الغير، كما أنه ليس للغير ردُّ الجميع ليتمكن من استراداده، لعدم وجوب القبول على مالك الأجزاء الممتزجة؛ لما في قبول مال الغير من المنة.

وأما الترادُّ الملكي الغير الموقوف على الأخذ والردُّ خارجاً؛ بل معرَّد ردُّ الربط الملكي فهو عقلاً بلا مانع، لأنَّ المالك الثاني مالك بالفعل لبعض الأجزاء واقعاً بسبب المعاطاة؛ ولبعضها الآخر بسبب آخر، فإذا ردَّ المالك الأول تلك الاضافة الواقعية الحاصلة بالمعاطاة كان بالفعل مالكاً لتلك الأجزاء الواقعية ملكاً استقلالياً غير إشاعي، ويكون من اشتباه أحد المالكين بالآخر لا من امتزاج أحد المالكين بالآخر؛

حتى يوجب الشركة، إذ قبل الردّ كان المال بأجمعه للمالك الثاني؛ فلم يكن المزج موجباً للشركة، وبعد الردّ ورجوع الملك الاستقلالي إلى المالك الأول لم يحصل مزج آخر يوجب الشركة، وحينئذ فحكم اشتباه أحد الملكين بالآخر إمّا هو القرعة أو الصلح أو غيرهما.

وأما إذا قلنا بأنّ الملك الاستقلالي حدوداً وبقاءً لا يتعلق إلاّ بالتميّز الغير المتمزج بغيره فردّ الملك غير ممكن، لعدم قبول الأجزاء الغير المتميّزة للملك الاستقلالي؛ وعدم كون الامتزاج وارداً على ملكين ليتحقق به الملك الاشاعي، فما لم يتحقّق الردّ لا ملك لا استقلالياً ولا اشاعياً.

ومنه تبين عدم معقولية الشركة بالردّ؛ إذ الأمر دائر بين عدم تحقّق الردّ أصلاً أو عدم تحقّق الشركة رأساً، هذا كلّه إن كان الامتزاج بمال المالك الثاني.

وإن كان الثاني وهو الامتزاج بمال الغير فالترادّ الملكي ممتنع، لأنّ المفروض حصول الشركة للمالك الثاني وذلك الغير، فالملكية الفعلية إشاعية غير استقلالية بسبب الشركة لا بسبب المعاطاة، والرجوع على المتعاطي والأجنبي لا على الأول فقط، والترادّ الملكي الجائز هو رجوع أحد المتعاطيين على الآخر في الملك الحاصل بالمعاطاة، فيمتنع الترادّ من وجوه ثلاثة؛ ولا مجال حينئذ للشركة مع الغير بسبب الردّ، إذ لا شركة إلاّ مع الردّ، والردّ غير ممكن حتى تتحقق الشركة.

نعم إن قلنا بأنّ المزج القهري لا يوجب الشركة؛ وفرض المزج قهرياً هنا، فحاله حال الشق الأول من حيث معقولية الردّ الملكي ودخوله تحت إشتباه أحد المالكين بالآخر، كما أنّه في امتناع الترادّ الخارجي لعدم التميّز أيضاً كالشق الأول، ولذا لم يتعرض ﷺ للتفصيل في المسألة، فتدبّر.

١٣٤ - قوله ﷺ: (ويحتمل الشركة وهو ضعيف... الخ) (١).

أما بناءً على الترادّ الخارجي فلا يصح إلاّ إذا كان لدليل جواز الترادّ إطلاقاً لصورة

مزجه بغيره، فيفيد السلطنة على ردّ الجميع خارجاً فيتملكه مشاعاً بالنسبة، حيث لا يتعلق الملك الاستقلالي بالمتزج، فدلّيل جواز الترادّ دليل على ردّ الجميع وعلى التملّك بنحو الاشاعة، لكنه حيث لا دليل على جواز الترادّ على الملك إلاّ الاجماع وهو دليل لبي لا إطلاق فيه، فلا يكاد يستفاد جواز ردّ الجميع ولا حصول الشركة، مع أنه إنّما يصح فيما إذ كان ممتازجاً بمال المالك الثاني، دون غيره، فإنّه على الأول يرّد الملك الحاصل بالمعاطاة فتحصل له الشركة بنفس ردّه، بخلاف الثاني لحصول الشركة قبل الردّ للمالك الثاني، فهو ملك حاصل بسبب آخر؛ ورّد للملك من غير المتعاطي أيضاً.

وأما بناءً على الترادّ الملكي؛ فإنّ كان ممتازجاً بمال المالك الثاني فتخيّل الشركة مبني على أنّ جواز التملّك مطلقاً يفيد التملّك استقلالاً في غير صورة المزج، والتملّك بالاشاعة في صورة المزج، إذ ليس حقيقة الردّ إلاّ التملّك.

لكنك قد عرفت أنّ المتيقن جواز ردّ الربط الملكي الحاصل بالمعاطاة؛ وهو الملك الاستقلالي؛ فيفيد جواز هذا النحو من التملّك، ولا إطلاق ليستفاد منه جواز التملّك مطلقاً؛ ليقال باختلافه بحسب الأحوال، بل المتيقن جواز الردّ بما هو وبماله من المقتضيات والشؤون، وليس التملّك بنحو الاشاعة من شؤون ردّ الملك الاستقلالي؛ فإنّ مثل هذا الردّ يقتضي قيام الربط المردود بالرادّ؛ فلا بد من أنّ يملكه استقلالاً، مع أنه لا يملك الغير المتميّز إستقالياً، ولا ملك إشاعي بسبب المعاطاة حتى يردّه إلى نفسه.

وإنّ كان ممتازجاً بمال الغير فالشركة حاصلة بسبب المزج للمتعاطي مع الغير، وهو ملك حاصل بسبب آخر غير المعاطاة، والترادّ الملكي الجائز هو ردّ كل منهما للملك الحاصل بالمعاطاة من المتعاطي لا بغيرها ولا من غيره، فالشركة مبنية على ما ربّما يتوهم في الملكية الاشاعية من أنّ نسخها وسنخ الملكية الاستقلالية غير متفاوتين إلاّ بقيام الثانية بطرف واحد؛ وقيام الأولى بطرفين، بمعنى أنّهما معاً طرف واحد لإضافة الملكية، وحيث إنّها اعتبارية فلا مانع من اعتبارهما معاً طرفاً واحداً

للإضافة الاعتبارية، لئلا يقال إنّ الإضافات تتشخص بأطرافها فلا يعقل قيام إضافة شخصية بذاتين وشخصين، وهذا بخلاف ما عليه المشهور في الملكية الإشاعية من حيث تفاوتها مع الملكية الاستقلالية في كون متعلقها هي القسمة السارية في الكل؛ بحيث يكون كل جزء يفرض بينهما، فلا يعقل انتهاء المملوك إلى جزء مستقل به أحدهما.

وعلى الاحتمال المتقدم فالمأخوذ بالمعاطاة باقٍ على حاله من الملكية الحاصلة بالمعاطاة، ولم ينقلب إلى سنخ آخر من الملكية، بل انضم إلى طرفها شخص آخر، فلاحد المتعاطيين إخراج الآخر عن الطرفية وقيامه مقامه فيما له من الطرفية، وإن كان لازم قيامه مقام الآخر في الطرفية أن يقوم مقامه في الطرفية لمال الغير، إلا أن الردّ الجائز في المعاطاة هو ردّ الربط الملكي؛ بأن يقوم مقام طرفه، والموجود من الطرفية هذا المقدار الذي لا مانع منه؛ وإن كان له لوازم كما عرفت، وعليه فهو ردّ الربط الحاصل بالمعاطاة لا بالشركة من المتعاطي لا من الأجنبي، وإن كان لازمه الشركة مع الأجنبي، إلا أن المبني ضعيف كما حرر في محله.

١٣٥ - قوله ﷺ: (أما على القول بالاباحة فالأصل بقاء التسلط... الخ)^(١).

حيث إنّ المال باقٍ على ملك مالكة، والمزج موجب للشركة وكونه مباحاً للغير لا يمنع من حصول الشركة بالمزج، وسلطنة الناس على أموالهم لا اختصاص لها بالملك الاستقلالي، بل يعمّ الملك الإشاعي أيضاً، فلا ريب في بقاء جواز الرجوع على الاباحة، والفرق بينه وبين القول بالملك أنه بالردّ يملك، والردّ ممتنع كما^(٢) عرفت، بخلافه هنا فإن الردّ يتعلق بملكه؛ ولا يتفاوت أنحاء الملك في جواز التصرف فيه لملكه.

نعم بناءً على ما مرّ مراراً^(٣) من أنّ جواز الترادّ على الاباحة ليس بدليل السلطنة

(١) كتاب المكاسب ٩١، سطر ٣١.

(٢) تعليقة ١٣٣.

(٣) تعليقة ١٠٦.

بل بالاجماع، وأنه ردّ مخصوص مزيل للمعاطاة ولأثرها؛ وهو إباحة التصرف. يمكن أن يقال: إن مزيل المعاطاة وأثرها هو ردّ ماله متميزاً عن غيره، فإنه القدر المتيقن من الاجماع، وردّه متميزاً ممتنع إلا أنّ لازمه الإلتزام بالاباحة اللازمة، إذ لا موجب لدخوله في ملك المباح له؛ أو دخول بدله في ملك المبيح، حيث لا تلف حتى يتعين الباقي بدلاً للتالف، ولا تصرف ناقل حتى يدخل في ملك المتصرف هو أو بدله.

الخامس: اذا تصرف في العين

١٣٦ - قوله ﷺ: (فلا لزوم على القول بالاباحة... الخ) (١).

لعين ما تقدم آنفاً (٢) من عدم التلف وعدم التصرف الناقل، فكل منهما باقٍ على ملك مالكة؛ فله السلطة على استرداده.

ويمكن أن يقال: - زيادة على ما تقدم - أنّ تلف الجزء الصوري والوصف - الذي يتفاوت به الرغبات - مع عدم رجوع المتعاطيين بالمثل والقيمة لمكان الأصل، يوجب تعين الباقي على حاله بدلاً ملكاً لما تلف منه جزئه الصوري أو وصفه، فمقتضى القاعدة حينئذ اللزوم على القولين سواء كان الرجوع بالاجماع أو بقاعدة السلطنة، نعم التمسك باستصحاب جواز الترادّ أو أصالة بقاء السلطنة أمر آخر، بلا فرق بين القولين أيضاً.

١٣٧ - قوله ﷺ: (ففي اللزوم وجهان مبيان... الخ) (٣).

ربّما يقال (٤): بعدم الفرق بين المزج والتغيير من حيث استصحاب جواز الترادّ نفيًا وإثباتاً.

(١) كتاب المكاسب، ٩١، سطر ٣٣.

(٢) تمليقه ١٣٥.

(٣) كتاب المكاسب، ٩١، سطر ٣٣.

(٤) كما عن السيد اليزدي راجع حاشيته، ٨٣، سطر ٢٣.

وفيه: أن الفرق واضح؛ حيث أن رده متميزاً عما عداه ممتنع؛ فلا مجال لاستصحابه، وردّ الجميع لا يقين بثبوتيه من أول الأمر؛ فلا استصحاب، وهذان المحذوران منتفیان في غير صورة الامتزاج.

١٣٨- قوله ﷺ: (نظير الفسخ في العقود اللازمة... الخ) (١).

ليس غرضه ﷺ أن مجرد تعلق الجواز بالفسخ في قبالة تعلقه بالرجوع والترادّ يكون موجباً لكون الأول حقاً قابلاً للارث دون الثاني، بل حيث إنّ الفسخ في البيع ونحوه من العقود اللازمة مما ثبت كونه من الحقوق في محله دون الرجوع في الهبة، فلذا حكم ﷺ بأن جواز الترادّ كجواز الرجوع في الهبة لا كالفسخ في العقود اللازمة، ومجرد التعبير عن الخيار في البيع بملك الفسخ والازالة والسلطنة عليهما لا يقتضي كونه حقاً، فإنّ الملك بمعنى السلطنة ينتزع من جواز الفسخ وضعاً وتكليفاً، فإنّها بمعنى القدرة المتحققة بالترخيص شرعاً تكليفاً ووضعاً، وكذا تعلق أحدهما بالعين؛ والآخر بالعقد ليس فارقاً بينهما، فإنّ الخيار وإن كان بمعنى السلطنة على الردّ والاسترداد أيضاً يكون حقاً، كما أنّ الجواز الثابت في المعاطاة - وإن كان بمعنى جواز فسخها وحلّها - يكون حكماً.

وتوهم: أنّ الخيار في البيع بمعنى سلطنة أحد المتعاملين على الآخر؛ وهي قابلة للاسقاط الذي مرجعه إلى العفو، بخلاف الرجوع في الهبة، فإنّه سلطنة على إزالة السلطنة على الموهوب، والسلطنة على المال وما هو من شؤونها غير قابلة للاسقاط، حيث لا يعقل العفو إلاّ بالاضافة إلى الشخص لا بالاضافة إلى المال.

فاسد؛ فإنّ الاسقاط ليس بمعنى العفو؛ حتى لا يناسب إلاّ السلطنة على الغير، بل من الحقوق القابلة للاسقاط حتى التحجير الذي ليس فيه من عليه الحق، بل هو رفع الاضافة التي اعتبرها الشارع أو العرف كما بيّنا مفصلاً في أوائل التعليقة (٢).

مع أنّ السلطنة على الغير لا معنى لها إلاّ القدرة عليه، والقدرة لا تتعلق بالأعيان

(١) كتاب المكاسب ٩١، سطر ٣٤.

(٢) ص ٤٥، قوله (فتقول اما الاسقاط...).

بل بالأفعال، فلا محالة تكون السلطنة عليه باعتبار السلطنة على حلّ عقده أو ردّ ملكه أو الرجوع في ماله، فلا فرق بين حق الخيار وحق الرجوع من هذه الجهة. مضافاً إلى أنّ السلطنة إنّ أريد بها السلطنة الوضعية فهي قابلة للاثبات والاسقاط، سواء تعلّقت بالعقد فسخاً وإمضاء؛ أو بالعين رجوعاً ورداً، وإنّ أريد بها الحكم التكليفي أو ما بلحاظه فهو غير قابل للتسبب إليه لا إثباتاً ولا إسقاطاً، بل إمّا حكم تكليفي أو إعتباري بلحاظ الحكم التكليفي، فليس في الحقيقة إعتبار شرعي يتسبب إليه إثباتاً حتى يعقل التسبب إلى اسقاطه.

بل التحقيق: ما مرّ مراراً^(١) أنّ السلطنة بمعنى القدرة حقيقة، ومع الترخيص التكليفي في غير الأفعال التسيبية وبإضافة الترخيص الوضعي فيها تتحقق القدرة حقيقة على الفعل المباشري أو التسيبي، فليست السلطنة أمراً إنتزاعياً؛ ولا حكماً تكليفيّاً؛ ولا أمراً اعتبارياً بلحاظ الحكم التكليفي، وإنّ كانت قابلة للاعتبار أحياناً فتدبر جيداً.

١٣٩ - قوله ﷺ: (لم يجز لوأرثه الرجوع على القول بالملك... الخ)^(٢).

رجوع الوارث تارة من باب ثبوته لمؤرثه، وأخرى من باب ثبوته لعنوان المالك المنطبق على الوارث، أمّا على الأولى فقد عرفت^(٣) أنّه حكم لا حق حتى يورث، وأمّا على الثانية فالمسلّم ثبوته للمتعاطي لا لعنوان المالك بما هو؛ حتى يثبت للوارث، ولا مجال للاستصحاب؛ إذ ما هو المتيقن زائل جزماً، وما هو قابل للبقاء لا يقين بثبوته كما مرّ^(٤).

وأما رجوع المالك الحي على الوارث فلأنّ الثابت جواز التراد، ومع عدم ثبوته للوارث وإمتناعه من المؤرث لا يعقل بقاء جواز التراد للحي، مضافاً إلى أنّ الثابت

(١) تعليقة ٥٩.

(٢) كتاب المكاسب ٩٢، سطر ١.

(٣) تعليقة ١٣٨.

(٤) تعليقة ١٣٧.

يقيناً جواز الردّ ملكاً من المتعاطي - لا من غيره - بالاضافة إلى الملك الحاصل بالمعاطاة؛ لا الملك الحاصل بالارث، فردّه ردّ ملك حصل بسبب الارث لا بالمعاطاة من الوارث لا من المتعاطي، هذا على القول بالملك. وأما على القول بالاباحة فالكلام تارة في بقاء الاباحة؛ وأخرى في بقاء جواز الرجوع:

أما الأول: فالاباحة سواء كانت مالكية ضمنية أو مستندة إلى الرضا الضمني أو تعبدية محضة - إباحة معاوضة كما مرّ مراراً^(١)، ومع انتفائها في طرف الميت - حيث لا إباحة منه ولا رضا - فلا محالة تنتفي من طرف الحي، لاستحالة بقاء المعاوضة لتقومها بطرفين، وأما الاباحة التعبدية فحيث أنها حكم لا يورث فلا محالة تنتفي من طرف الحي، لكونها على وجه المعاوضة؛ فلا حاجة في نفيها من طرف الحي بأنها مستندة إلى الرضا وهو بالاضافة إلى المؤرث، بل انتفائها من أحد الطرفين يكفي في الانتفاء من طرف آخر جزماً.

وأما الثاني: - وهو جواز الرجوع - فإن كان جواز الرجوع من أحكام المعاطاة المفيدة للاباحة فمع انتفاء الموضوع ينتفي جواز الرجوع قطعاً، وإن كان بدليل السلطنة المترتبة على الملك، فحيث إنّ الوارث مالك فله جواز الرجوع؛ لا من باب الارث، بل من باب وجود العنوان كساير الملاك الذين لهم السلطنة على أموالهم، ولا منافاة بين انتفاء جواز الرجوع الذي هو من أحكام المعاطاة المفيدة للاباحة، وبقاء جواز الرجوع الذي هو من حكام الملك، فتدبر.

التنبيه السابع: أنّ المعاطاة بيعاً أو معاملة مستقلة

١٤٠ - قوله ﷺ: (في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف... الخ)^(٢).

توضيحه: أنّه على القول بإفادة المعاطاة للاباحة، إمّا أنّ نقول بحصول الملك

(١) تمليقة ١٠٦.

(٢) كتاب المكاسب ٩٢، سطر ٢.

بالتلف؛ أو بحصول الملك بالمعاطاة بشرط التلف.

فإن قلنا بالأول فلا مجال لاحتمال البيعية بعد التلف، لأنّ البيع من المعاملات التي هي أفعال تسببية، فليس كل سبب للملك من التلف والتصرف بيعاً، فإنّه كالارث الموجب للملك، فالملكية المترتبة على السبب الذي يتسبب به إليها ملكية حاصلة بالمعاملة البيعية، لا كل ملكية مترتبة شرعاً على أي سبب كان.

وإن قلنا بالثاني فكونه بيعاً مما لا ينبغي الربب فيه، غاية الأمر أنه كالصرف والسلف المشروطين بالقبض، فكما أنّ المعاملة الصرفية مثلاً قبل القبض ليست بيعاً بالحمل الشايح، حيث إنّهُ التملك بالحمل الشائع؛ وقبل الملك لا تملك؛ لانحاد الایجاد والوجود ذاتاً واختلافهما إعتباراً، وبعد القبض وحصول الملك يكون بيعاً حقيقياً، فكذا المعاطاة بشرط التصرف والتلف.

وحينئذ فإن قلنا بأنّ التصرف أو التلف شرط متأخر لحصول المعاطاة عند تحققها فهي بيع في علم الله تعالى من الأول، وإن قلنا بأنّه شرط متقدّم أو مقارن لحصول الملك بها، فهي بيع حال الشرط أو بعده، وعلى الوجهين يبتنى ما عن المسالك^(١) في خيار الحيوان من كون مبدأ الثلاثة من حين المعاطاة أو من حين التلف.

لا يقال: الاحتمالان في كلامه ﷺ منبنيان على كونه بيعاً بعد التلف، فكيف يحتمل الخيار الثابت للبيع قبل صيرورته بيعاً.

لأنّ نقول: البعديّة رتبية لا زمانية لتأخر المشروط عن شرطه رتبة دائماً، وإن كان الشرط مقارناً للمشروط أو متأخراً عنه زماناً، ولا بد من حمل البعديّة على ذلك، لأنّ القائل بالملك بعد التصرف والتلف إنّما يقول به تحفظاً على القواعد، لثلا يكون البيع مثلاً في غير الملك؛ أو لثلا يكون التلف في غير الملك ليثبت الضمان، فلا محالة يجب حصول الملك قبل التصرف والتلف ولو بأن واحد، فلا مجال إلا للبعديّة بالرتبة، وعليه يجري الاحتمالان على الوجه الذي ذكرنا.

وحينئذ إنّ قلنا بالشرط المتأخر فالمعاطاة بيع حقيقي من الأول؛ يترتب عليها

جميع أحكام البيع وجميع الخيارات وإن اقتصت بالبيع؛ ولا مانع من ترتبها عليها إلا احتمال اختصاصها بالبيع العقدي اللفظي، وهو بلا موجب مع ترتبها في لسان الدليل على عنوان البيع والشراء المفروض ثبوته حقيقة.

وأما احتمال اختصاصها بالبيع المبني على اللزوم لولا الخيار، والمعاطاة ليست لازمة لولا الخيار؛ لكونها جائزة إجماعاً؛ خصوصاً على القول بإفادتها للإباحة في نفسها.

ممدفوع: بأن التصرف أو التلف إذا كان شرطاً متأخراً للملكية من أول الأمر، فحيث إنّه لا ملزم سواهما ففي فرض وجودهما المتأخر تكون الملكية الحاصلة بلحاظهما ملكية لازمة من أول الأمر، فالبيع في فرض تحققه لازم من حين انعقاد المعاطاة، وفي فرض عدم التصرف والتلف لا يبيع أصلاً، مضافاً إلى أنّ المعاطاة - على مسلك المصنف رحمته وعلى ما ينسب إلى المشهور - جائزة، من حيث الترادف لا من حيث فسخ السبب، فهي لازمة لولا الخيار الذي معناه جواز فسخ السبب.

وأما إن قلنا بعدم حصول الملك من أول الأمر؛ بل عند التصرف أو التلف، فالكلام تارة في فعلية ترتب الخيار؛ وأخرى في ترتبه على المعاطاة بنحو ترتب المقتضى على المقتضى، وثبوت المقتضى بثبوت المقتضى.

أما الأولى فلا شبهة في عدم ترتبه؛ حيث لا فعلية للبيع حتى يترتب أثره عليه فعلاً.

وأما الثانية فحيث إن المقتضى له ثبوت بثبوت المقتضى؛ فيمكن شرط سقوطه في ظرف ثبوته، ولذا يصح اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد؛ مع أنّه لا فعلية للخيار إلا بفعلية العقد.

والتوهم المتمدّم وهو احتمال اختصاصه باللازم لولا الخيار. **ممدفوع:** بأنّه في ظرف صيرورته بيعاً يكون لازماً، فلا يضرّ عدم اللزوم بعدم البيع بنحو السالبة بانتفاء الموضوع.

كما أنّ توهم اختصاصه بالواقع صحيحاً من أول الأمر.

مدفوع: بأنه لا شبهة في ثبوت الخيار في بيع الصرف المشروط بالقبض، مع أنه لا يقع صحيحاً - أي مفيداً للملك - إلا بعد القبض.

ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا بين خيار الحيوان وخيار المجلس؛ إذا فرض تلف أحد العوضين في مجلس البيع، فما ذكره في المسالك^(١) من نفي خيار المجلس مبني على ما هو الغالب من بقاء العوضين في مجلس البيع، فلم يتحقق ما هو شرط صيرورته بيعاً كي يترتب عليه الخيار، وأما نفي خيار المجلس على التقديرين، فالمراد تقدير كون المعاطاة معاوضة مستقلة أو بيعاً، لا على القول بكونها لازمة كما عليه المفيد، أو عدم لزومها كما عليه المشهور، ليورد عليه بأنه لا وجه لنفي خيار المجلس على قول المفيد، وقوله (على التقديرين) ظاهر فيما ذكرنا وإلا لناسب أن يقول «على القولين»، فلا تغفل.

١٤١ - قوله ﷺ: (عدا ما استفيد من دليبه ثبوته للبيع... الخ)^(٢).

فحيث إن المعاطاة تنعقد جائزة - وإن أفادت الملكية - فالخيار الثابت للبيع الذي ينعقد لازماً لولا الخيار لا يثبت للمعاطاة التي لا تنعقد لازمة لولا الخيار، وليس الجواز الثابت للمعاطاة بمعنى الخيار؛ كي يتوهم أنها لازمة لولا هذا الخيار، بل بمعنى جواز التراد.

وفيه: أن الجواز المقابل للزوم حيث إنه فيها بمعنى جواز التراد فقط، فهي لازمة في قبال جواز فسخ السبب؛ فتندرج تحت عنوان البيع اللازم لولا الخيار، فعدم كون الجواز بمعنى الخيار مجدي في اندراجه تحت العنوان المزبور لا أنه ضائر به كما مرّ مراراً^(٣).

نعم بناءً على ما قدمناه^(٤) من أن الجواز في المعاطاة بمعنى جواز فسخ السبب،

(١) مسالك الافهام ٣: ١٥١.

(٢) كتاب المكاسب ٩٢، سطر ١٠.

(٣) تملیقة ١٠٧، و ٥٥.

(٤) تملیقة ١٠٧ - عند قوله (وان كان الدليل هي السيرة...).

فإنَّ السببَ الفعلي ليس في الاستحكام كالقولي في نظر العرف، فالمعاطاة مبنية على الجواز لولا جعل حق الخيار أيضاً، فيشكل الأمر في ثبوت الخيار من هذه الجهة، إلاَّ أنَّه خلاف ظاهر الأدلة المتكفلة لترتب الخيار على البيع بعنوانه من دون إضافة خصوصية إليه.

١٤٢ - قوله ﷺ: (عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع... الخ) (١).

قد عرفت (٢) أنَّه قبل التلف وما بحكمه لا بيع بالحمل الشائع شرعاً، لأنَّ التملك والملكية متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار، وبعده بيع حقيقة، فعند تحقق الملكية تكون المعاطاة بيعاً صحيحاً لازماً لولا الخيار فيعمها أحكامه.

١٤٣ - قوله ﷺ: (لكن لزوم هذه المعاوضة لا تقتضي حدوث الملك... الخ) (٣).

حيث إنَّ التملك بالعوض هو حقيقة البيع بالحمل الشائع، فلا محالة يبني كون المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة تارة ولازمة أخرى على التعويض من حيث الإباحة، وحينئذٍ فلزومها لا يقتضي إلاَّ استقرار التعويض من الإباحة وعدم إمكان فسخ السبب المبيح، أو عدم إمكان ردِّ صفة الإباحة، مع أنَّ نفوذ التصرفات المتوقفة على الملك وعدم الضمان عند التلف لا يكفيهما مجرد الإباحة ولزومها، فلا بد من الالتزام بحدوث الملك المساوق للالتزام بكون المعاطاة بيعاً لا معاوضة مستقلة.

إلاَّ أن يقال: إنَّ مجرد الالتزام بحدوث الملك لا يقتضي كون المعاطاة بيعاً، ولا يأبى عن كونها معاوضة مستقلة مفيدة للملكية، بل إنَّما تتعين البيعية إذا كانت المعاطاة مفيدة للملكية بشرط التصرف أو التلف، وأمَّا إذا قلنا بحدوث الملك بنفس التصرف أو التلف فلا معنى للبيع، لما مرَّ (٤) من أنَّه تملك تسبيبي، بل كما أنَّ الإباحة تعبدية؛ وإنَّ كان قصد المتعاطيين الملكية، كذلك التعاوض من حيث الملك فهري

(١) كتاب المكاسب، ٩٢، سطر ١٢.

(٢) تمليقة ١٤٠.

(٣) كتاب المكاسب، ٩٢، سطر ١٣.

(٤) تمليقة ١٤٠.

تعدي.

١٤٤ - قوله ﷺ: (فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم... الخ) (١).

لا منافاة بين هذا التردد وكون المجمع هو القول الفاقد لشرائط اللزوم، لأنَّ التعبير في المجمع لمجرد المعرفية لا العنوانية، بمعنى أنَّ القول الفاقد للعربية والماضوية وأشباههما هو المجمع.

وبهذا يندفع أيضاً الاشكال من وجه آخر، وهو أنَّ أخذ شرائط اللزوم في المجمع في قبال الفراغ عن شرائط الصحة، فكيف يكون المفروغ عن صحته محل الخلاف من حيث الصحة والفساد، وجه الاندفاع أنَّ القيد لمجرد المعرفية فلا يوهم الفراغ عن الصحة لينا في التردد في صحته وفساده.

١٤٥ - قوله ﷺ: (فهل يرجع ذلك الانشاء القولي... الخ) (٢).

قد مرَّ مراراً (٣) أنَّ المعاطاة بعنوانها لم ترد في آية ولا رواية ليجب اتباع عنوانها وإقامة الدليل على إلحاق شيء بها، بل يجب ملاحظة المدارك التي تحكم بصحة هذه المعاملة الفعلية؛ وهي مختلفة.

فإنَّ قلنا بأنَّها بيع يفيد الملك من الأول لاطلاقات أدلة البيع والتجارة، فالملاك صدق البيع على التمليك بأي سبب كان فعلياً أو قولياً واجداً لتلك الخصوصيات أو فاقداً لها.

وكذا إذا قلنا بذلك لسيرة العقلاء بما هم عقلاء، فإنَّه أيضاً لا فرق عندهم بين القول والفعل.

وإنَّ قلنا بالملك عند التصرف أو التلف، فإنَّ كان ذلك من جهة السيرة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة المباح بإذن المالك مادام موجوداً، وأنَّه يجوز كل

(١) كتاب المكاسب، ٩٢، سطر ١٥.

(٢) كتاب المكاسب، ٩٢، سطر ١٧.

(٣) تعليقة ٨٩.

تصرف فيه بنظرهم، وأنهم لا يحكمون بالضمان عند التلف، بل يحكمون بتعيين الباقي للعوضي؛ فلا فرق بين الفعل والقول عندهم.

وإن كان ذلك من جهة اقتضاء الجمع بين الأدلة لذلك؛ فيمكن الفرق بين الفعل والقول، فإن الجمع بين الأدلة يتوقف على الدليل على جواز كل تصرف؛ وهو ثابت في الفعل شرعاً دون القول، وذلك لأن الإباحة المعاطاتية إما لأجل الرضا الضمني أو إباحة تعبدية محضة، ولا دليل على الثانية إلا الإجماع، والمتيقن منه هي المعاملة الفعلية.

وأما الأولى فقد مرّ غير مرّة أنّ التسليط الخارجي حيث إنه صادر عن الرضا، فإثبات يد الغير عليه عن الرضا فله دلالة نوعية على الرضا بكل تصرف كان، بخلاف الانشاء القولي الصادر عن الرضا فإنه يدل على أنّ التملك مرضي به ولم يحصل، والتسليط الواقع بعده لا دلالة له نوعاً إلا على الالتزام بالمعاملة القولية لا عن الرضا به بخصوصه، وحيث إنه نوعاً بعنوان الوفاء بما اعتقد تأثيره؛ فلذا لا يجدي في استكشاف الرضا بالتصرفات، وهذا هو الفارق بين المعاطاة والعقد الفاسد في إفادة الأولى للإباحة دون الثاني، وعليه فلا رضى ولو ضمناً في المعاملة القولية الفاقدة لما يشك في اعتباره؛ حتى يكون على طبقه إباحة شرعية، ليكون مقتضى الجمع بين الأدلة حصول الملك عند التصرف أو التلف، هذا كله في حكم المعاملة القولية من حيث إفادة الملك أو الإباحة.

وأما من حيث اللزوم والجواز فنقول: أمّا على القول بالملك فقد عرفت^(١) أنّ الأصل فيه اللزوم، ولا مخرج كما في المعاملة الفعلية، لأنّ المخرج إمّا هو الإجماع على توقف العقود اللازمة على اللفظ، والمتيقن منه مجرد اللفظ؛ ولا إجماع على اعتبار أزيد منه، وإمّا هي السيرة على عدم استحكام الفعل على حد استحكام القول، فحينئذٍ لا وجه لاعتبار أزيد من اللفظ الذي بسببه يكون العهد موثقاً مؤكداً، فالأمر في لزوم المعاملة القولية أسهل من المعاملة الفعلية.

وأما على الإباحة فقد عرفت^(١) أنه لا موجب لأصلها في المعاملة القولية، ولكن بناء على الالتزام بها فالجمع بين الأدلة يقتضي مساواتها مع المعاطاة.



الفاظ عقد البيع

لغتنا

ومياتنا

حكم إشارة الأخرس

١٤٦- قوله ﷺ: (لكن هذا يختص بصورة القدرة أما مع المعجز... الخ)^(١). وربما يتوهم^(٢): أن الغرض قيام الإشارة من الأخرس مقام الصيغة من حيث إفادة اللزوم، ولعله بملاحظة الفراغ عن إفادة المعاملة الفعلية للصحة. وهو فاسد؛ فإن هذا البحث منه ﷺ مبني على ما هو المشهور من عدم إفادة المعاملة الفعلية للأثر بل للإباحة فقط، كما عنون به صدر كلامه وتعرض لحيثية اللزوم في ذيل كلامه ﷺ، مع أن ما سيجيء^(٣) منه إن شاء الله تعالى أن الأصل هو الاشتراط إنما هو من حيث الصحة، لإصالة الفساد في المعاملات لا من حيث اللزوم، فإن الأصل هو اللزوم في كل ما يشك في اشتراطه به، مع أن فحوى ما ورد في الطلاق^(٤) إنما هو بالاضافة إلى الصحة دون اللزوم، فإن كفاية الإشارة في انعقاد الطلاق تدل بالفحوى على الكفاية في البيع من حيث انعقاده وصحته، لا من حيث استقراره ولزومه.

ثم إن الوجه في كفاية الإشارة من الأخرس يتضح بعد بيان مقدمة: هي أن الأخرس كغيره له عهد مؤكد وعهد غير مؤكد، فالتعاطي منه في الخارج فقط

(١) كتاب المكاسب ٩٣ سطر ٢٤.

(٢) كما عن السيد اليزدي راجع حاشيته ٨٥ سطر ١٧.

(٣) كتاب المكاسب ٩٣ سطر ٢٥.

(٤) وسائل الشيعة باب ١٩، من ابواب مقدمات الطلاق وشرايطه ح ٢، ٣، ٥.

كالتعاطي من غيره عهد غير مؤكّد، فله حكمه؛ والاشارة المفهمة الرافعة للاشتباه منه عهده المؤكّد، كاللفظ الرافع للاشتباه الذي يتطرق إلى الفعل نوعاً عهد مؤكّد من القادر، فليس مجرد كون الاشارة فعلاً موجّباً لكون معاملة الأخرس معاطاة دائماً، أو أنّ فعله منزل منزلة القول من غيره دائماً، بل له سنخان من العهد كما في غيره بلحاظ قوة الدلالة على مقاصده وضعفها نوعاً.

وعليه فإذا كان العقد في قوله تعالى عبارة عن العهد المؤكّد - كما هو مبني البحث - فهو شامل لاشارة الأخرس، فإنّ العهد المؤكّد من مثله، وإحتمال عدم تأثيره وحصر المؤثر في عقده التسببي بالتوكيل بلا موجب، فهو نظير إحتمال حصر التأثير في العقد التسببي دون المباشري من القادر.

وحيث إنّ العبرة في باب المعاملة بالعهد المؤكّد بلحاظ مقام الاثبات، والاشارة المفهمة من الأخرس توجب تأكّد عهده حقيقة، فلا مجال لتوهم تحريك لسانه نحو الألفاظ بما يناسبها كما في باب القراءة، فإنّ المطلوب هناك القراءة؛ وتحريك لسانه نحو ما يناسبها هو القدر المقذور عليه، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنّه لا خصوصية للفظ في مقام التسبب إلا لتوكيد العهد، فإذا كانت الاشارة المفهمة موجبة لتأكّد العهد من مثله، فلا محالة لا مجال لتوهم تحريك لسانه نحو ما يوجب توكيد العهد من غيره.

وأما التمسك بفحوى ما ورد في الطلاق، فربّما يחדش فيه بما سيجيء^(١) في باب الفضولي، من أنّ أهمية أمر الفروج ربّما تقتضي التوسعة في أسبابها لثلا يقع الناس في الزنا، فلا يوجب التوسعة في غيرها بالمساواة فضلاً عن الفحوى.

١٤٧ - قوله ﷺ: (فقد رجّح بعض الاشارة ولعله لأنّها أصرح... الخ)^(٢).

كما ربّما يرجّح الكتابة على الاشارة لأنّها أضبط منها، مع أنّه يمكن منع أصرحية الاشارة؛ لأنّ الكتابة تتبع اللفظ المكتوب في الصراحة والظهور، والاشارة ليست أصرح من اللفظ بعد إحراز كل ما يعتبر في باب الافادة والاستفادة، وأما مجرد

(١) ح ٢، تعليقة ٧٤.

(٢) كتاب المكاسب ٩٣ سطر ٢٩.

الأضبطية فلا يجدي، فإنَّ الأضبطية بلحاظ عدم وقوع النزاع بعد المعاملة لبقاء الكتابة، وبهذا المعنى تكون الكتابة أضبط من اللفظ؛ لبقاء الأولي وعدم بقاء الثاني، فالملاك قوة الدلالة في مقام صدورها وإنائها عن المقصود وهو كما عرفت آنفاً^(١).
لكن بعد ما عرفت^(٢) من أنَّ الإشارة المفهمة من الأخرس عهده المؤكد، فكون الكتابة أصرح لا يوجب تقديمها على الإشارة المفهمة، لكفاية العهد المؤكد وإن كان نحو آخر منه أكد.

نعم من يعتبر للفظ خصوصية فله تقديم الكتابة؛ لأنها مرتبة من وجود اللفظ، فإنَّها نقش اللفظ فهي وجود جعلي للفظ، فيكون إعتبارها كاعتبار تحريك اللسان الذي هو مرتبة من وجود اللفظ حقيقة، مع أنه يمكن منع تعيينها أيضاً، بأنَّ الإشارة كما تكون إلى المعاني ربَّما تكون إلى الألفاظ فتكون دالاً على اللفظ جعلاً كدلالة الكتابة عليه، كما ورد في باب القراءة^(٣) من تحريك لسانه وإشارته بإصبعه، فإنَّها إشارة إلى الألفاظ بما يناسبها؛ لا إلى المعاني التي لا يجب احضارها على القادر فضلاً عن العاجز، فحينئذٍ لا تتعين الكتابة حتى على هذا التقدير فتدبر.

خصوصيات ألفاظ البيع

١٤٨ - قوله ﷺ: (أما الكلام من حيث المادة فالمشهور عدم وقوع المقعد... الخ)^(٤).
تحقيق الكلام: أمَّا في المجازات مطلقاً فإنَّ كانت القرينة لفظية، فلا ينبغي الأشكال في وقوع العقد بها، لأنَّ العقد هو العهد المؤكد؛ وليس المراد - كما مرَّ^(٥) - هو التأكد في مقام الثبوت؛ بأنَّ يكون الالتزام الجدي النفساني قوياً بقوة مقتضيه، بل المراد

(١) تعليقة ١٤٦.

(٢) تعليقة ١٤٦.

(٣) وسائل الشريعة باب ٥٩، من ابواب القراءة في الصلاة ح ١.

(٤) كتاب المكاسب ٩٣ سطر ٣٢.

(٥) تعليقة ١٤٦.

التأكد بحسب مقام الاثبات؛ بأن يكون الدال عليه لفظاً، لئلا يكون كالفعل القاصر في حد نفسه عن الدلالة على المقصود، فإذا كانت الدلالة على المعاهدة بتمام جهاتها باللفظ فالمعاهدة مؤكدة.

وإن كانت القرينة غير لفظية فربما يتخيل أن الدلالة حيث إنها غير متمحصنة في اللفظ فلا تأكد للمعاهدة، ومجرد كون إنشاء الملكية باللفظ لا يوجب أن تكون المعاهدة بجهاتها وأطرافها متأكدة، لفرض تقومها إثباتاً بغير اللفظ.

والجواب: أن الدلالة على المعاهدة بين شخصين بالإضافة إلى المالين إن كانت بدالين - من باب تعدد الدال والمدلول - كان للتخيل المزبور وجه، وأما إذا كانت الدلالة على المعاهدة بتمام جهاتها باللفظ وإن كانت حيثية الدلالة مكتسبة من القرينة الغير اللفظية، فلا يكون الدال على المعاهدة مركباً من اللفظ وغيره.

بل التحقيق: أن حيثية الدلالة على المعنى المجازي غير مكتسبة من القرينة، لما ذكرنا في محله^(١) من أن وضع اللفظ بازاء المعنى يوجب ارتباطه به بالذات ولما يناسبه بالتبع، ضرورة أن مناسب المناسب مناسب؛ وهو معنى الوضع النوعي في المجاز، ومقتضى الجري على قانون الوضع استعمال اللفظ فيما يناسبه بالذات، فيكون اللفظ بالأصالة دالاً على نفس معناه الموضوع له دلالة فعلية بالاستعمال، ومع القرينة الصارفة عن المعنى المدلول عليه بالأصالة وبالذات يتعين استعماله فيما يناسبه بالعرض، فالمقتضى ثبوتاً هي تلك المناسبة، والمقتضى إثباتاً فعلية الاستعمال فيما يناسبه؛ والقرينة بمنزلة الرافع للمانع لا أنها معطية للدلالة، وعليه فالدال على المعاهدة بجهاتها هو اللفظ؛ والقرينة ليست معطية للدلالة لللفظ، كما أنها ليست بنفسها دالة على المعنى.

وأما في الكنايات: فعن شيخنا العلامة الاستاذ^(٢) الاشكال فيها مع الاعتراف بالصحة في المجازات، نظراً إلى عدم تأكد المعاهدة بالكناية، لسراية الوهن من اللفظ

(١) نهاية الدراية ١: ٤٢ - مؤسسة آل البيت.

(٢) حاشية الآخوند ٢٧.

إلى المعنى؛ لما بينهما من الارتباط، بل نحو من الاتحاد.

أقول: الكناية التي هي في قبال المجاز استعمال اللفظ في الملزوم للانتقال إلى لازمه، فالملزوم مراد بالارادة الاستعمالية، واللازم مراد بالارادة الجدية فلا استعمال إلا في المعنى الحقيقي؛ وهو الملزوم، لا في اللازم ليكون بينهما نحو من الارتباط والاتحاد حتى يسري الوهن من اللفظ إلى المعنى، بل هذا المحذور أشد مساساً بالاستعمال في المعنى المجازي.

وأما توهم^(١) أن اللازم مُنشأ ثانوي وأن الملزوم هو المُنشأ أولاً.

ففيه: أن الإنشاء الذي هو من وجوه استعمال اللفظ في المعنى لا يعقل أن يتعلق باللازم، لا في عرض الملزوم ولا في طوله، لاستحالة وحدة المستعمل وتعدد المستعمل فيه.

نعم يمكن تقريب الوهن في الدلالة بوجه آخر: وهو أن اللفظ يستعمل في الملزوم، فهو المدلول عليه باللفظ بالذات؛ ولمكان الملازمة ينتقل الذهن من الملزوم إلى اللازم، فينسب الدلالة إلى اللفظ بالعرض، بخلاف المعنى المجازي فإنه بنفسه مدلول اللفظ حقيقة، واللفظ دال عليه فعلاً بلا واسطة، فحيث إن الدلالة على اللازم بالواسطة فلذا تكون دلالة اللفظ عليه موهونة، وحيث إن العبرة في تأكيد المعاهدة وعدمه بمقام الاثبات لا بمقام الثبوت، فنفس الوهن في دلالة اللفظ كافٍ؛ ولا حاجة إلى دعوى السراية إلى المعنى لمكان الارتباط ليرد عليه ما ذكرنا.

ويندفع المحذور على هذا التقريب بأن كيفية الدلالة على المعنى المكني عنه مع الدلالة على المعنى المجازي، وإن كانت متفاوتة بما ذكرنا، إلا أن ملاك تأكيد المعاهدة وعدمه كون السبب التام لها قولاً أو فعلاً، والسبب التام لوجود اللازم هو اللفظ المستعمل في الملزوم لا غير، ولا دخل لنفس المعنى المستعمل فيه في السببية، وإن كان له دخل في الدلالة فالتسبب إلى الملكية ربما يكون بالفعل، وربما يكون بالقول، والتسبب بالقول تارة باللفظ المستعمل في مفهوم ما تسبب إلى إيجادها كما إذا قال «ملكك» مريداً به إيجاد الملكية حقيقة كما أوجدتها إنشاءً، وأخرى

باللفظ المستعمل في مفهوم ملزوم لما يريد إيجاده حقيقة، كما إذا قال «خذه» أو «تصرف فيه» مريداً به تمليكه، فالمراد الاستعمالي الانشائي غير المراد الجدي التسبيبي، لكن السبب قولي لا فعلي ولا مركب منهما، وكفى في تأكد المعاهدة في مقام التسبب بأن يكون سببه قولياً، فمن حيث دلالة اللفظ على المعنى وإن كانت مع الواسطة، لكنه من حيث الدلالة بمعنى آخر - وهي دلالة السبب على مسببه - بلا واسطة، فالسبب القولي دال بلا واسطة على المسبب كما في غيره، وإن إمتاز أحدهما عن الآخر من وجه آخر، هذه غاية تقريب وقوع العقد بالمجازات مطلقاً وبالكنائيات.

ويمكن أن يقال: إن المنع عن التسبب بالأفعال ليس إلا بملاحظة أنها في حد ذاتها قاصرة الدلالة على المقاصد نوعاً، لا يلاحظ أمر آخر وشخصاً، فكل ما كان سبيله هذا السبيل كان حكمه من هذا القبيل، وإن كان قولاً لوحدة الملاك، فالقرينة إذا كانت لفظية فمجموع الكلام له ظهور عرفي نوعاً في المقصود، وكذا إذا كانت حالية محسوبة من اللفظ لاحتمافه بها، وأما إذا لم تكن كذلك فاللفظ الصادر بحسب نوعه لا دلالة له على المقصود كالفعل، وإن كان شخصاً وبالعرض تام الدلالة من غير فرق بين المجاز والكنائية؛ وكذا بين المجاز القريب والبعيد.

ثم إنّه بعد ما تحقق العهد المؤكد موضوعاً يقع الكلام في الدليل على نفوذ كل عهد مؤكد ووجوب الوفاء، وما يستدل به على ذلك ليس إلا قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) فإن كان عموم العقود من باب مقابلة الجمع بالجمع كما في قوله تعالى ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾^(٢) فالمراد تكليف كل مكلف بالوفاء بعقده، فلا بد من التمسك بإطلاق العقد أفراداً وأحوالاً.

وإن قلنا بأنّ الموجب لصرف العموم إلى مقابلة الجمع بالجمع في قوله تعالى ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾ هي القرينة، إذ ليس لكل مكلف إلا وجه واحد، بخلاف العقود

(١) المائة، الآية: ١.

(٢) المائة، الآية: ٦.

بل حاله حال «اكرموا العلماء» حيث إنه لم ينسب إلى ذهن أحد كون كل مكلف مكلفاً باكرام واحد من العلماء.

فحينئذ يقع الكلام في أنّ العموم بلحاظ الأنواع والأصناف أو بلحاظ الأشخاص، فإن قلنا بالأول لزم التمسك بالاطلاق في إنفاذ كل شخص، بخلاف ما إذا قلنا بالثاني، وظاهر تعليق الحكم عموماً على العقد بعنوانه لا بعنوان آخر كون الحكم بلحاظ الأشخاص؛ فلا حاجة إلى إثبات الاطلاق.

وأما ما عن شيخنا العلامة الاستاذ^(١) في غير مقام بأن أداة العموم لا يفيد إلا سعة مدخوله، إن مطلقاً فمطلقاً وإن مقيداً فمقيداً، ولذا لا يكون تقييد مدخوله تصرفاً في ظهوره العمومي، فلا بد من إثبات إطلاق مدخوله بمقدمات الحكمة.

فقد أجبنا عنه في الأصول في مباحث العام والخاص^(٢): بأن الخصوصية المشكوكة تارة من المفردات؛ وأخرى من أحوال الافراد، فإن كانت من قبيل الثانية فهي أجنبية عن مفاد أداة العموم، إذ هي على الفرض ليست إلا للتوسعة في أفراد مدخولها لا في أحواله، وإن كانت من قبيل الأولى فهي لا محالة موضوعة لغة لإفادة التوسعة بلحظها، بمعنى أنّ المدخول بحسب الوضع هي الطبيعة التي هي في حد ذاتها غير متعينة بنحو من أنحاء التعين، والأداة مفيدة لتعيينها الخاص؛ وهي السعة من حيث الأفراد، بخلاف ما إذا كانت مهملة بما هي كذلك، أو مطلقة بما هي كذلك؛ فإن التوسعة والإهمال بما هو^(٣) لا يجتمعان، والوسيع لا يقبل السعة من تلك الجهة الحاصلة له، فهو لغو بل محال، بخلاف المهمل بذاته فإنه مورد التوسعة إطلاقاً أو عموماً، فإن التعين يرد على اللامتعين، فإن التعينات متقابلات أو متمائلات، والمقابل لا يقبل المقابل كما أنّ المماثل لا يقبل المماثل، هذا إذا كان الشك في إرادة الخاص من ذات المدخول، فإنّ الأداة حجة على عدم إرادة الخصوصية من

(١) كفاية الاصول ٢٥٤ - مؤسسة النشر الاسلامي.

(٢) نهاية الدراية ج ٢ ص ٤٤٧ - مؤسسة آل البيت.

(٣) هكذا في الاصل والصحيح (بما هما).

دون حاجة إلى إحراز مقدمات الحكمة.

وأما إذا كان الشك في وجود قيد في كلام به تُضَيِّق دائرة العموم، فالاصل العقلائي في مثله على عدمه؛ من دون فرق بين العام والمطلق من هذه الجهة، فتدبر جيداً.

نعم ربّما يورد على هذا العام وغيره كعموم نفي الضرر ونفي الحرج وغيرهما بورود التخصيص الكثير عليها المانع من التمسك بها، ووجه المانع أحد امرين: إمّا العلم الاجمالي بورود المخصصات الكثيرة فلا بد من رعاية العلم الاجمالي، وإمّا حصول الوهن في الظهور العمومي، فيعلم - من حيث استهجان المانع من صدور مثله من مثل المتكلم الحكيم - عدم إرادة العموم منه.

ويندفع الأول: بدعوى عدم العلم إجمالاً فيما عدا الموارد التي ظفرنا بها، كما أنّ التمسك بعمل العلماء بالعمل بالعام في مورد تمسكهم به دون غيره ينبغي حمله على عدم العلم الاجمالي في موارد عملهم، وإلا فعملهم لا يرفع أثر العلم الاجمالي إلا إذا كان حجة قطعية توجب انحلال العلم، مع أنه ليس كذلك.

وأما الثاني فأصل الاستهجان يندفع بأحد أمرين: إمّا بالالتزام بتعنوان العام بعنوان لا يكون الخارج تخصيصاً أصلاً، فضلاً عن أن يكون كثيراً، وإمّا بالالتزام بخروج الخارج بعنوان واحد، فلا يكون إلا تخصيصاً واحداً، وكلا الالتزامين مانع عن الاستدلال بالعام.

أما الأول فواضح؛ حيث إنّه لا بد من إحراز ذلك العنوان الواقعي ليتمكن من الاستدلال بالعام، ولا طريق إليه، وعمل العلماء إذا كان له كشف قطعي أحياناً عن تحقق ذلك العنوان كان العام بعنوانه محرزاً قطعاً، فيستدل به إذا شك في تخصيصه، وأما إذا لم يكن كذلك فمجرد الظن بالعموم لا يجدي شيئاً، إذ الحجة هو الظهور المحرز لا الظن الخارجي بالظهور.

وأما الثاني فلأنّ العام وإن كان بعنوانه الظاهر فيه وضعاً واستعمالاً هو مورد الحكم والتخصيص، وإن لم يوجب تعونه بعنوان وجودي ولا عديمي إلا أن مجرد

تردد أمر الفرد بين كونه داخلاً تحت ما بقي منه أو ما خرج عنه كافي في عدم التمسك بالعام، الذي هو حجة على ما بقي تحت عنوانه، وعمل العلماء لا يجدي شيئاً كما عرفت إلا على تقدير اتفاقي.

مضافاً إلى أنّ هذا الالتزام إما خلف أو لا يجدي في دفع الاستهجان، فإنّ المفروض كون العموم بلحاظ الأشخاص؛ فالتخصيص بلحاظ الأنواع إنّما يدفع الاستهجان إذا كان العام بلحاظ الأنواع؛ وهو خلف، وإن كان العموم مع هذه الحالة بلحاظ الأشخاص فأخراج أشخاص كثيرة هي أفراد العام حقيقة مستهجن، سواء كان بعنوان واحد أو بعناوين متعددة.

والتحقيق أولاً: منع كون التخصيص كثيراً وعهدته على مدعيه.

وثانياً: أنّ محذور كثرة التخصيص؛ إمّا عدم العلاقة بين المعنى العمومي وما لا يقرب منه؛ حتى يصح استعماله فيه تنزيلاً له منزلة العام، وإمّا استهجان استعماله في العموم وإرادة القليل منه بالإرادة الجديدة.

والأول مدفوع: بأنّه إنّما يلزم منه ذلك، إذا كان التخصيص باستعمال العام في الخصوص وكون المخصص قرينة عليه، وأمّا إذا استعمل في العموم وكان المراد الجدي غير المراد الاستعمالي، فلا تجوز حتى يحتاج إلى العلاقة ليقال بأنّها غير متحققة.

والثاني مدفوع: بأنّ محذور عدم مطابقة الإرادة الجديدة للإرادة الاستعمالية تارة من جهة قبحه عقلاً، وأخرى من جهة بشاعته وركاكة التعبير، وإن لم يلزم منه مخالفة لقانون الوضع ولا لقانون العقل.

فإن أريد الأول فهو مدفوع: بأنّه لا محذور فيه من هذه الجهة إذا كان المخصص متصلاً أو ما هو كالم متصل كالاستثناء، فإنّ مجموع الكلام مطابق للإرادة الجديدة، وأمّا إذا كان المخصص منفصلاً فإمّا أن يرد المخصص قبل وقت الحاجة أو بعدها فإن كان قبل وقت الحاجة فلا قبح أيضاً عقلاً، فإنّ إفادة مرامه بشخصين من كلامه قبل وقت الحاجة لا يستلزم محذور أصلاً، وإن كان بعد وقت الحاجة فالمخصص لا محالة

ليس كسائر المخصصات مبيّناً لمرامه بضميمة العام، بل مبيّن لانتهاه أمد الحكم العمومي بانتهاء أمد مصلحته العامة، كما ذكر في الأصول^(١) فلا فيح أيضاً.

وإن أريد الثاني؛ فبشاعة الاستعمال وركاكة التعبير غير مسلمة في التخصيص الكثير إذا كان المخصص متصلاً، كيف وقد وقع في أفصح كلامه وأبلغه حيث قال عزّ من قائل ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾^(٢) مع أنّ الغاوين أكثر من غيرهم، وليس بين المتصل والمنفصل فرق من هذه الجهة، خصوصاً مع أنّ الاستهجان والبشاعة إنّما يسلم إذا كان أفراد العام بعد التخصيص قليلة في نفسها بعد أنّ كانت كثيرة، لا إذا كانت كثيرة جداً وقليلة بالاضافة، فإنّه لا استهجان ولا استبشاع، وهنا كذلك جزماً، لأنّ أفراد العقود الواجبة الوفاء لا يحصيها إلّا الله تعالى.

نعم لا نضائق من بشاعة التعبير في بعض المقامات، لكنه لا من حيث لزوم التخصيص الكثير، بل لجهات أخرى فراجع.

ثم إنّ هذا كله إذا أريد التمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٣) وشبهه، وأمّا إذا أريد التمسك بإطلاقه فرّماً يورد عليه: تارة بعدم ورود المطلقات في مقام البيان بل لمجرد التشريع، وأخرى بأنّ تقييد المطلق في الجملة معلوم فيوجب إجمال المطلق مطلقاً، سواء كان المقيد متصلاً أو منفصلاً، لأنّ إجمال المخصص المنفصل لا يوجب إجمال العام، بخلاف المقيد المجمل المنفصل فإنه يكشف عن عدم ورود المطلق في مقام البيان من هذه الجهة، وحيث لم يعلم مقدار التقييد فلم يعلم مقدار الاطلاق.

ويندفع الأول: بشيوع التمسك بإطلاق أدلة المعاملات في باب العقود والايقاعات، كما يشهد به المراجعة إلى الكلمات فيكشف عن التسالم على ورودها في مقام البيان.

(١) نهاية الدراية ج ٢ ص ٤٥١ - مؤسسة آل البيت.

(٢) الحجر آية ٧٢.

(٣) المائدة آية ١.

ويندفع الثاني: بتوضيح القول فيه بأن الظفر بالمقيد يوجب الكشف عن إرادة المقيد جداً، فعدم القيد الذي كان من مقدمات الاطلاق قد انقلب إلى نقيضه، ولا موجب للكشف عن فقد مقدمة أخرى للاطلاق - وهو كونه في مقام البيان -، ومن الواضح أن عدم القيد الذي هو جزء مقتضي الاطلاق ليس عدم القيد إلى الأبد، بل عدم القيد في مقام البيان، وليس المراد بمقام البيان مقام القاء الكلام كما عليه شيخنا الاستاذ^(١)، فإنه وإن أمكن أن يقوم مقام بيان مرامه بشخص كلامه إلا أنه لا ملزم بهذا الالتزام، بل المراد بمقام البيان أعم من مقام إلقاء الكلام إلى زمان إنفاذ المرام، فإذا ورد القيد قبل زمان الحاجة كان وارداً في مقام بيان المرام، وكان عدمه إلى هذا الوقت مقوماً لمقتضى الاطلاق، وأما إذا ورد بعده فالمعارضة بين كلامين قد انعقد لهما ظهور، وكان تقديم المقيد على المطلق من باب تقديم أقوى الحججتين على أضعفهما؛ كالخاص على العام.

وحينئذٍ فحال المُتَمَيِّد حال المُخَصِّص في عدم سريان إجماله إلى العام بعد انقضاء مقام البيان، كما أن حال المخصص حال المقيد إذا ورد قبل زمان الحاجة في عدم حجية الظهور العمومي، وعدم دلالة على مراده الجدي إذا كان من عادة المتكلم إفادة مرامه ولو بشخصين من كلامه.

وإنما الفرق بينهما في انعقاد نفس الظهور في العام دون المطلق، فالمخصص المنفصل مانع عن كاشفية الظهور العمومي عن المراد الجدي، والمقيد بكون عدمه في مقام البيان جزء مقتضي الاطلاق.

والفرق بين المخصص المنفصل الوارد قبل زمان الحاجة والوارد بعده أن الأول مانع عن كاشفية العام نوعاً عن المراد الجدي وإن كان تام الظهور وضعاً وإستعمالاً، بخلاف الثاني فإن العام قد تم كشفه عن المراد الجدي، والمخصص يقدم عليه من باب تقديم أقوى الحججتين على أضعفهما.

وعليه فالأمر في المخصص والمقيد الواردين بعد مضي مقام بيان المراد الجدي

على حد سواء في عدم سراية الاجمال، وإن كان بينهما فرق في عدم سراية الإجمال قبل انقضاء مقام الحاجة إلى العام في الأول، وسرايته إلى المطلق في الثاني، لعدم انعقاد الظهور الاطلاقي هنا وانعقاده هناك.

هذا كله مع أنّ الظفر بالمقيد إنّما يوجب الفرق بين المعجل منه والمبين منه في الجهات العرضية، وأمّا في الجهات الطولية فلا، فإنّ المقيد وإن كان مبيّناً لكنه إذا كان كاشفاً عن عدم ورود المطلق في مقام بيان أصل اعتبار اللفظ وعدمه، فكيف يعقل التمسك بإطلاقه من حيث عربيته وفارسيته أو ماضويته وغيرها أو حقيقته ومجازيته.

وهنا طريق آخر لتصحيح العقود الفاقدة لما يحتمل دخله فيها شرعاً مع عدم دخله فيها عرفاً، وهو أنّه لو وجب العقد بلفظ خاص وطرز مخصوص لأشبه إليه في النصوص، ولو كان لبان؛ بل اشتهر غاية الاشتهار لعموم البلوى به في الأعصار والأمصار، فمن عدمه يعلم عدمه، وأنّ الأمر عند الشارع كما استقرت عليه الطريقة العرفية في باب المعاملات المتداولة عندهم، فيكون عدم ردعهم عنه بإحداث طرز جديد إمضاءً لما بنى عليه العقلاء.

ولا يمكن الاعتماد على أصالة الفساد في مقام الردع عن بناء العقلاء، إذ ليس أصل الفساد دليلاً على الفساد، كالأيات الناهية^(١) عن العمل بالظن في قبال البناء على العمل بخبر الثقة حتى يكون رادعاً أو يقع بينهما المعارضة كما حقق في محله^(٢)، بل معنى أصالة الفساد أنّ الصحة ونفوذ العقد يحتاج إلى الدليل، فمع عدم الدليل على الصحة لا موجب للحكم بالصحة، فعدم الدليل على الصحة لا يمكن أن يكون رادعاً ومانعاً عن المقدمات المقتضية للصحة فتدبر جيداً.

ثم إنّه بعد ما عُلِم أنّ مقتضى الأصل الأولي في باب نفوذ المعاملات هو الفساد،

(١) مثل قوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم) الاسراء آية ٣٦ وقوله تعالى (إن الظن لا يغني من الحق شيئاً)

النجم آية ٢٨.

(٢) نهاية الدراية ٣: ٢٤٨ - مؤسسة آل البيت.

فهل هناك أصل ثانوي يقتضي الصحة وعدم دخل المشكوك في تأثير العقد اولا؟ فنقول: أمّا مثل حديث الرفع^(١) - بناءً على شموله للأثار الوضعية - فلا مانع من التمسك به ورفع شرطية ما يحتمل شرطيته في تأثير العقد، لكونها مجهولة ويناسبه الامتنان وإمضاء ما تعاقد عليه المتعاملان عن الرضا، بخلاف ما يشك دخله في اللزوم فإن نفي شرطيته لا يناسب الامتنان؛ لأن مقتضاه اللزوم مع عدمه، فيقع المتعاملان بسبب رفع شرطيته في ضيق الوفاء، إلا أنّ فيه ما سيجيء^(٢) من الاشكال. وأمّا مثل الاستصحاب فربّما يمكن توهم جريانه ونفي شرطية مشكوك الشرطية، نظراً إلى أنّ الأسباب وشروطها جعلية مسبوقة بالعدم فيمكن التعبد بعدمها، واعتبار الملكية شرعاً عند العقد بذاته أو بماله الخصوصية مجعول بالأصالة، وسببية العقد وشرطية الخصوصية للاعتبار المجعول مجعولة بالتبع، ولا فرق في قبول الوضع والرفع بين المجعول بالأصالة أو بالتبع كما حقق في محله^(٣)، ولذا قلنا بجريان الاستصحاب وحديث الرفع في نفي الجزئية والشرطية مع أنّهما أيضاً مجعولتان بالتبع لا بالأصالة.

وفيه أولاً: ما ذكرنا في محله^(٤) من أنّ هذه الأمور الإنتزاعية وإن كانت جعلية بالتبع، إلا أنّها لوازم تكوينية لمجعول تشريعي، لا أنّها لوازم تشريعية له.

بيانه: أنّ المراد من الجعل إيجاد ما لم يكن، فتارة يصدر عن موجد به ما هو مبدء وجاعل هويات الممكنات، وأخرى بما هو شارع الشرايع والأحكام، فما صدر منه بالاعتبار الأول يسمى مجعولاً تكوينياً، وما صدر منه بالاعتبار الثاني يسمى مجعولاً تشريعياً، وملاكه الواقعي أنّ إيجاد شيء تارة باعتبار ما فيه من المصلحة الدخيلة في نظام الكل ونظام التكوين، وأخرى باعتبار ما فيه من المصلحة العائدة إلى خصوص

(١) وسائل الشيعة باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس ح ١.

(٢) عند قوله (وفيه أولاً...).

(٣) نهاية الدراية ٤: ٣١٨، ٤: ٣٣١ - مؤسسة آل البيت.

(٤) نهاية الدراية ٤: ٣٢٠، ٥: ١٠٩ - مؤسسة آل البيت.

شخص أو أشخاص، وهذه المصلحة هي التي يراعيها الشارع بما هو شارع؛ فلذا يسمى مجعولاً تشريعياً، فكل مجعول تشريعي في حد ذاته مجعول تكويني ولا عكس، فإيجاب الفعل مجعول تشريعي منبعث عن مصلحة في الفعل تدعو الشارع إلى إيجابه، لكنه لازم وجود هذا المجعول التشريعي أمور انتزاعية تكوينية تابعة لجعله، من كون الجاعل أمراً؛ والمكلف مأموراً؛ والفعل موضوعاً؛ والتكليف محمولاً؛ وأبعض الفعل موصوفة بالجزئية؛ وخصوصياته الخاصة بالشرطية، لا أن هذه اللوازم أيضاً منبعثة عن مصلحة تابعة لمصلحة الفعل، حتى تكون مجعولة تشريعية تبعية.

وثانياً: أن للجزئية والشرطية هناك والسببية والشرطية هنا مرحلتين، مرحلة الواقع ومرحلة الجعل، فمن حيث قيام المصلحة الباعثة على الإيجاب المتعلق بالمركب أو بالخاص يكون كل واحد من أبعاض المركب بعض ما يفي بالغرض، وتكون الخصوصية دخيلة في فعلية قيام الغرض بذات الفعل، وكذلك هنا يكون ذات العقد ذا مصلحة باعثة على إعتبار الملكية عنده؛ أو لاعتبار الملكية عند صدور العقد مصلحة مقتضية لإيجاده من الشارع كما هو التحقيق، وهذا معنى سببية العقد واقعاً، وكذا يمكن أن يكون لعربية العقد أو لماضويته دخل في المصلحة، وهو معنى شرطيتها واقعاً، ولكنه بعد تعلق الإيجاب بالمركب أو بالخاص يتصف كل واحد من أبعاضه بأنه بعض المطلوب، وهذه الجزئية جعلية لا واقع لها قبل تعلق الطلب، ولا يعقل أن يكون لها واقعية في غير هذه المرحلة، كما أن الخصوصية ينتزع منها أنها دخيلة في فعلية المطلوب بما هو مطلوب، ولا واقع لها إلا بعد جعل الإيجاب متعلقاً بالخاص.

فنقول: أما الجزئية والشرطية والسببية والشرطية في المرحلة الأولى فهي واقعية لا جعلية، وترتب ذات التكليف على السبب المقتضي له أو ترتب الاعتبار على السبب المقتضي له ترتب واقعي لا جعلي، فإن ترتب المقتضى على مقتضيه والمشروط على شرطه واقعي عقلي لا شرعي جعلي، فليس التعبد بالسبب والشرط

أو بعد مهما راجعاً إلى التبعّد بالمسبب والمشروط أو بعد مهما، بل ترتب الحكم على موضوعه شرعي، إذ لا معنى لترتبه عليه إلاّ تعلّقه به، وتعلّقه به ليس إلاّ إيجابه أو تحريمه؛ وهذا جعلي شرعي.

وأما في المرحلة الثانية فالسببية والشرطية مترتبة على ترتب ذات المسبب على سببه وذات المشروط على شرطه، فهما متأخرتان عنهما؛ فلا يكون التبعّد بهما تبعّداً بما يترتبان عليه، فما هو واقعي لا ترتب عليه شرعاً لأمر قابل للرفع والوضع، وما هو قابل للوضع والرفع على الفرض لا يجدي وضعه ورفعته في نفسه، لأنّ الغرض ترتب الملكية مع أنّها لا ترتب لها على السببية والشرطية المجعولتين تبعاً، بل هما متربتان عليها.

وثالثاً: أنّ مقتضى التبعّد بعدم الأمر الانتزاعي التبعّد بعدم الإعتبار المنوط به، فالتبعّد بعدم شرطية الخصوصية يكشف عن التبعّد بعدم إعتبار الملكية عند المتصف بهذه الخصوصية، وأما إعتبارها عند الفاقد لها فعلي لا شرعي، بخلاف نفي الجزئية والشرطية فإنّ تعلق الأمر النفسي الفعلي بما عدا المشكوك معلوم، وفعلية تعلّقه بهذا المشكوك غير معلومة، فحديث الرفع ونحوه يتبعّد بعدم الجزئية والشرطية فيكشف عن التبعّد بعدم فعلية تعلق هذا الأمر المعلوم بما يعم هذا المشكوك، وأما تعلق الأمر بما عداه فهو معلوم على الفرض من دون حاجة إلى التبعّد به؛ ليقال بعدم دلالة الحديث ونحوه.

وأما ما عن شيخنا العلامة الاستاذ^(١) من أنّ حديث الرفع بالاضافة إلى الأمر بالمركب بمنزلة الاستثناء أو أنّه مبين لاجماله، فهو صحيح بالاضافة إلى مرحلة الفعلية لا بالاضافة إلى الواقع، إذ ليس حديث الرفع ونحوه في مرتبة الواقع حتى يكون كالاستثناء أو مبيناً لاجماله.

وأما فيما نحن فيه فإعتبار الملكية عند وجود ذات العقد غير معلوم، فلعله لا إعتبار هناك أصلاً، نعم إقتضاء العقد للاعتبار في نفسه معلوم وترتب المقتضى على

المقتضي عند التعبد بعدم شرط له في تأثيره عقلي لا جعلي شرعي، فلا علم بوجود الاعتبار الشرعي حقيقة ولا تعبدًا، هذا بعض الكلام مما يناسب المقام، وبقية الكلام في محله^(١).

ألفاظ الإيجاب والقبول

١٤٩- قوله ﷺ: (وهو وإن كان من الأضداد... الخ)^(٢).

بل قيل أنه مما لا خلاف فيه بين اللغويين، ومع ذلك ربما يقال - كما عن بعض أجلة المحشين^(٣) - بأنه مشترك معنوي بمعنى التملك بعوض أعم من أن يكون صريحاً أو ضمناً فيوهم صدقه على كل منهما أنه موضوع لهما.

وفيه: أن المراد من التملك الضمني من المشتري هو تملك ماله عوضاً، ولا جامع بين التملك بعوض و تملك المال عوضاً عن مال الغير.

وإن أريد مفاد نفس الاشتهار من التملك الضمني وهو إنشاء ملكية مال الغير بعوض مال نفسه في قبال البيع الذي هو إنشاء ملكية مال نفسه بإزاء مال الغير فكل منهما مطابق عنوان التملك بعوض، وخصوصية البيع تعلقه بمال نفسه؛ وخصوصية الاشتهار تعلقه بمال غيره.

ففيه أولاً: أنه تملك صريح لمتعلقه لاضمني، بل الضمنية من حيث تعلقه بمال نفسه كما ذكرنا^(٤).

وثانياً: ما مر^(٥) وسيجيء^(٦) إن شاء الله تعالى أن المعاملة البيعية غير متقومة

(١) نهاية الدراية ٤: ٣٢٠، ١٠٩: ٥ - مؤسسة آل البيت.

(٢) كتاب المكاسب ٩٥، سطر ١١.

(٣) حاشية الزبيدي ٨٧، سطر ١٧.

(٤) في اول هذه التعليقة.

(٥) تعليقة ٢٦.

(٦) تعليقة ١٥٨ عند قوله (نعم يرد عليه...).

بإيجابين وإيقاعين، بل بإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر؛ أي بتسبب إلى ملكية عين بعوض من البائع ومطواعة التسبب المزبور من المشتري، ولا جامع بين الأمرين، وسيجيء^(١) إن شاء الله تعالى أن الاشتراء بمفهومه وإن كان قابلاً لإنشاء الملكية بعوض، لكنه ليس قبولاً مقوماً للعقد بهذا العنوان، بل بما هو واقع موقع مطواعة تسبب الغير.

ومما ذكرنا يظهر أن جعل الجامع هو التملك لا مجاناً - بحيث يشمل التملك بعوض وتمليك شيء عوضاً - غير صحيح أيضاً، فإنه وإن كان جامعاً إلا أن ركن العقد ليس إيقاعاً تسببياً وهو تملك شيء عوضاً فهو جامع لغير ما هو فعل المشتري، مضافاً إلى أن مفهوم الاشتراء والابتياح أيضاً ليس تملك شيء عوضاً، بل تملك شيء بعوض إذا أخذت المطواعة بمعنى آخر كما سيجيء^(٢) إن شاء الله تعالى.

وبالجملة: إما يجب القول بأنه مشترك لفظي بين الضدين أو بإنكار أصله وجعله موضوعاً لما ينطبق على خصوص فعل البائع، ولا يحضرني فعلاً مورد صدقه على فعل المشتري، وأما مثل قوله (البيعان بالخيار)^(٣) وأشباهه فهو من باب التغليب.

١٥٠ - قوله ﷺ: (ومنها لفظ «ملكتم» بالتحديد... الخ)^(٤).

بل ربما يتوهم: أنه أصرح من «بعتم»؛ لأن البيع موضوع للنقل بالعوض، ففي مقام الإنشاء «بعتم» لا بد من تجريده عن المعوض؛ لثلا يكون ذكر العوض تكراراً؛ أو يتكلف بجعله تفصيلاً لما أجمل في مفهوم البيع.

وفيه: أن البيع - كما مرّ منّا سابقاً^(٥) - ليس موضوعاً للتملك بالعوض بهذا العنوان المأخوذ فيه العوض ليرد ما ذكر، بل لحصة من طبعي التملك الذي يتحصص

(١) تعلية ١٥١.

(٢) تعلية ١٥١.

(٣) وسائل الشريعة باب ١ من ابواب الخيار ح ٢٠١.

(٤) كتاب المكاسب ٩٥، سطر ١٤.

(٥) تعلية ٣٧، قوله (ومنها ان البيع الحقيقي...).

بتعلقه بالعين بمقابلة شيء، فإنَّ طبيعي التمليك له حصص منها التمليك المتعلق بمطلق المال فقط وهذه الحصّة هبة، ومنها التمليك المتعلق بعين مع كونها ذات عوض وهذا بيع، ومنها التمليك المتعلق بمنفعة ذات عوض وهذه إجارة. فالفرق بين لفظ التمليك ولفظ البيع أنّ الأول موضوع لطبيعي إيجاد الملكية، والثاني لحصّة خاصة من إيجاد التمليك، فلا يصدق مفهوم البيع إلا على إيجاد الملكية المتخصص بتلك الخصوصية، لأنَّ المخصصات مأخوذة في المفهوم، فمفهوم التمليك قابل لكل تضيق وتوسعة، بخلاف مفهوم البيع فلا تغفل.

١٥١ - قوله ﷺ: (وأما الإيجاب «اشترت»... الخ) (١).

لا يخفى عليك أنّ الاشتراء والابتياح وإن أخذت فيهما المطاوعة كما هو المعروف من هذه الهيئة وهيئة التفعّل مثلاً، إلا أنّ هذه المطاوعة ليست مطاوعة فعل الغير؛ ليمحض المفهوم فيما كان قبولاً حقيقة، بل هذه المطاوعة بمعنى اتخاذ المبدء لنفسه، سواء كان من غيره أو لا، كما في الاكتساب والاحتطاب وأشباههما، فإنّ تعلق بمال نفسه كان معناه اتخاذ المبدء وهو تمليك مال نفسه بعوض، وإن تعلق بمال الغير كان معناه اتخاذ البيع من الغير، فيكون مصداقاً للقبول والمطاوعة الحقيقية.

ومنه تعرف أنّ وقوعه موقع الإيجاب يناسب مفهومه ولا يبتني على كون الشراء والاشتراء من الأضداد فتدبر.

١٥٢ - قوله ﷺ: (ولعل الأشكال فيه كاشكال «اشترت»... الخ) (٢).

لا يخفى عليك أنّ ما ذكرناه في بيان مفهوم «اشترت» من حيث قبول مفهومه للإيجاب به حقيقة لا يجري في قبول «بعت»، لوقوع القبول به حقيقة، وأما مجازاً أو بناءً على أنّه للأضداد فالأمر سهل فتدبر.

(١) كتاب المكاسب ٩٥، سطر ٢٠.

(٢) كتاب المكاسب ٩٥، سطر ٢٨.

١٥٣- قوله ﷺ: (ثم إن في انعقاد القبول بلفظ الامضاء... الخ)^(١).

لا ريب في أن عنوان الامضاء والاجازة والانفاذ لا يتعلّق إلا بما له مضي وجواز ونفوذ، وما يترقب منه ذلك هو السبب التام - وهو العقد -؛ لتقوم السبب المترقب منه التأثير في الملكية بالايجاب والقبول معاً، فلا معنى للتسبب بقوله «أمضيت» و«أجزت» و«أنفذت» إلا في مثل العقد الفضولي؛ لا بالاضافة إلى الايجاب فقط إلا بنحو الكناية، لأنّ النفوذ والجواز والمضي لازم تحقق العقد بلحوق القبول للايجاب، فيكون القبول المتمم للسبب ملزوماً للنفوذ والمضي والجواز، فيظهر الرضا بالايجاب؛ وهو الملزوم بإنشاء لازمه؛ وهو النفوذ مثلاً، من حيث إنّه لازم تمامية السبب بالقبول وإظهار الرضا بالايجاب، فيبتني وقوع تلك الألفاظ موقع القبول على جواز العقد بالكناية، مضافاً إلى ما سيأتي إن شاء الله تعالى في محله^(٢) من أنّ النفوذ والمضي وشبههما معانٍ منتزعة من تأثير السبب أثره، لا أنّها أمور إنشائية يتسبب بوجوداتها الانشائية إلى وجوداتها الحقيقية، وتام الكلام فيه في محله^(٣).

١٥٤- قوله ﷺ: (فلا يبعد الحكم بالتحالف... الخ)^(٤).

لعل الوجه في إبداء الاحتمال أنّ الدعوى إن كانت في عنوان البائع والمشتري فالمتعين هو التحالف، لكون كل منهما مدعيّاً ومنكرّاً، وإن كانت في ترتب الخيار مثلاً على ملك الحيوان من حيث كونه مشتريّاً؛ فيتوجه الحلف على منكر الخيار فقط.

(١) كتاب المكاسب ٩٥، سطر ٣٠.

(٢) ح ٢ تعليقة ١٢٥.

(٣) ح ٢ تعليقة ١٢٦.

(٤) كتاب المكاسب ٩٥ سطر ٣٢.

اعتبار العربية

١٥٥ - قوله ﷺ: (وفي الوجهين ما لا يخفى... الخ)^(١).

ربّما يقال في^(٢) وجه الضعف: أمّا في التأسّي فبأنّ غايته سببية العقد العربي لصدوره من المعصوم ﷺ في مقام المعاملة، ويبقى ما عداه مشكوكاً فتجدي العمومات والاطلاقات في دفعه، لا أنّه دليل على عدم نفوذه ليعارضها، وأمّا في الأولوية فبأنّ موردها الاحكام التكليفيّة المنبثقة عن الحسن والقبح دون الوضعية. وفي الأول: أنّ المورد إذا كان مورد التأسّي وعدم حمل التسبب بالعربية على العادة؛ فلازمه دخل الخصوصية شرعاً، نعم قد ذكر في محله أنّ ذلك لا يوجب إلّا الرجحان لا اللزوم، فنتج أنّ التسبب بالعربية أولى.

وفي الثاني: أنّه إنّما يصح إذا قلنا بأنّ الملكية والزوجية وأشباههما أمور واقعية كشف عنها الشارع، وأمّا إذا قلنا باستحالة كونها من المقولات الواقعية، وأنّها برهاناً أمور اعتبارية يعتبرها الشارع مثلاً، فاعتبارها فعل إختياري يصدر عن مصلحة فيتصف بالحسن والقبح.

نعم ليست الماضوية من خصوصيات اللغة العربية؛ حتى إذا اعتبرناها يلزم إعتبار العربية بالأولوية، بل خصوصية في كل لغة؛ فهما خصوصيتان في عرض واحد، فلا ملازمة بين إعتبارهما بالمساواة فضلاً عن الأولوية.

١٥٦ - قوله ﷺ: (نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب... الخ)^(٣).

قد مرّ^(٤) سابقاً أنّ تأكد المعاهدة الشخصية المتقوّمة بمعوض خاص وعوض مخصوص في مقام الاثبات باللفظ، فلا بد في تحقق العهد المؤكد من اللفظ، نعم بعد

(١) كتاب المكاسب ٩٥ سطر ٣٤.

(٢) حاشية الاشكوري ٣١ سطر ٥، عن استاذ.

(٣) كتاب المكاسب ٩٦ سطر ٤.

(٤) تعليقة ١٤٨.

ذكرهما في مقام الايجاب لا حاجة إلى ذكرهما في القبول، لأن الظاهر من قوله «قبلت» بعد قول البائع «بعث الكتاب بدينار» هو قبول هذا المعنى، وهذا هو الفارق بين الايجاب والقبول، نعم العربية لا دخل لها في التأكد، فلا محالة إنما يعتبر من حيث الاقتصار على المتيقن من السبب؛ فيجب اعتبار كل ما يحتمل دخله فيه حينئذٍ.

١٥٧ - قوله ﷺ: (ثم هل يعتبر كون المتكلم عالماً... الخ) (١).

حيث إن الانشاء والاخبار وجهان من وجوه الاستعمال، والاستعمال متقوم بلحاظ اللفظ والمعنى وإيجاد المعنى باللفظ بالارادة، فلا محالة لا بد من تصور المعنى بالمقدار الذي يريد إيجاده باللفظ، فاذا تعلقت الارادة باستعمال اللفظ في نفس معناه وإيجاده به، فلا بد من لحاظه حتى يعقل توجه القصد إليه، فإنشاء ما لا معرفة له به تفصيلاً غير معقول، ولا يعقل تعلق العلم بالمردد ليقال بأنه يقصد إيجاد أحدهما الذي هو معنى اللفظ، وإيجاد العنوان الجامع المعلوم انطباقه عليهما ليس إيجاداً لمصدقه ولا استعمالاً له فيه، وكون اللفظ وجوداً لمعناه وضعاً معناه أنه وجود له بالقوة، وأما الفعلية فبالاستعمال المتقوم بالقصد واللحاظ؛ لا بمجرد وجوده خارجاً.

إلا أن يقال: لا يقصد وجود المعنى بالذات باللفظ لاستحالتها؛ حتى يحتاج إلى لحاظه تفصيلاً، بل الغرض وجوده بالعرض فيكفي في وجوده بالعرض قصده بالعرض، بأن يقصد العنوان المنطبق عليه فهراً فيستعمل اللفظ في معنون هذا العنوان المقصود، وليس استعماله إلا أن يكون وجود اللفظ بالذات وجوداً بالعرض لذلك المعنى المقصود بالعرض فتدبر.

اعتبار الماضيوة وعدمها

١٥٨ - قوله ﷺ: (لصراحته في الإنشاء... الخ)^(١).

قد مرّ مراراً^(٢) أنّ الإنشاء والاختبار من وجوه الاستعمال، وأنّ معني «بعث» معني قابل للإنشاء والاختبار، بل الفرق بين الماضي والمضارع أنّ الماضي إذا كان في موقع الإنشاء والمعاملة فإمكانة محالة يكون منسلخاً عن الزمان الماضي، لأنّ إيجاد شيء في الزمان الماضي محال، فلم يبق إلاّ قصد إيجاد الملكية؛ ومع تمامية العلة يتحقق المعلول قهراً، بخلاف المضارع فإنّ قصد ثبوت الملكية حالاً أو استقبالياً معقول، فلا موجب لانسلاخ المضارع عن الحال والاستقبال، وحيث إنّهُ مشترك بين الحال والاستقبال فلا دلالة له بنفسه على ثبوت الملكية في الحال.

وحيث إنّهُ كان القريئة مقامية أمكن الاشكال بعدم تأكد المعاهدة؛ لتقومها إثباتاً بغير اللفظ، وإنّ كانت القريئة مقالية أمكن تصحيحه بأنّ المجموع الدال على المعاهدة لفظ له ظهور نوعي في المراد.

اعتبار تقديم الايجاب على القبول وعدمه

١٥٩ - قوله ﷺ: (إنّ القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة... الخ)^(٣).

فهم شيخنا الاستاذ^(٤) من عبارته هذه أنّ «قبلت» و«رضيت» مشتمل على المطاوعة دون «اشترت» ونحوه، فإنّه لمجرد إنشاء ملكية مال البايع بعوض ماله، وحقيقة المطاوعة تستدعي التأخر عقلاً، فأورد عليه أنّ القبول المتقوم به العقد إنّ وجب تضمّنه للمطاوعة مفهوماً كما في «قبلت» أو مصداقاً بأنّ يقع موقع المطاوعة

(١) كتاب المكاسب ٩٦ سطر ١٠.

(٢) تعليقة ٣٧ قوله (ومنها انه قد حقق في الاصول...)، والتعليقة السابقة.

(٣) كتاب المكاسب ٩٦ سطر ٢٦.

(٤) حاشية الآخوند ٢٧.

فالتقديم محال مطلقاً، إذ لا فرق في استحالة تقدّم المطاوعة بين أن يكون مدلولاً مطابقاً للفظ أو مدلولاً إلزامياً، فإنّ اللازم المحال يمنع عن تقديم ما لا بد من ملازمته له، وإن لم يجب تضمّنه للمطاوعة، بل كفى مجرد الرضا بالايجاب، فلا فرق في جواز التقديم باعترافه ﷺ بين «قبلت» وغيره، مضافاً إلى أنّ المطاوعة المأخوذة في «قبلت» ونحوه مطاوعة إنشائية لا حقيقية؛ حتى يستحيل تقدّم «قبلت» على الايجاب.

هذا لكن ظاهر كلامه ﷺ فيما بعد إلى آخر البحث أنّ المطاوعة غير معتبرة في قبول البيع لا حقيقةً ولا إنشاءً؛ وسيصرح^(١) به فيما بعد، بل غرضه ﷺ أنّ المشتري ناقل لماله كالبائع، فلا بد من تضمّن القبول لأمرين: أحدهما الرضا بالايجاب، وثانيهما نقل ماله بالالتزام في الحال، نظراً إلى أنّ النقل الذي هو فعل الموجب وفعل القابل؛ هو إنشاء النقل بنظره، لا النقل الشرعي الذي هو عنده ﷺ أثر العقد.

وعليه فقوله «إشترت الكتاب بدينار» يتضمّن إظهار الرضا بفعل الموجب بمدلول الصيغة وهو إنشاء ملكية الكتاب لنفسه ويتضمّن نقل ماله في الحال بنظره بقوله «بدينار» الذي هو متعلق إنشائه، فيكون بالالتزام ناقلاً لماله في الحال، وأمّا «قبلت» و«رضيت» فليس فيهما إلا الرضا بالايجاب، وليس فيهما نقل ماله في الحال، بل مقتضى رضاه بإنشاء البايع المجمعول ماله عوضاً فيه رضاه بنقل ماله عند الايجاب، كنفس رضاه بنقل مال البايع نفسه، لا النقل في الحال، بخلاف ما إذا تأخر القبول فإنّه حيث لا حالة منتظرة إلا لحوق القبول، فرضاه بإنشاء البايع المتضمن لنقل مال المشتري بالالتزام يدل بالالتزام على نقل ماله بنظره أيضاً فعلاً، فليس غرضه ﷺ أنّ «قبلت» متضمن لمانع عن تأثيره، بل غرضه أنّه غير متضمّن لما يقتضي تأثيره بنظره في الحال.

ومما ذكرنا في بيان مرامه يندفع ما يتوهم من أنّ حال القبول حال الايجاب، فكما لا نقل حال الايجاب فكذا حال القبول، وهو مبني على توهم إرادة النقل الشرعي

فإنه المترتب على الإيجاب والقبول معاً، وأما إنشاء النقل بنظر القابل فهو لا ينفك عن إنشائه.

نعم يرد عليه رحمته أولاً: أن العقد يتركب من تسبب من طرف وقبول من آخر لا من تسببين، ولو كان أحدهما بالمطابقة والآخر بالالتزام، فقبول تسبب البائع إلى ملكية ماله بإزاء مال المشتري كافٍ في حصول الملكية لكل منهما، فلا يجب أن يكون المشتري ناقلاً لماله إنشاءً وتسبباً، بل يكفي في انتقال ماله إلى البائع قبول تسبب البائع.

وثانياً: قد مرّ في أوائل التعليقة^(١) أن إنشاء النقل بنظر الناقل لا محصل له؛ لأنّ الوجود الانشائي خفيف المؤنة لا يتفاوت فيه نظر ونظر، والملكية الاعتبارية وإن كانت تتفاوت بتفاوت الاعتبارات إلا أنّ التملك البيعي العرفي والشرعي تملك عقدي يتحصّل بإيجاب وقبول، فيستحيل التسبب إليه بالإيجاب فقط أو القبول فقط، وأما إعتبار الملكية من شخص الناقل فهو مباشرى لا تسببى حتى يحتاج إلى التسبب بإنشائه، فحال القبول المتقدم كحال الإيجاب المتقدم من حيث التسبب إلى إعتبار الملكية عرفاً أو شرعاً عند تمامية العقد.

وثالثاً: أن إفادة الرضا بالإيجاب المتقدم لنقل مال المشتري بالالتزام إذا كان من حيث تعلقه بأمر واقع فرضاه به يوجب إنتسابه إليه، فيكون نقل البائع نقله؛ حيث أنه رضي به كالأجازة اللاحقة لعقد الفضول، كان الأمر كما أفاد من حيث لزوم تأخر القبول، إذ لا نقل بعدد من البائع حتى يكون رضاه به محققاً لانتساب نقله إليه، وأما إذا كان المشتري ناقلاً لماله كالبائع بإنشائه ولو بنحو الالتزام، فيكفي فيه الرضا بمضمون الإيجاب، فلو قال «رضيت» بأن يكون مالكاً لي بعوض مالي لكان من الآن ناقلاً لماله إليه بنظره إنشاءً بنحو الالتزام.

١٦٠ - قوله رحمته: (فالأقوى جوازه لأنه إنشاء... الخ)^(٢).

(١) تعليقة ٣٧ عند قوله (ومنه تعرف ان ايجاد...).

(٢) كتاب المكاسب ٩٧ سطر ٢٢.

غرضه ﷺ: خلو الاشتراء عن المطاوعة إلا إذا تأخر عن الإيجاب، بخلاف الإيجاب المتأخر، فإنه لا يكون مطاوعة عند تأخره عن إنشاء المشتري لملكية مال البائع بإزاء ماله.

بيانه: أنّ مدلول «إشتريت» إنشاء ملكية مال البائع بإزاء مال المشتري، فإذا وقع عقيب إنشاء البائع لملكية ماله بإزاء مال المشتري كان مطاوعة له قهراً؛ لأنه إنشاء لما أنشأه البائع، فنقل مال الغير بعد وقوع النقل من الغير كالانفعال بعد الفعل.

بخلاف ما إذا تقدّم على الإيجاب فإنه لا نقل من الغير حتى يكون واقعاً موقع المطاوعة، ولا مدلوله بالمطابقة يكون متضمناً للمطاوعة، بل كما مرّ^(١) إنشاء ملكية مال الغير حتى يكون مطاوعة قصدية بالصيغة، وأمّا الإيجاب المتأخر فلا يكون في مدلوله مطاوعة وهو واضح، ولا يقع موقع المطاوعة لا بالاضافة إلى المبيع ولا بالاضافة إلى الثمن.

أمّا بالاضافة إلى المبيع فلائذ نقل المبيع شأن البائع، فلا معنى لمطاوعته للمشتري، وأمّا بالاضافة إلى الثمن فلائذ الكلام في مدلول الصيغة، ونقل الثمن من المشتري ومن البائع ليس بمدلول الصيغة، حتى يكون الإيجاب واقعاً موقع المطاوعة عند تأخره، فلا نقل من المشتري بمدلول الصيغة للثمن، كما لا نقل له بمدلولها من البائع، فلا مطاوعة في طرف الثمن أصلاً.

وفيه: أنّ الاشتراء والابتياح - كما مرّ سابقاً^(٢) - بمفهومهما متضمن لاتخاذ المبدء، فإن كان بعنوان اتخاذ المبدء من الغير فهو مطاوعة قصدية، وإن كان بعنوان اتخاذ المبدء ابتداء لا من الغير فهو مساوق ل«بعت» و«شريت»، فيكون من إنشاء بيع مال الغير فضولاً، لا إنشاء الملكية قبولاً، وبهذا المعنى لا يكون قبولاً ركناً للعقد تقدّم أو تأخر، كما أنه بالمعنى الأول قبول تقدّم أو تأخر، ولا تضر هذه المطاوعة لما مرّ^(٣) من

(١) تعليقة ١٥٩.

(٢) تعليقة ١٥١.

(٣) تعليقة ١٥٩.

أنها مطاوعة إنشائية لا حقيقية، لأنها مع ما يطاوعه متلازمان؛ فلا يقع أحدهما بدون الآخر، بخلاف الانشاء فإنه خفيف المؤنة فتدبر جيداً.

١٦١ - قوله ﷺ: (فكل من «رضيت» و«اشتريت» بالنسبة... الخ) (١).

ليس الغرض من تعاكسهما أن «رضيت» يفيد النقل عند التأخر دون التقدم، وأن «اشتريت» يفيد المطاوعة عند التأخر دون التقدم، فإن هذا ليس موجباً لتعاكسهما، بل كل منهما حال التقدم عكس نفسه حال التأخر، بل الفرض أن «رضيت» يفيد المطاوعة تقدم أو تأخر، ولا يفيد النقل إلا عند التأخر، و«اشتريت» يفيد النقل تقدم أو تأخر، ولا يفيد المطاوعة إلا عند التأخر.

١٦٢ - قوله ﷺ: (لأن اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن... الخ) (٢).

الفرق بين الاشتراء والابتاع والتزوج والتملك وبين الارتهان والاقتراض والانتهاج، أن قول المشتري «اشتريت» بمدلول الصيغة عنده ﷺ إنشاء ملكية مال البائع بعنوان إظهار الرضا به، ويقول «بكذا» ينقل ماله إلى البائع، فمن حيث مدلول الصيغة لا يعتبر فيه عنوان المطاوعة، بل يكفي إظهار الرضا بالايجاب؛ وهو قابل للتقدم، ومن حيث متعلقه ينقل ماله إلى البائع، وأمره بيده وله إنشاء ملكية ماله عوضاً بنظره، فلا معنى لاعتبار المطاوعة فيما لا مساس له بالغير، فلا مطاوعة فيه أصلاً عند التقدم.

وأما قول المرتهن «ارتهنت» فحيث أنه مبني على مطاوعة فعل الراهن فهو بمدلول الصيغة (٣) لا ينشأ غير مفهومه المطاوعي، أو غير مفهوم القبول بعنوان المطاوعة، والمطاوعة ليست كالملكية بحيث تختلف باختلاف الأنظار، حتى يمكن اعتبارها بإنشائه، بل المطاوعة بنظر العرف والشرع والمرتهن معنى يكون متفرعاً

(١) كتاب المكاسب ٩٧ سطر ٣٠.

(٢) كتاب المكاسب ٩٨ سطر ١٠.

(٣) هكذا في الأصل والصحيح: (الصيغة).

على فعل الغير، فلا يعقل إعتبار مطاوعة الرهن المتأخر فعلاً بنظره، ولا مدلول الصيغة أمر آخر قابل لانشائه - كمدلول «اشترت» - ولا هو كالتقويل في البيع يكفي فيه مجرد إظهار الرضا بقبوله.

والتحقيق: أن ما أفاده على مناه رضي عنه، واعتبار تحقق عنوان الارتهان بقبوله وصدق عنوان المرتهن بفعله في غاية الوضوح، إلا أن الكلام في لزوم كون القبول في ال رهن والقرض والهبة واقعاً موقع المطاوعة، دون البيع والاجارة والعارية والوكالة وأشباهاها، فإن كان من أجل عنوان الارتهان والانتهاج والاقتراض؛ حيث أنها عناوين مطاوعية لا معنى لانشائها إلا إيجادها ولو بنظر المنشيء، والمطاوعة لا تقبل اعتبارها فعل من الغير حتى ينظر المعتبر، فلا بد من تأخرها.

فيه أولاً: أن لازمه عدم وقوع القبول مقدماً بعنوان الارتهان؛ لا بعنوان القبول والرضا بقوله «قبلت» و«رضيت»، لاعترافه رضي عنه بأن الرضا والقبول يمكن تعلقهما بأمر متأخر، ولذا قلنا إن عدم جواز تقديمهما في البيع لا لوجود المانع بل لفقد المقضي، للزوم اشتمال القبول على إنشاء نقل ماله في الحال، مع أن دعواه رضي عنه لزوم كون القبول في الرهن واقعاً موقع المطاوعة ولو كان بلفظ «قبلت» و«رضيت».

وثانياً: قد مر مراراً^(١) أن المطاوعة المأخوذة في هذه الصيغ مطاوعة مفهومية، والانشاء قصد ثبوت المعنى باللفظ ثبوتاً جعلياً عرضياً لا حقيقياً أو اعتبارياً، فإن الانشاء من وجوه الاستعمال، وليس الاستعمال إلا جعل المعنى موجوداً بالعرض بإيجاد اللفظ ذاتاً، والشاهد على ما ذكرنا أن المطاوعة المفهومية في «اشترت» و«ابتعت» و«تملكت» موجودة، ومع ذلك لا يمنع إنشائها عن التقديم؛ حيث لم ينشأ بقصد المطاوعة الحقيقية، بل بقصد إظهار الرضا بها فليكن هنا كذلك.

وأما إن كان من جهة لزوم تحقق عنوان المرتهن والمتهب والمقترض بانشائه ليرتب عليها أحكامها، وإنشاء القبول المحقق لهذه العناوين بنظر المنشيء محال، لعدم الفرق في الاستحالة بين إيجادها بإنشائها بمدلول الصيغة أو بغيره.

ففيه أولاً: أنّ هذه العناوين تتحقق قهراً بعد العقد المركب من إنشاء الرهن والرضا بالايجاب كعنوان البائع والمشتري، مع فرض عدم تضمن «اشترت» بمدلول الصيغة إلا الرضا بإيجاب البائع، فما الموجب لقصد هذه العناوين المطاوعة تحقيقاً لعنوان المرتهن بقبوله.

وثانياً: بأن ترتب الأحكام على عنوان المرتهن والمتهب والمقترض لو اقتضى قصد تحققها بالقبول لاقتضى قصد عنوان صيرورته وكياً أو مالكاً للانتفاع في العارية وشبههما مما يترتب فيه أحكام خاصة على عناوين مخصوصة، مع أنّ جعل القابل نفسه مالكاً للانتفاع بنظره أيضاً غير معقول، إذ ليس أمر الانتفاع بمال الغير منوطاً بنظره، فالقبول المتقدم لا يحقق عنوان المرتهن، لعدم إمكان تحقق المطاوعة حتى بنظره، ولا يحقق عنوان الوكيل والمستعير، لعدم كون ملك الانتفاع بمال الغير أو السلطنة على العمل الراجع إلى الغير منوطاً بنظره فتدبر جيداً.

١٦٣ - قوله ﷺ: (وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة... الخ) (١).

حاصله: انحصار القبول للصلح في مثل «قبلت»، وهو لا يفيد النقل في الحال، ووجه الحصر تخيل أنّ القبول بقوله «صالحت» ينقلب إيجاباً لتساوي نسبة الالتزامين من المتسالمين، فيكون المقدم إيجاباً عرفاً فيجب القبول بعده بقوله «قبلت»، لثلا يلزم تركب العقد من إيجابين.

قلت: أمّا تساوي النسبة فأمر إتفاقي، وإلا فالصلح الواقع موقع البيع كما يكون صاحب الحنطة بائعاً وصاحب الدرهم مشترياً، كذلك يكون الأول موجباً للصلح والثاني قابلاً له، وكذا الصلح الواقع موقع الاجارة يكون مالك المنفعة مؤجراً أو مصالحاً وصاحب الاجرة مستأجراً أو قابلاً للصلح، فليس البادي موجباً على أي حال.

وأما لزوم تركب العقد من إيجابين فالممنوع منه تركبه من إيجابين حقيقين أي

تسبب من الطرفين، وأمّا التسبب من طرفٍ والقبول من الآخر ولو بإيجابين وإيقاعين إنشائيين، بل من قبول إنشائي في مقام الإيجاب الحقيقي كما في السلف، حيث يقول المشتري: «أسلفتك» ويقول البائع: «قبلت»، وكما في النكاح يقول الرجل: «أتزوجك» وتقول المرأة: «نعم» أو «رضيت» فإنه يكفي، والوجه فيه ما ذكرنا، وروايات باب السلف^(١) وباب النكاح^(٢) نَعَمْ الشاهد على ما ذكرنا.

وأما ما عن بعض أجلة المحشين^(٣) من إمكان القبول «تصالحت» فلا ينحصر القبول في «قبلت».

فيه: أنّ المصالحة والتصالح وإن كانا بين إثنين، إلا أنّ الفعل في الأول ينسب إلى أحدهما فيقال: «صالح زيد عمرواً» وفي الثاني ينسب إلى كليهما فيقال: «تصالح زيد وعمرو» فلا يصح نسبة الفعل إلى خصوص القابل بقوله «تصالحت»، بل في مقام الانشاء عن الطرفين يقال: «تصالحت أنا وزيد» فلا تغفل.

إعتبار المولاة بين الإيجاب والقبول وعدمها

١٦٤ - قوله ﷺ: (وما ذكره حسن لو كان الملك واللزوم... الخ)^(٤).

بيانه: أنّ العقد عبارة عن الربط والوصل وهو في الأمور القارّة بعدم تخلل العدم المقابل للوجود القارّ، وفي الأمور الغير القارّة كأجزاء الكلام بعدم تخلل العدم المقابل للوجود التدريجي لا مطلق العدم، كيف والوجود التدريجي متشابك مع العدم لتقومه بالأخذ والترك، وكل ذلك إنّما يكون بين أجزاء موجود واحد قارٍ أو غير قارٍ.

وأما الالتزامان النفسيان القائمَان بشخصين أو الكلامان القائمَان بشخصين فهما

(١) وسائل الشريعة، باب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح ٢، ح ١.

(٢) وسائل الشريعة باب ١٨، من أبواب المتعة ح ١، ٢، ٣، ٤.

(٣) حاشية اليزدي ٩٠ سطر ١٢.

(٤) كتاب المكاسب ٩٨ سطر ٣١ وفي الاصل (لو كان حكم الملك...).

منفصل^(١) الوجود قهراً، فلا معنى لاتصالهما إلا عدم تخلل زمان بينهما إما حقيقة أو عرفاً، وحيث إن المدار على صدق العقد العرفي، فلا محالة لابد من أن لا يتخلف العقد المعنوي أو العقد اللفظي أحد جزئيه عن الآخر بزمان معتد به عرفاً. وأما البيع والتجارة - بما هما بيع وتجارة - فليس مفهومهما كمفهوم العقد مقتضياً للربط والوصل؛ حتى يجري فيهما البيان المتقدم، ودعوى عدم الفرق ناشئة عن عدم التنبؤ لملاك الاستدلال.

والتحقيق: كما مرّ فيما ذكرناه^(٢) في أدلة لزوم المعاطاة أن العهد عبارة عن الالتزام القلبي أو الجعل والقرار المعاملي، وأن العقد عبارة عن ربط أحد الالتزامين بالآخر أو ربط أحد القرارين بالآخر، فحيثية العهدية غير حيثية العقدية، وأن حقيقة العقد هو الربط لا الوصل، حتى يؤخذ بمقتضيات الوصل وربط أحد الالتزامين القائم بمحل الالتزام القائم بمحل آخر، بلحاظ ورودهما على أمر واحد وهو كون أحد المالكين بإزاء الآخر في الملكية مثلاً، فوحدة الملتزم به هو الجامع الرابط بين الالتزامين، وهذا المعنى من الربط لا يقتضي إلا بقاء الالتزام الأول على حاله، حتى يكون بعد ورود الالتزام الثاني مربوطاً به، وإلا فحقيقة الربط لا تتحقق بين موجود ومعدوم، وتخلل زمان طويل أو قصير أجنبي عما يقتضيه هذا المعنى من الربط.

وأما ارتباط أحد جزئي العقد بالآخر في مقام السبب ومقام الاثبات فليس من باب ارتباط لفظ بلفظ وكلام بكلام، حتى يكون الارتباط مساوفاً للاتصال؛ ليؤخذ بمقتضاه المتقدم، بل مناط العقدية في هذا المقام بارتباط مدلول أحد الكلامين بالآخر، بأن يكون إيجاباً وتسيباً إلى مبادلة خاصة، والآخر قبولاً ومطابوعة لذلك التسيب لا لأمر آخر، وهذا المعنى من الارتباط بين المدلولين لا يدور مدار عدم تخلل الزمان بين الكلامين المتضمنين للمدلولين.

وغاية ما يمكن أن يقال في تقريب الموالة بين الإيجاب والقبول: هو أن الإيجاب

(١) هكذا في الأصل، والصحيح: (منفصلاً).

(٢) تلميقة ٨٣

والقبول حيث أتتهما قائمان بأثر؛ فلهما بنظر العرف جهة وحدة، فكأن الواحد قائم بأثر واحد، فلا بد من كونهما على نحو من الاتصال العرفي، فكأنه كلام واحد بوحدة اتصالية يقوم بأثر واحد، وعليه فلا فرق بين دليل الوفاء بالعقد ودليل حلية البيع، فإن المدار ليس على ما يقتضيه عنوان العقد، بل على ما يقتضيه قيام ما هو كالواحد بأثر واحد فتدبر جيداً.

اعتبار عدم التعليق في العقد وعدمه

١٦٥ - قوله ﷺ: (أَنَّهُ مَنْ أَيْدَى لِلْجُزْمِ حَالَ الْإِنشَاءِ... الخ) (١).

لا ريب في أن الإنشاء - بما هو إنشاء - يتحقق ولو مع الجزم بعدم ترتب الملك الحقيقي، فعدم الجزم بالاضافة إلى ما يتسبب بكلامه الإنشائي إليه إنما يضرُّ به لا بإنشائه.

والوجه في إعتباره عقلاً هو أن القصد الجدي بشيء بحيث يحرك العضلات يستحيل إلا مع إحراز إمكانه الذاتي والوقوعي ووجوبه بالغير، فمع عدم أحد الأمور المزبورة لا يعقل قصد إيجاده بعنوانه جداً، فإن المراد بالقصد ليس مجرد الشوق؛ فإنه يتعلق بالمحال، بل الشوق الأكيد المحرك للعضلات؛ أي الجزء الأخير من العلة التامة لوجود الشيء، ومن الواضح أن التملك الحقيقي والملكية الحقيقية من باب الإيجاد والوجود المتحدنين بالذات والمختلفين بالاعتبار، فمع الجزم بعدم ترتب الملكية الحقيقية أو عدم الجزم بترتيبها، كيف يتوجه القصد الجدي إلى إيجادها بعنوانها.

نعم الإنشاء بداعي احتمال ترتب الملكية معقول، والمقصود الجدي على أي حال هو الإنشاء، لكنه بداعي ترتب الملكية على تقدير إمكان ترتيبها، ولا مانع من إيجاد ما يكون ببعاً على تقدير إمكان تحققه، فإنه لا يترقب منه ترتيب الأثر عليه

على أي تقدير، بل على تقدير تحقق البيع.

١٦٦ - قوله ﷺ: (هو عدم قابلية الانشاء للتعليق... الخ)^(١).

توضيح المقام: أنّ الانشاء - كما عرفت مراراً^(٢) - وجه من وجوه إستعمال اللفظ في المعنى، وهو - كما عرّفه بعض الأعلام^(٣) - إيجاد المعنى باللفظ في نفس الأمر، وقد ذكرنا في محله^(٤) أنّ الغرض منه إيجاد المعنى بإيجاد اللفظ بالعرض لا بالذات، فالوساطة لللفظ وساطة في العروض لا في الثبوت، ضرورة أنّ وجود المعنى حقيقة منحصر في الوجود العيني والذهني، وليس اللفظ من مباديء وجوده الخارجي وهو واضح، مضافاً إلى عدم وجود مطابقه خارجاً حساً وعياناً، ولا من مباديء وجوده الذهني، والانتقال من اللفظ إلى المعنى ليس من ناحية علية وجود اللفظ لوجود المعنى ذهنياً، بل لأنّ الملازمة الجعلية بين اللفظ والمعنى توجب التلازم بينهما علماً وظناً، ولذا ينتقل من المعنى إلى لفظه أحياناً أيضاً.

فلم يبقَ إلا وجود المعنى بعين وجود اللفظ، بمعنى أنّ هذا الوجود الخاص ينسب إلى طبيعي الكيف المسموع بالذات وإلى المعنى بالعرض، لكونه بالجعل والمواضع وجوده العرضي التنزيلي؛ وهذا معنى وجود الشيء في العبارة، فإذا فرض معنى نسبي تام الافادة قصد ثبوته بعين ثبوت اللفظ في الخارج متمحضاً فيه، كان إيجاد العرضي إنشأً له، وإذا كان هذا الايجاد العرضي بعنوان الحكاية عن ثبوت مطابقه في الخارج كان إخباراً، ومن الواضح أنّ الايجاد والوجود سواء كانا بالذات أو بالعرض لا ينفك أحدهما عن الآخر، لاتحادهما ذاتاً واختلافهما اعتباراً، وبما ذكرنا يعلم استحالة تخلف الانشاء عن المنشأ.

ثم إنّ هذا الكلام الانشائي تارة يتسبب به إلى إيجاد الملكية الاعتبارية من الشارع

(١) كتاب المكاسب ١٠٠ سطر ١٠.

(٢) تعليقة ١٥٧، ١٥٨.

(٣) وهو المحقق الآخوند في الكفاية ٨٧ - مؤسسة النشر الاسلامي، وفي فوائده ٢٨٥ - المحجربة.

(٤) نهاية الدراية ١: ٢٧٣ - مؤسسة آل البيت.

مثلاً لا على تقدير فتوجد الملكية الاعتبارية، فيتصف الكلام الانشائي المقصود به ذلك بالتمليك الحقيقي الذي معناه إيجاد الملكية الاعتبارية تسبباً في قبالة إيجادها من معتبرها مباشرة.

وأخرى يتسبب به إلى إيجاد الملكية الاعتبارية على تقدير، فلا يكون مصداقاً للتمليك الحقيقي التسببي إلا عند وجود الملكية الاعتبارية بوجود المعلق عليه، فهو كالمقتضي الذي لا يؤثر فعلاً إلا بعد وجود شرطه، وكما أن الإيجاد الانشائي يستحيل تخلفه عن الوجود الانشائي، كذلك يستحيل تخلف التمليك الاعتباري عن الملكية الاعتبارية لعين ما عرفت من اتحاد الإيجاد والوجود بالذات واختلافهما بالاعتبار.

فالتمليك الانشائي تعليلي عنواناً لا حقيقةً، والتمليك الاعتباري تعليلي لباً فندبر جيداً.

ومما ذكرنا يظهر فساد توهم أن الإيجاد الانشائي عين الإيجاد الاعتباري. وأوضح فساداً توهم أن استحالة التخلف في الإيجاد التكويني لا في الإيجاد التشريعي، مع بشاعة استعمال الإيجاد التشريعي بعنوان الإيجاد الانشائي، والحال أنك قد عرفت أن الإيجاد الانشائي إيجاد تكويني بالعرض لا تشريعي، وكذلك التمليك الحقيقي إيجاد للملكية الاعتبارية تسبباً تكوينياً لا تشريعاً، ويختص الإيجاد التشريعي بما يصدر من الشارع بما هو شارع.

وأما ما عن المصنّف العلامة^(١) (رفع الله مقامه) من عدم تخلف الكلام الانشائي عن مدلوله، وأنه لا تعليق في مدلول الكلام، وأن إنشاء الملكية المتحققة على تقدير معقول، كأنشاء الملكية المتحققة على كل تقدير.

فإن أريد ما ذكرنا - من التعليق بلحاظ الملكية الاعتبارية؛ وهي المعلقة على وجود الشرط فتوجد عنده وإلا فلا، فيدور أمر الملكية الحقيقية بين الوجود والعدم، لا أن المتحقق بالفعل سنخان معلق ومنجز؛ كما يدل عليه قوله لا فيما بعد (من أن

المعلق هو الأثر الشرعي^(١) - فلا كلام لموافقته لما مر من البرهان والوجدان.
 وإن أريد من عدم التخلف أن المدلول ثابت لكنه على قسمين ، ملكية متحققة
 على تقدير، و ملكية متحققة على كل تقدير، فالملكية المنشأة بالفعل سنخان معلق
 ومنجز، بأن يكون التقدير من خصوصيات الملكية وشؤونها لا من مبادئ وجودها،
 كما يومي إليه قوله ﷺ (فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكية المنجزة بل [هو] مطلق
 الملك)^(٢) وتوصيفه الملكية بالمتحققة في القسمين كما يوافق مسلكه في الأصول^(٣)
 في الواجب المشروط من أن الإرادة المتحققة تارة إرادة أمر على تقدير، وأخرى
 إرادة أمر على أي تقدير، فمجال البحث معه ﷺ واسع لا يستثنائه على أن الملكية
 الحقيقية عين الملكية الإنشائية فلها سنخان معلقاً ومنجزاً وقد مر^(٤) فساده والله اعلم.
 ١٦٧ - قوله ﷺ: (لأن دليل حلية البيع وتسلط الناس... الخ)^(٥).

توضيح الفرق بين مثل (أفوا بالعقود)^(٦) ومثل (أحل الله البيع)^(٧) على مبانيه ﷺ: أن
 الوفاء بالعقد عنده عبارة عن ترتيب الأثر على العقد، ومع عدم تأثير العقد في
 الملكية فعلاً لا معنى لترتيب الأثر عليه، مع أن مقتضى دليله أن العقد هو الموضوع
 التام لوجوب ترتيب الأثر، بخلاف حلية البيع فإن معناها نفوذ إنشاء النقل بنظره
 وتأثيره في الملكية على تقدير مما لا ريب فيه، فهو ليس كالعدم بل حاله حال البيع
 في الصرف والسلف، فإنه مع عدم تحقق القبض لا يكون البيع فاسداً بل نافذ، وتنجز
 الملكية يتبع حصول القبض هذا ملخص ما بينهما من الفرق .

(١) كتاب المكاسب ١٠٠، سطر ١٩.

(٢) كتاب المكاسب ١٠٠، سطر ١٨.

(٣) مطروح الاقطار ٤٥ - مؤسسة آل البيت.

(٤) في نفس التعليقة.

(٥) كتاب المكاسب ١٠٠ سطر ١٦.

(٦) المائدة آية ١.

(٧) البقرة آية ٢٧٥.

إلا أن المباني لا تخلو عن المحذور كما مرّ مراراً^(١)؛ إذ الوفاء هو القيام بمقتضى العقد لا ترتيب الاثر، فإن كان العهد متعلقاً بفعل من الأفعال كان معنى القيام بمقتضاه إيجاداً في الخارج، وإذا كان متعلقاً بالنتيجة - أي الالتزام بملكية العين بإزاء كذا - كان معنى الوفاء به إبقائه بعدم نقضه ونكته، وعليه فليس له نقض الالتزام بملكية شيء على تقدير من دون حالة منتظرة، كما أن البيع هو التمليك التسيبي بالحمل الشائع؛ وهو مع التعليق غير حاصل، فلا معنى لتأثيره في الملكية على تقدير.

والتحقيق: في كلا الدليلين ما عرفت سابقاً^(٢) من أنه قبل حصول المعلق عليه لا إلتزام بالفعل ولا تمليك بالفعل؛ حتى يلزم تخلف مقتضاهما عنهما.

١٦٨ - قوله ﷺ: (والظاهر الفرق بين مثال الطلاق وطرفيه... الخ)^(٣).

وتوضيحه: أن بعض المعاني في حد ذاته متقوم بمعنى آخر، وبعضها الآخر ليس كذلك؛ وإن توقّف تأثيره عرفاً أو شرعاً على شيء، فالطلاق من الأول؛ فإنّ معناه إزالة عقدة الزوجية، وكالعتق فإنّ مفهومه فك الرقبة؛ فإنشاء الطلاق بالاضافة إلى غير الزوجة - حتى بنظر المنشيء - غير معقول، وإنشاء العتق بالاضافة إلى غير الرق - حتى بنظر المنشيء - كذلك. وزوجية المرأة المحرّمة وقضاوة من لا أهلية له من الثاني؛ فإنّ مفهوم الزوجية غير متقوم بعدم الحرمة، ولا مفهوم القضاوة بالأهلية، فإنشائهما بنظر المنشيء معقول، وإن لم يترتب عليهما أثر.

وعليه فالجزم المعتبر حال الإنشاء في مثل الطلاق والعتق لا يعقل حصوله إلا بعد الجزم بالزوجية والرقبة، بخلاف مثل إنشاء الزوجية والقضاوة فإنّ الجزم المعتبر حال الإنشاء بنظر المنشيء معقول، حتى مع القطع بالحرمة وعدم الأهلية؛ فضلاً عن الشكّ فيهما.

ولا يخفى عليك أنّ ما أفيد وإن كان وجيهاً على مبناه ﷺ، لكنك قد عرفت غير

(١) تلميقة ٨٣

(٢) تلميقة ١٦٦.

(٣) كتاب المكاسب ١٠٠ سطر ٣٤.

مرة أن الانشاء بما هو خفيف المؤنة، وتحقق حقيقة المنشأ وإن كان منوطاً بشيء في أي نظر كان، إلا أن تحقق مفهومه بوجوده الجعلي العرضي ليس كذلك، وأما التسبب بالانشاء إلى حصول الزوجية الاعتبارية أو فكها أو فك الرقية، فكل ذلك بحسب الاعتبار منوط بما يراه المعبر دخيلاً في حصول إعتبره.

غاية الأمر أن بعض المعاني الاعتبارية لا يختلف فيه العرف والشرع كالطلاق والعتق؛ لتوقفها على الزوجية والرقية، بل الملكية أيضاً؛ فإنه يتوقف تملك المال من الغير شرعاً وعرفاً على كونه ملكاً، وإن لم يتقوم به مفهومه.

وبعض المعاني الاعتبارية الأخرى يختلف فيه الشرع والعرف، كما في الزوجية بالإضافة إلى ما لا مانع منه في نظر العرف، وكذا القضاة فمن يتسبب إلى ذلك المعنى عرفاً يمكنه الجزم، ومن يتسبب إلى ذلك المعنى شرعاً فلا.

وأما اعتبار شخص المعبر فهو وإن لم يكن منوطاً بما يناط به شرعاً وعرفاً، لكنك قد عرفت^(١) أن الاعتبار أمر مباشر للمعتبر لا تسببي يتسبب إليه بإنشائه، هذا، وقد مر سابقاً^(٢) أن التسبب إلى المعنى بعنوانه جداً غير لازم حتى لا يعقل إلا مع الجزم، إنما مطلقاً كما قلنا^(٣) أو أحياناً كما أفيد، بل له الانشاء بداعي احتمال حصول المتسبب إليه، فله إنشاء مفهوم الطلاق بهذا الوجه؛ فيقع طلاقاً حقيقياً إذا كانت المرأة زوجة واقعاً؛ وإلا يقع لغواً.

١٦٩ - قوله ﷺ: (وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرضا بالإيجاب... الخ)^(٤).

بل من نفس اعتبار المعاهدة والمعاقدة بحيث لو لزم في العقود إيجابان مرتبطان للزم التطابق أيضاً، إذ لو لم يتوارد الانشائان على مورد واحد لما كان متعاهدين ولا متعاقدين، بل لكل منهما عهد غير مربوط بالآخر، والاعتبار بالقصد العهدي

(١) تعليقة ١٥٩ قوله (وثانياً قد مر...).

(٢) تعليقة ١٦٥، وهذه التعليقة.

(٣) في نفس التعليقة.

(٤) كتاب المكاسب ١٠١ سطر ٢.

العقدي، لا بالقصد الخارجي الذي لم يقع العهد والعقد عليه، فإذا قال «بعت من موكلك» ولم تقم قرينة على خلاف القصد العهدي المُتَكَشَّفَ بالعقد اللفظي لم يصح القبول عن نفسه، وإن كان الغرض النوعي متعلقاً بمبادلة مال بمال، إلا إذا كانت قرينة نوعية متبعة في صرف اللفظ عن ظاهره.

ولكن لا يخفى عليك أن صحة العقد المشروط عند تعدد الشرط أو فساده، وكذا صحة العقد في مورد تبعض الصفقة إذا كانت على القاعدة، فلا محالة يتوقف الصحة على وقوع المعاهدة على الفاقد للشرط وعلى بعض الصفقة، وحينئذ فالقبول بلا شرط أو قبول النصف بنصف الثمن لا يمنع عن تحقق المعاهدة، فاللازم تحقق المعاهدة بالإضافة إلى ما يراد الحكم بصحته، فتدبر.

اعتبار قابلية كل منهما للإنشاء حاله

١٧٠ - قوله ﷺ: (أن يقع كل من إيجابه وقبوله على حال... الخ) (١).

توضيح الكلام: أن عدم الأهلية إما بما يمنع معه التعاقد والتعاقد؛ أو بما لا يكون العقد عن رضا معتبر، إما بعدم الرضا أصلاً أو بعدم اعتباره مع وجود أصله. وعدم اعتباره إما لعدم المقتضي لاعتباره كرضا الغير (٢) البالغ، أو لمانع من اعتباره كالفلس مثلاً.

فقول: أما عدم الأهلية لما يوجب امتناع تحقق المعاهدة والمعاهدة كموت الموجب أو نومه أو اغمائه أو جنونه حال قبول القابل مثلاً، فإن مناط عهد كل منهما والتزامه وإن كان حياة المتعهد وعقله ويقظته؛ وهي مفروضة الحصول هنا، إلا أن مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونهما معاً كذلك في حال الإيجاب وفي حال القبول، إذ معية المتعاقدين ليست معية جسم مع جسم؛ ولا معية حيوان مع حيوان، بل معية شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير ويلتزم له الغير، وإلا فلا ينقذ القصد

(١) كتاب المكاسب ١٠١ سطر ٦.

(٢) هكذا في الأصل، والصحيح: (غير البالغ).

الجدي في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار، وعلمه بالفتاته فيما بعد لا يصحح المعاهدة معه فعلاً، وسيجيء^(١) إن شاء الله حال الوصية وأنها تمليك لا معاهدة مع الغير على ملكية شيء له، والتمليك لا يقتضي إلغاف الممتلك وشعوره.

وأما عدم الأهلية لعدم الرضا المعتبر ولو لعدم اعتبار رضاه، فمن الواضح أنه لا دخل له بالتعاهد والتعاقد، فإنهما متقومان بالشعور والالتفات المحققين للقصد الجدي إلى المعاهدة مع الغير.

وأما عدم تأثير المعاهدة الحقيقية لعدم طيب النفس طبعاً لها، أو لعدم الاعتبار بالطيب الطبيعي الموجود شرعاً فهو أجنبي عما يقتضيه حقيقة المعاهدة والمعاهدة، فتعليه^(٢) بالخروج عن مفهوم التعاهد والتعاقد غير وجيه.

ومنه تبين أن جعل الحكم في المكره على خلاف القاعدة - لاجل الاجماع - غير وجيه أيضاً، إذ الاجماع لا يجعل غير العقد عقداً، بل هو عقد حقيقي منوط تأثيره بتبدل الاكراه بالرضا الطبيعي، فإذا تبدل دخل في التجارة عن تراخ حقيقه.

وأما ما جعله^(٣) أصل في المسألة من أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب، فهو باعتبار أن زوال الالتزام الصادر من الموجب، تارة يكون بالاختيار كما إذا رد الموجب قبل القبول وأبطله باختياره، وأخرى بلا اختيار كما إذا زال التزامه بجنونه أو بموته، أو كان حدوداً كالعدم من حيث عدم اعتبار رضاه شرعاً.

وفيه: أن الفسخ موجب لحل الالتزام حقيقة، فلا إيجاب بالفعل كي يلحقه القبول ويرتبط به كي يتحقق بينهما عقد، بخلاف ما إذا مات بعد التزامه أو نام أو أغمي عليه بعده، فإنها لا توجب انحلال الالتزام، ولذا لا يشك في أن العهود والالتزامات لا تبطل بالموت فضلاً عن النوم، ولا فرق بين الموت والنوم بعد لحوق القبول وقبله، فإن مقولة الالتزام النفساني أو القرار العرفي العقلاني إذا كانت تزول بالموت والنوم، فلا تبقى بلحوق التزام آخر مثله في بقائه حقيقة أو عرفاً.

بل الوجه ما ذكرنا من أن المعاقدة مع الغير الذي له التزام باقي في النفس لا يعقل إلا مع شعوره والتفاته فعلاً إلى المعاقدة معه، وإلا كانت معاقدة مع من هو كالجدار في أفق المعاقدة، وإن كان حياً شاعراً في أفق آخر، كالميت المؤمن الكامل؛ فإنه وإن كان حياً شاعراً ملتفتاً إلى من يتكلم معه ويلتزم له إلا أن المدار في باب المعاهدات العرفية على المعاهدة بين اثنين في هذه النشأة .

ومما ذكرنا ظهر أن استمرار الأهلية بين الإيجاب والقبول غير لازم، فإن مقوم المعاهدة مع الغير التفاتهما وشعورهما حال كون كل منهما معاقداً مع الآخر، وقد عرفت أن النوم والاعماء فضلاً عن غيرهما لا يوجب زوال الالتزام؛ حتى يعتبر استمرار الأهلية لبقاء الالتزام.

١٧١- قوله ﷺ: (فإن حقيقة الوصية ایصاء... الخ) (١).

أما أن حقيقة الوصية العهدية ایصاء الغير - غاية الأمر له رده لأنه يتعاقد معه على عمل - فهو ممّا لا ينبغي الشبهة فيه، ولذا لا ريب في تحقّق الوصية بالحمل الشايع ولو مع عدم التفات الوصي، فقبوله قبول الوصية ورده ردها.

وأما الوصية التمليلية فحقيقتها جعل شيء ملكاً لغيره بعد موته، لا المعاقدة مع الغير على الملكية، غاية الأمر أن ادخال شيء في ملك أحد من دون رضاه نحو سلطنة على الغير، وليس من شؤون السلطنة على المال السلطنة على الغير، فلا محالة يتوقف نفوذ التمليك على رضاه أو عدم رده على الخلاف.

ومن الواضح أن مجرد التمليك المنوط بالرضا لا يستدعي شعور المتملك به حال التمليك، وإنما كان هذا المعنى من شؤون المعاهدة مع الغير، فإن أريد من عقدية الوصية أنها تعاقد مع الغير على ملكية شيء فهو ممنوع، بل حقيقته تمليك الغير، فهو من هذه الحيثية كالايقاعات، وإن أريد من عقديتها توقّف تأثيرها على رضا الموصى له فهو لا يوجب تحقّق المعاقدة مع الغير؛ فتفارق الايقاعات في هذه

الجهة، ففي الحقيقة هي برزخ بين العقد مع الغير والايقاع المحض. وعليه ينبغي حمل قوله ﷺ (إنَّ القبول شرط لا ركن)^(١) أي ليس مقوِّماً للعقد؛ حيث إنَّها ليست معاهدة مع الغير، بل شرط لتنفيذ إنشاء الملكية، وإلا فلا فرق في ما له مساس بالعقد - بما هو عقد - بين الركن والشرط، ولذا أخذ الرضا في مفهوم التعاهد، مع أنَّ الطيب الطبيعي لا دخل له بالقبول المقوِّم للعقد، ولأجله جعل الحكم في المكره على خلاف القاعدة.

١٧٢ - قوله ﷺ: (لذا لو مات قبل القبول قام وارثه... الخ)^(٢).

إذ لو كانت الوصية معاهدة مع الغير فهي معاهدة مع المورث دون الوارث، فقبول الوارث أجنبي عن ما يتقوِّم به المعاهدة والمعاقدة، وأمَّا بناءً على أنَّها تملك محض لا معاهدة على الملكية فطرف الملكية وإن كان هو المورث، لكنه قد استفيد من الأخبار أنَّ للموصى له حقَّ القبول الذي هو شرط تحقُّق الملكية فينتقل منه إلى وارثه، فقبوله ينتقل الملك إلى المورث ويتلقَّى الملك من المورث كما في حقَّ الخيار، ولا يمكن اجراء هذا البيان في المعاهدة مع المورث؛ إذ قبول الوارث لا يحقُّق المعاهدة مع المورث، فإنَّه قبول من غير طرف المعاهدة، ولا معاهدة معه، فتدبَّر جيداً.

١٧٣ - قوله ﷺ: (ولو ردَّ جاز له القبول بعد ذلك... الخ)^(٣).

هذا بناءً على ما سيأتي^(٤) منه ﷺ إن شاء الله تعالى أنَّ ردَّ القابل كردَّ الموجب موجبٌ لسقوط إيجاب الموجب عن كونه معاهدة ومعاهدة مع الغير، بخلاف ما إذا كانت الوصية تملكاً فقط فإنَّ الردَّ قبل ترقُّب حصول الملكية بلا أثر، فله القبول المحقُّق لها، بخلاف الردَّ في المعاهدة والمعاقدة فإنَّه مبطل للمعاهدة بما هي

(١) كتاب المكاسب ١٠١ سطر ٨ وفي الاصل (فهو شرط حقيقة لا ركن).

(٢) كتاب المكاسب ١٠١ سطر ٨.

(٣) كتاب المكاسب ١٠١ سطر ٩.

(٤) كتاب المكاسب ١٠١ سطر ١٠.

معاقدة، وهي فعلية وإن لم يكن أثرها فعلياً.

فرع: لو اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة

١٧٤- قوله ﷺ: (والأولان مبيان على أن الأحكام الظاهرية... الخ) (١).

وعن شيخنا الأستاذ (٢) تقييد - كونه حكماً حقيقياً - بما إذا كان كذلك حتى في حق الغير الذي له مساس بالعقد، وإلا فمجرد كونه حكماً حقيقياً في حق نفس الموجب أو نفس القابل فلا يجدي.

وتحقيق المقام: أن الملكية إذا كانت من الأمور الواقعية والموضوعات الخارجية، فإن كانت الامارة حجة من باب الطريقية المحضة فهي لا توجب إلا العذر عند الخطأ، فالتصرف بالعقد الفارسي تصرف في مال الغير؛ وهو حرام، غاية الأمر أنه معذور في هذا التصرف الحرام واقعاً، وإن كانت حجة من باب الموضوعية، فالتصرف وإن كان في مال الغير حقيقة؛ لكنّه جائز حقيقة، لكون التصرف بعنوان أنه تصرف في مال الغير بسبب العقد عليه ذو مصلحة غالبية على مفسدة التصرف في مال الغير؛ فلا يكون حراماً واقعاً، وحيث أن الملكية حينئذ واقعية ولها سبب واقعي لا جعلي، فالتعبّد بالملكية عند العقد الفارسي تعبّد بآثارها، وحينئذ يمكن الاطلاق والتقييد من حيث الآثار.

فبناءً على الاطلاق يجوز للمعتقد جميع التصرفات المترتبة على الملك، ولا يجوز لغيره التصرف فيه بدون رضاه، وإن لم يعتقد سببية ما يراه المعتقد سبباً. وبناءً على التقييد يجوز للمعتقد التصرف فيه فقط من دون حرمة التصرف بدون رضاه لمن لا يعتقد سببيته.

وأما إذا كانت الملكية من الاعتبارات - كما قدمنا (٣) - بيانه وشيدنا بنيانه - فأسبابها

(١) كتاب المكاسب ١٠١ سطر ١٦.

(٢) حاشية الآخوند: ٢٩.

(٣) في رسالة الحق والحكم ص ٣٠.

أيضاً جعلية، فرّما يكون ذات العقد العربي - بما هو - ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية من الشارع، ورّما يكون العقد الفارسي - لا بما هو؛ بل بما هو عقد قامت الحجّة على سببته شرعاً - ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية شرعاً، فما انتقل إلى المعتقد بالعقد الفارسي ملك شرعاً حقيقة؛ حيث لا واقع للاعتبار إلا نفسه، فيترتب جميع آثار الملك عليه بعد تحقّق سببه في حقّ المعتقد وغيره، وإن كانت لا سببية للعقد الفارسي بالاضافة إلى غير المعتقد، وعليه فليس له كشف الخلاف، بل لا يجوز التسبب به بعد تبديل الرأي، وإلا فالاعتبار لا ينقلب عما هو عليه.

وهذا بخلاف ما عدا الأمور الوضعية كالواجبات التكليفية على الموضوعية، فإنّ مجرد كون صلاة الجمعة التي أخبر بوجوبها العادل - بلحاظ العنوان الطاريء ذا مصلحة، كما يقتضيه ظهور الأمر بها في البعث الحقيقي المنبعث عن مصلحة في متعلقه ولو عرضاً - لا يقتضي أنّ تكون المصلحة فيه مصلحة بدئية عن مصلحة الواقع، فبعد كشف الخلاف يتبيّن بقاء مصلحة الواقع على حاله فيجب تحصيلها، وليس في باب المعاملات مصلحة لازمة التحصيل كي يجري فيها هذا البيان، وتام الكلام في محلّه.

١٧٥ - قوله ﷺ: (هذا كله إذا كان بطلان العقد... الخ)^(١).

ملخصه: أنّ الفاقد للعربية والماضوية والصراحة مثلاً لا يوجب سراية إحدئ الصفات إلى الآخر، والمفروض صحته من المعتقد في نظر الآخر، بخلاف الفاقد للتنجيز والبقاء على الأهلية والموالاته فإنّه يوجب السراية إلى الجزء الآخر، فيوجب الفساد بلحاظ فساد الجزء الآخر في نظر من يعتقد الفساد، فقبول الإنشاء التعليقي تعليقي أيضاً، وقبول الايجاب - ممّن لم تستمر أهليته إلى حال القبول - معاهدة مع من لا تعتبر المعاهدة معه، وإن كان الخارج عن الاهلية يرى صحة إيجابه إلى هذه الحالة، والقبول المنفصل عن الايجاب ممّن لا يعتبر التوالي يوجب انفصال الايجاب

ممن يعتبر اتصاله بالقبول.

وبالجملة: لا يسري الفساد من جزء إلى جزء؛ لكنه ربما يسري منشأ الفساد من جزء إلى جزء.

لا يقال: الترتيب كالموالاته فإنَّ التقدّم والتأخّر متضائفان، فإذا تقدّم القبول على الإيجاب فقد تأخّر الإيجاب عن القبول، فلماذا حكم ﷺ بإلحاق الترتيب بمثل العربية والماضوية لا بمثل الموالاته.

لأننا نقول: لا يعتبر عنده ﷺ تقدّم الإيجاب وتأخّر القبول بما هما تقدّم وتأخّر، وتقدّم القبول إنما يضرب عنده من حيث عدم تضمّنه للنقل في الحال، وهذه الخصوصية لا تسري في الإيجاب المتأخّر، فإنه متضمّن للنقل في الحال تقدّم أو تأخّر. نعم من يعتبر تقدّم الإيجاب وتأخّر القبول من حيث الاقتصار على ما هو المتداول في مقام الإيجاب والقبول، فالإيجاب المتأخّر عنده فاقد للصفة المعتبرة فيه من حيث التداول الذي يجب الاقتصار عليه فتدبر.



1870

...

...

...

...

...

...

...

...

...

حكم المقبوض
بالعقد الفاسد

مكتبة

الشيخ محمد

حكم المقبوض بالعقد الفاسد

١٧٦ - قوله ﷺ: (ويدلّ عليه النبي المشهور «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١)... الخ)^(٢). لا يخفى عليك أنّ ما قبل الغاية حيث إنّه معنيّ بالاداء، فلا بدّ من أنّ يكون أمراً ثابتاً فعلياً مستمراً إلى أن يتحقّق الاداء، ولا يناسب أن يكون المعنيّ وجوب الردّ لكون الغاية حينئذٍ عقلية لا شرعية تعبدية ولو إمضاء، لأنّ بقاء وجوب كل موضوع إلى أن يتحقّق الموضوع عقلي لا جعلي؛ وهو بعيد في الغاية، سواء أريد بنفسه أو في ضمن العموم، ولا يناسب أيضاً إرادة دفع البدل إذ لا يجب دفعه ما دامت الغاية ممكنة، ومع عدم إمكانها لا غاية حتى يُعَيَّ بها، فإنّما لا معنيّ وإمّا لا معنيّ لأنّ يُعَيَّ، وكذا إرادة الوضع بمعنى الضمان بالقوة وهو كون دركه عليه مع تلفه، إذ لا ضرر فعلي ولا خسارة فعلية مع إمكان الاداء، فلا أمر مستمر إلى حال الاداء حتى يصحّ أن يغيب به، وظاهر الخير فعلية كون المأخوذ على اليد فلا يصحّ أن يراد أمر على تقدير التلف، حيث لا يجتمع هذا التقدير مع الغاية حتى يغيب بها.

لا يقال: لعل الغاية تحديد للموضوع كما قيل به في مثل (كلّ شيء طاهر حتى تعلم أنّه قدر)^(٣) فالمراد أنّ المأخوذ الغير المؤدّي خسارة على اليد.

لأنّ نقول: لا خسارة فعلية على اليد بمجرد عدم التأدية، بل على تقدير التلف، فلا مناص من جعل المعنيّ أمراً ثابتاً فعلياً مع عدم الأداء وعدم التلف، فلذا ربّما يتوهم إرادة الحفظ لخلوه عن المحاذير المتقدمة، إلّا أنّه خلاف الظاهر من حيث إنّ ظاهر الخبر كون نفس المأخوذ على اليد لا حفظه.

(١) عوالي اللآلئ ٢: ٣٤٥ حديث ١٠.

(٢) كتاب المكاسب ١٠١ سطر ٢٥.

(٣) مستدرک الوسائل باب ٣٠ من ابواب النجاسات والاولاني ح ٤، ح ٢: ٥٨٣.

ويمكن تقريب ما عن المشهور من الضمان بالقوة: بأنَّ الموجب للخسارة على تقدير التلف حيث إنَّه اليد وهو فعلي، صحَّت الغاية بنحو التحديد للموضوع لثبوت المغيبي بثبوت مقتضيه لا بثبوت علته التامة.

وأولى منه هو أنَّ المراد من الضمان الفعلي هي العهدة، والمأخوذ يدخل في عهدة ذي اليد بمجرد وضع اليد عليه، فمفاد الخبر حينئذٍ كون المأخوذ على عهدة ذي اليد، لا أنَّه ضرر أو خسارة على اليد، واستفادة العهدة من نفس اثبات المأخوذ على اليد لأنَّ معنى استقراره على اليد كون ذي اليد هو المرجع والمأخوذ به، وهو معنى اعتباره على عهده، وللعهدة آثار تكليفية ووضعية من حفظه وأدائه مع التمكن وأداء بدله عند الحيلولة أو عند التلف كما سيجيء^(١)، إن شاء الله تعالى.

١٧٧- قوله ﷺ: (من هنا كان المتجه صحَّة الاستدلال به على ضمان الصغير... الخ)^(٢).

لا يذهب عليك أنَّ مفاد على اليد إمَّا جعل حكم وضعي أو الخبر عن جعل حكم وضعي.

فإنَّ كان الأوَّل فلا يصحَّ إلَّا ممَّن يرى الاستقلال بالجعل للوضع حتَّى يكون جعلاً للضمان ابتداءً، وأمَّا من يرى أنَّه منتزِع من حكم تكليفي فلا مناص له من الالتزام بأنَّ مفاد على اليد جعل حكم تكليفي يستتبع الضمان الوضعي، وهو هنا خلف، لأنَّ المفروض عدم ظهوره في الحكم التكليفي، وامكان ثبوت مفاده في حقِّ الصغير الذي لا تكليف عليه، فالالتزام بجعل الحكم الوضعي إمَّا مستقلاً أو تبعاً بقوله ﷺ (على اليد) خلف على أي حال، لأنَّه ﷺ لا يرى استقلال الوضع؛ فالالتزام بأنَّ مفاده جعل الوضع ابتداءً خلف، ولا يرى جعل الحكم التكليفي بالخبر، فالالتزام بالانتزاع من الحكم التكليفي الثابت بالخبر خلف أيضاً.

وإنَّ كان الثاني فالأخبار عن وضع منتزِع من التكليف الغير المجعول بهذا الخبر لا

(١) تعليقة ١٧٩.

(٢) كتاب المكاسب ١٠١ سطر ٢٧.

مانع منه في نفسه إلا أن فيه أن انتزاع الوضع من التكليف غير معقول كما مرّ بيانه^(١) في هذه التعليقة مراراً، مضافاً إلى أنه لو كان معقولاً في نفسه إلا أن انتزاعه هنا محال، لأن الأمر الانتزاعي يتبع منشأ انتزاعه ثبوتاً وعدمأً قوةً وفعلاً، لمكان تبعية ما بالعرض لما بالذات، ولا تكليف للصغير فعلاً حتى ينتزع منه ضمان فعلاً، وفرض خطاب مشروط بالاضافة إلى الصغير اثبات حكم تقديري له، فيكون الأمر الانتزاعي تقديرياً أيضاً ففعلية الأمر الانتزاعي وتقديرية منشأه محال.

وأما ما أفاده ﷺ في رسالة الاستصحاب بقوله ﷺ (فإذا خاطب الشارع البالغ العاقل الموسر بقوله «إغرم ما أتلفته في حال صغرك» إنترع من هذا الخطاب معنى يعبر عنه بسببية الاتلاف للضمان، ويقال إنه ضامن بمعنى أنه يجب عليه الغرامة عند اجتماع شرائط التكليف... الخ)^(٢).

فإن أريد سببية الاتلاف المتقدم لجوب الغرامة بعد البلوغ - كما هو صريح كلامه ﷺ - فهو انكار للاستقلال والانتزاع معاً، ومرجه إلى أنه لا حقيقة للوضع إلا التكليف، ورجوع مفهومه إلى مفهوم غير معقول، وكون لفظ الملك ولفظ جواز التصرف حاكين عن مفهوم واحد بديهي البطلان، إذ الملك بجميع معانيها اللغوية من الاحاطة والاحتواء والوجدان والسلطنة مبائن مفهومأً لمفهوم جواز التصرف، بل انتزاعية شيء من شيء يقتضي تبائن المفهومين وتصادقهما في الوجود، بأن يكون لأحدهما ما بحذاء في الخارج دون الآخر، بل الأول منشأ لانتزاع الثاني.

وإن أريد أن الأمر الوضعي نفس السببية للتكليف، وهي متحققة حال الاتلاف والاستيلاء ويكشف عنها الخطاب المتأخر.

ففيه: بعد الغرض عن أن السببية للضمان غير الضمان، والوضع الذي نتكلم في ثبوته هو الثاني دون الأول، نقول: إن استفادة أمر متقدم من خطاب متأخر لا ربط لها بانتزاع شيء من شيء، فانتزاعية السببية يقتضي منشأ انتزاع موجود، ولا منشأ

(١) تعليقة ٨٣ قوله (ويمكن ان يقال...).

(٢) فرائد الاصول ٢: ٦٠١ - مؤسسة النشر الاسلامي.

عنده ﷺ إلا التكليف ولا تكليف بالفعل، فكيف يعقل فعلية الأمر الانتزاعي؟! سواء كان ذلك الأمر الانتزاعي هي السببية أو معنى آخر، وكون الاتلاف مثلاً منشأ لانتزاع السببية - لما فيه من الخصوصية المقتضية لوجوب الغرامة - رجوع عن القول بانتزاع الوضع من التكليف وجعله من الأمور الواقعية الغير المربوبة بالشارع كسببية المصالح للأحكام، وسببية الاتلاف المتقدم لوجوب الغرامة حال التكليف خلف، إذ المفروض ثبوت الوضع حال الصغر.

نعم بناءً على ما قدّمنا مراراً من أنّ الوضعيات الشرعية والعرفية اعتبارات شرعية أو عرفية، فاعتبار الملك للصغير واعتبار الزوجية له واعتبار استقرار شيء على عهده أمور معقولة، وإن لم يترتب عليها بالفعل آثار تكليفية وقد مرّ توضيحه مراراً.

١٧٨- قوله ﷺ: (وليس استيلادها من قبيل اتلاف النماء... الخ) (١).

يمكن أن يقال: إنّ النظفة وإن كانت من الرجل إلا أنّها لما كانت مُكَمَّلَةً بدم الأم، وكانت تكونها حيواناً بالقوى المودعة في الرحم، فكأنّ صيرورتها حيواناً من من قبيل الأمّ فقد أتلفها الرجل على الأب، خصوصاً إذا قبل بتكوّنه من نطفة المرأة وكان اللقاح من الرجل، أو قلنا بأنّ الولد ينعقد رقاً وإنما يصير حرّاً بالولادة، فإنّه إتلاف حقيقة فافهم جيداً.

قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده

١٧٩- قوله ﷺ: (والمراد بالضمان في الجملتين هو كون... الخ) (٢).

فسّر الضمان في الكتاب بوجهين لا يخلو كلاهما عن محذور: أحدهما؛ ما اختاره المصنّف ﷺ وهو كون المال متداركاً بالعوض بحيث تكون الخسارة واقعة في ماله الأصلي، ففي طرف العقد الصحيح يكون المال متداركاً

(١) كتاب المكاسب ١٠١ سطر ٢٩.

(٢) كتاب المكاسب ١٠٢ سطر ١.

بسبب المعاوضة بماله الأصلي، بحيث إذا تلف كانت خسارته بماله الأصلي المجموع عوضاً، وفي طرف العقد الفاسد يكون متداركاً بما يؤديه عند تلفه بدلاً عنه من ماله الأصلي.

ثانيهما؛ ما نقله رحمته وزيفه وهو كون تلفه عليه وأنه يتلف مملوكاً له، فالمأخوذ بالعقد الصحيح يكون تلفه منه عين كونه خسارة عليه، والمأخوذ بالعقد الفاسد يكون تلفه موجباً لترتب الخسارة عليه للزوم تداركه بالبدل، فالتالف تارةً نفسه خسارة وأخرى يترتب عليه الخسارة، فالجامع بين الضمانين في الأول كونه ذا عوض، وفي الثاني كونه ذا خسارة إما ذاتاً أو عرضاً.

ومحذور الأول أولاً؛ أن الضمان في الصحيح متقومٌ بحيثية تداركه بالعوض بنفس العقد، من دون دخل لتعقب التلف في كونه متداركاً بالعوض، مع أن الضمان متقومٌ بالتلف، وجعل خروج العوض عن ملكه بالعقد موجباً لذهاب ماله الأصلي من كيسه لا يصحح التلف المقوم للضمان، لأنّ تلف المقبوض المضمون هو المصحح، لا تلف المضمون به.

وثانياً؛ أن حقيقة البيع هو التملك بالعوض لا التدارك بالعوض، ففي الصحيح ليس عنوان الدرك والتدارك، نعم في الفاسد من حيث تحقق الضمان بالتلف يعقل الدرك والتدارك.

والفرق بين الاعتراضين أن أداء البدل في الصحيح واجب بنفس عقد المعاوضة، والضمان متقومٌ بالتلف وأنّ التبديل ليس تداركاً لتقومه بالتلف، فالنظر في الأول إلى أنّ ضمان المعاوضة يحصل بنفس العقد قبل التلف، والنظر في الثاني إلى أنّ التعويض ليس تداركاً لتقومه بالتلف.

وأما ما عن شيخنا الاستاذ في تعليقه^(١) المباركة من النقص بالوارث، فإنه لا خسارة في ماله الأصلي فيما انتقل إليه بالعقد الصحيح، بل انتقل إليه متداركاً بمال مؤثره.

فيندفع بأن الوارث أجنبي عن طرفي العقد الصحيح والفساد خصوصاً في الفساد، فإن قبض الوارث ليس من القبض المرتب على العقد الفاسد، فإن العقد يقتضي قبض طرف العقد لا من هو أجنبي عنه.

وأما محذور التفسير الثاني فأمرور:

منها: استدراك قيد المملوكية؛ فإنه لا يعتبر كون التالف مملوكاً لمن تلف عنده في ضمانه وتغيريمه إلا بناءً على قول من يقول بكون أداء البدل من باب التعاوض القهري شرعاً بين التالف وبدله؛ وهو ضعيف كما سيجيء^(١) إن شاء الله تعالى.

منها: أن الإنسان لا يكون ضامناً لأمواله التالفة، فتلف المال من الشخص لا يحق عنوان الضمان.

منها: أن مجرد تلف مال من شخص غير تلفه عليه، فإن معنى كون تلفه عليه ترتب خسارة على الشخص بسببه، وأما كون نفس التلف خسارة فهو خسارة منه لا خسارة عليه، فعنوان تلفه عليه هو معنى الضمان وهو منحصر في الفساد، فلا يكون جامع بين تلفه منه وتلفه عليه حتى يكون أحد مصداقيه في الصحيح والآخر في الفساد، نعم مجرد شباهة ضمان الصحيح بضممان الفساد - إما من جهة كونه ذا بدل كما في الأول أو من جهة الخسارة كما في الثاني - يوجب حسن المقابلة مع الضمان في الفساد، كما في قوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا... الخ﴾^(٢).

وأما الإيراد على الثاني بأن مقتضاه الضمان في الهبة الفاسدة، لأن الموهوب يتلف من قابضه في الصحيح فيتلف منه في الفساد، مع أن الهبة الفاسدة داخله في عكس القاعدة.

فيندفع بأن التفسيرين يختلفان بحسب مقتضاهما، فالأول حيث إن مقتضاه كون الشيء متداركاً بالعوض في الصحيح فكذا في الفساد، فلا محالة يختص أصل القاعدة بالتمليكات المعاوضية وما عداها، ومنها الهبة داخله في عكس القاعدة.

(١) تعليقة ١٨٥.

(٢) البقرة آية ١٩٤.

والثاني حيث إن مقتضاه كون تلفه من قابضه، فتعم القاعدة جميع التمليكات معاوضية كانت أو مجانية، وينحصر عكس القاعدة بما عداها، وحينئذٍ فلازمه الضمان في الهبة الفاسدة، لأن الصحيحة منها أيضاً مضمونة، بمعنى كون تلف الموهوب منه.

ومدارك القاعدة مختلفة، فإن كان مدركها الاقدام فالمناسب هو التفسير الأول، ولا إقدام على البدل إلا في التملك المعاوضي، وإن كان مدركها اليد فالمناسب هو التفسير الثاني، ولا فرق في اليد بين كون ما في اليد مملوكاً بالعوض أم لا، والعمدة تحقيق مدرك القاعدة وبحسبه سعةً وضيقاً لا بد أن يُعبر عن موارد الضمان وغيرها بعبارة جامعة أصلاً وعكساً، وإلا فنفس القاعدة لا نظن بأن تكون معقد اجماع بهذا العنوان أصلاً وعكساً، حتى يكون عليها المدار في مقام الاستظهار.

والتحقيق: في معنى الضمان: هو كون الشيء في ضمن العهدة؛ إذ ليس معنى هذا المادة إلا ما يفيد التضمن والمضمون وأشبه ذلك، ويطلق الضمان على كون الشيء في العهدة باعتبار كونه في ضمن العهدة، فكأن الشخص بعهدته متضمن له، وفي كتاب لسان العرب («نخلة ضامنة» ما تضمنتها أمصارهم وكان داخلاً في العمارة وأطاف به سور المدينة)^(١) وأما ما نقله عن بعضهم في توجيه ذلك بأن أهلها ضمنوا عمارتها وتكفلوا حفظها فاجتهاد منه، بل الظاهر أن وجه التسمية مجرد كونه في ضمن العمارة، كما أن ما ورد في الحديث (من أن الامام ضامن)^(٢) أي قراءة المأموم في ضمن عهده، لا أن الضمان بمعنى الحفظ والرعاية، كما في لسان العرب عن بعضهم بمعنى أن الإمام يحفظ على القوم صلاتهم.

وبالجملة: الضمان - كما يناسبه معناه الأصلي - كون الشيء في ضمن شيء، فإذا نسب إلى الشخص فمعناه أنه في ضمن عهده؛ وهذا المعنى قد يكون بتسبب من الشخص، كما في عقد الضمان بأبحاثه حتى ضمان النفس، فإن مرجعه إلى تعهد

(١) لسان العرب مادة ضمن.

(٢) وسائل الشريعة باب ٣٠ من ابواب صلاة الجماعة ح ١، ٣.

احضاره، وكما في مطلق المعاوضات لتعهد كل منهما والتزامه بأخذ المال ببدله، ولذا عبّر عنه بضمّان المعاوضة، فليس مجرد كونه ذا عوض أو مملوكاً بعوض مناط الضمان، بل تعهد أخذه ببدله هو المناسب للضمان.

وقد يكون بجعل من الشارع أو العرف، كما في التفريمات الشرعية والعرفية، فإنّهما يعتبران المأخوذ أو المُتَلَف في عهدة الشخص.

والعهدة في كل مقام لها آثار تكليفية أو وضعية، ولكنّه لا يختلف معنى العهدة باختلافها، فكون الضمان تارة ضمان المعاوضة وأخرى ضمان التكلّف وثالثة ضمان الغرامة وهكذا لا يوجب اختلافاً في معناه، وبناءً على ما ذكرنا في معنى الضمان فمفاد القاعدة أنّه كلّ مورد كان عهدة مورد العقد على المتعاقدين في الصحيح فعهدته عليهما في الفاسد، وسيجيء^(١) إنّ شاء الله تعالى ما يتعلّق بالمقام.

١٨٠ - قوله ﷺ: (فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم... الخ)^(٢).

غرضه ﷺ: أنّ الضمان هو التدارك فقط، غاية الأمر أنّ التدارك الحقيقي بلا عناية وتصرف من الشارع أو العرف هو التدارك بالعوض الواقعي، لاحتياج غيره إلى اعتبار تصرف من أحدهما؛ لئلا يلزم التفكيك بين الجملتين، ولا التجريد في الجملة الثانية إذا أريد التدارك بالعوض الواقعي بما هو كما لا يخفى.

١٨١ - قوله ﷺ: (تمسكاً بهذه القاعدة اشكال... الخ)^(٣).

ربّما يقال كما عن بعض أجلة المحسّنين^(٤): بأنّه لا مجال للاشكال بعد البناء على إرادة الصنف من العقد، نظراً إلى أنّ الواجد للشرط والفاقد صنفان.

قلت: المراد من صنف العقد في قبال نوعه وشخصه حصصه الذاتية - أي حصص العقد بما هو عقد -، فلا بدّ أنّ يكون القيد بحيث لا يأتى المجموع عن صدق العقد

(١) تعليقة ١٨٤.

(٢) كتاب المكاسب ١٠٢ سطر ٥.

(٣) كتاب المكاسب ١٠٢ سطر ١٦.

(٤) حاشية اليزدي: ٩٤ سطر ٧.

عليه، ومن الواضح أنّ العقد المشترط فيه الضمان عقد وشرط، لأنّ المجموع عقد، فالقبود الخارجة عن العقد وإن كانت محصنة له إلا أنّها تحصنه بحصص مؤتلفة من عقد وغير عقد، والمفروض اسناد الضمان إلى العقد بمجرد.

١٨٢ - قوله ﷺ: (وَأَمَّا لِمَطْلُوقِ السَّبِيْبَةِ الشَّامِلِ لِلنَّاقِصَةِ... الخ) (١).

ولا يتوهم أنّ السببية في الصحيح للضمان تنافي السببية له في الفاسد؛ لاستحالة دخل الصّحة وعدمها في شيء واحد، وذلك لأنّ الضمان في الصحيح كونه متداركاً بعوضه المسمّى تداركاً ملكياً، والضمان في الفاسد ضمان الغرامة لا ضمان المعاوضة، فكل منهما سبب لنحو من الضمان وإنّ جمعهما مفهوم واحد، أو أنّ يقال إنّ نفس طبيعي الاقدام العقدي يقتضي التدارك بالعوض، وخصوصية الصّحة تقتضي تعيّن العوض في المسمّى، فأصل التدارك مستند إلى الجامع والخصوصية إلى الخصوصية.

١٨٣ - قوله ﷺ: (فَإِنَّ الْعَقْدَ الصَّحِيْحَ قَدْ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ إِلَّا بَعْدَ الْقَبْضِ... الخ) (٢).

يمكن ابداء الفرق بين خصوص الصرف والسلف ومطلق البيع، بأنّ حقيقة التدارك بالعوض بالتمليك بالعوض والقبض فيهما شرط الصّحة، فلا ملكية قبله فلا حقيقة للتدارك المعاوضي قبله، بخلاف مطلق البيع فإنّه يحصل التمليك بالعوض المحقّق للتدارك بالعوض قبل القبض، ف ضمان المعاوضة غير مشروط بشيء، ولا ينافي ذلك حكم الشارع بانفساخ المعاوضة أو بضمنان البائع للمبيع قبل القبض بضمنان الغرامة.

بيانه: أنّ الضمان تارةً بمعنى كونه متداركاً بالعوض كما اختاره ﷺ، وأخرى بمعنى كون تلفه عليه كما زوّفه ﷺ، وكون تلف المبيع قبل القبض من البائع، إمّا بمعنى انفساخ المعاملة بالمبيع يتلف في ملك البائع، وإمّا بمعنى أنّ غرامة ملك المشتري

(١) كتاب المكاسب: ١٠٢ سطر ٢٣.

(٢) كتاب المكاسب: ١٠٢ سطر ٢٣.

على البائع برد الثمن إلى المشتري.

فإن كان الضمان بالمعنى الأول وقلنا بانفساخ المعاملة - كما هو مختاره رحمته في المعنى والمبني - فضمان البائع - بمعنى تلف المبيع مملوكاً منه - منافع للضمان بالمعنى الذي ارتضاه، وضمانه - بمعنى تداركه برد الثمن - منافع لمبناه، فإن رد مال الغير لمكان انفساخ المعاملة ليس تداركاً لشيء، فما أفاده في الكتاب إما منافع للمعنى أو مخالف للمبني، ولعله لذلك أمر رحمته بالتأمل.

وإن كان الضمان بالمعنى الأول وقلنا بعدم الانفساخ وأن رد الثمن تدارك من باب ضمان الغرامة تعبدًا، فحقيقة الضمان من حيث التدارك وإن كان موافق مختاره من حيث المعنى، لكنه - مضافاً إلى أنه مخالف لمبناه - يرد عليه أن الخسارة لم تقع في ماله الأصلي، فإن ماله الأصلي هو المبيع ووقوع الخسارة فيه فيما إذا تلف الثمن عنده، فتكون الخسارة في ماله الأصلي وهو المبيع المنتقل إلى المشتري، حيث إنه ذهب المبيع هدرًا لعدم بقاء الثمن عنده.

وإن كان الضمان بالمعنى الثاني وقلنا بانفساخ المعاملة كان المبيع تالفًا من البائع مملوكاً له، فيوافق المبني دون المعنى.

وإن كان الضمان بالمعنى الثاني وقلنا بعدم انفساخ المعاملة فلا يتلف المبيع مملوكاً له بل متداركاً بعوضه، فيوافق المعنى دون المبني.

وعليه فضمان البائع بالمعنى الذي اختاره وبالمبني الذي هو عليه لا يتعقل هنا، بل بمعناه على غير مبناه أو بمبناه على غير معناه، وكذا غيره ممن يذهب إلى المعنى الثاني، فإنه لا ضمان بذاك المعنى على البائع إلا بناء على انفساخ المعاملة فقط، هذا كله في ضمان البائع.

وأما عدم ضمان المشتري للمبيع وهو الذي ينبغي التكلم فيه، لأن الكلام في استقرار ضمان المعاوضة، فكون المبيع متداركاً بثمنه من المشتري هو المقصود وهو المنتفي بالتلف قبل القبض.

فنقول: المترقب من العقد الصحيح كون المبيع مضموناً على المشتري بالثمن،

وكون الثمن مضموناً علىّ البائع بالمبيع، ومن الواضح أنّ التدارك العقدي المترقب من العقد الصحيح حاصل بمجرد العقد، وانفساخ المعاوضة من زوال الموضوع لا من باب تخلف العقد عن مقتضاه حتّى يقال إنّ العقد سبب ناقص، كما أنّ الحكم بغرامة المبيع التالف قبل القبض بردّ الثمن مؤكّد لتأثير العقد أثره، وضمن المنقل بالعقد من باب الغرامة متفرع علىّ سببية العقد لمقتضاه بنحو التمامية، لأنّه منافٍ له، فالاستشهاد للسببية الناقصة في مطلق البيع بما ذكر لا وجه له.

نعم من يذهب إلى أنّ حقيقة المعاوضة لا تتم إلاّ بالتقايض من الطرفين وتعقيب التعاوض العقدي بالتعاوض الفعلي، له أن يقول بأنّ عقد البيع مطلقاً سبب ناقص، فتدبره فإنّه حقيق به.

١٨٤ - قوله ﷺ: (فجعل الفاسد سبباً إمّا لأنه المنشأ للقبض... الخ)^(١).

لا يخفى عليك أنّ شيئاً من الوجهين لا يحقّق السببية الناقصة للعقد الفاسد. أما الأول: فلأنّ سببية العقد للقبض خارجية لتوهم صحّته المقتضية شرعاً للاقباض، فلا سببية للعقد الفاسد شرعاً حتّى يعمها مضمون القاعدة الشرعية، حيث إنّ ظاهرها ما يضمن بفاسده شرعاً، فالسببية المترتبة من هذه القاعدة هي الشرعية لا الخارجية.

وأما الثاني: فلأنّ سببية العقد الفاسد للحكم بالضمان بشرط القبض من باب الوصف بحال المتعلق، لعدم دخل العقد الفاسد في سببية القبض للضمان كما عن غير واحد من الأجلّة.

والتحقيق: أنّ دخل العقد الفاسد وعدمه مبني علىّ ملاحظة دليل القاعدة، فإنّ كان دليلها الاقدام فللاقدام العقدي دخل في الصحيح والفاسد وإلاّ فلا، فتدبر. وأما ما عن بعض الأجلّة - فراراً من كون الوصف بحال المتعلق - بجعل الموصول عبارة عن المقبوض، فمفاد القاعدة أنّ المقبوض بالقبض الصحيح إذا اقتضى

الضمان، فالمقبوض بالقبض الفاسد يقتضيه.

ففيه: أن الوصف أيضاً بحال المتعلق، فإن الظاهر كون الموصول هو المقسم للصحيح والفساد لا غيره، فالوصف للقبض لا للمقبوض.

١٨٥ - قوله ﷺ: (لأنهما إنما أقدما وتواطنا بتراضيا بالعقد الفاسد... الخ) (١).

وعن شيخنا الأستاذ: (أنهما أقدما على أصل الضمان في ضمن الاقدام على ضمان خاص والشارع إنما لم يعض الضمان الخاص لا أصله) (٢).

أقول: المراد من الاقدام هو الاقدام العقدي، والاقدام العقدي تسبب قصدي لا قهري، وليس المُقَدَّم عليه حينئذٍ إلا مصب العقد ومورده القصدي وهو التملك بالمسمى، وأما انتزاع طبيعي الاقدام من اقدامه الخاص، وطبيعي التعويض من تعويضه الخاص، وطبيعي المعوض والعوض من العوضين المخصوصين، فطبيعية انتزاعية بوجود مناشيء انتزاعها، لا أنها مورد العقد ومصبه القصدي.

ثم قال: (مع أن دليل فساد العقد ليس بدليل على عدم امضائه فافهم).

قلت: ولعل نظره الشريف إلى دفع ما أفاده المصنف ﷺ في ذيل عبارته بأن مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية أخرى، حيث إن ظاهره انتفاء المطلق لحكم الشارع بفساد العقد الخاص، فلذا أورد عليه بأن فساد الخاص لا يقتضي فساد الاقدام على المطلق الموجود في ضمنه، مضافاً إلى أن عدم الاقدام على المطلق أمر، وفساده بفساد الخاص أمر آخر، والكلام في وجود أصل الاقدام لا حكمه شرعاً كي يقال بفساده بسبب فساد العقد، فمنع الاقدام على العام كما ذكرناه أنسب.

١٨٦ - قوله ﷺ: (إذ قد يكون الاقدام موجوداً ولا ضمان كما قبل القبض... الخ) (٣).

(١) كتاب المكاسب: ١٠٢ سطر ٣٢.

(٢) حاشية الآخوند ٣٦.

(٣) كتاب المكاسب: ١٠٢ سطر ٣٤.

وبما يقال: إنَّ الاقدام إنَّما هو على ضمان المقبوض أو على الضمان بشرط القبض، فكما لا ضمان كذلك لا اقدام على ضمان ما لم يقبض.

وفيه: أنَّ الاقدام المعاملي العقدي على كونه مملوكاً بالعوض لا مقبوضاً به ولا بشرط قبضه، والاقدام الخارجي على التقايبض أجنبي عن الاقدام الذي هو محلَّ الكلام.

والتحقيق: أنَّ الملازمة بين الصحيح والفساد في الضمان وعدمه بسبب الاقدام وعدمه أجنبية عن عدم ضمان المشتري، وعن ضمان البائع قبل القبض بسبب انفساخ المعاملة أو بالحكم بضمن الغرامة على البائع دون المشتري، فإنَّ الضمان المترقَّب من الاقدام العقدي الصحيح كون المبيع مملوكاً بالعوض، وهذا حاصل بمجرد العقد قبل التلف، وليس العقد مقتضياً لانفساخ نفسه حتى يتوهم أنَّ عدم ضمان المشتري من ناحية الاقدام العقدي، بل الانفساخ مزيل للاقدام العقدي فلا ضمان على المشتري حيث لا اقدام بقاء لزواله شرعاً، فلم يتخلف الاقدام البيعي عن ضمان المعاوضة.

وأما ضمان البائع فلاجل أنَّ الانفساخ يوجب رجوع المبيع إليه، فلا محالة يتلف منه، لا أنَّ الاقدام العقدي أوجب ضمانه ولو بالواسطة، وكذا إذا قلنا بأنَّ ضمان البائع بعنوان الغرامة، وعدم ضمان المشتري بعنوان الغرامة فإنَّهما أجنبيان عن مقتضيات العقد الصحيح والاقدام العقدي، فإنَّ أثر الاقدام العقدي في الصحيح ضمان المعاوضة، وهو كون كل منهما مملوكاً بالعوض لا ضمان الغرامة ليقال بأنَّ المشتري كان له الاقدام ومع ذلك لا ضمان عليه، فضمن البائع بنحو ضمان الغرامة مؤكِّد لتأثير الاقدام العقدي أثره حدوداً وبقاءً، وعلى أي حال لم يتخلف الاقدام العقدي ما دام الموضوع عن الأثر المترقَّب منه، وهو ضمان المعاوضة، فزوال الموضوع شرعاً ليس من تخلف الضمان عن الاقدام، كما أنَّ عدم ضمان الغرامة لا ينافي الاقدام العقدي المؤثر في ضمان المعاوضة المترقَّب منه، فتدبر جيداً.

١٨٧- قوله ﷺ: (كما إذا قال بعتك بلا ثمن... الخ)^(١).

في الفرع قولان: قول بالضمان وهو نقض على الاقدام الذي هو مدرك القاعدة، وقول بعدم الضمان وهو نقض على نفس القاعدة، حيث إن صحيح البيع يقتضي الضمان، فلا بد من أن يكون فاسده كذلك.

وتحقيق الحال فيه: أن البيع بلا ثمن يتصور على وجوه ثلاثة:

أحدها: أن يقصد حقيقة البيع جداً من دون عوض.

ثانيها: أن يقصد حقيقة التملك بلا عوض وهي الهبة بلفظ «بعت».

ثالثها: أن يقصد البيع الذي هو تملك بعوض، ويكون قوله «بلا ثمن» بمنزلة اشتراط سقوط الثمن في ظرف ثبوته.

أما الأول فإن أراد من الابتداء إيجاد حقيقة البيع بلا ثمن فهو من باب إرادة المتنافيين، لأن حقيقة البيع وذاته شرعاً وعرفاً متقومة بالعوض وبعدم المجانية، فإيجاده بلا مقومه محال، فلا ينقدح في نفس العاقل الملتفت القصد الجدي إلى إيجاده كذلك.

وإن أراد ابتداء التملك بعوض بقوله «بعت»؛ ثم بدا له بعد قوله «بعت» أن يكون بلا عوض، فهو وإن لم يمنع عن الارادة الأولى لتحققها وتأثيرها في إنشاء الملكية بالعوض، إلا أن الارادة الثانية إن تعلقت بكون ما وقع تملكاً بلا عوض فهو محال، لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

وإن أريد منها ابطال ما أنشأه أولاً وتبديله بالتملك بلا عوض، فهو ابطال للبيع وإيجاد للهبة، فيدخل في القسم الآتي، وعلى أي حال فلا عقد حقيقة حتى يتصف بالصحة والفساد، ليقال إن الاقدام العقدي على عدم الضمان ومع ذلك يقولون بالضمان، أو إن صحيح البيع يقتضي الضمان فكيف يقال في فاسده بعدم الضمان، فلا نقض حينئذٍ لا على القاعدة ولا على مدركها.

وأما ما يقال في دفع الاستحالة بأنه من باب ادعاء ما ليس ببيع بيعاً.

ففيه: أنّ التنزيل والادعاء يصحح استعمال لفظ «بعث» في مفهومه اللغوي بلا تجوّز في الكلمة، لا أنّه يصحح قصد التسبب الجدي إلى حقيقة البيع الذي هو التملك بعوض، بل قاصد لحقيقة الهبة باستعمال مادة «بعث» في مفهومها بتنزيل الهبة منزلة البيع.

وأما الثاني وهو قصد حقيقة الهبة بلفظ «بعث» بلا ثمن، فصحّته وفساده يدور مدار التوسعة والتضييق في مقام الاسباب ولا إقدام على الضمان، ولا ينبغي القول بالضمان من ناحية الملازمة.

وأما الثالث فهو بيع صحيح لا مانع من نفوذ شرطه، واسقاط العوض بالشرط لا ينافي الإقدام العقدي على الضمان المعاوضي، وقد مرّ^(١) سابقاً أنّ ثبوت الضمان بالشرط وسقوطه بالشرط لا دخل لهما بالملازمة بين الصحيح والفساد في الضمان وعدمه.

وأما ما عن بعض الأجلّة في مقام الجواب عن النقض، بأنّ الإقدام على عدم الضمان إنّما هو على تقدير حصول التملك البيعي لا مطلقاً، فالحيثية تقييدية لا تعليلية.

ففيه: - بعد الغض عن معقوليته كما تقدم^(٢) - أنّ الغرض من تحيُّث الإقدام بهذه الحيثية إن كان مجرد انتفاء الإقدام على المجانية بانتفاء الحيثية، فينتفي الإقدام المجاني المانع عن تأثير مقتضيات الضمان أثرها، فهو وإن كان وجيباً إلاّ أنّه لا ربط له بدفع النقض، فإنّ الكلام في استناد الضمان إلى الإقدام عليه، وعدمه إلى الإقدام على عدمه، فالالتزام بالضمان لوجه آخر أجنبي عما نحن فيه.

وإنّ كان الغرض أنّ انتفاء الإقدام على عدم الضمان بانتفاء الحيثية التقييدية يوجب ثبوت الإقدام على الضمان، فلم يتخلّف الضمان عن الإقدام.

ففيه: أنّ غاية ما يقتضيه التقييد انتفاء الإقدام بانتفاء قيده لا ثبوت ضده، ولو

(١) تعلية ١٨١

(٢) تعلية ١٨٦

فرض أنه لو علم عدم حصوله لكان مُقَدِّماً على الضمان، فهو من باب الاقدام التقديري ونتيجته الضمان التقديري لا الضمان التحقيقي.

١٨٨ - قوله ﷺ: (إلا أن مورده مختص بالأعيان فلا يشمل المنافع... الخ) (١).

وجه الاختصاص أمران:

أحدهما: ما أفاده ﷺ في ما سيأتي (٢) في الأمر الثالث من عدم صدق الأخذ بالاضافة إلى المنافع، والظاهر إرادة عدم صدق الأخذ باليد بالنسبة إليها، وإلا فالأخذ لا اختصاص له بالأعيان، بل ينسب إلى الأمور المعنوية كأخذ العهد والميثاق ونحوهما، فضلاً عن المنافع المتحققة في الخارج، ولو اقتصرنا على ما يقتضيه ظاهر الأخذ باليد بدوياً على القبض الخاص بالجراحة الخاصة لخرجت جملة من الأعيان عن مورد الخبر أيضاً كالدار والعقار وأشباههما، لأنها لا تؤخذ باليد، فلا مناص من جعل الأخذ باليد كناية عن الاستيلاء على الشيء لأنه لازم غالباً للأخذ باليد، كما أن بسط اليد كناية عن الجود، وقبض اليد كناية عن البخل وأمثال هذه الكنايات كثيرة جداً.

نعم المنافع المستوفاة حيث إنَّها موجودة في الخارج فالاستيلاء عليها بنفسها ممَّا لا شبهة فيه، وأمَّا المنافع الفائتة فحيث إنَّها غير موجودة بالفعل بل بالقوة، فصدق الاستيلاء عليها مشكل؛ لما ذكرنا - في اوائل (٣) التعليقة - أنَّ المنافع حيثيات قائمة بالعين لا كقيام الأعراض بموضوعاتها، بل كقيام المقبول بوجود القابل، فإنَّ وجود المقبول وجود بالقوة؛ فوجوده عرضي يتبع وجود القابل، فحيثية سكنى الدار القائمة بها فعليتها بفعلية مضائفها في طرف الساكن، والمتضائفان متكافئان في القوة والفعلية؛ فلا استيلاء حقيقة إلا على الدار، وحيث إنَّ وجودها بالفعل وجود تلك الحيثية القابلة للوجود بالقوة فينسب الاستيلاء إلى المنافع بالعرض، وحينئذٍ فلا

(١) كتاب المكاسب: ١٠٣ سطر ٢.

(٢) كتاب المكاسب ١٠٤ سطر ٣٥.

(٣) اشار اليه في تعليقة ٥، وبحثه في كتاب الاجارة ص ٤.

ضمان بالفعل إلا بالإضافة إلى ما عليه الاستيلاء بالفعل وهي العين، وعليه فإذا لم تكن العين مضمونة لا استيلاء مضمّن، ولو بنحو الوساطة في العروض.

ويمكن أن يقال: إن المنافع الغير المتحققة في الخارج على قسمين:

فتارة يقدر وجودها عرفاً فتملك كما في الاجارة، فكما أن تقدير وجودها مصحح لتمليكها وتملكها فكذا للاستيلاء عليها عرفاً، فلا منافاة بين عدم الاستيلاء عليها بالدقة العقلية وصدق الاستيلاء عليها بالنظر العرفي الذي عليه المدار هنا، وكما في الأجير والعبد والدابة فإن منافعها مقدرة الوجود عرفاً، وكما في الحرّ المعدّ لشغل خاص فإن منفعة مقدرة الوجود فيضمنها لو استولى عليها بالاستيلاء عليه خارجاً، فإن الاستيلاء عليه واسطة في ثبوت الاستيلاء على منفعه عرفاً لا واسطة في العروض، فعدم ضمان الحرّ لا ينافي ضمان عمله المقدر المستولى عليه عرفاً، بخلاف ما إذا كان واسطة في العروض فإنه لا ضمان لما بالذات حتى يصح نسبته إلى ما بالعرض.

وأخرى لا تقدر موجودة كما في الحرّ الغير المعدّ لشغل، فإنه لا موجب للتقدير فلا يضمن منفعه لو حبسه.

فانيهما؛ ما يتوجه في النظر القاصر من عدم صدق التأدية في المنافع مطلقاً، فإن ظاهر قوله (حتى تؤدّي) كون عهدة المأخوذ مغيية باداء نفس المأخوذ، والمنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حد ذاتها، لا العين التي لها أداء في حد ذاتها وإن عرضها الامتناع إبتداءً أو بقاءً.

ومنه يعلم أن جعل الغاية محددة للموضوع حتى يكون دليلاً على ضمان المأخوذ الغير المؤدّي لا يجدي شيئاً، فإن الظاهر منه أيضاً ما كان من شأنه أن يؤدّي بعد أخذه لا بنحو السالبة بانتفاء الموضوع.

كما أن فرض اتحاد الموجود التدريجي من المنفعة، فيصدق الأخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد والاداء بأداء طرفه الآخر لا يكاد يفيد شيئاً، لأن المراد ضمان الفائت أو المستوفى، فأداء ما لم يفت ولم يستوف غير مجدٍ في ارتفاع ضمان

المأخوذ باستيفائه أو بالاستيلاء عليه مع فواته، بل يفيد ضد المقصود؛ لأن المراد اثبات ضمان المنافع المستوفاة والفائتة لا عدمه بأداء طرفها.

فإن قلت: إذا أخذت العين فقد دخلت في العهدة بجميع شؤونها؛ وهي حيثية شخصها وحيثية طبيعتها التي لها أفراد مماثلة وحيثية ماليتها، وأدائها بجميع شؤونها بأداء نفسها الواحدة لجميع شؤونها وإذا تلفت فقد امتنع الخروج عن عهدة تشخصها، وأما عهدة طبيعتها وعهدة ماليتها فيمكن الخروج عنها؛ فيجب أداء مثلها فإنه أداء لطبيعتها ولماليتها، وإذا لم يكن لها مثل أو تعذر مثلها فقد امتنع الخروج عن عهدة طبيعتها، وبقي إمكان الخروج عن عهدة ماليتها فيجب بأداء قيمتها.

فللعين مراتب من العهدة وبحسبها مراتب من الاداء، وامتناع بعض المراتب لا يوجب سقوط المراتب الممكنة، ولا عدم كون العين ممالة الاداء بامتناع أداء بعض مراتبها، وكذلك المنفعة إذا دخلت في العهدة فقد دخلت بجميع شؤونها، وامتناع أداء تشخصها - لكونها تدريجية غير قارة - لا يوجب امتناع أداء سائر المراتب، ولا كونها بقول مطلق ممالا لأداء لها حتى لا يعمها الخبر، لكونه معيى بأداء المأخوذ.

قلت: نعم إذا دخلت العين في العهدة فقد دخلت بجميع شؤونها في العهدة، إلا أن شؤونها متقومة بها، فتلك الحصاة من الطبيعي المتقررة في مرتبة ذاتها غير الحصاة الأخرى المتقررة في فرد آخر مماثل لها، وتلك الحصاة من صفة المالية القائمة بها غير الحصاة الأخرى من طبيعي تلك الصفة القائمة بفرد آخر، ضرورة أن الطبيعي من كل معنى موجوداً بوجودات متعددة، فإذا تلفت فقد تلفت بجميع شؤونها وحيثياتها، ومن أحكام عهدة العين التالفة شرعاً وعرفاً أداء بدلها بطبيعتها المماثلة وبماليتها أو بالأخيرة فقط، لا أن أداء المثل والقيمة أداء نفس ما دخل في العهدة.

وعليه فلا بد أولاً من شمول الخبر للمأخوذ المغيى بأداء نفسه ثم ترتيب أحكامه عليه من أداء مثله أو قيمته، فالعين حيث إنها في نفسها قابل للاداء بنفسها أمكن شمول الخبر لها، والمنافع حيث إنها غير قابلة للاداء بنفسها فلا يعمها الخبر، حتى يتنزل بعد تلفها إلى أداء بدلها.

ثم إنّه عن غير واحد منهم شيخنا الأستاذ في تعليقه^(١) المباركة تسليم اختصاص دليل اليد بالأعيان مع ضمان منافعها، نظراً إلى أنّ من أحكام ضمان العين ضمان منافعها، فلا حاجة إلى إثبات عموم على اليد للمنافع، وهو كلام وجيه في ضمان منافع الأعيان المضمونة، وسيجيء إن شاء الله تعالى الكلام فيه في الأمر الثالث^(٢) مفصلاً. والكلام هنا في ضمان المنافع مستقلاً ولو لم تكن العين مضمونة كما هو مفاد قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده في مثل الاجارة، حيث لا يضمن بصحيحها إلا المنافع دون العين فكذا في فاسدها، ولا يعقل أن يكون ضمان المنافع من حيث التبعية ل ضمان العين مدركاً لهذه القاعدة في مثل الاجارة الصحيحة والفسادة.

١٨٩ - قوله ﷺ: (وإنه لا يحل مال المسلم إلا عن طيب نفسه... الخ)^(٣).

توضيحه: أنّ الحلية إذا كانت تكليفية فلا بد من التقييد بأنّه لا يحل مال المسلم بلا عوض إلا عن طيب نفسه حتى يفيد الضمان، وإلا فمع عدم التقييد لا يفيد إلا حرمة التصرف فيه بدون رضاه، كما هو مفاد لا يجوز التصرف لأحد في مال غيره بغير إذنه، ويؤمى إلى لحاظ هذا التقييد في مقام الاستدلال ما سيجيء منه ﷺ إن شاء الله تعالى في الأمر الثالث حيث قال: (وأما احترام مال المسلم فإتما يقتضي عدم حلّ التصرف فيه وإتلافه بلا عوض... الخ)^(٤).

وفيه أولاً: أنّه لا شاهد على هذا التقييد.

وثانياً: أنّ الحلية التكليفية مرتبطة بالتصرف في العين، والعوض المرتبط بحلّ التصرف هو العوض المسمّى، وإلا فالعوض الواقعي للعين النالفة لا للعين الموجودة، فمفاد الخبر بعد التقييد أنّه لا يجوز التصرف بلا عوض تراضياً عليه،

(١) حاشية الأخوند: ٣١.

(٢) تعليقة ٢١٤.

(٣) كتاب المكاسب: ١٠٣ سطر ٣.

(٤) كتاب المكاسب ١٠٥ سطر ١.

ويجوز بلا عوض إذا رضي المالك بالتصرف فيه بلا عوض، وأين ذلك من الضمان؟! وعدم سلامة العوض المسمّى لا يوجب إلّا انتفاء الرضا واقعاً الموجب لانتفاء الحلية؛ هذا مع إصلاح العبارة بعد التقييد، وإلّا فقوله: (لا يحل مال المسلم بلا عوض إلّا عن طيب نفسه) يقتضي أنّ التدارك بالعوض موجب لحلية التصرف رضي به أم لا، مع أنّه ليس كذلك قطعاً، لتقييد الحلية بالرضا سواء كان بعوض أو بغير عوض، هذا كله بناء على إرادة الحلية التكليفية.

وإذا كانت الحلية وضعية فتقريبها: أنّ الحلال ما لا تبعه له وغيره ما له تبعه، فإذا نسبت الحلية إلى الفعل كان معناها عدم العقوبة على الفعل، وفي قبالتها الفعل الذي لا يحل فإنّه ما له تبعه وعقوبة، وإذا نسبت إلى المال فالحلال من المال ما لا تبعه ولا خسارة من قبله، وفي قبالة ما لا يحلّ من المال أي ما له تبعه وخسارة، فمعنى (لا يحلّ مال المسلم... الخ)^(١) أنّه له تبعه وخسارة إلّا إذا رضي المالك بعدم تبعته وعدم خسارته، وحينئذٍ فلا يحتاج إلى التقييد بعدم العوض، بل نفس كونه ذا تبعه الذي هو معنى عدم حلّيته دليل على كونه ذا عوض.

وهذا التقريب أولى من جعل عدم حلّ المال عدم تخليص ذمّته، وعدم حلّ قيد المال عن رقبته، فإنّه كأنّه مبني على توهم كون الحلّ من الحلّ في قبالة الشدّ مع أنّنا قد بيّنا ما فيه في أوائل المعاطاة^(٢).

هذا وفيه: أنّه خلاف الظاهر؛ بل الظاهر أنّ مساقه مساق لا يجوز لأحد التصرف في مال غيره بغير إذنه، مع أنّه لا معنى لتقييد الحلية بهذا المعنى بطيب النفس إذ التبعة الفعلية والخسارة الفعلية للمال بعد تلفه.

فإنّ أريد رضاه ببراءة ذمّته وسقوط تبعته بعد ثبوته فهو غير منافٍ لثبوت الضمان، فإنّه إبراء مؤكّد لثبوته، فلا يكون الخبر متكفلاً لثبوت الضمان إلّا مع التراضي على عدم العوض، بل متكفل لحصول الإبراء من الضمان الثابت بالرضا بالبراءة.

(١) عوالي اللآلي ١: ١١٣ حديث ٣٠٩ وفيه (لا يحل مال امرئ مسلم...).

(٢) تعليقة ٥٨.

وإن أريد رضاه بالتصرف مجاناً حتى يمنع عن ثبوت الضمان أو التبعة، فالمفروض نسبة الحل إلى نفس المال، لا إلى التصرف فيه حتى يكون الاستثناء ناظراً إلى تقسيم التصرف إلى التصرف الصادر عن الرضا والصادر عن عدم الرضا. وإن أريد رضاه بعدم التبعة بأن يرجع إلى عدم الحكم شرعاً لا إلى موضوع لا حكم له شرعاً فهو غير مؤثر قطعاً، مضافاً إلى أن ظاهر قوله (إلا عن طيب نفسه) - حيث أتى بحرف المجاوزة صدور شيء عن رضاه لا مجرد الرضا بشيء، فيكون ظاهراً في حلية التصرف الصادر عن الرضا.

١٩٠ - قوله ﷺ: (وإن حرمة ماله كحرمة دمه... الخ) (١).

تقريب اقتضاء احترام ماله للضمان بوجهين:

أحدهما: أن معنى احترام ماله عدم جواز مزاحمته فيه بالأخذ منه قهراً عليه، في قبال الكافر الذي لا ذمة له فإنه يجوز مزاحمته بأخذه منه قهراً عليه، وهذا وإن اقتضى حرمة المزاحمة ما دامت العين موجودة فلا يفيد إلا الحكم التكليفي دون الضمان، إلا أن المزاحمة حدوداً وبقاءً محرمة، وعدمه تدارك العين بعد اتلافها إبقاءً للمزاحمة فيحرم، فلا بد من رفعها بدفع البدل حتى ترتفع المزاحمة، هذا ملخص ما أفاده بعض أجلة العصر.

وفيه: أن حقيقة المزاحمة في ماله لا تعقل إلا في المال الموجود، ولا تعقل في المعدوم حدوداً وبقاءً، فلا معنى لبقاء المزاحمة بعد تلف المال، فلا مزاحمة حينئذٍ حتى يجب رفعها ليكون عدمه إبقاءً لها، نعم لو كان البدل ثابتاً في ذمته لأمكن تصوّر مزاحمة مالكة بعدم تمكينه من التصرف فيه، إلا أن الكلام في إثبات البدل للعين بحرمة المزاحمة، فكيف تكون محققة لموضوعها. مضافاً إلى أن أخذ المال من صاحبه قهراً عليه هو مناط المزاحمة لا عدم تداركه، ولذا لا يجوز التصرف في العين بدفع البدل ابتداءً.

ثانيهما: أنَّ احترام المال عدم جعله مجاناً وهدراً، فلما لكَه حيثيتان من الاحترام، حيثية احترام سلطانه على المال بعدم مزاحمته في سلطانه بالتصرف في المال بدون رضاه الراجع إلى تسليط المالك إياه على المال، وحيثية احترام نفس المال بالمعاملة معه معاملة ماله مالية، فعدم تدارك ماليته معناه المعاملة معه معاملة الهدر ولا مالية له، فرعاية ماليته تداركه باستيفائه واتلافه، ورعاية مالكية صاحبه وسلطانه بأن لا يتصرف فيه بدون إذنه.

ويمكن أن يورد عليه:

أولاً: أنه لا دليل على لزوم الاحترام بهذا المعنى الراجع إلى تدارك المال، فإنَّ قوله ﷺ (وحرمة ماله كحرمة دمه) لم يعلم منه لزوم احترام المال من حيث عدم كونهما هدراً لا عوض له ولا دية له، بل لعله مجرد الحرمة من حيث حرمة التصرف في الأول وحرمة اراقته في الثاني، كما يشهد له سياق الخبر، وهو هكذا عن الصدوق ﷺ قال (قال رسول الله ﷺ: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه من معصية الله، وحرمة ماله كحرمة دمه)^(١) فإنَّ الظاهر أنَّ الأثر المرتب على التعرض لقتاله هو المرتب على التصرف في ماله، وهو شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر، لأنَّ دمه يوجب القصاص والدية ولا يذهب هدراً فكذا ماله.

بل يمكن أن يقال: إنَّ الحرمة في قبال الجَلِّ - بمعنى أنَّ ماله حرام كما أنَّ دمه حرام - فيساق قوله ﷺ (لا يحلُّ مال امرء مسلم... الخ)^(٢).

وثانياً: أنَّ الظاهر أنَّ احترام المال ليس لحيثية ماليته القائمة بذات المال المقتضية لتداركه وعدم ذهابه هدراً، بل لحيثية إضافته بإضافة الملكية إلى المسلم، نظراً إلى أنَّ الحكم المرتب على المتحيث بحيثية ظاهره كون الحيثية تقييدية لا تعليلية، فيكون الاحترام بلحاظ رعاية مالكية المسلم وسلطانه على ذات المال، ورعاية مالكيته وسلطانه لا يقتضي إلاَّ عدم التصرف فيه بدون رضاه لا تدارك ماليته، فإنَّه

(١) وسائل الشيعة باب ١٥٢ من ابواب احكام العشرة ح ٩، وفيها (سباب المسلم فسوق... الخ).

(٢) عوالي اللآلي ١: ١١٣ حديث ٣٠٩.

راجع إلى حيثية ماليته لا حيثية ملكيته للمسلم، ولذا لا يكون التسليط على المال مجاناً هتكالاً لحرمة المال، ولو كان حيثية الاحترام راجعة إلى المالية لكان بذله مجاناً من صاحبه هتكالاً لحرمته، غاية الأمر أنه هتك جائز مع أنه ليس كذلك قطعاً، ومنه يستكشف أن حيثية الاحترام راجعة إلى مالكية المسلم، والتصرف بإذنه عين رعاية سلطانه، فإنه تسلط بتسليطه.

لا يقال: احترام إضافة الملكية لا يقتضي أخذ عنوان المال، بل كل مملوك كذلك وإن لم يكن مالاً، فهو كاشف عن أن الرعاية لحيثية المالية.

لأننا نقول: حيث إن الغالب أن المضاف بإضافة الملكية مال، فلذا أخذ عنوانه في الموضوع كما أخذ في ما يتمحض في الحكم التكليفي في قوله ﴿لا يجوز أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه﴾^(١).

وثالثاً: سلمنا كل ذلك إلا أن الظاهر من إضافة المال إلى المسلم هنا وإلى الغير - في من أتلف مال الغير - ما كان مضافاً إليه بإضافة الملكية أو الحقيقة، وأما عمل الحر فلا إضافة إليه إلا إضافة العرض بموضوعه، وسلطانه على إجارة نفسه لا يقتضي مملوكية العمل له، بل كسلطانه على تملك الكلي، فإنه غير مالك للكلي ومع ذلك يجوز بيعه، فجواز البيع والاجارة لا يستدعي ملكية المبيع والمستأجر عليه، وعليه فعمل الحر خارج عن مورد الأدلة وقد مضى الكلام فيه في أوائل التعليقة فراجع^(٢).
ورابعاً: سلمنا دلالة قاعدة الاحترام ولا يحل على الضمان، لكنه بالنسبة إلى المنافع المستوفاة والأعمال المستوفاة أو ما هي كالمستوفاة، بخلاف المنافع الغير المستوفاة.

والاعمال الصادرة من الأجير بمباشرة من دون تسبب من المُستأجر ولو بأمره المُحقق خارجاً لعمله، فإنها لا مساس لها بالمُستأجر حتى يكون احترامها مقتضياً للتدراكها، إذ ليست قضية احترام مال المسلم وعمله وعدم جِلّ التصرف فيه بلا

(١) وسائل الشيعة باب ١ من ابواب المصباح ٤ وفيه (لايجل لاحد...الخ).

(٢) تعليقة ٥.

عوض أن يضمن من هو كالأجنبي عنه - من حيث عدم ارتباطه به، ومجرد ارتفاعه بعمله لا يوجب الضمان -، بل المباشر بتوهم وجوب الوفاء هتَكَ حرمة ماله ببذله الذي لا يستحق من قبله شيئاً، وإن كان بتوهم الاستحقاق فهو وإن لم يهتك حرمة ماله لأنه أقدم على بذله بالبدل لا مجاناً، إلا أنه ليس على الغير حفظ احترامه إلا إذا كان له مساس به، فبذله لمن ليس له مساس به ولا حكم من الشارع باستحقاق العوض له هتَكَ له من هذه الحيثية.

ومن الواضح أن علم المُستأجر بالفساد لا يصحح الإسناد، بل هو كغيره ممن له علم بفساد المعاملة، بل ولو وجب عليه الاعلام، فإنّ الاعلام رافع لما أدخله على نفسه من الضرر، لا أنّ عدمه يصحح إسناد الضرر والهتك إليه.

مضافاً إلى وضوح عدم التصرف من المُستأجر في المال من العمل المُحقّق بلا أمر منه، والمنفعة التي لم يستوفها ولم يفوتها حتى لا يحلّ بلا عوض.

١٩١ - قوله ﷺ: (مضافاً إلى أدلة نفي الضرر... الخ) (١).

بيانه: أن المنفي بقاعدة نفي الضرر تارة هو الحكم الضرري كما عليه المصنّف ﷺ، فإذا قلنا بشمولها للأحكام العدمية نظراً إلى أن عدم الوجوب وعدم الحرمة ونحوهما تارة يُراد عدمهما الواقعي فهو غير مجعول، وأخرى يُراد إنشاء عدم الوجوب بقوله «لا يجب»، وإنشاء عدم الحرمة بقوله «لا يحرم» ومرجعه إلى إبقاء العدم على حاله إنشاءً وتسيبياً، فهو أمر مجعول وليس مرجعه إلى الإخبار بعدمه الواقعي كما توهم، فحينئذ يكون عدم الضمان قابلاً لأن يكون مجعولاً؛ فيكون قابلاً لشمول قاعدة نفي الضرر.

وأخرى يكون المنفي هو الحكم بنفي موضوعه الضرري كما هو التحقيق، فلا بد من أن يكون هناك موضوع ضرري ممن يراد تضمينه حتى يرتفع حكمه، فاستيفائه للمنفعة مجاناً ضرري، وتفويته منافع العين المملوكة للغير بامسك العين ضرري،

فيرتفع حكمه ولازمه الضمان، بخلاف الأعمال الصادرة من الغير من دون تسيب أو المنافع الفائتة من دون امسك، فإنه ليس هناك موضوع ضرري ممن يراد تضمينه حتى يرتفع حكمه.

بل نقول: نفي الحكم الضرري أيضاً لا يقتضي الضمان إلا إذا كان للمضمون مساس بالضامن، فالمنافع الفائتة بلا استيفاء ولا تفويت - وإن كان ذهابها مجاناً ضرراً على مالكيها - إلا أن لزوم تداركها على من لا مساس له بها أيضاً بلا موجب، لأن نسبتها إليه وإلى غيره على حد سواء، ومجرد انتفاع الشخص بها أحياناً لا يوجب تضمينه، وإلا لزم القول به ولو لم يكن هناك عقد واقدام أيضاً.

بل نقول: إن فوات المنافع بقبض العين ليس مستنداً إلى امسك المستأجر، بل إلى تخلية المؤجر بين العين والمستأجر سواء تعقبها امسك أو لا، فالتخلية هي المفتوة للمنافع على مالكيها لا الامسك حتى يكون ضرراً فيرتفع حكمه.

بل نقول: إن المؤجر إذا كان جاهلاً بالفساد فالمانع عن استيفاء منفعته توهم وجوب الوفاء عليه دون تخليته أيضاً، نعم في صورة علمه بالفساد كانت نفس تخليته وتمكين المستأجر من العين مفتوتاً لمنفعته عليه، وامسك المستأجر كالحجر بجنب الانسان وجوده كعدمه على أي حال ولو كان المستأجر عالماً بالفساد، إلا إذا كان المؤجر عالماً بالفساد وكان عرفاً ملزماً بأداء العين لاستيفاء منافعها منها، فحينئذ يكون امسك المستأجر مانعاً من استخراج المنافع من العدم إلى الوجود.

١٩٢ - قوله ﷺ: (لأنه ليس كالمستوفى له... الخ)^(١).

مناطق الاستيفاء استخراج المنافع من القوة إلى الفعلية بنفسه، ومناطق ما هو كالاتيفاء وصول نفع ما عقد عليه إليه، كما أن مناطق الاتلاف اعدام الموجود، ومناطق ما هو كالاتلاف - وهو التفويت - المنع من الوجود كالاتلاف المانع عن انتفاع المالك، ومن الواضح أن سبق السابق لا يعود نفعه إلى غيره ممن يجب عليه أداء

العوض حتى يكون كالاستيفاء.

بل ربّما يشكل دخول المسابقة في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، إذ لا مالبة للعمل بحيث يتدارك بالعوض في الصحيح حتى يتدارك في الفاسد. ويندفع: بأنّ مورد القاعدة هي المعاوضة وكون العوض عوضاً عن السبق ممّا لا ريب فيه، غاية الأمر أنّ بذل العوض لعمل تارة بلحاظ ماليته، وأخرى بلحاظ غرض عقلائي أو شرعي ترتب على العمل المبذول بإزائه شيء، ولا مخصص للقاعدة بما إذا كان الداعي إلى التعويض مالبة المعوّض، بل مجرد كونه مضموناً بالعوض لأي غرض كان، كما أنّك قد عرفت سابقاً^(١) أنّ مجرد وصول النفع من دون أن يكون إستيفاء من الشخص لا يوجب الضمان، فلا فرق بين العمل الواصل نفعه إلى من يراد تضمينه والعمل الذي لا يصل نفعه إليه من حيث عدم المقتضي للضمان، وسيجيء^(٢) بعض الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

١٩٣ - قوله ﷺ: (ثمّ إنّه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان... الخ)^(٣).

لا يذهب عليك أنّ مورد الكلام ما إذا كان عقد فاسد عمل على طبقه، فدعوى الاذن الخارجي والتقرير في صورة العلم بالفساد خارجة عن محل الكلام، فإنّه ربّما يكون وربّما لا يكون؛ واللازم ملاحظة ما يقتضيه العقد والعمل به خارجاً، فالموجود دائماً هو الإذن العقدي والاقدم العقدي، فمن يقول بعدم الضمان مع وجود مقتضيه من استيفاء أو يد واستيلاء مثلاً لا بد له من دعوى المسقط للضمان، إمّا بسبب الإذن العقدي أو بسبب القبض الصادر عن الرضا.

أمّا الاذن العقدي فلا يكاد يجدي لأنّ معناه صدور التملك عن الرضا بنحو دلالة المعلول على العلة، حيث لا اكراه ولا اجبار من أحد، والرضا بحصول الملكية بعد عدم حصولها لا مساس له بالتصرف وقبض العين حتى يرفع الضمان المتحقق

(١) تعليقة ١٨٨ قوله (نعم المنافع المستوفاة...).

(٢) في حكم المنافع المستوفاة.

(٣) كتاب المكاسب: ١٠٣ سطر ١١.

بالاستيفاء أو بالاستيلاء.

وأما الاقباض الصادر عن الرضا فهو بعنوان الجري على ما يقتضيه العقد شرعاً إذا كان جاهلاً بالفساد، أو تشريعاً إذا كان عالماً بالفساد، ومن الواضح أنّ التسليط الخارجي إذا كان بعنوان أنه ماله وملكه شرعاً أو تشريعاً لا يفيد الاذن في التصرف فيه على أي تقدير.

والفرق بينه وبين المعاطاة - المفيدة للإذن في التصرف والمسقطه للضمان - أنّ الاقباض في المعاطاة ابتدائي لا مرتب على أمر غير حاصل، فالمتعاطي بتسليطه خارجاً وإثبات يد الآخر على ماله عن رضاه بقصد حصول الملك شرعاً أو تشريعاً، فعدم تأثيره في الملك لا يوجب عدم صدور التسليط عن رضاه، لأنه غير مرتب على الملك بل الملك مرتب عليه، فلا معنى لأن يتقيد به الرضا.

فإن قلت: كما أنّ علم المشتري بالغصب يوجب أن يكون تسليطه خارجاً للغاصب على ماله عن رضاه مفيداً للإذن في التصرف ومانعاً عن الضمان، فليكن العلم بالفساد هنا مفيداً للإذن ومسقطاً للضمان، لعدم الفرق بينهما في العلم بالفساد.

قلت: سيجيء^(١) إن شاء الله تعالى أنّ تملك الغاصب بعنوان المعاوضة الحقيقية غير معقول، وعلى فرض معقوليته بتملك عنوان المالك، وإدعاء أنّ الغاصب هو المالك، فبين الاقباض هنا وهناك فرق، فإنّ اقباض الشخص هنا جرياً على تشريعه معقول، بخلاف اقباض عنوان المالك فإنه غير معقول، فإنّ الاقباض ليس كالتملك إعتبارياً يعقل تعلّقه بالعنوان، بل خارجي يتعلّق بذات القابض، وليس من مقتضيات الجعل والبناء التسليم إلّا إلى المالك الحقيقي أو المالك العنواني، والأول غير متحقّق، والثاني غير معقول، فهذا الاقباض الصادر عن الرضا المتعلّق بذات الغاصب لا بعنوانه يفيد جواز التصرف له، وينافي تضمينه هذا بحسب طبع المسألة، وإلّا فربّما يتعكس المسألان كما إذا لم يتمكن المشتري لعقده مع الغاصب من عدم تسليم المال إليه عرفاً لعدم علم أهل العرف بكونه غاصباً، فلا يكشف تسليطه عن

رضاه، وكما إذا تمكن العاقد هنا من عدم تسليم المال إلى الآخر عرفاً فإن تسليمه يكشف عن رضاه، فتأمل.

قاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

١٩٤ - قوله ﷺ: (ومورد العقد في الاجارة المنفعة... الخ)^(١).

لأن حقيقتها تملك المنفعة فهي مضمونة بالضمان المعاوضي في الصحيح، فتكون مضمونة بضمان الغرامة في الفاسد، والعين حيث إنها أجنبية عن مورد عقد الاجارة فالاجارة بالاضافة إلى ضمانها لا اقتضاء، فتخرج عن مورد القاعدة، وضمانها في الفاسد على القول به بسبب آخر غير الملازمة بين الصحيح والفاسد، وليس المراد من القاعدة في طرف السلب إلا عدم الضمان من ناحية العقد.

وعن شيخنا الأستاذ^(٢) في تعليقه الأنيقة أن العين هي مورد العقد بناء على ما هو التحقيق عنده وعندنا من أن مفهوم الاجارة يتعلق بالعين، وهو جعل العين في الكراء أو جعل نفسه بالأجرة ولا يتعدى إلا بالعين، وملك المنفعة لازماً الغالبية، والآ فرتما يقتضي ملك العين كاجارة الشاة للبتها والمرضعة للبتها والشجرة لثمرتها والبئر لمائها وهكذا، بل ذكر أن الاجارة إذا كانت بمفهومها تملك المنفعة فمورد هذا المفهوم الخاص العين، فإنها تملك منفعة العين.

قلت أولاً: أن العين وإن كانت مورداً بأي نظر كان إلا أن الموردية ليست ملاكاً للتسوية بين الصحيح والفاسد، لأن المضمون بعقد الاجارة بضمان المعاوضة في الصحيح هي المنفعة، فإن الأجرة والكراء بإزائها لا بإزاء نفس العين، والاشكال من ناحية عدم مضمونية العين في الاجارة الصحيحة بضمان المعاوضة، لا من ناحية عدم موردية العين لمفهوم الاجارة، فموردية العين لمفهوم الاجارة لا يوجب التسوية بين الصحيح والفاسد في الضمان حتى يندفع البعض.

(١) كتاب المكاسب: ١٠٣ سطر ٢٢.

(٢) حاشية الآخوند: ٣٢.

وثانياً، أن حقيقة الاجارة - وهي جعل الشيء بالأجرة - يستدعي تعلقها حقيقة بالمنفعة، لأنّ الأجرة بإزاء المنفعة والعمل كالثمن بإزاء العين، فمرجع جعل العين في الكراء جعلها بلحاظ منفعتها في الكراء، لأنّ الكراء عوض المنفعة لا عوض العين، والأجرة وإن كانت للعامل إلا أنّها بإزاء العمل لا بإزاء العامل، فالمقابلة في قولهم «اجرتك الدار بكذا» وإن كانت بين الدار والاجرة، إلا أنّ المقابلة بالحقيقة بين المنفعة والاجرة؛ لما مرّ^(١) من أنّ الأجرة عوض المنفعة، كالثمن فإنّه عوض العين، فالمراد الحقيقي في الاجارة نفس المنفعة دون العين.

١٩٥ - قوله ﷺ: (وحيث كانت في صحيح الاجارة أمانة... الخ)^(٢).

لا يخفى عليك أنّ عقد الاجارة إذا كان من حيث ضمان العين لا اقتضاء، وكان الضمان بسبب اليد والاستيلاء على العين، فيقع الكلام في أنّ الاجارة من حيث نفسها أو من حيث مقتضاها رافعة للضمان بسبب اليد أم لا؟.

فنقول: التأمين الحقيقي المالكى استنابة الغير لحفظه المال كما أنّ التأمين الشرعي أيضاً كذلك، فالأول كعقد الوديعة، والثاني كحكم الشارع على الولي بحفظ مال القُصّر، ومن الواضح أنّ كون العين أمانة من قبل المالك أو الشارع مفروض العدم.

نعم هنا معنى آخر بمنزلة التأمين وهو تسليط الغير على ماله برضاه، فالاستيلاء على العين برضا المالك كاستيلاء نفس المالك عرفاً، واليد المأذونة من قبل المالك غير مضمنة في الطريقة العرفية، فكذا لا يعمه على اليد الوارد مورد إمضاء الطريقة العرفية، وأمّا الاذن الشرعي بل الوجوب الشرعي فلا ينافي كون الاستيلاء بلحاظ عدم المأذونية من قبل المالك مضمناً، لدخوله تحت على اليد من دون موجب في الطريقة العرفية لخروجه، كما أنّه لا موجب لتوهم كونه تاميناً شرعاً بمعنى الاستنابة في الحفظ بمجرد الترخيص في التصرف شرعاً.

(١) تعليقة ١٨٨، آخرها.

(٢) كتاب المكاسب : ١٠٣ سطر ٢٣.

فحينئذٍ ينبغي تحقيق القول في أنّ الاجارة بحقيقتها أو بمقتضاها توجب كون الاستيلاء على العين بإذن المالك أم لا؟

أمّا اقتضاها بنفسها فبملاحظة أنّ حقيقة الاجارة إعطاء العين في الكراء، فإذا صدر هذا المعنى عن رضا المالك ونفذ شرعاً، فإثبات يده على العين المأخوذة حيث إنّه برضا المالك المبني على أمر محقق وهو استحقاقه للمنفعة لا يوجب الضمان.

وفيه: أنّ الاعطاء العقدي المقوم لحقيقة الاجارة مع أنّه في الحقيقة اعطاء منفعة العين بالاجرة - كما عرفت وجهه - لا يجدي هنا؛ إذ الاستيلاء المترقب منه الضمان هو الاستيلاء الخارجي عقيب العقد، فلا بد من إثبات أنّ الاستيلاء الواقع عقيب العقد صدر عن الرضا لا الاعطاء المقوم للعقد، وسيجيء الكلام^(١) فيه.

وأمّا كون الاجارة بمقتضاها رافعة للضمان فتقريبه: أنّ الاجارة الموجبة لاستحقاق المستأجر للمنفعة تقتضي تسليم العين وتسليط الغير على العين خارجاً مقدمة لاستيفاء المنفعة، فإذا أقدم على الاجارة المستدعية للتسليط على العين برضاه فقد أقدم على تسليطه على العين برضاه.

وفيه أولاً: أنّ حقيقة الاجارة الموجبة لاستحقاق المنفعة لا تقتضي إلاّ التمكين من استيفاء المنفعة لا التسليط والاستيلاء التام على العين، كما إذا أجر نفسه أو عبده لحمله من مكان إلى مكان، فإنّه لا يقتضي إلاّ جعله متمكناً من استيفاء ما يستحقه، فيكون على ظهره أو على ظهر عبده كالمحتاج المحمول من دون استيلاء، وكذا تمكينه من ركوب الدابة كالمحتاج المحمول عليها، فهنا وإن لم يكن ضمان لعدم الاستيلاء إلاّ أنّ الفرض أنّ الاجارة ليس بطبعتها مقتضية للاستيلاء؛ بل لمجرد التمكين من الاستيفاء، فليس الاقدام عليها برضاه اقداماً على تسليطه برضاه

وثانياً: أنّ استيفاء المنفعة وإن كان أحياناً متوقفاً على الاستيلاء، إلاّ أنّ اقدامه على الاجارة برضاه لا يوجب صدور الاستيلاء والتسليط عن إذنه ورضاه، لامكان اعتقاد

(١) عند قوله بعده (وأمّا كون الاجارة...).

أنه لا يتوقف على التسليط بل على مجرد التمكين، فيظهر خلافه بعد العقد، أو اعتقاد أنه أمين لا بأس بتسليطه على عينه فيظهر خلافه بعد العقد، وحينئذٍ فالتسليط الخارجي بعد العقد يكون من باب اللابدية من الوفاء، فلا يكون مع هذا الاحتمال كاشفاً عن رضاه.

وهذا هو الفارق بين العارية والاجارة، فإن العارية حيث إنَّها جائزة فلا مانع من استشفاف رضاه عن تسليطه بعد العقد، بخلاف الاجارة فإنَّها لازمة؛ ولزومها يمنع عن كشف التسليط بعد العقد عن كون التسليط برضاه لا بسبب وجوب الوفاء وإن كان نادماً، نعم حيث إنَّ الغالب عدم تفاوت حال المؤجر قبل العقد وبعده، فلا مانع من استشفاف رضاه بسبب اقدمه على العقد المقتضي للاستيلاء عن رضاه.

١٩٦ - قوله ﷺ: (والأقوى عدم الضمان، فالقاعدة غير مخصصة... الخ) (١).

لأنَّ اليد مأذونة، واستحقاق التسليم مأخوذ بنحو الداعي - فلا يضر تخلفه - لا بنحو العنوانية، وهذا إنما يصح بعد الكشف عن أصل الاذن والرضا بالاستيلاء على العين، وقد عرفت إمكان استشفافه نوعاً، وأما كون الاستحقاق داعياً لا عنواناً فواضح، بل العقد يدعو إلى التسليط؛ لا أنَّ صحته والاستحقاق به ملحوظ في تسليمه وتسليطه، وإلا لكان في جميع العقود التي لها مساس بالعين كالعارية والوديعة والمضاربة والوكالة في بيع عين أو شراء شيء بالثمن عنواناً، مع أنه لا يقول به القائل بضمن العين المتسأجرة، وإن كان فرق بين الاجارة وغيرها من حيث استشفاف الرضا وعدمه، إلا أنَّ الكلام في تقيده بالاستحقاق بعد استشفافه، وحيث قلنا بعدم الضمان في الصحيح والفاسد فلا نقض؛ حتى يندفع بتخصيص القاعدة تارة وتخصيصها أخرى.

ما أشكل به على إطراد القاعدة

١٩٧- قوله ﷺ: (إِلَّا أَنْ يُقَالَ إِنَّ وَجْهَ ضَمَانِهِ بَعْدَ الْبِنَاءِ... الخ) (١).

وأما مع البناء على أن ه يجب ردّه على مالكة تقدماً لحق الادمي على حقّ الله تعالى، أو مع الفداء جمعاً بين الحقين فلا نقض أصلاً كي يحتاج إلى الدفع، ثم إنّ الوجه في الضمان من حيث وجوب الارسال المعدود اتلافاً، لا من حين الارسال الذي لا كلام فيه ولا في عدم كونه نقضاً، لأنّ صحيح العارية كذلك أيضاً أمور.

منها: أنّ إيجاب الاتلاف في زمان يلزم إيجاب دفع البدل في ذلك الزمان، لأنّ التسبب التشريعي إلى سبب في زمان لا ينفك عن التسبب التشريعي إلى مسببه في ذلك الزمان، لفرض السببية والمسببية نظير ما ذكرنا في مبحث (٢) المعاطاة نقلاً عن شيخنا الأستاذ في بحثه، أن إباحة التصرفات الموقوفة على الملك من أول انعقاد المعاطاة يقتضي اعتبار الملكية من ذلك الحين، لا من حين التصرف؛ لأنّ إباحة الوطىء لغير المالك منافية لحرمة الوطىء على غير المالك، فلا بد من فرض الملك من أول الأمر حتى يكون إباحة الوطىء للمالك لا لغير المالك.

والجواب أولاً: بالفرق بين المقامين فإنه مع عدم الملك من أول الأمر يكون من أبيع له الوطىء في هذا الزمان غير مالك، مع أنه موضوع حرمة الوطىء، بخلاف ما نحن فيه فإنّ موضوع من وجب عليه الاتلاف هو المحرم المستعير، وموضوع من وجب عليه دفع البدل هو المتلف، فالموضوع غير متحد حتى يكون إيجاب الاتلاف مقتضياً لوجوب دفع البدل، وإلّا لم يترتب حكم الاتلاف عليه.

وثانياً: ما مرّ هناك (٣) أنّ إباحة الوطىء للمالك بالوطىء لا تكون منافية لحرمة الوطىء على غير المالك، فلا يقتضي الملك من حال انعقاد المعاطاة وقبل الوطىء فكذا هنا،

(١) كتاب المكاسب : ١٠٣ سطر ٢٧.

(٢) تعلية ٦٠.

(٣) تعلية ٦٠.

فإنَّ ايجاب الاتلاف الموجب للضمان عند تحققه لا ينافي تحقُّق الضمان عند تحقُّق الاتلاف، فلا يقتضي ثبوت الضمان حال ايجاب الاتلاف.

منها: أنَّ ايجاب الارسال يوجب امتناع أداء المال إلى مالكه، والامتناع شرعاً كالامتناع؛ عقلاً فعدم التمكّن من أداء المال إلى مالكه يقتضي دفع بدل الحيلولة بمجرد الامتناع - لوجوب الارسال - لا بعد الارسال.

والجواب: أنَّ عدم التمكّن من أداء المال إلى مالكه لا يوجب دفع بدل الحيلولة إلاّ مع كون العين في عهدة ذي اليد، فإنّه من أحكام العين المضمونة، لا أنّه من المضمنات ابتداءً، وقد عرفت سابقاً^(١) أنَّ يد المستعير يد مأذونة من قبل المالك، وإنَّ كانت العارية فاسدة، فإنَّ المنتفي بانتفاء الصحة هو الاذن العقدي، وأمّا التسليط الخارجي على العين فهو عن الرضا، لا أنّه من باب اللابديّة كال عقود اللازمة حتى لا يكشف عن الرضا.

منها: أنَّ وجوب ارساله يمنع عن دخول العين بشخصيتها في العهدة لامتناع أدائها شرعاً، فأسقط الشارع احترامها من حيث شخصيتها المقتضي لرده إلى مالكه، فاحترامها من حيث ماليتها على حالها، وقد مرّ سابقاً^(٢) أنَّ قاعدة احترام مال المسلم قاعدة برأسها، وهي مقتضية لتدارك المال بما هو مال، ولعلّه إليه يؤوّل ما عن المصنّف العلامة رحمته في المتن^(٣) من أنّه يستقر عليه القيمة لا العين، لا أنَّ وجوب الاتلاف بما هو وجوب سبب الضمان يقتضي الضمان حال الوجوب، فإنَّ الاتلاف مُصنّف لا وجوبه، نعم ايجابه كاشف عن استقرار القيمة قبل التلف والاتلاف، وإنَّ كان بين صدر العبارة وذيلها تنافٍ واضح.

لا يقال: إنَّ ايجاب الشارع لاتلافه كما أنّه اسقاط لاحترام العين من حيث شخصيتها كذلك من حيث ماليتها، فإنَّ تلك الحصة من المالية القائمة بالعين الشخصية تلف

(١) تعليقة ١٩٥.

(٢) تعليقة ١٩٠.

(٣) كتاب المكاسب: ١٠٣ سطر ٢٧.

بتلفها.

لأننا نقول: احترام المال بما هو مال يقتضي تداركه لا عدم اتلافه، فإذا لم يوجب الشارع تداركه وحكم بعدم لزومه كان اسقاطاً لاحترامه منه، فمقتضى وجوب الارسال اتلافه، ومقتضى حرمة مال المسلم كحرمة دمه تداركه من دون منافاة بينهما.

والجواب: أن قاعدة الاحترام بعد تسليمها لا تقتضي إلا التدارك عند الاتلاف أو التلف، لا عند وجوب الاتلاف، وسببية الاتلاف للضمان لا شبهة فيها ولا حاجة فيها إلى قاعدة الاحترام، وسببية التلف - مع أنها إلتزام بالنقض لا دفع له - تندفع بأن إذنه في الانتفاع كما يكفي في صحيح العارية لعدم تداركه عند عروض التلف كذلك في فاسدها، فما هو المخصص لقاعدة الاحترام هناك مخصص لها هنا، مع أن المصنّف رحمته يريد اثبات الضمان قبل التلف والاتلاف لا بسببهما.

منها: أن الأخذ من المعير سبب لوجوب الاتلاف والايجاب سبب تشريعي للاتلاف، فيتحقّق وجوب دفع البديل عند تحقّق أول مقدمة مؤدية إلى التلف، نظير ما ذكره في سقوط الأمر بذوي المقدمة عند ترك أول مقدمة مؤدّ إلى ترك سائر المقدمات المؤدي إلى ترك ذي المقدمة.

والجواب: بعد تسليم النظر وتسلّم السببية للأخذ بالنسبة إلى الوجوب بالفرق بين المقامين من وجهين:

أحدهما: أن ترك المقدمة الأولى سبب لتروك سائر المقدمات وهي سبب لتروك ذبيها، وليس الايجاب سبباً مؤدياً إلى الاتلاف، بل له أن يمسك وله أن يرسل.

وثانيهما: أن الأمر حيث إنّه لجعل الداعي، وبعد ترك المقدمة الأولى بسوء اختياره يمتنع تأثير الأمر في انقذاح الداعي، فيسقط الأمر لا محالة عند ترك المقدمة الأولى، بخلاف الضمان فإنّه على الفرض مسبب عن الاتلاف ولا وجوب لدفع البديل إلا عند تحقّق الاتلاف، فعدم تحقّقه من حين وجود أول مقدمة له بلا مانع، وتحقّقه بلا موجب عقلي ولا شرعي.

منها: أنَّ الأخذ من المعير سبب لوجوب الاتلاف الذي هو بحكم امتناع أداء العين إلى مالكها، فهو سبب لعدم التمكن من أداء العين فيكون مفوتاً، والتفويت كالاتلاف في الضمان.

والجواب: - بعد تسليم السببية - أنَّ التفويت هو إبداء المانع من الوجود، والاتلاف اعدام الموجود، والتفويت بالاضافة إلى العين الموجودة لا معنى له، وبالاضافة إلى أداء العين لا يكون مُصمِّناً لعدم الدليل على مضمونية ما هو سبب لعدم أداء العين خارجاً شرعاً، ومسألة بدل الحيلولة قد مرَّ الكلام^(١) فيها، والتفويت بالاضافة إلى وجوب ردِّ العين إلى مالكها أولاً: لا يوجب الضمان، وثانياً: أنَّ تفويت التكليف الثابت له حكم، وأمَّا إيجاد المانع عن ثبوت التكليف فلا، مع أنَّ ردِّ العين إلى مالكها في موضوع المُحرِّم لا مقتضى له حتى يقال إنَّ تفويت التكليف مع ثبوت مقتضيه ممنوع عنه.

لا يقال: الأخذ وإن كان مأذوناً فيه من قبل المالك إلاَّ أنه بعنوان الانتفاع به، لا بما هو مانع عن ردِّها إلى مالكها، فيده بهذا الاعتبار غير مأذونة فالعين مضمونة. **لأنَّ نقول:** ليس الأخذ المأذون فيه مقيداً بعدم كونه مانعاً عن ردِّ العين بنحو العنوانية، وإن كان بنحو الداعي إنما أعارها لترجع إليه، فالكراهة تقديرية والرضا فعلي، لا أنَّ الرضا تقديري.

مضافاً إلى أنَّ سببية الأخذ لوجوب الارسال لا معنى لها بجميع وجوه العلية، فإنَّ العلة الفاعلية للوجوب هو الشارع، والعلة الغائية له هي المصلحة القائمة بالارسال، فلا معنى لعلية الأخذ إلاَّ شرطيته لوجوب الارسال، وهي وإن كانت معقولة إذا دلَّ الدليل على أنَّه إذا أخذ الصيد يجب عليه إرساله بنحو الوجوب المشروط، فتنتزع الشرطية الشرعية منه، إلاَّ أنه لا دليل على ذلك.

بل المستفاد من الأدلة أنَّ إثبات يد المحرم على الصيد حرام حدوداً وبقاءً، فوجوب الارسال بملاحظة حرمة إثبات يده عليه بقاءً، ومن المعلوم أنَّ حرمة

(١) في هذه التعليقة عند قوله (منها: أن إيجاب الارسال...).

الاثبات بقاء كحرمته حدوثاً، وليس إثبات يده بقاءً معلولاً لإثبات يده عليه حدوثاً، ولا حرمة إثبات يده بقاءً معلولة لنفس إثبات يده عليه حدوثاً، وإن كان البقاء مرتباً طبعاً وقواماً على الحدوث، كما في كل أمر تدريجي له استمرار؛ فلا عليّة بنحو الشرطية أيضاً.

منها: أنّ نفس أخذه اتلاف فيضمن بالأخذ لا بالارسال، بيانه يتوقف على مقدمتين:

أحدهما: أنّ وجوب ارساله كاشف عن خروجه عن ملك مالكة بالأخذ، لتلا يلزم التخصيص في الدليل المقتضي لردّ الملك إلى مالكة، فوجوب ارساله - دون ردّه إلى مالكة بل حرمة ردّه إلى مالكة - كاشف عن خروجه عن ملك مالكة.

ثانيهما: أنّ الاتلاف تارة إعدام ذات المال، وأخرى إعدام المالية كأنّ جعل الخَلّ خمراً، وثالثة إعدام الملكية بأنّ يعمل عملاً يقطع إضافته إلى صاحبه مع بقاء المال بما هو مال.

والاتلاف بمراتبه يوجب الضمان، لأنّ هذا الموضوع الخاص - وهو المال المضاف بإضافة الملكية إلى الغير - رتب على إتلافه الضمان وإتلافه بما هو موضوع خاص يتحقّق باتلاف إضافة الملكية، أو باتلاف حيثة المالية أو بزيادة ذاته الموصوفة بهاتين الحيتين.

وعليه نقول إنّ أخذ المستعير حيث إنّه يوجب خروجه عن ملك مالكة بمقتضى المقدمة الأولى، وإخراجه عن الملك بأخذه اتلاف لمال الغير من حيث اضافته إليه بمقتضى المقدمة الثانية، فلذا يضمن بمجرد أخذه من دون ترقب ارساله، ولا فرق في الاتلاف المضمن بين كونه اختيارياً أو لا، وبين علم المتلف وجهله.

نعم يستثنى صورة علم المالك المعير بكون الأخذ إخراجاً عن ملكه فإنّه اتلاف بإذنه.

والجواب: - بعد تسليم المقدمتين - أنّ الأخذ ليس سبباً للخروج عن الملك، بل مقارن للخروج عن الملك شرعاً، فيكون كما إذا كان أخذ مال الغير بإذنه مصادفاً

لسبب متلف له من رمي رامٍ ونحوه، فليس هو المخرج له عن الملك، بل قارن أخذه وجوب ارساله الكاشف عن عدم اعتبار الشارع للملكية صاحبه له لمصلحة يقتضي اخراجه عن ملك مالكة، وإلا فمجرد المفسدة في كونه تحت يد المحرم لا يقتضي حرمة ردّه إلى مالكة واخراجه عن ملك مالكة؛ وإن كانت المفسدة في إثبات يده عليه والمصلحة المقتضية لاخراجه عن ملك مالكة متلازمتين.

مضافاً إلى ما في المقدمة الأولى لعدم الدليل على خروجه عن ملك مالكة، وكما أنّ عدم وجوب ردّه إلى مالكة خلاف الأصل كذلك خروجه عن ملك مالكة بدون إذنه ورضاه منافٍ لسلطانه على ماله، فلا يتعين الثاني فلا كاشفية لوجوب ارساله عن خروجه عن ملك مالكة، بل لا استبعاد في أن يكون احترام الاحرام مقتضياً لعدم الاصطياد مباشرة وتسبباً احدائاً وابقاءً، فكأن ردّه إلى مالكة ابقاءً للصيد على حاله من كونه صيداً من المحرم تسببياً، والله العالم.

ويشهد لما ذكرنا ما يقال من أنه لو دفعه إلى صاحبه بريء منه ولزمه الفداء لله تعالى، ويشهد له أيضاً أنه لو أمسكه عصباناً حتى صار المحرم مُجلاً لوجب دفعه إلى صاحبه، والالتزام بعوده إلى ملكه بعد زوال ملكه بلا موجب، بل الفرع المذكور بعد هذا الفرع في كتاب العارية من أنه يجوز للمحل أخذ الصيد من المحرم، غاية الأمر أنّ دفعة حرام على المحرم يكشف عن أنّ الصيد وإن كان في يد المحرم قابل للتملك، فكيف بوقوعه في يده يخرج عن ملك مالكة، فيقوى في النظر أن المحرّم على المحرّم هو ابقاء الصيد ولو تسببياً بدفعه إلى الغير كان صاحبه أو لا، فلا منافاة بين حرمة دفعه إلى مالكة وعدم خروجه بحرمة الدفع عن ملكه.

ومن جميع ما ذكرنا اتضح أنه لا دليل على الضمان بمجرد وجوب الارسال، بل بارساله إذا كان اتلافاً عرفياً، واطلاق كلامهم كما قيل وإن كان منزلاً على إرادة الضمان بالارسال لا بوجوبه، إلا أنّ بعض كلماتهم كما عن العلامة رحمته في التذكرة^(١) صريح في أنه يضمن بالتلف قبل الارسال، بل صرح بأنه يضمنه بمجرد امساكه.

١٩٨- قوله ﷺ: (وفيه نظر لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشيء... الخ)^(١).

وعن بعض أجلة المحشئين^(٢) أنّ المنافع وإن لم تكن مقابلة بالمال، إلا أنّها ملحوظة في بذل المال بإزاء العين، وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة. وفيه: أنّ هذا المعنى لا يحقّق ضمانين بالاضافة إلى المنفعة والعين، والاشكال في كون المنافع مضمونة على حدّ ضمان العين في الفاسد، مع أنّها غير مضمونة في الصحيح، نعم ربّما يتصور ضمان العين بنحو تكون متضمناً لضمان المنافع الفائتة في الصحيح والفساد، كما إذا كانت العين لها أمد خاص وعمر مخصوص، فإذا مضى منه شهر مثلاً نقصت قيمة العين؛ فهذا النقص ملحوظ في الصحيح والفساد، فلا فرق حينئذٍ بين القول بضمان العين والمنافع معاً أو ضمان العين تامة، فتدبر.

والحقّ أنّ المنافع في البيع كالعين في الاجارة خارج عن مورد العقد، فالعقد بالاضافة إلى ضمانه وعدمه لا اقتضاء، فعدم كون المنافع غير مضمونة بالعقد لخروجها عن مورد العقد غير عدم كونها مضمونة مع كونها مورداً له، ومع ذلك لم تكن مضمونة به، ومفاد القاعدة السلبية هو الثاني دون الأوّل.

١٩٩- قوله ﷺ: (مع أنّ الحمل غير مضمون في البيع... الخ)^(٣).

هذا إذا لم يكن داخلاً بنحو التبعية للمبيع، وإلا فهو مضمون بالصحيح أيضاً، ثم إنّ التحقيق أنّ الحمل في البيع كالعين في الاجارة خارج عن مورد العقد، بل هو أولى بالخروج منها، لأنّ تسليم المنافع موقوف على تسليم العين مقدّمة لاستيفاء المنافع، بخلاف الحمل فإنّه ملازم للمبيع لا مقدّمة لتسليمه أو لاستيفاء المنفعة منه.

وعليه فالعقد بالاضافة إلى ضمانه وعدمه لا اقتضاء، فالقول بضمانه بسببه أو القول بعدمه ليس نقضاً على القاعدة، فرّبما نقول بالضمان في الصحيح والفساد لمكان اليد، ولا كاشف عن كون التسليط على الحمل عن الرضا به، لمكان اللابدية

(١) كتاب المكاسب: ١٠٣ سطر ٣٠.

(٢) حاشية اليزدي: ٩٥ سطر ٩.

(٣) كتاب المكاسب: ١٠٣ سطر ٣٢.

من دفعه لملازمته لدفع ما يجب عليه دفعه، والاقدام على البيع المستلزم لدفع الحمل وإن كان عن الرضا لكنه لعلة كان يعتقد أمانة المشتري أو وضع الحمل قبل قباض الحامل، فيظهر خلافهما بعد العقد فلا يكون اقدمه كاشفاً عن رضاه بالتسليط بعد العقد.

وربما نقول بعدم الضمان نظراً إلى اقدمه على البيع الملازم للتسليط على الحمل، مع ظهور بقاء البائع على حاله قبل العقد وبعده، فيكون تسليطه بعد العقد عن الرضا كما كان اقدمه على البيع عن الرضا.

كما يمكن التفكيك بين الصحيح والفساد بتوهم أن الاقباض بعنوان استحقاق البائع وهو موجود في الصحيح مفقود في الفاسد، لانبوح الداعي لثلا يختلفا، إلا أن هذا التوهم مع فساده في نفسه لا يوجب التقييد إلا فيما كان دفعه مبنياً على الاستحقاق كالعين في البيع والاجارة لاستحقاق المستأجر لاستيفاء المنفعة منها، وأما الحمل فليس دفعه مستحقاً عليه على فرض صحة العقد حتى يتقيد بالاستحقاق لينتفي الرضا على تقدير الفساد، فتدبر.

٢٠٠ - قوله ﷺ: (ويمكن النقص أيضاً بالشركة الفاسدة... الخ) (١).

إنما يتوجه النقص بالشركة إذا كان جواز التصرف من مقتضيات عقد الشركة فينتفي عند فساده، لكنه لم يقل به أحد، وإنما الجواز من ناحية إذن الشريك بعد العقد، سواء كان العقد كاشفاً عن الاذن أو أمر آخر، فإن فساد العقد لا يبطل كشفه، ولا معنى في المقام لتقيد الاذن والرضا بعقد الشركة الصحيحة، إذ ليس مقتضى صحتها تسليم المال أو لزوم الاذن حتى يعقل التقييد بصحتها، فمقتضى اليد حينئذ في الصحيح والفساد وإن كان هو الضمان، لكنه حيث إنه مأذون فيه بإذن خارجي - ولو كان الكاشف عنه هو العقد - فهي يد مأذونة لا توجب الضمان، خصوصاً مع ملاحظة أن الشركة عقد جائز، فليس تسليم المال المشترك إليه مملاً لا بد منه، لثلا

يكشف عن رضاه به بعد العقد، وقد عرفت عدم تقييده بالاستحقاق، فتدبر جيداً.

٢٠١- قوله ﷺ: (توضيحه أن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان... الخ) (١).

بيانه: أن الضمان إما بسبب اقدم المالك أو بسبب امضاء الشارع، فالصحيح الذي ليس فيه اقدم مضمّن ليس فيه امضاء مضمّن، لأنّ الامضاء على طبق الممضي، والفاسد حيث إنّه متحد مع الصحيح لاتحاد الطبيعي، فليس فيه اقدم مضمّن، وحيث إنّه فاسد فليس به امضاء مضمّن بنحو السالبة بانتفاء الموضوع، فالعلة لعدم الضمان مشتركة بين الصحيح والفاسد فالمعلول كذلك.

وقول شيخ الطائفة ﷺ: (فكيف بفاسده) (٢) إذا حمل على التعجب كفاه مجرد الاشتراك في العلة، فإنّ الاختلاف في المعلول حينئذٍ مورد التعجب، وهذا هو الظاهر الموافق لمسلك الشيخ ﷺ حيث إنّه يقول بالضمان في مورده من باب الاقدام. وأما إذا حمل على إرادة الأولوية، فمقتضى العبارة أولوية الفاسد بعدم الضمان من الصحيح لا من غيره، وظاهر توجيه المصنّف ﷺ أولوية فاسد ما لا يضمن بصحيحه من فاسد ما يضمن بصحيحه بعدم الضمان، لأنّ ما ذكره ﷺ ليس إلا أنّ الصحيح ربّما يقتضي الضمان للاقدام والامضاء، وفاسده لا يقتضي الضمان لعدم الاقدام على طبيعي العوض، وعدم امضاء الخاص 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 الاقدام وعدم الامضاء أولى بأنّ لا يقتضي الضمان، فهذا في الحقيقة ينتج أولوية فاسد عقد من فاسد عقد آخر في عدم الضمان، مع أنّ ظاهر العبارة بناء على إرادة الأولوية دون التعجب أولوية فاسد عقد من صحيحه في عدم الضمان.

فلا بد من التكلّف في توجيه المصنّف ﷺ بأنّ يقال الملحوظ طبيعي الصحيح، وأنّ طبيعي الصحيح الذي فيه اقتضاء الضمان ومع ذلك لم يوجب الضمان فعلاً،

(١) كتاب المكاسب: ١٠٣ سطر ٣٤.

(٢) المبسوط: ٢: ٢٠٤.

فالفاسد الذي ليس فيه اقتضاء الضمان إما لعدم اقدم مضمّن أو لعدم امضاء مضمّن أولى بأن لا يوجب الضمان.

وأما تقرب الخدشة في الأولوية فهو أنّ الفاسد وإن كان ممتازاً عن الصحيح بتلك الجهة المزبورة، إلا أنّ الصحيح ربّما يمتاز عن الفاسد بجهة أخرى، فلا أولوية لعدم تمخّض الفاسد في جهة الامتياز، والجهة الموجبة لامتياز الصحيح هي أنّ الفاسد والصحيح مشتركان في عدم الاقدام المضمّن وفي عدم الامضاء المضمّن، إلا أنّ الصحيح لا من حيث هذين الأمرين العدميين، بل من حيث الامضاء الذي هو أمر وجودي يختص به يقتضي السلطنة الشرعية الرافعة للضمان عند وجود سببه، وبلحاظ هذه الجهة الثبوتية الرافعة للضمان التي هي لازم الصحيح فقط يمتاز عن الفاسد فلا أولوية.

ولا يخفى أنّ هذه الجهة وإن كانت موجبة لعدم اتحاد الصحيح والفاسد في العلة لعدم الضمان، إلا أنّ نظره ﷺ إلى إبداء جهة في الصحيح بإزاء الجهة المذكورة في الفاسد ليرتفع تفاضل الفاسد على الصحيح، وإلا فرفع الأولوية حقيقة برفع تلك الجهة الموجبة للتفاضل وهي لم ترتفع، لكن ابداء جهة موجبة لعدم التفاضل لمكان التقابل نحو من رفع الأولوية.

٢٠٢ - قوله ﷺ: (فان قلت: إن الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان... الخ) (١).

هذا ناظر إلى دفع المساواة في العلة بين الصحيح والفاسد المذكورة في ذيل قوله ﷺ (وتوضيحه... الخ)، وحاصله أنّ سبب الضمان غير منحصر في اقدم المالك وامضاء الشارع، حتى يقال بتساوي الصحيح والفاسد في عدم الاقدام المضمّن وعدم الامضاء المضمّن، بل له سبب آخر وهي اليد؛ إلا أنّ اليد في العقد الصحيح خارج بالدليل وفي الفاسد لا مخرج له، فهما غير متساويين بالاضافة إلى الجهة الخارجة عن مرحلة العقد، فضلاً عن أولوية الفاسد من الصحيح.

٢٠٣- قوله ﷺ: (عموم ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن... الخ)^(١).
ملخصه: أنّ الصحيح والفاقد من هذه العقود متساويان في الجهات الداخلية، وهي عدم الاقدام المضمن وعدم الامضاء المضمن، وفي الجهات الخارجية وهي اليد المقتضية بذاتها للضمان والاذن الرافع له.

توضيحه: أنّ المراد من الاستيمان المالكي ليس هو الاستنابة في الحفظ، فإنّه لا شيء من العقود كذلك إلاّ الوديعة، بل المراد منه هو التسليط عن الرضا وعدم كون التسليط بلا إذن منه حتى تكون يده عادية، وما ذكره ﷺ من التسليطات المجانية كلها كذلك.

وأما ما ورد من أنّ المستعير والمستأجر مؤتمنان^(٢) فهو تنزيل لهما منزلة من استأمنه المالك حقيقة في عدم الضمان بمجرد التلف؛ لا أنّهما مؤتمنان من قبل المالك حقيقة.

وأما ما ورد في بعض الأخبار^(٣) أنّه إذا كان مأموناً لا يضمن، فإنّه في قبال المتهم، والذي يفترق فيه الأمين عن المتهم [في]^(٤) صورة دوران الأمر بين التلف لا عن تعدّد ولا عن تفريط، أو التلف بسببهما المصحح لاسناد الائتلاف إليه، فإنّ الأمين لا يتعدّى ولا يفترط دون غيره، وإلاّ فالتلف بلا تعدّد ولا تفريط لا يتفاوت فيه الأمين والمتهم، فلا نظر لهذه الطائفة إلى صورة التلف المحض الذي نتكلم فيه.

٢٠٤- قوله ﷺ: (بفحوى ما دلّ على خروج مورد الاستيمان... الخ)^(٥).
وعن شيخنا الأستاذ في تعليقه المباركة^(٦) الايراد عليه بوجهين:

(١) كتاب المكاسب : ١٠٤ سطر ٧.

(٢) وسائل الشيعة باب ٤ من ابواب احكام الوديعة ح ١، ٢.

(٣) وسائل الشيعة باب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة وكذا باب ٣٠.

(٤) يحتاج الى اضافتها لتستقيم العبارة.

(٥) كتاب المكاسب : ١٠٤ سطر ٨.

(٦) حاشية الآخوند: ٣٣.

أحدهما؛ أن الفحوى إنما تكون فيما إذا لم يكن تعدُّ ولا تفريط، وإلا فالضمان ثابت في الأصل، مع أن المقبوض بالهبة الفاسدة كالمقبوض بصحيحها لا ضمان فيه مطلقاً.

ثانيهما؛ أن عدم الضمان في مورد الاستيمان لمكان الملائمة بينهما بالوجدان، وليس كذلك في الهبة الفاسدة، إذ ليس التملك الغير المؤثر بالاضافة إلى عدم الضمان كذلك، فلا مساواة فضلاً عن الفحوى.

قلت: قد عرفت^(١) معنى الاستيمان هنا وهو التسليط عن رضا؛ فإنَّ اليد حينئذٍ مأذونة وهي لا تكون مضئنة، ومن الواضح أنَّ الهبة فيها التسليط على المال عن رضا بزيادة التملك وقطع إضافته عن نفسه، فليست الفحوى بملاحظة التأمين المالكي المراد منه الاستنابة في الحفظ حتى تختص الملائمة به لعدم الضمان، أو يدعى أنَّ الاستيمان لا يؤثر إلا في صورة التلف لا في الاتلاف أيضاً، وقد عرفت مراراً أنَّ الملازمة المدعاة بين الصحيح والفاسد أصلاً وعكساً إنما هي في صورة التلف، وأما الاتلاف فله حكم آخر.

فنقول: إنَّ العارية والمضاربة والوكالة وأشباهاها حيث إنَّها تسليطات عن رضا للانتفاع بالمال أو الاتجار به أو أعمال عمل فيه فلا إذن في التصرف المُتلف، فالاتلاف له حكمه، بخلاف الهبة فإنَّ الواهب يقطع إضافة المال عن نفسه عن رضا، فهو راضٍ بالتصرفات مطلقاً بنحو أوفى من دون تقيّد رضاه بالتصرف على وجه مخصوص، وليس دفعه الموهوب بعد الهبة عن اللابديّة لثلا يكشف عن رضاه، فيكشف دفعه عن رضاه، وحيث إنَّه باعتقاد صحة الهبة فهو راضٍ بجميع تصرفاته فيدفعه ليتصرف فيه تصرف المُلّاك في أملاكهم، ليس كدفع المبيع حيث إنَّه دفع بعوض، فمع عدم سلامة العوض له شرعاً لا رضا له بالتصرف.

يجب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد لمالكه فوراً

٢٠٥- قوله ﷺ: (والظاهر أنه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف... الخ)^(١).
 ظاهره ﷺ كفاية حرمة الامساك في وجوب الردّ إلى المالك، ولا ملازمة إلا على القول بمقدمية ترك الضد لوجود الضد، فإنّ الامساك والردّ متضادان، وترك الردّ مقدمة لوجود الامساك ولو بقاءً، فيحرم ترك الردّ لحرمة ذي المقدمة وهو الامساك، وإذا حرم ترك الردّ وجب نقيضه بوجوب عرضي لا بوجوب شرعي حقيقي، لعدم انحلال التحريم إلى حرمة الفعل ووجوب الترك، كعدم انحلال الايجاب إلى وجوب الفعل وحرمة الترك.

ولذا أورد شيخنا العلامة الأستاذ^(٢) عليه ﷺ بأنه لا يتم حتى على القول بمقدمية الضد، لأنّ التخلية ثالث الضدين فلا يجب الردّ معيناً، بل يجب أحد الأمرين من التخلية والردّ.

قلت: أمّا الامساك والردّ بمعنى الايصال إلى المالك فليسا متضادين، بل مقولة استيلاء المشتري على المال واستيلاء المالك عليه مقولة واحدة، والفردان حينئذٍ متماثلان لا متضادان، وإنّ كان لا فرق بين الضدين والمثلين بناءً على المقدمة، إذْ خلو الموضوع عن عرض مماثل كخلوه عن عرض مضاد شرط لعروض المماثل أو المضاد، لاستحالة اجتماع المثلين كاجتماع الضدين في موضوع واحد.

وأما التخلية فإنّ أريد منها المعنى العدمي وهو رفع اليد عن المال فهو نقيض الامساك لاضده، ووجوب النقيض عرضاً لا ربط له بوجوب الردّ ولا بوجوب التخلية من باب مقدمية الضد، حتى يجب تخييراً بينه وبين الضد الآخر.

وإنّ أريد منها المعنى الوجودي وهو تمكين المالك من ماله لا مجرد رفع اليد الذي يجامع عدم تمكين المالك منه، فالتخلية بهذا المعنى ليست ضدّاً للردّ، لأنّ

(١) كتاب المكاسب: ١٠٤ سطر ١١.

(٢) حاشية الآخوند: ٣٣.

تمكين المالك من استيلائه على ماله مقدمة لاستيلائه لا منافٍ له حتى يكون ضدّاً له، وليست ضدّاً للامساك لأنّ مقولة تمكن المالك من استيلائه على المال غير مقولة استيلاء المشتري عليه، من دون أنّ يندرجا تحت جنس قريب كالبياض والسواد المندرجين تحت الكيف المبصر، وعدم اجتماع الامساك والتخلية بهذا المعنى لازم أعم للضدين وغيرهما، فإنّ لازم النقيض لا يجتمع مع العين أيضاً ومع ذلك ليس ضدّاً له، والتخلية كذلك، فإنّ تمكين المالك من ماله يلازم رفع اليد عن المال، فهما متنافيان بالعرض لا بالذات، والتخلية بهذا المعنى لا تجب بسبب وجوب ترك الامساك، لأنّ حكم النقيض لا يسري إلى لازمه، وحيث إنّ التخلية بهذا المعنى مقدمة للردّ لا ضد له فلا يعقل التخيير بين وجوبها ووجوبه، بل تجب بوجوبه، فالتخلية بالمعنى الذي لا مانع من وجوبه أجنبي عن وجوب الردّ، وبالمعنى الآخر يتوقف وجوبه على وجوب الردّ.

وأما حرمة ترك الردّ من باب مقدمة ترك المماثل لوجود المماثل فلا تصح، لما ذكر في محلّه^(١) من الفرق بين مقدمات الواجب ومقدمات الحرام، فإنّ مقدمات الواجب وإن تعددت وترتبت كلها واجبة، بخلاف مقدمات الحرام فإنّه لا محرم إلاّ المقدمة الأخيرة التي بوجودها يوجد الحرام وبعدها يبقى الحرام على عدمه، ولو مع وجود ألف مقدمة من مقدماته، فإنّ المطلوب الحقيقي في طرف الواجب هو الفعل ولا يوجد إلاّ بوجود جميع مقدماته فتكون كلها مطلوبة، وفي طرف الحرام هو الترك وهو يحصل بترك المقدمة الأخيرة إذا فرض وجود الباقي، وعليه فالمقدمة المحرّمة للامساك بقاء هي التي يتوقف عليها الامساك فعلاً بحيث لو زالت لزال الامساك، سواء وصل المال إلى مالكة أم لا، وسواء تمكّن المالك من الاستيلاء عليه أم لا.

فإن قلت: يمكن ايجاب التخلية بمعنى تمكين المالك من ملكه بوجه آخر، وهو أنّ حبس المال على مالكة ومنع المالك عن ملكه فعل له مساس بمال المسلم فلا يحلّ

بدون إذنه، فيجب نقيضه وهو عدم منع المالك عن ملكه وهو عين تمكينه منه، إذ ليس المراد من التمكين إلا رفع المانع من قبلة لا إيجاد أسباب وصوله إليه وتهيئة مقدمات الاستيلاء من قبل المالك.

قلت: منع المالك من ملكه ليس من الأفعال المشمولة لقوله (لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه)^(١) فإن الأفعال المشمولة له ما يمكن صدوره عن طيب نفسه؛ وما يمكن صدوره لا عن طيب نفسه، ومنع المالك عن ملكه بهذا العنوان لا يعقل صدوره عن طيب نفسه كما هو واضح، وإنما المتصف ب ذلك نفس الامساك الذي عرفت الكلام فيه، نعم منع المالك عن ملكه منافٍ لسلطانه على ماله ومزاحم له، ومقتضى سلطانه المطلق على ماله كما عرفت سابقاً^(٢) - في أدلة لزوم الملك في المعاطاة - عدم سلطان الغير عليه تكليفاً ووضعاً، فليس له منع المالك فيجب تمكينه منه.

هذا كله مع أن حرمة الامساك بقول مطلق غير واضحة، فإن امساك ماله لحفظه إلى أن يطلبه صاحبه احسان إليه، وما على المحسنين من سبيل، نعم امساكه لا لحفظه لصاحبه، بل على حد سائر أمواله حرام بدون إذن مالكة، ومنه يعلم أن حرمة امساكه وحرمة رفع اليد عنه بطرحه خارجاً لا تنتج بالترديد والدوران وجوب تمكين المالك أو رده إليه، لا مكان امساكه بعنوان حفظه إلى أن يجيء صاحبه، نعم هذا النحو من الامساك يتضمن عدم منع المالك عن ملكه؛ فلا بأس بوجوب التخلية بهذا المعنى، وأما وجوب الرد فلا.

وإن كان يظهر من متفرقات الاخبار وجوب رد كل مال وقع في يد الغير إلى صاحبه، كما في الخبر المروي في مجالس الشيخ عليه السلام عن زريق وفيه: (ترد المعيشة إلى صاحبها وتخرج يدك عنها)^(٣) وفي باب اللقطة أيضاً (عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة وهو مستوي الجناحين وهو يعرف صاحبه، أيحل له

(١) عوالي اللآلي ١: ١١٣ حديث ٣٠٩.

(٢) تمليقه ٥٩.

(٣) وسائل الشريعة باب ٣ من ابواب عقد البيع وشروطه ح ١.

امساكه ؟ فقال ﷺ: إذا عرف صاحبه ردّه عليه^(١) إلى غير ذلك؛ إلا أنّ الكلام في أنّ المراد بالردّ فيها هو الايصال إلى مالكة بالحمل إليه أو مجرد رفع اليد عنه وتمكين مالكة منه إذا طلبه منه، هذا إذا كان جاهلاً بنفساد العقد.

وأما إذا كان عالماً بالفساد وقلنا بتقييد إذنه، كما هو مبني الكلام بسلامة العوض شرعاً فائبات يده عليه من دون إذنه من أول الأمر غضب، وقد ورد (أنّ الغضب كلّه مردود)^(٢) فتدبر.

٢٠٦- قوله ﷺ: (ولو نوقش في كون الامساك تصرفاً... الخ)^(٣).

بتقريب: أنّ التصرف مأخوذ من الصرف فيراد منه التقلب والتقلب، وليس في الامساك المتحقّق بمجرد كون المال تحت يده واستيلائه تقلّب وتقلب كي يصدق التصرف، ومنه تعرف أنّ هذه المناقشة تختص بهذه الرواية دون قوله ﷺ: (لا يحلّ) الدال بملاحظة حذف المتعلق على حرمة كل فعل له مساس بمال الغير بغير إذنه، فلا تجري فيه هذه المناقشة؛ فضلاً عن كونه أوضح كما في عبارة^(٤) شيخنا الأستاذ في هذا المقام.

٢٠٧- قوله ﷺ: (وأما توهم أنّ هذا بإذنه حيث... الخ)^(٥).

توضح المقام: أنّ الاذن المتصور هنا إمّا إذن عقدي أو إذن خارجي، أمّا الاذن العقدي فلا مساس له بالدفع والتسليط الخارجي، بل حقيقة العقد تمليك صادر عن الرضا؛ والمفروض أنّه لم يؤثر، وأمّا الاذن الخارجي بعد العقد متعلقاً بالدفع والتسليط الخارجي فالكلام تارة في كشف الدفع عن صدوره عن الرضا، وأخرى في تقييد الرضا المحقّق بأمر غير محقّق.

(١) وسائل الشريعة باب ١٥ من ابواب اللقطة ح ١.

(٢) وسائل الشريعة باب ١ من ابواب الغصب ح ٣.

(٣) كتاب المكاسب: ١٠٤ سطر ١٣.

(٤) حاشية الاخذ: ٣٣.

(٥) كتاب المكاسب: ١٠٤ سطر ١٤.

أما الأول فقد عرفت سابقاً^(١) أنّ التسليط بعده العقود الجائزة كاشف عن الرضا، إذ لا ملزم له بالدفع لا من ناحية الشارع ولا من ناحية العرف ولا من غيرهما، والفعل الاختياري لا يصدر بلا اختيار من قبيل نفسه، وأمّا في العقود اللازمة فلا كاشفية له؛ لاحتمال كون الدفع بتوهم وجوب الوفاء مع انصرافه طبعاً عن عقده، لكننا ذكرنا سابقاً^(٢) أنّ الاقدام على العقد المقتضي للدفع ليس إلا عن رضاه، فهو راضٍ بالدفع حين اقدمه، والظاهر نوعاً بقاءه على حاله قبل العقد.

وأما الثاني فالقيد المدعى تقيد الرضا به أحد أمرين:

إمّا كون المشتري مالكاً فيرضى بدفع المال إليه بعنوان أنّه ملكه، وحيث أنّه ليس في الواقع كذلك، فلا رضا واقعاً، وأمّا سلامة العوض له شرعاً فإنّه يدفعه إليه عن رضاه بعوض لا مجاناً، فمع عدم سلامة العوض له شرعاً واقعاً لا رضا له بدفع المال إليه. والأوّل مدفوع بما مرّ^(٣) مراراً أنّ استحقاق المشتري له غير ملحوظ على وجه العنوانية، بل على وجه الداعي، فاعتقاد وجوب الوفاء واستحقاق المشتري يدعوه إلى دفعه عن رضاه، لا أنّ الرضا يتعلّق بالدفع المعنوّن بعنوان دفع ما يستحقه عليه وهو وجداني.

والثاني أيضاً بما ذكرناه في باب المعاطاة^(٤) من أنّ تسليط المشتري على ماله وإن لم يكن مجاناً لكنه يسلّطه عليه عن رضاه بإزاء سلطانه على مال المشتري عن رضاه، وإن اعتقد حصول الملك شرعاً، إمّا بالعقد السابق أو بنفس تسليطه الذي قصد به حصول الملكية، والغرض من التملك حصول هذا المعنى بنحو أوفى، والكلام هنا في مجرد أنّ الامسك من الطرفين عن الرضا حدوثاً وبقاءً، وأمّا فرض رجوعه عن إذنه بعد علمه بالفساد فهو أمر آخر.

(١) تعلية ٢٠٠.

(٢) تعلية ١٩٣.

(٣) تعلية ١٩٣.

(٤) تعلية ٥٢.

حكم المنافع المستوفاة

٢٠٨ - قوله ﷺ: (الثالث أنه لو كان للعين المتباعدة منفعة استوفاه... الخ)^(١).

لم يستدل ﷺ على ضمان المنافع المستوفاة بما اشتهر من قولهم (من أتلّف مال الغير فهو له ضامن) إذ ليس هو بهذا العنوان مورد خبر وأثر وإن اشتهر، بل الظاهر أنه مأخوذ من الموارد الخاصة المحكوم عليها بالضمان، كما في الرهن والمضاربة والوديعة والعارية والاجارة فإنه حُكِمَ فيها بالضمان مع التعدي والتفريط، وكذا في غيرها كقوله ﷺ: (من أضر بطريق المسلمين فهو له ضامن)^(٢) والظاهر بل المقطوع أنه لا لخصوصية لتلك الموارد على كثرتها وتشتتها، ولذا جعلوا الاتلاف سبباً للضمان كلية، وإلا فسائر الأدلة التي يستدل بها للضمان المستوفاة كقوله ﷺ: (لا يحلّ) سواء أريد الحلية التكليفية أو الحلية الوضعية، وكقاعدة الاحترام المأخوذة من قوله ﷺ: (وحرمة ماله كحرمة دمه)^(٣) بل وقاعدة اليد على ما فصلنا القول في الكل غير صالحة للاستدلال كما مر^(٤) الوجه في كل ذلك مفصلاً.

(١) كتاب المكاسب: ١٠٤ سطر ١٦.

(٢) وسائل الشريعة، باب ٦ من ابواب احكام الهبات، ح ٤، ونص الرواية (ومن أضر من طريق المسلمين شيئاً

فهو ضامن) وكذا في باب ٨ من ابواب موجبات الضمان، ح ٢.

(٣) وسائل الشريعة، باب ١٥٢ من ابواب احكام العشرة، ح ٩.

(٤) تعليقة ١٨٨ و ١٩٠.

٢٠٩- قوله ﷺ: (فنفي الضمان محتجاً بأن الخراج بالضمان... الخ)^(١).

وقد استدلل به شيخ الطائفة في المبسوط في عدة موارد، منها في بيع المصرة حيث ذكر أنه يردّ بدل لبن التصرية إذا ردّها بالعيب، ولا يردّ اللبن الحادث لأنّ النبي ﷺ (قضى أنّ الخراج بالضمان)^(٢) (٣).

منها في ردّ مطلق المبيع المعيب حيث قال: (يرد المعيب ولا يرد الكسب بلا خلاف لقوله ﷺ (الخراج بالضمان) ثم قال ﷺ: وقوله ﷺ (الخراج بالضمان) معناه أنّ الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه، ولما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لأنّ الضمان انتقل إليه بالقبض كان الخراج له) ثم قال: (وإن حصل للمبيع نماء قبل القبض كان ذلك للبايع إذا أراد الردّ بالعيب، لأنّ ضمانه على البايع لظاهر الخبر)^(٤) انتهى.

وعن العلامة في باب الغصب من التذكرة^(٥) في ردّ أبي حنيفة أنّ قوله ﷺ (الخراج بالضمان) ورد في البيع، لكنه لا يعلم أنه اجتهاد منه في تطبيقه على البيع أو أنه ورد حقيقة عن النبي ﷺ في مورد السؤال عن البيع، فإنّ الخبر لم يذكر في جوامع الاخبار النبوية إلا هكذا من دون صدر وذيل.

وبالجملة: المرسل معروف بين القدماء؛ وقد استدلل به مثل الشيخ ﷺ، والذي يمكن أن يقال في تفسيره وجوه:

أحدها: أنّ المراد من الضمان بملاحظة أنه مصدر احداث الضمان، فيراد التضمين المالكى، وبلحاظ أنه مع عدم امضاء الشارع له لا تحقق لاحداث الضمان حقيقة، يراد منه التضمين المالكى الممضى شرعاً، وإذا أردنا توسعته بحيث يعم غير العقود

(١) كتاب المكاسب: ١٠٤ سطر ١٩.

(٢) عوالي الآلي ١: ٢١٩ حديث ٨٩.

(٣) المبسوط ٢: ١٢٥.

(٤) المبسوط ٢: ١٢٦.

(٥) التذكرة ٢: ٣٨١ - سطر ٤١ - الحجرية.

المعاوضية، بل يعم العارية المضمونة أيضاً حتى يكون مجال للنقض الآتي^(١) في كلام المصنّف رحمه الله - نقول: إنه مطلق التضمين المالكي ولو بالعرض الواقعي دون خصوص المسمّى، وعليه فلا يلزم مخالفة الظاهر من حيث مفهوم الضمان، فإنّه ضمان معاوضي بالمعنى الأعم، ولا مخالفة شيء من القواعد، إلا أنّ كون الخراج بسبب التضمين المالكي أو بإزاء التضمين المالكي خلاف الواقع، إذ لا سببية للتقبّل بالعرض، لكون ما يستخرج من العين له؛ فإنّ منافع الملك تابعة للملك، وتملكها بسبب ملك العين لا بسبب تقبّلها بعوض.

ومنه يعلم أنّ تنزيل أخبار خيار الشرط^(٢) على هذا المعنى بلا وجه، إذ الأخبار غير متكفلة للمقابلة بين المنفعة وتلف العين على مالكها، فضلاً عن كون المنفعة بإزاء تقبّل العين بعوض، بل ظاهراً أنّ المبيع حيث إنّه ملك يكون تلفه من مال مالكة؛ وكذا منفعته ونمائه لمالكة، فكلاهما من لوازم الملك والتفكيك بين المتلازمين بلا وجه.

ثانيها: أنّ يُراد من الضمان الخسارة التي هي عين تلف الملك من مالكة - لا بمعنى الغرامة المترتبة على تلف العين فيوافق ما أفاده شيخ الطائفة في معناه في كلامه المتقدّم، ويوافق أخبار خيار الشرط لكنه لا يجعل الباء بمعنى المقابلة أو السببية، لما عرفت من أنّه خلاف الواقع وخلاف ظاهر أخبار خيار الشرط، بل يجعلها لمجرد اللصاق والمقارنة.

ومن الواضح أنّ كون المنفعة تابعة للعين وكون تلف العين من مالكة متلازمان، لهما المعية لكونهما من لوازم شيء واحد وهي الملكية، إلا أنّ صدق الضمان على مجرد تلف العين من مالكة مشكل، ولذا قلنا سابقاً^(٣) أنّ الإنسان لا يكون ضامناً لأمواله التالفة منه.

(١) كتاب المكاسب : ١٠٤ سطر ٢٥.

(٢) وسائل الشيعة باب ٨ من ابواب الخيار ح ١، ٢، ٣.

(٣) تعليقة ١٧٩ قوله (منها ان الانسان لا يكون...).

لكن هذا المعنى من الضمان لا يقتضي كون نماء المبيع قبل القبض للبائع نظراً إلى أنه في ضمان البائع لأنه يتلف منه، لأنَّ النماء في ظرف ملكية المشتري، والتلف في ظرف ملكية البائع بالانفساخ القهري قبل التلف آنأ ما كما عليه المشهور، فلا مقابلة ولا سببية ولا مقارنة من حيث الملازمة، فتدبر.

ثالثها: أن يُراد من الضمان الغرامة أي الخسارة الواردة على تلف المال شرعاً سواء كان في المقبوض بالسوم أو بالعقد الفاسد أو بالغصب فما عن صاحب الوسيلة^(١) إما مبني على هذا المعنى أو على المعنى الأول، ولكن بجعل التقبّل بالعوض أعم من أن يكون ممضى شرعاً أو لا، وإلا فضمن المقبوض بالعقد الفاسد ضمان غرامة لا ضمان المعاوضة، وهذا الاحتمال يناسب التضمين بقاعدة الاقدام، فإنَّ البائع أقدم على تضمين العين في البيع دون منافعها؛ فصح أن يقال إنَّ ملك المنافع مجاناً، أو عدم ضمانها بسبب الاقدام على تضمين العين فقط.

ولكنه يردّ هذا التفسير أن الضمان بمعنى الغرامة بقول مطلق يرده صحيحة أبي ولاد^(٢) الدالة على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين، كما أن الاستناد إلى قاعدة الاقدام فيه ما تقدم مفصلاً، فراجع^(٣).

رابعها: أن يُراد من الضمان ضمان التكفّل - كما استظهره بعض أجلّة العصر^(٤) -، نظراً إلى ما عن بعض أهل اللغة على ما في كتاب لسان العرب^(٥) من ورود الضمان بهذا المعنى مستشهداً فيه بأمثلة، وقد تقدّم ذلك في أوائل الكلام^(٦) في قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده، فالمراد حينئذٍ أن خراج العين وفائدتها بإزاء دخول العين في هالة مالكها، بحيث لو كان حيواناً لكان عليه نفقته وحفظه واصلاحه.

(١) الوسيلة ٢٥٥.

(٢) وسائل الشيعة باب ١٧ من ابواب احكام الاجارة ح ١.

(٣) تعليقة ١٨٦.

(٤) منية الطالب ١: ١٤٣، ٢٧٩ - مؤسسة النشر الاسلامي.

(٥) لسان العرب: مادة ضمن.

(٦) تعليقة ١٧٩ قوله (والتحقيق في معنى الضمان...).

إلا أنه مخصوص بمثله الذي يمكن دخوله في كفالته ويكون مورداً للزوم رعايته لا كغير الحيوان، مع أنه أيضاً لا سببية لدخوله في كفالته لكون منفعه له، فإن ملك المنفعة تابع لملك العين لا لدخولها في كفالته، ولا مقابلة أيضاً إذ ليست المنفعة في قبالة كفالة العين لا من المالك ولا من العرف ولا من الشارع، نعم بينهما المقارنة أحياناً.

ومن جميع ما ذكرنا تبين أنه لا تجدي المرسله لعدم ضمان المنافع المستوفاة إلا بناءً على المعنى الثالث، وقد مرّ ما فيه مع عدم مقتضي لتعيينه من بين سائر المعاني، والله العالم.

٢١٠- قوله ﷺ: (وربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية... الخ)^(١).

النقض بلحاظ تعميم التضمن للضمان بالعوض الواقعي لا خصوص العقود المعاوضة.

ويندفع بناءً عليه بأحد وجهين: إما بارادة عدم ضمان الخراج بعد ضمان العين لا ملك الخراج، نظراً إلى أن منشأه أنه إذا أقدم على تضمين العوض فالمنافع مجانية لا ضمان لها، وتملكها تابع لملك العين لا لتضمينها بالعوض.

وإما بدعوى أن المنافع مملوكة في العارية بوجه خاص بحيث يكون هو المباشر لاستيفائها، بخلاف الاجارة فإنها بطبعها تقتضي ملك المنافع مطلقاً وقد مرّ في أوائل التعليقة مزيد توضيح في الفرق بينهما، فراجع^(٢).

٢١١- قوله ﷺ: (وربما يُردّ هذا القول... الخ)^(٣).

وملخص دفعه: أن هذا القائل يدعي عدم ضمان المنافع في صورة التضمن المالك للعين، فلا يُردّ بضمانيها في صورة التضمن من غير المالك، فإن أقدامه على

(١) كتاب المكاسب : ١٠٤ سطر ٢٥.

(٢) تليقة ٥ وص ٣٤.

(٣) كتاب المكاسب : ١٠٤ سطر ٢٧.

ضمان العين - الملازم لاقدامه على مجانية المنافع - كالعدم، ومنه تبين أن الرد بصحيفة أبي ولاد^(١) أضعف؛ حيث لا تضمن هناك أصلاً لا من المالك ولا من غيره، بل ضمان الغرامة شرعاً.

مضافاً إلى أن المنشأ لهذه الملازمة ما عرفت من أن الاقدام على ضمان العين مستلزم لمجانية المنافع، وهذا إنما يكون في البيع، وأما الاجارة فالاقدام فيها على تضمنين المنافع دون العين، ومورد الصحيحة إجارة البغل، فمثل الاجارة خارج عن مورد كلام هذا القائل، كما أنه خارج عن مورد المرسله بناءً على هذا المعنى.

حكم المنافع الغير مستوفاة

٢١٢ - قوله ﷺ: (وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء... الخ)^(٢).

قد عرفت في مطاوي الكلام في قاعدة ما يضمن الاشكال في دلالة (لا يحل) وقاعدة الاحترام وقاعدة الضرر وقاعدة اليد على ضمان المنافع الفائتة مفصلاً، وأن القول بعدم الضمان لا يخلو من قوة، فراجع^(٣).

٢١٣ - قوله ﷺ: (مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول... الخ)^(٤).

قد عرفت دفعة سابقاً، وأن المنافع في باب البيع خارجة عن مورد العقد، فعقد البيع بالاضافة إليها لا اقتضاء، فراجع^(٥).

٢١٤ - قوله ﷺ: (وعلى هذا فالقول بالضمان لا يخلو... الخ)^(٦).

(١) وسائل الشيعة باب ١٧ من ابواب احكام الاجارة ح ١.

(٢) كتاب المكاسب : ١٠٤ سطر ٣١.

(٣) التعليقات ١٨٩، ١٩٠، ١٩١.

(٤) كتاب المكاسب : ١٠٥ سطر ٢.

(٥) تعليقة ١٩٨.

(٦) كتاب المكاسب : ١٠٥ سطر ١٤.

بل القول بعدمه لا يخلو عن قوة، نعم عن شيخنا العلامة الأستاذ^(١) الاستناد في ضمان المنافع المستوفاة وغيرها إلى وجه آخر، وهو أنه من آثار ضمان العين وأحكام دخولها في العهدة ضمان منافعها، فالدليل على ضمان الأعيان دليل على ضمان منافعها، مدعيًا أنّ هذا هو الوجه في ضمانها مطلقاً في باب الغصب. ولا يخفى عليك أنّ الفرض إنّ كان اقتضاء الاستيلاء على العين ضمان منافعها، لكونه استيلاء عليها بجميع شؤونها وحيثياتها، فهو راجع إلى ضمان حيثياتها بالاستيلاء عليها بالواسطة وقد مرّ الكلام فيه في قاعدة اليد^(٢) مفصلاً، وإنّ كان المراد أنّ نفس ضمان العين بدليله الخاص به مستلزم لضمان منافعه من دون سبب آخر بالإضافة إلى منافعها فهو يشبه الجزاف، فإنّ معناه أنّ ضمان شيء بسببه سبب لضمان شيء آخر، فنفس الضمان من أسباب الضمان مع أنّه لا شبهة في ضمان المنافع المستوفاة، وإنّ لم تكن العين مضمونة كما إذا اشترى عيناً مسلوقة المنفعة في يده فاستوفى منافعها في تلك المدة، فإنّ المنافع مضمونة والعين غير مضمونة، وكما فيما إذا استوفى عمل الحرّ، فإنّ الحرّ غير مضمون وعمله المستوفى مضمون إلى غير ذلك.

تعريف المثلي والقيمي

٢١٥ - قوله ﷺ: (فنصفه يستوي نصف تلك القيمة... الخ)^(٣).

بل ظاهره أنّ قيمة كل نصف منها تساوي قيمة النصف الآخر، إذ ربّما يكون للهيئة الاتصالية أو الاجتماعية دخل في قيمة الكل، فلا نقض حينئذٍ بالمسكوكات ولا بالمصوغات، فإنّ قيمة النصف منها وإنّ لم تكن نصف قيمة الكل لكنها تساوي قيمة النصف الآخر، بخلاف الأرض المعدودة من القيميات فإنّ قطعاتها مختلفة من حيث

(١) حاشية الاخذ: ٣٤.

(٢) تعليقه ١٨٨.

(٣) كتاب المكاسب: ١٠٥ سطر ١٩.

القيمة.

وربما يقال: في تعريف المثلي والقيمي أنّ المثلي ما لا مدخلية لخصوصيات الأجزاء الشخصية والتشخصات الفردية في مالبته، بل المالية منوطة بالجامع منها، ولذا صح بدلية البعض عن بعض في الغرامة مطلقاً، لأنّ مالية الشيء محفوظة في جميعها، ويقابله القيمي وهو ما كان لخصوصية الفرد مدخل في مالبته، ولذا كان الضبط فيه إنّما هو بالقيمة لحفظ مراتب المالية فيها.

قلت: والظاهر خلطه بين المشخصات الفردية والصفات المقابلة للذات، فإنّ الأولى دائماً لا دخل لها في المالية، فإنّ المشخصات الفردية ما هو من لوازم الوجود عند الجمهور التي هي بها يكون هذا هذا وذاك ذلك.

نعم الصفات المقابلة للذات على قسمين تارة تختلف بها الرغبات فلها دخل في المالية، وأخرى لا دخل لها فيها حيث لا تختلف بها الرغبات، والثانية سواء كانت في المثلي أو القيمي ليست منطوقاً لمثليته ولا لقيميته، والأولى إذا كانت مما لها نوعاً أفراد مماثلة كان الموصوف بها مثلياً، وإن لم توجد لها أصلاً أو نوعاً أفراد مماثلة كان الموصوف بها قيمياً، فتدبر.

٢١٦- قوله ﷺ: (نعم وقع هذا العنوان في معقد اجماعهم... الخ) (١).

لكننا لا نظن بأنه بهذا العنوان أخذوه من المعصوم حتى يتكلم في تعيين مفهومه، بل الظاهر أنّ طائفة من المضمونات مضمونة بالمثل، وطائفة أخرى منها مضمونة بالقيمة، واتفاقهم على مثلية شيء أو قيمته اتفاق منهم على الحكم لا على الحكم المرتب على هذا العنوان.

بل يمكن أن يقال: إنّ اتفاقهم على مثلية شيء أو قيمته ليس اتفاقاً على الحكم، لكي يكون من الاجماع المصطلح الذي هو أحد الأدلة على الحكم الشرعي، بل هو في قبال اختلافهم في مثلية شيء وقيميته من حيث انطباق تعريف المثلي والقيمي

عليه وعدمه، ولذا صح أن يكون شيء قيمياً في عصر لعدم المماثل له نوعاً دون عصر آخر، كما في المنسوجات في عصرنا فإنه لها أفراد مماثلة من دون زيادة ونقص، مع أن الثوب وأشباهه كان قيمياً عندهم.

وبالجملة: لا نظن باجماع تعبدى على الحكم؛ فضلاً عن الحكم على عنوان المثلي والقيمي بما هما، ولذا لم يرد في هذا الباب مع كثرة ورود الأخبار في باب الضمانات والغرامات نصّ بعنوان المثل والمثلي والقيمة والقيمي إلا نادراً في باب القيمة، وإنما الغالب اثبات الموضوع وهو أنه ضامن، فيعلم منه ايكال تعيين المضمون به إلى الطريقة العرفية الجارية على التضمين في بعض الموارد بالمثل، وفي بعضها الآخر بالقيمة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

مقتضى الأصل إذا شك أنه قيمي أو مثلي

٢١٧ - قوله ﷺ: (إن الأصل هو تخيير الضامن لأصالة براءة ذمته... الخ) (١).

تحقيق المقام: أن المراد بالقيمة ليست هي المالية السارية في كل مال بالحمل الشائع حتى يقال إن وجوب أداء المالية متيقن والشك في وجوب رعاية أمر زائد، وهي خصوصية الطبيعة المماثلة للتالف، فيجري عنه البراءة، أو أن الشك في التخيير والتعيين من هذه الجهة، بل القيمة هي المالية المحضنة التي لا مطابق لها إلا المالية القائمة بالدينار والدرهم وأشباههما مما يتمحض في المالية، ولا شأن له إلا حيثية المالية من دون خصوصية أخرى تتفاوت به الرغبات نوعاً، وإلا لو كان المراد بالقيمة هي المالية السارية لكان للضامن أن يؤدي بدل القيمي التالف شيئاً آخر كالحنطة والشعير وأشباههما، فتعين النقود في القيميات شاهد على أن القيمة هي المالية المحضنة لا المالية السارية، فالتفاوت بين المثل والقيمة كالتفاوت بين الماهية بشرط شيء والماهية بشرط لا، وهما متباينان لتباين التعيين، والأصل فيهما الاحتياط.

نعم إذا كان أداء القيمة في القيميات من باب الارفاق لعدم وجود المثل لها نوعاً، وإلا فللضامن أن يدفع المثل بدلاً عن القيمي، فحينئذ يندرج المسألة في الشك في التعيين والتخبير، فكل على مسلكه في تلك المسألة، فإما أن نقول بأن سقوط الذمة اليقينية بأداء المعين وهو المثل يقيني وبغيره مشكوك، والأصل عدم سقوطه، أو نقول بأن ثبوت المالية مقطوع وثبوت تعيينها بالمماثلة من حيث الحقيقة مشكوك وهو ضيق والناس منه في سعة، وعلى أي حال فالاحتياط هنا بدفع المثل فقط.

وعلى القول الأول وهو الدوران بين المتباينين بدفعهما معاً إلى المالك وتمكينه منهما، وحيث إن ما في الذمة إما كلي المثل أو كلي القيمة فلا محالة يصير بدفعهما إلى المالك خارجياً فتسقط الذمة، ويصير أحد المالكين ملكاً للمالك والآخر باقٍ على ملك الضامن، فليس للمالك التصرف فيهما معاً لأنه مستلزم للتصرف في مال الغير، ولا في أحدهما المعين حيث لا يعلم أنه ماله، فلا بد من التراضي أو المراجعة إلى الحاكم فيحكم بالصلح قهراً أو بالقرعة كما سيأتي^(١) إن شاء الله تعالى.

ولا يجب على الضامن تمليكهما معاً للمالك بتوهم لزوم تفرغ الذمة والقطع به، لأنه بدفعهما خارجاً إلى المالك يقطع بفراغ ذمته، فليس تمليكهما معاً مقدمة للتفرغ ولا للقطع به، ولا يجب عليه تمكين المالك من ماله الواصل إليه برفع الشبهة من قبلة لا عقلاً ولا شرعاً ولا عرفاً.

ولا يلزم منه ضرر على الضامن حتى يمنع من وجوب الاحتياط، إذ لا يجب عليه واقعاً دفعهما ولا تمليكهما ولا يخرج كلاهما بدفعهما عن ملكه، بل الخارج عن ملكه والواجب دفعه أحدهما وليس فيه ضرر أصلاً، ولو فرض ضرر - من حيث عدم تمكن الضامن من التصرف في ملكه الذي دفعه إلى المالك - فهو ضرر ناشٍ عن قبيل لزوم الاحتياط عقلاً لا عن قبيل الحكم الشرعي، إذ ليس ايجاب المثل أو القيمة ضرراً على الفرض، وليس مقتضى الايجاب الواقعي إلا دفع متعلقه، وأما لزوم تحصيل العلم بالامثال فليس من مقتضيات التكليف الشرعي، ولو مع الوسطة حتى يكون

(١) في نفس هذه التعليقة قوله (وإما تعيين الواجب دفعه...).

الضروري منه مرفوعاً كما حققناه في محله^(١)، فتدبر.

وأما تعيين الواجب دفعه بالقرعة فغير صحيح؛ لأنَّ الشبهة من هذه الجهة حكومية لا يجري فيها القرعة، وأما تعيين المال المدفوع إلى المالك وأنَّ أياً من المالكين ملكه فعلاً بانطباق الكلبي عليه واقعاً فحراً؛ فهو وإنَّ كان من قبيل الشبهة الموضوعية، إلا أنَّ منشأها الشبهة في الحكم لا الأمور الخارجية، وأدلة القرعة كما تشهد بها ملاحظة مواردها التي حكم المعصوم عليه السلام بإجراء القرعة فيها لا تشمل ما عدا الشبهات الموضوعية المحضه، فينحصر الأمر في التراضي أو الصلح القهري بالرجوع إلى الحاكم الشرعي هذا تحقيق المقام.

وأما ما أفاده عليه السلام من تخيير الضامن فيتوقف على دعوى الاجماع على عدم وجوب دفعهما معاً وعدم وجوب رفع المالك يده عنهما، فيكون دليلاً على عدم وجوب تحصيل البراءة اليقينية التي لا تحصل إلا بدفعهما معاً وهو غير واجب، أو برفع يد المالك عنهما وهو أيضاً غير واجب، وإذا لم يجب تحصيل البراءة اليقينية فلا محالة يتخير الضامن بين دفع المثل أو القيمة، فإذا شك في تعيين أحدهما بالخصوص بعد اختياره للأخر اختص بالبراءة.

وفيه: أنَّ الاجماع على عدم وجوب دفعهما مسلم، إذ لا يجب لتالف واحد إلا بدل واحد اجماعاً، إلاَّ أنه اجماع على الواقعات، ونحن أيضاً نقول بأنَّه لا يجب إلا دفع أحد الأمرين، والنافع هو الاجماع على عدم وجوب الاحتياط ليكون كاشفاً عن عدم لزوم تحصيل البراءة اليقينية، ولا اجماع على عدمه في المالبات كما يشهد به المراجعة إلى سائر الموارد.

وأما تقريب تخيير المالك وأصالة عدم براءة ذمة الضامن إلا بما يختاره المالك، فهو أنَّ الذمة وإنَّ كانت مشغولة إمَّا بكلِّي المثل أو بكلِّي القيمة لا بعنوان ما يختاره المالك ليكون هو المتيقن وغيره المشكوك، إلاَّ أن ما يختاره المالك إمَّا هو البدل الواقعي فيكون مسقطاً فحراً، أو هو بدل البدل لرضاء المالك بغير الجنس في مقام

الوفاء فيكون مسقطاً أيضاً، فما يختاره المالك ممّا يقطع بكونه مسقطاً للذمة الثابتة دون غيره، فإنه مشكوك فالأصل عدم سقوطها إلا بما يختاره المالك.

وفيه: أنّ الكلام في إجراء الأصل بالاضافة إلى ما اشتغلت به الذمة من المثل بالخصوص أو القيمة بخصوصها، وأمّا ما يرضى به المالك بدلاً عن البدل فهو قد يكون القيمة في المثلي مثلاً، وقد يكون شيئاً آخر غير المثل والقيمة ممّا لا ينضب تحت ضابط ولا تعيينه محل الكلام.

ومن الواضح أنّ دفعهما معاً مستلزم لاداء ما في الذمة سواء رضي المالك بأحدهما بالخصوص أم لا، فلا يتوقف القطع بالبراءة بدفع ما يختاره المالك، ونسبة الأصل إلى كليهما على حد سواء، فتدبر جيداً.

٢١٨ - قوله ﷺ: (مضافاً إلى عموم «على اليد ما أخذت»... الخ)^(١).

لا يخفى عليك أنّ دفع البدل إمّا بواسطة انقلاب عهدة العين بتلفها إلى ذمة المثل والقيمة - كما عليه المشهور بل المصنّف ﷺ في ظاهر كلامه - أو بواسطة سقوط عهدة بالبدل عند تلف العين كما يسقط بأدائها عند وجودها، أو بواسطة أنّ وجوب دفع البدل من أحكام عهدة العين شرعاً و عرفاً ولو مع بقاء عهدة العين أبدأً، لكونها مغياة بغاية قد امتنعت فيمتنع سقوط العهدة المغياة بها.

فإن قلنا بالأول فسقوط عهدة العين - التي هي مفاد عموم على اليد - قطعي لا شك في بقائها كي يتمسك بالعموم تارة وبأصالة بقاء العهدة الثابتة أخرى، بل وجوب دفع البدل ثابت بدليل آخر، والمفروض دوران الواجب بين المتبائنين.

وإن قلنا بالثاني فسقوط العهدة في نفسه وإن كان قابلاً للشك إلا أنّ التخصيص ليس بعنوان ما يختاره المالك حتى يقال: إن التخصيص به والخروج عن العهدة به مقطوع به، وبغيره مشكوك فيتمسك بالعموم أو بالأصل، بل التخصيص بأحد أمرين من المثل أو القيمة، فأمر المخصص دائر بين المتبائنين، فلا مجال للتمسك بالعموم،

كما أنه لا مجرى لأصالة بقاء العهدة بغير ما يختاره المالك لما مر^(١) من أنه لو دفع المثل والقيمة إلى المالك لسقطت العهدة قطعاً، سواء رضي بأحدهما بالخصوص أم لا.

وإن قلنا بالثالث فلا شك في بقاء العهدة أبداً، وإنما الشك في أن حكم العهدة الباقية هل هو وجوب دفع المثل أو القيمة، ولا متيقن بينهما حتى يؤخذ به ويجري الأصل في غيره، فلا مجال أيضاً للتمسك بالعام ولا لاستصحاب الضمان المستفاد من قوله ﷺ (على اليد)، بل ينحصر استصحاب العهدة فيما إذا شك في حصول أداء العين حقيقة.

٢١٩- قوله ﷺ: (التخير في الاداء من جهة دوران الأمر... الخ)^(٢).

لا يذهب عليك أن التخير الشرعي مورده الخبران المتعارضان مع عدم المرجح، وليس ما نحن فيه من هذا القبيل، والتخير العقلي مورده دوران الأمر بين أمرين بحيث لا يمكن الاحتياط بفعلهما أو بتركهما، وقد عرفت إمكانه بدفع المثل والقيمة، وإن لم يخرج كلاهما عن ملكه.

وما أفاده ﷺ من عدم تعين المثل والقيمة بنحو لم يكن لأحدهما الامتناع لا يوجب امتناع الاحتياط على الوجه المزبور، والتشاح لا يوجب ابطال الاحتياط ولا امتناعه.

٢٢٠- قوله ﷺ: (لأنه أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات... الخ)^(٣).

لا ريب في أن المثل أقرب إلى التالف، ولا ينسلخ عن هذا الشأن أبداً، إلا أن المظنون من حال العقلاء ورعايتهم للحكمة عدم التضمن بالأقرب مطلقاً، بل إذا كان الأقرب موجوداً نوعاً فماله مماثل نوعاً من حيث الحقيقة والصفات التي بها

(١) تعليقه ٢١٧.

(٢) كتاب المكاسب : ١٠٦ سطر ١٦.

(٣) كتاب المكاسب : ١٠٦ سطر ١٨.

تفاوتت الرغبات مضمون عندهم بالمثل وإلا فبالقيمة، سواء كان مماثله موجوداً أحياناً أو لم يكن له مماثل أصلاً، وأما مع الشك في أنهم يحكمون بالضمان بالمثل - وإن وجد من باب الاتفاق - فالأصل ما مرّ^(١).

٢٢١- قوله ﷺ: (لأن ما عادهما يلاحظ مساواته للتالف... الخ)^(٢).

كونهما ميزاناً ومعياراً لفهم مساواة التالف لغيره لا يكون دليلاً على تأخر رتبته عنهما، بل الوجه في تعيين التقدين أنهما حيث لا تتفاوت بهما الرغبات نوعاً، بخلاف غيرهما فلا شأن لهما إلا المالية فهما كغيرهما مما يجري مجراهما في الرواج متمحضان في المالية، فلذا ليس للضامن الامتناع من دفعهما؛ ولا للمالك الامتناع من أخذهما، فالذمة مشغلة بالمالية المحضبة التي لا مصداق لها إلا النقود، لا إتها مشغلة بها ولا بالمالية اللابشرط السارية في كل مال.

ما استدل به على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة

٢٢٢- قوله ﷺ: (وربما يناقش في الآية بأن مدلولها... الخ)^(٣).

توضيحه: أن المماثلة تارة بين الاعتدائين؛ كالضرب في مجازاة الضرب دون القتل والشم، وأخرى بين مقدارهما كالدرهم الواحد بإزاء الواحد لا الاثنان في قبال الواحد، وثالثة في المُعْتَدَى به كالحنطة بإزاء الحنطة مثلاً، لا بمعنى الاتلاف في قبال الاتلاف كما في الأول.

فإن جعلنا كلمة «ما» مصدرية غير زمانية فالمعنى فاعتدوا عليه بمثل اعتدائه، وإن جعلناها موصولة فالمعنى فاعتدوا بمثل الشيء الذي أعتدي به عليكم، وحينئذٍ يحتمل أن يراد بمثل ذلك الشيء في الطبيعة والحقيقة، ويحتمل أن يراد بمقداره لا

(١) تعليقة ٢١٨.

(٢) كتاب المكاسب: ١٠٦ سطر ١٩.

(٣) كتاب المكاسب: ١٠٦ سطر ٢٣.

أزيد منه كما أو كيفاً.

وبناءً على الأول لا دلالة للآية إلا على المماثلة في الاعتداء، وهي غير مرادة هنا، بل غير جائزة هنا؛ إذ مماثل اتلاف المال هو الاتلاف كمماثلة الضرب للضرب. وبناءً على الثاني يصح الاستدلال بها وإن أريد منها المماثلة في المقدار، لأنها تلازم المماثلة في الحقيقة إذا أريد الزيادة والنقص من المقدار دون غيرهما كما سيأتي^(١) إن شاء الله تعالى.

فاتضح أنّ دعوى الملازمة بين المماثلة في الاعتداء والمعتدى به، وبين المماثلة في المقدار وفي المعتدى به ليست على الإطلاق.

بل الأولى فيما إذا لم يتعدد الاعتداء والمعتدى به في الوجود كالضرب بازاء الضرب، فإنّ الضرب جزء للضرب، وما يجزئ به باعتبارين، فالمماثلة بين الاعتداء والمعتدى به متحققة في مثله، بخلاف اتلاف حنطة الغير فإنّ مماثل اعتدائه هو الاتلاف، ومماثل المعتدى به هي الحنطة فلا ملازمة.

والثانية فيما ذكرنا من تفاوت المعتدى به من حيث الزيادة والنقص دون غيرهما، كما في التهذيب عن الصادق عليه السلام (في رجل قتل رجلاً في الحرم وسرق في الحرم؟ فقال عليه السلام: يقام عليه الحد وصغار له، لأنه لم ير للحرم حرمة، وقد قال الله تعالى ﴿فَنَنْتَهِيَنَّ عَنْكُمْ فاعثدوا بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٢) يعني في الحرم وقال ﴿فلا عدوان إلا على الظالمين﴾^(٣) فإنّ المماثلة بين السرقة والحد ليست في الاعتداء والمعتدى به، بل في كيفية وقوعهما في الحرم، فليست المماثلة في كل كيفية مستلزمة للمماثلة في طبيعة الاعتداء والمعتدى به، ومن استدلاله عليه السلام بالآية مع أنّ موردها مقاتلة المشركين في الشهر الحرام يظهر أنّ المراد أعم، وأنّ المماثلة أعم من حيث الاعتداء

(١) تعلية ٢٢٣ و ٢٢٦.

(٢) البقرة آية ١٩٤.

(٣) البقرة آية ١٩٣.

(٤) التهذيب ٥: ٤٦٣ باب ١٦ حديث ٢٦٠، وسائل الشريعة، باب ١٤ من ابواب مقدمات الطواف ح ١، ونصها كما في التهذيب (قلت: فما تقول في رجل قتل في الحرم أو سرق؟ قال: يقام عليه الحد في الحرم صاغراً... الخ).

والمعتدئ به وكيفياته.

٢٢٣- قوله ﷺ: (نعم الانصاف عدم وفاء الآية... الخ)^(١).

تحقيق المقام: أنَّ المماثلة تارة هي المماثلة المطلقة لا مطلق المماثلة، فيراد منها المماثلة من جميع الجهات من الذات والصفات والمالية، وأخرى هي المماثلة من حيث الذات والصفات، وثالثة هي المماثلة من حيث المالية، ورابعة هي مطلق المماثلة، سواء كانت مماثلة من جميع الجهات أو من حيث الحقيقة أو من حيث المالية، فمع اثبات إحدى التعينات الثلاث تثبت المماثلة المطلقة أو المماثلة الخاصة، ومع عدمه فمطلق المماثلة.

وجه الأولى: أنَّ المماثلة بلا عناية هي المماثلة المطلقة؛ وإلا فهي مماثلة من وجه دون وجه آخر.

وجه الثانية: أنَّ المماثلة العرفية هي المماثلة من حيث الحقيقة، فمماثل الحنطة عرفاً هي الحنطة ومماثل الثوب هو الثوب عرفاً.

وجه الثالثة: أنَّ الاغراض العقلائية في باب الأموال متعلقة بحيثية المالية، ولا ريب أنَّ العبرة في مقام الاستظهار من الآية بالمماثلة العرفية، فيتعين الثانية إلا أنَّ لازمها أداء المثل وإن سقط عن المالية، مع أنَّ الآية إذا كانت دليلاً على التضمن والتغريم فلا بد من رعاية حيثية المالية، إذ المال التالف لا يتدارك إلا بالمال لا بغير المال.

فالفرق بين الأولى والثانية أنَّ المالية ملحوظة في الأولى من حيث إضافة المماثلة إليها، فيجب أن تكون المالية في المثل بحد المالية في التالف، وإلا لم يكن مماثلاً له في المالية، وعليه فليس للضامن إلزام المالك بالمثل الذي لا يساوي ماليته مالية العين، فضلاً عما إذا كان ساقطاً عن المالية.

والمالية في الثانية غير ملحوظة في المماثلة، بل معتبرة من حيث إنَّ الدليل الدال على أداء المثل في مقام التغريم والتضمن، فيكفي فيه مجرد كونه مالاً بالحمل

الشائع، فيجب حينئذٍ أداء المال الذي يماثله من حيث الحقيقة لاكل ما يماثله من حيث الحقيقة.

وأما أنّ المدار عند العقلاء على المالية فهو مسلم، إلا أنه لا ينافي تعلق الغرض العقلاني بمطالبة الحقيقة التي تختلف بها الرغبات العقلانية، فأوجه الوجوه الوجه الثاني بالبيان المتقدم.

فيندفع عنه بعض ما ذكره المصنف رحمته لابتناؤه على استظهار المماثلة على الوجه الأول، نعم مقتضى الآية حينئذٍ أداء المال المماثل في الحقيقة والذات في المثليات والقيميات، كما أنه على الوجه الثالث يجب أداء القيمة مطلقاً، وعلى الوجه الرابع يتخير بين المثل والقيمة مطلقاً لترتب الحكم على مطلق المماثلة فيتخير عقلاً بين أفرادها، فعلى أي حال لا يصح الاستدلال بالآية على التفصيل بأداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي.

إلا أنّ ما نسبته المصنف رحمته إلى الشيخ رحمته من الاستدلال بالآية لهذا التفصيل فلم أظفره في المبسوط، بل الموجود في باب الغصب من المبسوط الاستدلال بالآية لخصوص ضمان المثلي بالمثل، فراجع^(١).

كما أنّ العلامة رحمته استدلل بها في التذكرة^(٢) لأصل اعتبار المالية في مقام التدارك لا لوجوب أداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي، هذا كله في الآية وعدم مطابقتها لمذهب المشهور.

وأما الطريقة العرفية فعلى ما أفاده رحمته في تقريبها فكذلك، وأما بناءً على ما قدمناه^(٣) من التقريب، ودوران وجوب أداء المثل مداركونه ذاماتل نوعاً فيمكن أن يقال حينئذٍ إنه ليس المثلي إلا ما كان كذلك، فلم يجب المثل إلا في المثلي.

(١) المبسوط ٣: ٦٠.

(٢) التذكرة ٢: ٣٨٣ سطر ٣- الحجرية.

(٣) تعليقة ٢١٥.

٢٢٤- قوله ﷺ: (ولعله من جهة صدق أداء القرض... الخ) (١).

لا يخفى عليك أنّ الكلام تارة في حلّ عقد القرض - لكونه جائزاً على المشهور - برّد العين المقترضة، فحينئذ لا يجوز غير ردّ العين، ولا يمكن أداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي مع وجود العين بعد حلّ العقد، وأخرى في أداء ما اشتغلت به الذمة، فإذا كانت العين المقترضة قيمة فمعناه اشتغال الذمة بالعقد والقبض بنفس قيمة العين، ولا يعقل جعل كلي ما في الذمة خارجياً إلاّ بأداء مصداقه، فلا يعقل أنّ تكون العين ولا مثلها مصداقاً لما في الذمة، حتى يتحقق بأدائها أداء القرض.

فمن يجوز ردّ العين لا بد من أن يلتزم بأحد أمرين: إمّا قصد حلّ عقد القرض برّد العين، أو أنّ القيمي غير مضمون بالقيمة، بل القيمة ارفاق ويجوز ردّ المثل، وحينئذ يجوز ردّ العين وردّ المثل، إذ الذمة لم تشتغل بعنوان المثل حتى يقال إنّ المماثلة من باب التضائف؛ والشئ لا يكون مماثلاً لنفسه، بل اشتغلت بكلي الثوب مثلاً، وكلا الأمرين من العين ومثلها مصداق لذلك الكلي، ومما ذكرنا تبين أنّ جواز ردّ العين في القيمي ملازم لجواز ردّ المثل أيضاً.

٢٢٥- قوله ﷺ: (فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل... الخ) (٢).

لا يخفى أنّ التحقيق وإن كان بقاء العين في العهدة في المثلي والقيمي إلى زمان أداء المثل أو القيمة، فالاعتبار حينئذ بقيمة يوم الدفع كما سيأتي (٣) إنّ شاء الله تعالى، إلاّ أنّ الكلام في مخالفة مقتضى الدليلين لمسلك المشهور لا للمسلك المنصور، فالفرض أنّ المشهور بناءً على مسلكهم لا يمكنهم الاستدلال بالدليلين، ولا يمكن الاستدلال على مسلكهم بهما فلا تغفل.

٢٢٦- قوله ﷺ: (وايضاً فلو فرض نقصان المثل... الخ) (٤).

(١) كتاب المكاسب: ١٠٦ سطر ٢٨.

(٢) كتاب المكاسب: ١٠٦ سطر ٢٩.

(٣) تعليقة ٢٣٣.

(٤) كتاب المكاسب: ١٠٦ سطر ٣٠.

هذا إذا كانت المماثلة مطلقة ومن جميع الجهات، لكنه قد مر^(١) عدم تعيينها، بل الظاهر المماثلة من حيث الحقيقة مع حفظ المالية تحقيقاً للتغريم والتضمين بالمال، فلا يكون مقتضى الآية مخالفاً لمسلك المشهور، نعم الالتزام بكفاية المماثلة من حيث الحقيقة - ولو مع سقوط المثل عن المالية رأساً - فهو غير صحيح.

وإن قلنا: بأن الآية ناظرة إلى المماثلة من حيث الحقيقة فقط، فإنها المماثلة العرفية في كل شيء؛ لأن اعتبار المالية ليس من حيث دخلها في المماثلة، بل من حيث إن الآية في مقام التحريم، ولا يتدارك المال إلاً بالمال، فلا بد من حفظ المالية وإن كانت المماثلة لا من حيث المالية حتى يعتبر رعايتها بحدها الموجود في العين التالفة.

ومنه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية وسقوط المثل عن المالية، فإن رد العين بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتها، لكن التضمين والتغريم بلحاظ ماليتها فيجب حفظ المالية في الثاني دون الأول، ولا يقاس أحدهما بالآخر.

٢٢٧- قوله ﷺ: (وإن وجد مثله أو كان مثله في ذمة الضامن... الخ)^(٢).

الظاهر في ذمة المالك؛ كما تقدم وسيأتي إن شاء الله تعالى من أنه لو لا الاجماع لزم التهاثر فيما إذا كان للضامن في ذمة المالك مثل ما أتلفه منه.

٢٢٨- قوله ﷺ: (ومع الاختلاف الحق بالقيمي فتأمل... الخ)^(٣).

فإن قلت: التفصيل بين صورة تساوي المثل المدفوع مع العين التالفة في المالية وصورة تفاوتهما، إمّا بعد البناء على العموم، كما أفاده قبل ذلك بأسطر وحكم بأن المرجع هو العموم لتردد المخصص بين الأقل والأكثر.

وإمّا مع قطع النظر عن العموم والحكم على طبق الأصل، فإن كان الأول فاللازم

(١) تعليقة ٢٢٣.

(٢) كتاب المكاسب: ١٠٧ سطر ٤.

(٣) كتاب المكاسب: ١٠٧ سطر ٤.

مع وجود المماثل مطلقاً هو أداء المثل إلى أن يقطع بأنه قيمي، وإلا فالاجماع على الكبرى - وهي أن القيمي مضمون بالقيمة - لا يجدي لاثبات الصغرى.

وإن كان الثاني فالحكم بالحق المشكوك في صورة تفاوت قيمة المثل مع قيمة التالف بالقيمي - لأصالة الاشتغال إلا بما يختار المالك - وجبه، لأن العاقل لا يختار المثل الذي يسوى درهمين مثلاً على أربعة دراهم، ولكن الحكم بتعين أداء المثل في صورة التساوي بلا وجه، إذ من الممكن بعد تساوي المثل والتالف في المالية أن يختار المال المتمحض في المالية، وأن لا يختار المثل كما ربما يتعلق الغرض بأخذ المثل لوجدانه للحقيقة والمالية، ورضا المالك نوعاً وإن كان بالثاني فكان العين لم تلتف إلا أن المعتبر في انقطاع أصالة الاشتغال برضا المالك شخصاً لا نوعاً، فالتفصيل بلا وجه على أي حال.

قلت: بناءً على العموم فإنه حاصل ما تقدم منه، وقد صرح سابقاً^(١) أن مقتضى العموم كون المثل مماثلاً للتالف في الحقيقة والمالية، فالمثل المساوي للتالف مشمول للعموم قطعاً، والمثل الغير المماثل للتالف في المالية لا يصدق عليه عنوان العام.

وما تقدم منه من التمسك بالعموم في قبال السلب الكلّي، لا لبيان الايجاب الكلّي، وعليه فالمثل المتفاوت مع التالف غير خارج بالتخصيص، بل غير داخل في العام من رأس، فلا محالة لا بد فيه من إجراء الأصل، وحيث إن العاقل لا يختار المثل في مثله على القيمة، فالمالك قطعاً يختار القيمة هنا، نعم بناء على ما ذكرنا^(٢) في تحقيق حال الاصل لا يتعين على الضامن دفع القيمة، بل له تمكين المالك من المثل والقيمة فينتطبق ما في الذمة على مصداقه قهراً رضي المالك به أم لا.

ومما ذكرنا تبين أن ما ذكره جملة من أجلّة المحسّنين^(٣) في المقام من أن المرجع

(١) كتاب المكاسب: ١٠٦ - سطر ٢٤.

(٢) تعليقة ٢١٧.

(٣) حاشية الزدي ٩٨ سطر ٧.

هنا هو العام غفلة عن حقيقة المرام، ولعله ﷺ أشار بالأمر بالتأمل إلى الاعتراض ودفعه، فتدبر جيداً.

إذا لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمنه فهل يجب شراؤه

٢٢٩- قوله ﷺ: (ويؤيده فحوى حكمهم... الخ) (١).

تقريب الفحوى: أنّ أداء المثل مع نقصان قيمته عن قيمة التالف لمكان صدق المماثلة، فإذا صدق عليه أنه مماثل مع عدم كونه مماثلاً للتالف في المالية بحدّها، فصدق المماثل عليه مع بلوغه لقيمة التالف وزيادة بالأولوية، فإنّه مماثل له في الحقيقة والمالية على الحقيقة لا بالعناية، وبمجرد المماثلة في الصورة. وفيه: أنّ الأولوية بالصدق في مقام الكفاية واضحة، والكلام في الأولوية في مقام اللزوم، وأنّه إذا لزم أداء المثل في مقام تفرغ الذمة مع نقصان القيمة، فهو مع ارتفاع قيمته أولى باللزوم، مع أنّه لا موجب له بل غايته المساواة من حيث إنّ نقصان القيمة موجب لتضرر المالك وارتفاعها موجب لتضرر الضامن.

إذا تعدّر المثلي في المثلي

٢٣٠- قوله ﷺ: (لأنّ منع المالك ظلم وإلزام الضامن بالمثل منفي... الخ) (٢).

تقريبه: أنّ العين المغصوبة مثلاً ذات شؤون ثلاثة:

أحدها: الخصوصية الشخصية المفردة لها.

ثانيها: الخصوصية النوعية.

ثالثها: حيثية المالية القائمة بها.

وتعدّر كل مرتبة لا يوجب اضمحلال سائر المراتب، فكما أنّ منع المالك عن

(١) كتاب المكاسب: ١٠٧ سطر ٧.

(٢) كتاب المكاسب: ١٠٧ سطر ١٦.

الخصوصية الشخصية مع امكانها ظلم، وكذا منعه عن الخصوصية النوعية مع تيسر المثل ظلم، كذلك منعه عن أصل المالية بأداء القيمة ظلم. وأنت خبير بأن الامتناع عن أداء المالية إنما يكون ظلماً مع استحقاق المالك، فثبوت الاستحقاق به كما هو المفروض دوري.

والعين التالفة وإن كانت ذات شؤون ثلاثة وبلحاظها جعلت المثل والقيمة، لكن مجرد كون العين ذات شؤون ليس بنفسه دليلاً على لزوم المثل أو القيمة شرعاً أو عرفاً، وما ثبت شرعاً وعرفاً في المقام هو المثل، وثبوت القيمة بتعذره مع تيسره فيما بعد أول الكلام، فكيف يكون المنع عما يشك في استحقاق المالك له ظلماً شرعاً أو عرفاً؟!.

فان قلت: إنما يكون ظلماً بلحاظ دليل السلطنة، حيث إنه كان له السلطنة على العين بجميع شؤونها ومنها ماليتها، فمنعه عن أداء ماليتها منعاً هو تحت سلطانه شرعاً.

قلت اولاً: أن ظاهر كلام المصنف رحمته اثبات استحقاق القيمة بكون المنع ظلماً، وعلى هذا البيان يكون الاستحقاق مفروغاً عنه بدليل السلطنة، فإنه الموجب لكون المنع ظلماً.

وثانياً: أن جميع شؤون العين تلفت بتلفها، والمالية القائمة بالقيمة أو المثل مالية أخرى قائمة بها مغايرة وجوداً لمالية العين، وكذا مالية القيمة بالاضافة إلى مالية المثل المتعذر، فالسلطنة على أخذ القيمة سلطنة على مال الغير لا على ماله التالف، ولذا ذكرنا سابقاً أن دليل السلطنة لا يكون دليلاً على الضمان، فراجع^(١).

وربما يتمسك بقاعدة نفي الضرر، فإن أريد أن لزوم الصبر على المالك ضرر عليه، أو أن جواز التأخير من الضامن ضرر على المالك، فكلاهما عقلي لا جعلي شرعي، فإن ما يستحقه المالك هو المثل، فلا يمكنه الوصول إليه إلا بالصبر كما لا يتمكن الضامن من ايصاله إلى مالكة إلا بالتأخير.

وإن أريد أن إمتناع الضامن عن أداء القيمة ضرر منه على المالك.
ففيه: أن تضرر المالك نشأ من قبيل تعذر ماله وهو المثل، وليس الامتناع عما لا يستحقه ضرراً من الضامن على المالك، لأن استحقاقه القيمة أول الكلام.
 وإن أريد أن عدم جواز مطالبة المالك للقيمة ضرر عليه.
ففيه: أن عدم ترخيصه في مطالبة ما يستحقه ضرر، وأما عدم الاذن في مطالبة ما لا يستحقه فلا، فكيف يثبت به الاستحقاق مع نفعه على ثبوته.
 وإن أريد عدم ضمان الضامن للقيمة ضرر فيرفع هذا الحكم، ولازمه ثبوت نقيضه.

ففيه: - بعد تسليم شمول القاعدة للاحكام العدمية، وكون مفادها نفي الحكم الضرري لانفي الحكم عن الموضوع الضرري؛ حيث لا موضوع ضرري هنا - أن عدم تدارك التالف أصلاً ضرر، وأما بعد تداركه بالمثل الواجب شرعاً، فعدم تضمين القيمة ليس ضرراً حتى يرفع القاعدة، مع أن المشهور لا يلتزمون باجراء القاعدة على اطلاقها، وذهابهم هنا إلى لزوم القيمة ليس من باب الاستناد إلى قاعدة نفي الضرر؛ حتى يكون جابراً لوهم دلالتها، فتدبر جيداً.

٢٣١- قوله ﷺ: (مضافاً إلى قوله تعالى ﴿فاعتدوا﴾^(١)... الخ)^(٢).

تحقيق المقام: أن الأمر بالاعتداء إما للارشاد إلى اشتغال الذمة بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي، وإما لمجرد الإذن والترخيص في أخذ المثل في المثلي والقيمة في القيمي.

فإن كان للارشاد فهو يتصور على وجوه ثلاثة لا يفي شيء منها بما ذهب إليه المصنف ﷺ والمشهور:

أحدها: الارشاد إلى اشتغال الذمة بالمثل فيما له مماثل نوعاً فعلاً بالاضافة إلى حال اعتداء الضامن وهو حال التلف أو الاتلاف، والى اشتغال الذمة في القيمة فيما

(١) البقرة آية ١٩٤.

(٢) كتاب المكاسب: ١٠٧ سطر ١٧.

لا مماثل له نوعاً فعلاً بلحاظ تلك الحال، أما لعدم المماثل له نوعاً في حد ذاته كالقيمات، أو لا مماثل له بالفعل كالمثلي المتعذر مثله، فهو دليل على اشتغال الذمة بالقيمة في صورة تعذر المثل من الابتداء من دون نظر إلى التعذر الطارئ، وهذا أخص مما يدعيه المصنف رحمته.

ثانيها: الارشاد إلى الاشتغال بالمثل فيما له مماثل نوعاً فعلاً بالإضافة إلى حال اعتداء المالك؛ وهو زمان تفرغ ذمة الضامن، وإلى الاشتغال بالقيمة فيما لم يكن له مماثل في تلك الحال، فيكون دليلاً على ثبوت القيمة في صورة طريان التعذر؛ ولازمه اشتغال الذمة من أول الأمر بالقيمة فيما لا مماثل له حال اعتداء المالك، لا اشتغالها بالمثل ابتداءً وانقلابها إلى القيمة عند التعذر كما عليه المشهور والمصنف (رضوان الله عليهم).

ثالثها: الارشاد إلى اشتغال ال ذمة بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي لا بلحاظ حال من الأحوال، بل الذمة تشتغل فيما له مماثل نوعاً حدوثاً أو بقاءً بمثله وإلاً فبقيمته، فالمثلي المتعذر مثله بقول مطلق كالقيمي دون خصوص المتعذر حدوثاً أو خصوص المتعذر بقاءً، فهو خلاف ما ذهب إليه المشهور والمصنف من اشتغال الذمة بالقيمة مع طريان التعذر وإن تيسر سابقاً أو لاحقاً، فالآية بناءً على الارشاد بصورها المحتملة لا تكون دليلاً على مسلك المشهور.

وأما إن كان الأمر للاذن والترخيص في الاعتداء والتغريم، فلا محالة لا يتصور فيه الشق الثالث - وهو الاطلاق -؛ إذ لا معنى للاذن في الاعتداء بالمثل مع عدم وجوده في حال الاعتداء بلحاظ وجوده في غير تلك الحال، وليس كاشتغال الذمة بالمثل فإنه يكفي فيه مجرد وجوده حدوثاً أو بقاءً، فلا محالة إما مفيد للاذن في الاعتداء بالمثل فيما له مماثل نوعاً موجود في حال التلف، فينحصر قهراً زمان الاعتداء به في أول الأمر، وبعده لا بد من أن يعتدي بالقيمة وإن تيسر المثل.

وإما مفيد للاذن في الاعتداء بالمماثل الموجود في حال اعتداء المالك أيماً ما كان، ففي زمان التغريم إن كان المثل موجوداً فله تغريمه به، وإن لم يكن سابقاً

موجوداً، وأما إن لم يكن في زمان التفریم موجوداً فله الاعتداء بالقيمة، فيجوز له الاعتداء من حين التلف إلى الآخر بالمماثل في الحقيقة والمالية إن كان موجوداً حال التفریم، وإلا فالاعتداء بالقيمة فيوافق مسلك المشهور.

وهذا هو الظاهر؛ لأن ظاهر الأمر في أمثال المقام هو الاذن التكليفي، كما أن الظاهر كون المماثل مماثلاً بلحاظ حال إضافة الاعتداء ونسبته إليه كما في كل وصف اشتقاقي أو ما هو كالمشتق إذا نسب إليه شيء، فإن الظاهر كونه كذلك حال الاسناد، لكن هذا كله بناءً على كون الآية دليلاً على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة.

وأما بناءً على ما قدمناه^(١) من عدم الدلالة إلا على ضمان كل تالف بالمثل أو بالقيمة أو بأحدهما تخبيراً، نظراً إلى أن المماثلة إما بلحاظ الحقيقة والمالية، أو بلحاظ الحقيقة فقط، أو بلحاظ المالية فقط، أو بأي واحد منهما على الإطلاق، فحينئذ لا مجال للتفصيل المنسوب إلى المشهور، ولا نظر له إلى حال تعذر المثل فينحصر الأمر في ما يقتضيه الطريقة العرفية التي هي المرجع غالباً في باب التفريمات والتضمينات، حيث لم يرد من الشارع غالباً إلا أنه ضامن من دون تعرض للمضمون به، فلولاً الاتكال على الطريقة العرفية الجارية في باب التفريمات لما صح منه هذا الإهمال.

وحينئذ فنقول: قد عرفت أن المماثل في الحقيقة والمالية أقرب إلى العين من المماثل لها في خصوص المالية، إلا أن مجرد هذه الاقربية الذاتية لا يوجب تعيين الأول ما دام موجوداً. وإن كان اتفاقاً - فإنه منافٍ للحكمة العقلية، بل إنما يتعين إذا كان الشيء ذا مماثل بقول مطلق نوعاً، فما كان له مماثل في حقيقته نوعاً فهو مثلي وما لم يكن له مماثل نوعاً فهو قيمي، فكما لا يضر وجود المماثل في الحقيقة من باب الاتفاق بكون الشيء مثلياً، فمناط المثلية والقيمية كون الشيء ذا مماثل في حقيقته نوعاً وعدمه، لا كونه ذا مماثل فعلي وعدمه.

وتوهم: أنّ القيمة بدل المثل لا بدل العين ليكون منافياً للميزان المزبور، وحينئذ إنّ كان التعذّر كالتلف فهي بدل المثل حقيقة، وإنّ كان التعذّر كالحيلولة فهي بدل الحيلولة.

مدفوع: بأنّ هذه الاحكام أحكام ما له عهدة وضمن كالعين التالفة أو المُتلفّة، وأمّا المثل ولو كان في الذمة فهو مضمون به لا أنّه مضمون، فليس له أثر المضمون من كونه ذا بدل عرفاً؛ أو أنّ الحيلولة بينه وبين مالكة بالتعذر موجب لاجراء حكم بدل الحيلولة على ما ليته.

فالانصاف أنّ الطريقة العرفية قاصرة عن اثبات البديل للعين ما عدا المثل، وكذا عن اثبات البديل للمثل بأحد النحويين المزبورين وسيأتي^(١) إنّ شاء الله تعالى تنمّة الكلام.

٢٣٢- قوله ﷺ: (وأما مع عدم مطالبة المالك فلا دليل... الخ)^(٢).

لا يخفى عليك أنّه حيث لا معنى لانقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة بمطالبة القيمة التي لا يستحقها، لأنّ المفروض تفرّع الاستحقاق على المطالبة، كما لا معنى لانقلاب التكليف بأداء المثل إلى التكليف بأداء القيمة، بمطالبة ما لا يجب عليه أدائه إلا بمطالبة ما لا يجب عليه أدائه، بحيث يكون مطالبة ما لا يجب عليه رأساً موجباً لوجوب الاداء عليه رأساً، فلا محالة يجب الالتزام بأحد أمرين:

الاول: انقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة بمجرد التعذّر، وحينئذٍ للضامن تفرغ ذمته بعد التعذّر - متى شاء - طالبه المالك أم لا، كما أنّه إذا صبر إلى تيسر المثل لم يكن للمالك مطالبة المثل، لأنّ ذمة المثل سقطت ولا دليل على عودها لا بالتيسر ولا بالمطالبة.

الثاني: أنّ للمثل الذي هو في ذمة الضامن حيثيتين حيثية الطبيعة المماثلة للتالف وحيثية المالية، فللمالك رفع اليد عن الاولى ومطالبة الثانية، وليس للضامن اسقاط

(١) تعليقة ٢٣٢ قوله (واما على القول ببقاء...).

(٢) كتاب المكاسب: ١٠٧ سطر ١٧.

الاولى ودفع الثانية، فإنَّ أمر المال بجميع شؤونه بيد مالكه دون غيره، كما أنه إذا صبر المالك إلى أن يتيسر المثل له مطالبته لبقائه في ذمة الضامن على ما هو عليه. إلا أن الأمر الأول فاسد عندنا من أصله، حيث لا اشتغال بذمة المثل كي تنقلب إلى ذمة القيمة، والانقلاب - ولو مع القول باشتغال الذمة بالمثل - غير صحيح، لعدم الدليل عليه كما اعترف به المصنف رحمته فيما سيأتي ^(١) إن شاء الله تعالى من كلامه رحمته. والأمر الثاني قد مر ^(٢) فساده في العين التالفة، فكذا المثل المتعدّر، فإنَّ العين بشؤونها القائمة بها وهي الحصص المماثلة لخصص أخرى تجمعها طبيعة كليّة قد تلفت، كما أن المثل أيضاً بشؤونه القائمة به متعدّر، ومالية الدينار والدرهم حصة أخرى من المالية غير قائمة بالمثل ليكون له المطالبة بها.

وأما على القول ببقاء العين في العهدة - وأن لزوم أداء المثل أو القيمة من أحكامها العرفية عند تلفها - فقد مر ^(٣) عدم اقتضاء الطريقة العرفية، والمناط للمثلية والقيمية وجوب أداء القيمة عند تعدّر أداء المثل، لكن بعد فرض وجوبه فإنما هو بعنوان البدلية للعين في طول البدل الأصلي - وهو المثل لا بعنوان البدلية للمثل حقيقة، أو من باب بدل الحيلولة - لما مر ^(٤) من عدم المقتضي للتغريم والتضمين المقتضي لهذه الآثار بالاضافة إلى المثل، فحيث إنَّ القيمة بدل في طول المثل، فللمالك مطالبة البدل الأصلي بعد تيسره، لأنَّ بدلية القيمة ثانياً وفي طول المثل لا تسقط المثل عن البدلية، لكنه حيث إنَّ القيمة بدل طولاً في هذه الحالة حقيقة، فللضامن تفرغ عهده عن العين التالفة بما هو بدلها في هذه الحال، والخروج عن عهدة الشيء بأداء بدله الحقيقي قهري.

ويمكن أن يقال: بناءً على عدم الانقلاب - سواء قلنا بعدم اشتغال الذمة بالمثل

(١) كتاب المكاسب ١٠٧ سطر ١٧ حيث قال (واما مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة...).

(٢) تعليقة ٢٢٣، ٢٣٠.

(٣) تعليقة ٢٣١.

(٤) تعليقة ٢٣٠.

أيضاً؛ أو قلنا بالاشتغال بالمثل فقط ليس هناك على الفرض اشتغال الذمة بالقيمة ولا استحقاق القيمة على الضامن، إذ لا معنى للاستحقاق الوضعي المتعلق بنفس العين أو القيمة إلاّ لو كان في ذمة الغير، فليس هناك على الفرض إلاّ الترخيص في مطالبة القيمة من الضامن، وحينئذ لا مانع من حدوث التكليف بالاداء بمطالبة المالك الجائزة عرفاً وشرعاً، وليست المطالبة إلاّ مطالبة ما يجوز مطالبته، ولا يستلزم نفس جواز المطالبة لوجوب الاداء حتى يقال للضامن أداء ما وجب عليه ولو قبل المطالبة، لأنّ الترخيص إنّما يلغو إذا لم يجب الاداء عند فعلية المطالبة، فإنّه ترخيص فيما لا أثر له، وأمّا عند الترخيص فلا موجب للاستلزام واللغو، فهذه غاية ما يمكن به تقريب مرامه (زيد في علو مقامه).

ومع ذلك فلا يخلو عن شيء؛ إذ كون المثل هنا في الذمة وعدم ذمة أخرى، بل مجرد جواز المطالبة ككون العين في العهدة وعدم انتقالها إلى ذمة المثل أو القيمة، بل مجرد جواز المطالبة ببدلها، فكما أنّ جواز مطالبة المالك هناك يلازم وجوب الاداء على الضامن موسّعاً ويتضيق بفعلية المطالبة، كذلك جواز المطالبة هنا، وكما للضامن هناك المبادرة إلى أداء ما عليه وإن لم يطالبه المالك كذلك هنا، والله أعلم بحقايق أحكامه.

هل العبرة في قيمة المثلي المتعذر يوم الدفع أم غيره

٢٣٣- قوله ﷺ: (إنّ المشهور أنّ المعتبر في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع... الخ) (١).
ينبغي أولاً تأسيس الاصل في المقام؛ ليكون مرجعاً عند عدم تعيّن أحد الاحتمالات المنسوبة إلى الاعلام فنقول:

إنّ قلنا: بانقلاب عهدة العين بتلفها إلى ذمة المثل، وانقلاب ذمة المثل بتعذره إلى ذمة القيمة، فالقيمة المشتغل بها الذمة مرددة بين ما هو متيّن - وهو الأقل - وما هو

(١) كتاب المكاسب : ١٠٧ سطر ٢٣ وفي الاصل (أنّ العبرة...).

مشكوك - وهو الأكثر - ولا يجب الفراغ إلا عن المقدار الذي يتيقن باشتغال الذمة به. وإن قلنا: بعدم انقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة، فإن قلنا ببقاء ذمة المثل إلى حال التفريغ والاداء؛ فلا يقين بسقوط ذمة المثل إلا بدفع الأكثر الذي يقطع معه بسقوطها، وإن قلنا بعدم بقاء ذمة المثل مع المطالبة بالبدل للغوية اعتبارها حينئذ، بل يجب التدارك بالقيمة، فلا شك حينئذ في عدم بقاء ذمة المثل، وإنما الشك في وجوب أداء الأكثر وتيقن الأقل؛ فلا يجب أداء الأكثر، هذا على القول بانقلاب عهدة العين إلى ذمة المثل.

وأما بناءً على عدم انقلابها، فتارة نقول: بأن العين بعد تلفها باقية إلى الأبد في العهدة، لامتناع غايتها وهو أداء العين المأخوذة، وإنما يجب تدارك مالية ما في العهدة، والواجب مردد بين الأقل والأكثر، ولا شك في بقاء العهدة حتى تستصحب، وأخرى نقول بأن بقاء العهدة بعد تداركها لغو، فأداء البدل من المثل أو القيمة مسقط للعهدة؛ فيشك في سقوط العهدة بدفع الأقل، ولا يتيقن إلا بدفع الأكثر فيجب أداء الأكثر استصحاباً للعهدة.

والتحقيق: أن المالية القائمة بالاعيان التي هي من حيثياتها وشؤونها أمر اعتباري بسيط، لا من الاعراض الخارجية القائمة لها حتى يكون لها قلة وكثرة كالكم المنفصل، أو زيادة ونقص كالكم المتصل، أو شدة وضعف كمقولة الكيف، ولا هي عبارة عن الدينار والدرهم الذين لهما قلة وكثرة، بدهاة أن الدينار والدرهم أو الكلبي الجامع بينهما ليس حيثية قائمة بالحنطة أو الشعير، بل لهما مالية اعتبارية مساوية لمالية الحنطة والشعير أو غير مساوية.

نعم المالية القائمة بالعين - إذا وجب تداركها بعد تلف العين - مالية مساوية لمالية درهمين مثلاً، وحيث إن الباقي مالية محضة فلا يتدارك إلا بما يتمحض في المالية، كالدينار والدرهم وسائر المسكوكات، فالقلة والكثرة ليستا فيما اشتغلت به الذمة؛ ولا في مالية الدينار والدرهم، بل فيما يتدارك به خارجاً مالية العين التالفة في مقام الاداء الذي ليس للمالك الامتناع من أخذه، ولا للضامن الامتناع من أدائه، فلا محالة

لا تتردد المالية - بلحاظ وقت كذا ووقت آخر - بنحو الأقل والأكثر، بل بنحو التباين، فإنَّ أنحاء المالية بسائط متباعدة حينئذٍ، والقلة والكثرة فيما هو مال بالحمل الشائع - وهو الدرهم والدينار - الذي لا تشتغل الذمة بهما، فيشك حينئذٍ في أنَّ المالية التي قد اشتغلت الذمة بها أو وجب تداركها هذه المالية المتعينة أو مالية أخرى متعينة بتعين آخر، وهما بسيطان متبائنان، فلا مجال إلا للاشتغال فتدبره فإنه حقيق به.

وأما تعيين القيمة في المثلي المتعذر مثله فتحقيق القول فيه هو: أنه إما أن نقول ببقاء العين التالفة في العهدة وعدم انقلابها إلى ذمة المثل أو القيمة، أو نقول بانقلابها، وعلى الثاني أيضاً إما أن نقول بانقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة أو بقائها إلى حال أداء القيمة.

فإن قلنا: ببقاء عهدة العين التالفة إلى حال تداركها بالبدل، فعن غير واحد - منهم شيخنا الاستاذ العلامة^(١) - أنَّ الاعتبار بالقيمة حال الخروج عن عهدة العين، لأنَّ مالية العين حال الخروج لا يحتاج إلى عناية، دون ماليتها بلحاظ حالة أخرى من أحوالها وهو حال تلفها أو حال تعذر المثل أو حال المطالبة أو أعلى القيم وهكذا، فهذه المالبات المتفاوتة بتفاوت الاوقات والحالات، وإن كانت مضافة إلى العين لكن تعين بعضها في مقام الاثبات لا يحتاج إلى معين، بل نفس التكليف بأداء مالية العين يقتضي تعين ماليتها عند تعلق الاداء بها، وإلا لكان أداء لما ليس هو مالية العين بالفعل، بل بلحاظ حالة أخرى لا معين لها.

والتحقيق: أنَّ العين الداخلة في العهدة بوضع اليد عليها لها ماليات مختلفة، فتارة تلاحظ قبل حال التلف، وأخرى ماليتها حال التلف، وثالثة ماليتها بعد تلفها وبقائها في العهدة.

فالمالية باللحاظ الاول مالية محققة للعين الموجودة، لكن هذه المالية حين تحققها مع دخول ما قامت به في العهدة لم يكن لها تدارك، بل كان الواجب أداء العين فقط، بحيث لو أدَّى الآخذ للعين المأخوذة لم يجب عليه تدارك مالية العين إذا

نقصت حال الدفع عن حال الأخذ.

والمالية بلحاظ ما بعد تلف العين مالية غير متحققة ولا قائمة بالعين، بل مالية مفروضة بفرض وجود العين، ولا تدارك حقيقة إلا للمالية المتحققة بتحقق العين المأخوذة؛ لا المالية المقدرة للعين المفروضة، فالمالية التي كانت للعين حقيقة وتلفت بتلف العين عند انقطاع وجوب أداء العين، وحدث وجوب التدارك ليست إلا مالية العين حال تلفها، فهذه هي المالية الحقيقية الواجب تداركها من دون فرق بين أن تكون العين قيمة أو مثلية تعدد مثلها.

أما الأولى فواضحة، وأما الثانية فلما مر^(١) من أن القيمة من باب تدارك مالية العين في طول تدارك العين بالمماثل لها من كل وجه، لا من باب تدارك مالية المثل؛ إذ المثل ممّا يتدارك به لا ممّا يتدارك، ومضمون به لا مضمون، ووجوب التدارك من أحكام المضمونات لا من أحكام ما يضمن به، فالقيمة بدل للعين في طول المثل الذي هو بدل أيضاً، وتدارك مالية العين التالفة ولو في طول تداركها بحقيقتها وماليتها لا يقتضي إلا ملاحظة مالية العين يوم تلفها، لا يوم تعدد المثل أو غيره من الأيام التي لا ثبوت للعين ولماليتها حقيقة فيها، هذا بناء على ما يقتضيه حقيقة تدارك مالية العين بحكم الطريقة العرفية.

وأما بناء على دلالة الآية على الاعتداء بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي، فإن مقتضى المماثل في المالية بلحاظ حال اعتداء المالك المتعلق به، وإن كان القيمة حال الاداء؛ نظراً إلى ما ذكرنا سابقاً^(٢) من أن ظاهر المشتق أو ما هو كالمشتق إذا نسب إليه شيء هو ما كان متلبساً بالمبدء حال انتساب ذلك الشيء إليه لا حال وجوب الاداء، فإنه لم ينسب الوجوب إلى المماثل بل إلى الاداء؛ ونفس الاداء نسب إلى المماثل، إلا أن هذا الظهور فيما إذا لم يتعين زمان التلبس وأسند الفعل إلى المشتق مثلاً بما هو؛ كما إذا قال «أكرم العالم» أو «أهن الظالم»، فإنه ظاهر في العالم

(١) تلميقة ٢٣١.

(٢) تلميقة ٢٣١ قوله (وهذا هو الظاهر...).

حال الاكرام لا حال الوجوب، والظالم حين الاهانة لا وقت وجوبها، بخلاف ما إذا قيل «أكرم العالم حال مجيء زيد» أو «أهن الظالم حين كذا» فإن الفعل نسب إلى المشتق المتعين زمان تلبسه، فلا اطلاق حتى يتصور استظهار كونه كذلك حال اسناد الفعل إليه.

فكذا في الآية فإن المثل أضيف بما اعتدى به الضامن، والمالية التي اعتدى بها الضامن - بحيث كان اعتدائه مقتضياً لتغريمه لا لتكليفه بالاداء - هي المالية حال إعتدائه بالاتلاف، فلا يقتضي تعلق الأمر بالاعتداء بالمثل لكون المماثلة بلحاظ حال اعتداء المكلف بالاعتداء، هذا كله بناءً على القول ببقاء عهدة العين بعد تلفها وعدم انقلابها إلى ذمة المثل أو ذمة القيمة.

وأما إذا قلنا: بانقلاب عهدة العين عند تلفها إلى ذمة المثل في المثلي وإلى ذمة القيمة في القيمي، فمقتضى القاعدة اشتغال الذمة بمالية العين التي لها التغريم لا المالية قبلاً، ولا المالية الغير المتحققة لها إلا بالفرض والتقدير، فكأن خصوصيات العين تلفت وحيثية ماليتها بقيت باعتبارها في ذمة الضامن، فسائر أنحاء المالية إما غير تالفة من ناحية تلف العين، بل لو كانت باقية لم تكن لها تلك المالية ولا تغريمها، وإما غير ثابتة للعين حقيقة بل فرضاً وتقديراً، فاشتغال الذمة بكل منهما يحتاج إلى دليل لا بحقيقة تدارك المالية التالفة، بل بعناية أخرى أجنبية عن مقتضيات التغريم، وقد عرفت^(١) دلالة الآية على ذلك بناءً على استفادة التفصيل منها.

وأما في المثلي المتعذر مثله:

فإن قلنا بانقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة فتارة نقول بأن اعتبارها اعتبار ذمة مالية العين، وأخرى اعتبار ذمة مالية المثل، فإن قلنا بالأول نظراً إلى ما ذكرنا م راراً أن هذه الاعترارات في باب التضمنات والتغريمات بعنوان تدارك ما دخل في العهدة بسبب وضع اليد عليه، فمقتضى تدارك مالية العين التالفة بتلف العين هو ملاحظة قيمة العين يوم تلفها.

وإن قلنا بالثاني نظراً إلى أنّ اعتبار ذمة القيمة حينئذٍ لا بعنوان التفرغ، بل بمعنى حفظ مالية ما يتعدّر تدارك العين به وهو المثل، فالمماثل في الحقيقة والمالية - حيث يتعدّر أدائه - وجب أداء ماليته، واشتغلت الذمة بهذه المالية التي يجب أدائها بأداء المثل الذي هو في الذمة، فحينئذٍ يناسب اشتغال الذمة بمالية المثل حين انقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة، وهو على التحقيق حال التعذر، لأنه الموجب للانقلاب لا المطالبة، لأنّ المطالبة بالمالية فرع الاستحقاق، وهو فرع انقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة.

وإن قلنا بعدم انقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة وبقاء ذمة المثل إلى أن يصير بنفسه أو بماليته خارجياً، فالاعتبار بقيمة يوم الاداء؛ لأنّ الواجب أداء ما للمثل من المالية فعلاً، لا أداء ماله من المالية قبلاً، إذ الأداء ليس إلّا جعل ما في الذمة خارجياً، والمتحقق في الذمة بتحقق المثل فيها هي المالية الموجودة لا المالية المفروضة؛ لإعدامها بسبب تنزّل القيمة السوقية، فداء تلك المالية أداء بعناية الفرض والتقدير، وأداء المالية الفعلية أداء ما لا يتوقف على الفرض والتقدير، وهذا هو الفارق بين بقاء العين في العهدة إلى زمان التفرغ، وبقاء المثل في الذمة إلى زمان الاداء والاسقاط، فإنّ العين حيث كانت شخصية وقد تلفت فلا وجود لها إلّا بالفرض، ولا مالية لها إلّا بالفرض، بخلاف المثل فإنه كلي لا يتوقف اشتغال الذمة به حدوثاً وبقاءً على وجود شيء يطابقه خارجاً فلا تلف له، فماليته حال الاداء مالية متحققة لا مفروضة؛ فيجب أدائها في الخارج.

٢٣٤ - قوله ﷺ: (ودعوى اختصاص الآية واطلاقات الضمان... الخ) (١).

لا يخفى عليك أنّ مناط المثلية والقيمية إنّ كان كون الشيء ذا مماثل نوعاً وإن لم يكن موجوداً فعلاً، وعدم كون الشيء ذا مماثل نوعاً وإن كان موجوداً أحياناً، فحينئذٍ التعذر الابتدائي كالتعذر الطاري من حيث الاعتبار بقيمة يوم الاداء على مسلكه ﷺ

من انقلاب عهدة العين بالتلف إلى اشتغال الذمة بالمثل، ويبقى المثل في الذمة إلى حال الاداء من دون سقوط الذمة بالتعذر، كعدم مانعته من ثبوته.

وإن كان مناط المثلية والقيمية كون الشيء ذا مماثل فعلاً وعدم كونه ذا مماثل فعلاً، فالفرق بين التعذر الابتدائي والطارفي واضح، إذ بعد انقلاب عهدة العين إلى ذمة البديل لا بدل له إلا القيمة، لفرض عدم المثل له فعلاً، بخلاف ما إذا كان المثل موجوداً فعلاً فإنه مثلي حسب الفرض فتشتغل الذمة به، وتعذره لا يوجب اشتغال الذمة بالقيمة؛ إذ لا تضمين آخر ولا تغريم آخر حيث لا موجب آخر.

والموجب الأول فرض تأثيره في اشتغال الذمة بالمثل لوجود مناط المثلية، بل أداء القيمة من حيث أداء مالية ما اشتغلت به الذمة، لا من حيث التضمين والتغريم بالقيمة بعد تضمينه وتغريمه بالمثل، ومن الواضح أن اطلاقات الضمان بضميمة الطريقة العرفية لا تقتضي إلا ضمناً واحداً من الأول، إما بالمثل أو بالقيمة.

كما أن الآية - بناء على استفادة ضمان المثلي والقيمي منها - تقتضي اشتغال الذمة بسبب اعتداء الضامن بالمثل فيما كان له مثل موجود، وبالقيمة فيما لم يكن له مثل موجود من دون تعرض لما يطرء على ما اشتغلت به الذمة من التعذر بعد التيسر أو العكس، حيث لا اعتداء آخر حتى تتكفل لحكم الاعتداء بإزائه.

بل إذا جعلنا الآية متضمنة للتكليف المحض والترخيص البحث لا تتكفل إلا الترخيص في الاعتداء بالمثل فيما كان المثل موجوداً، وللاعتداء بالقيمة فيما لم يكن موجوداً من دون تعرض لصورة التعذر؛ لما ذكرنا من عدم موجب آخر حتى تتكفل ترخيصاً آخر بالاضافة إلى القيمة.

نعم بملاحظة التسالم على عدم سقوط الاذن في الاعتداء عند طرو التعذر مع عدم موجب آخر لترخيص آخر نقول: إنَّ الموجب الأول قد اقتضى التكليف بالبديل المنحل في الحقيقة إلى مماثل في الطبيعة وفي المالية، وبعد عدم امكان الاذن في الاعتداء بالمماثل في الحقيقة لعدم امكانه، يبقى الاذن بجزئه الآخر على حاله فيجوز له عند التعذر الاعتداء بأخذ قيمة المثل فعلاً، فإيهاً المالية المأذون في

الاعتداء بها فعلاً في ضمن الاعتداء بالمثل لا مالية أخرى، فما ذكره ﷺ من إلحاق التعذر الطاريء بالتعذر الابتدائي لا يصح إلا على هذا الوجه.

٢٣٥ - قوله ﷺ: (وظاهره إختصاص هذه الاحتمالات...الخ)^(١).

بل يستحيل جريان بعضها وهو انقلاب المثل أو المثلي قيمياً عند التعذر، فإنه يستحيل اشتغال الذمة بالمثل، وانقلاب المثل أو العين في تلك الحال إلى ذمة القيمة.

٢٣٦ - قوله ﷺ: (وعن جامع المقاصد^(٢) أنه يتعين حينئذ قيمة التلف...الخ)^(٣).

أي على مسلكه في القيميات، وإلا فاللازم جريان الوجوه الجارية في القيميات فيما تعذر فيه المثل ابتداءً، لا إختصاصه بخصوص قيمة يوم التعذر والتلف.

٢٣٧ - قوله ﷺ: (ولعله لعدم تنجز التكليف بالمثل...الخ)^(٤).

لا يخفى عليك أنّ التوجيه والإيراد لم يردا على مورد واحد ومبني فارد، بل التوجيه بحصر التضمين والتفريم في مجرد التكليف الفعلي بالبدل، والإيراد بإرادة الوضع واشتغال للذمة به من التضمين والتفريم، ومن الواضح أنّ التكليف الفعلي بالمثل مع تعذره غير معقول حدوثاً وبقاءً، فالتعذر الطاريء كالتعذر الابتدائي في عدم جريان الاحتمالات المبنية على ضمان المثل، كما أنّ الوضع وهو اشتغال الذمة بالمثل غير موقوف على تيسر المثل حدوثاً وبقاءً، إذ لا موجب للالتزام بإمكان أداء كلي المثل في اشتغال الذمة بالمثل حدوثاً أو بقاءً، فالتعذر الابتدائي كالتعذر الطاريء في جريان جملة من الاحتمالات إلا ما سبق.

وعليه فلا نزاع إلا في المبنى؛ فإن قلنا: بأنّ الضمان أمر منتزع من التكليف الفعلي

(١) كتاب المكاسب: ١٠٨ سطر ١٩.

(٢) جامع المقاصد: ٦: ٢٥٣.

(٣) كتاب المكاسب: ١٠٨ سطر ٢٠.

(٤) كتاب المكاسب: ١٠٨ سطر ٢٠.

بأداء البدل، أو أمر اعتباري مستتبع للتكليف به بحيث لا ينفك عنه فمثله مع التعذر الابتدائي لا يحدث، ومع طوره لا يبقى، ولا مجال لاستصحابه، إذ لا يعقل التعبد به. وإن قلنا: بأن الضمان أمر اعتباري استقلالي يستتبع التكليف الفعلي مع امكانه وإلا فلا، فالتعذر المانع عن التكليف الفعلي حدوداً وبقاءً لا يمنع عن ثبوت الضمان، واعتبار كون البدل في الذمة حدوداً ولا بقاءً، ولولا ما حكي عن جامع المقاصد - من إرادة التلازم بين المنع عن تعلق التكليف والمنع عن استقرار المثل في الذمة - لأمكن توجيهه بما قدمناه آنفاً في بعض الحواشي من الفرق بين التعذر الابتدائي والطارئ، بجعل مناط المثلية والقيمية كون الشيء ذا مماثل موجود لاكونه ذا مماثل نوعاً، فإن التالف عند اشتغال الذمة ببده قيمية حيث لا مثل له في التعذر الابتدائي، ومثلي في التعذر الطارئ، وانقلاب التعذر الابتدائي إلى التيسر لا يوجب انقلاب الذمة، إذ لا موجب لذمة أخرى وتضمن آخر فراجع^(١) ما قدمناه.

٢٣٨ - قوله ﷺ: (إلا أن يقال إن أدلة وجوب المثل ظاهرة... الخ)^(٢).

مرجهه إلى قصور مقام الاثبات عن شمول صورة التعذر الابتدائي، فاشتغال الذمة بالمثل وإن لم يكن متوقفاً عقلاً ولا بالنظر العرفي في مقام اعتبار وجود شيء في الذمة بالتمكّن من أداء ما اشتغلت به، لكن الدليل لا يدل على اشتغال الذمة إلا في صورة التمكّن من أدائه مع عدم النظر لصورة طرو التعذر.

لكنه مخدوش: بأنه لو كان الدليل قاصراً عن شمول صورة العجز عن الاداء؛ للزم عدم القول باشتغال الذمة بالقيمة في القيمي مع تعذر أدائها ابتداءً، ولا يلتزم به أحد، فيعلم أنّ اشتغال الذمة بشيء لا يدور مدار تيسره ثبوتاً ولا اثباتاً، فالأوجه في توجيه كلامه ﷺ ما قدمناه^(٣).

(١) تعليقة ٢٣٤.

(٢) كتاب المكاسب: ١٠٨ سطر ٢٣.

(٣) تعليقة ٢٣٧.

٢٣٩- قوله ﷺ: (وقد يقال على المحقق المذكور أنّ اللازم... الخ)^(١).

ربّما يورد عليه: - كما عن بعض أجلة المحشّنين^(٢) - بأنّه وارد على كل من قال بالانقلاب بالتعذّر، سواء كان من الإبتداء أو في الاثناء، فلا وجه لإيراده على خصوص مقالة المحقق المذكور ﷺ.

وفيه: أنّه في صورة التعذّر الابتدائي ينقلب عهدة العين إلى ذمة القيمة، فليس له مطالبة غيرها، بخلاف صورة التيسّر من الابتداء فإنّه يشتغل الذمة بالمثل، فله بعد طرو التعذّر الصبر إلى أن يتيسر المثل فيطالب بتمام ما اشتغلت به الذمة، وله إسقاط خصوصية المماثلة في الطبيعة، والمطالبة بحيثية المالية فالإيراد وارد على هذا المبني.

نعم من يقول بانقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة بطرو التعذّر ليس له المطالبة بالمثل بعد ارتفاع التعذّر مطلقاً ابتدائياً كان أو طارياً.

٢٤٠- قوله ﷺ: (وفيه تأمل... الخ)^(٣).

ربّما يقال^(٤) في وجهه: أن الانقلاب يكون ما دامياً.

وفيه: أنّه لا دليل عليه ولا موجب له؛ حيث لم يحدث مضمّن آخر كما مرّ^(٥). وربّما يقال: إنّه لا مانع من الالتزام بعدم جواز مطالبة المثل مع تيسره، ويمكن أن يقال في وجه جواز المطالبة - مع عدم القول بالانقلاب - بأنّ الذمة لم تشتغل بعد التلف بالقيمة بعنوانها، بل بالأقرب إلى التالف - وهو مع تيسّر المثل - هو المثل، ومع تعذّره هي القيمة، ففي كل حال له مصداق من دون انقلاب فتأمل.

(١) كتاب المكاسب : ١٠٨ سطر ٢٤.

(٢) حاشية اليزدي: ١٠١ سطر ٢٧.

(٣) كتاب المكاسب : ١٠٨ سطر ٢٥.

(٤) كما اشار اليه السيد اليزدي راجع حاشيته ١٠١ سطر ٢٩.

(٥) تعلية ٢٣٤.

بيان ضابطه الاعواز والتعذر

٢٤١- قوله ﷺ: (وعن جامع المقاصد^(١) الرجوع فيه إلى العرف... الخ)^(٢).

والمراد الرجوع إلى فهم العرف من لفظ الاعواز وشبهه الواقع في معقد الاجماع، ويمكن أن يراد الرجوع إلى حكم العرف باعتبار إيكال الأمر في ما يضمن به وفي كيفية التضمنين إلى الطريقة العرفية، وبين الأمرين فرق كما سيأتي^(٣) إن شاء الله تعالى.

٢٤٢- قوله ﷺ: (ويمكن أن يقال: إن مقتضى عموم وجوب أداء مال... الخ)^(٤).

وحينئذ إذا كان إجماع على عدم جواز مطالبة المثل عند إعوازه، بحيث كان الاجماع منعقدًا على ما يفهم من الاعواز عرفاً؛ فلا محالة يخصص به عموم دليل السلطنة الدال على جواز المطالبة مع إمكان تحصيل المثل عقلاً، بخلاف ما إذا لم يكن إجماع على الوجه المزبور، بل كان الطريقة العرفية في باب الضمانات على عدم جواز مطالبة المثل مع التعذر العرفي - أي مع عدم وجوده في البلد وما حوله مثلاً - فإن تخصيص العموم به مشكل، فإن الطريقة العرفية لا تكون حجة شرعية إلا مع الامضاء وعدم الردع، وكفى بعموم دليل السلطنة في مثل هذا المقام رادعاً. نعم لو قلنا بانقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة عند التعذر الفعلي أو العرفي لم يكن مجال للتمسك بعموم دليل السلطنة، إذ لم يحرز كون المثل في هذه الصورة مضافاً إلى المالك بإضافة الملكية، فلا دليل على جواز المطالبة حتى يخصص أو يكون رادعاً عن الطريقة العرفية، بل لا مجال إلا لاستصحاب بقاء السلطنة على مطالبة المثل، وهو لا يقاوم الاجماع على عدم جوازها، كما لا يكون رادعاً عن

(١) جامع المقاصد ٦: ٢٤٥.

(٢) كتاب المكاسب: ١٠٨ سطر ٢٦.

(٣) تلميقة ٢٤٢.

(٤) كتاب المكاسب: ١٠٨ سطر ٢٦.

الطريقة العرفية لما مرّ - في نظيره سابقاً^(١) - من أنّ الاصل إنّما يقتضي الجواز مثلاً حيث لا دليل على عدمه، والطريقة المستمرة الموكول إليها أمر الضمانات دليل، وليس كالعوموم بحيث يكون دليلاً على الجواز حتى يكون رادعاً عن الطريقة العرفية. ثم إنّ الكلام ليس في خصوص جواز مطالبة المثل وعدمه حتى يكتفي في تجويز المطالبة بعوموم دليل السلطنة، بل في جواز مطالبة المثل وعدمه وجواز مطالبة القيمة وعدمه، أو في خصوص الأخير كما قيل فلا بد من دعوى الملازمة بين صحة مطالبة القيمة وعدم صحة مطالبة المثل، بحيث لو صححت مطالبة المثل لم تصح مطالبة القيمة، حتى يدل عموم دليل السلطنة على صحة مطالبة المثل بالمطابقة وعلى عدم صحة مطالبة القيمة بالالتزام.

وأما إذا قلنا بأنّ صحة مطالبة القيمة غير مرتبة على عدم صحة الالتزام بالمثل، بل على عدم التمكن من الانتفاع به فعلاً وإن صح الالتزام بتحصيله، فتجتمع السلطنة على مطالبة المثل وجواز مطالبة المالية، فلا يكون عموم دليل السلطنة مجدداً في عدم صحة مطالبة القيمة.

ومقتضى ما أفاده المصنف العلامة رحمته في وجه جواز أخذ القيمة في المثلي المتعذر من أنّ منع المالك ظلم، والالتزام بالمثل منفي بالتعذر، وإن كان ترتب جواز مطالبة القيمة على عدم صحة مطالبة المثل، فيكون التمسك بعوموم دليل السلطنة نافعاً في المقام من حيث مطالبة المثل دون القيمة، إلا أنّ مقتضى الاعتبار السلطنة على مطالبة المالية عند انقطاع يده عن المال، لا عند عدم سلطنته على الالتزام بتحصيل ماله، فله اسقاط خصوصية المثل ومطالبة المالية لثلا يكون ممنوعاً فعلاً عن ماله بالكلية، كما أنّ له الالتزام بتحصيل المثل.

وهل اعتبار القيمة اعتبار بدل الحيلولة، بحيث اذا تيسر المثل له ردّ القيمة ومطالبة المثل؟ أو اعتبارها اعتبار جعل المثل الذمي خارجياً بماليته فتسقط الذمة؟

وقد قدمنا الكلام^(١) فيه من أنَّ اعتبار بدل الحيلولة من اعتبارات ما دخل في العهدة ومن اعتبارات المضمون، لا من اعتبارات ما يضمن به، وحيث إنَّ ملاك صحة مطالبة القيمة عدم التمكّن من أداء المثل والانتفاع به في مدة معتدّ بها عرفاً، تعرف أنَّ اعتبار الفقد في البلد وما حوله أو مما ينقل منه عادة أيضاً غير لازم، بل لو كان المثل موجوداً فعلاً لكنه لا يتمكن من تحصيله حالاً لكونه عند اليهود مثلاً وهم في العيد إلى خمسة أيام لا يتعاملون عليه في هذه المدة لكان الملاك متحققاً أيضاً، فما عن جامع المقاصد^(٢) من الرجوع إلى العرف لا يرجع إلى ما في التذكرة^(٣) والمسالك^(٤) كما توهم^(٥).

٢٤٣ - قوله ﷺ: (ثم إنَّ في معرفة قيمة المثل... إلى قوله ﷺ الظاهر هو الأول... الخ)^(٦).
تحقيق المقام: أنَّه على القول ببقاء العين في العهدة وعدم انقلابها إلى ذمة المثل والقيمة، فمقتضى ما قدمناه^(٧) من أنَّ المالية الفعلية التالفة بتلف العين هي الواجب تداركها، دون المالية التالفة قبل تلف العين، أو المالية المفروضة بفرض العين موجودة، فلا محالة العين حين تلفها إمّا تكون في زمان عرّة وجودها أو وفور وجودها أو المتوسط بينهما، فتلك المالية هي المتدركة لولا المثل من دون انتهاء الأمر إلى الأصل.

نعم من يقول بأداء مالية العين التي هي في العهدة بلحاظ زمان الاداء فماليتها كمالية المثل المتعدّر غير متعينة.
وإذا قلنا بانقلاب عهدة العين إلى ذمة البدل، وقلنا بأنَّ التعدّر الابتدائي يوجب

(١) تعليقة ٢٣١، آخرها.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٢٤٥.

(٣) التذكرة ٢: ٣٨٣ سطر ١٦ - الحجرية.

(٤) مسالك الافهام ٢: ٢٥٩ - الحجرية.

(٥) حاشية الاشكوري ٥٢ سطر ٢١.

(٦) كتاب المكاسب ١٠٨ سطر ٣١.

(٧) تعليقة ٢٣٣.

الانتقال إلى القيمة، فمالية العين حال التلف متعينة وهي المتداركة.

وإذا قلنا بانقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة عند التعذر، فذلك المالية التي كانت للمثل عند تعذره هي المتداركة وهي أيضاً متعينة؛ فلا إشكال إلا في صورة بقاء المثل في الذمة بعد تعذره إلى حين الاداء، فإنه لا تعين حينئذٍ لمالية ولا معنى لدعوى الظهور في مالية بلحاظ زمان عزة وجوده.

نعم لو قلنا بأن الظاهر من المماثلة في الآية هي المماثلة من حيث الصورة ومن حيث مالية العين بحدها، لوجب القول بلحاظ مالية العين عند تلفها، وهي تارة في زمان عزة وجودها؛ وأخرى في زمان وفور وجودها؛ وثالثة في زمان التوسط، فلا يتعين زمان عزة وجودها أيضاً، إلا أن هذا الظهور أيضاً غير مسلم ولا يلتزم به أحد، وإلا لوجب تدارك مقدار من مالية العين إذا كان المثل الموجود أنقص قيمة من العين، وللزم أخذ ما به التفاوت من المالك إذا كان مالية المثل أزيد من مالية العين عند تلفها، فيعلم منه أن المراد من المثل ما يماثل التالف من حيث الصورة ومن حيث المالية في الجملة لا بحدها.

ويمكن أن يقال: إن المثل حيث لا مطابق له فعلاً في الخارج فلا مالية فعلية له، فلا بد من فرض ماليته السابقة، ولماليته السابقة بحسب مرور الزمان عليه مراتب ثلاثة، لا معين لفرض إحدى تلك المراتب وهو مناط الاشكال في التقويم، لكن إذا قلنا بأن كلي المثل الباقي في ذمته لا يقتضي اشتغال الذمة به إلا لفرض وجوده في الخارج عند الوفاء بأداء حصة من المالية المحضة مماثلة لماليته على فرض وجوده، من دون لزوم فرض وجود الامثال له كثيراً أو قليلاً أو فرضه في إحدى الأزمنة المارة عليه، بل هذا الكلي إذا فرض وجود نفسه فقط في الخارج كان في نفسه عزيز الوجود، لأن الفرض فرض عزة وجوده، فلا بد من أداء مالية أمر عزيز الوجود من هذه الجهة.

ولعل منشأ الظهور ما ذكرنا وهو أنه لا يجب إلا فرض المثل موجوداً أو مثله عند عدمه في الخارج أمر عزيز الوجود، لأن الفرض تعلق بشيء في زمان عزة وجوده،

وأما بناءً على عدم التعيين فمقتضى الأصل مختلف فيه على المباني المتقدمة، وإن كان التحقيق أن مقتضاه الاشتغال واعتبار أعلى القيم على جميع المباني؛ فراجع^(١) ما قدّمناه في بعض الحواشي والله اعلم.

٢٤٤ - قوله ﷺ: (وأما مع تعذره وكون قيمة المثل في بلد التلف... الخ)^(٢).

التحقيق: - بناءً على بقاء العين في العهدة - أن الاعتبار ببلد التلف كما كان الاعتبار بزمان التلف، لأن تلك المالية القائمة بالعين الشخصية حال تلفها مالية متحققة فعلية متشخصة بزمان التلف ومكانه، وماليتها بعد التلف فرضية وفي غير مكان التلف كذلك، فلا عبرة في مقام التدارك إلا بما كان محققاً لا بما كان مفروضاً مقدراً، ومنه ظهر ما في كلام شيخنا الاستاذ^(٣) من أن العبرة ببناءً على العهدة بمحل المطالبة، نظراً إلى أنه محل الخروج عن العهدة.

وأما بناءً على انقلاب عهدة العين إلى ذمة المثل فكلّي المثل لا تشخص له بزمان أو مكان، إلا أن الوفاء بجعله خارجياً ويجعل ماليتها خارجية بحصة من المالية المحضّة مماثلة لها، وخارجيته في مكان الاداء خارجية فعلية، فأداء ما يماثل مالية المثل في بلد الاداء مالية غير فرضية، بخلاف لحاظ ماليتها في بلد التلف، فإنها مالية المثل بلحاظ فرض خارجيته هناك، فهذا وفاء خارجي وذلك وفاء فرضي.

وأما إذا قلنا بانقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة عند التعذر، فالاعتبار بمكان التعذر لا مكان تلف العين ولا مكان المطالبة والاداء، لأنّ مالية المثل فعلاً - عند تمخضها في الذمة وسقوط خصوصية الطبيعة - هي تلك المالية عند التمحّض والسقوط، لا ماليتها المفروضة سابقاً أو لاحقاً فتدبره فإنّه حقيق به.

(١) تعليقة ٢٣٣.

(٢) كتاب المكاسب ١٠٩ سطر ٢.

(٣) حاشية الآخوند ٣٨.

هل يعد من التعذر خروجه عن القيمة

٢٤٥- قوله ﷺ: (هل يعد من تعذر المثل خروجه عن القيمة... الخ) (١).

ينبغي أولاً التكلم في سقوط العين عن المالية، ثم تعقيبه بسقوط المثل عن المالية فنقول:

أما إذا سقطت العين عن المالية فمقتضى عموم على اليد المستفاد منه كون عهدة العين على ذي اليد كونها مغياة بأداء المأخوذ، فلا ينبغي الشك في خروج العين عن العهدة بأدائها، وإن سقطت عن المالية، كما لا ريب في الخروج عن عهدة العين بأدائها مع تنزل قيمتها، فيعلم منه أنّ الواجب أداء نفس المأخوذ لا بماله من الصفة الاعتبارية أعني المالية، وإلا لا فرق بين سقوطها عن المالية رأساً أو سقوط مقدار معتدّ به عن ماليتها، ومقتضى دليل - من أتلّف مال الغير فهو له ضامن - ليس إلاّ تدارك المال بالحمل الشائع لا تدارك المالية.

وتوهم: صدق إتلاف المال بما هو مال، وإن لم يصدق إتلاف ذات المال.

مدفوع: بأنّ المال - بما هو مال - ليس إلاّ الشيء الموصوف بالمالية، ومع بقاء الذات لا إتلاف إلاّ للمالية، فمرجع إتلاف المال - بما هو مال - إلى إتلافه بوصفه، فيكون من توصيف الشيء بحال متعلقه لا بحال نفسه، ولذا لا يقال بتدارك تنزّل القيمة مع أنّ المالية بمقدار منها تالفة.

ومن الواضح أنّ اتلاف المالية أيضاً إنّما يصدق إذا كان إمساكه للعين موجباً للخروج عن المالية، بأنّ أبقاها إلى أنّ انتهت مدة ماليتها إذا كانت من الاعيان المحدودة ماليتها بسنة مثلاً، وأما إتفاق زوال ماليتها وهي في يده فليس إتلافاً، كما أنّ إخراج العين إلى مكان لا مالية لها ليس إزالة لماليتها، وليس كجعل الخل خمراً بأعمال عمل فيه، فإنّه إزالة لصفة الخلّة ويتبعها زوال المالية، فضمامه من حيث إزالة

تلك الصفة لا من حيث ازالة المالية.

ومقتضى قاعدة الضرر- لو قلنا بأنها دليل الضمان- وإن كان تدارك المالية، إلا أنها كما قيل معارضة بالمثل في طرف الضامن أيضاً، لأن لزوم تدارك المالية ضرر على الضامن أيضاً، وليس ذلك اقداماً منه على الضرر خصوصاً مع الجهل فتدبر.

وأما مع الشك في الخروج عن عهدة العين بدفعها من دون تدارك ماليتها، فهل الاصل بقاء العهدة إلى أن يتدارك المالية؟ أو الاصل بقاءه على ما كان من الخروج عن العهدة بدفعها قبل سقوطها عن المالية؟

ولا مجال للاصل على الوجه الاول، إذ لم يثبت للعهدة أثر شرعاً وعرفاً إلا وجوب دفع العين، فلا معنى للتعبّد بالقيمة من أجل التعبّد ببقاء العهدة، بل التعبّد بالعهدة فرع كون القيمة من آثارها ولو بقاءً إلا بالاصل المثبت، لأن بقاءها مع دفع العين ملزوم عادةً أو عقلاً للزوم تدارك المالية، وإلا كان التعبّد ببقائها لغواً، ولا يقاس بأصالة اللزوم في الملك من باب استصحاب كليّ الملك، فإنّ التعبّد ببقائه تعبّد بالأثر المشترك- وهو جواز التصرف للمالك السابق وحرمة التصرف على الفاسخ- وهو يلزم للزوم، لا أنه تعبّد باللزوم بالتعبّد بكليّ الملك، والأثر المشترك هنا بين العين الباقية على المالية أو الساقطة عنها وجوب دفع العين، وهو لا يلزم دفع القيمة فلا تغفل.

نعم أصالة بقاء الخروج عن عهدة العين بدفعها قبل سقوطها عن المالية لا بأس بها هذا كله في حكم العين.

وأما المثل إذا سقط عن المالية فالاقوى تدارك المالية، سواء قلنا ببقاء العين التالفة في العهدة أو قلنا بانقلاب عهدة العين إلى ذمة المثل، لأنّ تغريم العين وضمّانها ليس إلا من حيث رعاية ماليتها لا من حيث رعاية ملكيتها، فإنّ حيثية الملكية مقتضية لردها بعينها، وحيثية ماليتها مقتضية لتغريمها وتضمينها وتدارك ماليتها، وما ليس بمال لا يتدارك به المال.

لا يقال: مقتضى الطريقة العرفية تدارك التالف بالأقرب فالأقرب، ومن الواضح أنّ

ما يماثله من حيث الطبيعة النوعية ومن حيث المالية أقرب، وبعد عدم التمكن من الجامع بين الحيثيتين يدور الأمر بين تدارك تلك الحصنة من الطبيعة بحصنة تماثله، وتدارك تلك الحصنة من المالية بحصنة تماثلها، فلكل من المثل الذي لا مالية له ومن القيمة جهة قرب إلى التالف، فما المعين لخصوص الثاني؟

لأننا نقول: حيثية الطبيعة وإن كانت قد تقصد وتفاوت بسببها^(١) الرغبات، إلا أن الأغراض النوعية العقلانية إنما تتعلق بالمالية، فلهذه الحيثية خصوصية الأقربية إلى التالف، هذا بناءً على عهدة العين.

وأما بناءً على ذمة المثل فقد مر سابقاً^(٢) أن المراد من المثل ليس هو المماثل من جميع الجهات - أي الطبيعة والمالية - بحدها وإلا للزم أداء ما به تفاوت المثل مع العين عند تنزّل القيمة، واسترداد ما به التفاوت عند الترقّي ولا يقول به أحد، وكذا ليس المراد منه المماثل في المالية فقط، وإلا كانت المضمونات قيمة مطلقاً، ولا المراد منه المماثل في الطبيعة فقط، فإنه وإن كان الظاهر منه عرفاً كما تقدّم^(٣)، إلا أن مقام التفريغ والتضمين بالمثل يقتضي لحاظ المالية أيضاً.

فالمراد منه هو المماثل في الحقيقة وفي المالية في الجملة، بحيث يكون التدارك بمال يماثله في الحقيقة.

فإن قلت: هذا في أصل الحكم باشتغال ذمة المثل فإنه لا يتدارك المال التالف إلا بمال في ذمة الضامن، وأما بعد استقراره في الذمة وسقوطه عن المالية فلا، إذ ليس أداء المثل خارجاً تداركاً للعين، لتداركها بإعتبار المال في الذمة، ولا تداركاً للمثل إذ المضمون به لا ضمان له حتى يتدارك، بل عنوانه الوفاء بما في الذمة، والمفروض أنه كلي لا مالية له فعلاً، فينطبق على المثل المؤدّي خارجاً.

وهذا هو الفارق بين تفريغ العهدة عن العين بأداء المثل خارجاً، وتفريغ الذمة عن

(١) هذا هو الصحيح وفي الاصل (بسببها).

(٢) تعليقة ٢٢٣.

(٣) تعليقة ٢٢٣.

المثل بأداء مصداقه خارجاً، فإنَّ عنوان المثل في الاول تدارك العين التالفة، ولا يتدارك المال إلاً بالمال، وعنوان المثل في الثاني عنوان الوفاء، وكلِّي المثل يصدق على فردة قهراً.

قلت: أداء المثل على الثاني وإن كان بعنوان الوفاء، لكنه بعنوان الوفاء لما يتدارك به التالف بحيث يكون التدارك الذمي خارجياً، فلا فرق بين التدارك الابتدائي والثانوي، فلا وفاء لما اشتغلت به الذمة بعنوان التدارك إلاً بأداء المثل الذي له مالية أو جعل المالية خارجية، وهذا هو الفارق بين ما نحن فيه والدراهم التي استقرضها الشخص فأسقطها السلطان وروَّج غيرها، حيث ورد عن الامام عليه السلام (بأنه ليس عليه إلاً الدراهم الأولى)^(١) فإنَّ أداء الدراهم عنوانه الوفاء لما في الذمة فقط، دون ما نحن فيه، فلا ينبغي الاستدلال به على جواز ردِّ المثل وإن سقط عن المالية، هذا كله في مقام تعيين ما يقتضيه عهدة العين التالفة أو ما يقتضيه اشتغال الذمة بالمثل.

وأما مع عدم التعيين والشك في كفاية أداء المثل الساقط عن المالية في الخروج عن عهدة العين التالفة أو ذمة المثل، فمقتضى الأصل -بناء على بقاء العين التالفة في العهدة إلى زمان التدارك - بقاء العين في العهدة وعدم سقوطها، أو عدم الخروج عن مقتضاها إلاً بدفع القيمة ومالية العين التالفة إذا كان الخروج بأدائها تعييناً، أو بأداء المثل والقيمة تداركاً لحيثية الطبيعة النوعية وحيثية المالية لامكانهما معاً، ولا وجه لبقاء الخروج عن عهدة العين التالفة بالمثل قبل سقوطه عن المالية فكذا بعده، إذ لم يثبت في السابق سقوط العهدة بأداء المثل بذاته حتى يقال ببقائه على حاله، بل بما هو أقرب إلى التالف وهو أمر لبي؛ فيشك فعلاً في أنَّ الاقرب إليه في نظر الشارع هو المماثل في الصورة فقط - لأنه قريب منه من حيث الخصوصية المقصودة للعقلاء على الفرض - أو المماثل في المالية، لأنه المهم بحسب الأغراض العقلانية، أو هما معاً لإمكان تدارك الحيثيتين المطلوبتين، فلا يقطع بسقوط العهدة إلاً بالأخير.

وأما بناءً على انقلاب عهدة العين إلى ذمة المثل - والشك في كفاية اداء المثل -

(١) وسائل الشريعة باب ٢٠ من ابواب الصرف ح ٢ وفيه (لك الدراهم الاولى) ومثله ح ٤.

فمنشأ الشك فيها الشك في أنّ المالية من مقومات المثل الذي اشتغلت الذمة به، حتى لا يسقط ذمة المثل بأداء المماثل في الصورة فقط، أو من حالاته حتى لا يكون بقاءه في الذمة بعد سقوطه عن المالية مانعاً عن وفائه بأداء المماثل في الصورة، فالموضوع الذي قد اشتغلت الذمة به مردد بين ما يكون مقطوع البقاء بعد أداء المثل، وما يكون مقطوع الارتفاع بعد أدائه، وإذ لا موضوع محرز فلا مجال للاستصحاب.

بل الأمر في سقوط الذمة الواقعية دائر بين أداء المثل أو القيمة أو هما معاً، وليس أداء المثل الذي له مالية إلا أمر خاص، لأن الذمة مشغلة بأداء المثل وأداء المالية ليتوهم الانحلال، لمكان تيقن المثل والشك في لزوم أداء المالية. نعم بناءً على انقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة عند التعذر - والشك في أنّ السقوط عن المالية كالتعذر - فمقتضى الاصل بقاء الذمة وعدم اشتغال الذمة بالقيمة، إلا أنّ بقاء ذمة المثل وعدم اشتغال الذمة بالقيمة لا يصحح كفاية أداء المثل الساقط عن المالية، ولزوم تدارك المالية لا ينافي عدم اشتغال الذمة بالقيمة كما في القول بعدم الانقلاب من أصله، بل من المحتمل بقاء ذمة المثل بماله من المالية، فإما أن يصبر إلى أن تعود ماليته أو يخرج عن عهده ماليته بأداء القيمة فتدبر.

٢٤٦- قوله ﷺ: (قيمة المثل في تلك المفازة ويحتمل آخر... الخ) (١).

تفصيل القول فيه بناء على المباني المختلفة:

أمّا لو قلنا ببقاء العهدة فسواء كان أداء المثل مسقطاً للعهدة أو موجباً للخروج عن مقتضاها، فلا مجال إلا للاشتغال، لأنّ أداء المثل على الثاني وإن لم يكن مسقطاً للعهدة إلا أنّ المالية كما مرّ سابقاً (٢) ليست دائرة بين الاقل والاكثر حتى يؤخذ بالاقل، وتجري البراءة عن الأكثر، بل أنحاء ماليات متبائنات والقلة والكثرة في لازمها. وإن قلنا بانقلاب عهدة العين إلى ذمة المثل فالمقوم للمثل - كما مرّ - هي المالية

(١) كتاب المكاسب ١٠٩ سطر ٨.

(٢) تعليقه ٢٣٣ قوله (والتحقيق أن المالية...).

في الجملة، لا يحد خاص بحيث لا تأبى عن التفاوت بحسب مرور الزمان، إلا أنَّ
اللازم في جعل مالية المثل خارجية إنَّ كان حال اشتغال الذمة فالملاك قيمة يوم
تلف العين، وإنَّ كان قيمة يوم التعذر فالملاك قيمة يوم سقوط المثل عن المالية، وإنَّ
كان قيمة يوم الأداء فحيث إنَّ يوم الأداء لا قيمة للمثل، فمع استقرار المثل في الذمة
إلى حين الأداء وملاحظة قيمته في غير هذه الحالة، فقيمة يوم اشتغال الذمة وقيمة
يوم سقوط المثل عن القيمة كلتاها على حد سواء، وليست كقيمة يوم الأداء متعينة
لكونها مالية المثل فعلاً، بل كلتا الماليتين السابقتين لم يكن بهما عبرة في حد ذاتهما،
فلا بد من أن يلاحظ مقتضى الأصل وقد عرفت أنَّ أنحاء الماليات متبائنات وليس
بينها في نفسها قلة وكثرة، فمقتضى القاعدة الاشتغال وأداء أعلى القيم.
ومنه يظهر أنَّه بناءً على إنقلاب ذمة المثل إلى ذمة القيمة الأمر كذلك، لتردد ما
أستغلت به الذمة بين المتباينين، فلا بد من الاحتياط، بخلاف من يرى القيمة دائرة
بين الأقل والأكثر، فإنَّه لا يقين له إلا بالاشتغال بالأقل، كما أنَّه لا يقطع بسقوط ذمة
المثل إلا بأداء الأكثر فإفهم وتدبر.

فروع: لو دفع القيمة وتمكن من المثل

٢٤٧ - قوله ﷺ: (فالظاهر عدم عود المثل في ذمته... الخ) (١).

الفرق بين الشقوق الثلاثة الواقعة في كلامه (زيد في علو مقامه).

هو أنَّ مبنى الشق الاول: على أنَّ للمالك إسقاط خصوصية المماثلة للطبيعة ومطالبة
حيثية المالية، فإنَّه مسلَّط على المثل في ذمة الضامن، فله الصبر إلى أن يتيسر
فيطالب بتمام ما اشتغلت به الذمة، وله رفع اليد عن حيثية ومطالبة حيثية أُخرى
استحقاقاً، لا لمجرد التراضي منهما حتى يخرج عن محل الكلام.
ومن الواضح أنَّ المالية صارت خارجية فلا تعود ذميمة، وحيثية المماثلة في

الطبيعة سقطت بإسقاط المالك؛ والساقط لا يعود، فلا عود للمثل حتى يكون إعتبار أداء القيمة إعتبار بدل الحيلولة.

ومبنى الشق الثاني: - وهو انقلاب العين قيمية وأنَّ القيمة أداء لمالية العين على أنَّ المبدل نفس العين ولا عود لها حتى يكون إعتبار القيمة إعتبار بدل الحيلولة، وأمَّا توهم كون انقلاب ذمة المثل إلى تدارك العين مادامياً فهو بلا موجب، إذ لا مضمن آخر حتى تعود العين في العهدة أو تستغل الذمة بالمثل، وعلى أي حال لا ربط له بإعتبار بدل الحيلولة، لأنَّ القابل للعود هو المثل؛ لكنه ليس بمبدل حتى تكون القيمة بدلاً عنه بنحو بدل الحيلولة، وما هو المبدل هو العين لكنها لا عود لها في نفسها وهو واضح، ولا في العهدة حيث لا مضمن.

ومبنى الشق الثالث: على أنَّ التعذر منزَّل منزلة التلف، فالتعذر بقول مطلق منزَّل منزلة التلف بقول مطلق، فلا معنى لإعتبار بدل الحيلولة، والتعذر في الجملة منزَّل منزلة التلف في الجملة، فيكون كما إذا عادت العين بخرق العادة، وحيث إنَّ التعذر في الجملة مقتضٍ للبدلية المؤقتة - وكان المبدل هو المثل، وهو قابل للعود - فالإعتبار بنحو بدل الحيلولة.

وفيه: أنَّ إعتبار بدل الحيلولة كما مرَّ مراراً من أحكام المضمون ومن إعتباراته، فللعين الداخلة في العهدة هذا الإعتبار، وأمَّا المثل المشتغل به الذمة فهو ما يضمن به لا أنه مضمون، فليس له إعتبار بدل الحيلولة مطلقاً.

مضافاً إلى أنَّ إعتبار بدل الحيلولة يستدعي الثبوت من وجه والانتفاء من وجه آخر، فلا بد من أن يكون هناك شيء مضافاً إلى المالك حتى تصح الحيلولة بينه وبين المالك، وإلا فالحيلولة معنى لا يتقوم بطرف واحد، ولا بد من انتفاء شيء حتى يكون بلحاظه فوات شيء تحقيقاً للحيلولة، فالعين المضافة إلى المالك طرف الحيلولة وانتفاء السلطنة على الانتفاع بها في مدة معتدَّ بها محقق الحيلولة، فيمكن إعتبار بدل الحيلولة.

ومن الواضح أنَّ المثل - وإن كان له عود - لكنه غير مضاف إلى المالك بعد أداء

القيمة لسقوط الذمة على الفرض، فلا شيء مضاف إلى المالك حتى يكون هناك حيولة بينه وبين المالك، وانتفاء الانتفاع بالمثل المتعذر الساقط عن الذمة بالتعذر من باب السالبة بانتفاء الموضوع، حيث إنّه لا مثل له عند التعذر في ذمته حتى يقال بانتفاء السلطنة على الانتفاع به، فلا مصحح لاعتبار بدل الحيولة حتى في الشق الأخير.

نعم إعتبار بدل الحيولة في الشق الاول على غير مناهة معقول، لفرض بقاء المثل في الذمة وعدم سقوطه بالتعذر - وحيث إنّ التعذر في الجملة بالاضافة إلى الانتفاع بالمثل إلى أن يتيسر - أمكن القول بأداء القيمة للانتفاع بها إلى أن يتيسر المثل، فالعود بالاضافة إلى السلطنة على الانتفاع بالمثل الفاتئة بالتعذر من دون إسقاط خصوصيته الطبيعة، ولا جعل مالية المثل خارجية فتدبر.

ضمان القيمي بالقيمة

٢٤٨ - قوله ﷺ: (إن مقتضى إطلاقات أدلة الضمان في القيميات... الخ) (١).

تقريب الاطلاق بوجهين:

احدهما: أنّ ما حكم بضمانه الشرع حيث إنّه مضمون بالمثل تارة وبالقيمة أخرى، ومع ذلك لم يقيد بشيء منهما في مواردهما، وكانت الطريقة العرفية على تغريم بعض الاشياء بالمثل وبعضها الآخر بالقيمة، فلو كان الاطلاق إتكالاً منه على حكم العرف وإيكالاً للأمر إليهم لم يكن ناقضاً لغرضه، وإلا لكان ناقضاً لغرضه حيث أنّه لا تعيين منه لما يضمن به مع أنّه معين عنده، ولا إتكال منه على التعيين عند العرف الذي ألقى الكلام إليهم، فالطريقة العرفية ممضاة ومتبعة بحكم الاطلاق، وحينئذ لا مورد للاشكال الآتي (٢).

ثانيهما: أنّه حيث لا تدارك لبعض الاشياء خارجاً غالباً إلا بالمثل حيث إنّه له

(١) كتاب المكاسب ١٠٩ سطر ١٥ وفي الاصل (مقتضى اطلاق...).

(٢) تعليقة ٢٤٩.

مماثل نوعاً، ولا تدارك لبعضها الآخر غالباً إلا بالقيمة حيث إنّه لا مماثل له نوعاً، فيمكن الإنكال في إطلاق الحكم بالضمان في الاول على تداركه بالمثل غالباً، وفي الثاني بالقيمة غالباً، فيكون إمكان تداركه بالمثل غالباً هو المصحح للحكم بضمانه بالمثل مطلقاً، وإن كان تداركه بالقيمة دون المثل غالباً هو المصحح للحكم بضمانه بالقيمة، لثلا يكون الالتزام بالمثل في صورة وجوده إتفاقاً منافياً لحكمة التسهيل، فيكون الاطلاق في مقام الاثبات كاشفاً عن الاطلاق وتسوية الحكم في مقام الثبوت. وحينئذ يمكن الايراد عليه بأنه كما يمكن أن تكون الغلبة مصححة لتسوية الحكم، والإنكال في المثلية والقيمية عليها، كذلك يمكن أن يكون الاطلاق وارداً مورد الغالب، فلا إطلاق في الحقيقة؛ لأنّ الغلبة قابلة للإنكال عليها في مقام إرادة التفرغ بالمثل في مقام وجوده دون غيره، والتفرغ بالقيمة في صورة عدم وجوده ولو إتفاقاً.

والتحقيق: أن غلبة وجود المماثل وغلبة عدمه قابلة للإنكال عليها في مقام أصل الحكم بالمثلية والقيمية، وعدم تعيين طائفة من المضمونات بكونها مثلية، وعدم تعيين طائفة أخرى بكونها قيمية، ولكنها لا تصلح في الحكم بمثلية الاولى مطلقاً حتى مع عدم وجود الممثل أحياناً، ولا بقيمية الثاني مع وجود الممثل أحياناً، بل تصلح للإنكال عليها في الحكم بمثلية الاولى في مورد الغلبة لا في غير الغالب، وكذا في الحكم بقيمية الثانية في مورد الغلبة لا في غير الغالب، ولا منافاة بين الإنكال على الغلبة في أصل الحكم تارة، وعلى الاقتصار في موردها أخرى فتدبر جيداً.

٢٤٩ - قوله ﷺ: (إلا أن المتيقن من هذا المتعارف... الخ) (١).

هذا إشكال بالنظر إلى التقريب الأول، ومبناه كما تقدم منه سابقاً (٢) على أن المثلي عند العرف ما كان له مماثل بالفعل، فإنه الأقرب إلى التالف، والقيمي عندهم ما لم يكن له مماثل بالفعل وإن كان نوعاً ذا مماثل، فإنه الأقرب إلى التالف بعد عدم

(١) كتاب المكاسب ١٠٩ سطر ١٥.

(٢) تعليقة ٢٢٠.

المماثل، وقد مرّ منّا سابقاً أنّ مقتضى الحكمة العقلائية ملاحظة كونه ذا مماثل نوعاً لا إتفاقاً، حيث أنّ الالتزام به منافٍ للحكمة، وإنّ ملاك المثلية والقيمية في الطريقة العرفية كون الشيء ذا مماثل نوعاً او عدم كونه ذا مماثل نوعاً فراجع^(١) ما قدمناه.

٢٥٠ - قوله ﷺ: (منها ما دلّ على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط... الخ)^(٢).

ليس في أخباره كما قيل عنوان السقوط حتى يستظهر منه القيمة، بل فيها أنّهما يتراذآن الفضل بينهما، فيحمل على أنّهما يترادان بقواعده، إنّ مثلياً فبالمثل وإلا فبالقيمة، نعم في جملة منها وإنّ كان الرهن يسوئ ما رهنه، فليس عليه شيء فإنّه لا يصح إلا في القيمي وإلا فإن كان مثلياً يجب عليه ردّ مثله، كما أنّ الدين أيضاً إذا كان مثلياً وجب على المرتهن ردّ مثله، ولا يمكن حمل الأخبار على لزوم أداء القيمة مطلقاً بحيث يكون المضمونات كلها قيميّة.

نعم حمل الأخبار على ما إذا كان الرهن والدين قيمياً ممكن، فتكون هذه الأخبار دليلاً على الضمان بالقيمة في القيميات فيتم الاستشهاد بهذه الفقرة، لا بما أفاده ﷺ على تقدير وجوده في الأخبار فتدبر.

وقت تعيين القيمة في القيمي

٢٥١ - قوله ﷺ: (ثم إنهم اختلفوا في تعيين وقت القيمة... الخ)^(٣).

إعلم أنّ مالية العين مثلاً لا تعيّن لها في نفسها، بل بالاضافة إلى زمان من الأزمنة أو مكان من الأمكنة، ومع الإضافة إلى زمان خاص فتلك المالية مالية العين في ذلك الوقت بقول مطلق، فجميع أنحاء المالية المتفاوتة بتفاوت الأزمنة متقابلات لا تعيّن لبعضها دون الآخر في مقام الثبوت، وتعيين إحدى تلك الماليات في مقام الاثبات

(١) تعلية ٢١٥.

(٢) كتاب المكاسب ١٠٩ سطر ٢٢.

(٣) كتاب المكاسب ١٠٩ سطر ٢٥ وفي الاصل (في تعيين القيمة...).

يحتاج إلى معيّن.

وليعلم أنّ تدارك مالية العين بأداء حصة من المالية مماثلة للحصة التالفة، فكل مالية متعينة بزمان خاص إذا جعلت في مكانها حصة مماثلة لها كانت متداركة بها، فلا اختصاص للتدارك بنحو من أنحاء المالية إلاّ بلحاظ أمر آخر كما مرّ^(١) وسيجيء^(٢) إن شاء الله تعالى.

فنقول حينئذ: إنّه قد مرّ^(٣) في المثلي المتعذر أنّ العين إذا بقيت في العهدة إلى حال الاداء يكون الاعتبار بقيمة يوم الاداء عند شيخنا العلامة الاستاذ^(٤) وغير واحد من الأجلة، نظراً إلى أنّ مالية العين حال أدائها بحصة مماثلة لها هي ماليتها بقول مطلق، وماليتها بلحاظ حال أخرى مالية بالعبارة، وليس أدائها حينئذ أداء مالية العين بقول مطلق، وقد مرّ^(٥) أنّ لحاظ زمان من الأزمنة في تعين المالية وخروجها عن الابهام، ولحاظ زمان الأداء كلحاظ زمان التلف أو كلحاظ زمان القبض، ومع ملاحظة الزمان الخاص فالمالية في ذلك الزمان مالية العين بقول مطلق.

نعم التنبيه على ملاحظة زمان الأداء بنفس تعلق الأداء بالمالية، وعدم التنبيه على ملاحظة زمان غير هذا الزمان الفعلي وهو أمر آخر غير كون المالية في هذا الزمان مالية العين بقول مطلق.

والتحقيق: ما مرّ^(٦) من أنّ العين ذات مراتب من المالية بالاضافة إلى زمان القبض وزمان التلف وزمان الخروج عن العهدة، إلاّ أنّ المالية بلحاظ زمان القبض إلى زمان التلف مالية لم يكن معنى عهدتها إلاّ أدائها بأداء العين لا تداركها بحصة مماثلة لها، وليس الغرض من هذا البيان استحالة ايجاب تداركها؛ لأنّه معقول.

(١) تعلية ٢٢٢.

(٢) تعلية ٢٥٣.

(٣) تعلية ٢٣٣.

(٤) حاشية الآخذ ٤٠.

(٥) أول هذه التعلية.

(٦) تعلية ٢٣٣ قوله (والتحقيق ان العين الداخلة...).

بتقريب: أنّ هذه المالية وإن لم تكن تالفة بتلف العين ولم تكن حال تلفها محكومة بالتدارك، لكن لزوم تداركها مشروط بتلف العين، بل الفرض أنّه في نفسها لا تدارك لها ويحتاج تداركها إلى موجب، بخلاف مالية العين حين تلفها، فإنّها مالية انقطع عنها وجوب الاداء، وحُكِمَ على العين بتدارك ماليتها التالفة بتلف العين من دون حاجة إلى موجب آخر غير تلفها بتلف العين على نحو لا أداء لها، بل لها التدارك فقط.

كما أنّ مالية العين ما دامت في العهدة بعد تلفها مالية فرضية، لا عروض للتلف عليها حتى يجب تداركها، بل فرضها بفرض وجود العين، والمالية الفرضية بفرض العين موجودة يحتاج تداركها إلى موجب آخر غير كون العين بماليتها الفعلية التي كانت لها حقيقة في العهدة، وفرض بقائها في العهدة غير فرض وجودها المساوق لفرض ماليتها في الخارج، بل معناه أنّ المالية التي كانت لها تداركية، فلا تسقط عهدها إلا بتداركها.

ومما ذكرنا يظهر الحال بناء على إنقلاب عهدة العين إلى اشتغال الذمة بالقيمة، فإنّ المالية الفعلية التي لها التدارك يجعلها باقية في ذمة الضامن، وإن كانت تالفة بتلف العين هي المالية حال إشتغال الذمة دون سائر أنحاء المالية؛ فإنّها إمّا تالفة لا بتلف العين أو فرضية غير تالفة.

فالصحيح الموافق للاعتبار هو لزوم قيمة يوم التلف سواء قلنا ببقاء العين في العهدة، أو بانقلاب عهدة العين إلى ذمة المثل.

٢٥٢ - قوله ﷺ: (ومعنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند التلف... الخ)^(١).

قد تقدم^(٢) منه ﷺ في المثلي المتعدّر أنّ الاعتبار ليس بزمان وجوب إسقاط ما في الذمة بالقيمة، بل بنفس زمان الاسقاط ليكون متعلقاً بما في الذمة بالفعل، وهنا حكم بأنّ العيترّة بزمان التلف وهو زمان وجوب التدارك، لكنه ليس من حيث إنّه زمان

(١) كتاب المكاسب ١٠٩ سطر ٢٨.

(٢) تعليقة ٢٣١.

الوجوب ليقال بأنَّ الوجوب لا تعلق له بمالية العين حتى تلاحظ المالية حاله، بل المتعلق بها الأداء وحينئذ يجب ملاحظة المالية حال الاداء؛ ليكون الاداء أداء لمالية العين حين تعلقه بها، بل الغرض اقتضاء حقيقة التدارك ملاحظة المالية التالفة بتلف العين بجعلها ذمية، فكأنَّها باقية لم تتلف.

وهذا بخلاف أداء قيمة المثل فإنَّه بعنوان الوفاء لما في الذمة من حيث المالية، لا بعنوان التدارك لمالية العين أو لمالية المثل عند التعذر الذي هو كالتلف، ومن الواضح أنَّ الوفاء بمالية المثل الباقي في الذمة حتى بعد التعذر جعل مالية المثل خارجية بالاداء، ومالية المثل عند الوفاء هي ماليته الفعلية التي تُوفِّي باء القيمة، فمالية المثل حيث إنَّها كلي لم تتلف بالتعذر حتى تكون كمالية العين الشخصية التالفة حقيقة بتلفها، فليس هناك عنوان التدارك بل عنوان الوفاء.

٢٥٣- قوله ﷺ: (إذ يلزم حينئذ أن يكون المنصوب عند... الخ)^(١).

قد عرفت سابقاً أنَّ كل مالية تالفة يعقل فيها التدارك بجعل حصة مماثلة لها في مكانها، فمرجع الأمر حقيقة إلى عدم وجوب التدارك لا إلى أنَّ حقيقة التدارك مختصة بمالية العين حال الغصب، أو القبض حتى يكشف عن عدم إقتضاء الاطلاقات ليكون تخصصاً لا تخصيصاً.

ويمكن تقريبه: بأن دخول العين في العهدة معناه دخولها بماليتها، فإنَّها تداركية، والعين بماليتها حال الغصب دخلت في العهدة؛ لا بمالية أُخرى، والماليات المتجددة ماليات واردة على ما في العهدة، لأنَّ العهدة واردة عليها، ولا نعني ببقاء العين في العهدة إلا أنَّ المالية التي وردت عليها العهدة باقية إلى أن يتدارك، وحيث لا عهدة للماليات المتجددة فلا تدارك لها، إذ حقيقة التدارك للتالف الذي له عهدة لا لما لا عهدة له، والمنافي للاعتبار عدم وجوب تدارك ما له عهدة، فإنَّه خلف، دون ما لا عهدة له فإنَّه ليس بتداركي حتى يلزم الخلف من عدم وجوبه.

إلا أنَّ هذا التقريب - وإن كان موجِباً للتخصّص دون التخصيص من حيث حكم العهدة - لكنه لا يقتضي عدم العهدة للماليات المتجددة مطلقاً، بل في خصوص الغصب، ولا مانع من الالتزام بأنّه لا عهدة في الغصب إلا للمالية الفعلية، وفي غيره تكون العين بمالها من المالية فعلية كانت أو متجددة في العهدة، وإن كان حكم العهدة تدارك ماليتها حال التلف لأنّها المالية التالفة بتلف العين دون غيرها فتدبر جيداً.

بيان صحبة أبي ولاد

٢٥٤ - قوله ﷺ: (أما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً... الخ) (١).

ينبغي أن يراد من إضافة القيمة إلى اليوم ثانياً بعد إضافتها إلى البغل أولاً إضافتها لباً ومعنى؛ لا إضافتها لفظاً ومفهوماً في مرحلة الاستعمال، أمّا لفظاً فعدم فعلية الإضافة بل إمتناعها واضح، إذ لم يذكر لفظ القيمة على النهج الخاص إلا مرة واحدة، ولا يعقل وجوده الشخصي مرة أخرى لتضاف إلى اليوم.

وأما مفهوماً فلا تُن ملاحظة المفهومين على النهج الخاص تحقق الإضافة، وملاحظتها بنحو اللحاظ الآكي تتبع المفهومين الملحوظين باللحاظ الاستقلالي، ولا يعقل ملاحظة مفهوم القيمة مع مفهومين مترتبين في مرحلة الاستعمال في استعمال واحد متقوم بلحاظ واحد، فإنّ لازمه اجتماع اللحاظين في لحاظ واحد هذا إذا أُريد إضافة ذات القيمة إلى اليوم كما أُضيفت بذاتها إلى البغل.

وإذا أُريد إضافتها إلى اليوم - بما هي مضافة - فيزيد عليه إشكال آخر، وهو ملاحظة الملحوظ باللحاظ الآكي استقلالياً عند إضافته إلى اليوم، وإلا فالملحوظ باللحاظ الآكي بنفسه لا يعقل إضافته، لأنّ المفهوم الحرفي لا يقع طرفاً، كما أنّ إضافة مجموع المضاف والمضاف إليه إلى اليوم كذلك.

وأما أنَّ الاضافة إلى اليوم على الشق الاول لا تفيد - كما عن شيخنا الاستاذ^(١) - فلا، لأنَّ القيمة كما لها الاختصاص بيوم المخالفة كذلك بالبغل، فيستفاد من مجموع الاختصاصين لزوم قيمة يوم المخالفة للبغل، لا قيمة يوم المخالفة من دون ملاحظة كونها قيمة البغل.

فالحقيق بالمصنف العلامة (رفع الله تعالى مقامه) أن يُوجَّه كلامه بإرادة الاضافة المعنوية اللبّية بتقريب: أنَّ استعمال المضاف والمضاف إليه كما يمكن الحكاية بهما عن أمرين لهما الاضافة - كما في قولهم «غلام إبنك» و«جارية زوجتك» - كذلك يمكن الحكاية بهما عن أمر خاص له الاضافة الحقيقية إلى المخاطب، مثلاً كما في قولهم «ماء وردك» و«حب رمانك» إذا لم يكن له ورد ورمان، فإنَّ ماء الورد وحب الرمان حكاية عن ذلك المايح وذلك الجامد، والواحد قابل للاضافة اللبّية إلى المخاطب، فلتكن قيمة البغل حكاية عن مقدار خاص من المالية مضاف إلى يوم المخالفة حقيقة ولبّاً.

إلّا أنّه لا يخلو عن إشكال أيضاً، إذ الحكاية عن أمر خاص في مثل المثالين واضحة، وأمّا فيما نحن فيه فإنّما تصح إذا كانت القيمة عبارة عن مقدار من الدرهم والدينار، فإنّه في نفسه لا يكون متقوِّماً بالاضافة، بل ليس له إلا اضافة واحدة إلى يوم المخالفة، وأمّا إذا كانت القيمة عبارة عن مالية الشيء فهي في نفسها ذات إضافة إلى الشيء، فمط ابق المفهومين اللذين لهما الاضافة في مرحلة الاستعمال أمران حقيقيان لهما الاضافة في نفسيهما، ولا محالة تعود المحاذير المتقدمة.

ويمكن تقريب الاضافة اللبّية المعنوية بوجه آخر: وهو أنَّ القيمة وإن كانت مضافة إلى البغل، والبغل مضافاً إلى يوم المخالفة، إلّا أنّه من قبيل الوصف بحال المتعلق، حيث لا معنى لاختصاص البغل بيوم المخالفة، فالاختصاص بحسب الظاهر للبغل وبحسب المعنى لقيمته المضافة إليه، فيوم المخالفة ظرف^(٢) ظاهراً

(١) حاشية الآخذ ٤١.

(٢) هذا هو الصحيح وفي الاصل (طرف).

للبلغل ولباً للقيمة المضافة إليه.

إلا أن إرجاع يوم المخالفة لبأ إلى القيمة دون البغل إنما يصح إذا لم يكن معنى لاختصاص البغل بيوم المخالفة، مع أنه يمكن أن يكون للتنبيه على ملاحظة البغل على ما هو عليه في يوم المخالفة من الخصوصيات الموجبة لتفاوت ماليته، وإن كانت العبرة بقيمته يوم الدفع أو يوم التلف؛ فيلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة في وقت الدفع أو وقت التلف، فيقوم ذلك البغل في يوم الاداء أو يوم التلف فتدبر.

٢٥٥- قوله ﷺ: (وإنما يجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة... الخ) (١).

بجعله ظرفاً لثبوت القيمة واختصاصها بالبغل، بحيث لو أريد شرح تلك العبارة لقبيل يلزمك القيمة الثابتة للبغل والمختصة بها يوم المخالفة، وهذا بظاهاهه غير موافق لقواعد العربية، بل غير معقول.

أمّا الاول فلأنّ العامل في الظرف بالنصب لا يكون إلاّ الفعل وشبهه دون الحرف. وأمّا الثاني فلأنّ الاختصاص المستفاد من الاضافة معنى حرفي لا يعقل أن يحكم به ولا عليه، فلا معنى لتقييده بالزمان وغيره.

ويمكن توجيه كلامه (زيد في علو مقامه) بإرادة قيديّة اليوم للقيمة المضافة إلى البغل لا للاختصاص الحرفي؛ فيندفع المحذوران.

أمّا الاول فلأنّ القيمة ما يقوم بالشيء من المالبية؛ فهي معنى حدثي قابل للعمل في الظرف، وأمّا الثاني فلأنّها معنى إسمي وملحوظ استقلالي قابل للحكم به وعليه، والشاهد على صحة القيديّة ما في هذه الرواية حيث قال ﷺ (يشهدون أنّ قيمة البغل حين إكترى كذا) (٢) ومن الواضح أنّ قوله (حين اكترى) ظرف للقيمة قطعاً لا لغيرها، إلاّ أنّ تعيّن قيديته للقيمة يتوقف على عدم صلاحيته للقيديّة لما يستفاد من قوله ﷺ

(١) كتاب المكاسب ١١٠ سطر ١٥.

(٢) وسائل الشيعة باب ١٧ من ابواب احكام الاجارة ح ١.

نعم - وهو الملزوم المستول عنه في كلام السائل - وسيأتي^(١) تحقيق القول فيه إن شاء الله تعالى.

٢٥٦ - قوله ﷺ: (لأنَّ السائلَ إنما سألَ عما يلزمه بعد التلّف... الخ)^(٢).

الوجه فيه إمّا دعوى ظهور كلام السائل في ذلك، وإمّا ظهور حاله في علمه بأصل الضمان وبأنَّ زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، فلا يبقى مجال للسؤال والاستفهام إلاَّ عما يلزمه.

والاول واضح العدم بدهاء أنَّ السائل لم يقل ما يلزمني، بل قال أليس كان يلزمني، وأمّا الثاني فهو إمّا يتم إذا كان الاستفهام حقيقياً لا تقريرياً، أو إنكارياً لما سمعه من أبي حنيفة من الملازمة بين ضمان العين وعدم ضمان منافعها، حيث قال (فضمن فيه البغل وسقط الكراء) مع أنَّ الإمام ﷺ حكم بضمن الضمان المنافع.

وتحقيق القول فيه: أنَّ اللزوم المستول عنه المرتب على العطب والنفوق في كلام السائل، إمّا بمعنى عهدة العين، أو بمعنى لزوم دفع البدل فعلاً؛ أو بمعنى لزومه على تقدير التلّف - وهو الضمان بالقوة في كلام المشهور -.

أمّا الاول فهو غير مرتب على العطب، بل يتحقق بمجرد الغصب والمخالفة، فلا يمكن جعله جزاءً للشرطية في كلام السائل، بل هذا المعنى من اللزوم متحقق، عطب البغل أو نفق أم لا، فلا دلالة لقوله «كان» على تقدم هذا اللزوم، فإنَّه غير معقول لأنَّ يكون ذلك الأمر المتقدم مرتباً على العطب، مع أنَّ العهدة مضافة إلى العين لا إلى البدل، فلا بد من الاقتصار على قوله ﷺ (نعم) ولا يعقل تعلق اللزوم المستفاد منه بقيمة البغل.

وأمّا الثاني فهو قابل لترتبه على العطب، فيتعين حينئذ أن يكون - يوم خالفته - قيداً للقيمة، إذ لا لزوم فعلي من يوم المخالفة، لكن تعين اللزوم بهذا المعنى متوقف على عدم إمكان إرادة اللزوم التقديري، كعدم إمكان إرادة العهدة منه.

(١) تعليقة ٢٥٨.

(٢) كتاب المكاسب ١١٠ سطر ١٧.

وأما الثالث فهو مرتّب على العطب بفرض وجوده لا على العطب الفعلي، ومن الواضح أنّ قوله (أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني) بيان لمعنى الضمان بالقوة وهو لزوم البدل على تقدير التلف بجعل العطب مقدماً وجعل لزوم البدل تالياً، لأنّ اللزوم على تقدير التلف بجملته مرتّب على العطب حتى يكون مستهجنناً ليتعيّن اللزوم الفعلي، وهذا اللزوم التقديري هو الذي سمعه من أبي حنيفة وإرتكز في ذهنه لا اللزوم الفعلي حيث لم يكن في الواقعة عطب فعلي. ومنه ظهر أنّه لا وجه لاستفادة اللزوم الفعلي، فإنّه مرتّب على العطب الفعلي لا على فرضه بجعله واقعاً موقع الفرض والتقدير - بجعله في تلو أداة الشرط التي شأنها جعل مدخولها واقعاً موقع الفرض والتقدير - .

وعليه فيتردد الأمرين أنّ يكون يوم المخالفة قيداً للقيمة أو قيداً للزوم التقديري المستفاد من قوله ﷺ (نعم) فتكون الرواية ساكنة عن وقت القيمة.

٢٥٧ - قوله ﷺ: (فإن إثبات قيمة يوم الاكتراء... الخ) (١).

لا يخفى عليك أنّ التعبير عن القيمة المعتبرة واقعاً سواء كانت العبرة بيوم التلف أو يوم المخالفة أو بغيرهما بقيمة يوم الاكتراء، لأجل نكتة لا تنافي تلك القيمة الواقعية المعتبرة بل متوافقة معها، وإلا فلا يعقل إعمال تلك النكتة مع مخالفتها للقيمة الواقعية، وكما أنّ قرب يوم المخالفة من يوم الاكتراء يوجب عدم اختلاف اليومين في القيمة، مع إعمال نكتة سهولة إقامة البينة في يوم الاكتراء لكون البغل بمرئى من المكارين وغيرهم، كذلك بالاضافة إلى يوم التلف فإنّ الاشياء نوعاً مختلفة من هذه الجهة، فالفواكه وأشباهاها تختلف قيمتها بتفاوت أولها ووسطها وآخرها ولو في أيام قلائل، وغير الفواكه كالدار والعقار والحيوان والمملوك لا تتفاوت قيمتها بتفاوت شهر وشهرين بل وأكثر.

وحينئذ فالبغل كما أنّ قيمته في يوم المخالفة لا تتفاوت نوعاً مع يوم الاكتراء،

كذلك مع يوم التلف في مدة خمسة عشر يوماً، فلا يتعين قيمة يوم المخالفة لقربه من يوم الاكتراء الذي عبر به لنكتة سهولة إقامة البينة فتدبر.

٢٥٨ - قوله ﷺ: (فالظرف متعلق بعليك لا قيد للقيمة... الخ)^(١).

لا يخفى عليك أن قوله ﷺ (يوم ترده) بناءً على وجود اليوم في الرواية، يحتمل الرجوع إلى قوله (عليك)، ويحتمل الرجوع إلى القيمة، إِمَّا بأن يُراد يوم ردّ البغل أو يوم ردّ ما به التفاوت، ويحتمل رجوعه إلى العيب ليكون العبرة بالعيب الفعلي الموجود حال ردّ البغل فالمحتملات أربعة:

أحدها: رجوع يوم ترده إلى قوله ﷺ (عليك) فلا تعين للقيمة.

ويمكن الخدشة فيه: بأنَّ زمان الدخول في العهدة كلاً وجزءاً، وزمان الضمان بالقوة هو يوم المخالفة، وزمان فعلية الضمان ولزوم البدل فعلاً هو زمان التلف، وليس يوم ردّ البغل إلاَّ زمان إمتثال التكليف، فقوله ﷺ (عليك) من الامام ﷺ - الذي هو مُعدِّ لتبليغ الاحكام وضعاً أو تكليفاً - لا يمكن أن يتقيد بيوم ردّ البغل وسيجيء^(٢) إن شاء الله تعالى ما يمكن أن يقال في مقام تقريبه وتوجيهه.

ثانيها: رجوعه إلى القيمة وإرادة ردّ البغل، ومن الواضح أنَّ الجزء تابع للكل من حيث زمان القيمة، وهو إمَّا زمان المخالفة أو زمان التلف أو زمان ردّ ما به التفاوت، لا زمان ردّ البغل بما هو.

لا يقال: هذا بناء على انقلاب عهدة العين إلى ذمة البدل، فإنَّ فعلية الاشتغال حال تلف الكل أو تلف الجزء، وأمَّا بناءً على بقاء العين في العهدة فلا بد من الخروج عن عهدة العين، بأنَّ يؤديها كما أخذت وأنَّ يخرج عن عهدها كما دخلت في العهدة، فلا بد من إرجاعها سليمة بتداركها كما دخلت وهي سليمة عن النقص، فالاعتبار بتداركها حال الخروج عن عهدها وملاحظة ما يتدارك به فعلاً لا ما يتدارك به قبلاً.

(١) كتاب المكاسب ١١٠ سطر ٢٣.

(٢) اخر هذه التعليقة.

لأننا نقول: أمّا بناءً على ما حققناه^(١) - من أنّ المالية الفعلية الوارد عليها التلف هي المتداركة، دون ما تلفت بتنزّل القيمة السوقية قبلاً أو ما تفترض في حال أخرى بفرض التالف موجوداً - فالأمر واضح حيث إنّ لازمه أداء ما به التفاوت حين ورود النقص لا حين ردّ الناقص، ولا حين تدارك النقص خارجاً، وأمّا بناءً على أنّ الاعتبار بالقيمة حال الدفع وحال التدارك الفعلي، فالمناط حال تدارك النقص لا حال ردّ الناقص، فالاعتبار بحال أداء الأرض لا بحال ردّ البغل، فإنّ ردّ البغل أداء للعين الموجودة، والخروج عن عهدة التالف وهو الجزء ليس بأداء العين، بل بأداء ما به التفاوت، وتنزّل قيمة الموجود بلحاظ النقص حال أداء العين لا يضمن، إذ لا ضمان لتنزّل قيمة الموجود، ومالية التالف هي المضمونة حال تداركها الموجب للخروج عن عهده لا حال ردّ العين الموجب للخروج عن عهدها، فهذا هو الوجه في أنّه لا عبرة بيوم ردّ البغل بما هو.

ثالثها: رجوعه إلى القيمة وإرادة ردّ الأرض لا ردّ البغل، والقول بقيمة يوم دفع البديل أحد الاقوال في المسألة، لأنّه خلاف الاجماع كسابقه، وإرجاع (يوم ترده) إلى الأرض لا من حيث إرجاع الضمير إلى قوله (قيمة ما بين الصحة والعيب) لينافيه تذكير الضمير، ولا إلى (ما بين الصحة والعيب) بإسقاط لفظ القيمة كما في نسخة مصححة من الكافي لينافيه عنوان الردّ الذي لا يصدق بلا عناية إلاّ على المأخوذ كنفس العين دون البديل كلاً أو بعضاً.

بل بإرادة يوم ردّ الأرض من يوم ردّ البغل لاتحادهما غالباً، فالاعتبار في قيمة النقص بيوم ردّ الناقص من حيث إنّ يوم تدارك النقص غالباً لا من حيث إنّ يوم ردّ الناقص بما هو، إلاّ أنّ التعبير عن يوم ردّ الأرض بيوم ردّ البغل لغلبة الاتحاد مع أنّه خلاف الظاهر وخلاف قاعدة الضمان كما مرّ^(٢) مراراً - يقتضي السكوت عن غير الغالب.

(١) تعلية ٢٥٣.

(٢) في نفس هذه التعليقة.

فيمكن إبداء نكتة لإناطة تدارك النقص بيوم ردّ الناقص؛ بأنّ يقال إنّ الثالف تارة يستقل بقيمة ومالية، فما دام هو في العهدة يكون ارتفاع قيمته وماليته ملحوظاً عند الخروج عن عهده، بناءً على أنّ الاعتبار بقيمة يوم دفع البدل، وأخرى لا يستقل بقيمة ومالية كالعقر والكسر؛ بل يلاحظ تفاوت الصحيح والمعيب؛ فما دام يكون^(١) الصحيح في العهدة يكون ارتفاع قيمته وماليته ملحوظاً، وإذا خرج عن عهدة العين الموجودة بأدائها خارجاً فلا عين في العهدة، ليقال إنّ صحيحها كذا ومعيبها كذا، وليس على الضامن إلاّ عهدة ما به يتفاوت صحيحها حال كونها في العهدة، وحينئذٍ فلا اعتبار في قيمة مثل هذا الثالف بيوم ردّ العين لهذه النكتة لا لغلبة الإتحاد. **وابعها؛** رجوعه إلى العيب ليكون المدار على العيب الفعلي؛ فيعتبر زيادته حال ردّ العين؛ كما لا عبرة بحدوثه مع زواله عند ردّها.

وعن المصنف العلامة رحمته تضعيف هذا الاحتمال، نظراً إلى أنّ ضمان زيادة العيب على القاعدة، وأما سقوط ضمان العيب الحادث بزواله فبخلاف القاعدة. وأنت خبير بأنّ مقتضى قوله رحمته (على اليد ما أخذت حتى تؤدى)^(٢) سقوط عهدة العين بأدائها صحيحة سليمة عن كل عيب، فلا معنى للحكم بالتدارك حيث لا خلل فيها كي يتدارك، فحكم العرف بتدارك النقص الوارد على ما في العهدة مراعى فهدراً ببقائه وعدم زواله.

بل التحقيق؛ أنّ الأمر كذلك بناء على انقلاب عهدة العين إلى ذمة البدل، فإنّ انقلابها إلى ذمة البدل بعنوان التفرغ وتدارك الخسارة الواردة، فمع زوالها لا خسارة فعليّة على المالك للعين، حتى تشتغل ذمة الضامن بالبدل بعنوان التفرغ وتدارك الفائت من عينه المردودة إليه.

وربّما ينسب إلى العلامة رحمته في التذكرة التشويش في كلامه - كما في الجواهر^(٣) -

(١) لو حذف لفظة (يكون) لاستقامت العبارة.

(٢) عوالي الآتي ٢: ٣٤٥ حديث ١٠.

(٣) جواهر الكلام ١٧٢: ٣٧ - دار الكتاب الاسلامية.

نظراً إلى أنه ﷺ حكم فيما إذا كانت الجارية سميئة فهزلت ثم سمتت أنه يضمن النقص الحادث ولا ينجبر بالعائد^(١)، وحكم فيما إذا مرض العبد عند الغاصب ثم برئ أنه لا شيء عليه^(٢)، وكذا إذا سمتت الجارية سمناً مفرطاً منقصاً، ثم خفف سمناً بأهه يردّها بلا ضمان^(٣)، وكذا إذا نسي العبد ما كان له من صنعة فتذكرها فأهه لا شيء عليه^(٤).

والظاهر أنه لا منافاة بين هذه الكلمات، فإنَّ نظره ﷺ إلى أنَّ النقص في القيمة تارة بسبب زوال أمر وجودي من العين، والمعدوم لا يعود، والحادث زيادة في ملك صاحبه، فلا بد من تدارك الزائل، والسمن الحادث غير السمن الزائل عقلاً، وأخرى بسبب حدوث أمر وجودي فيزول، كزوال المرض في العبد وخفة السمن الحادث المفرط وذهاب نسيان الصنعة وأشبه ذلك، فزوال النقص معنى، وانجبار النقص بحدوث زيادة في ملك صاحبه معنى آخر.

ومع ذلك فالتحقيق عدم الفرق من حيث عود العين سليمة كما كانت، ولا عهدة للعين المردودة كما أخذت وإن كان الزائل بالدقه العقلية لا يعود. نعم إذا حدث في العين نقص وحدث فيها زيادة من غير جنسه فلا ينجبر النقص بتلك الزيادة؛ لأنَّ العين عادت وهي ناقصة حقيقة، وإن كانت ذات زيادة مملوكة لمالكها.

ومما ذكرنا تبين أنَّ استقرار عهدة الجزء التالف أو ذمة بدله مراعى بعدم زوال النقص، فلا مانع من إرجاع الظرف إلى قوله ﷺ (عليك)، فأهه لبيان استقرار الوضع أو التكليف على حال العين يوم الرد، فيفيد فائدة عود الظرف إلى العيب أيضاً، وتكون هذه الفقرة ساكنة عن يوم القيمة، فيرجع إلى ما تقتضيه القاعدة في

(١) التذكرة: ٢: ٣٨٦ سطر ٢٨ (الحجرية).

(٢) التذكرة: ٢: ٣٨٨ سطر ٤ (الحجرية).

(٣) التذكرة: ٢: ٣٨٧ سطر ١٩ (الحجرية).

(٤) التذكرة: ٢: ٣٨٧ سطر ٢٥ (الحجرية).

الضمانات، وهذا أظهر الاحتمالات.

٢٥٩- قوله ﷺ: (فإنَّ العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة... الخ)^(١).

لا يخفى عليك أنَّ المالك دائماً يدعى الزيادة المخالفة للأصل في نفسها، سواء كان الاعتبار بقيمة يوم المخالفة أو يوم التلف، وغرضه ﷺ أنَّه على القول بإعتبار قيمة يوم المخالفة لا يمكن توجيه دعوى الزيادة بوجه وجيه يوجب موافقتها للأصل حتى تكون وظيفته اليمين، بخلاف ما إذا قلنا بإعتبار قيمة يوم التلف فإنَّه يمكن توجيه دعوى الزيادة بوجه قريب يوافق الأصل، فهذا أحد الوجهين الباعثين على تنزيل الصحيحة على إرادة قيمة يوم التلف.

والآخر أنَّ من كان وظيفته اليمين لا يسمع منه البينة، فكيف حكم ﷺ في الصحيحة بسماع بينة المالك مع قبول اليمين منه، فإنَّه أيضاً لا يتوجه على القول بقيمة يوم المخالفة دون يوم التلف، فلا بد من توجيهها بحملها على إرادة قيمة يوم التلف تحفظاً على القواعد المسلَّمة نصّاً وفتوى، وذلك بحمل توجه الحلف إلى المالك في صورة تكون دعوى الزيادة موافقة للأصل، وبحمل سماع البينة منه على صورة تكون دعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل.

أمَّا الصورة الأولى: فهي أنَّ يفرض إتفاقهما على أنَّ قيمته قبل يوم التلف مثلاً عشرة دانير، واختلافهما في بقائها على حالها إلى يوم التلف أو عدمه بتنزُّل قيمته في يوم التلف، وبقائها وعدم نقصانها وعدم تنزُّلها كلها توافق الأصل، فيتوجه الحلف إلى المالك؛ لأنَّ قوله موافق للأصل، وإنَّ كان دعوى الزيادة بما هي مخالفة للأصل. وأمَّا الصورة الثانية: فهي أنَّ يفرض إتفاقهما على إتحاد قيمة يوم التلف مع يوم الاكتراء مثلاً بنحو الاجمال لا بنحو التعيين، وإلَّا كانت العبرة به على هذا القول، سواء كان قبله زائداً أو ناقصاً، ويكون الاختلاف حينئذ في قيمة يوم الاكتراء مثلاً من أنَّها عشرة مثلاً أو ثمانية، فدعوى العشرة من المالك في يوم التلف - لِمكان إتحاده مع

يوم الاكتراء - مخالفة للأصل فعليه البينة، إلا أن كون دعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل لا يحتاج إلى العلاج، وفرض الاتفاق الاجمالي على الاتحاد مع القيمة السابقة، بل لا بد فيه من تمحُّص دعوى الزيادة وعدم الاتفاق على قيمة سابقة على قيمة يوم التلف كما لا يخفى.

ونظير هاتين الصورتين يتصوّر بناءً على اعتبار قيمة يوم المخالفة، إلا أن فرضهما بناءً على أن العبرة بقيمة يوم التلف قريب، وبناءً على اعتبار قيمة يوم المخالفة بعيد، فلذا يتعين الأول.

أمّا فرض الصورة الأولى على القول بقيمة يوم المخالفة، فهو الاتفاق على قيمة يوم الاكتراء على التفصيل بأنّها عشرة والاختلاف في بقائها على حالها وفي تنزيلها في يوم المخالفة؛ وهذا بعيد، لقرب يوم الاتفاق من يوم الاختلاف فيبعد هذا النزاع من العقلاء، بخلاف يوم الاكتراء بالاضافة إلى يوم التلف، فإنّ بُعد يوم الاتفاق من يوم الاختلاف يقرب فرض تفاوت القيمة، فيكون النزاع في البقاء وعدمه معقولاً، إلا أنّ بُعد هذا الفرض بالاضافة إلى يوم المخالفة إنّما هو إذا كان الاتفاق على القيمة في يوم الاكتراء، وأمّا إذا كان الاتفاق على قيمة البغل قبل يوم المخالفة بشهر مثلاً - بحيث كان بقائها مشكوكاً إلى يوم المخالفة - فإنّه معقول، فلا مانع من القول بقيمة يوم المخالفة وحمل الحلف على المالك على مثل هذه الصورة.

وأمّا فرض الصورة الثانية على القول بقيمة يوم المخالفة، فتارة بالاتفاق الاجمالي على إتحاد قيمة يوم المخالفة مع قيمة يوم الاكتراء، والاختلاف في تعيين قيمة يوم الاكتراء من أنّها عشرة أو ثمانية بعين فرضها على القول بقيمة يوم التلف، وهذا لا بُدّ فيه أصلاً؛ حيث أنّه ليس فيه دعوى التنزّل وعدمه حتى يكون بعيداً.

إلا إنّ يقال أنّ دعوى الاتفاق بنحو الاجمال في يوم التلف أو يوم المخالفة لسد باب دعوى التنزّل من الغاصب، فلذا يصدّقه الغاصب في الاتحاد ويدّعي نقصان القيمة من أصلها في يوم الاكتراء، فهذا الاتفاق الاجمالي إنّما يتصور منهما لهذه الغاية إذا كان مجال لدعوى التنزّل، ولقرب يوم المخالفة لا مجال لها في نفسها؛ حتى

يتفق المالك والغاصب في إتحاد اليومين من حيث القيمة، ولعله لأجله لم يتعرض المصنف ﷺ لهذا الفرض في الصورة الثانية.

وأخرى بالاتفاق على قيمة معينة بعد يوم المخالفة، والمالك يدعي أنَّ هذه قيمة يوم المخالفة أيضاً والغاصب يدعي أنَّ قيمة يوم المخالفة أنقص، ولازمه دعوى الترقّي إلى هذا اليوم، وحيث لا أصل يثبت به الاتحاد أو عدم الترقّي حيث لا اتفاق على قيمة معينة في السابق، وبقاء القيمة الواقعية إلى يوم القيمة المعينة لا تعين أنَّها هي إلاً بنحو الأصل المثبت، فلذا تتمحض الدعوى في زيادة القيمة ونقصانها، والأصل مع الغاصب والمالك مدع لما يخالف الاصل، فعليه البينة.

وُبعد هذا الفرض لا وجه له، إلاً أنَّ دعوى الترقّي من يوم الاكتراء وهو يوم سلامة البغل إلى يوم التلف مثلاً، وهو حال إشرافه من التعب والنصب على التلف بعيدة، مع أنَّه سيأتي^(١) إن شاء الله تعالى أنَّ من يقول بقيمة يوم التلف لا يقول بها إلاً من حيث تفاوت القيمة السوقية ترقياً وتنزلاً، لا من حيث خصوصيات البغل من حيث كونه مشرفاً على التلف وعدمه.

فالانصاف: أنَّه لا موجب لأقربية إزادة قيمة يوم التلف من قيمة يوم المخالفة، لأنَّ هذه الفروض بالاضافة إلى يوم المخالفة، إمَّا لا بُعد فيها، أو لا يتعين الفرض فيها حتى يوجب الأقربية المزبورة.

ثم إنَّه يرد على المصنف ﷺ من حمل الصحيحة على الموردین أمور:
أحدها: أنَّه منافٍ لظاهر الصحيحة بل صريحها في ورود الحلف من المالك ومن الغاصب وسماع البينة من المالك كلها على مورد واحد، حيث قال ﷺ (إمَّا أَنْ يَحْلِفَ هُوَ أَوْ يَرِدَ الْحَلْفَ فَتَحْلِفُ أَنْتَ أَوْ يَجِيءَ بِشَهُودٍ يَشْهَدُونَ... الخ)^(٢) لا أنَّه يحلف في صورة ويجيء بالشهود في صورة أخرى.

(١) تعليقة ٢٦٠.

(٢) وسائل الشيعة باب ١٧ من أبواب أحكام الاجارة ح ١.

ثانيها: أنه منافٍ لما إعترف به سابقاً^(١) في كلامه من أنَّ الغالب عدم تفاوت قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوماً، فلا مجال لتنزيلها في صورة على دعوى التنزل وعدمه، حتى يستنتج منها قرب هذه الدعوى على القول بقيمة يوم التلف دون قيمة يوم المخالفة.

ثالثها: ما مرَّ^(٢) من عدم أقربية فروض القول بقيمة يوم التلف من فروض القول بقيمة يوم المخالفة.

رابعها: إنَّ غاية ما يمكن تسليمه أنَّ العبرة ليست بقيمة يوم المخالفة لا تعين قيمة يوم التلف، بل يمكن إرادة قيمة يوم الاداء فإنَّه أبعد من يوم الاكتراء، فالفرض فيه أقرب.

وعليه فيمكن الجواب عما أشكله على الصحيحة من حيث قبول الحلف وسماع البينة بوجوه ثلاثة:

أحدها: أنَّ الإمام عليه السلام في مقام تعليم طريقٍ لمعرفة القيمة، لا في مقام بيان موازين الحكومة لفصل الخصومة، وذلك لظهور السؤال والجواب فيما ذكرنا، حيث قال السائل (فمن يعرف ذلك) قال عليه السلام (أنت وهو إمَّا أنَّ يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإنَّ ردَّ اليمين فحلفت فيلزمه، أو يأتي صاحب البغل بشهود... الخ) فالسؤال عن العارف، والجواب بأنَّه إمَّا يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله فيكون طريقاً عادياً لمعرفتك، حيث إنَّ الانسان بطبعه يطمئن بيمين غيره، وإمَّا أنَّ تحلف أنت لمعرفتك بقيمته من حيث كان عندك في هذه المدة، فيطمئن المالك بحلفك، أو لا يعرف هو ولا أنت فيأتي بأهل الخبرة من المكارين المشاهدين للبغل فيكون قولهم طريقاً عادياً لمعرفتكم، فالصحيحة أجنبية عن بيان موازين القضاء حتى يشكل عليها بما مرَّ فتدبر.

ثانيها: بحملها على بيان موازين القضاء، وحمل الدعوى على صورة غالبية في

(١) كتاب المكاسب ١١٠ سطر ٢٩.

(٢) في هذه التعليقة عند قوله (فالانصاف أنه لا موجب...).

مقام الدعوى، وهي دعوى المالك «أنه اشترى البغل بكذا وأنه على ما كان» كما هو المتعارف في باب مطالبة الضامن بقيمة ما اشتراه، فيصدق الضامن ولكنه يدعي بترك القيمة^(١)، والمالك عليه اليمين لموافقة دعواه للاصل، لكن الحلف - كما هو مختار جملة من المحققين - إرفاق بالمُنكر لا أنه وظيفة معينة، وإنما لم يكلف بالبينة لعدم تمكنه غالباً من إقامة البينة على النفي، لا أنه لا يسمع منه البينة، وله في الشرع نظائر وليس ما ثبتت في غيره مما ثبت بأقوى من هذه الصحيحة.

ثالثها: بحملها على صورة غالبية أخرى، هي طبع دعوى الزيادة من المالك والنقص من الغاصب، وقول المالك مخالف للاصل وحقه إقامة البينة، لكنه ثبت في الشريعة في موارد قبول دعوى المدعى إماً مطلقاً أو بيمينه، فليقبل هنا قول المدعي بيمينه مع مناسبة الحكم والموضوع حيث إنه أعرف بقيمة بغله، والغاصب يؤخذ بأشق الاحوال، فلا مانع من العمل بالصحيحة في قبول دعوى المالك بيمينه، فليست قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر غير مخصصة أصلاً حتى يستبعد تخصيصها بالصحيحة، بل مخصصة كثيراً في طرفيها؛ ولذا قال بمضمونها جماعة من الاعلام فتدبر جيداً.

٢٦٠ - قوله ﷺ: (ولم أظفر بمن وجه دلالتها... الخ)^(٢).

يمكن تقريب ذلك بأحد وجهين:

الاول: أن جميع أزمنة الغصب حيث إنها أزمنة المخالفة، فإذا أدى أرفع القيمة فقد أدى قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، لدخول الأدنى تحت الأعلى، وإذا أدى غير هذه القيمة فقد أدى قيمة بعض أيام المخالفة.

وفيه: أن مقتضى الاطلاق ليس أداء قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، بل قيمة مطلق يوم المخالفة، فإن تعين اللابشرط القسمي وإن كان على حد تعين البشروط شيء عقلاً، إلا أن الاول كأنه لا يزيد على الطبيعة بشيء، بخلاف الثاني فإنه نحو تعين

(١) هكذا في الاصل ويمكن أن يكون (تنزل القيمة).

(٢) كتاب المكاسب ١١١ سطر ١٠.

يجب التنبيه عليه، مع أن ظاهر قوله ﷺ (قيمة بغل يوم خالفته) هو أول يوم حدث منه المخالفة لا مطلق أيام المخالفة بقول مطلق.

الثاني: استظهار أرفع القيم من نفس قيمة البغل يوم خالفته، فإنه غالباً سليم عن كل عيب ونقص، بخلافه يوم التلف وما قبله فإنه لمكان التعب والنصب الوارد عليه الموجب لإشرافه على التلف تنزل قيمته.

نظير ما عن الشهيد السعيد ﷺ في قواعده^(١) حيث ذكر في وطىء أمة الغير، بأنه ينعقد الولد حراً وهو إتلاف على مالكة بإلقاء النطفة، فاللازم بمقتضى قاعدة الضمان بقيمة يوم التلف قيمة يوم الإحبال، مع أن الأصحاب يقولون بقيمة يوم الولادة، ثم وجهه بأن النطفة لما كانت مكتملة بدم أمة، وكان تكوّن حيواناً بالقوى التي أودعها الله في الرحم، فكأنه في صراط الاتلاف إلى حين الولادة.

ثم ذكر وجهاً آخر تطبيقاً على الضمان بقيمة يوم التلف، وهو بقائه على ملك مالك الأمة إلى حين الولادة، فلا يكون التلف إلا حين الولادة، ثم قال: (وفيه تنبيه على أرفع القيم؛ فإنه من المعلوم أن قيمته عند الولادة أرفع غالباً... الخ) فقد استفاد ﷺ اعتبار أرفع القيم من اعتبار يوم هو يوم ارتفاع قيمته، فليكن نظر الشهيد الثاني ﷺ كنظر الأول ﷺ في استفادة أرفع القيم من اعتبار يوم يكون البغل فيه أرفع قيمة من سائر الأيام.

نعم يرد عليهما معاً أن الاختلاف في باب الضمان من حيث قيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو أرفع القيم بالنظر إلى تفاوت القيمة من حيث التنزل والترقي بلحاظ القيمة السوقية، مع كون المضمون بالقيمة على ما هو عليه، لا بفرض المضمون تارة ولداً بالقوة كحين إلقاء النطفة، وأخرى ولداً بالفعل كحين الولادة، أو بفرض البغل سويّاً تارة ومشرفاً على التلف، أخرى فإنه أجنبي عما نحن فيه.

مع أن البغل في يوم التلف أو قبله إذا كان فيه نقص أو عيب ولو مثل الهزال فهو مضمون بنفسه، فمع ملاحظة ما به التفاوت بين حاله يوم المخالفة وحاله يوم التلف

لم يبق تفاوت بين يوم المخالفة ويوم التلف إلا من حيث تنزّل القيمة السوقية وترقيها، فلا دلالة لاعتبار قيمة يوم المخالفة على اعتبار أرفع القيم بلحاظ القيمة السوقية فقط.

مع أنّه لنا أنّ نقول بدلالة الصحيحة على عدم اعتبار أرفع القيم على وجه، وذلك لتصريح الامام عليه السلام بقيمة يوم الاكتراء في قوله عليه السلام (أو يأتي بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى كذا) فإنّ نكته التعبير بيوم الاكتراء وإن كان لأجل سهولة إقامة الشهود فيه، إلا أنّ هذه النكته إنّما تصح إذا كانت قيمة يوم الاكتراء متساوية مع القيمة الواقعية المعتبرة في باب الضمان، وذلك لا يكون إلا بأحد وجهين:

إمّا بعدم تفاوت قيمة البغل في هذه الايام القلائل، فلا موقع لفرض أعلى القيم في الصحيحة، وإمّا بكون الاعتبار بقيمة يوم المخالفة وهو يوم بعد يوم الاكتراء^(١) مثلاً، فالاعتبار بقيمة أول يوم من أيام المخالفة لا بأرفع القيم فتدبر جيداً.

ما استدل به على اعتبار أعلى القيم

٢٦١ - قوله عليه السلام: (وفيه أنّ ضمانها في تلك الحال إنّ أريد... الخ)^(٢).

حاصله أنّ المراد أحد أمور ثلاثة:

الاول: الضمان بالقوة أي وجوب القيمة على تقدير التلف في كل زمان.

الثاني: الضمان بالفعل أي وجوب القيمة في زمان ارتفاعها مطلقاً.

والثالث: الضمان الفعليّ بنحو يكون استقراره مراعى بالتلف.

والاول لا يفيد؛ حيث لم يتحقق المعلق عليه في زمان ارتفاع القيمة حتى يجب دفع القيمة المرتفعة، والثاني خلاف ما تسالموا عليه من أنّ ارتفاع القيمة مع عدم تلف العين غير مضمونة، والثالث لا دليل عليه.

والتحقيق: أنّ الكل لا يخلو عن محذور:

(١) هذا هو الصحيح وفي الاصل (الاكراء).

(٢) كتاب المكاسب ١١١ سطر ١١.

أمّا ما أُفيد على الاول فبأنَّ وجوب دفع البدل على تقدير التلف في كل زمان لا يقتضي إلاَّ الوجوب في ذلك الزمان، فيصير فعلياً بوقوع التلف فيه، وأمّا تعين قيمة ذلك الزمان فلا يستفاد من نفس الضمان المناسب لجميع الاقوال، فلا حاجة في ردّه إلى أنَّ المعلق عليه لا تحقق له، بل الجواب أنَّ الوجوب في كل زمان تعليقياً كان أو فعلياً لا يقتضي قيمة ذلك الزمان، وقد تقدم سابقاً^(١) أنَّ التدارك لا يقتضي ذلك، بحيث لو قلنا بوجوب قيمة غير يوم التلف لم يكن من باب تدارك مالية التالف فتدبر. وأمّا ما أُفيد على الثاني فبأنّه لا حاجة إليه، بل لا يكون الضمان فعلياً ولو بالاضافة إلى نفس القيمة دون ارتفاعها، مع أنَّ التسالم على عدم ضمان ارتفاع القيمة مع عدم التلف رأساً، لا مع عدم التلف حين الارتفاع، كيف وهو محل النزاع، والوجه في عدم فعلية أصل الضمان هو أنَّ التبريم والتدارك لا يعقل إلاَّ مع التلف والخلل، ومع عدمه لا يعقل فعلية التدارك حتى يعقل وجوبه فعلاً، فحقيقة التضمنين مع وجود العين غير معقولة.

وأما الوجه الثالث فإنَّ أريد بكونه مراعى كون التلف كاشفاً محضاً عن فعلية الضمان سابقاً فهو غير معقول، لاستحالة المنكشف كما عرفت^(٢). وإنَّ أريد كون التلف شرطاً متأخراً لفعلية الضمان سابقاً، فيكون كاشفاً من باب كشف العلة عن المعلول، لا الكشف المحض.

ففيه: أنَّ وجوب شيء فعلاً مشروطاً بأمر متأخر وإنَّ قلنا بمعقوليته؛ إلاَّ أنَّ حقيقة التضمنين الفعليّ المتقوم بالتلف في حقيقته لا يعقل أن ينوط^(٣) بأمر متأخر، فيستحيل التدارك الفعليّ مع عدم فعلية التلف.

ومنه علم أنَّ فعلية الضمان مع السقوط بردّ العين غير معقولة أيضاً، لعدم تعقّل أصل الضمان الفعليّ مع عدم التلف فعلاً، وإنَّ أريد إناطة وجوب أرفع القيم بالتلف

(١) تلميحاً ٢٢٣ قوله (والتحقيق أن العين الداخلة...).

(٢) في رد الامر الثاني.

(٣) هكذا في الأصل والصحيح (ينوط).

بنحو الشرط المقارن فهو معقول، لكنه لا وجه للتعبير عنه بالمراعى المشعر بالفعلية، لكن قد بينا سابقاً^(١) أنَّ تدارك المالية التالفة بتلف العين يستدعي اعتبار قيمة يوم التلف.

ومما ذكرنا تبين فساد توهم أنَّ الوجوبات التعليقية بحسب قطعات الأزمنة مشروطة بالتلف، وقد تحقق المعلق عليه، وحيث إنَّه للعين بدل واحد فلا محالة يتداخل الأدنى تحت الأعلى.

وجه الفساد أنَّ الوجوب التعليقي إذا كان منوطاً بالتلف في ذلك الزمان فهو غير محقق إلا في الوجوب الأخير، وإذا كان كل وجوب منوطاً ولو بالتلف في غير ذلك الزمان فهو أول الكلام.

ويمكن أن يقال: في تقريب الاستدلال المذكور من أنَّ العين مضمونة في جميع الأزمنة، أنَّ المراد كون العين في العهدة في جميع الأزمنة وهي أمر فعلي مستمر من حين وضع اليد عليها إلى أن تُؤدَّى أو تُتدارك بدلها، وعهدة العين بلحاظ ماليتها، وما لا مالية له لا عهدة ولا خسارة له، فإنَّ حثية ردِّ العين لمراعاة جهة ملكيتها، وحثية عهدها وغرامتها بلحاظ حثية ماليتها.

ومن الواضح أنَّ عهدة العين في كل زمان بلحاظ ماليتها في ذلك الزمان لا بلحاظ ماليتها سابقاً أو لاحقاً، إذ العين المنسلخة عن المالية في ذلك الزمان ليس لها عهدة في ذلك الزمان، فجميع تلك المالبات في قطعات الأزمنة في عهدة ذي اليد، وتسقط جميع هذه العهديات، إمَّا بأداء العين المجعول غايةً للعهدة أو بتداركها، وتداركها بأداء القيمة العليا تدارك للجميع، إذ الكل داخل فيها، وليست للعين مالبات متجددة بل مالية واحدة مستمرة تزيد وتنقص.

والجواب: ما ذكرنا سابقاً^(٢) من أنَّ عهدة العين ما دامت موجودة غير مقتضية للتدارك، لعدم معقولية ذلك، بل المالية التي هي بتبع العين في العهدة مالية أدائية لا

(١) تعليقة ٢٢٣ قوله قوله (والتحقيق أن العين الداخلة ...).

(٢) تعليقة ٢٢٣ قوله (فالمالية بلحاظ الاول ...).

مالية تداركية، والمالية التالفة بتلف العين هي التداركية لانقطاع التكليف بأدائها، وهي المالية حال التلف، وسائر الماليات غير تالفة بتلف العين، بل بتنزّل القيمة السوقية، فلا تدارك لها من حيث تدارك العين التالفة بماليتها فتدبر.

٢٦٢- قوله ﷺ: (نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدم... الخ)^(١).

توضيحه: أنّه لا ريب في إزالة الغاصب يد المالك عن العين بمالها من المالية في كل زمان من الأزمنة، ومنها زمان ارتفاع قيمتها، ولا ريب أيضاً في أنّ ردّ العين موجب للخروج عن عهدة العين بكلّ مالية كانت لها، إذ المضمون هو المال بالحمل الشائع لا المالية، فإنّه المأخوذ وهو المؤدّى، وتأديته غاية للخروج عن عهده.

ونتيجهما أنّ كلّ مالية تلفت بتلف العين لها التدارك لتلفها بمالها من المالية، وكلّ مالية لم تلفت بتلف العين ولم تُردّ بردّ العين المسقط لعهدتها تكون مضمونة، لمكان حيولة الغاصب بين العين بتلك المالية المرتفعة وبين مالها، لعدم تمكن المالك من الانتفاع بتلك المالية، وعدم تحقق ما يزيل أثرها وهو ردّ العين.

ومن الواضح أنّ بقاء العين بعد تحقق الحيولة - كتلف العين بعدها - ليس بشرط في تحقق الحيولة، بل ردّ العين مزيل لأثرها لا بقائها بعد الحيولة.

والجواب: أنّ اعتبار البدل المدفوع إمّا اعتبار بدل التالف أو اعتبار بدل الحيولة، فإنّ كان اعتباره اعتبار بدل التالف فلا دليل على هذه الكليّة، وهي أنّ كلّ مالية لم تلفت بتلف العين بل تعقبها تلف العين مضمونة.

ومنه تبين ما في كلام العلامة ﷺ في التذكرة^(٢) من الاستدلال على اعتبار أعلى القيم بأنّه يجب ردّه بردّ العين، فيضمن إذا تلفت العين، بل القدر المسلم أنّ كلّ مالية تلفت بتلف العين هي المضمونة.

وإنّ كان اعتباره اعتبار بدل الحيولة فلا بد من تطبيقه على قاعدة بدل الحيولة، ومن الواضح أنّ ملاكها تعدّد ردّ العين حتى ينزل منزلة التلف ليكون لها البدل،

(١) كتاب المكاسب ١١١ سطر ١٤.

(٢) التذكرة ٣٨٣:٢ سطر ٢٢ - الحجرية.

وحيلولة الغاصب اختيارية وليست من قبيل تعذر رد العين حتى ينزل منزلة التلف، فعدم شرطية بقاء العين ودخله في تحقق الحيلولة مسلم، لكن مقتضيها غير موجود ليرتب عليه أثرها.

٢٦٣- قوله ﷺ: (نظير ما لو فرض للعين منافع متضادة... الخ) (١).

لا يخفى عليك الفرق بينه وبين ما نحن فيه، فإنَّ المنافع المتضادة كلها فائتة، وحيث إنَّ المالك لا يملك المتضادين فلا معنى للتضمنين بالكل، والجامع بين تلك المنافع - من حيث المالية - لا مانع منه، والزيادة أيضاً مال فائت لا مانع من تضمينه، فيضمن الأعلى لدخول الأدنى تحته.

بخلاف ما نحن فيه فإنَّ كل مالية من المليات المفروضة لا دليل على ضمانها إلا إذا تلفت بتلف العين، فلا مقتضي إلا لها، ولم يثبت دليل على صلاحية كل منها للضمان؛ حتى يكون مقتضى وحدة البدل دخول الأدنى تحت الأعلى.

٢٦٤- قوله ﷺ: (ونقول في توضيحه أن كل... الخ) (٢).

أي تطبيقاً على ما نحن فيه لا توضيحاً لمدعاه، لكنه ليس غرض المستدل لإعتبار قيمة يوم الغصب بهذا الوجه إلا أنَّه أول أزمة إزالة يد المالك، ولعله لما مرَّ منَّا سابقاً (٣) من أنَّ المالية التي دخلت في العهدة هي مالية العين ابتداءً، وأمَّا سائر مراتب المليات فهي مليات متجددة واردة على الداخل في العهدة، لا أنَّ العهدة واردة عليها وجوابه ما تقدم.

٢٦٥- قوله ﷺ: (نعم لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد... الخ) (٤).

ليس المراد منه الضمان بالقوة، سواء كان بمعنى وجوب دفع البدل على تقدير

(١) كتاب المكاسب ١١١ سطر ١٩ وفي الاصل (منافع متفاوتة متضادة).

(٢) كتاب المكاسب ١١١ سطر ٢٠.

(٣) تليقة ٢٥٣.

(٤) كتاب المكاسب ١١١ سطر ٢٣.

التلف، أو بمعنى اشتغال ذمته بالبدل على تقدير التلف، فإنه على أي حال مردد بين الأقل والأكثر، والأقل متيقن والأكثر مشكوك، والأصل البراءة عن وجوبه، وعدم اشتغال ذمته بالزائد، واشتغال الذمة بالمردد أو وجوب المردد غير معقول حتى يستصحب، كما أنَّ استحصاب وجوب طبيعي بالقيمة أو استحصاب الاشتغال بطبيعي القيمة بعد فرض صدق الطبيعي على الأقل غير مفيد، بل المراد من الضمان المستفاد من قاعدة اليد كون العين في العهدة، فلا يقطع بالخروج عنها إلا بدفع الأكثر.

لكنك قد عرفت سابقاً^(١) أنَّ عهدة العين إن تبدلت بذمة القيمة إذا تلفت فلا مجال لاستصحاب العهدة، والأمر في الذمة ما مر^(٢)، وإن لم تتبدل بالذمة، فإن قلنا إنَّ اعتبار البدل اعتبار اسقاط العهدة بدفع البدل فالاستصحاب وجيه، وإن قلنا ببقاء العهدة على حالها وأنَّ وجوب دفع البدل من مقتضياتها، فلا شك في بقاء العهدة لامتناع غايتها المسقطه لها، والأمر في وجوب دفع القيمة من حيث الأقل والأكثر ما مر^(٣). نعم قد عرفت سابقاً بمقتضى البرهان أنَّ المالبات متبائنات، وأنَّ القلة والكثرة في لازم ما اشتغلت به الذمة، فلا مجال إلا للاشتغال فراجع^(٤).

٢٦٦- قوله ﷺ: (ولعلمهم يريدون به يوم القبض... الخ)^(٥).

ويمكن أن يقال: - بناء على الاستناد في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد إلى قاعدة الاقدام - إنَّ الاقدام العقدي على الضمان بالمسمى اذا كان إقداماً على الضمان بالعوض الواقعي، فالعوض الواقعي في حال الاقدام هي القيمة في يوم القبض، وإن كان تأثيره في ضمان هذه القيمة منوطاً بالقبض.

(١) تعليقة ٢٣٣.

(٢) تعليقة ٢٣٣.

(٣) تعليقة ٢٣٣.

(٤) تعليقة ٢٣٣.

(٥) كتاب المكاسب ١١١ سطر ٢٤.

لو زادت القيمة بعد التلف

٢٦٧- قوله ﷺ: (ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف... الخ)^(١).

كما يمكن القول بإعتبار الزيادة بعد التلف بناءً على ما استحسنه المحقق ﷺ في الشرايع^(٢) من ضمان كلية المضمونات بالمثل، ويقائه في الذمة إلى زمان جعله خارجياً، فيكون الاعتراف بقيمة المثل حال الوفاء وإن زادت على قيمة يوم التلف، كذلك على القول ببقاء العين في العهدة ويكون الاعتراف بقيمة العين يوم الخروج عنها، كما هو مختار المحققين من المتأخرين وإن لم يقل به أحد من المتقدمين، وهذا في الحقيقة قول باعتبار القيمة العليا للعين، بخلاف قول المحقق ﷺ فإنه من باب ترقى المثل الذي هو مال المالك، لا من باب ضمان أرفع القيم، فإن المثل مضمون به لا أنه مضمون، لكنك قد عرفت سابقاً أن القول بالعهدة لا يقتضي ذلك، بل عهدة المالية التالفة بتلف العين فقط فراجع^(٣).

٢٦٨- قوله ﷺ: (فالظاهر اعتبار محل التلف... الخ)^(٤).

قد مرّ سابقاً^(٥) أن مالية العين مبهمة لاتعين لها إلا من حيث الزمان والمكان، فالقيمة المعترية إذا كانت متعينة بزمان الغصب أو زمان التلف أو أعلى القيم، فلا محالة تتعين بتعين مكان الغصب أو التلف، أو مكان ارتفاع القيمة فإنه بعد تعيينها بلحاظ زمان، فتعينها بلحاظ مكان آخر وإن كان معقولاً إلا أنه يحتاج إلى عناية أخرى، وليس يوم المطالبة أحد الأيام المعترية حتى تكون العبرة بمكانها. نعم بناءً على القول ببقاء العين في العهدة ريمًا يقال إن العبرة بالخروج عن عهدة

(١) كتاب المكاسب ١١١ سطر ٢٥.

(٢) شرايع الإسلام ٢: ٦٨.

(٣) تمليقة ٢٦٢.

(٤) كتاب المكاسب ١١١ سطر ٢٨.

(٥) تمليقة ٢٥١.

مالية العين في محل الخروج عن العهدة - وهو محل المطالبة - كما أنَّ العبرة بزمان الخروج عن العهدة، لكنك قد عرفت مراراً أنَّ العبرة بمالية العين التالفة بتلفها، فتشخص المالية بتشخص زمان تلفها ومكان تلفها، وإلا كانت مالية غير فعلية بل فرضية بفرض العين في زمان آخر أو مكان آخر، فراجع^(١) وتدبر.

٢٦٩ - قوله ﷺ: (وإنَّ العبرة بيوم فواتها... الخ)^(٢).

وعن غير واحد بناءً على أنَّ العبرة في قيمة العين بيوم دفع البدل، فإنَّه يوم الخروج عن عهدة العين أنَّ الاعتبار بيوم دفع الأرش وتدارك النقص. ولكنك قد عرفت سابقاً فساد المبنى، وعلى تقدير صحته فالإعتبار بيوم الخروج عن عهدة العين، وأمَّا بعده فلا شيء في العهدة حتى يلاحظ ما به تفاوت صحيحه و معيبه كما بيَّنا وجهه، فراجع^(٣).

بدل الحيلولة

٢٧٠ - قوله ﷺ: (لكن ظاهر إطلاق الفتاوى وقاعدة اليد الاخير... الخ)^(٤).

هكذا في النسخة المصححة، وعلى أي حال يمكن الاستدلال لدفع بدل الحيلولة بأمر:

منها: قاعدة السلطنة: إمَّا بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل إلى أخذ البدل، وإمَّا بدعوى السلطنة على مطالبة مالية ماله، وإمَّا بدعوى السلطنة على مطالبة السلطنة على الانتفاعات بماله.

والكل لا يخلو عن محذور:

أمَّا السلطنة على مطالبة العين للتوسل إلى أخذ البدل، فإنَّ أريد منها فيما إذا كان

(١) تعليقة ٢٥١.

(٢) كتاب المكاسب ١١١ سطر ٣١.

(٣) تعليقة ٢٥١.

(٤) كتاب المكاسب ١١١ سطر ٣٤ وفي الاصل (لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الاخير...).

ردّ العين ممكنًا بالسعي في مقدماته، فلازمها جواز إلزام الغاصب بردّ ماله، فيجب عليه تحصيله بالسعي في مقدماته، ولا يجب عليه دفع البدل، وإن أُريد منها فيما إذا لم يمكن ردّ العين وتحصيلها، وإن أمكن حصولها فيما بعد، فالسلطنة على مطالبة العين وجواز مطالبتها لغو، حيث لا يتمكن من ردّها.

وتوهم^(١) - أن امتناع الردّ بسوء اختيار الغاصب فيجوز إلزامه بردّه استناداً إلى أنّ الامتناع بالاختيار لا ينافي الاختيار- في غاية الضعف والسقوط كما حقق في محله^(٢) من حيث البناء والمبنى، وحيث لا يعقل الترخيص في مطالبة العين فكيف يترتب عليه دفع البدل.

وأما السلطنة على مطالبة مالية ماله، نظراً إلى أنّ عين ماله ذات شؤون ثلاثة من حيث الشخصية، ومن حيث الطبيعة النوعية، ومن حيث المالية، فاستحالة مطالبة الاولى لا يمنع عن مطالبه الباقي، فقد أجبنا^(٣) عنها مراراً أنّ حيثية مالية ماله القائمة به متعدّرة بتعدّره، والمالية القائمة ببدله حصة أخرى من المالية، فالسلطنة على مطالبتها سلطنة على مطالبة مال الغير لا على مال نفسه.

وأما السلطنة على مطالبة السلطنة على الانتفاعات بماله.

فالجواب عنها أولاً؛ بما مرّ^(٤) من أنّ تلك السلطنة الشخصية على الانتفاع بماله متعدّرة بتعدّره، والسلطنة على الانتفاع بالبدل المدفوع سلطنة أخرى، ليس للمالك مطالبتها إلّا بعد استحقاق البدل، وهو أول الكلام.

وثانياً؛ بأنّ المراد من السلطنة على الانتفاعات إنّ كانت السلطنة الشرعية المتحققة تارة بالترخيص في التصرفات، وأخرى بإنفاذها - كما بيّناه سابقاً^(٥) -، فهذه سلطنة مجعولة بنفس قاعدة السلطنة، فكيف تعم نفسها.

(١) كما عن الاشكوري راجع حاشيته ٥٩ سطر ٢٨.

(٢) نهاية الدراية ٢: ٢٥٣ - مؤسسة آل البيت.

(٣) تمليقة ٢٣٠.

(٤) أول هذه التمليقة.

(٥) تمليقة ٥٩.

ودعوى^(١)؛ أن قاعدة السلطنة على مطالبة مالية ماله لا تعين جواز أخذ البديل بعنوان الغرامة، بل غاية دلالتها جواز مطالبة مالية ماله ولو بالبيع والصلح عليه، فيُجبر الغاصب على المصالحة إن أرادها المالك.

مدفوعة؛ بأن قاعدة السلطنة تقتضي السلطنة على التصرفات في المال ولو بمطالبته من الغير، لا السلطنة على الغير بإجباره على إيقاع المعاملة على ماله.

ومنها: قاعدة اليد؛ فإن كان مفادها كون المأخوذ خسارة على ذي اليد، فمقتضاه تداركه ببدله عند تلفه، وإلا فمع بقاءه على ماله وملكيته ماله، فلم يذهب المأخوذ من المالك حتى يكون ذهابه منه على ذي اليد خسارة عليه، وإنما ذهبت من ماله السلطنة على الانتفاع به، فتداركها لسلطنة^(٢) أخرى على مال آخر يحق كونه ذهاب السلطنة على الانتفاع بالمأخوذ خسارة على ذي اليد، لأن نفس المأخوذ خسارة عليه.

وإن كان مفادها كون المأخوذ في عهدة ذي اليد وهي المناسبة لهذه الغاية كما مر^(٣) تفصيله فتحقيق الحال فيه، أن عهدة العين تارة تكليفية وأخرى مالية، فما دامت موجودة يجب ردّها وبعد تلفها لا بد من تدارك ماليتها بحصة مماثلة لها، ولا تدارك لها قبل تلفها، إلا أن اعتبار عهدة العين فعلاً في كل زمان تحتاج إلى أثر مصحح، وإلا كان اعتبارها لغوياً، ومن الواضح أنه عند تعذر ردّها وعدم تلفها ليس لها عهدة تكليفية، حيث يستحيل التكليف بردّها، وليس لها عهدة تداركية لنفسها، حيث إنّها غير تالفة، فلو لم يجب تداركها من حيث فوات السلطنة على الانتفاع بها كان اعتبار عهدها فعلاً لغوياً، فالالتزام بكونها في العهدة فعلاً يقتضي الالتزام بأثرها فعلاً. وأما ما عن بعض الاعلام رحمهم الله^(٤) من أن الغاصب بوضع يده على المال فوّت المالية

(١) كما عن السيد الزدي راجع حاشيته ١٠٦ سطر ٣٥.

(٢) هكذا في الأصل والصحيح (بسلطنة).

(٣) تعليقة ١٧٦.

(٤) حاشية الاشكوري ٥٩ سطر ٣٠.

والملكية معاً، لأنه لم يُبَدَل بإزائه شيء فلا مالية، وليس زمام أمره بيده فلا ملكية، فيجب التدارك على أي تقدير.

فمندفع: بأنَّ عدم البذل لعدم التمكن من التسليم لا دخل له بعدم البذل لعدم كونه متمولاً في نفسه، بل ربَّما يكون من أنفُس الأموال، وبأنَّ الملكية ليست جِدة خارجية حتى يتوهم أنَّها ليست لِمالكه، بل اعتبارها مثلاً ولم تخرج العين عن الملكية الشرعية بوقوعها في يد الغاصب أو بتعدُّر رَدِّها في زمان كما هو واضح.

ومنها: قاعدة الضرر: إمَّا بدعوى أنَّ صبر المالك إلى حين الوصول إلى ماله ضرر عليه، كما عن بعض أجلة المحشيين^(١)، وإمَّا بدعوى أنَّ تأخير الضامن أو امتناعه عن ردِّ العين ضرر على المالك، وإمَّا بدعوى أنَّ امتناع الضامن عن أداء البذل ضرر عليه، وإمَّا بدعوى أنَّ عدم ضمان البذل ما دام التعدُّر ضرر عليه، وما عدا الأخير لا يخلو عن محذور تبَّهنا^(٢) عليه في مسألة المثلي المتعدُّر مثله.

وإمَّا الأخير فمبني على أنَّ مفاد القاعدة رفع الحكم الضرري لا رفع حكم الموضوع الضرري، وعلى شمولها للاحكام العدمية وعلى عمل الاصحاب بها في المورد لينجبر به وهن دلالتهن، لوضوح عدم عملهم بها في نظير المقام، كما إذا لم تكن العين متعدِّرة وحال بينها وبين مالكتها اختياراً، فإنَّه لا يقولون فيه بدفع بدل الحيلولة مع أنَّ حاله حال المقام في الضرر، فتدبر.

٢٧١ - قوله ﷺ: (ثم الظاهر عدم اعتبار التعدُّر... الخ)^(٣).

عن بعض أجلة المحشيين^(٤) أنَّه عين الوجه الأخير، كما أنَّ التعبير بالتعدُّر عين الوجه الاول وهو اليأس عن الوصول، فلا وجه للتكرار. لكنه بلا وجه؛ إذ كون الشيء بحيث لا قدرة على تحصيله لا ينافي القطع بحصوله

(١) حاشية الزيدي ١٠٦ سطر ٣١.

(٢) تعليقة ٢٣٠.

(٣) كتاب المكاسب ١١٢ سطر ٣.

(٤) حاشية الزيدي ١٠٧ سطر ١٥.

فيما بعد، فضلاً عن رجاء حصوله، فالتعذر المسقط للتكليف ليس عين اليأس، كما أنّ رجاء الوصول يجتمع مع القدرة على تحصيله ومع عدمها، فليس رجاء الوصول مستلزماً للقدرة على التحصيل.

وأما حكم المسألة فيختلف باختلاف مداركها، فمقتضى قاعدة اليد على التقريب الذي ذكرناه^(١) اعتبار التعذر الحقيقي، حيث إنّه مبني على لزوم اللغوية مع عدم العهدة التكليفية، فلا محالة مع القدرة على التحصيل له عهدة تكليفية فلا كاشف عن عهدة مالية، وأما قاعدة الضرر فمقتضاها كفاية مطلق التعذر للضرر بعدم الانتفاع بماله في مدة طويلة، وأما قاعدة السلطنة فيمكن أن يقال له السلطنة على مطالبة ماله وعلى مطالبة مالية ماله من دون ترتب الثانية على عدم الاولى.

كما يمكن أن يقال إنّه لا ريب في عدم السلطنة له على مطالبة مالية منحازة عن ذات ماله عند عدم التعذر رأساً، للتمكّن من مطالبة ماله، فكذا فيما نحن فيه، حيث إنّ المفروض التمكّن من إلزامه برّد ماله ولا أقل من الشك في الشمول، فالاصل عدم التسلّط على أزيد من الإلزام برّد ماله، حيث كان قبل عروض التعذر كذلك، كما عرفت وقد تقدم بعض ما يناسب المقام في المثلى المتعذر مثله، فراجع^(٢).

٢٧٢ - قوله ﷺ: (ثم إنّ ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كشبوتها... الخ)^(٣).

لا يخفى عليك اختلاف حكم المسألة باختلاف مداركها أيضاً.

أما بناءً على قاعدة اليد، وأنّ العين التي هي في العهدة لها عهدة مالية لا يخرج عنها حال التعذر إلّا بدفع القيمة، فحال الخروج عن هذه العهدة كحال الخروج عن عهدة العين الثالثة، ولو لم يكن هناك اشتغال الذمة ببذل الحيلولة كما قربناه^(٤) في بدل التلف أيضاً، فللغاصب الخروج عن هذه العهدة، وإنّ كان للمالك أيضاً ردّ القيمة

(١) تعليقة ٢٧٠.

(٢) تعليقة ٢٣٠.

(٣) كتاب المكاسب ١١٢ سطر ٥.

(٤) تعليقة ١٨٨.

ومطالبة عينه عند ارتفاع التعذر، كما هو مقتضى كونها بدلاً للحيلولة، بل لا منافاة بين الخروج عن عهدة العين من هذه الجهة وبقائها في العهدة من حيث بدل التلف.

وأما بناءً على قاعدة الضرر، فإن كان تقرب الاستدلال بها يكون لزوم الصبر ضرراً أو شبه ذلك، فمقتضاها ارتفاع لزوم الصبر على المالك، فله أن يصبر وأن لا يصبر، أو أنه لا يجوز للغاصب الامتناع عن أداء البديل لكونه ضرراً.

وإن كان تقريبه بأن عدم ضمان القيمة ضروري فيرتفع فيثبت نقيضه، فحينئذ للغاصب الخروج عن هذا الضمان الثابت.

وأما بناءً على قاعدة السلطنة، فإن كان بتقريب أنه له السلطنة على مطالبة العين توسلاً إلى أخذ بدلها، فغايتها أنه له مطالبة العين وله عدمها، فلا مجال لإلزام الغاصب، بل يجب عليه أداء البديل، لجواز مطالبة العين توسلاً إلى أخذ البديل، لثلا يلزم لغوية جواز المطالبة، فحيث لا وجوب إلا من ناحية المطالبة وإلزام المالك، فلا معنى لإلزام الغاصب إيّاه مع عدم مطالبته.

وإن كان بتقريب أنه له السلطنة على مطالبة مالية ماله، فإن كانت العين متعذرة تعذراً غير مسقط للتكليف، فمطالبة مالية ماله القائمة به لا تستدعي إيجاب البديل أصلاً، ومطالبة مالية ماله المنحازة عنه مع إمكان الإلزام برّد ماله ومالته لا سلطنة له عليها، كما لا سلطنة له على مطالبته مع عدم تعذر العين، وإن كانت متعذرة تعذراً مسقطاً للتكليف فمطالبة مالية ماله منحازة عنه لا بأس بها، إلا أن سلطنته عليها لا تقتضي وجوب الاداء على الغاصب إلا بعد إعمال السلطنة بالمطالبة كما عرفت.

وأما بناءً على الطريقة العرفية، فمبناها على الارفاق بالمالك؛ لثلا يكون ممنوعاً عن مالية ماله بعد كونه ممنوعاً عن ماله، والارفاق به ينافي لإلزامه بأخذ البديل.

٢٧٢ - قوله ﷺ: (ويدل عليه قاعدة تسلط الناس... الخ) (١).

المراد من السلطنة على الامتناع إمّا السلطنة على الامتناع من أخذ بدل الحيلولة،

وإمّا السلطنة على الامتناع من أخذ عين ماله بذاته أو بماليته.

فإن أريد الأولى فنقول: بدل الحيلولة؛ إن كان ثابتاً بقاعدة اليد أو قاعدة نفي الضرر على التقريب الأخير، فبدل الحيلولة ما يستحقه المالك على الضامن لكونه من مقتضيات عهدة عينه عند تعذرهما، أو من مقتضيات نفي الحكم الضرري، وهو عدم ضمان البدل المقتضي لثبوت نقيضه، وهو ضمانه؛ فحاله من هذه الجهة حال سائر أمواله كعين ماله، أو بدل التالف ليس امتناعه من أخذه مؤثراً في عدم الخروج عن العهدة بدفعه، أو عدم الخروج عن ضمانه بدفعه.

وإن كان بدليل السلطنة لمكان سلطنته على مطالبة ماله بما تؤدّى المالية به؛ بحيث لا يجب عليه دفعه إلا بمطالبتة، فلا إضافة له إلى مالك العين إلا بعد وجوبه بمطالبتة، فلا موضوع للسلطنة على الامتناع، حيث إنّه مع عدم المطالبة لا يستحق عليه البدل، ليكون مضافاً إليه فيقال له السلطنة على الامتناع عن أخذه.

وإن أريد الثانية بتقريب أنّه له السلطنة على ماله وعلى مالية ماله، فله الامتناع من جعله خارجياً أدائياً بدفع البدل.

ففيه: أنّ السلطنة على الامتناع مع أنّ أمر الخروج عن العهدة والضمان بيد الضامن - إنمّا تجدي إذا كان أداء المالية خارجاً - والخروج عن عهدة العين وضمان البدل مزاحماً للسلطنة الثابتة للمالك على ماله، حتى يقال إنّ مقتضى سلطانه المطلق على ماله عدم سلطنة الغير على ما يزاحم سلطان المالك، وذلك لا يكون إلا إذا كان أداء البدل مقتضياً للخروج عن عهدة العين بشخصيتها، أو للخروج عن ضمان البدل مطلقاً، حتى إذا تلفت العين فلا يرجع إلى زيادة قيمة يوم التلف على قيمة يوم التعذر، فإنّ أمر شخصية العين - كخصوصية الطبيعة النوعية في المثلي المتعذر مثله - بيد المالك، فليس للضامن اسقاط الخصوصيتين، فإنّ ذلك سلطنة على مال الغير، وهي منفية بقاعدة سلطنة الناس على أموالهم.

وكذا أمر زيادة المالية كأصلها بيد ذي المال، فليس للضامن اسقاط الزيادة التي هي تحت سلطان مالكها، لكن بعد ما هو الثابت في محله من أنّ دفع البدل للحيلولة

لا يمنع المالك من استرداد عينه بخصوصيتها وردّ البدل، فلا يوجب دفع البدل مزاحمة المالك في سلطانه، كما أنّه للمالك مطالبة زيادة القيمة إذا فرض تلف العين المتعدّرة كما في الجواهر^(١)، فلا يكون دفع القيمة عند التعذّر موجباً لإسقاط ما هو تحت سلطان المالك حتى يُنقَى بقاعدة السلطنة المطلقة للمالك.

فظهر أنّه لا تجدي السلطنة على الامتناع في عدم تمكن الضامن من الخروج عن عهدة العين، أو عن ضمان القيمة بدفع بدل الحيلولة.

٢٧٤ - قوله ﷺ: (ولولا ظهور الاجماع وأدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا... الخ)^(٢).

لا يخفى عليك أنّ الدليل على ثبوت بدل الحيلولة إنّ كان مثل قاعدة اليد، فعهدة العين المتعدّرة كعهدة العين الثالثة كما سيأتي^(٣) شرحها إنّ شاء الله تعالى، وكذا إنّ كان مثل قاعدة نفي الضرر، فإنّ ضمان القيمة هنا كضمانها في صورة التلف، بل الأمر كذلك إنّ كان الدليل مثل قاعدة السلطنة على مطالبة مالية ماله، فإنّ مقتضى كون القيمة المؤداة من باب تأدية مالية ماله عند التعذّر هو اعتبار ملكيتها حتى يكون اعتبارها اعتبار مالية ماله، لا اعتبار مالية غير ماله المضاف إليه.

وأما أنّ الإباحة من أول الأمر هل تقتضي الملك من أول الأمر أم لا؟ فقد ادّعى اقتضاؤها له شيخنا الاستاذ مستنداً إلى وجهين:

أحدهما: ما ذكره في تعليقه المباركة^(٤) وهو أنّ إطلاق الإباحة وعدم تقييدها بما قبل التصرف أنّما يقتضي الملك من حين أداء البدل هنا، ومن حين انعقاد المعاوضة هناك.

وتقريب ما أفاده: أنّ الإباحة الشرعية تارة ابتدائية كإباحة التصرفات الغير المنوطة

(١) جواهر الكلام ٣٧: ٩٧.

(٢) كتاب المكاسب ١١٢ سطر ٨.

(٣) تعليقه ٢٧٥.

(٤) حاشية الآخوند ٤٣.

بالمملك كإباحة الأكل والشرب واللبس ونحوها، وأخرى إباحة معلولية^(١) للملكية ومرتبة عليها كإباحة البيع والعق والوطىء، ومن الواضح أن إباحة جميع التصرفات من أول الأمر غير منوطة بوقوع التصرف، فإن التصرف مباح تحقق خارجاً أم لا، كما في سائر الأحكام المتعلقة بالافعال، فإن طبيعى الفعل واجب، وفعله خارجاً مطابق الواجب، لا أنه يتوقف إتصافه بالوجوب على صدوره خارجاً، ولا يعقل تحقق الإباحة المعلولة للملك من أول الأمر لطبيعى الفعل إلا مع ثبوت علتها وهي الملك من أول الأمر، وإلا لزم الخلف، إمّا بفرض الإباحة المعلولية إباحة إبتدائية وهو خلف. وإمّا بفرض الإباحة المطلقة من حين انعقاد المعاظة إباحة قبل التصرف آنأ ما أو حال التصرف مثلاً، والاول خلاف ما ثبت في الشريعة من عدم حل بعض التصرفات مع عدم الملك، والثاني خلاف ظاهر الدليل المتكفل للإباحة من أول الأمر.

ثانيهما: ما ذكره في البحث من أن إباحة الوطىء لغير المالك مضادة لحرمة الوطىء على غير المالك، فلا بد من الالتزام بالمملك من أول الأمر، لثلا يكون من باب إباحة الوطىء لغير المالك.

وقد أجبنا عنه في مبحث المعاظة^(٢) بأن إباحة الوطىء المساوق للملك ليس من باب إباحة الوطىء لغير المالك، بل إباحة الوطىء للمالك بالوطىء أو قبله، فلا ينافي حرمة الوطىء على غير المالك حال الوطىء، وكونه غير مالك قبل الوطىء من حين انعقاد المعاظة لا ينافي حرمة الوطىء على غير المالك حال الوطىء، وكون الإباحة قبل حدوث المملك بالوطىء لا يوجب صدور الوطىء حراماً، لفرض مساوقته للملك المساوق للحلية.

بل لا يعقل تحريم مثل هذا الوطىء لصدوره دائماً مقروناً بالمملك، ولا يترقب من التحريم إلا دعوته إلى الترك في موقع الامتثال، ومع مساوقته للملك كان معناه زجر المالك بالوطىء عن الوطىء وهو بلا موجب، نعم إشكال الخلف من أحد الوجهين

(١) هكذا في الأصل والصحيح (معلولة).

(٢) تعليقة ٦٠.

المذكورين في الوجه الاول لا بأس به، فتدبر.

٢٧٥- قوله ﷺ: (وعلى أي حال فلا يتنقل العين إلى الضامن... الخ)^(١).

في المسألة وجوه بل أقوال:

منها: أنَّ المالك يملك بدل الحيلولة، والضامن يملك العين المتعدّرة.

ومنها: أنَّ المالك يملك البديل دون الضامن، فإنّه لا يملك شيئاً.

ومنها: أنَّ المالك أيضاً لا يملك البديل من أول الأمر، بل له السلطنة على

الانتفاعات فقط.

أمّا وجه الاول فتقريبه: أنَّ بدلية بدل الحيلولة عن العين ليست بدلية عن العين بذاتها، إذ لا يعقل بدلية شيء لشيء في ذاته، بداهة أنَّ كل هوية لها من الحظ الوجودي ما لها، ويستحيل أن يكون لغيرها ذلك الحظّ الوجودي، فلا محالة تكون البدلية بلحاظ أمر خارج عن ذات الشيء، كالبدلية في المكان أو في الحكومة أو في الرياسة أو في الملكية، والمراد هنا البدلية في الملكية.

ومن البين أنَّ قيام شيء مقام شيء في خصوصية يقتضي زوال تلك الخصوصية عنه، وكون البديل ذا خصوصية مماثلة لها بالدقة وعينها بالاعتبار والعناية، وحينئذ لازم بدلية بدل الحيلولة للعين المتعدّرة في الملكية صيرورته ملكاً لمالك العين المتعدّرة بمقتضى قيامه مقامها في الملكية، وإلا فلا معنى لقيامه مقامها حيث لا ملكية له، وكذا لازمه زوال تلك الاضافة عن العين المتعدّرة بمقتضى كونه قائماً مقامها فيما لها من اضافة الملكية، وإلا فمع بقائها على حالها لم يتم شيء مقامها.

وإذا انقطعت عنها اضافة الملكية، فإنّما أن تزول بالكلية فتدخل العين في المباحات الاصلية، وإنّما أن تضاف إلى الضامن، وإنّما أن تضاف إلى غير الضامن، والاول والأخير لم يقل به أحد ولا موجب له بقبي الثاني.

وأمّا وجه الثاني: فهو أن بدل الحيلولة غرامة لا بدل، وعنوان الغرامة لا يستدعي

ما يستدعيه عنوان البدلية، غاية الأمر أنَّ غرامة المال لا تكون إلاً بالمال، وغرامة الملك ليست إلاً بالملك، فكونه غرامة أو تداركاً يستدعي الملكية، وحيث إنه لا بدلية فلا يستدعي زوال ملكية العين ليكون لها تعلق بالضامن.

والتحقيق: أنَّ الغرامة والخسارة تارة بعنوان العقوبة والمجازاة كالكفارات الواردة في الشرع، وهذه لا تستدعي البدلية بوجه، وأخرى بعنوان تدارك ما في العهدة، والتدارك لا يكون إلاً لوقوع الخلل فيما يتدارك من تلف الملكية أو تعذرهما، حتى كأنَّ الملكية باقية غير تالفة، أو كأنَّها متيسرة غير متعذرة، فلا محالة للغرامة عنوان البدلية وقيام شيء مقام الآخر.

بل الحق في الجواب أن يُقال: إنَّ للعين حيثيتين حيثية الملكية وحيثية المالية، ورعاية حيثية الملكية بوجوب ردِّ الملك، لأن كونه مضافاً إلى الغير يستدعي رعاية هذه الاضافة بعدم مزاحمة المضاف إليه، ورعاية حيثية المالية مقتضية للتغريم والتدارك، فما لا مالية له لا عهدة له ولا ضمان ولا غرامة ولا خسارة له، فالبدل بدل في المالية لا في الملكية.

غاية الأمر أن اعتبار بدلية شيء للعين في ماليتها حيث إنَّها مضافة إلى المالك بإضافة الملكية يستتبع الملكية حتى يكون بدلاً في مالية ملكه، فالتبديل ليس إلاً في المالية، وأمَّا الملكية فبالاستتباع لا بعنوان البدلية، لا ابتداءً وبالذات ولا ثانياً وبالتابع. ولا يخفى عليك أنَّ الجمع بين المالكين لا محذور فيه، إنَّما المحذور في الجمع بين البدل والمبدل، وحيث لا تبديل في الملكية فلا جمع بينهما في الملكية، وأمَّا قيام مالية البدل مقام مالية العين المتعذرة فلا محذور فيه، لأنَّ المالية من الاعتبارات القائمة بالعين لا من الاضافات المتعلقة بالشخص، كما أنَّ المالية المتيسرة قائمة مقام المالية المتعذرة، فلا جمع بوجه من الوجوه، بل بمجرد التيسر لكل منهما^(١) ردَّ ما بيده واسترداد ما بيد الآخر.

وأمَّا وجه الثالث: فما أفاده المصنف رحمته في المتن من أنَّ الفأنت - بسبب تعذر العين -

(١) هكذا في الأصل والصحيح (منهما).

السلطنة على الانتفاعات، فالواجب تداركها بسلطنة توازيها بأداء ما يماثل العين المتعدّرة، فالسلطنة على المدفوع بدلّ عن السلطنة على العين المتعدّرة، كما هو صريح كلامه عند ختامه^(١)، والسلطنة على الانتفاعات لا تقتضي الملك من أول الأمر عنده ﷺ، كما أنّها حيث كانت بدلاً عن السلطنة المتعدّرة بتعدّر العين لا يعقل أن يكون مبدلها للضامن لتعدّرها على الفرض، وليست كالملكية حتى يعقل تحقّقها للضامن مع تعذر العين.

نعم على مسلك شيخنا الاستاذ حيث إنّ السلطنة من أحكام الملك، فهي عبارة عن جواز الانتفاعات تكليفاً ووضعاً، فلا معنى لقيام حكم تكليفي أو نفوذ وضعي مقام حكم تكليفي أو نفوذ وضعي، كما لا معنى لقيام عين مقام عين في الحكم الشرعي المرتب على ما يتعلق بها من الافعال المعاملية وغيرها، وليست الإباحة هنا مالكية حتى يعقل أنّ تكون تسيبئية إنشائية ليتصوّر بديلة عين عن عين في الإباحة التسيبية، بل إباحة شرعية محضة.

وأما على ما هو الحق - الذي مرّ الكلام فيه مراراً - من أنّ السلطنة بمعناها وهي القدرة والقاهرية شرعاً، إمّا بعدم المنع من التصرف، وإمّا بإنفاذ الاسباب، فهي معنى اعتباري شرعي أو عرفي، ومصححة الترخيص التكليفي أو الانفاذ الوضعي؛ فلا محالة تكون قابلة للقيام مقام مثلها، أو قيام عين مقام عين في هذا الاعتبار الوضعي. إلاّ أنّه يمكن أن يقال إنّ مقتضى دخول العين في العهدة دخولها بحيثياتها وشؤونها القائمة بها، وهي المالية والملكية، فالخروج عن عهدها بأداء ما يماثلها في شؤونها وحيثياتها القائمة بها، والسلطنة الاعتبارية للمالك مثلاً بالاضافة إلى أفعاله التي لها مساس خارجي أو اعتباري بالعين، لأنّ حقيقة القدرة لا تعلق لها بالاعيان بل بالافعال، فلا معنى لإعتبارها إلاّ في الافعال، فهي ليست من شؤون العين كالمالية والملكية، ليكون تدارك العين التي هي في العهدة بلحاظها.

لا يقال: إنّ نظير هذا الاشكال جارٍ في المالية المتعدّرة، فإنّه لا معنى لتعدّرها إلاّ

تعذر الانتفاع بها، وإلا فمالية العين على حالها.

لأننا نقول: دخول العين في العهدة مقتضي لردّها بماليتها، فإذا لم يتمكن من ردّها بماليتها - إمّا لتلف ماليتها بتلفها، أو لخروج العين بماليتها عن تحت يده - يجب ردّها بماليةٍ أخرى مماثلة لماليتها، فالمالية المؤداة بدل للمالية التي لا يتمكن من ردّها، فما لا يتمكن من ردّها نفس المالية القائمة بالعين الداخلة في العهدة، وليست كالسلطنة القائمة بالشخص المتعلقة بفعله، فتدبر.

٢٧٦ - قوله ﷺ: (ما ليس به قوام الملكية... الخ) (١).

الصحيح ما ليس به قوام المالية كما ذكره ﷺ فيما بعد.

٢٧٧ - قوله ﷺ: (فالتدرك لا يقتضي ملكه... الخ) (٢).

ليس الغرض عدم الملك للبدل وعدم السلطنة المطلقة عليه، وإلا لا يتحقق التدرك مع انتفاء الأمرين، مع أنّ اللازم أن يقال ولا السلطنة المطلقة عليه، مع أنّ العبارة (ولا السلطنة المطلقة على البدل)، بل الغرض عدم ملك ما فات بعض منافعه للضامن، وعدم سلطنة المالك على البدل.

ثم إن المراد منه ليس وجوب التدرك وعدم اقتضاء التدرك الواجب حتى للسلطنة على البدل، بل المراد أنّ فوات بعض ما ليس به قوام المالية لا يقتضي تدركاً موجِباً للأمرين، ولذا قال ﷺ بعده (ولو فرض حكم الشارع بوجود غرامة قيمته... الخ) (٣) فيعلم منه أنّ وجوب التدرك غير مفروض قبلاً.

٢٧٨ - قوله ﷺ: (لم يبعد انكشاف ذلك... الخ) (٤).

لأن حقيقة التدرك والخسارة لا يعقل إلا مع فوات المالية، فمع عدمه رأساً أو

(١) كتاب المكاسب ١١٢ سطر ٢٤.

(٢) كتاب المكاسب ١١٢ سطر ٢٤.

(٣) كتاب المكاسب ١١٢ سطر ٢٤.

(٤) كتاب المكاسب ١١٢ سطر ٢٤.

بمقدار لا يقتضي أداء تمام القيمة، ومع ذلك حكم الشارع بأداء القيمة، فلا محالة يجب التصرف إما في حقيقة الغرامة بجعلها تعبدية، فهي في الحقيقة إيجاب لأداء تمام القيمة بعنوان الغرامة لا بحقيقتها، وإما بجعلها معاوضة شرعية قهرية بين العين وقيمتها.

والأول أولى لمناسبته مع عنوان الغرامة، إذا فرض أن لسان الدليل يغرّم ويضمن وأشبه ذلك، والتحقيق عدم لزوم القيمة في مثل الفرض، إذ القاعدة لا تقتضيه، وفرض الحكم به من الشارع فرض محض، فتدبر.

إذا خرجت العين عن المالية

٢٧٩- قوله ﷺ: (فَإِنَّ الْقِيَمَةَ عَوْضُ الْأَوْصَافِ... الخ)^(١).

ظاهره ﷺ أنها لو كانت عوضاً عن نفس العين لكان مقتضاه انتقال العين إلى الضامن، والوجه فيه ما تقدم^(٢) من عوضية القيمة للعين في ملكيتها، فلا يعقل بقائها على ملكيتها لمالكها، كما لا وجه لدخولها في المباحات الذاتية أو انتقالها إلى غير الضامن، فيتعين الانتقال إلى الضامن.

لكنك قد عرفت أنّ التغيريمات بلحاظ المالية لا بلحاظ الملكية، فالقيمة بدل عن العين في المالية، فلا مانع من بقائها على صفة الملكية لمالكها كما مرّ^(٣) تفصيله. ثم إنّه هل القيمة عوض عن الاوصاف أو عوض عن العين، بلحاظ ماليتها المتقوّمة بأوصافها؟

الظاهر هو الثاني؛ لأنّ الاوصاف ليست بمال بالحمل الشائع، بل مقوّمة لمالية العين، ولا عهدة إلّا للمال بالحمل الشائع، ومنه تعرف أنّ القيمة بدل عن العين في المالية، لا أنّها بدل عن مالية العين إذ الداخل في العين هو المال لا المالية، وإتلاف

(١) كتاب المكاسب ١١٢ سطر ٢٧.

(٢) تعليقة ٢٧٥.

(٣) تعليقة ٢٧٥.

المال مضمّن لا إتلاف المالية، وسيجيء^(١) إن شاء الله تعالى تنمة الكلام.

٢٨٠- قوله ﷺ: (بل قال يمكن أن لا يجوز ويتمين القيمة...الخ)^(٢).

ظاهر كلامه ﷺ حيث جعله بمنزلة التلف عدم قبوله للملكية كما في التألف حقيقة، لا زوال ملكية المالك فقط، لمكان أداء البذل وانتقاله إلى الغارم، وعليه فكما يمنع كونه بمنزلة التلف عن بقاء صفة الملكية، كذلك يمنع عن حدوثها للغارم، فتكون العين الموجودة بلا مالك، ولا يمكن الالتزام به.

٢٨١- قوله ﷺ: (بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين...الخ)^(٣).

التوصيف بالمنقطعة لأجل المعرفية لا للعنوانية، وإلا فإن كان البذل بدلاً عن السلطنة المنقطعة بما هي كذلك، فهي لا تقبل العود فيستقر ملك الآخذ له ولو مع ردّ العين.

وما توهم من أنّ البذل عوض عن العين من حيث قطع السلطنة فاسدٌ، فإنّ بديلة شيء عن شيء بلحاظ إضافة واعتبار للمبدل، وليس قطع السلطنة من اعتبارات البذل، بل مرجعه إلى أنّ البذل بإزاء صفة الحيلولة وقطع السلطنة، إلا أنّ تكون الحيثية تعليلية، فيكون البذل عوضاً عن العين بسبب قطع السلطنة عنها.

٢٨٢- قوله ﷺ: (كيف ولم تلف هي...الخ)^(٤).

ولا خسارة لها مع عدم تلفها، ولنا أن نقول بأنّ التغيريم حيث أنّه بلحاظ المالية دون الملكية، والاصاف مَقومة لمالية العين، ففواتها يوجب تلف مالية العين، فهي بما هي مال تالفة، وإن كانت بما هي ملك وبذاتها باقية.

(١) تعليقة ٢٨٢.

(٢) كتاب المكاسب ١١٢ سطر ٣٣.

(٣) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ٣.

(٤) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ٤.

٢٨٣- قوله ﷺ: (وليس لها على تقدير التلف...الخ)^(١).

بل لا يعقل أن تكون لها عهدة مالية، حيث أنه ليس لها خسارة مالية، ليكون لها تدارك مالي، ومنه يعلم أن التكليف بردها من باب رعاية حيثية ملكيتها لا ماليتها، فتوهم أنه لا معنى للتكليف بردها مجرداً عن الوضع لا وجه له.

٢٨٤- قوله ﷺ: (بل الأمر بردها مجرد تكليف...الخ)^(٢).

لا يخفى أن الأدلة اللفظية قاصرة عن إيجاب رد ما ليس بمال، وإن كان مضافاً بإضافة الملكية لأخذ عنوان المال في قوله (الناس مسلطون على أموالهم)^(٣)، وقوله ﷺ (لا يحل مال إمراء)^(٤)، وقوله ﷺ (لا يجوز أن يتصرف أحد في مال غيره)^(٥) بل قوله ﷺ (على اليد ما أخذت)^(٦) كذلك، لأن موضوعه المأخوذ الذي له خسارة مالية، فما لا مالية له لا أداء ولا تأدية له، نعم قوله ﷺ (المغصوب مردود)^(٧) بإطلاقه يعم ما ليس بمال، إذا لم يناقش فيه ورود الإطلاق مورد الغالب.

٢٨٥- قوله ﷺ: (بل لو استلزم رده ضرراً مالياً...الخ)^(٨).

لأنه غير معارض بضرر مالي في جانب المالك، لاستيفاء مالية ماله بأخذ الغرامة، وقاعدة الضرر حاکمة على أدلة التكاليف، إلا أن يكون طبع الرد الواجب مقتضياً لضرر مالي، فإن مثله لا يرتفع بقاعدة الضرر، وإلا لارتفعت التكاليف المالية، ولعل الأمر بالتأمل إشارة إلى ما ذكرنا، لا إلى أن مقتضى قاعدة السلطنة جواز المطالبة

(١) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ٤.

(٢) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ٥.

(٣) عوالي الآلي: ج ١ ص ٢٢٢ حديث ٩٩.

(٤) عوالي الآلي ج ٢ ص ٢٤٠ حديث ٦.

(٥) وسائل الشيعة باب ١ من أبواب الغصب ح ٤ وفيها (لا يحل...الخ).

(٦) عوالي الآلي ج ١ ص ٢٢٤ حديث ١٠٦.

(٧) وسائل الشيعة باب ١ من أبواب الغصب ح ٣ وفيه (لان الغصب كله مردود).

(٨) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ٥.

مطلقاً وإن استلزم ضرراً.

فإنه مدفوع أولاً؛ بعدم شمولها للمقام لما مر^(١) من عدم كونه مالاً حتى يكون بما هو مال مضافاً بالاضافة الملكية.

ودعوى عدم تخصيص الأصحاب لوجوب الردّ بالمال مدفوعةً بأنه لعله لمدرک آخر لا لقاعدة السلطنة وشبهها.

وثانياً: بحكومة قاعدة الضرر على قاعدة السلطنة، لأنها كساير أدلة التكاليف دليل وجوب الردّ، والمفروض عدم معارضة قاعدة الضرر بضرر آخر حتى يتساقطاً، ويبقى الاطلاق على حاله.

٢٨٦ - قوله ﷺ: (وحينئذ فلا تنافي ما تقدم سابقاً... الخ)^(٢).

إذ عدم الوجوب حينئذ للمانع لا لعدم المقتضي، حتى يكشف عن عدم بقائه على ملك مالكة.

ودعوى: أن نظر صاحب المسالك ﷺ إلى أن الاخراج مقدمة لأداء المال، ومع عدم إمكانه لخروجه عن المالية بالاجراج، يكون التكليف به لغواً.

مدفوعة: بأن الاخراج مقدمة لأداء الملك، بأن رعاية الملكية مقتضية له لا رعاية المالية، وأداء الملك ممكن فيجب وإن وجب عليه تدارك ماليته، فالوجه ما أفاده المصنف ﷺ .

٢٨٧ - قوله ﷺ: (مع بقاء حق الأولوية فيه... الخ)^(٣).

لا يخفى عليك أن مجرد الحق وإن كان لا يقتضي وجوب الردّ؛ لإمكان تقوّمه بعنوان يزول برفع اليد عنه، ورفع يده عنه وإن كان حراماً، لكنه بعد رفعه المحرم يزول حقه، فلا يجب رده، كما في حق السبق إلى المسجد على وجهه، إلا أن مثل هذا

(١) تعليقة ٢٧٩.

(٢) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ٧.

(٣) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ٨.

الحق المفروض هنا ناشئ عن سبق ملكه، والغضب لا يزيل حقه كما لا يزيل ملكه، والمفروض هنا بقاء حق الأولوية مع كونه في يد الغاصب، وعليه فلا ينبغي الاشكال في وجوب الردّ، إلا بالنظر إلى ما قدمناه^(١) من قصور الأدلة اللفظية نوعاً عن شمولها لما لا مالية له، فبمجرد إضافة الملكية والحقيّة لا يجدي في وجوب الردّ.

نعم الذي ينبغي البحث عنه هو ثبوت حق الأولوية بعد زوال الملكية، لأنه اعتبار شرعي يحتاج إلى دليل، والذي يمكن أن يقال ولعله قيل أيضاً في تقريب حق الاولوية أمور:

منها: أنّ حق الاولوية مرتبة من مراتب الملكية، والمتيقن زوال ملك المرتبة الشديدة المسماة بالملكية، وبقاء نفس تلك الاضافة بمرتبها الضعيفة مشكوك فتستصحب.

ومنها: مقارنة الحق للملكية، فإنّ المالك أحق بماله من غيره، فزوال الملكية يجتمع مع الشك في بقاء الحقية فيستصحب.

ومنها: أنّ حق الاولوية من آثار الملكية السابقة لا من مراتبها ولا من مقارناتها، نظراً إلى أنّ المالك بعد زوال ملكيته عن العين التي يمكن أن ينتفع بها مالها أحق بها - بعد زوال الملكية - من غيره، فليس لأحد وضع اليد عليها.

وهذه الوجوه كلها مخدوشة:

أما الوجه الأول ففيه:

أولاً: أنّ الحق اعتبار آخر غير اعتبار الملكية كما فصلنا القول فيه في أوائل التعليقة^(٢)، بل قد مرّ^(٣) منّا أنّه في كل مورد اعتبار خاص، حتى أنّه هنا ليس إلاّ كون المالك أولى به، فاعتبار أولوية المالك به هو مصداق الحق هنا.

وثانياً: أنّ الملكية الحقيقية سواء كانت من مقولة الجدة أو الاضافة ليست ذات

(١) تعليقة ٢٨٤.

(٢) ص ٤١.

(٣) ص ٤٤.

مراتب بالشدة والضعف، إمّا لا مراتب لها في نفسها أصلاً كمقولة الاضافة، فإنّها في هذه تابعة لما تجري فيها الاضافة من سائر المقولات، لعدم استقلالها بالوجود، وأمّا لها مراتب لكنه بالزيادة والنقص لا بالشدة والضعف والجدّة كذلك، فإنّ هيئة إحاطة القميص أزيد من هيئة إحاطة العمامة وهكذا، لكنها لا تختلف هيئة الاحاطة مع عدم تفاوت المحيط والمحاط سعةً وضيقاً بالشدة والضعف^(١).

والذي يجدي في المقام هو التفاوت بالشدة والضعف، لوحدة ذات المالك والمملوك في فرض الملكية وفرض الحقّة.

وبهذا ينبغي رفع كون الحق من مراتب الملكية، لا بأنّ الملكية عرض بسيط زائل قطعاً، فإنّ البساطة لا تمنع من الاختلاف في الشدة والضعف، فإنّ الاعراض كلها بسائط ومع ذلك يجري فيها التشكيك والاشتداد، ففي مقولة الكيف لا شبهة في جريان الشدة والضعف.

وأما زواله قطعاً فالمتيقن منه زوال البسيط بمرتبته الشديدة الموجودة لا رأساً، كيف وهو بناء على إمكان الاشتداد محل الشك.

وثالثاً: أنّ الملكية الشرعية والعرفية - كما مرّ مراراً^(٢) - من الاعتبارات الشرعية والعرفية لا من المقولات الحقيقية، حتى يجري فيها الاشتداد والخروج من حد إلى حد، والاعتبارات كما مرّ لا حركة فيها ولا اشتداد.

واعتبار معنى مقولي شديد أو ضعيف وإن كان معقولاً، إلاّ أنّه لا يجدي في خروج الاعتبار من حد إلى حد، بل بعد زوال اعتبار معنى شديد يحتاج إلى اعتبار آخر لمعنى ضعيف، وهو معقول هنا، لكنه لا دليل عليه.

وأما الوجه الثاني ففيه: أنّه ليس للمالك بالاضافة إلى ما يملكه إلاّ نفس إضافة الملكية، لا أنّه لكل مالك إضافتان إضافة الملكية وإضافة الحقّة للزوم اللغوية، فليس التعبير بأنّه أحق بماله إلاّ عن أنّه أملك بماله عن غيره، لا أنّه له إضافة أخرى.

(١) تقدّم من المصنّف بحث مفصّل في قبوله للشدة والضعف وعدمه في رسالة الحق : ص ٤٣ .

وأما الوجه الثالث ففيه: أنّ المراد من الأثر إنّ كان التكليف من قبيل جواز التصرف للمالك وحرمة على غيره، فهو من آثار الملك الثابتة له مقارنة له وهو غير حق الاولوية، وترتبها بعد زوال الملكية مرجعه إلى عدم كونها من أحكام الملك، وهو خلف.

وإن كان أمراً اعتبارياً معلولاً لاعتبار الملكية، فهو مع عدم تعقل انبعاث اعتبار عن اعتبار، يرد عليه أنّ مقتضى العلوية والمعلولية مقارنة الأثر لمؤثره، لا وجوده بعد عدمه كما هو المفروض في حق الاولوية بعد زوال الملكية، نعم اقتضاء مصلحة لاعتبار حق الاولوية بعد زوال اعتبار الملكية أمر معقول، لا دخل له بكونه من آثار الملكية تكليفاً ووضعاً، لكنه يحتاج إلى دليل.

وأما ما عن المصنف رحمته الله من تأييد وجوب الردّ هنا بوجوبه فيما إذا أعاد الخمر خلافاً بلا خلاف ظاهر، فيستكشف منه أولوية المالك به وكفايتها في وجوب الردّ.

فالجواب عنه: أنّ وجوب الردّ للعود إلى الملك، فيكون من باب وجوب ردّ الملك، لا من باب ردّ ما يكون المالك أولى به، والعود إلى الملك بعد زوال الملكية لا يقتضي بقاء حق الاولوية، بتوهم التخصيص بلا مخصص والترجيح بلا مرجح.

وذلك لأنّ زوال الملكية تارة لموجب الانتقال إلى الغير، وأخرى لبقاء مقتضي حدوث الملكية من العقد وغيره على حاله، وإتّما سقط عن التأثير بقاء لوجود المانع وهو انقلاب الخل خمراً فإذا زال المانع أّثر المقتضي أثره، من دون وجود حق الاولوية في حال سقوطه عن التأثير، وعدم لزوم الترجيح بلا مرجح بعد وجود المقتضي لملكية المالك للعين دون غيره واضح جداً، فلا كاشف عن حق الاولوية ولا عن تعلق وجوب الردّ بذات الملك.

ثم إنّه بناءً على عدم الدليل على حق الاولوية بعد زوال الملكية، هل دليل السبق والحيازة يعمّ مثله أم لا؟

الظاهر عدم اختصاصه بالمباح بالاصل، أو ما أعرض عنه المالك على القول به، فملك السابق والحائز أيضاً مشكوك، والاصل عدمه، نعم لو كان موضوع دليل

الحيازة والسبق ما لم يكن بملك ولا بحق أمكن إحرازه هنا بالأصل.
وأما الأصل العملي فموضوع الأدلة وإن كان ماله إضافة إلى من يجب رده إليه بنحو من إضافة الملكية أو الحقبة، إلا أن الموضوع العرفي كافٍ في الاستصحاب، لأنَّ حيثية الملكية أو الحقبة في نظر العرف حيثية تعليلية لوجوب الردِّ لا حيثية تقييدية له.

وأما ما عن بعض أجلة المحشّين^(١) هنا من أن الموضوع وإن كان عرفياً، إلا أنَّ حرمة التصرف معلّقة على الملكية، وهي مقطوعة الارتفاع.
ففيه: إنَّ أريد أنَّ الحرمة معلّقة على الملكية من باب تعليق الحكم على موضوعها، فهو خلف، لأنَّ المفروض تسليم كون الموضوع عرفياً.
وإنَّ أريد أنَّها معلّقة على الملكية من باب تعليق المشروط على شرطه، فلا ينافي كون الموضوع ذات المال.

ففيه: أنَّه من الواضح للمراجع إلى الأدلة أنَّ حرمة التصرف لم تعلق على الملكية بهذا النحو من التعليق، بل مفاد قوله ﷺ (لا يحلُّ مال إمرة مسلم)^(٢) وقوله ﷺ (لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره)^(٣) وأشباه ذلك تعليق الحكم على موضوعه.
٢٨٨ - قوله ﷺ: (ثم إن مقتضى صدق الغرامة... الخ)^(٤).

لعل نظر المخالف إلى أنَّ العين حيث أنَّها باقية على ملك مالكها، فارتفعت قيمتها وماليتها، والغاصب كما أنَّه سبب الحيلولة بين المالك وذلك المقدار من المالية، كذلك بينه وبين هذا المقدار من المالية، والغرامة المدفوعة تدارك المالية قبلاً، لا تدارك المالية فعلاً.

وفيه: أنَّه ليس هناك حيلولة أخرى لم يخرج الغاصب عن مقتضاها، بل هذه

(١) حاشية البيهقي: ص ١٠٩ سطر ٢٥.

(٢) عوالي اللآلي ج ٢ ص ٢٤٠ حديث ٦.

(٣) وسائل الشريعة باب ١ من أبواب الغصب ح ٤ وفيه (لا يحل لأحد...).

(٤) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ١٠.

الحيلولة بقاء تلك الحيلولة التي قد خرج عن عهدها ومقتضاها، فلا أثر لبقائها وإن أُضيفت إلى مالية أخرى غير المالية الأولى.

٢٨٩- قوله ﷺ: (والحاصل أن قبل دفع القيمة...الخ)^(١).

وبما يقال: بأن التعذر كالتلف، لكنه يلتزم في التلف أيضاً بضمان الارتفاع بعد التلف وقبل دفع البدل، نظراً إلى أن العين باقية في العهدة إلى حال اسقاطها بدفع البدل. لكنك قد عرفت سابقاً^(٢) أن هذا المبني لا يقتضي رعاية المالية المفروضة بفرض وجود العين، بل المالية الفعلية للعين الفعلية، ومنه تعرف أنه على هذا المبني لا نقول بضمان ارتفاع القيمة بعد تلف العين، حيث أن المالية فرضية، ونقول به هنا حيث أنه مالية فعلية.

٢٩٠- قوله ﷺ: (لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر ردّ العين...الخ)^(٣).

وجوب الردّ المبحوث عنه هنا تارة يكون ابتدائياً، وأخرى بلحاظ أنه من لوازم الضمان.

أمّا على الأول فيمكن الاشكال فيه بقصور الأدلة اللفظية نوعاً، كما عرفت^(٤) في العين الخارجة عن التويم والساقطة عن المالية فهنا كذلك، لأنها وإن كانت باقية على ماليتها لكنها مضافة بذاتها إلى المالك لا بماليتها، لأنّ المفروض تدارك ماليتها، ولا يعقل إضافتها بماليتها إلى المالك قبل دفع البدل إلى الضامن، لأنّ المفروض هي البدية في المالية.

وأما على الثاني فنقول: إن كان الضمان المستفاد من قوله ﷺ (على اليد) مجرد كون الخسارة على ذي اليد على تقدير التلف، فهذه العين لا خسارة لها على تقدير تلفها، لفرض تدارك ماليتها، فلا ضمان لها ليكون من لوازمها بما هي مضمونة وجوب

(١) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ١٦.

(٢) تعليقه ٢٣٣.

(٣) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ١٨.

(٤) تعليقه ٢٨٤.

ردّها، وإن كان الضمان المستفاد منه كون عهدها على ذي اليد، فلها عهدة مالية ولها عهدة تكليفية، والخروج عن مقتضى الاولى لا يقتضي سقوط مقتضى الثانية، فهو صحيح سواء قلنا بأنّ العهدة أمر بسيط لازمه وجوب البدل ووجوب الردّ كما هو الحق، أو قلنا بأنّه لا معنى للعهدة إلاّ التكليف بدفع البدل ورد العين، كما هو لازم القول بعدم الوضع وانتزاعه من التكليف، خصوصاً بناءً على ما أفاده سابقاً^(١) وسيجيء^(٢) إن شاء الله تعالى في كلامه ﷺ من أنّه ليس في البين إلاّ حكم تكليفي بالردّ.

نعم بينهما فرق من حيث جريان الاستصحاب، إذ على الاول يستصحب الضمان إلى حال التمكّن، ويترتب عليه حكمه وهو وجوب الرد، بخلافه على الثاني إذ لا شيء يستصحب إلاّ نفس وجوب الردّ، ومع تخلل العدم كيف يستصحب، وكون العذر عقلياً يوجب عدم صحة استصحاب عدم الوجوب لا أنّه يصحح استصحاب الوجوب، وليس الوجوب على تقدير التمكّن وجوباً تعلقياً شرعياً كي يستصحب، بل التمكّن شرط عقلي في كل واجب، فليس من قيود الطلب شرعاً كي يكون الوجوب بسببه تعلقياً شرعاً.

إذا طره التمكّن هل تعود الغرامة على الغارم

٢٩١- قوله ﷺ: (وهل الغرامة المدفوعة تعود... الخ)^(٣).

توضيح المقام: أنّ الغرامة المدفوعة إمّا هي بدل عن العين في الملكية أو في المالية أو في السلطنة الفائتة مطلقاً أو في السلطنة المتعدّرة، أو في السلطنة على المطالبة لا على الانتفاعات، أو بدل عن قدرة الغاصب وتمكّنه من ردّ العين.
فنقول: إذا كانت الغرامة بدلاً عن العين في الملكية، فمجرد ارتفاع التعدّر لا يوجب

(١) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ٥.

(٢) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ٢٤.

(٣) كتاب المكاسب ١١٣ سطر ٢٢.

إلا تمكن الغاصب من ما ملكه بدفع الغرامة، ولا موجب لخروج الغرامة عن ملك مالكها، وعودها إلى الضامن.

وإذا كانت بدلاً في المالية مطلقاً فكذلك، حيث لا موجب لخروج الغرامة المملوكة عن ملك مالكها، غاية الأمر أن العين بذاتها مضافة إلى مالكها لا بماليتها، إلا بعد دفع الغرامة إلى الضامن.

وإذا كانت بدلاً عن العين في المالية المتعدّرة، بحيث تكون المالية بدفع ما يوازها كأنها لم تتعدّر، فإذا ارتفع التعدّر وانقلب إلى التيسّر لم يعقل بقاء الغرامة على البدلية، لأنها لم تكن بدلاً عن مالية العين مطلقاً، بل بدل عن ماليتها المتعدّرة، وحيث لا تعدر فلا مبدل قهراً كي تكون الغرامة بدلاً عنه، وسيجيء^(١) إن شاء الله تعالى تحقيق القول فيه.

وإذا كانت الغرامة بدلاً عن السلطنة الفاتئة بما هي كذلك، فلا عود لها فيستحيل عود الغرامة إلى ملك الغارم، إلا أن هذا الاحتمال هو في نفسه ضعيف، إذ لو كان فوات سلطنة المالك على ماله مصححاً لأخذ البدل، لصح أخذ البدل بمجرد وضع يد الغاصب مثلاً على المال، ولو لم تكن هناك حيلولة أو تلف.

وإذا كانت بدلاً عن السلطنة المتعدّرة، فحالها حال البدلية عن المالية المتعدّرة من حيث اقتضاء البدلية مع عود المبدل عود البدل مع ما سيأتي^(٢) - إن شاء الله تعالى - ما^(٣) فيه.

وإذا كانت بدلاً عن السلطنة على المطالبة فمقتضاه عود الغرامة إلى ملك الغارم، لأنها بدل عن سلطنته على مطالبة ماله، حيث لم يتمكن منها بسبب الحيلولة، وبعد ارتفاع الحيلولة يتمكن قهراً من مطالبة ماله، لبقائه على ملكه على الفرض، وله السلطنة على مطالبته فلا يعقل بقاء الغرامة على البدلية مع تحقق المبدل قهراً، لكنه

(١) في نفس التعليقة.

(٢) تعليقة ٢٩٢.

(٣) أضفنا لفظه (ما) لان السياق يقتضها.

ليس البديل بدلاً عن العين في السلطنة على المطالبة، وإلا لكان مقتضاه ثبوت السلطنة له على مطالبة البديل فقط إذا غصبه غاصب، لا السلطنة على الانتفاعات به. بل المراد بالبديلة حينئذ قيام الغرامة مقام العين في إضافتها إلى المالك بدلاً عن إضافة العين إليه بإضافة السلطنة بذاتها إلى مالكها، إلا أن بديلة الغرامة بهذا الوجه بعيد في ذاته، إذ الغرامة والتدارك بلحاظ ما فات من المالك مما يهتم بشأنه، وهي سلطنته على الانتفاعات به، لا في السلطنة على مطالبته من غيره، فإن فواتها ليس ممّا بهمّ حتى تكون الغرامة والتدارك بلحاظها، هذا.

وإذا كانت بدلاً عن قدرة الغاصب فمقتضاها عود الغرامة بارتفاع التعذر، إلا أن البديلة لها غير معقولة، إذ الغرامة بلحاظ ما فات من المالك لا ما فات من الغاصب، مع أن بديلة الغرامة عن القدرة في ذاتها غير معقولة، لأنها مضافة بذاتها، والغرامة لا يعقل إضافتها بذاتها، وليس للقدرة إضافة عرضية كالملكية وشبهها حتى تقوم الغرامة مقامها في تلك الاضافة العرضية.

فالتحقيق: أن الصحيح من جميع الوجوه بديلة الغرامة عن العين في المالية المتعدّرة أو في السلطنة المتعدّرة، إلا أن ارتفاع التعذر لا يوجب ارتفاع البديلة، وذلك لأن مجرد تعدّر المالية أو تعدّر السلطنة لم يوجب بديلة الغرامة قهراً، حتى ترتفع البديلة بارتفاع سببها.

بل التعذر سبب لوجوب دفع الغرامة أو لاستحقاقها، والوجوب أو الاستحقاق يزولان بزوال سببهما، إذا أمكن بقائهما كما إذا لم يدفع الغرامة حتى إذا ارتفعت الحيلولة، وأما إذا دفع الغرامة فقد سقط الوجوب أو الاستحقاق، سواء ارتفع التعذر بعده أم لا، أما حصول السلطنة أو الملكية فهو يتحقق بدفع الغرامة، وارتفاع التعذر أجنبي عنه، بل يرتفع بدفعها إلى الضامن.

٢٩٢ - قوله ﷺ: (ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة... الخ)^(١)

يمكن أن يراد منه أن ما عنده من المال لو كان عوضاً عن سلطنة المطالبة لكان مباحاً لغير المالك، إذا كان له مجرد السلطنة على مطالبة المال كالولي، فإنه له السلطنة على مطالبة مال المُوَلَّى عليه من الغاصب، فلو كانت الغرامة بدلاً عن السلطنة على المطالبة المتعدّرة بتعدّر العين لكان له الانتفاع بالغرامة، لأنها بدل عما فاته من سلطنة المطالبة، مع أنه لا يباح له الغرامة، وليس ذلك إلا أنها بدل عن السلطنة على الانتفاع بالمال، ولم يكن له المبدل حتى يكون له البدل.

ويحتمل بعيداً أن يراد من العبارة أنّ الغرامة لو كانت بدلاً عن السلطنة على المطالبة لصح لغير المالك بذل الغرامة للضامن ومطالبة العين منه، لكنه مردود بأن عدم الإباحة لغير المالك حينئذ ليس لعدم سلطنة المطالبة، بل لعدم ملك العين، والمالك حيث إنّه يملك العين له بذل الغرامة ومطالبة العين، وغيره حيث إنّه ليس بمالك فلا يباح له العين بمجرد بذل الغرامة، فالأوجه في تفسير العبارة ما ذكرنا.

٢٩٣ - قوله ﷺ: (وفيه أن العين ليست بنفسها عوضاً... الخ)^(١).

ظاهر كلامه ﷺ دوران جواز الحبس وعدمه مدار كون العين عوضاً أو معوضاً، ولذا تصدّى ﷺ لدفع كونها عوضاً أو معوضاً، مع أنّ التحقيق دورانه مدار كون ما بيد كل منهما ملكاً للآخر، لا ملك نفسه المعوض بملك غيره كما في باب المعاوضات، فإنّ العوضين حيث صارا بالمعاملة ملكاً للطرفين، فلكل منهما حبس ملك الغير إلى أن يصل إلى ملك نفسه، وهنا - سواء كانت الغرامة عوضاً عن نفس العين في الملكية، أو عوضاً عن العين في المالية أو السلطنة - ليست الغرامة فعلاً ملكاً للغارم، حتى يجوز له حبس العين توصلاً إلى ما يملكه بيد الآخر، ولعله لأجله حكم ﷺ بأنّ الأقرى عدم جواز الحبس، مع التزامه بأنّ حبس العين حبس مبدل الغرامة من حيث تضمنها للسلطنة الفاتئة.

بل التحقيق: أنّا وإن قلنا بعود الغرامة إلى الغارم بمجرد ارتفاع التعدّر، إلا أنّ إمتناع

أحد عن أداء ملك الغير معصية لا تسوّغ معصية الآخر، وجواز الامتناع في باب المعاملات إمّا حكم تعبدي مخصوص بها ولا دليل عليه هنا، أو ذلك من مقتضيات المعاملة كما ربّما يقال، نظراً إلى أنّ التسليط العقدي مقدمة للتسليط الخارجي، فكأنّ تمامية التعاوض بفعلية التعاوض الخارجي.

وكذا لو قلنا به في صورة الفسخ، فإنّ انحلال المعاوضة بمراتبها لا يكون إلا بالترادّ الخارجي، وهذا كله من شؤون التبديل المعاملي لا البديلية القهرية الشرعية.

٢٩٤ - قوله ﷺ: (والظاهر أنّه بقيمته يوم التلف... الخ) (١).

عن بعض أعلام تلامذته (٢) ﷺ منافية هذه العبارة مع ما تقدم منه ﷺ من عدم العهدة المالية على تقدير تلف العين؛ لكنه إمّا يصح إذا لم يكن جواز الحبس مبنياً على عود الغرامة إلى ملك الغارم وحدوث ضمان جديد فتدبر.



(١) كتاب المكاسب ١١٤ سطر ١.

(٢) نقل الاشكوري في حاشيته ٦٣ سطر ١٢ عن استاذة ذلك.

فهرس

كتاب البيع

٩	تعريف البيع.....
١٠	بحث في صيغة المفاعلة.....
١٢	اختصاص المعوض بالعين.....
١٥	عمل الحر هل هو مال ام لا.....
١٧	الفرق بين الملك والحق والحكم.....

رسالة الحق والحكم

٢٥	ان الملك ليس من المقولات.....
٢٦	ان الملك ليس أمراً انتزاعياً.....
٢٩	عدم كون الملك من مقولة الجدة او الاضافة او الكيف.....
٣٠	ان الملك امر اعتباري.....
٣٢	مراتب الملك - ملك المنفعة والانتفاع.....
٣٨	الحق.....

- ٣٨ معناه اللغوي
- ٤١ معناه وحقيقته
- ٤١ ان الحق هو السلطنة
- ٤٢ ان الحق هو الملك
- ٤٣ ان الحق مرتبة ضعيفة من الملك
- ٤٤ رأي المصنف في حقيقة الحق
- ٤٥ في قبول الحقوق للاسقاط والنقل والانتقال
- ٤٥ قبول الحق للاسقاط
- ٤٦ حقيقة الاسقاط
- ٤٧ حقيقة النقل
- ٤٧ ضابطة قبول الحق للاسقاط والنقل
- ٥٠ اذا شك في قبول الحق للنقل والانتقال
- ٥٣ قبول الحق للتملك وعدمه
- ٥٨ كون البيع من مقولة اللفظ او المعنى
- ٦١ تعريف البيع ونقضها وايرامها
- ٦٤ محذورات كون البيع هو التملك
- ٦٦ تعريف المصنف للبيع
- ٦٩ النقض عليه بالصلح
- ٧٠ النقض عليه بالهبة المعوضة
- ٧٣ هل يشترط تعقب الايجاب بالقبول
- ٨٥ المعاملات موضوعة للصحيح او الاعم
- ٨٨ وجه تمسك العلماء باطلاق الادلة

المعاطاة

- ٩٥ تحرير محل النزاع
- ١٠٤ ادلة القول بافادتها الملك
- ١٠٤ السيرة
- ١٠٥ قوله تعالى (احل الله البيع)
- ١٠٨ قوله ﷺ (الناس مسلطون على اموالهم)
- ١١٠ شبهات علمية وردھا
- ١١٣ هل يحصل الملك باباحة التصرف
- ١١٥ استيعادات كاشف الغطاء لافادتها الاباحة
- ١١٥ تخلف العقد عن القصد
- ١١٩ لزوم كون ارادة التصرف مملكة
- ١٢٠ عدم تعلق الخمس بالمملوك بها
- ١٢٣ لزوم كون التصرف مملكاً من الجانبين
- ١٢٤ لزوم كون التلف مملكاً
- ١٢٦ جواز مطالبة المالك والمشتري من اتلف المبيع
- ١٢٦ من يملك نماء العين المبيعة
- ١٢٨ بقية المحذورات على افادتها الاباحة
- ١٢٩ هل تفيد المعاطاة الملك اللازم او الجائز
- ١٣٠ الاستدلال بالاستصحاب
- ١٣٧ هل الجواز واللزوم من خصوصيات الملك او سببه

- ١٣٨ الاستدلال بعموم دليل السلطنة
- ١٤٠ الاستدلال بآية التجارة عن تراخيص
- ١٤٢ الاستدلال برواية (البيعان بالخيار)
- ١٤٣ الاستدلال بآية (اوفوا بالعقود)
- ١٤٨ الاستدلال برواية (المؤمنون عند شروطهم)
- ١٤٩ توجيه رواية (انما يحلل الكلام...)
- ١٥٣ **ننبيهات المعاطاة**
- ١٥٣ التنبيه الاول: هل يعتبر فيها شرائط البيع
- ١٥٥ هل يجري فيها الخيار
- ١٥٧ التنبيه الثاني: هل يتحقق التعاطي من طرف
- ١٥٩ التنبيه الثالث: تمييز البائع من المشتري
- ١٦١ التنبيه الرابع: الوجوه المتصورة في المعاطاة
- ١٦٨ تحقيق في «اعتق عبدك عني»؟
- ١٧٣ استيفاء الدين من المأخوذ بالمعاطاة
- ١٧٤ اخراج الخمس والزكاة منه
- ١٧٨ الصلح بين الزوجين
- ١٨٠ التنبيه الخامس: في جريان المعاطاة في غير البيع
- ١٨١ التفريق بين العقود والايقاعات
- ١٨٣ جريان المعاطاة في النكاح
- ١٨٧ جريان المعاطاة في الرهن
- ١٨٩ جريان المعاطاة في الوقف
- ١٩١ جريان المعاطاة في القرض

- ١٩٣ التنبيه السادس: ملزمات المعاطاة
- ١٩٣ ما هو مقتضى الاصل بناء على الملك
- ١٩٨ ما هو مقتضى الاصل بناء على الاباحة
- ٢٠٠ الملزم الاول: تلف العوضين
- ٢٠٦ وجه الرجوع للبدل
- ٢١٢ الملزم الثاني: لو تلفت احدى العينين
- ٢٢٣ الملزم الثالث: نقل العينين او احدهما
- ٢٢٦ لو عادت العين بفسخ
- ٢٢٩ لو نقل العين بهبة
- ٢٣١ هل اجازة عقد الفضولي للبائع ام المشتري
- ٢٣٢ اذا تقارنت اجازتهما
- ٢٣٨ الملزم الرابع: اذا امتزجت العينان
- ٢٤٢ الملزم الخامس: اذا تصرف في العين
- ٢٤٥ التنبيه السابع: ان المعاطاة بيعاً او معاملة مستقلة

الفاظ عقد البيع

- ٢٥٥ حكم اشارة الاخرس
- ٢٥٧ خصوصيات الفاظ البيع
- ٢٥٧ العقد بالمجاز
- ٢٥٨ العقد بالكناية
- ٢٦٠ الاستدلال بعموم (او فوا بالعقود)
- ٢٦١ مناقشة الآخوند في احتياج العموم الى مقدمات الحكمة

- ٢٦٢ لزوم كثرة تخصيص (اوفوا بالعقود).
- ٢٦٤ الاستدلال باطلاق (اوفوا بالعقود).
- ٢٦٥ هل يسري اجمال المخصص والمقيد الى العام
- ٢٦٦ الاصل الثانوي في المعاملات
- ٢٧٠ الفاظ الایجاب والقبول
- ٢٧٤ اعتبار العربية وعدمها.
- ٢٧٥ هل يعتبر كون المتكلم عالماً بالمعنى
- ٢٧٦ هل تعتبر الماضوية
- ٢٧٦ اعتبار تقديم الایجاب على القبول
- ٢٨٣ هل تعتبر الموالاتة بين الایجاب والقبول
- ٢٨٥ اعتبار عدم التعليق في العقد
- ٢٩١ اعتبار قابلية كل منهما للانشاء
- ٢٩٥ لو اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة
- ٢٩٩ **المقبوض بالعقد الفاسد**
- ٣٠١ الاستدلال برواية (على اليد)
- ٣٠٤ قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.
- ٣١٢ الاستدلال بقاعدة الاقدام
- ٣١٤ النقص عليها بقوله (بعث بلا ثمن).
- ٣١٦ شمول القاعدة للمنافع وعدمه
- ٣١٩ الاستدلال على الضمان برواية (لا يحل ...)
- ٣٢١ الاستدلال على الضمان برواية (حرمة مال المسلم...)
- ٣٢٤ الاستدلال على الضمان بادلة نفي الضرر

- ٣٢٥ مناظ الاستيفاء
- ٣٢٦ هل يختص الضمان بالعالم
- ٣٢٨ قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده
- ٣٢٩ هل تشمل القاعدة الاجارة
- ٣٣٢ ما يشكل به على اطراد القاعدة
- ٣٤٤ الامر الثاني: يجب رد المقبوض الى مالكه
- ٣٤٩ الامر الثالث: حكم المنافع المستوفاة
- ٣٥٤ حكم المنافع الغير المستوفاة
- ٣٥٥ تعريف المثلي والقيمي
- ٣٥٧ ماهو مقتضى الاصل القيمي او المثلي
- ٣٦٢ ما يستدل به على ضمان المثلي بالمثل
- ٣٦٢ الاستدلال بقوله تعالى (فمن اعتدى...)
- ٣٦٩ اذا لم يوجد المثل الا باكثر من ثمنه
- ٣٦٩ اذا تعذر المثل
- ٣٧٦ العبرة في قيمة المثل باي زمان
- ٣٨٦ بيان ضابطة الاعواز والتعذر
- ٣٩١ هل يعد من التعذر خروجه عن القيمة المتعارفة
- ٣٩٦ فرع: لو دفع القيمة وتمكن من المثل
- ٣٩٨ ضمان القيمي بالقيمة
- ٤٠٠ وقت تعين القيمة في القيمي
- ٤٠٤ بيان صحيحة ابي ولاد
- ٤١٩ ما استدل به على اعتبار أعلى القيم
- ٤٢٥ لو زادت القيمة بعد التلف

٤٦٠ الحاشية على المكاسب (الاصفهاني) / ج١

٤٢٦ بدل الحيلولة

٤٣٩ اذا خرجت العين عن المالية

٤٤٨ اذا طرء التمكن هل تعود الغرامة

